

企业反垄断合规制度的建立路径^{*}

喻 玲

摘 要：建立反垄断合规制度是企业控制反垄断法律风险的基本工具，它与“反垄断领域的一分预防胜过十分救济”的理念高度契合。有效的反垄断合规制度既能帮助企业及其员工避免潜在的不利后果，也能给他们带来多种潜在的收益，建立反垄断合规制度具有理论上的合理性及实践中的不可避免性。它要求企业必须坚守“有效”的核心价值观，围绕预防与发现垄断行为“两大基本目标”，以识别法律风险——评估法律风险——控制法律风险为主线，紧盯“四大环节”。

关键词：反垄断风险；法律救济；合规制度；合规承诺

中图分类号：D912.294 **文献标识码：**A **文章编号：**0257-5833(2015)05-0081-09

DOI:10.13644/j.cnki.cn31-1112.2015.05.010

作者简介：喻 玲，江西财经大学法学院副教授、理论经济学博士后流动站工作人员（江西南昌 330012）

一、问题的提出

2014 年中国高举反垄断利剑，对扰乱市场秩序的内外资企业都不留情，一年共开出 18 亿元罚单，创下历史纪录^①。其中，12 家从事价格垄断的日本车企共被处罚 12.35 亿元。如果说，国家发改委在反垄断调查上持续发力的 2013 年是“反垄断元年”^②，那么国家发改委、国家工商总局和商务部“三龙治水”的 2014 年，可谓是竞争文化与反垄断法律风险宣传丰收年；如果说原来的反垄断调查是“一招鲜”——重点整治价格垄断协议，那么 2014 年的反垄断执法则是“组合拳”，调查内容包括横向垄断、纵向垄断以及滥用市场支配地位等各种垄断行为。执法机构对竞争违法企业的重拳出击，不仅引发了舆论对“反垄断新常态”的点赞，挑战了企业与公众对行政处罚数字的理解，同时，也宣示了我国反垄断执法机构已然走出“躺在匣中睡眠”的境遇，反垄断执法力量不容小觑。那些尚以为“竞争就是鱼死网破”的企业，也不得不开始认真对待“不知是何物的”反垄断法，并努力寻找避免反垄断法法律风险的“秘诀”。

收稿日期：2015-02-10

^{*} 本文系国家社科基金项目“反垄断法规制的国外典型案例梳理研究”（项目编号：11BFX054）、中国博士后科学基金面上资助项目（项目编号：2014M551852）的阶段性成果。

① 人民网 《反垄断一年 18 亿元罚单开给了谁谁垄断就调查谁》，<http://finance.people.com.cn/n/2015/0104/c1004-26317290.html> 2015-01-04。

② 吴建华 《2013：反垄断元年》，《华夏时报》2013 年 7 月 8 日第 004 版。

国际竞争网络 (ICN) 等机构的调查研究表明, 各国 (地区) 反垄断执法机构工作至少存在如下共通之处: 一是, 无论是各国 (地区) 反垄断执法机构开出的罚金总量还是个案罚金数字总在 “勇创新高”。2015 年 2 月, 全球最大市值的手机芯片生产厂商美国高通公司收到并表示接受来自中国国家改革与发展委员会开出的行政处罚决定书。这份罚金数字 (9.75 亿美元) 超过历年反垄断执法机构开具罚金总额的 “天价” 罚单^①, 再次印证了在反垄断法的世界中, 罚单 “没有最高, 只有更高” 的铁血事实。那些喜欢游离在垄断违法边缘的企业为预防潜在的 “无法承受之重”, 不得不检视自己的商业模式乃至不惜重新规划本企业的发展战略。二是, 在一国反垄断法实施初期, 执法机构都把旨在改变一国人们对竞争的观念和意识、提高一国竞争文化水平的竞争推进 (competition advocacy) 应优先于竞争执法^②, 因此, 运用反垄断合规指引制度 (compliance guidance) 引导企业建立自己的反垄断合规制度, 已然成为反垄断执法中的一种新趋势^③, 企业主动抑或被动的制定了反垄断合规制度已然成为反垄断执法领域的一大风景线。如韩国公平交易委员会 (KFTC) 2013 年报显示, 从 2001 年引入该制度至今, 韩国建立自己的反垄断合规制度的企业数目已经从 14 家增至 550 家, 中小企业也开始步入反垄断合规之列^④。值得一提的是, 在 KFTC 的合规评价体系中获得 A 级甚至更高级别评价分数的企业已经由 2006 年的 38.3% 激增到 2013 年的 64.3%^⑤。日本消费者事务署 (Consumer Affairs Agency) 的年报显示, 到 2010 年底, 97.8% 员工数量大于 3000 人的企业已经建立了自己的反垄断合规制度, 1.7% 员工数量大于 3000 人的企业正在研究制定反垄断合规制度^⑥。可以说, “建立反垄断合规制度已然成为各国及企业预防反垄断法律风险最基本的工具”^⑦。在执法机构执法力度不断加大的背景下, 对反垄断法律风险的事先控制不可能再被企业继续忽视。职是之故, 根据各国 (地区) 执法机构的反垄断合规指引规定, 结合具体的企业反垄断合规制度设计, 来探讨企业应该如何建立自己的反垄断合规制度理应成为反垄断法研习的重点。

