

FANGDA PARTNERS
方達律師事務所



2022

中国竞争法年度回顾



目录

2022 年度反垄断立法事件

2022 年度数据

01	舵稳帆劲，开启中国反垄断新航程	01
02	提升违法成本，倡导合规制度建设	04
03	对竞争者之间协议的监管将更加严格	07
04	纵向垄断协议的监管，持续高压还是更加宽松？	13
05	滥用行为：延续往年执法重点，面临规则重大调整	17



06	并购审查规则持续优化，监管力量聚焦重点案件	22
07	芯片和半导体行业反垄断审查延续强监管	26
08	从事后执法到事前监督，数字经济迎来监管新章	30
09	各国提升国家安全审查力度，企业海外投资面临不确定性	34
10	反垄断司法裁判更加积极，风险与机遇一并提升	37

欢迎阅读方达《中国竞争法 2022 年度回顾》，我们衷心希望
通过我们对 2022 年中国竞争法的观察与思考为您未来商业筹
划提供帮助。



2022 年度反垄断立法事件

2022 年正式发布的反垄断法律

名称	正式发布日期	征求意见稿发布日期
《中华人民共和国反垄断法（修正案）》	2022 年 6 月 24 日	2021 年 10 月 23 日

2022 年公开征求意见的法律修订草案 / 反垄断规定草案 / 司法解释

名称	征求意见稿发布日期
法律修订草案	
《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》	2022 年 11 月 22 日
反垄断规定	
《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	2022 年 6 月 27 日
《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》	2022 年 6 月 27 日
《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）》	2022 年 6 月 27 日
《经营者集中审查规定（征求意见稿）》	2022 年 6 月 27 日
《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》	2022 年 6 月 27 日
《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》	2022 年 6 月 27 日
司法解释	
《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（公开征求意见稿）》	2022 年 11 月 18 日



2022 年度数据



773

国家市场监督管理总局批准的经营者集中案件数量



677

简易案件数量



91

无条件批准的普通案件数量



5

附条件批准案件数量



18天

简易案件平均审查周期



434天

附条件批准案件平均审查周期

25

国家市场监督管理总局公布的非并购类反垄断行政处罚案件总数

11

横向垄断协议案件数量

5

纵向垄断协议案件数量

10

滥用市场支配地位案件数量

32

未依法申报案件处罚决定数量

247天

未依法申报案件平均调查周期



4.52亿元人民币

本年度单件反垄断调查案件中的最高罚款总额

截至 2022 年 12 月 31 日

01 舵稳帆劲， 开启中国反垄断新航程

展望 2023

- 反垄断执法将不仅关注直接、明显的违法行为，2022 年一系列立法、执法、司法实践反映出中国反垄断监管体系日臻成熟，将以更加积极、独立的姿态来监管形式上更为复杂、表现更加隐蔽的违法行为，如轴辐卡特尔和反向支付协议。
- 随着反垄断趋向于常态化监管，企业也应将反垄断合规常态化于公司制度层面，推动反垄断合规工作的全链路、全场景落实，不断提高合规治理水平。



风急浪高之时,恰能凸显稳舵定向的重要性。2022 年,全球发展继续遭遇严重挫折,“中国号”经济巨轮船行中流。以新《反垄断法》实施为代表的一系列重磅法治事件,从顶层设计角度出发,为中国经济保驾护航。

岁序更新,中国反垄断呈现出不同以往的新气象——政策信号从“强化反垄断和防止资本无序扩张”更新为“依法规范和引导我国资本健康发展”,执法实践从 2021 年的紧锣密鼓到 2022 年的趋于常态化。最值得瞩目的是在立法层面,全面升级的反垄断法 2.0 制度体系已经整装待发,以此为帆,中国反垄断迎来新的“大航海时代”。

自 2019 年起,方达反垄断团队连续 4 年撰写和发布《中国竞争法年度回顾》,以我们的专业视角为企业在新的一年里开展商业活动提供合规方面的洞见。2022 年是中国反垄断厚积薄发之年,十四年的实践沉淀凝聚于新《反垄断法》之中,将为中国反垄断执法水平和监管效能的提升提供强大动能,也将为企业发展开创更加公平、透明、可预期性的竞争环境。我们邀您一起盘点以下 2022 年中国反垄断热点事件:

规则更新

2022 年最引人注目的反垄断热点事件无疑是新《反垄断法》的正式实施。对这部“经济宪法”的修法工作不是一蹴而就,从 2020 年起经过两次公开征求意见,《反垄断法》修正案于 2022 年 6 月 24 日最终敲定并于 8 月 1 日生效。新《反垄断法》沉淀与凝结了过去十四年来中国反垄断实践智慧,通过大幅提升处罚力度强化法律威慑,也进一步澄清了若干实体法律问题,包括进一步扩大横向垄断协议所规制的经营者范围,澄清转售价格维持的认定标准并引入安全港制度,在滥用市场支配地位方面反映平台经济特征等。

新《反垄断法》的落地预示着与之配套的一系列法律文件的更新也提上日程。2022 年 6 月,国家市场监督管理总局(“**市场监管总局**”)公布了六部相关配套规定的征求意见稿,在反映新《反垄断法》更新的同时,进一步明确了规则的具体适用,如就纵向垄断协议的安全港制度提出了具体的市场份额标准。截

至目前,配套规定仍处于征求意见阶段,预计将于 2023 年最终定稿。

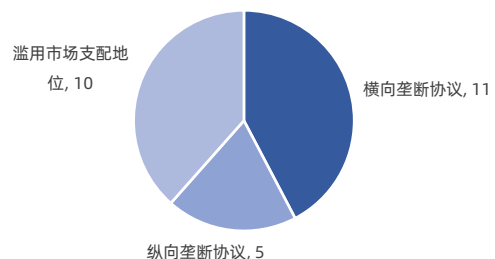
与此同时,2022 年 11 月,最高人民法院(“**最高院**”)公布了《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》(“**司法解释征求意见稿**”),在高度总结司法实践中法律适用经验的基础上对实体和程序规则进行重大更新,例如强调反向支付协议可能违反《反垄断法》并将其明确纳入司法规制,规定人民法院可以在非垄断纠纷案件的审理中主动发现反垄断问题并将相关线索移交反垄断执法机构等。

此外,《反不正当竞争法》作为《反垄断法》的重要补充,在 2022 年 11 月也迎来五年内的第三次修订。本次修订剑指数字经济领域,通过增加网络不正当竞争行为的类型全面覆盖影响公平竞争但却不为《反垄断法》所规制的“灰色地带”;此外,本次修订再次引入颇具争议的“相对优势地位”条款,可能与《反垄断法》下滥用市场支配地位条款存在竞合。

行政处罚

2022 年,反垄断执法机构共查办市场垄断案件 149 件,发布 25 起针对非并购类行为的处罚决定,其中 11 起案件涉及横向垄断协议,5 起案件涉及纵向垄断协议(均涉及转售价格维持)¹,10 起案件涉及滥用市场支配地位行为。

非并购类反垄断行政处罚案件 - 按类型计 (2022)

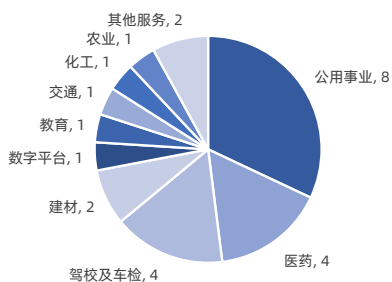


1. 有一起涉及轴辐协议的案件既涉及横向垄断协议问题,又涉及纵向垄断协议问题。

与近年来的监管重心保持一致，反垄断执法机构继续聚焦于“涉及国计民生的重要领域”。这些行业切实影响着普通民众的日常生活，特别是滥用市场支配地位行为高发的公用事业领域（例如本地自来水 / 天然气供应商的独家交易或捆绑行为），以及价格垄断问题频出的医药行业（例如药械企业的固定转售价格行为案件）。

2022 年年末，备受瞩目的针对在线学术期刊数据库知网 (cnki.net) 的反垄断调查终于“靴子落地”。市场监管总局在 2022 年 5 月对知网涉嫌实施滥用市场支配地位行为立案调查。经调查，市场监管总局认定知网滥用其市场支配地位实施了不公平高价和限定交易的垄断行为，责令其停止违法行为，并对其处以 2021 年度中国境内销售额 5% 的罚款，共计 8760 万元。在处罚决定下发当日，知网在其官网公布了“知网整改方案”，其中包含五个方面共 15 项整改措施。

非并购类反垄断行政处罚案件 - 按行业计 (2022)



从 2022 年所有反垄断行政执法案件统计情况来看，超过 90% 的执法对象为中国境内企业，使一度质疑“反垄断执法政治化，专门针对国外企业”的观点不攻自破。

2022 年，地方市场监管部门积极参与反垄断执法。除前述针对知网的滥用市场支配地位案件外，其他所有非并购类反垄断行政执法案件均由地方市场监管部门开展。

反垄断诉讼

2022 年，人民法院在反垄断司法领域展现出更加积极的态度。在全球知识产权治理规则的构建中，中国法院继续牢牢把握审理全球标准必要专利纠纷案件的

管辖权；在后继诉讼中，最高院认可了行政处罚决定在民事诉讼中的证明效力，从而支持原告全部诉讼请求的判决，打响了消费者在后继赔偿诉讼中胜诉的“第一枪”；在专利侵权诉讼和解中，最高院主动对于和解协议的反垄断违法性进行审查，并且拟通过新的司法规则引入向反垄断执法机构共享诉讼程序中发现的潜在违法线索的机制。

更加积极的司法审判对企业而言既是风险，也是机遇。而随着反垄断民事诉讼的程序和实体规则的不断完善，反垄断诉讼所带来的风险与机遇将随之一并提升。

并购审查

在并购审查方面，中国持续保持着重要话语权。2022 年，市场监管总局共审结 794 项并购交易，根据其公布的案件信息，768 件获得无条件批准，其中包括 677 件简易案件，91 件普通案件，5 项交易被附了限制条件后批准。审查时限上，简易案件审查从立案至批准平均用时约为两周（18 天），与往年耗时基本一致；复杂案件则面临严格的审查和较长的审查期限。

全球地缘政治的紧张局势将供应链安全问题推向顶峰。2022 年，地缘政治危机不断、中美贸易冲突升级，国内众多企业纷纷将目光投向以半导体 / 高科技领域为主的供应链韧性上。在反垄断层面，供应链安全问题成为涉及半导体和科技领域的投资并购交易审查中反复提及的顾虑。

此外，国家安全审查成为投资并购交易需要考虑的另一重要监管制度。过去一年里，中国监管机关在国家安全审查方面的执法更趋活跃，包括主动要求某些未申报的交易进行申报；同时，国家安全审查过程通常不公开、审查耗时较长并可能导致投资交易被施加限制性条件等问题，也将这一监管制度的重要性再次拔高。相应地，欧美等国家对中国影响力与日俱增的关注持续，国内投资者出海投资的过程中也应当留意相关司法辖区的类似监管障碍。

02 提升违法成本， 倡导合规制度建设

展望 2023

- 目前反垄断执法机构尚未公布任何在新《反垄断法》颁布后立案的案件的处罚决定，新法下企业违法的实际成本是否会有大幅提升，尚待观察。
- 然而在法定罚则大幅提升的威慑之下，更多企业选择了增加合规建设方面的投入，建立、完善、落实更有效的反垄断合规体系。特别是在企业高管未来可能需要对员工实施的垄断行为承担个人责任的前提下，反垄断合规建设在企业内部获得了更高的关注等级。而如何平衡反垄断合规与业务发展需求之间的矛盾，则成为了更为迫切的课题。



自 2008 年《反垄断法》施行的十余年来，理论界一直有声音表示，这部本该具有“核武器”一般威慑效果的法律，实际制裁措施不足、行为人违法成本不高。在新《反垄断法》施行后，这一质疑声音已成为过去式。新法大幅提升了对各项违法行为的处罚力度，极大强化了这部“经济宪法”的威慑力。

在罚款金额上，修订前的《反垄断法》对于违法经营者的罚款力度最高为其上一年度销售额的 10%，同时经营者可能被没收违法所得。新《反垄断法》在保留上述罚则的基础上增加了“加倍处罚”制度，对违法行为的罚款可能突破 10% 上限。需要说明的是，

在“上一年度销售额”的范围确定上，反垄断执法机构此前有在个案中根据经营者在上一年度在相关涉案地区就相关涉案产品的销售额计算罚款金额，但根据反垄断执法机构的近年执法实践，比较常见的情形是以集团层面中国境内销售额作为基础计算罚款金额，提高经营者违法成本。

新《反垄断法》大幅提升了各项违法行为的违法责任，包括提高罚款上限以及引入新的违法行为等。其中针对企业反垄断违法行为的罚款额度大幅增加，甚至出现指数级增长。具体总结请见下表：

《反垄断法》修订前后罚则的主要变化

反垄断违法行为	旧法规定	新《反垄断法》
违法行为		
达成垄断协议但尚未实施	最高达 50 万元人民币的罚款	最高达 300 万元人民币的罚款
经营者达成垄断协议，但上一年度没有销售额	无	最高达 500 万元人民币的罚款
行业协会组织达成垄断协议	最高达 50 万元人民币的罚款；撤销行业协会登记	最高达 300 万元人民币的罚款；撤销行业协会登记
组织达成垄断协议 / 为达成垄断协议提供帮助（即轴辐协议）	无	经营者最高面临上一年度销售额 10% 的罚款
对达成垄断协议负有个人责任的相关人员	无	最高达 100 万元人民币的罚款
阻碍调查		
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	最高达 100 万元人民币的罚款	经营者最高面临上一年度销售额 1% 的罚款；经营者上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，最高面临 500 万元人民币的罚款
阻碍调查的个人	最高达 10 万元人民币的罚款	最高达 50 万元人民币的罚款
经营者集中		
未依法申报，包括未申报以及在审批前实施交易	最高达 50 万元人民币的罚款	不具有排除、限制竞争效果的，最高达 500 万元人民币的罚款 具有排除、限制竞争效果的，相关经营者最高面临上一会计年度销售额 10% 的罚款
申报中提供虚假材料、隐匿证据	相关经营者最高面临 20 万元人民币的罚款	相关经营者最高面临上一会计年度销售额 1% 的罚款
	相关责任人最高面临 10 万元人民币的罚款	相关责任人最高面临 50 万元人民币的罚款

