



FANGDA PARTNERS
方達律師事務所

2023 中国竞争法年度回顾

卷首语 <<<<<

反垄断 2023： 全球大考与中国答卷

2023 年，全球仍被不确定性的阴影所笼罩——地缘政治的分歧引发了紧张气氛，而经济周期的低迷带来了普遍的忧虑。在多变的当下，作为消费者利益和市场竞争秩序的坚定守护者，全球各国反垄断监管都在面临一场严峻的“大考”。反垄断被委以时代重任，深度参与人类命运共同体关于政治、经济、环境、科技等诸多议题。

2023 年，正值我国反垄断法实施十五周年、修改一周年。十五年弹指一挥间，我国反垄断立法、执法、司法实现了从无到有、从有到优，以惊人的成长速度一跃成为与美欧并肩的全球三大反垄断司法辖区之一。立足新的历史阶段，面对这场全球大考，中国在应对发展与安全、效率与公平、活力与秩序、国内与国际等问题上，交出了自己的“答卷”：

制度建设是今年中国反垄断的“重头戏”。在新《反垄断法》的基础上，2023 年，我国反垄断制度建设不断提升实效性和颗粒度，通过更新一系列配套规章以厘清监管规则的“脉络”，通过出台从中央到地方、从专项行为到特定行业的合规指引与指南让柔性执法深入人心，通过构建“三书一函”等程序规则将反垄断监管的“常态化”理念贯穿至事前、事中、事后全流程。

反垄断执法继续发挥着护航民生保障和支持高质量发展的关键作用。在执法调查方面，2023 年医药行业继续作为反垄断执法的重点，执法机构查处了一系列医药企业的垄断行为，敦促企业先做到自身无“疾”，才能解百姓之忧；经营者集中审查方面，委托地方审查制度开展一年多来，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）有效地缓解案量所带来的压力，集中力量处理大案要案，提升监管质效。

司法实践作为反垄断法实施的重要一环在 2023 年表现持续“亮眼”。最高人民法院通过发布典型案例，

进一步明确反垄断实体规则与程序规则，为企业通过反垄断诉讼维护自身权益、做好反垄断合规提供重要参考；知识产权反垄断诉讼持续高涨，最高人民法院在 2023 年再次确认了中国法院对全球许可费率的管辖权。而随着中国版标准必要专利治理方案的不断完善，中国将持续成为解决全球标准必要专利知识产权纠纷最为重要的法域之一。

视线由近及远，香港在“一国两制”方针的整体指引下，正通过在民生领域积极的反垄断执法展现“年轻”法域的活力，未来将加强大湾区竞争执法的合作并提升在亚太地区的执法话语权；踏上“一带一路”征程出海投资的中国企业，在海外地缘政治分歧加剧、跨境投资审查趋严等问题凸显的态势下，继续勇毅前行。企业唯有充分了解外商投资审查与竞争监管规则，因地制宜，才能早日实现“轻舟已过万重山”。

在全球经济不确定性的阴霾表象之下，积蓄着发展的势能。人工智能波澜壮阔，可持续发展理念逐渐注入企业血液。新的生产要素是机遇也是考验，企业“善用”反垄断监管和合规制度与监管机构的“善治”缺一不可，共同组成穿越周期的利器。

面对全球经济这场风起云涌的持续大考，我们相信在新的一年里，中国反垄断执法机构以及法院将有能力继续交出一份经得起历史考验的答卷。



目录

	2023 年度反垄断立法事件	
	2023 年度数据	
01	稳健的法规调整，持续的规则细化	01
02	反垄断执法：延续常态化监管趋势，支持保民生促发展	06
03	行业聚焦：医药行业反垄断警钟常鸣	11
04	知识产权反垄断规则升级，和知识产权相关的反垄断诉讼热度持续提升	16
05	经营者集中：监管趋势稳健，“敌意收购”引发热议	22
06	行业聚焦：供应链安全成为半导体行业反垄断审查的关键	28
07	司法实践持续为反垄断法适用提供指引，司法机关与行政机构执法加强互动值得关注	32
08	湾区眺望：香港竞争执法的蓬勃发展	38
09	国家安全 / 外商投资审查：泛政治化倾向加剧，跨境投资面临更加严格的审查	42
10	他山之石，可以攻玉：全球热点反垄断问题及未来执法风向标	47

欢迎阅读方达《中国竞争法 2023 年度回顾》，我们衷心希望通过我们对 2023 年中国竞争法的观察与思考为您未来商业筹划提供帮助。



2023 年度反垄断立法事件

2023 年正式发布的反垄断法规 / 指南 / 指引

名称	正式发布日期	征求意见稿发布日期
反垄断法规		
《禁止滥用市场支配地位行为规定》	2023 年 3 月 10 日	2022 年 6 月 27 日
《禁止垄断协议规定》	2023 年 3 月 10 日	2022 年 6 月 27 日
《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》	2023 年 3 月 10 日	2022 年 6 月 27 日
《经营者集中审查规定》	2023 年 3 月 10 日	2022 年 6 月 27 日
《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》	2023 年 6 月 25 日	2022 年 6 月 27 日

反垄断指南 / 指引

《河北省经营者反垄断合规指引》	2023 年 3 月 24 日	/
《公平竞争审查第三方评估实施指南》	2023 年 4 月 26 日	/
《黑龙江省平台企业反垄断合规指引》	2023 年 6 月 13 日	/
《山西省经营者反垄断合规指引》	2023 年 7 月 17 日	/
《湖南省经营者集中反垄断合规指引》	2023 年 8 月 2 日	/
《海南省公用企业反垄断合规指引》	2023 年 8 月 24 日	2023 年 6 月 30 日
《经营者集中反垄断合规指引》	2023 年 9 月 5 日	2023 年 6 月 19 日
《北京市反垄断合规指引》	2023 年 9 月 7 日	/
《陕西省建材行业反垄断合规指引》	2023 年 9 月 15 日	2023 年 8 月 18 日
《互联网平台企业竞争合规评价指引》（上海）	2023 年 10 月 20 日	2023 年 6 月 30 日
《滥用行政权力排除、限制竞争执法约谈工作指引》	2023 年 10 月 23 日	/
《经营者反垄断合规导则》（辽宁）	2023 年 10 月 30 日	2023 年 8 月 21 日
《广东省互联网平台经营者竞争合规指引（反垄断）》	2023 年 11 月 1 日	/
《辽宁省促进市场公平竞争条例》	2023 年 11 月 15 日	2023 年 7 月 4 日
《深圳市企业竞争合规指引》	2023 年 12 月 14 日	/

2023 年公开征求意见的反垄断指南 / 指引草案

名称	征求意见稿发布日期
反垄断指南 / 指引	
《公平竞争审查条例（征求意见稿）》	2023 年 5 月 12 日
《关于行业协会的反垄断指南（征求意见稿）》	2023 年 5 月 15 日
《关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）》	2023 年 6 月 30 日



2023 年度数据



786

国家市场监督管理总局批准的经营者集中案件数量



707

简易案件数量



75

无条件批准的普通案件数量



4

附条件批准案件数量



20^天

简易案件平均审查周期



363^天

附条件批准案件平均审查周期

20

国家市场监督管理总局公布的非并购类反垄断行政处罚案件总数

12

横向垄断协议案件数量

1

纵向垄断协议案件数量

8

滥用市场支配地位案件数量

注：有一起案件同时涉及横向垄断协议和滥用市场支配地位行为



1.75 亿元人民币

本年度单件反垄断调查案件中的最高罚款总额

01 稳健的法规调整， 持续的规则细化

展望 2024

迈向 2024 年，我们预期在立法层面的发展将是反垄断规则的进一步明确化和精细化。一方面，一些关键规则的明确有赖于上位法的修改，例如经营者集中申报标准的修改、《反不正当竞争法》是否引进规制“相对优势地位”以及规则的明确；另一方面，我们期待市场监管总局及各地方局能够出台更多更加细化的规则和指引，完善反垄断法规则体系的构建，为执法机构和企业合规提供更详细的依据，避免执法机构自由裁量权的扩大化，提高经营者对于反垄断执法的可预期性。我们注意到，一些正在制定中的重量级的指南和指引文件，包括《横向经营者集中反垄断审查指引》、《关于标准必要专利领域的反垄断指南》等也有望在 2024 年完成，值得期待。



2023 年中国在反垄断法治建设方面继续取得了令人瞩目的进展。在 2022 年修订并实施的新《反垄断法》的基础上,反垄断制度建设不断提升清晰度和实效性,不仅将反垄断执法过往十余年的实践成果固化,也在一定程度上吸收和借鉴了域外的先进经验。可以看出,围绕新《反垄断法》所构建的新的监管规则体系已初具雏形。

与此同时,一些备受瞩目的全新规则目前仍在酝酿当中。立法者需要在“新规”与“旧则”、“激进”与“保守”、“灵活”与“严明”中充分权衡,一方面要确保竞争政策对于市场行为的正向指导,另一方面也要立足发展实际,确保制度“落地”不会对广大企业产生“寒蝉效应”。对于这些新规则未来的走向如何,我们仍需保持谨慎观望。

1. 延续《反垄断法》修订,逐步捋清监管规则的“脉络”

2023 年,围绕新《反垄断法》实施,市场监管总局陆续出台了《禁止滥用市场支配地位行为规定》、《经营者集中审查规定》、《禁止垄断协议规定》、《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》、《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》等五部反垄断法配套规章,正式告别此前的“暂行”版本。五部《规定》无一例外均是对新《反垄断法》基本规则的具体化,同时固化反垄断过往执法实践经验,与执法机构在实践中的一些做法保持一致,例如:

- **转售价格维持 (“RPM”) 引入 “效率抗辩”:** 《禁止垄断协议规定》在新《反垄断法》基础上,赋予了经营者在达成 RPM 时的抗辩权。该规定在坚持“原则禁止”的同时,也为企业提供了抗辩的可能性。这一规则承认了 RPM 可能具有的积极影响。从理论上来说,如果企业能够充分证明其 RPM 行为没有排除、限制竞争的效果,则该行为并不违法。当然,在实践中,由于证明标准仍然不够明确,实际证明可能面临较大困难。
- **完善 “共同支配地位” 的认定方法:** 《反垄断法》规定,当两个经营者市场份额合计达到三分之二以上,或三个经营者市场份额合计达到四分之三以上时,可推定这些经营者具有共同的市场支配地位。《禁止滥用市场支配地位行为规定》完善

了共同市场支配地位的认定逻辑,将“经营者行为一致性”作为认定两个以上经营者具有市场支配地位的首要条件。这也和最高人民法院 (“最高院”) 2022 年出台的司法解释意见征求意见稿中规定的有关“共同支配地位”的认定方法一致。当然,司法规则目前仍未正式“落地”,有望在 2024 年推出。

- **对于平台型企业的支配地位认定仍然按照传统的分析思路进行:** 平台型企业比较容易因为单边行为触碰到滥用市场支配地位行为的“雷区”,但是双边市场、间接网络效应等特征又给平台型企业的相关市场界定带来技术性困难。此前有声音呼吁,对于平台型企业应当跳过市场界定直接基于一定标准认定市场支配地位。在《禁止滥用市场支配地位行为规定》中,尽管增加了较大篇幅细化数字经济监管规则,但是对于平台型企业的滥用行为仍然遵循传统的分析思路,即需要充分识别和界定平台所在的相关市场,这也与近年来涉及平台型企业滥用行为的执法案例保持一致。
- **经营者集中制度的实操性得以提升:** 新颁布的《经营者集中审查规定》同样在结合过往经验的基础上进行优化。重点包括:
 - **明确“抢跑”的表现形式:** 《反垄断法》修订后,对于“抢跑”行为的罚款显著增加,未产生排除或限制竞争效果的交易罚款可达 500 万元,而对于具有排除或限制竞争效果的交易,罚款可达相关经营者上一会计年度销售额的 10%。因此,理解何种行为可能被视为“抢跑”至关重要。《经营者集中审查规定》进一步明确了可能构成“抢跑”的行为,包括但不限于:完成市场主体登记或权利变更登记、任命高级管理人员、参与经营决策、交换敏感信息、整合业务等。
 - **明确对未达到申报标准但损害竞争的交易的审查规则:** 《反垄断法》修订后,从立法层面赋予市场监管总局权力,对未达到申报标准但可能排除或限制竞争的交易进行主动调查。《经营者集中审查规定》进一步明确规则:集中尚未实施的,经营者未申报或者申报后获得批准前不得实施集中;集中已经实施的,

经营者应当自收到书面通知之日起一百二十日内申报，并暂停实施集中。实践中，市场监管总局已经积极审查这类型交易。2023 年 9 月 22 日，市场监管总局审批了首起未达申报标准自愿申报获得附条件批准的案件（先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司案）（见“**05 经营者集中：监管趋势稳健，“敌意收购”引发热议**”）。

对于立案后经调查确有违法行为的，涉及经营者的垄断行为，市场监管总局依法作出行政处罚决定，制作**《行政处罚决定书》**；涉及行政机关存在滥用行政权力排除、限制竞争行为的，市场监管总局可以制作**《行政建议书》**，向其有关上级机关提出依法处理的建议。

“三书一函”制度将成为全链路、常态化监管的重要手段，有利于增强反垄断监管效能：

2. 事前事中事后全链路监管：“三书一函”制度

2023 年 12 月，国务院反垄断反不正当竞争委员会办公室和市场监管总局联合发布了关于建立反垄断“三书一函”制度的通知，规定了提醒督促、约谈和正式立案调查三种不同程度的执法手段的适用情形。“三书一函”分别为《提醒敦促函》、《约谈通知书》、《立案调查通知书》、《行政处罚决定书（经营主体）/行政建议书（行政机关）》，有着各自的适用情形：

- 虽然通知并未将提醒督促和约谈程序规定为正式立案调查程序的必经前置程序，但是似乎将这两种柔性的查处程序放到了与正式立案调查程序同等重要的地位；
- “三书一函”制度的执行权在市场监管总局和国务院反垄断反不正当竞争委员会办公室，并未下放地方，提醒敦促、行政约谈同样适用于地方反垄断执法机关不积极作为的情况，起到中央对于地方的监督作用。

不同行政性文书的适用情形

	《提醒敦促函》	《约谈通知书》	《立案调查通知书》
适用环节	风险预防阶段，在发现存在风险后敦促企业和行政机关及时整改	敦促整改未果或涉嫌垄断行为，可以对当事人进行约谈	有初步证据证明存在垄断行为；或者约谈后逾期未整改、整改不到位或者整改后再次出现问题
适用情形	- 从事垄断协议、滥用市场支配地位行为风险，或者行业协会存在组织本行业经营者达成垄断协议风险； - 未依法申报、违反审查决定等违法实施经营者集中风险； - 未能充分履行中止调查承诺义务或者行政处罚整改要求风险； - 滥用行政权力排除、限制竞争行为风险，或者落实公平竞争审查制度不到位； - 有关单位或者个人不积极配合市场监管总局依法实施的审查和调查的； - 地方市场监管部门履行反垄断和公平竞争审查职责不到位或者工作推进缓慢。	- 对提醒敦促事项逾期未整改或者整改不到位的； - 经营者涉嫌从事垄断协议、滥用市场支配地位行为，或者行业协会涉嫌组织本行业经营者达成垄断协议，引发舆情或者造成不良影响，或者需要其提出改进措施； - 有关单位或者个人涉嫌拒绝、阻碍市场监管总局依法实施的审查和调查的； - 涉嫌从事滥用行政权力排除、限制竞争行为，或者落实公平竞争审查制度不到位，引发舆情或者造成不良影响的； - 地方市场监管部门履行反垄断和公平竞争审查职责不到位或者工作推进缓慢，引发舆情或者造成其他不良影响的。	- 从事垄断协议、滥用市场支配地位行为，或者行业协会组织本行业经营者达成垄断协议，且在给予行政处罚的法定期限内的； - 从事未依法申报、违反审查决定等违法实施经营者集中的； - 有关单位或者个人存在拒绝、阻碍市场监管总局依法实施的审查和调查的； - 行政机关存在滥用行政权力排除、限制竞争行为的。
反馈要求	提交书面形式的落实情况	提交书面形式的改进措施	配合执法机关的行政调查

事实上，在 2022 年新《反垄断法》首次明确行政约谈制度后，执法机构后已经在 2023 年的实践中开始使用行政约谈措施，例如，2023 年 6 月，四家生猪养殖企业因发起《互不挖人公约》被市场监管总局约谈（见“[10 他山之石，可以攻玉：全球热点反垄断问题及未来执法风向标](#)”）。

3. 尚未“落地”的新规则可能对企业的商业行为带来较大影响

反垄断制度创新工作同样令人瞩目，特别是在全球数字反垄断监管整体大步迈进的背景下，一些域外司法辖区先进的制度经验也在被我国反垄断执法机构吸收。我们在 2022-2023 年的相关立法中看到了这些全新制度规则的雏形。当然，新规则的明确还有赖于上位法的修改，并且也需要权衡规范与发展的关系，未来是否能够落地、以何种形式落地都具有不确定性，需要持续观望。

其中，“相对优势地位”是否重回竞争监管视野值得关注：2022 年 11 月，市场监管总局就《反不正当竞争法（修订草案）》公开征求意见，再次提出对利用“相对优势地位”行为的监管。《草案》规定，具有相对优势地位的经营者无正当理由不得实施如“二选一”、强制搭售等六类不正当竞争行为。若此条款最终落地，尚未达市场支配地位的企业虽可能避免《反垄断法》的制裁，但仍然很可能受到《反不正当竞争法》的监管。然而，《草案》在出台后同样面临争议，如何定义和规范“相对优势地位”仍面临诸多挑战，两部法规针对同类行为的竞合与选择也同样需要明确解释。此外，《禁止滥用市场支配地位行为规定》的正式版本删除了对平台企业滥用市场支配地位“自我优待”的禁止规定，这一类行为是否可能落入到《草案》中网络不正当竞争行为的范畴，同样值得关注。

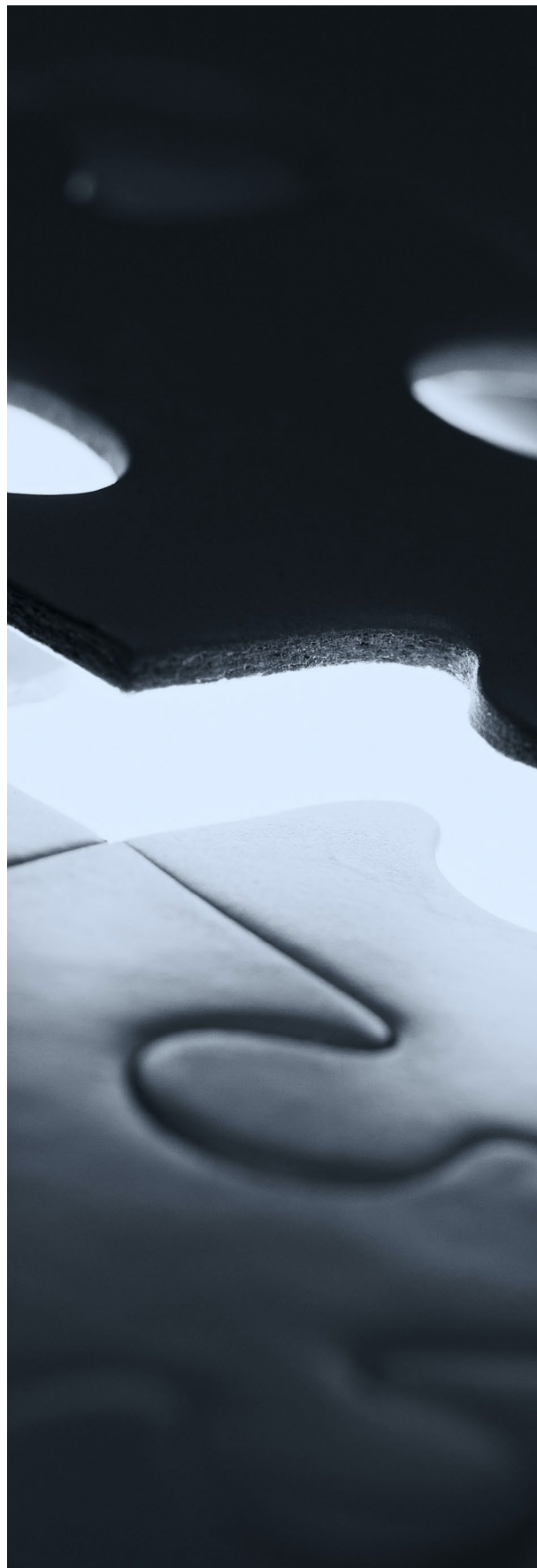
4. 多部柔性执法规则的制定对于企业合规具有重要参考价值

2023 年，市场监管总局牵头制定并发布了《经营者集中反垄断合规指引》，研究起草《关于行业协会的反垄断指南》、《关于标准必要专利领域的反垄断指南》、《横向经营者集中反垄断审查指引》等。此外，多个地方市监局也紧锣密鼓地推出了适用于相应行政区域内的反垄断合规指引。2023 年 6 月，作为地方反垄断执法“标杆”的上海发布《互联网平台企业竞争合规评价指引》（“《指引》”）并面向全社会征求意见，并于 10 月最终落地。《指引》不仅是广大互联网企业搭建合规体系的“样板”，也创新性引入一些合规激励方式，如常态化沟通交流机制、评分评级机制等：

- **合规环节的全覆盖：**《指引》以上海市此前制定的地方标准《经营者竞争合规指南》（DB31/T 1255—2020）为重要参考，提出互联网平台企业要结合行业发展趋势、特点、规律，强化反垄断合规管理体系建设，强化竞争合规风险管理，尤其关注大数据、规则、技术、算法、流量分配等方面的竞争合规风险，并在此基础上提出了“策划—实施—检查—改进”竞争合规管理实施过程。在内容编制上，覆盖经营者整体的所有经营活动，包括但不限于经营者竞争合规战略、竞争合规制度、合规体系运行、合规评审及改进等，在频次上最好定期每年或每两年发布一次。
- **给企业合规水平“打分”：**《指引》创造性地引入了竞争合规运行报告的评价标准，并采用附录打分的形式，让企业能够更加明确评价的考量因素。《指引》要求在客观、公正、全面、保密的基础上，从领导机构、竞争合规制度、风险识别、实施运行、评审及改进五方面展开评价，并根据

附录 A 的评价指标和附录 B 的评分标准最终将企业的合规报告由优到劣分为：AAA、AA、A、BBB、BB、B、C 三类七个基本级。《指引》指出，合规报告的结果可提交至相关主管职能部门寻求指导，但结果能否在企业触发反垄断风险时缓释风险甚至免除处罚，《指引》并未说明。尽管如此，积极促进合规建设在行政处罚中的积极作用已在今年市场监管总局出台的《经营者集中反垄断合规指引》中体现，“反垄断合规管理制度建设及实施情况”可以成为市场监管总局查处违法实施集中行为时可以考量的因素。

