

论我国对欧盟卡特尔案件和解程序的引入与改造

焦海涛

(中国政法大学民商经济法学院, 北京, 100088)

摘要: 由于卡特尔的普遍性与隐蔽性, 如何优化卡特尔案件的执法程序, 成为各国反垄断法面临的重要问题。宽大制度的适用使得更多的卡特尔案件进入执法程序, 但也由此导致案件数量激增。为此, 欧盟在 2008 年引入一种卡特尔案件的快速处理机制, 即卡特尔案件和解程序。适合和解程序时, 企业承认违法行为及法律责任, 由此获得减少 10% 罚款额的奖励, 且和解奖励与宽大待遇可以并用。作为一种案件快速处理方式, 卡特尔案件和解程序对执法机构与企业都有益处, 但适用中也存在一些问题, 如确定性不足、企业可能遭受不公平对待、程序效率难以保证、混合和解面临适用困境等。我国也可在垄断行为规制中引入和解程序, 但应将适用范围拓展至卡特尔之外, 并通过增强制度弹性、限制裁量权行使、保障企业程序权利、提升程序适用效率以及限制混合和解适用等方式, 确保和解程序既有足够激励, 也不偏离程序效率的目标。

关键词: 卡特尔; 和解程序; 宽大制度; 程序效率; 混合和解

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2021)04-0096-15



一、问题的提出

卡特尔即反垄断法上的横向垄断协议, 是具有竞争关系的经营者联合实施的限制竞争行为。由于其对竞争的限制最为直接, 且主要涉及同一行业内不同品牌之间的竞争限制, 故各国一般将其视为最恶劣的垄断行为而予以严厉规制。这不仅体现为较低的违法性标准和较重的法律责任, 还体现在实施机制上: 一方面, 为尽快、有效打击这类行为, 大多数国家反垄断法中规定了专门针对卡特尔的宽大制度, 即鼓励卡特尔的参与者互相告发, 并基于其贡献大小给予不同额度的减免处罚奖励, 以便尽快瓦解此类限制竞争的“同盟”; 另一方面, 为节约执法资源, 并尽早恢复竞争秩序, 现代反垄断法的实施中还广泛采用一

种简便的执法方式——承诺制度, 其本质是执法机构与经营者之间的和解, 是对经营者的“既往不咎”。但从各国立法与实践看, 卡特尔行为基本被排除在承诺制度的适用范围之外。

卡特尔行为因严重限制竞争而需尽快瓦解, 但又不允许采用承诺这种简便的执法方式, 这似乎陷入了一个悖论。现实中, 卡特尔相对其他垄断行为亦更为普遍, 且隐蔽性更强, 执法机构需要耗费巨大的精力与时间去处理此类案件。如果没有快速处理程序, 卡特尔案件的执法实效势必受到影响。如何在确保反垄断法威慑力的前提下, 在卡特尔案件中寻求一种承诺制度之外的快速处理机制, 成为各国反垄断法实践面临的重要问题。

欧盟委员会在 2008 年引入了一种名为“卡特尔案件和解程序”(settlement procedure in cartel cases)的制度, 专门规定并鼓励执法机构与卡特

收稿日期: 2021-03-26; 修回日期: 2021-04-26

基金项目: 北京市社科基金项目“反垄断法视野下的企业数据行为治理”(20FXC019); 中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(21CXTD08)

作者简介: 焦海涛, 安徽无为, 法学博士, 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 竞争法、经济法理论, 联系邮箱: lawjht@163.com

尔的实施者进行“和解”。该程序的主要内容体现在被称为“和解包”(settlement package)的两个文件之中：一是第622/2008号条例^①。该条例是对第773/2004号条例的修订，其中插入的第10(a)条即为“卡特尔案件的和解程序”，不过该条较为简单，只规定了和解程序的原则性内容。二是欧盟委员会就和解程序的具体适用专门发布的“和解程序通告”^②。通告内容较为详细，包括简介、适用程序和一般考量因素三个部分，为卡特尔案件和解程序的展开提供了较为详细的指引。

欧盟的卡特尔案件快速处理机制被称为“和解”，通常来说，和解意味着让步，如果执法机构对卡特尔行为让步，则可能不足以有效制裁这类严重限制竞争的违法行为，还会削弱反垄断法的威慑力。在各国严厉打击卡特尔的背景下，欧盟似乎反其道而行。那么，欧盟在卡特尔案件中引入和解程序的主要考虑是什么？或者说，和解程序能为卡特尔案件执法带来哪些好处，以致执法机构不惜在卡特尔案件中与经营者进行“和解”？更进一步说，卡特尔案件和解程序在整个反垄断法的实施体系中处于何种地位？它和本质上也是“和解”的承诺制度有何区别，其引入是否又会影响宽大制度的实施？这些问题不仅涉及卡特尔案件和解程序的功能定位与法律适用，也关系到我国能否引入以及如何引入该制度。

