

《垄断案件经营者承诺指南》解读

中国《反垄断法》第45条规定了经营者承诺制度，即，在反垄断执法调查中，被调查的经营者如果承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除涉嫌垄断行为的消极后果，反垄断执法机构可以中止调查；如果经营者履行了承诺，反垄断执法机构可以终止调查，从而结束执法程序。

经营者承诺制度，即中止调查制度，的设计初衷旨在提高反垄断执法效率，节约行政执法成本，有利于提高被调查企业的合作积极性，主动采取措施消除涉嫌垄断行为的不利影响，也能够尽快实现保护市场公平竞争，维护消费者利益和社会公共利益的目标。鉴于《反垄断法》第45条规定相对较为原则，为进一步细化，国务院反垄断委员会于2016年2月2日公布《反垄断案件经营者承诺指南》（征求意见稿）

（下称“《征求意见稿》”），公开向社会征求意见。此后，国务院反垄断委员会经过广泛征求相关单位和个人的意见和建议，对《征求意见稿》予以修改完善，并于近日以书籍汇编的形式对外发布了《垄断案件经营者承诺指南》（下称“《指南》”）¹。

本文中，我们将主要对《指南》相比《征求意见稿》的主要变化，以及《指南》所涉及的主要法律规定进行梳理和介绍。

一、《指南》与《征求意见稿》相比的主要调整

1、进一步明确提出承诺的时间节点

《征求意见稿》规定，在执法机构开始调查经营

者的涉嫌垄断行为后、做出行政处罚事先告知前的任何阶段，经营者都可以提出承诺。《指南》以委婉方式对何为开始调查予以了进一步明确，即，执法机构采取了《反垄断法》第39条规定的措施（例如：突袭调查、要求回复询问等）后，被调查经营者被“鼓励”提出承诺。

2、进一步规范承诺措施的具体类型

《征求意见稿》中关于承诺措施的内容援引了商务部《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》（下称“《附加限制性条件规定》”）有关限制性条件的规定，并未过多的考虑反垄断调查案件承诺制度所涉及的措施，相较经营者集中案件中的限制性条件存在其特殊之处。《指南》则对此进行了调整，对承诺措施的内容予以完善，增加诸如“调整定价策略”、“取消或者更改各类交易限制措施”等行为性措施，同时删除已能够被“取消或者更改各类交易限制措施”所涵括的“终止排他性协议”。

3、进一步明确执法机构审查承诺措施的考虑因素

《征求意见稿》规定执法机构“认为案件基本事实清楚、承诺措施能够消除涉嫌垄断行为后果的，可以决定中止调查。”而《指南》在承诺措施及预期效果之外，还增加了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、后果及社会影响等考虑因素。

¹ 印发日期为2019年1月。

4、增加承诺措施变更的有关规定

相较《征求意见稿》，《指南》增加了有关承诺措施变更的规定。经营者在履行承诺的过程中，如因自身经营状况或市场竞争状况等发生重大变化，可以向执法机构申请变更承诺措施。

5、其他主要调整

关于经营者履行承诺措施的期限，《指南》删除了《征求意见稿》中有关承诺履行期限的具体规定（具体见下文介绍），而仅保留“由执法机构根据具体案情决定”的原则性规定。此外，《指南》增加了提前终止调查申请的规定，即经营者在履行期限前已经完全履行承诺或者由于市场竞争状况发生重大变化已经没有必要继续履行承诺的，经营者可以申请提前终止调查。

二、经营者承诺制度的主要内容介绍

1、经营者承诺制度的适用范围

《反垄断法》并未限制承诺制度适用的案件类型。《指南》则明确规定，竞争者之间固定或者变更商品价格、限制商品生产或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的三种横向垄断协议不适用承诺制度。根据《指南》，《反垄断法》第14条规定的纵向垄断行为、第17条规定的滥用市场支配地位行为以及第13条规定的其他横向垄断协议行为，如限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品，联合抵制交易，以及反垄断执法机构认定的其他垄断协议，可以适用承诺制度。这样的适用范围，也与国家市场监督管理总局（下称“**市场监管总局**”）《禁止垄断协议暂行规定》的第二十二条规定一致。

