

如需了解更多资讯，请联系以下人员：

鲍治  
北京  
BaoZhi@fenxunlaw.com

刘佳  
北京  
laura.liu@bakermckenziefenxun.com

朱誉  
北京  
ZhuYu@fenxunlaw.com

Stephen Crosswell  
香港  
Stephen.Crosswell@bakermckenzie.com

Tom Jenkins  
香港  
Tom.Jenkins@bakermckenzie.com

## 《反垄断法（修正草案）》预示强化反垄断时代的到来

### 概述

继 [2020年1月国家市场监督管理总局公布《<反垄断法>修订草案（公开征求意见稿）》](#)（“《2020年草案》”）之后，全国人大常委会于2021年10月23日公布了经审议的《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”），以广泛征求社会意见<sup>1</sup>。《修正草案》主要有以下要点：

- 加大了对垄断行为的处罚力度，具体包括：引入个人责任（罚款），明确刑事追责的可能性，以及显著提高的对未依法申报违法实施经营者集中行为的处罚（对未依法申报的罚款最高可达500万元人民币，若该等集中具有排除、限制竞争效果，罚款可进一步升至最高上一年度销售额的10%）；
- 经营者集中审查引入“停表”制度；
- 赋予国家市场监督管理总局（“**国家市场监督管理总局**”）针对未被反垄断法明确禁止的经营者之间特定类型的协议设置安全港的权力；
- 对转售价格维持行为提供可能的抗辩空间；
- 总结执法经验，强化对[平台经济领域中的垄断行为的规制](#)；
- 引入公益诉讼制度，人民检察院可依法对侵害社会公共利益的垄断行为提起反垄断民事公益诉讼。

《修正草案》的内容可能会再做调整，最终版本预计将于2022年出台。《修正草案》进一步彰显了中国继续强化反垄断执法的坚定态度。对在中国开展业务的企业而言，积极跟进反垄断领域最新的立法执法活动，持续推进和加强自身的反垄断合规工作，应成为企业合规运营的重中之重。

### 要点

#### 1. 适用于未被反垄断法明确禁止的经营者之间特定协议的安全港规则

<sup>1</sup> 《修正草案》全文请参见 <http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff8081817ca258e9017ca5fa67290806>。

《修正草案》第十九条授权国家市场监督管理总局设置一定的市场份额标准，推定市场份额低于该等标准的经营者之间特定类型的协议适用《反垄断法》第十五条的规定，即符合法定豁免的情形。尽管该规定与欧盟的集体豁免制度类似，但需要注意的是，两者之间仍有显著区别：《修正草案》中拟规定的安全港规则是一个可驳回的推定，并非完全排除《反垄断法》适用的“除外”规定，根据个案具体情形，如果有证据能够证明经营者的行为排除、限制竞争的，反垄断执法机构仍有权对其进行查处。《修正草案》并没有设置具体的市场份额标准，预计后续会由国家市场监督管理总局或者国务院反垄断委员会在执法规定或指南中进一步明确。事实上，已发布的一些反垄断指南中已有关于安全港规则的一些规定。

## 2. 转售价格维持行为可基于竞争影响进行“抗辩”？

自2008年《反垄断法》生效以来，转售价格维持（RPM）行为一直是中国的反垄断执法重点。在执法实践中，RPM行为长期被视为本身即违反《反垄断法》而无需在个案中考虑该等行为是否具有排除、限制竞争影响，这一“原则禁止+例外豁免”的原则也获得了司法层面的认可。

在坚持RPM行为违法性的同时，《修正草案》似乎采用了（些许）更灵活的处理方法，对经营者能够证明不具有排除、限制竞争影响的RPM行为不予禁止。举证证明责任将由受到调查的当事方承担，并且国家市场监督管理总局仍有权评估是否接受当事方的该等抗辩。《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》已经说明RPM行为在某些情况下可不被认定为违法<sup>2</sup>。然而，其他采取类似做法的司法辖区（如欧盟）的经验表明，考虑到执法风险及较高的证明责任，许多企业在实践中可能并不愿意利用该等潜在的抗辩理由。

## 3. 平台经济特定滥用市场支配地位行为受到明确禁止

随着全球范围内的对科技公司的反垄断监管日益严格，中国反垄断执法机构也不断地积极开展对中国互联网平台经营者的执法活动。

《修正草案》总结了近期平台经济反垄断执法实践中的经验，并通过法律条文的方式明确：

- 经营者不得滥用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等排除、限制竞争；
- 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，属于滥用市场支配地位的行为<sup>3</sup>。

中国互联网平台企业仍需考虑如何妥善应对反垄断执法带来的风险。国家市场监督管理总局于2021年2月7日发布的[《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》](#)对互联网平台企业垄断行为有更为详细的列举，对互联网平台企业如何更好的开展内部反垄断合规审计/合规“体检”具有很强的指导作用。

## 4. 更为成熟的经营者集中审查程序

<sup>2</sup> 根据《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》，在以下情形中，实施转售价格维持行为可能并不违反《反垄断法》：（1）新能源汽车的短期转售价格限制；（2）仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制；（3）政府采购中的转售价格限制；（4）汽车供应商电商销售中的转售价格限制。

