

FANGDA PARTNERS
方達律師事務所

中国竞争法 年度回顾

2021

“中国号”巨舰的深海远航



如果拨快历史表针，站在未来回望2021，这一年注定将成为中国反垄断法发展史上具有里程碑意义的一年。2020年年底，“强化反垄断和防止资本无序扩张”被纳入中央经济工作重点，《反垄断法》在出台12年后，终于通过有力的国家政策信号，明确了其“经济宪法”的地位。2021年，反垄断立法、执法与司法齐头并进，在多个重要经济领域均产生了“核武器”般的威力。“运动式”执法发挥的巨大威力，也全面推动企业合规从他律模式向自律模式的深刻转变。

立法提速是2021年中国反垄断从容迈进的一条明线，《反垄断法》的“大修”工程迎来阶段性进展——《反垄断法（修正草案）》正式提请全国人大常委会进行初次审议，处罚力度的加大、实体与程序规则的完善，都将进一步强化这一“经济宪法”在未来市场监管中的威慑力。在即将到来的2022年，《反垄断法》2.0版本有望正式颁布，伴随着一系列配套指南和规定，将为企业反垄断合规提供更清晰的行为指引。

在这个与新冠疫情共存的第三个冬季，“国家反垄断局”正式挂牌成立，反垄断执法机构的行政层级提升和人员扩编，将为“运动式执法”向“常态化执法”转变厉兵秣马、充实力量。这一趋势在2021年中国反垄断执法活动中已经有迹可循：在数字经济领域，三家互联网平台因实施“二选一”被开具巨额罚单，一大批互联网并购交易被亮起“黄牌”和“红牌”，反垄断监管常态化、执法严厉化将成为未来中国与全球数字经济所共同面对的“达摩克利斯之剑”；在医药、公用事业、金融等民生领域，纠正违法定价行为、防范行业系统性风险成为反垄断执法的核心关注，企业在2022年仍需对自身和与竞争对手间的商业行为进行重点“排雷”；在高科技与制造业等国民经济关键领域，反垄断执法机构对全球性重大并购交易的审查继续保持审慎独立，企业如何在跨辖区协调中解决好中国市场的独有问题成为交易拿到“PASS卡”的关窍。

与此同时，2021年反垄断诉讼战场继续硝烟弥漫，有企业间对“平台边界在何方”的诘问，有个人通过反垄断武器来捍卫权益的尝试，也有中国法院与其他司法辖区的精彩角力。2022年，新的游戏规则正持续酝酿，反垄断诉讼将继续成为企业捍卫核心商业利益的“矛”与“盾”。

2022年，“中国号”反垄断巨舰将继续深海远航，着力强化合规建设的广大企业将为这艘巨舰提供强大引擎，共同推动后疫情时代中国经济的复苏与平稳发展。

目录



2021年度反垄断立法事件·····	02
2021年度数据·····	03
01 《反垄断法》2.0时代即将开始·····	04
02 执法力量进一步加强·····	08
03 互联网执法进入深水区·····	11
04 行业聚焦：医药领域反垄断利剑高悬·····	15
05 其他民生行业的执法齐头并进·····	19
06 纵向垄断协议规制及执法趋势·····	22
07 对未依法申报案件的执法·····	25
08 并购审查的重点行业——新旧交织·····	29
09 反垄断诉讼·····	33
10 加强行政垄断执法，优化营商环境·····	38

欢迎阅读方达《中国竞争法2021年度回顾》，我们衷心希望通过我们对2021年中国竞争法的观察与思考为您未来商业筹划提供帮助。

2021年 国家市场监督管理总局正式发布的 反垄断规定与指南

名称	正式发布日期	暂行规定/征求意见稿发布日期
部门规范性文件		
《公平竞争审查制度实施细则》	2021年7月8日	2017年10月23日
反垄断指南		
《关于平台经济领域的反垄断指南》	2021年2月7日	2020年11月10日
《关于原料药领域的反垄断指南》	2021年11月18日	2020年10月13日
《企业境外反垄断合规指引》	2021年11月18日	2020年9月18日

2021年 公开征求意见的 反垄断法律修正案/指南草案

名称	征求意见稿发布日期
《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》	2021年10月23日
《市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法(征求意见稿)》	2021年12月6日

2021年度数据

704

国家市场监督管理总局批准的经营者集中案件数量

616

简易案件数量

84

无条件批准的普通案件数量

4

附条件批准案件数量

13.8_天

简易案件平均审查周期

286.8_天

附条件批准案件平均审查周期

107

未依法申报案件处罚决定数量

110_天

未依法申报案件平均调查周期

20

国家市场监督管理总局公布的反垄断调查行为案件总数

7

横向垄断协议案件数量

2

纵向垄断协议案件数量

11

滥用市场支配地位案件数量

182_{亿元人民币}

本年度单件反垄断调查案件中的最高额处罚

01

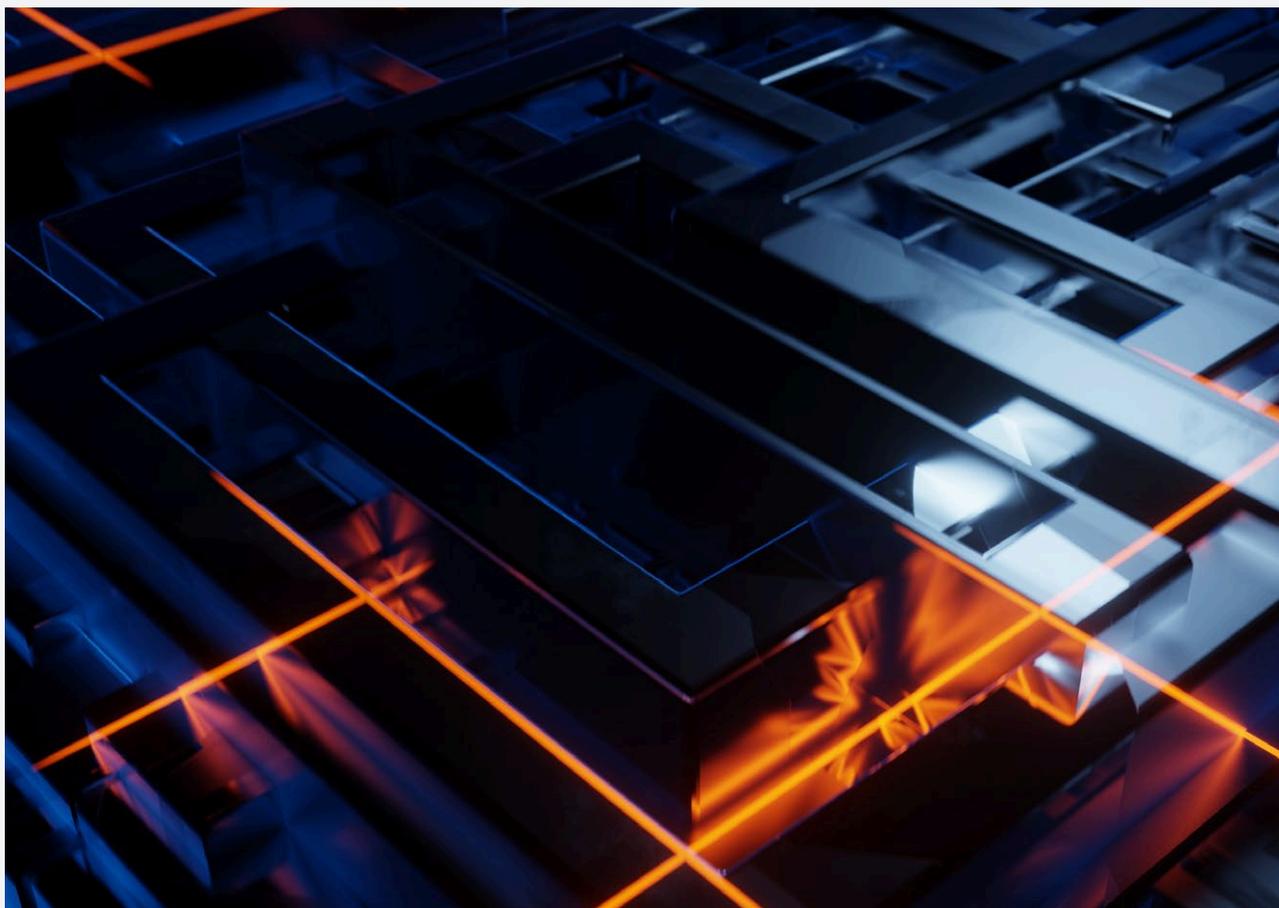
《反垄断法》2.0时代即将开始

展望2022

自2008年《反垄断法》生效以来，我国市场经济快速发展，催生了囊括新兴互联网平台经营活动在内的多种多样的经营模式、商业做法。对于现有规则体系的如何解读、如何适用，企业商业实践提出了大量问题，反垄断法在适用过程中面临新的挑战。

面对不断变化的商业实践需求，2021年10月23日，第十三届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”）进行了审议。随后全国人大常委会向社会公布了《修正草案》，向社会各界广泛征求意见。《修正草案》反映我国下一阶段反垄断执法工作的关注重点和分析思路，反垄断法修正案预计将会在明年发布，正式揭开全新升级的反垄断执法序幕。

除《修正草案》外，过去两年间，国务院反垄断委员会、国家市场监督管理总局也在梳理归纳已有执法经验基础上陆续发布了汽车、知识产权、平台经济、原料药等行业反垄断指南；承诺、宽大制度的程序性指南；以及企业反垄断合规指南，进一步为经营者合规规范经营提供指引。



1. 反垄断法首次大修在即，预期执法将进一步加强

2021年10月23日发布的《修正草案》相比于2020年初国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）发布的修订草案征求意见稿，内容有进一步的修改。总体上，《修正草案》宽严相济，一方面在处罚金额方面作出大幅改变，提高了违法成本；另一方面设立了“安全港”制度与“停钟”制度等，以便提高反垄断执法效率，降低企业合法合规经营过程中可能需要承担的合规保障工作负担。

违法行为罚款数额提升，反垄断违法成本显著增高

罚则的大幅提高将使得实施垄断行为的市场经营者面临更高的违法成本，要求企业对于反垄断合规工作加强重视。

罚则加重	具体内容
罚款上限提升、情形细化	<p>《修正草案》提高了垄断协议和未依法申报的罚款幅度，并且基于以往执法经验进一步细化和澄清了适用规则：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 在垄断协议方面，补充规定上一年度没有销售额的经营者的罚款可高达500万元；同时对达成垄断协议但未实施的经营者的行业协会的罚款上限均从50万元提升至300万元； · 违法实施经营者集中的处罚则根据是否具有排除、限制竞争效果而不同，对于具有或可能具有排除、限制竞争效果的违法经营者集中，罚款上限调整为上一年度销售额的10%；而不具有排除、限制竞争效果的，罚款上限则由50万元提高为500万元。
确立加倍处罚制度	<p>对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的违法行为，在原先关于垄断协议、滥用行为、未依法实施经营者集中以及拒绝、阻碍反垄断调查的罚款数额的基础上增至2-5倍。</p>
综合考量多种因素确定罚款	<p>在确定违法行为的处罚数额时，将多种考量因素纳入其中：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 在确定罚款时考虑了消除违法行为后果的情况，鼓励企业及时对于过往违法行为进行修正； · 不再强制要求在罚款的同时必须并处没收违法所得，对于垄断行为的违法所得难以准确计算的，违法所得可以作为反垄断执法机构确定罚款时的考虑因素。
新增责任人员罚则	<p>现行《反垄断法》以及市场监管总局发布的修订草案中并未在拒绝、阻碍调查行为之外赋予相关责任人员以法律责任，《修正草案》则通过新增责任人员罚则督促企业更充分的开展反垄断合规工作：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 对达成垄断协议负有个人责任的经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，最高可处100万元的罚款。
提高不配合调查罚款	<p>提高不配合反垄断调查的违法成本能够直接促进反垄断执法工作：</p> <ul style="list-style-type: none"> · 对于拒绝、阻碍反垄断调查的企业或个人，《修正草案》将单位的罚款上限由100万元调整为上一年度销售额的1%，并将个人的罚款上限由10万元提高至100万元。
引入信用惩戒威慑	<ul style="list-style-type: none"> · 《修正草案》将经营者违反《反垄断法》受到行政处罚的行为记入信用记录，并对严重违法失信行为给予信用惩戒，为企业的违法经营行为带来了更多的商业风险和法律风险。

