

公平竞争审查条例实施

作者：林熙翔 李杨 王宁

引言

2024年8月1日《公平竞争审查条例》（“**《条例》**”）正式实施，系自2016年6月公平竞争审查制度建立以来首次以行政法规的形式就公平竞争审查的工作范围、机制和标准做出全面规定。《条例》的实施影响深远，特别是就地方政府财政补贴和税收优惠等政策工具的运用形成限制。从投资并购交易的角度，亦逐步成为法律尽职调查、估值以及交易文件条款中加深关注的要点。本文拟回顾公平竞争审查政策和执法的背景、程序和实体问题、财政补贴相关条款的理解和影响，供读者参考。

一、背景

公平竞争审查制度针对涉及经营者经济活动的法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及具体政策措施进行审查，涉及市场准入和退出、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准以及“一事一议”等多种场景和形式。作为《条例》出台的简要背景：

- 2016年6月，国务院出台《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（“**《意见》**”），要求对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织（“**起草单位**”）制定的“涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施”进行公平竞争审查，以约束排除、限制竞争的行政行为；
- 2021年6月，国家市场监督管理总局（“**市监总局**”）等五部委印发《公平竞争审查制度实施细则》（“**《实施细则》**”），就审查机制和程序、审查标准、例外规定、第三方评估和法律责任做出规定；
- 2022年6月，新修订的《反垄断法》在既有的“滥用行政权力排除、限制竞

争”的框架基础上，在法律层面增加了“强化竞争政策基础地位”，要求在“国家建立健全公平竞争审查制度”，提升其法律位阶以及完善制度衔接；

- 2024年6月，国务院发布《条例》，为《实施细则》提供上位法基础，相较于《实施细则》，其实体内容不涉及更新[1]。

公平竞争审查制度着眼于公共政策制定，旨在自上而下促进市场公平竞争，优化营商环境，建立全国统一大市场。

建立全国统一大市场，需要考虑公共政策的施行过程中，由于治理逻辑的差异可能产生政策协同的阻滞和外部性。以财政补贴为例，其初衷是鼓励投资和引导产业发展，但治理逻辑的差异可能形成中央和地方政府之间的政策目标的错位，一方希望通过财政补贴实现重点产业和整体经济的发展，一方更关注财政补贴就本地产业发展和地区生产总值的贡献。政策目标的错位导致不同层级政府就财政补贴的作用领域、对象、方式和外部性的理解有所不同，进而可能导致政策冲突。公平竞争审查的实质，是在具体公共政策的形成中，就不同政策目标冲突情形下的取舍作出回应[2]。因此，审查标准（即如何判断相关政策措施是否具有或者可能具有排除限制竞争的效果）逻辑上应当是“基于效果的分析”，而从《条例》的行文以及既往执法先例而言，似乎更接近于“基于形式的分析”，即只要落入条文所列情形，则推定具有反竞争效果，相关政策措施应当废止或者修订。具体请见下文。

二、程序和实体问题

2.1 审查程序：自我审查与外部监督

政策措施以起草单位自行组织审查为主。涉及由县级以上人民政府出台或者提请本级人民代表大会及其常务委员会审议的相关政策措施，由起草单位开展初审，并报送本级人民政府市场监督管理部门进行二次审查。同时，县级以上地方市场监督管理部门亦负责本辖区的公平竞争审查制度组织实施和监督工作。

作为审查程序的补充，起草单位或设置于各级市场监管部门的联席会议办公室可根据工作实际征求第三方专业人士意见，必要时可委托高校、科研院所、咨询公司等第三方机构协

助评估政策措施对公平竞争的影响[3]。

2.2 审查标准：评估排除或限制竞争效果

公平竞争审查的实体问题是如何评估一项政策措施是否具有或者可能具有排除限制竞争效果，逻辑上需要个案权衡其正负面的经济效果。从比较法的视野，与欧盟的国家援助控制制度（以及以其为基础的欧盟外国政府补贴条例）关于具有扭曲市场效果的政策或者财政补贴的评估方法实质相似。

在这一可能需要“基于效果分析”的审查标准下，《条例》似乎采取“基于形式分析”的模式，根据适用情形，以较为刚性的措辞及“列举加兜底”的方式，就起草政策措施中的负面事项做出规定。相关负面事项具体如下：

（1）市场准入（《条例》第8条）

- 对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等违法设置审批程序；
- 违法设置或者授予**特许经营权**；
- 限定经营、购买或者使用特定经营者提供的商品或者服务；
- 设置不合理或者歧视性的准入、退出条件。

实践中，常见的市场准入限制亦涉及(i) 以备案、注册、年检、认定、认证、指定、要求设立分公司等形式设定或者变相设定准入障碍；(ii) 设置不合理的行政审批、许可、备案等政务服务事项的前置条件和审批标准，例如在政务服务前要求企业自行检测、检验、认证、鉴定、公证以及提供证明等；(iii) 设置变相审批、有偿服务等不平等的市场准入和退出限制等[4]。

