

Expertise Makes It  
Possible

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

## 从企业合规角度看《反垄断法》最新修订

日期：2022.07.01

@Wanhuida Intellectual Property

[www.wanhuida.com](http://www.wanhuida.com)

## Expertise Makes It Possible

# 从企业合规角度看《反垄断法》最新修订

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

广受业内人士关注的《反垄断法》第一次修订，经过近四年的酝酿、讨论和审议，于2022年6月24日由第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议通过，即将于2022年8月1日起施行。

短短几天内已经有不少解读文章，不过大多数仅限于表面的文字解读，或者从监管角度为修订内容进行说明或背书。笔者曾长期就职于几家处于行业龙头的跨国企业，从事专职律师后亦继续为更多处于行业领先地位的企业提供咨询服务，因此始终密切关注《反垄断法》的制订、实施和修改，并曾经多次参与《反垄断法》制订前的立法研讨和实施后的专题讨论。因此，笔者想从企业合规角度对《反垄断法》的最新修订做一个较为深入的解读，希望对从事企业法律顾问工作的同行们在进行反垄断合规审查时有所帮助，并期待与业界同仁进行更多探讨和交流。

反垄断法是维护市场竞争秩序、提高经济运行效率、保护消费者利益的基础性法律，带有很强的政策性色彩，因此往往对整个行业的发展以及行业内龙头企业的运营有着根本性影响。从企业角度来看，本次修订的最大特点就是对平台经济实体垄断行为的规制和对纵向垄断协议实施“安全港”制度。前者对于大型互联网平台企业具有非常明显的影响，必将引起互联网平台企业内部法律顾问和管理层的高度重视；后者则是对各行业领先企业在规范管理营销渠道和销售活动方面的一次政策性“松绑”，有利于企业更好地管理不同营销渠道和经销商之间的竞争。

### 一、对平台经济实体垄断行为的规制

新修订的《反垄断法》专门增加了一条作为第九条：经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。

本条专门对平台企业容易产生或造成垄断的环节或手段进行了列举式禁止性规定。按说既然是“本法禁止的垄断行为”，无论是通过什么方式或者何种表现形式，只要事实上造成了垄断结果，均应该被禁止。所以从立法技术上来说，本条似乎完全没有必要增加。然而从全国人大立法的严谨性来看，尤其是涉及调节市场经济秩序的根本性法律的立法或修改，立法者肯定是采取谦抑和审慎的态度，非必要情况下不会刻意增加或者删除一个条款。

因此，此次修法专门增加第九条，而且是放在第一章总则中，刻意突出禁止平台经营者不得利用数据和算法、技术和资本优势以及平台规则等手段搞垄断行为，显然只能是一种政策性宣示，是对当前大型网络平台通过各种手段限制竞争对手或者侵害消费者利益等现象的一种警告甚至是“亮剑”。

互联网平台的反垄断问题，无疑是最近几年比较突出的一个法律问题和社会问题。我国的互联网平台经过20年突飞猛进的快速发展，已经渗透到社会生活的方方面面，平台企业也拥有了庞大的用户数量以及与用户网络活动有关的海量基础数据，已经在很多方面取代传统上由政府部门或者公有单位承担的管理和服务功能，在提高市场资源配置效率、便利信息交流和日常生活等方面发挥了重要作用，也为国家的现代化治理建设和公共管理服务质量的提升起到了重要助力。然而，互联网平台经济领域也出现了一些较为突出的问题，比如头部企业为了维持竞争优势采取各种措施防止平台用户转移，平台利用垄断地位不断提高用户使用和运营成本，利用大数据和算法精准识别并区别对待平台用户，平台制定和修改规则仅从有利于自身利益角度出发而不兼顾平台用户利益和公共利益，等等。这些问题在鼓励和扶持互联网经济发展阶段往往被忽略或容忍，但是到了互联网平台已经深刻影响经济生活和社会生活方方面面的时候，就需要进行适当地规范和制约，尤其是在针对平台的不正当竞争和垄断行为，需要加以限制或禁止，否则将危害市场经济的健康发展秩序，最终损害国民经济的长远发展和广大消费者的基本权益。