2、承诺程序的启动

（1）承诺程序的启动方式

《反垄断法》第45条以及《禁止垄断协议暂行规定》规定承诺程序应由经营者以书面形式主动提出，并未提及反垄断执法机构可以主动向经营者提出承诺建议。理论上，承诺制度属于一种执法和解制度，即反垄断执法机构与被调查的经营者之间的和解。²和解双方均应具有程序启动权，没有必要将承诺程序的启动方式限定为经营者申请。在经营者未申请时，如果执法机关认为适用承诺制度有助于案件解决，理应向经营者提出相关建议。《指南》对承诺制度的启动方式予以了完善，规定经营者提出承诺前，可以与执法机构进行必要的沟通。执法机构可以告知经营者涉嫌垄断行为的基本事实以及可能造成的影响，并可以与经营者进行沟通。

（2）承诺提出的时间节点

根据《反垄断法》和相关配套法规规定，经营者应在反垄断调查启动以后才能正式提出承诺，但并未对提出承诺的截止时点予以明确。《指南》对此进行了补充，规定经营者在执法机构采取《反垄断法》第39条所规定的任何措施后、做出行政处罚事先告知前的任何阶段，都可以提出承诺。

同时，《指南》进一步明确，执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后，认为构成垄断行为的，应当依法做出处理决定，不再接受经营者提出的承诺。这是因为如果反垄断执法机构已经掌握了经营者实施垄断行为的充分证据，此时适用承诺制度将无法实现节约行政执法资源的目的，直接进行行政处罚将更为有效。

²《反垄断法》出台后，全国人大常委会在其编写的条文说明中明确指出，“承诺制度是反垄断执法机构与被调查的经营者和解的一种重要方式”。见全国人大常委会法制工作委员会经济法室：《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第270页。

此外,《指南》还规定,在执法机构做出中止调查决定前,经营者可以撤回承诺。但是,需要注意的是,经营者一旦决定撤回承诺,执法机构将继续对该涉嫌垄断行为进行调查,并且将不再接受经营者提出的承诺。

3、承诺的内容

(1) 承诺的内容

经营者提出承诺的书面申请主要应包括以下内容:被调查的涉嫌垄断行为及可能造成的影响;承诺采取消除行为后果的具体措施;承诺采取的具体措施能够消除行为后果的说明;履行承诺的时间安排及方式等。

关于“被调查的涉嫌垄断行为及可能造成的影响”以及“消除行为后果”,《指南》并未作进一步的解释。从《指南》的相关规定来看,经营者提出承诺时并不要求经营者明确自认行为违法,但其需要提供相关证据说明被调查的涉嫌垄断行为、可能造成的影响(这里的影响并不限于反竞争影响,对社会公共利益以及消费者利益的影响也应包括在内)以及承诺措施可消除负面行为后果。这实际上需要在实务操作中,充分结合具体案件的行为情况、证据情况以及调查情况等予以个案判断。

关于承诺的具体措施,经营者可提出的承诺措施包括结构性措施、行为性措施和综合性措施。结构性措施包括剥离有形资产、知识产权等无形资产或者相关权益等;行为性措施包括调整定价策略,取消或者更改各类交易限制措施,开放网络或者平台等基础设施,许可专利、技术秘密或者其他知识产权等。承诺措施需要是明确、可行且可以自主实施的。另外,如果承诺的措施需经第三方同意方可实施,经营者还需要提交第三方同意的书面意见。需要注意的是,在实务中,反垄断合规方面的承诺已经成为承诺措施中比较普遍的一项,比如,对员工的反垄断合规培训,反

垄断合规手册和反垄断合规审计等等。这也侧面的反映出,健全和完善反垄断合规制度对于企业的必要性。

关于履行承诺的时间安排,《指南》删除了《征求意见稿》中承诺的履行期限一般为六个月至三年,最长不超过五年的细化规定,赋予执法机构极大的自由裁量权,即由执法机构根据具体案情确定。目前已公布的承诺案件中,承诺的履行期限与《征求意见稿》规定的期限较为相符。

(2) 承诺内容的沟通

作为一种执法和解制度,《指南》明确规定,经营者可以就承诺内容,例如,案件事实的具体表述、承诺的措施能够有效消除涉嫌垄断行为的后果等与执法机构进行沟通。在沟通过程中,经执法机构和经营者一致同意,还可以共同邀请第三方经营者、行业协会、专家学者等共同参加讨论。经营者可以充分利用该等沟通机制,使承诺措施在消除行为后果的同时,可以兼顾到商业可行性。