除上海外，黑龙江、广东等省份也在 2023 年相继出台地方层面的平台企业竞争合规指引。这些指引尽管本身不具有法律强制约束力，但是在未来将有效帮助互联网企业进一步提升风险防范能力，成为推动企业竞争合规等方面的参考和支撑。



02 反垄断执法：延续常态化监管趋势，支持保民生促发展

展望 2024

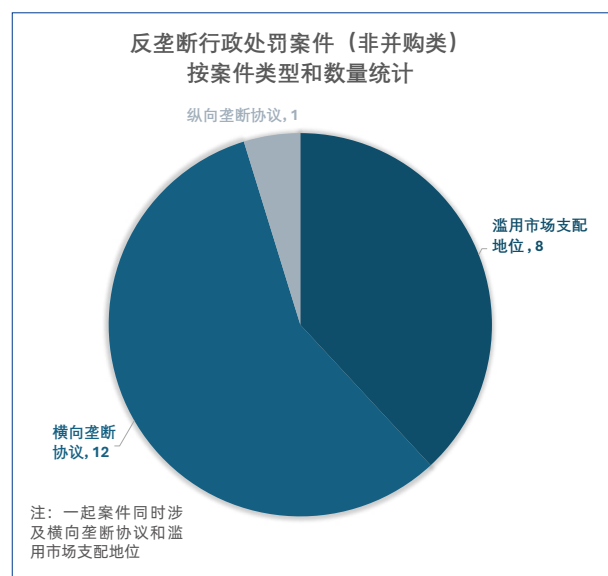
展望 2024 年，我们预见医药、公用事业等民生领域仍然是反垄断执法的“高发领域”。在常态化监管的大趋势下，企业将面临更多约谈、告诫等形式的柔性执法，监管对于企业合规的要求将有所提升，而企业也会获得更多积极整改而非被直接处罚的机会。此外，随着各级政府不断以各种形式表达对合规体系建设的鼓励和倡导，我们也期待看到企业是否拥有良好的合规体系成为反垄断执法机构考虑免于立案或处罚的重要考量因素。



2023 年，反垄断执法延续此前的常态化监管趋势，重点针对医疗、公用事业等对国计民生有较大影响的行业领域的垄断行为，为保民生促发展保驾护航。在针对民生行业垄断行为积极执法的同时，反垄断执法机构大力推动柔性执法手段，将预防和制止垄断行为列入执法目的，鼓励、监督和督促企业自发地做好反垄断合规工作。

1. 延续常态化监管趋势

2023 年反垄断执法机构一共发布了 20 起针对各类垄断行为（非并购）的行政处罚决定，包括 12 起横向垄断协议案例、一起纵向垄断协议案例和八起滥用市场支配地位行为案例（有一起案件同时涉及横向垄断协议和滥用市场支配地位）。处罚决定的数量较 2022 年有所下降，一定程度体现了反垄断执法机构在作出处罚决定时更为谨慎的态度。



此外，延续了 2022 年地方执法机构的活跃执法态势，2023 年地方执法机构对于各类垄断行为执法依然活跃。在 2023 年公布的 20 起垄断行为的行政处罚决定中，19 起由地方执法机构作出。

从罚款幅度的角度，今年各个案件的幅度差异较大，反垄断执法机构对涉案企业分别处以年销售额 1%-8% 不等的罚款（部分案件未公布罚款比例）；在其中的六起案件中，反垄断执法机构还适用了“没收违法所得”的处罚。同时，由于案件违法行为均主要发生于新法实施前，反垄断执法机构仍然均沿用旧法对涉案企业的相关行为进行认定和处罚。

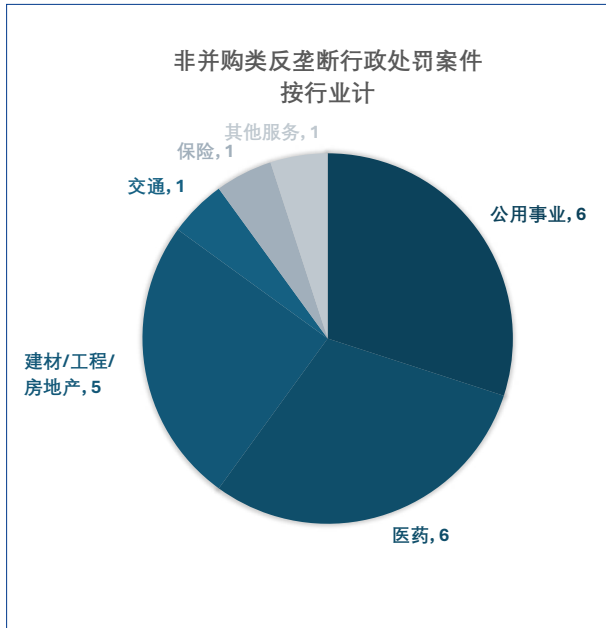
事实上，在 2022 年新《反垄断法》首次明确行政约谈制度后，执法机构已经在 2023 年的实践中开始使用该等制度：

- 2023 年 6 月，四家生猪养殖企业因发起《互不挖人公约》被市场监管总局约谈，市场监管总局认为《公约》中就劳动力资源约定不挖人、不拆台等，有违《反垄断法》精神，不利于构建全国统一大市场，要求四家企业立即采取有效措施，主动抓好整改，对照《反垄断法》及配套规定排查反垄断合规风险。（关于涉及人力资源的垄断协议的进一步讨论，见“[10 他山之石，可以攻玉：全球热点反垄断问题及未来执法风向标](#)”）；
- 2023 年 8 月，滴滴出行、高德打车两家网约车平台被深圳市交通运输局与深圳市公安局、深圳市市场监督管理局等多部门联合约谈。主管部门指出，两家平台均存在涉嫌扰乱公平竞争市场秩序，影响行业安全稳定的投诉与舆情，要求两家平台公司立即整改不合规行为、两家平台公司也在约谈会上表示将按照要求积极整改；

未来的反垄断行政执法将更加强调预防和制止垄断行为，而罚款则只是实现这一目标的手段之一，企业也将有更多的机会通过自查整改的方式消除垄断风险，避免遭受处罚。

2. 反垄断执法落实“监管为民”

在监管的重点领域上，反垄断执法机构持续加强民生领域的反垄断执法，集中力量查处了一系列影响民众日常生活的反垄断违法案件，主要包括滥用市场支配地位行为高发的原料药领域、价格卡特尔行为屡禁不止的公用事业领域和建材工程行业等。



(1) 横向垄断协议执法案例

2023 年调查的横向垄断协议案例仍聚焦于被普遍认为对竞争限制尤为严重的核心违法行为。核心违法行为往往是通过人为地抬高价格、限制竞争等手段制造社会资源的浪费和配置的无效率，被广泛视为经营者经营行为的“禁区”。这类核心违法行为在《反垄断法》第十七条关于横向垄断协议的行为类型中被明确列举，主要包括竞争者之间达成的固定价格、分割市场、联合限制产量和销量、联合限制技术开发、联合抵制交易等。例如，在 2023 年 8 月公布的“远大新型环保建材有限公司等四家公司达成并实施垄断协议”案中，反垄断执法机构将四家公司之间通过建立联合生产经营体等方式实现对商品混凝土价格的固定统一并分配联营期间的销售利润认定为固定价格、分割市场的横向垄断协议。

在核心违法行为之外，其他未被《反垄断法》明确列举的横向协议如实际达成反竞争效果，也落入了我国反垄断监管的视野，例如在“远大医药案”中，反垄断执法机构关注到了竞争对手之间达成的“不竞争安排”，并以上述行为构成“限制商品的生产数量或者销售数量”的横向垄断协议为由对相关当事人予以处罚。（关于该案的进一步说明，见“03 行业聚焦：医药行业反垄断警钟常鸣”。）

就所涉行业领域而言，2023 年的横向垄断协议执法案例覆盖社会公用事业、医药及医疗服务、建材 / 工程、房地产、保险、化学制品、文化娱乐等多个领域。这体现了反垄断执法机构在关注传统的如社会公用事业等容易滋生垄断的民生领域之外，也没有忽视其他更广泛领域（如文化娱乐领域）可能涉及的横向垄断协议问题，体现了反垄断执法机构正在逐步扩展其监管范围，致力于维护多元行业的市场竞争秩序。

此外，行业协会是政府和经营主体之间的桥梁和纽带，在提供政策咨询、加强行业自律、促进行业发展、维护企业权益等方面发挥了重要作用。但同时部分行业协会也存在竞争合规意识和能力不强等问题，以维护行业利益、加强行业自律为名，组织会员单位从事垄断协议行为，破坏了市场公平竞争，损害了消费者利益。2023 年，反垄断执法机构相继对于福建省爆破器材行业协会、成都市工程造价协会、北京市围棋协会等组织行业内经营者从事垄断行为进行了处罚，结合 2023 年《关于行业协会的反垄断指南（征求意见稿）》的发布，足以体现这一年度反垄断执法机构对行业协会组织竞争对手协调的垄断行为一如既往的关注和重视。

(2) 纵向垄断协议执法案例

2023 年，反垄断执法机构仅查处了一起纵向垄断协议案件，即北京紫竹医药案（见“03 行业聚焦：医药行业反垄断警钟常鸣”）。值得注意的是，在整体处罚案件数量呈下降趋势的背景下，2023 年的纵向垄断协议案件数量与 2022 年相比显著减少，而横向垄断协议和滥用市场支配地位行为的查处数量则保持稳定。这种变化可能反映出，随着转售价格维持（“RPM”）分析思路的修订（即，容许企业提出 RPM 行为不具有反竞争效果的抗辩）和纵向安全港豁免规则的发布（尽管最终标准尚未落实），反垄断执法机构对纵向行为的执法方向可能有一定的转变。期待 2024 年反垄断执法机构能够带来更加清晰的执法趋势和方向。

(3) 滥用行为执法案例

无论是从关注的行业抑或行为而言，2023 年滥用行为方面整体延续了过往的执法重点。

从关注行为角度,反垄断执法机构聚焦于不公平高价、附加不合理交易条件、限定交易、差别待遇等常见的滥用行为。

从关注领域角度,医药领域与人民群众生命健康和切身利益息息相关,公用事业领域事关民众福祉,上述领域依然是滥用行为查处的重点领域。反垄断执法机构继续保持执法高压态势,维护上述市场公平竞争秩序,保护人民群众切身利益。医药领域的滥用执法案例见“**03 行业聚焦:医药行业反垄断警钟常鸣**”,公用事业领域的滥用执法案例详见下述“案例回顾:两家公用事业企业因滥用市场支配地位面临处罚”。

案例回顾:两家公用事业企业因滥用市场支配地位面临处罚

2023年1月18日,江苏省市场监督管理局(“**江苏省市监局**”)对南京中燃城市燃气发展有限公司(“**南京中燃燃气**”)滥用支配地位处以5,040万元罚款,其中罚款金额2,084万元(2018年销售额的2%),没收违法所得2,956万元。自2016年起,南京中燃燃气将购买燃气保险、燃气报警器、燃气具、金属波纹管等产品作为新建住宅小区开发商燃气入户的必需环节,强制要求开发商购买。如果开发商提出异议,南京中燃燃气还会以拖延工程进度、拒绝供气等手段迫使其接受。江苏省市监局认为南京中燃燃气针对开发商超配套范围工程、非居民燃气管道工程收取不合理的安装费,构成“搭售、附件不合理交易条件”。

2023年4月3日,山东省市场监督管理局(“**山东省市监局**”)对华能日照热力做出处罚决定,处以其2019年度销售额1%的罚款,共计425.98万元。2019年以来,其滥用市场支配地位行为没有正当理由,要求新建小区开发建设单位必须购买其销售的用热计量装置,否则不予供热验收;没有正当理由,对其供热范围的部分企事业单位由原来的按用热计量收费改成按面积收费,而其他同类单位仍按用热计量收费,导致改按面积收费的企事业单位多缴纳供热费用。华能日照热力有限公司滥用其市场支配地位,没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易,对条件相同的交易相对人在

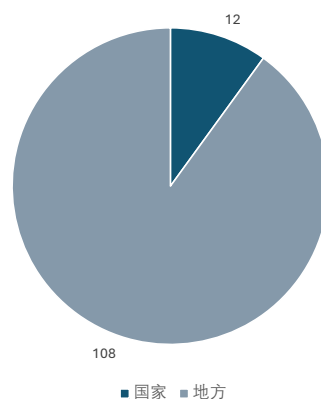
交易价格等交易条件上实行差别待遇。

值得注意的是,反垄断执法机构在这两起案件中采取了相对狭窄的地域市场界定方式,将相关地域市场定义为案件发生的市、县(区)级行政区域内。这种做法与中国过去的执法案例是一致的。通常,在市、县(区)级行政区域内,只有一家相关行业的公用事业企业,这使得公用事业企业很容易被认定具有市场支配地位。如果企业的合规意识不强,很容易滥用这种支配地位来获取高额利润。因此,增强合规意识,遵守反垄断法规,避免违法行为,是每一个公用事业经营者都需要注意的。

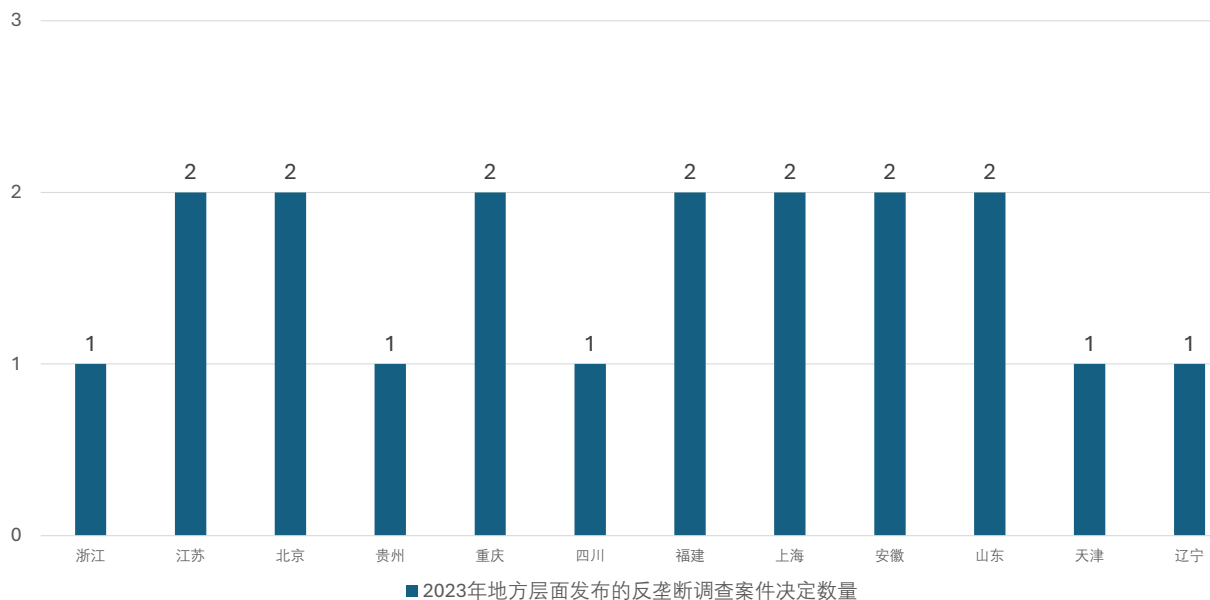
3. 地方执法能力持续彰显

如往年一样,地方反垄断执法机构在反垄断执法中继续发挥中坚力量。在本年度的20起处罚决定中,有19起是由地方市场监管部门负责执行的。这进一步凸显了地方反垄断执法机构在执行和维护反垄断法规中所起的重要作用。

2018-2023年国家 and 地方层面发布的反垄断调查案件决定数量
(横向、纵向垄断协议和滥用市场支配地位)



2023年地方层面发布的反垄断调查案件决定数量



4. 数字经济领域执法潮回落，但社会热点事件仍然可能引起监管部门注意或甚至导致调查

随着一系列针对互联网企业的反垄断案件在过去几年“靴子落地”，2023年，数字经济领域的反垄断执法大潮呈现明显回落。执法机构开始更多从制度供给和监管效能的角度对于竞争政策进行宏观统筹，与2020年底以来积极、高频的执法活动形成鲜明对比。疫情所带来的不确定性影响、复杂的国际局势等都对实体经济和数字经济带来不小的冲击，如何在“规范”数字经济的同时促进“发展”，让数字经济成为经济复苏的动能，成为竞争政策适应新发展、凸显灵活性的关键。

2023年，我们注意到竞争政策的灵活性反映在对数字经济企业的“常态化监管”之上，从多次释出的政策信号表明，未来数字经济的反垄断监管将朝向常态化、梯次性、全链条发展。

不过，尽管围绕互联网行业的反垄断处罚进入了相对平静期，但是依然可以通过公开新闻窥探到一些监管活动正在如火如荼地进行，特别是在社会热点事件的触发之下，平台企业的风险行为更容易暴露在公众视野，并随着舆情持续发酵而引起监管的主动介入。2023年双十一前夕沸沸扬扬的“李佳琦直播间底价

风波”事件也引起各涉事方和社会舆论的广泛热议，再次将平台电商可能涉及的“最惠国条款”、“二选一”等问题推向风口浪尖。尽管该事件目前仍在监管调查中，但杭州市司法局在10月30日发布《直播电商产业合规指引（征求意见稿）》已迅速反应，对直播带货行业划出多条“红线”，其中第五条特别提到：“直播电商从业者不得要求商家签订“最低价协议”，或采取其他排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为，但依法不构成垄断协议的除外。”这一社会事件是否最终会引起监管“落锤”，有待进一步观察。

03 行业聚焦：医药行业 反垄断警钟常鸣

展望 2024

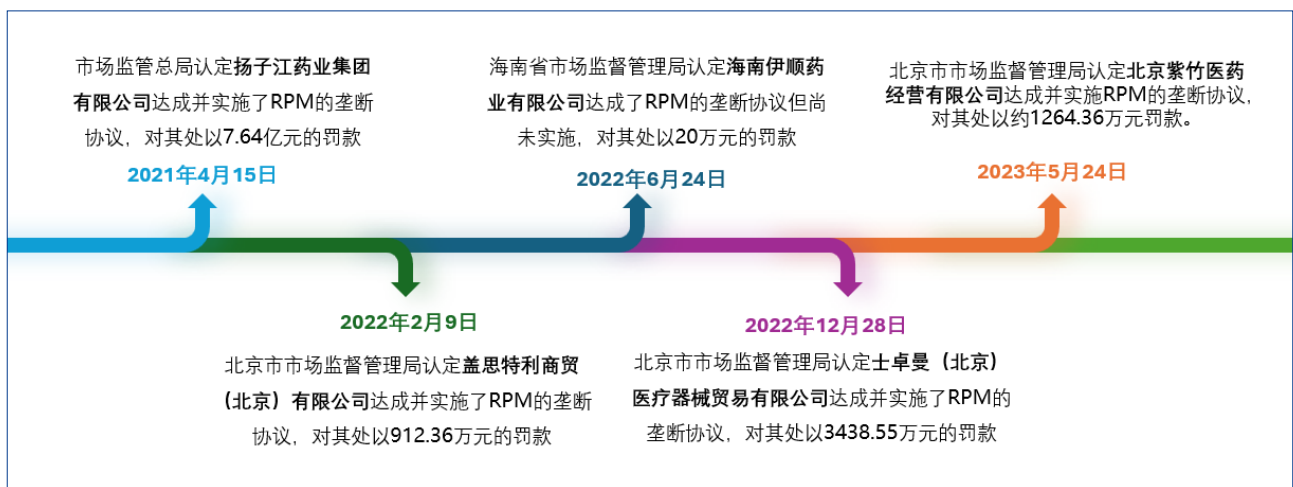
2023 年，医药行业经历了“史上最强”的反贪腐集中整治，而医药行业反垄断执法力度同时也没有明显减弱的迹象，处罚案件数量持续保持高位，涉及行为覆盖多种垄断行为类型，罚没金额历年最高。在国家保民生、不断督促医药降费的政策背景下，医药行业在 2024 年仍将是反垄断的监管重点。除常规执法外，监管机关可能会更多采取行政告诫、行政约谈等柔性的执法方式，也将对企业内部合规建设提出更高的要求。



2023 年,反垄断执法风暴席卷医药行业,市场监管总局高频次、大力度查处了一批药企垄断行为,直指原料药断供、成品药短缺、药价暴涨等问题,涉案药品多涉及用于治疗肿瘤、心梗等重大疾病的救命药,共十家药品生产企业因垄断行为被处罚,罚金更是高达上亿级别。加上历年处罚案件,目前累计受到反垄断处罚的药企(含药械企业)接近 50 家。同时,市场监管总局还在 2023 年通过召开行政指导会的形式告诫广大医药企业做好自查自纠,从事前环节防微杜渐,明确释出医药行业常态化监管的信号。

1. 管控经销商价格(转售价格维持,“RPM”)仍然为执法重点关注问题

从 2021 年起,每年都有医药企业因从事 RPM 行为而受到处罚:



2023 年,北京紫竹医药经营有限公司(“紫竹医药”)纵向价格垄断案再次将公众视线聚焦到 RPM 问题,也是新《反垄断法》修订后涉及医药行业的首例纵向垄断协议案件。

案件回顾:北京紫竹医药纵向价格垄断案

本案中,紫竹医药 2015 年至 2021 年期间与其经销商在全国范围内就左炔诺孕酮片通过与一级经销商签订《商业经销协议》,与一级、二级经销商共同签订《二级经销商三方协议》,并通过发放调价函或维价通知等形式达成纵向价格垄断协议,控制各环节经销商的转售价格;通过制定销售管理制度、委托数据公司监控经销商销售价格、内部实施激励和处罚措施等方式督促落实价格政策,均是常见的价格管控手段。北京市市监局认定紫竹医药达成并实施固定转售价格、限定最低转售价格的纵向垄断协议。

事实上,行业内一直非常关注新《反垄断法》修订以后,反垄断执法机构对于纵向价格垄断协议的违法认定是否会发生变化、安全港豁免规则如何适用,以及对于修法前发现的违法行为,是否可以适用“从旧兼从轻”的原则。遗憾的是,该案件的处罚决定仅说明处罚适用旧法,并未就新法引入的安全港豁免规则是否适用于修法以前发生的行为(无论本案是否适用)进行说明,也未对涉案行为的排除、限制竞争效果进行更为具体的论证,对修法后纵向垄断行为认定指导意义有限。我们也期待 2024 年的制度规则及相关执法案例能够对反垄断执法机构如何处理 RPM 问题提供更为清晰的指导。