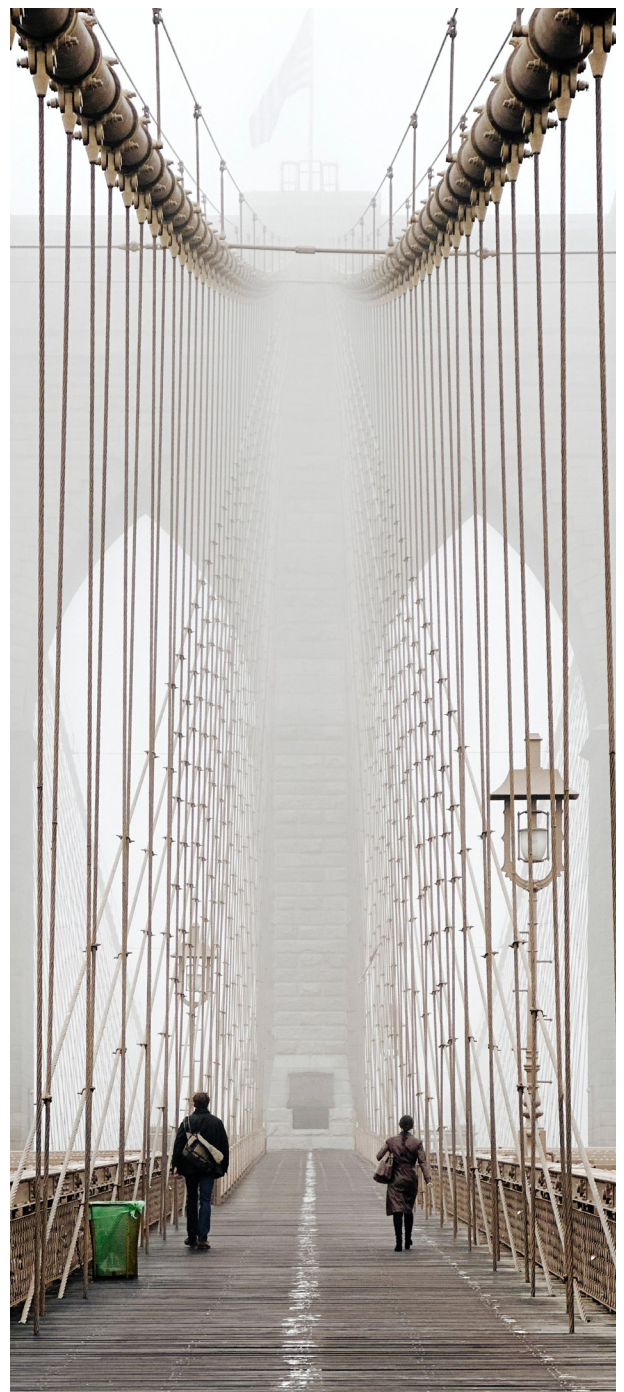
新《反垄断法》对罚则更新的主要亮点如下：

- **大幅提高罚款上限：**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，最高罚款可以达到正常罚款水平的 2-5 倍，也即对垄断行为的罚款最高可达上一年度销售额的 50%；
- **加大对个人的处罚力度：**尽管横向垄断协议和转售价格维持行为的推动者通常为个人，但在新《反垄断法》生效前，个人并不承担违法责任。新《反垄断法》规定，对达成垄断协议负有个人责任的相关人员最高将处以 100 万元人民币的罚款，处罚对象涵盖法定代表人、主要负责人和直接负责人员，企业高管在反垄断法下的个人责任加重；
- **大幅提高对未依法申报行为的处罚：**根据旧法，对未依法申报案件的最高罚款金额仅为 50 万元人民币，被学界诟病威慑力度不足，导致大量应报未报案件频出。新《反垄断法》大幅提高了对未依法申报行为的罚款力度；
- **加大了对经营者和个人阻碍调查行为的处罚力度：**新《反垄断法》提高了对企业和个人阻碍调查行为的罚款力度，将对企业和个人阻碍调查的罚款上限分别从 100 万元人民币和 10 万元人民币提高至上一年度销售额的 1% 和 50 万元人民币；
- **违反《反垄断法》可能被追究刑事责任：**新《反垄断法》第 57 条规定，违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。而在新法生效前，旧法仅就妨碍调查行为规定了刑事责任。至于刑事责任是否适用以及适用于哪些垄断行为，预计将在未来的刑法修正案中有所呼应。

除经济性处罚外，经营者因违反《反垄断法》而受到的行政处罚将被记入信用记录，在市场监管总局管理的专门网站等向社会公示。经营者的不良信用记录可能会影响其日后经营活动，包括融资、政府采购招投标、许可证照申请等。

自新《反垄断法》颁布施行至 2022 年底，还没有一起公开的案例明确适用了更高的罚则，但是从日常法律咨询案件的情况中，可以看到企业反垄断合规的意识有了大幅提升，更多企业开始关注反垄断合规并建

立反垄断合规制度。而一个更直观的证据是，2021 年《反垄断法》修订草案公布后，经营者集中申报的案件数量相比 2020 年提升了接近一倍，结案数量从 2020 年的 459 个增长至 2021 年的 705 个和 2022 年的 794 个。



03 对竞争者之间协议的 监管将更加严格

展望 2023

横向垄断协议是《反垄断法》下对市场竞争破坏性最大的垄断行为，也是未来垄断行为入刑的优先候选项，2023 年反垄断执法对于横向垄断协议的关注度将继续保持高位。在查处传统横向垄断协议之外，反垄断执法机构可能会对轴辐协议、破坏竞争的专利和解协议以及合资企业股东协同行为等新的违法行为类型给予更多关注。因此，企业在与竞争者进行各种类型的商业合作时，都应当更加关注合作是否超出必要限度，防范潜在的垄断风险。

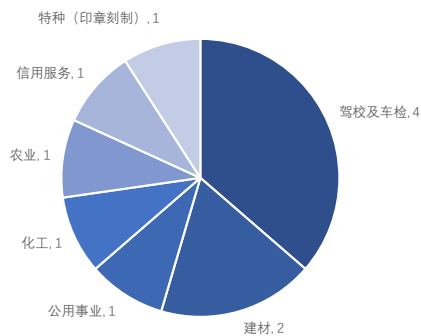


作为《反垄断法》下最严重的违法行为，固定价格的横向垄断协议仍然是 2022 年的执法重心。2022 年，法院与反垄断执法机构通过规则更新与案例实践开始更积极地审查竞争者之间常规商业往来和争议解决中潜藏的横向垄断协议风险，例如专利侵权纠纷和解协议如果具有排除、限制竞争的效果，超过必要限度仍然可能被判定无效。此外，横向垄断协议呈现参与主体更多元、法律关系更复杂的特点，已生效的新《反垄断法》对轴辐协议更能有的放矢。

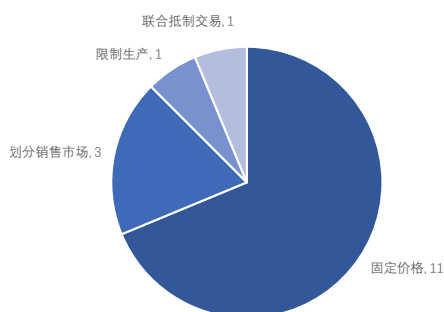
1. 横向价格卡特尔仍属于执法重点

固定价格的横向垄断协议是《反垄断法》下最严重的违法行为，近年来，反垄断执法机构对竞争者之间通过固定价格形式达成横向垄断协议的关注度居高不下。2022 年，这一趋势在已公布的 11 起涉及多个行业和领域的横向垄断协议案件中依然凸显。

横向垄断协议案件 - 按行业计 (2022)



横向垄断协议案件 - 按类型计 (2022)

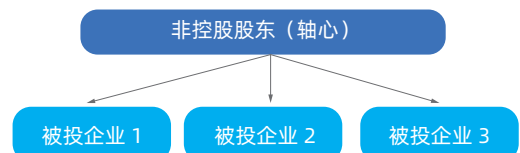
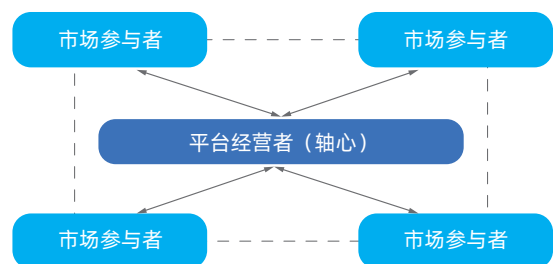
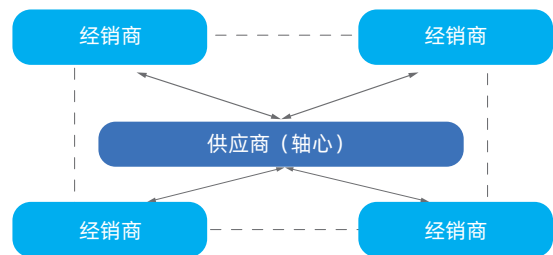


地方执法机构在横向垄断协议案件中大有作为。2022 年，已公布的 11 起处罚决定均由地方执法机构作出；涉案主体均为境内行业协会或经营者，不涉及外企或外企的在华分支，罚款幅度为其上一年度境内销售额 1%-5% 不等；在 2022 年公布的所有 11 起案件中，仅在 1 起案件中涉案主体被同时处以没收非法所得的处罚。

2. 轴辐协议正式纳入竞争监管规则，填补立法空白

轴辐协议在具体语境中又指“组织帮助型卡特尔”，在新《反垄断法》下，经营者即便不直接参与达成横向垄断协议，但“通过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”，仍然构成违法。

轴辐协议的典型场景



轴辐协议的违法性在域外各主要司法辖区已成为共识。在我国，新《反垄断法》颁布之前，旧法仅规定了行业协会不得组织经营者达成垄断协议，并未明确其他市场主体组织达成垄断协议以及为其他经营者达成横向垄断协议“提供实质性帮助”，是否违法以及应当承担何种法律责任。在以往的实践中，如果非行业协会的市场主体组织达成横向垄断协议或者为达成横向垄断协议提供实质性帮助，相关行为往往被拆解成“纵向垄断协议+横向垄断协议”进行认定，即（1）上游经营者对经销商施加限制转售价格行为，及（2）经销商之间达成横向卡特尔。这种认定方式实为立法缺漏下的“无奈之举”，并且由于我国对于非价格类的纵向限制监管相对审慎，轴辐协议在非价格类的协议行为中的适用场景非常有限，而新《反垄断法》的出台以及一系列配套执法规则和司法规则的更新有望大大改善这一监管困境。在 2022 年公布的处罚案件中，共有 4 起案件由行业协会牵头组织或实质帮助协会成员达成垄断协议而遭到处罚，占整体横向垄断协议案件数量的三成以上，印证了新《反垄断法》规则调整的必要性。

新《反垄断法》明确禁止达成上述类型的轴辐协议，除行业协会外，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，适用垄断协议的一般处罚标准，最高处以年度销售额 10% 的罚款。此外，轴辐协议与一般垄断协议一样都将引入个人责任，组织或实质性帮助达成垄断协议的经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员可处以 100 万元以下的罚款，在规则层面对轴辐协议行为形成有效遏制。

在新《反垄断法》下，在商业场景上联结多方主体的经营者（包括供应商、数字平台、特许经营许可方、投资于同一赛道多个目标公司的投资者）都需要更加谨慎，不仅应当避免组织其他经营者达成垄断协议，还应当做好必要的信息隔离机制，避免为其他经营者交换竞争性敏感信息提供实质性帮助，从而招致垄断协议风险。

案件回顾：民用爆破器材行业协会组织会员企业达成垄断协议案

2022 年 12 月，浙江省市场监督管理局对参与达成垄断协议的三家民用爆破器材制造商、三家制造商共同的独家经销商和一家行业协会作出处罚。自 2014 年底以来，中国不再限制民用爆破器材的出厂价格，而该行业协会被发现在 2015 年至 2019 年间通过会议组织制造商和经销商固定民用爆破器材价格，并协调生产数量和销售数量。涉案的多家企业还被发现联合抵制一家没有按照该行业协会指示行事的企业。

由于本案违法行为主要发生于新法出台前，执法机构沿用旧法规定从“横向垄断协议+纵向垄断协议+行业协会提供帮助”的路径对案件作出认定和处罚。在新《反垄断法》下，执法机构可能将本案涉及行为认定为轴辐协议，即在行业协会的实质性帮助下，三家制造商通过同一家独家经销商达成固定产品供货价格的安排。

在本案中，三家制造商和三家制造商共同的独家经销商分别被处以其 2020 年销售额 2% 的罚款，涉案的独家经销商被没收违法所得。针对本案中的行业协会，浙江省市场监督管理局适用旧法对其处以 40 万元人民币的罚款（在旧法下最高罚款金额为 50 万元人民币）。

3. 专利侵权和解协议超过必要限度可能被认定为横向垄断协议

调解结案在涉及知识产权侵权纠纷案件中是一种常见的结案形式。在经历漫长并且成本较高的诉讼过程后，案件当事人通过和解协议迎来“停火”对双方都是一件好事。但是，和解协议同样可能因为超过对知识产权保护的必要限度而无效，甚至触发《反垄断法》下的违法责任。

2022 年，最高院在“上海华明电力设备制造有限公司（“**华明**”）诉武汉泰普变压器开关有限公司（“**泰普**”）横向垄断协议纠纷”二审判决中认定，当事人之间因专利侵权纠纷订立的《调解协议》因构成横向垄断协议，违反《反垄断法》强制性规定，协议被认定无效。



案件回顾：华明诉泰普横向垄断协议纠纷

在本案中，华明与泰普均为变压器开关产品的经营者。

2008 年，泰普获得了生产一种无励磁分接开关的专利权。2013 年，泰普发现华明生产某种无励磁分接开关产品，泰普经调查比对，认为该产品技术特征侵犯其专利权。双方在 2016 年就涉及无励磁分接变压器开关产品的专利侵权纠纷达成《调解协议》。根据《调解协议》：（1）华明仅能生产特定种类的无励磁分接开关，对其他种类的无励磁分接开关只能通过泰普销售给下游客户；（2）华明作为泰普在海外市场的产品销售代理，同意不向境外销售同类产品；（3）华明无励磁分接开关的销售价格应与泰普的供货价格一致。

华明以《调解协议》有效性存在异议向武汉市中级法院提起反垄断诉讼，一审法院以“《调解协议》是为避免专利侵权纠纷再次发生而订立，不具有垄断属性”为由驳回华明的全部诉讼请求。

华明后上诉至最高院，在二审诉讼中，最高院撤销了一审判决，确认《调解协议》构成横向垄断协议，该《调解协议》无效。最高院认为，本案中《调解协议》以保护专利权作为掩护，追求分割销售市场、限制商品生产和销售数量、固定价格的效果，已超出专利侵权纠纷和专利保护的范畴，属于滥用专利权，构成排除、限制竞争的行为，违反了反垄断法的规定。法院进一步指出，反垄断法关于禁止垄断行为的规定原则上应当属于效力性强制性规定，因此调解协议由于违反强制性规定，应认定为无效。

值得注意的是，尽管泰普辩称双方委托生产开关本体，是上下游的交易关系，但最高院认定，华明和泰普都向变压器生产厂商提供变压器开关产品，因此具有《反垄断法》意义上的竞争关系。可见对于竞争关系的认定，更多考虑实质的行业状况而非形式上的合同关系。

2022 年，最高院公布的司法解释征求意见稿将在医药行业中广泛存在的反向支付协议（reverse payment agreements，或 pay-for-delay agreements）纳入横向垄断协议的规制框架。反向支付协议是一类主要用于解决药品专利侵权诉讼（包括实际或潜在的诉讼）的协议。专利权利人通过向仿制药制造商支付一定费用，以在一段时间内阻止仿制药制造商对其专利的有效性提出质疑，或延缓仿制药制造商进入市场（例如，不销售仿制药）。最高院认为，如果原研药权利人约定向仿制药制造商支付的补偿金额过高，则可以推定协议构成横向垄断协议²。

