

The background of the cover features a photograph of a person's hands playing ping-pong. One hand is in the foreground, holding a dark-colored ping-pong paddle. Another hand is visible in the lower right, holding a white ping-pong ball. The scene is set on a ping-pong table with a green top and dark wooden edges. The entire image is overlaid with a semi-transparent, dark purple-to-black gradient that is darker on the left and fades towards the right.

司力达律师事务所

中国反垄断法

2020年2月

目录

1. 引言	1
2. 执法结构	2
3. 实施细则	3
4. 反竞争（“垄断”）协议	4
5. 滥用市场支配地位	9
6. 并购控制	13
7. 私人诉讼	18
8. 国家安全审查	20
附录：香港	21
第一行为守则：反竞争的协议	21
第二行为守则：滥用市场权势	22
监管机构对调查潜在违规有何权力?	23
委员会及审裁处的成员	23
违反《竞争条例》的经营者可被处以何种处罚?	24
结束语	25

1. 引言

- 1.1 中华人民共和国（中国）的综合反垄断法律体系大部分建立于 2008 年 8 月 1 日生效的《中华人民共和国反垄断法》（《反垄断法》）的基础之上。除香港¹和澳门两个特别行政区外，该法适用于中国全境。
- 1.2 《反垄断法》禁止垄断行为，垄断行为可分为以下三大类：²
 - 经营者达成反竞争（“垄断”）协议；
 - 滥用市场支配地位；及
 - 可能具有排除或限制竞争效果的并购。
- 1.3 2020 年 1 月上旬，国家市场监督管理总局（市场监管总局）在《反垄断法》生效十一年后首次提出修订草案并公开征求意见。此举旨在细化上述三类垄断行为及优化执法机制以贴近美国和欧盟的执法模式。修订草案的落实时间和详情则有待确定。
- 1.4 除《反垄断法》外，实施细则和指引对《反垄断法》的应用起着至关重要的作用。重要的是，目前主要指引载于 2019 年 6 月发布的暂行规定。但是，由于可参考的指引始终有限，《反垄断法》应用的有些方面仍然存在不确定之处，需要依赖有关部门不时变更的惯例。
- 1.5 最初中国反垄断委员会的注意力集中于并购控制制度，然而近几年来，相关机构关于反竞争行为的调查报告急速增长，此外还有在法院提起的私人诉讼。尽管中国反垄断机构的工作人员仍然有限，但是近期执行的调查及大额罚款有所增加，反映执法机构的执法态度越来越积极。
- 1.6 除并购审查之外，对于外国投资者收购中国国内公司，某些行业的交易可能须另外进行国家安全审查根据《反垄断法》第 31 条）（参见第 8 部分）。
- 1.7 在本宣传册所载内容之外，值得注意的是中国还另行制定了《价格法》和《反不正当竞争法》，后者于 2017 年 11 月被修订，其中删除了与《反垄断法》重叠的若干条文（例如，确保经营者不得为赶走竞争对手而以低于成本的价格出售其货物或提供服务），并在 2019 年 4 月把保护范围扩大至商业机密以及增加违反商业机密相关条款的罚款。
- 1.8 此外，中国国务院自 2016 年起于全国推行了在公平竞争审查制度。公平竞争审查制度旨在抑制政府机关的反竞争行为。从政策上而言，此项公平竞争审查制度是中国政府为创建全国统一市场和公平竞争的环境采取的一项积极措施旨在发挥由市场来决定资源配置而非由政策决定的作用。以此看来，公平交易审查制度与欧盟的自由流动条款与国家援助原则有着一定的相似之处。2017 年 10 月，相关机构联合发布了《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》，该细则载有详细的实施细则，要求政府部门（其中包括）遵循“审查流程机制”，包括编写基于详细竞争评估模板以及征求有关方面和公众意见的书面报告。2019 年 7 月，市场监管总局发布了《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》以规定更为细化的滥用行政权力排除、限制竞争行为表现形式。近年公平竞争审查制度的案例日趋上升，例如北京市交管局取消了之前公布的在未经任何公开招投标程序或说明其他付款渠道的情况下确定某家银行作为交通违章罚款唯一代收银行的政策，以及西安市房管局在陕西省物价局进行调查后，撤销有关限定顾客选择房屋维修服务供应商的通知，纠正了西安市房管局违反《反垄断法》的行为。中央四个政府机构于 2019 年 12 月联手发布了制止滥用行政权力的政策，《反垄断法》修订草案亦提出正式把公平竞争审查制度纳入《反垄断法》之中。由此可见，中国政府会继续积极打击排除、限制竞争行为的法规。

¹ 香港《竞争条例》于 2015 年 12 月 14 日生效。可在本文附录中找到更多的信息。

² 此外，《反垄断法》还禁止滥用行政权力来限制竞争。

2. 执法结构

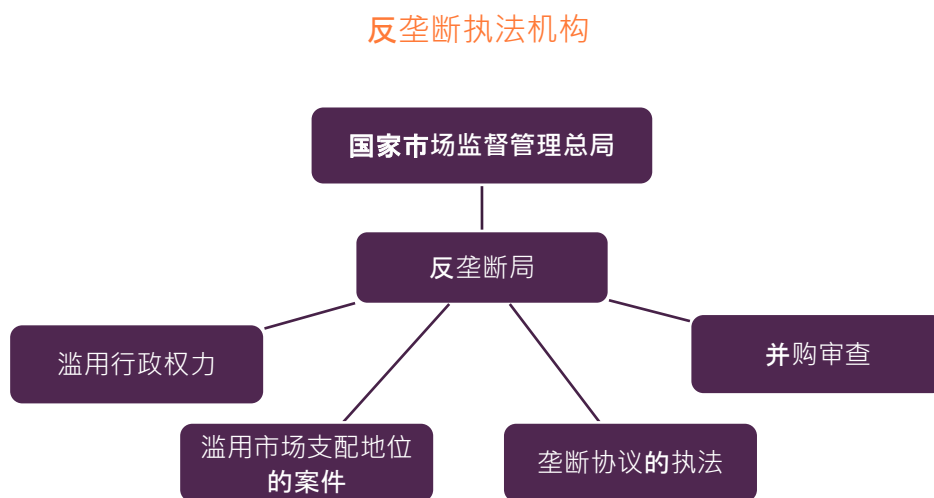
2.1 《反垄断法》引入两个新的监管机构：

- 国务院下属反垄断委员会，负责拟订竞争政策、执行市场调查、发布指南及协调反垄断行政执法工作；³及
- 国务院规定的反垄断执法机构，负责《反垄断法》的执法工作。⁴

2.2 自 2018 年 3 月起，市场监管总局正式成立，原先三大反垄断执法机构（即国家发展和改革委员会、国家工商行政管理总局及商务部）的职能整合为单一机构，因此，反垄断执法机构的执法权力集中于市场监管总局。

2.3 根据国务院于 2018 年 9 月发出的《国家市场监督管理总局职能配置、内设机构和人员编制规定》，反垄断局是负责《反垄断法》执法工作的主要机构。⁵在反垄断局内部共设十个处室：三个处室负责并购审查，其余七个处室分别负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力的执法、监督附条件批准的案件、《反垄断法》一般运作、政策立法工作与国际合作交流，以及国务院反垄断委员会日常工作。价格监督检查和反不正当竞争局主要负责执行中国反不正当竞争法。

图 1: 《反垄断法》的执法机构



反垄断局亦负责监督附条件批准的案件、政策立法工作与国际合作交流，以及国务院反垄断委员会日常工作。

2.4 继 2018 年执法机构重整顺利过渡后，新制度提高了《反垄断法》的执法效率，并减少了三个机构之间的重叠职能。例如在新制度下，无论是否存在价格或非价格因素，市场监管总局对所有反垄断调查承担全部责任；这消除了发改委和工商总局之间执法权力分配（两者分别负责执行与价格有关和与价格无关的规定）的不确定性。

³ 《反垄断法》第 9 条。

⁴ 《反垄断法》第 10 条。

市场监管总局其他内设机构的职责（其中包括）为起草及实施规范和维持市场秩序的法律法规、政策及标准，监督货物、设备及食品质量安全、实施符合国际标准的国家统一标准，以及管理国家药品监督管理局和国家知识产权局。

3. 实施细则

- 3.1 迄今为止，绝大多数的二级法规与并购控制有关，包括经营者集中申报所需提交文件、对经营者集中进行审查、市场界定、经营者集中申报备案和审查、实质性评估和剥离救济的指南和规定。市场监管总局（及之前的商务部）已就某些主要问题作出了一些阐明，例如构成取得“控制权”的情形及《反垄断法》项下对合营企业的处理。尽管指南和规定仍然存在一些不确定性，但是市场监管总局在《反垄断法》生效后的几年间形成了惯例。值得注意的是，与欧盟并购条例下的做法相比，商务部在处理合营企业时同样不区分全功能和非全功能合营企业，而对于“共同控制权”的定义，市场监管总局的定义比欧盟的略为广泛（可参见商务部 2014 年 6 月关于丹麦穆勒马士基集团、地中海航运公司和法国达飞海运集团公司拟成立 P3 联盟的禁止决定）。
- 3.2 基于在前制度下发改委和工商总局之间执法权力的分配（两者分别负责执行与价格有关和与价格无关的规定），上述规定之间有很大程度上的重叠，但是并不完全一致。例如，这两组规定都对宽待有相应规定，分别由这两个机构执行。但是两个机构对宽待的处罚减免并不一致。直至 2019 年 9 月发布了新的暂行规定，统一了两个机构的宽大制度，明确指出对于第一顺位的经营者，执法机构可以对经营者免除全部罚款或者按照不低于 80% 的幅度减轻罚款；对于第二顺位的经营者，执法机构可以按照 30% 至 50% 的幅度减轻罚款；对于第三顺位及后序顺位的经营者，可以按照 20% 至 30% 的幅度减轻罚款。
- 3.3 关于《反垄断法》对若干市场和行业具适用性的行业适用指南也已经出台，包括：
- 发改委于 2017 年 11 月发布的《短缺药品和原料药经营者价格行为指南》；及
 - 发改委于 2016 年 3 月发布的《关于汽车业的反垄断指南》草案。预计市场监管总局即将将该指南定案。
- 3.4 市场监管总局于 2019 年 6 月发布了三项暂行规定，巩固了发改委及市场监管总局所发布有关于禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位行为以及制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的政策法规，分别为：
- 禁止垄断协议暂行规定；
 - 制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定；及
 - 禁止滥用市场支配地位行为暂行规定。

