



2021年11月18日，国家反垄断局正式挂牌（图/IC Photo）

## 主持人

## 田小丰

上海律协竞争与反垄断业务研究委员会主任、上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人

## 嘉宾

## 黄凯

上海律协竞争与反垄断业务研究委员会副主任、北京市通商律师事务所上海分所律师

## 柴志峰

上海律协竞争与反垄断业务研究委员会委员、北京市金杜律师事务所上海分所合伙人

## 潘志成

上海律协竞争与反垄断业务研究委员会委员、上海市汇业律师事务所合伙人

# 强化反垄断执法 与企业合规

文/许倩

2022年6月8日，市场监管总局发布《中国反垄断执法年度报告（2021）》，阿里巴巴“二选一”、禁止虎牙斗鱼合并案、先声药业滥用市场支配地位案等被列举。2021年11月18日，国家反垄断局正式挂牌。随后，国家不断加大金融领域反垄断和反不正当竞争监管力度，防止资本无序扩张，实现事前事中事后全链条监管，坚决维护金融市场公平竞争。

## 强化反垄断执法

**田小丰：**请问各位专家，国家反垄断局单独设立意味着什么？

**柴志峰：**国家已多次释放强化反垄断的信号。今年3月，央行、证监会等四部委及浙江省政府发布关于金融支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区的意见。意见提出，健全金融风险防控机制。落实金融安全战略，推动所有金融活动依法依规纳入监管。上述信息给市场传递了很强的信号，国家正在加强反垄断执法。

**黄凯：**从实践角度，我觉得概括起来可能有人、财、权这三个方面的影响。从人的角度来看，原来的反垄断局在市场监管总局下面，是局级单位，下设处级单位，人员编制有限。就经营者集中申报来讲，每个处大概是4个人的编制，跟国外某些司法管辖比，人员相对较少。现在层级提高，第一个解决的就是人员编制的问题，能够把人力充实起来，这样就显出它的执法力量、执法深度。从财的角度来看，因为不同层级单位的预算、能够调动的资源是不一样的，所以单位的层级提升后，其在预算方面显然会得到更多的倾斜，执法能力也会得到加强。最后

是权的角度,即反垄断局的职权层级本身,因为局级单位和副部级单位的执法力度和影响力不同。本单位的层级越高,能力就越强。我认为以上三个角度都明确释放了强化执法和提高执法能力的信号,对未来的市场应该会有非常正面的影响。

**潘志成:**我同意柴律师、黄律师的意见。我个人的理解是机构设置的变化有其自身的规律,即不断朝提高运行效率、增强自身独立性和公正性等方面发展。成立反垄断局机构后,执法效率、独立性、公正性等方面会进一步提高。

### 研讨《修正草案》亮点

**田小丰:**执法机构的统一确实有利于案件执法的一致性,保证效率和公平。2021年10月底全国人大对《中华人民共和国反垄断法(修正草案)》(简称《修正草案》)进行了审议,这是我国《反垄断法》自2008年颁布以来的第一次修订。这次法律修订的背景是什么?有哪些亮点?

**柴志峰:**《修正草案》确实引起了各界的关注。它的一大亮点是处罚力度的大幅提升。对于应报未报的案件,根据现行《反垄断法》,罚款上限为50万元。而《修正草案》待审议的条款中,如应报未报的交易有排除、限制竞争效果,罚款金额将可能大幅提升至经营者上一年度销售额的10%;如不具有排除、限制竞争效果,罚款上限也大幅提升至500万元。另外,《修正草案》对于达成但未实施的垄断协议、不配合调查,以及行业协会组织达成垄断协议的行为,在罚款额度上也有所提升。值得关注的是,《修正草案》中提出系数倍乘原则,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,按照上述罚款数额的两倍以上五倍以下处以罚款。除了处罚力度的大幅提升,《修正草案》还增加了个人责任。例如,对于企业达成垄断协议负有个人责任的,对个人可处100万元以下罚款,可能还会追究其刑事责任。