2. 医药行业的典型卡特尔行为高发

2023 年,我国掀起一场医疗领域全链条反腐败、全行业整治不合规现象和行为的执法“风暴”,在此背

景下，对涉及药企之间进行价格共谋、串通招投标、划分客户和市场等横向垄断行为的整治力度持续加大。

- **价格共谋**：在对上海旭东海普药业有限公司（“**旭东海普**”）和天津天药医药科技有限公司（“**天津天药**”）的处罚决定中，反垄断执法机构认定两家公司作为氟尿嘧啶注射液领域的竞争者，“多次会面”“讨论氟尿嘧啶注射液合作事宜”，达成共识“互相沟通报价，不打价格战，实行价格联动”，提高各地中标价、对商业公司的供货价；
- **限制商品的生产或销售数量**：在对远大医药（中国）有限公司（“**远大医药**”）和武汉汇海医药有限公司（“**武汉汇海**”）的处罚决定中，反垄断执法机构认定两家公司作为去甲肾上腺素原料药市场和肾上腺素原料药市场的竞争者，约定一方停止销售并获得相应补偿形式达成并实施了垄断协议，强化了其中一方在市场上的垄断力量，也导致制剂企业无法从当事人之外获得原料药。该案件同时也涉及竞争对手间“不竞争安排”被处罚的行为（详见下文）；
- **分割销售市场、串通招投标**：同样是在旭东海普和天津天药的垄断协议案件，两家公司约定“根据各自传统优势销售区域对中国境内市场进行划分”，约定“须配合对方销售市场招投标工作，以保证对方公司中标”，在对方销售市场参与投标时“报高价或者不报价”。

竞争对手之间合谋涨价、划分客户和市场、限制产量和销量、串通招投标等行为在包括我国在内的诸多司法辖区都是被认为严重限制市场竞争的行为，医药企业在与竞争对手开展合作时，应警惕横向垄断协议方面的风险，做好合规评估和风险防范。

3. “救命药”的不正当高价等滥用问题面临重点执法

2023 年，涉及滥用行为处罚的企业生产左卡尼汀原料药、去甲肾上腺素原料药、肾上腺素原料药等，这些原料药所对应的成品药均为重要药品，是国家基本药物、医保药品和临床必备急救抢救药品，是老百姓的“救命药”。原料药及对应的成品药企业如通过各种

手段抬高这些救命药的价格，会严重损害广大患者的利益，违背《反垄断法》有关维护消费者利益和促进社会公共利益的立法目标。

2023 年，国家和地方的反垄断执法机构在医药领域对不少滥用市场支配地位从事不正当高价行为的企业作出处罚，包括：

- 东北制药集团股份有限公司（“**东北制药**”）因滥用在左卡尼汀原料药市场的支配地位，从事不公平高价行为，被辽宁省市场监督管理局处以约 1.33 亿元的罚款（2018 年中国境内销售额的 2%）；
- 天津金耀药业有限公司（“**天津金耀**”）因其滥用在卡莫司汀注射液市场的支配地位，从事不公平高价行为，被天津市市场监管委员会处以约 2,772.13 万元的罚款（2019 年中国境内销售额的 2%）；
- 远大医药滥用其在去甲肾上腺素原料药、肾上腺素原料药市场的支配地位，从事附加不合理交易条件的行为，与前述横向垄断协议行为并罚，被市场监管总局并处 1.36 亿元人民币的罚款（2019 年中国境内销售额的 3%），没收违法所得约 1.49 亿元（合共 2.85 亿元）；
- 武汉汇海、武汉科德医药有限公司（“**武汉科德**”）、湖北民康制药有限公司（“**民康制药**”）等滥用市场支配地位，以不公平的高价销售注射用硫酸多黏菌素 B 原料药和制剂，构成不公平高价行为，武汉汇海被上海市市场监督管理局处 1,111 万元的罚款（2022 年中国境内销售额的 8%）并没收违法所得 4,758 万元（合计 5,869 万元）；武汉科德被处 7,252 万元的罚款（2022 年中国境内销售额的 8%）并没收违法所得 6.17 亿元（合计 6.89 亿元）；民康制药被处 744 万元的罚款（2022 年中国境内销售额的 3%）并没收违法所得 205 万元（合计 949 万元）。

案例回顾：远大医药滥用市场支配地位实施附加不合理交易条件以及远大医药与武汉汇海达成横向垄断协议案

在本案中，远大医药因滥用市场支配地位及与竞争者武汉汇海达成横向垄断协议被处罚。市场监管总局开出罚没合计 3.21 亿元的高额罚单。

滥用市场支配地位

处罚决定中指出，在两票制实施前，远大医药通过威胁中断或延迟供应原料药，强迫制剂企业以低价向其销售注射液，从而垄断了下游制剂的流通销售，压榨了制剂企业的利润。两票制实施后，远大医药改变策略，要求制剂商向其返利，以维持其垄断利润。自 2010 年以来，远大医药还通过签订协议和口头要求来控制制剂企业的销售区域、价格和数量，以达到控制市场供应和垄断价格的目的。反垄断执法机构认为该等行为削弱了制剂企业与远大医药竞争的能力，限制了制剂企业的经营自由，使得市场竞争不充分，产品价格上涨，排除、限制了去甲肾上腺素注射液、盐酸肾上腺素注射液市场的竞争，损害了相关制剂企业、消费者和社会公共利益。

- 由于远大医药以原料药供应为制约，要求相关制剂企业接受向其低价销售去甲肾上腺素注射液和盐酸肾上腺素注射液、向其返利、按照其要求的区域和价格销售制剂，市场监管总局首次将该等行为认定为构成“附加不合理交易条件”的滥用市场支配地位行为。

横向垄断协议

此外，本案还审查了远大医药与武汉汇海之间的“不竞争”安排。2016 年至 2019 年，两家公司之间通过口头达成并实施了关于停止销售去甲肾上腺素原料药和肾上腺素原料药的垄断协议，约定武汉汇海停止销售相关原料药，

远大医药通过两种方式给予武汉汇海补偿。市场监管总局认定该安排通过输送和分享利益的方式让武汉汇海退出原料药销售市场，使得远大医药的市场支配地位得到进一步巩固，有能力在下游注射液层面提高价格并获取垄断利润，具有明显的排除、限制竞争效果。

通过以上案例，我们总结以下涉及医药行业滥用行为案件的要点：

- **生产和供应原料药、罕见药等供给紧俏的药品企业需要尤其关注滥用行为方面的风险：**今年处罚的滥用案件均涉及原料药和其对应的重要成品药。由于原料药审批的限制、高进入门槛和市场集中度，容易被执法机构认定为在一个比较狭窄的相关市场中具有支配地位，而其所对应的一些救命成品药、罕见药也容易使企业被认定为具有支配地位。对于这些药品领域，医药企业应特别警惕滥用市场支配地位方面的风险，谨慎评估大幅涨价、排他性交易、拒绝供货、搭售和对交易相对人附加不合理限制等商业安排。
- **多个垄断行为可能被并罚：**远大医药因为滥用市场支配地位和横向垄断协议两种行为而同时受到处罚，这在此前的反垄断执法案例中相对罕见。在本案中，执法机构对于同一个经营者的多项垄断违法行为并罚，但并未就每一个单独行为的处罚比例作出说明，一定程度上反映了行政执法的自由裁量权。

除了典型的垄断行为之外，在更大的反垄断语境下，医药行业因为高度关系民生，同样引起高度关注：

- **经营者集中：**市场监管总局密切关注医药领域。我国首例未达到申报标准、自愿申报而被附加条件的交易（“先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案”）涉及医药行业（见“**05 经营者集中：监管趋势稳健，“敌意收购”引发热议**”）；
- **行政性垄断：**尽管在行政性垄断行为中，药企本身不是违法者的角色，但是因行政垄断行为获得

垄断力量的经营者从事垄断行为同样会遭到处罚或者被认定行为无效 / 可撤销。如 2022 年在“湖南省市场监管局纠正岳阳市卫生健康委员会滥用行政权力排除、限制竞争行为案”中，岳阳市卫健委通过书面通知形式，明确鼓励该市医疗卫生单位和机构优先采购使用其指定的三家被帮扶生物医药企业生产的原研和通过一致性评价仿制的药品、试剂等，并纳入各单位年度绩效考核。该行为被湖南省市监局认定为构成行政性限定交易，相关书面通知被废止，三家药企不再获得“特别优待”。因此，需要高度关注地域歧视、限定交易 / 规避招投标等典型行政垄断行为。企业也应当防微杜渐，保持与公权力的合法界限。

4. 灵活运用行政指导等事前监管手段、常态化监管趋势日显

作为常态化监管的重要环节，执法机构在医药行业同样采取行政指导等方式进行事前宣导，告诫广大药企恪守底线，不从事任何垄断行为。2023 年 6 月，市场监管总局联合行业协会召开药品行业反垄断行政指导会，要求药企重视自身可能存在的反垄断合规问题，全面自查自纠、主动抓好整改、加强合规管理，及时化解苗头性、倾向性、潜在性问题。

毫无疑问，医药企业只有做到自身无“疾”，才能守护好百姓健康、解百姓之忧。在执法高压态势之下，广大企业应当结合近期医药行业反垄断执法与司法实践趋势，对内部合规制度和商业行为“听诊把脉”，避免潜在的法律和商业风险。



04 知识产权反垄断规则升级，和知识产权相关的反垄断诉讼热度持续提升

展望 2024

健全完善知识产权领域反垄断制度规则，是现阶段高水平对外开放、提升我国产业国际竞争力的迫切需要。通过提高执法和司法的精细化、科学化程度，兼顾知识产权权利人和实施人的利益，是知识产权领域反垄断的主要课题。

继过去几年的多个司法裁决后，最高人民法院（“最高院”）在 2023 年再次确认了中国法院对全球许可费率的管辖权；此外，中国法院在 2023 年首次裁决了标准必要专利（Standard Essential Patent, “SEP”）的全球费率。随着中国版 SEP 治理方案不断完善，中国将持续成为解决全球标准必要专利纠纷最为重要的法域之一。

另一方面，越来越多的知识产权实施方意识到“反垄断工具”对于在知识产权许可谈判中争取有利地位大有可为，积极通过发起反垄断诉讼争取合理的商业利益。2024 年，中国的知识产权反垄断诉讼预计将持续升温，知识产权权利人如何应对反垄断诉讼将是一个新的挑战。



2023 年，中国知识产权领域反垄断执法和司法的关键词是“平衡”，即注重和把握保护知识产权和反垄断之间、促进创新与公平竞争之间的平衡。围绕这一关键词——在法律法规层面，市场监管总局于 2023 年 6 月 25 日发布了修订后的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（“**新《滥用知识产权规定》**”）。新《滥用知识产权规定》充分体现了“保反兼顾”的制度理念，在为针对滥用知识产权的反垄断执法提供了更具体、更全面的规则依据的同时，也为知识产权权利人提供了更多面临调查和质疑时的抗辩空间。在司法层面，最高院通过两起代表性案例¹，进一步厘清了保护知识产权与反垄断之间的边界。

在 SEP 方面，市场监管总局在 2023 年 7 月公布了《关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“**《SEP 指南草稿》**”）。《SEP 指南草稿》对标准制定、谈判和许可等各个环节可能涉及的垄断问题进行了全面规制，并提出了以“善意谈判”为基础的认定滥用 SEP 行为的框架，旨在更好平衡 SEP 权利人和标准实施方的利益。实际上，保护“善意”交易方的原则在司法实践中亦有体现，2023 年最高院在一起涉及标准必要专利的侵权诉讼中在认定标准必要专利权人不存在过错、专利实施人存在明显过错的基础上，支持了善意 SEP 权利人寻求禁令及侵权赔偿的主张²。

就实践案例来看，司法领域中涉及知识产权和反垄断交叉领域的案件越来越多，知识产权实施方越来越通过反垄断诉讼对知识产权权利人施加压力，在涉及知识产权的商业谈判中争取有利地位。

1. 知识产权反垄断执法规则升级

2023 年，为贯彻落实修改后的《反垄断法》，市场监管总局对《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（市场监管总局 31 号令，“原《滥用

知识产权规定》”）进行了修订。新《滥用知识产权规定》已于 2023 年 8 月 1 日起施行。新《滥用知识产权规定》深入理解把握新反垄断法“鼓励创新”的立法精神和最新制度要求，充分体现了“保反兼顾”的制度理念，既落实一般性的制度，做好与其他关于反垄断执法的配套规章之间的衔接；又结合知识产权特点和规律，细化完善知识产权领域反垄断特殊规则，增强制度适用性、针对性和可操作性，统筹平衡权利人和实施人之间的利益关系。

新《滥用知识产权规定》为加强知识产权领域反垄断执法提供了更全面、更具体的规则依据，细化了滥用市场支配地位行为认定规则，同时进一步修改完善专利联营等重点领域的反垄断规制，积极回应知识产权领域市场竞争中存在的突出问题：

- **增设、细化在知识产权领域滥用市场支配地位行为的认定**：进一步细化滥用市场支配地位的具体认定规制，其中新增对不公平高价行为的规制，禁止以不公平高价许可知识产权或者销售包含知识产权产品，排除、限制竞争。而就许可费或产品价格是否过高的判断规则，新《滥用知识产权规定》也明确了包括相关知识产权的研发成本和回收周期、许可费计算方法和许可条件、可以比照的历史许可费或者许可费标准等考量因素。
- **明确经营者不得利用知识产权的方式达成垄断协议**：作为与新《反垄断法》的衔接相应，增加对“轴辐协议”（Hub and spoke cartel）的相关规定，经营者不得利用行使知识产权的方式，组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。
- **新增涉及知识产权的经营者集中审查规定**：明确指出经营者通过知识产权的转让和排他性许可也有可能取得对其他经营者的控制权，从而构成需

1. 参见“枸地氯雷他定”原料药滥用市场支配地位纠纷案（扬子江药业集团广州海瑞药业有限公司、扬子江药业集团有限公司与合肥医工医药股份有限公司、合肥恩瑞特药业有限公司、南京海辰药业股份有限公司滥用市场支配地位纠纷案，（2020）最高法知民终 1140 号）及“涉中超联赛图片”滥用市场支配地位纠纷案（体娱（北京）文化传媒股份有限公司与中超联赛有限责任公司、上海映脉文化传播有限公司滥用市场支配地位纠纷案，（2021）最高法知民终 1790 号）。

2. 参见“伸缩缝装置”标准必要专利侵权案（徐某、宁波路宝科技实业集团有限公司与河北易德利橡胶制品有限责任公司、河北冀通路桥建设有限公司侵害发明专利权纠纷案，（2020）最高法知民终 1696 号）。

要申报的经营者集中。此外，对于可能引起竞争关注的涉及知识产权经营者集中案件，市场监管总局也可能针对相关知识产权附加结构性或行为性限制性条件。例如，结构性条件包括剥离知识产权相关业务，行为性条件包括强制知识产权许可、要求知识产权相关业务独立运营以及对知识产权许可条件进行约束（如遵守公平、合理、无歧视（“FRAND”）原则及不得实施搭售行为）等。

- **强化对专利联营反垄断行为的规制：**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。专利联营可以降低交易成本、提高许可效率，具有促进竞争的效果，但同时也有可能利用专利联营的优势地位，滥用知识产权，排除、限制竞争。新《滥用知识产权规定》第十七条禁止专利联营实体或者专利联营的成员利用专利联营从事排除、限制竞争的行为并且列举了专利联营实施垄断协议或滥用市场支配地位行为的具体形式，为后续执法机关加强监管提供了更加明确的指引。

在细化对滥用知识产权行为的规制的同时，新《滥用知识产权规定》也注重对知识产权的保护，为知识产权权利人面对知识产权滥用质疑提供抗辩空间，兼顾知识产权权利人和实施人的发展利益，具体而言：

- **增加认定市场支配地位的考虑因素，细化在相关市场界定中关于“替代性”的内涵：**新《滥用知识产权规定》的征求意见稿曾提出，“知识产权的替代性”是认定知识产权领域经营者具有市场支配地位的因素，最终颁布的新《滥用知识产权规定》进一步对“知识产权的替代性”这一内涵进行细化，明确其实质是指“在相关市场交易相对人转向具有替代关系的技术或者产品的可能性及转移成本”，明确了在进行市场界定时应当同时考虑技术和产品两个层面的替代性，增加了认定权利人具有市场支配地位的难度。

- **增加和细化经营者行使知识产权具有正当理由的考虑因素：**新《滥用知识产权规定》第二十条规定了正当行使知识产权的考虑因素，具体包括有利于鼓励创新和促进市场公平竞争、为行使或者保护知识产权所必需、为满足产品安全、技术效果、产品性能等所必需、为交易相对人实际需求且符合正当的行业惯例和交易习惯等，上述规定为权利人正当行使知识产权指明了方向。

- **明确知识产权纵向垄断协议可以适用安全港原则：**新《滥用知识产权规定》明确表示经营者利用行使知识产权的方式，与交易相对人达成的纵向垄断协议可以适用安全港原则，具体标准参照《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》相关规定。

2. 司法机关进一步厘清知识产权保护与反垄断之间的边界

最高院近年来持续通过个案裁判厘清知识产权保护与反垄断之间的边界，以实现兼顾维护公平竞争和促进创新发展的目标。如我们在去年的年度回顾所提及的，最高院 2022 年曾在“无励磁开关专利侵权和解协议横向垄断协议纠纷案”³和“涉沙格列汀片剂药品专利反向支付协议发明专利侵权纠纷案”⁴中指出专利和解协议可能因为超过对知识产权保护的必要限度而无效，甚至触发《反垄断法》下的违法责任，强调《反垄断法》应主动介入并规制可能具有反竞争效果的知识产权商业安排。

2023 年，最高院在两起代表性案件裁判中转换视角，从保障知识产权权利人合法权益的角度阐述了《反垄断法》在知识产权领域应保持审慎适用，以保护知识产权人能够在法定、合理的范围内行使排他性权利。

- 在“枸地氯雷他定”原料药滥用市场支配地位纠纷案中，涉案原料药落入被告合肥医工持有的一项专利的保护范围。就此，最高院指出，在专利

3. 参见上海华明电力设备制造有限公司诉武汉泰普变压器开关有限公司垄断协议纠纷案，（2021）最高法知民终 1298 号。

4. 参见阿斯利康有限公司诉江苏奥赛康药业有限公司侵害发明专利权纠纷案，（2021）最高法知民终 388 号。

期限内，在被告未许可他人进行生产的情况下，在专利保护期内，市场上仅有被告可以提供涉案原料药，这也是知识产权的法定排他效力的表现。这种“权利排他”结果不同于真正的限定交易行为所形成的“市场排他”结果，通常不属于《反垄断法》所规制的行为范畴。通过该案，最高法院明确了平衡保护正当行使知识产权与维护市场竞争不受到损害两个潜在“矛盾”的法律价值的裁判原则，即在被告垄断行为涉及有效知识产权行使的情况下，如果所谓的排除、限制竞争效果是依法正当行使特定知识产权的必然结果，且并未超出法律赋予该知识产权的合法效力范围，则其不属于《反垄断法》意义上的排除、限制竞争效果。

- 在“涉中超联赛图片”滥用市场支配地位纠纷案中，原告体娱公司诉称中超公司将中超联赛官方图片资源经营权独家授予映脉公司，而没有放开授权给包括体娱公司在内的其他多家经营者构成滥用市场支配地位实施限定交易的行为。对此，最高法院指出，反垄断法预防和制止滥用权利以排除、限制竞争的行为，但是由权利内在的排他属性所形成的“垄断状态”并非权利滥用行为。中超公司、映脉公司在中超联赛图片经营市场具有市场支配地位，但中超公司通过公开招标方式选择授权映脉公司独家经营 2017 至 2019 年中超联赛图片资源，在程序上体现了竞争；该经营权独家授予是竞争的应然结果，且有其合理理由，不具有反竞争效果。同时，中超联赛图片用户（需求方）只能向映脉公司购买该赛事图片，系基于原始经营权人中国足协依法享有的经营权并通过授权形成的结果，符合法律规定且有合理性，该限定交易情形有正当理由。通过该案，最高法院明确了排他性民事权利的不正当行使才可能成为反垄断法预防和制止的对象，而排他性民事权利本身并不是反垄断法预防和制止的对象。

3. 中国版 SEP 治理框架即将出台，司法机关在 SEP 费率纠纷中发表中国观点

2023 年，欧盟正式发布《关于标准必要专利和修订（EU）2017/1001 号条例的提案》，试图对标准必要专利施加更强的管理，英国高等法院在标准必要专利许可费纠纷相关判决中试图通过更加精细化、多样化的分析方法对标准必要专利许可费率问题进行确

认。更早之前，日韩等国也纷纷积极推行标准必要专利新规制。随着 5G 通信技术的发展，各国企业之间的竞争进入“白热化”阶段，各司法辖区也在极力争取在 5G 通信技术标准必要专利许可政策上的主动权。在此背景下，中国的反垄断执法机关和司法机关也积极针对这一关键全球产业布局问题发出中国声音。

市场监管总局于 2023 年 6 月 30 日发布了《SEP 指南草稿》。该指南围绕 SEP 治理提供了系统全面的反垄断规则指引，意在通过明确 SEP 的权利行使与规制边界平衡 SEP 权利人和标准实施方的利益，在保障 SEP 创新成果合理回报的同时促进 SEP 的广泛应用与技术革新。《SEP 指南草稿》的几大亮点如下：

- 第一，《SEP 指南草稿》对标准制定、谈判和许可等各个环节有关的反垄断问题进行了全流程细化规制：在标准制修订的任何阶段，参与标准制修订的专利权人或者专利申请人应当按照相关组织规定及时充分披露其拥有的专利；在标准必要专利许可谈判中，强调 FRAND 原则的重要性，并将其作为认定是否构成具体垄断行为的重要考虑因素。
- 第二，将“善意谈判”作为认定相关垄断行为的重要考量因素：善意谈判是履行 FRAND 承诺的具体表现，标准必要专利权人与标准实施方应当就标准必要专利许可的费率、数量、时限等许可条件开展善意谈判。具体而言，《SEP 指南草稿》明确将许可双方是否进行善意的许可谈判作为认定是否构成具体滥用行为（如不公平高价、拒绝许可、搭售、附加不合理条件、差别待遇等）的重要考虑因素之一。此外，标准必要专利权人申请禁令前是否经过善意谈判，也是认定其是否存在滥用禁令救济措施的重要考虑因素。在《SEP 指南》出台后，SEP 许可双方需要重点考虑基于善意谈判的原则和要求，建立合规制度来规范许可谈判行为并做好相应的证明材料记录和保存，以免在未来的执法或诉讼中陷入不利的局面。