4、承诺的审查、公示及决定

如上文所述,《指南》明确了执法机构在审查经营者提出的承诺时可以综合考虑的因素。根据《指南》,执法机构对于承诺申请的审查期限有较大的自由裁量权。

值得注意的是,如经营者的涉嫌垄断行为已经影响到其他不特定多数经营者、消费者的合法权益或者社会公共利益,执法机构可以就经营者承诺的措施向社会公开征求意见。虽然《指南》规定,对于执法机构认为需要采纳的社会公众意见,可以建议经营者对承诺的措施进行相应的修改甚至提出全新的承诺措施,但如果经营者不愿意对承诺措施进行修改且无法给出合理解释或者提出可行替代方案的,执法机构可以终止经营者承诺的审查与沟通程序,继续对涉嫌垄断行为进行调查。

5、承诺的履行和监督

《反垄断法》原则性地规定执法机构应当对经营者履行承诺的情况进行监督。《指南》在此方面仍然保持原则性规定，即经营者应当按照中止调查决定书的要求向执法机构书面报告承诺履行情况。

《指南》删除了《征求意见稿》中“必要时可以委托独立的第三方专业机构进行监督”的规定。但是，考虑到委托第三方机构进行监督可以进一步节省执法资源，提高监督效率，未来不排除执法机构在实践中继续探索适用此种监督措施的可能性。

6、终止调查和恢复调查

执法机构做出中止调查决定之后，会产生两种结果。

第一，如果经营者履行承诺，执法机构可以决定终止调查。

第二，如果出现《反垄断法》第45条第三款规定的情形，需要恢复调查程序。恢复调查的具体情形包括：（1）经营者未履行承诺；（2）做出中止调查决定所依据的事实发生重大变化；以及（3）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做出。在恢复调查程序的启动方式上，《指南》规定了依职权和依申请两种启动方式，即在出现《反垄断法》第45条规定的恢复调查情形时，执法机构可以依职权恢复对涉嫌垄断行为的调查；同时，行业主管部门、消费者或者其他经营者认为符合上述情形的，可以向执法机构提出恢复调查的建议，执法机构可以基于前述建议决定是否恢复调查。

需要注意的是，除依据《反垄断法》第45条第三款第（二）项，即做出中止调查决定所依据的事实发生重大变化恢复调查以外，执法机构恢复调查后，将不再接受经营者的承诺申请。

7、公开机制

根据其他司法辖区反垄断法的相关规定和实践，执法机构拟做出同意承诺、中止调查决定的，应将案件的基本情况、经营者提出的承诺以及承诺决定的内容等向社会公布，以接受社会评论。公开的目的在于维护第三方利益及社会公共利益。《反垄断法》以及相关配套规定对此鲜有涉及。《指南》对此作了相应补充，例如，《指南》规定，执法机构认为经营者的涉嫌垄断行为已经影响到其他不特定多数的经营者、消费者的合法权益或者社会公共利益，可以就经营者承诺的措施向社会公开征求意见；执法机构应当将中止调查决定书、终止调查决定书及时向社会公布等。

8、其他亮点

《指南》明确规定，执法机构的中止调查及终止调查决定，不是对经营者的行为是否构成垄断行为做出认定。执法机构仍然可以依法对其他类似行为实施调查并做出行政处罚。此外，为鼓励经营者提出承诺，保护其不因提出承诺而产生对己的不利后果，《指南》规定，中止调查及终止调查决定不应作为认定该行为构成垄断行为的相关证据。可以说，这一部分规定是业界对于承诺制度最为期待的内容之一，前述规定对于打消相关经营者对于后续诉讼的顾虑具有非常积极的作用。

三、小结

《指南》对《反垄断法》第45条规定的经营者承诺制度予以了细化和补充，除对承诺制度的各项程序予以规定外，特别明确了执法机构的中止调查及终止调查决定，不是对经营者的行为是否构成垄断行为做出认定，中止调查及终止调查决定不应作为认定该行为构成垄断行为的相关证据。这将激励经营者更多的运用承诺制度，对节约行政执法成本、提高被调查企业的合作意愿将产生积极作用。

魏瑛玲 合伙人 电话: 86 10 8519 1380 邮箱地址: weiy1@junhe.com
白雪斐 电话: 86 10 8553 7680 邮箱地址: baixf@junhe.com
杨 晨 律 师 电话: 86 10 8553 7802 邮箱地址: yangchen@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

