



环 球 律 师 事 务 所
GLOBAL LAW OFFICE

环球反垄断法律专递（第十期）

2019 年 5 月

环球反垄断法律专递 （第十期）

**GLO Antitrust Law & Policy
Newsletter**

Volume 10

环球反垄断团队

GLO Antitrust Practice Group

2019 年 5 月

May 2019

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

环球反垄断法律专递（第十期）

2019 年 5 月

➤ 长期定量采购协议的合法与违法性——伊士曼公司滥用市场支配地位案评析

Is Long-Term Quantitative Procurement Agreement Illegal under AML?: The Comments on “Eastman Case”

环球律师事务所合伙人、法学博士 万江

GLO Partner Jiang (John) Wan

文章要点：2019 年 4 月中国发布的伊士曼公司垄断案的处罚决定，主要针对的是“长期定量采购协议”行为，据此我们认为对于在判断长期定量采购协议的合法性方面应当依据以下标准：（1）在长期定量采购协议中关于定量采购目标的执行方面应当尽可能具有一定的灵活性；（2）长期协议锁定的采购量不应占据太多的市场份额，经营者通过长期采购量协议锁定的交易对手和交易量越多，被认定为反竞争的可能性更高；（3）长期定量采购协议并非必然违法，通常都可以进行正当性抗辩。长期定量采购协议对于采购商也是有利的，如果经营者在抗辩中能够获得采购商对协议的认可支持，相信抗辩成功的概率会大大提高。

Summary: The penalty decision on the monopoly behavior of Eastman Company, which were released in April 2019, mainly targets at the practice of "Long-Term Quantitative Procurement Agreement" (LTQPA). Therefore, we deem that the following criteria shall be based on in judging the legality of LTQPA: (1) The implementation of quantitative procurement objectives in the LTQPA shall be flexible to a certain extent; (2) The procurement volume locked in the LTQPAs shall not occupy excessive market shares; the more traders and transaction volume locked in the LTQPAs by the undertaking, the higher possibility to be concluded as anti-competition; and (3) LTQPAs are not necessarily illegal under anti-monopoly law, since justifiable defenses can be made. LTQPA are beneficial to purchasers. If the undertakings can gain the support of purchasers in their defenses, the probability of successful defenses will be greatly improved.

➤ 《反垄断法》实施十周年民事诉讼十大典型案例研判（下）

A Case Study on Ten Typical Civil Lawsuits for The Tenth Anniversary of the Implementation of *Antitrust Law* (II)

环球律师事务所合伙人 穆颖 | 律师 朱颖

GLO Partner Mu Ying | Associate Zhu Ying

文章要点：针对最高人民法院发布的《反垄断法》实施十周年民事诉讼十大典型案例进行分析研究，在上篇中梳理垄断案件共性特征的基础上，本次在下篇中通过总结法院在判断和分析相关市场、市场支配地位、滥用市场支配地位、垄断协议等基本概念时的考量因素，归纳涉及知识产权和互联网行业的特殊裁判规则，以及提炼有关当事人自认、《反垄断法》适用、确定赔偿损失和是否属于可竞争的商品市场等具体问题的裁判思路，从而为将来处理类似问题给出参考和指引。

Summary: Regarding the ten typical civil judgements published by the Supreme Court for the tenth anniversary of implementation of *Antitrust Law*, on the basis of teasing out the common characteristics of monopoly cases in the previous section, this section intends to summarize the considerations of the courts in judging and analyzing those basic concepts of relevant markets, market dominance, abuse of market dominance and monopoly agreements, to generalize the special rules for monopoly issues involving intellectual property rights and the Internet industry, as well as to abstract the judicial holdings for several specific issues, such as the evidential effects of the party's confession, the application for the *Antitrust Law*, the determination of the compensation, and the nature of market is competitive or not, so as to provide reference and guidance for dealing with similar issues in the future.

➤ 万变不离其宗：非典型经营者集中解析

Non-classical Concentration of Undertakings: Gain Controlling Power through Contract or by Other Means

环球律师事务所合伙人 任清 | 律师 朱群飞

GLO Partner Ren Qing | Associate Zhu Qunfei

文章要点：合并、收购股权、收购资产（或业务）和新设合营企业属于典型且常见的经营者集中情形，而通过合同或其他方式取得控制权这两种非典型的经营者集中情形则容易被忽视或者不易被识别。商务部和市场监管总局迄今受理了 15 件非典型经营者集中案件，可以分为六类：（1）股份收购加表决权委托，（2）修改协议，（3）获得投票权，（4）资产和业务委托，（5）原共同控制方退出，及（6）依照法律规定自动取得双重投票权。在此之外，表决权委托、一致行动协议、管理合同、长期租赁合同、长期供货合同、长期采购合同也可能构成经营者集中。对于非典型经营者集中，在确定参与集中的经营者、申报义务人、申报时点等方面既遵循通用的规则，同时又有一些特殊性值得留意。

Summary: Consolidation, acquisition of equities, acquisition of assets (business) and establishment of a joint venture are classical and usual forms of concentration of undertakings. In contrast, gaining controlling power through contract or by other means are non-classical concentration of undertakings which may be overlooked. To date, MOFCOM and SAMR have reviewed 15 non-classical concentration cases in six categories: (1) acquisition of equities plus entrustment of voting rights; (2) amendment of agreements; (3) gaining of voting rights; (4) assets and business trust; (5) exit of one joint-controlling party, and (6) gaining of double voting rights according to law. There could be other circumstances constituting non-classical concentration such as (pure) entrustment of voting rights, agreements of concerted actions, management contracts, long-term leasing contracts, long-term supply or purchase contracts and so on. The notification of non-classical concentration to SAMR basically follows the same rules which apply to classical concentration, while attention should be paid to several aspects like who are the parties participating the concentration, which party(s) is responsible for notification, and how to avoid gun-jumping.

➤ 浅议《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》中拟设置的“安全港”制度

Comments on *Regulations on the Prohibition of Monopoly Agreement (Consultation Paper)*

环球律师事务所合伙人 刘淑珺 | 顾问律师 吴丽丽 | 律师 赵兰学

GLO Partner Liu Shujun | Of-Counsel Wu Lili | Associate Zhao Lanxue

文章要点：2019 年 1 月 3 日，国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）发布了《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》（以下简称“《规定》”），向社会公众征求意见。该《规定》最大的亮点之一是拟设置“安全港”制度，该制度对节约执法资源、为经营者提供更清晰的指引具有重要意义。

据相关消息，该《规定》原定 2019 年 5 月颁布，但目前可能又推迟到 7 月正式颁布。众多公司都在持续关注该《规定》的动态，其间也向我们询问什么是“安全港”制度，与其他司法辖区相比我国的“安全港”制度具有什么特点，《规定》对企业合规建设和规避相关风险有何意义。本文将针对公司的这些疑问，对“安全港”制度进行简要介绍和探讨。

Summary: On January 3, 2019, the State Administration for Market Regulation (“SAMR”) released the *Regulations on the Prohibition of Monopoly Agreement (Consultation Paper)* (the “*Regulations*”) for public comments. One of the biggest highlights of the Regulations is that it will establish the “safe harbor” system, which is of great significance for optimizing resources of law enforcement and providing companies with clearer guidance.

According to the relevant sources, the Regulations was originally scheduled to be promulgated in May 2019, but now its promulgation may be postponed until July 2019. Many companies are paying continuous attention to the development of the *Regulations* and also inquired about what the “safe harbor” is, the differences between China’s safe harbor system and those of other jurisdictions, and the significance of the Regulations to corporate compliance and risk control. In responding to these questions, this article will make a brief introduction about the “safe harbor” system to be established in China.

环球反垄断法律专递（第十期）

2019 年 5 月

目录

➤ 案例评析.....	8
长期定量采购协议的合法与违法性——伊士曼公司滥用市场支配地位案评析	8
《反垄断法》实施十周年民事诉讼十大典型案例研判（下）	10
➤ 反垄断专论.....	22
万变不离其宗：非典型经营者集中解析	22
➤ 立法及修法建议	31
浅议《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》中拟设置的“安全港”制度	31
本期作者简介.....	35
环球反垄断招募信息.....	38
环球简介	39
环球反垄断团队介绍.....	40
版权与免责	41

GLO Antitrust Law & Policy Newsletter (Volume 10)

May 2019

Content

➤ Case Analysis	8
Is Long-Term Quantitative Procurement Agreement Illegal under AML?: The Comments on "Eastman Case"	8
A Case Study on Ten Typical Civil Lawsuits for The Tenth Anniversary of the Implementation of <i>Antitrust Law</i> (II)	10
➤ Antitrust Monograph	22
Non-classical Concentration of Undertakings: Gain Controlling Power through Contract or by Other Means	22
➤ Legislature and Revision Advice	31
Comments on <i>Regulations on the Prohibition of Monopoly Agreement</i> (<i>Consultation Paper</i>)	31
Introduction to the Authors	35
Recruit Information	38
Introduction to GLO	39
Introduction to GLO Antitrust Practice Group	40
Copyright and Disclaimer	41

➤ 案例评析

长期定量采购协议的合法与违法性——伊士曼公司滥用市场支配地位案评析

作者：万江

一、基本案情

2017年8月16日，经原国家工商总局授权，原上海市工商局对伊士曼（中国）投资管理有限公司（下称伊士曼公司）涉嫌滥用市场支配地位实施垄断行为立案调查。2019年4月16日，上海市市场监督管理局下行政处罚决定书认定，伊士曼公司滥用其在中国大陆“醇酯十二成膜剂”市场所具有的市场支配地位，采取签署含有最低采购数量条款、照付不议条款的长期协议（“照付不议”协议）以及“最惠国待遇协议”等排他性协议的方式，实施了无正当理由限定交易的行为，对竞争产生了排除、限制的效果，罚款人民币2,400余万元。

本案系上市市场监管局正式组建成立后公布的第一起反垄断处罚案件。从公布的行政处罚决定书来看，本案在违法主体的界定、相关市场的分析、SSNIP测试的应用、罚款基数的确定等方面都提供了非常有价值的分析和引鉴范本，但本案最引人关注的是监管部门对于长期定量采购协议的监管态度，这是继原国家工商总局在利乐公司滥用市场支配地位案中认定“忠诚折扣”的反竞争性之后又一次通过行政执法解释性认定某类具体的商业行为违反反垄断法的案例。