4. 反竞争（“垄断”）协议

4.1 《反垄断法》以“垄断协议”指称反竞争协议。此领域的基本原则与《欧洲联盟运作方式条约》(TFEU) 的第 101 条类似。

禁止

4.2 《反垄断法》第 13 条将垄断协议定义为排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。第 13 条和第 14 条列出具有竞争关系的经营者之间被自动推定为非法的垄断协议，例如固定价格协议或限制生产数量或销售数量、分割销售或采购市场、限制购买新技术或新产品或涉及固定转售价格的安排。

豁免

4.3 与欧盟和美国的制度一致，《反垄断法》也规定了某些情况下可适用豁免。第 15 条允许经营者反驳反竞争推定。为了从豁免中受益，经营者须证明以下所有各项：

- 事实上协议的目的属于法律规定的情形，例如是为改进技术或研究开发新产品、提高产品质量、降低成本、增进效率、增强中小经营者竞争力、维护公共利益，或为对外贸易和对外经济合作有正当利益；
- 协议不会严重限制相关市场的竞争；及
- 消费者将能够分享由此产生的利益。

执法行动

4.4 最初，大部分执法行动在地方一级开展。在旧制度下，工商总局和发改委将其执法权力下放给其地方机构（分别称为当地工商行政管理机关和当地物价局），由地方机构进行反竞争行为调查。这些调查通常以相关经营者采取纠正措施（无需缴纳罚款）结束，甚至可能不会被媒体报导。预期这些地方机构将与市场监管总局的地方分支合并。2019 年 1 月 3 日，市场监管总局刊发通告，宣布授权其省级机构在它们特定的行政区域内就反垄断执法。市场监管总局的省级机构可进一步授权下属地方机构进行调查。

4.5 在过去的几年中，我们看到一些引人瞩目的国家层面的调查，集中针对垄断和固定转售价格。当地部门也开始处以更高罚金。2017 年 9 月对聚氯乙烯树脂制造商共处人民币 4.57 亿元罚款，是迄今为止对国有及国内公司征收的最高罚款之一。2018 年 7 月，23 家天津货柜场经营商因固定货柜处理服务价格被罚人民币 5 千万元。值得注意的是，发改委依靠微信小组对话作为认定固定价格协议的证据。下表 1 概述了迄今为止的一些重要案例：

表 1：迄今为止对垄断协议进行的主要调查

例描	所处罚款
2019 年 12 月涉及丰田（中国）投资有限公司价格固定案例	江苏省市场监管局对该公司处 8,760 万元人民币的罚款，占公司在中国的年度销售额的 2%。
2019 年 8 月涉及云阳县 6 家烧结砖生产商价格固定及限制产量案例	重庆市市场监管局对该 6 家公司及 3 位负责人处 8761.3 万元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的 1-10%。
2019 年 5 月涉及 8 家预拌混凝土公司划分市场份额案	浙江省市场监管局对其中 7 家公司处 770 万元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的 1%。
2018 年 12 月涉及 3 家醋酸原料药制造商的价格固定案例	市场监管总局对该 3 家公司共处 620 万元人民币的罚款，占它们在中国的年度销售额的 4%
2018 年 11 月涉及 16 家天津货柜场经营商的货柜处理服务价格固定案例	天津市发改委对该 16 家经营商共处 5 千万元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的 2%至 5%不等
2018 年 7 月涉及中国石油旗下两个天然气单位的固定转售价格案例	市场监管总局对该两个单位共处 8,400 万元人民币的罚款，占它们在中国的年度销售额的 6%
2018 年 7 月涉及 23 家天津货柜场经营商的货柜处理服务价格固定案例	天津市发改委对该 23 家经营商共处 5 千万元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的 1%至 10%不等
2018 年 6 月涉及 4 家深圳拖船公司的拖船价格固定案例	市场监管总局对该 4 家公司共处 1,300 万元人民币的罚款，占它们在中国的年度销售额的 4%
2018 年 3 月涉及 13 家人民防空设备公司的人民防空门价格固定案例	陕西物价局对该 13 家公司共处 220 万元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的 1%至 3%不等
2018 年 1 月涉及 GN Communications 的当地公司的固定转售价格案例	上海物价局对该公司共处 230 万元人民币的罚款，占该公司在中国的相关产品年度销售额的 3%
2018 年 1 月伊士曼化学公司两家子公司的固定转售价格案例	上海物价局对该两家子公司共处 240 万元人民币的罚款，占该两家子公司在中国的相关产品年度销售额的 5%
2017 年 9 月涉及 18 家聚氯乙烯树脂制造商的价格固定案例	发改委对该 18 家公司共处 4.57 亿元人民币的罚款，介乎各公司每年于中国的收入的 1%至 2%

例描	所处罚款
2017年8月涉及智能电话制造商Vivo的销售子公司的固定转售价格案例	江苏省发改委共处690万元人民币的罚款，占该公司2015年在江苏省相关产品销售额的1%
2016年12月涉及医疗仪器制造商美敦力的固定转售价格案例	发改委共处1.185亿元人民币的罚款，占美敦力每年在中国相关产品销售额的4%
2016年8月涉及三家海尔家电经销商的固定转售价格案例	上海市物价局对该三家经销商共处1,230万元人民币的罚款
2016年1月涉及五家国内制药公司的市场分割及价格固定的案例	发改委对该五家制药公司共处400万元人民币的罚款
2015年12月涉及八家滚装货物海运企业的竞标案例	发改委对该八家公司共处4.07亿元人民币的罚款，占各公司在中国的年度销售额的4%到9%不等
2015年4月梅赛德斯-奔驰（中国）汽车销售有限公司及其他经销商固定某些汽车型号及汽车零件的转售价格的案例	江苏省物价局对梅赛德斯-奔驰处以3.5亿元人民币的罚款，占该公司2014年收入的7%；转售价格固定协议涉及的梅赛德斯-奔驰经销商也被处以总计790万元人民币的罚款
2014年8月八家日本汽车零部件企业固定汽车零部件价格和四家轴承供应商固定轴承价格的案例	发改委对该等企业共处12亿元人民币的罚款，包括对其中七家汽车零部件企业共处8.32亿元人民币的罚款，对其中三家轴承提供商共处4.03亿元人民币的罚款。日立汽车系统有限公司和株式会社不二越分别是第一个主动向发改委举报垄断行为的汽车零部件企业和轴承提供商，因而被免除处罚
2013年8月九个国际婴幼儿配方奶粉生产商固定婴幼儿奶粉转售价格的案例	发改委对六家公司共罚款6.69亿元人民币；三家公司被准予免于罚款——更多详情参见下文‘宽待’一节
2013年2月中国两家国有高档烈酒生产商贵州茅台酒股份有限公司和宜宾五粮液股份有限公司固定烈酒转售价格的案例	茅台及五粮液分别被处以2.47亿元人民币和2.02亿元人民币的罚款，罚款总额达4.49亿元人民币
2013年1月六个国外液晶面板生产商对液晶面板实施价格固定的案例	罚款总额达3.53亿人民币，并被要求作出一些行为承诺，其中三星电子有限公司和LG Display Co., Ltd被罚缴纳最高额的罚款，分别为1.01亿元人民币和1.18亿元人民币

