

新《反垄断法》解析系列文章之四 — 安全港制度面面观

作者：公司合规部

前言

《反垄断法》修正草案（二次审议稿）已于2022年6月24日由全国人大常委会正式审议通过，将于2022年8月1日起正式实施（“新《反垄断法》”）。这是《反垄断法》立法近15年以来的首次修订，也是自2018年起国务院反垄断委员会将《反垄断法》修订工作列入工作计划后，酝酿近四年的立法成果。此次《反垄断法》修订总结了反垄断执法经验，借鉴国际经验，并结合国内市场发展现实，对反垄断相关制度规则作了进一步完善，体现了国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的决心与方向。

为了帮助大家了解立法动态与变化，对于本次《反垄断法》修订的主要内容，我们现以系列专题文章的形式进行逐一解读。本文将重点解读实务中一个备受关注的话题：安全港制度。

新《反垄断法》创设了纵向垄断协议安全港制度，国家市场监督管理总局（“市监总局”）2022年6月27日公布的《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》规定了安全港制度实施细则。我们在前一篇针对纵向垄断协议的文章中对安全港制度进行了初步介绍，也说明了其在实际适用中的主要难点问题。为进一步解析安全港制度的适用，明晰与安全港制度相关的合规要点，本文将对安全港制度进行更加全面的介绍和分析。

一、新《反垄断法》安全港制度要点

新《反垄断法》所指的安全港制度，是指关于将符合条件的垄断协议直接推定为不违反《反垄断法》的一系列规则，目前还只限定在纵向垄断协议范畴。其原理在于，不具有显著市场力量的经营者实施特定类型的协议通常不会具有排除、限制竞争效果，因此从提高执法效率的角度考虑，可以直接推定其不违法，但允许用实际证据推翻这一推定。当下，《反垄断法》体系中关于安全港制度的基本规定，可以分为实体规则和程序规则两个维度：

（一）实体规则

- 新《反垄断法》第十八条的基本规定，即“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止”。
- 《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条对新《反垄断法》第十八条所规定条件的细化，即“经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：（一）经营者与

交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；（二）无相反证据证明其排除、限制竞争”，以及配套的市场份额计算方法¹。

实体规则方面，简要而言，安全港制度有四点应特别注意：

- 安全港制度仅适用于纵向垄断协议。新《反垄断法》第十八条为关于纵向垄断协议的规定，安全港制度仅被设置为该条的第三款，且从措辞来说并未超出该条范围，因此合理解读是安全港制度仅适用于纵向垄断协议。就此而言，类似联合研发等通常可以产生显著经济效率的横向垄断协议将无法适用安全港，这与我国此前的制度设计和其他司法辖区的安全港规则存在差异（详见下文）。
- 安全港制度的市场份额标准更为审慎。《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》设置的市场份额门槛为 15%且在同一相关市场的各方的市场份额应合并计算，低于我国此前的制度设计（详见下文）。
- 鉴于转售价格维持属于推定违反（而非用证据证明违反）新《反垄断法》的协议，“无相反证据证明其排除、限制竞争”的表述并未明确排除转售价格维持的适用。
- 安全港制度提供的是可反驳的集体推定，相反证据可以在个案中证明安全港制度不适用。因此，对于转售价格维持等具有较高风险的纵向垄断协议，在判断是否适用于安全港时，仍应持谨慎态度。

（二）程序规则

程序规则方面，《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十六条设定了安全港制度的配套实施规则，即：“经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，证明其符合本规定第十五条规定。申请书应当载明下列事项：（一）经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系；（二）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额及计算依据；（三）协议在相关市场不会排除、限制竞争；（四）其他需要说明的内容。经营者应当对提交申请、资料的真实性负责。反垄断执法机构经调查核实，认为符合本规定第十五条规定的，未立案的，可以决定不予立案调查，已经立案的，可以决定终止调查，并制作终止调查决定书。反垄断执法机构调查核实过程中，可以征求第三方及社会公众意见。”

此前，国家发改委曾在 2016 年起草《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南（征求意见稿）》并征求意见，其中规定豁免申请应当在“在反垄断执法机构调查后、作出决定前的任何时间”提出。但是，从措辞上，尚不能完全明确本次《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》中，经营者是可以随时主动提交书面申请，抑或只能在受到询问或调查后才能提交：