二、承诺合规: 企业建立反垄断合规制度的经济分析

承诺合规 (compliance commitment) 是指企业及其员工主动遵守反垄断法律规定的意愿表达^⑧。它包括企业及其员工主动遵守母国 (公司总部所在国) 与公司经营所在国的反垄断法律规定、企业员工主动遵守企业制定的反垄断合规制度等两项内容。建立反垄断合规制度, 意味着企业必须付出一定的甚至较高的制度制定成本及制度运行成本 (如培训、审计费用的增加, 必要的交易机会的放弃等), 那么企业选择制定与实施反垄断合规制度的激励来源为何? 尤其是在反垄断案件发现率还比较低的情况下^⑨, 企业做出合规承诺的合理性为何?

(一) 小偷与守卫博弈: 企业建立反垄断合规制度的策略分析一

企业承诺合规的策略选择与反垄断执法机构是否严格执法的策略选择关系类似于 “小偷与

① 参见中华人民共和国国家发展和改革委员会《发改办价监处罚〔2015〕1号行政处罚决定书》。

② 竞争推进指由反垄断执法机构实施的除执法以外所有改善竞争环境行为。See ICN, “Advocacy and Competition Policy”, (2002)”, p. i.

③ 反垄断合规指引是指反垄断执法机构利用自己对竞争法规范的深刻理解及执法经验的积累, 制定企业合规的一般制度框架 (示范程序) 供企业选择, 以引导企业建立自己的反垄断合规制度。参见喻玲《从威慑到合规指引——反垄断法实施的新趋势》, 《中外法学》2013 年第 6 期。

④ See KFTC, “KFTC Annual Report 2013”, p. 42.

⑤ 韩国 KFTC 在 2006 年建立了一个评分体系来考察企业合规制度, 对符合一定条件的企业颁予 “合规证书”。评价因素包括: 合规制度的结构性要素、运营型要素、持续性维持要素是否形成均衡体系、企业自上而下是否形成自主合规的文化等。See KFTC, “Fair Trade Compliance Program, 2006”, pp. 5-6. And See KFTC, “KFTC Annual Report 2014”. p. 50.

⑥ See ICN, Consumer Affairs Agency, “Consumer Affairs Agency Report 2010”. p. 18.

⑦ See EC, “Compliance Matters: What Companies Can Do Better to Respect EU Competition Rules”, 2011.

⑧ See EC, “Compliance With Competition Rules: What's In It For Business?”. 2012.

⑨ 以垄断协议行为为例, 欧盟的发现率大约为 12.9%—13.3%, 美国的发现率大约为 13%—17%。See OECD, “Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels”, 2001. p. 20.

守卫的博弈”。该模型的原理为：一小偷欲偷窃有一守卫看守的仓库。如果小偷偷窃时守卫在睡觉，则小偷收益为 V ；如果小偷偷窃时守卫没有睡觉，则小偷被抓收益为 $-P$ 。如果守卫睡觉小偷得手则守卫收益为 $-D$ ；如果守卫睡觉而小偷未偷，则守卫收益为 S 。除此之外，守卫与小偷都无得无失（详见图 1）。这是一种典型的权衡（trade-off）关系，在这个博弈中，二者都没有最优策略；小偷偷与不偷跟守卫睡与不睡有关，同时守卫睡与不睡也跟小偷偷与不偷有关。

小偷（企业） \ 守卫（执法机构）	睡 （不严格执法）	不睡 （严格执法）
偷（不合规）	$V, -D$	$-P, 0$
不偷（合规）	$0, S$	$0, 0$

