

FANGDA PARTNERS  
方達律師事務所

# 中国竞争法 年度回顾

---

# 2020



LexisNexis

## 延续与重塑： 中国反垄断的新气象

2020年，不确定性与不稳定因素蔓延全球。突如其来的新冠疫情深刻冲击了全球经济和人们的工作生活方式，国际贸易紧张局势的持续升级导致部分国家进一步加强来自中国的投资限制，中国近年快速崛起的互联网与数字经济，在2020年末也首次迎来反垄断监管和执法风暴。

尽管2020年遇到诸多不确定因素带来的挑战，中国反垄断执法机构仍有效推动了反垄断法的快速发展，从程序到实体勾绘出中国下一历史阶段反垄断执法蓝图。即使在新冠疫情最为严峻的时期，国家市场监督管理总局仍能保持高效的常态化执法，执法节奏并未出现中断或延迟。同时，国家市场监督管理总局对数字经济领域的关注及配套反垄断指南草案的出台也进一步拓展了中国反垄断制度下竞争分析框架、损害评估及证据类型适用的深度和广度，并对互联网企业违法收集和使用竞争对手数据、优待自己平台生态圈企业以及滥用市场支配地位侵害用户及竞争对手等禁止性行为进行了明确列举。2021年，新冠疫情带来的阴霾有望逐渐退散，我们预期国家市场监督管理总局将延续过去一年高效稳健的执法节奏，保持审慎独立的执法姿态，进一步明确反垄断法的重点执法领域。

目录	2020：中国反垄断制度建设大事记	02
	2020年度数据	05
	01 新冠疫情下的反垄断新常态	06
	02 变化中的全球贸易格局对反垄断 和中国企业海外投资审查的影响	10
	03 数字经济反垄断浪潮	16
	04 经营者集中审查领域的突破	20
	05 并购审查中持续关注混合效应、 倚重行为性救济	24
	06 大数据可能产生的反垄断问题	28
	07 加强地方和特定民生领域的反垄 断执法	31
	08 反垄断诉讼	35
	09 重点行业监管脉络更加清晰	39
10 构建合规体系与合作文化	42	

欢迎阅读方达《中国竞争法2020年度回顾》，我们衷心希望通过我们对2020年中国竞争法的观察与思考为您未来商业筹划提供帮助。

# 2020： 中国反垄断制度建设 大事记

2020年是中国反垄断事业继往开来的关键一年。继2018年机构改革统一反垄断执法机构之后，2020年中国反垄断执法机构进一步对此前不同机构发布的规章指南和工作制度进行整合，建立起一套与统一执法相配套的制度规则，提高执法确定性。

2020年也是反垄断法律框架持续更新、发展的一年。从对《反垄断法》的大修，到对平台经济的新规，再到全新的知识产权领域反垄断指南，这些制度的更新确保反垄断法能够与时俱进，从容应对第二个十年的各种挑战。

## 1. 《反垄断法》迎来大修

《反垄断法》修订是2020年的一大亮点。作为中国反垄断体系基石的《反垄断法》自2008年正式实施以来，在2020年迎来首次大修。2020年新年伊始，《反垄断法》修订草案（“修订草案”）面向全社会公开征求意见。修订草案在一定程度上汲取过去十年执法经验，可谓“十年执法，艰辛磨一剑”。全国人大常委会法工委发言人公开表示，修订《反垄断法》将成为2021年全国人大的重点立法工作之一。



## 《反垄断法》修订草案的主要内容

罚款将大幅增加	修订草案极大加强对各种违法行为（包括未依法申报）的威慑力。
从事垄断行为的高管、员工将可能被追究刑事责任	修订草案为多个不同垄断行为正式入刑设置了接口，进一步加强《反垄断法》的威慑力。
拒绝、阻碍调查行为将被严惩	修订草案提高了对拒绝、阻碍反垄断执法机构调查的个人和公司的最高罚款限额，对拒绝、阻碍调查行为零容忍。
禁止组织、帮助其他经营者达成垄断协议	修订草案明令禁止组织、帮助其他经营者达成垄断协议的行为。
转售价格维持等纵向垄断协议的规制更为明晰	修订草案规定，评估除转售价格维持行为以外的其他纵向垄断协议时需要进一步分析其竞争效果，似乎也预示着这类行为需采用类似于“合理分析”（即需要分析这些行为的竞争影响）的分析路径。
核心垄断协议不得适用中止调查程序	对于横向垄断协议中的三种最为严重的“核心垄断协议”，包括固定价格、分割市场及限制产量，修订草案规定反垄断执法机构不得适用中止调查程序。
明确垄断协议适用豁免的要件	修订草案明确适用豁免制度要求所达成的垄断协议是实现相关有利于市场竞争情形（如提高质量、降低成本、增进效率等）的必要条件。
明确经营者集中“控制权”概念	修订草案明确规定了“控制权”的概念，即“经营者直接或者间接，单独或者共同对其他经营者的生产经营活动或者其他重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或者实际状态”。
完善经营者集中审查制度	修订草案对审查制度作出了相应调整使其更具灵活性，包括为反垄断执法机构引入“停钟制度”以及将修改申报标准的权力从国务院转移到反垄断执法机构，由其根据经济发展水平、行业规模等制定和修改申报标准。
关注互联网新经济形态	修订草案增加了对互联网企业认定市场支配地位的特别考虑因素。

## 2. 多部反垄断指南和规定正式落地

国家市场监督管理总局正式发布了多部涉及反垄断法实体和程序问题的规定和指南，彰显了中国反垄断执法机构在制度规则体系建设方面的不懈努力，也显示出对反垄断执法第二个十年的充分信心。

### 2020年国家市场监督管理总局正式发布的指南与规定

名称	正式发布日期	征求意见稿发布日期
<b>部门规章</b>		
《经营者集中审查暂行规定》	2020年10月23日	2020年1月7日
<b>反垄断指南</b>		
《关于汽车业的反垄断指南》	2020年8月6日	2016年3月23日
《关于知识产权领域的反垄断指南》	2020年8月6日	2015年12月31日、2016年2月4日、2017年3月23日
《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》	2020年8月6日	2016年2月3日
《垄断案件经营者承诺指南》	2020年8月6日	2016年2月3日
《经营者反垄断合规指南》	2020年9月18日	2019年11月28日

### 2020年公开征求意见的指南草案

反垄断指南（征求意见稿）	征求意见稿发布日期
《企业境外反垄断合规指南（征求意见稿）》	2020年9月18日
《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》	2020年10月13日
《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》	2020年11月10日

## 2020年度数据

458



国家市场监督管理总局批准的经营者集中案件数量

372

简易  
案件数量

82

无条件批准的普通  
案件数量

4

附条件批准  
案件数量14<sup>天</sup>简易案件平均  
审查周期9.5<sup>月</sup>附条件批准案件  
平均审查周期

12

未依法申报  
案件处罚决定数量250<sup>天</sup>未依法申报案件  
平均调查周期

17



国家市场监督管理总局公布的反垄断行为案件总数

8

横向垄断协议  
案件数量

1

纵向垄断协议  
案件数量

8

滥用市场支配地位  
案件数量3.255<sup>亿元人民币</sup>本年度单件反垄断调查案件中的最高  
额处罚

# 01

## 新冠疫情下的反垄断新常态

### 展望2021

突如其来的新冠疫情为中国反垄断带来“新常态”，在程序性和实体性执法方面都较疫情之前迎来显著变化。从网上提交经营者集中申报到使用线上会议代替现场会议，经营者集中审查和反垄断调查程序都得以简化和加速。这些变化大大提高了反垄断执法效率，缩短了案件审查周期，预计这些“应急之策”今后可能会走向常态化并继续在反垄断执法中得以沿用。

为应对突如其来的新冠疫情，2020年4月，国家市场监督管理总局发布了《关于支持疫情防控和复工复产反垄断执法的公告》（“《疫情防控公告》”），通过一系列疫情期间的新举措支持疫情防控和经济复苏。《疫情防控公告》指出，中国将加大对特定领域的反垄断执法力度，重点关注关键行业的不公平定价垄断行为；对于涉及需要加大支持疫情防控和复工复产领域的合作协议将给予豁免和灵活处理。国家市场监督管理总局为应对疫情突发情况而采取的灵活措施彰显了中国反垄断执法的灵活性与系统性，确保《反垄断法》继续发挥其作为解决紧迫问题、保护和惠及消费者利益的有效手段。





## 1. 审查程序效率提升成为新常态

### 经营者集中审查

即使在新冠疫情最为严重的时期，国家市场监督管理总局在审查程序上并没有任何拖延或放缓迹象。其他一些司法辖区的反垄断执法机构采用了“停钟制度”暂停对交易的审查，甚至要求交易方在一段时间内不申报任何交易，而国家市场监督管理总局优化了其审查程序，使经营者集中的审查工作不受影响。在2020年1月至5月疫情最为严峻的一段时间，国家市场监督管理总局共审理了180多起经营者集中案件，其中包括2020年发布的所有四起附条件批准案件。国家市场监督管理总局在2020年第一季度引入了网上经营者集中申报，并开始通过电子邮件方式接收经营者集中申报。目前，国家市场监督管理总局也通过电子邮

件方式发送其补充问题清单和批准决定。同时，考虑到疫情带来的一些不便，国家市场监督管理总局在经营者集中材料准备方面的要求也变得更加灵活。

国家市场监督管理总局2020年年初还承诺将对涉及疫情防控和复工复产行业的交易进行快速审查，例如制药、医疗器械和设备生产与交通运输等领域。展示出国家市场监督管理总局在进行经营者集中审查时的灵活性和系统性，旨在更好地发挥反垄断审查的职能，帮助企业在特殊时期的疫情防控和复工复产。

简易案件审查	2020年简易案件从立案到批准的平均审查周期从2019年的16天减少至14天。
普通案件审查（非附条件批准案件）	经营者集中审查程序的效率提升保证普通案件的审查周期未因疫情受到实质性影响。
附条件批准案件	附条件批准案件的批准时间为案件申报后约8-12个月。2020年公布的四起附条件批准案件中的其中两起在法定审查期限内获得批准，而另外两起则需要“撤回重报”（即在法定审查期限届满前撤回申报并重新提交申报）。

### 反垄断调查

2020年，没有明显迹象显示疫情导致反垄断执法节奏放缓。2019年，国家和地方反垄断执法机构公布了共计16项反垄断行为案件决定，2020年公布了17项反垄断行为案件决定。事实上，疫情推动执法机构

采取更为高效的调查程序，包括使用网上递交材料和证据，以及通过线上会议代替现场会议等举措。国家市场监督管理总局还承诺加快响应与疫情防控和复工复产相关的反垄断业务咨询、豁免申请和投诉举报。

## 2. 关注疫情相关的重点领域，加强针对哄抬物价的反垄断执法

疫情爆发后，特定行业成为中国反垄断执法机构的执法重点领域。在《疫情防控公告》中指出，国家市场监督管理总局将重点关注涉及用于疫情防控的设备行业（例如口罩、药品、医疗器械以及与民生密切相关行业）的垄断行为。

在疫情形势严峻的2020年上半年，国家市场监督管理总局重点关注了涉及不公平高价和哄抬物价的行为。

### 参考案例

#### 葡萄糖酸钙原料药案：对共同滥用市场支配地位的研究

**背景：**2020年4月，国家市场监督管理总局认定三家葡萄糖酸钙原料药分销商实施了滥用市场支配地位的行为，对三家涉案企业作出人民币3.255亿元的罚款（连同没收违法所得）处罚。

**作为共同主体具有市场支配地位：**国家市场监督管理总局认为，三家葡萄糖酸钙原料药分销商在相关市场中作为共同主体具有市场支配地位：尽管三家企业是独立的法人实体，国家市场监督管理总局仍发现从人员任职、业务关联、财务联系及业务决策能力等方面来看，其中一家分销商康惠公司对另外两家分销商拥有控制权。但执法机构最终的处罚决定是否基于“共同市场支配地位”的概念（中国反垄断法规已正式承认这一概念），以及“控制”一词是否表示三家分销商被视为同一名经营者等问题尚未完全明确。

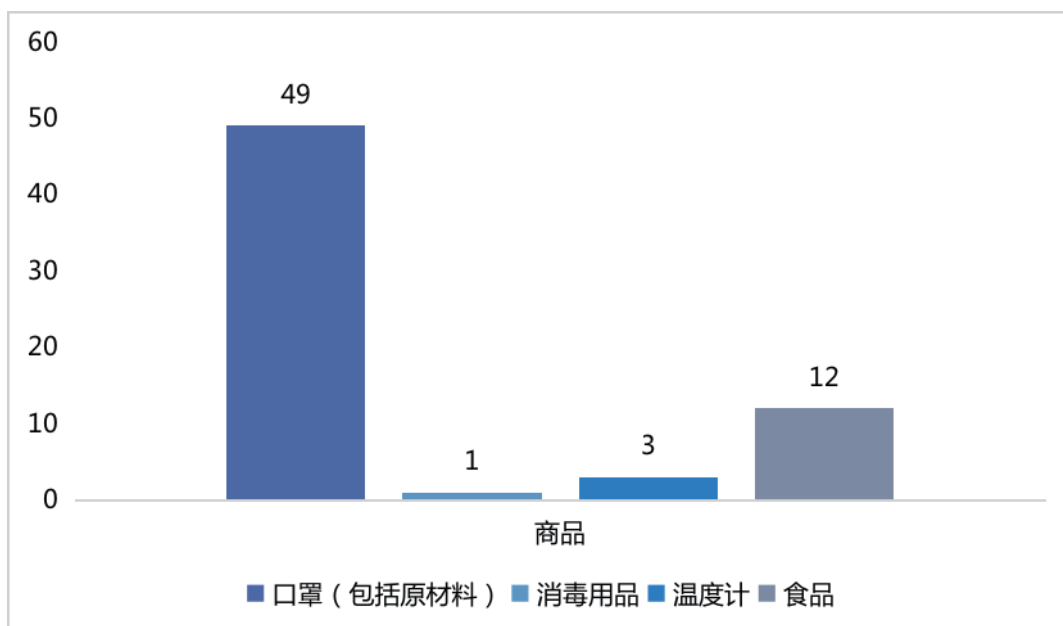
**滥用市场支配地位：**国家市场监督管理总局根据价格成本对比（原料药的采购价格为80元/公斤左右，当事人销售价格多为760-2184元/公斤）及与历史价格对比（2014年注射用葡萄糖酸钙原料药的市场价格为40元/公斤左右，与2014年相比，2017年注射用葡萄糖酸钙原料药销售价格上涨达19倍至54.6倍）认定，三家分销商以不公平的高价向下游药品生产企业销售商品。三家分销商还要求下游药品生产企业仅将最终药品销售给三家分销商，因此三家分销商对下游药品生产企业施加了不公平的交易条件。

