

《违反〈中华人民共和国反垄断法〉实施经营者集中行政处罚裁量权基准》 征求意见

作者：解石坡 | 陈华屹 | 任正奇

2022年8月1日起实施的新《反垄断法》大幅提升了违法实施经营者集中行为的处罚力度，增强了对企业违法实施集中的法律威慑力。新《反垄断法》实施以来，对于如何在新罚则下统一执法尺度、规范自由裁量权行使、合理确定具体处罚措施，执法机构也在不断总结实践经验。2024年8月16日，为进一步规范违法实施经营者集中行为的处罚工作，国家市场监督管理总局（“市监总局”）就《违反〈中华人民共和国反垄断法〉实施经营者集中行政处罚裁量权基准》（“《基准》”）公开征求意见，意见反馈截止日期为2024年9月14日。

《基准》根据交易是否具有或可能具有排除竞争效果，分类规定了处罚步骤、初步罚款数额、从轻、从重、不予处罚情形的适用、以及最终罚款数额的调整因素。《基准》有望在加强反垄断和反不正当竞争执法、提升常态化监管水平的基调背景下，细化和明确违法实施经营者集中的处罚裁量标准，保障违法实施经营者集中执法尺度统一透明，有利于更好地保护经营者合法权益、稳定经营主体预期。我们将在本文中就对《基准》要点做简要说明。

一、《基准》的适用范围和处罚对象

（一）适用范围

根据《基准》第二条，《基准》适用于所有违法实施经营者集中的情形，包括：

- 达到申报标准但未事先申报；
- 未达到申报标准但具有或者可能具有排除限制竞争效果，且未按照市监总局要求申报；
- 申报后未经批准即实施经营者集中；
- 违反附加限制性条件审查决定；以及
- 违反禁止经营者集中审查决定。

（二）处罚对象

根据《基准》第四条，通过合并方式实施的经营者集中，合并各方均为行政处罚对象；其他情形的经营者集中，取得控制权或者能够施加决定性影响的经营者为行政处罚对象。这一处罚对象规定与《经

营者集中审查规定》第十三条所界定的申报义务人一致。

二、不具有排除限制竞争效果案件的处罚

根据《基准》，对于不具有排除限制竞争效果案件处罚，首先应确定初步罚款数额基准，然后综合考虑各种因素确定下调和上调的比例和金额。相应金额和情形如下：

确定初步罚款数额	
基准	<p>数额：250 万</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 没有从轻或从重情形 ■ 同时具有从轻和从重情形
从轻确定	<p>数额：100 万</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 在市监总局立案调查后立即采取措施停止实施集中，或消除排除限制竞争效果 ■ 受他人胁迫或者诱骗违法实施经营者集中 ■ 在市监总局发现前主动报告违法事实 ■ 其他市监总局认定依法应当从轻行政处罚的
从重确定	<p>数额：400 万</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 教唆、胁迫、诱骗其他经营者违法实施经营者集中 ■ 因违法实施经营者集中受到行政处罚，一年内再次发生违法实施集中行为 ■ 阻碍或拒不配合行政执法人员依法执行职务或对行政执法人员打击报复 ■ 伪造、隐匿、毁灭证据 ■ 其他市监总局认定依法可以从重行政处罚的 <p>其中，由于《反垄断法》已对第三项、第四项设置单独罚则，因此《基准》明确经营者因该二项行为已被行政处罚的，不再依据该项情形从重确定罚款数额</p>

确定最终罚款数额	
下调因素	<ul style="list-style-type: none"> ■ 集中后实体尚未运营，或运营后尚未投产，或取得股权、资产或业务后，尚未实际行使控制权 ■ 首次因违法实施经营者集中受到行政处罚 ■ 积极配合市监总局调查，如实陈述违法事实并主动提供证据材料 ■ 在市监总局作出行政处罚决定前，积极建立或者完善反垄断合规管理制度并实施，能够有效提升经营者集中反垄断合规意识 ■ 参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额未达到国务院规定的申报标准，且能积极配合调查 ■ 其他依法可以下调处罚金额的情形 <p>下调情形可以累计，每项下调 10%，累计后的最低罚款数额不低于初步罚款数额的 40%。符合上述情形但在确定初步罚款数额时已作为从轻情形考虑的，不再依据该项情形下调</p>