垄断协议规制设立“安全港”制度

我国现行反垄断执法体系下，对于包括横向垄断协议和纵向转售价格维持在内的垄断协议采取全行为类型、全行业统一适用的“禁止+豁免”原则，为执法机关对豁免的适用留下了巨大的解释空间，也带来了执法尺度一致性的重大挑战。没有“安全港”制度，反垄断执法机关需要在每一起个案中针对相关行业的情况和案件涉及的行为，对于相关行为是否具有排除限制竞争的效果进行判断，大大提高了执法的成本。而且由于缺乏量化的指标，容易出现执法尺度不一致的情况。对众多中小企业而言，即使其行为不足以对市场竞争造成重大影响，但是企业仍因难以把握个案中执法尺度而不得不承担更高的合规成本，不利于促进中小企业的发展。安全港制度的引入，有助于促进中小企业经营效益，同时降低执法成本、提升执法效率、适应市场实际需要。

尽管此前国务院反垄断委员会在《汽车业反垄断指南》和《知识产权反垄断指南》中已引入安全港制度的相关规定，但指南规定仅代表执法机关在处理某一行业或领域反垄断案件中的执法思路，其本身并不具有强制法律效力及普适性。2021年10月23日公布的《修正草案》（征求意见稿）中，首次在法律层面引入了安全港制度，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（另行）规定的标准’的可以豁免适用《反垄断法》有关禁止垄断协议行为的规定。”我们预计反垄断法修正案正式生效后，将通过配套规定或指南进一步明确安全港的具体适用标准和范围。

现有反垄断指南中关于“安全港”的规定及与欧盟制度比较

法规制度	安全港标准	适用的范围
汽车业反垄断指南	在相关市场不超过30%	纵向限制：汽车业经营者的特定纵向地域限制和客户限制
知识产权领域反垄断指南	竞争者之间：市场份额合计不超过20% 经营者与交易相对人：任一相关市场均不超过30%，市场份额难以获得或难以反映市场支配地位时，要求至少存在四个替代性技术	反垄断法明确列举的横纵向垄断协议类型除外 有相反证据证明具有排除、限制竞争效果的协议除外
欧盟规定	在同一市场上竞争者市场份额之和不超过10%，或在上下游市场上非竞争者的市场份额分别不超过15% *此外，任一相关市场均不超过30%的可适用有关纵向协议集体豁免的相关规定	不适用于核心限制（即包括协同定价、分割市场/客户或限制销量、维持转售价格、地域/客户限制等）

经营者集中审查设立“停钟”制度

目前，经营者集中审查的最长法定期限为180天，且没有任何“停钟”机制。实践中，如遇到特殊复杂案件无法在法定期限内审结，通常操作方式是由申报方撤回申报并再次递交申报申请，从而可以重新起算申报审查时限。这一操作在审查实践中遭到很多“质疑”。《修正草案》第三十二条规定，反垄断执法机构可以在特定场景下中止计算审查期限，相关情形包括经营者未按照规定提交文件资料、出现对申报具有重大影响的新情况新事实，或者对交易附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。

在经营者集中审查中引入停钟制度后，市场监管总局将不再需要通过撤回重报的方式来争取更多的审查时间，这将为申报方提供更多的审查期限的可预期性，也显示出执法机构对于控制审查期限时长的重视。

2. 配套指南不断完善，重点突出、规则明晰

今年国务院反垄断委员会和市场监管总局出台了《关于平台经济领域的反垄断指南》、《关于原料药领域的反垄断指南》、《企业境外反垄断合规指引》三部反垄断指南，结合此前出台的各类指引，目前实体方面共有《关于汽车业的反垄断指南》、《关于原料药领域的反垄断指南》、《关于平台经济领域的反垄断指南》、《关于知识产权领域的反垄断指南》共4部指南，程序方面共有《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》、《垄断案件经营者承诺指南》、《公平竞争审查第三方评估实施指南》等。这些指南规定尽管没有强制法律效力，但是代表反垄断执法机关对于具体行业、领域适用反垄断法及其配套规定的思路，为企业提供更具行业针对性的合规指引。



02

执法力量进一步加强

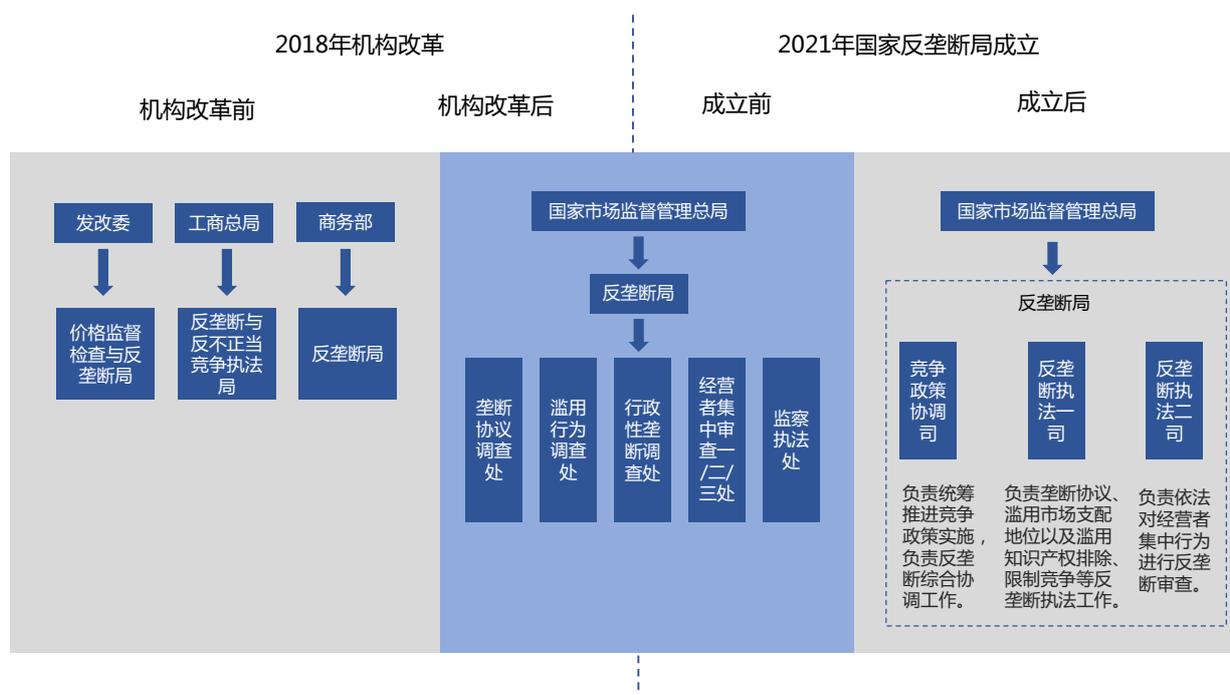
展望2022

2021年是中国反垄断的执法大年，随着国家反垄断局的成立，随着中央和地方的执法力量预计将显著加强，2022年反垄断强监管的态势将会延续，反垄断调查和处罚的案件将稳中有升。此外，其他行业监管机构对于互联网等交叉监管领域的反垄断执法态度更为激进，重点行业的企业应当不断提升合规能力，应对持续的反垄断合规挑战。

1. 国家反垄断局正式成立，中国反垄断进入新阶段

2021年11月18日，国家反垄断局正式挂牌，这是继2018年中国反垄断执法机构“三合一”后的又一重大举措。新设立的国家反垄断局是由国务院新组建的副部级国家局，而原先的反垄断局为国家市场监督管理总局直属局，此次调整提升了国家反垄断执法机构的行政级别，反映了国家对反垄断执法的重视。国家反垄断局的设立将进一步加强我国反垄断执法力量，为我国处理国内和国际日趋复杂的反垄断案件提供了机构保证。

图：国家反垄断执法机构调整



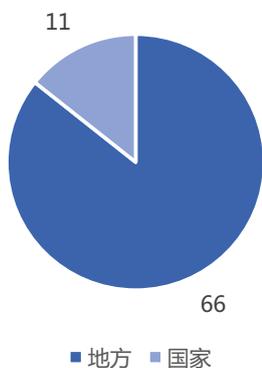
反垄断局行政级别提高最直接的影响之一是人员编制的“一扩三”，有利于扩充反垄断执法以及政策研究的队伍。2022年反垄断司局拟新招录18人，而此前2019年至2021年反垄断局均未通过国考招录新人。

2. 地方执法能力彰显，成为反垄断执法的中坚力量

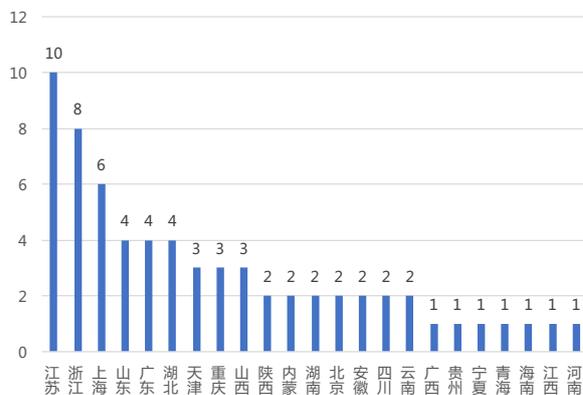
构建央地两级反垄断执法体制：目前，省级市场监管部门已获得反垄断局授权，对辖区内的垄断协议和滥用市场支配地位行为有查处的权力。经营者集中申报审查的权力虽然仍集中在中央级别，但是国家市场监督管理总局已授权在上海自由贸易试验区临港新片区进行权力下放的首个试点。

2021年7月，反垄断局局长吴振国（国家反垄断局成立后为反垄断执法一司司长）在接受美国律师协会反垄断在线期刊专访时表示，在反垄断执法过程中，省级市场监管部门要在立案后规定时间内将立案情况向总局备案，在拟作出调查决定前要将案件有关情况和文书草稿向总局报告、接受总局的指导和监督，在作出决定后5个工作日内将法律文书报送总局；对于地方反垄断执法机构在案件调查和处理中的其他重大或者疑难事项，也要及时向总局报告。国家市场监督管理总局通过统一反垄断执法规则、尺度和标准，确保了省级市场监管部门严格依法履行职责。

图：2018-2021年国家和地方层面发布的反垄断调查案件决定数量（横向、纵向垄断协议和滥用市场支配地位）



图：2018-2021年地方反垄断执法机构调查案件数量



除反垄断执法机关以外，重点领域的行业监管机构也开始重视强化反垄断，包括工信部整顿互联网行业“屏蔽链接”乱象、中国人民银行就金融领域反垄断和反不正当竞争整治频频发声、全国工商联关注外卖平台佣金问题、交通运输部组织对网约车企业进行约谈。行业监管介入反垄断领域，如何与反垄断监管机关相互配合，产业政策与反垄断政策如何相互协调，仍然有待实践的检验。