善意谈判流程及判断标准简述

谈判流程	义务人	善意谈判之义务
第一步	SEP 权利人	提出明确的 许可谈判要约 ，包括提供标准必要专利清单、标准必要专利与标准的对照表及合理的反馈期限等具体内容
第二步	标准实施方	合理期限内对获得许可 表达善意意愿 ，即不存在恶意拖延、无正当理由拒绝许可谈判等情形
第三步	SEP 权利人	提出 符合 FRAND 承诺的许可条件 ，主要包括许可费率计算方式及合理性理由、标准必要专利保护时效及转让情况等与许可直接相关的必要信息和实际情况
第四步	标准实施方	合理期限内 接受许可条件 ，如不接受，应在合理期限内提出其认为符合 FRAND 原则的反要约（许可费率、回授等许可条件）

- 第三，细化标准必要专利滥用行为的具体情形，明确将滥用诉权禁令作为滥用行为之一：一方面对各类标准必要专利滥用行为进行细化规定，对标准必要专利权人滥用禁令救济进行了限制，为标准必要专利权人的相关行为提出了更高的合规要求，同时也为标准必要专利实施方如何进行积极维权提供了具体指引。另一方面，《SEP 指南草稿》也从专利权人的角度出发，为部分许可行为提供了合理性抗辩空间，鼓励标准必要专利领域的创新发展。

值得注意的是，保护“善意”交易方的原则亦在 2023 年的司法实践中得以体现，最高院在“伸缩缝装置”标准必要专利侵权案中基于案情支持了善意 SEP 权利人寻求禁令及侵权赔偿的主张。在该案中，最高院在认定标准必要专利权人不存在过错、专利实施人存在明显过错的基础上，全额支持权利人的赔偿主张，明确标准必要专利侵权案件中确定损害赔偿责任人时应当重点考虑当事人过错，凸显保护善意 SEP 权利人的司法政策导向。

与此同时，在备受业内外关注的通信标准必要专利领

域，2023 年 11 月 28 日，重庆市第一中级人民法院（“重庆一中院”）就 OPPO 诉诺基亚 SEP 使用费纠纷一案对诺基亚的 2G、3G、4G 及 5G SEP 组合的许可费率做出裁判。继中国法院此前在包括本案的多个案件中不断明确和强调中国法院对 SEP 全球许可费争议的管辖权后，本次判决是中国法院首次就特定专利权人（即本案中的诺基亚一方）的 SEP 全球费率作出实体裁决。同时，本案也是全球范围内首次对于 5G 标准行业累积费率做出司法判决的案例。尽管本案判决是否会生效仍取决于之后的上诉程序，但是该等认定预计会为后续 SEP 专利授权费率纠纷提供重要参照标准。同时，随着本案判决的作出，一系列后续问题也值得业界予以广泛关注，例如包括英国和印度在内其他辖区的平行诉讼是否、以及如何考虑潜在冲突的协调问题，争议双方在多司法辖区面临不同进展、不同的阶段性程序裁判（例如禁令救济）乃至不同的实质性判决时的执行问题等。

4. 实施方积极通过“反垄断诉讼工具”尝试在商业谈判中争取有利地位

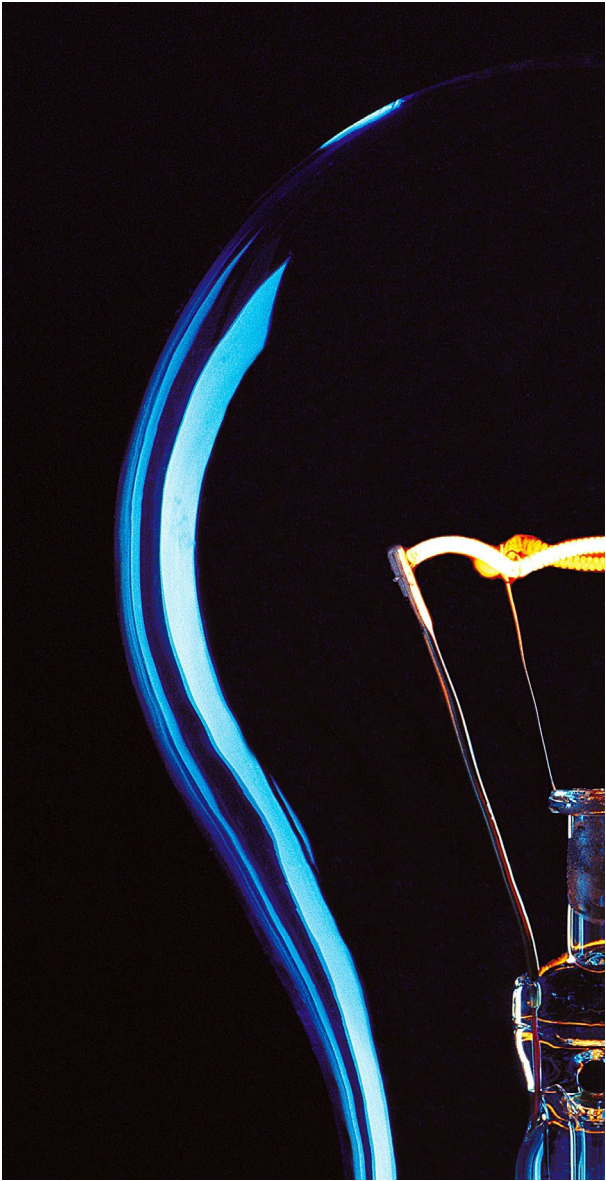
在更多知识产权被许可方逐渐意识到利用反垄断工具大有可为的背景下，知识产权反垄断诉讼热点也将持续提升。知识产权反垄断诉讼案件从最初主要集中于典型的通信标准必要专利案件（如华为诉 IDC 案）到非典型的其他领域必需专利纠纷（如日立金属案），再到目前出现非标准必要专利的知识产权反垄断纠纷（如游族诉迪士尼案、KTV 经营者诉音集协案等）。在各个领域的知识产权被许可方日益主动通过反垄断“工具”争取商业利益。

2021 年宁波中院开创性作出判决认定日立金属拒绝许可专利的行为属于拒绝交易的垄断民事侵权行为，成为知识产权被许可方通过反垄断民事诉讼成功争取商业利益的典型案件。在此之后，越来越多的被许可人通过反垄断诉讼挑战存在争议的许可条件，作为制衡权利人的手段。

2023 年部分知识产权领域反垄断民事诉讼

案件	被诉垄断行为	诉讼进展
TCL 诉杜比标准必要专利使用费纠纷案	TCL 就杜比相关标准必要专利许可使用费相关争议提起诉讼。	双方达成和解，2023 年 4 月 24 日，最高人民法院作出裁决准许杜比撤回管辖权异议上诉。
游族诉迪士尼滥用市场支配地位纠纷案	游族公司认为，迪士尼公司在中国范围内的“星球大战”产权游戏许可市场中具有绝对的市场支配地位，在许可合同中设置大量限制性条件，对被许可商实行差别对待，在交易时附加其他不合理条件等等行为，属于滥用市场支配地位的行为。	原告上海游族于 2023 年 5 月 29 日向上海知识产权法院提出撤诉申请，上海知识产权法院 2023 年 6 月 29 日作出裁决准许撤诉。

对于企业而言，一方面，知识产权领域反垄断实践使得更多的企业认识到反垄断可以作为其争取商业利益的有效“武器”，被许可方将更加主动通过反垄断“工具”在知识产权纠纷中为自己争取商业利益，尤其是可以考察能否对于收取过高知识产权许可费率或滥用禁令等行为提出滥用知识产权相关市场支配地位的指控。另一方面，作为知识产权权利人，其会受到反垄断执法监管和司法诉讼的风险将逐步增加，在知识产权权利行使和许可过程中需更加注意避免违反 FRAND 和善意谈判原则，积极评估潜在的垄断指控的风险，合理布局合规和应诉措施。



05 经营者集中：监管趋势稳健，“敌意收购”引发热议

展望 2024

在迈向 2024 年的道路上，我们预测经营者集中审查的趋势如下：

- 随着申报门槛的提高，申报案件数量预计减少，市场监管总局的审案压力也将进一步缓解，简易案件的审查速度将持续提升。此外，随着市场监管总局开始授权地方市场监管部门审查境外交易，预计将有更多的境外交易被授权给地方进行审查。然而，对于附条件案件，由于“停钟”制度目前没有时长或次数限制，案件审查时间仍将具有较大的不确定性。
- 经营者集中申报近年来成为被收购企业对抗敌意收购的主要武器之一，而 2023 年附条件批准的“先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案”更是一起因敌意收购对抗导致未达标交易受到反垄断监管审查并最终被附加限制性条件的生动案例。在未来的收购交易中，收购方需要提高警惕，即使交易未达法定申报标准，也需要评估交易是否可能引发利益相关方的竞争关注从而导致被附加限制性条件，并提前规划决定是否需要自愿申报。
- 尽管 2023 年没有公布对未依法申报交易的处罚决定，但由于企业合规意识的提升以及新法加大对违法实施集中的处罚力度，在 2023 年签署的收购交易中，经营者集中申报成为交易方普遍关注的交割事项之一。交易方需要继续在交易早期阶段考虑经营者集中申报的影响，谨慎设计交易架构及过渡安排，避免“应报未报”或“抢跑”风险。

2022 年新《反垄断法》的修订对“经营者集中”部分进行了重要的修改，比如显著提高对未获市场监管总局批准或在批准前擅自实施经营者集中行为（即“未依法申报”）的处罚力度，引入了经营者集中审查过程中的“停钟”机制，并且在立法层面明确了市场监管总局对于未达申报标准但可能引发竞争关注的交易的审查权。

围绕 2022 年新《反垄断法》的重要改革，2023 年经营者集中审查的配套规定和指引相继出台，在实体、程序和罚则等方面进一步丰富、完善了经营者集中的申报与审查规则。反垄断执法机构仍在持续起草和修订相关法规，展现出其在法规层面强化和规范对经营者集中监管的决心。在常态化监管与提升监管效能的指导思想下，反垄断执法机构审查经营者集中案件的灵活性有所增强，中央与地方在经营者集中制度下的事权划分与协调也得到了进一步优化。

随着更多企业反垄断合规意识的提升，2023 年经营者集中申报的案件数量持续处于高位。2023 年，反垄断执法机构审查了 797 起交易，批准了 786 起交易，（另外 11 起案件由交易方撤回），其中包括 707 起简易案件，75 起无条件批准的普通案件，另外有四起附条件批准的交易。¹

1. 参见：市说新语，“批准 786 件！2023 年经营者集中案件审查情况解读来了”；访问地址：<https://mp.weixin.qq.com/s/zztXx4nxiMRBhMiC9Ezqhw>

1. 经营者集中申报营业额标准的修订

市场监管总局于 2022 年公 布了《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（“《申报标准草案》”），拟提高现行的经营者集中申报营业额标准。修订后的申报门槛最终于 2024 年 1 月 26 日生效，这是自 2008 年出台《反垄断法》以来首次对营业额门槛进行修订。

营业额申报标准的现行版本与更新

	旧申报标准	现行营业额申报标准
申报标准 1: 原标准更新	参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币 ，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币 ；	参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 120 亿元人民币 ，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 8 亿元人民币 ；
申报标准 2: 原标准更新	参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币 ，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币 。	参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 40 亿元人民币 ，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 8 亿元人民币 。

值得注意的是，《申报标准草案》中提出的旨在捕捉“猎杀式收购”²的申报门槛并未包括在最终版本内。根据《申报标准草案》规定，其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过 1000 亿元人民币，并且其他相关经营者市值（或估值）不低于 8 亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。

2. 审查周期：平均审查周期与往年保持一致，更多简易案件下放到地方市场监管部门审查

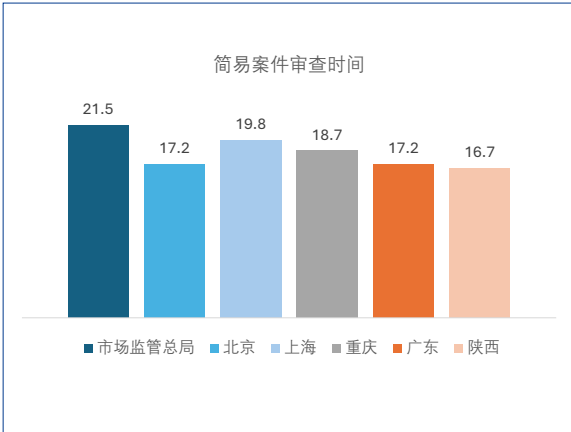
2022 年 8 月 1 日，市场监管总局开始试点委托北京、上海、广东、重庆、陕西五省市市场监管部门开展经营者集中反垄断审查工作，至今已有超过一年时间。在 2023 年市场监管总局无条件批准的简易案件中，共有 352 起为委托地方审查的经营者集中案件，占比 50%，可以看出，已经有相当比例的案件（特别是简易案件）下放到省市局审查。

2023 年，简易案件的平均审查时间为 20 天。根据市场监管总局的官方信息，98%（707 起中的 698 起）

简易案件在第一阶段审查（即案件正式立案后 30 天内）内结案。

2023 年，我们注意到地方市场监管部门高效推动经营者集中案件审查，并且也会与市场监管总局保持密切沟通，征求市场监管总局的意见。其中，五个试点省市局审查的简易案件从立案到批准的平均审查周期为 18 天，对比 2022 年 17 天，效率基本持平。

具体而言，市场监管总局及每个试点省市局的审查时间具体如下：



2. “猎杀式收购”是指具有强大市场力量的企业收购初创企业以阻碍其通过引入新的技术或者经营模式，摧毁既有企业已经获得的市场地位。

根据我们的观察：

- 在五个试点省市局中，上海局审查的案件数量最多（157 起案件），说明涉及上海、江苏、浙江、安徽、福建、江西、山东的交易相对活跃。其次为北京（75）、广东（61）、重庆（49）及陕西（10）。
- 公开记录显示陕西局自今年 11、12 月起受托审理境外交易，但目前尚无其他地方局开始审理境外交易的公开记录。地方局开始审查国际并购案件，表现出市场监管总局对地方市场监管部门案件审查质量的信心。

对于普通案件，根据我们的估算，2023 年，从正式立案到结案的平均审查时间约为 75 天。³

3. 附条件案件：审查时间与往年类似，持续关注高科技与民生领域

（1）附条件案件：“高科技”与“民生”热度持续

2023 年，市场监管总局共附条件批准了四起经营者集中案件，涉及高科技和民生领域这两个历年来一直受到“强监管”的行业，其中半导体领域持续受到关注。有关半导体行业的进一步讨论，详见“[06 行业聚焦：供应链安全成为半导体行业反垄断审查的关键](#)”

（2）“停钟”制度执行情况

2022 年新《反垄断法》在经营者集中审查中引入了停钟制度，规定了三种可以中止计算经营者集中审查期限的情形，包括经营者未按规定提交文件导致审查工作无法进行、出现对审查具有重大影响的新情况或新事实导致审查工作无法进行，以及需要进一步评估经营者集中附加的限制性条件且经营者提出中止请求。

市场监管总局已经在今年的部分案件中采用了停钟制度。然而，由于目前的《反垄断法》和《经营者集中审查规定》并未对停钟次数和最长时间作出规定，停钟制度并不一定能够为企业提供更多审查时间上的确定性，对于附条件案件的审查，停钟制度也不一定能够缩短审查时间。在 2023 年市场监管总局附条件批准的四起经营者集中案件中，三起交易均适用了停钟制度，仅有一起沿用之前的申报方撤回重报的实践。但这四起案件均超过了 180 天的法定审查期限，平均审查周期为 363 天。对于可能存在竞争问题的交易，市场监管总局通常会征求利益相关方的意见、聘请经济学家评估交易的竞争影响、对承诺方案进行多轮市场测试等，这些程序均可能导致附条件案件的审查时间较长且不确定性较高。

值得注意的是，在适用停钟制度的三起交易中，停钟时间从近二个月至六个月不等，都是在市场监管总局作出附条件批准决定前的较短时间内才恢复计算审查期限，但并未说明停钟的理由。

2023 年附条件决定概览

交易名称（批准日期）	相关行业	相关竞争关注类型	限制性条件类型	从申报到批准的审查期限	其他司法辖区是否无条件批准
万华化学集团股份有限公司收购烟台巨力精细化工股份有限公司股权案（2023 年 4 月 7 日）	化工	横向、纵向	行为性限制性条件的有效期为五年，解除需经市场监管总局批准，具体包括： • 向中国境内客户的供应价格不高于交易前水平； • 保持或扩大中国境内产量； • 依据公平、合理、无歧视（“FRAND”）原则向中国境内客户继续供应产品； • 无正当理由不得强制中国境内客户排他性采购或进行搭售。	242 天（采用了“撤回重报”）	没有在其他司法辖区进行申报的公开记录

3. 这是根据国家市场监督管理总局的官方统计数据估算的，2023 年所有 786 件案件的平均审查时间为 25.7 天，而 707 件简易案件的平均审查时间为 20 天。

迈凌公司收购慧荣科技公司股权案（2023 年 7 月 26 日）	科技（半导体）	纯混合型	行为性限制性条件的有效期为五年，到期自动解除，具体包括： - 继续依据 FRAND 原则向中国境内供应产品； - 不得实质性改变目标公司现有业务模式和运营； - 保留目标公司在中国台湾地区的研发； - 保留目标公司在中国境内的现场应用工程师，向客户提供支持； - 不得在中国销售的相关产品中加入任何恶意编码。	315 天（期间停钟约六个月）	是
先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案（2023 年 9 月 22 日）	医药	横向、纵向	结构性限制性条件（剥离下游业务，向剥离买方承担原料药供应义务）； 行为性限制性条件的有效期为六年，解除需经市场监管总局批准，具体包括： - 解除先声药业与 DSM 在中国境内独家、排他供应原料药的协议约定； - 下调下游产品终端价格不少于当前挂网价格的 20%（如果未按时解除独家协议约定、未按时剥离或剥离买方未按时实施研发，下调价格不少于当前挂网价格的 50%）； - 保障下游市场用药需求。	451 天 ⁴ （期间停钟约五个月）	没有在其他司法辖区进行申报的公开记录
博通公司收购威睿公司股权案（2023 年 11 月 21 日）	科技（半导体、计算机服务）	横向、相邻	行为性限制性条件的有效期为十年，到期自动解除，具体包括： - 无正当理由不得搭售或附加不合理交易条件，不得阻碍或限制客户单独购买或使用相关产品，不得在服务水平、价格或功能等方面歧视单独购买相关产品的客户； - 保证互操作性； - 对第三方制造商的保密信息采取保密措施。	441 天（期间停钟约两个月）	欧盟、韩国施加了限制性条件；其他司法辖区无条件批准了该交易

（3）附条件案件审查趋势

与往年一致，我们从今年的附条件决定中观察到以下趋势：

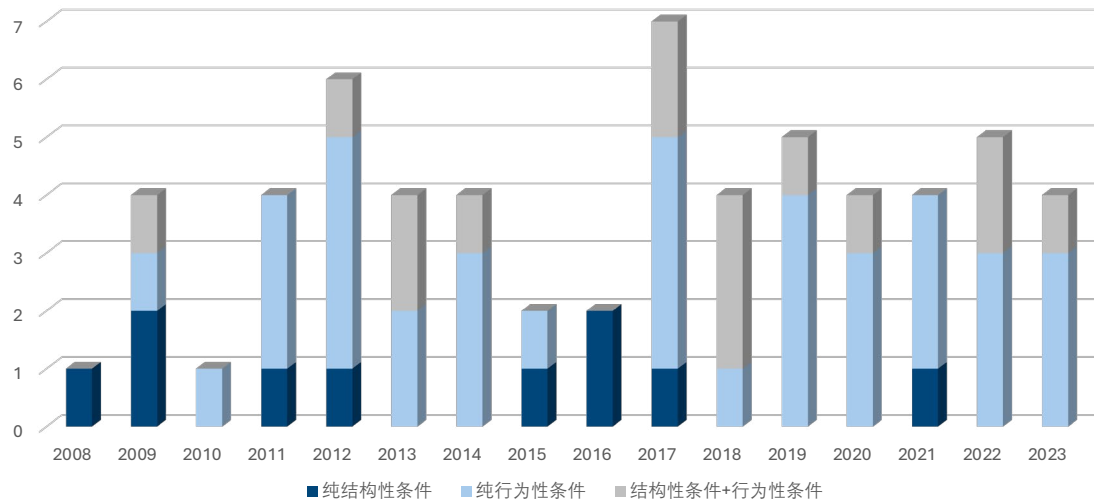
- **经济学分析在复杂案件审查中仍然具有重要作用：**
对于复杂案件，市场监管总局倾向于聘请自己的经济学家进行市场界定和竞争分析。在今年的四起附条件案件中，市场监管总局均在审查决定中表示其聘请了独立第三方机构对本案竞争问题进行经济分析。例如，在万华化学集团股份有限公司收购烟台巨力精细化工股份有限公司股权案的附加限制性条件批准决定中，市场监管总局在相关地域市场界定和分析集中是否会增强集中后实

体的市场控制力时均引用了第三方经济学分析内容。

- **非竞争“行业关注”继续影响申报考量因素：**根据《经营者集中审查规定》，市场监管总局在审查经营者集中案件时可以考虑非竞争问题，例如对相关行业发展和对公共利益的影响等，还可以听取有关政府部门、行业协会、经营者、消费者、专家学者等的意见。在迈凌公司收购慧荣科技公司股权案中，市场监管总局并未认定交易双方存在任何横、纵向或相邻业务关系，但仅考虑慧荣科技自身的市场力量，以及下游客户对交易后慧荣科技产品供应稳定性的担忧，最终仍然对交易附加了限制性条件。这反映出对于半导体等敏感

4. 本案中，托毕西和先声药业分别自愿于 2022 年 6 月 29 日和 2022 年 7 月 20 日先后向市场监管总局提交了申报，取较早时间计算。

《反垄断法》实施以来，附条件决定的类型分布



行业，供应安全等非竞争担忧仍是反垄断审查中无法忽视的问题。除了传统竞争问题，如果行业利益相关方对交易产生任何担忧（例如供应稳定性等）也可能影响审查的进程以及最终能否无条件获批。

- **较结构性救济而言，行为性救济仍然更受青睐：**在 2023 年的附条件案件中，市场监管总局延续了过去做法，倾向通过行为性救济措施灵活解决竞争关注和行业内的担忧，这与欧美倾向于采用执行和监督难度较低的结构性救济的做法形成了鲜明对比。今年四起附条件批准案件中的三起均只附加了行为性救济措施，另有一起涉及横向竞争问题的案件同时附加了结构性救济（剥离业务）和行为性救济。

4. 首起未达申报标准但被附加限制性条件的案例：反垄断法作为敌意收购中的“杀手锏”

