

## 对于经营者反垄断合规指南(征求意见稿)的修改意见

作者：潘永建 | 朱晓阳 | 邓梓珊 | 沙莎 | 嵇若琳

2024年3月21日,市场监管总局发布了《经营者反垄断合规指南(征求意见稿)》(以下简称“指南草案”),该文件是对2020年9月发布的第一版《经营者反垄断合规指南》的修订,旨在贯彻落实《中华人民共和国反垄断法》,进一步增强经营者反垄断合规的意识和能力,推动经营者建立自我管理、自我防范的反垄断合规管理制度,营造崇尚公平竞争、践行公平竞争的良好环境。市场监管总局面向社会公众征集对于指南草案的修改意见,反馈期限已于2024年4月3日截止。

通力大合规业务团队研读指南草案,结合团队在反垄断合规业务领域的经验,选择了指南草案中的重点条款,以逐条分析的方式提供了解读和修改建议。相关修改意见已经发送市场监管总局,也供企业参考指南草案生效后的合规思路。

### 一. 总则规定

#### 第三条 基本概念

本指南所称反垄断合规,是指经营者经营管理行为和员工履职行为符合《反垄断法》等法律、法规、规章及其他规范性文件(以下统称反垄断法相关规定)的要求。

本指南所称反垄断合规风险,是指经营者及其员工因违反反垄断法相关规定,引发法律责任、造成经济或者声誉损失以及其他负面后果的可能性。

本指南所称反垄断合规管理,是指以预防和降低反垄断合规风险为目的,以经营者经营管理行为及其员工履职行为为对象,开展包括制度制定、风险识别、风险处置、合规审查、合规培训、考核评价、责任追究等有组织、有计划的管理活动。

.....  
如您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@linksllaw.com

## 解读与建议

我们认为,经营者的所有行为都应该符合《反垄断法》等法律的规定,而不仅仅是“经营管理行为”,并且经营者的行为也包括“可以归责于经营者的员工行为”。因此,建议直接表述为“反垄断合规,是指经营者符合《反垄断法》等.....”

同时,建议相关定义与国家标准(例如 GB/T 35770-2022/ISO 37301:2021)保持一致。

## 第四条 反垄断合规管理原则

鼓励经营者根据市场竞争状况、所处行业特点和自身风险要点,有针对性地开展反垄断合规管理。

经营者可以从自身经营范围、治理结构、业务规模等情况出发,制定适宜的反垄断合规管理制度。大型经营者通常需要建立较为完备的合规管理制度,中型、小型经营者可以结合自身实际,建立与自身发展阶段和能力相适应的合规管理制度。

反垄断合规管理要覆盖所有业务领域、部门和员工,贯穿决策、执行、监督、反馈等各个环节,体现在决策机制、内部控制、业务流程等各个方面。

## 解读与建议

我们建议,对于反垄断合规管理制度的完备程度而言,可以在“大型”“中型”“小型”规模维度之外,结合其他相关因素进行划分。诚如指南草案中指出,反垄断合规风险与企业的业务模式与所在行业密切相关,因此规模较小但所在行业较为敏感的企业同样可能需要完备的反垄断合规制度。因此,建议可以规定企业需“结合自身实际”,建立相应的反垄断管理制度。同时可以附注的形式,对经营者“自身实际”的判断标准进行一定的细化:例如,可以建议企业按照市场份额、所在行业、业务模式、与上下游的关系等维度进行判断,并给出参考案例。

## 二. 合规管理组织

### 第九条 合规管理负责人

反垄断合规管理负责人在履职上需要具备足够的独立性和权威性,不同时负责与合规管理职责相冲突的部门。鼓励经营者任命高级管理人员担任反垄断合规管理负责人。

## 解读与建议

我们建议增加参考案例。此外,结合反垄断合规管理负责人“独立性”和“不同时负责与合规管理职责相冲突的部门”,高级管理人员负责具体业务的人员(例如首席执行官,首席运营官等)可能不适合

