

《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》的启示 — 已达成的横向垄断协议该何去何从

作者：马辰 | 仕达 | 郭潇

一、引言

近日，国家市场监督管理总局反垄断局编写的《2019年反垄断规章和指南汇编》一书正式出版，该书首次公开披露了由国务院反垄断委员会制定的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》等四部重磅反垄断指南。

本文基于由国务院反垄断委员会于2019年1月4日正式成文的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（“《宽大指南》”）的具体规定及本所的实践经验，重点分析了该指南对已达成横向垄断协议的经营者的影响和启发，也即已达成横向垄断协议的经营者在现有的法规框架内最大程度地减低违法处罚。

二、《宽大指南》的制定背景和体例

关于垄断协议宽大制度的规定，最初出现在《反垄断法》第四十六条第二款：“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚”。在市场监管总局于2019年发布的《禁止垄断协议暂行规定》中对垄断协议的宽大制度也有细化规定。

为了指导宽大制度在横向垄断协议案件中的适用，根据国务院反垄断委员会的工作计划，国家发展改革委价监局起草了《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（征求意见稿），并于2016年2月3日公开征求意见。国务院反垄断委员会最终正式出台的《宽大指南》于2019年1月4日成文，其在2016年征求意见稿的基础上做出了修改，一共包含十六个条文，详细规定了《宽大指南》的目的和依据，制度意义，适用范围，申请宽大的实操性规定（包括申请时间、应提交的材料和证据、申请宽大的形式、应满足的其他条件、宽大顺位的确定等），执法机构的审理审查，免除、减轻罚款，减免没收违法所得，执法机构决定的公开和保密义务等。

三、是否所有的垄断协议都能适用《宽大指南》？

《宽大指南》第三条明确规定，“本指南仅适用于横向垄断协议案件”，并且其中所指的“垄断协议”均指横向垄断协议。《宽大指南》不适用于纵向垄断协议案件。

四、经营者为什么要申请宽大？有什么好处？

对于达成横向垄断协议的经营者，一旦其横向垄断协议行为被执法机关查处，可能面临上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的巨额罚款。主动申请宽大的经营者，根据其申请宽大的时间先后排序，确定不同的顺位，可能被执法机关免除、减轻罚款，并可能减免没收违法所得，详见下表。

表 1：申请宽大的顺位及免除、减轻罚款的力度

顺位	免除、减轻罚款的力度
第一顺位	1. 可以免除全部罚款，或者按照不低于 80% 的幅度减轻罚款 2. 在执法机构立案前或启动调查程序前申请宽大并确定为第一顺位的，将免除全部罚款 3. 组织、胁迫其他经营者参与达成、实施垄断协议或妨碍其他经营者停止该违法行为的，不对其免除处罚，但可以相应减轻处罚
第二顺位	可以按照 30% 至 50% 的幅度减轻罚款
第三顺位	可以按照 20% 至 30% 的幅度减轻罚款
后序顺位	1. 可以按照不高于 20% 的幅度减轻罚款 2. 一般情况下，同一案件中最多给予三个经营者宽大；如果案件重大复杂、涉及经营者众多，并且申请宽大的经营者确实提供了不同的重要证据，可以考虑给予更多的经营者宽大

执法机构在减免罚款的同时可以考虑参考前述规定处理经营者的违法所得。

五、经营者应当何时申请宽大？

经营者申请宽大的时间，包括两种情形：

1. 执法机构立案前或者依据《反垄断法》启动调查程序前；或
2. 执法机构依据《反垄断法》启动调查程序后、作出行政处罚事先告知前。

六、申请宽大时，程序上有什么注意事项？

问题	回答
找谁申请？	国务院反垄断执法机构（《宽大指南》中将其简称为“执法机构”）
如何申请？	向执法机构提交垄断协议有关情况的报告及重要证据；其中报告可以是书面或口头形式的
申请前是否有前置程序？	执法机构鼓励经营者尽可能早地报告垄断协议有关情况。经营者在申请宽大前，可以匿名或实名通过口头或书面方式与执法机构进行沟通，但事先沟通并非必经程序
申请宽大之后，有何凭证？	经营者按要求提供报告和重要证据后，执法机构将向其出具书面回执，明确收到的时间及材料清单

七、如何准备申请宽大的材料？

申请宽大的经营者需要向执法机构提交垄断协议有关情况的报告（该报告可以是书面的，也可以是口头的）及重要证据。对于申请免除处罚的经营者及申请减轻处罚的经营者，《宽大指南》对其应提供的报告及重要证据的要求有所不同，整体而言，申请免除处罚的经营者应提交的报告内容更为详实，而申请减轻处罚的，则需要提供具有显著证明效力的证据才视为重要证据。

