

反垄断合规的体系化构建研究

王 健

摘 要:2019年以来,无论是中央还是地方,反垄断合规都逐渐由提倡转向落实,正成为企业日常合规的重要组成部分,且由此迈入反垄断合规常态化的新时代。在这个阶段,应着力构建执法机关、行业协会和企业协同配合的合规推进体系、事前合规和事后合规相结合的合规分工体系、以有效合规为核心的正向激励和反向惩罚相结合的合规规范体系及合规标准和合规评估(认证)相结合的合规保障体系。

关键词:反垄断合规;合规推进体系;合规分工体系;合规规范体系;合规保障体系

一、我国反垄断合规的常态化

反垄断合规(Antitrust Compliance),又称为竞争合规(Competition Compliance),是指企业通过建立一整套反垄断合规制度,预防、识别、处置、评估和应对违反反垄断法而引发的合规风险的行为。2015年10月发布的《中共中央国务院关于推进价格机制改革的若干意见》首次提出,要促进经营者加强反垄断合规建设。浙江省成为首个实施省域公平竞争政策先行先试改革的省份。2019年7月,浙江省市场监管局发布《浙江省企业竞争合规指引》。2020年9月,国务院反垄断委员会印发《经营者反垄断合规指南》,开始从国家层面推进反垄断合规工作。

近几年,我国反垄断合规工作呈现出几个比较明显的特点:一是地方反垄断执法机构相继制定出台反垄断合规指引,将促进反垄断合规作为反垄断工作的重要抓手。据不完全统计,全国已经制定反垄断合规指引的省(市)包括:天津、河北、山西、吉林、黑龙江、上海、江苏、浙江、山东、河南、湖北、湖南、四川、贵州。二是制定特定行业或领域的专项反垄断合规指引。如市场监管总局出台的《企业境外反垄断合规指引》(2021年11月),以及《浙江省平台企业竞争合规指引》(2021年8月)、《北京市平台经济领域反垄断合规指引》(2021年12月)和《内蒙古自治区公用企业反垄断合规指引》(2022年6月)。三是颁布反垄断合

规地方标准。如2021年12月上海市发布的全国首个引导企业全方位开展竞争合规建设的推荐性地方标准《经营者竞争合规指南》、2022年7月浙江省发布的全国首个互联网平台企业竞争合规的省级地方标准《互联网平台企业竞争合规管理规范》。

此外,随着国家强化反垄断战略的实施,反垄断执法持续发力,开启了反垄断执法现代化的新征程。反垄断法律责任也随着最新修法得到进一步强化。随着世界各国对垄断行为的规制不断加强,企业面临的反垄断风险越来越大,对于反垄断合规的需求也越来越强烈。2021年8月,中央深改委第二十一次会议审议通过《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》,明确要求“提升企业公平竞争合规的意识和能力,鼓励和支持企业建立、健全竞争合规的管理体系,强化企业的主体责任,促进形成依法合规、公平竞争的企业文化。”2022年6月,浙江省市场监管局颁布《浙江省省域公平竞争政策先行先试改革实施方案》,要求探索建立以防范垄断风险为重点的企业竞争合规机制。

由此可见,无论是中央还是地方,反垄断合规都开始由提倡转向落实,正逐渐成为企业日常合规的重要组成部分,且由此迈入反垄断合规常态化的新时代。在这个阶段,应有体系化建构的构想,以推进我国反垄断合规行稳致远。

作者:王健,浙江理工大学法政学院教授、经济法研究所所长,国务院反垄断委员会专家咨询组成员。

二、构建执法机关、行业协会和企业协同配合的合规推进体系

从理论上讲,反垄断合规既可以由内部路径推进,也可以由外部路径推进。内部路径是指企业自己制定合规制度;外部路径是指反垄断执法机关通过制定合规指引,推进企业的反垄断合规工作。由反垄断执法机关制定合规指引是通常的做法,也是企业制定内部反垄断合规制度的重要依据。^①自21世纪以来,欧盟国家执法机关的角色定位发生了显著的变化,从单纯的执法者演进为既是执法者,也是竞争倡导者和竞争合规指引者。反垄断合规与反垄断执法、反垄断司法联动,可以促进反垄断法的全面实施,有效强化反垄断法的实施效果。目前,许多国家(地区)的反垄断执法机关大力提倡反垄断合规,且相继发布企业竞争合规指引,进一步分解反垄断执法的压力,引导企业自行量身定制反垄断合规制度。澳大利亚、加拿大等国家甚至针对不同规模的企业制定了不同的反垄断合规指引。