03

互联网执法进入 深水区

展望2022

2021年,《关于平台经济领域的反垄断指南》(“《**平台反垄断指南**》”)正式出台,对于各大互联网平台的反垄断调查逐步启动,互联网监管体系逐步健全,我国数字经济领域的反垄断执法迈入深水区。2022年,随着全球在数字经济领域反垄断执法理解程度的不断加深以及我国互联网领域各项规章及执法案例的丰富,可以预见数据、互联网、平台经济的执法难点都将在实践中得到进一步的突破,国家与地方层面的执法机构将进一步针对互联网生态开展组合监管。

1. 《关于平台经济领域的反垄断指南》重磅发布

《平台反垄断指南》公开征求意见约三个月后，于2021年2月7日正式落地。

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。《平台反垄断指南》的推出象征我国对数字经济领域的治理进入了新的阶段。一方面，《平台反垄断指南》体现了执法机关对数字领域的新理解，走在了法律与科技创新的前沿；另一方面，《平台反垄断指南》也在对创新的保护与对公平交易规则的维护中尽可能达成平衡，以避免矫枉过正，从而促进平台经济有序创新、健康发展。

亮点	解读
在调查垄断案件中“通常 需要界定相关市场”	市场界定往往是数字经济领域的难点，征求意见稿中曾引入“不界定相关市场直接认定经营者实施了垄断行为”这一制度。而《平台反垄断指南》最终稿中并未采纳这一机制，而是认可在调查垄断案件中“通常需要界定相关市场”，体现了面对界定市场非常困难以及条件不足情况下更为负责的态度。
删除了“数据”构成必需 设施的认定	征求意见稿规定数据可能构成必需设施，这意味着一旦相关数据被认定为构成必需设施，拒绝开放或共享数据可能构成滥用市场支配地位的拒绝交易行为。而《平台反垄断指南》最终稿中删除了上述关于数据可能单独构成必需设施的规定，而是在认定平台是否构成必需设施时将“平台占有数据”作为认定因素之一，更符合多数司法辖区的惯例。
将价格跟随行为排除在协 同行为之外	征求意见稿规定“可以根据逻辑一致的间接证据”认定“协同行为”，而考虑到互联网平台上的价格等交易条件具有高度的透明性及不同平台的算法与抓取可能性，这一规定可能不当扩大协同行为的范围。《平台反垄断指南》最终稿明确将经营者基于独立意思表示所作出的价格跟随等平行行为排除在外，突出竞争者之间是否存在意思联络这一要素在协同行为认定中的重要性。

可见，《平台反垄断指南》体现了监管机构在数字经济领域各市场主体之间试图达成的平衡，一方面，需要通过进一步明确的法律规范释放市场活力，保证多元主体全方位竞争；另一方面对各大平台在互联网经济中的竞争行为严格监管，保障市场的有序运行。2021年的数字经济领域反垄断执法践行了这种平衡关系。2022年，随着反垄断执法机构对相关领域了解的进一步深入，指南中对平台经济领域反垄断相关问题的规定也将在实践中得到检验、细化以及修正。

2. 对独家交易的调查持续推进

独家交易成为2021年互联网行业反垄断执法的重点关注行为，国家和地方反垄断机关查处了多起涉及独家交易的案件。

主体	处罚时间	调查时长	处罚金额	市场界定	反竞争效果分析
阿里巴巴	2021年4月10日	5个月	182.28亿元	中国境内网络零售平台服务市场	<ul style="list-style-type: none"> · 排除、限制了中国境内网络零售平台服务市场竞争 · 损害了平台内经营者的利益 · 阻碍资源优化配置，限制了平台经济创新发展 · 损害了消费者利益
食派士	2021年4月12日	16个月	116.86万元	上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场	<ul style="list-style-type: none"> · 实质性地排挤了竞争对手 · 损害了合作餐厅商户和用户的利益
美团	2021年10月8日	6个月	罚款34.42亿元，并全额退还独家合作保证金12.90亿元	中国境内网络餐饮外卖平台服务市场	<ul style="list-style-type: none"> · 排除、限制了网络餐饮外卖平台服务市场竞争 · 损害了平台内经营者的正当利益 · 损害消费者利益 · 阻碍平台经济创新发展

在调查案件中，执法机构触及并开始解析互联网行业反垄断领域的诸多难点，例如划清相关市场的界限、认定市场支配地位、市场动态性及行业集中度的评估、效率与公平的衡量。主管机关不仅引入了全新的经济学分析框架，还在许多案件中聘请了专业的经济学家进行分析，为未来的执法及企业的合规建设提供借鉴。我们预计，在2022年将会有更多针对数字经济领域独家交易调查的开展。应对理论、制度与实践上的挑战，在更严密与健全的法律法规保驾护航之下，我国执法机构也将给出更专业、高效的回应。

3. 互联网反垄断执法的全面展开

除上述围绕独家交易展开的调查之外，我国反垄断执法也正在向多个方向逐步展开。

对互联网企业常见的涉及VIE架构交易的查处持续推进。自2021年以来，国家市场监督管理总局已经分批次公布处罚了107起未依法申报的经营者集中案件，处罚案件的数量为历年之最。2021年1月4日，国家市场监督管理总局对腾讯控股有限公司申报的虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案依法实施审查，并于2021年7月10日公告禁止二者合并，这是《反垄断法》实施以来互联网领域禁止经营者集中第一案。

此外，大型互联网平台的其他竞争策略，包括链接屏蔽、自我优待、掠夺性定价等行为的反竞争问题也在理论与实际层面不断引起关注，并有可能成为2022年的执法新方向。2021年1月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《建设高标准市场体系行动方案》，明确提出要加强平台经济、共享经济等新业态领域反垄断和反不正当竞争规制；3月，国家市场监督管理总局对多家社区团购企业下发罚单，整治低于成本销售商品限制竞争的行为；4月，国家市场监督管理总局会同中央网信办、税务总局约谈了34家互联网平台企业，要求各平台限期一个月全面自检自查、逐项彻底整改，自查清单涵盖算法合谋、大数据杀熟、独家交易、掠夺性定价、歧视性待遇、未依法申报经营者集中等各类潜在的互联网行业垄断行为；9月9日，工信部专门就屏蔽网址链接问题召开指导会，要求各平台按标准解除屏蔽。随着互联网行业反垄断执法的深入，2022年可能会有更多类型的垄断行为案件。

2021年，我国也有多项针对互联网领域的法规公开面向公众征求意见，其内容覆盖规范数字领域竞争行为、规范不公平算法及明确平台责任等多方面，体现了监管机构对互联网领域除限定交易以外的其他行为的广泛关注。目前，除《反垄断法》和《平台反垄断指南》外，我国也正在互联网领域逐步建立完善的监管体系，更严密的监管体系将进一步促进监管机构高效、精准、全面的执法。

文件名	主要内容
《反不正当竞争法》	对互联网领域不正当竞争行为予以规制，并通过“互联网专条”对典型问题予以重点规范。
《电子商务法》	对于电子商务平台经营者提出了专门的监管要求，包括电子商务经营者支配地位的认定，强调其不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争，并就电子商务经营者滥用市场支配地位的具体表现做出了规定，对互联网领域反垄断做出了有益的补充。
《数据安全法》	明确数据安全治理结构，其中第五十一条规定禁止通过窃取或者以其他非法方式获取数据，开展数据处理活动排除、限制竞争，为平台处理数据的行为进一步划清了反垄断法上的边界。
《网络交易监督管理办法》	对《反不正当竞争法》及《电子商务法》进行进一步细化，对互联网领域垄断、不正当竞争等行为做出进一步规范，如规定网络交易平台经营者不得干涉平台内经营者的自主经营，否则可能构成垄断行为。
《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》	总结互联网领域不正当竞争事件及司法、执法经验，对包括算法问题、数据问题、流量问题、兼容问题、强迫“二选一”和大数据杀熟等问题在内的新型互联网不正当竞争行为做出了相应的规定。
《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》	对互联网生态系统监管不断细化，明确各级平台责任，强调开放生态，对算法提出新的治理要求。
《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》	进一步明确平台责任与规范，并强调互联网平台经营者不得从事垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为。



04

行业聚焦： 医药领域反垄断利剑高悬

展望2022

医药行业因关系民生利益，一直是反垄断执法关注的重点行业之一。2021年伊始，反垄断局便以“先声药业案”吹响本年度的原料药领域执法号角；而半载未至，“扬子江案”再度开启成品药和制剂领域执法先河，并创下医药行业最高罚款记录。此外，《原料药领域反垄断指南》也在11月正式颁布。我们预计，医药行业仍会成为未来反垄断执法的重点和热点。

1. 医药行业的处罚力度有增无已

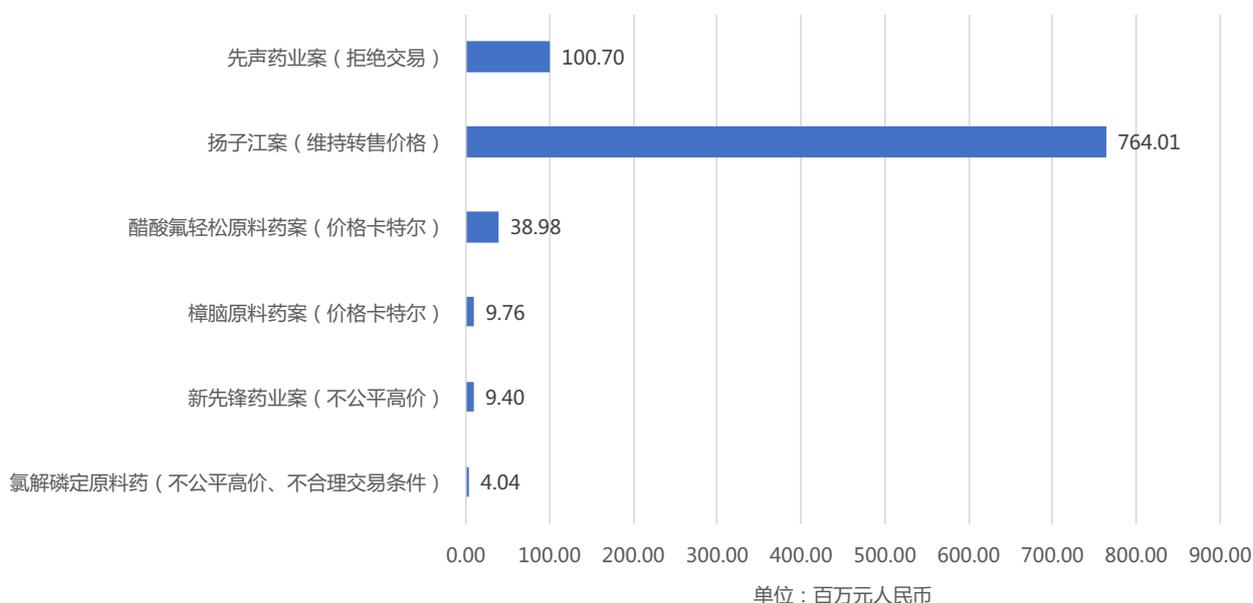
2021年，医药领域反垄断执法仍然活跃，已成为继汽车行业后另一个“常态化”执法领域。一方面，调查范围从过去重点关注的原料药领域再次扩展到成品药领域；另一方面，接踵而至的处罚决定达到了近年来医疗行业反垄断案件数量的历史新高。执法机构对这一领域的关注度及监管广度都有所提高。

图：医药行业反垄断执法案例罚款趋势



2021年，反垄断执法机构一共公布了6起涉及医药行业的反垄断处罚决定，相关案例的罚款金额合计超过9亿元人民币，没收违法所得2000万元。公布的6起案件中5起所涉及的垄断行为与价格有关，包括维持经销商转售价格行为、价格卡特尔和滥用市场支配地位实施不公平高价行为。可见，打击价格垄断是医药行业反垄断执法的重点。