平台经济发展过程中存在的问题，已经引起了社会的广泛关注，也引起了最高权力机关的高度重视。中共中央政治局于2020年12月11日召开的会议中首次提出要“强化反垄断和防止资本无序扩张”，并在随后召开的中央经济工作会议中将其列入2021年八项重点工作任务，强调国家在支持平台企业创新发展、增强国际竞争力的同

日期：2022.07.01

新闻中心 > 万慧达观点 > 商标

时要依法规范发展，健全数字规则。本次《反垄断法》修改特设针对平台垄断行为的“专条”，可以说是最高权力机关对上述问题的明确回应和整治平台垄断问题的政策性宣示。

从平台企业角度来看，对于国家在平台经济政策上的转变要有高度敏感性，尤其是在新法实施初期，要特别谨慎地审查平台在技术和算法运用、平台规则制定修改等方面是否存在垄断性行为。与此同时，要积极与相关立法专家和主管部门进行深入沟通交流，准确理解立法背景和立法目的，积极参与相关实施细则和司法解释的研究讨论，为相关部门提供更多真实准确的行业信息，以保证相关法律法规的实施既符合维护平台经济健康有序发展的初衷，又能够防止矫枉过正，出现“运动式”、“选择性”执法，最终达到公平与效率兼顾的理想状态。

更具体地说，平台企业需要积极就新《反垄断法》第九条规定的“数据和算法、技术、资本优势以及平台规则”这些容易构成垄断的因素做充分解释和说明。这些因素本身并无好坏之分，也不具有天然垄断性质，并不是说平台企业只要利用这些因素就会涉嫌构成垄断，也不是说不具有这些因素就不会构成垄断。此次修法将这些因素明确列为不得利用来从事垄断行为，很容易让人误以为这些因素具有天然的垄断色彩，平台只要有利用这些因素，就推定涉嫌构成垄断。判断一个行为是否涉嫌构成垄断，仍然要回到是否有“滥用市场支配地位”这个构成垄断的基本要素上来。

从另一方面来说，那些仍然处于相对弱势竞争地位的平台企业，也需要积极利用实施细则和司法解释出台之际，向有关部门提供信息和建议。在信息提供方面，可以向有关部门提供行业发展情况、具有支配地位的同行业竞争者通常使用的垄断方法，以及如何调节市场竞争秩序更有利于行业的整体发展和利益平衡，使反垄断执法更精准，真正起到维护健康有序的市场竞争秩序的作用。

## 二、纵向垄断协议“安全港”制度的适用

纵向垄断协议是指经营者与交易相对人之间达成的垄断协议，一般表现为两种形式，一是固定向第三人转售商品的价格；二是限定向第三人转售商品的最低价格。

《反垄断法》修改之前关于禁止纵向垄断协议的规定在第十四条：

禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格；（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

这一规定简单明了，属于典型的“行为犯”，即只要有此类行为即属违法，因此十分有利于执法，从而成为套在各行业头部企业的一道紧箍咒，也是《反垄断法》自2008年8月1日实施以来最经常被引用于执法的一个条款，以致很多大型企业法务在进行合规审查时对此条款畏之如虎，战战兢兢，不敢越雷池半步。

以汽车行业为例，汽车制造商为了维护国内市场价格的统一，防止经销商之间恶性竞争，往往会对汽车零售价格进行统一规定。而这一点恰恰触犯了《反垄断法》关于纵向价格垄断的禁止性规定。仅在2014年，国家发改委就对多家汽车生产商进行突击检查，并以价格垄断为由处罚包括奔驰、大众和12家日本汽车零部件生产商在内的多家汽车制造企业，罚款超过15亿元人民币。以致欧盟商会于2014年8月发出一份特别声明，认为中国以汽车行业为重点的反垄断措施并不公正，美国商会也于2014年9月发布报告关注中国日益严格的反垄断执法行动。

可能正是意识到反垄断行政执法领域存在的过度执法现象，一些地方法院在审理涉及“限定向第三人最低转售价格”的民事诉讼案件中，发出了不同声音。如上海市高级人民法院在（2012）沪高民三（知）终字第63号民事判决中认为：在对限定最低转售价格行为性质的分析判断中，相关市场竞争是否充分、被告生产地位是否强大、被告实施限定最低转售价格的动机、限定最低转售价格的竞争效果等四方面情况是最重要的考量因素。在最高人民法院发布的第78号指导案例北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案和第79号指导案例吴小秦诉陕西广电传媒（集团）股份有限公司捆绑交易纠纷案中，最高人民法院均重点审查了被告是否具有市场支配地位以及被告的行为是否构成滥用市场支配地位。