在实践层面，在 2022 年 1 月审结的“阿斯利康有限公司诉江苏奥赛康药业有限公司侵害发明专利权纠纷案”中，尽管双方当事人在诉讼过程中均未提出任何反垄断主张，但最高院仍然依职权对当事方之间的反向支付协议进行了反垄断法下的审查。考虑到 2021 年中国引入药品专利链接制度，未来原研药和仿制药企业之间的专利侵权纠纷及和解安排将进一步增加。在此背景下，预计未来对专利侵权和解协议的反垄断司法与行政审查也将进一步加强。

案例回顾：阿斯利康有限公司诉江苏奥赛康药业有限公司侵害发明专利权纠纷

2021 年 12 月，最高院审理了阿斯利康有限公司（“**阿斯利康**”）提起的一起专利侵权纠纷上诉案。该判决于 2022 年公布。该上诉案的争议事项关系到活性成分沙格列汀的专利。沙格列汀专利原为 Bristol-Myers Squibb Company（“**BMS 公司**”）所有，2014 年，阿斯利康（本案原告）从 BMS 公司处受让获得该专利权。此前在 2011 年，江苏威凯尔医药科技有限公司（“**Vcare 公司**”）曾就该专利提出无效宣告请求。后 BMS 公司和 Vcare 公司签订《和解协议》，BMS 公司及继受专利权人（即本案中的阿斯利康）承诺不追究 Vcare 公司及其关联方在 2016 年 1 月 1 日后实施该

专利的行为。之后，Vcare 公司与江苏奥赛康药业有限公司（“**奥赛康**”）签订合作协议，由奥赛康在 2016 年后生产和销售沙格列汀片。同时，BMS 公司于 2014 年将沙格列汀专利转让给阿斯利康。2019 年，奥赛康获准生产沙格列汀片后，阿斯利康立即对奥赛康提起了专利侵权诉讼，诉称奥赛康不是 Vcare 公司的关联方，应被禁止实施该专利、生产、销售沙格列汀。一审法院认为，奥赛康是 Vcare 公司的关联方，根据《和解协议》规定，奥赛康有权生产和销售沙格列汀。阿斯利康向最高院提起了上诉，但后以其与奥赛康之间已经达成和解为由申请撤回上诉。在审查撤回上诉申请的过程中，最高院认为 BMS 公司与 Vcare 公司于 2012 年签订的《和解协议》具有“药品专利反向支付协议”的外观，主动对“《和解协议》是否违反《反垄断法》”进行审查，尽管双方在整个诉讼过程中均未提出反垄断相关主张。

最高院指出，如果以具有“反向支付协议”外观的《和解协议》撤回上诉，法院应当审查该《和解协议》是否构成反垄断侵权行为。本案中，由于涉案专利保护期已经届满，市场进入的知识产权障碍已不复存在，最高院最终并未对该《和解协议》可能产生的反竞争效果进行实质审查，但这是最高院首次表示，人民法院将在未来对反向支付协议是否违反《反垄断法》进行审查。最高院在判决中概述了评估反向支付协议是否具有垄断违法性的判断要素。

4. 关注合营企业的溢出效应

2022 年，市场监管总局附条件批准了上海机场（集团）有限公司（“**上海机场**”）与东方航空物流股份有限公司（“**东航物流**”）新设合营企业案（“**上海机场 / 东航物流案**”）。在该案的审查决定中，市场监管总局认为，在同一市场上开展业务的合营双方与合营

2. 《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（公开征求意见稿）》第二十三条。

企业之间的潜在协调行为具有排除、限制竞争的效果。

上海机场 / 东航物流案并非反垄断执法机构首次针对新设合营企业的交易施加限制性条件。例如，在 2014 年的科力远 / 丰田 / PEVE 案中，执法机构曾考察了竞争者之间设立合营企业可能导致的合营各方之间竞争减弱的效应，但最终附加的条件仍然着重于减轻纵向关系带来的封锁效应；而在 2019 年的浙江花园 / 皇家帝斯曼案中，市场监管总局专门考察了合营企业在具有竞争关系的合营双方之间导致的溢出效应，并就此施加了限制性条件。在今天的上海机场 / 东航物流案中，市场监管总局对合营企业的溢出效应进行了更深入的分析。尽管本案不涉及对已实施的垄断行为的处罚，但案件中对于评估溢出效应的考量因素、救济方案中提出的防火墙等排除反竞争效果的具体措施，为企业在与竞争者设立合营企业的场景下如何管控溢出效应风险提供了有益参考。



案件回顾：附条件批准上海机场 / 东航物流案

上海机场与东航物流计划设立一家合营企业，在上海浦东机场（“浦东机场”）提供智能机场货站服务。2021 年 10 月，该案件向市场监管总局进行经营者集中申报。

2022 年 9 月，市场监管总局发布附条件批准决定。在决定中，市场监管总局认为该交易对浦东机场货站服务市场、以浦东机场为出发地或目的地的国际 / 国内航空货运服务市场具有或可能具有排除、限制竞争效果。市场监管总局发现，合营企业的设立可能产生“溢出效应”，即合营企业母公司可能在合营企业的经营范围之外进行协调：合营企业可能削弱上海机场和东航物流在浦东机场货站服务市场上的紧密竞争关系，考虑到两家母公司的合计市场份额超过 70%，其他竞争者难以提供有效竞争约束。

为解决上述担忧，市场监管总局对该交易附加了一系列限制性条件，包括（i）上海机场与东航物流在浦东机场的货站业务应保持独立，并在浦东机场货站服务市场上独立开展公平竞争；（ii）上海机场、东航物流与合营企业应独立运营；以及（iii）上海机场、东航物流与合营企业不得交换任何竞争性敏感信息。

除横向竞争问题外，市场监管总局还认为，由于货站服务和东航物流的最终控制人东航集团从事的航空货运服务是上下游关系，本案将产生纵向封锁效应问题，因此对交易附加了避免歧视性待遇及保持与第三方现有合作的限制性条件。

04 纵向垄断协议的监管， 持续高压还是更加宽松？

展望 2023

2022 年的新规似乎为纵向垄断协议提供了更多的抗辩空间，然而规则的细化是意味着对于纵向价格维持行为的监管将一定程度上放松，还是意味着对于非价格纵向垄断协议将逐步开启审慎执法？对于纵向垄断行为，未来将持续高压执法的态势还是提供更为宽松的监管环境，尚待进一步的观察。



经销商是生产与流通环节的重要连接，布局庞大经销体系的企业对经销商在价格、渠道等方面的不当管控可能触发垄断红线。2022 年，反垄断执法机构共公布 5 起纵向垄断协议案件，均涉及管控经销商转售价格的行为，执法力度没有明显下降。

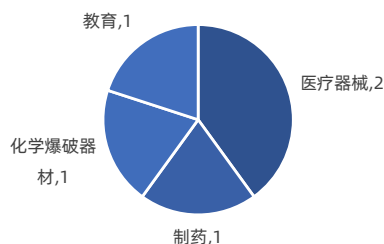
然而在立法层面，有多项新规似乎试图提升认定转售价格维持行为违法的证明标准。新《反垄断法》明确了如果经营者能够证明协议不具有排除、限制竞争效果，则不予禁止，并且引入在国际通行的“安全港”规则，给予企业更多的抗辩空间；另一方面，正在制定的司法解释则首次提出“代理关系”可不适用纵向垄断协议的规制。

1. 执法趋势与热点回顾

2022 年，反垄断执法机构共公布 5 起纵向垄断协议案件，均涉及管控经销商转售价格的行为。2022 年的执法中，仍然没有认定单纯的纵向非价格限制（如限制经销商的销售区域或客户）构成垄断行为，仍然将其作为实现转售价格维持的加强手段，法律、行政法规及部门规章层级以上的法律文件，也仍然采取较为保守的态度，没有规定纵向非价格限制构成垄断行为。但包括《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台经济反垄断指南》”）在内的规范性文件中，反复讨论了限制销售渠道、最惠国待遇本身可能构成“其他纵向垄断协议”。

经销模式被充分应用于汽车、医药、消费品等多个行业。在 2022 年已公布的 5 起执法案件中，有 3 起直接指向药械企业（其中 2 起案件涉及医疗器械，1 起案件涉及制药）。在新冠疫情下，医药行业的价格问题关系广大人民的切身利益，成为反垄断执法机构的重点打击对象。

2022 年转售价格维持案件涉及的行业领域



在上述案件中，反垄断执法机构对涉案企业分别处以年销售额 2%-3% 不等的罚款，对比横向垄断协议与滥用市场支配地位行为而言，处罚力度相对较轻。自 2008 年以来，反垄断执法机构仅在一起涉及纵向垄断协议的案件中适用了“没收违法所得”的处罚形式，原因可能在于转售价格维持行为中获得的违法收益难以准确计算。

在对海南伊顺药业有限公司（“伊顺”）的处罚中，反垄断执法机构认定了转售价格维持协议尚未实施。在过去的执法实践中，尽管也有许多企业试图抗辩其转售价格维持的协议未实际实施，但反垄断执法机构极少接受此类抗辩。

案件回顾：伊顺纵向垄断协议案

2022 年 6 月，海南省市场监督管理局对药品生产商伊顺的转售价格维持行为进行了处罚。根据举报线索，海南省市场监督管理局于 2020 年 8 月启动了对该案件的调查。根据调查，2019-2020 年，伊顺涉嫌与 40 家经销商达成协议，固定消炎滴丸产品的最低转售价格。在协议中，伊顺还规定了对指定区域以外销售或挂网销售的经销商进行处罚的条款。

反垄断执法机构认定协议尚未实施的主要原因可能在于，由于国家在新冠疫情期间对于涉案药品的最高转售价格有强制性规定，而国家强制规定的最高价格可能低于伊顺与经销商约定的最低转售价格，因此没有经销商可以实际执行伊顺的规定。

耐人寻味的是，反垄断执法机构在处罚决定中指出，相关协议排除、限制了经销商之间的价格竞争，又削弱了品牌间的竞争，但尚未实施的协议如何产生排除、限制竞争影响？处罚决定并未给出进一步的解释。

在另一起值得关注的案件中，反垄断执法机构首次明确了特许经营管理模式并不能豁免转售价格维持行为的违法性。学术界对特许经营模式下被特许人（加盟商）与特许人之间的关系存在不同声音，认为特许人与加盟商之间的关系应区别于纵向垄断协议中的供应商与经销商之间的关系，因为特许人需要向加盟商投入大量资源，特许人规范加盟商的价格具有合理性。然而，反垄断执法机构在处罚决定中指出，特许经营模式不一定适用于《反垄断法》的豁免情形，其正当性抗辩也需要个案评估。

案件回顾：芝麻街英语特许经营管理转售价格维持案

2022 年 7 月，北京市市场监督管理局对北京凯瑞联盟教育科技有限公司（“凯瑞”）实施转售价格维持的行为进行了处罚。

凯瑞是语言学习品牌“芝麻街英语”在中国的被许可人，从事校外儿童英语培训特许经营活动。反垄断执法机构发现，凯瑞主要通过加盟商销售其英语培训课程，并认为凯瑞与其加盟商之间存在特许经营关系。反垄断执法机构进一步发现，2014 年至 2021 年，凯瑞与加盟商通过签署合作协议、发布定价方案、要求加盟商汇报价格等方式规范加盟商的课程价格。加盟商在调整价格前需要征得凯瑞的同意。同时，一些加盟商因违反凯瑞的价格条款而受到凯瑞的惩罚。

在评估本案产生的排除、限制竞争效果时，反垄断执法机构指出，特许经营模式不必然构成转售价格维持行为的豁免情形，并认为凯瑞未能提供证据证明标准化定价是维持其经营模式以及品牌一致性的必要因素。因此，反垄断执法机构认为凯瑞实施的转售价格维持行为限制了加盟商之间的品牌内竞争和与其他品牌英语学习提供商之间的竞争，并对凯瑞处以了其 2020 年度销售额 3% 的罚款，计 94.2 万元人民币。

2. 制度层面推动司法和行政认定路径协调统一

在新《反垄断法》实施前，司法与执法实践在对转售价格维持认定路径存在分歧：执法实践倾向于严格的认定标准，除非适用豁免情形，否则原则上予以禁止；司法实践倾向于通过证明排除、限制竞争效果来分析转售价格维持。新《反垄断法》对于法律明确列举的转售价格维持实行推定违法和例外豁免，要求经营者就协议不具有排除、限制竞争效果进行举证从而主张豁免。该规定一方面延续了反垄断执法机构的“原则禁止”原则，同时又给企业在个案中进行抗辩留出了空间。

这一规则更新在制度层面肯定了转售价格维持同样可能具有积极影响，理论上，企业可以通过充分证明转售价格维持行为不会产生排除、限制竞争的效果证明行为不违法，但在实践中，由于证明标准不明，可能导致证明难度较大。最高院在司法解释征求意见稿中提出了认定转售价格维持行为具有排除、限制竞争效果的因素：（1）实施转售价格维持行为的一方在相关市场具有显著的市场力量；（2）有利竞争效果不足以超过不利竞争效果。但在反垄断执法机构的行政执法中企业是否可以成功提出效果抗辩，仍然有待实践进一步考察。

3. 进一步明确纵向垄断协议的豁免情形

（1）“安全港”规则

新《反垄断法》规定了适用于纵向价格垄断协议的“安全港”规则，规定经营者符合国务院反垄断执法机构规定的市场份额标准及其他条件的，法律不予禁止。

在新《反垄断法》出台前，涉及汽车和知识产权的配套相关指南《关于汽车业的反垄断指南》（“《汽车业反垄断指南》”）和《关于知识产权领域的反垄断指南》（“《知识产权反垄断指南》”）中就已提出“安全港”规则。但此前指南中提出的“安全港”规则，仅适用于非核心的违法行为，也就是将转售价格维持排除于适用范围之外。而新《反垄断法》并未将转售价格维持排除于适用范围之外。

在市场监管总局随后公布的《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》中规定，上游经营者和下游经营者在相

关市场的市场份额标准均应低于 15%。值得注意的是，该标准低于欧盟 30% 的市场份额标准，也低于中国现行的《汽车业反垄断指南》和《知识产权反垄断指南》中规定的市场份额标准。

各类反垄断规定和指南中的“安全港”规则

法规制度	市场份额标准	行为范围
《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	上游经营者和下游经营者在相关市场的市场份额标准均应低于 15%	所有纵向垄断行为
《汽车业反垄断指南》	设置纵向限制的经营者在任何相关市场的市场份额不超过 30%	汽车业经营者特定非价格纵向地域限制和客户限制
《知识产权反垄断指南》	经营者与交易相对人在任何相关市场的市场份额不超过 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。	知识产权领域非价格纵向垄断行为