- 4.6 我们也看到发改委在一些个案中进行了漫长的调查，但愿意接受行为承诺而没有施加罚款。例如，18家班轮公司在2017年3月主动调减码头作业费，令发改委结束对该行业进行了长达16个月的调查；对于某些收取过高费用、实行忠诚折扣和不竞争义务的港口经营者，发改委在这些经营者于2017年11月承诺及实施必要措施以纠正其反竞争行为（包括降低装卸费）后，似乎亦没有对这些经营者施加罚款。
- 4.7 于2018年5月，北京市第二中级人民法院在上海海基业高科技有限公司诉安徽省工商行政管理局一案中首次确认垄断协议可通过经协调的做法而构成，并订明了相关的原则。法院将会考虑（其中包括）客观而言经营者是否在市场上一致行动、主观而言经营者是否从事任何意向或信息的交换，以及有关的经协调行动是否有任何合理解释。案件涉及在安徽省向20家金融机构出售保安设备。法院驳回上海海基业高科技有限公司的上诉，并裁定该等经营者构成瓜分市场及价格固定的行为。
- 4.8 于2017年12月，海南省高级人民法院在海南裕泰科技饲料有限公司诉海南省物价局一案中维持物价局原本的行政判决，认同物价局采用“行为本身违法”的原则，裁定反垄断机构在行政执法中可以认定存在纵向垄断协议（包括固定转售价格协议）而无需证明反竞争效果，但在私人诉讼中，索赔人需要确立由纵向垄断协议产生的反竞争效果和实际损失。2018年9月，海南裕泰向深圳巡回法庭申请复核海南省高级人民法院的裁决。申请于2019年6月被海南省高级人民法院驳回。海南省高级人民法院认为：（1）反垄断机构在执法的过程中可以直接对价格固定的协议作出违法推定，而民事诉讼人则无权于私人诉讼中依赖同一推定；（2）经营者可以提交证据证明其签订的协议不符合“排除、限制竞争”，或者属于《反垄断法》第十五条规定的豁免情形；（3）海南裕泰未能提出足够理据推翻本案。
- 4.9 发改委于2017年7月发布了《行业协会价格行为指南》。该指南列举了各种“高风险”行为，包括：企业之间的价格垄断协议；成员之间通过行业协会交换价格信息；发布定价指引（包括建议价格、基准价格和参考价格）；公布价格计算公式；发布具有防止或限制价格竞争效果的规则、决定、通知或基准；及通过行业纪律机制促进实施价格垄断协议。
- 4.10 如上所述，《反垄断法》允许给予宽待。自2014年9月以来，发改委开始公布其处罚决定，卡特案案例中的罚款计算和宽待使用现已更为透明。已公布的案例显示发改委倾向于给第一个主动报告的经营者完全免于罚款，并根据主动报告的次序，处以不同程度（百分之四到百分之八）的罚款。
- 4.11 我们了解，宽待被应用于液晶面板案中。据说友达光电股份有限公司被免除行政罚款（而其他LCD生产商被罚其非法所得的50%至200%不等）的原因是该公司是第一个向发改委主动报告的参与者。但是我们注意到，该案例是根据《价格法》而不是《反垄断法》判决的，因为违法行为是在2001年至2006年发生的，早于2008年《反垄断法》生效。与《反垄断法》不同，《价格法》没有具体的宽待规定，但允许发改委在决定应缴纳的行政罚款时酌情考虑认罪态度和配合行为。
- 4.12 最近，宽待被用于日本汽车零部件及轴承案例中。根据已公布的决定，第一家向发改委主动报告并提供重要证据的日立汽车系统有限公司和株式会社不二越被完全免除处罚。第二家主动报告的株式会社电装和日本精工株式会社被处其各自2013年收入4%的罚款。考虑到可减轻处罚的情节，矢崎总业株式会社、古河电气工业株式会社、住友电气工业株式会社和NTN株式会社被处其各自2013年收入6%的罚款。对就两种以上产品达成固定价格协议的爱三工业株式会社、三菱电机株式会社和三叶株式会社处其各自2013年在中国的年收入8%的罚款。对提议专门针对中国市场召开固定价格会议的株式会社捷太格特公司亦处以年收入8%的罚款。年收入8%的罚款是发改委迄今为止为止处罚的最高程度的罚款。
- 4.13 该案例使人们进一步了解发改委的调查方法、使用宽待的程序及罚款的计算。发改委已纳入考虑范围的可减轻处罚的情节包括主动报告、配合行为以及主动终止反竞争行为。
- 4.14 发改委于2016年2月公布了《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（征求意见稿）。指南草案载明了宽大申请人为了有资格获得宽大处理应当符合的要求。除其他事项外，指南草案详细载明了申请宽大的程序、顺位制度及每个宽大申请人按照其顺位可被免除的罚款。发改委指南草案载明的程序和要求于市场监管总局于2019年11月发布的《经营者反垄断合规指南（公开征求意见稿）》有所提及。
- 4.15 市场监管总局分别于2018年12月23日及12月24日颁布《行政处罚程序暂行规定》及《行政处罚听证暂行办法》。该暂行规定及暂行办法载列了（其中包括）有关调查及行政处罚的程序。市场监管

总局于 2019 年发布《市场监督管理部门正确行使行政处罚裁量权的指导意见》，载明中国市场监管部门如何使用行政处罚裁量权。

5. 滥用市场支配地位

5.1 《反垄断法》中关于滥用市场支配地位的基本原则类似于 TFEU 的第 102 条。

市场支配地位的界定

5.2 《反垄断法》第 17 条定义了市场支配地位，而市场监管总局于 2019 年 6 月发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》对此有某种程度的解释。市场支配地位是指一个或以上经营者具有的能使其作出以下各项的市场支配地位：

- 控制相关市场的价格、数量或者其他交易条件。“其他交易条件”指对市场购买产生重大影响的因素，包括商品等级、付款条件、交付方式、售后服务、交易选择权、技术约束条件等；或
- 阻碍或影响其他经营者进入相关市场的能力，例如通过延缓其他经营者进入市场或增加其进入成本，以致其无法有效竞争。

5.3 市场支配地位的认定取决于许多因素，包括相关经营者的市场份额及相关市场的竞争状况、经营者控制销售市场或原材料采购市场的能力、经营者的财力和技术条件、其他经营者对相关经营者的依赖程度以及市场进入的难易程度。⁶

市场份额的推定

5.4 与 TFEU 第 102 条不同，《反垄断法》第 19 条明确规定一旦经营者达到某些市场份额标准，即可推定其具有市场支配地位，如下表 2 所示。

表 2：《反垄断法》第 19 条规定的用于推定具有市场支配地位的市场份额标准

经营者数目	可推定具有市场支配地位的相关市场的合计份额
1	二分之一
2	三分之二
3	四分之三

5.5 相反证据可推翻具有市场支配地位的推定。⁷

5.6 此外，如果根据两个或以上经营者的合计份额被推定出具有市场支配地位，有一个除外情形：如果其中一个经营者的市场份额不足十分之一的，该经营者将不会被推定具有市场支配地位。

5.7 最高人民法院对奇虎诉腾讯一案的判决证明有可能驳回上述具有市场支配地位的推定。尽管腾讯在即时通信服务市场所占市场份额超过 80%，腾讯被认定为不具有市场支配地位。在做出此判决的过程中，最高人民法院考虑的因素有中国即时通信服务市场的迅速发展和不断变化的竞争格局，腾讯无法控制该市场的价格、数量或其他交易条款，存在能够影响腾讯领先地位的可信竞争对手，以及进入该市场的门槛较低的证明等等。因此，最高人民法院愿意摆脱腾讯的高市场份额的局限，把眼光放远，驳回基于腾讯市场影响力及即时通信服务市场动态的相关证据作出的推定。

⁶ 《反垄断法》第 8 条

⁷ 《反垄断法》第 19 条。

- 5.8 严格依赖市场份额来推定具有共同支配地位并不常见。例如，美国的反垄断法根本不承认共同支配地位的概念。至于在欧盟的应用，须提供复杂的证据证明 TFEU 第 102 条项下的共同支配地位，包括经营者之间有经济联系的证据（例如通过契约协议或结构性市场因素）。但是，《反垄断法》或相关实施细则中都没有提及该等或类似要求。监管部门可能觉得过于严格地遵循这些共同支配地位的市场份额测试是不切实际的。

滥用

- 5.9 《反垄断法》第 17 条和实施细则非穷尽地载述了若没有正当理由，将被认定为滥用因而被禁止的各种行为。这些可大致分为：

- 剥削性滥用：具有市场支配地位的公司通过剥削其顾客或供应商滥用其地位，例如通过以不公平的高价销售或以不公平的低价购买；及
- 排除性滥用：具有市场支配地位的公司通过排除其竞争者滥用其地位，例如通过以低于成本价出售、拒绝交易（包括没有正当理由减少现有交易数量、拖延或中断现有交易、附加过分的限制性条件、拒绝使用必需设施）、要求排他性、实行捆绑销售或附加其他歧视性或不合理的交易条件。

值得关注的案例

- 5.10 全国性滥用市场支配地位的瞩目例子较少，值得关注的案例包括：

- 尔康制药/九势制药：2019 年 1 月，市场监管总局因滥用市场支配地位对湖南尔康医药经营有限公司和河南九势制药股份有限公司处以总额 1004 万元人民币的罚款，分别占其在中国相关市场营业额的 8% 和 4%。尔康制药为国家唯一认可的扑尔敏原料药进口商，而九势制药则是国内最大的分销商。两家公司合起来的市场占有率在 2018 年上半年达 96.38% 和 88.55%。国家市场监督管理总局认定两家公司（共同地）具有市场支配地位，并透过以不公平高价销售商品、没有正当理由拒绝与交易相对人进行交易，以及没有正当理由搭售商品实施了以下滥用市场支配地位行为。本案为中国第二个执法机关就共同支配地位执法的案例。
- 利乐：2016 年 11 月 16 日，工商总局因滥用市场支配地位对瑞典食品处理和包装解决方案公司利乐公司处以总额 6.68 亿元人民币的罚款，占其在中国相关无菌包装市场营业额的 7%。工商总局认为利乐公司捆绑销售其原材料及设备、实施排他性限制，并向客户提供具有追溯性和个性化忠诚折扣和回扣。此乃工商总局于 2008 年《反垄断法》生效以来施加的最大罚款额，标志着历时超过四年的调查已结束。由于《反垄断法》中并无对忠诚回扣做出明确规定，此乃首宗忠诚回扣被认定为构成滥用地位的判决；
- 高通：2015 年 2 月，在进行 15 个月的调查后，发改委针对科技公司高通公司对中国公司收取过高专利使用费，以及捆绑和要求被许可人免费交叉许可其专利等其他滥用市场支配地位的做法，对该公司处以 61 亿元人民币的罚款。该等罚款占高通 2013 年在中国总收入的 8%；
- 微软：2014 年 7 月，工商总局对微软公司在中国的经营场所进行突击调查，这是对微软公司被指控滥用其市场支配地位（具体表现为在其 Windows 操作系统和软件上设置兼容性限制并安排搭售）的调查的一部分。工商总局在 2017 年 11 月表示该调查目前还在进行中；
- 顺通 / 华新：2011 年 11 月，两家医药公司，山东潍坊顺通医药有限公司和潍坊市华新医药贸易有限公司被发改委处以总额 690 万元人民币的罚款，理由是他们通过与仅有的两家盐酸异丙嗪生产商签订独家销售协议，非法控制该成分在中国的供应，随后哄抬价格；及
- 中国联通 / 中国电信：2011 年 11 月 9 日，发改委发起对中国联合网络通信股份有限公司（香港）和中国电信股份有限公司涉嫌宽带互联网服务市场的垄断价格歧视的调查。这是监管机构首次针对大型国有企业开展中国的反垄断执法。中国联通和中国电信承诺降低价格并于 2011 年 12 月 2 日申请中止调查。两家公司还于 2012 年 2 月向发改委提交了改进报告。到目前为止，发改