二、卡特尔案件和解程序概述

(一) 卡特尔案件和解程序的内容与实质

依据欧盟“和解包”，卡特尔案件和解程序的基本内容是：在欧盟委员会已就卡特尔案件进行调查但还未正式发出“异议声明”(statement of objections)时^③，如果委员会认为案件适合和解，可征询企业意愿，企业可在自愿的情况下与委员会进行和解讨论，双方形成“共同意见”(common understanding)后，企业提交和解书，承认违法行为及法律责任，委员会据此发出“异议声明”并作出最终决定，给予企业减少10%罚款的奖励。

欧盟卡特尔案件和解程序尽管名为“和解”，

实际上协商余地较小。在和解讨论中，欧盟委员会不会就违法行为的事实、拟提出异议的范围、证据的使用和可能的处罚措施与企业协商。所以，“和解”的提法具有一定的误导性，该制度具有较强的管理色彩，本质上是欧盟委员会的一种案件快速处理程序，并不涉及实质性的协商和让步。企业获得的减少10%罚款额，也只是对其承认违法行为及法律责任的奖励，而且该比例是固定的，不会根据企业的合作程度或谈判能力而有所调整。

由上可见，作为一种“非协商性方式”(non-negotiation approach)^{[1](258)}，卡特尔案件和解程序与反垄断法中的承诺制度具有本质区别。承诺制度在欧盟名为“承诺决定”(commitment decision)，指对一些不太严重的垄断案件，如果企业承诺采取特定措施消除涉案行为的消极影响，委员会认为承诺合适的，可据此作出承诺决定；在承诺决定中，委员会不对涉案行为的违法性作出认定，也不会对企业施加任何惩罚。承诺制度是一种典型的具有协商性的和解制度，在承诺内容确定上，企业会与欧盟委员会进行多次谈判，然后达成双方都可接受的合意。我国《反垄断法》第45条就是以欧盟制度为蓝本规定了承诺制度。

卡特尔案件和解程序与承诺制度的区别体现在：一是适用范围上。卡特尔案件和解程序仅适用于卡特尔，而承诺制度由于不涉及违法性认定，也没有处罚，故仅适用于违法性不太明显的案件，而价格固定、划分市场等卡特尔行为是不宜适用承诺制度的^{[2](671)}，所以二者在适用范围上是互补关系，几乎没有交叉。二是适用阶段上。卡特尔案件和解程序适用于欧盟委员会拟发出但尚未发出“异议声明”之时，其目的就是简化执法程序，使委员会不必制作详细的“异议声明”，而承诺决定通常适用于委员会已发出“异议声明”之后^{[3](347)}，因为承诺的内容必须消除委员会对竞争问题的担忧，只有发出了“异议声明”，才能判断企业承诺的内容是否满足这一要求。三是适用结果上。卡特尔案件和解程序仅给予企业减少10%罚款的奖励，企业需承认违法行为及法律责任，而承诺决定对企业行为的违法性保持沉默，也不涉及罚款等处罚措施。

(二) 卡特尔案件和解程序的适用步骤

根据欧盟“和解程序通告”，卡特尔案件和解程序的展开一般包括五个步骤。

1. 程序的启动(initiation of proceedings)

在正式启动和解程序之前，欧盟委员会应已完成了常规的调查程序。只有经过了调查，才能明确涉案行为的性质、违法程度和拟施加的法律责任。这些内容构成了和解讨论的基础，也是和解讨论中必须披露的信息。没有先前的调查，和解讨论便无从开展。同时，不是所有的卡特尔案件都可适用和解，只有调查之后，才能确定和解程序适用的可能性。

在判断卡特尔案件是否适合和解方面，欧盟委员会被赋予了较大的裁量权。欧盟委员会通常考虑的因素包括：案件事实的争议；涉案当事人的数量；责任分配的冲突；就拟提出的异议(即委员会拟作出的“异议声明”的主要内容)与企业达成“共同意见”的可能性；等等。和解程序的适用，以企业与执法机构达成“共同意见”为前提。如果案件事实争议较大、当事人数量众多、责任分配难以确定，则和解成功的可能性较小，对这类卡特尔案件，执法机构可不必考虑适用和解程序。