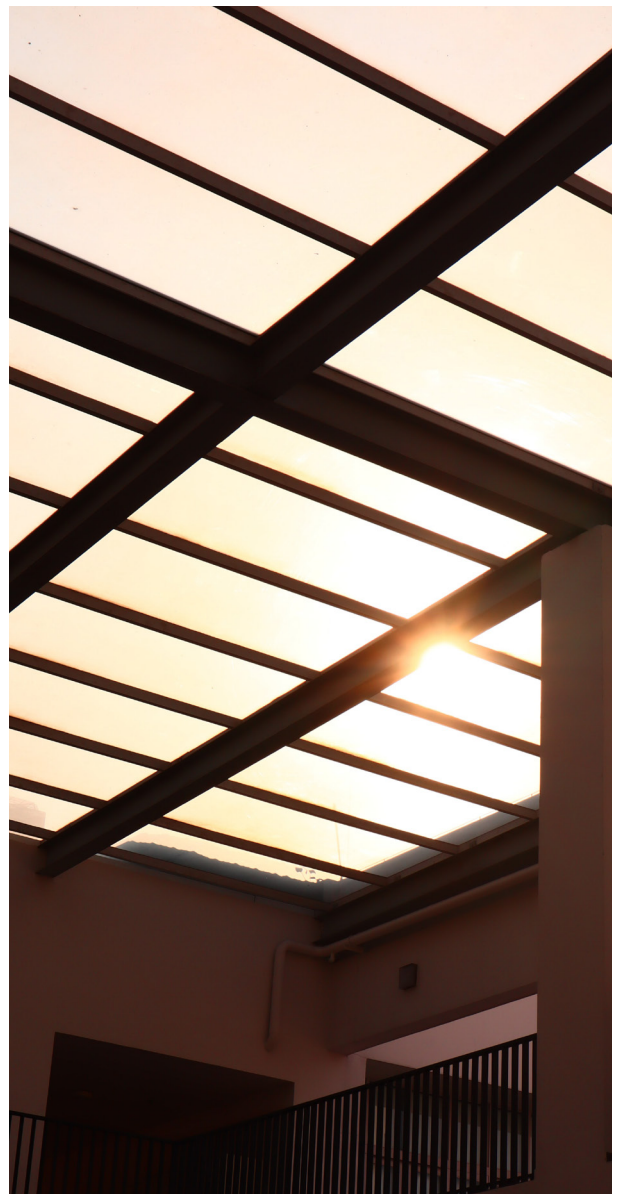
(2) 代理关系可以适用豁免

2022 年，最高院在司法解释征求意见稿中首次从司法解释层面规定了纵向垄断协议中的代理例外规则，明确经营者与其代理人之间签订的、代理人不承担任何实质性商业或者经营风险的相关协议不构成纵向垄断协议。其含义是，如果转售商可以被认定为代理人（而非独立经销商），则委托人对代理人施加纵向限制（包括维持转售价格）可能不会被认定为违反《反垄断法》。实际上，其他司法辖区的反垄断法及相关判例中也均存在代理关系不适用垄断协议规定的例外规则。

尽管如此，最高院仅列出了原则性规定，未明确可将转售商认定为代理人的具体标准。在 2020 年发布的《汽车业反垄断指南》中，规定了“中间商”转售价格限定可以在个案中豁免，“中间商”严格意义上并不属于《民法典》项下的“代理人”定义，而是指在汽车制造商与其客户之间的直接交易中仅提供有限后勤协助（交车、收款、开票等交易环节）的转售商。最高院关于真正代理人适用豁免的规定能否涵盖《汽车业反垄断指南》认定的“中间商”？该豁免规定能否适用于除汽车业以外的其他行业？这些都有待立法和实践进一步澄清。

(3) 细化豁免理由，解释“研发新产品”适用豁免的场景

针对纵向垄断协议的豁免情形之一“研发新产品”，执法与司法规则都进行了更进一步的解释：《汽车业反垄断指南》中规定在推广期（不超过 9 个月）内对新能源汽车的转售价格限制可以被豁免；最高院在司法解释征求意见稿中拓宽了研发新产品的适用领域，规定为激励交易相对人推广新产品，固定转售价格行为限于一段合理期限，可以不受《反垄断法》禁止的限制，但“合理期限”有待未来司法解释落地或实践案例予以明晰。



05 滥用行为：延续往年执法重点， 面临规则重大调整

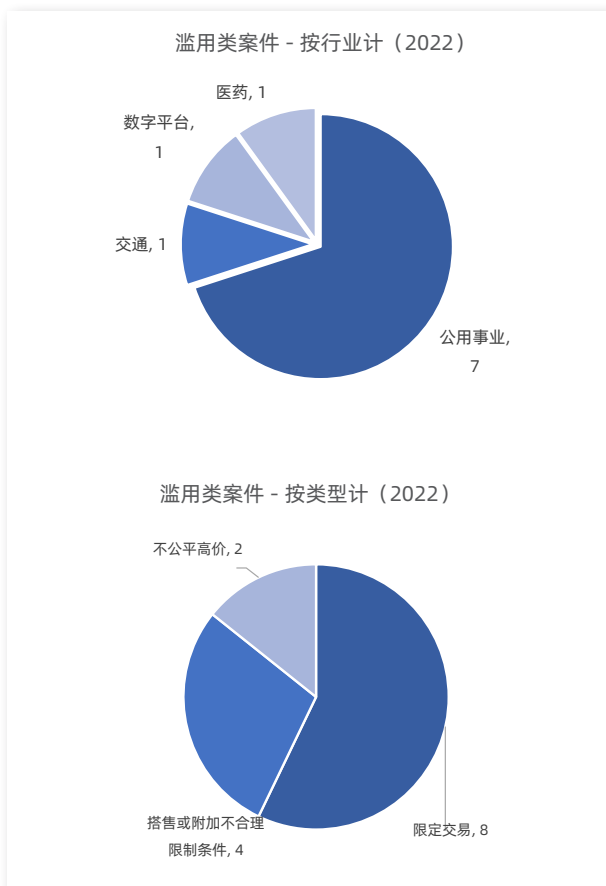
展望 2023

由于公共事业部门天然的垄断属性，未来一年对于公共事业部门企业滥用行为预期仍然是执法重点。公共事业、平台行业、医药行业等一些具有公益性质行业的企业，在提高利润和提升竞争力的战略选择上，应当避免仅从商业发展角度出发考虑问题，不顾合规风险，大幅提高产品价格、通过独家等方式构筑企业“护城河”，从而招致反垄断调查和处罚。具有潜在市场支配地位的企业应当将反垄断合规评估纳入商业选择的考量因素之一，把控反垄断风险。此外，2023 年滥用行为的规则层面将面临的重大调整，具有一定市场力量的企业需要特别关注法规动态，及时校准内部合规的标尺。



2022 年，涉及民生、数字平台等关键领域的滥用市场支配地位执法活动热度不减。在立法方面，尽管新《反垄断法》并未对滥用市场支配地位行为的实体规则展开大修，但市场监管总局和最高院均旨在通过对一系列配套法律规则的更新来回应实践中出现的新问题，特别是针对数字平台的“游戏规则”或将更具有可预期性。

同属竞争监管法律体系下的《反不正当竞争法》在 2022 年 11 月迎来五年内的第三次修订（“《反不正当竞争法（修订草案）》”），颇具争议的“相对优势地位”条款可能被再次纳入，与《反垄断法》下滥用市场支配地位行为存在竞合。“相对优势地位”的认定可能具有很大不确定性，不排除导致《反不正当竞争法》成为执法机构绕过《反垄断法》进行过度监管的工具。未来，市场监管部门或将从避免双重监管的角度重新评估该条款纳入《反不正当竞争法》的必要性。



1. 执法趋势与热点回顾

近年来，反垄断执法机构对关系国计民生领域的滥用行为保持高度关注并展开重点执法。2022 年，在已公布的 10 起滥用类处罚中有 7 起涉及公用事业领域，其余 3 起分别涉及医药³、交通和学术数字平台；地方执法机构在滥用类案件的执法活动中继续发挥积极作用，9 起案件由地方执法机构办理，1 起案件由市场监管总局办理；从类型来看，限定交易是 2022 年主要的滥用行为类型。

在上述案件中，反垄断执法机构对涉案企业分别处以年销售额 2%-5% 不等的罚款；在其中的 7 起案件中，反垄断执法机构还适用了“没收违法所得”的处罚。

(i) 公用事业垄断风险高位徘徊

公用事业领域由于“天然垄断”属性，滥用行为频发，成为近年来垄断案件的“重灾区”。2022 年，地方上涉及天然气供应和供水服务等相关的公用事业型企业遭到反垄断处罚。资源型公用事业的辐射范围有限，一个地区的用户在接受服务时受到明显的地域限制，因此案件中相关地域市场往往界定较窄。在处罚决定中，这些企业通常被认定在一个区域性市场（如某地区的供水、供气服务）中拥有 100% 的市场份额。

从行为类型来看，与近几年公用事业涉及的滥用行为一致，2022 年公用事业型企业被处罚的滥用行为包括对客户施加排他性要求或其他不合理限制条件、强制搭售 / 捆绑产品或服务。

(ii) 知网因从事不公平高价、限定交易行为被罚

2022 年年末，在历经 7 个月的调查后，中国知网（www.cnki.net）涉嫌滥用市场支配地位案终于“靴子落地”，知网因涉嫌实施不公平高价、限定交易行为遭到市场监管总局的处罚。该案件源于 2021 年某知名教授因署名文章被知网擅自收录而起诉知网侵权一案，知网在案件败诉后下架了该教授全部文章并“霸道”表示不再收录。后随舆情发酵，多起涉及知网向高校和科研机构收取高昂订购费、侵犯学者知识产权

3. 即辽宁省市场监督管理局对东北制药以不公平高价销售左卡尼汀原料药的滥用市场支配地位行为进行的处罚。截止本报告时，该处罚决定尚未正式公布。东北制药于 2022 年 12 月在上市公司公告中披露该信息。

的案件接连曝出。2022 年 5 月 13 日，市场监管总局发布公告，表示对知网涉嫌实施垄断行为正式立案调查。

案件回顾：知网因滥用市场支配地位行为被罚

2022 年 12 月，市场监管总局公布对知网涉嫌滥用市场支配地位行为的处罚决定。

在市场支配地位方面，处罚决定分别根据服务收入和文献下载量两项指标认定知网在 2014-2021 年“中国境内中文学术文献网络数据库服务市场”长期保持 50% 以上的市场份额。除市场份额因素外，处罚决定还分析了知网在市场集中度、市场控制能力、财力和技术条件、用户对知网的依赖程度、市场进入难度以及知网关联市场的布局等方面的显著优势。

在滥用行为构成方面，市场监管总局认定知网实施了不公平高价行为，采取历史价格成本比较和竞争者之间价格比较等方法认定“高价”，并明确认定了知网为推高其价格所采取的“不公平”手段。此外，市场监管总局认定知网通过独家合作限定学术期刊出版单位、高校只能向其提供学术文献数据的行为构成限定交易行为。

处罚决定责令知网停止违法行为，并处以其 2021 年度中国境内销售额 17.52 亿元 5% 的罚款，共计 8760 万元（不涉及没收违法所得）。在处罚决定公布当日，知网在官网发布了详细的整改方案，供公众监督。

2. 配套部门规章和司法解释进一步释明实体规则

新《反垄断法》并未对滥用市场支配地位行为的实体规则展开大修，但市场监管总局和最高院均旨在通过对一系列配套法律规则的更新来回应实践中出现的新问题：

(i) 在司法规则中率先明确共同支配地位的判断方法

《反垄断法》除规定单一经营者在市场份额达到 50% 以上推定其具有市场支配地位外，也规定当两个经营者市场份额合计达到三分之二以上，或三个经营者市场份额合计达到四分之三以上时，可推定这些经营者具有共同的市场支配地位。当市场结构越集中、市场内竞争者数量越有限时，即便单一经营者市场份额未达 50%，也可能在特定情况下与某些“旗鼓相当”的关键竞争对手一起卷入到“共同支配地位”的质疑中。对于何种情况下会被推定为“共同支配地位”在现行生效的法律文件中并无指引，相比之下，司法实践走在前列，在已决判例中阐明分析方法⁴。

案件回顾：河南省三家电信公司被最高院认定具有共同市场支配地位

2015 年，马某与中国移动河南公司（“中国移动”）签署《“特需号码”客户协议》。2021 年，马某在郑州中院起诉指控中国移动与中国联通、中国电信具有共同市场支配地位，在此基础上，其从事了限定交易和差别对待客户的滥用市场支配地位行为，具体包括：中国移动区别对待用户，部分用户可以过户、停机保号、携号转网，部分用户没有上述权利；中国移动拒绝为其办理携号转网，限定特需号码用户只能与其交易。经历一审后，最高院于 2022 年 6 月作出二审判决，维持了郑州中院驳回马某起诉的判决，但是认定了中国移动的市场支配地位。

在市场界定方面，最高院将本案涉及的相关市场界定为河南省洛阳市移动通信服务市场；在市场支配地位方面，最高院根据相关市场内中国移动、中国联通和中国电信三家企业合计达到 100%，且三家运营商长期存在一致性经营行为，认定中国移动与其他两家公司在相关市场具有共同市场支配地位。

4. 参见 [2021] 最高法知民终 1977 号判决书。

2022 年，在最高院公布的司法解释征求意见稿中规定，经营者可以基于以下任意一项证据，来推翻对共同支配地位的推定：（一）被认为可能具有共同支配地位的多个经营者之间存在实质性竞争；（二）被认为可能具有共同支配地位的多个经营者作为整体，在相关市场受到来自其他经营者的有效竞争约束。从这一抗辩规则可以看出，仅在多经营者采取相同行为、经营行为具有一致性时才有考虑共同支配地位推定适用的必要性。如果相关市场内多个经营者就同类业务分别采取不同行为则是经营者之间开展实质市场竞争的正常表现，这与欧盟等司法辖区的认定路径保持一致。

(ii) 数字经济“游戏规则”更新，提高可预期性

大型互联网科技公司的单边垄断行为在全球各司法辖区持续引起监管关注。2022 年，我国数字经济领域的反垄断实践从执法转向立法，在执法规则与司法规则的更新中都对新问题予以回应：

- “自我优待”是指平台企业对自身或自身所在平台生态的产品或服务相较于第三方的产品或服务而言予以优惠待遇的行为。2022 年，在市场监管总局牵头更新的配套规定草案⁵中首次将这一难以精准涵摄到《反垄断法》中的行为作为滥用市场支配地位的表现形式之一纳入监管范畴，具有前瞻性和必要性，具体包括下列行为：

1) 对自身商品给予优先展示或者排序；

2) 利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。

- 最惠国待遇（Most Favored Nation，“MFN”）条款是国际经贸中的一项重要制度，在近年来成为在互联网平台中兴起的商业实践。MFN 条款在平台经济领域通常是指平台企业要求平台内经营者给予其的交易条件不得低于现在或将来给予其自营渠道（“狭义 MFN”）或自营渠道以及其他平台（“广义 MFN”）的交易条件。MFN 条款