委尚未对双方处以罚款。但是，发改委督促 中国联通和中国电信整改垄断行为，这些整改可能需要三至五年才能完成。

知识产权

- 5.11 在最近几年，竞争法和保护知识产权之间的相互作用是全球许多司法辖区（包括中国在内）的执法活动重点。值得注意的是，法院和监管机构的做法已证明他们乐于 处理复杂和备受瞩目的案例——例如华为诉交互数字技术公司案，以及发改委对专利持有人（包括交互数字技术公司和美国高通）的许可做法的调查中有知识产权的难题。
- 5.12 在华为诉交互数字技术公司案中，深圳市中级人民法院判决交互数字技术公司：
- 通过下述方式滥用其市场支配地位：(a) 提出收取高额专利使用费；(b) 在许可谈判期间，将其标准必要专利与其非标准必要专利捆绑搭售；(c) 坚决要求华为科技有限公司免费交叉许可华为自己的所有专利；以及(d) 还在与华为谈判期间，就向美国特拉华州的地方法院及美国国家贸易委员会寻求禁令救济，迫使华为接受不合理的许可条款，包括高额专利使用费；及
 - 未能遵守公平、合理和无歧视（FRAND）承诺，具体表现为开始禁令程序，以及在华为的全球销售额更低 的事实基础上，要求华为支付明显比苹果公司和三星公司更高的专利使用费，在某些情形下甚至高达百倍。
- 5.13 深圳市中级人民法院成为首个确定 FRAND 专利使用费率的法院。随后向广东省高院提起的上诉中，广东省 高院维持深圳市中级人民法院的判决，尽管已向最高人民法院提交关于专利使用费率计算的上诉的呈请书。如果允许上诉，最高人民法院就此做出的判决将阐明中国法院在确定 FRAND 专利使用费率时将遵循的方法。
- 5.14 此外，发改委已对高通和交互数字技术公司对中国公司收取高额专利许可费，以及捆绑和要求被许可人免费交叉许可其专利等其他做法进行调查。交互数字技术公司已同意遵守一些承诺，而高通被罚款 61 亿元人民币。高通目前正面临一项由苹果公司于 2017 年 1 月向北京知识产权法院提出的诉讼，指称高通拒绝根据 FRAND 条款向苹果公司授予标准必要专利的许可。另一方面，工商总局正继续对微软公司启动滥用市场支配地位调查，该调查主要针对微软关于互用性及有关 Windows 操作系统和 Office 软件的其他竞争问题。
- 5.15 中国法院和监管机构也已在积极制定《反垄断法》项下评估知识产权的指引。在市场监管总局成立之前，该三家反垄断机构各自制定知识产权相关的反垄断指引。
- 5.16 工商总局曾展开关于其反垄断执法中知识产权执法指引的漫长的制定和征求意见过程。经过五年多的起草和反复多次征求意见，《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（《知识产权规定》）于 2015 年 8 月 1 日生效。
- 5.17 《知识产权规定》对与知识产权有关的滥用行为及（在较小程度上）反竞争协议作出规定，涵盖例如排他性交易、搭售、附加不合理条件、差别待遇、专利联营和标准制定等具体问题。在公司（包括中国公司和外国公司）和外国竞争机构（包括美国司法部）之间引起最多关注的一项规定是在对根据《反垄断法》行使知识产权的分析中引入必需设施原则。尤其是，《知识产权规定》规定，具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在其知识产权构成生产经营活动必需设施的情况下，拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权。工商总局在就其《知识产权规定》草稿公开征求意见时收到一些担忧。因此，《知识产权规定》对认定知识产权为必需设施设定了一些必须满足的条件。但是，该原则的确立，以及工商总局可能广泛解释该标准对知识产权持有人来说意味着相当大的不确定性。
- 5.18 此外，发改委已于 2015 年 12 月公布其本身的反垄断指引，而商务部于 2015 年 10 月草拟一份涉及知识产权的合并审查的参考框架。由于这些指引之间显著重叠，国务院反垄断委员会已于 2017 年 3 月公布一套综合指引草案征求公众意见。经国务院反垄断委员会近期批准的最终指引预料将在适当时候公布。

- 5.19 最高人民法院就审理专利案件积极咨询及公布司法意见。在 2015 年年初，最高人民法院公布了《最高人民法院关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》，当知识产权法院审理有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密及计算机软件等专业技术性较强的案件时，可以指派技术调查官参与诉讼活动。在同一时期，最高人民法院还公布经修订的《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》，于 2015 年 2 月 1 日生效。修订的条文与侵权、保护专利权的程度、《中国专利法》的应用、假冒专利，以及计算因侵权导致的损失和收入。
- 5.20 最高人民法院于 2016 年 3 月公布《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》，于 2016 年 4 月份生效。该司法解释载列规定，确保应根据 FRAND 原则确定标准必要专利的许可条款和条件，其亦订明若专利权人未能与被许可人进行真诚协商，从而违反了 FRAND 原则，则专利权人提出的侵权索赔通常会被法院驳回。
- 5.21 最高人民法院的新知识产权法庭自 2019 年 1 月 1 日成立，就针对北京、上海及广州的知识产权专属法院的判决及其他中级法院对专利相关案件的初审判决提出的直接上诉进行聆讯。2019 年 3 月，法庭在瓦莱奥清洗系统公司诉厦门卢卡斯汽车配件有限公司等侵害发明专利权纠纷案中作出其首个有关专利权争议的裁决。北京知识产权法院于 2019 年 4 月 16 日宣布接纳针对“红包快手”移动程序开发商及 wandoujia.com（应用程序管理及下载平台）营运商所提出的有关腾讯流动应用程序微信的“红包”功能的不当竞争诉讼。该争议涉及（其中包括）微信的“红包”功能及私隐问题。
- 5.22 市场监管总局会同公安部、农业农村部、海关总署、国家版权局、国家知识产权局等部门于 2019 年 4 月印发了《加强网购和进出口领域知识产权执法实施办法》。该实施办法旨在提高知识产权执法能力，加大对侵犯知识产权行为查处力度，切实维护权利人的合法权益和公平竞争的市场秩序。

6. 并购控制

6.1 从对三种垄断行为的执法角度来看，并购控制目前是最先进的，主要是因为早在《反垄断法》实施之前，中国就有一组不同的规定（《关于外国投资者并购境内企业的规定》（并购规定））要求必须进行经营者集中申报，随后这些并购规定于 2009 年 6 月被修订，使其与《反垄断法》的管辖标准一致。

管辖标准

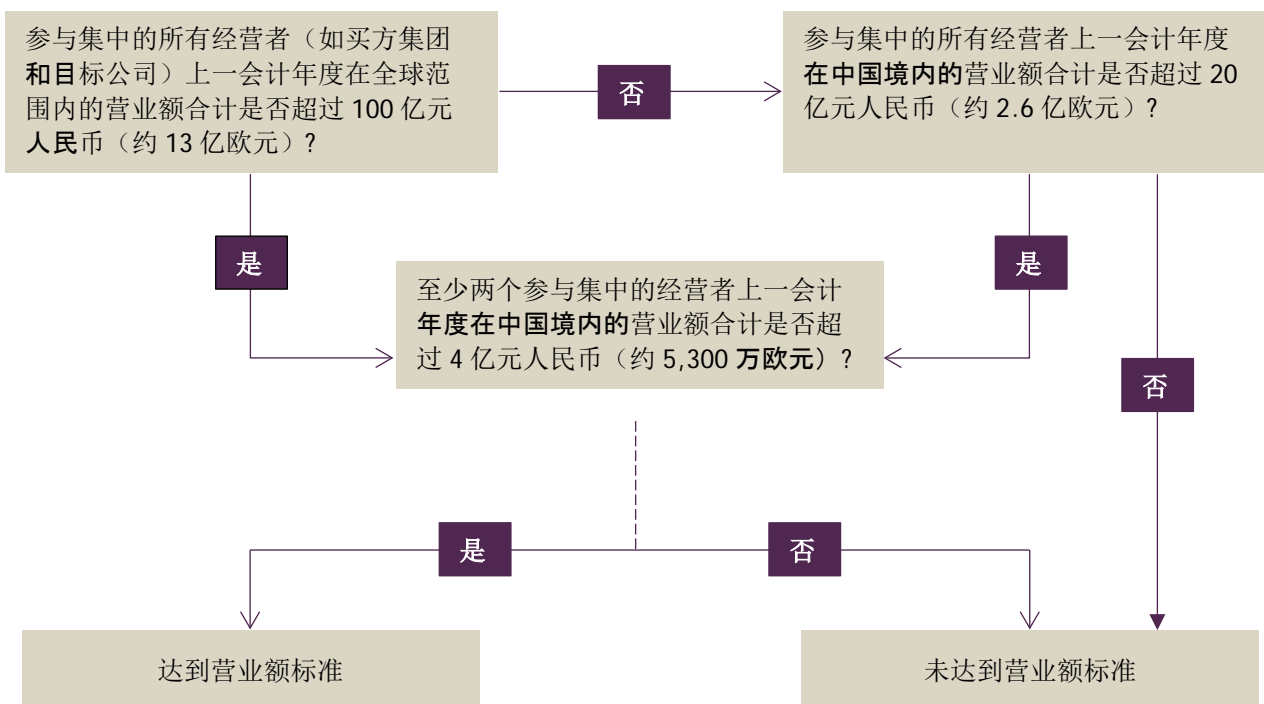
6.2 营业额标准如下所示（流程图参见下图 2）：

- 参与集中的所有经营者（如买方集团和目标公司）上一会计年度的全球营业额合计超过 100 亿元人民币（约 13 亿欧元）或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（约 2.6 亿欧元）；及
- 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（约 5,300 万欧元）。⁸

