

反垄断法修正案正式出台

作者：钱晓强 林熙翔

2022年6月24日，经十三届全国人大常委会第三十五次会议表决通过了《关于修改反垄断法的决定》（“《**反垄断法修正案**》”），自2022年8月1日起施行。相比于国家市场监督管理总局2020年1月2日公布《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》（就此请见[《海问观察：反垄断法修订草案公开征求意见》](#)的解读）和十三届全国人大常委会第三十一次会议审议的《反垄断法（修正草案）》（“**一审稿**”，就此请见[《海问观察：反垄断法修正草案征求意见稿》](#)的解读），《反垄断法修正案》进一步回应修法中各方关注的问题。

整体而言，《反垄断法修正案》在现行《反垄断法》既有框架之下，结合中国竞争执法十余年以来的经验和当前社会经济的发展阶段，就个别问题作出集中回应，为市场有序竞争和经营者合规经营提供法律指引：

● **确立纵向垄断协议的规制新路径，为经销体系管理提供合理空间**：《反垄断法》就垄断协议的违法性认定确立“原则禁止，例外豁免”的原则，但是长期以来，行政执法实践中尚未出现成功主张适用《反垄断法》第15条豁免事由的公开先例。此外，行政执法和司法裁判中就纵向垄断协议的违法性认定亦存在分野。前述情形在实务中给经营者（特别是就中小企业和采用分销模式的经营者）带来不少困惑。《反垄断法修正案》从如下两方面就纵向垄断协议的规制确立新路径：（1）**明确纵向价格限制（即通常所称“固定/维持转售价格”）安排可以主张不具有排除限制竞争影响作为抗辩基础**；（2）**就纵向限制安排提供“安全港”豁免规则**。《反垄断法修正案》授权反垄断执法机构制订以相关市场的市场份额以及其他条件为基础的“安全港”豁免规则，一项纵向限制安排如能落入“安全港”范围即可推定不构成垄断协议。我们注意到，纵向价格限制安排是否能够适用“安全港”豁免规则并不十分清晰，有待反垄断执法机构后续制订的配套措施和执法实践中明确。《反垄断法修正案》确立的纵向垄断协议规制新路径将有助于为经营者（特别是中小企业）的经销体系管理提供更多合理空间，**我们建议**，经营者可以密切关注反垄断执法机构后续制订的配套措施，以及纵向垄断协议的执法先例，在日常经营过程中收集企业所处行业的市场竞争信息（包括相关产品的品牌间竞争和品牌内竞争情况），审慎地界定其适用的相关市场和测算市场份额（包括采取必要的压力测试），评估其相关行为的竞争影响，以确立相关业务行为的合规边界。

● **关注互联网平台和新型滥用行为的反垄断监管执法**：2020年11月至今，就平台经济领域，执法机构通过颁布相关合规指引、强化执法力度和行政座谈会议等方式，引导平台企业合规经营，颇具成效。预期互联网平台和新型滥用市场支配地位的行为仍将是未来一段时期的竞争执法重点。《反垄断法修正案》在总则中原则性地明确，“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法禁止的垄断行为”，于滥用市场支配地位一章，增设一款明确，“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前款规定的滥用市场支配地位的行为”，在法律层面重申强化互联网平台和新型滥用行为的监管立场。尽管数据、算法或技术等新型的滥用行为因其新颖、复杂以及执法实践中可能面临的争议，目前中国尚未有成型的执法先例，但是“未来已来”，我们注意到国家市场监督管理总局竞争政策与大数据中心于2022年6月一项公告显示，其将建成“反垄断执法业务智能研判中心”，拟利用自然语言处理、大数据、机器学习、深度学习、模型构建等技术，实现对重点行业头部企业垄断竞争行为风险的研判和预警，体现对互联网平台和新型滥用行为的持续关注。**我们建议**，平台经济领域的经营者可以在理解竞争执法逻辑的基础上，重新审视其采用数据和算法、技术实施的相关业务经营行为是否可能构成相关滥用行为，例如采用“算法合谋”达成垄断协议、采用大数据方式实施差别待遇、或者采用技术手段屏蔽竞争对手或拒绝开放API接口以拒绝交易，在其具有显著市场份额的情形下应当谨慎评估相关行为的合规性。