在域外司法辖区的反垄断实践中因可能构成纵向限制或滥用行为而广受诟病。最高院在司法解释征求意见稿中指出，涉及互联网平台采取 MFN 条款的垄断民事纠纷依照情形不同，按照《反垄断法》下横向垄断行为、纵向垄断行为、滥用市场支配地位行为进行审查认定，还可能依照《电子商务法》中的不合理限制条款进行审查认定。相较于《平台经济反垄断指南》中将 MFN 仅列为纵向限制的思路而言，反垄断司法解释征求意见稿中的规定为 MFN 条款的违法认定提供了更多的分析路径。

3. “相对优势地位”重回竞争监管视野

2022 年 11 月 22 日，市场监管总局就《反不正当竞争法（修订草案）》公开征求意见，将“相对优势地位”重新拉回监管视野，将《反垄断法》下所禁止的部分滥用行为同样纳入《反不正当竞争法》调整。如利用相对优势地位条款最终落地，未达市场支配地位的企业从事这些市场行为可能免于《反垄断法》的处罚，但仍可能触发《反不正当竞争法》审查。然而，利用相对优势地位条款相较于滥用市场支配地位条款具有更大的不确定性。

事实上，在 2016 年对《反不正当竞争法》进行修订时，利用相对优势地位条款就已被纳入修订草案，但在当时引起颇多理论与实践层面的质疑声音，在 2017 年完成修法时最终并未采纳。本次修法“梅开二度”，在一定程度上反映了执法机构近年来在使用《反垄断法》规范相关市场行为，尤其处理数字经济领域“二选一”、搭售等行为时所遭遇的挑战（例如违法证明标准高，认定相关市场和竞争损害难度大等），但同样存在诸多问题：相对优势地位的认定主要取决于和交易相对方的直接比较和对其依赖性的判断，然而，由于实践中交易双方的交易地位难以绝对平等，这种认定也可能具有很大不确定性。利用相对优势地位标准本身的任意性和模糊性可能导致《反不正当竞争法》成为执法机构绕过《反垄断法》的严格标准进行过度监管的工具。

5. 参见《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》。

《反不正当竞争法（修订草案）》中利用相对优势地位条款所涉及的行为与《反垄断法》下调整的排他 / 限定交易、搭售、附加不合理限制条件相重合，如果该条款最终落地，如何解决两部竞争法之间适用竞合的问题，如何划清“一事不再罚”的界线，避免双重监管，将成为市场监管部门需要回答的重要问题。



06 并购审查规则持续优化， 监管力量聚焦重点案件

展望 2023

随着更多企业反垄断合规意识的提升，2023 年经营者集中申报的案件数量预计仍将处于高位，新申报标准的生效实施以及省级委托审查试点的进一步推进，将一定程度缓解市场监管总局的审案压力，提升企业交易时限的可预见性。

然而对于未达申报标准排除限制竞争交易的调查，对于“抢跑”的加强监管，以及“停钟制度”对搜集补充材料的时间压力，又给企业带来了妥善安排经营者集中申报工作的挑战。交易方需要在交易早期阶段考虑经营者集中申报的影响，提前评估交易对市场竞争的影响以判断受到重点审查的概率，谨慎设计交易架构以避免抢跑风险，妥善准备申报材料以提高申报时间表的可预见性。



2022 年，市场监管总局共审结了 794 件经营者集中申报案件，创造了自《反垄断法》出台以来的最高年度纪录。根据市场监管总局公布的案件信息，768 件获得无条件批准，其中包括 677 件简易案件，91 件普通案件。2022 年，市场监管总局附条件批准了 5 件经营者集中申报案件，未对任何案件作出禁止决定。

案件数量的急剧提升和审查官员人手的限制，对市场监管总局提出了巨大的挑战。为应对挑战，2022 年市场监管总局从优化申报标准、委托省级监管审查、实行案件分级分类等方面着手，将审查力量集中在反竞争效果最突出的案件上。这一系列措施的效果最直观体现在审查时间上，2022 年经营者集中简易案件从立案至批准平均用时为两周，与往年耗时基本一致，而复杂案件从申报到批准的平均审查周期为 434.2 天。对企业而言，明显不存在竞争问题的交易，交易方只要可以妥善准备申报材料，不出现“抢跑”问题，就可以期待快速获得审批；而可能存在竞争问题的重大交易，则将面临严格的审查和较长的审查期限，甚至要准备提出救济方案。因此，为了提升交易时间表的确定性，更多企业选择在交易初期进行反垄断效果评估，并对必要的反垄断申报作出提前规划。

1. 优化申报标准

（1）提高营业额申报标准

随着经济发展，市场监管总局于 2022 年公布了《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）》（“《申报标准草案》”），拟提高营业额申报标准。这将是自 2008 年《反垄断法》出台以来首次对营业额申报标准进行调整。我们在以下表格中对比了现行营业额申报标准以及《申报标准草案》拟定的营业额申报标准。

同时，为加强对“猎杀式收购”的监管审查⁶，除调整现行的营业额标准外，《申报标准草案》还引入了一套新的标准（如下文所示）。该标准将涉及巨型公司收购市值（或估值）较高的业务（例如，独角兽公司）的案件纳入审查范围。

	现行营业额申报标准	《申报标准草案》营业额申报标准（尚未生效）
申报标准1	参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；	参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过120亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币；
申报标准2	参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。	参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过40亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币。

- 其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过 1000 亿元人民币；
- 其他相关经营者市值（或估值）不低于 8 亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。

（2）明确控制权判断标准

部分企业对如何判断《反垄断法》意义上的“控制权”存在疑问，我们也注意到很多财务投资者在收购目标公司的少数股权时未向市场监管总局申报而受到处罚。市场监管总局在 2022 年公布的《经营者集中审查规定（征求意见稿）》（“《经营者集中审查规定草案》”）中，进一步明确了“控制权”的判断因素。具体而言，该草稿明确经营者取得对以下事项的决定权或者一票否决权将被认定为取得控制权：（1）高级管理人员任免；（2）财务预算；及（3）经营计划等。上述三项权利并非完全列举，因此市场监管总局可能视案件具体情况将其他权利认定为控制权。

值得注意的是，市场监管总局在认定是否取得控制权时不适用任何安全港原则（如，持股比例低于特定标准即不认为构成控制权），而是基于企业所取得的公司治理权进行综合判断。这一思路也与欧盟的做法一致。

6. 猎杀式收购指现有企业收购一家创新企业，目的在于阻碍创新企业的发展并在未来的竞争中抢占先机。该等收购在数字和制药行业最为常见。在中国，相关案件如备受瞩目的滴滴 / 优步合并案（2015 年），由于优步在中国的营业额未达到相关申报标准，该交易在中国无需申报。

（3）明确“抢跑”的表现形式

如果企业在申报过程中被发现存在抢跑行为，则即使交易本身不存在重大竞争问题，审查的时限也会由于抢跑问题而受到重大拖延。为了给企业提供更具有可预见性的规则，《经营者集中审查规定草案》进一步明确了何种类型的行为可能构成实施集中，包括：

- 完成股东或者权利变更登记；
- 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；以及
- 实质性整合业务。

因此，交易方在未依法进行申报并取得市场监管总局批准前，应避免采取上述行动，避免被视为违法实施集中。实践中，交易方通常会在交易协议中约定签约后至交割前的过渡期安排，以防止卖方从事可能导致目标公司商业价值减损的行为，或者为买方在取得批准后能够尽快开始运营进行相关准备工作。不过，考虑到潜在的反垄断风险，企业应谨慎设计相关条款，警惕因在取得批准前对目标公司实施不必要的临时限制进而被认为取得目标公司控制权，从而被认为违法实施了集中。

同样需要注意的是，上述行为仅为举例说明，市场监管总局并未详尽列举所有可能构成实施集中的行为。任何导致买方在取得反垄断批准之前能够影响目标公司运营管理的行为都可能被视为提前实施交易，进而被认为是违法实施经营者集中。

（4）明确对未达到申报标准但损害竞争的交易的审查规则

根据新《反垄断法》，对于未达到申报标准、但有证据证明交易具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，市场监管总局有权要求交易方申报。⁷《经营者集中审查规定草案》进一步规定了此类调查的审查规则，对于未达到申报标准但可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，如果集中已经实施的，

市场监管总局可以要求经营者在 180 天内补报。因此，即便一项集中交易未达到申报标准，交易方可能仍需要考虑该交易是否可能存在竞争问题从而被市场监管总局要求申报，进而考虑交易的时间表。如果交易可能存在竞争问题，交易方应考虑主动进行申报，或至少征求市场监管总局的意见，以免出现被市场监管总局要求申报的情况进而导致交易出现不确定性。

2. 优化审查程序

通过审查程序的优化措施，2022 年经营者集中申报简易案件的审查速度保持了往年的高速，而停钟制度的引入，则能够提高案件审查流程的透明性。

（1）简易案件委托审查试点

自 2022 年 8 月 1 日起，市场监管总局试点委托北京市、上海市、广东省、重庆市和陕西省五个地方市场监督管理局实施部分简易案件审查，试点期为三年。部分简易案件将根据区域关联因素由上述五个地方市场监督管理局进行审查。到目前为止，五地试点委托简易案件审查开局良好。2022 年，地方市场监督管理部门对简易案件从立案到批准的平均审查周期为 17.8 天，与市场监管总局的平均审查周期 17.9 天基本保持一致。

（2）引入“停钟”制度

考虑在部分复杂案件中，市场监管总局无法在法定时限内完成审查，新《反垄断法》引入了经营者集中审查的“停钟”制度。市场监管总局在特定情况下可以中止计算法定审查期限，例如：（i）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（ii）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；及（iii）需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估，且经营者提出中止请求。

据了解，截至 2023 年 1 月，市场监管总局已经在一些复杂的案件中适用了“停钟”制度。随着“停钟”

7. 市场监管总局之前在其发布的指南中已经规定，市场监管总局有权依法调查未达到申报标准但可能具有竞争问题的交易，但是首次在立法层面上赋予市场监管总局该等权力。

制度的引入，未来交易方很可能不再需要“撤回重报”，从而能够提高案件审查流程的透明性。这是因为如果没有《反垄断法》明确规定的情形，市场监管总局在审查过程中不能基于其他原因导致的延迟（例如在征求第三方意见的流程中，第三方没有答复市场监管总局）单方面决定“停钟”。但是，由于《反垄

断法》并未对“停钟”的次数和最长时限作出规定，“停钟”制度是否会提高复杂案件审查期限的可预见性仍有待观察。

3. 聚焦重点行业案件

2022 年，市场监管总局附条件批准了 5 件经营者集中申报案件。除了历年来一直受到强监管的半导体科技行业外，航空行业成为引起监管关注的新重点行业。

交易名称（批准日期）	相关行业	相关竞争关注类型	限制性条件类型	从申报到批准的审查期限	其他司法辖区是否无条件批准
环球晶圆股份有限公司收购世创股份有限公司股权案（2022 年 1 月 20 日）	科技（半导体）	横向	结构性限制性条件（剥离业务）；行为性限制性条件的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准	392 天	是，但交易由于未在指定期限前获得德国外商投资审批而终止
超威半导体公司收购赛灵思公司股权案（2022 年 1 月 21 日）	科技（半导体）	混合	行为性限制性条件的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准	368 天	是
高意股份有限公司收购相干公司股权案（2022 年 1 月 28 日）	科技（半导体）	横向和纵向	行为性限制性条件的有效期为五年，到期自动解除	372 天	是
上海机场（集团）有限公司与东方航空物流股份有限公司新设合营企业案（2022 年 9 月 13 日）	航空运输（空运及机场货运站）	横向和纵向	行为性限制性条件，其中一项限制性条件的有效期为五年，其他限制性条件的有效期为八年，所有限制性条件的解除均需经市场监管总局批准	328 天	没有在其他司法辖区进行申报的公开记录
大韩航空公司收购韩亚航空株式会社股权案（2022 年 12 月 26 日）	航空运输	横向	结构性限制性条件（归还航班时刻和航权的有效期为十年）；其他行为性限制条件的有效期为十年，到期自动解除	711 天	韩国施加了限制性条件；美国、欧盟、日本和英国仍在审查该交易；其他司法辖区无条件批准了该交易

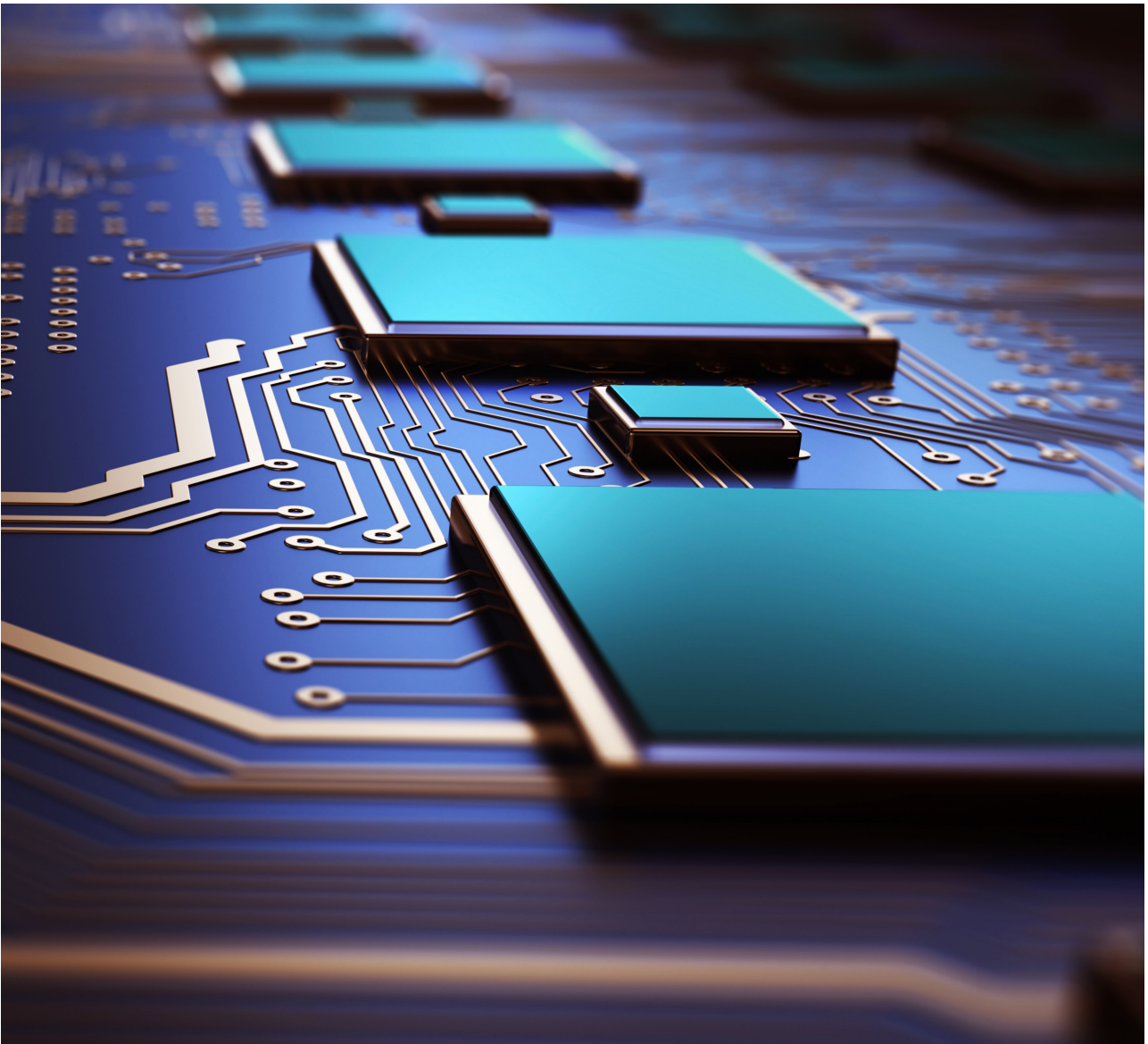
市场监管总局对附条件案件的审查周期较长。2022 年，市场监管总局公布了 5 起附条件批准案件，平均审查周期为 434.2 天，较 2021 年的 286.8 天显著增长，其中最长的历时 711 天（大韩航空公司收购韩亚航空株式会社股权案），最短的历时 328 天（上海机场（集团）有限公司与东方航空物流股份有限公司新设合营企业案）。所有 5 起案件均超过了 180 天的法定审查期限。