担任反垄断合规管理负责人。建议明确“任命高级管理人员担任反垄断合规管理负责人”的人选范围，例如承担法务、审计、合规、财务职责的高级管理人员。

### 三. 合规风险管理

#### 第十四条 风险提醒

经营者可以根据不同职位、级别岗位的合规风险差异，定期开展风险测评，对高、中、低风险人员分别进行风险提醒，提高风险防控的针对性和有效性：

- (一)高风险人员，主要包括高级管理人员、业务部门管理人员、销售部门人员、知晓竞争性敏感信息人员等可能与具有竞争关系的经营者接触的人员，采购部门人员、商务部门人员、市场营销部门人员等可能与上下游经营者接触的人员，以及承担定价决策、对外投资决策和负责具体实施的人员；
- (二)中风险人员，主要包括生产部门人员、研发部门人员等与其他经营者接触较少的人员；
- (三)低风险人员，主要包括后勤部门人员等一般不与其他经营者接触的人员。

#### 解读与建议

我们建议，在“人员与其他经营者接触的程度”之外，增加其他的维度，来划分企业内部人员的反垄断风险等级。员工的行为并不必然与其职位或级别相关，例如，职责上无需接触其他经营者的内部研发人员可能掌握企业竞争性敏感信息，如果其与其他经营者的人员交换该等敏感信息，同样可能导致企业产生反垄断合规风险。因此，建议丰富界定反垄断合规风险的维度，同时不预设内部人员的风险等级，而是让企业结合自身情况界定其人员的风险等级。

#### 第十五条 垄断协议行为合规风险识别

垄断协议行为合规风险，是指与其他经营者达成或者组织其他经营者达成《反垄断法》第十七条、第十八条和第十九条禁止的垄断协议行为面临的合规风险。经营者在经营过程中要避免以下行为：

- (三)组织或者帮助其他经营者达成垄断协议。经营者应当避免组织同行竞争者之间、上游供应商之间、下游经销商之间达成垄断协议，或者为达成垄断协议提供实质性帮助，包括信息传递和沟通协调、创造关键便利条件等对达成或者实施垄断协议起到实质性作用的方式；

#### 解读与建议

建议对“关键便利条件”进一步明晰。例如，可以通过参考案例的方式，列举哪些行为属于“创造关键便利条件”。

此外，鉴于目前越来越多的垄断协议是通过技术手段达成和实施，但经营者可能并没有意识到这些行为构成垄断协议。因此，建议在经营者避免的行为中加入 AIGC、算法合谋等新技术背景下的垄断协议行为。

## 第十六条 滥用市场支配地位行为合规风险识别

滥用市场支配地位行为合规风险，是指经营者利用市场支配地位实施《反垄断法》第二十二条禁止的滥用市场支配地位行为面临的合规风险。市场份额较大的经营者需要定期评估是否在相关市场具有市场支配地位，并要在经营过程中避免以下行为：.....

### 解读与建议

考虑到市场份额并不是判断是否具有市场支配地位的唯一因素，因此建议增加其他需要“定期评估是否具有市场支配地位”的因素，例如“能够控制商品价格、数量或其他交易条件”，以及“能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力”等。

此外，鉴于市场份额是认定市场支配地位的重要因素，建议对市场份额的认定和计算提供更为详细的指引，包括对于“相关市场认定”这一判断市场份额的前置条件的指引。

## 第十七条 经营者集中行为合规风险识别

经营者集中行为合规风险，是指有关交易达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准，或者虽未达到申报标准但有证据证明具有排除、限制竞争效果，但未依法向反垄断执法机构申报，或者在取得经营者集中审查决定前实施经营者集中，或者取得经营者集中审查决定后实施违反经营者集中审查决定的行为导致的合规风险。

### 解读与建议

建议对于“是否达到经营者集中申报标准”提供更明确的指引。具体而言，(1)可以借鉴现行经营者集中申报书中的内容，对于“参与集中的经营者”的判断给出更为详尽的指引；(2)对“控制权”给出更加明确的定义，建议结合常见的经营者集中情形，列出几个控制权的认定案例；(3)对于营业额的计算给出更为详细的指引，例如，可以结合(1)中的“参与集中的经营者”的判断情形，给出几个交易及参与集中经营者的股权结构示意图，并列明需要计算哪些经营者的营业额。

## 第二十条 法律责任风险提示

经营者违反《反垄断法》相关规定的，应当依法承担相应的法律责任：

(一)从事垄断协议行为的法律责任。.....

(二)从事滥用市场支配地位行为的法律责任。.....