二、监管部门的违法行为认定

在行政处罚决定书中，监管部门认定伊士曼公司与直销客户签署的“照付不议”协议和“最惠国待遇协议”促使（要求或诱导）交易相对方向其购买大部分或全部相关商品，限制了相关市场的竞争，主要理由是：（1）伊士曼公司在协议中设定了直销客户的最低采购量（大部分达到客户实际需求量的80%以上），并通过照付不议条款（强制性效果）和最惠国待遇协议（引诱性效果）锁定了直销客户的采购空间；（2）伊士曼公司的行为对直销客户产生了直接锁定效应（2015年锁定了20%的市场总销量）；（3）伊士曼公司的行为间接抬高了相关商品的整体价格（所有供应商的勒纳指数都偏高，伊士曼公司的指数指标高于另两家企业等）；（4）不认可伊士曼公司提出的正当理由（降低商业供求波动、避免重复议价、行业普遍性等）抗辩。

三、本案评述

本案的焦点就在最低采购量条款问题上。在现代商业活动中，企业之间签订最低或固定采购量协议的情形非常常见，且一般都是长期协议。反垄断法上的限定交易行为又称排他性交易行为，是指经

营者强迫交易相对方只能与它或它指定的经营者交易，而商业实践千变万化，会出现各种变体的间接“限定交易”行为，本案所涉及的长期定量采购协议行为就是典型一例。由于交易相对方的采购量被限定住了，采购空间被挤压，其他市场竞争者或潜在市场进入者通常很难打破长期协议的束缚，进入到这个市场中去。但是不可否认的是，长期定量采购协议可以抚平经济不确定性的波动，将交易不确定性风险降低，是一种介于纵向一体化合并与单笔销售合同之间的商业模式。而且从供应商的角度看，长期协议也可以防止不同品牌商品的“搭便车”行为。

结合本案的处罚决定，我们可以看到，具有较高市场份额的经营者与交易对手签订长期定量采购协议时需要更谨慎，首先，本案中执法机构重点关注所谓的“照付不议”条款和“最惠国协议”条款，实际上在强调定量采购条款可执行的刚性程度，因此，在长期定量采购协议中关于定量采购目标的执行方面应当尽可能具有一定的灵活性；其次，长期协议锁定的采购量不应占据太高的市场份额，经营者通过长期采购量协议锁定的交易对手和交易量越多，被认定为反竞争的可能性更高。但是本案将标准提得非常高，伊士曼仅与直销客户签署了最低采购量协议，虽然单个客户的采购量占比较高（大部分超过 80%），但占整个市场采购量的总份额比例偏低（20%），执法机构通过所谓勒纳指数的分析来论证伊士曼的最低采购量协议对其他 80%市场的反竞争影响，说服力还是略显不足，也未必会成为未来通行的执法标准；再次，不能放弃长期定量采购协议的正当性抗辩，因为直接否定长期定量采购协议的合法性既不现实也不客观。实际上，限定交易行为属于单方行为，而长期定量采购协议对于采购商也是有利的，如果经营者在抗辩中能够获得采购商对协议的认可支持，相信抗辩成功的概率会大大提高。据了解，本案中执法机构对长期定量采购协议的最终定性曾长期徘徊在滥用市场支配地位行为还是纵向垄断协议行为之间，既然执法机构最终认定该行为构成了违法滥用市场支配地位行为，至少说明在适用《反垄断法》第十四条第三款约束长期定量采购协议方面说服力更低。

《反垄断法》实施十周年民事诉讼十大典型案例研判（下）

作者：穆颖 | 朱颖

第二章 具体法律问题的规则提炼

上篇中，我们分析了反垄断民事案件一些共性的分析思路和案件特点，在下篇中我们从具体法律问题着眼，试图总结法院的裁判思路和考虑因素，以对未来涉及相关争议或焦点问题时的思考角度给出一些参考和指引。

一、相关市场认定的分析方法

使用的评价方法：主要从需求者角度进行替代分析，辅之以经营者角度的供给替代分析。是否要使用假定垄断者测试分析方法，要根据具体案情确定。

关于需求者角度进行分析，在分析商品范围时，可以考虑商品特性、质量、功能用途、获得渠道等中的异同因素；在分析地域范围时，可以考虑需求者因商品价格或者其他竞争因素的变化而转向或考虑转向其他地域购买商品的证据、商品的运输成本和运输特征、多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布、地域间的贸易壁垒、特定区域需求者偏好等因素。

关于经营者角度进行分析，在分析商品范围时，可以考虑技术困难、转向难易程度、资金需求、市场准入等因素；在分析地域范围时，可以考虑其他地域的经营者对商品价格等竞争因素的变化作出反应的证据、其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性等因素。

关于假定垄断者测试，其基本思路是，在假设其他条件不变的前提下，通过目标商品或者服务某个变量的变化来测试目标商品与其他商品之间的可替代程度。实践中，假定垄断者测试的分析方法有多种，既可以通过数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨(SSNIP)的方法进行，又可以通过数量不大但有意义且并非短暂的质量下降(SSNDQ)的方法进行。同时，作为一种分析思路或者思考方法，假定垄断者测试在实际运用时既可以通过定性分析的方法进行，又可以在条件允许的情况下通过定量分析的方法进行。

关于是否使用假定垄断者测试分析方法，在奇虎与腾讯案件中，最高院认为“在这种情况下，如果采取基于相对价格上涨的假定垄断者测试，很可能将不具有替代关系的商品纳入相关市场中，导致相关市场界定过宽。因此，基于相对价格上涨的假定垄断者测试并不完全适宜在该案中适用。”又如在北京锐邦与强生案件中，上海高院指出“关于是否采用假定垄断者测试方法。法院认为，假定垄断

者测试方法是在替代分析原理基础上的定量测度，本质仍然是替代分析，如果运用需求替代分析、供给替代分析能够清晰界定相关市场，就不必再运用假定垄断者测试方法。”

关于是否要准确界定相关市场，最高院在奇虎与腾讯案件中指出在滥用市场支配地位案件的审理中，界定相关市场是评估经营者的市场力量及被诉垄断行为对竞争的影响的工具，其本身并非目的。即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估。因此，并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场。

二、市场支配地位的判定

市场支配地位是经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

主要分析角度：市场份额、相关市场的竞争状况、被诉经营者控制商品价格、数量或者其他交易条件的能力、该经营者的财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等。上述因素需要根据个案情况具体考量，每一个均不一定具有决定性作用。

在十大案例中，我们发现**多数法院实际弱化了依据《反垄断法》第十九条规定的比例来推定经营者市场支配地位的判断方法。**

在奇虎与腾讯案件中，最高人民法院指出“市场份额只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标。在市场进入比较容易，或者高市场份额源于经营者更高的市场效率或者提供了更优异的产品，或者市场外产品对经营者形成较强的竞争约束等情况下，高的市场份额并不能直接推断出市场支配地位的存在。”进而法院认为虽然 QQ 的市场份额超过 50%，甚至高达 80%，但是在考虑到以下因素：即时通信领域的竞争格局正在日渐多元化，市场竞争比较充分；腾讯控制商品价格、质量、数量或者其他交易条件的能力较弱；腾讯的财力和技术条件对其市场力量的影响非常有限；网络效应和客户粘性等因素并没有显著提高用户对腾讯提供的即时通信服务的依赖性；即时通信服务市场进入较为容易；腾讯实施“二选一”之后，其他即时通信领域的竞争对手的下载量和用户量大幅增加等，因此，认定腾讯并不具备市场支配地位。

反之也有市场份额不到 50%，但考虑其他因素认定具有支配地位的案例。如在东莞国昌与晟世&合时案件中，虽然未能提供格力家用空调在该案相关市场确切的市场份额数据，且法院根据其分析推定出的市场占有率大致在 25%-40%左右，但仍然依据口碑优势、产品类型、产品声誉、对销售渠道的控制以及其他优势，认定了格力家用空调商品在相关市场具有相对优势地位。

在北京锐邦与强生案件中，虽然法院认为依据北京锐邦提交的统计数据和强生所宣称的市场份额数据，不足以认定强生公司在该案相关市场所占份额的具体数额，但应当高于强生推算的 20.4%，在这种情况下，综合考虑其他判断因素，认定强生具有市场支配地位。

综上所述可以看出，即便证据能够证明市场份额超过 50%，也不宜直接推定市场支配地位，而即便证据所证明的市场份额低于 50%，同样可能在综合考虑其他因素的前提下，认定市场支配地位。市场份额仅应作为考虑市场支配地位的普通衡量因素之一，单纯依靠市场份额进行支配地位推定的情况正在减少和弱化。

三、滥用市场支配地位

在相关市场占有市场支配地位本身并不受到法律规制，反垄断法规制的只是垄断者滥用市场支配地位的行为。故此，需考究垄断者相关被控行为是否滥用了市场支配地位，对市场竞争产生排除、限制影响。

（一）判断前提

原则上，如果被诉经营者不具有市场支配地位，则无需对其是否滥用市场支配地位进行分析，可以直接认定其不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为。不过，在相关市场边界较为模糊、被诉经营者是否具有市场支配地位不甚明确时，可以进一步分析被诉垄断行为对竞争的影响效果，以检验关于其是否具有市场支配地位的结论正确与否。

（二）举证责任分配

在滥用市场支配地位案件中，被诉垄断行为的受害人对被诉经营者具有市场支配地位承担举证责任，被诉经营者对其行为正当性承担举证责任。被诉垄断行为是否具有正当性与其是否具有排除、限制竞争的效果并不完全一致，两者既有联系，又存在区别。对正当性承担举证责任并不等同于对行为不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。还需说明的是，被诉垄断行为排除、限制竞争效果的存在有助于证明被诉经营者具有市场支配地位。

在唐山人人与百度案件中，法院指出，唐山人人公司为证明北京百度公司在相关市场的支配地位作出了很大努力，但现行民事诉讼证据制度中并未针对垄断案件作出举证责任方面的特别安排，因此在举证责任的分配上仍应当遵循“谁主张，谁举证”的原则，原审法院在分配举证责任的问题上并无不当之处，且对于涉及市场份额这类专业性事实的证明问题，现行民事诉讼证据制度已提供了多种证明方式供当事人选择，因此唐山人人公司要求法院应当考虑诉讼能力等因素，不能将举证责任强加在唐山人人公司一方，于法无据，法院不予支持。

在刘大华与湖南华源&东风汽车案件中，法院指出，上诉人刘大华未就被上诉人在相关市场内具有支配地位提交证据，其仅以被上诉人已承认只在 4S 店销售原厂配件为由，主张被上诉人已自认其对相关市场具有支配地位。对此，法院认为，被上诉人的自认仅能用于证明被上诉人对原厂配件所采用的销售模式与销售渠道，而不足以证明东风日产乘用车公司及湖南华源公司在适用于天籁汽车的门锁配件商品市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场支配地位。因此，法院最终判令上诉人承担举证不能的不利后果。