**黄凯:**目前来看,很有必要对我国《反垄断法》进行修订。对于这一稿的修改,我的总体印象是改得比较克制。针对之前讨论过的诸多问题,这一稿里面应该是选择最重要的部分做了一些修改。第一点是处罚,特别是经营者集中申报的处罚。早在五六年前,我们就已经讨论过这个问题,这是一定要改的。现在互联网领域这么多案件,基本上都是顶格处罚50万元,所以这应该是大家很有共识的部分。这次提出来的系数倍乘也是非常具有威慑力的一个条款,我个人觉得这个条款可能对大企业的影响会比较大。系数倍乘的判断标准可能是从企业规模的角度,企业规模越大,它的乘数效应就越大;另外违

法时间越长,它的乘数效应也越大。从垄断协议的角度,有几个方面我觉得修改得比较集中,同时也很有亮点。比如第十七条提到的纵向协议,规定经营者能够证明不具有排除和限制竞争效果的不予禁止。其实纵向协议在我国的司法和执法中一直有不同的路径,主要是讨论要不要判断排除和限制竞争效果。在海南裕泰案中,最高人民法院表示司法机关和执法机关需要证明的力度或者责任是不一样的。这次的修订把这个问题统一了。如果涉及这种情况,经营者能够反过来证明自身不具有排除和限制竞争效果,标准就应该一样。第二点是第十八条的轴辐协议。我觉得轴辐协议的问题是肯定要改的,比如湖南娄底案,如果不是行业协会,涉及轴辐的,可能还没有明确的处罚依据,所以大家对加入这一条都比较认同。第三点是涉及经营者集中,我觉得有些点改得不错。比如除应报未报以外,对于本来不太会构成标准但实际上是排除限制竞争效果的,也应进行调查。

**潘志成:**我再稍微补充一点。以垄断协议条文修改为例,这次修改实际上也是对之前条文中存在的一些不清楚、容易引起争议的地方进行修补。比如刚才黄律师提到的,关于纵向垄断协议的违法判定标准在民事诉讼和行政执法当中存在差异,这其实和修改前条文的第十三条第二款是否能够被应用到第十四条去判定纵向协议是否构成违法垄断协议、是否要考虑排除限制竞争效果有关。其实在这方面,民事诉讼和行政执法各有各的考量,但发生分歧很重要的一个原因是条文设置具有开放性,给不同的解释提供了空间,因此会出现像海南裕泰案这样的案件,海口中级人民法院、海南高级人民法院以及最高人民法院分别对第十四条做了不同的解释。新的征求意见稿把第十三条第二款拿出来直接放到了整个章节的第一条当中,所以按照现在的体例来看,后续的条款不管是横向垄断协议第十六条,还是纵向垄断协议第十七条,都需要考虑竞争效果。

### 思考平台经济的执法重点

**田小丰:**最近几年查处的反垄断案件中,有不少与互联网平台有关。《修订草案》特别提到有关互联网的一些原则和条款。此外,对于一些申报案件,大量的平台申报案件都进行了顶格处罚。我想请教几位,为什么平台经济反垄断指南成了这次执法的重点?它的主要表现形式有哪些?

**潘志成:** 首先我觉得对平台的执法, 从整个国际社会来看, 不管是在美国、欧盟还是中国, 都遇到了很大的挑战, 因此这是一个全球性的问题。大家都共同感觉到我们的经济和以往有了非常大的变化, 平台支配了我们生活的方方面面。在这种情况下, 执法机关也必然需要回应现实呼声, 考虑在平台经济活动中是否会产生垄断的问题, 我们出台了这样的指南。这个指南也提到平台有一些区别于传统经济的自身规律, 比如跨边网络效应产生了强者恒强的现象, 但强者恒强其实是平台跨边网络效应的自然反应。因此, 我认为执法机关要充分考虑平台经济自身的特点, 针对这些特点识别出真正会损害竞争的一些违法行为。

**黄凯:** 我们对平台经济发展问题的关注、讨论较多, 这与2021年的一些标志性事件有关。一些大型互联网平台因为各种原因被调查, 引发了一系列连锁反应, 无论是在资本市场还是在合规领域, 都引起了非常大的反响。但是平台经济自身也有一些特性, 值得从反垄断角度去特别关注。