2022 年的《反垄断法》修法确立了市场监管总局对

于未达申报标准但会引发竞争关注的交易的审查权。2023 年 9 月 22 日，市场监管总局附加限制性条件批准了先声药业有限公司（“先声药业”）收购北京托毕西药业有限公司（“托毕西”）股权案，这也是首起未达申报标准自愿申报获得附条件批准的案件。

这次交易涉及“敌意收购”。根据市场监管总局发布的附条件批准决定，该交易早在 2017 年 7 月就签订了交易协议。先声药业此前曾于 2021 年 3 月因拒绝向托毕西供应巴曲酶原料药被市场监管总局认定为滥用市场支配地位，并对其处以共计 1.007 亿元人民币的罚款。根据市场监管总局发布的处罚决定，托毕西并无出售股权的意愿，但因为先声药业掌握了中国市场上巴曲酶原料药的货源，且拒绝向托毕西出售原料药，托毕西及其股东才不得不先声药业要求就股权、巴曲酶原料药销售进行一揽子谈判。⁵另外，根据先声药业 2022 年 2 月的公告，其与托毕西原股东就托毕西的股权转让发生争议，经仲裁，托毕西原股东被裁定应继续履行合同。⁶

5. 国市监处〔2021〕1 号。

6. 参见先声药业 2022 年 2 月 24 日“自愿公告——仲裁胜诉”，访问地址：https://staticpacific.blob.core.windows.net/press-releases-attachments/1378304/HKEX-EPS_20220225_10130077_0.PDF。

2022 年 6 月 29 日，托毕西自愿提交了经营者申报。其后，于 2022 年 7 月，先声药业亦向市场监管总局提交经营者集中申报。虽然该案未达到申报标准，但是市场监管总局经审查认为该案可能引发竞争关注，有必要立案审查。

由于先声药业此前断供托毕西构成滥用市场地位而受到市场监管总局处罚的行为与先声药业拟收购托毕西的交易相关，市场监管总局在处罚决定中已经认定先声药业通过拒绝原料药供应的方式迫使托毕西（下游市场目前唯一的生产商）向其出售股权、退出市场，排除了中国巴曲酶注射液市场的竞争，收购交易被市场监管总局认定可能具有排除、限制竞争效果的可能性较高，即便交易双方不主动申报，后续也有可能被市场监管总局要求申报。

案例回顾：先声药业有限公司收购北京托毕西药业有限公司股权案

先声药业从事巴曲酶原料药（上游市场）销售，拥有中国境内巴曲酶原料药的全部货源，同时在研发巴曲酶注射液（下游市场）。托毕西是目前中国境内巴曲酶注射液唯一生产商。

经审查，市场监管总局的关注如下：

- **横向关注：**目前中国境内从事巴曲酶注射液研发的经营者仅有先声药业一家。若先声药业仿制药临床试验成功并获批进入市场，将对托毕西现有产品带来竞争压力。集中直接消除了这一潜在竞争对手，巩固了托毕西在中国境内巴曲酶注射液市场的支配地位，可能产生排除、限制竞争效果。
- **纵向关注：**通过与瑞士供应商 DSM 的独家合作及供货协议，先声药业成为中国境内市场唯一可以销售巴曲酶原料药的公司，在中国境内巴曲酶原料药销售市场份额为 100%。其他公司难以进入这个市场，下游生产企业对先声药业的依赖度高。集中后实体

可能实施原料封锁，对中国境内巴曲酶注射液市场产生排除、限制竞争效果。

为解决上述关注，市场监管总局附加了如下限制性条件：

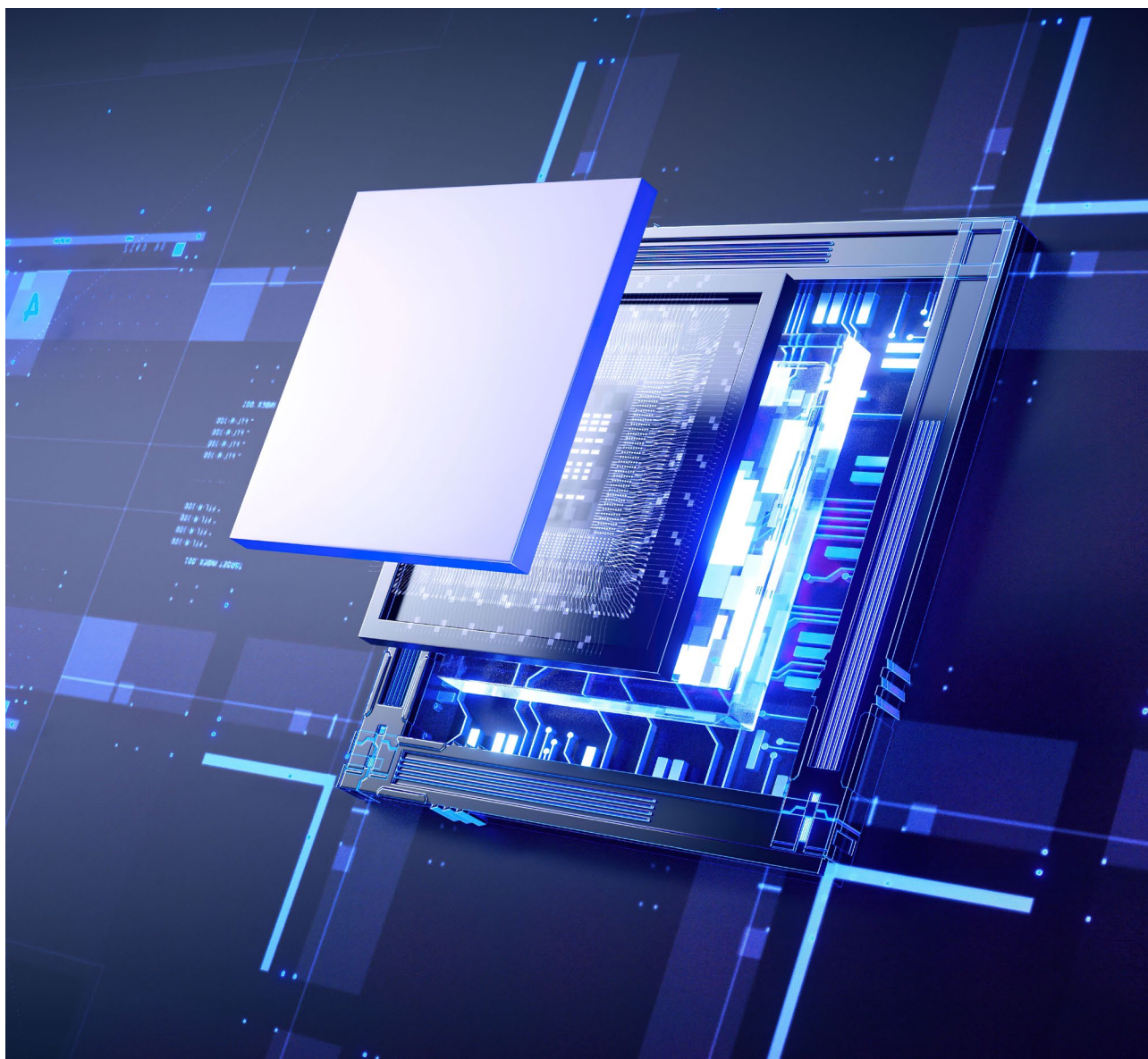
- 先声药业需要解除与 DSM 的在中国境内独家、排他供应巴曲酶原料药的协议
- 先声药业需要按照规定的时限剥离其在研巴曲酶注射液业务，并向剥离买方提供巴曲酶原料药供应，并协助剥离买方与 DSM 达成直接供应关系。
- 实施集中后，先声药业需要保障临床常用规格的巴曲酶注射液用药需求，并将临床常用规格的巴曲酶注射液终端价格下调至少 20%。如果先声药业未能按时解除协议约定、完成剥离或剥离买方未按时实施研发，集中后实体需要将临床常用规格的巴曲酶注射液终端价格下调至少 50%。

由上述案例可见，在敌意收购中，“经营者集中申报”可能成为被收购方阻止交易的策略。如交易可能具有排除、限制竞争的效果，市场监管总局可能会禁止交易或要求收购方提出承诺方案来解决竞争关注。如果收购方不愿意或无法提出能够解决竞争关注的承诺方案，那么交易可能无法继续进行。综上，即使交易未达到申报标准，收购方也应该综合评估交易对市场竞争的影响以及可能被市场监管总局要求申报的可能性，从而决定是否通过主动申报来增加交易的确定性。

06 行业聚焦：供应链安全成为半导体行业反垄断审查的关键

展望 2024

过去一年，美国等西方国家频频出台政策阻挠中国企业获得关键半导体产品，可能也是中国加大半导体行业审查、维护中国供应链安全的因素之一。对于重大的半导体交易，妥善处理客户关于供应安全的担忧成为交易获批的重要前提。由于国际贸易紧张局势尚未平息，我们预计 2024 年，执法机构对半导体行业交易反垄断审查的长周期、严审查态势还将持续。



1. 守护“中国芯”

2023 年，中国继续鼓励半导体供应链突破重围、实现自主可控，而市场监管总局也将中国客户的供应安全作为经营者集中审查的关键因素。在 2023 年针对半导体行业的附条件案件中，市场监管总局附加的限制性条件有助于帮助中国企业应对国外针对中国半导体行业所施加的重重技术封锁。

尽管部分国外媒体强调中国反垄断批准的难度，但近年来，仍有多起重大的半导体交易在中国以附条件形式获批，例如 2023 年获批的“迈凌公司收购慧荣科技公司股权案”和“博通公司收购威睿公司股权案”。此外，尽管据报道有第三方对“艾默生电气公司收购美国国家仪器公司股权案”提出过反对意见，该案仍以简易程序申报并获批¹；未获批的交易仅在少数，包括在 2023 年 8 月，英特尔宣布决定放弃以 54 亿美元收购高塔半导体，放弃前该交易尚未获得中国的反垄断审批。据媒体报道，在该交易的审查过程中，多个利益相关方针对该交易对中国半导体行业供应链安全的影响表示担忧。尽管英特尔与中国执法机构和主管部门之间进行了积极沟通，但在历时近 18 个月的审查后，英特尔放弃了交易。据媒体报道，失败原因可能是交易方无法承诺在最后一轮磋商过程中讨论的限制性条件。²

在英特尔放弃收购高塔半导体的交易后，有媒体报道指出，中国反垄断执法机构将更加严格地审查半导体行业的并购交易，并着重研判交易对中国本地产业带来的风险。这一趋势的出现并非偶然，外国半导体制造商能够通过跨境并购交易扩大其影响力，但中国本土半导体制造商在地缘政治紧张态势日益加剧的背景下，在海外面临美国及其他国家竞争监管机构的重重围困。例如，英国竞争与市场管理局批准了美国芯片制造商博通公司以 690 亿美元收购威睿公司的交易，但却以“威胁国家安全”为由，强制要求中资入股的科技公司安世半导体（Nexperia）出售英国最大的微芯片工厂纽波特晶圆厂（Newport Wafer Fab）

至少 86% 的股权。

2. 新形式救济方案的发展

在 2022 年，我们曾预测，考虑到半导体和科技行业交易在地缘政治方面的敏感性日益凸显，市场监管总局在 2023 年对该类案件的反垄断审查的严格程度不减，这一预测得以应验。2023 年，我们看到更多具有创新性的救济方案，以及更加完整全面的针对半导体行业交易的独特审查框架和评估体系：

- **维护供应链安全。**在过去四年中，中国反垄断执法机构几乎针对所有半导体行业附条件交易附加了确保供应安全的限制性条件。这一条件的要求很简单，即通常要求交易方承诺根据公平、合理、无歧视（FRAND）条款继续向中国客户供应产品。此外，如果相关产品属于外国出口管制的范畴（或未来可能落入），则交易方可能需要提供额外的救济方案来解决未来可能出现供应中断的问题。在这一情况下，市场监管总局可能提出更具创造性的解决方案，例如帮助一个第三方竞争者进入中国市场或扩大业务。同样值得注意的是，在“博通公司收购威睿公司股权案”中，市场监管总局施加的救济方案中还包含对第三方供应商保密信息采取保密措施的承诺。
- **纯混合并购也可能引起竞争关注。**总结过去几年的附条件案件情况，可以发现即使对于纯混合型的并购，市场监管总局也可能提出竞争关注。在 2023 年“迈凌公司收购慧荣科技公司股权案”中，市场监管总局主要基于目标公司慧荣科技在 NAND 闪存主控芯片市场的市场力量以及下游客户对交易后慧荣科技产品供应稳定性的担忧，对交易附加了限制性条件。

也有一些声音指出，市场监管总局可能在未来的经营者集中审查相关指引中引入对外国出口管制限制方面的考虑，例如，正在酝酿中的《横向经营者集中审查

1. PaRR, “National Instruments/Emerson: SAMR receives third-party complaint; implications uncertain”, 16 August 2023; PaRR, “National Instruments/Emerson approved by SAMR after simplified review”, 4 September 2023.

2. PaRR, “SAMR Watch: ...Tower Semi and Intel struggle...”, 3 July 2023; PaRR, “SAMR Watch: ... Tower/Intel give up...”, 31 August 2023.

指引》有可能考虑在审查过程中尝试中和美国等国家限制性贸易政策的负面影响³。这一主张的出发点是，外国不断出台的出口管制法规和政策可能导致交易方无法履行供应安全承诺下的相关义务。

案例回顾：迈凌公司收购慧荣科技公司股权案

交易概况：2022 年，迈凌公司（“迈凌”）拟议以 38 亿美元收购存储芯片制造商慧荣科技公司（“慧荣科技”）。迈凌是一家无晶圆厂半导体公司，为各种应用提供片上系统解决方案。慧荣科技是一家中国台湾闪存主控芯片开发商，为固态存储设备提供闪存主控芯片。

竞争关注：慧荣科技是全球最大的 NAND 闪存主控芯片供应商，利益相关方普遍担心本次交易会影​​响慧荣科技对中国境内下游客户供应的稳定性。市场监管总局重点关注了中国客户对慧荣科技开发的闪存产品的“依赖性”，并着重考虑了慧荣科技在全球和中国 NAND 闪存市场均占据较高市场份额的情况。

审查结果：市场监管总局于 2023 年附条件批准了该交易。值得注意的是，根据市场监管总局公布的案件决定，并没有提到买方迈凌有从事竞争性的 NAND 闪存业务，或者相关的上下游业务。按照传统的理论，该交易没有改变市场竞争结构的“现状”。然而，在地缘政治日益复杂的背景下，对市场竞争结构的评价因素可能不再局限于传统反垄断理论下的“横向重叠、纵向关系”等。尽管反垄断审查所考量的因素会有所扩展，但该案的审查结果也给未来的交易方以信心，即便在贸易紧张的形势下，交易仍可能获得中国反垄断执法机构的批准。

案例回顾：博通公司收购威睿公司股权案

交易概况：2022 年，博通公司（“博通”）拟议以约 610 亿美元收购软件生产商威睿公司（“威睿”）。博通是一家半导体制造商，为无线和宽带通信提供网络设备和软件应用。威睿是一家软件生产商和技术服务供应商，为数据中心和云计算提供软件解决方案。

竞争关注：博通和威睿均为各自产品领域在全球和中国市场的领先供应商。除了在端点保护软件市场存在横向重叠外，市场监管总局认为，双方的特定产品之间构成相邻市场，并认为交易可能导致捆绑销售和限制产品互操作性问题（即威睿的软件仅与特定硬件兼容）。同时，公开报道也指出，利益相关方对相关产品将来可能受到出口管制表示担忧。

审查结果：该交易在 2023 年获得了市场监管总局的附条件批准。为了消除所发现的竞争问题，市场监管总局采取了一系列行为性限制条件，如禁止不合理和歧视性的捆绑销售、确保威睿软件与第三方硬件的互操作性，以及对第三方硬件制造商的保密信息采取保护措施。此外，决定中还有两项限制条件被保密处理，并未对外公布，但据报道可能涉及解决与国有企业相关的竞争关注⁴。

未来，中国反垄断执法机构对于半导体行业交易的审查，将进一步受到技术革新、贸易局势的紧张程度以及出口管制措施等方面的综合影响。

3. 人工智能和汽车半导体——监管新重点？

中国近期出台了重点推动人工智能和新能源汽车产业发展的相关政策，因此，人工智能和新能源汽车行业

3. PaRR, “China’s SAMR explores solutions to geopolitics-linked trade policies in upcoming guidelines, official says - CIIAI Webinar”, 7 December 2023.

4. PaRR, “Asia Desk: China’s ‘politically timed’ approval of VMware’s sale to Broadcom,” 24 November 2023.

可能成为未来反垄断执法的重点：

- **人工智能。**人工智能领域一直是中国和世界其他国家竞争的着力点，美国对可用于制造高级人工智能系统的先进芯片和高端半导体设备（如光刻机）实施了广泛的出口管制措施。为了应对这些管制措施，中国加大了投入力度，力求在人工智能领域基础技术方面取得突破，包括加速开发国产先进芯片，以及尝试通过采购不受管制限制、先进程度相对较低的设备来绕过封锁。中国开发商也在积极大力推广自研人工智能芯片，如果美国出台进一步出口管制措施导致客户不得不转换供应商，这些国产开发商也将成为成熟的美国芯片供应商的替代选择。因此用于人工智能的先进芯片设计或半导体设备可能会成为新的审查重点行业。
- **汽车半导体。**随着新能源汽车的精密度日益提升，功率半导体和先进芯片等先进汽车零部件的需求日益上涨。功率半导体用于控制电流的流动，是影响新能源汽车续航里程的关键零部件；而先进芯片则用于提升整体数据处理性能，是实现自动驾驶的基础。近年来，中国高度重视国产功率半导体和先进芯片自主研发和生产能力，尽管如此，但目前中国大部分功率半导体和先进芯片仍严重依赖外国制造商的供应。此外，美国也已出台针对用于汽车应用的先进芯片的出口管制措施。在欧洲，欧盟委员会已经正式启动对中国新能源汽车的反补贴调查。因此，未来汽车半导体行业的交易可能受到市场监管总局的严格审查。



07 司法实践持续为反垄断法适用提供指引，司法机关与行政机构执法加强互动值得关注

展望 2024

最高院 2022 年底发布的新垄断纠纷司法解释尽管尚未生效，但其中确立的部分制度已在 2023 年的民事反垄断审判实践中得到贯彻。例如，2023 年审结的多起反垄断民事诉讼判决中已按照新司法解释对后继诉讼中原告的举证责任要求，认可了生效行政处罚决定的证据效力。另一方面，2023 年地方法院陆续开始尝试与行政执法机关建立信息沟通与合作机制，贯彻新司法解释中的司法行政互动要求。然而，业内对新司法解释中拟引入的“法院将反垄断案件移送行政机关”的制度仍有争议，尤其是对该制度是否存在法理基础，是否会动摇司法中立表示担忧。此前最高院曾表示，将基于已收集到的各方意见进一步完善并适时公布新司法解释。新司法解释出台后，希望可以平衡司法与行政机关的关系，在加强两者互动的同时也注意保持司法中立，并且维护司法对行政执法的监督权。

2023 年，垄断民事诉讼不断升温已从展望成为事实。一方面，各级法院积极通过个案裁判提供对反垄断法实体与程序规则的解读，并勇于提供前沿热点问题的解题思路，对企业正确理解反垄断法以及在复杂问题中的适用提供有益参考。另一方面，反垄断诉讼的发展也导致反垄断诉讼成为企业解决商业纠纷的“新武器”，在此背景下，企业在达成商业安排时，需要仔细评估潜在反垄断问题以及可能给企业带来的诉讼风险。



2023 年，最高院仍持续通过具有代表性的个案裁判为反垄断民事争议适用的实体及程序问题提供明确指引。在个案当中，不仅对相关市场界定、市场支配地位认定及滥用行为认定等实体规则进行了进一步补充与澄清；也对垄断民事纠纷的管辖规则等程序问题提供了进一步明确与释明。同时，最高院在 2023 年进一步推进了新垄断纠纷司法解释的制定工作，新司法解释正式出台后，将为垄断民事诉讼提供更多指引。

继 2022 年底的通用汽车案明确了生效行政处罚决定在后继诉讼中的证明效力之后，2023 年后继诉讼呈增长趋势，预计这一趋势将在未来持续。与此同时，法院也与反垄断执法机构开始建立合作机制，司法与行政执法加强互动将在反垄断合规方面给企业带来何种影响仍有待观察。

1. 司法裁判为反垄断法实体及程序规则的适用提供了明确指引

总体而言，法院在垄断民事纠纷案件中对垄断行为构成和竞争损害的评估非常审慎和精细。梳理 2023 年垄断民事纠纷裁判案件，法院对包括相关市场的界定、经营者市场支配地位的评估和滥用行为（包括拒绝交易、限定交易、搭售以及不公平高价等）的认定标准等多方面均有深入的分析论证，为反垄断实体规则的适用提供了有益的指引。

(1) 司法实践持续为反垄断法实体规则的适用提供指引

近年来，最高院裁判了多起涉及滥用市场支配地位的案件。最高院通过详细阐释其在相关市场、市场支配地位的认定以及滥用行为的认定等方面的分析思路，充实和细化了滥用市场支配地位案件的考量要素。

举例而言，对于市场支配地位的认定，最高院提出要将“间接竞争约束”纳入考量，谨慎评估经营者的市场支配地位；对于不公平高价行为的认定，最高院提出要从市场竞争状况和创新风险分析、经济分析和竞

争效果和消费者福利分析三个角度全面审慎考察涨价行为对竞争的影响等。这些都为企业在未来面临类似的反垄断滥用民事诉讼中提出有效抗辩提供了新的思路。

- **在相关市场界定方面**，在枸地氯雷他定原料药案¹中，一审原告（被许可方）主张一审被告（专利权人和原料药供应商）历史上多次涨价但一审原告仍未能转换购买其他原料药的情况构成假定垄断测试的自然实验，足以说明枸地氯雷他定原料药构成单独市场。对此，最高院指出，对于交易双方存在一对一的专属关系，且最终消费者的价格敏感度不高的市场而言，使用假定垄断者测试进行相关市场界定将存在局限性。针对特定原料药与下游制剂之间存在深度绑定关系甚至一对一关系的情况，界定相关市场应充分考虑来自下游制剂市场的间接竞争约束。尽管如此，由于该案件中原料药供应商未对其所面临的间接竞争约束完成充分举证，最高院最终仍然认定，特定原料药不具有可替代性，一审法院界定特定原料药市场并无不当。
- **在市场支配地位认定方面**，如上所述，在枸地氯雷他定原料药案中，最高院首次提出了“间接竞争约束”的概念，使得市场支配地位的评价体系进一步多元化；在王某某与北京链家房地产经纪有限公司等滥用市场支配地位纠纷案²中，最高院针对中介平台企业明确了中介服务的交易量可以作为评价经营者市场份额的适当指标，而机构规模本身仅能作为经营者财力和技术条件等的考量指标；在马利杰诉中国移动滥用市场支配地位案³中，最高院首次对共同市场支配地位的认定因素和证明标准进行了阐释，认为认定多个经营者形成共同市场支配地位，除了审查其市场份额外，还应当考虑经营者行为一致性等因素。
- **在滥用行为认定方面**，在多起涉及公用企业的案件中，最高院进一步阐述了公用企业实施拒绝交易、限定交易行为的认定标准；在枸地氯雷他定