图 1 小偷与守卫博弈、企业与执法机构博弈模型

反垄断执法机构与企业之间也是为了自身的利益而相机决策的关系。图 1 中小偷（企业）可以选择偷或者不偷（合规或者不合规），守卫（反垄断执法机构）可以选择睡或者不睡（严格执法或者不严格执法）策略。从该博弈模型可知：（1）如果执法机构不严格执法，企业竞争行为不合规，其收益为 V ，这时执法机构可能因为声誉贬损等，收益为 $-D$ ；（2）如果执法机构不严格执法，企业竞争行为合规，企业没有收益，但执法机构收益为 S ；（3）如果执法机构严格执法，企业竞争行为不合规，企业会因为被罚遭致 $-P$ 的损失；（4）如果执法机构严格执法，企业竞争行为合规，这时企业与执法机构都无得无失。可见，企业是否做出合规承诺与否跟反垄断执法机构是否严格执法有关，同时反垄断执法机构是否严格执法也跟企业是否做出合规承诺有关。决定企业策略选择关键在于反垄断执法机构不严格执法的概率大小。如果此概率足够低，那么企业将更偏向于选择竞争不合规策略。但是当下的执法实践是，垄断行为在越来越多的国家被纳入犯罪圈、对垄断行为处罚的力度不断加大（如刑期加长、罚金攀升），即便在金融危机的背景下，反垄断执法机构仍然坚持严格竞争执法^①，故而，该假设可以不纳入探讨之列。而在执法机构严格执法的背景下，企业做出合规承诺的收益为 $-P$ ，这明显不会小于它不做出合规承诺的收益 0 。当然，上述结论是建立在立法者不介入其中的前提下，当立法者介入其中，该均衡会有所改变。综上：（1）如果立法者不介入其中，那么执法机构与企业分别在某一概率水平选择自己的策略，维持原有的均衡。此时，企业将主动选择做出合规承诺。（2）如果立法者介入其中，将对企业不合规行为的惩罚力度提高到一定水平，那么企业会减少不合规行为；不合规行为少了，执法机构的努力程度也会降低。执法机构降低努力程度的时间够长，不合规行为会重新活跃起来，执法机构与企业之间达到新的均衡。此时企业将被迫选择做出合规承诺^②。无论主动还是被动，做出合规承诺已然成为企业不二的选择。

（二）成本与收益价差：企业建立反垄断合规制度的策略分析二

1. 企业自身的成本——收益价差分析。成本是竞争供给曲线后的关键因素。制度成本是制度运作整个动态过程所付出的代价，它的高低是人们做出法律供给决策的主要依据，是人们选择遵守或者规避法律甚至违反法律行为的“晴雨表”^③。对企业是否选择建立反垄断合规制度而言，其支付的成本主要为：（1）制度制定的成本，包括制定过程中人力、物力、财力及所花费的时间、信息等资源的支出。（2）制度实施的成本，包括宣传、培训员工的费用，改变员工习惯、旧的商业惯例影响的费用，聘请合规顾问、实施合规审计的费用，进行法律风险控制时支付的其

① See Ky P. Ewing, Jr., “Competition Rules for the 21st Century: Principles from America’s Experience”, *Kluwer Law International*, 2006. p. 583.
② 参见谢识予《经济博弈论》，复旦大学出版社 2002 年版，第 94—96 页。
③ 参见钱弘道《经济分析法学》，法律出版社 2003 年版，第 260 页。

他必要费用等。(3) 合规的机会成本。反垄断合规制度的实施,并不意味着它是企业最优的行为选择。在反垄断合规制度实然价值、实然状态与应然价值、应然状态之间,企业选择合规就必然为其放弃某种行为的选择支付相应对价。因为在合规制度下,企业必然为配合执法机构调查而支付一定的时间、精力,必定存在企业放弃可能会但事实上未必会导致垄断行为的交易机会的情况^①,这些都是其承诺合规的机会成本。

建立反垄断合规制度如果是合理的,那么它必然满足合规收益大于合规成本、合规收益大于违法收益的法则。对做出合规承诺的企业来说,其可以获得的经济收益亦是十分明显的。(1) 罚款的避免或者减少。各国对垄断行为都课以了最高可达上一年度营业额的 10% 的罚款,垄断行为总是会让企业或者客户遭致动辄千万甚至上亿元的损失^②,罚款的直接避免是企业的最直接、最重要的收益之一。(2) 必要支出的减少。在多数情况下,如果企业建立了有效的反垄断合规制度,法庭、陪审团或者执法机构就会因为行为缺少主观要件而判定垄断行为不成立。在韩国、巴西,执法机构还设计了一套科学的合规评分体系,并给符合一定条件的企业颁发“合规证书”。以韩国为例,公平交易委员会(KFTC)对于获得 AAA 级别的企业豁免 20% 以内的责任且免受 KFTC 主动调查 2 年的优惠;对 AA 与 A 级别企业相应的优惠则为,豁免 15% 以内的责任且免受 KFTC 主动调查 1.5 年及豁免 10% 以内的责任且免受 KFTC 主动调查 1 年^③。简言之,有效的反垄断合规制度实际上具有自然辩解的效果^④。它在极大降低企业卷入反垄断调查或者诉讼概率的同时,也给企业带来了为配合反垄断调查、参与法庭诉讼必要支出的减少。(3) 企业商业损失的避免。竞争行为往往是借助合同的形式来实现,竞争者之间会订立固定价格、划分销售区域等具有反竞争性质的协议,“独家代理”、“限制转售价格”是多数品牌的商业模式。一旦该类协议因为违反反垄断法的规定被认定为无效,那么企业除了需要支付罚款,还将因为合同无效遭受重大的经济损失。