确定初步罚款数额	
	罚款数额
上调因素	<p>经营者集中未达到申报标准且已实施，具有或者可能具有排除、限制竞争效果，经营者未按市场监管总局书面通知要求申报</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 向市场监管总局提供误导性或者不实材料、信息 ■ 采取拖延、懈怠、逃避等消极方式不配合市场监管总局调查或不提供证据材料 ■ 其他可以上调处罚金额的情形 <p>上调情形可以累计，其中具有第一项的上调 20%，具有第二项至第四项的，每项上调10%。符合上述情形但在确定初步罚款数额时已作为从重情形考虑的，不再依据该项情形上调罚款数额。计算后罚款金额超过 500 万元的，确定为 500 万元</p>

以下两点值得企业重点关注：

- 《基准》明确了做出处罚决定前，积极建立完善反垄断合规管理制度并实施的，可以作为下调最终罚款数额的情节。这与《经营者集中反垄断合规指引》第 32 条规定的“市场监管总局在查处违法实施集中行为时可以考虑经营者集中反垄断合规管理制度建设及实施情况”相呼应。为经营者建设切实可行的反垄断合规管理制度体系提供了切实的激励。
- 从轻确定初步罚款数额的情形包括“在市监总局立案调查后立即采取措施停止实施集中，或消除排除限制竞争效果”，实践中具体需要采取何种措施以停止集中或消除效果，有待进一步观察。根据《基准》示例 3，“交易仅完成股权变更登记，尚未对集中后实体注资或实际行使控制权”的情形可以满足前述要求。

三、具有排除限制竞争效果案件的处罚

对于具有排除限制竞争效果案件的处罚，《基准》明确参照上述确定罚款数额的步骤，并综合考虑集中实施时间，具有或者可能具有排除、限制竞争效果的持续时间和范围，消除违法行为后果的情况等因素，确定最终罚款数额。此外，《基准》明确具有排除限制竞争效果案件的最低罚款数额为 500 万元，确保高于无排除限制竞争效果的案件，体现了过罚相当的原则。

《基准》同样规定了直接顶格处以上一年度销售额百分之十罚款的情形：

- 市场监管总局认为集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果并告知经营者，经营者仍未经批准实施经营者集中；
- 经营者违反禁止经营者集中审查决定实施经营者集中；
- 其他恶意违法实施经营者集中，且产生排除、限制竞争效果。

四、可以不予行政处罚的情形

根据《基准》第十五条，经营者违法实施集中，不具有排除限制竞争效果，能够证明具有下列情形之一的，可以不予行政处罚：

- 首次发生违法实施经营者集中行为，且经营者在市场监管总局发现前主动报告，并采取措施恢复到

集中前状态：

- 能够证明尽到审慎评估义务后因不能预见、不能避免且不能克服的客观情况导致违法。

上述第二种情形值得企业关注。实践中，经营者对于其他交易方（尤其是在股权投资交易下，前轮投资中已取得控制权的股东）的最终控制人是谁、营业额是否达标等情况可能难以完全准确判断，此时经营者应对其他经营者的营业额在审慎评估的基础上进行最为保守的估计。结合我们的经验，我们认为审慎评估义务可能要求：基于公开信息最大可能程度判断其最终控制人、营业额；要求其他交易方出具营业额情况说明等。在尽到以上审慎评估义务后，若因为客观原因（例如交易方存在特殊股权安排导致公开信息体现的控制人不准确、交易方的营业额情况说明不真实等）导致违法实施集中，或可据此请求不予处罚。实践中“尽到审慎评估义务”具体需达到何种程度，有待《基准》正式实施后进一步观察。

五、法律适用与处罚公开

最后，《基准》明确仅新《反垄断法》生效后（2022年8月1日）违法实施的经营者集中适用该基准。另外，《基准》还明确新《反垄断法》生效后违法实施集中受到行政处罚的，将计入信用记录并向社会公示。

六、结语

本次《基准》的征求意见，立足我国违法实施经营者集中的执法现实，着力亮明经营者集中常态化监管规则、强化制度威慑，引导企业增强经营者集中的合规意识和能力，并进一步提高了违法实施经营者集中处罚执法的可预期性和透明度，为企业开展经营者集中合规提供明确指引。我们也将持续关注《基准》后续的修订与正式实施，并及时提供进一步解读。

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：

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com