图：2021年医药行业反垄断执法案例处罚金额



- 先声药业案 (2021.1) - 拒绝交易：**先声药业集团是中国巴曲酶浓缩液原料药销售市场的唯一供应商，以下游制剂企业面临众多诉讼、债务负担沉重、曾被纳入失信被执行人、需要面谈等为由，拒绝向巴曲酶注射液生产企业供应原料药；并试图将巴曲酶原料药的供应作为购买下游制剂企业股权谈判的一部分，不单独销售巴曲酶原料药，导致制剂企业于2020年6月起停产，巴曲酶注射液不能稳定供应，严重排除了市场竞争并损害了消费者的利益。2021年，国家市场监督管理总局对先声药业集团的拒绝交易行为处以约人民币1亿元（2019年度销售额的2%）的罚款。
- 扬子江案 (2021.4) - 维持转售价格：**2015年至2019年间，扬子江药业集团分别与一级经销商、二级经销商、连锁药店及其他零售药店签订协议固定和限定重点药品的转售价格，并通过发放调价函、调价通知或者销售人员采取电话告知、微信告知、直接登门告知等方式要求上述交易相对人调整药品价格。同时，扬子江药业集团还通过制定规则、强化考核监督、惩罚乱价经销商、委托中介机构维价等措施强化固定和限定价格协议的实施。2021年，国家市场监督管理总局对扬子江药业集团的行为处以约人民币7.64亿元（2018年度销售额的3%）的罚款。

2. 关于原料药领域的反垄断指南重磅出炉

2021年11月18日，国务院反垄断委员会正式发布《关于原料药领域的反垄断指南》（“指南”），进一步明确原料药领域的反垄断监管规则，旨在预防和制止原料药领域垄断行为，促进原料药产业健康发展，为原料药企业明确行为界限、加强合规自律提供指引。指南在紧密衔接《反垄断法》基本原则基础上细化了原料药领域相关概念及垄断行为的认定标准：

- **澄清原料药的内涵与外延：**指南衔接了药品管理相关法律法规，将原料药界定为用于生产各类药品的原材料，作为药品中的有效成份，主要包括化学原料药、中药材。
- **严格原料药领域的市场界定：**指南规定，“由于原料药对于生产药品具有特殊作用，一种原料药一般构成单独的相关商品市场，并可能根据具体情况作进一步细分；如不同品种原料药之间具有替代关系，可能根据具体情况认定多个品种原料药构成同一相关商品市场”。在过往反垄断执法机构处罚的原料药领域滥用市场支配地位案件中，均将一种（即化学成分/分子结构相同的）原料药认定为构成单独相关商品市场，且基于药理作用、在成品药中的添加成分/比例的不同、价格、用途等因素认为其他原料药与该种原料药不具有替代关系（包括氯解磷定原料药案（2021）、别嘌醇原料药案（2015））。个别案例中还根据一种原料药的质量等级、剂型对原料药的相关市场进行细分（葡萄糖酸钙原料药案（2020））。

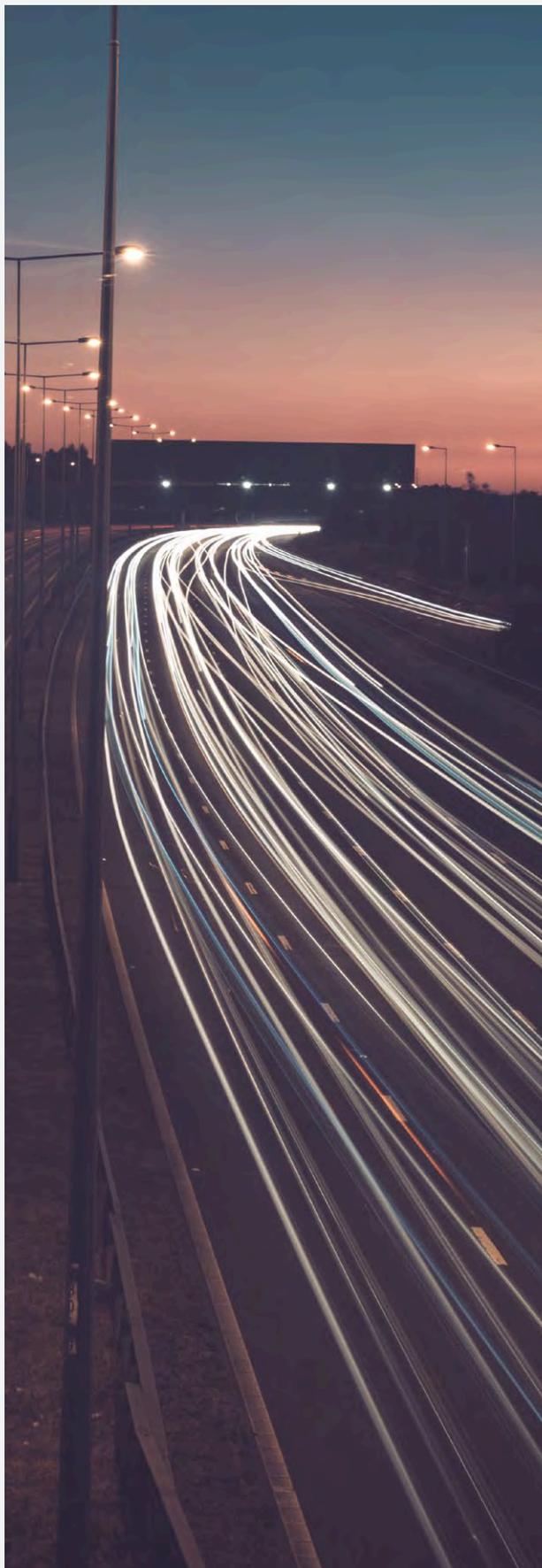


05

其他民生行业的 执法齐头并进

展望2022

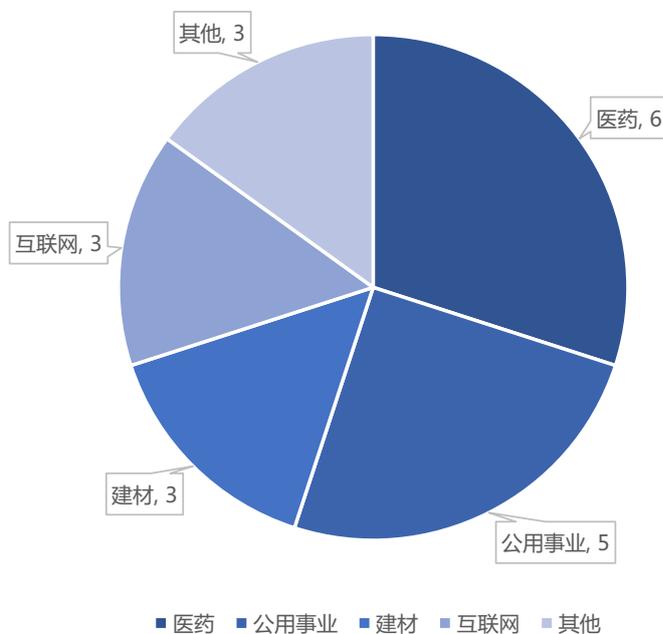
新冠疫情的延续促使国家更加重视民生领域的反垄断执法。除互联网和医药行业外，2021年还围绕建材、公用事业等与民生密切相关的行业开展执法。2022年，包括教育培训、金融服务、大宗商品贸易等对民众利益有直接及深远影响的行业也很可能成为反垄断执法的关注领域。



1. 继续深化重点民生行业的反垄断执法

2021年7月国务院办公厅印发的《全国深化“放管服”改革着力培育和激发市场主体活力电视电话会议重点任务分工方案》中提出，国家市场监督管理总局将牵头，围绕医药、公用事业、建材、教育培训等重点民生领域开展反垄断执法，切实维护市场公平竞争秩序。

图：2021年按行业统计的反垄断执法案件



注：此处所统计的反垄断执法案件仅包含涉及垄断行为的案件数量，未依法申报经营者集中的案件未纳入统计。

建材行业

建材行业是国民经济重要组成部分，一直以来是反垄断执法的聚焦行业之一。由于建材产品同质化程度高，且持续处于产能严重过剩状态，企业之间难以实现差异化竞争，因此往往会通过达成横向垄断协议来操作市场价格，牟取暴利。2021年处罚的共计三起建材行业反垄断案件均涉及横向垄断协议行为。

公用事业行业

公用事业通常由政府直接投资，以特许经营模式开展，属于自然垄断行业，因此公用事业企业易于被认定为具有市场支配地位。滥用市场支配地位因此也是公用事业行业最为频发的垄断违法行为。2021年公布的五起针对公用事业企业的反垄断执法案件中，四起涉及滥用行为。

2. 反垄断执法关注大宗商品领域的垄断协议

大宗商品领域涉及到诸多产品的上游原材料，如果大宗商品价格出现不合理上涨，必将导致相关中下游产品的价格相应上涨。如不及时控制，将冲击整个经济体系的平稳运行，推动市场价格的全面上涨。2021年5月以来，遏制飞涨的大宗商品价格成为了政府监管的重要议题，党中央、国务院高度重视大宗商品保供稳价工作。

为贯彻落实国务院常务会议精神，5月23日上午，国家发展改革委、国家市场监督管理总局等五个部门召开会议，联合约谈了铁矿石、钢材、铜、铝等行业内具有较强市场影响力的重点企业。会议要求，大宗商品领域的企业要强化法律意识，依法合规有序经营，带头维护大宗商品市场价格秩序，不得相互串通操纵市场价格、捏造散播涨价信息，不得囤积居奇、哄抬价格。监管部门将密切跟踪监测大宗商品价格走势，加强大宗商品期货和现货市场联动监管，对违法行为“零容忍”，持续加大执法检查力度，排查异常交易和恶意炒作，坚决依法严厉查处达成实施垄断协议、散播虚假信息、哄抬价格、囤积居奇等违法行为。

涉及铁矿石、钢材、铜、铝等行业的重点企业应重视反垄断领域的合规管理，提升对于垄断行为的风险认知、识别和防范能力，有效预防和降低反垄断合规风险。特别地，应避免与竞争者之间交换竞争性敏感信息、协同抬高市场价格等横向垄断协议行为，或通过行业协会达成上述垄断协议。

3. 打击金融服务领域的垄断行为，维护金融服务业公平竞争

2021年以来，国家在多个场合持续释放“强化反垄断和防止资本无序扩张”的政策信号。金融服务领域作为资本角逐的中心，某些领域和环节的垄断和不正当竞争问题仍然突出。中国人民银行党委书记、银保监会主席郭树清在2021年10月的采访中表示，金融行业的垄断和不正当竞争问题主要包括：（1）产业资本在金融领域无序扩张；（2）打着“金融创新”、“互联网+金融”的旗号违法违规开展金融活动；（3）一些大型互联网平台涉足多种金融业务开展不正当竞争。特别地，中国人民银行于2021年1月20日发布的《非银行支付机构条例（征求意见稿）》将支付服务领域的反垄断合规作为防范系统性金融风险的重要衡量因素。