除此之外,企业还可以获得其他社会收益与伦理收益:(1) 良好的声誉。获得良好的声誉,可以提高企业招聘和留住员工、吸引和留住客户及供应商的能力。(2) 法律责任的确定减免。不具备完备的合规制度被看成是企业不诚信的标记,反之,具备完备合规制度及良好的合规声誉的企业更有机会能够获得宽恕处理,企业控制反垄断风险的能力极大增强。如在 Stolt-Nielsen 公司案^⑤中,当 Stolt-Nielsen 公司因反竞争行为被其首席执行官 Paul O'Brien 向美国司法部反托拉斯局(AD)投诉后,该公司立马修改了合规制度并分发给公司的员工,同时向 AD 提出了宽恕申请。AD 给予了 Stolt-Nielsen 公司一个“标记”(marker),该标记确保其能够就此案获得“第一个申请者”的位置,从而免除惩罚^⑥。而英国公平贸易局(OFT)在其认为被告具备“真正的、有效的合规制度”的时候,对存在垄断行为的 Arriva、FirstGroup 以及 Hasbro 等几家公司 10% 的惩罚减免^⑦。再如,在反垄断合规制度实施早期,只要企业建立了自己的反垄断合规制度,韩国公平交易委员会就会给予企业刑罚减免。尽管该制度后来因为容易导致企业投机而备受质疑,但

① Theodore L. Banks and Frederick Z. Banks, "Corporate Legal Compliance Handbook", Aspen Law & Business 2007. pp.1-3.

② 以卡特尔行为的处罚为例,统计表明,在 2000 年至 2010 年间,美国和欧盟单对卡特尔的罚款总计 46 亿美元和 130 亿欧元;近三年来,美国年均对 200 多企业高管处以监禁刑。See William J. Kolasky, "Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective", Corporate Compliance 2002 Conference, Practising Law Institute (PLI), San Francisco, CA, July 12, 2002.

③ See KFTC, "Fair Trade Compliance Program, 2006". pp.5-6.

④ See OFT, How Your Business Can Achieve Compliance with Competition Law, OFT 1341, June 2011. pp.5-7.

⑤ Stolt-Nielsen S. A. v. United States, 352 F. Supp. 2d 553 (E. D. Pa. 2005).

⑥ 反垄断法中的宽恕制度存在的目的是为了鼓励卡特尔参与者尽早自首、以获取免除或者减轻处罚。根据美国的宽恕制度的规定,免除惩罚的优惠只给与“第一个上门者(first-in-the-door)”,因此,第一个申请者的位置非常关键。为了成为第一个申请者,“告密者”可以在提出正式申请前请求竞争机构为其设定标记(marker),即在申请次序中保留第一的位置,使其在一定期限内进行必要的内部调查,获得更多的信息和证据,从而完善其申请资格。See Ky P. Ewing, Jr., "Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience", Kluwer Law International, 2006. p.307.

⑦ Mark Furse & Susan Nash, The Cartel Offence, Hart Publishing 2004. p.119.

根据企业合规制度的进展程度来确定奖励及优惠的做法则确定保留下来^①。

2. 企业员工的成本——收益价差分析。罚金、自由刑、民事赔偿金之间是否可以转换以及应该按照何种比例进行转换各说不一，因此，企业员工（包括高管）的成本——收益的价差不可能有精确的数字表达。通观各国反垄断法律规定，对企业员工（包括高管）的处罚涉及财产刑、自由刑、资格刑（如剥夺董事资格）等各类形式。不容置疑的是，有效的合规制度，不仅能够帮助企业员工（包括高管）正确识别、准确评估潜在反垄断法律风险，对其可能的非法行为给予预警，降低其陷入法律制裁的概率、避免因此遭受的声誉损失；而且能够教授其与执法机构进行“博弈”的技巧，如通过尽早“告密”以获取刑事责任的赦免或者减轻，最终实现控制反垄断法律风险的目的。

有效的反垄断合规制度既能帮助企业及其员工避免潜在的不利后果，也能给他们带来多种潜在的优势^②，这种收益是综合性质的，它不能够用传统的成本——收益的会计方法来计算。但是，可以确定的是，在反垄断法律责任不断加大、反垄断执法不断严格的背景下，除了做出合规承诺，企业没有其他更合理的选择。事实上，当一些企业还沉溺在抱怨制定与实施反垄断合规制度会增加其运营成本，准备“一意孤行”之时，许多企业已经因为顺利完成“没有合规——有效合规”的转向而大获收益。

