

经营者反垄断合规体系的构建

作者：林熙翔

2020年7月3日，上海市市监局就《经营者竞争合规指南（征求意见稿）》地方标准公开征求意见。此项标准征求意见稿就经营者依据反垄断法相关规定参与市场竞争的基本要求，包括领导、组织、过程、保障及评价与改进的要求作出规定，旨在为上海市各类经营者和行业协会开展竞争合规管理提供指引。作为背景，2019年11月，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）出台了《经营者反垄断合规指南（公开征求意见稿）》，向社会公开征求意见。随后，上海市市监局、浙江省市监局、山东省市监局、江西省市监局、河南省市监局发布相继发布地方反垄断合规指引。在国家及地方开始推进反垄断合规体系的建设，以及复工复产、优化营商环境的大背景下，一些地方启动反垄断专项执法行动，重点查处垄断行为。整体而言，反垄断执法活动呈现出更为活跃和更为严厉的趋势，以近期几例高额罚单为例：

2019年7月，一家整车制造商因其限定下游经销商整车最低转售价格的行为，被市场监管总局处以1.628亿元的罚款。

2019年12月，一家整车制造商因其限定经销商网络报价和部分车型整车转售价格的行为，被江苏省市监局处以8,761.3万元的罚款。

2020年4月，市场监管总局公布三家葡萄糖酸钙原料药经销企业滥用市场支配地位案，开出原料药领域迄今为止最大罚单，罚没款共计3.255亿元。

2020年6月，市场监管总局公布广东19家混凝土企业达成并实施垄断协议的行为，被广东省市监局处以765万元的罚款。

如何构建和实施行之有效的反垄断合规制度，以避免违反适用规则的潜在不利后果，并且在合规的框架内保持竞争优势，是经营者亟待思考和解决的议题。本文旨在结合市场监管总局和地方合规指南征求意见稿、境外司法管辖区域的成熟实践以及以新近的上海市市监局出台地方标准征求意见稿，初步回应两个基础性问题：“为何合规”以及“何以合规”，供经营者以及合规工作者参考和讨论。

1、合规致远：构建反垄断合规体系的现实收益

构建合规体系以及倡导竞争合规的企业文化，首先，有助于企业避免由于违反反垄断法的行为导致的诸多潜在不利后果：

商业模式（例如特定的经销模式、排他知识产权许可安排或者独家采购/销售安排）的稳定性和可持续性因执法机构的挑战而受实质影响；

显著的行政处罚，包括没收违法所得，并最高处经营者上一年度销售额（指经营者的总销售额，而非涉案销售额）10%的罚款。就主要的反垄断违法行为在现行反垄断法律法规体系下以及2020年1月市场监管总局出台《<反垄断法>修订草案（公开征求意见稿）》体系下的具体行政处罚，我们在本文附件1中以清单形式作简要总结；

因反垄断违法行为导致的企业声誉损失以及影响投资者信心；

因应对执法机构调查的危机管理导致的管理层时间和精力分散以及显著的法律成本；

商业合同因违反反垄断法而影响其效力和可执行性；

执法机构作出行政处罚之后所引发的后继民事诉讼；

影响资本市场运作，例如可能影响发行人就其业务合规性或“无重大行政处罚”作出正面陈述，以及可能面临竞争者、供应商或客户向证券监督管理机构或竞争执法机构的“狙击式”投诉举报，从而实质性阻碍或延迟交易进程。

其次，亦有助于企业从如下方面受益：

及时了解和终止企业相关业务环节或部门的反垄断违法行为，根据适用情况考虑申请适用“宽大政策”，通过主动报告和提供重要证据，争取免除或减轻处罚；或者，在执法机构掌握足够认定违法行为的证据之前，通过书面承诺在

执法机构认可的期限内采取具体措施消除行为影响的方式，提出中止或终止调查书面申请。从执法先例来看，执法机关将经营者是否建立了完善的长期合规体系、是否组织和加强竞争培训作为一项决定中止、终止调查或减轻处罚的参考因素。就相关执法先例，我们在本文附件2中以清单形式作简要总结：

协助管理层和业务部门理解“游戏规则”，一方面在规则边界较为明确之处采用各种措施和模式开展竞争，在规则边界相对模糊之处不加迟疑地征询法律意见以调整措施或模式；另一方面在其权益受到来自竞争者、客户或供应商的反垄断违法行为侵犯时，采取适当的应对措施，向执法机构投诉举报。

