

环球律师事务所 反垄断法律专递

2020年9月

环球反垄断法律专递

2020 年 09 月

目 录

反垄断新规系列解读——之一：国务院反垄断委员会《关于汽车业的反垄断指南》解读	2
反垄断新规系列解读——之二：国务院反垄断委员会《关于知识产权领域的反垄断指南》解读	9
反垄断新规系列解读——之三：国务院反垄断委员会《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》评述	19
反垄断新规系列解读——之四：国务院反垄断委员会《垄断案件经营者承诺指南》评述	23
本期作者简介	28
环球简介	29
环球反垄断业务简介	30
版权与免责	31

反垄断新规系列解读——之一：国务院反垄断委员会《关于汽车业的反垄断指南》解读

作者：万江 | 郭程

一、汽车业指南出台背景

汽车业向来是各国工业体系中的支柱性产业，是高度协作的工业文明的典型代表，同时也是反垄断监管的重点行业。自 2000 年左右开始，欧、美各国针对汽车行业的反垄断监管活动一直非常活跃，2010 年以来，中国反垄断执法机构先后查处了数十起汽车行业的垄断案件，被调查的不仅有中国企业（包括外资企业）也有外国企业，不仅仅针对整车厂商和经销商，也针对汽车零部件生产商、汽车保险公司、汽车售后服务和维修服务提供商。在这个大背景下，基于对过往汽车业执法经验的总结，同时也是回应汽车业广大经营者的呼声，国务院反垄断委员会自 2015 年启动了《关于汽车业的反垄断指南》的起草工作，几经易稿，于 2019 年 1 月 4 日完成起草工作，并于 2020 年 8 月对外发布。

另外，提到汽车业的反垄断指南，就不能不提欧盟的汽车业竞争监管规则。早在 1985 年，欧盟就对汽车行业的销售行为建立了一套特殊的竞争监管规则。时至今日，欧盟认为在新车销售市场上竞争激烈，可以与其他行业一视同仁地适用一般竞争法，但汽车售后（包括售后维修及配件供应）市场应该适用更严格的监管措施。2010 年，欧盟委员会颁布了新的针对汽车售后市场的《汽车业纵向协议集体豁免条例》¹和《汽车业纵向限制补充指南》²，相比于新车销售，汽车售后服务市场多了三类核心限制行为不得适用欧盟的纵向限制集体豁免规则。仔细比较，我们会发现《关于汽车业的反垄断指南》（以下简称汽车业指南）大部分的内容都源于欧盟的相关规定。

二、汽车业指南的框架与主要内容

汽车业指南分为六章，包括总则、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除限制竞争、附则等内容。虽然名为“汽车业”反垄断指南，重点仍在于汽车销售及和售后维修保养市场中的纵向垄断协议和滥用市场支配地位问题。

在总则部分，与欧盟的《汽车业纵向协议集体豁免条例》类似，对涉及汽车业的部分概念做了澄清，重点强调了不同类型的汽车配件概念；明确指出汽车经销市场可以细分为批发市场和零售市场，汽车售后市场可以细分为售后配件经销市场和售后维修保养市场，对地域市场有更具体的规定。此外，进一步指出竞争者之间达成固定价格、分割市场、限制产量等横向垄断协议案件实务中通常

¹ Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty of the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in motor vehicle sector.

² Commission notice Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles (2010/C 138/05).

没有必要明确相关市场，而滥用市场支配地位案件中相关市场的界定是第一步。在垄断协议部分，指出汽车业的横向垄断协议竞争分析与其他行业无显著差别。引入了部分纵向协议推定豁免的“安全港”规则，针对汽车业中大量非典型纵向限制的竞争性与反竞争性做了说明。在滥用市场支配地位部分，主要针对售后配件的生产、供应和流通以及维修信息的可获得性给出了更明确的信息。此外，还对汽车业中可能的滥用行政权力排除、限制竞争的行为做了细化论述，附则部分就汽车业中常见的代工协议的判断给予了指引。

此外，汽车业指南的行文表述不同于一般的法律、法规或规章，明显受到欧盟或美国反垄断指南的影响。在行文上，虽然形式上仍然采取的是法条式的体系，但整体上主要是依次围绕不同主题开展论述式的描述；在内容上，不同于法条力求简明、惜墨如金，而是针对具体问题尽可能展开论述，有大量的举例说明和正反观点的罗列；在指引性方面，很少对具体问题做出明确而刚性的结论，着重于介绍分析思路和路径。总之，汽车业指南是一篇风格很鲜明的指引性文件。

三、汽车业指南所确立的行业新规

从汽车业指南的内容上看，大约一半左右的内容直接源于欧盟的相关规定，另一半则立足于中国本土的执法实践经验和市场调研的结果。因此指南既反映了中国的本土特性，又体现了与国际接轨的监管态度。

（一）借鉴欧盟规定的部分

1. 汽车业相关市场的界定及市场支配地位的认定

汽车业指南明确将汽车业相关市场划分为汽车经销市场和汽车售后市场，而汽车售后市场可以进一步细分为售后配件经销市场和售后维修保养市场。由于汽车售后市场存在锁定效应和兼容性问题，在新车销售市场上不具有支配地位的汽车供应商，在其品牌汽车售后市场上有可能被认定为具有支配地位。

欧盟对汽车业的特殊监管主要针对汽车售后市场，他们认为一方面随着技术的进步，消费者在汽车售后服务上的花费越来越高，售后服务的价格对汽车消费者有重大影响，另一方面，维修保养不当的汽车可能导致危险驾驶、高排放等问题，汽车售后市场的竞争状况会与公共安全、公共健康和环境保护直接相关。而汽车售后市场存在原厂件专供和维修技术信息封闭等特征，特定品牌及车型的汽车售后服务要求采用适用于该品牌及车型的售后配件（包括原厂配件和能够与原厂配件形成有效竞争的、质量相当的非原厂件），且基于特定品牌及车型的维修技术信息而完成。因此，应当按照汽车品牌来界定汽车售后市场。很显然，汽车业指南认可并借鉴了欧盟的经验。

2. 关于非价格纵向限制协议

（1）针对非价格纵向限制的“安全港”机制

汽车业指南明确提出在相关市场上占有 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，其设置的地域限制和客户限制的若干情形可以推定适用《反垄断法》第 15 条的规定。

欧盟在《纵向协议集体豁免条例》中规定的豁免制度同样需要满足“低于 30%的市场份额”和“非核心限制行为”两项标准。汽车业指南中的推定豁免显然也借鉴于欧盟。

(2) 相似纵向协议的累积效果

汽车业指南明确指出当相关市场上多数甚至全部经营者均采用相似纵向垄断协议，各类纵向限制形成网络，全面覆盖相关市场，品牌间竞争将被明显削弱。相似纵向协议导致的累积效果能够显著限制相关市场的竞争，使相关产品和服务在竞争水平之上定价，最终导致消费者福利损失。欧盟的规定更为明确，即如果相关市场上 50%以上的份额被相似纵向协议组成的平行网络所覆盖，则《汽车业纵向协议集体豁免条例》《纵向协议集体豁免条例》不适用于含有该特定限制的纵向协议。

(3) 客户限制与地域限制行为

汽车业指南明确提出不具有显著市场力量的经营者设置以下地域限制和客户限制通常可适用《反垄断法》第 15 条得到豁免：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，也不限制授权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。上述情形完全借鉴了欧盟的《纵向协议集体豁免条例》第 4 (b) 款。

另外，指南还指出下述三类地域限制和客户限制通常能够严重限制竞争，导致高价并减少消费者的选择，因而不能直接适用《反垄断法》第十五条的规定，但可以主张个案豁免：1) 限制经销商的被动销售；2) 限制经销商之间交叉供货；3) 限制经销商和维修商向最终用户销售汽车维修服务所需配件；以上内容源于欧盟《纵向协议集体豁免条例》第 4 条的 (c)、(d)、(e) 款。