<sup>3</sup> 例如通过降级、取消权益、搜索降权等多种惩罚措施保障“二选一”要求实施。

在经营者集中审查方面，《修正草案》主要作出了以下创新：

- 《修正草案》第 32 条保留了《2020 年草案》首次提出的停表制度，也即一旦反垄断执法机构提出补充问题清单，180 天的审查期限将会中止，直到交易方补充完整申报材料后方可继续计算。复杂案件中经交易方同意，需要对限制性条件方案进行进一步评估的，审查程序也会中止。“停表”制度的采用可能会推迟最初设定的交割日和交易完成日，企业应在其交易时间安排中考虑到这一风险。不过，对于一些复杂、需要附加限制性条件的案件，该制度可能会提高审查效率，因为目前交易方在 180 天审查期限届满后往往不得不撤回案件并重新进行申报。
- 《修正草案》第 26 条再次明确了反垄断执法机构对未达到申报标准的经营者集中也有权进行审查，例如参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台的猎杀式收购 (killer acquisition)、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额低于申报标准等情形的经营者集中。
- 《修正草案》第 37 条列举了反垄断执法机构将重点审查的行业，包括民生、金融、科技和媒体等。尽管《修正草案》明确将加强对这些领域的经营者集中的审查，但是具体的措施仍有待观察。

## 5. 加大对垄断行为的处罚力度

《修正草案》全面加强了对实质性和程序性违法行为的处罚：

- 自《反垄断法》实施以来，《修正草案》首次规定反垄断执法机构有权对违反《反垄断法》负有个人责任的法定代表人、主要负责人和直接责任人处以 100 万元人民币以下的罚款。
- 《修正草案》保留了《2020 年草案》中拟议的关于刑事责任的规定，为今后追究相关违法主体的刑事责任提供了空间。尽管如此，目前《中华人民共和国刑法》中尚未针对违反《反垄断法》的行为（串通投标和阻碍反垄断调查的除外）设置相应的罪名，追究违法主体刑事责任规定（即使获批）的实施仍有待《刑法》及其修正案的进一步落实。
- 《修正草案》也将未依法申报违法实施经营者集中行为的罚款上限从现有的 50 万元人民币大幅提高到 500 万元人民币，若违法实施的经营者集中具有排除、限制竞争的效果，则罚款金额可能更高（最高可达上一年度销售额百分之十）。未依法申报违法实施经营者集中行为是近年来反垄断执法的重中之重，如果《修正草案》的现有规定获批生效，反垄断执法机构可能会迅速而广泛地对对应报未报的“抢跑”行为进行查处，以加大对未依法申报违法实施经营者集中行为的威慑。
- 《修正草案》还规定了因违反《反垄断法》而受到行政处罚的情况也将会被依照国家有关规定记入相关企业和个人的信用记录，对严重违法失信行为还会被给予信用惩戒，并向社会公示。

《修正草案》拟修改的违反《反垄断法》所需承担的法律責任（罰款單位均為萬元人民幣）總結如下：

处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
违法实施经营者集中，包括：	≤50	具有排除、限制竞争效果的集中：



处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 未依法申报</li> <li>▪ 申报后未经批准即实施集中</li> <li>▪ 违反附加限制性条件</li> <li>▪ 违反审查决定</li> </ul>		≤上一年度销售额10%  <b>不具有排除、限制竞争效果的集中：</b> ≤500
尚未实施所达成的垄断协议的	≤50	≤300
上一年度没有销售额的	无规定 <sup>4</sup>	≤500
经营者的法定代表人、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	无规定	≤100
行业协会组织本行业的经营者达成垄断协议的	≤50	≤300
对依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的	<b>对个人的罚款：</b> ≤10 <b>对单位的罚款：</b> 20-100	<b>对个人的罚款：</b> ≤50 <b>对单位的罚款：</b> ≤上一年度销售额1% <b>上一年度没有销售额或者销售额难以计算的：</b> ≤500
违反《反垄断法》规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的	无规定	《反垄断法》规定的罚款数额的 <b>2倍以上5倍以下</b> 处以罚款
违反《反垄断法》规定，构成犯罪的	无规定	承担刑事责任

[www.bakermckenziefenxun.com](http://www.bakermckenziefenxun.com)  
[www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com)  
[www.fenxunlaw.com](http://www.fenxunlaw.com)

奋迅·贝克麦坚时联营办公室  
 上海市浦东新区世纪大道88号  
 金茂大厦1601室  
 200121

电话: +86 21 6105 8558  
 传真: +86 21 5047 0020

## 6. 人民检察院的公益诉讼制度

《修正草案》额外引入了人民检察院公益诉讼制度，即人民检察院可依法对侵害社会公共利益的垄断行为提起反垄断民事公益诉讼。在中国的法律实践中，公益诉讼常见于环境保护等案件中，最近也扩展到个人信息保护和未成年人保护等领域，并且重点关注互联网领域。

<sup>4</sup> 2019年5月，浙江省市场监管局对衢州市8家混凝土企业实施横向垄断协议案进行了处罚。发起横向垄断协议的企业因上一年度无销售额而未受到罚款，这表明《反垄断法》需要就经营者上一年度没有销售额的情况作出规定。