● **健全经营者集中分类分级审查制度、明确执法机构的主动调查权**：分类分级审查制度旨在实现经营者集中案件审查的繁简分流，将行政资源集中于涉及国计民生等重要领域的案件审查中，以提升审查质量和效率。作为背景，根据相关政策以及我们的了解，金融、传媒、科技、民生领域以及涉及初创企业、新业态和劳动密集型企业的经营者集中案件将面临更严格的审查；同时，国家反垄断局亦正在计划将符合特定标准的案件授权至特定省级反垄断执法机构审查，以期调动更多执法资源，提高审查效率。此外，值得关注的是，《反垄断法修正案》亦从法律层面明

确反垄断执法机构的主动调查权，即就未达到申报标准但具有竞争担忧的投资、并购和合资等经营者集中行为，反垄断执法机构可以要求申报；如未依法申报的，则执法机构应当依法调查。**我们建议**，交易各方在交易筹划和谈判时可以结合交易涉及的行业领域、可能的竞争影响评估交易时间表和审批风险，通过交易条款的设置在交易双方之间合理分配审批风险，必要时通过与反垄断执法机构商谈咨询的方式提高交易的确性。

● **全面提升垄断行为的行政处罚力度**：针对未依法申报实施经营者集中的行为，《反垄断法修正案》明确就存在竞争担忧的集中，除由执法机关责令采取必要措施恢复到集中前状态外，还将处以上一年度销售额10%以下罚款；不具有竞争担忧的，将处以500万元以下罚款。此外，《反垄断法修正案》引入个人责任，规定企业的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处以100万元以下的罚款；对拒绝、阻碍反垄断审查调查等行为大幅提高了处罚力度；引入倍数罚款制度，在违法行为情节特别严重的情况下将罚款上限提高到原水平的2-5倍。由于垄断行为的隐蔽性，全面提升行政处罚力度有助于激励企业注重合规经营，特别是引入个人责任，将有助于“自上而下”推进经营者的合规体系建设（就合规体系建设的框架和建议，请参见[《海问观察：经营者反垄断合规体系的构建》](#)）。**值得一提的是**，就经营者历史上的未依法申报实施集中的行为，尽管原则上新法不溯及既往，但是由于集中行为具有持续性，是否适用新修订的《反垄断法》项下罚则，尚待执法实践中予以明确。作为观察，我们注意到2021年以来市场上通过自查和梳理历史交易，在新法出台之前的窗口期内就其未依法申报集中事宜主动向执法机关提交报告，以避免适用新法罚则的情形亦逐渐增多。

就《反垄断法修正案》的具体方面，我们摘取和分析如下重要看点，与各位分享。



1. 垄断协议方面

1.1 拟调整转售价格维持安排的违法性认定规则

《反垄断法修正案》第18条第2款规定：对前款第1项（固定向第三人转售商品的价格）和第2项（限定向第三人转售商品的最低价格）的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。这一新增条款事实上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。

长期以来，行政执法机构对转售价格维持安排的执法严格按照“原则禁止，例外豁免”的框架执行，除非当事方能够证明相关安排满足《反垄断法》第15条项下豁免事由（实践中尚未有成功主张适用的公开先例），否则推定违法。法院则在民事诉讼中将是否存在排除或限制竞争效果作为转售价格维持构成违法的前提，并由原告承担证明责任。这一条款如能通过，有望协调行政执法和司法裁判实践中在此问题上的分野，引导行政执法机构趋向以竞争效果评估作为固定/维持转售价格安排违法性认定基础的思路。

1.2 拟对垄断协议认定设置“安全港”标准

《反垄断法修正案》第18条第3条规定，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。

此前，“安全港”制度在个别反垄断指南中有所体现。例如，《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》规定，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%（或者在相关市场上存在至少4个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术），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%（或者在相关市场上存在至少2个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术），可以推定不构成垄断协议。《关于汽车业的反垄断指南》亦规定，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，但前述推定规则仅适用于纵向协议中的地域限制和客户限制情形（就此事宜的相关解读，请参见[《海问观察：汽车业反垄断指南解读》](#)）。相较之前的指南，《反垄断法修正案》从法律层面首次确立以市场份额为标准的垄断协议“安全港”制度。