国家和地方反垄断执法机构除了可以依据反垄断法外，还可根据其他法规对违法行为进行监管。疫情期间，《价格法》被用于对诸多价格违法行为的监管，不同于在2020年在反垄断框架下不公平定价案件只有一起，大量案件通过《价格法》进行了违法行为认定。《价格法》项下的违法行为无需认定当事人拥有“市场支配地位”，并且可以针对更低的价格涨幅门槛对行为进行监管——一些地方在疫情期间公布的价格

指南也指出，如果商品价格超过2020年1月21日之前的价格，或者购销差价超过15%，则可能构成《价格法》违法行为<sup>1</sup>。2020年1月到4月期间，国家市场监督管理总局针对与疫情防控用品和民生商品的哄抬价格行为，采取了集中执法行动，定期发布典型案例公示其根据《价格法》针对哄抬价格行为采取的执法行动，除部分案件涉及食品行业外，其他绝大多数案件涉及口罩（及其原料）领域。

1. 湖北省《市场监管局关于新型冠状病毒感染的肺炎防控期间有关价格违法行为认定与处理的指导意见》。

### 《价格法》下针对疫情防控的执法案件（2020年1月-4月）



\*上表数据仅显示了国家市场监督管理总局公布的针对疫情防控的价格监管案件

### 对合作协议的豁免

中国反垄断执法机构除加强对特定领域的执法力度外，对经营者为疫情防控和复工复产目的达成的一些合作协议也敞开了豁免政策大门。《疫情防控公告》明确对于有利于技术进步、增进效率、实现社会公共利益和保护消费者利益的协议，国家市场监督管理总局将给予豁免。这些协议可包括药品疫苗、检测技术等领

域改进技术、研究开发新产品的协议，及为提高中小经营者经营效率、增强中小经营者竞争力等的合作协议。经营者可以通过电话、电子邮件等多种方式提出豁免申请，国家市场监督管理总局承诺将积极回应。而在此以前，没有明确规定经营者可在达成或实施协议前向反垄断执法机构提出豁免申请。

### 3. 垂危企业抗辩（Failing Firm Defense）

经营者集中审查中的“垂危企业抗辩”原则在很多司法辖区均已获得普遍认可。根据该原则，交易各方可以主张如果并购交易无法进行，目标公司将会退出市场，因此市场竞争将不会因为并购而减少。中国尽管没有明确规定垂危企业抗辩原则及其适用条件，国家市场监督管理总局在经营者集中审查过程中会考虑企业的财务状况，尤其是目标企业是否涉及破产情形。疫情发生后，许多

企业在其申报中将因疫情导致的财务困难作为交易的抗辩理由之一，而根据我们的经验，疫情期间国家市场监督管理总局在审查这类并购交易时，也的确会密切关注企业的财务预测数据，评估该行业是否面临财务压力或其他挑战（例如产能过剩等问题）。

# 02

## 变化中的全球贸易格局对反垄断和中国企业海外投资审查的影响

### 展望2021

随着全球贸易紧张局势升级，某些司法辖区为了限制中国的影响力出台了大量改革措施。在此背景下，中国对于部分复杂的跨国交易反垄断审查周期可能延长，也可能向更广泛的利益相关方征求意见。如果交易涉及对中国具有重要战略意义的行业，则可能受到更严格的反垄断审查，特别是半导体领域的并购交易。2020年，多个域外司法辖区首次出台外商直接投资审查制度，一些司法辖区（例如美国）进一步完善了现有的外商直接投资审查框架，中国投资者出海投资也将面临挑战。可以预见，2021年对于中国海外投资的关键词之一是“试水”，中国企业在海外投资过程中将全面测试各国已出台的各项外资制度的适用范围和程序。



## 1. 中国反垄断面对跨国交易展现出独立执法姿态

全球贸易紧张局势不断升级，一些司法辖区试图通过庞杂的外商直接投资审查制度限制中国经济影响力的发展。中国反垄断执法机构在经营者集中审查中则持续关注敏感和关键行业的重大交易。2020年，国家市场监督管理总局批准的所有附条件案件为我们带来的启示是：

- (1) 即便在其他司法辖区没有对交易提出任何竞争关注的情况下，中国执法机构仍可能会以独立的执法姿态对交易附加限制条件；
- (2) 中国执法机构将继续专注于审查涉及对中国具有重要战略意义的高科技领域并购交易；及
- (3) 在必要时，中国执法机构可以对全球交易附加针对中国市场和客户的特定救济措施。

国家市场监督管理总局在2020年附条件批准了两项在半导体行业备受瞩目的交易，即英飞凌科技公司收购赛普拉斯半导体公司股权案（“**英飞凌/赛普拉斯案**”）和英伟达公司收购迈络思科技有限公司股权案（“**英伟达/迈络思案**”），国家市场监督管理总局分别耗时12个月和8个月完成两项交易的审查。在这两项交易的审查决定中，国家市场监督管理总局附加了一系列行为性救济条件，而包括欧盟和美国在内的所有其他司法辖区均无条件批准了这两项交易。在另一起附条件案件采埃孚股份公司收购威伯科控股公司股权案（“**采埃孚/威伯科案**”）中，相关产品涉及重要的汽车零部件。

2020年中国附条件批准的经营者集中案件简表

收购方	被收购方	相关行业	其他司法辖区是否附加了限制性条件	审查周期
丹纳赫（美国）	通用电气医疗生命科学学生物制药业务（美国）	生命科学	剥离欧洲资产	305天（10个月）
采埃孚（德国）	威伯科（美国）	汽车零部件	无	263天（9个月）
英飞凌（德国）	赛普拉斯（美国）	高科技（半导体）	无	238天（8个月）
英伟达（美国）	迈络思（以色列/美国）	高科技（半导体）	无	358天（12个月）

“思科以26亿美元收购Acacia Communications”和“应用材料（Applied Materials）以35亿美元提议收购国际电气（Kokusai Electric Corporation）股权”两项涉及半导体行业的重大交易曾预计在2020年完成，但两项交易的中国反垄断审查均未批准，因此均延长了交割期限。目前，中国是这两项交易在全球最后一个尚待批准的司法辖区。2021年较早前，Acacia Communications以未能在交割限期内获得中国反垄断审查批准为理由，提出终止与思科的合并协议。可以预见，随着半导体行业并购交易的增多，这种审查模式在2021年还将延续。

中国经营者集中审查周期较长很大程度上可能是因为中国监管机构征求了众多行业利益相关方的意见。征求利益相关方意见是国家市场监督管理总局普通案件审查程序的一个重要环节，通过征求意见的程序，利益相关方可以对交易提出异议或质疑。国家市场监督管理总局不会仅凭利益相关方单方提出的任何竞争问题做出决策，但通常会要求交易方对这些竞争问题作出回应并给出解决方案。因此，如果有利益相关方提出竞争关注，就可能使对案件的反垄断审查程序更复杂，周期更长，如果交易涉及敏感行业，则影响会更加明显。

中国已经拥有一套成体系的国家安全审查制度，可能在未来为并购交易带来深远影响。根据该制度，国家发展和改革委员会（“**国家发改委**”）能够在反垄断审查进行的同时对可能存在国家安全问题的交易进行审查。中国也在2020年11月27日正式出台《外商投资安全审查办法》，扩大了需要受到国家安全审查的关键行业的范围，该《办法》于2021年1月18日正式生效。涉及国家安全的审查决定并不公开。迄今为止，根据公开信息可以了解到的向国家发改委进行国家安全审查申报的交易数量有限。根据PaRR报道，2020年，基于对国家安全的考虑，国家发改委审查了达尔科技（Diodes）以4.28亿美元收购敦南科技（Lite-On Semiconductor）股权案，敦南科技是一家台湾企业，其在中国大陆持有重要的关联实体。

## 2. 境外外商直接投资审查制度的出台和对中国海外投资审查政策趋严

多个司法辖区于2020年首次出台了外商直接投资审查制度，而其他一些司法辖区（例如美国）也进一步完善了其现有的外商直接投资审查框架。因此，预期2021年各司法辖区将通过多种方式对去年出台的制度的适用范围和程序进行测试。这一“试水”阶段的重要性不言而喻，因为很多司法辖区的外商直接投资审查制度没有配套指南，也缺乏确定性条文，于是有一些声音指出，这些审查制度是为贸易保护主义和地缘政治架起高墙，这也同样意味着反垄断监管所面临的执法挑战将进一步加大。

2020年，中国是很多司法辖区采取更严格的外商直接投资审查制度的主要动因。部分国家政府在2020年出台了诸多以限制中国影响力为目的的措施，包括一些国家禁止或不鼓励从中国采购5G设备、美国政府下令字节跳动剥离TikTok的美国资产等。另外，在全球新冠疫情大流行的背景下，一些国家担心中国企业将低价收购海外困境资产，且中国很可能更快地从新冠疫情所带来的经济创伤中复苏。因此，今年部分国家政府不仅进行了大量改革措施，且条文落地的速度也在持续加快。这些措施被认为具有贸易保护主义的表征，加剧了全球贸易的不确定性。也有声音认为，这些措施是保护本土企业免于遭受“低价倾销”的必要防御手段。

对关键行业的投资通常会在外商直接投资审查的范围之内。对国防领域和获取敏感信息的行业投资也通常会受到外商直接投资审查，最近在境外受到审查的行业还包括能源、水源、电信、金融和保险、运输和食品等，以及人工智能、机器人、半导体、网络安全、航天、国防、能源存储、量子技术和核技术等新技术领域。

## 2020年外商直接投资审查制度改革大事记

---



美国

**2020年2月13日**，《外国投资风险审查现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act）在美国正式生效。众所周知，美国外国投资委员会（“CFIUS”）利用“国家安全”这一宽泛且具有不确定性的概念对众多交易进行了审查。上述法案还使CFIUS有权审查“其他”投资，包括涉及某些关键技术、关键基础设施或个人数据，以及某些房地产交易的非控制性外商投资。

---



德国

**2020年7月17日**，德国外商直接投资审查制度新规生效。根据新规，德国政府可以审查可能对德国的公共安全和秩序造成“潜在损害”（而非“实际威胁”）的交易，从而扩大了审查范围。德国有两种类型的投资审查制度：

- **对特定行业交易的审查**：收购武器、军事装备和IT安全产品生产行业的被收购方10%以上的股权，可能会受到政府审查。
  - **对跨行业交易的审查**：收购关键基础设施（包括但不限于能源、信息技术、电信等）行业的被收购方10%以上股权，必须进行外商直接投资申报。此外，收购任何其他行业的德国被收购方25%以上的股权也可能会受到审查。
- 



欧盟

**2020年10月11日**，新的欧盟外商直接投资法规生效。新法规规定了成员国的最低审查标准，并建立了合作机制：

- 成员国可就可能影响其安全或公共秩序的交易进行审查并发布意见。
- 欧盟委员会可就以下交易进行审查并发布意见：（1）对一个以上成员国的安全或公共秩序构成威胁；（2）可能破坏对欧盟整体利益有益的项目。

是否应批准一项特定投资的最终决定权将由被投资方所在的成员国决定。

---



英国

**2020年11月11日**，英国出台了新的《国家安全和投资立法》（National Security and Investment Legislation），旨在赋予政府权力调查和干预可能引起问题的外商直接投资。预计涉及17个指定行业的交易将必须进行申报。目前政府正在就应涵盖哪些行业进行磋商。

---

### 3. 对中国国有企业投资的审查

除了外商直接投资审查进行重大改革外，欧盟委员会还提出了一项新法案（“白皮书”），以规范外资补贴的扭曲效应。白皮书可能于2021年正式确立并生效，并将为未来欧盟地区经济贸易和中国出海投资产生深远影响。尽管白皮书以铝和半导体为例说明了外国补贴可能产生的扭曲效应，但白皮书所规定的措施可适用于所有市场情形和行业<sup>2</sup>。

白皮书规定了三种执法方案，以对在欧盟引起“扭曲”的外国补贴进行监管。该等措施广泛适用于目前在欧盟开展业务的企业、拟在欧盟进行的投资以及公共领域的招投标。

- **方案一为审查和解决市场扭曲问题的一般机制。**

该机制将使欧盟委员会（以及成员国政府）能够依据职权对获得外国补贴的企业进行调查。方案一分为初步审查阶段和进一步调查阶段。在有证据表明外国补贴造成了扭曲效应的情况下进一步调查程序将会启动。如果确定补贴造成了市场扭曲，欧盟委员会可以施加救济措施。救济措施的形式一般包括要求企业退还补贴，或者其他类似于在合并审查时，附加于附条件批准的结构性或行为性救济措施<sup>3</sup>。

- **方案二为针对利用外国补贴收购欧盟企业导致扭曲效应情形设立的强制申报制度。**方案二项下规定的程序与欧盟委员会现有的合并控制审查制度类似。如果交易方使用外国补贴为收购欧盟目标业务的控制权交易进行融资，且目标业务的营业额超过1亿欧元（约合人民币8.05亿元），则交易方需要就该等收购交易向欧盟委员会申报。除营业额标准以外，欧盟委员会也可能会考虑其他辅助标准，如交易规模或申报前三年获得的财政支

