



## 中国反垄断执法四年来的经验教训

中国《反垄断法》于 2012 年 8 月迎来了实施的第五个年头。鉴于中国经济的重要性以及其反垄断执法力度的加强，《反垄断法》理应成为公司法务部门关注的重点区域。在本文中，我们将就过去四年来我们所观察到的主要趋势进行分析，并尝试对中国反垄断执法的未来走向进行预测。

首先，值得注意的是，虽然中国《反垄断法》借鉴了外国（尤其是欧洲）的反垄断法律，但也包含了一些重要的中国特色，尤其要求执法机构将行业政策纳入考虑范围。此外，中国的经济、法律和文化环境明显不同于其他司法辖区。因此，根据其他司法辖区所适用的主流反垄断法原则推测出的结果，并不一定与中国《反垄断法》的执法结果一致。公司在评估其行为是否符合《反垄断法》时，需要牢记《反垄断法》的这些中国特色以及相应的法律环境。

另外一个值得注意的是，中国的反垄断执法仍处于形成期。中国的三大反垄断执法机构，即商务部（负责合并控制），国家工商行政管理总局（即工商总局，负责不涉及价格的非合并

行为）以及国家发展与改革委员会（即发改委，负责涉及价格的非合并行为）仍处于不断积累经验的阶段。另一方面，与欧洲和美国的早期反垄断执法相比，中国并没有落于人后，并且已经在短短的几年里取得了长足的进展。

《反垄断法》已经成为包括全球交易在内的许多交易的主要监管障碍之一。由于《反垄断法》在非并购行为领域的执法越来越活跃，并且通过日益增加且备受期待的个人诉讼，中国很有可能成为继美国和欧洲之后“主要”的反垄断司法辖区之一。

### 合并控制

合并控制仍然是中国反垄断执法最主要的内容。自《反垄断法》生效以来，商务部已对 500 多例案件进行了审查。其中仅仅否决了一项交易，即可口可乐拟收购汇源果汁案（详见众达反垄断提示：“可口可乐/汇源案是中国反垄断审查否决的首例案件”），附条件批准了另外 15 项交易。以下是公司法务部门应当注意的最重要合并控制问题：

**较低的申报标准。**《反垄断法》引入了一套强制性的企业并购前审查流程，基本上可以囊括任何在华具有一定经营规模的公司间的合并交易。这些申报标准相对较低，其中关键的标准为交易中至少两个经营者各自在中国境内的营业额达到 4 亿元人民币（约 6300 万美元）。因此，如果某两家公司（包括境外公司）在全世界范围内进行任何合并或其他相关交易，即使其在中国境内的营业额相对较小，也应根据《反垄断法》进行申报。

与中国仅有很少或根本没有关系的交易也不例外，这就给一些交易带来了监管障碍。比如大型跨国公司参与的合营企业，由于母公司在境内有营业额，即使该合营企业没有计划在境内经营，也有可能需要在境内进行申报。虽然，最终是由交易各方来决定是否承担不在境内申报的风险，但是在作此类风险评估时，公司应当注意，在经修订的《经营者集中反垄断审查申报表》（2012 年 7 月起生效）中，商务部现在要求提供交易各方及其关联实体过去三年在相关市场的经营者集中情况。此项要求可能迫使公司向商务部披露未申报的交易。

目前还不清楚的是，对于那些达到申报标准但未在境内申报的经营者集中（特别是那些几乎没有证据证明在境内对竞争有不利影响的交易），商务部将采取何种处罚措施。理论上讲，商务部有权对未申报的交易方处以较少数额的罚款，也有权责令撤销交易。或许更重要的是，在大多数情况下，商务部有权认定交易是否达到申报标准，以及其是否有权审查交易或对未申报的交易方进行处罚。另一方面，有传闻证据表明，商务部已经接受了某些交易方的请求，在不会对中国造成明显影响的案例中，减除其相对过重的申报信息提交负担。

最后，就商务部认为可能对竞争有不利影响的交易，商务部也有权在交易前或交易完成后对其进行审查。

**较长的审批程序。**正式的合并审查程序可包括三个阶段，分别可长达 30 天（第 1 阶段），90 天（第 2 阶段）和 60 天（有时称为第 3 阶段）。在正式的审查程序启动前，通常还要经过一个申报前受理过程，在此过程中商务部会审查初步申报并提出一轮（或多轮）问题。交易方须书面给出令人满意的答复，在材料完备的情况下，商务部才会受理申报并立案，由此正式启动第 1 阶段程序及所有后续事项。