最后，值得提示的是：

反垄断合规对于中小企业而言同样意义显著。尽管企业规模和市场份作为一项重要考虑因素，在许多情境下会影响是否构成反垄断违法行为以及是否具有豁免或抗辩理由的判断，但是，从避免达成“垄断协议”的角度（关于“垄断协议”的风险识别和处置因素请见本文第2点的分析），同行业的中小企业在从事联合采购、生产、研发、营销、销售、仓储、物流、售后等合作事宜、上下游行业的中小企业之间规定转售价格、限定最低转售价格等安排时，均可能使得中小企曝露于潜在的反垄断违规风险中。2020年6月12日，上海市市监局制作了一份“关于中小企业对垄断协议豁免制度知晓情况的调查问卷”，向社会征集回复，借以了解中小企业对垄断协议豁免情形、适用条件等方面的认知情况以及对相关规定的意见与建议，亦侧面说明中小企业日常经营中可能面临的反垄断合规风险，以及上海市市监局有意就中小企业如何适用豁免制度豁免相关垄断协议作出具体指导。目前从国家和地方层面，尚无如何具体适用垄断协议豁免制度的先例或制度，上海市市监局在反垄断执法和倡导领域的先行姿态，使得这一指引变得更可期待；

反垄断合规对于经营者开展海外投资以及海外日常经营也具有实际意义。《中央企业合规管理指引（试行）》、《企业境外经营合规管理指引》和上海市市监局就《经营者竞争合规指南（征求意见稿）》等实操性指引，均就海外投资以及海外日常经营中的反垄断合规问题作出提示和要求。反垄断和竞争执法具有一定普适性，但是各司法辖区的具体规则、执法尺度和趋势均有所不同，如经营者涉及海外投资或海外日常经营，需投入必要精力研究所在国法律

法规和国际规则，确保其经营活动的各流程和方面合规以及能够为所在国业务开展提供一般性的指导。

2、何以合规：基于业务场景的风险识别、评估、处置和回顾

结合总局合规指南征求意见稿、各地的反垄断合规指引以及境外主要司法辖区竞争执法机构的反垄断合规指引，反垄断合规体系构建的方法论是基于业务场景和以风险控制为核心的四步骤：风险识别、风险评估、风险处置和回顾分析。

由于不同行业的业务模式、市场结构、不同企业的规模、市场份额和活跃程度、存在反垄断合规关注的不同行为具体的执法实践等各方面均存在差异，因此，企业反垄断合规体系的构建在一项通行的方法论之下通常需要“量体裁衣”，以贴合业务场景、匹配业务人员认知和工作方式、嵌入审批或执行流程的方式将企业合规体系“落地”。

2.1 风险识别和风险评估

我们以清单形式列举常见的反垄断合规关注、主要风险识别、风险评估时需考虑的因素及可能适用的正当理由，供企业内部合规工作者作为一般性参考，并根据企业业务状况、规模大小和行业特性，基于具体业务场景作识别相关风险，评定相关风险等级。