1. 参见（2020）最高法知民终 1140 号。

2. 参见（2020）最高法知民终 1463 号。

3. 参见（2021）最高法知民终 1977 号。

原料药案中，最高院还释明了专利权行使语境下限定交易的认定以及不公平高价、附加不合理交易条件的基本认定规则。

2023 年最高院审理的涉及滥用市场支配地位的部分案件

案件	争议焦点	最高院裁判观点
基本殡葬服务拒绝交易纠纷案 ⁴	公用企业拒绝交易行为	认定公用企业的拒绝交易行为需要评估行为对上下游市场的影响，以及是否损害了消费者的利益。
给排水公用企业滥用市场支配地位限定交易案 ⁵	公用企业限定交易行为	认定公用企业的限定交易行为应当以限制交易相对人的自由选择权为核心，形式上是明示还是暗示不影响违法性的判断。
枸地氯雷他定原料药案	专利权行使语境下限定交易行为	在专利保护期内，专利权人要求下游企业仅从其处采购专利产品属于专利权的正常行使行为。此“权利排他”结果不同于限定交易行为所形成的“市场排他”结果，通常不属于《反垄断法》所规制的行为范畴。
	不公平高价的认定	要从“市场竞争状况和创新风险分析”、“经济分析”和“竞争效果和消费者福利分析”三个角度全面审慎考察涨价行为对竞争的影响。针对专利产品认定不公平高价时需审慎评估寒蝉效应。
	经营者利用其在一个相关市场的支配地位为其他相关市场的交易附加不合理交易条件的认定	认定经营者利用其在一个相关市场的支配地位为其他相关市场的交易附加不合理交易条件，必须同时满足行为样态要件（即存在附加不合理交易条件的明确或隐含的意思表示）和行为结果要件（即经营者通过附加不合理交易条件获取了不当利益或损害了交易相对人的利益，破坏了竞争）。

- 在损害赔偿金额的计算方面，在给排水公用企业滥用市场支配地位限定交易案中，最高院明确，因限定交易行为而遭受的损失，应当以限定交易的实际支出高于正常竞争条件下的合理交易价格的差额来计算，且原告对于此损失的额度承担举证责任。

(2) 法院通过阐明管辖权规则积极对垄断民事纠纷行使管辖权

在程序问题方面，法院在 2023 年通过多个案件的管辖权异议裁定进一步阐明了垄断民事纠纷的管辖规则。尽管迄今为止新垄断纠纷司法解释尚未正式出台，但这些案例实际上已经展现了与征求意见稿内涵一致的规则思路，表明了法院对于垄断民事纠纷更积极地行使管辖权的态势：

4. 参见（2021）最高法知民终 242 号。

5. 参见（2022）最高法知民终 395 号。

2023 年涉及反垄断民事纠纷的管辖权异议总结

案件	管辖权争议	法院裁判观点	司法解释征求意见稿相关规定
北京龙盛兴业科技发展有限公司、域适都智能装备（天津）有限公司等纵向垄断协议纠纷案 ⁶	当事人之间的仲裁协议能否当然排除人民法院对垄断民事纠纷的管辖权。	最高院明确，由于由垄断行为造成的侵害已经超出了受害人与垄断行为人之间的权利义务关系，因此当事人之间约定仲裁条款不能成为排除人民法院管辖垄断协议纠纷的当然依据。	第三条 原告依据反垄断法向人民法院提起民事诉讼，被告以双方之间存在合同关系且已有仲裁协议为由提出异议的，不影响人民法院受理垄断民事纠纷案件。但是，人民法院受理后经审查发现不属于垄断民事纠纷案件的，可以依法裁定驳回起诉。
巴曲酶原料药拒绝交易纠纷管辖权异议案 ⁷	在拒绝交易纠纷中，被拒绝一方因被告的拒绝交易行为而停工的工厂所在地能否被认为是侵权结果发生地。	北京知识产权法院明确，拒绝交易行为的侵权结果发生地应是拒绝交易行为所直接产生的结果发生地，即本案中原告因被告的拒绝交易行为而停工的工厂所在地。	第六条 垄断民事纠纷案件的地域管辖，根据案件具体情况，依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。
海东华泽燃气器具商贸有限公司民和分公司诉青海省民和川中石油天然气有限责任公司垄断纠纷案 ⁸	非以垄断纠纷为案由起诉，但实质上属于垄断纠纷的民事诉讼案件是否适用垄断民事纠纷的管辖规则。	法院主动审查了案件的争议性质，认定原被告之间的财产损害赔偿纠纷由被告的垄断行为所引发，因此将案件移送到了具有管辖权的西宁市中级人民法院。	第八条 民事纠纷案件立案时的案由并非垄断纠纷，被告以原告实施了垄断行为为由提出抗辩或者反诉且有证据支持，或者案件需要依据反垄断法作出裁判，但受诉人民法院没有垄断民事纠纷案件管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

2. 后继诉讼呈增长趋势，反垄断司法与执法之间加强互动

反垄断后继诉讼指的是在反垄断行政机关完成反垄断调查后，相关受害人依据生效的行政处罚决定向法院提起的民事损害赔偿。在域外法域比如美国，由于集团诉讼和惩罚性的民事赔偿制度（如三倍赔偿），反垄断后继诉讼非常活跃，并且成为行政机关反垄断执法的约束垄断行为的重要补充，常被称之为“私人执法”。但在我国，由于在反垄断民事诉讼中原告的举证责任相对较高，反垄断后继诉讼并不活跃。2022 年，最高院在典型案例通用汽车案中，就涉及纵向垄断协议的损害赔偿后继诉讼作出支持原告的判决，明确若反垄断执法机构认定构成垄断行为的处罚决定书在法定期限内未被提起行政诉讼或已为生效的法院裁判所确认，除非有相反证据足以推翻，否则在后继民事诉讼中，原告可据此主张该垄断行为成立，无需再承担举证责任。该案为受损害方在反垄断执法

后提起后继赔偿诉讼减轻了举证责任，并释放了鼓励反垄断后继诉讼的积极信号，同时也体现了反垄断司法与反垄断行政执法之间的衔接和互动。

(1) 法院进一步明确了生效行政处罚决定在垄断民事纠纷案件中的证明效力

2023 年，更多的司法裁判中引用生效反垄断行政处罚作为认定垄断行为的依据。在这些案件中，各级法院均依据相关行政处罚决定认定了垄断行为成立，并支持了相应损害赔偿请求。

通过近期的反垄断后继诉讼案件，可以发现以下关于后继诉讼的裁判要点和发展趋势：

- 从涉及的行为类型来看，近期后继诉讼案件涵盖了滥用市场支配地位、横向垄断协议和纵向垄断协议等各类垄断行为，这表明在涉及各类垄断行

6. 参见（2022）最高法知民终 1276 号。
7. 参见（2022）京 73 民初 1136 号。
8. 参见（2022）青 0222 民初 1204 号。

为的后继诉讼中，法院均已认可了生效行政处罚的证明效力；

- 从生效行政处罚决定的具体证明效果来看，根据已经公布的两起案件的判决书，法院认为生效处罚决定在证明垄断行为成立、证明造成损害以及损害金额的计算各环节均能发挥一定的证明力⁹；

- 从起诉主体来看，三起案件的起诉主体涵盖了受到垄断行为排挤的企业、涉案主体的交易相对人以及间接受到垄断协议影响的最终消费者。可见，后继诉讼被广泛的市场主体用以寻求保护合法权益；

- 从案件数量来看，原告胜诉的后继诉讼案件数量继续呈上升趋势，随着相关司法实践的愈发成熟，这一趋势很可能得以维持和加强。

2022-2023 部分典型后继诉讼的案件

案件名称	涉案行为	起诉主体	生效行政处罚证明效果
通用汽车案	纵向垄断协议	消费者	证明垄断行为成立：除非有相反证据，生效处罚文书可以证明垄断行为的成立； 证明造成损害：原告举证证明其购买产品的时间、类型、价格与生效处罚决定认定的行为范围相一致，即完成了初步举证责任； 损害金额判断：如原告所主张损害金额小于涉案产品在纵向垄断协议实施前后的价格差，则原告已完成初步举证责任，而无需对具体损害金额进行举证。
“延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案 ¹⁰	横向垄断协议	交易相对人	证明垄断行为成立：除非有相反证据，生效处罚文书可以证明垄断行为的成立； 证明造成损害：原告举证证明在被告对原告涨价时间与横向固定价格协议的实施期间相一致即完成了初步举证责任； 损害金额判断：具体损害金额应为垄断协议所固定价格与此前在自由市场竞争中与交易相对人所约定产品价格的差值，即原告仅需对横向垄断协议实施前后与被告的合同价格以及垄断协议持续期间的交易量进行举证，就已完成初步举证责任。
海东华泽燃气器具商贸有限公司民和分公司诉青海省民和川中石油天然气有限责任公司垄断纠纷案（2023） ¹¹	滥用市场支配地位	被搭售产品同业竞争者	缺少信息

9. 在通用汽车案中，最高院充分肯定了在生效行政处罚决定在证明纵向垄断协议行为成立、消费者遭受损害的实事以及损害金额上的证明力。与之类似，在“延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案中，西安市中级人民法院认为，除非有相反证据，在生效处罚决定确定的垄断协议持续时间范围内，可以认定被告达成并实施了横向价格协议，且因此对交易相对人构成了损害。损害的额度为垄断协议所固定价格与此前在自由市场竞争中与交易相对人所约定产品价格的差值。而在生效处罚决定认定的范围外，主张被告的其他行为构成垄断并对原告造成损害的，应由原告承担举证责任。

10. 参见（2020）陕 01 知民初 509 号。

11. 参见（2022）青 01 知民初 142 号。

(2) 反垄断司法机关与执法机构通过建立合作机制加强互动

此前，在 2021 年 12 月的“涉沙格列汀片剂药品专利反向支付协议”发明专利侵权纠纷案¹²中，最高法院就曾对涉案的专利和解协议是否构成违反反垄断法的“药品专利反向支付协议”进行过主动考察。尽管基于有限的案件材料和具体案情，最高院未认定和解协议构成垄断协议，但是如果法院将相关线索移送给反垄断执法机构，不排除反垄断执法机构可能会在更大的范围内发现企业的涉嫌垄断问题。

2022 年 11 月，最高院在新垄断纠纷司法解释征求意见稿中提出了反垄断司法与执法在行为认定标准、程序中止、线索移送等方面的衔接机制。同月，为贯彻落实市场监管总局、最高人民法院、最高人民检察院对反垄断法的宣贯要求，据报道，山东省市场监管局与山东省高级人民法院、山东省人民检察院联合发布《关于加强反垄断行政执法与司法衔接协作的实施意见》，进一步健全山东省反垄断执法与司法衔接协作机制。该意见对三部门在反垄断行政执法标准和司法裁判标准、行政执法和公益诉讼办案规则和法律适用、违法企业侵害社会公共利益程度和量化标准、相关重点领域协作配合等方面作出具体规定，同时还建立了对涉及多方处理案件线索的信息沟通机制和对重点行业、领域的信息研判机制。

2023 年 11 月 1 日，市场监管总局与北京知识产权法院召开反垄断行政执法和司法衔接机制座谈会，并建立日常沟通联络机制，加强数据信息共享，研究建立案件线索通报和调查取证衔接机制，以共同促进反垄断行政执法与民事司法形成合力，提升反垄断工作质效。这是市场监管总局首次与法院达成合作机制。预计未来司法与行政执法的互动会持续加强。

尽管业内对法院反垄断违法线索移送执法机构的机制仍有一定的争议，但 2023 年部分地区司法和行政机关互动机制的落地，预示着司法行政互动机制将成为中国反垄断法实施的趋势。对于企业来说，

一方面，在日常合规管理中，除了关注法规更新和执法发展，对司法判例中对反垄断法规则的解读也要高度重视；另一方面，企业在诉讼活动中，尤其是在涉及可能与反垄断法高度相关的知识产权或商事诉讼中，需要提前预判争议事项是否存在垄断问题，并且根据风险大小制定相应的诉讼与和解策略。



12. 参见：（2021）最高法知民终 388 号。

08 湾区眺望： 香港竞争执法的蓬勃发展

展望 2024

2024 年，预计关系民生领域的卡特尔行为仍将是香港竞争事务委员会（“**竞委会**”）的执法重点，内地企业需要特别注意在中国香港（“**香港**”）从事商业活动的合规性，尤其是需要注意与竞争者之间的往来将面临严格监管。

此外，数字经济领域的竞争执法持续加强。近年来，越来越多的内地互联网企业在香港开拓业务，竞委会也开始关注互联网企业的单边行为是否会构成滥用，内地企业需要在充分了解香港本地竞争法规的背景下做好合规建设。

2023 年 7 月，竞委会与广东省市场监管局就大湾区竞争事宜加强合作签署备忘录，未来我们也有可能看到更多内地与香港的竞争执法合作和交流。



相较于内地反垄断执法活动进入“相对安静”的常态化监管时期，香港正在日益成为活跃的反垄断司法辖区。

1. 香港竞争法实施机制概览

在“一国两制”方针的整体指引下，香港拥有着不同于内地的独立竞争法框架。相较于中国内地《反垄断法》自 2008 年落实，香港的首个跨行业实体竞争法《竞争条例》在 2015 年底才开始全面实施，香港显然是一个更加“年轻”的司法辖区。

与内地围绕《反垄断法》所构建的以市场监管总局作为执法中心不同，香港的反垄断执法体系遵循普通法传统，设立了双层的执法结构和流程，也体现了我国“一国两制”方针下多元的法治文化，具体来说：

• 第一层级：香港竞争事务委员会（The Hong Kong Competition Commission）的调查阶段。

竞委会负责在《竞争条例》下开展反垄断执法活动，并围绕《竞争条例》制定了一系列指引和政策文件。如果企业希望在调查过程中通过承诺形式降低行为的负面影响，《竞争条例》赋予了竞委会接受企业承诺而终止调查的权力。另一方面，如果竞委会经过调查最终认为一家企业的行为违法，其自身不能直接对违法企业施加罚金等处罚措施，而需要将涉案行为提禀至竞争事务审裁处（“审裁处”，Competition Tribunal），由审裁处裁决并施加罚款。

- **第二层级：审裁处的裁决阶段。**如果竞委会认为有足够证据证明企业存在《竞争条例》下的违法行为，将会正式向审裁处提交案件，申请启动裁决程序。审裁处是根据《竞争条例》设立的法院，级别等同于香港高等法院原讼法庭。负责处理有关竞争事宜的法律程序，有权裁决对企业施加罚款等处罚。审裁处裁决过程类似于法院开庭审理程序，具有一定的对抗性，涉案当事方与竞委会都有权在裁决阶段提出主张并提供证据。审裁处将依据程序性指引规则即《审裁处规则》来裁决案件，确保所有相关方在裁决阶段获得公平和正义。

从实体行为来看，香港《竞争条例》与《反垄断法》相似，禁止损害竞争的协议（包括横向协议和纵向协议）、滥用市场地位行为（包括掠夺性定价、捆绑搭售、拒绝交易、独家交易等）。此外，《竞争条例》中的《合并守则》也规范经营者集中行为。但是，香港的经营者集中制度属于企业自愿申报，且目前仅适用于电讯行业。

2. “竞争对手间的合谋”：持续加强对卡特尔行为的执法

竞委会自成立以来就将卡特尔行为作为优先执法的重点对象，这类案件也成为审裁处裁决的“常客”。对于不同违法行为的侧重凸显了竞委会在执法资源分配时的考量，通过优先处理容易证明违法性的行为能够加强执法案例的威慑效果，也能更好的提升广大民众对于竞争法律的了解。事实上，竞委会对于禁止卡特尔垄断行为的竞争宣导一直十分积极，2023 年，竞委会更是制作了《竞争之合谋有罪》电视实况剧，该剧改编来自于自《竞争条例》全面生效以来，竞委会所处理的首批卡特尔案例，有效加深公众对竞争法的认识。

从《竞争条例》全面生效，竞委会共向审裁处提交调查案件 15 宗，其中 13 宗涉及卡特尔行为。在这些案件所涉及的行业上，与内地近年来关注民生领域相一致，竞委会的执法重点同样是影响香港市民日常生活的行业和领域，包括建筑工程和维修翻新、信息技术服务、文教书籍销售等。这也与竞委会在近年来的三个整体执法重点吻合。这三个执法重点分别是：（1）影响民生的反竞争行为；（2）骗取政府资助的合谋行为；及（3）影响数字市场的行为。¹

除了卡特尔行为之外，截至目前，竞委会也在今年首次向审裁处提交一起涉及食品加工行业的转售价格维持的案件，以及一起涉及在特定医疗产品市场上具有市场权势的经营者滥用其市场支配地位的行为。

2023 年，竞委会持续保持对于卡特尔行为的高度关注，向审裁处提交了两宗引人瞩目的卡特尔案件，一

1. 参见《香港竞委会年报 2022-23》第 4 页，访问地址：https://www.compcomm.hk/en/media/reports_publications/files/2022_23_HKCC_Annual_Report.pdf。

宗涉及科技领域的政府资助，另一宗涉及房地产代理商机构。

案件回顾：一宗涉及政府资助计划的卡特尔案件

案情：2023 年 3 月 22 日，竞委会在仲裁处向四间业务实体及三名人士提起法律程序。竞委会的案情通报指出，根据政府于 2020 年推出的遥距营商计划下，企业可申请政府资助以采购信息科技方案。相关企业和个人在提交有关方案的报价时，采取了“掩护式（串通）投标”的行为，即是说，某些投标者故意出价高于预设中标者，或提出吸引力稍逊的条件，促使预设中标者中标。

指控：经过调查，竞委会指控，上述串通投标行为构成了严重的反竞争协议，涉及价格固定、分割客户市场、串通招投标及 / 或交换竞争性敏感信息等行为，违反《竞争条例》的“第一行为守则”。

进展：竞委会向仲裁处申请命令，要求宣布有关行为违反第一行为守则、对相关方施加罚款处罚以及发出取消董事资格的命令。截至 2023 年年底，该案件仍在仲裁处的审理裁决阶段。

案件回顾：一宗涉及地产代理商的卡特尔案件

案情：2023 年 11 月 14 日，竞委会在仲裁处向美联物业代理有限公司、其关联企业香港置业（地产代理）有限公司及美联集团有限公司（统称“美联”）及美联的五名高级管理人员提起法律程序。

指控：经过调查，竞委会指控，地产代理商美

联与其竞争对手——中原地产代理有限公司及其关联企业利嘉阁地产有限公司（统称“中原”），协议约定在销售香港一手住宅物业时，必须收取最少百分之二的实收佣金。² 这一做法等同固定或限制了代理可向物业买家收取的最高佣金回赠（俗称回佣）。在楼价不变的情况下，有关协议可能令买家在购买该物业时，需支付更高金额。竞委会认为，这一行为构成违反第一行为守则的价格固定和 / 或交换竞争性敏感信息等严重的反竞争协议。

进展：竞委会向仲裁处申请命令，要求对美联及五名个人处以罚款处罚，以及发出取消董事资格的命令，并要求美联推行仲裁处认为合适的有效合规计划。中原在竞委会调查过程中申请了宽大政策，提供多项资料助调查，并签订宽大协议，所以未被入禀控告。截至 2023 年年底，该案件仍在仲裁处的审理裁决阶段。

3. 强化数字经济竞争监管

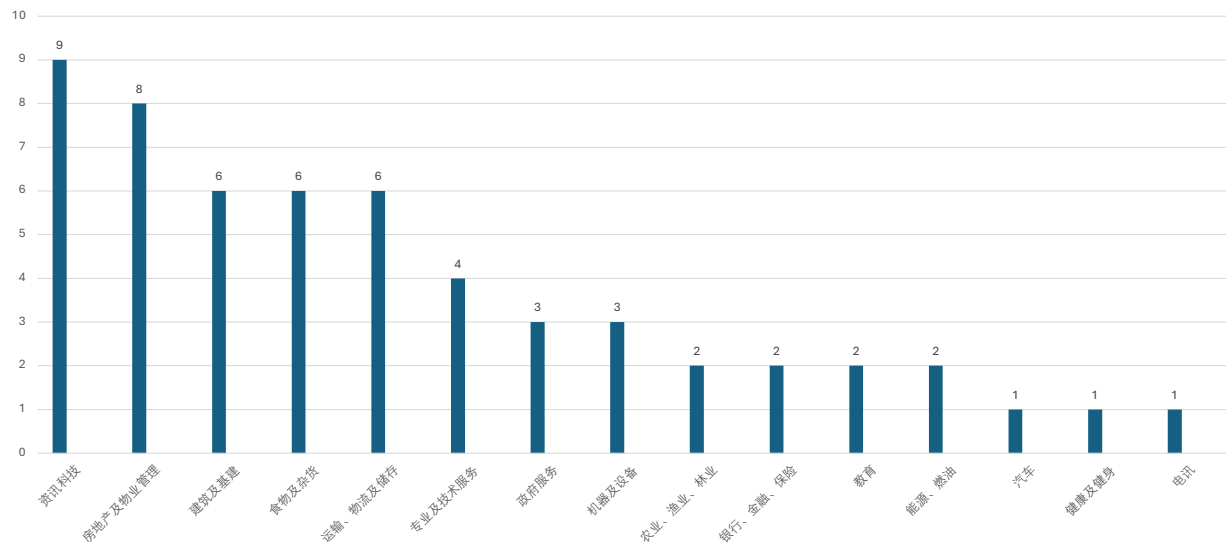
粤港澳大湾区数字经济的快速发展为香港带来了新机遇、新动力，使香港能搭乘国家数字经济快车，助推新经济发展。与此同时，竞委会也在近年来的调查执法案件中表现出愿意处理数字经济等复杂案件的兴趣，通过与被调查方协商解决方案的方式体现其执法的灵活性，包括要求被调查方作出履行一定商业行为的承诺。这种灵活的执法形式使竞委会可以在不经过正式提禀仲裁处裁决案件的情况下解决竞争关注，也为企业提供了一条通过与监管保持密切合作而实现合规的直通路径。