（2）商品要素流动（《条例》第9条）

- 限制外地或者进口商品要素进入本地市场；
- 限制或强制外地经营者在本地投资经营或者设立分支机构；

- 限制外地经营者参加本地政府采购、招标投标；
- 对外地或者进口商品要素设置歧视性收费或者补贴；
- 在资质标准、监管执法等方面设置歧视性要求。

实践中，歧视性措施更多地以隐性方式存在，明令禁止的现象较为罕见[5]，部分政策措施亦可能涉及限制市场准入和商品要素流动的竞合。例如就特定商品而言，要求在同等价格的条件下优先考虑采购本地企业提供的产品，可能同时构成《条例》项下“设置不合理或者歧视性的准入、退出条件”以及“限制外地或者进口商品、要素进入本地市场”的情形。

（3）影响经营成本（《条例》第10条）：没有法律、行政法规依据或者未经国务院批准：

- 给予特定经营者税收优惠；
- 给予特定经营者选择性、差异化的财政奖励或者补贴；
- 给予特定经营者要素获取、行政事业性收费、政府性基金、社会保险费等方面的优惠。

《条例》将给予特定经营者的优惠政策限于具有上位法依据或“国务院批准”的范围。财政奖励政策和优惠补贴是企业关注的重点，就其潜在影响以及个别概念的理解，请见下文的讨论。

（4）影响经营行为（《条例》第11条）

- 强制经营者实施垄断行为或者为之提供便利条件；
- 超越法定权限制定政府指导价、政府定价，为特定经营者提供优惠价格；
- 违法干预实行市场调节价的商品、要素的价格水平。

2.3 法定豁免

就经评估可能扭曲市场竞争的政策措施，如果符合如下三重条件仍可出台（《条例》第12条）：

- 符合法定例外情形：（1）为维护国家安全和利益；（2）为促进科学技术进步、增强国家自主创新能力；（3）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益；以及（4）法律、行政法规规定的其他情形（为此后其他例外情形留下立法衔接余地）。
- 不存在对公平竞争影响更小的替代方案；
- 能够确定合理的实施期限或者终止条件。

法定豁免机制一定程度上体现“基于效果分析”的评估模式，即全面权衡政策正负面效应的影响，同时亦侧面体现在公平竞争审查制度下审查标准（或政策目标）是多元的，使得在具体个案中，政策措施的制定和审查部门可以就潜在冲突的标准和政策目标之间的取舍行使自由裁量权。

三、财政补贴相关条款的理解及其影响

如前所述，《条例》第10条以较为刚性的措辞，限制起草单位在没有法律、行政法规依据或者未经国务院批准的情形下，给予“特定经营者”税收优惠、“选择性或差异化”的财政奖励或者补贴、其他影响生产经营成本方面的优惠政策。但是，第10条中的个别措辞如何理解和适用，仍有待市监总局之后的立法和执法再作明确。

例如，就何为“**特定经营者**”，实务中存在宽严不一的理解。结合执法实践，“特定经营者”可以是相关政策措施中“点名”的特定一家或多家企业[6]、经要求编制的企业名录[7]、亦可以是按照规模/排名、属地、资本属性、行业等确定的企业类别[8]。尽管其内涵与外延不甚清晰，但是我们理解，认定是否为“特定经营者”最终应当回归至是否具有排除或限制竞争效果这一实体问题的判断上，例如某市制定的《经济增长的若干政策措施》中规定“对在

区外承揽项目的建筑企业进行奖补，按区外项目在注册地纳税额的20%进行奖励”，由于相关经营者可以凭借某些特殊政策来获取不正当的竞争优势（相对于区外的建筑企业而言），受惠于该等特殊政策的企业亦构成“特定经营者”，违反《实施细则》第15条关于安排财政支出一般不得与特定经营者缴纳的税收或非税收入挂钩的规定。

相较于其他政策措施，自2016年《意见》实施以来，涉税优惠政策和财政补贴领域的公平竞争审查执法较为少见，与地方政府招商引资和推动地方经济发展的政策目的冲突不无关联。尽管如此，近年以来亦有增长趋势。在《条例》实施前后以及公平竞争审查工作整体趋严的背景下，相关涉税优惠政策和财政补贴是否可能停止、清理和责令退还是企业的关注焦点。

作为背景，历史上，国务院于2014年出台《关于清理规范税收等优惠政策的通知》，拟清理违法违规或影响公平竞争的优惠政策，也特别提到了与企业签订的合同、协议、备忘录、会议或会谈纪要以及“一事一议”形式的请示、报告和批复等文件。2015年，前述政策实施过程中，国务院进一步发布了《关于税收等优惠政策相关事项的通知》，退而通知前述规定的专项清理工作待今后另行部署后再进行。

2016年《意见》在涉及“有序清理存量”时，对现行政策措施区分不同情形。其中规定，以合同协议等形式给予企业的优惠政策，以及部分立即终止会带来重大影响的政策措施，要设置过渡期，留出必要的缓冲空间；对已兑现的优惠政策，不溯及既往。