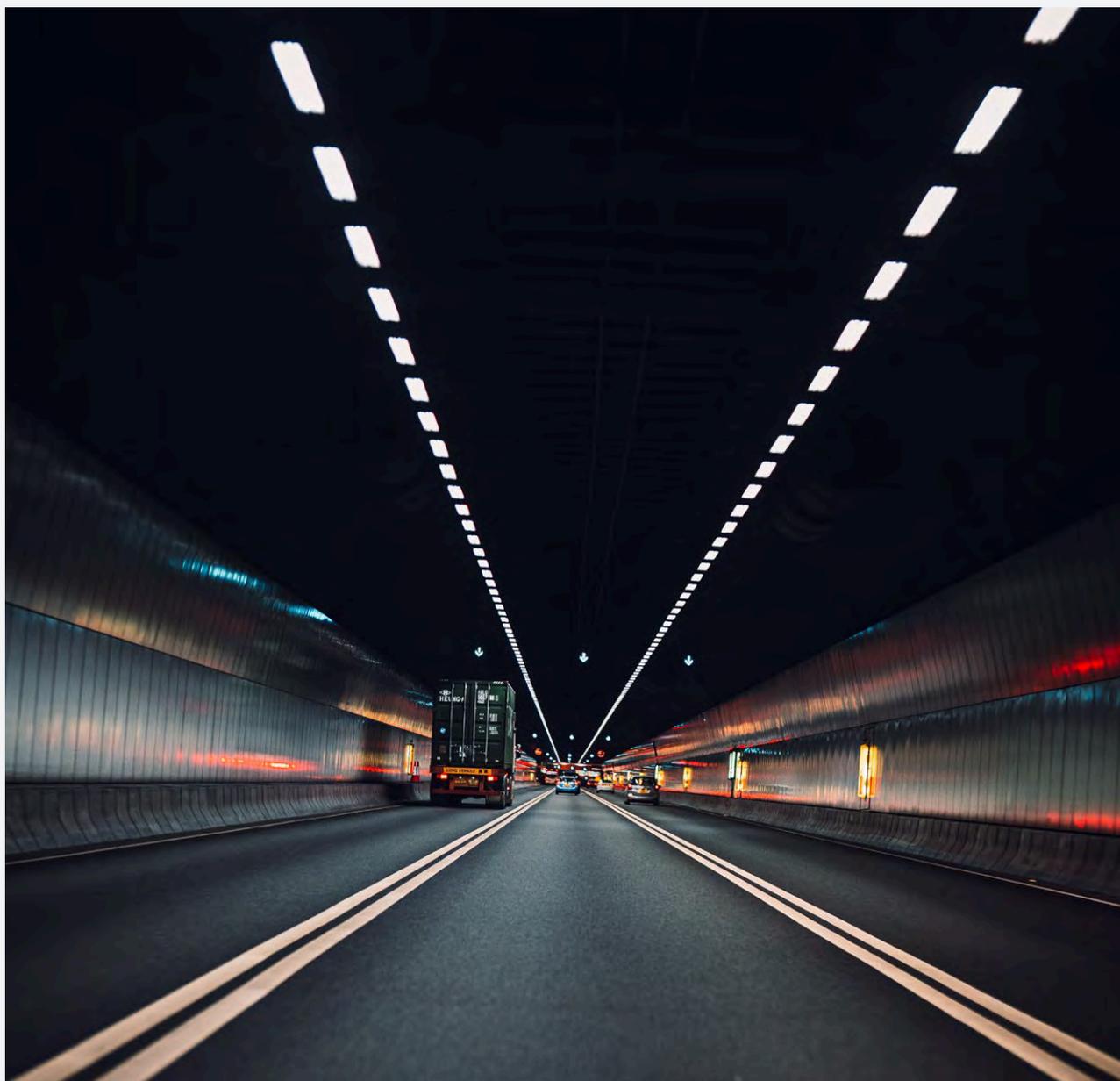
与此同时，金融领域也持续受到反垄断合规监管。2021年末依法申报经营者集中涉及多起金融领域案件，处罚对象包括银行、保险以及投资公司等相关业者。例如，国家市场监督管理总局于11月20日公布的百度与中信银行设立业内首家直销银行百信银行未依法申报案中，合营双方分别被处以50万元的顶格罚款。

06

纵向垄断协议规制及执法趋势

展望2022

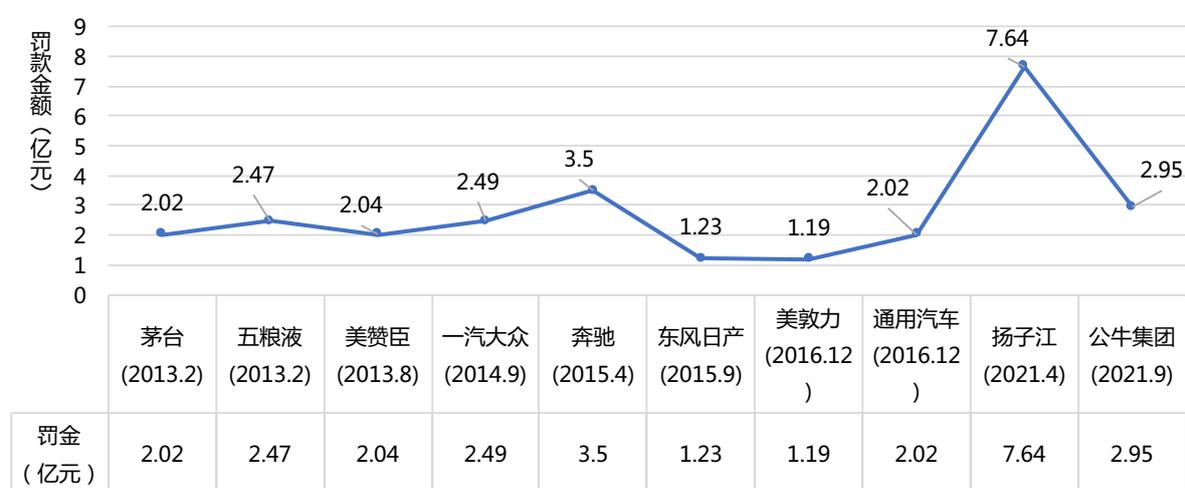
维持转售价格仍将是反垄断执法的重点之一。《修正草案》有望引入安全港制度和竞争效果分析原则，但对维持转售价格这类在欧盟等司法辖区被认为是核心限制的行为是否及如何适用有待未来配套规定予以明确。可以肯定的是，以上制度的引入有利于进一步厘清中国《反垄断法》对地域限制、客户限制等非价格纵向垄断协议的规制规则；此外，《原料药领域反垄断指南》等行业细化规则的陆续发布也将为特定行业内非价格纵向限制的合规风险管理指明方向。



1. 维持转售价格仍是反垄断执法重点之一

多年以来，维持转售价格行为一直是反垄断执法的焦点之一。2021年，反垄断执法机构更是对涉及维持转售价格的扬子江药业和公牛集团分别开出了7.64亿和2.95亿人民币的高额罚单（均为调查开始上一年度境内销售总额的3%），刷新了维持转售价格行为处罚金额的高度。

图：罚款金额较高的十大RPM案例



由于执法和司法机关对维持转售价格违法认定采取的不同标准，近年来行业内对于认定纵向垄断协议是否必须以“排除、限制竞争”为构成要件一直存在争议。在扬子江药业案中，反垄断执法机构再一次重申了对维持转售价格适用“原则禁止+例外豁免”的原则，但与此同时，反垄断执法机构也对扬子江药业维持转售价格行为对竞争产生的限制影响进行了分析论证，进一步增加了处罚决定的信服力。此外，本案还是反垄断执法机构公开的首个当事人运用《反垄断法》第十五条申请豁免的纵向垄断协议案件，但总局均驳回了当事人申请个案豁免的理由。

从2021年的执法态势来看，维持转售价格依然是反垄断执法机构重点关注的行为。尽管《修正草案》规定企业能够证明其纵向垄断协议行为不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止，但实践中企业可能较难证明其行为不具有排除、限制竞争效果。此外，维持转售价格行为一般也难以主张《反垄断法》第十五条下的豁免。因此，对于拥有一定规模经销网络的企业，维持转售价格仍是企业未来需要重点合规和防范的反垄断风险。

2. 维持转售价格的规则未来或有所放宽但不容乐观

在10月23日公布的《修正草案》中，首次概括性引入了安全港制度，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（另行）规定的标准’的“可以豁免适用《反垄断法》有关禁止纵向垄断协议行为的规定。但安全港的适用标准和范围尚未明确，仍需反垄断执法机构出台配套规定或指南予以明确。

现有反垄断指南中关于“安全港”的规定以及欧盟制度比较详见第一章。

3. 非价格纵向限制的规制规则仍待明确

如果企业同时从事维持转售价格和非价格纵向限制行为，非价格纵向限制更容易被认定为是维持转售价格行为的实施或加强手段而具有违法性。在2021年处罚的扬子江药业和公牛集团维持转售价格案中，均涉及当事人对经销商进行窜货管理的行为；但是，反垄断执法机构并未单独认定窜货管理行为违法，而是将其认定为实施维持转售价格行为的手段之一。既往案例中也无仅针对非价格纵向限制进行处罚的情况。非价格纵向限制的规制可能更接近于“合理原则”。据我们了解，反垄断执法机构已经在一些案件中开始考虑非价格纵向行为的反垄断问题，但是目前尚无就此做出定论。

另外，在一些特定行业，非价格纵向限制可能在未来引起更多关注。例如：

- 于2021年11月发布的《关于原料药领域的反垄断指南》中提到，原料药经营者实施地域限制或者客户限制可能导致市场分割、价格歧视，削弱原料药市场竞争，特别是如果相关市场上多个甚至全部经营者均采用相似限制，原料药市场竞争将被明显削弱。由于原料药行业的市场结构比较集中，地域或客户限制更容易产生限制品牌内、品牌间市场竞争的效果，进而推高原料药市场价格，因此原料药领域的地域或客户限制相比其他行业的同类安排可能具有更高的合规风险；
- 在此前发布的《关于汽车业的反垄断指南》中提到，不具有显著市场力量（如市场份额低于30%）的汽车业经营者设置的具有经济效率和正当化理由的地域限制和客户限制可以适用推定豁免，但通常能够限制竞争、导致高价并减少消费者选择的地域限制和客户限制不能适用推定豁免，其中包括限制经销商被动跨区销售、限制经销商之间交叉供货，以及限制经销商和维修商向最终用户销售汽车维修服务所需配件。



07

对未依法申报案件的 执法

展望2022

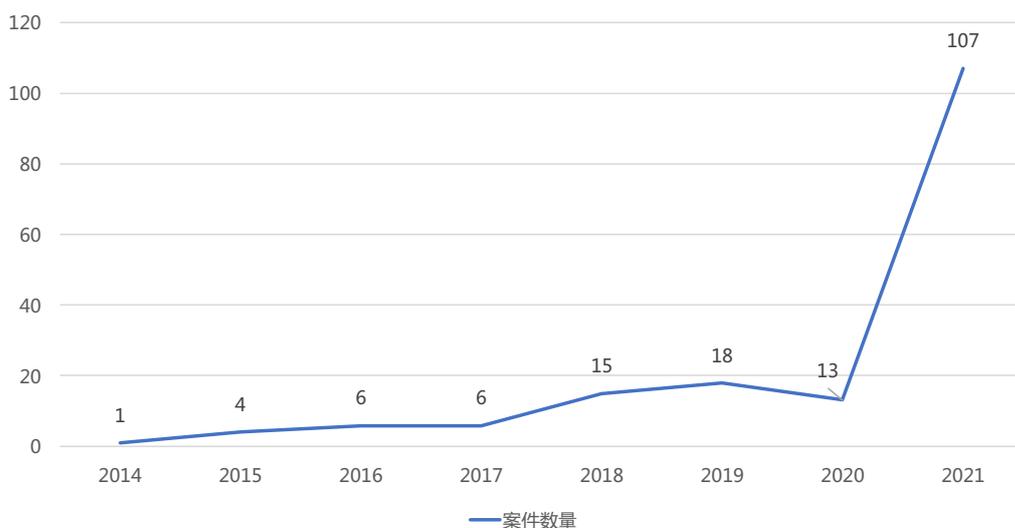
自反垄断执法机构于2020年底开始对互联网行业涉及的未依法申报案件进行广泛地调查和处罚以来，未依法申报处罚案件的数量更是出现了井喷式的增长，并且发布了首例附条件的未依法申报案件，调查的范围波及互联网以外的其他行业。2022年，对于互联网行业未依法申报案件的密集查处的趋势将会持续，执法机关是否会公布更多附条件的未依法申报案件，以及是否会有更多行业遭受波及，仍有待观察。

