

以诚意改正换取终止调查 — 浅析《垄断案件经营者承诺指南》

作者：马辰 | 仕达 | 杜波

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《垄断案件经营者承诺指南》等四部重磅反垄断指南。

对于不幸陷入反垄断调查的经营者而言，适时通过提出承诺的方式，最终换取执法机构的终止调查，是在成功抗辩以外的次优结果，能够帮助企业避免行政处罚以及高额罚款。本文旨在结合最新公布的《垄断案件经营者承诺指南》，帮助广大经营者迅速了解如何在垄断案件的调查中成功适用经营者承诺制度“转危为安”。

一、经营者承诺制度的前世今生

《垄断案件经营者承诺指南》将垄断案件调查过程中适用的经营者承诺、中止调查及终止调查程序合称为“经营者承诺制度”。

《反垄断法》第四十五条为经营者承诺制度提供了上位法依据，明确指出，对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。出现经营者未履行承诺等法定情形的，反垄断执法机构应当恢复调查。

国家市场监督管理总局2019年7月1日发布的两部《反垄断法》配套规章——《禁止垄断协议暂行规定》和《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》，分别对涉嫌垄断协议和涉嫌滥用市场支配地位的经营者在被调查期间如何适用经营者承诺制度的有关程序和实体内容做出了进一步细化规定，明确了被调查的经营者可以提出中止调查申请的时间、中止调查申请的形式和内容、反垄断执法机构决定是否中止调查的考虑因素、中止调查决定作出后对承诺履行情况的报告和监督、以及何种情形可以终止调查何种情形应当恢复调查等内容。

此次公开的《垄断案件经营者承诺指南》中的大部分内容与前述两部暂行规定中与经营者承诺制度相关的规定是重合的。与此同时，《垄断案件经营者承诺指南》对经营者承诺措施的具体类型、期限和经营者承诺的变更和撤回等《反垄断法》和两部暂行规定未予载明的内容做了补充规定，具有较好的指引和借鉴意义。

二、经营者承诺制度不是包医百病的“灵丹妙药”——核心卡特尔行为是无法被救赎的

我国《反垄断法》没有限制经营者承诺制度适用的案件类型，理论上说似乎该制度可以适用于所有的垄断案件。

《垄断案件经营者承诺指南》第二条厘定了经营者承诺制度的适用范围。将核心卡特尔案件，即《反垄断法》第13条第（1）至第（3）项列举的具有竞争关系的经营者之间固定或者变更商品价格、限制商品生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的横向垄断协议案件，排除在经营者承诺制度的适用范围之外，禁止反垄断执法机构接受经营者就核心卡特尔案件提出承诺，实施中止调查。这一规定并非新创，《禁止垄断协议暂行规定》中即有此等内容。

值得一提的是，对于违法实施经营者集中（即应报未报）案件以及经营者集中未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的案件而言，《垄断案件经营者承诺指南》和其他《反垄断法》配套规定似乎既未明确说明此类案件可以适用经营者承诺制度，也未明文禁止。但是，从截至目前公开的20逾起成功适用经营者承诺制度中止调查的案件来看，没有一例涉及经营者集中类案件。从案件类型看，已经公开的案例绝大部分都是滥用市场支配地位类案件，仅有零星几个涉及垄断协议类案件。由此推测，与《反垄断法》规制的其他垄断行为相比，实践中涉嫌实施滥用市场支配地位行为的经营者通过诚意改正换取终止调查结果的成功率可能更高。

三、想要“痛改前非”，需要懂得把握最佳时机——中止调查申请何时提出至关重要

《垄断案件经营者承诺指南》鼓励经营者尽可能早地提出承诺。反垄断执法机构采取《反垄断法》第三十九条规定的任一调查措施后，经营者均可提出承诺。

《垄断案件经营者承诺指南》为中止调查申请的提出设定了一个最后期限，即反垄断执法机构作出行政处罚事先告知前。无论如何，被调查的经营者提出承诺的时间不得晚于反垄断执法机构作出行政处罚事先告知的时间。行政处罚事先告知的作出，意味着反垄断执法机构已对涉嫌垄断行为调查核实并认为构成垄断行为，此时反垄断执法机构应当依法作出处理决定，而不宜再接受经营者提出的承诺。