(4) 通过质量担保条款施加的纵向限制

汽车业指南认为汽车供应商和汽车经销商、汽车维修商达成协议，通过质量担保条款对售后服务和售后配件流通间接施加不合理的纵向限制，能够排斥独立维修商，减少配件供应和经销渠道，最终提高汽车维修保养服务的价格，具体包括但不限于：1) 汽车供应商以汽车最终用户将不在质量担保范围的维修保养工作全部交由授权维修网络完成，作为汽车供应商履行质量担保责任的条件；2) 对不在质量担保范围的配件，汽车供应商要求汽车经销商、汽车维修商使用原厂配件作为其履行质量担保责任的条件；3) 汽车供应商没有正当理由，限制其维修网络对平行进口车提供售后维修保养服务。上述三种情形也源欧盟《汽车业纵向限制补充指南》和《汽车业反垄断规则实施常见问题解答》。

3. 关于滥用市场支配地位行为

(1) 售后配件的生产、供应与流通

汽车业指南关于售后配件生产部分规定，主要指的是除根据代工协议生产的配件以外，在其品牌汽车售后市场上具有支配地位的汽车制造商没有正当理由，不应限制为初装汽车配套的配件供应商生产双标件。即，汽车制造商不应禁止为其提供初装零部件的配件供应商在相关初装零部件上加贴自有商标、标识和零件代码。前述行为同样在欧盟《汽车业纵向集体豁免条例》5（c）中作出规定，旨在提高消费者和维修商辨识同质配件的能力，促进汽车售后市场有效竞争。

汽车业指南关于售后配件的供应与流通部分，主要指的是汽车供应商限制售后配件的外销和外采行为。欧盟则主要从配件的排他性供应和排他性销售的角度进行规制。

汽车供应商不应限制配件供应商等的外销配件行为，包括：1）除根据代工协议生产的配件以外，要求配件全部“返厂”，即，限制配件供应商向售后渠道以自有品牌供应配件；2）限制经销商之间、维修商之间、以及经销商和维修商之间交叉供应售后配件；3）限制经销商和维修商向最终用户销售汽车维修服务所需配件。上述行为同样在欧盟《汽车业纵向协议集体豁免条例》5（a）、5（b）中做了规定，目的是为了保证原厂配件的多渠道流通，促进原厂配件和替代性配件以及授权维修商与独立维修商之间形成有效的竞争。

关于限制经销商和维修商外采配件，汽车业指南指出汽车供应商不应无理由限制经销商和维修商购买同质配件或从其他渠道购买原厂配件（包括平行进口配件）。包括在汽车售后市场上具有支配地位的汽车供应商，对经销商强制规定不合理的配件销售数量目标、库存品种和数量等通常能够实质限制经销商和维修商外采配件的行为。在欧盟竞争法中，单一品牌协议不构成核心限制，可以进行个案豁免评估。欧盟《汽车业纵向限制补充指南》第 26 段指出，市场份额不超过 30% 的汽车供应商和分销商可以就单一品牌义务达成一致，规定分销商只能向供应商或供应商指定的企业采购汽车，前提是不竞争义务的期限不超过 5 年。如果协议各方的市场份额超过 30% 或者期限超过 5 年而不具备集体豁免资格的协议，协议各方可能要被要求评估其单一品牌条款是否符合竞争法规则。

（2）售后技术信息、测试仪器和维修工具的可获得性

汽车业指南认为汽车售后市场有效竞争需要保障售后维修技术信息的可获得性，同时保障测试仪器和维修工具的可获得性。在其品牌汽车售后市场上具有支配地位的汽车供应商无正当理由，不应限制维修技术信息、测试仪器和维修工具的可获得性，包括：1）限制维修商获取特定品牌汽车维修技术信息的权利和渠道；2）限制测试仪器、修理工具或其他设备供应商向经销商和维修商销售有关测试仪器、维修工具或其他设备；3）对维修技术信息设置过高市场价格，限制维修技术信息有效公开，制约契合维修商获取有关技术信息。

欧盟《汽车业纵向限制补充指南》则认为技术信息的可获得性应当从以下三方面进行考察：1）按照品牌界定汽车维修保养市场。2）技术信息可获得性。独立维修商的竞争能力取决于其能否不受限制的获取两类关键投入品，配件和技术信息。3）技术信息的范围。首先，需要判断该信息属于技术信息还是可以合法保留的商业信息。其次，保留该技术是否会对独立维修商完成工作的能力造成显著影响，并构成对市场竞争的限制；再次，该技术信息是否被提供给相关授权维修商；最后，该技术信息是最终用来维修和保养汽车，还是用于其他目的，如关于设计样式、生产方法或有关零配件制造材料的信息。

4. 关于代工协议

在汽车业中代工是比较普遍的商业行为，代工协议与独立配件制造商与汽车制造商之间的配件供应协议存在显著区别，代工厂不被视为独立的配件供应商，自然也就不存在反垄断法上的问题。评估一项协议是否构成真实代工协议，核心在于配件制造商是否拥有“生产合同产品或提供合同服务所必需的技术或设备”，考虑的具体因素包括但不限于：1) 委托方拥有或有权处置的知识产权；2) 委托方拥有或有权处置的生产工艺等专有技术；3) 委托方准备的与其提供的信息配套使用的研究报告、方案等文件。欧盟的《汽车业纵向限制补充指南》第 23 段专门提及代工协议（tooling arrangements），汽车业指南的上述内容主要参考了《汽车业纵向限制补充指南》和《关于在欧共同体条约第 85（1）条下评估分包协议的通告》³的内容。其中《关于在欧共同体条约第 85（1）条下评估分包协议的通告》第 2 段关于“必需的技术或设备”除了汽车业指南提及的三个因素外，还提到了“委托方拥有的特殊模具、模型、辅助设备”，不知汽车业指南为何没有将之纳入。

（二）立足于中国经验总结的部分

指南除了大量借鉴欧盟成熟的汽车业反垄断立法成果之外，还积极总结过去多年的执法经验，结合中国汽车业问卷调查和访谈的结果，将极具中国特色的汽车业反垄断问题纳入指南中来。

1. 关于汽车业纵向协议的表现形式

汽车业指南明确指出一些表面上的单方行为（商务政策、通函、资讯、通知等）可能构成《反垄断法》所规制的纵向垄断协议。这显然来自于中国在汽车业市场上的执法经验总结，我们可以从一系列关于汽车业或其他行业关于纵向协议的执法案件的行政处罚决定书中看到对于上述问题的论述。

2. 关于纵向价格限制行为

汽车业指南中关于纵向价格限制行为的态度显然是基于对中国汽车市场的执法经验和在起草过程中大规模行业调研结论而建立起来的，而且这部分不同于欧盟的相关规定，明显具有中国特色，体现了中国执法机构的自信。一方面，汽车业指南创造性提出了部分可以主张个案豁免的纵向价格限制行为，包括：1) 新能源汽车的短期（现阶段暂定为 9 个月以内）转售价格限制；2) 仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制；3) 政府采购中的转售价格限制；4) 汽车供应商电商销售中的转售价格限制。另一方面，指南还就建议价、指导价、限定最高价的问题表达了态度，即如果由于协议一方的压力或激励，建议价、指导价或最高价被多数或全部经销商所执行，在实质效果上等同于固定转售价或限定最低转售价时，根据个案具体情形，该等行为有可能被认定为固定转售价或限定最低转售价。

3. 关于经销商和维修商销售与服务能力的其他纵向限制

³ Commission Notice of December 1978 concerning its assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85 (1) of the EEC Treaty.