1. 反垄断执法机构处罚的未依法申报案件数量暴增，审查速度加快，处罚力度加大

案件数量暴增

自2014年至2021年，国家市场监督管理总局及原商务部反垄断局对共计170起违法实施的经营者集中案件予以处罚，其中2021年，国家市场监督管理总局已经分批次公布处罚了107起未依法申报的经营者集中案件，处罚案件的数量为历年之最。未依法申报处罚案件数量的暴增，说明执法机构正在加强对企业未依法申报实施经营者集中行为的调查和处罚，显示了其对企业未依法申报行为零容忍的态度。可以预见，未来一段时间，执法机构将继续对涉及未依法申报的案件展开更为积极的调查和处罚。

图：2014年至2021年未依法申报案件数量



审查速度加快

经统计，2021年未依法申报案件的平均调查周期约为110天，相较于2020年平均250天的调查周期，国家市场监督管理总局的执法速度有了大幅提高。其中，历时最短的仅用了40天时间，历时最长的用了308天时间，但相较于2020年历时最长的未依法申报处罚案件的审查时间（479天）也有了大幅提高。审查速度的加快一方面是由于2020年12月份生效的《经营者集中审查暂行规定》在原部门规章基础上大幅压缩调查时间，进一步提高了案件调查效率；另一方面也显示出执法机构对应报未报案件执法的高压态势以及对案件处理的进一步熟练。

图：2017年至2021年未依法申报案件调查周期



处罚力度加大

- 罚款数额持续加大：**自2020年首次出现50万元人民币的顶格罚款后，2021年的107起案件中，有99起案件当事人均被处以50万元人民币的顶格罚款。在2021年11月20日和2022年1月5日公布的两批次共计56起未依法申报案件中，涉案当事人均被处以50万元人民币的顶格罚款。在现行的《反垄断法》处罚规则下，预计在未来的未依法申报处罚案件中涉案当事人很可能会被处以顶格罚款。
- 首次附加限制性条件：**2021年7月24日，国家市场监督管理总局在腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案中首次依据《反垄断法》第四十八条责令相关经营者采取相关措施“恢复到集中前的竞争状态”。

腾讯收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案：恢复到集中前的状态

案件简介：2016年腾讯以业务（主要是QQ音乐业务）投入中国音乐集团，获得中国音乐集团61.64%的股权并取得了对中国音乐集团的单独控制权。2016年12月，整合后的中国音乐集团更名为腾讯音乐娱乐集团。2017年12月6日，交易完成股权变更登记手续。2021年1月25日，国家市场监督管理总局对本案进行立案调查。2021年7月24日，国家市场监督管理总局公布了行政处罚决定书。

市场界定：本案相关市场界定为交易双方存在横向重叠的中国境内网络音乐播放平台市场。

本项集中在相关市场具有或者可能具有排除、限制竞争效果：（1）集中后实体在相关市场具有较高市场份额。2016年，集中双方在相关市场按照月活跃用户数和用户月使用时长分别计算的市场份额合计超过80%。2016年集中双方在相关市场的销售金额合计约占相关市场总收入规模的70%。以音乐版权核心资源占有率计算，集中双方的曲库和独家资源的市场占有率均超过80%。（2）集中减少相关市场主要竞争对手。交易前集中双方居市场前两位，竞争实力相当，彼此竞争较为紧密，集中减少相关市场主要竞争对手，进一步削弱市场竞争。（3）集中可能进一步提高相关市场进入壁垒，包括可能提高版权资源壁垒、可能增加用户转换成本、集中后市场进入活跃度不高。

采取恢复市场竞争的相关措施：（1）在一定条件下不得与版权方达成或变相达成独家或排他性授权；（2）不要求不合理的最惠国待遇；（3）合理定价，不得通过高额预付金等方式变相提高竞争对手成本。

其他处罚：（1）50万元罚款；（2）责令对后续经营者集中依法进行申报；（3）依法合规经营，建立健全公平参与市场竞争的长效机制。

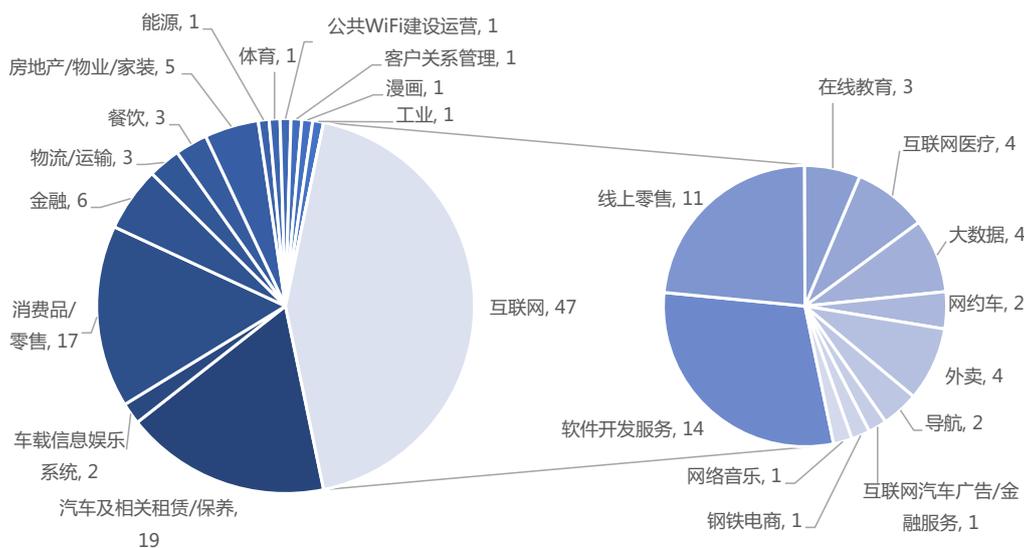
2. 被认定为获得控制权的股权比例越来越低，已经跌破10%

少数股权收购持续引起关注：近年来，执法机构对于收购少数股权而构成未依法申报的交易都展现了严厉打击的态势，此前已有多起涉及少数股权的收购被执法机构认定为取得控制权的交易。而2021年公布的未依法申报处罚案件中，经营者被认定为获得控制权所持有的股权比例越来越低。截止目前，在51起案件中收购方/合营方仅取得少于30%的股权，但仍被认定为具有控制权。其中，特别值得注意的是，在上海汉涛收购领健股权案中，上海汉涛仅获得了领健6.67%股权。但是，由于上海汉涛具有关键事项否决权等而被认定为取得了领健的控制权。因此，即使对于收购少数股权的交易，也需要在交易前对控制权的情况进行谨慎评估，并对是否取得关键事项否决权作出取舍。

3. 更多类型的企业受到波及，促进企业重审并购合规问题

执法对象不限于互联网企业：2021年公布的处罚案例显示执法机构的执法对象并不限于互联网企业，更多不同行业的企业受到执法机构的调查和处罚。2021年的107起处罚案件中，不仅涉及互联网企业，还包括涉及房地产、汽车、零售、金融、贸易及基础设施等行业的43家企业。随着未依法申报案件调查的深入，未来可能会有更多不同行业的企业因为未依法申报行为而被调查和处罚。

图：2021年未依法申报案件执法领域



注：上述执法领域分类统计的总数为108，因为牛卡福收购宝兑通股权未依法申报违法实施经营者集中案涉及汽车与能源两个行业领域。

08

并购审查的重点行业—— 新旧交织

展望2022

高科技行业，特别是半导体，2021年继续受到经营者集中审查的重点关注，在案件审查时间、竞争关注的程度、附条件案件的数量等方面继续领跑所有行业。而互联网行业则是2021年新加入的并购重点关注对象，贡献了《反垄断法》实施以来的第三起被禁止的交易。《修正草案》明确提出应当加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查，2022年，这些领域的经营者集中案件将成为反垄断执法机构的审查重点。

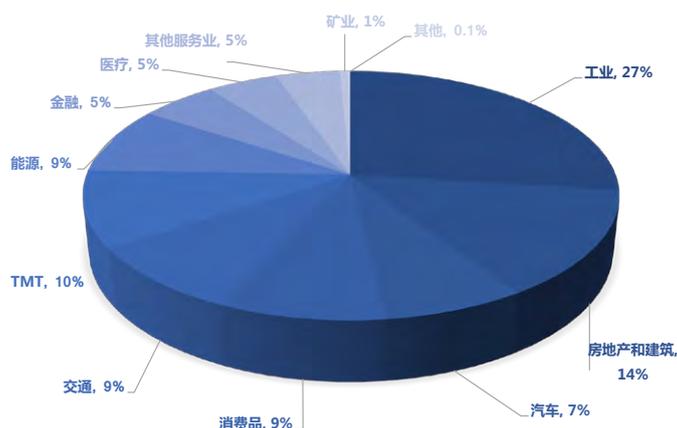


1. 2021年回顾

2021年是《经营者集中审查暂行规定》（2020年12月1日施行）实施步入正轨的第一年，国家市场监督管理总局对经营者集中申报的审查效率不断提升。2021年共批准704件案件，其中616件为简易案件。2021年简易案件的平均审查周期为13.8天，较2020年的14天平均审查周期进一步缩减，其中部分案件能够在公示期结束后第一天获得无条件批准。

就2021年经营者集中申报涉及的行业而言，工业领域仍然是涉及案件最多的行业（27%），其他案件主要集中于交通、房地产、消费品和汽车等行业。

图：2021年无条件批准案件的行业分布



2. 互联网行业成为新焦点

互联网领域申报数量增长迅猛：2021年国家市场监督管理总局共无条件批准了28件互联网领域的经营者集中申报案件，普通案件4件，简易案件24件，其中不乏京东、腾讯、百度等互联网巨头的申报案件。

难点的提出和解决：互联网行业的相关市场界定面临众多挑战，不仅业务类型发展迅速，新业态不断涌现，而且在多边市场、平台网络效应的影响下，相关市场通常界限非常模糊。此外，互联网企业的市场份额也存在统计困难的问题，特别是随着超级平台的兴起，用户数据通常以大平台为单位进行统计，导致细分相关市场中的数据难以计算。这些问题随着互联网行业经营者集中案件的增多而不断浮现，也将随着更多的案件实践而可能找到更好的解决方案。

发展与规范并重的审查理念：经营者集中是迅速扩大规模、增强市场力量的手段，也是重组资源的有效方式，有助于提高生产效率、实现规模效益和促进经济与技术进步。特别是在互联网这个瞬息万变的行业，执法机关将不断摸索并试图寻找促进行业发展和限制资本无序扩张之间的平衡。

虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案

2021年7月10日，国家市场监督管理总局对虎牙与斗鱼合并案作出禁止经营者集中的审查决定，该案是我国互联网领域第一起被禁止的经营者集中，也是自2008年《反垄断法》实施以来第三起被禁止的交易。

审查时间：从提交申报到作出决定用时：236天

相关市场：横向重叠：中国游戏直播、娱乐直播、电商直播和短视频市场；纵向关系：中国网络游戏运营服务市场

竞争损害理论：

横向

- 国家市场监督管理总局从营业额、活跃用户数、主播资源多个角度评估了交易双方在中国游戏直播市场的市场力量，综合评估后认为斗鱼和虎牙是市场中的前两大游戏直播平台。交易前腾讯已具有虎牙单独控制权和斗鱼共同控制权，但虎牙和斗鱼之间尚存在一定的竞争，而该项集中将彻底消除这种竞争，集中后实体的市场支配地位将进一步加强；
- 游戏直播市场进入壁垒高，主要体现在著作权使用许可、资金和主播资源等方面；