四、经营者承诺制度并非来者不拒、有求必应——想要成功适用需要满足特定条件

从《垄断案件经营者承诺指南》的规定可以看出，只要不涉及核心卡特尔行为，被调查的经营者均可提出承诺，申请中止调查。但是，是否接受经营者提出的承诺，反垄断执法机构具有很大的自由裁量权。概括地说，反垄断执法机构将综合考虑经营者实施涉嫌垄断行为的主观态度，涉嫌垄断行为的性质、持续时间、后果、社会影响，以及经营者承诺的措施及其预期效果等具体情况以决定是否中止调查。

从截至目前公开的20逾起成功适用经营者承诺制度的案件来看，反垄断执法机构赖以中止调查的原因有一个共性，即“当事人积极配合调查，对存在的问题认识较为深刻，其提出并积极予以落实的整改措施能够消除和挽回其行为造成的影响，达到了反垄断执法的目的。”从未予批准中止调查申请的几起公开案件来看，如下事由可能导致案件不符合中止调查条件，反垄断执法机构不予中止调查：第一，涉嫌垄断行为持续时间长、影响范围广，被调查的经营者承诺的整改措施无法消除违法行为的危害后果；第二，当事人提交的申请未承诺在一定期限内采取具体措施消除垄断行为后果；第三，被调查的经营者没有认识到自身行为的违法性，坚持辩称其不存在违法行为。

五、中止调查不是故事的结局——警惕恢复调查导致前功尽弃

中止调查并不意味着调查的彻底结束，如果经营者未履行承诺还可能面临恢复调查等不利后果。《垄断案件经营者承诺指南》明确规定，中止调查后，经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。但是，如果出现《反垄断法》第四十五条第三款规定的三种情形，反垄断执法机构应当恢复对涉嫌垄断行为的调查。这三种法定情形分别是（一）经营者未履行承诺的；（二）作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的；（三）中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。此外，需要特别注意的是，反垄断执法机构基于上述第（一）和第（三）项理由恢复调查时，不再接受经营者提出新的承诺。换句话说，经营者无法再获得中止调查的结果。但是，反垄断执法机构基于第（二）项理由恢复调查时，可以基于新的事实接受经营者再次提出承诺。

从公开渠道可以获得的信息显示，截至目前，中国尚未出现过反垄断执法机构对中止调查的案件恢复调查的案例。从以往的执法实践来看，企业获得中止调查决定若干时间（短则半年，长则两三年）后，大多获得了“终止调查”的结果¹。

六、首次犯错可能被原谅，屡次犯错难以容忍——合规经营警钟长鸣

合规经营是一个永恒的课题，须持之以恒，常抓不懈。对于成功适用经营者承诺制度获得反垄断执法机构谅解的经营者而言尤其如此。一旦其后续再次实施垄断行为，特别是与前一次被调查的行为相同类型的垄断行为，将可能遭到从重处罚。举例来说，北京市发改委在北京市某行业协会组织本行业的经营者达成横向垄断协议案处罚决定（京发改价格处罚（2017）84号）中披露，该执法机构数年前曾就当事人实施的垄断行为作出中止调查决定。当事人后续组织本行业的经营者达成横向垄断协议的行为属于与前次涉嫌实施的垄断行为同类型的垄断行为，该执法机构将屡查屡犯作为后案从重处罚的情节，对当事人作出从重处罚²。此外，《垄断案件经营者承诺指南》将经营者实施涉嫌垄断行为的主观态度作为是否中止调查的考量因素之一，足以见得其对当事人主观恶性这一因素的重视程度。

面对反垄断执法机构发起的反垄断调查，有效适用经营者承诺制度，获得中止调查决定在部分情况下是被调查者可以选择的一个最优选项。但正如前文提到的，经营者承诺制度适用范围有限，并且反垄断执法机构对于是否接受承诺有很大的自由裁量权，成功适用经营者承诺制度换取终止调查的结果也非易事。此外，尽管《垄断案件经营者承诺指南》特别澄清反垄断执法机构作出的中止调查和终止调查决定不应作为涉案行为是否构成垄断行为的相关证据，但是此等决定的对外公开极有可能会增加相关方提起后继民事诉讼的风险。有基于此，经营者承诺制度更多是略显无奈的次优选择，对于广大经营者而言，更加万无一失的做法可能是防患于未然，提升合规意识，强化合规管理，将风险扼杀在摇篮里，不让反垄断执法机构来敲门。

¹ 部分案件并未对外公布是否终止调查。

² 参见 <http://www.beijingprice.cn/c/2018-01-04/501583.shtml>。

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