根据公开信息，近期部分地方政府开始对与税收挂钩的补贴、返还等相关政策进行专项清理^[9]，根据公开披露的信息，亦存在个别企业被要求退回财政奖励的情形^[10]。据报道，部分地区亦实质性暂停涉税的招商引资政策，不再承诺新的奖补措施，并暂停实施已承诺的奖补优惠^[11]。

以《条例》生效为节点，实践中可能存在如下几种情形：

- 《条例》生效前已签署合作协议且已履行完毕的（即补贴已发放完毕）：已兑现的优惠政策原则上不溯及既往，但实践中不排除被要求退还的可能性；
- 《条例》生效前已签署合作协议但尚未发放补贴或补贴未发放完毕的：就已签署但尚未履行完毕的协议，协议中约定的优惠政策是否能够继续有效执行以及兑现，存在较大不确定性；

- 《条例》生效时正在洽谈的合作计划、合作协议以及未来涉企优惠政策的趋势：应当预期针对特定经营者给予的税收优惠、“选择性或差异化”的财政奖励或者补贴、其他影响生产经营成本方面的优惠政策将实质性减少，除非具有上位法依据或者经国务院批准，或者地方政府经审查得出结论符合《条例》规定的豁免情形。

为避免疑问，具有上位法依据或者经国务院批准的区域性、重点行业的优惠政策应当不受影响，例如海南自由贸易港、横琴粤澳深度合作区等区域性优惠政策，发展高新技术产业等领域的优惠政策等。

此外，与财政补贴相似的，对于《条例》生效前未履行公开招标等竞争流程即给予**特许经营权**的情形，在特许经营期间企业的持续运营将面临不确定性，司法实践中存在行业竞争者基于类似事由提起行政诉讼要求确认相关特许经营协议无效的情形，《条例》实施之后预期类似事项及其风险亦将有所增加，需要根据个案情形评估风险以及妥善应对。

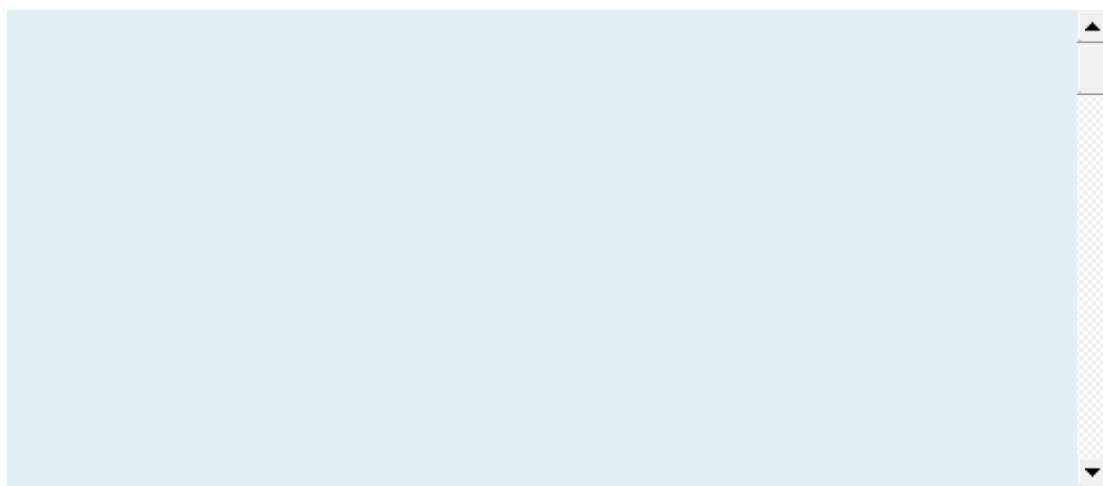
四、结语和提示

鉴于《条例》自8月1日方才实施，地方政府和企业均处于调整适应期，当前实施财政补贴和涉税优惠政策的替代方案有待个案中具体探讨，长远的综合影响有待观察，预期地方政策可能从具体“小优惠”转向整体“大气候”。

从投资并购交易以及企业运营的角度，提示如下：

- 尽职调查中，就财政补贴和税收优惠，除惯常关注的是否存在虚假申报、未达到奖补考核指标、不存在相关政策依据而被要求退还之外，建议进一步关注相关财政补贴和税收优惠（特别是数额显著的情形下），其相关政策措施是否经过公平竞争审查或者符合其审查标准，评估退还、兑现以及持续的可能性；
- 估值和交易文件中，结合就财政补贴合规性的尽职调查发现评估就估值的潜在影响，在适用的情形下设置相关的合同条款，以便在交易各方之间合理分配风险；

- 企业运营中签署的财政补贴或者优惠政策的合同，评估相关政策措施在公平竞争审查方面的合规性（或者收集相关支持性文件），就相关优惠政策的可执行性做分析和条款处理。



2024-08-19