除了反垄断执法机关在积极倡导反垄断合规工作以外,作为社会中间层的行业协会在反垄断合规工作中也发挥了积极作用。不少行业协会制定了本行业的反垄断合规指南,如世界钢铁协会、世界水泥协会、北美精算学会等都制定了本行业的《反托拉斯合规指南》。企业更是反垄断合规的主力军。从最基本的形式看,合规计划是企业公开宣布其愿意遵守某些规则,且必须在日常业务中考虑这些规则的一项制度。合规计划属于企业“自愿治理”(Voluntary Governance)范畴,实际上是企业表达对某些规则及其所依据的价值或目标的一项承诺,通常与公司的治理准则或其他行为准则相结合。^②纵观全球,世界500强企业基本都建立了自己的反垄断合规体系。很多企业设有专门的竞争法律和竞争政策研究组,且时刻关注和防范本企业在生产、经营及交易方面可能存在的反垄断法律风险,包括制定本企业的反垄断合规指南、组织企业员工进行反垄断合规培训,以及在合同、交易条款上进

行反垄断合规审查。^③

由于我国企业整体的竞争意识较弱,且实践中普遍并未构建竞争合规机制,因此,由反垄断执法机关统一出台竞争合规指引指南,引导、帮助企业构筑竞争合规机制就显得相当重要。^④在我国垄断协议案件中,由行业协会组织的垄断协议占了三分之一左右。这说明我国行业协会还没有形成反垄断合规意识。在我国企业中,已建立反垄断合规体系和制度的较少,这显然与反垄断合规常态化新阶段的要求不相符。

基于此,应着力构建执法机关、行业协会和企业协同配合的合规推进体系。在这个体系中,反垄断执法机关要大力提倡并促进反垄断合规工作,行业协会应从垄断协议的组织者转向反垄断合规的引导者,企业则应积极主动构建反垄断合规体系。只有这三个主体共同推进,才能建成有效的反垄断合规体系。2022年6月,市场监管总局发布《中国反垄断执法年度报告(2021)》,明确表示要着力增强企业公平竞争合规能力。新修改的《反垄断法》第十四条规定,“行业协会应当加强行业自律,引导本行业的经营者依法竞争,合规经营,维护市场竞争秩序。”该规定将引导企业合规经营作为行业协会的主要职责之一。随着反垄断执法的强化,我国企业的反垄断合规意识越来越强,主动构建反垄断合规体系和制度的企业也越来越多。执法机关、行业协会和企业协同配合的合规推进体系正在逐步形成。

三、构建事前合规和事后合规相结合的合规分工体系

从合规的时间节点来分类,合规可以分为事前合规和事后合规两种类型。国资委制定的《中央企业合规管理指引》和国务院反垄断委员会颁布的《经营者反垄断合规指南》,倡导的均是事前合规。我国检察机关正在大力推进的“合规不起诉”则是一种事后合规举措。在大多数情况下,反垄断合规是事前合规,这也是国际社会的通常做法。事前合规是企业主动为之,且精心进行管理架构设计,建立风险识别、风险评估

① 王健:《加快制定反垄断合规指引,促进〈反垄断法〉全面实施》,《中国市场监管报》,2019年6月14日第7版。

② See Eva Lachnit, Compliance Programs in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities, Utrecht Law Review, Volume 10, Issue 5 (December) 2014.

③ 黄勇:《我国企业应加强反价格垄断合规意识》,《价格理论与实践》,2012年第1期,第21页。

④ 陈耿华:《构建反垄断合规机制的功能证成与实施路径》,《经济法研究》,2019年第2期,第229-243页。

与处置、合规运行与保障等制度。通过事前合规,企业能够有效化解合规风险,避免因不合规行为引发法律责任受到处罚,从而带来合规效益。事后合规一般是执法机关对企业提出要求,通过合规实现对违法行为的整改,同时也可以防范再次发生反垄断违法行为。此种合规带有违法整改和预防再犯的功能。

