

## 反垄断法六部配套规则征求意见

作者：钱晓强 林熙翔 杨壹凯 刘嘉纯

继2022年6月24日，《关于修改反垄断法的决定》（“《[反垄断法修正案](#)》”，解读请见[《海问·观察 | 反垄断法修正案正式出台》](#)）经十三届全国人大常委会第三十五次会议表决通过之后，国家市场监督管理总局（“[市场监管总局](#)”）于2022年6月27日就如下反垄断法六部配套规则的修订公开征求意见：

- 《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（“《[申报标准意见稿](#)》”）；
- 《经营者集中审查规定（征求意见稿）》（“《[经营者集中审查意见稿](#)》”）；
- 《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》（“《[垄断协议意见稿](#)》”）；
- 《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》（“《[滥用行为意见稿](#)》”）；
- 《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》（“《[知识产权反垄断意见稿](#)》”）；以及
- 《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》。

整体而言，上述反垄断法六部配套规则征求意见稿就《反垄断法修正案》中的新规则和新程序作出回应和细化，同时，就中国反垄断法实施十余年执法实践中日益成熟和渐成共识的问题在规则上予以明确和完善。

就反垄断法六部配套规则征求意见稿中对于经营者投资并购、日常业务运营具有重要影响的修订亮点，简要小结和分析如下，谨供参考。我们亦将密切跟进相关立法和执法动态，及时更新海问在这一领域的观察。



## 1. 经营者集中申报方面

## 1.1 提高既有营业额申报门槛；增加针对“Killer Acquisitions”（扼杀式并购）的新标准

如市场所熟知的，一项投资、并购、合资或其他结构的拟议交易是否需要在中国进行经营者集中申报取决于拟议交易是否构成一项“经营者集中”，以及“参与集中的经营者”的营业额是否达到申报门槛。如果同时符合前述两项条件且不存在法定豁免申报情形的，则构成一项需要申报的“经营者集中”。未经申报和批准，不得实施集中。

《申报标准意见稿》拟在如下两方面作出实质修订：

- **提高既有营业额申报门槛。**现有营业额申报门槛沿用十余年，为适应现阶段中国社会发展情况，减少不具有竞争问题的中小规模并购申报，降低企业制度性交易成本和负担，《申报标准意见稿》拟提高既有营业额申报门槛。具体而言，经营者集中达到下列标准之一的，应当事先申报：（1）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过120亿元人民币（*现行标准为100亿元人民币*），并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币（*现行标准为4亿元人民币*）；或者（2）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过40亿元人民币（*现行标准为20亿元人民币*），并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币（*现行标准为4亿元人民币*）。
- **增加针对“Killer Acquisitions”的新标准。**具体而言，经营者集中同时达到下列标准的，应当事先申报：（1）其中一个参与集中的经营者（*结合上下文，前述经营者应指代合并交易中的一方或者其他交易结构中取得目标公司控制权的一方*）上一会计年度在中国境内的营业额超过1,000亿元人民币；以及（2）《申报标准意见稿》第二条<sup>[1]</sup>第（一）项所规定的合并其他方（*结合上下文，前述经营者应指代合并交易中的另一方*）或第二条第（二）项和第

（三）项所规定的其他经营者（结合上下文，前述经营者指代投资、并购交易中的目标公司）市值（或估值）不低于8亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过1/3。

基于前述规则设计的三重条件，不难解读，《申报标准意见稿》拟对**大型企业**通过合并、并购或投资等方式取得**估值/市值较高**、营业额尚不显著（但其中**至少1/3的营业额来自于中国境内**）的目标公司在反垄断法意义下“控制权”的Killer Acquisitions纳入中国经营者集中审查的管辖范围。此类Killer Acquisitions中涉及的目标公司多为高科技、平台型或初创企业，具有估值较高但是营业额不显著的特点。

需要说明的是，尽管《申报标准意见稿》拟提高既有营业额申报门槛和增加针对“Killer Acquisitions”的新标准，但是关于营业额计算的系列规则均不涉及调整，例如，计算取得控制权的经营者的营业额时，应当追溯至其最终控制人，将其具有“控制权”的所有经营者的营业额计算在内（即所谓集团层面的营业额），以此为基础测算是否达到营业额标准。

## 1.2 就未达到申报标准但是具有竞争关注的经营者集中，明确申报和调查程序

《反垄断法修正案》第26条规定，经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报；经营者未依法申报的，反垄断执法机构应当依法进行调查。

《经营者集中审查意见稿》进一步明确上述申报和调查程序，具体而言，针对未达到申报标准但是具有竞争关注的经营者集中：

- 如集中尚未实施的，市场监管总局可以要求经营者申报并书面通知经营者。取得批准之前，不得实施集中；
- 如集中已经实施的，市场监管总局可以要求经营者在**180天内**补报，以及要求经营者停止实施集中或者采取其他必要措施。