(三)违法实施经营者集中的法律责任。.....

(四)拒绝、阻碍调查的法律责任。.....

(五)经营者因违反《反垄断法》规定受到行政处罚的，按照国家有关规定记入信用记录，并向社会公示。

(六)民事责任。.....

(七)刑事责任。.....

经营者从事上述第(一)项至第(四)项所规定的行为,情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的,国务院反垄断执法机构可以在规定的罚款数额的二倍以上五倍以下确定具体罚款数额。

### 解读与建议

我们理解本条款为对法律、法规的重申。若本条款的设置目的是为引起经营者对违法责任的重视,我们建议对法律责任进行分类(民事、刑事、行政),对处罚的重点进行强调即可,无需对整体法规进行重申。

### 第二十一条 境外风险提示

经营者在境外开展业务时,应当了解并遵守业务所在国家或者地区的反垄断相关法律规定,可以咨询反垄断专业机构的意见。当发生重大境外反垄断风险时,反垄断合规管理机构应当及时向企业决策层和高级管理层汇报,组织内部调查,提出风险评估意见和风险应对措施;同时,企业可以通过境外企业和对外投资联络服务平台等渠道向有关政府部门和驻外使领馆报告。

有关境外反垄断合规事项,经营者可参考《企业境外反垄断合规指引》。

### 解读与建议

我们建议本条中可以增加一部分内容,提示国内外反垄断制度的重点区别,例如区别于中国,某些法域(如美国)中违反反垄断相关法律将可能构成刑事责任。

此外,建议明确“反垄断专业机构”的定义,是否是指反垄断领域的律师事务所。

## 四. 合规管理运行和保障

### 第二十四条 反垄断合规咨询

经营者可以根据实际合规需求,建立反垄断合规咨询机制。

业务部门在履职过程中遇到重点领域或重要业务环节反垄断合规风险事项时,可以主动咨询反垄断合规管理牵头部门意见。反垄断合规管理牵头部门在合理时间内答复或启动合规审查流程。

对于复杂或专业性强且存在重大反垄断合规风险的事项,经营者可以咨询外部法律顾问或委托第三方专业机构进行论证。涉及经营者集中相关事项,经营者可以向国家市场监督管理总局或者有关省级市场监管部门提出商谈咨询。

## 解读与建议

律师作为社会主义法治工作队伍中的重要组成部分,是国家法治建设的重要助推者和具体参与者。反垄断法专业性极强,宜充分发挥专业律师参与企业反垄断合规建设。企业可能无法自行判断哪些属于“存在重大反垄断合规风险的事项”,我们建议将“经营者可以咨询外部法律顾问或委托第三方专业机构进行论证”改为“鼓励经营者咨询外部法律顾问或委托第三方专业机构进行论证。”

## 五. 合规激励

### 第三十七条 罚款幅度裁量区间中的合规激励

经营者在反垄断执法机构作出行政处罚决定前,积极建立或者完善反垄断合规管理制度并有效实施,对于减轻或者消除违法行为后果起到重要作用的,反垄断执法机构可以依据《行政处罚法》第三十二条和《反垄断法》第五十九条的规定,酌情从轻或者减轻行政处罚。

## 解读与建议

我们理解,罚款幅度裁量区间合规激励未区分违法者的主观意图。建议将条文表述改为“完善或者建立”,即区分:调查前已有反垄断合规管理制度,相较于调查后从零建立制度,处罚更轻,从而鼓励企业积极建立反垄断合规管理制度。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建  
+86 21 3135 8701  
david.pan@llinkslaw.com



朱晓阳  
+86 21 3135 8683  
nigel.zhu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: [master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

#### 上海

上海市银城中路 68 号  
时代金融中心 19 楼  
T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

#### 北京

北京市朝阳区光华东里 8 号  
中海广场中楼 30 层  
T: +86 10 5081 3888  
F: +86 10 5081 3866

#### 深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号  
中国华润大厦 18 楼  
T: +86 755 3391 7666  
F: +86 755 3391 7668

#### 香港

香港中环遮打道 18 号  
历山大厦 32 楼 3201 室  
T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

#### 伦敦

1/F, 3 More London Riverside  
London SE1 2RE  
T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



Wechat: Llinkslaw

### 本土化资源 国际化视野

#### 免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024