汽车业除了典型的纵向价格限制、客户限制、地域限制等传统纵向限制行为之外，指南还总结了实践中相关协议和商务政策中常见的限制经销商和维修商销售与服务能力的其他纵向限制，包括但不限于：1) 汽车供应商向经销商或维修商强制搭售其未订购的汽车、售后配件、精品、耗材、修理工具、检测仪器等。2) 汽车供应商强制经销商或维修商接受不合理的汽车或售后配件销售目标、库存品种和数量。3) 汽车供应商强制要求经销商承担以汽车供应商名义开展的广告、车展等宣传推广费用，或强制限定经销商自担费用开展广告宣传的特定方式和特定媒体。4) 汽车供应商强制要求经销商和维修商只能使用特定有偿设计单位或建筑单位的服务，或强制要求经销商和维修商所需建筑材料、通用设备、信息管理系统和办公设施等只能使用特定品牌、供应商和供应渠道。5) 汽车供应商限制经销商经营其他供应商的商品。6) 汽车供应商因经销商或维修商从事促进竞争的行为而拒绝供货或提前解除经销协议。

4. 涉及汽车业的滥用行政权力排除、限制竞争

滥用行政权力排除、限制竞争行为本身就是中国特色的行政垄断行为。在中国突出表现为二手车交易中的行政垄断行为。二手车交易中的滥用行政权力排除、限制竞争行为，不利于绿色循环消费和汽车市场可持续发展，还限制了汽车所有人的物权处置权益，延长消费者换车周期，间接影响新车销售市场。具体来说，汽车业行政垄断行为包括但不限于：1) 制定含有限制汽车市场准入和汽车自由流通等内容的规定；2) 通过设定具有排除、限制竞争效果的开业条件或资质要求，限制或者变相限制经营者经营汽车业务；3) 限定或者变相限定单位或者个人购买、租用、使用其指定的经营者提供的汽车交易系统、设施和经营场所；4) 二手车限迁行为，即对外地二手车迁入设定高于本地在用车辆标准的限制行为；5) 限制或变相限制二手车交易地点，即要求二手车必须在车辆注册登记所在地交易；6) 二手车交易必须由二手车交易市场开具发票；7) 限制或变相限制外地生产的汽车（如新能源汽车）进入本地市场，限制或变相限制消费者购买外地及某一类汽车（如新能源汽车）。

五、汽车业指南所体现的中国汽车业特殊的反垄断监管态度

通观整部汽车业指南，在基于前述分析基础上，我们可以总结出指南所体现的中国执法机构对于汽车业的以下特殊监管态度：（1）汽车业反垄断监管的重点是汽车售后市场，并且基本认为汽车制造商在汽车售后市场上具有市场支配地位；（2）汽车业反垄断监管的重点行为是纵向限制行为，包括纵向垄断协议及汽车制造商针对配件商和维修商采取的限制性的行为；（3）对于纵向价格限制行为，排除那些具有代理协议性质、代工协议等非实质转售行为的违法性；（4）对于客户限制和地域限制行为，基本认可可以依据反垄断法第十五条主张豁免，并且针对部分反竞争性较弱的行为引入“安全港”机制予以认可；（5）从反对限制配件外销和外采的角度保护汽车配件商，特别是独立售后配件商进入售后配件市场的权利；（6）主要从约束搭售、强制销售、限制提供必要技术信息和设备等行为的角度，保护汽车经销商和售后维修商的权利。

六、汽车业指南未来的改进和发展方向

总体上看，汽车业指南吸收了欧盟最新的关于汽车销售领域的反垄断监管经验，同时也将近年来中国反垄断执法机构丰富的汽车业执法经验通过指南的形式转化为监管政策，是一部国际化、先

进性和本土化的行业反垄断监管指南。当然，行业的监管政策会随着行业的发展变化作出调整，欧盟的汽车业反垄断指南在过去的数十年间也经过多次的修订和更新，中国也不会例外。众所周知，中国乃至全球的汽车产业正在发生革命性的变革，汽车业整体朝着电动化、智能化、网联化、共享化方向发展，如果电动化还基本维持了汽车业的制造和销售模式，但智能化、网联化、共享化则是具有颠覆性的发展方向，例如新能源车的智能软件更新和共享问题，自动驾驶数据的垄断和开放共享问题，汽车共享经济问题等，都会给汽车业反垄断监管提出更新的挑战，未来的汽车业指南必定要在这些方面有所改进和发展。

反垄断新规系列解读——之二：国务院反垄断委员会《关于知识产权领域的反垄断指南》解读

作者：万江 | 郭程

一、指南出台的背景

2011 年以来，中国反垄断执法机构陆续查处了 IDC、高通等公司滥用知识产权垄断案件，被调查的企业主要在标准必要专利市场滥用市场支配地位，违反 FRAND 原则实施收取不公平高价专利许可费、附加不合理交易条件等行为。出于规范知识产权领域的自由竞争和激励创新的需要，立足于对过往滥用知识产权垄断行为执法经验的总结，自 2012 年开始中国反垄断机构着手起草关于滥用知识产权反垄断的相关指南和规定⁴。2015 年 12 月 31 日国家发改委发布了由其牵头起草的《关于滥用知识产权的反垄断指南（征求意见稿）》，2016 年 5 月 2 日原国家工商总局发布了《关于滥用知识产权的反垄断执法指南（国家工商总局第七稿）》，2017 年 3 月 23 日颁布国务院反垄断委员会办公室发布了《关于滥用知识产权的反垄断指南（征求意见稿）》。最终，2019 年 1 月 4 日，完成起草工作，并于 2020 年 8 月正式对外发布《关于知识产权领域的反垄断指南》（下称《知识产权指南》）。

1995 年，为了平衡知识产权保护与反托拉斯法之间的紧张关系，美国司法部与联邦贸易委员会联合制定了《知识产权许可反托拉斯指南》，建立了美国知识产权的反托拉斯政策框架，该指南于 2017 年 1 月做了迄今为止唯一一次修订。欧盟关于知识产权许可行为的监管主要针对技术转让协议，原则上将其视作为可被豁免的纵向限制协议，但是其中有部分不予豁免的许可行为都集中规定在 2014 年修订发布的《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101（3）条的规定》和《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中。此外，2011 年欧盟委员会颁布的《关于横向合作协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中则涉及了研发协议（R&D Agreements）和标准化协议（Standardisation Agreements）的问题。欧盟和美国的相关规定给中国的《知识产权指南》提供了很多的借鉴内容。

二、指南的整体框架

《知识产权指南》共有五章总计二十八条，具体包括总则、可能排除限制竞争的知识产权协议、涉及知识产权的滥用市场支配地位行为、涉及知识产权的经营者集中和涉及知识产权的其他情形等。在考虑完整性和中国知识产权反垄断执法实践经验的同时，《知识产权指南》重点关注了一些特殊的与知识产权许可相关的垄断协议和滥用市场支配行为。

⁴ 2015 年 4 月原国家工商总局颁布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》。

总则部分对知识产权行为与反垄断法的关系做了简要阐述，指明了指南的目的是对滥用知识产权行为适用《反垄断法》提供指引，提高执法透明度，提出了对知识产权行为进行竞争分析的原则、思路以及相关市场如何界定等。第二、三章分别列举了部分典型的知识产权行为，主要对各行为排除、限制竞争的影响因素做了说明。在知识产权协议章节，列举了部分横向协议如联合开发、交叉许可、标准制定以及部分纵向协议如排他性回授和独占性回授、不质疑条款和其他限制协议等。在滥用市场支配地位行为章节，列举了以不公平的高价许可知识产权、拒绝许可知识产权、涉及知识产权的搭售、涉及知识产权的附加不合理交易条件和涉及知识产权的差别待遇行为等。第四章就经营者集中过程中涉及的知识产权行为做了一些规定。最后一章，则主要对专利联营、标准必要专利涉及的特殊问题和著作权集体管理组织等三个特殊问题做了分析。

三、指南的具体内容及评述

（一）《知识产权指南》体现了与国际接轨的监管态度

1. 认可知识产权与反垄断的目标是一致的

《知识产权指南》总则部分开宗明义地指出，反垄断与保护知识产权具有共同的目标，保护竞争、激励创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。这一点与美国《知识产权许可反托拉斯指南》和欧盟的规则的基本态度是一致的。

知识产权制度为新颖的实用性产品、更高效的方法和原创表达作品的创新者确立可执行的财产权，在一定时间内授予创新者利用其创新成果的垄断权，激励创新及其传播和商业化。同时，权利人基于知识产权的专有性而拥有强大的市场力量，的确会形成市场壁垒，从而一定程度上可能产生排斥竞争的后果。反垄断法则是基于维护竞争和消费者福利的考量，对此潜在的反竞争性做出规制，二者之间必然存在一定的平衡和协调，这是知识产权反垄断规则的立足点。