三、实现合规：企业建立反垄断合规制度的路径

企业能够主动遵守反垄断法律规范是各国（地区）反垄断执法机构共同的愿望，在反垄断法比较成熟的国家，执法机构普遍采用多元的规制模式，利用不同的规制工具来引导企业合规并提升反垄断法实施的效果。通过对各国（地区）企业建立反垄断合规制度的过程及企业反垄断合规制度的实证考察，笔者发现，尽管各国法律历史传统不同、市场竞争文化水平参差不齐，各反垄断执法机构对企业进行合规指引的方式不尽相同，不同规模、资源、营业额、员工数量的企业面临的外部商业环境包括反垄断法律风险的强度相去甚远，不同企业建立反垄断合规制度的动因千差万别，但可以确定的是，不同国家（地区）企业反垄断合规制度仍具有许多趋同处，遵循着大致相同的路径。这些趋同处反应了企业建立反垄断合规制度的一般规律，也是企业建立反垄断合规制度的一般框架。

（一）坚守“一个核心价值”

自 1997 年加拿大竞争局（CB）颁布了世界上第一部专门的反垄断合规指引文件以来，“有效（effective）”已然成为各执法机构对反垄断合规制度的共同诉求^③。“有效”是指目标的实现程度，是为获得法律收益而支出各种资源的效率，它是典型的结果导向主义。尽管反垄断合规制度不能庇佑企业完全避免反垄断制裁，但它至少极大地增强了企业控制反垄断法律风险、远离反垄断制裁的可能性。“有效”还是一个抽象的概念，各执法机构对其赋予的内涵还是不尽相同。如美国司法部（DOJ）认为，制定专门的反垄断合规手册是判断企业制定了有效的反垄断合规制度的必要条件。^④加拿大竞争局（CB）认为，无论企业规模多大、合规制度采取何种形式，任何一个有效的企业反垄断合规制度的五项指标包括：（1）高级管理层的参与和支持；（2）制定反垄断合规相关的政策和流程；（3）对管理层和员工的持续教育；（4）反垄断法律发现监督、审计和报告机制；（5）惩罚机制^⑤。而澳大利亚竞争和消费者委员会（ACCC）是通过是否建立

① See KFTC, “KFTC Annual Report 2014”. p. 49.

② See OFT, “How Your Business Can Achieve Compliance with Competition Law”, OFT 1341, June 2011. pp. 5-7.

③ See CB, “Corporate Compliance Programs, 2010”, p. 3; and see KFTC, “Fair Trade Compliance Program, 2006”. p. 15.

④ Kirk S. Jordan and Edward O. Correia, “A Model Antitrust Compliance Manual (part 1)”, *The Practical Lawyer*, vol. 40, 1994. p. 83.

⑤ See CB, “Corporate Compliance Programs 1997”. p. 8.

合规制度、是否聘任合规官与合规顾问、是否有恰当的报告通道及投诉处理机制、是否对员工提供了贸易惯例培训, 以及是否定期进行合规审计等具体指标, 来判断企业的反垄断合规制度是否有效^①。

(二) 围绕“两大基本目标”

对执掌反垄断法律的机构而言, 引导企业建立反垄断合规制度的目的绝对不是助纣为虐, 而是将反垄断救济的闸口前移, 预防垄断行为发生与及时发现垄断行为。对企业而言, 制定与实施反垄断合规制度的基本目标也在于预防与发现。(1) 预防。预防是避免企业发生反竞争行为、从根本上阻断反垄断法律风险之意。(2) 发现。如果企业不得不面对已为反竞争行为的现实, 它仍不是除了等待就是无能为力, 而是可以通过自力行为进行补救。如通过“告密”获得“合格的告密者”身份, 通过适用“宽恕制度”获得法律责任的减免; 还可以通过与执法机构的商谈, 通过适用“经营者承诺制度”获得法律责任的减免。当然, 这些都是以企业能够发现内部存在不合规行为为前提。

(三) 紧盯“四大环节”

有效的合规制度是以设计良好的规则作为基础的, 能够让企业产生认同感的、设计合理的制度是反垄断合规制度有效的必备要件。总体而言, 企业反垄断合规制度的建立与运行必须紧盯“四大环节”。