值得一提的是，相比于一审稿，这一“安全港”豁免规则的适用范围从普遍适用于横向、纵向和轴辐垄断协议，限缩

至仅适用于纵向垄断协议，同时，在市场份额指标之外增加一项兜底要件，即“反垄断执法机构规定的其他条件”，为执法实践中调整和完善“安全港”制度留有灵活余地。尽管如此，“安全港”豁免规则如何量化，以及是否就不同市场/行业设置不同的安全港，均有待反垄断执法机构后续制订的配套规章和执法实践中明确。

1.3拟引入“轴辐协议”，规定组织、帮助达成垄断协议者的法律责任

《反垄断法修正案》第19条规定：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。此外，《反垄断法修正案》第56条规定，经营者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的，适用与达成垄断协议经营者相同的处罚规定。前述条款，将学理上的“轴辐合谋”的垄断协议行为在法律层面予以单独列举，其中，就何为“提供实质性帮助”，有待结合执法实践作具体解读。

值得提示的是，就互联网平台和采用分销政策的经营者而言，由于其连接诸多平台内经营者或者经销商，其商业模式使其当然处于居间和协调的地位，更容易暴露于“轴辐协议”的场景中，我们建议企业在日常经营活动中，在包括面向平台内经营者或经销商的会议、培训和交流中，有意识地避免成为平台内经营者或经销商就竞争性敏感信息交流、达成违法协调的平台。



2.滥用市场支配地位方面

在滥用市场支配地位方面，《反垄断法修正案》仅于第22条现有的滥用行为基础上进一步明确如下情形，即“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，对其他经营者进行不合理限制的，属于前款规定的滥用市场支配地位的行为”。前述条款体现了反垄断执法对于互联网新型滥用行为的关注，例如，利用数据和算法实施差别待遇（或称“大数据杀熟”或“千人千价”）、利用技术屏蔽竞争对手或者拒绝开放API接口达到拒绝交易的效果、利用平台规则实施“二选一”或者附加其他不合理的交易条件等。如具有市场支配地位的经营者（主要指向但不限于互联网平台）实施前述行为，对于其他经营者进行不合理限制的，则很可能落入滥用市场支配地位的规制范畴进而招致不利的法律后果。就此，2021年2月7日国务院反垄断委员会发布《关于平台经济领域的反垄断指南》中，就前述滥用行为的表现以及认定的考虑因素有具体的指引，可以作为经营者合规经营的参考（就此事宜的相关解读，请参见《海问观察：平台经济反垄断指南征求意见》）。

值得提示的，就互联网平台的相关滥用行为，平台经营者或平台内经营者的特定行为，可能同时受反垄断法、反不正当竞争法、网络安全法、个人信息保护法、电子商务法、广告法、价格法和消费者保护法的规制，不同法律法规项下的适用条件、规制路径和法律责任均有所不同。例如，“二选一”、“大数据杀熟”即是较为典型的示例。与之相关的，2021年10月29日，国家市场监督管理总局就《互联网平台分类分级指南》《互联网平台落实主体责任指南》公开征求意见^[1]，从竞争法、数据保护、知识产权法、价格法、广告法等多个角度全面归纳、细化了互联网平台的责任。其中，参考欧盟《数字市场法案》（草案）的监管思路，对于“超大型平台”^[2]提出更高的监管要求。我们建议，互联网平台经营者或平台内经营者，结合其特定的市场地位、市场行为与市场条件，对经营行为可能涉及的合规风险进行分类和分级，以了解边界，有序竞争。



3.经营者集中申报方面

3.1引入停钟制度

《反垄断法修正案》拟引入“停钟制度”，规定有下列情形之一的，反垄断执法机构可以中止计算审查期限，自中止计算审查期限的情形消除之日起，审查期限继续计算：（1）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（2）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；（3）对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。