交易方在所有其他司法辖区获得反垄断无条件批准而中国仍做出了附条件批准决定的情况并不少见。在 2019 至 2022 年中国附条件批准的 18 起案件中，中国在其中 12 起（67%）案件中是唯一附加了限制性条件的司法辖区。

07 芯片和半导体行业 反垄断审查延续强监管

展望 2023

不断变化的全球政治经济局势对芯片和半导体行业供应链韧性的影响很可能进一步加深中国监管层面和市场参与者对国内芯片和半导体产业的担忧。鉴于这些利益相关方的支持对于确保半导体行业并购交易顺利取得反垄断批准至关重要，交易方应就解决利益相关方的担忧提前做好准备，主动提出救济方案，以避免交易无法按照预定的交易时间表获批。



“供应链危机”、“缺芯”、“科技巨头”是 2022 年全球并购市场的主题词。在全球地缘政治紧张局势加剧的背景下，保障国内市场的半导体和芯片供应依然是中国半导体行业的首要政策目标，而如何确保半导体和芯片行业并购交易符合产业政策，成为了中国反垄断审查的重难点。单从数据来看，2022 年中国反垄断执法机构对芯片和半导体及科技行业的交易仍然延续了严格审查的趋势：

- 中国反垄断执法机构在 2022 年内作出的附条件批准决定中半数以上涉及半导体及上游核心技术行业（与过去三年的趋势相似）；
- 2022 年在中国被附加限制性条件的半导体及科技行业并购交易，在全球其他国家和地区均无条件获批。

这些趋势 2023 年将会如何发展？中国反垄断执法机构是否会延续对半导体及科技行业并购交易的严格审查并积极附加救济措施的做法尚不明晰。与此同时，为解决全球性芯片短缺危机，其他各国政府在 2022 年底也纷纷升级对芯片和半导体并购的管控政策，此种转变可能会进一步加深中国行业主管部门和市场参与者的担忧，而在对半导体行业并购交易的反垄断审查和救济方案磋商过程中，这些利益相关方的支持通常具有决定性作用。

1. 反垄断审查为本国产业保驾护航

反垄断审查在中国一直发挥着保护和创建中国半导体和关键技术制造产业的重要保障的作用，因此，在中国反垄断执法机构对半导体行业并购交易的审查过程中，全球各国家和地区关于芯片和半导体行业的政策调整会实质影响审查进程。例如，美国对中国芯片及半导体产品出口管控政策的升级可能导致中国利益相关方加深其对全球性半导体和科技行业的并购交易的担忧。

2022 年下半年，全球多个国家和地区针对半导体和科技行业出台了更加激进的政策，这些政策变化预计将对未来全球范围内半导体和科技行业并购交易的反垄断审查产生深远影响：

- 美国出台了《芯片法案》，以激励美国国内半导体制造产业发展（预计授权投资额高达 527 亿美元）并降低其他国家对美国国内芯片供应的干扰⁸。2022 年 12 月底，美国将约 30 家中国公司列入其出口管制实体清单，限制其获得芯片和半导体产品⁹。
- 欧盟也计划出台授权约 430 亿欧元的欧盟版《芯片法案》，该法案将于 2023 年初进行投票¹⁰。2022 年 11 月底，欧盟理事会正式批准了《关于扭曲内部市场的外国补贴条例》，该条例的主要目的是将针对包括半导体在内的具有战略意义的关键供应链上的任何外国补贴纳入审查范围¹¹。

为了降低对外国供应链的依赖并实现芯片自主供应的长期目标，中国近年来也出台了广泛的战略性政策框架，如《中国制造 2025》政策、《国家集成电路产业发展推进纲要》等。2022 年，中国进一步出台了一系列举措增强芯片和半导体行业的本土竞争力，包括税费减免、培训计划和集成电路行业补贴等，以帮助培育和保护国内领军企业。

2. 反垄断审查利剑高悬，半导体行业持续面临强执法

尽管全球众多国家和地区均已出台专门的外国投资安全审查制度，以保护本国的产业安全，但在中国，产业政策因素也会被市场监管总局在反垄断审查中纳入考量。

一些国家和地区已经明确产业政策不应纳入反垄断审查的考量，但中国的反垄断审查制度仍是促进产业发

8. 参见 <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>。

9. 参见 <https://public-inspection.federalregister.gov/2022-27151.pdf>。

10. <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733596/EPRS-Briefing-733596-EU-chips-act-V2-FINAL.pdf>。

11. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/28/council-gives-final-approval-to-tackling-distortive-foreign-subsidies-on-the-internal-market/>。

展和落实国家战略导向的重要政策工具。新《反垄断法》规定，反垄断执法机构应当加强对涉及国计民生等重要领域的反垄断审查，其中包括科技等重点领域。

考虑到反垄断审查在中国的政策属性，利益相关方的意见在审查过程中依然扮演着至关重要的角色。对于芯片和半导体行业的并购交易，反垄断审查过程中的常见利益相关方包括工业和信息化部（“工信部”）以及与中国半导体和科技供应链相关的行业协会。市场监管总局负责就具体交易征求各利益相关方的意见，在此过程中，中国本土企业也能参与其中表达对交易的意见，这也解释了 2022 年芯片和半导体行业

案件审查周期漫长的原因。

漫长的审查周期也导致半导体行业案件“撤回重报”的操作屡见不鲜——审查期限一旦达到了最长 180 天的法定期限，中国反垄断执法机构仅能通过当事方重新撤回重报，以获得更长的审查时限（该时限将从第一阶段重新开始计算）。但随着新《反垄断法》正式引入了“停钟”制度，我们预计 2023 年这一情况将发生变化。“停钟”制度下，反垄断执法机构可以在特定情况下中止计算审查期限，而目前市场监管总局已在一些复杂案件中开始适用这一制度。

交易名称	竞争关注	救济类型	义务期限	审查周期
环球晶圆股份有限公司收购世创股份有限公司股权案	横向	结构性+行为性救济 - 剥离 - 根据公平、合理、无歧视的条款供应 - 没有正当理由不得拒绝续约	行为性救济的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准	392天
超威半导体公司收购赛灵思公司股权案	混合	行为性救济 - 根据公平、合理、无歧视的条款供应 - 不得搭售、捆绑销售，或者附加任何其他不合理的交易条件 - 保证互操作性 - 对第三方保密信息采取保护措施	行为性救济的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准	368天
高意股份有限公司收购相干公司股权案	横向和纵向	行为性救济 - 根据公平、合理、无歧视的条款供应 - 遵循多源供应原则，基于非歧视原则继续采购 - 对第三方保密信息采取保护措施	行为性救济的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准	372天

3. 附条件案件中的竞争关注

2022 年，中国继续以其独立的执法姿态对半导体和科技行业的并购交易进行严格的审查。鉴于半导体和科技行业交易在地缘政治方面的敏感性日益增加，我们预计市场监管总局在 2023 年对此类案件的反垄断审查的严格程度不减。

首先，半导体和科技行业的并购交易更容易触发严格审查。由于半导体产业链广泛，这些案件的交易方往往供应大量不同产品，而这些产品通常可以相互组合为同一客户所用，或在不同半导体制成环节互为原料/组件。即使交易方之间不存在横向重叠的产品，市场监管总局也需要审查交易各方产品的组合是否可能导致捆绑效应或纵向封锁风险。在高意股份有限公司收购相干公司股权案中，市场监管总局提出了该交易

可能对激光器领域造成纵向封锁问题，包括集中后实体可能拒绝向竞争者供应，以及对自身和竞争者实行差别待遇（而其他司法辖区的反垄断监管机构未提出类似的竞争关注）；在超威半导体公司收购赛灵思公司股权案中（详见下文案例回顾），市场监管总局认为，集中后实体可能实施捆绑销售、搭售策略，并降低互操作性（其他司法辖区的反垄断监管机构也未提出类似竞争关注）。

其次，与结构性救济相比，市场监管总局仍更倾向于采用行为性救济措施。2022 年，市场监管总局对其提出担忧的半导体和科技行业并购交易均附加了一系列行为性救济措施。值得注意的是，救济措施的设计并不必然与案件中的特定竞争关注类型存在关联，无论案件涉及何种类型的竞争关注，所有批准决定均包含了继续向中国客户供应产品的承诺，这可能

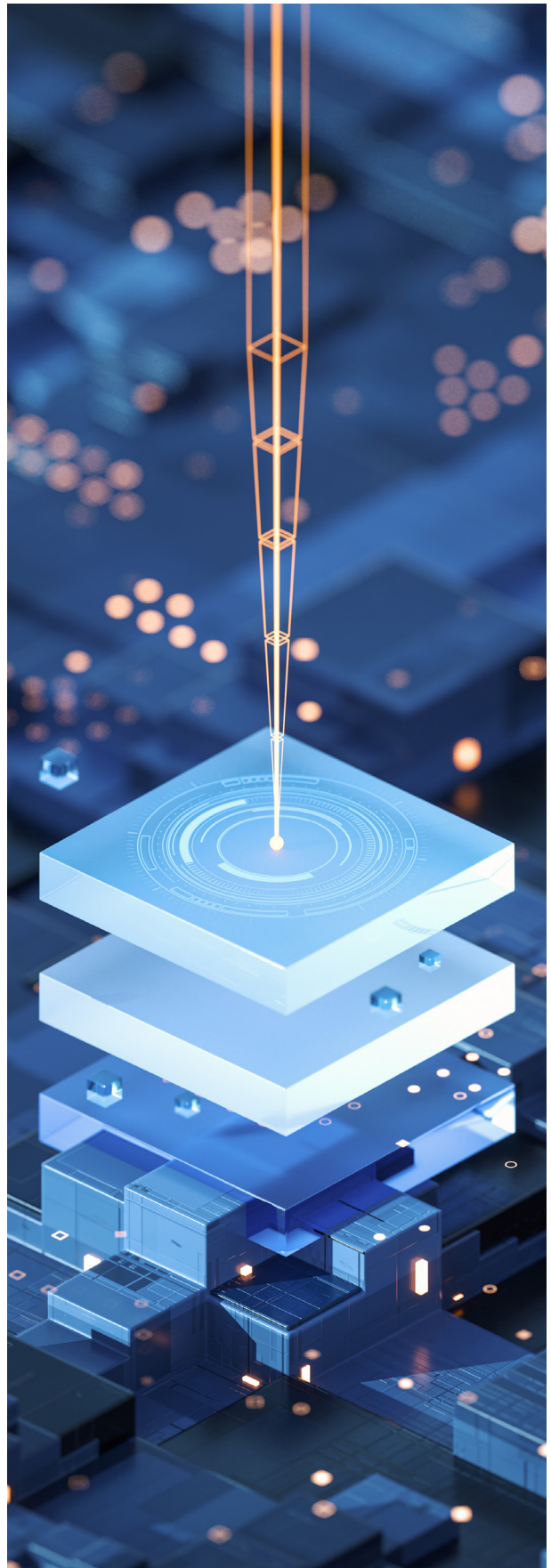
主要与保护中国的供应链，使其避免因受到外国出口管制的干扰而中断有关。因此，要求采取救济措施可能并不一定针对案件本身，也可能是用来应对日益紧张的贸易威胁。

案例回顾：超威半导体公司收购赛灵思公司交易

交易概况：半导体设计公司超威半导体公司（“超威”）收购了赛灵思公司（“赛灵思”），以扩大其在如数据中心等关键市场的业务。这是半导体行业创纪录规模的交易，交易额高达 500 亿美元。该交易受到了包括中国、欧盟和美国等多个国家的反垄断审查。

竞争关注：市场监管总局认为，超威的中央处理器（CPU）、图形处理器（GPU）加速器和赛灵思的可编程门阵列（FPGA）在全球和中国存在相邻关系，这一相邻关系将排除、限制相关市场的竞争。赛灵思在 FPGA 市场的市场份额超过 50%。经济学分析显示，集中后实体如果从事搭售、拒绝供应和降低互操作性等行为，能够显著提高相关产品的销售量，扩大市场份额、增加利润。赛灵思是 FPGA 市场的领导者（市场份额超过 50%），因此可以利用其在 FPGA 市场的强大市场力量拒绝向其他 CPU 和 GPU 加速器竞争者供应 FPGA。

审查结果：该案的审查期限超过 12 个月，市场监管总局最终在批准决定中附加了一系列行为性救济措施，包括不得搭售、捆绑销售产品和保持互操作性的要求。此外，超威和赛灵思还承诺进一步推进与中国供应商就相关产品的合作。



08 从事后执法到事前监督， 数字经济面临监管新章

展望 2023

从政策导向和高层表态，到执法趋势和制度建设，我国 2020 年 -2021 年针对数字经济的“雷霆执法”态势在 2023 年很可能将继续趋于缓和，对于数字经济的反垄断执法重心将转移至常态化监管。而在反垄断法定处罚力度大幅提升、互联网行业特殊规则不断细化、全球数字反垄断执法热度不减的前提之下，大型数字平台企业仍然需要重视并加强自身的合规建设，适应新的监管环境。



技术的发展日新月异，其在推动市场变革的同时，也持续引发全球各个司法辖区的反垄断执法机构对数字市场的关注。2022 年，苹果、亚马逊、谷歌和 Meta 等科技巨头都在全球范围内受到了来自反垄断领域的密切关注。

相比之下，在 2021 年针对阿里巴巴、美团、腾讯等本土科技巨头作出的里程碑意义的处罚的“反垄断执法大年”后，中国 2022 年对数字经济的反垄断查处节奏渐缓。与调查执法的放缓相对，数字经济监管规则有了重大发展，标志着对数字经济从事后执法转入事前监督模式。针对数字经济行业的发展阶段和市场特点，新的反垄断规则对具有先发优势、掌握相关行业命脉的“守门人”的数据滥用、自我优待、排他安排等行为规定了更细致、清晰且具有针对性的监管规则和分析框架；针对大型平台企业的潜在“猎杀式”并购，提出了特殊的申报门槛。