6.3 与欧盟和美国一样，中国对诸如银行和保险公司等金融机构也有特殊的营业额标准，而这些金融机构已在其他机构的监管之下（例如中国银行保险监督管理委员会）。《反垄断法》规定一旦已合计所有属于该金融机构的各种收入项目，就营业额标准而言，仅会考虑该合计总额的 10%。

6.4 此外，若“按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的”，市场监管总局有权调查不超过营业额标准的并购。⁹在何种情形下市场监管总局将行使这一权力，仍然不太明确，但是商务部公布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》提供了一些指南。迄今为止未有此类案例的报道，而市场监管总局可能只对预期会出现严重竞争问题的案例或在备受瞩目的产品市场才会行使这一权力。

图 2：《反垄断法》的营业额标准



⁸ 本宣传册内的欧元数字乃参照 2019 年平均汇率计算。

⁹ 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（中华人民共和国国务院第 529 号令）第 4 条（摘自商务部网站的官方英文翻译）。

经营者集中申报

- 6.5 2014年6月，商务部发布修订后的《关于经营者集中申报的指导意见》，明确何种交易需要通过经营者集中审查。《指导意见》首次解释控制权的构成、明确了合营企业的情形以及营业额的计算。市场监管总局于2018年9月刊发的一系列指导意见已采纳该指导意见。
- 6.6 根据《关于经营者集中申报的指导意见》（《指导意见》）第1条，“经营者集中”指《反垄断法》第20条所规定的情形，包括经营者并购、通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权，以及通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。控制权可由经营者直接取得，也可通过其已控制的经营者间接取得。《指导意见》的第3条规定集中所指的控制权包括单独控制权和共同控制权。它还指出集中协议和其他经营者的章程（如公司章程）是评估经营者是否取得控制权的重要判断依据。
- 6.7 《指导意见》并没有就判断控制权的取得明确任何百分比标准。《指导意见》承认由于股权分散等原因，通过取得少数股权，实际上取得事实上的控制权的可能性。
- 6.8 《指导意见》还非穷尽地列举了市场监管总局在决定交易是否导致取得控制权时将考虑的7个因素，包括：
- 交易的目的是未来的计划；
 - 交易前后股权结构及其变化；
 - 股东大会的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；
 - 董事会和监事会的结构及其表决机制；
 - 高级管理人员的任免；
 - 股东、董事之间的关系，是否存在任何委托行使投票权、一致行动人等；及
 - 经营者之间是否存在重大业务关系或合作协议等。
- 6.9 《指导意见》明确了经营者集中申报义务适用于合营企业。根据第4条，当两个或以上经营者取得一个新设合营企业的共同控制权时，才须进行申报。如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，将不会被认定为经营者集中。
- 6.10 需要注意的是，与欧盟不同，市场监管总局并不区分全功能和非全功能合营企业。紧密型联盟在中国也可能会引起有关并购控制的监管审查。一个突出的案例是马士基、地中海航运和达飞之间拟建立的P3联盟。该拟建立的联盟被视为《反垄断法》下的一项相关的集中，因此须向商务部进行申报，但由于其并非全功能合营企业，因而无须向欧盟委员会进行并购申报。
- 6.11 《指导意见》进一步明确了营业额的计算。根据《指导意见》的第5条，“在中国境内”的营业额指向位于中国境内的顾客销售所产生的营业额，因此包括从海外进口中国的，但不包括从中国向外出口的。

经营者集中申报程序

- 6.12 根据《反垄断法》第25条，初步并购审查期为30天（通常称为第一阶段）。¹⁰在实际操作中，这一期限并不是自各方向市场监管总局提交申报材料起开始计算，而是从市场监管总局受理完备的申报材料并立案才开始计算。在提交和立案期间（通常称为预立案期），市场监管总局几乎肯定会要求提交补充文件和资料。在某种程度上可以通过在一开始就尽可能准备完备的申报材料以及尽快回应市场监管总局(通常非常长)的资料提交要求来缩短延迟的时间，但是很难有把握地预测审查期将何时开始。

¹⁰ 《反垄断法》及实施细则都没有规定这是指日历日还是工作日，但是市场监管总局的实践表明使用的是日历日。

申报方通常应为此过程预留 2 至 4 个月的时间（尽管预立案期的长短取决于市场监管总局的工作量）。

- 6.13 在初步审查期后，如果需要实施更详细的调查（通常称为第二阶段），市场监管总局可将其审查延长 90 天，而在特定情况下，例如如果并购方同意，审查可以进一步延长最多达 60 天（第三阶段）。与欧盟不同，市场监管总局开始第二阶段的审查并没有实质性的标准，它可能仅仅因为在 30 天的初步审查期内没有足够时间完成审查而进行第二阶段的审查。如果市场监管总局要求的时间超过第三阶段，申报方可撤销并重新提交申报材料来重新开始审查期（如科磊 / 奥宝科技、联合技术 / 罗克韦尔自动化、林德 / 普莱克斯、依视路 / 陆逊梯卡、拜耳 / 孟山都、矽品精密工业 / 日月光半导体制造、马士基 / 汉堡南美船务、艾格瑞 / 萨斯喀彻温钾肥公司、惠普 / 三星电子、陶氏 / 杜邦、戴尔 / EMC、日立金属 / 中科三环、恩智浦半导体 / 飞思卡尔半导体、联发科技 / 晨星半导体、日本丸红株式会社 / 美国高鸿控股、嘉能可 / 斯特拉塔、西部数据 / 日立和应用材料公司 / Tokyo Electron 的案例）。

简易程序

- 6.14 2014 年 2 月 11 日，商务部公布了期待已久的适用于不在中国引起竞争问题的“简易案件”的快速通道简易程序。¹¹ 简易程序旨在加速并购审查过程，可能致使“60%的申报的交易”在第一阶段通过。¹² 简易程序有 2 个主要好处：极大地缩短了获得并购批准所耗费的时间，并减轻了简易案件申报方的行政负担。
- 6.15 简易程序已被市场监管总局纳入于 2018 年 9 月发布的《关于经营者集中建议案件申报的指导意见》内，并适用于以下几种交易：¹³
- 境外合营企业不在中国从事活动；
 - 合营企业的控制权从共同控制权变更为单独控制权（但唯一母公司和合营企业同一市场中竞争的除外）；或
 - 如果交易方在同一市场竞争，其市场份额之和小于 15%；如果交易方活跃在任何纵向相关或相邻市场，每个交易方的市场份额小于 25%。
- 6.16 根据我们的经验，简易程序是一项积极的进展，由此绝大多数案例在第一阶段内就可获得批准。首个利用简易程序的案例是在罗尔斯-罗伊斯控股公司收购 Daimler 在双方各占 50% 股权的合营企业罗尔斯罗伊斯动力系统控股公司中 50% 的股权交易（我们为该交易提供了法律意见）。该交易仅在正式立案后的 19 天就通过了商务部的审查。
- 6.17 对于简易案件，市场监管总局在其网站上发布通知，公开征求第三方的意见，历时十天。在有利于加快审查的同时，简易程序还增加了透明度，并更容易引起投诉。截至 2019 年 12 月 31 日，已公布 1,615 例简易案例。
- 6.18 自《反垄断法》实施起无条件通过市场监管总局（及之前的商务部）审查的申报案例有 2,944 个（截至 2019 年 12 月 31 日）。自 2012 年 11 月 15 日起，这些已根据《政府信息公开条例》予以公开。截至 2019 年 12 月 31 日，市场监管总局并未禁止任何交易，而商务部则仅禁止两起交易：可口可乐拟收购中国果汁生产商汇源（于 2009 年 3 月被禁止）以及丹麦穆勒马士基集团、地中海航运公司和法国达飞海运集团公司拟成立 P3 联盟（于 2014 年 6 月被禁止）。截至 2019 年 12 月 31 日，总共 44 起案件附条件通过审查（通常涉及行为性和结构性救济）。

¹¹ 《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》，于 2014 年 2 月 12 日生效。此后，2014 年 4 月 18 日《关于经营者集中简易案件申报的指导意见》公布。

¹² 商务部反垄断局局长尚明（2013 年 9 月 16 日）

¹³ 《关于经营者集中建议案件申报的指导意见》的第 2 条。

实质性评估

- 6.19 在经营者集中审批时，市场监管总局会考虑该集中是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果。即使看似符合此基准，如有关经营者能证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于其不利影响或符合社会公共利益，市场监管总局可以作出不予禁止的决定。¹⁴
- 6.20 2011年8月，商务部公布了《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》，其中载述商务部在进行实质性评估时将考虑的因素。这包括欧盟及其他竞争法体系下为人熟知的概念（市场份额、参照赫芬达尔-赫希曼指数的市场集中度和集中率、进入壁垒、技术壁垒、市场的生产能力等）。此外，该规定阐明了某些可能的抗辩理由，包括公共利益、经济效益、经营者濒临破产及买方抗衡力量。然而，对于损害竞争理论，商务部并未采用相同的术语，例如，该规定没有提及“协调”或“单方面”影响，因此商务部在评估交易时，能够保留更大程度的灵活性。
- 6.21 商务部于2018年3月13日就拜耳/孟山都的集中的附条件通过决定显示了商务部在根据《反垄断法》对集中进行实质性评估时考虑的因素。除其他因素外，商务部考虑了如下各项：合并各方相对于其竞争对手而言的市场份额、相关市场的集中程度、准入门槛以及下游客户的相对谈判地位。与欧盟委员会的分析相近，商务部也关注由于消除市场中“重要的创新力量”之间的竞争，对创新带来的不利影响。

