

新反垄断法夯实企业合规基石

◎ 文《法人》特约撰稿 仕达 郭家昊 赵攀

反垄断法是我国社会主义市场经济下企业参与市场竞争所需要遵守的核心规则。随着反垄断执法不断强化以及反垄断法修正案正式实施，反垄断将成为企业合规体系中重要组成部分。与一般企业合规相比，反垄断具有一定的独特性，需要企业结合自身特点，及时制定并实施行之有效的反垄断制度，共同营造公平竞争的市场法治环境。

反垄断合规必要性

反垄断法所规制的行为往往触及企业的核心商业利益。例如，关于纵向协议（指经营者与交易相对人之间的协议）的规则涉及企业经销体系管理；关于横向协议（指经营者与竞争者之间的协议）的规则涉及企业与竞争对手的竞合；关于滥用市场支

配地位的规定涉及对具有市场支配地位企业的市场行为的方方面面的规则，也关系到与具有市场支配地位企业开展交易的企业。

上述每一项对于企业而言，都有可能属于重大商业决策的范畴，所以反垄断机制所涉及的大部分事项都并非法务可以单方面处理的。因此，从最高管理者开始，各个部门从上至下对于反垄断“统一思想，提高认识”，是反垄断工作成败的关键。而要做到这一点，需要透彻宣导反垄断的必要性，反垄断法的此次修正则提供了绝佳契机。

反垄断法对垄断行为规定了极为严厉的处罚。若违反反垄断法关于垄断协议、滥用市场支配地位及经营者集中申报的核心规定，罚款上限达到上一年度企业全口径销售额的10%，而这还未包



资料图片

括没收违法所得以及情节特别严重时的罚款膨胀(2至5倍)。此外,企业的垄断行为也可能使得企业的法定代表人、主要负责人和直接责任人员被依据反垄断法处以人民币100万元以下罚款。自2021年11月国家反垄断局成立以来,我国的反垄断执法力量大幅提升,反垄断执法的常态化为其必然结果。

反垄断合规制度应因地制宜

有效的反垄断制度具有针对性和可执行性,企业宜根据业务状况、规模大小、行业特性等,建立符合自身特点的反垄断制度。

首先,不同企业反垄断制度的侧重点应当有所区别。例如,对于依赖于庞大经销体系的企业,反垄断制度可以侧重于预防对经销商的不当管控构成纵向垄断协议的风险;对于产品同质化程度较高的行业而言,反垄断制度需要着力避免达成横向垄断协议操纵价格、划分市场的风险。所谓的“侧重”,并不意味着企业就可以忽视侧重点以外的反垄断规定,而是指应当细化或者强化在侧重领域的制度规定。例如,对于横向垄断协议风险突出的行业(如化工、建材等),企业应当细化参与行业性会议的规定,明确参会时遇到不同情况时的处理方法,设置会议报备机制和合规专员陪同参会的机制。

其次,企业规模不同,其反垄断制度的组织架构宜有所区别。对于涉及垄断的可能性较高的企业,其设置相对独立的反垄断制度和管理架构的必要性相对更高,其高级管理人员在反垄断制度中的角色定位也应当更为重要。对于企业规模较小且反垄断合规风险较小的企业,则可以考虑将其反垄断制度融合到现有的一般合规制度中。

需要注意的是,部分企业的规模虽然较小,但是所处行业垄断协议问题高发,属于反垄断执法重点,或者所生产的产品市场占有率很高,其所涉及垄断的可能性较高。此外,反垄断制度与一般企业合规有所不同,经常需要法务团队以外成员的高度参与,因此在将反垄断制度融入到企业现有的一般合规制度时,往往不仅是简单加入实体规则,还需要在程序上和参与人员上做必要调整。