合规关注/风险识别		风险评估因素	正当理由
A. 日常经营之横向方面：与竞争者之间的合作/协同			
横向垄断协议	- 固定/变更商品价格 - 限制商品的生产数量/销售数量 - 分割销售市场/原材料采购市场 - 限制购买新技术、新设备/限制开发新技术、新产品 - 联合抵制交易 - 串通招投标 - 交换“竞争敏感信息” “平台轴辐合谋”	- 经营者达成、实施协议的相关事实 - 经营者销售产品市场、地域市场的范围 - 经营者在相关市场的市场份额大小 - 经营者的员工是否经常与竞争者的员工共同参加行业协会等组织举办的活动 - 经营者中担任重要销售/管理岗位的员工是否来自于竞争对手 - 经营者所处行业是否圈子较小且人员流动频繁 - 经营者与竞争者达成合作，例如设立合营企业 - 经营者所处行业是否面临反垄断执法调查 - 经营者是否签署含排他性条款的知识产权许可协议（尤其是与竞争者之间） - 经营者签署的协议中是否设定行业标准 - 经营者与竞争者之间的程序算法是否可能自动实施协同 - 经营者是否在公开渠道之外获取竞争者的价格和定价信息，是否不时对外公开商品调价、成本等敏感信息	- 为改进技术、研究开发新产品 - 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准/实行专业化分工 - 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力 - 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益 - 因经济不景气，为缓解销售量严重下降/生产明显过剩 - 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益 注：在运用正当理由时，应考虑协议实现正当理由的形式和效果；协议与正当理由之间的因果关系；协议是否是实现正当理由的必要条件等
B. 日常经营之纵向方面：与供应商/经销商/客户之间的业务来往			
纵向垄断协议	- 固定转售商品的价格； - 限定最低转售价格 - 排他性销售/购买 - 限制经销商实施被动销售与交叉供货的地域限制/客户限制	- 经营者是否签署期限较长的排他性协议 - 经营者是否与下游客户签署限制转售商品/服务的协议，如限定价格（包括固定价格要素，如经销利润、折扣和返利条件等）、地域等 “品牌内”下游经营者的市场竞争结构 “品牌间”经营者的市场竞争结构 - 本清单A部分所列的适用因素	同本清单A部分
滥用市场支配地位	以不公平的高价销售/以不公平的低价采购商品	- 销售价格/购买价格是否明显高于/明显低于其他经营者在相同/相似市场条件下销售/购买同种商品/可比较商品的价格 - 销售价格/购买价格是否明显高于/明显低于同一经营者在其他相同/相似市场条件区域销售/购买商品的价格 - 在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格/降低购买价格 - 销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度，/购买商品的降价幅度是否明显高于交易相对人成本降低幅度	- 是否为法律、法规所规定 - 对社会公共利益的影响 - 对经济运行效率、经济发展的影响 - 是否为经营者正常经营及实现正常效益所必须 - 对经营者业务发展、未来投资、创新方面的影响 - 是否能够使交易相对人/消费者获益
	没有正当理由，以低于成本的价格销售商品	低于成本的价格销售商品，应考虑价格是否低于“平均可变成本”。	- 降价处理鲜活商品、季节性商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的 - 因清偿债务、转产、歇业降价销售商品 - 在合理期限内为推广新产品进行促销
	没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易	- 是否实质性削减与交易相对人的现有交易数量 - 是否拖延、中断与交易相对人的现有交易 - 是否拒绝与交易相对人进行新的交易 - 是否设置限制性条件，使交易相对人难以与其进行交易 - 是否拒绝交易相对人在生产经营活动中，以合理条件使用其必需设施	- 因不可抗力等客观原因无法进行交易 - 交易相对人有不良信用记录/出现经营状况恶化等情况，影响交易安全 - 与交易相对人进行交易将使经营者利益发生不当减损
	没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易/只能与其指定的经营者进行交易	限定交易行为可以是直接限定，也可以是以设定交易条件等方式变相限定	- 为满足产品安全要求所必须。 - 为保护知识产权所必须。 - 为保护针对交易进行的特定投资所必须。
	没有正当理由，搭售商品或服务，/在交易时附加其他不合理的交易条件	- 是否违背交易惯例、消费习惯/无视商品的功能，将不同商品捆绑销售/组合销售。 - 是否对合同期限、支付方式、商品的运输及交付方式/服务的提供方式等附加不合理限制 - 是否对商品的销售地域、销售对象、售后服务等附加不合理的限制	- 符合正当的行业惯例和交易习惯 - 为满足产品安全要求所必须 - 为实现特定技术所必须

		附随义务 是否交易时在价格之外附加不合理费用	
	没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。	- 是否实行不同的交易价格、数量、品种、品质等级 - 是否实行不同的数量折扣等优惠条件 - 是否实行不同的付款条件、交付方式 - 是否实行不同的保修内容和期限、维修内容和时间、零配件供应、技术指导等售后服务条件	- 根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件。 - 针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动。
C. 兼并收购；投融资			
具有或可能具有排除、限制竞争的“经营者集中”行为	- 应当申报而未申报即实施集中 - 申报后未经批准实施集中 - 违反附加限制性条件决定 - 违反禁止经营者集中的决定实施集中	- 交易是否导致并购或投融资标的“控制权变更” - 参与集中的经营者是否达到法定营业额标准 - 交易是否存在同时竞购的竞争者 - 参与集中的经营者在相关市场的市场份额和市场控制力 - 相关市场的市场集中度 - 集中对于市场进入、技术进步的影响 - 交易相关方是否涉及海外业务和/或资产 - 交易相关方涉及“抢跑”行为	- 交易是否符合豁免申报的情形 - 更为具体的分析和建议，可参考：海问观察：私募基金投资涉及的经营者集中申报。