2. 在反垄断法框架内将知识产权视为一项合法的财产权

《知识产权指南》认为经营者滥用知识产权排除、限制竞争行为不是一种独立的垄断行为，进行竞争分析时应遵循以下几项原则：（1）采用与其他财产性权利相同的规制标准，遵循《反垄断法》相关规定；（2）考虑知识产权的特点；（3）不因经营者拥有知识产权而推定其在相关市场具有市场支配地位；（4）根据个案情况考虑相关行为对效率和创新的积极影响。核心在于最后两点，即不推定知识产权人具有市场支配地位，并认可知识产权行为具有提升效率、促进创新的效果。以上原则几乎照搬了美国和欧盟的态度。欧盟同时还提出了以下分析原则：⁵（1）仅针对行使权利的行为。专利权的取得属于各成员国国内法事项，欧盟不予干预。但在权利行使过程中如果影响到成员国之间贸易，损害共同市场的竞争，应当为《欧盟运行条约》第 101 条禁止；（2）权利穷尽原则。知识产权的限制只及于权利产品的首次销售，此后便不得以知识产权来对抗他人对该产品的使用；（3）

⁵ 见于《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》第 2.1 条第 5、6 段，第 2.4 条。

区分对待竞争者之间（横向关系）、非竞争者之间（纵向关系）协议。技术许可协议是否是竞争者之间订立的，对技术之间和技术内部的竞争限制作用有着巨大的差别，应当分别讨论。⁶

3. 明确建立了知识产权行为反垄断分析的思路和框架

《知识产权指南》指明按四个步骤对知识产权行为进行反垄断分析：分析行为的特征和表现形式；界定相关市场；分析行为对市场竞争产生的排除、限制影响；分析行为对创新和效率的积极影响。采取的是合理分析原则的思路，与美国和欧盟的分析框架保持一致。更详细来说，国际通行的知识产权（许可）行为的反垄断分析框架如下：（1）界定受行为影响的相关市场（商品市场、技术市场或创新市场）；（2）评估双方各自所具有的市场力量；（3）分析在所有相关市场上产生的潜在反竞争影响；（4）分析行为是否带来效率或具有其他正当理由；（5）为达到促进竞争的效果，施加转让许可的限制是否具有合理的必要性？（6）平衡反竞争影响和对竞争的促进作用。

（二）在相关市场问题上相对保守

1. 相关技术市场

《知识产权指南》认为如果仅界定相关商品市场难以全面评估行为的竞争影响，可能需要界定相关技术市场。相关技术市场是指由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或者一类技术所构成的市场。不论是美国的《知识产权许可反托拉斯指南》还是欧盟的《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》，均明确提出技术市场的概念。

美国和欧盟还进一步提出了研发市场（创新市场）的概念，即当知识产权行为对于创造性或改进性的产品、方法会造成反竞争的限制时，就有必要针对独立的研发市场竞争状况进行分析。欧盟《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》指出，通常情况下，执法机构都倾向于仅仅分析相关商品市场和技术市场上对现有产品和技术的竞争影响。但在极少情况下，技术许可协议也可能会延缓那些最终将替代现有商品或技术的改进性新商品的推出。这时技术许可协议对于创新的影响就可能需要独立分析。中国《知识产权指南》没有采纳这一概念，仅仅指出在个案情况下，可以考虑行为对创新、研发等因素的影响。

2. 市场份额的计算

《知识产权指南》关于相关技术市场的市场份额的计算依据，明确提出了三个标准：（1）利用该技术生产的商品在相关市场的份额；（2）该技术的许可费收入占相关技术市场总许可费收入的比重；（3）具有替代关系技术的数量。欧盟也认可技术许可费或使用技术生产的商品市场份额作为衡量指标。但如果许可技术是新技术，即便没有任何替代技术，而该技术还没来得及产生销售额，则认定其市场份额为零，自销售开始后才开始认定该技术所占的市场份额。⁷美国的指南中，也强调市场份额对评估竞争效果的重要性。如果市场份额无法获取，而各项竞争性技术看起来确实可相互替

⁶ 美国《知识产权许可反托拉斯指南》第 3.3 条对此也有详细讨论。

⁷ 见于《关于技术转让协议适用〈欧盟运行条约〉第 101 条的指南》第 3.3 条 90 段。

代，也即在使用成本相当的情况下具有密切可替代性，则执法机构可以认为各项技术具有相同的市场份额。

3. 对市场支配地位判定

在市场支配地位判定方面，《知识产权指南》除了要求依据《反垄断法》第十八条、第十九条规定的认定或者推定市场支配地位的因素和情形进行分析外，还列举了三个可具体考虑的因素：（1）交易相对人转向具有替代关系的技术或者商品等的可能性及转换成本；（2）下游市场对利用知识产权所提供的商品的依赖程度；（3）交易相对人对经营者的制衡能力。

欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中对许可人的市场支配地位的认定需要考虑当事人的市场地位、竞争者的市场地位、许可产品的买方的市场地位、进入壁垒、市场成熟程度等因素。综合看来，首先，市场份额是衡量市场支配力的重要指标，市场份额越高的市场支配力越大；其次，市场上竞争者的数量越多越强大，则任何一个市场参与者单方事实上市场支配力的可能性也较小；最后，市场壁垒分析可以为市场支配力提供间接证据。

（三）在安全港规则上采取折中立场

为了提高执法效率，给市场主体提供明确的预期，《知识产权指南》设立安全港规则，下表是中、美、欧三方的安全港规则对比：

	中国《知识产权指南》	美国	欧盟
适用对象	<ol style="list-style-type: none"> 《反垄断法》第 13 条第 1 款第 6 项 《反垄断法》第 14 条第 3 项 	<ol style="list-style-type: none"> 不包括商标领域 仅适用于知识产权有关的许可协议 涉及知识产权的合并申报不适用 	技术转让协议
竞争者之间的协议	<ol style="list-style-type: none"> 在相关市场的市场份额合计不超过 20% 无市场份额数据时，相关市场上存在至少四个可以以合理成本得到的其他独立控制的具有替代关系的技术 	<ol style="list-style-type: none"> 在相关商品市场的市场份额合计不超过 20% 在相关技术市场，存在至少四个可以相当成本得到的其他独立控制的具有替代关系的技术 	经营者在相关市场的市场份额合计不超过 20%

非竞争者之间的协议	1. 经营者任一相关市场的市场份额均不超过 30% 2. 无市场份额数据时，相关市场上存在至少四个可以以合理成本得到的其他独立控制的具有替代关系的技术	3. 在相关研发市场（创新市场），存在至少四个拥有足够资产、设备及驱动力以研发具有替代性产品的独立实体	经营者在相关市场中的市场份额均不超过 30%
适用结果	不被认定违反《反垄断法》	主管机关不会对知识产权许可安排中的限制提出质疑	可豁免适用 TFEU 第 101(1) 条

《知识产权指南》融合借鉴了美国和欧盟的经验。欧盟虽然认可了技术市场的概念，但是评估市场份额仍以技术产品的价值为基础，且对于没有产生技术产品的新技术不认可其市场力量（市场份额为零）。美国则明确提出涉及知识产权的商品市场、技术市场和创新市场的基础上，将可替代性技术或技术研发者的数量也纳入市场力量的考量指标。中国的《知识产权指南》基本没有认可创新市场的概念，在评估市场力量的方法上却接受了美国计算可替代性技术的方法，总体上看在安全港规则（市场份额门槛）上采取了折中欧美的立场。

（四）重点列举了部分典型行为

《知识产权指南》第二、三章列举了反垄断监管重点关注的知识产权行为，与美国、欧盟的相关规则类似。下表是中、美、欧重点列举的典型行为对比：

	中国	美国	欧盟
垄断协议（横向）	联合开发、交叉许可、标准制定	交叉许可和专利池安排、标准制定	研发协议、标准化协议、技术池
垄断协议（纵向）	排他性回授和独占性回授、不质疑条款、其他限制协议（适用领域限制、销售限制、数量	转售价格维持、排	排他性限制（回授、不质疑条款、限制使用和开发自有技术）、许可费安排、排他许可与销售限制、产量限