持总金额。值得注意的是，白皮书中规定的“控制”范围大于合并控制制度下的“控制”范围，可以涵盖使用外国补贴收购35%以上的股份或投票权或其他“重大影响”的交易。

在申报过程中交易方应当“保持独立”，在获得批准前不得进行交割。如果发现补贴性收购将导致扭曲效应，欧盟委员会可以通过施加类似于方案一下的救济措施附条件批准交易，或者禁止交易。

- **方案三旨在解决对公共采购领域产生的扭曲效应。**

与方案二中的强制申报制度类似，白皮书要求获得任何外国补贴的投标人在参加公共领域招标时向招标国政府进行申报。白皮书中提出的申报标准包括申报前三年获得了外国补贴或者获得的补贴金额超过特定门槛。如果中标人可能涉及外国补贴且正在接受调查，相关公共采购程序可能需要待调查结果出来后才能进行。如果调查发现确实存在导致扭曲效应的外国补贴，则享受补贴的投标人可能失去参与现有甚至未来的公共采购程序的资格。

2. 白皮书指出，经济合作与发展组织（OECD）估计（1）根据研究，在2013-2017年期间，政府对铝行业企业的支持总计达到200-700亿美元（具体取决于财政支持的估算方式）；及（2）在对21家大型半导体企业样本的研究中，政府在2014-2018年期间提供的支持总额超过了500亿美元。

3. 例如，剥离与外国补贴相关的资产或产能；禁止某些投资或使用补贴进行的收购；第三方权限；以公平、合理和非歧视（FRAND）条款进行许可，禁止特定的市场行为；公布某些研发成果等。



## 境外参考案例

### 德国联邦反垄断机构对中车株机收购德国福斯罗机车案的审查： 反垄断审查及对中国国有企业的外商直接投资审查

**背景：**本次交易涉中车株机收购福斯罗机车，后者是一家欧洲重要的调车机车生产商。2020年9月2日，德国联邦反垄断机构（“FCO”）发布了2019-2020年年度执法报告，重点介绍了其详细审查中国中车株洲电力机车公司（“中车株机”）收购德国福斯罗机车有限公司（Vossloh Locomotives，“福斯罗机车”）交易（“中车株机收购福斯罗案”）的过程。

**竞争关注：**由于中车株机在欧洲市场并不开展业务，所以此项交易并不会导致重大的竞争对手之间的横向竞争问题。尽管如此，FCO对这项交易的审查还是历时近一年之久。在整个审查过程中，中车株机被要求提供了大量的信息，FCO也因此多次使用到“停钟制度”，对中车株机搜集所要求的信息的时间停止计算审查期限。福斯罗机车是欧洲柴油动力调车机车市场的领军企业，占欧洲市场40%-50%的市场份额。在此项交易之前，福斯罗机车是德国铁路技术公司福斯罗集团的子公司。中车株机是中国国企、全球领先的铁道机车制造商中车集团（“中车”）的子公司，其业务区域主要覆盖中国，在海外也有少量业务。

**结果与启示：**FCO将国务院国有资产监督管理委员会（“国资委”）控制的所有中国国企都视为同一集团下属的一部分。这种认定所带来的影响是：（1）由于合并计算国资委下属全部企业的总营业额，触发反垄断申报门槛的可能性将增加；（2）国资委下属关联实体众多，对这些关联实体信息需求的可能性将增加；（3）国资委下属各关联实体在相关市场内竞争问题的波及面将更广。FCO可能会考虑国有企业的财力和资源，在其审查过程中可能会主张一些专门针对国企的竞争损害理论，例如国企实施低价策略的可能性。在本案的审查中，根据市场预测，FCO发现，福斯罗机车近年来的竞争力已经大大减弱，因此FCO消除了对低价策略的担忧。

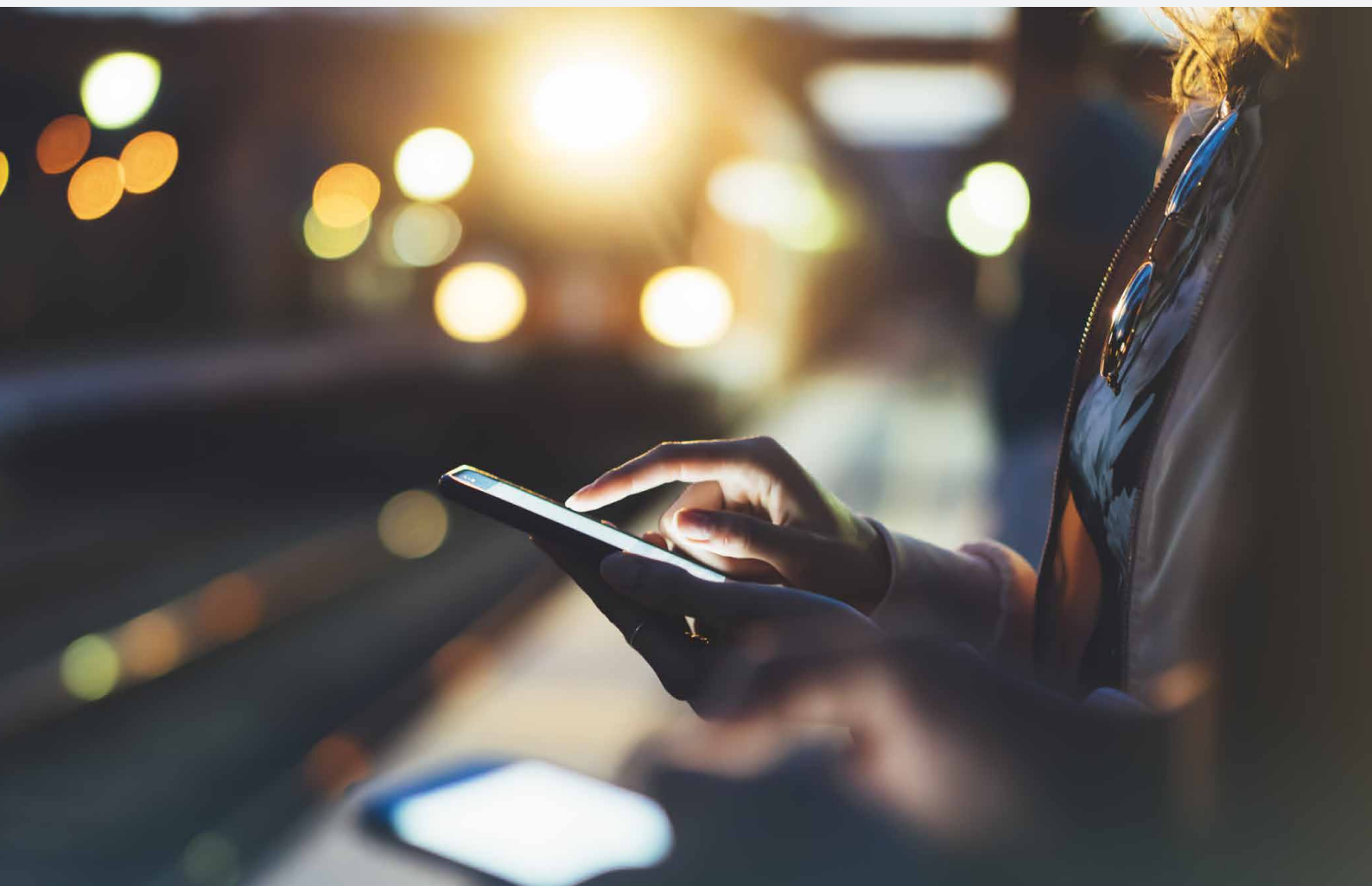
FCO关于国资委对中国国有企业的控制的强烈意见表明，任何对外国目标的收购（至少在德国）都将受到审查。因此，即使未达到相关标准，中国国有企业也应至少与政府进行磋商。至关重要的是，FCO得出结论，根据中国证监会的公开资料和广泛的内部文件，中国证监会也是国资委控制的集团的一部分。首先，FCO认为国资委对中国国企的经济活动产生了至关重要的影响，并且中国“十三五”规划也已为中车的相关经贸活动指明方向。其次，FCO还指出，“集团”中至少包括由中国国家层面控制多数股份的所有关联实体。FCO并未明确区分“国资委”和“中国”的概念，因此尚不清楚由国资委以外的其他中国政府机构控制的国企是否会被视为属于同一“集团”。

# 03

## 数字经济反垄断浪潮

### 展望2021

2020年,《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》(“《平台反垄断指南》”)的重磅亮相以及随后的一系列备受瞩目的执法活动正式吹响了数字经济反垄断的号角。这部新规有望在2021年尘埃落定,而对数字经济领域的反垄断执法也必将成为监管在未来一段时期新的发力点。《平台反垄断指南》指向拥有市场力量的互联网企业与平台生态,国家与地方层面的执法机构可能会通过富有实效的执法活动不断丰富和完善中国互联网领域反垄断执法的经验。

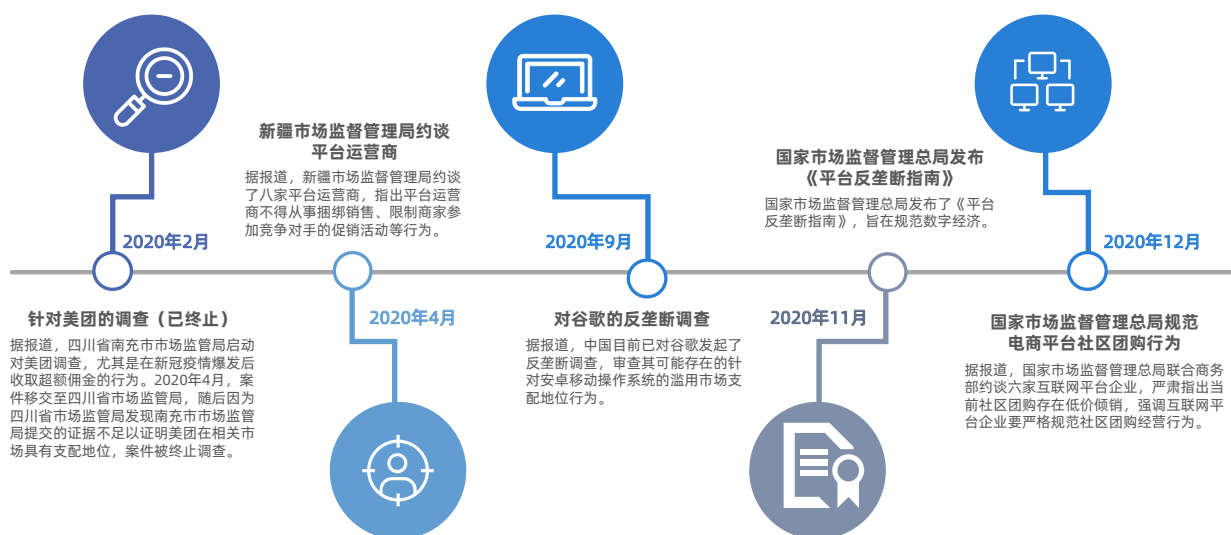


## 1. 数字经济新规重磅亮相

数字浪潮席卷全球，推动中国数字经济实现爆炸式增长，也推动中国互联网企业形成规模之势，与亚马逊、Facebook、苹果和谷歌等国际科技巨头在全球竞争中平分秋色。全球其他司法辖区多年来持续对数字领域加强执法力度，中国在刚刚过去的2020年也正式吹响对数字平台强化反垄断执法的号角；全球其他司

法辖区分步骤、持续性出台和修订数字领域反垄断法规，中国反垄断执法机构也在2020年推出第一部针对平台经济领域的反垄断指南。《平台反垄断指南》明晰了互联网平台的滥用行为和垄断协议的规制路径，是一次全面而具有突破性的有益尝试。

### 2020年，互联网反垄断开启积极监管模式



除了《反垄断法》外，《反不正当竞争法》与《电子商务法》也是规制互联网企业违法行为的重要依据。过去一段时间内，地方执法机构依据《反不正当竞争法》和《电子商务法》针对互联网企业开展了一系列执法活动，但两部法律在法律责任中所设置的罚金远低于《反垄断法》。随着《平台反垄断指南》的出台，可以预见此后互联网执法中将会有更多案件触发高额罚款。

## 2. 关注平台滥用市场支配地位行为

在未来一段时间，互联网企业的滥用行为将成为国家市场监督管理总局反垄断执法的发力点。国家市场监督管理总局在2020年12月的一次答记者问中指出，“我国线上经济蓬勃发展，新业态、新模式层出不穷，成为经济增长的新动能，对推动经济高质量发展和满足人民群众美好生活需要，发挥了重要作用。但与此同时，线上经济呈现出市场集中度越来越高的趋势，市场资源加速向头部平台集中，关于平台垄断问题的反映和举报日益增加，显示线上经济发展中存在一些竞争风险和隐患。”因此在2021年，国家和地方层面的反垄断执法机构的工作重心可能将倾向于《平台反垄断指南》的以下风险行为：

- **无正当理由排除竞争的技术限制：**例如设置歧视性的平台规则或规定，或利用算法标准使交易难以达成（即拒绝交易）、排除竞争对手的产品（即限定交易）、对同一平台生态系统内的产品提供更优惠条件或降级竞争对手的产品（即“自我优待”/差别待遇），或强迫用户接受来自同一平台生态的其他产品或服务（即搭售）。
- **与价格相关的行为：**例如过高或低于成本定价。

随着执法力度加大，互联网领域由消费者和竞争对手提起的私人诉讼数量在未来一段时间可能会激增。

### 对平台型企业市场支配地位的认定

在认定互联网企业的市场支配地位时，执法机构也将考虑平台经济的独有特质，比如平台运营商的多边市场属性和网络效应。《平台反垄断指南》还指出，执法机构可能会跳出市场支配地位认定和垄断协议的一般分析框架——这一规定呼应了最高人民法院在奇虎360诉腾讯案二审中采取的立场。