申请类型	报告	重要证据
申请免除处罚	<p>报告应当明确承认经营者从事了涉嫌违反《反垄断法》的垄断协议行为，详细说明达成和实施垄断协议的具体情况，具体包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 垄断协议的参与者基本信息； 2. 垄断协议的情况； 3. 垄断协议主要内容； 4. 影响的地域范围和市场规模； 5. 实施垄断协议的持续时间； 6. 证据材料的说明； 7. 是否向境外执法机构申请宽大； 8. 其他有关文件、材料。 	<p>重要证据是指：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 执法机构尚未掌握案件线索或重要证据的，足以使执法机构立案或依据《反垄断法》启动调查程序的证据； 2. 执法机构立案后或者依据《反垄断法》启动调查程序后，执法机构尚未掌握的，并且能够认定构成《反垄断法》第十三条规定的垄断协议的证据。
申请减轻处罚	<p>报告需要包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 垄断协议的参与者； 2. 涉及的产品或者服务； 3. 达成和实施的时间、地域等。 	<p>重要证据是指，执法机构尚未掌握的，并对最终认定垄断协议行为具有显著证明效力的证据，包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 在垄断协议达成方式和实施行为方面具有更大证明力或者补充证明价值的证据； 2. 在垄断协议的内容、达成和实施的时间、涉及的产品或者服务范畴、参与成员等方面具有补充证明价值的证据； 3. 其他能够证明和固定垄断协议证明力的证据。

八、是否只要提交报告和重要证据，就能获得宽大？

经营者提交报告和重要证据后，并不意味着必然会获得宽大。还需要满足如下几个条件：

1. 立即停止涉嫌违法行为，但执法机构为调查目的要求其继续实施的除外；
2. 配合调查工作；
3. 妥善保存并提供证据和信息；
4. 未经执法机构同意，不得对外披露申请宽大的情况；
5. 不得有其他影响调查的行为。

经营者未履行前述义务的，执法机构将取消其顺位，从而无法获得宽大。

九、提交的报告和重要证据，是否会对经营者自身不利？

整体而言，申请宽大的经营者如果能够按照要求提供报告和重要证据，配合执法机构的调查，并取得靠前的顺位，其可以免除或减轻罚款，这对于经营者自身是一种比较理想的结果。有些时候，主动申请宽大也不失为一种打击竞争对手的方法。同时，《宽大指南》中还包括如下规定，能在一定程度上减轻经营者申请宽大的顾虑：

1. 首先，经营者申请宽大所提交的报告、形成的文书等材料，未经经营者同意不得对外公开，任何单位、个人均无权查阅。
2. 其次，执法机构不予宽大的（例如，未能取得靠前的顺位），则执法机构不以经营者提交的材料作为认定从事垄断协议行为的证据。

但值得注意的是，执法机构决定给予宽大的，应当在决定中写明给予宽大的结果和理由，并依法将决定及时向社会公布。因此，申请宽大的事实最终会予以公开。

十、近期是否有适用宽大制度免除或减轻处罚的案例？

在反垄断执法机构公布的横向垄断协议案件中，成功适用宽大制度免除或减轻处罚的案例时有发生。2020年7月2日，市场监管总局反垄断局在其网站上发布了“湖南中民燃气有限公司与怀化铁路经济技术开发区有限公司达成并实施垄断协议案行政处罚决定书”，当事人之一依法申请了宽大并最终免除处罚，而另一位当事人则被处以2018年度销售额3%的罚款。

十一、实操建议

如果经营者在自查过程中发现可能已经达成了横向垄断协议，我们建议从以下几个方面综合评估，最终决定是否及时争取宽大：

1. 相关协议被认定为横向垄断协议的可能性；
2. 相关协议是否存在被豁免的可能性；
3. 经营者所处的行业是否为反垄断执法机构的执法重点；
4. 相关协议被第三方（例如供应商、客户、行业协会等）举报的可能性；
5. 参与达成、实施相关横向垄断协议的经营者争取宽大处理的可能性，及可能争取到的顺位。

十二、结语

《宽大指南》的正式公布有助于提高经营者申请宽大、争取免除或减轻处罚的可操作性，进而降低执法成本，也将增加执法机构工作的透明度。如果经营者在自查过程中发现其可能已经达成了横向垄断协议，宜尽早综合前文所述的相关因素对是否申请宽大进行利弊评估，（在决定申请宽大后）以最快的速度准备报告和重要证据，争取靠前的顺位，以最大程度上减低违法处罚。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com