



THE US-CHINA BUSINESS COUNCIL
美中贸易全国委员会

美中贸易全国委员会关于《〈反垄断法〉修订草案》征求意见稿的反馈意见

2020年2月3日

美中贸易全国委员会（USCBC）及代表的 220 多家会员公司十分感谢有机会向国家市场监督管理总局提出对《中华人民共和国反垄断法》修订草案（以下简称“草案”）的修改意见。

我们支持该草案加强竞争政策的基础作用，并将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》的框架。通过确保公平竞争和防止政府滥用行政权力对市场竞赛的限制，这两个要素将有助于中国向市场经济过渡。

但是，我们认为该草案也包含一些可能与这些积极修订背后的目的背道而驰的要素。该草案加强了对反垄断行为的制裁与对未达到申报标准或既有合并控制规则所涵盖的交易的制裁。尽管我们了解到这些更改的目的是加强打击垄断行为并施加更高的合规性要求，但是对合并控制规则的这些修订可能会破坏商界所需的法律确定性和可预测性，公司在试图满足这些更高的合规性要求时也将面临更大的挑战。

美中贸易全国委员会（USCBC）谨此提出针对以下条款的修改建议，并期待与国家市场监督管理总局进一步沟通讨论我们的观点。

联系方式：USCBC 北京代表处 +86 010-65920727。

具体建议如下：

第四条：

我们赞赏草案认识到竞争政策的基本作用，并建议建立或加强执行机制以适应竞争政策在国家治理中的作用。

第九条：

我们赞赏在反垄断法中明确采用公平竞争制度。但应明确表明公平竞争审查系统是在反垄断法之下，而不是与竞争政策或反垄断法的执行并行的系统，并明确反垄断法中的详细执行机制，或应授权国家市场监督管理总局对其进行监督。

第十条：

应在第四款中明确指出，反垄断委员会是协调公平竞争审查，而不是执行公平竞争审查。

第十一条：

2018年实施的中国机构改革将原来三家反垄断执法机构合并成为在市场监管总局下唯一的反垄断执法机构。这是中国在统一反垄断执法提升整体执法水平迈出的重要一步。随着竞争政策基础性地位的确立和执法案件的不断积累和增加，我们理解此条款的修改将给予反垄断执法机构随着反垄断事业的发展而增强执法团队和能力建设的灵活性，但同时应明确反垄断执法机构从中央到地方的执法权限和职责，避免重复执法或执法标准不一致而导致的不公平竞争，或降低市场的可预期性。特别是针对经营者集中审查，应明确地方新增执法机构是否也具备审查此类案件的权限并作解释。

第十五条：

第四款中明确限制获取新技术、新设备或者限制开发新技术新产品将构成垄断协议之一。“获取”一词的含义广泛而模糊，我们建议采用原来的表述，将“获取”改为“购买”，或进一步明确“获取”的定义。

第十六条：

此条款列举与转售价格相关的垄断协议，我国《反垄断法》有关转售价格维持协议的规定存在解释上的分歧，建议此条款的修订能够参照欧美相对成熟的司法辖区的最佳实践，明确适用合理原则来判定相关协议。在衡量最低转售价格的福利效应时，机构应评估价格和产出两方面的影响。合理原则的适应将有助于提升反垄断法的稳定性和可预见性。

第十七条：

“组织、帮助”的含义过于广泛且模糊。建议删除此条款。建议同时删除第五十三条中的相关表示。

第十八条：

此条款为例外条款，建议将“垄断”一词从“经营者能够证明所达成的垄断协议”中去除。本条是第十五、第十六和第十七条的豁免条款，如果符合本条款的规定，那么所达成的就不应是“垄断协议”，而是协议。其次，建议本条关于例外的规定也适用于第十四条。此外，必要条件的表述可能过与狭窄，仅要求相关协议属于实现相关效益的“最少限制条件”会更合理。例如，美国法下，在判断一项限制是否是合理必须（reasonably necessary）时，存在可行的、更少限制的替代方案是一个考虑因素。参见美国 DOJ 和 FTC 《知识产权许可反垄断指南 2017》第 3.4 节。建议将此条款中的“必要条件”改为“最少限制条件”。最后，希望增加一项，针对转售价格维持，若能证明普通转售价格维持的合理性，那么也应适用例外条款。

第二十条：

与现行的反垄断法第 17 条相比，此条款的修订很大程度上与现行条款一致，但在第六项中删除了“条件相同”之一限定性条件。我们认为此项应该在修订草案中继续保留这一条件。在实践中，由于商业环境的复杂性，对于情况不相似的交易相对人提供不同的交易条件是普遍的也是合理的。因此，非法的价格歧视通常将交易相对人情况类似作为前提条件。这一前提条件所考虑的因素与正当理由考虑的因素是不同的，不能被后者替代。例如，根据《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》，判断交易相对人是否情况相同的因素通常包括：交易安全、交易成本、规模和能力、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等，而正当理由的例子包括行业惯例和针对新用户的优惠等。

另外，我们建议此条款应更加明确每一项的适用标准。例如，第一项中，以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品视为滥用市场支配地位的行为，但并没有明确的条款进一步说明如何界定不公平高价或不公平低价这一概念，使经营者在定价时很难评估并伴随潜在合规风险。另外，在市场活动中，仅凭价格的高低无法直接判断是否该价格有保护竞争或损害竞争的作用。在高附加值和科技创新领域，产品和服务的高价格往往体现了经营者前期大量的研发和创新投入。