## 3. 纵向垄断协议新的关注点

即使不具有市场支配地位，但互联网企业也需要警惕是否会在其他方面存在垄断问题。《平台反垄断指南》指出，互联网企业如果涉及最惠国待遇条款和排他性独家协议也可能构成纵向垄断协议。

- **最惠国待遇条款：**互联网平台通常使用最惠国待遇条款要求商家不要向另一家平台提供更优惠的交易条件，这类规定可能会限制平台之间的竞争。纵观全球，2017年欧盟委员会针对亚马逊与电子书出版商签订的最惠国待遇条款展开调查，另外此前多个司法辖区的反垄断机构对线上旅行代理商平台要求酒店签署最惠国待遇条款展开调查，反映出执法机构对于此类案件的关注，不排除中国执法机构在未来也可能对这一领域展开执法检查。
- **排他性协议：**互联网领域的排他性协议条款也可能构成纵向垄断协议。排他性协议具有双重属性，既可能涉及滥用市场支配地位行为，也可能构成纵向垄断协议。

在某种程度上，全球各个司法辖区正在进行的执法活动也可能将中国反垄断执法机构的目光吸引至同类型的违法行为。

## 境外参考案例

### 德国联邦反垄断机构就亚马逊和苹果公司的独家协议展开调查

**背景：**亚马逊为品牌制造商提供了在亚马逊平台上独家销售的机会，通过所谓的“品牌门槛”（brand gating）协议禁止未经授权的第三方平台销售该品牌的产品。与亚马逊达成该协议的品牌制造商包括苹果公司，约定只有苹果公司的经销商和亚马逊可以在亚马逊平台销售苹果产品。

**竞争关注：**2020年10月，德国联邦反垄断机构（“FCO”）对亚马逊和苹果展开调查。FCO认为，这种“品牌门槛”协议实际上是一种排他性独家协议，禁止未经授权的经销商在亚马逊上销售苹果产品，从而排除苹果公司与这些第三方经销商之间的竞争，苹果和亚马逊可能构成滥用市场支配地位行为。

**进展：**目前案件仍在FCO调查中。

# 04

## 经营者集中审查领域的突破

### 展望2021

在中国经营者集中审查制度下，反垄断执法机构能够依法审查未达申报标准但可能具有排除、限制竞争效果的交易。紧跟全球执法趋势，中国执法机构可能将会重点关注（1）原料药和数字经济领域的并购交易；及（2）“猎杀式并购”（killer acquisition<sup>4</sup>）。另一方面，中国执法机构对未依法申报案件的执法仍持续活跃，尤其是明确涉及协议控制（“VIE”）架构的交易也需要申报后，未来对涉及VIE架构的交易执法可能增多。此外，拟修订的《反垄断法》还可能提高罚款金额，对未依法申报行为的罚款上限将可能从50万元抬高到申报义务人上一年度营业额的10%。

4. 即具有市场力量的企业通过收购小型初创公司，将未来可能的竞争对手扼杀于摇篮之中。



## 1. 对未达申报标准交易的审查

在中国现行经营者集中审查制度下，判断交易是否需要申报一般需要考虑相关经营者的全球和中国营业额。但国家市场监督管理总局也有权对营业额未达申报标准，但可能具有排除、限制竞争效果的交易进行审查和干预。2015年，滴滴出行和优步中国合并，尽管交易双方营业额未达申报标准，但考虑到该交易对共享出行行业的重大影响，前经营者集中审查机关商务部仍对交易进行了调查。

随着《反垄断法》的修订和多部行业反垄断指南的出台，国家市场监督管理总局再次强调其对未达申报标准但可能具有排除、限制竞争效果的交易审查权。在《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《**原料药反垄断指南**》”）和《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《**平台反垄断指南**》”）中，国家市场监督管理总局表示重点关注原料药和数字经济领域中的“猎杀式并购”，具体包括存在以下情形的交易：（1）目标公司为初创企业或新兴平台，没有营业额或营业额很低；（2）因采取免费或者低价模式导致营业额较低；（3）相关市场集中度较高，参与竞争者数量较少。

## 2. VIE架构确认应申报

VIE架构是一种境内企业对外融资上市、境外资本对内投资的模式。境外投资者可以通过一系列协议安排（而非股权关系）来控制通常会受到外商投资限制的中国境内资产。涉及VIE架构的经营者集中申报一直是中国反垄断审查中的一项历史遗留问题，由于VIE架构本身合法性尚不明确，关于涉VIE架构的交易是否应当进行申报，一直存在争议。历史上，如果交易方的公司架构中含有VIE结构，在进行中国经营者集中申报时会面临一定困难，以至于此类交易一直以来都处于反垄断监管的“灰色地带”。

2020年，涉及VIE架构交易的反垄断申报情况终于得以明确：

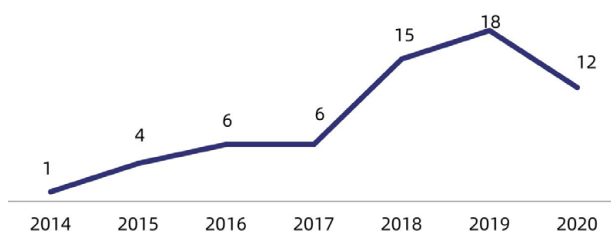
- 2020年4月，国家市场监督管理总局对“上海明察哲刚管理咨询有限公司与环胜信息技术（上海）有限公司新设合营企业案”（“**明察哲刚/环胜案**”）进行简易案件公示，并在公示表中披露合营方之一明察哲刚存在VIE架构。该案是监管首次对涉及VIE架构的简易案件予以立案公示，具有重大里程碑意义。
- 2020年11月，国家市场监督管理总局首次在《平台反垄断指南》中明确涉及VIE架构的交易应当进行申报。
- 2020年12月，国家市场监督管理总局对阿里巴巴投资有限公司（“**阿里巴巴**”）收购银泰商业（集团）有限公司（“**银泰**”）股权、阅文集团（由腾讯集团控制）收购新丽传媒控股有限公司股权、深圳市丰巢网络技术有限公司收购中邮智递科技有限公司股权等三起未依法申报违法实施经营者集中发布处罚决定，对三家互联网企业分别处以人民币50万元的顶格罚款。尽管处罚决定中并未提及，但根据公开报道，上述交易均涉及VIE架构。

### 3. 对未依法申报案件的执法

2020年，未依法申报案件的执法数量较2018及2019年略有下降，但总体仍维持高频执法态势。在2020年作出的共十二项未依法申报处罚决定中，未依法申报交易类型涉及纯境外交易、少数股权收购和分步骤交易，具体而言：

- 纯境外交易：**2020年6月，国家市场监督管理总局对台湾水泥股份有限公司（“台湾水泥”）与土耳其军队退休基金实体Ordu Yardimlasma Kurumu（“OYAK”）设立合营企业未依法申报案作出行政处罚决定。台湾水泥取得40%股权，OYAK公司取得60%股权。据报道，该合营企业于荷兰设立，将于土耳其开展水泥业务。国家市场监督管理总局分别对台湾水泥和OYAK处以人民币30万元的罚款。本案反映出，即使境外公司开展对中国市场不具有竞争影响的交易，但只要交易满足中国的申报标准，也需要进行经营者集中申报，未依法申报将会面临处罚。
- 少数股权收购：**2020年9月，国家市场监督管理总局对浙江省建设投资集团股份有限公司（“浙江省建设投资”）收购多喜爱集团股份有限公司（“多喜爱”）股权未依法申报案作出行政处罚决定，浙江省建设投资收购了多喜爱29.83%的股份，被国家市场监督管理总局认定为取得控制权，并对浙江省建设投资处以人民币35万元的罚款。
- 分步骤交易：**2020年12月，国家市场监督管理总局对阿里巴巴收购银泰股权未依法申报违法实施经营者集中案作出行政处罚决定，本次交易中，阿里巴巴通过2014-2017年之间的三笔交易将其对银泰商业的持股比例从9.9%提升至27.83%，并最终达到73.79%，最终对阿里巴巴处以人民币50万元的罚款。

#### 2014年以来未依法申报经营者集中数量

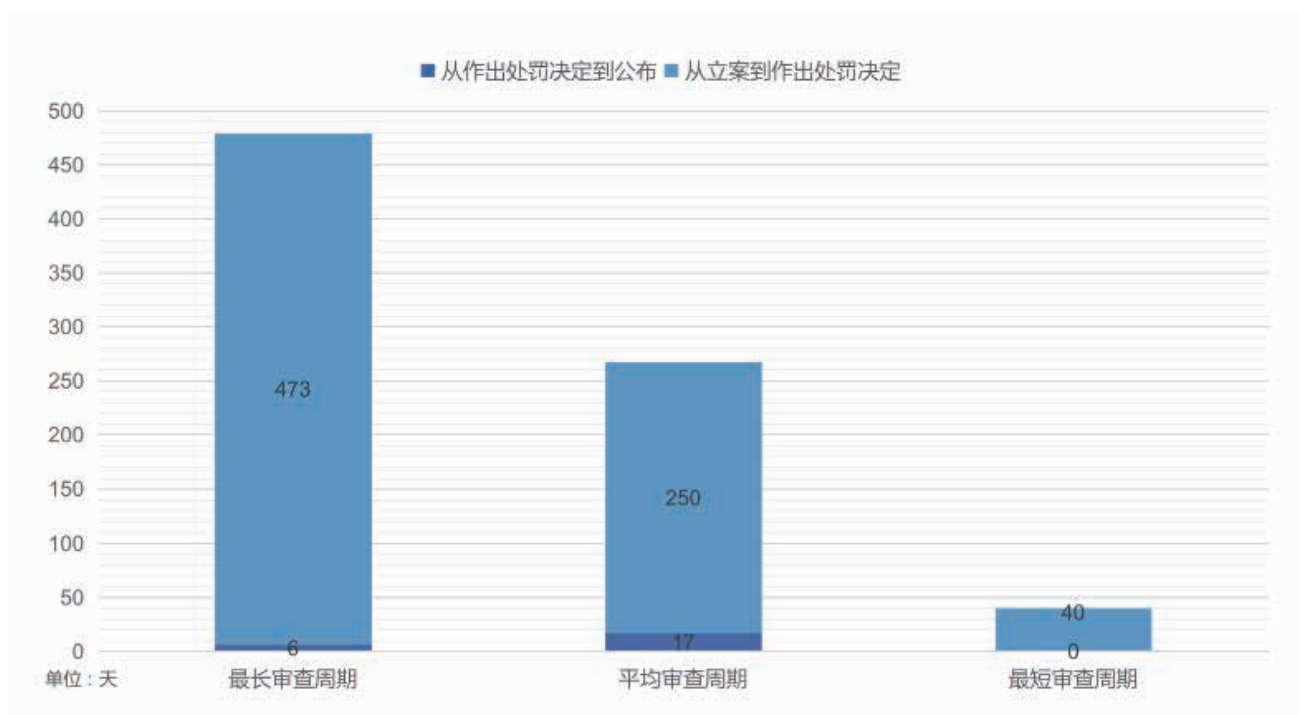


**罚款金额提高。**2020年12月，国家市场监督管理总局在对阿里巴巴、阅文集团和丰巢网络的未依法申报案件中，首次处以人民币50万元的顶格罚款。尽管对未依法申报的罚款与反垄断其他类型执法案件相比罚款金额仍相对较低，但《反垄断法》修订草案已将未依法申报案件的罚款提高至企业上一年度营业额的1-10%。虽然《反垄断法》的修法工作尚在进行，最终的罚款水平尚未确定，但加大对未依法申报的罚款力度已为大势所趋，预计《反垄断法》修订后，企业未依法申报的法律责任将大大加重。

**重点领域调查加速。**据统计，于2020年，未依法申报案件的平均调查周期约为250天，其中最长的调查持续超过一年（479天）。而2020年11月上旬对涉及互联网平台未依法申报调查在2020年12月中旬就已经完成，历时仅40天。加速执法行动、缩短调查周期显示了国家市场监督管理总局对数字经济领域反垄断执法的决心。