	限制、竞争技术或商品使用限制)	他交易限制、回授	制、使用领域限制、自产自用限制、搭售与捆绑、不竞争义务 ⁸
滥用行为	不公平高价许可、拒绝许可、搭售、附加不合理交易条件（强制独占性回授、不质疑、限制使用竞争技术或商品等）、差别待遇	搭售	
经营者集中	涉及知识产权的集中	知识产权收购行为的评估	涉及知识产权的合并
其他	专利联营、标准必要专利、著作权集体管理组织	无效或不可实施的知识产权、争议和解	专利争议和解

1. 联合研发

《知识产权指南》指出联合研发是指经营者共同研发技术、产品等，及利用研发成果的行为。分析联合研发对相关市场竞争产生的排除、限制影响，可以考虑以下因素：（1）是否限制经营者在与联合研发无关的领域独立或者与第三方合作进行研发；（2）是否限制经营者在联合研发完成后进行后续研发；（3）是否限定经营者在与联合研发无关的领域研发的新技术或者新产品所涉知识产权的归属和行使。

美国的《知识产区许可反托拉斯指南》对于横向合作关系的知识产权行为只是泛泛论及。欧盟也基本认为合作研发协议一般不会对竞争产生限制，尤其是非竞争者之间的联合研发协议。根据欧盟《关于横向合作协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》第 3 章，关于研发协议的竞争关切一般集中在两个方面，一是借联合研发的名义实施价格串谋、限制产量等核心卡特尔行为，二是联合

⁸ 欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中将此处的滥用行为放在 Application of Article 101(1) and Article 101(3) of the Treaty Outside the Scope of the TTBER 处规制，而非由《欧盟运行条约》第 102 条规制。

研发的经营联合起来的市场份额较大，通过联合研发可能会筑高市场壁垒，特别是对潜在的技术创新（创新市场）造成遏制。

2. 交叉许可与专利联营

交叉许可是指经营者将各自拥有的知识产权相互许可使用。专利联营是指两个或者两个以上经营者将各自的专利共同许可给联营成员或者第三方，俗称“专利池”。由于交叉许可和专利联营具有横向联合且通常具有排他性，主要的竞争关切仍然是在可能的核心卡特尔行为以及联合排他许可对竞争的限制效果。《知识产权指南》提出的反竞争分析的重点就在排他性上。

另外，在专利池的监管方面，美国和欧盟都就专利池的组建提出了一些特殊的要求，如美国《知识产权许可反托拉斯指南》提出了两个原则：（1）专利池中应当只放入互补性、必要性、非可替代性的专利；（2）应当尽可能限制专利人通过专利联营接触或相互交换商业秘密信息。欧盟在《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中规定符合以下条件的专利池将免于适用《欧盟运行条约》第 101 条：（1）专利池的组建过程向所有利益相关权利人开放；（2）采取了足够防范措施确保只纳入必要的专利（必要且互补）；（3）采取足够的防范措施限制交换组建专利池的敏感信息；（4）被纳入专利池的专利技术都是非排他的许可；（5）专利池技术基于 FRAND 原则对外许可；（6）专利池专利的贡献方和被许可人有权自主开发竞争性产品和技术；（7）专利池专利贡献方和被许可人有权自主就专利池中专利的有效性和必要性提出质疑。同时，欧盟依据以下原则评估专利池对外许可方面的反竞争性：（1）专利池的市场支配力越强，则其反竞争的风险越高；（2）专利池的市场支配力越强，则拒绝许可或歧视性许可违反《欧盟运行条约》第 101 条的可能性越大；（3）专利池的排他性或对替代性专利组合的限制应当是有限度的；（4）技术许可协议不应当包含核心限制内容。

3. 排他性回授、独占性回授和不质疑条款

回授是指被许可人将其利用被许可的知识产权所作的改进，或者通过使用被许可的知识产权所获得的新成果授权给许可人。排他性、独占性回授是指仅有许可人、其指定的第三方或被许可人有权实施回授的改进或者新成果。通常情况下，独占性回授比排他性回授排除、限制竞争的可能性更大。美国和欧盟基本上也都认为非独占性回授的反竞争性不强，而对于独占性回授的分析重点在于授权人的市场支配力量以及回授对于创新的遏制。欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101（3）条的规定》第 5.1 条规定了两项不能直接豁免的排他性许可中的限制行为：独占性回授和不质疑条款。

关于不质疑条款，美国《知识产权许可反托拉斯指南》没有说明。欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中指出，无效的知识产权不构成知识产权，被许可人有权质疑无效的专利权，否则对于创新是有遏制的。当然如果是因为被许可人长期不适用导致专利过期或者许可的专利是免费的，则不质疑条款也不会存在反竞争的问题。当然，禁止质疑技术权利归属的条款通常不会有反竞争的效果。另外，对于一旦被质疑就可能被公开的 know-how 技术的不质疑条款也是可被豁免的。美国《知识产权许可反垄断指南》虽然没有直接提及不质疑条款，但是明确指出权利人实施无效或不可执行的知识产权的行为可受反托拉斯法规制。

4. 以不公平高价许可

《知识产权指南》第 15 条关注了知识产权许可费的问题，关注点在以不公平高价许可知识产权行为。近年来中国执法机构在高通案、IDC 案等滥用标准必要专利行为案件中积累了大量经验，其着眼点集中在“不公平高价许可”行为上，这是与美国和欧盟不同的执法政策倾向，而第 15 条就是中国执法经验的总结和提炼。

欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中许可费安排的关注在于：（1）认可了各种通行的许可费计算和支付方式；（2）交叉许可情况下，竞争者之间不得有固定价格等核心限制的行为，另外，如果交叉许可中的许可费过高，也会推高终端市场价格，在对许可费进行评估时可以比较被许可人支付的相同或可替代性技术的许可费；（3）非竞争者之间的许可费安排方面，以终端产品价值为基础计算和收取许可费，既便于测算许可费，但可能产生封锁效应，需要做个案分析。

5. 拒绝许可

《知识产权指南》认为具有市场支配地位的经营者，尤其是其知识产权构成生产经营活动的必需设施时，其没有正当理由拒绝许可知识产权，可能构成滥用市场支配地位，排除、限制竞争。1997 年美国第九巡回法院 Kodak 案和 2000 年美国联邦巡回上诉法院 CSU 案，确立了知识产权的拒绝许可适用《谢尔曼法》的原则。1996 年欧洲法院审理的 Magill 案则是第一次在知识产权领域适用“关键设施原则”的案件，2001 年欧盟委员会对德国的 IMS 公司采取临时措施，要求其必须将其受版权保护的数据采集工具许可给其竞争对手使用，但随后欧洲初审法院推翻了委员会的决定。总体来看，拒绝交易行为的认定在反垄断法框架内就适用很严格的标准，而知识产权本身就具有排他性，因此，在知识产权拒绝许可问题上各国反垄断执法机构都采取谨慎态度。

6. 搭售

《知识产权指南》规定，涉及知识产权的搭售是指知识产权的许可、转让，以经营者接受其他知识产权的许可、转让，或者接受其他商品为条件。知识产权的一揽子许可也可能是搭售的一种形式。

欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》认为搭售行为的正面效果与负面效果并存，需要个案评估。搭售行为不论是否发生在竞争者之间，都可以适用“安全港”规则得到豁免。美国《知识产权许可反托拉斯指南》认为当买方在搭售产品上拥有市场力量，对被搭售产品市场的竞争有损害，且其经济效率小于反竞争影响时，执法机构将展开搭售执法调查。对于一揽子许可，美国当局承认其促进效率的积极作用，如果构成搭售安排，执法机构将根据适用于其他搭售相同的原则评估其竞争效果。

7. 许可中的其他限制

《知识产权指南》第 12 条规定了大量的涉及知识产权许可协议中的其他限制性，包括使用领域限制、区域限制、客户限制、数量限制等等。欧盟在《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》第 4 章专门就排他许可、销售限制、产量限制、使用领域限制、自用限制等也都有专门阐释。