## 1.3 明确“实施集中”的认定标准；明确违法实施集中调查中其他方的配合义务

就何为“实施集中”，是执法实践中评估是否构成未依法申报或者“抢跑”的重要前提。目前适用规则项下没有明确规定，既往反垄断执法机构的执法先例中比较明确的指征可能包括完成工商变更登记、委派高级管理人员或者实质决定目标公司的经营管理。

《经营者集中审查意见稿》就此明确，“指取得对其他经营者的控制权、或者对其施加决定性影响的行为，包括但不限于完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等。”基于前述规定，我们预期，在可能达到申报标准的投资并购交易中，如何合理约定交易文件项下过渡期间目标公司受限于投资人/收购方事先同意的各项事项、投资人/收购方可以采取何种合理措施在过渡期内就目标公司业务经营进行监督避免其价值贬损、尽职调查过程中如何合理设置“清洁团队”以及避免竞争性敏感信息交换、如何提前筹划业务整合而不至于落入“抢跑”范畴，需要更为审慎和严格的评估。

此外，与之前相关的，在未依法申报的调查中，对于主动提交补申报的经营者，其面临的问题之一是由于参与交易的其他经营者未能提供相关信息、数据和材料，影响调查质量和进程。就此，《经营者集中审查意见稿》规定了第三方的配合调查义务，就违法实施经营者集中的调查，除被调查的经营者外，要求涉嫌违法实施经营者集中有关的其他经营者或个人配合反垄断执法机构调查，按要求提交文件资料。

## 1.4 就执法实践中运作成熟的标准落于明文规则

- 细化“控制权或施加决定性影响”的定义，即确定经营者拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑经营者直接或间接持有其他经营者的表决权或类似权益的情况，以及对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响；
- 明确不同交易结构项下“参与集中的经营者”。
- 明确“上一会计年度”营业额的具体期间，即集中协议签署日的上一会计年度内的营业额。



## 2. 垄断协议方面

### 2.1 就纵向限制安排提供“安全港”，为合理的经销体系设计提供合规指引

就经营者与交易相对人之间达成的纵向限制安排（包括固定或维持转售价格、限制销售地域或者客户、独家供应/购买、最惠国待遇安排等），《反垄断法修正案》新增“安全港”制度以及明确调整了现行执法实践中就转售价格维持安排的违法性认定原则，从“原则禁止”，调整为“合理分析”——如果不具有排除或限制竞争效果的，固定/维持转售价格安排可以主张不构成垄断协议，由当事人承担举证责任。为落实举证责任和举证内容，《垄断协议意见稿》新增针对安全港制度的具体适用标准和程序，以期为经营者提供合规指引。

具体而言，为成功适用安全港制度，经营者需证明：

- 达成或实施纵向限制安排的经营者及其交易相对人在相关市场的市场份额均**低于15%**（反垄断执法机构另有规定的从其规定）。其中，前述市场份额应当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；如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；
- 无相反证据证明其排除、限制竞争；
- 经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，以证明上述事宜，申请内容应当包括：（1）经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系；（2）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额及计算依据；（3）协议在相关市场不会排除、限制竞争；以及其他需要说明的内容。

反垄断执法机构将调查核实经营者的申请，在此过程中，除可能征询外部委、行业协会、上下游企业、利益相关方等意见，《垄断协议意见稿》亦提出可以征求第三方及社会公众意见。

### 2.2 新增组织和帮助达成垄断协议的规定

就《反垄断法修正案》第19条项下规定的轴辐垄断协议，即“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”，《垄断协议意见稿》细化认定标准、违法情形及其法律责任。其中：

- “**组织**”是指（1）经营者虽不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用；或者（2）经营者与多个交易相对人签订协议，故意使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成垄断协议的；
- “**实质性帮助**”是指经营者虽未从事前款规定的组织行为，但对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。

- 对组织和帮助其他经营者达成垄断协议的经营者，需承担与达成垄断协议的经营者相同的法律责任。

### 2.3 进一步规范中止调查程序、细化宽大申请和认定程序、增加约谈制度

- 进一步规范了中止调查程序：反垄断执法机构对涉嫌垄断协议调查核实后，认为构成垄断协议的，由此前“不再接受经营者提出的中止调查申请”修订为“不得中止调查，应当依法作出处理决定”。前述规定，亦同样出现在《滥用行为意见稿》中。
- 细化了宽大申请的程序：参与垄断协议的经营者应当在反垄断执法机构立案前、启动调查程序前或作出行政处罚告知书前，向反垄断执法机构提出申请。就申请材料而言，应当包括：垄断协议有关情况的报告，包括但不限于参与垄断协议的经营者、涉及的商品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施情况、是否向其他境外执法机构申请等；达成或者实施垄断协议的重要证据。“重要证据”是指反垄断执法机构尚未掌握的，能够对启动调查或者对认定垄断协议起到关键性作用的证据。
- 新增约谈制度：经营者涉嫌违反本规定的，反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈，要求其提出改进措施。前述规定，亦同样出现在《滥用行为意见稿》中。