数字经济是全球各个司法辖区目前的重点执法领域之一，同样也适用于香港市场。数字经济在香港的高速发展也使一些企业拥有了足以强大的市场规模并有机会施加反竞争行为。根据《香港竞委会年报 2022-23》，竞委会处理中的调查案件（包括初步评审阶段中的案件）中，“资讯科技”占最大比例。³

2. 实收佣金率是指地产开发商向地产代理商所提供的佣金，在扣除所有开支（包括给物业买家的回佣）后，与楼价相比较的比率。

3. 参见《香港竞委会年报 2022-23》第 34 页。

竞委会处理中的调查（含初步评估）个案所涉及的行业



2022年4月1日-2023年3月31日

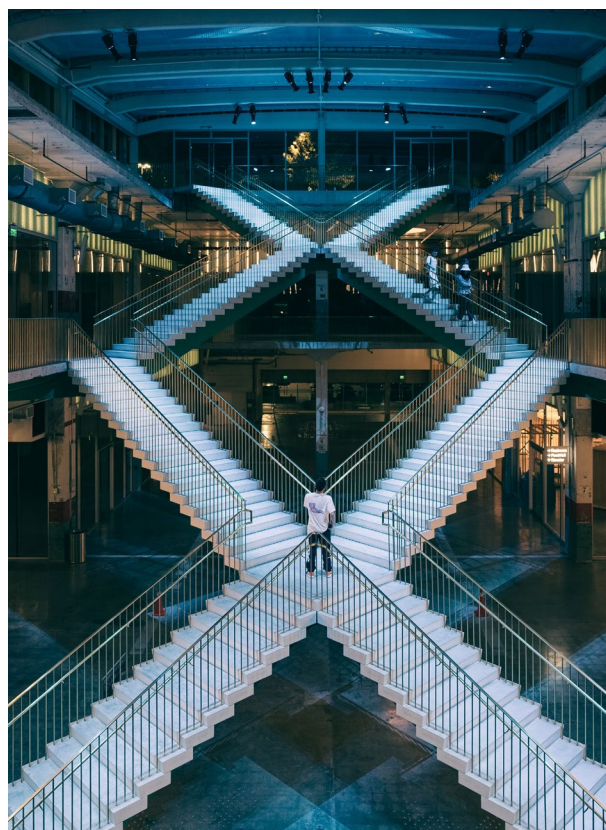
2023 年，竞委会对于两家本地外卖平台的调查引人关注。根据公开信息披露，竞委会的调查重点在于这些外卖平台是否与平台上的商家签订纵向协议，包括排他交易、最惠国条款及捆绑搭售等行为。根据竞委会公告显示，2023 年 12 月 29 日，竞委会接受了两家外卖平台提出的承诺，这代表着调查已经结束。

4. 经营者集中：是否可能引入新的审查制度？

在香港《竞争条例》下，香港的经营者集中采取自愿申报制度，相关监管部门只审查电讯行业的交易，竞委会和香港通讯事务管理局共享管辖权。其实，早在《竞争条例》立法阶段，就有声音表示，香港应当实施覆盖全经济领域的经营者集中审查制度。但是，这种声音遭到了倾向于维持香港自由市场经济原则的商业界的抵制。近年来，香港本地市场的电讯行业经过实质性整合，经营者集中数量极少。根据通讯事务管理局公报，2018 年以来，其仅审批了三起交易（两起无条件通过及一起附条件批准）。

迈入 2024 年，有声音呼吁扩大香港经营者集中审查制度以覆盖更多行业的声音，这似乎说明监管有兴趣对于香港的经营者集中活动进行更广泛的监管。尽管存在这种声音，但是目前仍然没有相关的立法议程或者正式公告，对于该项立法活动各界仍然保持观望。

建立更具行业包容性的经营者集中审查制度是否会转化为具体的立法行动，还是会维持现状，我们将拭目以待。



09 国家安全 / 外商投资审查： 泛政治化倾向加剧，跨境投资面临 更加严格的审查

展望 2024

近年来，随着越来越多的国家开始重视投资经济活动中的国家安全问题，全球范围内的外商投资审查趋严。2023 年伴随着全球经济增长放缓以及国际地缘政治的影响，各国政府对于外商投资审查的泛政治化倾向加剧，不断出台各种规则加强对外商投资的监管和审查。

迈向 2024 年，在全球经济增长乏力，贸易保护主义抬头的预期下，中国企业的跨境投资预计将面临更加严格的审查。一方面，新出台监管规则的落地实施将使得越来越多的跨境投资交易面临审查，企业将急需获得监管机关对于如何适用规则的明确性指引；另一方面，预计会有更多的国家为保护本国经济安全和利益，通过立法或者执法手段创设或加强跨境投资交易审查制度，使得一项跨境交易将触发更多更严格的政府审查。

为避免对交易造成阻碍，对于跨境投资，交易方应积极进行全面的跨境投资审查风险评估，尤其是当交易涉及敏感行业或敏感因素，应在交易时间表中预留充足的审查时长。同时，建议交易方将与境外审查相关内容纳入交易条款的讨论，包括将审查批准作为交易完成的前提，引入交易未能成功时的补偿条款，并设置合理的交易终止机制。



1. 全球外商投资审查制度的近期发展

外商投资审查制度通常又被称为外商投资“国家安全审查制度”，即政府通过专门的审查机构对外商投资进行审查，并对可能威胁国家安全、公共利益（包括经济利益）、公共秩序等的外商投资予以限制或禁止。目前全球已有 80 多个司法辖区出台了外商投资审查制度。

（1）外商投资审查制度发展动态

近年来，导致各主要司法辖区不断出台外商投资审查制度的催化剂主要包括：

- **国家安全风险状况变化和高科技带来的挑战：**一方面，涉及国有企业投资者的投资交易可能被外国政府怀疑具有敌意动机，包括所谓的间谍活动、地缘政治影响、利用政府的影响力以及技术获取或盗窃；另一方面，高科技也给国家安全带来了挑战，包括网络恐怖主义、黑客攻击和金融犯罪（如勒索软件）；
- **疫情导致经济民族主义抬头：**由于此前全球新冠疫情肆虐，资产价值的骤降导致各国政府纷纷采取措施保护本国企业，尤其是战略行业，免受潜在掠夺性外国投资者的侵害；同时多国政府也将保护医疗和其他关键基础设施及其关键原材料的供应作为本国的外商投资安全立法优先事项。

2023 年全球主要司法辖区的外商投资审查制度发展概览

美国



2023 年 8 月 9 日，美国总统拜登签署了一项限制对华投资的行政命令《关于处理美国在受关注国家的某些国家安全和产品领域的投资的行政命令》限制或禁止美国主体对中国高科技领域的投资活动，目前被限制的领域包括：半导体和微电子、量子信息技术、人工智能。

英国



2023 年 4 月 27 日，英国政府发布关于《国家安全和投资法案》的第二版实施指南，旨在为企业提供更具有更高透明度和可预测性的外商投资制度。

比利时



2023 年 7 月 1 日，比利时开始实施强制性的外商投资审查制度，对外商投资交易对国家安全、公共秩序和国家战略利益的影响展开审查评估。

荷兰



2023 年 6 月 1 日，荷兰《投资、兼并与收购安全审查法案》正式生效。该法案引入了强制申报制度，要求涉及“敏感技术”和“关键供应商”的外商投资应进行事前申报。

西班牙



2023 年 7 月 4 日，西班牙颁布新版外商投资制度，对现行外商投资相关法律中的关键概念进行了明确，包括需要进行外商投资审查的投资、投资者和关键行业领域（包括关键基础设施、两用技术等）等。更新后的西班牙外商投资审查制度已于 2023 年 9 月 1 日起生效施行。

（2）外商投资审查对中国企业的影响

尽管各国的外商投资审查制度在立法层面一般不会专门针对中国企业而是普遍适用于所有的外商投资，但是从各国执法机关公布的执法报告来看，近年来中国在高科技和重要资源领域的投资是欧美国家外商投资审查的重要目标。例如，根据英国政府发布的《国家安全和投资法案》2022-2023 年执法报告，英国政府共计对 14 项交易发布了最终命令，包括五项禁止决定和九项附条件批准决定，其中有八项决定涉及与中国有关的交易，涉及的行业包括半导体、能源电力、航空航天等。

对于中国企业而言，外商投资审查可能会对其投资交易带来重大的法律风险和负担。外商投资审查不仅耗时较长，且已经交割完成的收购交易也可能面临被执法机关进行追溯性审查的风险。如后续调查被认定可能引发国家安全问题，还可能被要求剥离已经收购的资产或者业务。例如：

- **美国：**2023 年 3 月，一家中国科技公司 Borqs Technologies Inc.（播思）投资美国太阳能储能系统生产商 Holu Hou Energy LLC（“HHE”）51% 股权的交易被美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States, “CFIUS”）认定为可能导致中国政府通过本次交易获得“关键技术”。因此，

CFIUS 要求播思在收购完成超过一年之久后仍然需要剥离其已收购的 HHE 股份。

- **英国：**2022 年，中资入股的半导体公司安世半导体收购英国最大的芯片制造厂商 Newport Wafer Fab 的交易在已经完成交割一年之久后，被英国审查机关追溯性地进行了国家安全审查。2023 年 11 月，基于英国审查机关的剥离要求¹，安世半导体已签署协议拟向美国一家半导体公司出售 Newport Wafer Fab 100% 的股权。

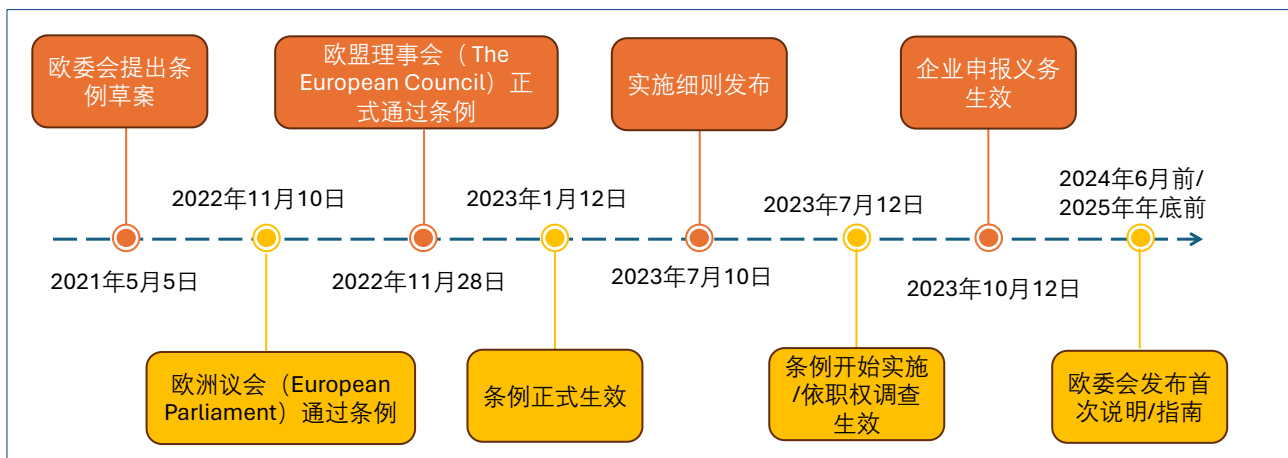
2. 欧盟外国补贴申报制度落地

欧盟除了促进成员国落实外商投资国家安全审查制度外，还积极从欧盟层面，针对外国补贴可能扭曲欧盟内部市场并损害市场公平竞争的情况进行立法。

（1）欧盟外国补贴申报制度概览

2023 年 10 月 12 日，《外国补贴条例》下规定的强制申报义务生效。自 2023 年 10 月 12 日开始，在欧盟进行并购交易和公共采购项目只要达到申报标准，均必须进行申报，并且在获得欧盟委员会（“欧委会”，European Commission）批准之前不得实施交易或签订采购合同，企业实施“抢跑”行为将面临最高达上一年度营业额 10% 的罚款。

《外国补贴条例》时间线



1. 参见：英国政府网站，“Acquisition of Newport Wafer Fab by Nexperia BV: notice of final order”，访问地址：<https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-newport-wafer-fab-by-nexperia-bv-notice-of-final-order>。

《外国补贴条例》对于作为重要申报门槛的“财政支持”的定义极为广泛，包括（但不限于）：（1）按照市场价格和条件提供或者采购货物、服务；（2）资金或债务转移（如注资、赠款、贷款、贷款担保、财政奖励、弥补经营亏损、对公共机构财政负担的补偿、债务减免、债转股或债务的重新安排）；（3）对本应征收的收入豁免（如免税或在没有适当报酬的情况下授予企业特殊或排他性权利）等。对于达到申报标准的并购交易和公共采购，申报方在获得欧委会批准前不得实施交易或签署采购合同。

欧委会的依职权调查机制并不仅限于并购交易和公共采购，亦不要求相关经济活动达到申报标准，只要欧委会认为在欧盟境内的经济活动存在可能扭曲欧盟内部市场竞争的外国补贴，欧委会便可基于该机制发起调查。

（2）欧盟外国补贴申报制度对中国涉欧投资的影响

欧盟外国补贴申报制度将对中国企业赴欧投资产生较大的影响，尤其是对高度依赖补贴行业内的企业影响更大。由于中国被认为向钢铁、铝、半导体、生物技术和电动汽车等行业提供了大量补贴，该等行业内的企业将面临较高的欧盟反补贴调查的风险。2023 年 9 月 13 日，欧委会主席冯德莱恩宣布将对中国的电动汽车补贴进行调查。尽管本次对中国电动汽车行业补贴的调查是依据欧盟先前的反补贴法规进行，但理论上欧委会也可以依据新的外国补贴审查制度展开调查。此外，根据公开消息，欧盟还可能对中国的钢铁、太阳能和风电行业的补贴发起调查。

中国企业需要注意并积极应对欧盟外国补贴审查制度下的合规义务，尽快构建外国补贴申报合规体系，包括在内部建立专门的财政支持监控系统，对其所接受的所有财政支持进行识别和监控，以准确评估是否满足申报所要求的财政支持标准；此外，企业还需要建立针对并购交易和公共采购项目的风险排查机制，例如，企业可以建立专门的审查小组或聘请外部律师对其拟进行的并购交易和公共采购项目进行评估审查，确定是否可能触发外国补贴申报义务，并及时进行风险预警。

3. 中国外商投资安全审查进展

2023 年，越来越多的外国投资者开始关注中国外商投资安全审查对涉及中国企业的投资并购交易的影响，主动就交易是否可能触发中国的国家安全审查申报义务开展评估，以排除或降低交易在中国的合规风险。

考虑到现行法规仅对外商投资安全审查涉及的行业范围进行了宽泛描述，实践中，交易方可以通过与国家发展和改革委员会（“**国家发改委**”）进行商谈来消除不确定性。基于我们的经验，国家发改委通常愿意积极受理和答复外国投资者就个案交易是否需要进行外商投资安全审查的商谈，但商谈程序可能需要较长时间（1.5-2 个月，甚至更长），因此交易方需要为此预留足够的时间。

此外，中国的外商投资安全审查机制也可能会影响境内企业的境外融资活动。2023 年 2 月 17 日，证监会发布了《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》（“**《办法》**”）²，根据《办法》，境内企业境外上市也可能触发事前的国家安全审查要求。具体而言：对于拟上市的境内企业的业务涉及“敏感领域”的情形，如果上市导致外国投资者取得控制权，则会触发审查要求；对于拟上市的境内企业的业务涉及军工或军工配套领域的业务或位于敏感军事地点周边的情形，无论上市是否导致控制权变化，都会触发国家安全审查的要求。值得注意的是，《办法》的配套规定特别提及了需要穿透评估采用协议控制（“**VIE**”）架构的境内运营实体的业务是否涉及国家安全审查的要求，实践中，拟上市企业可能难以通过 VIE 架构规避审查要求。考虑到《办法》出台时间还不长，国家安全审查要求在实践中会如何影响境内企业（特别是互联网平台企业和高科技企业）的境外上市进程，仍有待进一步观察。

4. 如何应对各国投资监管制度对跨境投资的影响

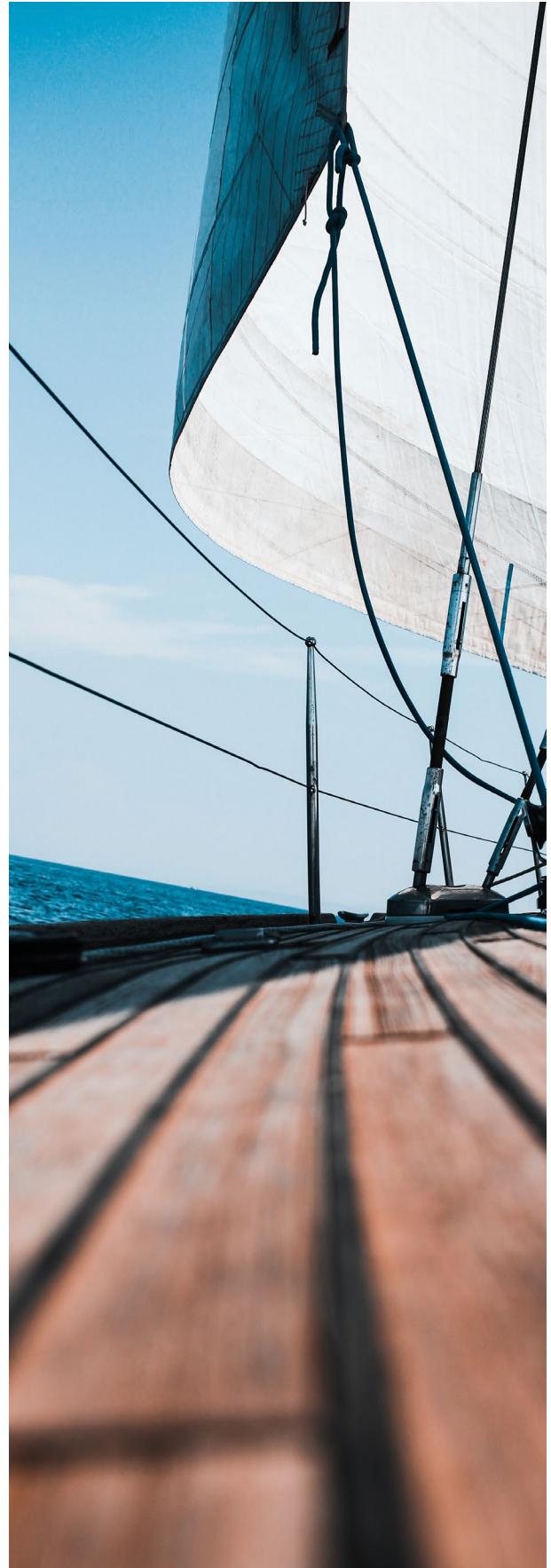
随着全球范围内各国不断加强对于跨境投资活动的监管和审查，企业在进行跨境投资活动时需要额外注意所可能面临的政府监管。尤其是对于涉及高科技和具

2. 参见中国证监会公告 [2023]43 号，访问地址：<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c101954/c7124478/content.shtml>。

有战略重要性的敏感行业（例如半导体、微电子、量子信息技术、人工智能、关键基础设施、通信、能源、卫星、军事技术等）的跨境投资，很可能由于涉及国家安全、供应链安全等而受到政府的严格审查甚至被禁止。

对于交易各方而言，需要妥善规划交易，在交易规划时充分考虑到上述各国投资监管制度的影响。具体包括，对目标公司、合并相对方的尽职调查需要审查其业务或者所在的行业是否涉及高科技或者敏感行业、其所接受的第三国财政支持情况等，从而综合判断交易面临监管审查的可能性和风险。此外，在制定交易流程、时间表以及起草交易文件（包括交易完成的先决条件、各方的配合义务及合作条款、最终截止日期、陈述保证以及分手费等条款）时需要充分考虑各国投资监管制度适用的可能性以及其带来的潜在影响，并在交易文件条款中进行体现。

此外，对于拟进行境外上市的中国企业而言，还需要特别考虑在境外上市需要满足的特定行业监管、安全审查之要求，例如网络安全审查、外商投资安全审查和数据安全审查等。



10 他山之石，可以攻玉： 全球热点反垄断问题及未来执法 风向标

展望 2024

经济全球化给反垄断法带来国际化视野，竞争执法机关之间日益紧密的沟通与合作也深刻地影响着不同司法辖区竞争执法的重点和关注。2023 年，我们看到市场监管总局开始主动对一些新型反垄断问题表达观点，展现出中国执法机关对全球反垄断热点问题的关注及表明中国立场的自信。展望 2024，我们预计以下领域也可能成为中国反垄断执法 / 规范关注的重点：

- **人力资源市场反垄断的深化规范化：**近年来，人力资源市场的反垄断问题在主要的域外司法辖区得到了广泛关注。市场监管总局在生猪企业倡议行业签署《互不挖人公约》事件中主动约谈涉事企业并公开指明潜在的竞争对手之间达成类似协议存在协同和共谋的反垄断风险，表明了人力资源市场并非“法外之地”。2024 年中国反垄断执法机构是否会将人力资源市场作为“民生”领域反垄断执法发力的新突破口，值得拭目以待。
- **人工智能领域反垄断的积极探索：**随着科技的快速发展，大数据、人工智能等新兴领域正在对传统的市场结构和竞争格局产生深远影响。预计 2024 年，全球各大反垄断机构将持续对这些新兴领域进行深入研究和探索，努力形成一套适应这些新兴领域特点的反垄断规则和执法手段。在此背景下，我国的反垄断机关也需要积极响应。这不仅有助于加强我国在全球范围内的反垄断执法活跃程度，与其他主要反垄断机构保持同步，也有助于保障新兴领域中的市场公平竞争，以及创新活动的健康发展。
- **ESG 合作中的反垄断问题：**在追求碳达峰、碳中和等 ESG（环境、社会和治理）目标的过程中，企业之间的合作越来越频繁。然而，这也可能带来横向垄断协议的风险。期望我国反垄断机关出台规定或指导意见，以平衡 ESG 目标的追求与市场竞争的公平性。



近年来，域外司法辖区围绕经济、社会、科技、环境等诸多领域的新问题将如何影响反垄断法及其实施，展开了深入而广泛的讨论。域外反垄断立法、执法呈现出的新趋势，也可能引起中国反垄断执法机构的关注。事实上，这种趋势在 2023 年已有迹象，市场监管总局针对人力资源市场的“互不挖角”协议约谈四家中国企业即是一个典型的例子，与近年来其他司法辖区人力资源领域活跃的反垄断实践相呼应。“他山之石，可以攻玉”，对于域外各司法辖区目前正在涌现的反垄断新问题同样值得企业关注，如有合规风险应当防微杜渐。