（三）具体滥用行为的认定

1. 不公平高价销售产品

在刘大华与湖南华源&东风汽车案件中，法院分析就适用于天籁汽车的门锁配件商品而言，市场上除有由东风日产乘用车公司提供的“原厂配件”外，还有由其他企业生产和销售的配件，即“副厂配件”。由于副厂配件与原厂配件在功能、特性、用途上相同，当原厂配件的价格过高时，消费者必然考虑选择其他副厂配件，二者事实上形成紧密的替代关系。因此该高价对于消费者并没有强制性和支配性。

2. 拒绝交易行为

在无锡保城与华润案件中，法院确定了拒绝交易行为必须同时符合下列构成要件：（1）企业具有市场支配地位。（2）实施了拒绝交易行为，即购买者不能从该企业获得相关商品或服务。（3）拒绝交易行为排除、限制了相关市场竞争。（4）拒绝交易无正当理由。

并且法院在分析涉案交易已经完成、没有产生排除或限制竞争的效果以及没有拒绝交易的故意的事实基础上，指出如果将该案中的迟延交易认定为拒绝交易，则意味着凡是具有支配地位的企业未在购买者指定的时间及时交付商品或提供服务，即要承担反垄断法规定的民事责任。显然，这种做法不当加重了当事人的法律义务和法律责任，背离了禁止垄断行为的立法精神。

3. 限制交易行为

对于限制交易行为，法院主要从行为对消费者利益的影响、行为的动机和行为对竞争的实际影响角度进行分析从而认定是否存在排除或者限制竞争的效果。并且行为动机会是法院分析和判断这一行为合理性的重要考量因素。

在奇虎与腾讯案件中，法院考虑到在即时通信市场和安全软件市场均有充分的替代选择，腾讯 QQ 软件并非必需品，这种不便对消费者利益并无重大影响。与此同时腾讯的动机是针对奇虎公司的不正当竞争行为被迫做出回应，而非排除限制即时通信服务市场的竞争。再者，行为仅持续一天，一方面

带来了即时通信领域更活跃的竞争，另一方面对奇虎公司的份额和安全软件市场的影响是极其微弱的。因此最终认定并未导致排除或者限制竞争的明显效果。

在唐山人人与百度案件中，法院指出要考虑限制行为的正当性。通过人为地针对搜索引擎设置大量与网站内容无关的链接，即“垃圾外链”，能够提高自然排名部分的位次，从而吸引用户点击。如果对其听之任之，则不仅会加剧各网站利用“垃圾外链”无序竞争，同时也会大大降低用户的检索质量。考虑到应当尽可能地以最迅捷的手段降低“垃圾外链”对用户利益的损害，即使在未查明“垃圾外链”设置者身份的情况下，北京百度公司实施涉案屏蔽行为也是具有一定正当性的。

4. 搭售和附加不合理的交易条件行为

搭售应当符合如下条件：搭售产品和被搭售产品是各自独立的产品；搭售者在搭售产品市场上具有支配地位；搭售者对购买者实施了某种强制，使其不得不接受被搭售产品；搭售不具有正当性，不符合交易惯例、消费习惯等或者无视商品的功能；搭售对竞争具有消极效果。搭售行为本身既可能产生积极效果，也可能造成消极效果。搭售的积极效果是在特定情况下可以提高产品质量、降低成本、促进销售、确保安全，从而提高效率，其消极效果是搭售可能使得在搭售产品市场上具有支配地位的经营者将其竞争优势延伸到被搭售产品市场上。

附加不合理的交易条件，必须满足：交易对方当事人进行交易时被附加条件；所附加的条件要求对方当事人在进行交易时必须同时接受；所附加的条件违背了交易对方的真实意愿；附加条件没有合理理由。

在奇虎与腾讯案件中，关于搭售产品，最高院认为没有可靠的证据表明被诉搭售行为使得被上诉人将其在即时通信市场上的领先地位延伸到安全软件市场；QQ 即时通信软件与 QQ 软件管理打包安装具有一定的合理性；被诉搭售行为的强制性并不明显，虽打包安装但可以自主选择卸载，对用户没有实质的强制性。因此并未认定腾讯实施了滥用市场支配地位的行为。

在吴小秦与陕西广电案件中，一审法院认为广电网络未向吴小秦告知其有相关电视节目服务的选择权，而直接要求吴小秦缴纳包含数字电视基本收视维护费和数字电视付费节目费在内的全部费用，实际上是将两者捆绑在一起销售，且以其支配地位迫使吴小秦接受付费节目，违反了吴小秦的意愿，吴小秦因为广电网络的市场支配地位而不得不接受上述不合理条件，因此广电网络的行为属于搭售或者附加其他不合理交易条件的行为。虽然陕西广电在二审中提供了其向其他用户单独收取数字电视基本收视维护费的相关票据，以证明消费者的选择权是存在的，从而使得二审法院改判为不存在搭售行为。但最高院再审中认定该补充证据仅能证明广电网络在收取该费用时存在客户服务中心说明的套餐之外的例外情形，且对该例外情形未做合理解释，因此即便存在例外情形亦不足以否认广电网络将数字电视基本收视维护费和数字电视付费节目费一起收取的普遍做法。最终法院确认了陕西广电搭售行为的存在。

四、垄断协议

（一）固定价格问题

在娄丙林与水产协会案件中，法院认定水产批发协会在 2011 年 9 月 29 日登记成立之后，多次组织会议对于不同种类的扇贝产品的销售价格、禁止不按规定价格折价销售以及相应处罚等进行讨论并作出相应的决定。水产协会意图通过固定和变更价格减少甚至消除会员之间的竞争，并尽可能的提高销售利润，从而获得獐子岛公司的销售返利。上述行为本身在一定程度上会减弱或消除市场竞争，产生排除或限制竞争的效果，最终损害消费者的利益。

（二）限定最低转售价格

1. 《反垄断法》第十四条规定垄断协议应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件

首先，《反垄断法》第十三条对垄断协议的定义适用于第十四条对纵向垄断协议的规定。这些表述均明确在“本法”范围内定义相关词语，在逻辑上不应仅仅适用于一个条文而应该适用于整部法律。

其次，举重以明轻。反竞争效果强的横向协议构成垄断协议尚须以具有排除、限制竞争效果为必要条件，反竞争效果相对较弱的纵向协议更应以具有排除、限制竞争效果为必要条件。

在十大案例中两个涉及限定最低转售价格的案件中，法院均对该问题进行了分析并持有相同观点，由此可见，限定最低转售价格应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件。

2. 举证责任的承担

在北京锐邦与强生案件中，法院确定了原告对限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任的裁判规则。

法院认为，我国民事诉讼法确定了“谁主张、谁举证”的原则，适用举证责任倒置规则必须由法律明确规定。《反垄断法》对第十三条和第十四条所列协议是否具有排除、限制竞争效果没有规定举证责任倒置。但《最高人民法院垄断纠纷审理规定》第七条规定《反垄断法》第十三条所列横向协议适用举证责任倒置，由经营者证明不存在排除、限制竞争效果。因此该案所涉《反垄断法》第十四条所列纵向协议应根据“谁主张、谁举证”的原则，仍应由原告承担证明涉案协议具有排除、限制竞争效果的责任。

在东莞国昌与晟世&合时案件中，法院对于这一举证责任的分配进行了发展。法院认为考虑到原告的举证能力有限，而纵向垄断案件涉及对市场竞争秩序的规范，关系到社会公共利益，人民法院在审理涉及纵向垄断协议案件时，对举证问题不宜像审理普通民事案件一样处于被动地位，可以根据案情需要，主动依职权调取证据。但如果经原告举证和法院调取证据，仍无法收集到相关证据的情况下，举证不力的法律后果仍应当由原告承担。该案中，法院主动就案件涉及空调行业的相关问题向中国家用电器协会去函咨询。

3. 考量因素

在对限制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、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机、限制最低转售价格的竞争效果四方面情况是最重要的考量因素。具体细化考虑因素，可以参见第一部分纵向垄断协议考虑因素中列明的各种因素。

五、涉及知识产权的垄断问题

在十大案例中，唯一一个涉及知识产权的垄断案件是华为与交互数字涉及标准必要专利的案件。考虑到知识产权案件中的判断逻辑以及价值选择与普通案件存在较大差异，因此单设一节专门讨论涉及知识产权的垄断问题。

《反垄断法》第五十五条规定，经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。因知识产权通常就是赋予权利人对其智力创作成果和商业标识享有独占使用的权利，未经许可，他人一般不得使用。因此，知识产权本来就具有一定的垄断属性。但是在赋予权利人独占使用权的同时，法律亦从平衡社会公众利益的角度设定了保护期限、强制许可、不使用撤销等各类制度，以防止权利滥用、永续保护以及社会资源的浪费，从而推动社会进步和促进社会福祉。

华为与交互数字案件中涉及到的是标准必要专利，因此其所有人具有更强的优势地位。有别于经营者对于是否寻求普通专利许可使用具有选择权，标准必要专利使得只要从事相关行业的经营者必须寻求专利的许可，否则无法获得市场准入。因此权利人滥用知识产权，特别是滥用处于技术标准中的专利权，则其排除和限制竞争的效果会更加明显。

（一）市场支配地位的判定标准

在华为与交互数字这起涉及标准必要专利的案件中，法院并未从市场份额的角度来考虑市场支配地位。因为在一般案件中份额可以作为推定在市场中的支配力和话语权的重要考量因素，但是涉及标准的知识产权垄断案件中，仅因实施标准的必要性就使得权利人容易获得支配力，而无需从市场份额上进行推断。广东高院在该案中认为由于在知识产权与标准相结合的情况下，产品制造商要生产符合

标准的产品，实施必要专利必不可少且不可替代，必要专利的专利权人从而获得超越专利权内涵的市场支配力量。而且，由于交互数字仅以专利授权许可作为其经营模式，自身并不进行任何实质性生产，不需依赖或者受制于3G标准中其他必要专利权利人的交叉许可，故其市场支配力未受到有效制约。因此认定交互数字在相关必要专利许可市场具有市场支配地位。总之，标准必要专利的权利人的市场支配地位一般从实施标准的必要性和不生产产品因此不受交叉许可约束两个角度进行分析和判断。