此条款的第二项到第六项包含“没有正当理由”这一概念，但并没有对概念作详细的阐述和说明。我们建议草案举例说明何为“没有正当理由”。例如，在市场竞争和运营中，对交易相对人在交易价格等交易条件实行差别待遇往往是市场竞争的结果。若不明确何为“不正当理由”容易产生“乱执法”的现象。

第二十一条：

我们赞赏中国政府前瞻性的立法理念，体现了监管者对互联网新生业态可能存在的垄断行为的关注和法律保护。但“互联网领域”范围广泛且没有详细的定义，我们建议在草

案修订时进一步明确适用范围。例如将定义明确为“通过互联网向消费者提供服务”从而体现反垄断法保护竞争和消费者利益这一原则。

第二十三条：

我们建议此条款进一步阐明“控制权”的概念，例如在条款中添加一些示例：“包括但不限于以下内容：接管一定数量的股权，任命高级管理人员”。

第二十四条：

此条款授权反垄断执法机构根据经济发展水平、行业规模等制定和修改申报标准并及时向社会公布。我们建议在制定和修改申报标准的过程中，本着内外资一视同仁的原则，在制定初期和过程中提供通过公开透明的程序和渠道充分听取工商界及行业专家意见，借鉴国际经验，根据实际经济发展情况和经济指数制定和修改申报标准。

此外，此条款授权反垄断执法机构对经营者集中未达到申报标准，但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的进行调查。这会在现有申报标准之外对市场竞争影响的评估和证明提出新的要求。这会使经营者很难确定是不是应该申报。事实上，对于是否会有具有排除、限制竞争效果也存在不同看法。如果反垄断局认为需要申报，那么后果就很严重，包括可能会中断公司的运营（根据第34条）。法律应当在保护竞争的同时激发市场活力。我们建议对这一条款作更为详尽的说明和阐述，为经营者集中提供明确的指导和预期。

第三十条：

我们建议设置停止计时的上限，例如“不计入审查时限的时间不得超过60天”（这是审查时间的第三阶段）。

第三十九条：

我们建议在政府采购活动中增加一项不以本土政策或安全标准来区别外国公司的条款。

第四十四条：

我们意识到国家近年来加强行政执法与公安机联动执法来打击知识产权侵权等问题。但反垄断法已经赋予地方反垄断执法机构取证调查涉嫌垄断案件的权利。此条款并未明确说明在何种情况下公安机关应当依法予以协助，会造成过度执法的担忧。另外，反垄断案件并非刑事案件，若引入联动机制需作更详细的说明。

第四十五条：

基于程序正当性的理念，执法人员对外执法时应当出示批准文件。此外，建议增加一些保障被调查人程序性权利的规定。具体如下：

增加反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为时，被调查人请求律师或其他相关人员在场的，反垄断执法机构应当允许。

增加被询问人或者被调查人请求复制笔录的，执法人员应当允许。执法人员复制文件、资料或者查封、扣押证据的，应当向被调查人提供所复制的文件资料清单或所查封、扣押的证据清单。

第五十条：

在很多情形下，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除行为后果的，中止调查是最有效的恢复竞争的方式，以避免调查期间的后续竞争损害。但中止调查不适用于第十五条前三项协议，我们希望在修订中明确解释不适用的原因。

第五十一条：

国务院反垄断局代表国家依法行使权利对经营者集中审查做出决定的，经营者及市场预期应依法予以保护。此条款的存在将给市场和政府公信力造成伤害。若第三方对决定存在争议，应通过法院诉讼程序解决争议，从而避免行政机关因可能存在的过度自由裁量权导致行政决定的不确定性，对经营者和市场造成伤害。

第五十三条：

此条款规定对于尚未实施所达成的垄断协议的，可以处以五千万元以下的罚款。尚未实施垄断协议，意味着实际上没有产生排除、限制竞争的后果，在此情况下五千万的处罚上限可能过于严苛。如果不对此行为设立单独较低的处罚上限金额，可能使执法机构自由裁量权过大，企业即使没有实际实施垄断协议也会受到高额罚款的处罚，不符合行政处罚的比例原则和过罚相当原则。我们建议针对尚未实施所达成的垄断协议的行为，单独设定更为合理的处罚金额的上限。

第五十五条：

该条款增加了经营者集中因未能申报或“越界偷跑”而承担的责任。对于立法机构而言，制定清晰、客观和实际的申报门槛是至关重要的，这将有助于公司遵守法律。

第五十七条：

在目前的《中华人民共和国刑法》中并没有直接涉及垄断行为的罪名的情况下，在此处提到追究刑事责任没有相应的法律依据。在此情况下，如果规定违反反垄断法要追究刑事责任，可能会引起企业、企业管理人员的较大恐慌和担忧。我们希望反垄断法的修订参照《刑法》谨慎规定，并明确哪些违反反垄断法的行为可以涉及刑事责任，营造良好的营商环境。

第六十一条：

第四十六条增加了反垄断执法机构及其工作人员对个人隐私的保密义务，相应地，建议第六十一条增加泄露个人隐私的法律责任。

第六十二条：

区分“滥用行政权力排除、限制竞争的行为”和“合法的行政执法行为”很重要。后者鼓励创新、促进竞争，因此不应当适用反垄断法。建议此条款修改如下：行政机关或法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织依照有关知识产权的法律、行政法规规定进行行政执法的行为，不适用本法。