在《知识产权指南》第 18 条中，罗列了包括强制独占性回授或排他性回授、不质疑（专利有效性、提起侵权诉讼、专利到期等）、限制使用竞争技术或商品（不竞争义务）、强迫交叉许可和指定交易等不合理限制性条件。其中，关于不竞争义务，美国和欧盟的相关指南都有专门论述，美国《知识产权许可反托拉斯指南》提出对不竞争义务的评估主要考虑：（1）该安排促进许可人技术利用和开发的程度；（2）该安排反竞争地组织利用和开发竞争技术，或以其他方式限制本应竞争的技术之间相互竞争的程度。欧盟《关于技术转让协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》指出不竞争义务虽然有减少许可技术被盗用的风险和促进被许可人的投资的好处，可是其所带来的主要竞争风险是排斥第三人的技术。当被许可人的市场地位越强大，对竞争性技术的排斥效果就越严重，甚至会产生网络效应和累积效果。

（五）针对经营者集中的知识产权行为设专章说明

《知识产权指南》还专门涉及知识产权的经营者集中行为。《知识产权指南》指出涉及知识产权的经营者集中有一定特殊性，主要体现在构成经营者集中的情形、审查的考虑因素和附加限制性条件等方面。而审查涉及知识产权的经营者集中，适用《反垄断法》第四章规定。欧盟在 2004 年《欧盟并购条例》中认为合并中的知识产权转让行为，首先要判断其属于集中的组成部分，还是仅仅是某项交易的附属性限制，还是既不属于集中的组成部分也不属于附属性限制。这样区分的目的是对经营者集中的知识产权行为分别适用不同的并购规则。美国《知识产权许可反托拉斯指南》也表示知识产权转让是非常适合通过并购审查的原则和标准来分析，特别是 2010 年《横向并购指南》中的分析原则和标准。针对知识产权所有人对该知识产权的直接出售和某人通过授权、出售或其他转让方式取得知识产权专属许可的交易，执法机构将适用并购分析的原则和标准。

（六）标准必要专利的反垄断问题

目前，标准必要专利的反垄断问题成为知识产权与反垄断交叉领域的热点，迄今为止中国关于知识产权的反垄断执法基本集中在标准必要专利方面，中国执法机构在这个问题上拥有较多的经验和心得，《知识产权指南》第 27 条对于该问题专门做了阐述。标准必要专利是指实施某项标准必不可少的专利，认定拥有标准必要专利的经营者的市场支配地位，除了依据《知识产权指南》第 14 条分析之外，还可以考虑以下因素：（1）标准的市场价值、应用范围和程度；（2）是否存在具有替代关系的标准或者技术；（3）行业对相关标准的依赖程度；（4）相关标准的演进情况与兼容性；（5）纳入标准的相关技术被替换的可能性。第 27 条还对拥有市场支配地位的标准必要专利权人申请“禁令救济”的反竞争性提供了分析标准。

欧盟在《关于横向合作协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》的“标准化协议”部分花费大量篇幅论述 FRAND 原则的重要性，并明确提出标准化组织应当在其知识产权政策中引入 FRAND 原则，标准化协议中规定了基于 FRAND 原则获取专利的条款，通常不会被认为属于欧盟竞争法所指

的垄断协议。⁹美国《知识产权许可反托拉斯指南》虽然没有对标准必要专利的问题做明确规定，但是 2013 年美国司法部与专利与商标局联合发布了一份《关于标准必要专利自愿遵守 F/RAND 义务的救济措施的政策声明》，对该问题有详细的阐述。

比较看来，中国反垄断执法机构在标准必要专利的反垄断问题上，采取的是依循反垄断法框架进行监管的立场，在高通案中，执法机构把滥用标准必要专利的行为分解为各个具体的反竞争行为来看待，在《知识产权指南》中也只针对标准的制定行为以及标准必要专利的市场支配地位的评估、禁令救济问题做了特别的规定，其他在标准必要专利许可过程中的行为不视为特殊的行为，并且 FRAND 原则也没有作为明确的评估因素引入。在这个问题上，显现出中国监管态度的独特性，同时也展现了中国执法机构在这个问题上自信。

四、总结

总体来看，中国的《知识产权指南》立足于自身实践经验，同时也参考和借鉴了美国和欧盟的成熟立法成果，在宏观上和原则性问题上做到了与国际同行保持相同标准，同时在具体问题上也展现了自己的独立态度，是一部值得赞许的反垄断指南。当然，《知识产权指南》在风格上仍偏重于硬法，整体以负面评价条文居多，积极引导性条文较少，相比于美国和欧盟，也不见案例性解释，这是未来还可以继续改善的地方。此外，指南在整体逻辑上没有采纳美国和欧盟都反复强调的竞争性许可和非竞争性许可的区分，因此在行为评价的引导性方面显得更弱，这些问题未来仍然还是可以进一步展开讨论的。

⁹ See Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, para 280,283; Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, para 196.

反垄断新规系列解读——之三：国务院反垄断委员会《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》评述

作者：万江 | 郭程

中国关于垄断协议的宽大制度源于《反垄断法》第四十六条第二款，原国家发改委发布的《反价格垄断行政执法程序规定》和国家工商总局发布的《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》、《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》对宽大制度做了一定的细化，但仍嫌操作性不足，客观上需要就宽大制度出台更为详细的指导性规范。2015年开始，国务院反垄断委员会着手组织起草反垄断宽大制度指南，2016年当时负责牵头起草的国家发改委发布了《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（征求意见稿），几易其稿后，2019年1月4日，完成起草工作。2020年8月《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（以下简称《指南》）连同其他三项反垄断指南一并正式颁布。《指南》对宽大受理案件的标准、处罚减免幅度、申请程序、申请材料要求、标记制度、申请人义务等多方面做了详尽的说明。该《指南》立足于中国自身的行政执法经验，深入借鉴欧盟和美国的做法，大大提高了宽大制度的可操作性和透明度，为执法人员和广大经营者提供了详细的指引，相信会极大地激发宽大制度在反垄断调查中的积极作用。

一、《指南》的框架和主要内容

《指南》总计有16条，包括指南的目的和依据、宽大制度的意义和适用范围、宽大的申请、宽大的受理、宽大顺位的确定、宽大决定等内容。首先，《指南》开篇指明了法源及制度设立意义。其次，《指南》完善了宽大制度的申请与受理程序，明确宽大制度适用于横向垄断协议，鼓励经营者通过匿名方式事先与执法机构取得联系，明确正式提交材料的要求及证据标准；再次，《指南》首次确立了标记制度（Marker），对申请者顺位的确定、初步报告内容以及顺位的取消都进行了详细的规定。最后，《指南》还明确了宽大减免的幅度以及减免的范围，同时提出宽大决定应当向全社会公开。

二、《指南》关于宽大制度的突破性规定

根据世界各国的经验看，垄断协议的宽大机制事涉敏感，制度设计越透明，越具有可操作性，宽大机制就越受到经营者的青睐，也才能真正发挥制度的作用。《指南》针对宽大制度，在以下方面做了突破性的规定：

（一）明确宽大制度适用对象

《指南》明确规定宽大制度的适用对象是横向垄断协议。但是，在过去十年中国的反垄断法执法实践当中，出现过就非横向垄断协议案件适用宽大制度的案例，《指南》的声明可以看到整合后新成立的执法机构在这一问题上的明确态度。实际上，世界上绝大部分国家和地区的反垄断执法中