2.2 风险处置

风险处置	具体示例
危机管理	危机处理的核心是恰当控制、及时补救和妥善应对： • 积极配合反垄断调查程序，勿拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为； • 主动报告达成垄断协议有关情况并提供“重要证据”，以争取减轻或豁免行政处罚； • 在执法机构掌握足够认定违法行为的证据之前，通过书面承诺在执法机构认可的期限内采取具体措施消除行为影响的方式，提出中止或终止调查书面申请。
承诺机制	承诺机制的核心是传递“合规无小事”的价值观： • 董事、监事以及高级管理人员牵头作出竞争合规的书面承诺，以此为契机促使管理层了解、熟悉和向全体职员传递“竞争合规”要求和价值取向； • 公司首席执行官或者其他高层管理人员应定期通过邮件或者其他直接沟通方式经常性的强调合规工作的重要性，以及员工应该如何遵守企业合规制度。
咨询/审核机制	咨询/审核机制的核心是将反垄断合规审查嵌入重大决策和日常业务流程。 企业应当建立反垄断合规管理部门，或者将反垄断合规管理纳入现有合规管理体系，以应对日常合规咨询，特别是如下情形建议事先咨询反垄断合规部门的意见和建议（例如在特定情形下采用所谓“清洁团队”的机制与竞争者展开潜在合作的评估和探索）： • 企业在制定标准化合同（特别是经销协议模板、销售渠道管理政策、经销模式及其调整）、签署重大业务合同（特别是涉及到与竞争对手之间的合同）； • 企业或其员工在加入行业组织、出席行业组织举办的重要活动或向行业组织提供任何重要资料之前，应适当咨询反垄断合规部门的意见 • 企业建立常规的市场调查机制（特别是通过非公开渠道收集竞争者的定价和量产信息）或对外披露其调价、量产增减和具体商业扩张或收缩策略； • 企业与竞争者洽谈和探讨建立合作和协同。
汇报机制	汇报机制的核心是确保企业的管理层能够了解日常运营中可能存在的反垄断合规风险和具体事实/信息，供管理层从容决策： • 反垄断合规负责人应定期向董事会或者首席执行官汇报企业反垄断合规工作的开展情况； • 反垄断合规负责人可以定期总结经营者在日常经营中遇到的合规风险并进行内部汇报，更新合规培训内容。
培训和倡导机制	培训和汇报机制的核心是确保“员工行动与企业利益协同一致”，原因是许多情形下员工是达成和实施“垄断协议”或其他反垄断违规行为的主体，但企业或管理层在反垄断执法中确是利益受损的主体，通过培训、倡导以及适当的奖惩机制可以尽量双方利益协同： • 就更容易暴露于反垄断合规风险的员工，如高级管理人员、销售和市场部门的员工、采购部门的员工、服务及公关部门的员工和从竞争者处横向招聘的员工等，定期开展反垄断合规培训，并设定考核机制； • 企业可以将合规制度印制成员工手册中的一章或一节，以供日常工作中学习、参考； • 将违反企业反垄断合规制度的行为列入企业行为手册（如有），如员工违反合规制度将作为违反劳动纪律或违反单位规章制度处理； • 建立合规匿名咨询热线，鼓励员工就企业经营过程中可能发生的反垄断违规行为向反垄断合规负责人报告，并设置相应奖励措施。

2.3 回顾分析

作为合规体系的第四步骤，企业需要定期“自上而下”地回顾风险识别、评估和处置的措施及其实施效果。上海市市监局的地方标准征求意见稿中，亦参考国内外管理体系标准，提出推荐企业在管理模式中采用“策划—实施—检查—改进”（“PDCA”）或其他事宜的管理模式对经营组织识别和确定的竞争合规事项实施管理，以及对竞争合规管理绩效进行监测，并在合理的成本和可接受风险的条件下持续改进。实践当中，如何落实回顾分析环节，殊为不易，可以考虑结合企业既有的风险控制部门的流程和机制回顾反垄断合规咨询/审核机制、汇报机制、培训和倡导机制的实施效果，或者由反垄断合规部门协调主要部门

就特定业务流进行抽查了解是否存在监管“空白”并适时纠正，或者结合企业的信息化工具探索实时在线监控和风险分析的可能性。

此外，由于市场竞争环境不断变化，且企业的经营情况和市场份额随时消涨，因此反垄断合规管理也处于动态之中。因此，除定期回顾分析之外，可以考虑特定情形下由反垄断合规部门主动发起回顾流程，例如企业快速增长、涉足新业务领域、推出新产品/服务、计划进行兼并收购、外部市场环境、企业自身或者所在行业面临反垄断执法等适用环境的重大变化时，重新识别和评估企业可能面临的反垄断合规风险。

3、结语

一家企业的合规体系是预防违法违规行为发生的第一道防线；如果合规体系中的每一步骤都能够设计得当且执行到位，可以最大程度帮助企业避免受到执法部门的关注。

如果企业希望能够因此受益，市场监管总局和地方的反垄断合规指引以及新近的上海市市监局出台地方标准征求意见稿对于企业审核其自身合规体系均提供了具有参考价值的指引，可以帮助企业快速熟悉反垄断法律法规的基本要求，搭建经营者合规框架，识别和防范反垄断法律风险，以及提供优化其合规程序提供了路线图。企业可以籍此为契机，审查或者建立自身的反垄断合规体系。海问也将跟进竞争执法机构的立法和实践，适时更新关于竞争合规方面的观察和思考。