1. 制定反垄断合规制度、承诺合规。企业因其规模、员工数量等不同, 遭致反垄断法律风险的概率不同, 执法机构往往也对其赋予了不同的注意义务。如澳大利亚竞争与消费者委员会 (ACCC) 在 2005 年颁布了适用于大中型企业的反垄断合规指南——《企业贸易惯例与合规制度》, 在 2006 年颁布了适用于小型企业的《小企业贸易惯例与合规制度指南》, 同时还为 4 类不同级别的企业分别提供了不同难易程度的合规报告模版^②。依据企业所处的行业及市场地位等特点制定适合自己的合规制度是企业建立反垄断合规制度的起点, 它表明了企业在内部实行有效、系统化的制度以确保合规的意愿, 传达了企业的战略目标, 提升了管理层的可问责性。制定合规制度的要点在于“文件易得、条文易懂、主体明晰、内容确定”。第一, “文件易得”, 是指企业要确保合规文件对员工具有可获得性。企业必须及早公布合规制度, 当企业、法律、竞争执法政策或者产业政策 (如解除管制) 发生改变后, 企业在更新合规制度后, 须采取合理措施及时通知其员工。同时, 企业应该要求员工签署一份说明他已经阅读并且知悉该合规制度的证明信。第二, “条文易懂”, 是指合规制度的行文必须通俗、易懂。有些执法机构还明确规定, 合规制度应该提供适当的案例, 以确保所有没有法律专业背景的员工都能够清晰明白自己的职责及相应的法律后果^③。第三, “主体明晰”, 是指合规制度的适用范围和适用对象须明确具体。适用范围主要涉及合规制度是适用于整个企业还是仅适用于集团内的部分企业, 如力拓公司的合规制度就只是适用于力拓股份公司或力拓有限公司直接或间接持股超过 50% 的公司^④。适用对象问题主要涉及合规制度须为企业的所有员工和高管共同遵守, 还是仅为部分员工和高管遵守。第四, “内容确定”, 是指企业及员工可为 (Dos) 与不可为 (DON'Ts) 的事项须列举详尽。通常而言, 不可为的事项主要包括: 不要与竞争者缔结任何与价格有关或者会影响价格的协议; 不要与竞争者探讨公司目前的产品价格; 不要认同竞争者的价格或者利润水平; 不要认同竞争者给予或者拒绝现金折扣或者促销补贴; 不要认同竞争者给予或者拒绝给某个客户的信用或者制定统一信用的条款; 不要认同竞争者与或者不与某个客户交易或者对某一客户如何收费; 不要探讨市场分配; 不

① See ACCC, “Annual Report 2008-09”. pp. 1-29.

② See ACCC, “Corporate Trade Practices and Compliance Programmes, 2005”. p. iv.

③ See ACCC, “Corporate Trade Practices and Compliance Programmes, 2005”. p. 14.

④ 参见力拓《反垄断规范及指导性说明》, http://www.riotinto.com/documents/Antitrust_standards_and_guidance_notes_Chinese.pdf, 2013-12-09。

要与竞争者缔结任何与报价或出价有关的协议^①。

2. 任命合规官、开展内部培训, 识别法律风险。法律风险控制的逻辑起点在于企业能够识别法律风险。企业潜在的反垄断法律风险是综合性质的, 它与企业的业务性质、规模的大小息息相关; 在发生兼并等商业行为、企业进入新的产品市场或者地域市场后, 企业对风险识别的内容应该因时而变。毋庸置疑的是, 任命合规官、开展内部培训是提升企业识别反垄断法律风险的一般路径。(1) 任命合规官。合规官是合规制度的灵魂人物, 企业必须在合规制度递交给执法机构 1—2 个月内指定专人担当此职。合规官对公司负有勤勉义务, 他(他们) 必须运用自己的知识、经验、技能, 准确识别、评估、控制反垄断法律风险, 同时在培育企业反垄断合规文化中亦负有不可推卸的职责。其具体工作包括: 培训、监督、报告等。除了专人司职, “独立性” 是合规官开展合规审计的重要保证。通常而言, 合规官通常由高级经理担任, 他们直接对首席执行官(CEO) 负责, 并享有直接向董事会报告的权利。当然, 企业高层在反垄断合规制度中各担其责, 因此合规官的任命并不意味着企业高层反垄断合规职责的解脱^②。(2) 内部培训。企业员工反垄断合规知识的获取途径从来不是单一的。执法机构的培训、国际组织的培训、行业协会的培训以及企业内部培训共同构建了企业员工的合规知识体系。以韩国为例, 这些组织包括公平交易委员会下设竞争政策国际小组、韩国国际合作机构(KOICA)、经济合作与发展组织韩国区域竞争中心等。通常执法机构鼓励企业采取任何方便、可行的方式(定期培训、小型研讨会、在线培训等) 开展反垄断合规培训, 以确保企业内各个级别可能从事垄断行为的员工知道什么是垄断行为以及如何控制自己的法律风险的问题。因此, 企业培训的内容主要包括两块, 一是反垄断法的基本常识(竞争的益处、垄断行为的种类、垄断行为的法律责任、法律责任减免的规定等), 二是企业根据自身的行业特点、市场环境、商业习惯提炼的合规要点。对处在寡头垄断市场的企业而言, 由于寡头之间行为具有高度的相互依存性, 该市场结构下容易滋生共谋行为, 因此, 企业反垄断法律风险的防控也主要是预防共谋行为, 在合规培训中就应着重如何规范地与竞争者进行信息共享、建立合营企业(JV)、标准制定等, 以避免没有必要的反垄断调查。对于其他在市场中具有优势地位的企业而言, 预防滥用市场支配地位行为的发生是其培训的重点内容。值得一提的是, 培训从来不是一成不变的, 企业必须对培训效果进行定期评估, 并据此对培训的内容、形式、程序等进行调整。