## 2020年未依法申报案件调查时间

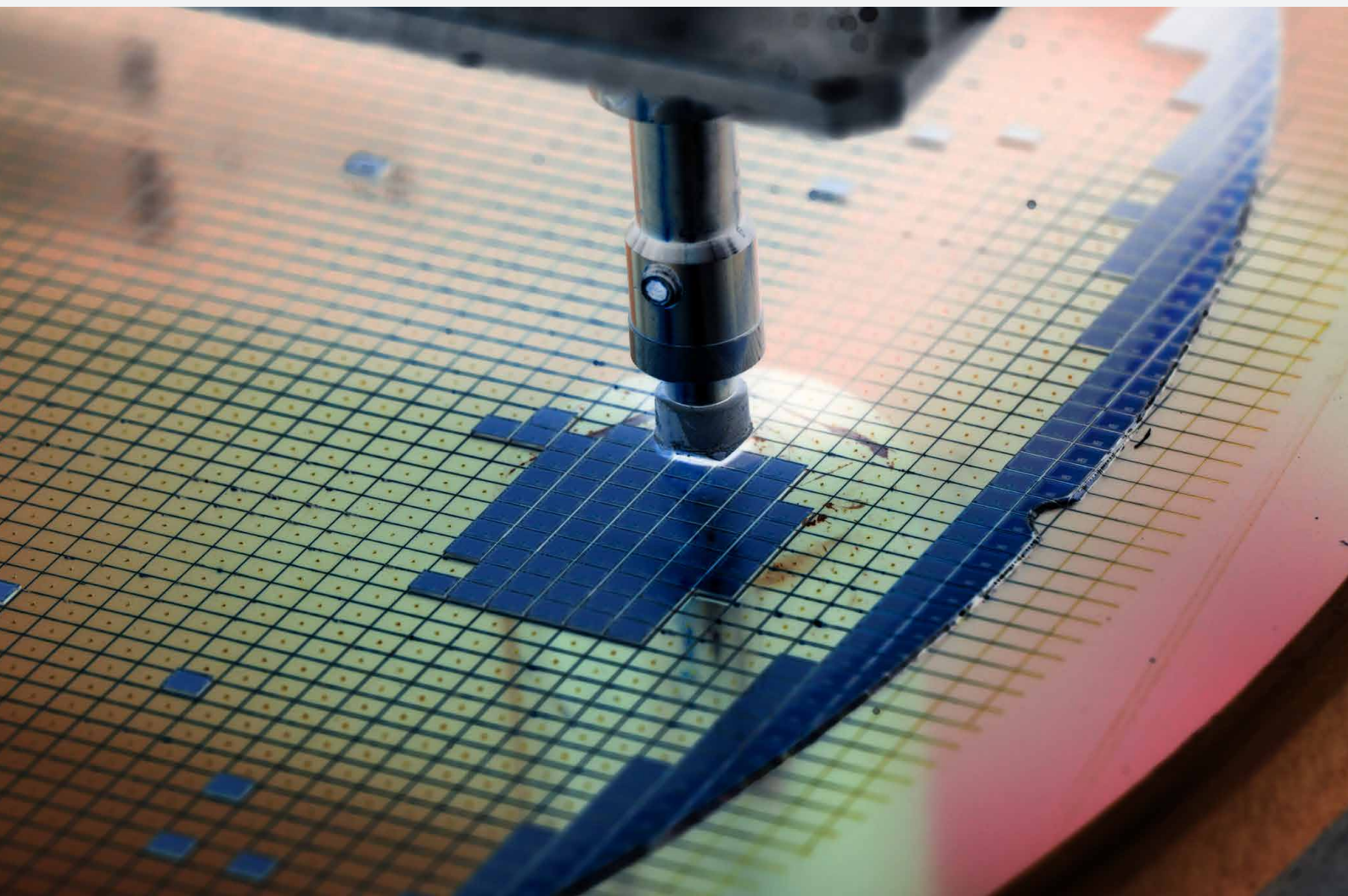


# 05

## 并购审查中持续关注混合效应、倚重行为性救济

### 展望2021

中国反垄断执法机构将会继续关注并购交易中的混合效应，通过一系列行为性救济措施来解决竞争关注，包括保证互操作性、保证持续单独供应产品，以及公平、合理、无歧视原则（“FRAND原则”）。高科技领域的并购交易涉及多种产品和部件的集成，关系到重大技术创新，将成为产生混合效应的高风险领域从而受到监管的重点审查，特别是当交易涉及的产品供应对中国客户至关重要时，更可能引起的竞争关注。



## 1. 通过行为性救济保护中国客户免受混合效应的影响

混合效应所关注的是交易双方的产品具有互补功能，整合后的企业有能力通过捆绑或其他排他手段，利用自己在一个市场上的强大地位而在另一个市场上取得优势。国家市场监督管理总局在经营者集中审查中主张混合效应将导致竞争关注的案例屡见不鲜，在涉及高科技领域的并购交易中尤为常见，通常为解决竞争关注，国家市场监督管理总局会对交易方附加持续供应和互操作性承诺等行为性救济措施。2015-2019年间，同样作为全球三大反垄断司法辖区，欧盟审查的并购交易中仅有约5%的案件运用了混合效应损害理论，而中国的附条件批准案件中有40%涉及混合效应。中国反垄断执法机构对混合效应持续关注，对相邻市场的认定也相对更加宽松。

基于过往实践，中国反垄断执法机构往往会在存在搭售和捆绑产品风险的交易中提出混合效应。这种混合效应通常会因为整合后企业拒绝单独供应产品，或通过技术手段捆绑产品而发生。为解决这种竞争问题，执法机构通常会直接运用行为性救济措施。

2020年，中国反垄断对混合效应的兴趣不减，更多转向关注整合后企业可能降低其竞争对手的产品的“互操作性”的问题。例如，英伟达公司收购迈络思科技有限公司股权案（“**英伟达/迈络思案**”）和英飞凌科技公司收购赛普拉斯半导体公司股权案（“**英飞凌/赛普拉斯案**”）中，两笔交易都涉及半导体产品，因为半导体产品的许多部件需要集成在一起才能共同发挥作用，因此在不同部件之间更容易出现互操作性问题。在英伟达/迈络思案中，被收购方的重要技术能力将使交易双方有能力实施封锁策略，降低竞争产品必要的互操作性。执法机构在本案中附加了包括依据FRAND原则持续供应部件等在内的救济措施，确保交易方与第三方客户产品之间的互操作性，客户将无需担忧在交易后的产品配适性问题。

对于涉及中国严重依赖进口的产品的交易，国家市场监督管理总局会考虑竞争状况，可能附加要求交易方依照FRAND原则持续供应的救济措施，以解决竞争关注。在采埃孚股份公司收购威伯科控股公司股权案（“**采埃孚/威伯科案**”）中，国家市场监督管理总局关注交易后实体拒绝为中国客户提供车辆技术产品的潜在封锁行为。交易方承诺依照FRAND原则继续向现有客户供应产品，确保所提供的产品在价格、质量、数量、交货期、技术先进性和售后服务等方面不低于现有客户合同水平。

## 2020年中国附条件批准经营者集中的竞争损害理论和救济措施

交易名称	竞争损害理论	救济措施	审查期限
丹纳赫公司收购通用电气医疗生命科学生物制药业务案（“丹纳赫/GE生科案”）	横向 <ul style="list-style-type: none"> <li>· 在多个市场的市场份额均很高</li> <li>· 单边效应，包括损害创新（包括在研产品/项目）</li> </ul>	剥离业务，包括达成过渡服务协议、两年内继续从事项目研发	305天 (10个月)
英飞凌/赛普拉斯案	混合 <ul style="list-style-type: none"> <li>· 互操作性降低</li> <li>· 搭售或捆绑</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 禁止搭售、捆绑销售，或者在交易时附加其他不合理的交易条件</li> <li>· 依据FRAND原则继续供应产品</li> <li>· 继续单独供应产品</li> <li>· 继续保证互操作性</li> </ul>	238天 (8个月)
英伟达/迈络思案	混合 <ul style="list-style-type: none"> <li>· 互操作性降低</li> <li>· 搭售或捆绑</li> </ul> 横向 <ul style="list-style-type: none"> <li>· 滥用第三方保密信息</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 继续保证互操作性</li> <li>· 不得搭售或者捆绑销售</li> <li>· 不得歧视或阻碍客户单独购买产品</li> <li>· 依据FRAND原则继续供货</li> <li>· 继续保持开源承诺</li> <li>· 保护第三方保密信息</li> </ul>	358天 (12个月)
采埃孚/威伯科案	纵向 <ul style="list-style-type: none"> <li>· 原材料封锁（拒绝供应）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 继续向现有客户提供产品，确保所提供的产品在价格、质量、数量、交货期、技术先进性和售后服务等方面不低于现有客户合同水平</li> <li>· 依据FRAND原则继续供应产品</li> <li>· 继续向中国客户提供开发上游产品的机会</li> </ul>	263天 (9个月)

## 2. 保护创新和关注研发

中国反垄断执法机构除关注保障中国客户获取关键产品的渠道畅通外，对保护创新也格外重视，包括正在研发中的产品或项目。国家市场监督管理总局继2018年拜耳股份公司收购孟山都公司股权案（与欧盟委员会的救济措施相一致）和2019年科天公司收购奥宝科技有限公司股权案之后，在2020年继续加大对创新的保护力度。

2020年伊始，国家市场监督管理总局附条件批准了丹纳赫/GE生科案，其中采取的业务剥离措施基本与其他司法辖区对该交易的剥离措施相近，但国家市场

监督管理局特别考察了“中空纤维切向流过滤器市场”的竞争。丹纳赫目前虽不生产中空纤维过滤器，但其正在研发相关产品，可能与GE生科展开竞争。监管机构认为，由于交易，丹纳赫研发创新的同类产品和投入资源使其商业化的动机可能降低，延缓新产品上市速度，从而对市场竞争和技术进步产生不利影响。因此，监管机构要求丹纳赫向剥离买方提供项目相关有形资产，以及非排他性许可相关专有技术和商业秘密。值得注意的是，监管机构还要求丹纳赫达成过渡服务协议，在两年内继续从事该在研项目研发。

## 3. 行为性救济措施仍然更受青睐

在中国经营者集中审查实践中，剥离业务等典型的结构性救济措施运用相对较少，行为性救济仍然在经营者集中救济措施中备受青睐。在所有48起附条件批准案件中，超过80%的案件附加了各种类型的行为性救

济。2020年该趋势不减，绝大多数公布的附条件批准案件都涉及行为性救济。行为性救济的义务期通常在两年到十年不等。

### 2020年附条件批准中行为性救济措施的种类

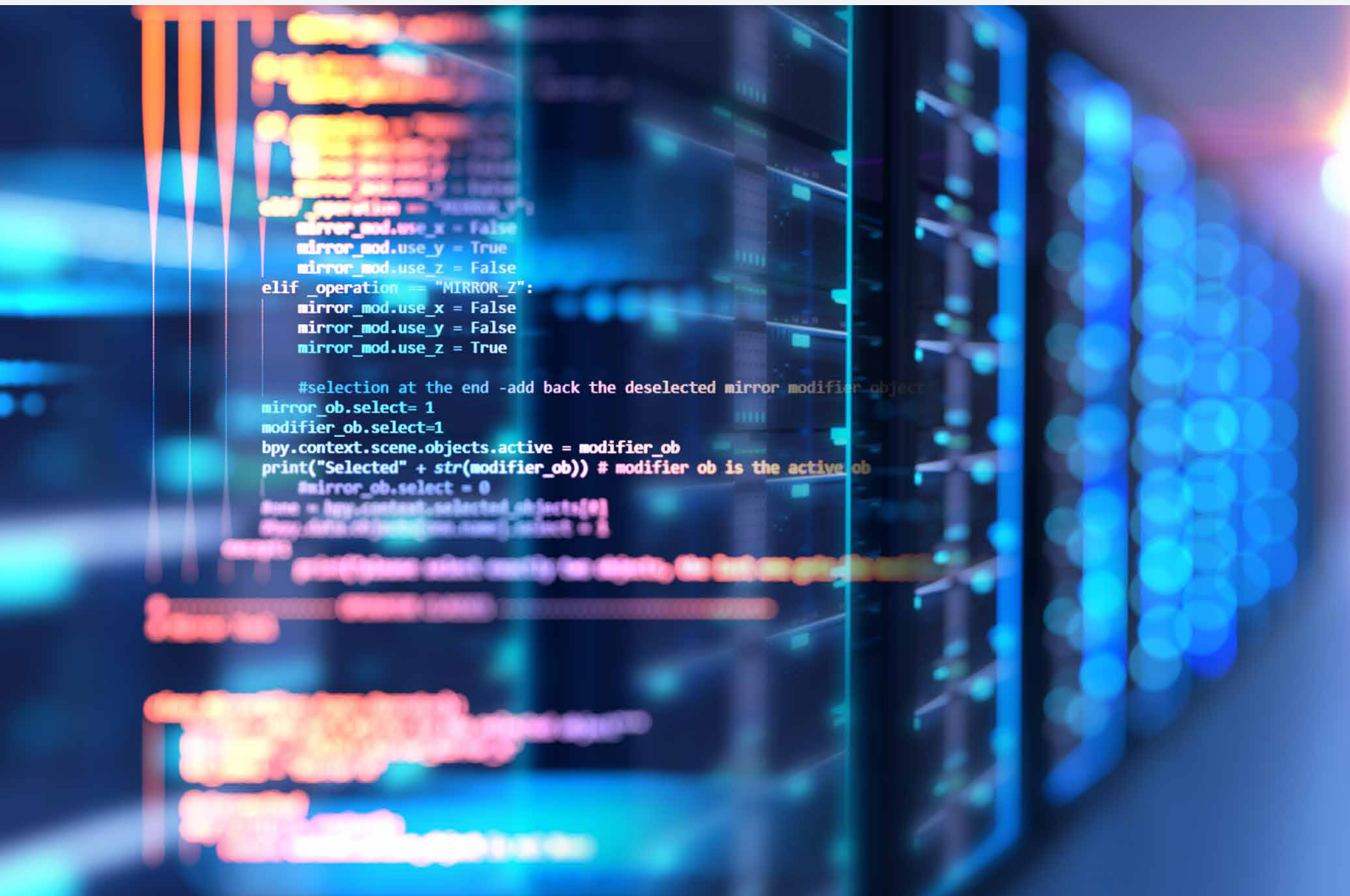
<b>持续供应承诺</b>	这种承诺在涉及纵向和混合效应的经营者集中案件中较为典型，要求交易双方继续按照现有条件（包括价格、质量、数量、交货期、技术水平和售后服务）向客户提供产品。
<b>FRAND承诺</b>	在采埃孚/威伯科案和英飞凌/赛普拉斯案中，交易双方同意在交易后依据FRAND原则继续向中国市场供应各种产品。
<b>保证互操作性</b>	在英伟达/迈络思案中，交易双方承诺继续保证英伟达和迈络思的某些设备与第三方网络设备的互操作性。在英飞凌/赛普拉斯案中也有诸如此类的承诺。
<b>禁止搭售/捆绑销售</b>	禁止搭售或捆绑销售通常还涵盖可能构成搭售或捆绑销售的其他间接行为。例如，在英伟达/迈络思案中，除了明确要求禁止搭售和捆绑销售外，还禁止各方歧视单独购买产品的客户，或阻碍客户单独购买产品。
<b>保护第三方信息</b>	交易方可能会把在交易前获得的第三方竞争性敏感信息共享给交易后实体，从而在第三方所在的市场中获得不公平优势。该救济措施防止共享和使用此类竞争敏感性信息以获取不公平的优势的竞争问题。