商务部审批的时间日渐加长，大多数案件只能在第 2 阶段获得批准。这是由于商务部工作量日益增加但人手不足等一系列因素造成的，同时，也是因为在大多数情况下，商务部需要征求其他政府部门、行业协会、市场竞争者、供应商和客户等利益相关方的意见。虽然有传闻证据显示，有些简单的案件会在第 1 阶段获得批准，但是大多数即使不会引发反垄断问题的交易，也需要自首次提交申报起至少三至四个月的审批时间。涉及重大竞争问题的交易将需要至少四个月，甚至经常是五至七个月的审批时间（即直至第 2 阶段结束，或甚至延续至“第 3 阶段”）。

商务部目前正在起草“简化程序”，根据交易者的市场份额、相关市场的集中水平以及其他因素将交易分为“简易”，“普通”和“重大”案件。目前根据起草中的“简化程序”，“简易”案件通常可以在第 1 阶段的 30 天审查期内审查完毕（加上申报前受理所需的时间）。“普通”和“重大”案件预计将分别会在第 2 阶段和第 3 阶段（大概在受理后 75 天和 180 天）内审查完毕。然而，目前尚不清楚这样的简化程序将于何时生效，以及在实践中，能否加快无实质性竞争问题交易的审查批准程序。

**对中国市场影响的重要性。**中国《反垄断法》中需要注意的最重要一点是，《反垄断法》要求执法机构（包括商务部审查企业合并时）考虑传统反垄断分析以外的因素。除了要评估拟议的经营者集中对消费者的影响以外，商务部还须评估集中对“国民经济发展”、“技术进步”以及“其他相关经营者”（即包括市场竞争者和客户在内的其他公司）的预期影响。如果存在潜在的对竞争的不利影响，商务部还须权衡该经营者集中是否“符合社会公共利益”。

因此，在所有交易中，即使是相关地域市场大于中国市场的交易，商务部也总是会要求交易方提供与中国相关的数据（并非总是很容易收集），并评估交易对中国市场的影响，包括对中国客户和市场竞争者的影响。如果交易涉及商务部认为对中国国民经济比较重要的产品，商务部将毫不犹豫地要求合并各方提供保证。例如，即便没有证据表明作为供应商，交易方有停止产品供应的动机，商务部也会要求其确保一如既往地与中国客户供应产品。

商务部的广泛职权可能解释了在其一系列决定中附加的不同寻常的行为性限制性条件，其中包括：

- **俄罗斯钾肥案。**商务部要求两家合并的俄罗斯钾肥供应商一如既往地与中国客户提供钾肥（钾肥对中国农业发展十分重要）（详见众达反垄断提示：“中国批准俄罗斯钾肥供应商合并但要求继续对中国市场的供应”）
- **谷歌/摩托罗拉移动。**商务部要求谷歌就安卓操作系统以非歧视的方式对待所有手机制造商（其中包括几家中国公司）（详见众达反垄断提示：“中国附条件批准谷歌收购摩托罗拉移动”）
- **硬盘驱动器案。**在西部数据收购日立存储案及希捷收购三星案中，商务部作出的“持续观望”的救济措施远远

超出了世界上其他执法机构所提出的要求，其实质上是要求这两项交易的交易双方在固定的期限内保持作为单独、独立的竞争者的状态。据估计，这样的做法是为了确保中国的硬盘驱动器购买方（包括计算机制造商）可以继续使用这些产品（详见众达反垄断提示：“从近期中国对硬盘驱动合并审查决定中吸取的经验教训”）

**更为保守的方法。**因为商务部还没有大量的以往决定可以获取经验，所以在评估交易方提出的主张时，往往会采取更为谨慎的做法。在谷歌收购摩托罗拉移动案中，虽然谷歌已声明其没有动机停止向其他手机生产商许可安卓操作系统，也已公开承诺将继续公平、合理和非歧视（FRAND）地许可摩托罗拉的专利，商务部还是要求谷歌就上述两点作出有法律约束力的具体承诺。

同样，商务部的谨慎态度似乎也反映在对西部数据收购日立存储及希捷收购三星案附加的“持续观望”的救济措施中。另外，商务部要求一家私募基金剥离在被收购企业的竞争者中 28%的少数股权，也可以看作其高度谨慎做法的体现（详见众达反垄断提示：“中国发布两起新反垄断合并审查决定”）