- 如果是前者，则本条除了在询问和调查中可以作为抗辩，在一定程度上也类似于欧盟此前基于旨在实施《欧共体条约》第 85 条、第 86 条的第 17/1962 号条例（Council Regulation No. 17/1962）实施的个案豁免申请制度，即由经营者向欧盟委员会提交申请，由欧盟委员会审核决定系争协议是否可以被豁免，理论上可以为经营者显著消除安全港制度适用中的不确定性提供程序保障。又如，中国香港《竞争条例》第 9 条也允许寻求更多法律确定性的业务实体向香港竞争事务委员会提出申请，由后者根据第 11 条决定是否作出豁免。
- 如果是后者，则本条类似于《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南（征求意见稿）》中的相关规则，仅为一种抗辩制度。

¹ “前款经营者、交易相对人在相关市场的市场份额的计算，应包括其控制或者施加决定性影响的其他实体在相关市场中的市场份额之和。前款控制和决定性影响，是指经营者直接或间接、单独或共同对其他经营者的生产经营活动或者重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或实际状态。交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。”

此外，执法机构的意见是根据提交的书面申请作出的。因此，如果书面申请所载的内容产生了变化，例如不予立案/终止调查之后市场份额突破 15% 或者市场竞争格局发生显著变化导致协议可能排除、限制竞争，则理论上可能无法继续依赖前述决定。因此，申请人难以一劳永逸，而应对市场份额、市场竞争格局等指标保持持续关注。

二、安全港制度变迁和适用

针对垄断协议的安全港制度对我国的《反垄断法》体系并不陌生，因此新《反垄断法》将安全港制度正式纳入法律文本也并不意外。下表简单摘录了我国《反垄断法》体系中的安全港制度（或提出要建立的安全港制度）：

生效时间	法规/文件名称	法律文本
2015	《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》 ²	第五条 经营者行使知识产权的行为有下列情形之一的……：（一） 具有竞争关系的经营者 在受其行为影响的相关市场上的市场份额合计 不超过百分之二十 ，或者在相关市场上存在 至少四个 可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术；（二） 经营者与交易相对人 在相关市场上的市场份额均 不超过百分之三十 ，或者在相关市场上存在 至少两个 可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术。
2019	《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》 ³	本指南列出了不具有显著市场力量的经营者设置的纵向地域限制和客户限制若干情形，可以推定适用《反垄断法》第十五条的规定。……以 纵向协议的竞争评估 为例，执法实践和理论研究表明，在相关市场占有 30%以下市场份额的经营者 有可能被推定为不具有显著市场力量。
2019	《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》 ⁴	安全港规则是指，如果经营者符合下列条件之一……：（一）具有 竞争关系 的经营者在相关市场的 市场份额合计不超过 20% ；（二）经营者与 交易相对人 在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的 市场份额均不超过 30% ；（三）如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份额不能准确反映经营者的市场地位，但在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在 四个或者四个以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术 。
2019（征求意见稿）	《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》 ⁵	第十四条 具有竞争关系的经营者达成的协议 不属于本规定第七条至第十一条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的 市场份额合计不超过百分之十五的 ，或者经营者与 交易相对人达成的协议 不属于本规定第十二条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的 市场份额均不超过百分之二十五的 ，可以推定协议不会排除、

² 2015 年 4 月 7 日国家工商行政管理总局令第 74 号公布，并根据 2020 年 10 月 23 日国家市场监督管理总局令第 31 号修订。

³ 2019 年 1 月 4 日国务院反垄断委员会公布。

⁴ 2019 年 1 月 4 日国务院反垄断委员会公布。

⁵ 2019 年 1 月 3 日市监总局公布。

生效时间	法规/文件名称	法律文本
		限制竞争，有证据证明该协议排除、限制竞争的除外。
2021（征求意见）	《反垄断法（修正草案）》 ⁶	第十九条 经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，不适用本法 第十六条（注：横向协议）、第十七条（注：纵向协议）、第十八条（注：组织/帮助达成垄断协议） 的规定，但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。
2022	新《反垄断法》 ⁷	第十八条（注：规定在纵向协议条款）经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。
2022	《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	第十五条 经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：（一）经营者与交易相对人在相关市场的 市场份额低于 15% ，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；（二）无相反证据证明其排除、限制竞争。 前款经营者、交易相对人在相关市场的市场份额的计算，应包括其控制或者施加决定性影响的其他实体在相关市场中的市场份额之和。 前款控制和决定性影响，是指经营者直接或间接、单独或共同对其他经营者的生产经营活动或者重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或实际状态。 交易相对人为多个的， 在同一相关市场的市场份额应合并计算。

