

海问观察：反垄断法四部配套新规出台

作者：钱晓强 林熙翔 杨壹凯 寇梅若

继2022年6月27日国家市场监督管理总局（“**市场监管总局**”）就反垄断法六部配套规则的修订公开征求意见之后¹，2023年3月24日，市场监管总局就其中的四部正式出台了新规，并将于2023年4月15日起正式实施：

- 《经营者集中审查规定》（“《**经营者集中审查新规**》”）
- 《禁止垄断协议规定》（“《**垄断协议新规**》”）
- 《禁止滥用市场支配地位行为规定》（“《**滥用行为新规**》”）
- 《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》（“《**滥用行政权力新规**》”）

整体而言，四部配套新规是2022年《反垄断法修正案》生效后对相关实施规则的首次修订，一方面协调和反映了《反垄断法修正案》的相关修订，另一方面对反垄断法在执法实践中的典型和热点问题作出了回应。相较于征求意见稿，新规审慎地删除了部分可能导致实施困难或存在争议的规定，并调整和规范了诸多执法实践的细节，提升了执法的可操作性，为企业的反垄断合规管理和风险控制带来更多的可预测性和指导性。

本文就四部配套新规对现行有效规章的修订重点作出简要分析，并重点提示其相较于2022年6月的征求意见稿的变化之处，仅供企业参考和把握相关立法和执法动态。

1. 《经营者集中审查新规》

1.1. 就未达到申报标准²但是具有竞争关注的经营者集中，明确申报和调查程序

《经营者集中审查新规》第八条第二款规定，经营者集中未达到申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，市场监管总局可以要求经营者申报并书面通知经营者。集中尚未实施的，经营者未申报或者申报后获得批准前不得实施集中；集中已经实施的，经营者应当自收到书面通知之日起一百二十日内申报，并采取暂停实施集中等必要措施减少集中对竞争的不利影响。

相对于征求意见稿，《经营者集中审查新规》落实了对于“未达到申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的”情形下，市场监管总局的主动调查权。同时，优化了相关表述，明确了相关集中行为未实施和已实施情形下的补申报要求和对应的经营者义务。对于“已经实施”的集中，新规将补充申报的时间由征求意见稿的180天**缩短为120天**。

与此相关的是，《经营者集中审查新规》新增了第三方对于未达申报标准但可能具有排除、限制竞争效果交易的**举报制度**。预期该制度可能被存在利益相关性的市场主体所利用以达成其自身目标，在此提示企业予以关注。

1.2. 优化对于“取得控制权或能够施加决定性影响”的认定因素；明晰“上一会计年度”营业额的具体期间和共同控制下的营业额计算问题

¹ 六部征求意见稿分别为：

- 《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）》
- 《经营者集中审查规定（征求意见稿）》
- 《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》
- 《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》
- 《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》
- 《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》

就六部征求意见稿的详情，请见海问文章“海问观察：反垄断法六部配套规则征求意见”

² 值得提请留意的是，2022年6月27日市场监管总局公布的《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）》尚未正式出台，对营业额申报门槛的提高将如何落地，仍有待密切观察。

《经营者集中审查新规》第五条规定，判断经营者是否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，应当考虑下列因素：（一）交易的的目的和未来的计划；（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；（三）其他经营者股东（大）会等权力机构的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；（四）其他经营者董事会等决策或者管理机构的组成及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；（五）其他经营者高级管理人员的任免等；（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等；（八）其他应当考虑的因素。

- 作为对比，《经营者集中审查规定》征求意见稿区分了“**确定取得控制权或能够施加决定性影响应当考虑的因素**”和“**判断取得控制权或能够施加决定性影响应当考虑的因素**”，其中前者包含“**高级管理人员任免、财务预算、经营计划**”这三方面在实务中通常被认为触发“控制权”认定的“红线”。而本次正式出台的《经营者集中审查新规》整体**删除了这一部分**，直接列举了判断“控制权”时应当考虑的因素。这一处理为市场监督管理总局的执法留下灵活性空间，以应对未来市场中可能在不同交易安排下出现的控制权/决定性影响类型，也进一步说明了“控制权”的认定是综合考虑各方面因素的结果。
- 《经营者集中审查新规》完善了“控制权”判断因素本身：**删除了“监事会的组成及表决机制”**，转而聚焦企业“真正的”管理机构，符合市场理解和实践；**新增了“董事会等决策或管理机构的历史出席率和表决情况因素”**，提示企业在关注公司章程等治理性文件的现状之外，应当进一步关注公司治理的事实状况。
- 《经营者集中审查新规》落实了征求意见稿中提出的“共同控制”概念：两个以上经营者均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的，构成对其他经营者的共同控制；明确了被共同控制的经营者与第三方经营者之间的营业额如何计算：**在有共同控制权的参与集中的经营者之间平均分配**。这一概念的确定及营业额计算的明晰回应和解决了过往实践中的一些争议。
- 《经营者集中审查新规》明确了营业额计算的“上一会计年度”是指**集中协议签署日的上一会计年度**。