从各行业的市场竞争格局来看，国内市场除了禁止或者限制民营企业进入的行业被几家国企高度垄断之外，多数行业实际上处于充分竞争状态，每个行业都有众多企业在市场上互相拼杀，只有极少数领域存在真正的垄断者（包括本次修法重点监管的互联网平台服务领域）。在这种激烈的市场竞争格局下，一个企业在一定程度上对其产品或服务价格进行管控，恰恰有利于市场价格的透明化，维持企业及其经销商的合理利润空间，而不是任由有实力的经销商垄断部分市场，先通过恶性价格竞争扼杀竞争对手，再通过提高产品或附加服务的价格将成本转嫁给最终用户和消费者。一定程度的价格管控还有利于维持市场的整体竞争平衡，有利于消费者对于一定的价格所对应的产品或服务形成稳定的认知和预期。总之，纵向价格管控并不一定会造成反垄断法所规制的垄断后果，反而可能有利于维护正常的市场竞争秩序。

因此，本次《反垄断法》修改引入“安全港”制度，是十分有必要的，是对过去十余年反垄断执法在纵向垄断协议领域存在的过度执法的一次拨乱反正。

新的《反垄断法》将原第十四条改为第十八条，并在原条款内容后面增加了两款作为第二款和第三款：

对前款第一项和第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。

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规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其它条件的，不予禁止。

这就是《反垄断法》此次修改所引入的“安全港”制度，即存在存在第一款所禁止行为的情况下，如果能够证明其价格管控行为存在以下两种情形之一的，不构成垄断：一是其行为并不具有排除、限制竞争效果；二是经营者本身处在一个充分竞争的行业或市场环境，其在相关市场所占的份额并不高（即低于国务院反垄断执法机构规定的标准）的情况下，也不会构成垄断。

“安全港”制度的引入，使纵向价格管控不再是“行为犯”，而是需要根据具体情节和危害后果来判断。如果一个经营者在行业内的市场份额并不高，其价格管控行为并不足以影响整个行业的供求关系，消费者有充分的选择，这个经营者根据自身管理要求对经销商的转售价格进行固定或者限定最低价就不应被认定为垄断；即使一个经营者在市场上具有相对强势的地位，但是如果其价格管控行为并不具有排除或者限制竞争的效果，同样也不应被认为是垄断。事实上，如果市场上占据优势地位的经营者将其产品或服务价格维持在一个相对高位，反而有利于其他经营者在较低价位获得生存发展空间，并有机会向高价位市场拓展，形成更加充分的竞争格局。相反，如果不允许经营者对经销商价格进行一定程度地管控，反而有可能形成一家独大、赢者通吃的局面，也容易造成消费者对该经营者价格体系认知的混乱。

当然，“安全港”制度的引入，并不是完全解除了对转售价格限定行为的“紧箍咒”。那些具有行业领先地位的经营者，仍然要做好合规审查，在制定价格管控措施的时候，要从维护市场秩序和公平竞争角度出发，而不是为了排除或者限制正常的市场竞争。另外也要看这些措施即使一开始并不是为了排除或限制竞争，但是如果事实上起到了排除或限制竞争的效果，也有可能触犯反垄断法。

本次《反垄断法》大修，除了上面两个值得重点关注的内容外，其他值得企业法务关注的还有以下几点：

扩大了经营者集中申报的范围：经营者集中即使未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报。这一点无疑扩大了经营者集中申报的范围，也赋予了反垄断执法机构在某些情况下主动出击的自由裁量权。

提高了对于实施垄断协议行为和经营者违法实施集中行为的行政处罚数额，并对垄断协议行为实行“双罚制”，除了处罚经营者外，对于负有个人责任的经营者法定代表人、主要负责人和直接责任人员，处以最高50万元的罚款。

增加了反垄断公益诉讼制度和刑事责任制度：经营者实施垄断行为，损害社会公共利益的，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。新增第六十七条：违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

另外还有一些与经营者合规没有直接关系的条款修改或增加，目前网上已有较为全面的介绍和解读，本文不再赘述。