2022 年底，中央经济工作会议提出“要大力发展数字经济，提升常态化监管水平”，更强调要“支持平台企业在引领发展、创造就业、国际竞争中大显身手”。随着众多监管规则的修订有望在 2023 年完成并生效，我国反垄断监管将持续加强对数字经济的事前监督，帮助平台企业提升参与国际竞争所必备的反垄断合规能力，限制反竞争行为以保护数字经济市场的活力，促进数字经济在国民经济发展中的推动作用。

1. 反垄断新规针对数字经济特点作出特别性规定

2022 年反垄断领域最引人注目的立法进展是新《反垄断法》的出台，其特别针对数字领域推出了两项新条款，包括：

- 不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事《反垄断法》禁止的垄断行为；以及
- 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相关滥用市场支配地位行为。

伴随着新《反垄断法》的出台，市场监管总局还发布了配套新规的草案，以诠释相关市场如何界定以及相关修订如何具体应用到针对数字经济的监管中的问题。值得注意的是，在各司法辖区的反垄断执法机构陆续针对自我优待相关安排（例如，欧盟委员会查处的谷歌购物案¹²以及针对亚马逊发起的调查¹³）以及平价条款（也就是一般所称“最惠国待遇”条款）开展执法活动的大背景下，我国在今年发布的相关反垄断规则草案中也将以上两种行为明确列为了数字平台滥用市场支配地位行为的潜在形式。这些规则虽然目前仍处于草案阶段、有待进一步批准通过，但是昭示了未来的执法方向和重点。

- “自我优待”是指平台企业对自身或自身所在平台生态的产品或服务相较于第三方的产品或服务而言予以优待的行为。2022 年，在市场监管总局牵头更新的配套规定草案¹⁴中首次将这一难以精准涵摄到《反垄断法》中的行为作为滥用市场支配地位的表现形式之一纳入监管范畴，具有前瞻性和必要性，具体包括下列行为：

- 1) 对自身商品给予优先展示或者排序；
- 2) 利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。

- 最惠国待遇（Most Favored Nation, “MFN”）在平台经济领域通常是指平台企业要求平台内经营者给予其的交易条件不得低于现在或将来给予其自营渠道（“狭义 MFN”）或自营渠道以及其他平台（“广义 MFN”）的交易条件。MFN 条款在域外司法辖区的反垄断实践中因其可能产生的反竞争效果而广受诟病。最高院在其于 2022 年底发布的司法解释征求意见稿中指出，涉及互联网平台采取 MFN 条款的垄断民事纠纷依照情形

12. 2017 年，欧盟委员会因谷歌滥用其在搜索引擎市场的支配地位为谷歌的另一产品比价购物服务提供非法优势，涉嫌违反欧盟竞争法而对其罚款 24.2 亿欧元。

13. 2022 年，欧盟委员会与亚马逊达成和解决定，从而结束了欧盟委员会对亚马逊利用其平台内商家的非公开数据为其自营零售业务谋取不当利益的调查。

14. 《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》。

不同，按照《反垄断法》下横向垄断行为、纵向垄断行为、滥用市场支配地位行为进行审查认定，还可能依照《电子商务法》中的不合理限制条款进行审查认定。相较于《平台经济反垄断指南》中将 MFN 仅列为纵向限制的思路而言，反垄断司法解释征求意见稿中的规定为 MFN 条款的违法认定提供了更多的分析路径。

2. 多种手段促进数字经济企业常态化合规建设

通过执法和处罚的形式，固然可以快速提升企业的合规意识，然而严厉处罚对于企业发展动力和经济发展信心的影响也不容小觑。随着监管模式的调整，我国反垄断执法机构设计并尝试了多种促进数字经济企业常态化合规建设的手段，包括：

- **行政指导书：**在 2021 年公布的阿里巴巴和美团“二选一”案中，市场监管总局均通过行政指导书的方式指导当事人全面规范其业务经营中的竞争行为，不仅规制案件涉及的违法行为，还对于其他类型的潜在垄断行为提出合规要求。行政指导书一般要求当事人定期向反垄断执法机构汇报就调查所涉问题的整改情况，因此可以对企业合规产生持续的监督作用。
- **公开承诺：**在 2022 年知网案中，市场监管总局虽然也在处罚决定中要求知网停止违法行为，但是并未在处罚决定中规定详细的整改措施，也没有出具行政指导书，而是由知网通过公开承诺的方式，确定了知网未来如何实现停止违法行为的要求。虽然公开承诺制度中未要求企业定期汇报整改情况，但是由于数字经济企业大部分是面对普通用户，而且公开承诺中涉及的问题可能涉及普通用户的切身利益，公众对于企业公开承诺的监督加上监管部门的助力，也可以形成对于企业的有效限制。

- **约谈制度：**新《反垄断法》第五十五条规定了对涉嫌违法经营者的法定代表人或者负责人的约谈制度，尽管法规并未将约谈制度限制在数字经济领域，但是从 2020 年以来，约谈制度已经在实践执法中频繁适用于互联网企业。通过约谈制度，不仅创造了监管与企业更加平和的沟通渠道，有利于以更低的执法成本宣贯政府合规要求，也推动了企业的自主整改，更有效地提升数字经济的竞争活力。

3. 多层机制预防扼杀式并购

创新是数字经济的活力源泉，而“赢者通吃”又是数字经济天生的特征。大力发展数字经济，不仅要避免过激执法对行业发展信心的摧毁，也要避免大企业利用资本优势对创新力量的碾压。而防范“扼杀式并购”，是保护数字经济领域创新力量的关键。扼杀式并购是指具有强大市场力量的企业收购初创企业以阻碍其通过引入新的技术或者经营模式，摧毁既有企业已经获得的市场地位。市场监管总局为防范扼杀式并购而计划引入的规则包括：

- 市场监管总局在 2020 年明确了互联网行业不能豁免申报义务——这引起了互联网行业在 2021 年和 2022 年内的“补报潮”（即互联网企业向市场监管总局主动报告大量历史上的未依法申报的交易）。
- 引入基于目标公司估值的申报门槛。¹⁵ 由于数字经济的最初发展普遍采取低收费或零收费，迅速积攒客户以形成网络效应，因此初创企业通常收入较低，很可能无法触发常规的营业额标准。基于估值的申报门槛，能更敏锐地监测到具有潜在创新活力的被收购企业。
- 明确立法授予市场监管总局对于未达到申报标准但有证据证明其具有或可能具有排除、限制竞争

15. 相关申报标准见《申报标准草案》第四条：

经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准，但同时满足下列条件的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中：

（一）其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过 1000 亿元人民币；

（二）本规定第二条第（一）项所规定的合并其他方或第二条第（二）项和第（三）项所规定的其他经营者市值（或估值）不低于 8 亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。

效果的交易进行审查的权利。这确保了市场监管总局在必要时有权介入未达到申报标准的交易，要求相关经营者进行申报。

4. 《反不正当竞争法（修订草案）》可能创设新的行为规范

继 2017 年和 2019 年的两次修订之后，市场监管总局于 2021 年启动了对《反不正当竞争法》的第三次修订，并于 2022 年 11 月公布了相关的修订草案，以征求公众意见。新的修订似乎更侧重于规范数字市场行为，不仅包括数字平台主体的行为，还包括活跃在数字平台上的市场主体间的不正当竞争行为。被禁止的不正当竞争行为包括：

- 未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转、嵌入自己或者他人的产品或者服务；
- 利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击；

- 误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；
- 恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；
- 无正当理由，对其他经营者合法提供的产品或者服务的内容、页面实施拦截、屏蔽等。

在《反垄断法》和《反不正当竞争法》之外，《电子商务法》也对互联网平台的行为进行规制，包括禁止电子商务平台利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。这些规定也与《反垄断法》和《反不正当竞争法》存在竞合。

执法机构在执法实践中会如何适用这些竞合的监管规则，以及这是否会为法律适用创造更多不确定性，进而不适当地增加经营者的合规成本、阻碍创新，仍有待观察。



09 各国提升国家安全审查力度，企业海外投资面临不确定性

展望 2023

鉴于当下的全球政治经济局势，2023 年各国对于海外企业境内投资的审查仍将处于收紧态势。为避免出于国家安全考量的监管干预对投资交易造成阻碍，交易方在规划跨境投资时可以采取以下方面的措施：

- **在国家安全审查方面进行必要的风险筛查。**主动评估投资交易在涉及的重要司法辖区是否需要进行外国投资安全审查申报，尤其是在交易涉及敏感行业或存在敏感因素的情况下。在一些司法辖区，不取得控制权的少数股权投资也可能触发国家安全审查。
- **制定合理的交易时间表。**根据拟投资的目标公司的敏感性，建议交易各方在交易时间表中为外国投资安全审查事项合理预留足够的时间；一些司法辖区的审查可能耗时 6-12 个月，甚至更长。
- **将国家安全审查事项纳入交易条款的谈判。**在投资交易可能需要进行外国投资安全审查时，交易方应将审查事项纳入交易文件的谈判范围，例如：纳入要求交易各方合作进行国家安全审查咨询和 / 或申报的条款（如适用）；将取得国家安全审查批准作为交割或协议生效条件；关注与国家安全审查相关的陈述与保证条款与披露函的约定方式；考虑各方的努力标准，明确底线所在，合理设置终止条件；考虑交易失败时适当的补偿和赔偿机制。



随着全球政治经济环境变化，各国对跨境投资交易的监管干预日益频繁。在反垄断审查之外，国家安全审查（又称外国投资审查）制度更常被各国政府用来对外国投资交易施加干预。

2022 年，中国监管机关在国家安全审查方面的执法更趋活跃，包括主动要求某些未申报的交易进行申报。与此同时，在《外商投资安全审查办法》（“《安审办法》”）施行近一年后，越来越多的外国投资者注意国家安全审查的要求，主动与监管机关进行商谈或提交申报，以满足合规要求。全球范围内，更多国家和地区在 2022 年前后建立了外国投资审查制度，或对现有审查制度进行了改革。而在全球贸易摩擦升级的大背景下，出于对中国企业不断增长的国际影响力可能导致的国家安全和供应链韧性问题的担忧，西方主要国家加大了对来自中国的投资交易的审查力度。

在这样的大环境之下，各国投资者都应当意识到，出于国家安全考量的监管干预可能会对投资交易产生严重影响，例如交易时间表被严重耽搁、被要求调整交易结构（包括被要求剥离部分业务），甚至被禁止实施投资。

1. 中国在国家安全审查方面的执法更趋活跃

继中国在 2021 年对国家安全审查制度作出重大调整后，国家发展和改革委员会（“国家发改委”）今年在国家安全审查方面的执法更趋活跃。

根据《安审办法》，中国的国家安全审查制度主要针对两类外国投资：（i）投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在军事设施和军工设施周边地域投资；以及（ii）投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域，并取得所投资企业的实际控制权。

2022 年的部分审查案例显示，中国的国家安全审查流程可能会非常漫长，甚至超过一年。并且由于国家

发改委一般不愿意在未形成最终审查结论前透露其或其他相关政府部门对投资交易的审查关注点和程序性进展，交易方可能难以在审查过程中尽早与国家发改委就潜在担忧和可行的救济方案进行充分沟通和磋商。根据我们的观察，国家发改委倾向于在其与各相关政府部门就审查结论达成一致之后（而这通常发生在整个审查程序的后期），向交易方告知审查结论及其要求救济措施（即限制性条件），并寻求交易方的同意，因此，实践中留给交易方决定是否接受限制性条件并继续推进交易的时间往往非常有限。

值得注意的是，中国境内企业到境外发行上市在中国的国家安全审查体系下，也会被视为获得外国投资，并可能触发国家安全审查的要求。对此问题，中国证券监督管理委员会于 2021 年底发布的《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的管理规定（草案征求意见稿）》¹⁶ 规定：境内企业境外发行上市涉及安全审查的，应当依法履行相关安全审查程序；对于可能会对国家安全产生影响的，国务院主管部门可以要求境内企业在境外发行上市前剥离相关业务、资产或采取其他有效措施，消除或避免境外发行上市对国家安全的影响。

2. 全球各国普遍建立和改革外国投资审查制度

在全球贸易摩擦升级的大背景下，越来越多的国家和地区开始建立外国投资审查制度，一些已经建立了外国投资审查制度的国家和地区也在对其现有制度进行改革，以适应不断变化的全球政治经济环境。（见后一页图表）

3. 中国企业海外投资持续受到西方主要国家的严格审查

全球各国近年来普遍对国家安全审查制度进行改革在一定程度上与所谓的“中国威胁论”问题（即对中国企业日益增长的对本国经济的影响力担忧）有关。多年以来，“中国威胁论”持续影响全球范围内涉及中国的投资交易，这种影响在 2022 年依然延续，多国政府在 2022 年作出了禁止或要求修改来自中国企业

16. 参见中国证券监督管理委员会网站：<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101981/c1662244/content.shtml>。

2022年全球外国投资审查制度动态

比利时		比利时新设立外国投资审查制度，该制度将适用于非欧盟投资者对比利时的战略性行业的投资。该制度已于2023年1月1日生效，在2023年1月1日前未完成交割的符合条件的交易都会落入审查范围。
爱尔兰		爱尔兰此前公布了一项新的强制性外国投资审查制度的草案。相关法案预计于2023年初生效，并可以追溯适用于在法案生效前15个月内已经完成的投资交易。
荷兰		荷兰已通过了《投资、合并和收购安全审查法案》，该法案确立的投资审查制度具有强制性并要求交易方在取得批准前不得实施交割。该投资审查制度同时适用于荷兰投资者和非荷兰投资者进行的投资交易。
瑞典		瑞典通过了一项新的外国投资审查法案，该法案旨在扩大需要进行强制申报的外国投资交易的范围。该法案已于2023年1月1日生效。
英国		2022年1月，英国《国家安全与投资法》正式生效，标志着英国针对投资交易的国家安全审查制度正式建立。 英国的投资审查制度同时适用于英国投资者和非英国投资者进行的投资交易。
美国		2022年9月，美国总统签署了一项行政命令，全面扩大了美国外国投资委员会（即CFIUS）在审查外国投资交易是否存在国家安全隐患时需要考虑的因素。根据该行政命令，CFIUS在审查外国投资交易时应当结合投资对供应链韧性、对美国技术领导地位的影响、跨行业整体投资趋势评估、网络安全风险和敏感数据等因素进行评估。

的投资或要求中国企业剥离在关键行业的权益的决定。

2022年内，加拿大、德国、英国和美国均从国家安全方面对来自中国的投资进行了干预，涉及的行业包括航空、能源和矿产资源、关键基础设施、军事、制药、卫星/空间技术和半导体等。目前中国企业在海外投资中面临的一系列来自国家安全审查方面的挑战表明，中国企业在全球各个关键领域中不断增长的影响力越来越引起西方各国政府的担忧。

案件回顾：德国部分批准中远集团对德国汉堡港集装箱码头的投资

2022年10月，德国联邦经济及能源部发布了部分批准中远海运港口有限公司对德国汉堡港 Tollerort 集装箱码头（“CTT 码头”）的投资的决定。

中远海运港口有限公司是中远海运集团旗下的子公司。2021年9月，中远海运港口有限公司宣布计划以6,500万欧元收购CTT码头35%的股权。该交易触发了德国的外国投资安全审查。在审查过程中，德国联邦政府多个部门提出了关于该交易可能危害德国国家安全的担忧。据报道，这些部门认为，该交易“不成比例地扩大了中国对德国和欧洲交通基础设施的战略影响，以及德国对中国的依赖”。¹⁷