根据我们的经验，“停钟制度”更多可能是为了回应具有竞争关注的复杂案件（特别是可能作出附条件批准的案件）中反垄断执法机构的法定审查时限不足的问题。以往就个别复杂案件，申报人可能需要在法定审限结束前撤回申报而后重新提交，以给予执法机关更多时间就复杂案件进行审查。“停钟制度”的引入符合国际的主流实践，亦有助于解决前述实践问题。

3.2从法律层面明确对未达申报标准经营者集中的执法权

《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。现行《经营者集中审查暂行规定》项下即具有相同的规定，《反垄断法修正案》将此提升至法律层面予以规定。

前述条款，预示着就“扼杀式并购”或者如下第3.3部分提及的重点审查领域，未来反垄断执法机构可能会更加积极主动地执法。就此，我们建议，交易各方在交易规划和谈判时应当结合交易涉及的领域、可能的竞争影响评估交易时间表和审批风险，通过交易条款在交易双方之间合理分配风险。就具有或可能具有竞争关注的交易，结合个案中的具体情形，考虑事先与反垄断执法机构作商谈咨询或主动提交申报，以避免事后监管给交易带来的不确定性以及不利的舆情影响。

3.3健全经营者集中分类分级审查制度

《反垄断法修正案》第37条规定，国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查，提高审查质量和效率。与此相关的，根据国家市场监督管理总局过去2019年、2020年、2021年发布的《中国反垄断年度执法报告》，包括互联网、信息通信、公用事业、医药、半导体、汽车、建材、交通、石化在内的重点行业是反垄断执法重点关注行业领域。2022年4月10日发布的《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》中明确要求“健全经营者集中分类分级反垄断审查制度。破除平台企业数据垄断等问题，防止利用数据、算法、技术手段等方式排除、限制竞争；加强对金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中审查。”可以预期，涉及前述领域的相关投资并购交易的经营者集中将面临更为严格的审查，就可能具有竞争担忧但未达到申报标准的投资、并购和合资交易涉及的集中行为，不排除反垄断执法机构要求经营者主动申报。



4.《反垄断法修正案》相关行政处罚小结

《反垄断法修正案》在多方面提升其威慑力，如下请见就现行《反垄断法》和《反垄断法修正案》项下就相关垄断行为的行政处罚条款对比小结，供经营者参考。

违法行为	《反垄断法》	《反垄断法修正案》
垄断协议	- 达成并实施：责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额 1-10% 的罚款； - 达成未实施：罚款上限 50 万元。	- 达成并实施：与左列相同；增加：上一年度没有销售额的，处 500 万元以下罚款； - 达成未实施：罚款上限提升至 300 万元； - 个人责任：法定代表人、主要负责人和直接责任人对达成垄断协议负有个人责任的，可以处 100 万元以下罚款； “轴辐协议”：组织者适用上述罚则。
滥用市场支配地位	责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额 1-10% 的罚款。	不涉及调整。
违法实施经营者集中	责令恢复至集中前状态，处 50 万元以下罚款。	- 具有竞争担忧的，责令恢复至集中前状态，处上一年度销售额 10% 以下罚款； - 不具有竞争担忧的，处 500 万元以下罚款。
拒绝、阻碍调查	- 单位：罚款上限 100 万元； - 个人：罚款上限 10 万元。	- 单位：罚款上限上一年度销售额 1%（上一年度没有销售额或销售额难以计算的，罚款上限 500 万元）； - 个人：罚款上限 50 万元。
倍数罚款机制	不涉及。	- 对“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的”，反垄断执法机构可以按照上述规定的罚则，乘以 2-5 倍，拟定罚款； - 理论上可以至多处罚经营者上一年度销售额 50% 的罚款。
失信记录	不涉及。	记入信用记录，向社会公示。
罚款考量	执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续时间等因素。	增加“消除违法行为后果的情况”，作为确定具体罚款数额的考量因素之一。

此图片来自微信公众平台
未经允许不可引用

1.国家市场监督管理总局关于《互联网平台分类分级指南》、《互联网平台落实主体责任指南》公开征求意见的公告，具体请

见：http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html。

2.“超大型平台”，是指在中国的上年度年活跃用户不低于5000万、具有表现突出的主营业务、上年底市值（或估值）不低于1,000亿人民币、具有较强的限制平台内经营者接触消费者（用户）能力的平台。

2022-06-25