附件1 反垄断违法行为的具体行政处罚

行为类型	《反垄断法》	《反垄断法》草案
经营者达成、实施垄断协议	由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。	《反垄断法》草案在保留原有针对垄断协议的处罚标准的基础上，将达成但未实施的垄断协议的最高罚款额从五十万元提高为五千万元
经营者滥用市场支配地位	由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1%-10%的罚款。	
经营者违反反垄断法实施集中	国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。	应报未报、抢跑、违反附加限制性条件决定等行为的最高罚款额从五十万元提高为上一年度企业销售额的1%-10%。
经营者实施垄断行为，给他人造成损失	依法承担民事责任	依法承担民事责任，构成犯罪的，依法追究刑事责任。
对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为	由反垄断执法机构责令改正，对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以向有关上级机关和监察机关提出依法给予处分的建议，对其他单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款，上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处五百万元以下的罚款；对个人可以处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
行业协会组织经营者达成垄断协议	反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。	反垄断执法机构责令停止违法行为，可以处五百万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

附件2 合规承诺作为适用“宽大政策”考量的案例

案件名称	调查结果	相关承诺
一家电信运营商宁夏分公司垄断案	宁夏回族自治区工商行政管理局于2016年12月9日作出终止调查决定	自开展涉嫌捆绑销售行为反垄断调查以来,公司领导思想上高度重视,组织相关人员认真学习宣传了《反垄断法》等法律法规。在全公司范围内开展自查自纠工作,加强对营销人员的培训,立即制止捆绑销售行为。
一家医疗科技公司纵向垄断协议案	国家发改委于2016年12月作出处罚决定	加强员工反垄断合规体系,完善公司反垄断合规制度。
一家药品集团采购联盟涉嫌垄断案	上海市工商行政管理局于2018年7月作出终止调查决定	(一)修订和完善了采购联盟工作制度 1. 认真修订采购联盟工作制度,制定修改了不限制市场交易机会、减小集团采购对市场竞争的影响、提高市场竞争的公平性、使消费者分享团购所产生的大部分利益等工作制度,并将上述制度体现在《采购联盟工作规则》、《药品集团采购工作实施办法》等文件中。 2. 补充制定了覆盖全流程的工作规则。建立了对应阳光平台动态调整的工作流程,保障医疗机构与药品企业的公平交易和药品供应。明确了团购价差使用的工作方案。 3. 多项措施保障“公开、透明”的基本原则落到实处。按照“公开、透明”的工作原则,研究和落实通过多渠道、多形式,加强与生产企业、经营企业的沟通、联系,把企业参与药品集团采购试点工作的相关信息、社会关注的热点信息进行及时有效地传递。
两家隐形眼镜公司垄断案	上海市市场监督管理局于2019年4月作出终止调查决定。	组织法律培训。加强对全体员工竞争法律法规的宣传教育,对全体员工特别是相关销售人员至少每2个月开展一次反垄断法、反不正当竞争法等法律法规知识培训班,倡导竞争文化,提高公平竞争意识,自觉抵制垄断行为和不正当竞争行为,并将执法守法作为公司内部考核的一项重要指标。
一家制药公司垄断案	江苏省市场监管局于2019年3月作出中止调查决定。	加强自身营销队伍建设,加强对国家竞争执法法律法规的学习,加强对销售人员的教育与管理,提高工作的积极性和责任感。
一家信息技术公司垄断案	北京市市场监督管理局于2020年3月作出终止调查决定。	组织法律培训,加强对全体员工,特别是市场、销售、法务、区域、服务等部门的竞争法律法规的培训和指导倡导和培养竞争文化,提高依法公平竞争意识,严格杜绝垄断行为,将培训知法作为员工上岗的必备条件。
三家电器公司垄断案	上海市物价局于2016年8月作出处罚决定。	上海市物价局在量罚时,将当事人“积极主动进行整改,修订合同条款,废止违反《反垄断法》的经销商管理规定,进行内部合规培训与考核”作为考量因素之一。
14家会计师事务所垄断协议案	山东省工商行政管理局于2018年5月作出处罚决定。	山东省工商行政管理局在决定处罚时,考虑到“某会计师事务所作为会长单位在本局启动调查后能够充分认识到相关行为涉嫌违法,积极带领全体会员单位正确学习和认识《反垄断法》,并于2016年5-7月主动将尚未分配的收入统筹款项退还。”的行为,作出了从轻处罚的决定。

2020-07-06