的宽大程序仅适用于横向核心卡特尔案件，《指南》的出台澄清了这个向来模糊的问题，具有积极的意义。

（二）明确申请者提交的材料内容及证据提交的标准

《反垄断法》第四十六条第二款规定“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。”但是经营者如何报告以及什么样的证据才算是“重要证据”，在执法实践中一直缺乏明确的标准。《指南》第六条正面回答了这个问题。经营者应当明确承认从事了涉嫌违反《反垄断法》的垄断协议行为，详细说明达成和实施垄断协议的具体情况，包括垄断协议的参与者的情况、联络情况、协议涉及的具体内容、协议影响的范围以及持续时间等。而关于“重要证据”，分为两种情况做判断：若执法机构尚未掌握案件线索或者证据的，重要证据应当是足以使执法机构立案或者启动调查的证据；若执法机构已经立案或者启动调查，重要证据是指对执法机构尚未掌握的，并且能够认定构成《反垄断法》第十三条规定的垄断协议的证据。《指南》第八条进一步明确了“重要证据”是在“垄断协议的达成方式、实施行为或垄断协议的内容、达成和实施的时间、涉及的产品或者服务范畴、参与成员等方面”具有“更大证明力或者补充证明价值”的证据。

（三）正式引入标记制度

宽大程序的核心是确定经营者申请的顺位，而确定顺位的核心标准就是经营者申请的时间先后（时间标准）和报告情况的有效性、真实性和全面性（报告质量标准）。实践中，经营者申请宽大的时间是客观的，但其提供的证据是否构成重要证据，何时达到执法机构的要求，相对不确定。为了明确法律预期，鼓励经营者主动报告违法行为，需要在一定期限内保护申请人的时间顺位。这就是所谓的标记制度。该制度能够最大程度的保证宽大程序的透明度和实施效率，同时也能够真正发挥宽大制度对经营者的激励作用，已经成为全世界各国反垄断宽大程序的标配制度。《指南》第七、八、十一条对此专门作了规定，也标志着标记制度在中国落地。

（四）明确赋予申请人更严格的附加义务

《反垄断法》第四十六条第二款只规定了给予宽大的两个法律要件：主动报告和提供重要证据。事实上，这两个条件只是获得宽大的最基本条件。除此之外，根据美国和欧盟的经验，申请宽大的经营者还必须承担一些附加义务，否则很难保证执法机构顺利通过宽大程序实现查处卡特尔案件的目标。《指南》第十条罗列了五项附加义务：一是提出宽大申请后立即停止涉嫌违法行为；二是迅速、持续、全面、真诚地配合执法机构的调查工作；三是不存在隐匿、销毁、转移证据或者提供虚假材料、信息的行为；四是不得对外公开披露向执法机构申请宽大的情况；五是不得有其他影响反垄断执法调查的行为。同时，还进一步明确，对于横向垄断协议的胁迫者和组织者执法机构将不予免除处罚，但可以视情况给予减轻处罚。

（五）对经营者申请宽大的激励机制更加清晰和明确

《指南》第十二条提出对于同一个垄断协议案件，执法机构一般最多给予三个经营者宽大，既是避免宽大制度被滥用，也是为促使经营者更积极主动的申请宽大。此外，《指南》拉开了宽大的幅度差别，第一、二、三及其后顺位的申请人分别可获得至少 80%、30-50%、20-30%以及 20%以下幅度的罚款减免，且明确在执法机构立案或启动调查前主动报告的第一顺位经营者可免除处罚。并且上述罚款减免可比照适用于经营者的违法所得的部分。

除了以上列举的部分突破性内容外，《指南》还在提高宽大程序实施的透明度方面提供了一系列的保障，如第九条、第十二条、第十五条等。另，《指南》第十六条还提出了对经营者申请材料的保密性问题

三、《指南》的实施效果还有待观察

总体来说，市场监管总局发布的《指南》是中国反垄断立法进程中的一次飞跃，它在大量借鉴欧盟先进经验的基础上、结合中国的反垄断实践做了很多新的规定，使得中国的宽大制度成为透明度更高、可实施性更强的一项反垄断制度。

遗憾的是，《指南》并没有完全明确宽大制度的适用范围，只是指明“本指南仅适用于横向垄断协议案件”，并不能确切推导出其他垄断行为，尤其是纵向垄断协议的法律适用性。但从某种程度上可以反应，虽可能存在一定的内部分歧，反垄断执法机构总体上倾向于认为宽大制度只适用于横向卡特尔。

其次，《指南》也没有针对轴辐型卡特尔进行讨论。轴辐型卡特尔虽然在我国现行立法尚未有所规定，但是作为现实案例中频繁出现的卡特尔类型，指南理应作出相应的行政指导。轴辐型卡特尔通过签订数个纵向垄断协议实际上导致的是横向卡特尔的反竞争效果。但其是否能被归纳为横向垄断协议从而列入宽大制度指南适用范围有待观察。

第三，《指南》基本上吸收了欧盟的宽大制度的立法经验，同时做了很多创新。相比而言，欧盟在完善政府的服务职能上走的更远。欧盟设置了“eLeniency”通道，便利了经营者递交材料的渠道，同时更有利于数据的保护。所有材料都将以电子数据的形式进行保存，也有利于确立经营者申请的顺位。

总而言之，《指南》总结了过去十年反垄断执法的经验，规定了经营者的宽大申请程序与材料要求、申请义务与权利、执法机构的执法程序和要求等等，使得宽大制度真正更系统、立体地建立起来。虽制度还存在一定的缺憾和可发展的空间，但整个制度的可操作性大大提高，未来宽大申请的案件必将大大增加。随着相关执法实践的递增，相信相关法规规章、指导性规定会不断完善。

附：宽大申请流程图：



反垄断新规系列解读——之四：国务院反垄断委员会《垄断案件经营者承诺指南》评述

作者：万江 | 郭程

一、指南出台的背景

反垄断法中有一系列特殊的执法机构与经营者和解的制度，如宽大制度（Leniency）、承诺和解制度（Commitments）、认罪和解制度（Cartel Settlement）等。其中，反垄断承诺和解制度最早成型于欧盟。2003年欧盟理事会制定的《欧盟竞争条例》第九条首次做了规定。2004年9月在德国足联转播权的滥用市场支配地位案中欧盟委员会首次适用了承诺和解制度。在美国与此类似的是司法部的同意裁决（Consent Decree）制度和联邦贸易委员会的“和解令”（Consent Decision）制度。

中国《反垄断法》第四十五条规定了“中止调查”制度，实际对应的是美国和欧盟的经营者承诺和解制度。2012年中国国家发改委发布的《反价格垄断行政执法程序规定》和原国家工商总局发布的《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》均对该制度做了一些补充规定，但补充和细化规定的效果并不明显，在实践中仍然存在透明度不高，操作性不强等问题。2016年2月，国家发改委作为牵头起草机构，发布了《反垄断案件经营者承诺指南（征求意见稿）》。2018年机构改革后，该指南的起草工作转移至新组建的国家市场监管总局承担，几经易稿，2019年1月4日完成起草工作，2020年8月《垄断案件经营者承诺指南》（以下简称《经营者承诺指南》）与其他三个指南一并发布。

二、《经营者承诺指南》的框架及适用对象

《经营者承诺指南》总共十八条，可以大致分为两个部分，第一至三条说明了指南的法源及意义、适用范围和法律后果等，第四条至第十八条指明了承诺和解制度的基本程序。《经营者承诺指南》充分借鉴国际特别是欧盟的先进立法经验，立足于中国的执法实践，构建了一套透明度高、操作性强，充分体现公平协商精神的反垄断经营者承诺制度。

指南第二条明确指出承诺制度不适用于固定或者变更商品价格、限制商品生产或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的横向垄断协议案件。欧盟也明确指出承诺制度不适用于核心卡特尔案件。¹⁰

¹⁰ Council Regulation 1/2003/EC of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1/1, 4.1.2003) Amended by Council Regulation 411/2004/EC of 26 February 2004 (OJ L 68/1, 6.3.2004) and Council Regulation 1419/2006/EC of 25 September 2006 (OJ L 269/1 28.9.2006) – Consolidated version of 18 October 2006, para 13. EU Memo 04/217: Commitment Decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 Providing for A Modernized Framework for Antitrust Scrutiny of Company Behaviour).