迄今为止附条件批准和禁止决定的概述

- 6.22 市场监管总局曾对并购方附加结构性和行为性条件。在适当的情形下，公司能够提出行为性救济措施以解除市场监管总局的关于竞争的担忧，作为欧盟和美国反垄断机构往往偏好的结构性救济措施的替代措施。还值得注意的是，与其他司法辖区相同，市场监管总局评估拟进行的并购时，顾客或第三方的担忧至关重要。
- 6.23 近期的案例突出了这样一个事实，调查的结果有时是不可预测和不确定的，即使在市场份额看似相对低的情形。在一些国际并购中，即使交易已在其他司法辖区无条件通过审查，商务部也曾通过对批准附加条件进行干预；商务部也曾通过附加比其他司法辖区所附加的条件更为严厉的条件的方式进行干预。¹⁵即使市场份额表面上看来似乎不会带来关于竞争的问题，这种情形可能也会出现。例如，在嘉能可国际公司/斯特拉塔公司一案中，商务部表示担忧的市场涉及不到18%的市场份额；类似地，在日本丸红株式会社/美国高鸿控股有限责任公司一案中，商务部对日本丸红株式会社在中国进口大豆市场中所占的18%的份额表示担心。
- 6.24 商务部亦曾禁止其余地区已许可或并不禁止的经营者集中。例如，在考虑到可能对亚洲-欧洲航线造成反竞争效果的前提下，商务部曾于2014年6月17日禁止P3联盟的成立，而该交易已经获得美国联邦海事委员会许可，欧盟委员会亦决定不会对其启动反垄断调查程序。类似地，在谷歌/摩托罗拉、微软/诺基亚以及诺基亚/阿尔卡特朗讯案例中，商务部要求行为救济并要求有关经营者继续遵守其FRAND义务，尽管没有其他反垄断主管机关（如欧盟委员会和美国有关机关）要求申报方作出任何承诺。相反地，市场监管总局并未禁止任何交易，但在数个案例中附加附加限制性条件。比如在依视路国际与陆逊梯卡集团合并案中，市场监管总局决定附加限制性条件以应对此项集中对于纵向关联的影响，而其他执法机构则决定两家公司的产品相互间具有较强替代性，因此没有足够的市场控制力构成排除、限制竞争的效果。
- 6.25 商务部已显示其愿意接受“保持独立性”的救济措施，即合并各方承诺在完成交易后的一段时间内分别持有和经营（即不整合）其重叠的业务。这已被证明是具有一定争议性和难以实施的，正如商务部于2014年12月对西部数据未能遵守其保持独立性承诺而做出的行政处罚所示。尽管在这四年以来（自联发科技/晨星半导体一案以后）没有接受这种救济措施，商务部最近于2017年11月在矽品精密工业/日月光半导体制造一案中再次接受这种救济措施，要求合并各方分别持有和经营其重叠业务两年，两年后救济措施将自动失效。从2019年7月卡哥特科集团收购德瑞斯集团部分业务案及2019年

¹⁴ 《反垄断法》第28条。

¹⁵ 例如，参见西部数据/日立，谷歌/摩托罗拉移动、嘉能可国际公司/斯特拉塔公司，日本丸红/美国高鸿、美国百特国际有限公司/瑞典金宝公司、依视路/陆逊梯卡、联合技术/罗克韦尔自动化、林德/普莱克斯和科磊/奥宝科技。

9月的高意股份有限公司收购菲尼萨股份有限公司股权案可见，市场监管总局似乎延续了这采用“保持独立性”救济措施的传统。

并购救济规定

- 6.26 2014年12月4日，商务部发布了《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》（《救济规定》）。根据商务部的说法，《救济规定》的目的是改进对经营者集中附加条件的执行和监督，以及减少集中对竞争产生的不利影响。
- 6.27 《救济规定》规定了协商和决定救济的过程。市场监管总局要求救济建议应于第二阶段结束前二十日内提交。¹⁶《救济规定》还含有一条“皇冠宝石条款”。根据该条款，市场监管总局可要求有关经营者提出比首选方案的条件更为严格的备选方案，且备选方案可以包括核心有形和无形资产。¹⁷市场监管总局可通过下述方式对救济建议进行市场测试：（1）发放调查问卷；（2）召开听证会；（3）组织相关专家进行论证；或（4）其他方式。¹⁸
- 6.28 《救济规定》规定了实施救济的详细要求，包括选择合适买方、监督受托人和剥离受托人的标准，监督受托人和剥离受托人的职责，以及经营者的受限于其剥离承诺的职责。《救济规定》规定市场监管总局可在下列情形下要求剥离义务人在批准之前寻找潜在买方并签订出售协议：（1）被剥离业务的竞争性和可销售性存在较大风险；（2）买方的身份对救济能否有效恢复市场竞争具有决定性影响；（3）第三方对被剥离业务主张权利。¹⁹

抢跑 / 未作出通知

- 6.29 商务部于2012年公布《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》。自2014年以来，市场监管总局（及之前的商务部）已公布了48项处罚决定（截至2019年12月31日），其中19项涉及组成合营企业，29项有关股权收购（其中三项为收购少数股权）。近年，商务部惩罚了在“多个步骤构成”的交易（佳能 / 东芝、美年大健康产业 / 慈铭体检和 Paper Excellence / Eldorado 巴西纸浆公司）中抢跑的公司。
- 6.30 市场监管总局（及之前的商务部）可处以最高50万元人民币的罚款，而迄今为止，罚款从15万元到40万元人民币不等。商务部反垄断局局长此前曾经警告，如果案件涉及影响竞争的问题，未作出通知可能导致交易被解除。在2020年1月刊发的《反垄断法》修订草案中，其中一项建议为把抢跑 / 未作出通知的最高罚款增加至该公司上一个财政年度销售额的10%。

¹⁶ 《救济规定》第6条

¹⁷ 《救济规定》第7条

¹⁸ 《救济规定》第8条

¹⁹ 《救济规定》第14条

7. 私人诉讼

- 7.1 针对因反竞争行为导致的损害提起私人索赔在中国不断增多，尤其是因为顾客可根据《反垄断法》第 50 条迅速提起索赔。《反垄断法》第 50 条使个人和公司有权针对从事垄断行为的经营者提起私人诉讼。尽管缺少实施细则或必要的竞争法评估所需的知识或经验，法院一直非常乐意审理此类案例。
- 7.2 2009 年 10 月 23 日，法院对根据第 50 条提起的私人损害赔偿作出了第一个判决。由于原告北京书生电子技术有限公司未能提供足够的证据，证明被告盛大网络发展有限公司和上海玄霆娱乐信息科技有限公司具有市场支配地位，上海第一中级人民法院驳回了申索。书生电子指称被告通过对两名作者施加压力，要求其不为原来由被告发表的小说系列撰写续集，而滥用其市场支配地位。索赔价值 9,800 元人民币。此外，法院认为被告的行为是正当的，因为他们有权执行其知识产权。上海高级人民法院维持了此判决。
- 7.3 后续损害赔偿的索赔亦已在中国提起。2016 年 8 月，北京高级人民法院维持北京知识产权法院的一审判决，驳回了一名中国个人针对雅培贸易（上海）和北京家乐福商业（双井店）提出的涉嫌固定转售价格的反垄断后续索赔。发改委在 2013 年对该固定转售价格行为实施过行政处罚（参见上文第 4 部分）。根据法院的裁决（2016 年 11 月在网上公布），没有足够证据证明雅培与其零售商家乐福之间存在纵向约束协议。该裁决表明原告在后续索赔中须承担很大的举证责任。特别是法院裁定发改委的处罚决定只可支持雅培与其零售商从事固定转售价格的主张，但不足以证明雅培和家乐福之间存在约束协议，原因是发改委的处罚决定没有提到雅培的固定转售价格协议的任何相关方（不论批发商或零售商）。因此，原告未能在其声称的损失（仅为 10.44 元人民币加法律费用）与发改委 2013 年决定中确定的行为之间建立因果关系。
- 7.4 2018 年 8 月，北京市高级人民法院接纳由纷美包装有限公司（一家在香港上市提供无菌包装服务的公司）对 Tetra Pak 提出的涉嫌滥用市场支配地位的反垄断后续索赔。工商总局在 2016 年对该滥用市场支配地位实施过行政处罚（参见上文第 5 部分）。案件原本排期在 2018 年 8 月 8 日进行聆讯，但其后因 Tetra Pak 提出司法管辖权异议而取消聆讯。在 2018 年，上海知识产权法院接纳由一名个人对上汽通用汽车销售有限公司作出的起诉。该名个人指称上汽通用汽车销售有限公司违反了中国反垄断法中有关纵向约束的若干条文。该宗起诉是针对发改委在 2016 年就固定转售价格对上汽通用汽车销售有限公司所实施的罚款的后续索赔。
- 7.5 此外，越来越多公司利用竞争法作为私人诉讼的“利剑”，其中包括以滥用支配地位为由挑战大型跨国公司。例如，广东品胜电子以拒绝交易及排他性交易为由，于 2017 年 8 月向北京知识产权法院对苹果公司的认证行为提起诉讼。摩托罗拉正面临中国通信设备制造商海能达通信有关排他性和过度定价指控的反垄断诉讼。2017 年 9 月，云南省高级人民法院驳回了当地一家生物柴油生产商云南盈鼎生物能源有关中石化拒绝交易，滥用市场支配地位的申诉。北京海淀法院于 2019 年 12 月受理了百度起诉北京字节跳动科技有限公司（抖音持有者）一案。百度诉称北京字节跳动公司在“头条搜索”中触发搜索广告的关键词，干预搜索结果，帮助自己拥有并运营的“西瓜视频”不当获取竞争优势，此种行为构成不正当竞争。
- 7.6 其他知名度较高的案例包括：
- 呼和浩特市汇力物资 / 壳牌（中国）：在牵涉壳牌公司涉嫌与经销商固定价格及竞标的纠纷中，最高人民法院于 2019 年 8 月裁定争议解决的仲裁条款不豁免原审法院对案中两起垄断协议的管辖权。
 - 瑞幸咖啡诉星巴克案：2018 年 5 月 15 日，中国初创咖啡连锁店瑞幸咖啡宣布在中国法院对星巴克提出反垄断诉讼，指控星巴克从事垄断协议及滥用市场支配地位。
 - 华为诉三星案：2018 年 1 月 11 日，深圳知识产权法庭成立以来首次作出裁决。它颁发了有利于标准必要专利持有人（华为）的禁令，命令被告（三星）停止在相关产品的生产和销售中的侵权行为。在这宗案件中 颁布禁令可能会为中国未来的知识产权案件开创先例；