平台经济与常规经济相比, 具有明显的复杂性和隐蔽性。关于复杂性, 平台经济首先是一个双边经济, 有多边效应, 会对不同经济主体产生不同的影响。第二, 它有明显的传导效应, 甚至是跨界传导, 所以你可能根本不知道自己的竞争对手是谁, 他可能会从某个角度很突然地进入这个领域, 与你产生竞争关系。这一点在原来传统的视角下, 可能是你预料不到的一种竞争行为, 或者反垄断行为。第三, 它的复杂性可能还体现在一些新的经济模式。比如数字经济会带来一些以数据为目标的并购, 对于这些目的隐蔽的收购, 你可能都看不出它的经济目的, 也没办法分析它的横向重叠、上下游影响, 竞争评价难度比较大。

关于隐蔽性, 双边经济有免费经济的特点。比如它提供给用户免费服务, 甚至是很有趣的服务, 让用户得到快乐或者得到某些东西, 对价则是用户的数据或者他们的关注度, 这是免费经济的一个部分。这个部分里如果发生竞争问题, 实际上很难进行判断。所以, 我觉得这种免费经济里面延伸出来的新问题, 可能是让大家热衷于讨论反垄断问题的一个重要原因, 这跟平台经济的复杂性、隐蔽性是分不开的。

**柴志峰:** 刚才潘律师从不同司法辖区对比的角度做了分享, 黄律师从平台经济本身特性带来的监管难度方面做了分享。我现在从行为的角度, 与大家简单分享。平台经济领域有哪些值得关注的行为? 最近一段时间, 反垄断执法机关对于平台经济领域有几起处罚案例, 主要是针对“二选一”(即A平台规定, 某商品若上线, 选择A平台就不能选择B平台)

的行为。基于此, 很多公司误以为“二选一”就等于违法。根据我国《反垄断法》, “二选一”是按照限定交易行为来处理的。限定交易行为的违法性有四个构成要件: 第一, 市场支配地位; 第二, 从事了限定交易的行为, 也就是“二选一”的行为; 第三, 对竞争造成了一些负面影响; 第四, 没有任何正当理由。其实在上海市市场监督管理局出台的《上海市经营者反垄断合规指引》中, 虽然提示了排他性销售(独家销售)、排他性购买(独家购买)的行为(均为“二选一”的表现形式)存在反垄断违法风险, 但是并没有表明它们本身是违法行为。所以, 大家要以理性的态度看待“二选一”的行为, “二选一”不等于本身违法。

## 预测反垄断执法重点领域

**田小丰:** 除了上述谈到的平台经济反垄断以外, 反垄断执法还一直在关注哪些领域? 将来可能还会关注到哪些领域?

**潘志成:** 从以往的执法来看, 我个人觉得反垄断一直很关注汽车、医药领域。这些领域有一个共同的特点, 就是它们的价格很高, 有很多投诉。我们再预测一下反垄断执法机关在未来会选择哪些领域进行执法, 事实上也是帮助反垄断执法机关做出选择。假如你在做合规风险评估的时候, 发现已经有价格持续上涨的情况, 并且有消费者、相应的供应商或采购商的投诉, 你就要审慎考虑, 因为这将在将来可能会成为执法机关执法关注的行业。

**黄凯:** 这次的《修正草案》里专门提到, 如果涉及经营者的集中, 要特别依法加强民生、金融、科技、媒体等领域的集中审查。这些领域的企业肯定要予以重点关注。另外, 这几年出现了不少涉及基础设施建设的反垄断案件, 比如建材、水泥、玻璃等行业, 有些是比较偏远的地区、规模较小的企业, 但是也会有反垄断问题。

**柴志峰:** 我再补充一点, 除了中央层面的反垄断局, 省和直辖市层面(如北京市、上海市等)的反垄断执法机构也提出了未来执法的重点领域, 包括平台经济、互联网平台、医药、公用事业和建材等领域。另外, 一些公司会关心反垄断执法态势如何、哪个重点行业会被关注。从现实角度来看, 很多未被点名或关注的行业也有反垄断执法, 这就给企业一个提醒——不能心存侥幸, 各个行业的企业都应做到反垄断合规。📌

(声明: 本内容仅代表嘉宾观点, 不代表本刊立场)

编辑: 夏春晖 386753207@qq.com