最终，德国内阁会议决定，中远海运集团只能收购CTT码头少于25%的股权，不得进一步收购超过25%的股权。此外，中远集团还被禁止获得对CTT码头的战略性事项和人事决策的否决权。因此，中远海运集团将其对CTT码头的收购比例降低至24.9%（低于德国的“具有否决权的少数股东”的持股比例标准），而这意味着中远海运集团无法获得CTT码头经营决策权。

17. 参见路透社《德国批准中国中远海运集团收购汉堡港的股权引发分歧》（*German go-ahead for China's Cosco stake in Hamburg port unleashes protest*）的报道（2022年10月26日），访问地址：<https://www.reuters.com/market/deals/german-cabinet-approves-investment-by-chinas-cosco-hamburg-port-terminal-sources-2022-10-26/>。

10 反垄断司法裁判更加积极， 风险与机遇一并提升

展望 2023

更加积极的司法裁判对于存在反垄断合规问题的企业意味着更多的风险，不仅要面对反垄断行政执法可处以的高额罚款，而且要关注在反垄断后继诉讼、公益诉讼等程序中的败诉风险和赔偿责任。但是对于遭受其他企业垄断行为束缚的企业而言，更加积极的司法裁判将提供另一个帮助挣脱企业发展枷锁的选择。随着反垄断民事诉讼的程序和实体规则的不断完善，反垄断诉讼所带来的风险与机遇将随之一并提升。



2022 年，司法机关在反垄断诉讼方面展示了更加积极的态度，一方面体现在人民法院在具体案件中更积极地确立管辖权，作出具有支配地位或者存在垄断行为的认定；另一方面体现在更加积极地通过具体案件及司法解释，对《反垄断法》的规则作出解读。最高法院于 2022 年 11 月公布了《人民法院反垄断典型案例》和司法解释征求意见稿，不仅澄清了举证责任等程序性规则，还基于司法案例中的经验，对众多实体性问题作出了指引。企业需要更加重视反垄断诉讼所带来的风险与机遇，而反垄断司法实践也将为企业更深入理解反垄断法实体规则提供重要的依据。

1. 人民法院裁判更加积极

此前有观点认为人民法院在认定垄断行为方面采取过于保守的态度，原告举证责任过重很难胜诉。然而从案件数量上看，2022 年公布的有效实体判决中，不乏原告胜诉的案件¹⁸，特别是在 5 起滥用市场支配地位案件中¹⁹，被告均被法院认定为具有市场支配地位。人民法院在反垄断案件的裁判中，采取了更加积极的态度。

(i) 重申中国法院对标准必要专利纠纷的管辖权

2022 年，中国法院躬身入局、持续发力，积极介入全球标准必要专利纠纷的司法审理。在 OPPO 诉诺基亚案中，最高法院再次明确对于审理和裁判全球 3G、4G 和 5G 标准必要专利组合的符合公平、合理、无歧视（即“FRAND”）原则的许可费率有管辖权。这有利于我国掌握全球知识产权治理规则中的话语权，构建与 5G 实力相匹配的标准必要专利裁判规则。

案件回顾：OPPO 诉诺基亚标准必要专利全球许可使用费纠纷案

OPPO 广东移动通信有限公司（“OPPO”）是中国领先的消费电子产品制造商。其主要产品包括智能手机、智能设备、音频设备及其他电子产品。2018 年，OPPO 与诺基亚签署相关协议，约定由诺基亚向 OPPO 许可特定标准必要专利。时至 2021 年许可协议续约之际，双方就标准必要专利的许可费产生了分歧。

2021 年 7 月，OPPO 向重庆市第一中级人民法院（“重庆一中院”）提起诉讼，申请对诺基亚 3G、4G 和 5G 全球标准必要专利包的许可条款进行裁决。2021 年 12 月，重庆一中院作出管辖权异议一审裁定，确认其对该案中涉及的全球标准必要专利许可条件争议具有管辖权。对此，诺基亚认为中国法院（包括重庆一中院）不具备对本案的管辖权，因而上诉至最高法院。2022 年 9 月，最高法院知识产权法庭经审查认为，“中国是涉案标准必要专利的主要授权地、许可使用协议磋商地、可合理预见的缔约后合同履行地、主要实施许可地之一，与本案纠纷具有相当密切的地域联系，中国法院对本案具有无可争议的管辖权”，最终就该案作出管辖权终审裁定，驳回诺基亚上诉请求，维持了重庆一中院作出的一审裁定。

18. 例如，在威海宏福置业有限公司、威海市水务集团有限公司滥用市场支配地位纠纷案，上海华明电力设备制造有限公司、武汉泰普变压器开关有限公司垄断协议纠纷案，以及缪翀、上汽通用汽车销售有限公司、上海逸隆汽车销售服务有限公司垄断行为后继赔偿纠纷案中，原告的全部或部分诉讼请求均得到了法院的支持。

19. 根据裁判文书网公布的数据，截至 2022 年底，共有 5 起涉及滥用市场支配地位的民事诉讼案件，包括威海宏福置业有限公司、威海市水务集团有限公司滥用市场支配地位纠纷案；马利杰、中国移动通信集团河南有限公司滥用市场支配地位纠纷案；体娱（北京）文化传媒有限公司、中超联赛有限责任公司等滥用市场支配地位纠纷案；6 家 KTV 经营企业与中音音像著作权集体管理协会滥用市场支配地位纠纷案以及鲍婷、国网甘肃省电力公司兰州供电公司等滥用市场支配地位纠纷案。

最高院在 OPPO 诉诺基亚案中的裁决表明，对于涉及本土企业作为被许可人的全球 5G 标准必要专利许可纠纷，中国仍然是重要“战场”。放眼全球，这一纠纷还在澳大利亚、德国、法国、芬兰、印度尼西亚、荷兰、瑞典、西班牙和英国等多个司法辖区提起，双方在不同司法辖区各有胜负。

此类涉及境外企业作为标准必要专利权利人、本土企业作为被许可人的专利纠纷并不鲜见，包括已经落下帷幕的小米集团诉美国交互数字公司案、OPPO 诉夏普案等。在此前这两起纠纷中，双方当事人也类似地针对对方在全球多个司法辖区同时发起诉讼并取得阶段性成果，但是由于受限于不同司法辖区作出的多项限制对方寻求司法强制执行的命令（包括中国法院作出的禁诉令），双方最终不得不偃旗息鼓，重新回到谈判桌前，并于 2021 年底达成和解协议。

(ii) 明确反垄断执法决定证明力，鼓励损害赔偿后续诉讼

最高院首次就涉及纵向垄断协议的损害赔偿后续诉讼作出支持原告的判决，是我国当前反垄断后续诉讼司法实践的一次突破性进展。2022 年 12 月，在针对上汽通用汽车销售有限公司（“上汽通用”）及其经销商上海逸隆汽车销售服务有限公司（“上海逸隆”）的后续诉讼中，最高院以支持原告全部诉讼请求为消费者在反垄断执法后继赔偿诉讼中胜诉释放了积极信号。

最高院在此前发布的司法解释征求意见稿中也明确了其立场，即对于后继诉讼，执法机构认定构成垄断行为的处罚决定在法定期限内未被提起行政诉讼或已为法院生效裁判所确认，原告据此主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明；不过，被告仍可以提供充分的相反证据推翻执法机构的认定。无论是上汽通用案，还是司法解释征求意见稿，最高院旗帜鲜明的态度将鼓励未来更多的后继赔偿诉讼。

案件回顾：上汽通用限制最低转售价格反垄断后继赔偿诉讼案

2016 年，上海物价局对上汽通用的转售价格维持行为作出了行政处罚。2018 年，一名消费者向上海知识产权法院提起对上汽通用及其经销商上海逸隆的反垄断后续赔偿民事诉讼。在被上海知识产权法院驳回起诉后，该消费者向最高院提起上诉。

2022 年 12 月，最高院经审理认为，若反垄断执法机构认定构成垄断行为的处罚决定书在法定期限内未被提起行政诉讼或已为生效的法院裁判所确认，除非有相反证据足以推翻，否则在后继民事诉讼中，原告可据此主张该垄断行为成立，无需再承担举证责任。

(iii) 主动审查专利和解协议的反垄断风险

最高院于 2021 年对阿斯利康诉奥赛康一案作出的判决中提出，对于专利诉讼因双方达成和解而撤回上诉的申请，应当依法进行审查，如果和解协议符合“药品专利反向支付协议”外观，即使当事人没有提出请求，人民法院也可以依职权审查协议是否违反反垄断法，之后再决定是否准许撤回上诉。而最高院于 2022 年 11 月公布的司法解释征求意见稿已将反向支付问题明确纳入了反垄断司法规制。

2. 进一步释明反垄断民事诉讼程序规则

2022 年 11 月，最高院发布了司法解释征求意见稿。该司法解释征求意见稿在证明责任、证据效力、司法与行政执法的违法线索共享机制等方面，进一步释明了反垄断民事诉讼的程序规则。

(i) 细化举证责任分配规则，降低原告证明责任要求

最高院公布的司法解释征求意见稿预期将从以下两个方面对现行的反垄断民事诉讼举证规则产生重大影响：

- **横向垄断协议：**在关于“协同行为”的反垄断诉讼中，司法解释征求意见稿采纳了与执法实践相统一的四要素认定标准，并从原告证明责任的角度予以调整。具体而言，对于协同行为成立的认定，原告可以提供初步证据证明（i）经营者的市场行为具有一致性或者相对一致性，及（ii）经营者之间进行过意思联络或者信息交流。或者，如果原告无法证明被诉经营者之间存在相关联系，只要其能够举证证明（i）经营者的市场行为具有一致性或者相对一致性，及（ii）相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况，则举证责任将转移至被告，由被告对其行为的一致性或者相对一致性作出合理解释。

- **转售价格维持：**新《反垄断法》明确推定转售价格维持行为违法，但经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的除外。有鉴于此，司法解释征求意见稿拟将反竞争效果的举证责任倒置的适用范围扩大到转售价格维持行为，由被告承担证明其被诉垄断行为不具有反竞争效果的举证责任，减轻了原告的举证责任。进一步地，司法解释征求意见稿规定（i）被告在相关市场具有显著的市场力量，且（ii）在案证据能够证明的有利竞争效果不足以超过不利竞争效果时，法院应当认定该行为具有排除、限制竞争效果。上述规则一旦生效，将为涉及转售价格维持的相关案件提供更为清晰的裁判思路。

(ii) 明确民事诉讼在并行执法程序下可中止审理，促进执法和司法一致性

在目前的司法实践中，受到垄断行为损害的一方可以同时就垄断行为向行政执法机构进行举报和向法院提起垄断民事诉讼，行政执法程序和民事诉讼程序能够并行推进。而司法解释征求意见稿拟明确，如果反垄断执法机构正在调查被诉的垄断行为，法院有权（但非必须）根据案件具体情况裁定中止诉讼程序。这一规定有利于优化司法资源配置，便于原告借助行政执法过程及最终执法决定中披露的更多事实有效进行民事诉讼。尽管如此，由于行政调查缺乏法定时限，诉讼进程也有可能受到拖延。

(iii) 提出司法与执法的违法线索共享机制，当事人需警惕潜在反垄断风险

司法解释征求意见稿规定，法院审理民事纠纷案件时发现相关行为涉嫌违反《反垄断法》或认定被诉垄断行为违反《反垄断法》且可能需要予以行政处罚，可以向反垄断执法机构移送涉嫌违法行为线索，执法机构因而可以进一步开展反垄断调查。这一规定主要包含两层含义：一是允许法院在非反垄断民事纠纷案件中识别反垄断问题；二是允许法院将民事纠纷案件中发现的反垄断违法线索移交给执法机构，使涉案当事人同时受到司法裁判和反垄断调查与处罚的合力监管。

这一开创性程序规定将强化司法能动主义和行政干预，司法解释征求意见稿的最终版本是否将保留这一规定仍有待观察。若该规定得以落地，那么诉讼当事人在向法院提交证据之前需从反垄断的角度对涉案证据进行审查，以避免将民事诉讼扩大到反垄断调查。

3. 司法经验为反垄断实体问题提供指引

2022 年 11 月，最高院公布了《人民法院反垄断典型案例》，基于人民法院审理的具体案件情况，阐述了对于垄断协议的合同效力、滥用知识产权行为的分析判断标准、损害赔偿金额的计算方法、协同行为的认定等反垄断实体问题的司法解读。而随着反垄断诉讼案件数量的不断增长，司法判例中将不可避免地对于反垄断实体问题作出反复的争论与决断，最高院基于众多先前的司法实践，在司法解释征求意见稿中抽象出了一系列反垄断实体规则，回应了 2012 年规定在过往适用中面临的问题，其中包括：

- **完善相关概念**，包括不适用横向垄断协议规制的“单一经济体”、不受纵向垄断协议规制的“代理人”；
- **细化行为规则**，包括协同行为和轴辐协议的认定与抗辩、反向支付协议的合法性条件、纵向垄断协议竞争影响的评价要素、以及各类滥用市场支配地位行为的认定因素和正当理由；
- **互联网领域滥用行为的特殊规则**，包括市场界定的考量因素、市场份额的计算方法、常规滥用行

为的认定规则、最惠国待遇条款的违法情形。

4. 反垄断民事公益诉讼为制止垄断行为加码

尽管新《反垄断法》尚未明确纳入集体诉讼相关机制，但受到垄断行为损害的当事人将能够通过检察机关寻求救济、制止垄断行为。

新《反垄断法》明确对于损害社会公共利益的垄断行为，人民检察院有权依法向法院提起民事公益诉讼。根据现行民事公益诉讼制度，检察机关可以主动或根据社会公众的申请启动诉前调查，进而根据调查情况决定是否对违反《反垄断法》的行为提起民事公益诉讼；检察机关也可以考虑依法与涉案侵权经营者之间进行调解，通过接受对方提出的相关承诺实现全部诉讼请求，以了结民事公益诉讼。

反垄断民事公益诉讼制度的建立，有望借助检察机关强大的调查力量和调查资源，缓解反垄断民事诉讼中原告举证负担过重的问题，从而为反垄断执法和司法的优化保驾护航。



蜚声内外的 反垄断团队

自 2008 年《反垄断法》正式实施以来，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，北京 / 上海

邮箱：michael.han@fangdalaw.com

黄菁

反垄断业务合伙人，北京

邮箱：caroline.huang@fangdalaw.com

王瑾

反垄断业务合伙人，香港

邮箱：jin.wang@fangdalaw.com



荣誉与排名

反垄断与竞争法（中国所）：第一等级
《法律五百强（The Legal 500）中国大陆》，
2023

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》，2023

GCR100 中国律师事务所 - 精英
《全球竞争法评论》，2023

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》，2022/23



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

天河区珠江新城珠江东路6号
广州周大福金融中心66楼
中国广州市 510623

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

香港办公室

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

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

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

深圳办公室

福田区中心四路1号
嘉里建设广场T1座9楼
中国深圳市 518048

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

www.fangdalaw.com