# 06

## 大数据可能产生的反垄断问题

展望2021

“大数据”早已成为数字经济时代企业保持竞争优势的关键要素。然而，掌握大数据也可能会引来排斥竞争对手、强化市场力量、形成进入壁垒等来自反垄断法的诘问。虽然针对大数据的反垄断执法在中国尚未形成清晰脉络，但2020年发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《平台反垄断指南》”）仍反映出了中国执法机构与全球反垄断接轨，关注数据使用及收集相关滥用行为的执法方向。此外，《平台反垄断指南》也进一步阐明了算法共谋行为等垄断协议认定的基本规则。



## 1. 大数据是否会成为认定市场力量的决定性因素？

纵观全球，诸多司法辖区的反垄断执法机构正在考察现行的反垄断规则是否足以应对日新月异的数字经济，特别是随着大数据对于企业竞争优势的持续加码，如何规范数字竞争者收集和使用数据行为成为全球日益凸显的竞争问题。尽管国家市场监督管理总局发布的《平台反垄断指南》已将数据问题作为互联网平台反垄断执法的重点，但迄今为止在中国并无已公布的针对大数据反垄断的执法先例。大数据可能会成为新的反垄断执法关注点，但同时中国执法机构也应该会对

大数据反垄断采取相对审慎的执法态度。值得注意的是，数据独有的属性表明，获得大数据本身并不当然意味着竞争者拥有市场力量，特别是许多数据集本身具有高度动态性、非唯一性和非排他性，这些数据既可以被复制也可以随时进行搜集。然而，在《平台反垄断指南》正式落地后，消费者或者竞争对手针对数据问题向法院提起私人诉讼要求损害赔偿的风险将持续走高。因此，经营者需要严格规范数据收集和使用行为。

## 2. 可能构成滥用的收集和使用大数据行为

2021年，中国反垄断执法机构很可能会密切关注和审查数字平台运营商的数据收集行为。面对这一全新的执法领域，尽管存在不确定性等方面的压力，但

《平台反垄断指南》彰显出中国当前的反垄断体系能够从容应对数字经济带来的挑战，处理包括经营者针对大量信息的收集和使用行为。

表现形式	滥用行为的具体形式
不当收集用户数据	具有市场支配地位的平台经济领域经营者通过附加不合理交易条件，强制收集用户个人数据。
大数据杀熟	具有市场支配地位的平台经济领域经营者基于其平台生态所收集的大数据，对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇，例如根据用户的浏览和购买记录或个人数据提供差异化价格。
基于大数据的自我优待	具有市场支配地位的平台经济领域经营者在同一业务体系中通过向自身的关联企业提供优势数据而优待自身的平台生态。
拒绝共享作为“必需设施”的数据	如果数据被认定为是必需设施，则拥有此类数据且具有市场支配地位的平台经济领域经营者可能有义务与竞争对手共享数据。尽管数据共享与数据传输、隐私保护之间的问题尚待解决，但拒绝共享作为“必需设施”的数据可能会被视为滥用行为。

### 3. 算法共谋：相较于国际标准更进一步？

除了数据收集和使用行为之外，算法共谋问题也有望得到中国反垄断执法机构的关注。《平台反垄断指南》与国际接轨，采取与其他共谋行为（或称卡特尔）相同的分析路径认定竞争者之间的“算法共谋”（即是通过电脑演算达成共谋）。《平台反垄断指南》所涉及的“算法共谋”也包括经营者通过轴辐协议为其平台上的商家提供相同或相互协调的算法。

值得关注的是，根据《平台反垄断指南》，中国执法机构对算法共谋的观点相较于其他司法辖区似乎往前

更进了一步。《平台反垄断指南》考虑到算法共谋的隐秘性导致获取直接证据存在困难，允许执法机构依靠逻辑一致的间接证据认定共谋行为。这也同样引来对“间接证据”范围和类型的疑问，例如并未形成协议的算法共谋（或人与人之间“思想交流一致”）是否构成违法，包括通过电脑的自主学习自动形成算法实现共谋，或通过算法使用公共数据实现默示共谋？《平台反垄断指南》的最终版本可能将对此予以澄清。

## 境外参考案例

### 欧盟委员会对亚马逊的数据自我优待行为展开调查

**背景：**2019年7月，欧盟委员会对亚马逊的“双重角色”问题开启反垄断调查，亚马逊一方面是促进商家和消费者之间交易的销售平台，另一方面也在自己的平台上销售商品、与其他第三方商家竞争。作为平台服务提供商，亚马逊可以获取第三方商家的非公开商业数据，例如订货量和发货量、营业收入、商品页面访问量、订单物流数据、历史业绩以及包括激活担保的消费者投诉等。欧盟委员会初步调查发现，亚马逊从事自营业务的员工能够在业务过程中使用大量非公开的第三方商家数据，这些数据直接接入其业务自动化系统中。

**竞争关注：**欧盟委员会表示，这种“自我优待”的做法使亚马逊能够利用其在法国和德国零售平台服务市场的竞争优势，规避零售业务竞争中的正常风险，而法国和德国是亚马逊在欧盟境内最大的两个市场。

**进展：**2020年11月，欧盟委员会向亚马逊出具指控意见书并告知初步观点。本案尚待进一步调查。



# 07

## 加强地方和特定民生领域的反垄断执法

### 展望2021

地方反垄断执法机构将继续成为公用事业、药品等民生领域反垄断执法的中坚力量。此外，国家市场监督管理总局已授权上海市作为试点，对特定地域的经营者集中案件进行审查，上海有望于2021年完善审查工作规则，明确审查程序和标准。



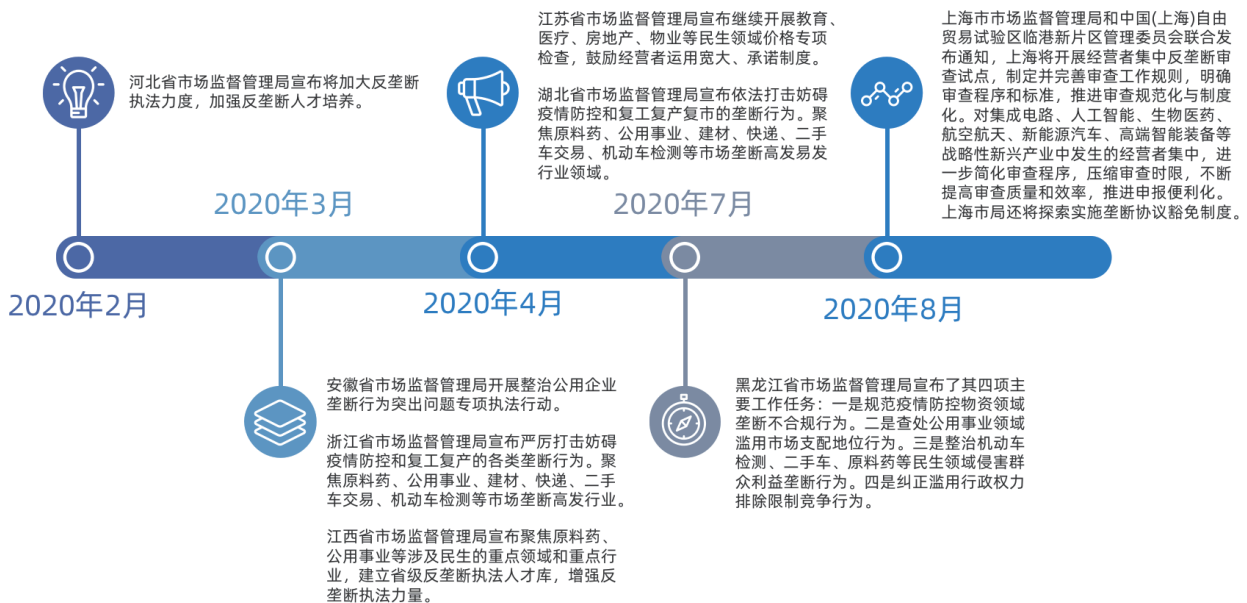
## 1. 强化中央对地方的反垄断执法授权

在2020年公布的17起反垄断行为案件决定（包括两起免于处罚终止调查的决定）中，有16起案件由地方市场监督管理部门完成，一起由国家市场监督管理总局完成。其中，反垄断执法工作最活跃的地方执法机构是浙江省市场监督管理局，2020年，浙江省市场监督管理局完成了四起反垄断调查，广东、山西、江苏市场监督管理部门紧随其后分别完成了两起调查（江苏省其中一起涉及免于处罚终止调查），其他活跃的地方执法机构还包括安徽、湖北、湖南、宁夏和青海等地方市场监督管理部门。此外，北京市场监督管理局也在2020年发布了一项免于处罚终止调查的决

定。在2019年公布的16起反垄断行为案件决定中，有15起由地方反垄断执法机构发起。2020年，国家市场监督管理总局延续了2019年的发展趋势，继续加强了对地方执法的授权。

如以下时间表所示，多个地方执法机构在2020年宣布积极开展反垄断执法工作，加强反垄断执法力度。2020年8月，国家市场监督管理总局授权上海市作为试点实施经营者集中审查和对垄断协议给予豁免等反垄断执法工作，进一步推进中央对地方执法的授权力度。

### 地方市场监督管理部门宣布加强执法力度



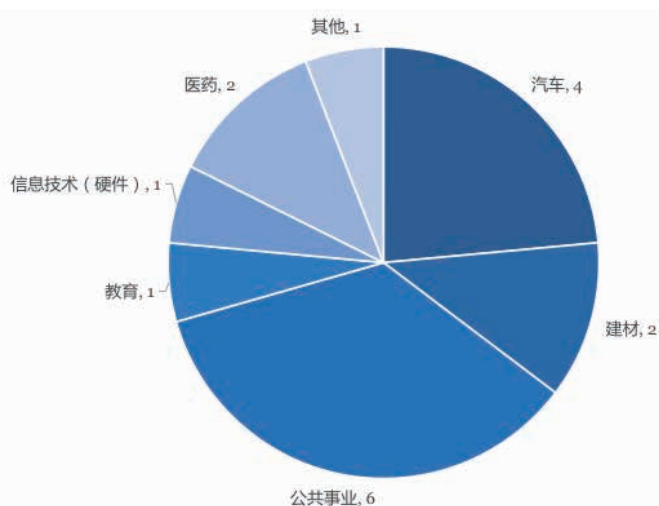
## 2. 加强对民生领域的反垄断执法

2020年初，原国家市场监督管理总局局长肖亚庆表示，将加强原料药、公用事业等民生领域反垄断执法，而新冠疫情的影响进一步突出了对民生领域反垄断执法的重要性。此外，地方执法机构对国有企业也在持续执法，反垄断执法机构对南京水务集团子公司高淳有限责任公司的反垄断处罚决定即是相关例证。

- **公用事业行业：**湖南、青海、江苏、山西等地方市场监督管理部门对公用事业企业划分市场等垄断协议行为和限定交易等滥用支配地位行为进行了调查。
- **医药行业：**2020年，反垄断执法机构对原料药行业的滥用行为发起了两起反垄断调查。其中，国家市场监督管理总局对三家葡萄糖酸钙原料药分销商的不公平定价行为共计罚没金额达人民币3.255亿元，目前被罚企业正在北京第一中级人民法院对国家市场监督管理总局的决定提起行政诉讼。
- **汽车行业：**2020年对汽车行业的四起反垄断执法案件均针对汽车经销商及相关服务组织，没有对汽车制造商的处罚决定。其中三起案件涉及汽车经销商之间达成固定价格和划分市场的垄断协议，一起涉及行业协会组织汽车检测公司达成价格固定协议。

此外，国家市场监督管理总局于2020年出台了关于汽车和原料药领域的反垄断指南，对两部指南的分析详见本报告第九章。

2020年执法案件涉及的行业领域



### 3. 配合调查可能获得宽大处理，而妨碍执法将导致不利后果

2020年，执法机构发布的反垄断处罚决定表明，企业是否配合执法对处罚结果有直接影响。执法机构更愿意对配合执法的涉案企业给予宽大处理，在某些案件中提供关键证据或主动报告违法行为的当事人甚至可以免于处罚。

- **两家液化石油气零售商达成固定价格的垄断协议案（湖南省市场监督管理局，2020年6月）：**达成垄断协议的企业之一怀化铁路经济技术开发区有限公司（“怀铁公司”）主动向市场监管部门提供了证据，并在整个调查过程中积极配合执法工作。怀铁公司最终被免于处罚，而达成垄断协议的另一家公司则被处以人民币176万元的罚款，占其违法行为实施前一年度销售额的3%。
- **11家二手车经销商达成固定价格和划分市场的垄断协议案（宁夏回族自治区市场监督管理厅，2020年10月）：**达成垄断协议的企业之一平罗县众力二手车交易有限公司（“众力公司”）主动向市场监管部门提供了垄断协议各方利润分配的重要证据。众力公司被免于处罚，而其他十家涉案企业分别被处以没收违法所得及2018年销售额4%的罚款。

与之相反，妨碍调查将面临严重的后果，包括被处以高额罚款甚至承担个人责任。

- **三家葡萄糖酸钙分销商滥用市场支配地位案（国家市场监督管理总局，2020年4月）：**在调查中，其中两家分销商企业山东康惠医药（“康惠公司”）和潍坊普云惠医药有限公司（“普云惠公司”）及其14名员工妨碍调查，拒绝提供材料并隐藏、销毁和转移证据。2019年6月，国家市场监督管理总局对康惠公司和普云惠公司妨碍调查行为分别处以人民币100万元的罚款。参与妨碍调查的人员各自被处以人民币2万元到10万元罚款。2020

年4月，国家市场监督管理总局对康惠公司和普云惠公司滥用市场支配地位行为处以没收违法所得，并对两家企业分别处以人民币1.438亿元及4830万元的罚款，占其2018年销售额的10%和9%；10%为《反垄断法》下的顶格罚款。

- **青海省民和川中石油天然气有限责任公司涉嫌滥用市场支配地位案（青海省市场监督管理局，2020年5月）：**青海省民和川中石油天然气有限责任公司（“民和公司”）因拒不配合调查，隐瞒并销毁证据，被处以人民币70万元的罚款。此外，对其滥用行为，青海省市场监督管理局“考虑到其违法行为的严重性”，对民和公司处以人民币446万元的罚款，占其2017年销售额的9%。