1. 警惕人力资源市场的横向垄断协议风险

7 月 31 日，市场监管总局约谈了四家生猪养殖企业，主要涉及这些企业联合倡议行业内签署《互不挖人公约》，倡议不挖人、不拆台等。市场监管总局指出，这一行为有违《反垄断法》精神，要求四家企业采取有效整改措施。无独有偶，随着近年来工人权利保护浪潮的持续高涨，包括美国、欧盟（及其成员国）、英国、加拿大、中国香港等许多国家和地区出台了相关法规和政策，并在执法实践中严厉打击垄断行为。以下行为引起特别关注：

- **互不挖角协议**：又被称为“互不招揽协议”，是指两个或者两个以上的企业达成协议，同意不接触或雇用对方企业的员工，或者约定未经对方企业同意，不得接触或不雇用对方企业的员工。互不挖角协议由于涉及对人力资源在企业之间的分配，可能构成“分割市场”的横向垄断协议。
- **固定薪酬协议**：是指两个或者两个以上的企业达成协议，固定员工薪酬及其他员工福利，包括保险、住房津贴、餐补以及遣散费等各种货币补偿，以及工作时间、地点等非货币补偿。固定薪酬协议由于涉及对薪酬等价格的协调，可能构成“固定价格”的横向垄断协议；
- **敏感信息交换**：竞争对手之间交换企业内部向员工提供的薪酬、福利和待遇条件等竞争性敏感信

息将增大企业间协调或一致行动的风险。尽管交换此类敏感信息本身可能不是直接的违法行为，但仍然可能引发一定的反竞争问题。

围绕人力资源市场横向垄断协议的执法活动在域外各司法辖区十分活跃。根据一项 2022 年的统计报告，仅在 2021-2022 年的短短两年间，各司法辖区围绕人力资源市场就发起了 15 项新的反垄断调查，其中包括欧洲境内的八个竞争执法机构以及拉美地区的四个竞争执法机构发起的调查。美国司法部在 2022 年发起了一项针对医疗保健行业互不挖角协议的调查。

基于域外反垄断机关的最新执法趋势和指导意见，在美国、加拿大、英国等司法辖区，固定薪酬协议和互不挖角协议属于核心限制，即最严重的垄断协议，适用于本身违法或目的违法原则。然而，在有限的情况下，可能存在合理的解释或抗辩空间：

- **附属性限制**：如果行为属于附属性限制，则可能会免于反垄断处罚。在反垄断法下，附属性限制是指与主要商业安排或交易直接相关、且为了实施该些主要商业安排或交易而必须要实施的限制措施。尽管这些限制不能排除具有反竞争的嫌疑，但当它们属于主要协议的从属部分，且实施该限制合理且必要时，通常是被允许的。例如，在一些并购协议中，往往会设置“禁止招揽”条款，这些条款可能对并购协议的达成起到重要的作用。加拿大竞争局对于附属性限制抗辩给出了适用标准：（1）该限制是相同各方所签订的一个更广泛且独立的协议（“主协议”）的一部分，或者该限制源于主协议；（2）该限制与主协议的目标直接相关，并且合理而必要；以及（3）主协议本身并不违反竞争法¹。
- **集体协商程序**：雇主可能联合与员工组织（如工会）协商，在未来为这些雇主的员工提供更好的雇用条件。在这种情况下，可能有抗辩或者适用豁免的空间。

虽然《反垄断法》第十七条并未明确禁止涉及人力资

1. 参见加拿大《关于固定薪酬和互补挖角协议的执法指南（征求意见稿）》：<https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/consultations/enforcement-guidance-wage-fixing-and-no-poaching-agreements>。

源领域的协议或约定，但鉴于境外案例以及近期中国反垄断执法机构对此类行为的密切关注，不排除这些行为有被认定构成第十七条下横向垄断协议行为的风险，例如互不挖角协议可能构成“分割原材料（人力）采购市场”或者“联合拒绝交易”。此外，高科技企业也需格外留意，企业之间限制人才流动的协议还可能涉及到限制技术研发的问题，可能存在“限制开发新技术、新产品”协议的风险。

在我国，除了执法层面在今年通过约谈形式将人力资源市场的横向垄断协议问题带入大众视野，在司法层面，根据最高院发布的“驾校联营”横向垄断协议案件²，这一问题也已经浮出水面。在该案中，同在浙江省台州市路桥区的涉案 15 家驾培单位签订联营协议及自律公约，约定共同出资设立联营公司，固定驾驶培训服务价格、限制驾驶培训机构间的教练车辆及教练员流动。法院认为，“对驾驶培训机构而言，教练车辆及教练员是其必不可少的生产资料及劳动者，单位时间内教练车辆及教练员的劳动生产效率是有限的，而通过限制生产资料及劳动者的规模会直接产生限制商品的生产或者销售数量规模的效果，故限制教练车辆及教练员的流动，亦会产生限制驾驶培训服务数量规模的后果。”本案中“限制驾驶培训机构间的教练车辆及教练员流动”的协议约定，属于限制产销量的横向垄断协议。该案经过两级法院审理，最高院最终确认案涉联营协议及自律公约全部无效。

“人工智能在经济中的重要性不断增加，这可能会进一步巩固目前大型科技公司在市场上的主导地位。这些企业掌握了许多对于有效地开发和部署人工智能工具至关重要的关键资源，包括云计算或本地计算能力，以及获取大量训练数据的途径。这些主导技术公司可能会利用对这些资源的控制，非法地巩固其在人工智能和相关市场（包括数字市场）的市场地位。此外，人工智能工具还可能被用于助长价格合谋行为、实施精准价格歧视或其他方式的市场操纵行为。”

美国联邦贸易委员会

2. 全球热点：人工智能（“AI”）时代的潜在反垄断风险

2022 年，聊天机器人模型 ChatGPT 的推出开启了 AI 的新时代，掀起了 AI 领域的技术浪潮，不可避免地对社会秩序、行业发展等产生巨大变革。过去一年，各司法辖区的立法与政策也与其紧密相关。在反垄断领域，AI 所代表的先进技术工具和掌握的庞大用户数据加剧了头部科技企业的垄断力量，更有可能和动机实施垄断行为。美国、欧盟（及德国、西班牙、意大利等成员国）、英国、澳大利亚、日本等国家围绕 AI 的反垄断问题开展了一系列积极的反垄断立法和政策宣导。在生成式 AI 领域，中国领先于全球其他司法辖区，率先出台《生成式 AI 服务管理暂行办法》，明确规定不得在提供和使用生成式 AI 服务时实施垄断行为。

在 2023 年 10 月出版的《AI 基础模型报告》（Report on AI Foundation Models）中，英国竞争和管理局（“CMA”）对 AI 基础模型（“FMs”）发展中的关键竞争问题和挑战表达了关注。CMA 担心 FMs 可能被用作巩固下游或相邻市场的市场力量的工具，从而导致反竞争行为。报告还指出，专有数据可能成为开发高性能 FMs 的关键，小型公司在获取这些数据上可能处于不利地位。此外，算力作为开发 FMs 的重要资源，小型开发者可能面临获取算力的困难，从而被限制竞争力。报告还提出，早期或首次的优势可能对某些 FMs 的开发产生负面影响，这可能使得已经建立初步优势的科技公司进一步巩固其市场地位。

结合全球各司法辖区的实践进展，AI 领域的主要反垄断问题可能包括以下方面：

- **垄断协议 / 算法共谋**：典型的算法共谋形式一般涉及轴辐类共谋（Hub and spoke cartel），即算法使相互竞争的平台企业之间利用算法或算法自主实施与其他经营者达成一致交易条件的协议、决定或其他协同行为。算法既可能通过迅速处理竞争对手的市场信息从而为企业之间就定价行为

2. 参见（2021）最高法知民终 1722 号。

的沟通提供协助，也可能更有效地监测竞争对手的价格或客户，从而成为监督合规执行的有效手段。尤其是，生成式 AI 技术的发展和运用依靠一系列关键输入资源。若这些关键资源被一家或少数几家公司所控制，这些公司就有可能通过其控制权来限制或扭曲生成式 AI 市场的竞争环境。随着生成式 AI 变得日益重要，控制这些基本输入资源的实体可能会对广泛的经济活动具有重大影响。例如，如果竞争者不直接参与定价沟通，但使用同一款生成式 AI 进行定价并同时为该 AI 提供价格数据，该行为是否构成横向垄断协议，如何证明其中的意思联络及行为一致性，成为反垄断执法机构思考的新问题。

- **歧视性行为：**AI 和专有数据的结合可能加剧平台的歧视性行为，主要体现为自我优待。当某平台与使用该平台的其他主体提供的产品或服务相竞争时，可能利用数据驱动的算法优化自家产品或服务，阻止竞争对手挑战其市场地位。此外，数字平台利用专有数据和 AI 技术进行个性化定价（即“大数据杀熟”），根据消费者特征和偏好提供不同的服务条件或价格。虽然这种用户画像分类和精准营销在商业上具有合理性，但也可能构成滥用市场支配地位的歧视性行为，侵犯消费者利益，存在法律风险。
- **捆绑 / 搭售：**鉴于生成式 AI 的特性，其未来商业应用的主要场景可能是作为 AI 助手帮助人们提高生活质量和提升工作效率。特别是，生成式 AI 可以与数字产业已有产品或平台相结合，从而改进产品或平台的运营模式。未来掌握生成式 AI 技术的头部企业将很可能试图通过捆绑搭售来排除和限制竞争，包括将其生成式 AI 应用程序与其提供的核心产品捆绑提供，或以购买其他产品为条件提供生成式 AI 应用程序，从而阻碍市场竞争。例

如，头部数字企业可能将其办公软件系统与 AI 技术相结合，进行捆绑销售。

3. 域外反垄断新风向：ESG 合作 vs 反垄断

全球可持续发展的讨论不断深入，环境、社会和治理（即 environmental, social and governance, “ESG”）已成大势所趋，并正在悄然重塑企业的商业模式，环境利益、劳动者利益与经济利益（效率和低价）之间如何平衡，可能成为反垄断法无法回避的话题。

随着 ESG 话题在全球范围内的持续热议，美国、欧盟、英国、荷兰、日本、德国、希腊、印度尼西亚等多个司法辖区的反垄断执法机构开始关注到企业之间为实现 ESG 目标进行的合作是否可能导致产生横向共谋等反垄断问题，包括：

- **ESG 合作可能构成横向垄断协议的风险：**竞争者之间为了实现 ESG 目标（例如净零排放目标）而开展的合作，有可能涉及横向垄断协议行为。例如，涉及设定与产品价格或特征相关的标准、联合抵制标准、制定强制性标准或资质要求、联合采购协议和交换竞争性敏感信息等，可能触及横向卡特尔的“雷区”；
- **以 ESG 为目标的竞争对手之间合作豁免被作为垄断行为规制的可能性：**为实现 ESG 目标而从事的合作或协同行为本身具有一定的积极意义，例如节约能源、保护环境等，竞争对手以 ESG 为目标从事的合作能否豁免被作为垄断行为规制，同样在各司法辖区引起广泛讨论。

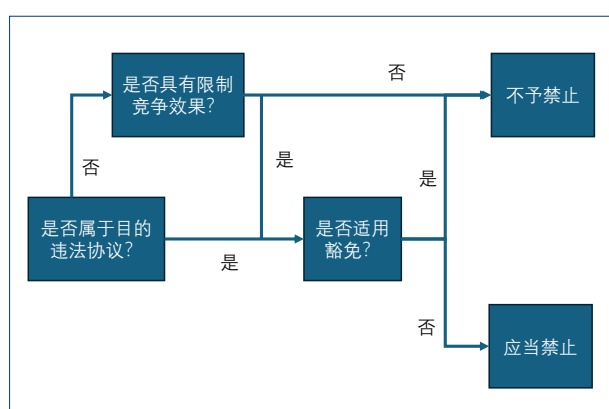
欧盟³、英国⁴、日本⁵等司法辖区相继针对 ESG 中的“E”（环境）和“S”（社会）这两个因素发布了具有针

3. 2023 年 6 月，欧委会更新了《对横向合作协议适用〈欧盟运作条约〉第 101 条的指南》（访问地址：https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2990），其中新增了一章关于“持续发展协议”，表示反垄断规则不妨碍竞争对手之间达成追求可持续发展目标的协议。

4. 2023 年 10 月，CMA 发布了“Green Agreement Guidance”（访问地址：https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf）。其中，CMA 专注于气候变化协议，使协议各方更容易证明这些协议的好处，从而有助于应对气候变化。此外，CMA 表示将采取“门户开放政策”，让企业就其环境可持续性举措请求非正式指导。

5. 2023 年 3 月，日本公平竞争委员会发布了《反垄断法下为实现绿色社会而制定的企业等活动指南》（访问地址：<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/March/230331.html>），采取了认为大多数寻求环境可持续性的活动不太可能限制竞争的立场。

对性的反垄断指南，为反垄断法如何适用于可持续性协议和类似的竞争者之间的合作提供指引。其中，欧委会修订了《对横向合作协议适用〈欧盟运作条约〉第 101 条的指南》，针对“可持续发展协议”增设专节讨论，明确表示反垄断规则并不会妨碍竞争对手之间达成具有可持续发展目标的协议。根据欧委会的思路，如下图所示，对于 ESG 合作的竞争评估将分为三步：（1）行为是否属于以限制竞争为目的（by object）的协议；（2）行为是否会产生反竞争效果（by effect）；以及（3）行为能否适用反垄断豁免。



哪些 ESG 合作不太可能导致竞争问题？

根据欧委会的上述法规，其表现形式可能不太会导致竞争问题的可持续发展协议包括：

- 完全是为遵守具有法律约束力的国际条约、协定或公约中足够明确的要求或禁止性规定；
- 不涉及企业外部的经济活动，只涉及企业内部行为的协议。例如，竞争性的企业可能会为了提高其在环境保护方面的声誉而商定一些措施，例如不在其经营场所使用一次性塑料，建筑物内不超过一定的环境温度，或限制打印内部文件的数量等；
- 竞争者之间签订协议建立数据库，其中包含具有或不具有可持续性的供应商或经销商的一般信息，但不会禁止或强制从此类供应商采购或向此类分销商销售；

- 竞争者之间达成的关于组织全行业宣传活动或提高客户对其消费可能造成的环境影响或其他负外部性的认识的协议，只要不构成对特定产品的联合广告宣传，一般也不会限制竞争。

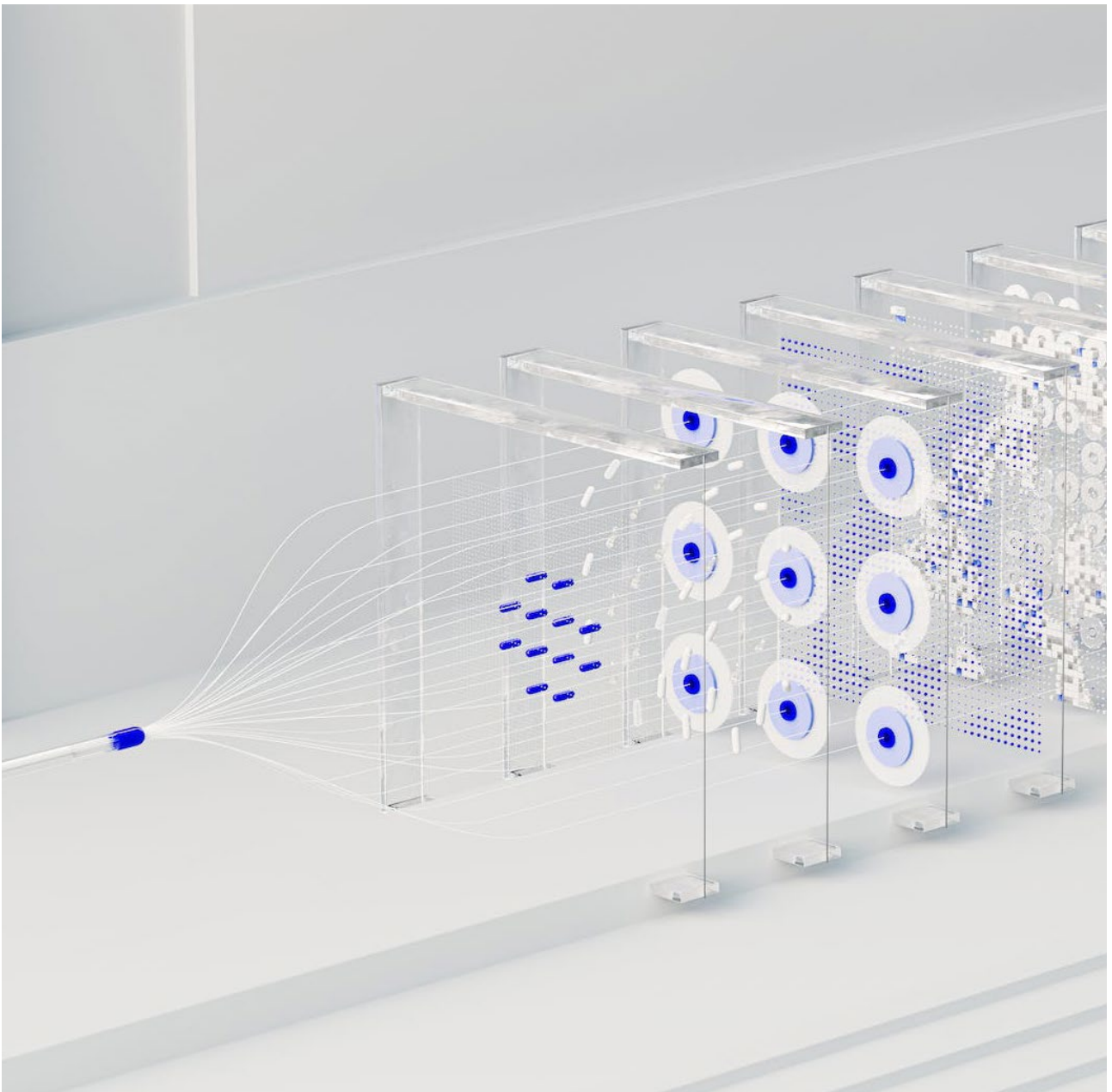
此外，英国 CMA 在《关于〈1998 年竞争法〉第一章禁令对环境可持续发展协议适用性的指南草案》中也提出，以下合作形式可能不具有违法《竞争法》的外观：不影响竞争主要因素（例如价格、数量、质量、选择或创新）的协议、签署协议共同完成某些无法单独完成的行动（例如因技术能力等客观因素无法单独完成）、法律强制的合作、汇集供应商或客户的环境可持续发展资质的信息、为促进产品或工艺可持续性而创设行业标准（需要满足特定条件）、逐步淘汰非可持续性的产品或工艺、为整个行业设立不具有强制性的环境可持续性发展目标（例如减少二氧化碳排放）等。此外，如上所述，在 CMA《指南草案》中还特别指出，如果环境可持续发展协议（包括气候变化协议）能够明确对应到指南中的某个示例，且与指南中规定的原则相符，则 CMA 不会针对该环境可持续发展协议开展任何执法行动。

欧盟和英国等西方国家希望通过创设法律规则为 ESG 合作提供更多的敞口，为国家和区域的可持续发展让渡了一定的执行空间。但是，与之相反，美国在近年来对于 ESG 问题的反垄断执法态度相对严格，联邦贸易委员会主席 Lina Khan 和司法部助理司法部长 Jonathan Kanter 在 2022 年 9 月举行的美国参议院司法委员会竞争政策、反垄断和消费者权益小组委员会的听证会上明确表示，共谋行为是违法的，并不能因为与 ESG 相关就可以被豁免。

2020 年，中国提出了在 2030 年实现“碳达峰”、2060 年实现“碳中和”的“双碳”目标。在此背景下，近年来，中国发布了一系列绿色金融政策，社会各界对于清洁能源、绿色经济、可持续性发展等话题的讨论度也显著提高，ESG 越来越成为热门话题，很多企业将 ESG 目标纳入年度计划。因此 ESG 合作与反垄断合规，也将成为中国企业与监管机构无法回避的问题。

中国《反垄断法》第二十条规定，经营者之间为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益，或因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩达成协议的，可以豁免适用横向或纵向垄断协议的规定。但为适用豁免，经营者需要证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。就如何适用第二十条下的抗辩，目前还缺少成功举证的公开案例。而固定价格、限制产量等传统的“本身违法”行为是否能适用豁免，目前也缺乏明确的法律指引。建议企业，尤其是竞争对

手之间就 ESG 话题进行合作时，应避免交流价格、产量、销量等竞争敏感信息，如确实需要在价格、产销量、客户方面达成一致，建议提前咨询外部律师或与反垄断执法机构商谈以评估合作潜在反垄断法风险及适用豁免的可能。



蜚声内外的反垄断团队

自 2008 年《反垄断法》正式实施以来，中国已迅速跻身为和欧盟、美国并肩的全球最具影响力、发展最快的反垄断司法辖区。方达反垄断团队始终保持着业内首屈一指的佳绩，协助客户应对和处理各种复杂疑难案件，最大程度捍卫客户的利益。

联系我们



韩亮

反垄断业务合伙人，北京 / 上海

邮箱: michael.han@fangdalaw.com



黄菁

反垄断业务合伙人，北京

邮箱: caroline.huang@fangdalaw.com



王瑾

反垄断业务合伙人，北京 / 香港

邮箱: jin.wang@fangdalaw.com



荣誉与排名

反垄断与竞争法（中国所）：第一等级

《法律五百强（The Legal 500）中国大陆》，2024

竞争法 / 反垄断法（中国律所）：第一等级

《钱伯斯大中华区法律指南》，2024

GCR100 中国律师事务所 - 精英

《全球竞争法评论》，2024

竞争法 / 反垄断法：杰出律所

《亚洲法律名录》，2023

年度竞争法 / 反垄断律师事务所

法律专业大奖，地区奖项，

《亚洲法律名录》，2022/23

北京办公室

朝阳区光华路1号
北京嘉里中心北楼27层
中国北京市 100020

电话: (8610) 5769 5600
传真: (8610) 5769 5788

广州办公室

天河区珠江新城珠江东路6号
广州周大福金融中心66楼
中国广州市 510623

电话: (8620) 3225 3888
传真: (8620) 3225 3899

香港办公室

中环康乐广场8号
交易广场1期26楼
中国香港

电话: (852) 3976 8888
传真: (852) 2110 4285

南京办公室

鼓楼区汉中路2号
亚太商务楼38层
中国南京市 210005

电话: (8625) 8690 9999
传真: (8625) 8690 9099

上海办公室

石门一路288号
兴业太古汇
香港兴业中心二座24楼
中国上海市 200041

电话: (8621) 2208 1166
传真: (8621) 5298 5599

深圳办公室

福田区中心四路1号
嘉里建设广场T1座9楼
中国深圳市 518048

电话: (86755) 8159 3999
传真: (86755) 8159 3900