1.3. 明确“实施集中”的认定标准

“实施集中”的具体内涵和标准对于认定是否构成“抢跑”具有关键性的意义，但长久以来，立法层面缺乏对其的明确阐释。在《反垄断法修正案》提高了对于抢跑行为的处罚力度之后，从立法层面明确“实施集中”内涵和标准更凸显其重要性。在这一背景下，《经营者集中审查新规》落实了征求意见稿的相关内容，其第八条第三款规定，“**是否实施集中的判断因素包括但不限于是否完成市场主体登记或者权利变更登记、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。**”

据此，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。

1.4. 细化和优化了“停钟制度”

相较于征求意见稿，《经营者集中审查新规》对《反垄断法修正案》下的“停钟制度”（即中止计算审查期限）做了进一步细化和优化，更具有实操性。针对《反垄断法修正案》规定三种不同的适用情形，《经营者集中审查新规》第二十三至二十六条分别**细化了启动条件、恢复条件、起止时点、决定形式**：

- 对于经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行的，市场监督管理总局

应当先书面通知限期补正，未限期补正的，市场监督管理总局可以停钟，在申报人按要求提交文件、资料后，审查期限继续计算

- 对于在审查过程中，出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，不经核实将导致审查工作无法进行的，市场监督管理总局可以停钟。经核实审查工作可以进行的，审查期限继续计算
- 对于市场监督管理总局需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估且申报人提出中止计算审查期限请求的，市场监督管理总局可以停钟，评估完成后审查期限继续计算。

据此，我们建议企业将停钟的可能性纳入到对审查期限的估算当中，在交易文件中对于经营者集中审查期限可能延长的风险予以考虑。

1.5. 完善了受托人的选任和监督制度

《经营者集中审查新规》第四十五条细化明确了附条件案件中受托人的选任要求和选任流程；第七十一、七十二条款明确了受托人和剥离业务买方未按规定履行义务的法律責任：对其可能被处以的罚款金额上限，经历了从2020年修订前的经营者集中审查规定的三万元，到征求意见稿的二十万元，再到《经营者集中审查新规》的十万元的调整过程。

1.6. 新增经营者集中审查中反垄断执法机构可以采取的调查方式

《经营者集中审查新规》第三十条规定，在审查过程中，市场监管总局根据审查工作需要，可以通过书面征求、座谈会、论证会、问卷调查、委托咨询、实地调研等方式听取有关政府部门、行业协会、经营者、消费者、专家学者等单位或者个人的意见。这一新增条款为市场监管总局的具体审查调查方式提供了法规依据。

据此，我们建议企业在进行经营者集中申报时，做好市场监管总局在审查过程中可能联系市场上利益相关方的预期，提前准备沟通和应对预案。

2. 《垄断协议新规》

2.1. 删除了征求意见稿中适用“安全港”制度的市场份额、申请流程等内容

为响应《反垄断法修正案》引入的可以适用于各个行业的有关纵向垄断协议的“安全港”制度，《禁止垄断协议规定》征求意见稿曾提出适用15%的市场份额标准、相关市场份额计算方法以及无相反证据证明排除限制竞争效果的要求。这一市场份额的标准引发了业内广泛的讨论和争议（低于此前在《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》和《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》中30%的规定），但仍被视为有望提高安全港制度的可操作性和确定性。但是，本次正式出台的《垄断协议新规》删除了该15%市场份额的相关规定，仅将安全港规则概括性描述为“经营者在相关市场的市场份额低于市场监管总局规定的标准，并符合市场监管总局规定的其他条件的”，具体细节尚留待市场监管总局后续予以规范。此举保留了反垄断执法、司法上的自由裁量权，也体现了审慎的立法态度。

与之相关的，《垄断协议新规》删除了征求意见稿中要求经营者主动申请以适用安全港规则的流程性规则。征求意见稿中的这一规定曾被认为很难实施，因为企业将缺乏明确的动机对尚未现实存在的政府行政调查进行主动应对。我们理解，可能基于类似的考虑，《垄断协议新规》未落实征求意见稿中的该等程序，而是有待与“安全港规则”的制订整体考虑和落实。