- 宁波科田磁业、宁波永久磁业、宁波同创强磁材料及宁波华辉磁业诉日立金属株式会社案：2015年12月17日和18日，宁波市中级人民法院审理一宗关于稀土磁铁专利许可的滥用市场支配地位案件。该案尚未作出判决。该判决预期将针对是否可对拒绝许可非必要专利给予处罚在中国开启先例（尤其是中国法院是否会采用必要设施原则）。
- 奇虎诉腾讯案：2014年10月16日，中国最高人民法院审理裁定第一个竞争法相关的案件，该案涉及复杂的市场界定，听取了来自国际上的竞争法经济学家的专家证词；
- 华为诉交互数字技术公司案：2013年2月4日，深圳市中级人民法院对使用交互数字技术公司的必要专利需支付的专利使用费的水平作出判决。广东省高级人民法院随后于2013年10月28日维持原判；及
- 北京锐邦涌和科贸公司诉强生案：2013年8月1日，上海市高级人民法院推翻一下级法院的判决，并似乎对固定转售价格问题采用了“合理原则”。此乃国内法院对固定转售价格问题做出的首例裁决。

7.7 最高人民法院于2013年7月开始在网上公布判决，此举提高了中国法律制度的透明度，因而广受欢迎。但是，信息披露的程度仍然不一致。判决是分批次地，断断续续地公布，而涉及国家安全、商业机密和个人隐私的案例则不予公布。

8. 国家安全审查

- 8.1 根据《反垄断法》第 31 条，如果一项交易涉及外国投资者收购（包括实际控制）某些行业的中国国内公司，可能需要接受独立的国家安全审查。该审查有独立的审查过程和审查时间。某些行业包括军工企业和位于主要和敏感军事设施附近的企业、国防企业、涉及国家安全领域的企业，包括主要农产品、能源和资源、基础设施、运输服务、关键技术及生产主要设备。暂行条例于 2011 年 3 月公布，随后被 2011 年 8 月公布的新规则取代。
- 8.2 国家安全审查属于商务部的管辖范围（在市场监管总局成立后依然如此）。在外商投资批准过程中，地方商务主管部门负责决定相关交易是否需要国家安全审查。此外，诸如其他政府部门、行业协会和同一行业或上游 / 下游行业中的企业等第三方也可以通过向商务部提议进行这样的审查而触发这一程序。另外，当事方可主动向商务部申报进行国家安全审查。
- 8.3 商务部首先有 15 个工作日来决定交易是否属于国家安全审查的范围。如果是，案子将移交由商务部和发改委共同主持的部级联席委员会。该委员会有最多 90 个工作日（为期 30 个工作日的“一般”审查期，接下来是为期 60 个工作日的“特殊”审查期）来作出审查决定。如果案子既需要经国家安全审查，又需要经并购审查，商务部在实际操作中可能会推迟受理经营者集中申报，直至联席委员会就交易的国家安全方面作出审查决定。
- 8.4 2015 年 4 月，国务院颁布了《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》。《试行办法》的一个重要方面是扩大了潜在的可审查交易范围，因为其规定外国投资者单独或者与其他投资者共同在自由贸易区设立与国家安全有关（例如上文第 8.1 段所述的范围）的新企业（即包括新建的合营企业）时，可能会需要国家安全审查。目前，上海、广东、福建、天津、辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西和海南有 12 个自由贸易区。国家安全审查程序将与上文第 8.3 段所述相似。
- 8.5 2019 年 3 月 15 日，全国人大通过了外商投资法，该法于 2020 年 1 月 1 日起施行。新法要求建立一个安全审查制度以审查影响或者可能影响国家安全的外商投资（包括并购境内中国企业以及绿地投资）。预计今后会有很可能影响现行国家安全审查制度的实施细则出台。市场监管总局于 2020 年 1 月发布的《反垄断法》修订草案中，其中一项建议为扩大安全审查制度的范围之所有可能影响国家安全的交易，而非只限于牵涉外商投资的交易。

附录：香港

引言

香港《竞争条例》（条例）于 2015 年 12 月 14 日起全面施行，至今已有四年，此法是香港首个涵盖各个行业的竞争法。此前，只有电信和广播行业受竞争法的管辖。《竞争条例》的实施，已使香港与全球超过 100 个设有竞争法制度的司法管辖区接轨。

竞争事务委员会（委员会）根据《竞争条例》成立，担当香港的竞争监管机构，获赋予广泛的调查权力，藉以对违反《竞争条例》的行为进行执法。与某些其他司法管辖区不同，《竞争条例》采用检控模式的执法程序。委员会必须在执法时向竞争事务审裁处（审裁处）（即专责就《竞争条例》引起的案件作出裁决的法庭）提起诉讼，从而对有关行为施以罚款及其他制裁。

在 2015 年 12 月前，委员会就其与通讯事务管理局（该局与委员会就电信行业的竞争事宜享有共同管辖权）如何诠释及实施《竞争条例》发出指引及政策。当中包含《竞争条例》的指引（指引），涵盖实体及程序方面的六大议题，分别为：（i）第一行为守则（禁止反竞争协议及经协调做法）；（ii）第二行为守则（禁止滥用市场权势）；（iii）合并守则（禁止大幅减弱竞争效果的合并，仅适用于电信行业）；（iv）投诉；（v）调查；及（vi）申请决定及集体豁免命令。

委员会在 2017 年向审裁处提起两宗诉讼，第一宗案件涉及科技行业的围标行为；而第二宗案件涉及室内装修行业的固定价格和瓜分市场行为。审裁处于 2018 年对这两宗案件进行了聆讯并于 2019 年颁布裁决，两份裁决都由委员会胜诉。

委员会于 2018 年及 2019 年向审裁处分别提起第三和第四宗诉讼，两宗案件均涉及室内装修行业的固定价格和瓜分市场行为。2020 年 1 月，委员会向审裁处提起第五宗诉讼，涉及资信科技招标中交换竞争敏感的信息。

《竞争条例》的涵盖范围

《竞争条例》禁止以下三种反竞争行为：

- 反竞争协议：经营者之间目的或效果是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争的协议、经协调做法或决定（第一行为守则）；
- 滥用市场权势：具有“相当程度的市场权势”的经营者藉从事目的或效果是妨碍、限制或扭曲在香港的竞争的行为而滥用该权势（第二行为守则）；及
- 电讯业的并购：就电讯获发牌人而言，任何具有或可能具有大幅减弱在香港的竞争的效果的并购（合并守则）。虽然目前的意图是不将此关于并购的制度延伸到其他行业，但香港政府已表示可能在未来数年内检讨这一适用情况。

《竞争条例》进一步将受第一行为守则规管的某些严重活动界定为“严重反竞争行为”。这些行为包括：固定价格、围标、编配市场及产出控制。这些被认为是特别严重的违法行为，将受下文所述的更为严厉的执法制度规管。

第一行为守则：反竞争的协议

禁止的范围

第一行为守则禁止在香港市场有反竞争目的或效果的任何协议（或经协调做法）。以下是四种基本的“不得”与竞争对手进行的行为：

- 不得讨论价格、折扣、回扣、供应条款、利润率或业务的任何其他条款或交换任何商业敏感信息；
- 不得同意限制生产、市场、技术发展或投资；

- 不得就市场份额、地域、顾客或供货源达成一致；及
- 不得参与围标（如同意投标的条款，同意不提交投标或同意撤回投标）。

在审裁处审理的委员会提诉的第一宗案件中，委员会指称有五家资讯科技公司就供应及安装新伺服器系统招标时进行围标安排。被指控的围标行为是一个典型的“掩护式投标”例子，其中涉及一些投标人提交虚假的“虚拟标书”，使所选中的成功投标者看似提交了最低的投标价。

委员会在审裁处审理的第二宗案件涉及合谋定价和瓜分市场的指控。据称，在向一个屋邨的住户提供装修服务时，在自己协商决定分配给每家公司的屋邨的指定楼层之外，十家室内装修公司还共同制作并使用同一宣传单。

- 固定价格：在向公共屋苑的居民提供装修服务时，据称十家室内装修公司共同制作及使用宣传单。单子上载有不同装修工程服务套餐的价格。委员会指称这是反竞争的行为，原因有两个。首先，在没有进一步价格交涉时，这些单子上的价格实际上决定了交易价格。其次，在其他情况下（有价格交涉时），这些单子上的价格以两种方式影响交易价格：（i）它们被用作谈判的起始点或参考点；（ii）它们给人造成一种这些价格意指“标准定价”或者所有承包商收取类似的价格的印象。
- 瓜分市场：据称，十家装修公司同意每家公司获分配公共屋苑项目的指定楼层。具体而言，装修公司据称同意如果某住户居住的楼层已分配给另一承包商，他们不会积极招揽或接受该住户的生意，及/或如果该住户主动接触，他们会将该住户介绍给获分配该楼层的承包商。