纵向（上游网络游戏运营服务市场和下游游戏直播市场）

- 在审查交易是否能够通过纵向封锁损害竞争时，除审查传统行业经营者集中申报时也会考虑的市场力量、上游市场是否为下游市场的关键投入品等因素，国家市场监督管理总局同时指出该项集中涉及的上下游市场的用户高度重合，可以相互转化，因此交易后腾讯有动机封锁网络游戏的推广渠道，排除和限制上游市场的竞争。

3. 持续关注敏感和关键行业的重大交易

2021年10月公布的《修正草案》明确提出应当加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查，尽管社会各界对于是否需要在立法层面明确经营者集中的重点审查领域存在争议，且最终版本的《反垄断法》修正案中是否能够保留该条文尚不明确，但我们可以合理预测未来上述领域的经营者集中案件可能会受到国家市场监督管理总局的重点关注。

高度关注高科技领域：与往年相同，国家市场监督管理总局2021年仍然持续高度关注高科技领域的重大并购交易，并且这一关注很可能会继续延续，半导体行业仍然是关注的重中之重。2021年全球缺芯现象延续，进一步加剧了半导体行业的供需矛盾，考虑到半导体行业具有资本密集、技术壁垒高等特征且在全球范围内均具有重要战略性意义，国家市场监督管理总局在审查半导体行业的重大交易时倾向于采取更为谨慎的态度，甚至可能会将国家安全和产业政策等多方面因素纳入考量。

- **审查周期长：**在2021年国家市场监督管理总局附条件批准的2项半导体领域的交易中，思科系统公司收购阿卡夏通信公司股权案从提交申报到获得批准用时450天，SK海力士株式会社收购英特尔公司部分业务案从提交申报到获得批准用时369天，两项交易均涉及“撤回重报”，审查用时较长。
- **纵向封锁风险也是关注重点：**在思科系统公司收购阿卡夏通信公司股权案中，由于阿卡夏在上游市场拥有较强的市场力量，国家市场监督管理总局重点关注了该交易是否会对下游市场造成封锁效应。

- **独立的执法姿态：**国家市场监督管理总局一直以来坚持从中国相关市场竞争情况出发，独立审查交易可能对中国市场产生的竞争损害，即便该交易没有在其他司法辖区引起任何竞争关注。例如，在思科系统公司收购阿卡夏通信公司股权案中，除中国以外的所有其他司法辖区均无条件批准了该交易；在丹佛斯公司收购伊顿股份有限公司部分业务案中，国家市场监督管理总局所要求剥离的业务与欧盟也并不相同。

表：2021年中国附条件批准的经营者集中的竞争损害理论和救济措施

案件名称	竞争损害理论	救济措施
思科系统公司收购阿卡夏通信公司股权案	纵向： · 原材料封锁（拒绝交易、上游产品涨价）	· 继续履行现有客户合同 · 依据FRAND原则继续向中国客户供应上游产品 · 不得就上游产品强制搭售或附加其他不合理交易条件
丹佛斯公司收购伊顿股份有限公司部分业务案	横向： · 交易将导致集中后实体在相关市场取得市场支配地位，进一步提高相关市场进入壁垒，削弱下游客户议价能力	· 剥离业务
伊利诺斯工具制品有限公司收购美特斯系统公司股权案	横向： · 交易将导致集中后实体在相关市场取得市场支配地位，削弱下游客户议价能力	· 继续履行与中国客户的所有涉及相关商品和服务的现有业务合同 · 继续保持对中国客户的服务水平 · 不对中国客户进行不合理涨价 · 不得拒绝向中国客户供应相关商品或服务；施加不合理交易条件；降低服务质量或技术水平
SK海力士株式会社收购英特尔公司部分业务案	横向： · 交易将导致相关市场集中度提高，集中后实体在相关市场的市场控制力增强，相关市场竞争者协调价格的动机和能力增强，市场进入壁垒高	· 不得以不合理的价格向中国境内市场供应相关产品 · 持续扩大相关产品的产量 · 依据FRAND原则向中国境内市场继续供应所有产品 · 不得强制中国境内客户排他性采购产品；不得强制搭售或捆绑销售 · 帮助一个第三方竞争者进入相关市场 · 不得在销售价格、产量和销量方面与中国主要竞争对手达成任何排除或限制竞争的协同行为

倾向于采用行为性救济措施

截至2021年底，在中国所有52起附条件批准的经营者集中案件中，只有9起仅仅附加了结构性救济，而43起则是附加了行为性救济或同时附加了结构性救济和行为性救济。由此可以看出国家市场监督管理总局倾向于通过行为性救济保护客户（特别是中国客户）免受交易所可能导致的反竞争影响。基于2021年国家市场监督管理总局附条件批准的4起案件，我们同样看到这一规律。

国家市场监督管理总局较常附加的行为性救济类型包括保持独立性、依据FRAND原则继续向中国客户供应、不得施加不合理交易条件等，行为性救济的义务期通常为两年到十年不等。从过往的附条件案件公告来看，这些行为性救济条件主要针对中国市场，旨在保护中国相关市场的竞争和中国客户利益。对于未来可能对相关市场（尤其是中国市场）造成封锁或混合效应问题的交易，国家市场监督管理总局仍有较高可能对交易方附加依据FRAND原则继续对中国客户供应、不得施加不合理交易条件等行为性救济措施；在横向并购中，交易方也需要考虑国家市场监督管理总局要求交易双方在一定期限内保持独立性的可能性。

09

反垄断诉讼

展望2022

随着新的反垄断司法解释的出台，中国反垄断诉讼的裁判规则将得到进一步细化和统一。2022年，中国的互联网反垄断诉讼预计也将持续升温，竞争对手、平台内经营者和/或平台用户或将积极地出于“互联”和“开放”的诉求对互联网平台的现有商业模式提出挑战。在此背景下，最高人民法院正在审理的一起涉及“必需设施”理论的案件很可能会对此类涉及互联网平台的垄断案件的裁判产生深远影响。

近年来，中国法院在全球标准必要专利纠纷的裁判上愈发主动。随着新一轮5G标准专利许可谈判的开启，中国法院已成为解决全球标准必要专利纠纷最为重要的法域之一，而不同法域在管辖权和裁判上的潜在冲突也将成为影响双方许可谈判的新的因素。



1. 新的反垄断司法解释即将出台

最高人民法院在2021年内多次透露其正在积极推进新的反垄断司法解释（即反垄断司法解释二）的制定工作，并将适时向社会公开征求意见。

反垄断司法解释二预计将在现行反垄断司法解释的基础上进一步细化和统一垄断纠纷的裁判规则。由于现行反垄断司法解释（即于2012年发布实施的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》）在垄断行为的认定标准等具体问题上提供的指引有限，在近年来的反垄断司法实践中，各地法院曾在多个问题的裁判标准（例如垄断协议是否以反竞争效果为构成要件、垄断纠纷的可仲裁性等）上持有不同的观点，而这些问题有望在反垄断司法解释二中一并得到解决。

此外，反垄断司法解释二预计还将体现近期对《反垄断法》的修订，并对平台经济领域的新型垄断纠纷的裁判标准作出指引，例如如何认定互联网平台经营者的市场份额及市场支配地位、数据权益保护、平台“二选一”、大数据杀熟等新型竞争行为正当性等。

2. 互联网反垄断诉讼持续升温

2021年，中国互联网反垄断诉讼持续升温，越来越多的互联网企业成为反垄断诉讼的对象。在这些诉讼中，互联网平台运营中的商业模式频繁受到来自竞争对手、平台内经营者和/或平台用户的挑战，“互联”和“开放”的诉求成为共同主题。

在此背景下，互联网企业应尤其关注其平台商业模式对竞争对手、平台内经营者和平台用户的影响以及可能导致的反垄断民事诉讼风险，综合考虑和权衡商业模式的收益和应诉成本，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。此外，随着反垄断执法机构在互联网平台领域执法力度的加强，越来越多受到反垄断处罚的互联网企业还应额外关注竞争对手、平台内经营者和平台用户基于反垄断执法机构的处罚决定中披露的事实和信息提起的“后继诉讼”的风险。

另一方面，当因平台的商业模式而遭受屏蔽、封锁等影响时，企业也可以积极尝试通过反垄断诉讼来维护正当的竞争利益。

表：2021年互联网反垄断民事诉讼

案件	被诉垄断行为	诉讼进展
王某诉美团案	美团用户王某认为，美团取消支付宝渠道，导致其无法在美团APP中通过支付宝进行支付，构成滥用市场支配地位的行为	据报道，北京知识产权法院已经于2020年12月受理该案
抖音诉腾讯案	抖音认为，腾讯通过微信和QQ限制用户分享来自抖音的内容，构成滥用市场支配地位的行为	据报道，北京知识产权法院于2021年2月受理该案
黄某诉腾讯案	微信用户黄某认为，微信滥用市场支配地位，无正当理由拒绝交易，导致其无法在微信直接分享、打开和播放抖音的内容	据报道，北京知识产权法院于2021年2月受理该案；腾讯已提出管辖异议，但法院尚未作出裁定
金某诉苹果案	苹果用户金某认为，苹果在苹果应用商店内收取高额佣金、要求“应用内购买”只能选择Apple Pay构成滥用市场支配地位的行为	上海知识产权法院于2021年2月受理该案；最高人民法院于2021年9月驳回了苹果就管辖异议的上诉，维持了上海知识产权法院的管辖权
李某诉阿里巴巴及支付宝等案	用户李某认为，阿里巴巴及支付宝等滥用市场支配地位，限定用户在淘宝、天猫等只能使用支付宝作为唯一的支付渠道，损害了支付市场的公平竞争	据报道，上海知识产权法院已经于2021年6月受理该案
蚁坊诉微博案	蚁坊公司认为，微博拒绝数据许可的行为构成滥用市场支配地位的行为，请求法院判令微博以合理条件允许蚁坊公司使用微博的数据	据报道，长沙市中级人民法院已经于2021年11月受理该案
黔西县某餐厅诉美团案	本案涉及美团滥用市场支配地位纠纷，贵阳市中级人民法院未进一步披露原告诉讼主张等其他诉讼细节及审理情况	该案已于2021年12月30日在贵阳市中级人民法院开庭审理

3. “必需设施”理论在知识产权领域首次得到适用

2021年4月23日，浙江省宁波市中级人民法院（“宁波中院”）就宁波科田磁业有限公司与日立金属株式会社滥用市场支配地位纠纷案作出一审判决，认定日立金属拥有的部分烧结钕铁硼专利是生产烧结钕铁硼产品的“必需设施”，因此日立金属拒绝许可该等专利的行为违反了《反垄断法》，作为停止垄断行为方式，日立金属被判决在合理期限内向原告提出符合“公平、合理、无歧视”原则的涉案专利许可合同条件。这是中国法院首次在知识产权领域适用了“必需设施”理论，对非SEP的专利权人做出要求就相关专利组合按照“公平、合理、无歧视”原则“开放许可”。

由于“必需设施”理论可能会广泛影响众多不属于标准必要专利但具有行业通用性的专利（或类似权利，如数据、接口信息等）的许可及运营模式，特别是在电子、半导体、医药、信息技术等行业，因此宁波中院的这一裁判在作出后即引起了广泛争议。目前该案已被上诉至最高人民法院，最高人民法院的最终裁判或将对上述领域的商业实践产生深远影响。

4. 中国法院在全球标准必要专利纠纷的裁判上愈发主动

最高人民法院在2021年审理并裁判了多起代表性的标准必要专利纠纷案件，确认了：(1) 中国法院对影响中国厂商的涉及标准必要专利的域外垄断行为具有管辖权，(2) 中国法院对裁判标准必要专利的中国及全球许可费率具有管辖权，以及(3) 在其他法域“争夺”中国法院正在行使的对裁判标准必要专利的许可费率的管辖权时，中国法院有作出“禁诉令”的必要性。