（二）滥用市场支配地位的判断

在华为与交互数字的案件中，主要涉及到了不公平高价、搭售和差别待遇三项是否滥用市场支配地位的问题。

在不公平高价问题上，不同于普通产品考虑替代产品及其价格，因标准必要专利的不可替代性，法院从报价是否高于对其他公司的许可费，许可人是否愿意披露对其他公司的许可费和许可合同，该报价与根据公司年报推算出的许可费率的差距，该过高报价是否具有合理性的角度进行分析，最终法院认定交互数字公司的报价属于不公平高价。

在搭售问题上，法院区别了被搭售的产品是否是可替代的产品从而是否会不正当的延展权利人支配力的角度进行了分析。法院认为如果是可替代性的产品，将其捆绑销售，将导致必要专利权利人在必要专利许可市场上的市场力量延伸到其他市场，从而将阻碍或限制该其他市场的竞争。但如果是全球范围内的必要专利捆绑搭售行为，要考虑是否会有支配力的延伸、以及对方的意愿。由于标准技术条件下，必要专利本身就具有唯一性和不可替代性，将其一起捆绑销售，不仅符合效率，而且不会产生如非必要专利般的将在某技术市场上的支配力不当延伸、限制相关市场竞争的问题。并且另案中华为曾要求法院判定相关技术的许可，可以证明捆绑并未违背华为的意愿，不具有强迫性。

在差别待遇上，法院没有单独阐述，但是此点与不公平高价问题近似，因为两者的判断都是横向比较在与其他被许可人的许可条件上是否存在不公价格或者其他限制条件等差别待遇。

六、涉及互联网行业的特殊考量角度

审阅涉及互联网行业的两个案例，可以看出法院在考量互联网行业特殊性的基础上确定了行业的通行商业模式、相关市场的判定思路、支配地位的考量因素等裁判规则。

（一）互联网行业的通行模式。

在奇虎与腾讯案件中，最高院总结并确认了互联网行业较为通行的商业模式。利用免费的基础服务吸引和凝聚大量用户，利用巨大的用户资源经营增值业务和广告以实现盈利，然后以增值业务和广告的盈利支撑免费服务的生存和发展，已经成为互联网服务提供商通行的商业模式。因此，互联网服

务提供商在互联网领域的竞争中更加注重质量、服务、创新等方面的竞争而不是价格竞争。同时，法院也确认了免费服务模式下市场份额的恰当判断指标，即用户的有效使用时间、使用频度、活跃用户数等。

（二）免费并不意味着不存在反垄断法上的相关市场。

在唐山人人与百度案件中，一审法院指出“搜索引擎服务商向用户提供的免费搜索服务不能等同于公益性的免费服务，它仍然可以通过吸引用户并借助广告等营销方式来获得现实或者潜在的商业利益。因此百度以免费提供搜索服务为由主张该案中不存在《反垄断法》意义上的相关市场，缺乏依据，法院不予支持。”

（三）免费商业模式下不宜使用价格上涨的假定垄断者测试。

在奇虎与腾讯案件中，法院指出在免费的互联网基础即时通信服务已经长期存在并成为通行商业模式的情况下，用户具有极高的价格敏感度，改变免费策略转而收取哪怕是较小数额的费用都可能导致用户的大量流失。同时，将价格由免费转变为收费也意味着商品特性和经营模式的重大变化，即由免费商品转变为收费商品，由间接盈利模式转变为直接盈利模式。在这种情况下，如果采取基于相对价格上涨的假定垄断者测试，很可能将不具有替代关系的商品纳入相关市场中，导致相关市场界定过宽。因此，基于相对价格上涨的假定垄断者测试并不完全适宜在该案中适用。

（四）动态竞争特征对分析具有重要价值。

在奇虎与腾讯案件中，最高院多次提及了动态竞争的特征在判断界定相关市场、确定竞争状况、控制交易能力中的作用。具体而言，第一，动态竞争使得在互联网领域在界定相关市场时，需要在可预见的未来具有现实可能性的市场反应和变化，以正确判断其是否受到来自其他方面经营者的竞争制约。第二，互联网领域相关市场的边界远不如传统领域那样清晰，在此情况下，更不能高估市场份额的指示作用，而应更多地关注市场进入、经营者的市场行为、对竞争的影响等有助于判断市场支配地位的具体事实和证据。第三，动态竞争使得经营者为在市场竞争中站稳脚跟，需要在质量、服务、用户体验等方面持续创新，产品创新周期较短。一旦降低服务质量，则会有大量用户转而使用其他服务。因此往往控制交易条件的能力不强。

（五）虽然互联网竞争呈现出平台趋势，但判定相关市场时仍应谨慎考虑平台竞争的趋势以防止不当扩大市场范围。

在奇虎与腾讯案件中，最高院指出该案被诉垄断行为发生时，互联网的平台竞争特征已经比较明显。互联网经营者通过特定的切入点进入互联网领域，在不同类型和需求的消费者之间发挥中介作用，以此创造价值。在平台的一端，互联网经营者提供的服务通常是免费的，以此吸引用户的注意力；在

平台的另一端，互联网经营者利用用户资源和注意力提供收费增值服务或者向广告主提供广告服务。中国大陆地区的大型互联网企业已经日益平台化。

但是在判断该案相关商品市场是否应确定为互联网应用平台，其关键在于，网络平台之间为争夺用户注意力和广告主的相互竞争是否完全跨越了由产品或者服务特点所决定的界限，并给经营者施加了足够强大的竞争约束。最高院在考虑了以下因素：第一，互联网应用平台之间争夺用户注意力和广告主的竞争以其提供的关键核心产品或者服务为基础；第二，互联网应用平台的关键核心产品或者服务在属性、特征、功能、用途等方面上存在较大的不同；第三，互联网应用平台关键核心产品或者服务的特性、功能、用途等差异决定了其所争夺的主要用户群体和广告主可能存在差异，因而在获取经济利益的模式、目标用户群、所提供的后续市场产品等方面存在较大区别；第四，腾讯公司是否利用了其在即时通信领域中可能的市场支配力量排除、限制互联网安全软件领域的竞争，将其在即时通信领域中可能存在的市场支配力量延伸到安全软件领域。综上，法院得出了网络平台竞争在该案中的影响并不明显，在相关市场界定阶段过多地考虑互联网应用平台，可能放大其他网络平台对腾讯公司所形成的竞争约束的结论。总之，该案中法院没有主要考虑互联网平台的特性。

然而，法院进一步指出了互联网企业平台竞争的考虑方式，即使不在相关市场界定阶段主要考虑互联网平台竞争的特性，但为了正确认定经营者的市场地位，仍然可以在识别经营者的市场地位和市场控制力时予以适当考虑。

七、当事人自认在垄断案件中的意义

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条第一款的规定，诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。我们注意到在十大案例中，有三个案例谈论到了自认的问题。提炼法院的裁判规则，我们发现法官通常从以下三个方面分析和确认当事人的自认是否应当被法院予以认可。第一，自认的来源-即是否是公开发布的财务资料或市场占有信息；第二，自认的时间-即自认是否发生在诉讼过程之中；第三，自认的内容-自认的内容范围是否仅是涉及自身情况的还是可能涉及他人或市场秩序的，以及根据自认内容能推导出什么结论。

有关自认的来源，在刘大华与湖南华源&东风汽车案件中，原告刘大华主张其与两被告的客服进行了电话询问，且客服的回答应视为两被告自认“纯正配件”不对外销售这一事实的依据，并据此推定两被告尤其是被告东风日产乘用车公司系滥用市场支配地位。而法院认定，这种电话咨询既不是两被告尤其是被告东风日产乘用车公司的公开财务资料，也不属于公开发布的市场占有信息，在反垄断民事诉讼中这种由经营者提供的服务信息不必然产生民事诉讼中的自认的法律后果。而在华为与交互数字的案件中，法院就认可了交互数字在其《2011 年年报》中自认的交互数字在 2009 年至 2011 年所收取的专利使用费逐年下降的事实。可见，对通过何种渠道发布的内容能够代表被告的自认上，法院是会进行考虑和考量的，且一般认为官方公开文件的效力会相对更高。

有关自认的时间，在唐山人人与百度的案件中，法院认定北京百度公司虽在其网站相关文章中提及“全球最大的中文搜索引擎”，但适用“自认”规则应当以当事人自认发生在诉讼过程中为条件。北京百度公司在诉讼外对上述事实的认可仍应比照一般证据进行举证、质证。可见，法院持有仅对诉讼中事实的自认能直接产生免除对方举证责任效果的态度。其他证据仍需遵循普通举证质证的流程来确定其真实性、合法性和关联性。

有关自认的内容，在刘大华与湖南华源&东风汽车案件中，法院分析认为被上诉人的自认仅能用于证明被上诉人对原厂配件所采用的销售模式与销售渠道。而不足以证明东风日产乘用车公司及湖南华源公司在适用于天籁汽车的门锁配件商品市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场支配地位。因此依据该自认并不能得出被上诉人具有相关市场支配地位的结论。在唐山人人与百度的案件中，法院认为北京百度公司所认可的内容，不仅事关其作为该案当事人的市场经济地位，而且关乎相关市场的竞争秩序及经济发展，因此不能简单地适用民事诉讼证据制度有关“自认”的规则，从而免除唐山人人公司的相关举证责任。而在华为与交互数字的案件中，法院依据交互数字自认的专利使用费逐年下降的事实，而在此情况下，交互数字仍对全球手机销售量排名、综合实力远远不及美国苹果公司、韩国三星公司等的华为公司提出收取过高许可费，认定其许可费显然缺乏合理性和正当性的结论。可见，法院一方面要求自认的内容是仅涉及其自身情况的内容，不能将影响他人或社会的内容纳入自认的范围。另一方面自认及其推导出的结果之间需要有因果关系，不能盲目扩大自认内容的对涉案事实认定的影响。

八、《反垄断法》的适用问题

对于在《反垄断法》实施之前已经生效且在《反垄断法》实施之后持续有效的合同，是否能适用《反垄断法》进行规制的问题，在北京锐邦与强生案件中，法院给出了肯定的答复。该案中，《经销合同》于 2008 年 1 月 2 日签订，但有效期延续到 2008 年 12 月 31 日。反垄断法是 2008 年 8 月 1 日实施，法院认定在《反垄断法》实施后，该合同未予终止。因此《反垄断法》可以用于规制该协议。

九、赔偿损失的确定

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第十四条规定：“被告实施垄断行为，给原告造成损失的，根据原告的诉讼请求和查明的事实，人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等法律责任，根据原告的请求，人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。”