**灰色地带。**《反垄断法》中的规定仍然包含许多灰色地带，因此比其他司法辖区更需要进行风险评估。例如，《反垄断法》中的合并规定适用于“经营者集中”，除合并之外，还包括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。因为商务部还没有就这方面进行界定或提供指引，所以目前尚不清楚，商务部使用的“取得控制权”的概念是否与欧盟等司法辖区所使用的概念类似。由于缺乏明确的界定，这似乎给予了商务部足够的灵活性以审查其认为有必要进行审查的交易（虽然

商务部总是有权审查未达申报标准的交易)。

**结论。**我们希望不断增加的资源和经验,能够使商务部更加快速准确地对竞争状况和交易方的陈述和主张进行评估,以加快大多数简单案件的审查速度。预计未来商务部在许多问题上也会增加其执法透明度,并且使整个审批流程对所有参与者来说更具有可预测性。然而,由于商务部必须继续遵守其在《反垄断法》下的广泛职权,预计在许多备受关注的交易中,商务部的分析将继续带有一些非反垄断的色彩。

### 非合并行为执法

《反垄断法》中涉及非合并行为的规定由发改委和工商总局负责执法。与商务部一样,这两个部委同样拥有大量的反垄断/竞争范围之外的职责。像欧洲一样(但不同于美国),这两家执法机构同时调查并裁决案件。此外,法院对个人反垄断诉讼拥有管辖权,对行政决定(至少在理论上)也具有审查权。

**行政执法。**工商总局和发改委的执法似乎到目前为止一直都不及商务部活跃。这可能多少是一种错觉,因为这两家执法机构均无须公布其执法决定(虽然发改委经常公布其卡特尔执法活动),而商务部则必须公布其禁止经营者集中和对经营者集中附加限制性条件的决定。此外,工商总局和发改委在涉嫌违法的经营者承诺纠正其行为时,有权终止调查而不处以罚款——这种做法在中国反垄断执法早期阶段是特别有用的,因为在这一阶段,执法机构的首要目标是教育而非惩罚经营者。

在《反垄断法》出台之前,通过实施外国投资者并购境内企业等相关规定中旧的合并审查流程,商务部已经建立了一些反垄断执法资源,但工商总局和发改委就不得不从头开始(虽然之前通过

《反不正当竞争法》和《价格法》已经有一些与反垄断法概念相关的经验)。

根据发改委和工商总局的数据,卡特尔一直是过去几年中的主要执法目标。目前已经公布的重点案件包括:

- 2010年3月,发改委就操纵市场价格对广西省30多家米粉生产商开出了据报道称第一张反垄断罚单并责令其停止违法行为。
- 2011年1月,发改委就浙江省富阳市造纸行业协会组织行业内经营者达成变更或固定价格的垄断协议,对其处以人民币50万元(8万美元)的罚款。这似乎是发改委对行业协会开出的首张反垄断罚单。
- 2011年晚些时候,山东省两家制药企业因其限制竞争的行为被发改委处以迄今为止最高的人民币7百多万元(110万美元)的罚款。
- 2011年5月,联合利华因公布某些日用产品可能涨价10%左右的消息,被发改委处以人民币2百万元(30万美元)的罚款。该涨价的公告导致一些城市的消费者“恐慌性”购买。发改委认为联合利华的行为违反了《价格法》中关于“散布涨价信息”,扰乱市场秩序的规定。据信这是第一起针对外资跨国企业作出的与反垄断相关的处罚。
- 2011年上半年,发改委对中国两大国有电信企业——中国电信和中国联通——启动了反垄断调查。这两家企业被指滥用其市场支配地位,实施差别定价。虽然潜在的罚款数额可能会达到几十亿元人民币,但是两家公司都已经承诺采取纠正措施以中止调查。据报道,发改委正在审查两家公司履行承诺的表现,此案仍未结案。
- 2011年年初,江苏省某混凝土行业协会委员会及其五家成员企业因存在分割销售市场等行为,被工商总局处以罚款。据报道,这是工商总局开出的首张反垄断罚单。

- 2012 年 8 月，工商总局对河南省 11 家存在划分市场和操纵价格等行为的二手车经销商处以罚款。

**反垄断诉讼。**与知识产权争议相比（中国是知识产权争议发生最为活跃的国家），反垄断诉讼在《反垄断法》实施以来的四年中一直显得相对缓和。根据中国最高人民法院（“最高院”）的数据，到 2012 年 5 月为止，全国各地法院仅受理了反垄断民事一审案件 61 起。

中国的反垄断诉讼可能会在 2012 年 5 月最高院反垄断民事诉讼司法解释（详见众达反垄断提示：“中国最高院制定反垄断诉讼框架”）出台后有所增加。此司法解释制定了反垄断诉讼的整体框架，包括了法院管辖权、举证责任、专家证人的使用、损害赔偿以及诉讼时效等有关问题。