3. 聘请合规顾问, 评估法律风险。当企业识别法律风险后, 接下来的工作就是必须准确评估法律风险, 并根据风险级别采取相应的处理策略。有效的反垄断合规制度总是得益于全面的风险评估。风险评估的工作要依赖合规顾问来完成。合规顾问是兼具行业知识(行业特点、市场结构、商业习惯等) 和法律知识的专家。他们的职责主要是: (1) 帮助企业准确评估商业行为的反垄断法律风险, 并据此为企业量身定做适合企业商业惯例、能够将企业反垄断法律风险控制在最低水平的反垄断合规制度。(2) 帮助企业了解防范反垄断法律风险的重点监控对象。如企业的销售人员经常与竞争对手在行业协会或者其他机构组织的会议中会面, 它遭致卡特尔行为的风险率较高; 在市场进入壁垒很高、交易对象市场力量较弱的行业中, 具有较大市场份额的企业往往容易遭到滥用市场支配地位行为的法律风险。(3) 帮助企业营造内在的反垄断合规文化。(4) 在具体的商业行为发生后, 帮助企业准确评估该商业行为的反垄断法律风险(是否构成垄断行为、该行为可能遭致的法律责任), 并为企业提供具体的策略选择(是否申请豁免)。

尽管证据法中普遍暗含“凡是知道案件情况的单位和个人, 都有义务出庭作证”^③的规则, 而“如果当事人不能确信律师是否会说出对自己不利的信息, 当事人就不会向律师表达自己的

① See ABA, ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselors*, ABA Publishing 2005. p. 68.

② See ACCC, “Corporate Trade Practices and Compliance Programmes, 2005”. p. 14.

③ 如我国《民事诉讼法》第 72 条。

真实想法,这将导致当事人难以得到有效的法律服务”^①,为此,许多国家都赋予了律师“保密特权”(The Attorney-client Privilege)。对合规顾问而言,“保密特权”是盾也是矛。为避免因此项特权被宣布无效,这个“矛”被削掉锋尖,合规顾问必须谨遵如下程序:亲自进行合规审计;得到企业高层或者董事会授权;与企业员工面谈前必须告知面谈对象此次面谈仅供提供法律意见之需且须高度保密;确保只有企业员工参与面谈;不可以制作不必要的文件;审计文件必须标识“保密”字样;递交给企业高管的审计报告,待其审阅,必须悉数返回^②。

4. 开展内部审计、向企业高层或者执法机构报告,控制法律风险。内部合规审计是通过企业的行为与商业惯例来揭示企业违反反垄断法或者可能违反反垄断法的潜在风险的检查,它是判断企业是否遵守反垄断法律规定的行之有效的技术。(1) 审计的功能。内部合规审计既包括对企业文件是否含有反竞争内容的审查,也包括对企业高管和员工的审查,其功能包括在反垄断执法机构调查或者起诉前发现企业的反竞争行为;在企业认为自己的行为已经违反了反垄断法的时候,帮助企业判断该类违反行为的性质、程度;当企业竞争行为的性质模糊不清之时,帮助企业通过诉讼减少法律风险;评估企业反垄断合规制度的有效性。(2) 审计决定的做出。内部合规审既有“体检”的功能,也负有治病的职责,因此,内部合规审计通常包括常规审计(一年一审或者周期固定性审计),也包括临时审计。如果企业有理由怀疑存在何种竞争违法行为,那么企业应该立即开展高效的内部临时审计。企业决定做出临时审计的考量因素包括:近期内,企业是否做过内部合规审计?审计中是否发现了反垄断问题?企业是否被起诉或者受到被起诉威胁?企业的商业模式、竞争行为、人事等是否发生了重要变化?企业所处的行业是否属于垄断行为多发区?企业是否具有发现垄断行为的有效工具?企业是否确信其员工知悉企业的合规制度与相关反垄断法律规定?企业所属行业是否高度集中,企业的市场份额是否较大?(3) 审计的范围。确定审计的范围非常重要,执法机构普遍推荐的审计清单包括:企业以前的反垄断诉讼(如判决、禁令)或者调查情况(如经营者承诺协议内容);诉讼威胁情况;产品价格异常的增长;市场份额过于稳定;价格垄断协议;客户、地域、产品市场分割协议;行业统计数据或者其他竞争相关信息的交换;报告制度是否可靠;行业协会会议内容等。(4) 审计结果处理。如果审计发现企业的确存在垄断行为,但该类行为尚不足以引发刑事法律风险,合规顾问必须向企业高层(董事会)报告,并要求企业及时停止该行为,同时要对其进行深度面谈,以决定企业进一步策略。如果合规顾问发现企业存在严重违反反垄断法的行为,那么它将考虑是否向执法机构报告,以便换取“合格告密者”的身份。如果企业不满足“合格告密者”,合规顾问将综合考虑其他“量刑因素”,以为企业减少实际损失。