十大案例中，仅有三件涉及损失赔偿。在吴小秦与陕西广电，法院在认定搭售行为违反《反垄断法》应予以无效的基础上，判令返还 15 元的电视节目费用。在华为与交互数字案件中，法院认为由于华为公司和交互数字均未提供证据证明华为公司因交互数字侵权所受到的实际损失，亦未提供证据证明交互数字因侵权行为的实际获利。原审法院综合该案相关情况，考虑交互数字侵权行为性质、主观

过错程度、侵权持续时间和损害影响，并考虑华为公司因调查、制止垄断行为所支付的合理开支，酌定交互数字赔偿华为公司 2000 万元。

特别值得关注的是北京锐邦与强生案件，在确定原告损失的利润时，法院指出当限制最低转售价格协议的当事人主张反垄断损失赔偿时，不应该按照履行限制最低转售价格协议的可得利润来计算损失，而应参照相关市场的正常利润计算利润损失，否则会陷入通过反垄断诉讼追求垄断利润的逻辑冲突。当然，这还需要分析相关市场经销商的正常利润率，该案中相关数据不够完整，法院参考上诉人陈述的强生公司缝线产品价格与其他品牌缝线产品的价格差异、经销商进货折扣、税负、强生公司与经销商之间利润分配等情况酌定了上诉人此项损失。

十、是否属于可竞争的商品市场

十大案例中比较特殊的是潘瑶与上海国拍案件。该案件针对的是上海市非营业性客车额度拍卖中受委托的拍卖公司收取的手续费用。

法院认为，《反垄断法》所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。该案中，首先需要对上海市非营业性客车额度拍卖的性质作出界定。和其他城市一样，为了实现非营业性客车数量的合理、有序增长，有效缓解交通拥堵状况等，上海市交通管理部门亦在全市范围内实行对非营业性客车数量调控和配额管理，而对非营业性客车额度以竞价方式进行配置则是上述调控管理政策施行中所采用的一种具体操作方式。对于国拍公司而言，其系基于交通管理部门的委托而成为上述竞价方式的具体执行者，故就此受托事项，国拍公司并非自主经营的经营者。在此基础上，上海市非营业性客车额度作为由交通管理部门统一调控和管理的社会公共资源，其本质上不构成我国《反垄断法》第十二条规定的可以竞争的商品市场，国拍公司就此提供的拍卖服务亦不构成可以竞争的服务市场。非营业性客车额度并非反垄断法上规定的商品或服务，对非营业性客车额度进行拍卖，本质上是政府对非营业性客车额度的一种分配方式，国拍公司实质上是接受上海市交通委员会的委托而完成一项行政职能，其中并不存在需要反垄断法去规范的市场，更难言国拍公司在相关市场内具有市场支配地位。因此，驳回了原告的请求。

可见，法院在反垄断案件中确定相关市场之前，实际上还暗含了一层前提，即该市场是《反垄断法》规定的可以竞争的市场。如果该市场并非可竞争的市场，则无法用《反垄断法》进行规制和约束。

➤ 反垄断专论

万变不离其宗：非典型经营者集中解析

作者：任清 | 朱群飞

一、何为非典型经营者集中

《反垄断法》第二十条规定的经营者集中包括以下情形：（一）经营者合并；（二）经营者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；（三）经营者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（控制权和决定性影响以下统称为“控制权”）。

结合国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）发布的《关于经营者集中申报的指导意见》、《关于规范经营者集中案件申报名称的指导意见》等规定，我们理解：上述第（二）项可以细分为收购股权和收购资产（或业务）等两种情形；第（三）项可以细分为新设合营企业¹、通过合同取得控制权、通过其他方式取得控制权等三种情形。

合并、收购股权、收购资产（或业务）和新设合营企业属于典型且常见的经营者集中情形，²多数企业已经具有应当评估这几类交易是否构成经营者集中、是否应当向市场监管总局进行申报的意识。而通过合同取得控制权、通过其他方式取得控制权这两种经营者集中情形，则容易被忽视或者不易被识别，从而埋下涉嫌未依法申报经营者集中的合规隐患。本文将解析这两种非典型的经营者集中。

二、非典型经营者集中的表现形式：现有案例总结

据我们不完全统计，迄今市场监管总局（及商务部³）受理的经营者集中申报案件名称中，含有“通过合同……取得控制权”的共 14 件（其中 12 件为简易案件），含有“通过其他方式……取得控制权”的共 1 件（为简易案件）。如下表所示：

¹ 由于《反垄断法》第二十条未明确列明新设合营企业，对于应通过解释第二十条第（二）项还是第（三）项来涵盖新设合营企业存在不同观点，但反垄断执法机构似乎认为新设合营企业属于第（三）项的范畴。例如，在青岛招商局国际集装箱码头有限公司、青岛新前湾集装箱码头有限责任公司设立合营企业涉嫌未依法申报违法实施经营者集中案的行政处罚决定书（商法函[2018]130 号）中，反垄断执法机构认为该设立合营企业的交易“属于《反垄断法》第二十条第（三）项规定的经营者集中，即经营者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”。进一步言之，合营双方通过合资合同取得了对于合营企业的共同控制权。

² 其中尤以收购股权和新设合营企业为最常见。以 2018 年第四季度为例，市场监管总局无条件批准的经营者集中案件共 125 件，其中收购股权案件 74 件，新设合营企业案件为 40 件。

³ 2018 年国务院机构改革前，商务部负责经营者集中反垄断审查。

通过合同或其他方式取得控制权的经营者集中案件（截至 2019 年 4 月 30 日）

序号	案件名称	结案时间	具体方式
1.	河南省豫资保障房管理运营有限公司通过合同取得棕榈生态城镇发展股份有限公司的控制权案	2019 年 4 月 ⁴	股权收购+表决权委托
2.	Intermediate 资本集团公司通过合同取得柳道实业控股有限公司的控制权案	2019 年 3 月 ⁵	未披露
3.	成都兴城投资集团有限公司通过合同取得天津红日药业股份有限公司控制权案 ⁶	2019 年 3 月	股权收购+表决权委托
4.	广州金控资本管理有限公司通过合同取得鹏起科技发展股份有限公司的控制权案	2019 年 3 月	股权收购+表决权委托
5.	南通江山农药化工股份有限公司通过合同取得四川省乐山市福华通达农药科技有限公司控制权案	2019 年 3 月	资产和业务委托
6.	三井物产株式会社通过合同方式取得腾飞中国第三商业基金的控制权案	2019 年 3 月	未披露
7.	加拿大公共部门养老金投资委员会与 BREP 巴西私人有限公司等经营者通过合同取得布鲁克菲尔德零售多策略投资基金控制权案	2018 年 11 月	修改协议
8.	蓝润投资控股集团有限公司收购山东龙大肉食品股份有限公司股权和通过合同取得控制权案	2018 年 9 月	股权收购+表决权委托
9.	深圳市彩生活服务集团有限公司通过合同取得万象美物业管理有限公司控制权案	2018 年 8 月	疑似股权收购 ⁷
10.	塞拉尼斯公司和黑石集团通过合同取得二醋酸纤维素片和烟用二醋酸纤维素丝束业务的共同控制权案 ⁸	2017 年 12 月	未披露
11.	亚伯达投资管理公司和安大略省教师退休基金会委员会等经营者通过合同取得伦敦城市机场的控制权案	2017 年 8 月	获得投票权
12.	波洛莱股份有限公司通过其他方式取得维旺迪股份有限公司控制权案	2017 年 6 月	依法自动取得双重投票权
13.	加拿大养老金计划投资委员会通过合同取得 Petco Holdings, Inc. LLC 的控制权案	2016 年 12 月	未披露
14.	现代汽车公司通过合同方式取得现代资本服务公司的控制权案	2016 年 9 月	原共同控制方退出
15.	诺和公司通过合同取得西真医疗保健信息技术二号有限公司的控制权案	2016 年 6 月	修改协议

⁴ 结案时间尚未披露，此为立案时间。

⁵ 结案时间尚未披露，此为立案时间。

⁶ 非简易案件。

⁷ 据公开信息显示，深圳彩生活服务集团有限公司的若干附属公司将通过订立第一份协议、第二份协议、第三份协议及第四份协议，收购万象美物业管理有限公司的 100% 股权。见

<http://static.nfapp.southcn.com/content/201711/15/c789286.html>。

⁸ 非简易案件。

以上 15 件案件中，2015 年以前为 0 件，2016、2017 和 2018 三年各有 3 件，而 2019 年 1-4 月达 6 件。出现这一现象的部分原因可能是 2015 年以前的经营者集中案件命名不规范，⁹导致无法通过案件名称检索到通过合同或者其他方式取得控制权的申报案例。但更重要的原因可能是，随着经验积累，反垄断执法机构及反垄断律师对于通过合同或者其他方式取得控制权构成经营者集中的认识逐步深化，以往不视为经营者集中的交易情形现在被视为经营者集中进行申报。

我们基于简易案件公示表，并结合上市公司公告、新闻报道等渠道搜集的信息，对上述 15 起案件中取得控制权的具体方式进行了梳理。其中，有 4 起案件无法获得相关信息，有 1 起从公开信息看疑似为股权收购；其他 10 起案件中取得控制权的方式可以分为以下六类：（1）股份收购加表决权委托（共 4 起），（2）修改协议（共 2 起），（3）获得投票权（共 1 起），（4）资产和业务委托（共 1 起），（5）原共同控制方退出（共 1 起），及（6）依照法律规定自动取得双重投票权。

（一）股权收购加表决权委托

股权收购加表决权委托是目前最常见的以合同方式取得控制权的情形，通常出现在对上市公司的收购中。截止目前的四起案件情况如下：

- 河南省豫资保障房管理运营有限公司（“豫资保障房”）通过合同取得棕榈生态城镇发展股份有限公司（“棕榈股份”）控制权案。被收购方棕榈股份为深圳证券交易所上市公司。根据该公司公告，股东吴桂昌、林从孝等于 2019 年 2 月与豫资保障房管签署《股份转让合同》，向后者合计转让公司股份 13.10%；2019 年 3 月，吴桂昌、林从孝分别与豫资保障房签署《表决权委托合同》，分别将其持有的公司股份 8.32%、2.46%对应的表决权全部不可撤销地委托给豫资保障房行使。上述交易完成后，豫资保障房拥有表决权的股份占棕榈股份总股本的 23.88%。
- 成都兴城投资集团有限公司（“兴城集团”）通过合同取得天津红日药业股份有限公司（“红日药业”）控制权案。红日药业为深圳证券交易所上市公司。根据该公司公告，2018 年 11 月，股东大通集团、控股股东姚小青及自然人股东孙长海分别与兴城集团签署股份转让合同，向后者合计转让公司股份 16.195%；2019 年 1 月 21 日，兴城集团与姚小青、大通集团共同签署协议，姚小青将持有的公司 6.00%股份对应的表决权以及提名和提案权委托给兴城集团行使。上述交易完成后，兴城集团拥有表决权的股份占上市公司总股本的 22.195%。
- 广州金控资本管理有限公司（“广金资本”）通过合同取得鹏起科技发展股份有限公司（“鹏起科技”）控制权案。鹏起科技为上海证券交易所上市公司。根据该公司公告，广金资本先