我国反垄断执法机关在鼓励和支持企业建立和完善反垄断事前合规机制方面做了大量工作,同时也在执法过程中通过个案对企业的事后合规提出了明确要求。例如,阿里巴巴垄断案中,市场监管总局要求“当事人从严格落实平台企业主体责任、加强内控合规管理、保护消费者权益等方面进行全面整改,依法合规经营”。^⑤同时在行政指导书中明确提出,“完善企业内部合规控制制度,建立并有效执行反垄断合规制度”。^⑥当然,也有事后合规是执法过程中由企业主动提出的,如在8家国际海运企业价格垄断案中,8家国际海运企业深刻认识到自身违法行为的危害并深表歉意,愿意承担相应法律责任,同时提出相关整改措施:一是加强反垄断合规制度建设,如设置首席竞争合规官,并建立审查机制等。二是加强反垄断合规培训教育,如向全体员工印发反垄断合规手册等。三是加强反垄断合规技术建设,如开发软件系统筛查内部敏感邮件等。^⑦

从我国目前企业反垄断合规的现状来看,央企、互联网平台企业、跨国公司等大型企业都建立了合规体系,其中包括反垄断合规;有的企业还建立了专门的反垄断合规制度,并且配备了专职反垄断合规人员,而一些传统企业、中小企业则普遍存在反垄断合规意识不强的问题。基于这种现状,构建事前合规和事后合规相结合的合规分工体系显得十分必要。对于合规意识较强的大型企业而言,反垄断事前合规已经成为企业制度设计的有机组成部分,应积极引导并鼓励这些企业完善和优化反垄断合规制度;对于合规意识不够强的中小企业,应通过反垄断执法促使企业做

好事后合规工作。反垄断执法机关在个案办理时,除了做出行政处罚决定以外,还可以通过《行政指导书》要求涉案企业做好反垄断合规工作。^⑧

四、构建以有效合规为核心的正向激励和反向惩罚相结合的合规规范体系

企业做反垄断合规体系和制度建设的意义何在?如果仅仅是为了迎合反垄断执法机关和行业协会的合规要求,那么企业一定不会做到真正合规。如果企业做了合规仍然发生违法行为,且因合规不到位受到反垄断执法机关的处罚,则企业合规的积极性会更低。因此,在常态化反垄断合规建设中,反垄断执法机关要对企业合规给予明确的指引,构建以有效合规为核心的正向激励和反向惩罚相结合的合规规范体系。

如前所述,这种合规规范体系的核心是“有效合规”的认定。如何判断企业反垄断合规是否有效,并真正发挥自我治理和自我规制的作用,各国做法不一。经济合作与发展组织(OECD)曾将这一目标概括为“5C”,即承诺(Commitment)、文化(Culture)、合规指南和机构(Compliance know-how and organisation)、控制点(Controls)及持续监测和改进(Constant monitoring and improvement)。^⑨匈牙利《关于违反禁止限制竞争协议、协同行为、滥用市场支配地位和滥用显著市场势力规定的罚款确定方法》第73条规定,为了使合规方案实现其目标和职能,必须符合国际公认的最低要求和标准。因此,在评估合规方案时,匈牙利竞争管理局需特别审查下列情况:公司(从上到下)是否清晰、明确地公开承诺遵守《竞争法》;是否提供必要的可用工作人员和财政资源,确保合规方案的有效实施;是否采取措施,确保企业员工对合规方案有适当的意识;是否具有有效信号、监督和控制机制的运作(包括在严重违反合规方案的情况下实施的制裁);根据所取得的经验,是否合理利用反馈,持续审查和改进方案。

^⑤ 国市监处[2021]28号处罚决定书。

^⑥ 国市监行指反垄[2021]1号行政指导书。

^⑦ 《国家发改委认定8家国际海运企业价格垄断,罚款4.07亿元》,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1414026,2022年7月21日访问。

^⑧ 例如,陕西省市场监管局查处的水泥垄断案中,除了作出行政处罚决定以外,还通过《行政指导书》明确要求水泥企业建立并有效执行反垄断合规制度,建立定期向监管部门报告合规情况制度。