针对这一新规修订，在更具体的安全港规则出台前，企业应当参照目前的执法实践，继续审慎评估纵向垄断协议（尤其是限制转售价格的敏感类型）的风险，仍将其审慎地认定为高风险的行为而加以避免；对于安全港规则的适用，可以参考适用国务院反垄断委员会相关汽车业指南和知识产权领域指南，但仍需对能否成功适用于其他行业和领域且

被反垄断执法机构所接受持审慎和保留的态度。

2.2. 就“组织”和“实质性帮助”垄断协议的行为完善相关规定

为呼应《反垄断法修正案》关于轴辐协议的规定，《禁止垄断协议规定》征求意见稿曾就“组织”和“实质性帮助”垄断协议行为的认定标准、违法情形和法律责任做出了规定。《垄断协议新规》对征求意见稿的内容做了一系列细致调整，包括：

- 区分“组织”和“实质性帮助”并予以分开规定；
- 删除了轴辐垄断协议中对“组织者”主观性的要求，即“故意”使竞争者之间通过其进行意思联络或信息交流的规定；
- 新增了“组织”行为的兜底规定；
- 明确了“实质性帮助”的表现形式，即包括提供必要的支持、创造关键性便利条件，或其他重要帮助；
- 删除了要求“实质性帮助”与“排除限制竞争具有因果关系且作用显著”的关联性要求，转而关注行为本身。

此外，《垄断协议新规》新增明确了组织帮助者亦可以申请宽大程序，具体请见以下第2.3部分。

整体而言，新规一方面赋予了“组织”和“实质性帮助”行为更为明确的内涵，另一方面降低了认定此类行为的门槛，主要体现在不要求实质性帮助行为与排除限制竞争具有因果关系。因此，对于企业而言，即使没有作为协议的一方参与竞争性敏感信息的交换，亦应当适当关注和评估自身促成、协助其他方达成相关敏感信息交换的行为，以避免反垄断相关风险的发生。

2.3. 进一步规范调查程序

- 就中止调查程序，《垄断协议新规》落实了征求意见稿的修订，对于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，由此前的“不再接受经营者提出的中止调查申请”改为“不得中止调查，应当依法作出处理决定”。
- 就宽大制度，相对于征求意见稿，明确了申请宽大的时间为“行政处罚告知前”；在提交材料方面，调整了重要证据的标准为“反垄断执法机构尚未掌握的，能够对立案调查或者对认定垄断协议起到关键性作用的证据”（征求意见稿中为“启动调查”）；新增了组织帮助者、个人责任人员（法定代表人、主要负责人、直接责任人员）申请宽大的程序。整体而言，新规给予宽大制度更大的适用空间，建议企业关注。
- 就约谈制度，《垄断协议新规》落实并优化了征求意见稿中新增的约谈制度，明确了约谈制度的具体内容，包括指出经营者问题、听取情况说明、开展提醒谈话、可以要求经营者提出改进措施消除行为危害后果；明确规定反垄断执法机构要求经营者改进时，经营者应当提出消除行为危害后果的具体措施、履行时限等，并提交书面报告。
- 《垄断协议新规》第二十三条新增答复举报人的专门规定，明确反垄断执法机构可应书面实名举报人书面申请，依法向其反馈举报处理结果，更好地保障举报人知情权。前述规定，亦同样出现在《滥用行为新规》中。
- 《垄断协议新规》第二十四条明确了对垄断协议行为的立案标准：有证据初步证明经营者达成垄断协议；属于本部门查处范围；在给予行政处罚的法定期限内。前述规定，亦同样出现在《滥用行为新规》中。

2.4. 其他修订亮点

- 征求意见稿曾一度明确了应被视为具有竞争关系的“**潜在竞争者**”的定义，指“具备在一定时期内进入相关市场竞争的**计划和可行性的经营者**”。本次新出台的《垄断协议新规》删除了这一定义，而仅对“**潜在竞争者**”做了“**可能进入相关市场进行竞争**”的限定，删除了“**计划**”，只保留“**可行性**”，在规章层面保留了反垄断执法机构更宽泛的自由裁量权。
- 对于征求意见稿中曾增加的“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”，《垄断协议新规》采取了不同的立法技术，改为将前述规定的旨意分散至垄断协议各个行为的表现方式中分别予以落实，具体例如：第八条规定，**约定计算价格的“算法、平台规则”**构成固定价格的垄断协议；第十条规定，分割销售市场和原材料采购市场的规定**适用“数据”**等要素；第十三、十五条对经营者**利用数据和算法、技术以及平台规则等**达成横向和纵向垄断协议的方式进行了列举，以更好适应数字经济背景下的反垄断监管需要。
- 《垄断协议新规》新增了对负有个人责任的经营者法定代表人、主要负责人和直接责任人员**可以申请减轻或者免除处罚**的规定；此外，还将《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》中规定的**不得免除处罚的情形**落实到了新规中，即：垄断协议达成中起主要作用的；胁迫其他经营者参与达成、实施的；妨碍其他经营者停止违法行为的，不得免除处罚。