还必须提及的是,作为预防反垄断法律制度的措施,合规制度从来没有普遍适用的模板,它必须根据企业的商业模式、行业特点等因素量身定制。故此,在行业协会因其具有的独特资源、信息、知识、人才等因素能够制定出比执法机构的反垄断合规模版更有行业适用性的行动指南、在提供合规教育培训方面更有独特优势,它不愧是企业制定反垄断合规制度的“不器之器”。另外,在反垄断法律制度具有趋同性但尚未完成一致性的背景下^③,跨国经营的企业在进驻他国之前,必须检视该国相关法律规定,做到“本地化”的思考,以事先预防冲突产生;而当本国法与所在国法产生冲突或在企业的反垄断合规制度与当地产生冲突之时,选择规定最严格者来制定或者调整反垄断合规制度也是企业应该遵循的规则。

① See *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976).

② Julian Joshua, “Antitrust Compliance Programmes For Multinational Companies”, *International Financial Law Review*, Vol. 20, 2001. pp. 65-69.

③ See Katalin Judit Cseres, “Competition Law and Consumer Protection”, *Kluwer Law International* 2005. p. 167.

结 语

2014 年 6 月，国家工商行政管理总局在对接受北京盛开体育发展有限公司提出的整改措施承诺后，对其做出中止调查的决定，但同时要求该公司“定期开展法律培训，教育公司全体员工认真学习法律知识，将知法守法作为当事人内部考核的一项重要指标^①。”这意味着，执法机构对企业建立反垄断合规制度的柔性要求在不知不觉中完成了“任意性到附条件强制性”的转向。2015 年新年伊始，搭乘十八届四中全会全面推进依法治国之风，中国三大反垄断执法机构纷纷表示，“2015 年反垄断执法应该更上一层楼，要更加关注民生，防止滥用垄断行为的发生。”对企业而言，这是执法机构释放加强反垄断执法力度的信号、是法律威慑将进一步的信号、更是强制合规的信号。企业实现反垄断合规，通常要历经三个阶段，即“承诺合规”阶段，这是企业合规的起点“文本合规”阶段，这是企业“合规的技术化”；“文化合规”阶段，这是企业“合规的惯例化”，是企业反垄断合规制度实施的终点。反垄断执法实践表明，在奔赴合规之地的旅途中，企业总是手握“单程票”，即一旦企业将合规作为其主要行为方式、达到“合规惯例化”阶段，鲜有企业退回不合规老路情况的发生。“革新就是生长”，对素有以执法为重的反垄断执法机构而言，要转变思路，积极鼓励、引导企业主动根据本企业的市场、行业、规模等特点建立自己的反垄断合规制度；对还停留在“法律风险预防”就是事后救济的企业而言，要扬鞭奋蹄再出发，建立自己的合规制度、建设合规文化，惟其如此才能走向反垄断法律风险控制的阳光大道。

(责任编辑：杨晨阳)

On Enterprise Anti-monopoly Compliance Program and Its Establishing Path

Yu Ling

Abstract: To establish its own anti-monopoly compliance program (CP) is the basic tool to enterprises who want to control anti-monopoly legal risks and it highly consistent with the philosophy of “To prevent is much better than to relief”. An effective GP can help enterprises and its employees to keep potentially adverse consequences away and take a variety of potential benefits to them either. An effective CP is inevitable and rational. An effective CP means sticking to the core values of “effective”, embracing the “basic two objectives” and focusing on the “four procedures”. Only by these, the enterprises can detect legal risks, evaluate legal risks and can control legal risks.

Keywords: Anti-monopoly Legal Risks; Legal Relief; Compliance Program; Compliance Commitments

① 国家工商行政管理总局 《竞争执法公告 2014 年第 14 号：北京盛开体育发展有限公司垄断案》。