三、《经营者承诺指南》确立的基本程序

纵观全文，可以发现《经营者承诺指南》所确立的承诺和解制度具有以下特点：（1）强化执法机构与经营者的协商属性，经营者几乎可以在任何阶段与执法机构就承诺意愿进行事先沟通，就承诺措施进行商谈，执法机构可以主动表达和解态度，经营者也可以自由撤回申请或退出和解程序；（2）保障程序的公开透明。不仅最终的中止调查决定等要向社会公开，而且在决定之前执法机构还可以就承诺措施公开征求社会公众意见，在协商过程中也可以引入第三方参与等；（3）确保承诺措施落实到位。明确了承诺措施的类型和内容，建立了承诺措施履行监督机制。

（一）事先沟通

指南鼓励经营者与执法机构进行必要的事先沟通，指明执法机构可以主动向经营者表达和解意愿，进行协商。《反垄断法》第四十五条所规定的“中止调查”将执法机构完全置于被动角色，但从执法实践来看，很多的中止调查案例实际上都是执法机构与经营者反复协商完成的，指南的规定既是顺应了执法形势，又回归了经营者承诺制度的协商属性。事先协商给了经营者和执法机构提前沟通和解的意愿的机会，有利于经营者尽早作出决定，提高承诺和解制度适用的机率。在协商过程中，执法机构和经营者的谈判地位是平等的，由执法机构将经营者涉嫌垄断行为的基本事实以及可能造成的影响告知经营者，由经营者根据自身利益考量自主决定提出承诺申请。即使在提出申请以后，根据指南第四条，经营者仍可以撤回申请，但只有一次撤回的机会。通过构建平等磋商机制，使中止调查制度向本源回归，避免其演变为一项经营者对于涉嫌垄断行为的自认制度。

欧盟也有类似的提前沟通机制，即“State of Play Meeting”。不同的是，在 State of Play Meeting 之后，若执法机构确认经营者采取的承诺措施能打消其关于反竞争效果的担忧，会出具正式的 Preliminary Assessment，向当事人阐述涉嫌垄断行为的基本事实和可能的反竞争后果，并指出可消除反竞争效果的承诺措施建议¹¹。

（二）经营者提出申请

首先，根据指南第四条，经营者可以在执法机构采取《反垄断法》第三十九条所规定的任何措施后、作出行政处罚事先告知前提出中止调查的申请。欧盟在提出申请的时间窗口上更宽松，即使在收到异议声明（相当于中国的事先处罚告知书）后，经营者仍然可以提出承诺申请以换取和解。

其次，经营者的中止调查申请应当包括：（1）被调查的涉嫌垄断行为及可能造成的影响；（2）承诺采取消除行为后果的具体措施；（3）承诺采取的具体措施能够消除行为后果的说明；（4）履行承诺的时间安排及方式；（5）需要承诺的其他内容。重点在承诺措施方面，指南要求承诺措施应当是“明确、可行且可自主实施”的（第七条），而且明确经营者可提供的承诺措施包括结构性措施（包括剥离有形资产、知识产权等无形资产或者相关权益等）、行为性措施（包括调整定价策略、

¹¹ EU Competition Law: Rules Applicable to Antitrust Enforcement, Volume I: General Rules, para 121.

取消或更改各类交易限制措施、开放网络或者平台等基础设施，许可专利、技术秘密或者其他知识产权等）和综合性措施。

最后，指南要求执法机构在收到申请后向经营者出具书面回执，明确收到承诺的时间及材料清单。这一点仿效了欧盟的 **Preliminary Assessment**¹²，但不及欧盟更加透明和开放。

（三）沟通过程

执法机构受理经营者的承诺和解申请后，将考量经营者提出的承诺措施能否消除可能的反竞争效果。执法机构和经营者之间可以就承诺措施的效果和市场影响进行磋商谈判，不断修改承诺措施建议直到执法机构认为足以消除反竞争的效果。在此过程中，经营者有撤回申请和解的权利。经营者的撤回权体现了在协商过程中经营者与执法机构的平等磋商地位，但经营者只有一次撤回的权利。¹³

除了执法机构与经营者之间的磋商以外，《经营者承诺指南》还引入了第三方参与的机制：（1）经营者和执法机构的一致同意，可以邀请第三方经营者、行业主管部门、行业协会、专家学者等共同参加讨论。（2）在经营者涉嫌垄断行为已经影响到其他不特定多数的经营者、消费者的合法权益或者社会公共利益时，执法机构还可以向社会公开征求意见。向社会公开征求意见的期限一般不少于 30 日。（3）社会公众在规定的时间内提出意见，执法机构认为应当采纳的，可以建议经营者对承诺措施进行修改或者重新提出承诺措施。经营者不愿意对承诺措施进行修改并且无法给出合理解释或者提出可行替代方案的，执法机构可以终止经营者承诺的审查与沟通程序，继续对涉嫌垄断行为进行调查。以上内容已经与欧盟的 **Market Test** 制度很相近了，即执法机构在基本认可经营者提出的承诺措施能够消除反竞争效果后、达成和解之前，还必须主动向社会公开并阐述、解释案件的核心问题及相应的承诺措施。若该案是由第三方举报发起的，则执法机构必须征求该举报者的意见。¹⁴ 美国的同意裁决和和解令制度也做了类似的程序安排。《经营者承诺指南》的相关安排体现了中国反垄断执法机构在不断追寻行政决策透明性上所作的积极努力，并对欧美先进的执政理念持积极开放学习的态度。

（四）公布中止调查决定

执法机构决定作出中止调查决定的，应当向经营者作出正式的行政决定。《经营者承诺指南》指明中止调查决定书应当包括以下内容：（1）涉嫌垄断行为的事实及对竞争产生或者可能产生的影响；（2）经营者承诺的消除行为后果的措施；（3）经营者履行承诺的期限及方式；（4）经营者在规定的时限内向执法机构报告承诺履行情况的义务；（5）对经营者履行承诺的监督措施；（6）不

¹² Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06) point 4.2.

¹³ 这一点与欧盟做法一致，see Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06) point 4.2.

¹⁴ Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU (2011/C 308/06), para 129 – 133.

履行或者不完全履行承诺的法律后果等。国家市场监督管理总局《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第三十一条也做了类似的规定。

（五）对承诺履行情况的监督和恢复调查

执法机构对经营者承诺履行情况承担监督评估的职责，指南还鼓励行业主管部门、消费者和其他经营者对承诺履行情况进行监督。经营者也可以在承诺履行期间就承诺措施申请变更。此外，根据《经营者承诺指南》，如果出现《反垄断法》第四十五条第三款所规定的情形，执法机构应当恢复对涉嫌垄断行为的调查。恢复调查的情形有两类：一是可归责于经营者的原因，包括经营者未履行承诺和发现中止调查决定是基于经营者不完整或者不真实的信息而作出；二是不可归责于任何主体的原因，例如，客观情势发生重大变更，承诺决定变得不合时宜。

附：中国经营者承诺制度的申请步骤：



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，其主要业务领域包括投资并购、破产重整、反垄断、诉讼等。万律师自 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。

邮箱: wanjiang@glo.com.cn



郭程为环球律师事务所北京办公室的律师助理，其主要业务领域包括投资并购、破产重整、反垄断、诉讼等。

邮箱: guocheng@glo.com.cn

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、成都四地办公室总计拥有逾 500 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，部分合伙人还拥有美国、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。

环球反垄断业务简介

环球反垄断团队由近二十名合伙人和律师组成，其中多名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、机械、电气、IT、食品、化工、矿产、航运、零售、物流等行业的众多境内外客户提供反垄断专业服务，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；
- 代表客户进行中国境内反垄断申报，并协调在其他法域的反垄断申报；
- 代表客户应对反垄断执法机构发起的反垄断调查；
- 代表客户进行反垄断民事和行政诉讼等；
- 代表客户进行国家安全审查方面的申报和法律咨询等。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本报告的所有权利。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报告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）

上海市徐汇区淮海中路 999 号环贸广场办公楼一期 35 层&36 层 邮编：200031

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）

深圳市南山区深南大道 9668 号华润置地大厦 B 座 27 层 邮编：518052

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

环球律师事务所（成都）

成都市高新区天府大道北段 966 号天府国际金融中心 11 号楼 37 层 邮编：610041

电话：(86 28) 8605 9898

传真：(86 28) 8313 5533

电邮：chengdu@glo.com.cn