^⑨ 方翔:《竞争合规的理论阐释与中国方案》,《安徽师范大学学报》(人文社会科学版),2020年第7期,第48-59页。

从各国实践来看,许多反垄断执法机关认为,凡是企业已经建立并实施了有效竞争合规机制的,就应得到反垄断法的激励,适当减轻处罚。2008年10月,韩国颁布《公平交易合规计划和奖励措施条例》,引导企业广泛推进合规计划,并根据其合规建设情况给予不同程度的激励。^⑩美国《量刑指南》作为确定反垄断和其他犯罪行为罚款数额的基本文件,将被告实施“有效的合规和道德规范方案”列为可能导致减少罚金的情况之一。意大利《关于根据第287/90号法律第15条第1款确定行政罚款方法的指南》第23条规定,通过并遵守适当的、符合欧洲和国家最佳实践的具体合规计划,可以作为从轻处罚因素。但如果仅是通过或制定了合规计划,则不应视为从轻因素。特别是如果企业利用反垄断合规制度促进或掩盖违法垄断行为,则应给予加重处罚。^⑪

我国《反垄断法》对于反垄断处罚考量因素的规定非常原则,尚未涉及反垄断合规激励或惩罚的规定。但随着反垄断合规工作的深入发展,有关反垄断合规激励机制的设计问题开始进入反垄断执法机关的视野。2022年6月,浙江省市场监管局颁布的《浙江省省域公平竞争政策先行先试改革实施方案》提出,探索实施企业竞争合规激励机制。对依照国家和浙江省反垄断合规指引已建立反垄断合规体系、认真遵守并执行反垄断合规计划的企业,当其违反反垄断法规定受到反垄断调查时,依法给予从轻、减轻处罚,以激励企业实施反垄断合规机制,充分发挥反垄断合规在反垄断法实施中的预防功能。

五、构建合规标准和合规评估(认证)相结合的合规保障体系

评价企业是否构建了有效合规体系,制定合规标准非常重要,这也是当前我国正在大力实施的制度,既有反垄断执法机关参与的地方标准,也有协会会同企业制定的团体标准。除了合规标准以外,建立合规评估(认证)制度也很重要。合规评估可以由反垄断执法机构来做,也可以通过第三方机构来进行。通过构建合规标准和合规评估(认证)相结合的合规保障体

系,可以促进反垄断合规制度健康、可持续发展。

在反垄断合规地方标准建设方面,上海和浙江走在了全国前列。2021年11月,上海市市场监管局颁布的《经营者竞争合规指南》地方标准,建议企业建立体系化的竞争合规机制,从文化培育、培训、高层审核、层层责任落实、加强审核和风险识别与评估、建立内部发现机制等角度着手,以PDCA(质量管理的四个阶段:计划、执行、检查、行动)的角度,系统规划、持续提升竞争合规能力。2022年7月,浙江省市场监管局颁布的《互联网平台企业竞争合规管理规范》地方标准,全面梳理了互联网平台企业竞争合规审查中容易出现的相关风险点,明确了互联网平台企业竞争合规管理活动要点。除了竞争合规地方标准建设以外,中国标准化协会正在会同高等院校、科研院所与企业制定《经营者公平竞争合规管理体系标准》。该团体标准运用PDCA管理循环理念和方法,通过PDCA四个阶段,全面梳理和完善经营者竞争合规管理体系,对最高管理者、合规管理部门、合规风险控制、内部审计制度、第三方评估机制、持续改进措施等提出明确要求。

反垄断合规标准制定以后,还要大力推进标准的试点和落地工作。标准既可以成为企业开展反垄断合规管理活动的依据,也可以成为评估(认证)机构开展反垄断合规评估(认证)的依据。如《互联网平台企业竞争合规管理规范》明确规定,“应自行或委托第三方专业机构定期评价竞争合规管理体系运行的科学性。当业务发生重大变化或面临的经营环境、竞争法发生变化时,应及时评价竞争合规管理体系的有效性”;《浙江省省域公平竞争政策先行先试改革实施方案》规定,“构建完善公平竞争领域相关标准体系,参与研制平台经济领域国家标准,支持有关行业、企业开展标准化试点示范,推广实施公平竞争领域相关标准规范,加强标准实施效果评估和改进,以标准化支撑和保障企业竞争合规”,“条件成熟时,试点实施企业反垄断合规认证制度。鼓励企业建立反不正当竞争合规机制”。

责任编辑:王琳、张维

^⑩ 方翔:《韩国竞争合规评级制度的镜鉴与启示》,《中国物价》,2021年第1期,第55-58页。

^⑪ See The Italian Antitrust Authority has published the guidelines on compliance programmes (09 October 2018), <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/The-Italian-Antitrust-Authority-has-published-the-guidelines-on-compliance-programmes.aspx>, 2019-03-31.