我们将在第十章进一步讨论配合反垄断执法机构调查的重要性。

# 08

## 反垄断诉讼

### 展望2021

反垄断诉讼将继续成为企业，尤其是小微企业实现商业目的的有利武器。在2020年，自然人起诉互联网企业垄断的民事诉讼案件数量增多，预计2021年会有更多此类案件。与其他司法辖区相比，预计中国的后继诉讼仍然相对较少。此外，法院2020年的判断也确认具有“准政府”性质的行业协会和机构也可被认定为反垄断法下的“经营者”，预计此后针对行业协会的反垄断民事诉讼也将增加。此外，中国法院在涉及标准必要专利的知识产权纠纷方面也将积极行使管辖权。



## 1. 互联网反垄断诉讼数量增多

在全球竞争法浪潮下，针对互联网企业的诉讼纠纷此起彼伏，中国的各大互联网企业成为2020年反垄断民事诉讼的众矢之的。小微企业将反垄断诉讼作为竞争武器，挑战大型互联网企业的商业行为；消费者个体也开始越来越多地参与反垄断诉讼。在此背景下，

互联网企业应尤其关注其行为可能导致的反垄断民事诉讼风险，综合考虑和权衡应诉成本和对业务的影响，包括时间成本、诉讼费用、负面新闻所导致的商誉受损以及可能引来反垄断执法机构的密切关注等。

### 2020年典型互联网反垄断民事诉讼

原告/被告	争议焦点	诉讼进展
华多诉网易案	由于网易限制《梦幻西游2》玩家只能在特定平台（网易CC平台）上直播游戏，并将游戏软件和直播平台捆绑安装，原告起诉网易滥用市场支配地位。	2020年5月，广东省高级人民法院判决原告华多败诉，法院将相关市场界定为网络游戏服务市场，并认为网易在该市场内并不具有市场支配地位。
王某诉美团案	由于美团取消支付宝渠道，用户无法在美团APP中通过支付宝进行支付，原告起诉美团滥用市场支配地位。	据报道，北京知识产权法院已经于2020年12月对本案进行立案审查。
张某诉腾讯案	由于无法通过微信直接向好友发送淘宝商品链接和抖音视频链接，原告起诉腾讯拒绝交易。	本案一审庭审结束后，原告向北京知识产权法院提交书面撤诉申请，该院裁定准许。

## 2. 后继诉讼数量仍然较少

2012年，最高人民法院在《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》<sup>5</sup>中明确，原告在反垄断执法机构（包括境外反垄断执法机构）认定构成垄断行为的生效处理决定后向人民法院提起民事诉讼，若该垄断行为符合法律规定的其他受理条件，人民法院应当受理。尽管有前述规定，中国的后继诉讼一直较少，与包括欧盟、美国等后继诉讼活跃的司法辖区形成鲜明对比。

对于私人主体的原告而言，在中国进行后继诉讼难度较大，一方面是因为我国缺乏从反垄断执法机构调取

证据的明确证据规则，另一方面是诉讼时效较短，从原告知道或应当知道侵权行为起仅有短短两年诉讼时效，往往来不及对诉讼进行充分准备。此外，如下表所示，上海市高级人民法院对汉阳光明诉韩泰轮胎案的判决表明中国法院倾向于对案件事实进行独立审查并做出独立裁决，不会仅仅基于反垄断执法机构的处罚决定就判定被告构成违法行为，这对原本就“举证难”的原告而言无疑是雪上加霜。基于近年来我国反垄断后继诉讼的大体形势，我们预计未来一段时间后继诉讼可能仍然较为有限。

5. 该规定在2020年12月23日修订，2021年1月1日起施行。

## 后继诉讼 - 2020年新动向

原告/被告	争议焦点	诉讼进展
武汉市汉阳光明贸易有限责任公司诉韩泰轮胎案	<p>2016年，上海市物价局经调查发现：2012年至2013年，上海韩泰轮胎销售有限公司（“<b>韩泰公司</b>”）在销售卡客车轮胎及乘用车轮胎过程中，与上海地区经销商达成了“限定向第三人转售商品最低价格”垄断行为，并对韩泰公司作出行政处罚，罚款人民币217.52万元。</p> <p>原告于2016年6月以被告在交易过程中达成并实施限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议，从事不公平高价、搭售、销售数量限制、销售区域限制等滥用市场支配地位的行为，向上海知识产权法院提起诉讼。</p>	<p>2018年7月，一审法院上海知识产权法院以被告的行为未产生排除、限制竞争效果为由认定被告的行为并不构成限定最低转售价格的垄断协议行为，并认定被告在三个相关市场不具有市场支配地位。2020年7月，二审法院（上海市高级人民法院）维持了一审原判。</p> <p>该案与2019年的海南裕泰案相似，都反映了执法机构和司法机关在认定转售价格维持违法性的不同思路：反垄断执法机构认为维持转售价格适用“原则禁止+例外豁免”的认定路径；而在民事诉讼中，法院则更倾向于采用类似合理原则的认定路径。</p>

### 3. 针对行业协会的诉讼正逐步发展

准政府组织是指经政府授权专门从事特定社会职能的公共组织。2020年，针对具有“准政府”性质的行业协会和机构提起的诉讼有明显增加，其中包括对中国音像著作权集体管理协会（“**音集协**”）和中国互联网络信息中心（“**互联网中心**”）提起的反垄断诉讼。音集协是经国家版权局正式批准成立的中国官方的音像集体管理组织，互联网中心是经工信部授权负责运行和管理国家顶级域名.CN、中文域名系统的独家机构。

虽然2020年针对准政府组织的案件都以原告败诉而告终，但这些案件仍然有重要意义。在此之前，准政府组织是否受到《反垄断法》的管辖并无明确的答案，一方面准政府组织似乎并非《反垄断法》中涉及行政垄断的行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，另一方面准政府组织通常也不具有营利性质，是否构成《反垄断法》项下的经营者（从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织）一直没有定论。2020年的诉讼案件则相对明确了这类具有“准政府”性质的组织也可作为经营者受到《反垄断法》的规制。

## 2020年涉及准政府组织的诉讼

原告/被告	争议焦点	诉讼进展
八家KTV诉音集协案	原告（八家KTV企业）在不同诉讼中诉称音集协要求他们与指定代理人签订许可协议，且该代理人在签约时附加了不合理条件，例如收取签约费等，认为音集协从事了滥用市场支配地位的违法行为。	北京知识产权法院判决原告败诉，认为音集协在中国大陆地区类电影作品或音像制品在KTV经营中的许可使用服务市场具有市场支配地位。但是现有证据无法证明其滥用了市场支配地位。
网电博通诉互联网中心案 象山捷达诉互联网中心案	原告分别向被告申请注册“GG.CN”和“CC.CN”域名，但均被告知不予注册。原告诉称互联网中心拒绝注册域名的行为是滥用市场支配地位（无正当理由拒绝交易）。	北京知识产权法院在两起案件中都判决原告败诉，因现有证据无法证明互联网中心拥有市场支配地位或从事了任何垄断行为。

## 4. 标准必要专利诉讼

2020年，中国法院采取了更强硬的态度，保持了对必要专利诉讼的管辖权。2020年8月，最高人民法院在中兴通讯股份有限公司与康文森无线许可有限公司（“康文森”）标准必要专利许可纠纷案（“中兴诉康文森案”）中维持原审裁定，确认中国法院对该案的标准必要专利的“公平、合理、无歧视”原则（“FRAND原则”）许可率纠纷具有管辖权。值得注意的是，本案也在英国进行相关的诉讼程序，但最高人民法院认为在海外法院进行诉求重叠的平行诉讼并不影响中国法院的管辖权。因此，中英两国法院就本案的审判结果可能会存在矛盾。此外，尽管最高人民法院并未明确其对必要专利的FRAND许可费率的管辖权是指在中国境内的许可费率，还是指在全球范围内的许可费率，深圳市中级人民法院在OPPO诉夏普案

中确认，中国法院对全球标准必要专利FRAND许可费率纠纷具有管辖权。

与此同时，中国法院还通过对滥诉者作出具有“禁诉令”性质的行为保全裁定，确保其对标准必要专利的管辖权。在华为技术公司诉康文森无线许可有限公司案（“华为诉康文森案”）中，最高人民法院作出行为保全裁定，要求康文森在本案终审判决作出之前，不得执行德国法院就本案的相关判决，以免影响中国法院正在审理的专利侵权诉讼。这是中国法院首次在知识产权领域作出具有“禁诉令”性质的行为保全裁定，并已开始为其他下级法院参照适用（例如武汉市中级人民法院对小米诉InterDigital案的审理）。

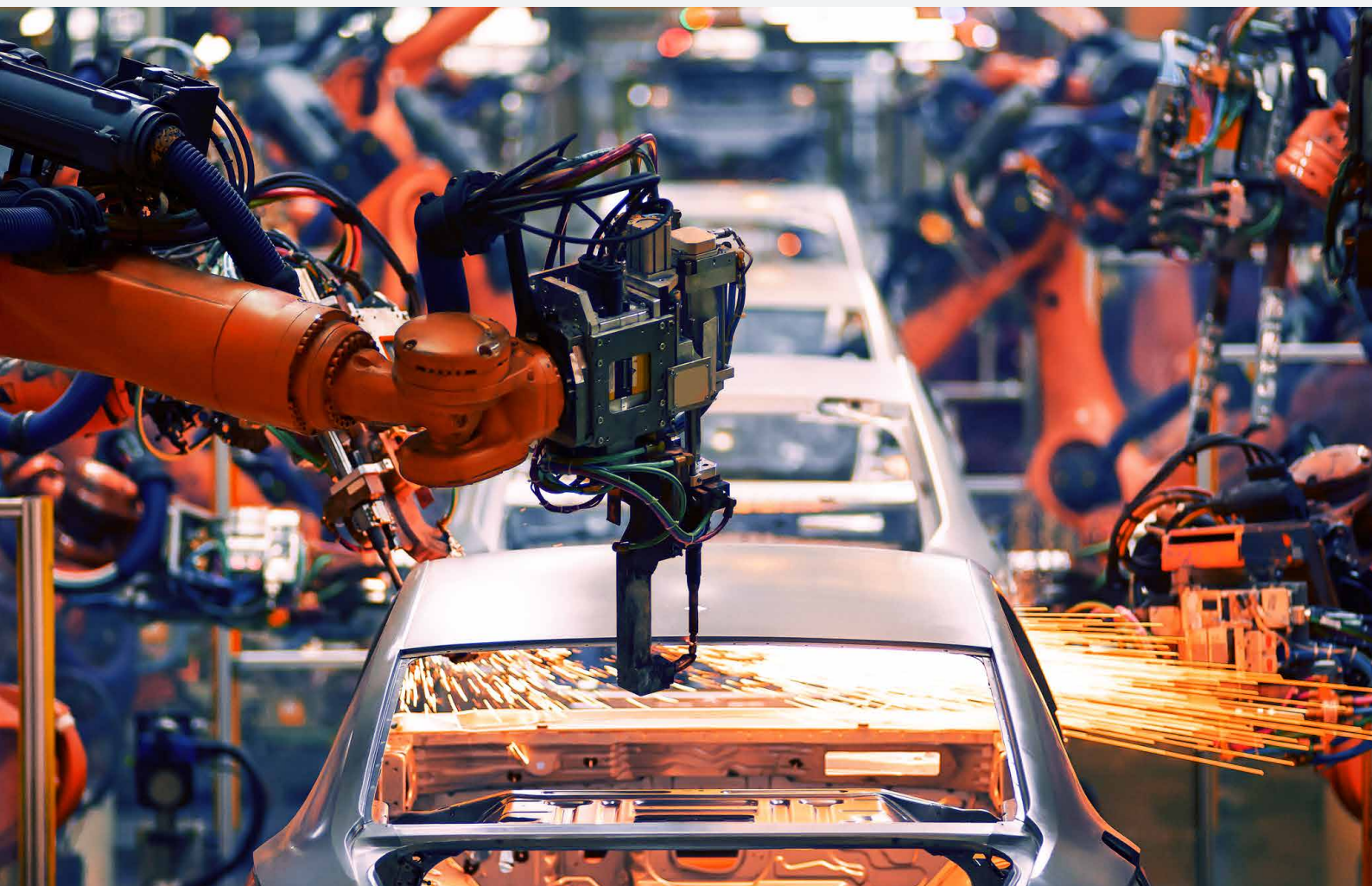


# 09

## 重点行业监管脉络更加清晰

### 展望2021

在进行《反垄断法》修订等立法工作的同时，国家市场监督管理总局也相继发布了针对汽车、原料药、知识产权等领域的一系列执法指南。这些指南表明，除了广受热议的数字经济反垄断之外，国家市场监督管理总局将对汽车和原料药等特定行业持续关注，预计2021年执法活动仍将活跃。此外，知识产权领域的反垄断指南对知识产权领域反垄断合规提供了指引，一定程度上也提示了未来反垄断执法机构在知识产权领域可能的执法方向。



## 1. 对汽车和原料药行业的持续关注

多年以来，汽车和原料药行业一直是中国反垄断的执法重心。《关于汽车业的反垄断指南》（“《**汽车业反垄断指南**》”）和《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《**原料药反垄断指南**》”）是国家市场监督管理总局对这两大领域反垄断执法的经验总结，既体现了执法机构对相关领域反垄断问题的基本立场，也明确了未来在该领域的执法重点：

- **汽车厂商和经销商：纵向垄断协议风险高。**各类纵向限制主要包括维持转售价格、限制经销商的被动销售、限制授权经销商之间的交叉供货以及限制经销商向最终用户销售汽车维修服务所需配件。尽管《汽车业反垄断指南》引入了以30%的市场份额作为适用集体豁免规定门槛的豁免制度，上述纵向限制行为均无法适用该推定豁免；推定豁免仅适用于某些类型的对经销商的销售地域或客户限制。