委员会在审裁处审理的第三和第四宗案件的案情大致与第二宗案情类似，因为两宗案件均涉及固定价格和瓜分市场行为的指控。第五宗案件则涉及交换竞争敏感的信息，被委员会归类为价格固定案。在这三个案件中，委员会首次对涉及涉嫌合谋行为的个人分别追究法律责任。

“纵向协议”是否被禁止？

指引表明，委员会认为纵向协议（处于供应链不同级别的经营者之间的协议）一般而言不太可能被视为严重反竞争行为，而且与横向协议相比，纵向协议对竞争的损害较小。然而委员会并未给予纵向协议任何豁免，而是在指引中指出它们可能具有损害竞争的目的或效果，尤其是当纵向协议具有封锁效果或助长横向协调行为时。不过与此同时指引承认除非存在市场权势，该等协议不太可能引起竞争关注，而且能提供更大的经济效益。

第一行为守则对行业协会的适用

人们普遍承认行业协会有利于改进标准和确保为顾客提供更好的服务。然而，它们也为竞争对手进行不该进行的讨论提供了机会。因此，行业协会必须小心确保任何信息的交换符合竞争法规。

是否存在任何其他豁免情形？

《竞争条例》规定，全球范围内年营业额合计不超过 2 亿港元的经营者之间的所有协议（只要该等协议不构成严重反竞争行为）符合第一行为守则规定的小额豁免情形。至于公司集团，委员会在其《就《竞争条例》行为守则的豁免如何厘定“营业额”》的指引中表明，营业额的厘定将涵盖所有构成同一经济个体（即由同一最终母公司所控制）的公司。

此外，对于提升经济效率、因遵守法律规定而达成的或获香港政府委托经营令整体经济受益的服务的经营者的协议，符合豁免情形。2017 年 8 月 8 日，委员会就班轮运输公司之间的船舶共用协议发出首个集体豁免令。香港定期班轮协会于 2015 年 12 月条例全面生效的三日后提交申请，审查程序总共持续一年半以上。委员会对船舶共用协议（而非自愿讨论协议）给与豁免。这一决定对外界理解委员会的做法提供了很大帮助，特别是其对基于经济效益豁免需满足的条件的狭义解释，以及对经验性证据的强调。

2018 年 10 月 19 日，委员会发布决定，宣布《银行营运守则》不能基于遵守法律规定这一豁免而被豁免于第一行为守则。在 14 家《银行业条例》项下的认可机构提交申请后，审查程序一共持续了超过十个月。然而，委员会确认其目前无意就《银行营运守则》的现行版本进行调查或采取执法行动。这一决定反映了委员会对遵守法律规定这一豁免的狭窄诠释。

2019年10月22日，委员会就香港科研制药联合会拟进行的药物销售调查公布决定。委员会决定该拟进行的调查不会凭借经济效率豁免而获豁免于第一行为守则之外。委员会考虑到申请人未能提供足够证据证明经济效率由拟进行的调查所导致。此决定重申了委员会对于经济效率豁免的规定的数据的狭义诠释。

第二行为守则：滥用市场权势

何谓“相当程度的市场权势”？

若某个经营者在相关市场内没有受到足够有效的竞争制衡（即把价格提高至具竞争力水平以上或将产量或质量降至具竞争力水平以下的能力），很可能被认为拥有“相当程度的市场权势”。在实践中，若某个经营者在相关市场拥有重大的业务份额，该经营者便有可能形成相当程度的市场权势。

注意该标准不同于欧盟、中国大陆、新加坡和其他司法辖区所采用的“市场支配地位”标准。在起草《竞争条例》时，香港政府认为有必要确保第二行为守则能够适用于香港众多的存在两个或三个大型经营者，但无具有市场支配地位经营者的行业。

第二行为守则指引并没有提及形成相当程度的市场权势的任何指示性标准，尽管香港政府已指出，市场份额少于25%的经营者不太可能拥有相当程度的市场权势。

何种行为将被禁止？

《竞争条例》赋予拥有“相当程度的市场权势”的经营者一项特殊责任，即不从事被认为是滥用市场权势的行为及对香港市场具有反竞争目的或效果的行为。若行为具有“排他性”，即妨碍竞争者有效竞争或迫使竞争对手退出市场，则该行为属于滥用行为。

“滥用”的例子包括掠夺性定价（即定价低于成本价，以迫使竞争对手退出市场）、提高忠诚度的回扣计划、独家交易、搭售 / 捆绑及拒绝为实际或潜在竞争对手提供必要设施。

何为“剥削性”行为？

剥削性行为是指对顾客不公平的行为（通常为定价过高）。

《竞争条例》并没有区分“排他性”和“剥削性”的行为，但是委员会已在其执法政策（2015年11月颁布）中表明会以前者为关注点。

是否存在任何豁免情形？

《竞争条例》规定，全球范围内年营业额不超过4000万港元的所有经营者符合第二行为守则规定的小额豁免情形。同样，对于公司集团，委员会在其《就《竞争条例》行为守则的豁免如何厘定“营业额”》的指引中表明，营业额的厘定将涵盖所有构成同一经济个体（即由同一最终母公司所控制）的公司。

此外，与第一行为守则的情形类似，因遵守法律规定而进行的行为，或获香港政府委托经营令整体经济受益的服务的经营者的行为，符合豁免情形。

监管机构对调查潜在违规有何权力？

委员会拥有《竞争条例》赋予的调查涉嫌违规的全面的权力。这些权力包括要求出示文件和信息，要求个人参加与委员会的面谈，以及如果持有法院手令，进入和搜查处所（即突击检查）的权力。

委员会及仲裁处的成员

2018年4月27日，政府宣布再度任命委员会6名前任成员，并任命9名新成员（一共15名成员），任期由2018年5月1日起为期两年。消费者委员会的前任主席胡红玉再度被任命为主席。其他成员分别代表法律、经济、消费者保护、金融服务、商业和工业等行业。除此之外，委员会亦透过其执行部门开展工作。委员会现任行政总裁由冼博崙（Brent Snyder）先生担任，他之前任职于美国司法部辖下的反垄断局的副助理司法部长。

林云浩法官和欧阳桂如法官分别被再次任命为审裁处的主任法官和副主任法官。每人任期为三年，自2016年8月1日开始生效。原讼法庭的每位法官，凭借被任命为原讼法庭法官的事实，而成为审裁处成员。

违反《竞争条例》的经营者可被处以何种处罚？

告诫通知和违章通知书

如果涉嫌违反第一行为守则的行为不构成“严重反竞争行为”（定义如上所述），那么委员会必须在向审裁处提起法律程序之前，向相关经营者发出“告诫通知”，要求其在指明期间内停止相关行为。只有在经营者未能遵守告诫通知，或在初步纠正反竞争行为后又重复出现反竞争行为的情况下，委员会才可针对该经营者提起法律程序。

如果涉嫌的违反行为构成“严重反竞争行为”或对第二行为守则的违反，将不会发出告诫通知。委员会可选择直接在审裁处提起法律程序，或可发出“违章通知书”。违章通知书应描述被指称违反行为守则的行为、指出委员会赖以支持其观点的证据，同时指明委员会愿意不提起诉讼、将此事和解的条件。2020年1月，委员会发出了首份违章通知书，载明有关第五宗案件的涉事公司的承诺。

承诺

在委员会调查的任何阶段，相关经营者可通过承诺采取某些行动或不采取行动来回应委员会的担忧，以代替委员会的进一步调查或在审裁处提起正式法律程序。

宽待

委员会在2015年11月颁布了为从事合谋行为之业务实体而设的宽待政策（宽待政策）。宽待政策对首先向委员会举报合谋行为的合谋成员豁免罚款。第五宗案件为首宗成功申请宽待而引申的案件。

关于之后提供合谋信息的其他合谋成员，委员会最近于2019年4月颁布了《为从事合谋行为之业务实体而设的合作及和解政策》。根据该政策，委员会可以与这些合谋成员达成协议，同意减免其原本会向审裁处建议的罚款。虽然审裁处最终裁定罚款金额，委员会认为审裁处会考虑委员会的推荐。

审裁处可施加的处罚

如果进入审裁处的法律程序，并被发现违反第一或第二行为守则，《竞争条例》授予审裁处适用各类救济的权力，包括：

- 违法期间最多三年的不超过香港营业额的10%的罚款；
- 交出非法所得令（即返还因违反所得非法利润）；
- 被损害方获赔的损害赔偿；
- 禁制令；及
- 取消董事资格令。

要求损害赔偿的后续诉讼

如果审裁处（或其他法院）裁定经营者违反第一或第二行为守则，或经营者在其向委员会作出的承诺中承认违法，因该违反而遭受损失的第三方可在审裁处针对相关经营者提起私人诉讼，要求损害赔偿。

审裁处（或相关上诉法庭）在委员会提起的诉讼中的责任裁定对任何后续诉讼均有约束力。原告仅需证明因果关系和损害赔偿金额。

后续诉讼的时效是三年，自法庭作出已违反《竞争条例》的判决的上诉期届满开始计算。

《竞争条例》并未赋予独立的诉讼权利（即在审裁处或相关上诉法庭未判决违反的情况下）。

结束语

《竞争条例》的实施是向提高香港的竞争和消费者福利迈进的一大步，但是它也为商业界带来巨大挑战。经营者必须踏上了解和践行竞争法原则的旅程，而这在某些情形下可能要求从根本上改变在香港开展业务的方式。

©司力达律师楼 2020

本资料仅为一般介绍，不用于提供法律意见。
欲获取更多信息，请联系您在司力达律师事务所的常用联系人。

2020年2月

107389598