可以看到，基于 2015 年和 2019 年在知识产权领域和汽车业的经验，执法机构致力于向我国的《反垄断法》体系引入安全港制度，集中表现为 2019 年公布的《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》中正式写入的安全港条款。但是，后来的《禁止垄断协议行为暂行规定》却取消了该条款，原因是虽然“部分省级市场监管部门和专家学者提出”增设安全港条款，但是“现行《反垄断法》并未对‘安全港’制度的市场份额等要素作出规定”，因此只能留待日后进一步研究论证⁸。换言之，执法机构的顾虑可能是，在作为上位法的《反垄断法》并未规定安全港制度的情况下，下位法直接规定安全港制度，可能有违反上位法之虞。因此，本次通过在反垄断法中引入安全港制度，并在配套的《禁止垄断协议规定》中予以细化，方为“名正言顺”。

立法技术上，《反垄断法》体系中安全港制度的变迁，主要围绕两条主线进行：

- 安全港制度只用于纵向垄断协议，还是适用于全部垄断协议。前者如《关于汽车业的反垄断指南》，其仅针对“纵向地域限制和客户限制若干情形”规定了安全港制度；后者如《关于知识产权领域的反垄断指南》和《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》，二者的安全港制度同时适用于横向垄断协议和纵向垄断协议。在这一问题上，如前文所述，《反垄断法》选择了前者，规定安全港只适

⁶ 2021 年 10 月 23 日全国人民代表大会常务委员会公布。

⁷ 2022 年 6 月 24 日全国人民代表大会常务委员会公布。

⁸ 参见《市场监管总局法规司主要负责人就〈禁止垄断协议暂行规定〉等三部〈反垄断法〉配套规章答记者问》，见 https://www.cqn.com.cn/zj/content/2019-07/03/content_7274794.htm。

用于纵向垄断协议。

- 安全港制度的市场份额水平如何设置。观察前述安全港制度变迁，可以看到安全港的市场份额被逐步压缩，一定程度上体现出监管机构对于该制度仍然持较为审慎的态度。以纵向垄断协议为例：
 - (1) 纵向比较，市场份额标准不断总体不断降低，从 2015 年《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》和 2019 年两部指南的 30%，到 2019 年《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》的 25%，再到 2022 年《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》的 15%。
 - (2) 横向比较，欧盟在《纵向集体豁免条例》中针对纵向限制（不构成核心限制）设置的市场份额水平为 30%⁹、在《不重要协议通知》中针对非竞争者之间的协议（不构成核心限制、不存在累积效应）设置的市场份额水平为 15%¹⁰，而我国安全港制度的市场份额水平接近于其中的较低水平。

三、结语

十四年磨一剑，新《反垄断法》的出台是对《反垄断法》实施以来所出现问题的总结回应，也是国家在制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的有益探索，势必对未来企业合规、反垄断执法等产生重要影响。我们也将结合企业反垄断合规关注的热点和难点，通过一系列文章对新《反垄断法》进行深度解析。

⁹ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (“It can be presumed that, **where the market share held by each of the undertakings party to the agreement on the relevant market does not exceed 30%, vertical agreements which do not contain certain types of severe restrictions of competition** generally lead to an improvement in production or distribution and allow consumers a fair share of the resulting benefits.”)

¹⁰ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) (“The Commission holds the view that agreements between undertakings which may affect trade between Member States and which may have as their effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, **do not appreciably restrict competition** within the meaning of Article 101(1) of the Treaty: ... or (b) if **the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 %** on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of those markets (agreements between non-competitors).”)

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com

仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: da.shi@hankunlaw.com