⁹ 《关于规范经营者集中案件申报名称的指导意见》最早由商务部于 2017 年 2 月发布，于 2018 年 9 月由市场监管总局修订。

收购鹏起科技 1.94%的股份，然后从张朋起及其一致行动人处获得鹏起科技 16.95%股份所对应的投票权，合计取得 18.89%股份对应的投票权。

- 蓝润投资控股集团有限公司（“蓝润投资”）收购山东龙大肉食品股份有限公司（“龙大肉食”）股权和通过合同取得控制权案。龙大肉食为深圳证券交易所上市公司。根据该公司公告，蓝润投资收购龙大肉食 10%股份，同时通过表决权委托方式取得龙大肉食 9.9%股份对应的表决权。交易完成后，蓝润投资在龙大肉食中拥有表决权的股份占龙大肉食总股本的 29.8993%。

我们理解，相关各方选择采取股权收购加表决权委托的方式实现对上市公司的控制权收购可能有多方面的原因，包括控股股东、“董监高”股东面临股份转让限制¹⁰，收购方存在资金压力，以及出让方希望在未来一定期限内继续享有上市公司股份的财产性利益等。

（二）修改协议

修改公司章程、股东协议、合伙协议等可能导致取得控制权。截止目前的两起案件的基本情况如下：

11

- 加拿大公共部门养老金投资委员会（“PSPIB”）与 BREP 巴西私人有限公司（“BREP”）等经营者通过合同取得布鲁克菲尔德零售多策略投资基金（“目标实体”）控制权案。目标实体的投资者为布鲁克菲尔德资产管理公司、PSPIB、BREP 和坤锐房地产集团有限合伙（“坤锐”）。通过修改目标实体的相关协议，PSPIB、BREP 和坤锐将获得对目标实体的控制权，与布鲁克菲尔德资产管理公司一起共同控制目标实体。
- 诺和公司通过合同取得西真医疗保健信息技术二号有限公司（“西真公司”）的控制权案。诺和公司间接持有西真公司的股份，但西真公司由北欧资本八号有限公司单独控制。通过修订和重述西真公司的股东协议，诺和公司将取得西真公司的控制权，并与北欧资本八号有限公司共同控制西真公司。

¹⁰ 例如，《公司法》第 141 条规定：“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。”

¹¹ 我们推测，Intermediate 资本集团公司（“ICG”）通过合同取得柳道实业控股有限公司（“柳道”）的控制权案可能也属于修改协议方式。据该案简易案件公示表披露：柳道目前由 Abiman 投资有限公司单独控制，而 ICG 的全资子公司是柳道的少数股东，ICG 目前并不拥有任何使其对柳道具有共同控制权的权利；交易完成后，ICG 将与 Abiman 投资共同控制柳道。

虽然从公开信息无法知晓上述协议修改的具体内容，但可合理推测该等修改可能涉及对于股东会、董事会或其他决策结构的成员任免、表决事项和表决机制等内容。例如，通过协议修改，原来不具有否决权的股东或投资者取得了否决权。

（三）获得投票权

在亚伯达投资管理公司和安大略省教师退休基金会委员会（“OTPP”）等经营者通过合同取得伦敦城市机场的控制权案中，亚伯达投资管理公司、Borealis 欧洲控股有限公司、科威特投资局、OTPP 等四方通过获得投票权，取得伦敦城市机场的共同控制权。从公开渠道无法知晓更多信息，但我们推测亚伯达投资管理公司等四方在交易之前可能已经对伦敦城市机场享有某些权益，此次是修改相关协议，赋予四方以投票权。

（四）资产和业务委托

在南通江山农药化工股份有限公司（“江山股份”）通过合同取得四川省乐山市福华通达农药科技有限公司（“福华通达”）控制权案中，上市公司江山股份与福华通达签订《资产委托经营管理合同》，福华通达将其资产和业务委托江山股份全权负责经营管理（包括执行战略规划、日常生产经营管理、日常人事及薪酬管理、日常财务管理、日常投融资管理等）。该交易的背景是：江山股份与福华通达系同一实际控制人控制的关联方，二者存在同业竞争，故采用资产和业务委托的方式解决同业竞争问题。

（五）原共同控制方退出

在现代汽车公司（“现代汽车”）通过合同方式取得现代资本服务公司（“现代资本”）的控制权案中，现代汽车并未采取收购股权或者获得表决权委托等“主动”行为，而是因为原来与其共同控制现代资本的股东的退出而“被动”的取得单独控制权。具体情况是：在交易之前，现代资本由现代汽车和另一个股东通用电气资本国际控股有限公司（“通用电气资本国际”）共同控制，其中现代汽车持有约 80%股权，通用电气资本国际持有 20%股权；通过该次交易，通用电气资本国际将其持有的 20%股权转让给 IBK 证券有限公司（“IBK”），且 IBK 将不会取得现代资本经营管理方面的任何控制权。实际上，由于现代汽车是“被动”取得单独控制权，该案件可能属于“通过其他方式”而不是“通过合同方式”取得控制权，¹²更合适的案件名称或许是“现代汽车公司通过其他方式取得现代资本服务公司的控制权案”。

（六）依照法律规定自动取得控制权

¹² 根据欧盟相关规定，原共同控制方退出被视为以其他方式取得控制权的情形。

在波洛莱股份有限公司通过其他方式取得维旺迪股份有限公司控制权案中，波洛莱公司取得控制权的原因是法国的一项法律修订。为了鼓励股东长期持股，2014 年 4 月，法国议会通过了《Florange 法案》，规定：在符合特定条件下，股东可以自动获得双重投票权。在此之前，波洛莱公司是维旺迪公司最大的股东，持股比例为 20.66%；而根据《Florange 法案》，波洛莱公司将至少持有维旺迪公司 28.77% 的净投票权。鉴于维旺迪的持股比例、维旺迪以往股东会议的投票模式以及股东出席率等因素，波洛莱公司将取得对维旺迪的事实上的单独控制权。

三、非典型经营者集中的判断标准

构成非典型经营者集中的判断标准是，某个或某几个经营者通过合同或者其他方式取得另一个经营者的控制权。不论采取何种方式，只要在实质上导致了取得控制权这一结果，就构成经营者集中。

而就判断是否取得控制权的标准而言，非典型经营者集中与典型经营者集中是一样的，均适用《关于经营者集中申报的指导意见》第三条，即：控制包括单独控制和共同控制、直接控制和间接控制，判断是否取得控制权取决于大量法律和事实因素，通常考虑包括但不限于下列因素：（一）交易的目的和未来的计划；（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；（三）其他经营者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；（四）其他经营者董事会或监事会的组成及其表决机制；（五）其他经营者高级管理人员的任免等；（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等。

当然，以合同或其他方式取得控制权，也具有区别于典型经营者集中的特点。在合并、股权收购、资产收购、新设合营企业等形式的交易中，一个经营者取得了对另一个经营者的“所有权”并以此为基础取得控制权。在合同或其他方式的交易中，前一经营者并未通过交易取得后一经营者的“所有权”。因此，为了确保合同或其他方式在市场上能够产生与“所有权”方式相当的结构变化，相关合同应当是长期合同，¹³且原则上不能提前终止，而通过其他方式形成的变化也应当具有持续性。

基于以上标准，我们认为，除了前文所述现有案例中的表现形式外，以下合同或交易方式也可能构成经营者集中：

（一）**表决权委托、一致行动协议。**前文提到的四个案例均是在股权收购的同时签订表决权委托协议。实践中还存在独立的表决权委托，即在不发生任何股权转让的情况下，一个股东将其表决权部分或全部委托给另一个股东行使。此外，若干个股东可能签署一致行动协议。如果表决权委托或一致行动协议达到特定程度以致于某个股东取得控制权，则构成经营者集中。

¹³ 在欧盟委员会于 2005 年审查的 COMP/M.3858 Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien 案中，管理合同的期限是 15 年；在欧盟委员会于 2002 年审查的 COMP/M.2632-Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien 案中，合同期限是 8 年。

（二）**承包经营合同、管理合同**（如酒店管理合同、仓库管理合同等）。¹⁴不论该合同采用何种名称，其核心是业务或资产的所有人将该业务或资产委托给管理人进行经营管理。如果根据合同仅管理人对业务或资产的经营管理具有决策权，则管理人对业务或资产享有单独控制；如果管理人和所有人都享有一定的决策权（包括否决权），则管理人和所有人对该业务或资产形成共同控制。

（三）**长期租赁合同**。长期租赁合同赋予承租人对租赁资产长期稳定的使用权。如果租赁资产可用于经营活动且能够稳定的产生营业额，租赁行为可能构成承租人与租赁资产之间的经营者集中。

（四）**长期供货合同、长期采购合同**。如果经营者与某个供应商或客户签订长期供货合同或采购合同，且对该合同具有很高的依赖性，则该供应商或客户可能因此取得对经营者的控制权。

值得注意的是**特许经营合同**。尽管特许人将自身的商标、商号、经营模式等经营资源授予被特许人使用，被特许人对特许人存在一定的经济依赖（经验传送、长期供货等），但在被特许人自主经营、自负盈亏，特许人只是收取特许经营费或加盟费的情况下，一般不认为特许人取得了对被特许人的控制权。

四、非典型经营者集中的申报

非典型经营者集中与典型经营者集中适用相同的申报标准和申报程序。下文仅分析申报中的几个关键点。

（一）是否达到申报标准

我国目前采用的申报标准是参与集中的经营者的营业额是否超过特定金额，因此首先需要确定哪些经营者是参与集中的经营者，然后再计算这些经营者的营业额。

在经营者通过合同（例如表决权委托、酒店管理合同）或其他方式（例如原共同控制方退出）取得对其他经营者的控制权的情况下，取得控制权的经营者和目标经营者为参与集中的经营者。如果在集中后，两个以上经营者对目标经营者有控制权，则上述两个以上经营者和目标经营者均为参与集中的经营者。