这些裁判也表明，中国法院在全球标准必要专利纠纷的裁判上正愈发主动。鉴于此前英国法院和美国法院也确认其对标准必要专利的全球许可费率具有直接或间接的管辖权，可以预见，不同法域在管辖权和裁判上的潜在冲突也将随之而来。

但是，不同法域在管辖权和裁判上的潜在冲突或许能够成为将双方拉回到“谈判桌”上的新的因素。2020年内的多起已经引起不同法域之间管辖权冲突的全球标准必要的专利纠纷（如三星与爱立信的许可纠纷、小米与交互数字的许可纠纷）最终以双方和解并达成许可协议结束。

表：2021年前后由最高人民法院审理的标准必要专利纠纷案件及关联境外裁判

案件	裁判时间	裁判主旨	关联境外裁判
中兴诉康文森许可费率纠纷案	2020年8月	中国法院对裁判涉案中国标准必要专利的许可费率具有管辖权，即使外国法院对同一事项也在行使管辖权	英国最高法院曾于2020年8月认定英国法院对裁判康文森的相关标准必要专利的全球许可费率具有管辖权
华为诉康文森许可费率纠纷案	2020年8月	中国法院对裁判涉案中国标准必要专利的许可费率具有管辖权，且当境外禁令会使潜在被许可人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害时，中国法院可以通过“禁诉令”要求权利人暂缓执行境外禁令	英国最高法院曾于2020年8月认定英国法院对裁判康文森的相关标准必要专利的全球许可费率具有管辖权
OPPO诉Sisvel滥用市场支配地位纠纷案	2020年12月	权利人在境外的行为（包括提起诉讼的行为）可能对潜在被许可人参与国内相关市场的竞争造成直接、实质、显著地排除与限制竞争效果时，中国法院可针对域外的垄断行为行使管辖权	—
TCL诉爱立信滥用市场支配地位纠纷案	2020年12月	权利人在境外的行为（包括提起诉讼的行为）可能对潜在被许可人参与国内相关市场的竞争造成直接、实质、显著地排除与限制竞争效果时，中国法院可针对域外的垄断行为行使管辖权	美国加州中区联邦地区法院曾于2017年底对爱立信的相关标准必要专利的全球许可费率是否符合FRAND作出一审裁判（但该案已被发回重审）
OPPO诉夏普许可费率纠纷案	2021年8月	在有“适当联系”的前提下，中国法院对裁判标准必要专利的全球许可费率具有管辖权，即使外国法院对同一事项也在行使管辖权 值得注意的是，深圳中院（一审法院）曾在该案管辖权异议二审过程中针对夏普下达了禁诉令，要求夏普在本案终审判决作出之前不得在境外就涉案专利对OPPO公司提出新的诉讼	德国慕尼黑第一地区法院曾基于对双方在德国的侵权纠纷的管辖向OPPO公司下达了“反禁诉令”，要求OPPO公司向中国法院申请撤回禁诉令

5. 反垄断公益诉讼酝酿起步

在中国，根据现行的反垄断法及相关的诉讼规则，只有直接或间接受到损害的企业或个人才有权提起反垄断民事诉讼。但是，在2020年内，立法者已在考虑放宽这一要求，引入由检察机关主导的反垄断民事公益诉讼制度。

全国人大常委会于2021年10月公布的《修正草案》中规定，针对侵害社会公共利益的垄断行为，人民检察院可依法向人民法院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、未成年人保护等案件中，仅在近年来才扩展到互联网侵权、个人信息保护等领域，检察机关可以直接针对相关侵权行为提起民事诉讼，要求行为人停止相关侵权行为并承担赔偿责任。而在《反垄断法》修订中将民事公益诉讼制度引入反垄断领域，显示了立法者加大反垄断监管力度（特别是对互联网平台及公共基础设施的反垄断监管力度）的决心。

可以预见，如果反垄断公益诉讼制度正式确立，检察机关也将成为反垄断执法实践中的重要力量。考虑到检察机关在调查和取证方面的经验和执法权力，对于企业而言，如何应对检察机关发起的调查和公益诉讼也将成为进一步合规的重点。



10

加强行政垄断执法， 优化营商环境

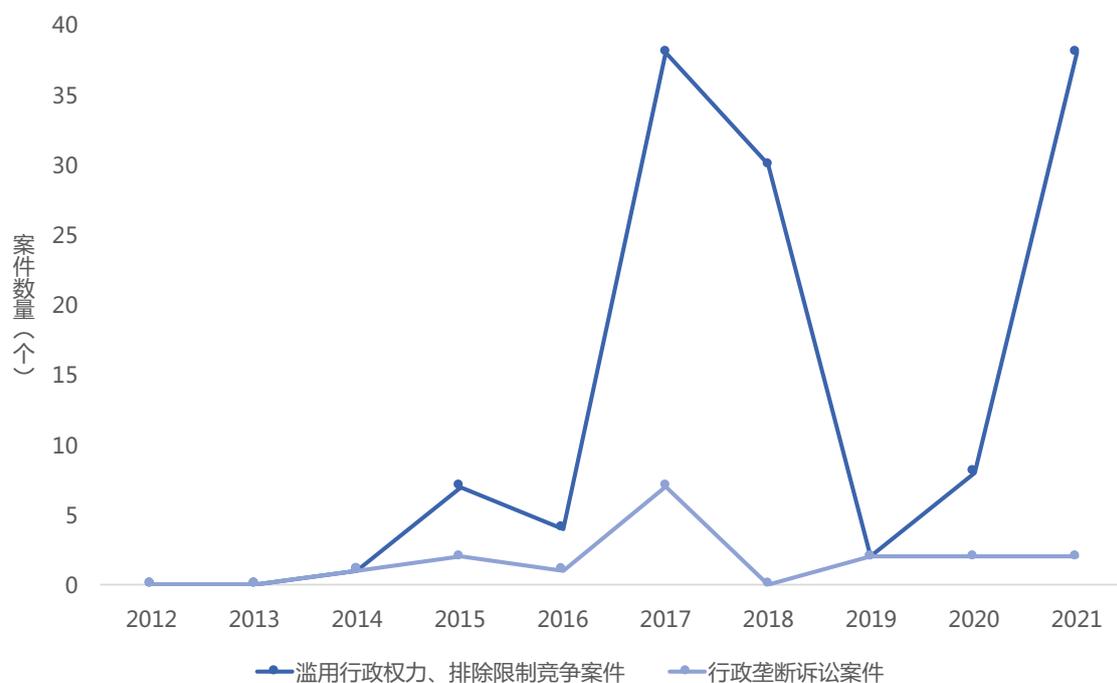
展望2022

2021年，国家进一步加强行政垄断方面的执法工作，细化公平竞争审查操作指引，集中处理一大批行政垄断案件，展示了我国破除行政垄断的决心。预计未来将继续强化制度约束，加大执法力度，促进建设并切实维护全国统一大市场。

1. 行政垄断领域执法爆发式增长，法律规制不断完善

行政垄断是影响市场主体公平参与市场竞争的重要因素。后疫情时代，国家持续加大对行政性垄断的执法力度，为促进建设国内统一大市场及提高经济内循环水平提供保障。2021年，反垄断局公布的滥用行政权力、排除限制竞争案件明显高于前两年，共有38起案件，涉及的垄断行为类型主要包括通过招投标、行政许可限制等方式对外地经营者或外地商品进行差别待遇、实施本地保护，限定经营者购买、使用指定产品等。值得注意的是，其中有2起行政垄断处罚案件是源于**举报线索**。

图：近十年来行政垄断相关案件情况



除了执法力度的不断加强，2021年10月公布的《修正草案》也对行政垄断相关条款做出一定增补：首先，在“总则”部分明确建立健全公平竞争审查制度，要求“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在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当进行公平竞争审查”，这是首次在法律层面明确公平竞争审查制度；其次，《修正草案》细化行政垄断行为相关规定，包括新增禁止相关政府机构通过与经营者签订**合作协议、备忘录**等方式对其他经营者实施妨碍市场进入或不平等对待行为，并将行政垄断的主体范围从行政机关扩大到也包括法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

2. 通过公平竞争审查加强事前监管，重视优化营商环境

2021年，政府在不同场合或文件中强调公平竞争审查制度。7月，国家市场监督管理总局出台《公平竞争审查实施细则》（“《实施细则》”）。《实施细则》围绕建设“统一开放、竞争有序、制度完备、治理完善”的高标准市场体系，聚焦于公平竞争审查制度实施中存在的问题推进不积极、审查质量不高、监督考核不到位等突出问题，为公平审查制度的实施提供细化操作指引，成为持续优化营商环境、完善社会主义市场经济体制的重要组成部分：

- **程序公开透明，保障企业基本权益。**《实施细则》规定开展公平竞争审查的基本机制和程序，明确相关政策未经审查不得出台。就保障企业利益而言，《实施细则》要求政策制定机关开展公平竞争审查时应当征求利害关系人的意见或公开征求意见，利害关系人具体包括参与相关市场竞争的经营者、上下游经营者、行业协会商会、消费者以及其他市场主体。因此，**企业对于涉及自身利益的政策措施，可以积极提出相关意见，主动关注官方平台信息，维护自身合法权益。**
- **关注企业痛点，全面细化审查标准。**《实施细则》提出更为严格、细化的审查标准，直击过往政策制定和实施中企业反映的痛点和决策部署不到位的堵点。具体来看，《实施细则》着力细化了企业在市场进入和资质资格获取、平等便利退出市场、特许经营权利授予、变相限制或指定交易等方面的阻碍，同时打击政府采购、补贴定价、产品进入、外地投资等方面存在的差别化待遇，防止滥用行政权力通过划分企业等级、增设审批备案程序、违法给予优惠政策或扣留企业保证金等形式排除和限制竞争的行为。
- **强化刚性约束，建立举报回应机制。**举报行政垄断行为在实践中已有体现，例如上述2021年的2起行政垄断案件即源于举报线索，而《实施细则》则从制度层面正式建立了反映、举报处理和回应机制，即对于涉嫌未进行公平竞争审查或者违反审查标准出台政策措施的行为，**任何单位和个人都可以向政策制定机关反映或者向政策制定机关的上级机关或本级及以上市场监管部门进行举报**，有关部门应当予以处理或由反垄断执法机构进行调查。

此外，11月25日出台的《国务院关于开展营商环境创新试点工作的意见》也强调优化营商环境要维护公平竞争秩序，“防止滥用行政权力通过划分企业等级、增设证明事项、设立项目库、注册、认证、认定等形式排除和限制竞争的行为”，并“加强和改进反垄断与反不正当竞争执法”。

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十四年，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。

联系我们

韩亮

反垄断业务合伙人

邮箱: michael.han@fangdalaw.com

斯古德 (Andrew Skudder)

反垄断业务合伙人

邮箱: andrew.skudder@fangdalaw.com

黄菁

反垄断业务合伙人

邮箱: caroline.huang@fangdalaw.com

王瑾

反垄断业务合伙人

邮箱: jin.wang@fangdalaw.com



荣誉与排名

竞争法/反垄断法 (中国律所): 第一等级

《钱伯斯大中华区法律指南》, 2022

GCR100中国律师事务所 - 精英

《全球竞争法评论》, 2022

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》, 2022

竞争法/反垄断法: 杰出律所

《亚洲法律名录》, 2022

年度竞争法/反垄断律师事务所

法律专业大奖, 地区奖项,

《亚洲法律名录》, 2021

年度卓越律所大奖: 竞争及反垄断

商法卓越律所大奖, 《商法》, 2021

年度反垄断申报案件大奖 - 亚太,

中东及非洲地区: 采埃孚/威伯科

《全球竞争法评论 (GCR)》大奖, 2021

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