3. 《滥用行为新规》

3.1. 完善平台经济领域反垄断制度规则

- 对于平台经济领域经营者市场支配地位认定的考虑因素，在征求意见稿新增“交易金额”、“控制流量的能力”基础上，《滥用行为新规》又新增了“交易数量”这一因素，即：包括相关行业竞争特点、经营模式、**交易金额、交易数量**、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；
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十四、十五条新增了一项平台经济领域认定“**不公平高价/低价**”“**低于成本销售**”时的考虑因素，即“平台涉及多边市场中各相关市场之间的成本关联情况及其合理性”；
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十六条新增一条平台经济领域“**拒绝交易**”的正当理由，及“交易相对人明确表示或者实际不遵守FRAND（即公平、合理、无歧视）的平台规则”；
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十七条新增两项平台经济领域“**限定交易**”的正当理由，即“为保护商业秘密或数据安全所必需”和“为维护平台合理的经营模式所必需”；
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十八条新增平台经济领域“搭售或附加不合理交易条件”的一类行为表现形式，即“利用合同条款或弹窗、操作必经步骤等交易相对人难以选择、更改、拒绝的方式”；
- 相对于征求意见稿，就平台经济领域的“**差别待遇**”行为类型，《滥用行为新规》第十九条新增一项不影响认定“条件相同”的情形，即“交易中依法获取的交易相对人的交易数据、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同”；新增一项“正当理由”，即“基于FRAND的平台规则实施的随机性交易”；
- 与征求意见稿一致，《滥用行为新规》明确**概括性规定**了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；

- 《滥用行为新规》删除了征求意见稿中关于平台经营者“自我优待”的相关规定。

3.2. 对各类型滥用行为的具体分析提供更为细致的指导

- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十三条新增了考虑“共同市场支配地位”时，应当同时考虑经营者行为的一致性。
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十六条新增一类“拒绝交易”行为的表现形式，即“通过设置交易相对人难以接受的价格、向交易相对人回购商品、与交易相对人进行其他交易等限制条件，使交易相对人难以与其进行交易”。
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第十七条明确了限定交易可以是直接限定，也可以是通过惩罚性或激励性措施等方式变相限定；这与执法实践经验相一致。
- 相对于征求意见稿，《滥用行为新规》第二十二条新增一项适用于分析所有滥用行为是否具有“正当理由”的因素，即“有关行为对国家安全、网络安全等方面的影响”。

整体来讲，我们建议企业重点关注新规中各类滥用支配地位行为的具体表现形式，并同时评估是否能够适用明确列举的“正当理由”。对于平台经济领域的企业而言，建议结合《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》对行业特殊要素的规定进行关注。

4. 《滥用行政权力新规》

相较于修订前的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》，征求意见稿乃至本次新规在细化调整行政垄断违法行为的表现形式上作出了细致的努力：新增了约谈制度；规定了行纪衔接制度；与公平竞争审查制度建立衔接。具体而言：

- 分别针对招投标、排斥或者限制外地经营者在本地投资设立分支机构、制定排除、限制竞争内容规定等不同的场景，从违法主体、违法行为的内涵和外延、违法行为对象等角度对相关规定进行了进一步细化。
- 呼应《反垄断法修正案》的约谈制度，《滥用行政权力新规》明确了被约谈对象（法定代表人或负责人）、约谈内容（指出问题、听取说明、要求改进措施或消除限制）、约谈情况备案流程。此外，新规第二十五条规定，反垄断执法机构可以邀请被约谈单位的有关上级机关共同实施约谈，可以公开约谈情况，也可以邀请媒体、行业协会、专家学者、相关经营者、社会公众代表列席约谈。
- 《滥用行政权力新规》第二十八条参照《监察法》第三十四条的表述，新增了反垄断执法机构在调查期间发现的公职人员涉嫌职务违法、职务犯罪问题线索，应当及时移交纪检监察机关的相关规定；
- 《滥用行政权力新规》第三十条新增与公平竞争审查制度衔接的规定，各级市场监管部门可以通过一系列方式，积极支持、促进行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织强化公平竞争理念，改进有关政策措施，维护公平竞争市场环境；鼓励行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织主动增强公平竞争意识，培育和弘扬公平竞争文化，提升公平竞争政策实施能力。