需进一步说明的是，如果目标经营者在交易之前被共同控制，则目标经营者和交易后所有对其有控制权的经营者均为参与集中的经营者；如果目标经营者在交易前由一个经营者单独控制，且该单独控制方在交易后仍拥有控制权，则该单独控制方和新取得控制权的各方为参与集中的经营者，目标经

¹⁴ 前文所述的资产和业务委托与此有类似之处。

营者不是参与集中的经营者；如果目标经营者在交易前由一个经营者单独控制，但该单独控制方在交易后不再拥有控制权，则目标经营者和取得控制权的各方是参与集中的经营者。

在确定参与集中的经营者之后，每个参与集中的经营者的营业额应当按照《关于经营者集中申报的指导意见》第五、六、七条进行计算。以A公司通过表决权委托取得B公司的单独控制权为例，A的营业额应为A的最终控制人所控制的所有经营者的营业额之和，B的营业额则为B及B所控制的所有经营者的营业额之和。又如，X和Y分别持有Z公司65%和35%的股权，X和Y现在对Z公司的章程进行修改，规定Z的预算须经持有三分之二以上表决权的股东批准，协议修改后X和Y将对Z公司形成共同控制，此时X和Y是参与集中的经营者，双方的营业额分别为各自最终控制人所控制的所有经营者的营业额之和。

（二）申报义务人

经营者通过合同或其他方式取得对其他经营者的控制权的，应当由取得控制权的经营者申报，其他经营者予以配合。特别要注意的是被动取得控制权的情形。例如，A和B各持有C公司50%的股权，对C形成共同控制，现在B将25%的股权出售给D，A将取得对C公司的单独控制权。在此案例中，A并没有参与股权转让交易，但作为取得控制权的一方负有申报义务。如果A不依法进行申报，将受到罚款等处罚。

在同一交易中，取得控制权的经营者有两个或两个以上的，这些经营者均有申报义务，可以共同申报，也可以约定由其中一个经营者负责申报。例如，A、B、D是C公司的三个股东，分别有权提名2名、1名和1名董事，现在三方协商修改C公司的章程，规定对于C公司的预算和总经理任免须经全体董事一致同意，此时B和D两方均负有申报义务。

（三）申报时点和避免“抢跑”

作为一般规则，申报人应当在集中协议签署后、集中实施前进行申报，并且在获得批准之前不得实施集中（即不得“抢跑”）。如果在申报之前或者获得批准之前实施了集中，申报义务人将被处以罚款，严重时还可能被责令恢复到集中前的状态。

在通过表决权委托取得控制权的交易中，签署表决权委托协议后即可申报，但需要注意的是，在获得批准之前表决权委托协议尚不能生效。换言之，表决权委托协议须以通过反垄断审查为生效条件，否则可能构成未依法申报。

在通过股权收购加表决权委托取得控制权的交易中，股权收购协议可能早于表决权委托协议签署或者同时签署。需要注意的是，在此情况下，股权收购和表决权委托通常被视为同一项集中，二者均

须在通过反垄断审查之后才能实施。换言之，即使仅凭股权收购并不能使收购方取得控制权，完成股权交割的行为仍将构成“抢跑”。

在通过修改公司章程、股东协议等取得控制权的情况下，应当在章程或协议生效之前进行申报，并将通过反垄断审查作为章程或协议生效的条件。

类似地，委托经营合同、管理合同、长期租赁合同、长期供货合同等也应当以通过反垄断审查作为生效条件。

在因为原共同控制方退出而被动取得控制权的情形中，申报义务人应当要求原共同控制方在通过反垄断审查之前不得实施股权转让等退出行为（例如不得办理股权变更登记）。

五、结语

与股权收购、新设合营企业等典型经营者集中情形相比，非典型经营者集中的表现形式灵活多样甚至千差万别。但万变不离其宗，认定一项交易是否构成经营者集中的判断标准均为控制权是否发生变化，而判断控制权是否发生变化所考虑的因素也基本相同。在认定构成经营者集中之后，非典型集中和典型集中的申报标准相同，确定参与集中经营者的方法以及营业额的计算范围相似，也同样需要遵守未经批准不得实施集中的要求。相关企业应当提高反垄断守法意识，依法申报非典型经营者集中。

➤ 立法及修法建议

浅议《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》中拟设置的“安全港”制度

作者：刘淑珺 | 吴丽丽 | 赵兰学

2019年1月3日，国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）发布了《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》（以下简称“《规定》”），向社会公众征求意见。该《规定》最大的亮点之一是拟设置“安全港”制度，该制度对节约执法资源、为经营者提供更清晰的指引具有重要意义。

据相关消息，该《规定》原定2019年5月颁布，但目前可能又推迟到7月正式颁布。众多公司都在持续关注该《规定》的动态，其间也向我们询问什么是“安全港”制度，与其他司法辖区相比我国的“安全港”制度具有什么特点，《规定》对企业合规建设和规避相关风险有何意义。本文将针对公司的这些疑问，对“安全港”制度进行简要介绍和探讨。

一、《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》出台背景与概述

目前现行的规制垄断协议的规定包括原国家工商总局的《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》（2010年12月31日公布、2011年2月1日起施行）、《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》（2009年5月26日公布、2009年7月1日起施行）和国家发改委的《反价格垄断规定》（2010年12月29日公布、2011年2月1日起施行）、《反价格垄断行政执法程序规定》（2010年12月29日公布、2011年2月1日起施行）。为适应市场监管体制改革和反垄断执法体制改革需要，加快推进机构改革后市场监管部门反垄断统一执法，市场监管总局在吸收整合上述现有规定有关内容的基础上起草了《规定》，制定出统一的禁止垄断协议规则，这有利于解决原三家反垄断执法机构存在的职能交叉问题，为机构改革和做好今后的反垄断执法工作奠定基础。

《规定》既注重制度的延续性，也充分考虑了机构整合前反垄断执法的既有经验。《规定》共五章四十四条，对执法机构、垄断协议认定、垄断协议调查、行政处罚等禁止垄断协议行为的实体和程序内容进行了全面规定。《规定》承袭《反垄断法》（2007年8月30日公布、2008年8月1日起施行）第二章“垄断协议”的立法思路，不再区分价格与非价格垄断协议案件，但进一步细化了《反垄断法》第十三条、第十四条所列举的固定或变更价格、限制生产或销售数量、分割销售或原材料市场、限购新技术、联合抵制交易等具体垄断协议形式。《规定》还明确了《反垄断法》的兜底条款中由国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议的具体考量因素，增进了法律的确定性。《规定》对于垄断协议的调查程序进行了较为细致的规定，对垄断协议的举报及垄断协议的宽大制度做了有特色的

规定，并细化了《反垄断法》第四十五条规定，明确了中止调查的程序要求，为被调查的经营者依法申请中止调查提供了明确的指引。

二、“安全港”制度的内容及与域外制度的比较

《规定》最大的亮点是拟设置“安全港”制度。“安全港”制度虽是首次引入到反垄断法规之中，但其他司法辖区已有大量实践。根据反垄断执法机构的执法实践和全球其他司法辖区的经验，除《反垄断法》明确列举的垄断协议类型外，经营者在其市场份额不显著的情形下，对竞争的排除限制效果有限。因此，《规定》设置了“安全港”制度，对节约执法资源、为经营者提供更清晰的指引具有重要意义。

《规定》第十四条拟规定：“具有竞争关系的经营者达成的协议不属于本规定第七条至第十一条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的市场份额合计不超过百分之十五的，或者经营者与交易相对人达成的协议不属于本规定第十二条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的市场份额均不超过百分之二十五的，可以推定协议不会排除、限制竞争，有证据证明该协议排除、限制竞争的除外。”

市场监管总局借鉴参考了欧盟委员会在集体豁免条例中的相关规定，同时充分考虑我国市场竞争情况和既有执法经验，设定了较欧盟委员会更为严格的市场份额认定标准。

横向协议方面，不属于《规定》第七条至第十一条所列情形的横向垄断协议主要是联合研发协议、专业化协议等，欧盟委员会在排除联合研发协议适用横向垄断协议时须满足的条件是参与协议的经营者相关市场份额合计不超过百分之二十五，而《规定》中要求的合并市场份额为不超过百分之十五。

纵向协议方面，欧盟委员会的《纵向协议集体豁免条例》针对纵向协议设置了安全港制度。为适用集体豁免，上下游经营者市场份额均不得超过 30%，但如果协议含有核心限制条款（其中包括转售价格限制条款），集体豁免将不适用该协议。《规定》与欧盟委员会纵向垄断协议的安全港制度方面既有相同之处，也存在区别。《规定》第十二条明确了“安全港”制度不适用转售价格限制的纵向垄断协议，针对非价格垄断协议适用“安全港”制度，要求上下游经营者的市场份额均不超过百分之二十五，比欧盟委员会要求更为严格。

三、“安全港”制度的认识分歧

设置“安全港”制度存在客观性和必要性，在反垄断执法日趋严格的情形下允许不会产生垄断效果的企业进行合作，有利于市场竞争，但《规定》中的“安全港”制度尚涉及以下问题需要进一步调和明确。

第一，就涉及知识产权的协议而言，这些协议可能构成《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项的横向或纵向垄断协议，而《国务院反垄断委员会关于滥用知识产权的反垄断规定》（征

求意见稿)》(2017年)规定了相应的“安全港”规则:具有竞争关系的经营者在相关市场的市场份额合计不超过20%,或不具有竞争关系的经营者在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的市场份额均不超过30%的情形下,则通常涉及知识产权的限制性协议不被认定为是垄断协议。此外,就涉及汽车业的地域限制(指供应商承诺在特定经销区域对一个或若干经销商供货,经销商承诺不向其他经销区域销售)与客户限制(指供应商限定经销商只能将商品售予或不得售予特定客户)而言,可能构成《反垄断法》第十四条第三项的纵向垄断协议,而《关于汽车业的反垄断指南(征求意见稿)》(2016年)就地域限制与客户限制规定了“安全港”规则,即不具有显著市场力量的经营者设置的以下地域限制或客户限制通常能够符合《反垄断法》第15条规定的豁免情形:①约定经销商仅在其营业场所进行经销活动,但不限制该经销商的被动销售,也不限制经销商之间交叉供货;②限制经销商对汽车供应商为另一经销商保留的独占地域或专有客户进行主动销售;③限制批发商直接向最终用户进行销售;④为避免配件被客户用于生产与汽车供应商相同的产品,限制经销商向该类客户销售配件。上述指南指出,在相关市场上占有25%-30%以下市场份额的经营者有可能被认定为不具有显著市场力量。上述两部指南与《规定》是相冲突的,希望两部指南各自与《规定》之间的分歧能够在《规定》正式稿中得以解决。