## 2. 知识产权领域反垄断与时俱进

知识产权反垄断一直是各司法辖区反垄断执法机构的执法重点之一，随着近年来欧盟和美国的反垄断执法机构先后更新了各自的知识产权反垄断指南，中国国家市场监督管理总局也着力与全球反垄断接轨，在2020年发布了《关于知识产权领域的反垄断指南》（“《**知识产权反垄断指南**》”），为知识产权垄断协议及滥用市场支配地位行为提供了基本的分析框架和评估方法。可以预见，《知识产权反垄断指南》发布后，中央和地方反垄断执法机构将加强对知识产权领域的反垄断监管，改善知识产权密集型行业的市场竞争状况。

- **垄断协议和安全港原则：**《知识产权反垄断指南》介绍了知识产权领域特有的六类垄断协议类型，并对这些协议的分析提供了详细的指引。这些垄断协

- **原料药厂商和经销商：多类垄断协议需关注。**对于原料药厂商和经销商而言，除需要关注“核心”垄断协议（hardcore agreement）行为<sup>6</sup>以外，对于一些非“核心”的协议行为风险也需要额外关注，这既包括联合生产、联合采购、联合销售、联合投标等可能限制竞争的横向垄断协议，也包括限制经销商销售地域或客户范围的纵向垄断协议。这类行为的反垄断风险评估将主要围绕效果分析进行。此外，《原料药反垄断指南》在认定滥用市场支配地位方面，提出将每个原料药作为一个单独的产品市场评估经营者的市场支配地位，而原料药行业中普遍存在的过高定价、拒绝交易、独家经销以及搭售等行为，都有可能构成滥用市场支配地位的违法行为。

议大多涉及在知识产权许可中作出的限制，主要包括联合研发、交叉许可、排他性回授、不质疑条款、标准制定以及知识产权许可协议中的其他限制。与欧盟和美国的反垄断实践一致，《知识产权反垄断指南》也规定了可适用于非“核心”垄断协议的安全港规则。安全港具体标准包括：（1）具有竞争关系的交易方的合计市场份额不超过20%；（2）不具有竞争关系的交易方在各相关市场的市场份额均不超过30%；或者（3）如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份额不能准确反映经营者的市场地位，在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在四个或以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术。

6. 核心垄断协议包括《反垄断法》下第13条第1款项下，固定或变更价格、限制商品产量或销量、分割销售市场或原材料市场的行为。

- **滥用市场支配地位：**《知识产权反垄断指南》主要反映出国家市场监督管理总局对如下潜在滥用行为的关注：不公平的高价许可费、拒绝许可、搭售（即，以被许可人同意接受许可/其他知识产权或产品为条件的知识产权许可/转让）、涉及知识产权的差别待遇行为以及其他不合理的条件，例如排他性回授、不质疑条款、限制交易对手对竞争技术的使用或研发等。不过，国家市场监督管理总局仍重申了《反垄断法》下的基本原则，即拥有知识产权并不必然导致市场支配地位。

此外，《知识产权反垄断指南》新增了涉及知识产权的经营者集中这一章节，涉及知识产权转让或许可的申报、审查及救济。此外，还分析了在知识产权领域中广泛讨论并可能引起竞争关注的其他问题，包括专利联营、标准必要专利和著作权的集体管理。

# 10

## 构建合规体系与合作文化

### 展望2021

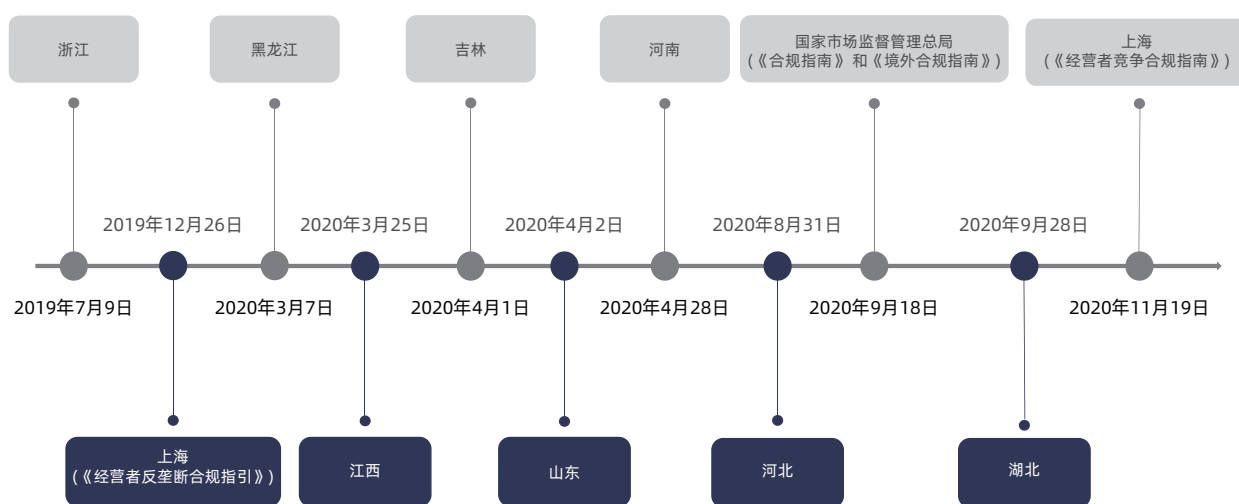
中国反垄断执法机构积极主张通过竞争倡导而非惩罚的方式促进企业反垄断合规。这一宗旨充分体现在中央和地方层面过去一年发布的各项合规指南中。此外，反垄断执法机构也通过《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（《“宽大指南”》），及《垄断案件经营者承诺指南》（《“承诺指南”》），鼓励经营者通过主动汇报违法行为争取减免处罚，或通过主动承诺整改争取执法机构中止或终止调查。如果企业以积极合作态度应对反垄断执法调查，及时纠正不当行为并不断强化反垄断合规体系，可能会大大增加减轻或免除处罚的可能性。



## 1. 建立健全的合规体系

中国反垄断执法机构长期以来一直通过竞争倡导的方式鼓励企业培育反垄断合规文化，重视事前预防而非事后惩罚。自2019年下半年开始，中央和地方层面先后发布了一系列反垄断合规指南，旨在敦促企业制定健全的合规管理制度，合规管理制度的建立也在某种意义上逐渐成为企业防范反垄断合规风险的有力证明。

### 中央和地方层面发布的反垄断合规指南



2020年9月18日，国家市场监督管理总局正式公布了《经营者反垄断合规指南》（“《合规指南》”），为企业如何建立健全反垄断合规体系指明了方向。尽管《合规指南》没有为企业的合规体系构建提供一套“万能方案”，但强调了以下构建合规体系的关键要素：

(1) **专门的合规部门及负责人**：鼓励企业设立专门的反垄断合规部门，或将反垄断合规纳入现有合规管理体系。明确合规工作职责和负责人，合规管理部门及其负责人应当具备足够的独立性和权威性，可以有效实施反垄断合规管理。与此同时，鼓励管理人员领导或者分管反垄断合规管理部门，承担合规管理的组织实施和统筹协调工作。

(2) **制定合规管理办法**：应当制定经营者内部合规管理办法，确保合规要求融入各项业务领域。

(3) **监督与检查**：开展合规检查，监督、审核、评估经营者及员工经营活动和业务行为的合规性，及时制止并纠正不合规的经营行为。鼓励依法运用大数据等工具，加强对经营管理行为合规情况的监控和分析。

(4) **合规教育培训和咨询**：组织或者协助开展反垄断合规教育培训，以提高企业内部对合规的认知。应提供相应的渠道为业务部门和员工提供反垄断合规咨询。

(5) **个人责任**：将反垄断合规考核结果作为员工及其所属部门绩效考核的重要依据。鼓励建立健全奖惩机制，提高员工遵守反垄断法相关规定的激励。

(6) **内部举报**：采取适当的形式明确内部反垄断合规举报政策，为员工举报任何潜在的违规和不合规行为提供渠道。

(7) **合规承诺**：鼓励高级管理人员作出并履行明确、公开的反垄断合规承诺。鼓励其他员工作出并履行相应的反垄断合规承诺。

## 2. 通过宽大制度鼓励合作

除合规体系外，国家市场监督管理总局也鼓励可能涉嫌反垄断违法行为的企业积极与执法机构合作，通过宽大制度主动报告违规行为，并积极协助反垄断调查。尽管《反垄断法》中一直有宽大制度的设置，但对于企业如何申请宽大处理（例如“顺位标记”的确认，以及企业的持续配合义务等）《反垄断法》一直缺乏明确和详细的指引。

2020年8月，国家市场监督管理总局正式发布了《**宽大指南**》，提供了宽大制度的实操指南，为希望主动报告反垄断行为的企业提供了明确的制度指引。这些指引的出台将进一步提高企业考虑申请宽大处理的意愿。

- **程序完善**：与欧盟等其他反垄断司法辖区所采用的做法一致，《宽大指南》也明确了宽大制度只适用于横向垄断协议。与此同时，《宽大指南》对旨在保护宽大处理申请人顺位的“标记制度”以及保护宽大处理申请的保密制度均进行了详细的规定。
- **申请时间**：企业可以在（1）立案前、（2）启动调查程序前或（3）启动调查程序后、作出行政处罚事先告知前的任何时间向执法机构申请宽大处理。尤其是，将“启动调查后的主动汇报”纳入宽大制度的适用范围，这与现行的国际惯例相一

2020年9月18日，国家市场监督管理总局也发布了《企业境外反垄断合规指南（征求意见稿）》（“《**境外合规指南**》”），面向公众公开征求意见。《境外合规指南》就中国企业如何遵守中国境外的竞争法规提供了指导意见，并特别强调了在中国境外经营的企业了解和遵守有关竞争法规的重要性。

致，反垄断执法机构在尚未发现横向垄断行为、或者已发现存在横向垄断协议，但尚未掌握充足的证据情况下，可以对企业给予宽大处理。

- **罚款减免**：减免罚款的顺序和梯度得以明确。对于在执法机构立案前或启动调查程序之前申请宽大并被确定为第一顺位的申请者，执法机构将对其免除全部罚款。在任何情况下，第一顺位的申请者都将获得不低于80%幅度的罚款减免，第二顺位的申请者可以获得30%至50%幅度的罚款减免，第三顺位的申请者可以获得20%至30%幅度的罚款减免。
- **持续配合义务**：为获得宽大处理，申请者必须承诺配合执法机构的调查，配合内容包括立即停止涉嫌违规行为（除非执法机构要求其协助调查目的继续从事该行为），报告在其他司法管辖区提交的任何宽大处理申请，以及秉持迅速、持续、全面以及真实的原则通力配合执法机构的工作。

### 3. 鼓励被调查对象作出承诺

国家市场监督管理总局于2020年8月发布《**承诺指南**》则体现了执法机构注重违法纠正而非处罚的执法政策。根据《承诺指南》规定，如果被调查经营者承诺采取措施消除其行为后果，反垄断执法机构可决定中止及最终终止调查：

- **承诺的范围：**经营者的承诺可以是结构性措施（例如剥离资产），也可以是行为性措施（例如变更定价策略、取消或变更各种销售限制）或混合性措施（结构性措施和行为性措施相结合）。《承诺指南》要求经营者所作承诺有效消除涉嫌垄断的行为所造成的一切不利影响。
- **提供承诺的时间：**经营者应在其采取调查措施（如询问被调查经营者或展开突袭检查）后、作出处罚事先告知前提出承诺。执法机构鼓励企业在提出承诺之前与执法机构进行沟通，了解执法关注的竞争问题。
- **公开征求意见：**如果涉嫌垄断行为已经影响到其他不特定的多数经营者、消费者或者社会公共利益，执法机构可能就经营者提出的承诺公开征求意见。征求意见时间一般不少于30天。

## 蜚声内外的 反垄断团队

《反垄断法》在中国正式实施已迈入第十三年，中国已迅速跻身为和欧盟、美国并肩的全球最具影响力、发展最快的反垄断司法辖区。方达反垄断团队始终保持着业内首屈一指的佳绩，协助客户应对和处理各种复杂疑难案件，最大程度捍卫客户的利益。



### 荣誉与排名

**竞争法/反垄断法（中国律所）：第一等级**  
《钱伯斯亚太法律指南》，2021

**中国区顶尖律所（内资所）**  
《全球竞争法评论》，2021

**中国年度最佳竞争法律所**  
《中国法律商务》，2020

**反垄断与竞争法（中国所）：第一等级**  
《法律500强 亚太地区律所排名》，2020

## 联系我们

### 韩亮

北京、香港办公室反垄断业务合伙人  
邮箱：michael.han@fangdalaw.com

### 斯古德（Andrew Skudder）

香港办公室反垄断业务合伙人  
邮箱：andrew.skudder@fangdalaw.com

### 黄菁

北京办公室反垄断业务合伙人  
邮箱：caroline.huang@fangdalaw.com

### 王瑾

香港办公室反垄断业务合伙人  
邮箱：jin.wang@fangdalaw.com



**北京办公室**

朝阳区光华路1号  
北京嘉里中心北楼27层  
中国北京市 100020

电话: (8610) 5769 5600  
传真: (8610) 5769 5788

**广州办公室**

珠江新城华夏路8号  
合景国际金融广场17层  
中国广州市 510623

电话: (8620) 3225 3888  
传真: (8620) 3225 3899

**香港办公室**

香港岛中环康乐广场8号  
交易广场1期26楼  
中国香港

电话: (852) 3976 8888  
传真: (852) 2110 4285

**上海办公室**

兴业太古汇  
香港兴业中心二座24楼  
石门一路288号  
中国上海市 200041

电话: (8621) 2208 1166  
传真: (8621) 5298 5599

**深圳办公室**

深圳市福田区中心四路1号  
嘉里建设广场T1座17楼  
中国深圳市 518048

电话: (86755) 8159 3999  
传真: (86755) 8159 3900