近年来,国家和地方都通过发布反垄断指引为企业提供更多的参考,企业在建设自己的合规制度时可多方借鉴。

垄断风险识别与处理

垄断风险识别可以分为专项评估和日常识别两种形式。

专项评估包括为制定有针对性的反垄断制度所作的,也包括在反垄断制度实施后,定期开展的重点垄断风险识别。垄断风险识别之所以需要定期开展,一方面,是因为随着企业的业务发展,企业反垄断所涉及情形可能会不断变化;另一方面,是因为国家的反垄断政策和执法重点也可能不断演进。

以燃气、供水、供电等公用事业企业为例,由于该类企业通常在一定区域内具有特许经营权,被认定为具有市场支配地位通常不可避免,且执法案例大量存在,专项评估工作的重点就在于对应执法案例全面梳理企业垄断业务的商业行为,对于其中涉嫌构成滥用市场支配地位的行为(例如指定交易对象、搭售本应市场化竞争的产品、过高定价等)作详细评估分析。

日常识别则重在可执行及有效流程的构建。日

常识性工作。在恰当地引入业务、财务及法务等条线人员参与的基础上,通过明确的汇报条线和审批制度(通常包含标准的汇报、审批文件模板),应能够快速依据前期专项评估的结果,对日常行为进行对号入座及快速决策。但是,当出现较为复杂的或新型的问题时,仍应当对其开展专题评估。

实践中,法务团队往往面临业务团队的巨大压力,被要求在不做实质改变的基础上实现合规目的,而这在反垄断机制下往往是不现实的,由于反垄断法在作行为评价时注重经济效果,垄断风险排除通常需要实质改变特定商业行为。例如,反垄断法下的垄断协议可以书面达成,也可以口头达成,甚至可以表现为协同行为的形式,不能通过变更垄断协议的达成形式而规避垄断协议风险;又如,对于固定转售价格的协议,即便把固定转售价格条款替换为建议转售价格,如果经营者通过奖励或惩罚措施实际约束交易相对人按照建议转售价格转售,则也会被认为是固定转售价格的一种表现形式。

因此,必须促使业务人员对于反垄断制度建立正确认知,并确保业务人员对于垄断风险处理建议的最终执行。

鉴于时间压力,在前期的垄断风险专项评估阶段,宜同步对于企业所面临的类型化的垄断风险给出类型化的处理方案,并尽可能制度化落地,以提高垄断风险处理效率。对于无法类型化的较为复杂的或新型的问题,则宜及时引入外部专家协同专项处理。

反垄断合规制度的关键内容

反垄断手册和内部培训是企业反垄断制度一项核心内容。企业应通过内部培训、员工合规手


册等方式,帮助员工初步了解“可为”和“不可为”的合规界限,从而帮助其在面临具体业务场景时有初步判断,采取正确的应对方式。

反垄断内部培训和合规手册重在指引效果,除介绍重要法律条款、法律责任等,宜通过参考案例、模拟情景、Q&A等形式,以使相关内容易于员工理解和操作。

建立吹哨人举报制度是保障反垄断制度有效运行的重要手段。实践中,由于垄断行为通常对应着违法经济利益,出于个人业绩等方面的考虑,部分业务人员(如部门总监、交易员等)有动机实施规避反垄断制度的行为。该等业务人员的做法很可能与公司的整体利益相背离,其因垄断行为在个别业务条线所获取的经济利益很可能远远无法抵偿公司因此遭受的按照整体营业额比例计算的罚款及其他损失。吹哨人合规举报制度便是解决此类问题的良药。

成功的吹哨人制度通常满足顺畅的举报渠道、完善的举报人保护以及充分的举报人奖励三个要件,缺乏其中任何一个要件都有可能无法实现预期效果。

对反垄断制度的定期评估改进,是合规制度生命力的有力保障。反垄断制度应当是动态常新的,随着市场环境、政策法律、监管环境、业务内容的变化而不断调整。

反垄断制度实施效果的定期评估可以包括实质和程序两个方面。在实质方面,可以通过抽查、外部审计等方式,验证反垄断效果;在程序方面,可以通过访谈、问卷调查等方式,对汇报条件和审核流程等方面进行优化。

(作者单位:北京市汉坤律师事务所)

(责编 惠宁宁 美编 刘晓莹)