第二,从《规定》中可以看出,“安全港”制度仅仅是适用于《规定》第七条到第十二条明确列举出来的垄断协议行为以外的“其他情形”。根据《反垄断法》和以往的案例,反垄断执法部门在审查垄断协议时采用“禁止+豁免”的原则,即《反垄断法》第十三条、第十四条规定的情形属于明令禁止的行为,但是符合《反垄断法》第十五条规定的,经营者可以依法主张豁免。在转售价格维持案件中,反垄断执法部门在执法中并不对转售价格维持的效果进行实质性分析,而是通常直接认定违反《反垄断法》第十四条的转售价格维持协议具有排除、限制竞争的效果。而在上海、广东法院裁判的反垄断民事案件中,则基于《反垄断法》第十三条第二款的概念性条款,认定“具有排除、限制竞争效果”是纵向垄断协议的必要要件,基于“合理原则”对纵向价格协议的效果进行分析。通过上述分析,由于“禁止+豁免”原则立法过于笼统,缺乏可操作性。导致了行政执法系统与司法系统在其适用上的分歧,尤其是在转售价格维持案件上表现明显。而此次“安全港”制度不适用于《规定》第七条到第十二条明确列举出来的垄断协议行为,经营者依然可以依据“禁止+豁免”原则主张豁免。因此,“安全港”制度对立法笼统问题进行回避。另外,横向垄断协议相较于维持转售价格协议对市场秩序影响更为严重,而此次先针对横向垄断协议设置“安全港”制度,对维持转售价格协议没有设置,还是存在争议的。

四、企业合规应对

从1月3日市场监管总局发布《关于反垄断执法授权的通知》和《规定》,到其1月16日发布《关于制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定(征求意见稿)》,反垄断执法必将制度化、常态化,执法力度和效率也会得到提高,这对企业的合规建设也提出了更高的要求。由于企业的日常经营无法避免得会涉及《规定》所规制的协议,因此企业需要学习和了解《规定》的内容,审查企业订立的协议及

其他经营行为是否合规，排查潜在的反垄断合规风险。另一方面，《规定》拟引入的“安全港”制度和垄断协议调查程序则为企业的反垄断合规提供了更全面和清晰的指引。与此同时，鉴于《规定》与司法实践和其他相关规定之间还存在冲突之处，有待广泛征集意见后做出调整，因此企业也需密切关注《规定》的内容和修订的进展，持续关注反垄断动态。

本期作者简介



万江律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人。万江律师自 2005 年开始执业。曾长期就职于国家发改委反垄断局，主要从事反垄断执法、立法和国际交流工作，先后主办、承办数十起反垄断案件，主笔起草关于反垄断宽大制度、承诺和解制度的反垄断指南草案。2012 年 2 月至 7 月期间万江律师获派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作。万江律师著有《中国反垄断法——理论、实践与国际比较》（第二版，中国法制出版社 2017 年 6 月出版）、《<企业国有资产法>释义》、《劳务派遣法律实务操作指引》等专著。

邮箱: wanjiang@glo.com.cn

Dr. Wan is a partner of Global Law Office in Beijing. Dr. Wan has extensive experience with complex antitrust and competition law issues. Prior joining Global Law office, he served as a senior case handler at Price Supervision and Anti-monopoly Bureau(PSAB) of National Development and Reform Commission(NDRC) participating in a number of significant anti-trust & cartel investigations and leading the draft of Leniency Program and Commitment Rules under China's Anti-monopoly Law. Dr. Wan received an intensive training in both DG Competition of the European Commission and Irish Competition Authority in 2013. He acquired Ph.D. in law in 2010 at China University of Political Science and Law.

Email: wanjiang@glo.com.cn



任清律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，主要执业领域为反垄断、WTO/国际贸易、国际争议解决。任律师代表国内外企业办理了数十起经营者集中反垄断申报案件，涉及非简易案件、简易案件和未依法申报案件等。任律师还代理反垄断调查和民事诉讼，并提供反垄断合规服务。任律师担任中国世贸组织法研究会常务理事，在 WTO 争端解决、贸易调查、出口管制、经济制裁等领域具有丰富的实务经验。任律师受聘为中国贸仲、中国海仲、北仲、上海国仲、深圳国仲等仲裁机构的仲裁员，并代理商事仲裁和投资仲裁案件。

邮箱: renqing@glo.com.cn

Mr. Ren is a partner of Global Law office and specialized in anti-trust, dispute resolution and international trade. Mr. Ren has represented international and domestic clients in dozens of merger filings, including simple cases, non-simple cases and “gun jumping” cases. He also represents clients in anti-trust investigations and litigations, and provides anti-trust compliance advices. Mr. Ren is arbitrator of China International Economic and Trade Arbitration Commission, Beijing Arbitration Commission, Shanghai International Arbitration Center and Chongqing Arbitration Commission, practicing investment arbitration and commercial arbitration. Mr. Ren is member of the board of executive directors of China WTO Law Society, with rich experiences in WTO disputes, Section 301 investigations, export control and economic sanctions.

Email: renqing@glo.com.cn



刘淑珺律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，同时也是所内日本业务团队的负责合伙人。刘律师除了长年为众多在华投资的日本企业和赴日投资的中国企业提供外商投资和并购、公司重组和解散清算、劳动、外汇、海关、争议解决等全方位的法律支持之外，主要专注于反垄断和反不正当竞争、网络安全及数据、环境、广告等监管合规以及危机处理业务。

邮箱: liushujun@glo.com.cn

Shujun Liu is a partner of Global Law Office based in Beijing, as well as the partner in charge of the Japanese practice. For more than a decade Shujun has been providing to a large number of Japanese companies in China and Chinese companies in Japan a comprehensive range of legal services regarding foreign investment, mergers & acquisitions, corporate restructuring, dissolution and liquidation, labor, foreign exchange, customs, dispute resolution, etc. Shujun also specializes in antitrust, anti-unfair competition, cybersecurity and data, environment, advertisement, and other regulatory compliance and risk management.

Email: liushujun@glo.com.cn



穆颖律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其执业领域主要包括企业知识产权管理与风险防范、知识产权和竞争法争议解决，涵盖商标法、著作权法、专利法、反不正当竞争法及反垄断法领域，尤其在商标和专利授权确权诉讼，以及与知识产权相关的反垄断法律服务方面具有丰富的经历。加入环球律师事务所之前，穆颖律师曾从事知识产权审判工作九年，参与审理案件 1000 余件，其中包括多起入选“北京市法院知识产权十大典型案例”、“十大创新案例”的案件。

邮箱: muying@glo.com.cn

Ying Mu is a partner based in our Beijing office specializing in enterprise IP portfolio management and risk prevention, contentious intellectual property and competition disputes, covering trademark law, copyright law, patent law, anti-unfair competition law and anti-trust law. She has considerable experience of providing particular services on trademark and patent authorization and affirmation litigation, and anti-trust matters concerning IP issues. Prior to joining GLO, Ms. Mu has been worked in courts and engaged in intellectual property trial for about nine years and has dealt with over 1,000 cases, some of which were selected as “Top Ten IP Model Cases of Beijing Courts” and “Top Ten Innovative Cases”.

Email: muying@glo.com.cn



吴丽丽律师是环球律师事务所北京办公室顾问律师，主要执业领域为反垄断、反不正当竞争以及其他公司法事务。吴律师主办过多起在全球范围内有重大影响力的经营者集中反垄断申报案件和对应应报未报的调查案件，行业涉及航运、石油、金融、物流、汽车及零部件、医药、化工、房地产、零售、娱乐等。吴律师是反垄断局首起“抢跑”（gun-jumping）调查案件的主办律师，同时在附加限制性条件批准的经营者集中案件方面尤其具有丰富的实务经验。吴律师主办的一起涉及全球化工行业近年来最大交易的经营者集中附条件批准案件被评为中国《反垄断法》实施十年来的“十大有影响力的反垄断执法案件”之一，并获得《全球竞争法评论》（GCR）授予的 2017 年全球反垄断案件“年度大奖”。此外，吴律师也代表众多跨国公司和国内企业应对垄断协议、滥用市场支配地位等的反垄断调查，行业涉及航运、汽车及零部件、医药、化工、零售等。

邮箱: wulili@glo.com.cn

Wu Lili is an of-counsel at Global Law's Beijing Office. Her practice area specializes in competition law, including merger control filing and antitrust investigation. She has led several merger control filings, and also assists clients including multinational companies, private and state-owned enterprises, e-commerce platform, as well as provided antitrust trainings to clients.

Email: wulili@glo.com.cn

环球反垄断招募信息

环球反垄断团队近期拟招募以下人员：

1、高级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，从事反垄断法律实务工作 3 年以上，具有中国律师执业资格，可以英文为工作语言，男女不限。

2、初级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，通过司法考试或已经取得律师执业资格，具有 1-2 年反垄断法律实务工作经验，英文流利，30 岁以下，男女不限。

3、实习生

要求：国内外知名大学法学院竞争法方向研二、研三年级硕士研究生，通过司法考试，英文流利者优先，要求每周至少保证三天以上工作时间。

有志加入环球反垄断团队者，可将个人电子简历等资料投递到环球人力资源部电子邮箱：

hr@glo.com.cn，并注明“反垄断业务申请”。

环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户 就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构 评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有近 300 名的法律专业人才。我们的律师 均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作 于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，多数合伙人还拥有美国、英国、德 国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微 和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

环球反垄断团队介绍

环球反垄断团队由十余名合伙人和律师组成，其中一些合伙人和律师既有实务操作经验也有丰富的执法经验，已为医药、互联网、汽车、电器、IT、食品、化工、航运、零售等行业的众多境内外客户提供一站式反垄断专业服务，服务范围包括经营者集中申报、反垄断调查、反垄断诉讼、反垄断风险防范与合规等。我们对中国反垄断法律法规及其实践具有深刻认识和专业理解。我们的主要服务内容包括：

- 为客户提供关于垄断、不正当竞争的风险防范以及合规审查的法律咨询；
- 就境内外经营者集中起草反垄断申报报告；
- 代表客户进行反垄断申报；
- 代表客户应对反垄断部门发起的反垄断调查；
- 代表客户进行反垄断民事和行政诉讼等。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本文任何受版权保护的内容。

免责. 本报告不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路81号华贸中心1号写字楼15层&20层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地5号楼26层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心5号楼26层 B/C 单元 邮编：518055

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987