过去几年中受理的主要案件有：

- **中国移动案。**《反垄断法》生效不久，中国移动某用户于 2009 年提起诉讼，指控该国有电信企业除使用费外，还向消费者收取月租费，并且就实质相似的服务向用户收取不同的费用，其行为构成滥用在中国手机服务市场的支配地位。几个月以后，双方达成和解，该用户撤诉。
- **书生诉盛大案及人人诉百度案。**这两起发生于 2009 年的案件均涉及滥用市场支配地位的指控（详见众达反垄断提示：“通过中国法院案件的近期发展洞察《反垄断法》”和“中国第二个有关‘滥用支配地位’的反垄断判决”）。审理这两起案件的法院均裁定原告未能证明被告具有市场支配地位。
- **强生案。**2012 年 2 月，一家经销商对强生公司（“强生”）提起诉讼，指控强生对其医疗设备设定最低转售价（转售价格限制，或 RPM）的行为违反了《反垄断法》，并且在原告以

低于最低转售价的价格出售该设备后，非法终止其经销协议。2012 年 5 月，法院认为原告未能证明强生公司的转售价格限制对竞争有不利影响，因此驳回了原告的诉讼请求。此项判决似乎证实，转售价格限制应根据《反垄断法》第二章（包括根据第 15 条在某些情况下获得豁免的可能性）进行类似于“合理原则”的分析，不会被视为本身违法。从公布的判决来看，原告似乎未能提供足够证据证明强生的转售价格限制条款对竞争有不利影响，所提供的从强生公司网站上截取的产品说明又无法证明这一点。由于原告没有提交任何证据，法院显然没有继续审查各种因素（至少包括强生公司的市场份额），以评估该转售价格限制条款在这一具体案件中是否对竞争有不利影响。据报道，该案正处于上诉阶段。

- **奇虎诉腾讯案。**今年年初，一家大型电脑安全软件公司北京奇虎科技有限公司（“奇虎”）向国内领先的即时消息软件和互联网社交平台供应商腾讯提起了反垄断诉讼。奇虎指控腾讯存在滥用市场支配地位行为，包括强迫其用户卸载奇虎的软件，遂向腾讯提出人民币 1.5 亿元的损害赔偿。法院在 4 月审理了此案，原被告双方均聘请了经济学家出庭作证。此案目前仍在审理当中。

## 结论

中国仅仅在几年之内就成为了主要的合并控制司法辖区之一。鉴于工商总局和发改委有意增加其执法力度，中国也有可能成为在非合并执法方面的重要司法辖区。如果近期通过的反垄断民事诉讼司法解释导致个人诉讼的增加，那么情况将尤其如此。

在中国有重要业务活动的公司在评估其在华反垄断合规问题时，应当注意《反垄断法》和中国法律环境的特点。由于

《反垄断法》涉及的范围较广，并且考虑到中国法律环境的特殊性，公司可能需要不同于其他主要司法辖区的合规政策和预期。

## **联络律师**

如需进一步了解情况，请与众达负责贵公司相关事项的律师或以下所列律师联系。一般的电子邮件可通过 [www.jonesday.com](http://www.jonesday.com) 页面上的“联系我们”的链接发给我们。

### **王智平**

北京  
+86. 10. 5866. 1111  
[pjwang@jonesday.com](mailto:pjwang@jonesday.com)

### **Sébastien J. Evrard**

北京  
+86. 10. 5866. 1112  
[sjevrard@jonesday.com](mailto:sjevrard@jonesday.com)

### **张一哲**

北京  
+86. 10. 5866. 1111  
[yzhang@jonesday.com](mailto:yzhang@jonesday.com)

### **张宝惠**

北京  
+ 86. 10. 5866. 1111  
[bzhang@jonesday.com](mailto:bzhang@jonesday.com)

我们的出版物不应被视为对某事件或情形的法律意见。众达出版物旨在为读者提供一般信息。未经众达书面同意，任何人不得在其它出版物或程序中引用或引述众达出版物的内容。我们保留是否同意他人引用或引述众达出版物的内容的权利。若您需要获得我们出版物内容的再版许可或转载许可，请使用众达网站([www.jonesday.com](http://www.jonesday.com))上“联系我们”链结中的申请表格。我们发表出版物的目的并非试图与读者建立律师和客户的服务关系；读者收到众达出版物也不表示我们与读者之间会构成律师和客户的关系。众达出版物中的观点仅属作者的个人观点，并不一定代表我们律所的观点。