### 2.4 其他亮点

- 就禁止“具有竞争关系的经营者”达成横向垄断协议，进一步明确具备在一定时期内进入相关市场竞争的计划和可行性的“潜在竞争者”亦可能成为横向垄断协议项下所谓“具有竞争关系的经营者”。
- 新增数字经济手段构成达成垄断协议的行为方式，即经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本规定禁止的垄断行为。



## 3. 滥用市场支配地位方面

### 3.1 关注平台经济领域：颇具争议的“自我优待”拟作为一项滥用行为予以规制

- 明确具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事滥用市场支配地位行为；
- 根据执法实践，新增“交易金额”、“控制流量的能力”等两项因素作为认定平台经济领域经营者市场支配地位的考虑因素。具体而言，作为分析滥用市场支配地位的起点，在评估是否具有支配地位时，就平台经济领域的经营者而言，需考虑相关行业竞争特点、经营模式、[交易金额](#)、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、[控制流量的能力](#)、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素；
- 新增禁止平台领域经营者实施“自我优待”行为。具体而言，禁止具有市场支配地位的平台经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等，没有正当理由，在与该平台内经营者竞争时，对自身给予下列优惠待遇：（1）对自身商品给予优先展示或者排序；（2）利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。需要说明的是，作为一项长期和普遍存在的商业惯例，就“自我优待”是否适宜作为一项滥用行为予以规制，从学界和实务界的角度，均颇具争议。我们期待在征求意见的过程中就此事宜能够得到广泛讨论，最终形成具有共识的规制思路。



## 4. 知识产权反垄断方面

### 4.1 知识产权反垄断领域引入“创新（研发）市场”作为相关市场

在涉及知识产权许可等反垄断执法工作中，相关商品市场可以是技术市场，也可以是含有特定知识产权的产品市场。除此之外，《知识产权反垄断意见稿》引入“创新（研发）市场”的概念。同时，进一步明确相关技术市场和相关创新（研发）市场的定义。其中，“相关技术市场”是指由具有较为紧密替代关系的一组或者一类技术所构成的市场；“相关创新（研发）市场”是指经营者之间就未来新技术或者新产品的研究与开发进行竞争所形成的市场。

### 4.2 细化知识产权领域滥用行为的表现形式

- 明确知识产权领域“搭售”滥用行为的表现形式。具体而言，《知识产权反垄断意见稿》拟规定具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，在[知识产权许可时强制被许可人购买其他不必要的商品](#)、在[知识产权许可时强制被许可人接受一揽子许可](#)；
- 增加“[排他性回授](#)”作为“附加不合理限制条件”滥用行为的表现形式之一。具体而言，《知识产权反垄断意见稿》拟规定具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在行使知识产权的过程中，要求交易相对人将其改进的技术进行[排他性回授](#)或者独占性的回授。

### 4.3 明确标准制定和实施中的垄断协议情形、完善SEP（标准必要专利）中的滥用市场支配地位行为规定

- 明确标准制定和实施中的垄断协议情形。具体而言，《知识产权反垄断意见稿》拟规定经营者不得在行使知识产权的过程中，利用标准的制定和实施从事下列行为，排除、限制竞争：（一）[没有正当理由，与具有竞争关系的经营者联合排斥特定经营者参与标准制定，或者排斥特定经营者的相关标准技术方案](#)；（二）[没有正当理由，与具有竞争关系的经营者联合排除其他特定经营者实施相关标准](#)；（三）[与具有竞争关系的经营者约定不实施其他竞争性标准](#)。
- 完善SEP中的滥用市场支配地位行为规定。具体而言，《知识产权反垄断意见稿》拟规定具有市场支配地位的经营者不得在标准的制定和实施过程中从事下列行为，排除、限制竞争：（一）在参与标准制定的过程中，故意不向标准制定组织披露其权利信息，或者明确放弃其权利，但是在某项标准涉及该专利后却对该标准的实施者主张其专利权；（二）在其专利成为标准必要专利后，违背公平、合理和无歧视许可的[承诺，以不公平的高价许可，没有正当理由拒绝许可、搭售商品、实行差别待遇或者附加其他不合理的限制条件](#)；（三）[在标准必要专利许可过程中，违背公平、合理、无歧视许可的承诺，未经善意谈判程序，不正当地请求法院或者相关部门作出或者颁发禁止使用相关知识产权的判决、裁定或者决定，迫使被许可方接受其不公平的高价或者其他不合理的限制条件](#)。前述规定明确提及“[专利伏击](#)”和“[专利劫持](#)”的情况，有助于厘清知识产权法和反垄断法之间的边界，在知识产权被过度使用甚至被滥用时，需要反垄断法予以介入，对相关滥用行为进行规制。

1. 《申报标准意见稿》第二条：本规定所称经营者集中，是指反垄断法第二十五条所规定的下列情形：（一）经营者合并；（二）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（三）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。