如果适用和解程序是可行的，欧盟委员会通常会向所有涉案当事人发函，以确认当事人是否愿意参与和解。为此，委员会会确定一个不少于两周的期限，当事人应在此期限内提交书面声明，表明是否考虑进行和解讨论。一旦超过上述期限，委员会可以拒绝任何和解申请。

2. 和解讨论(settlement discussions)

和解讨论以欧盟委员会竞争总司与企业之间双边接触(bilateral contacts)的方式进行，即“一对一”地进行讨论，并全程保密。讨论的进度、次序等，由欧盟委员会决定。实践中，和解讨论一般分三轮进行^{[4][166]}。

为保证和解讨论取得实效，欧盟委员会应预先披露如下信息：拟对企业提出的异议；支持异议的证据；潜在的罚款幅度；在企业有合理请求时，向其提供案件卷宗材料的非保密版本。对企业来说，这些信息披露非常重要，因为这可以使他们就委员会的指控有效表达观点，并在充分知情

的情况下作出是否和解的决定。这些信息直接关系到企业行为的违法性，为了避免被第三方获知而对企业提起损害赔偿诉讼，除非委员会事前授权，否则企业不得对外披露这些信息。

3. 提交和解书(settlement submissions)

如果和解讨论取得进展，欧盟委员会与企业就潜在的异议与罚款达成“共同意见”，且委员会初步认为和解可以提高程序效率，则可以确定一个不少于15个工作日的最后期限(经合理请求，最后期限可以延长)，企业在此期限内正式提交和解书。

和解书应包括以下内容：以清晰、明确的语言承认违法行为的法律责任；表明可预见到的最大罚款数额以及在和解程序中拟接受的罚款数额；确认已被告知委员会拟提出的异议，并得到充分表达观点的机会；表明除非委员会在“异议声明”和最终决定中没有反映其和解书的内容，否则其愿意放弃获得卷宗及口头听证的权利；同意以欧盟官方语言接受“异议声明”和最终决定(即不需要提供本国语言的翻译版本)。

由于和解书的内容包含对违法行为的承认，故为了消除企业的担忧，欧盟委员会允许企业申请提交口头和解书，且未经提交者同意，欧盟委员会不会向成员国法院转交和解书。

除非欧盟委员会没有满足企业的和解请求，即首先没有在“异议声明”中体现和解书内容，之后也没有在最终决定中体现，否则企业不得单方撤销已提交的和解书。之所以如此规定，是因为和解书的提交意味着已经完成了和解讨论阶段，在委员会已满足企业和解请求时，企业单方撤回和解申请会导致之前的和解讨论没有了意义，已投入的执法成本也无法收回。

4. 异议声明和答复(statement of objections and reply)

根据欧盟第773/2004号条例的规定，欧盟委员会拟作出任何最终裁决前，都应向当事人发出“异议声明”，和解决定作出前也不例外。

如果欧盟委员会接受企业和解，会向企业发布一份反映和解书内容的“异议声明”。与普通程序相比，和解程序中的“异议声明”更短，但仍然包含必要信息，以便企业核实其和解书中内

容是否被包含在“异议声明”之中。如果是,企业应在委员会确定的时间内(不少于两周),以简单的书面答复形式,确认“异议声明”符合和解书内容并因此将继续承诺遵循和解程序。如果企业未予确认,委员会可决定对其恢复常规调查程序。

欧盟委员会也有权通过一个未反映企业和解书内容的“异议声明”,在此情况下,案件转入常规程序;企业在和解书中所作出的承诺将被视为撤回,且不得用作证据来对抗任何涉案企业。不过,这种情况发生的可能性较小,在目前案件中还未出现,因为经和解讨论而提交的和解书,基本可看作“异议声明”的草稿,通常已经欧盟委员会确认并反映其观点。

5. 作出和解决定(commission decision)

在收到企业对“异议声明”的答复,确认其和解承诺后,欧盟委员会可跳过常规程序下的卷宗开放及口头听证程序,直接作出和解决定,并在和解决定中给予企业减少10%罚款的奖励。

(三) 卡特尔案件和解程序与宽大制度的关系

1. 主要联系与区别

如前所述,宽大制度主要是为了鼓励卡特尔的参与者竞相告发而引入反垄断法的实施之中。从欧盟实践看,宽大制度与卡特尔案件和解程序之间具有紧密的因果联系:实施宽大制度是为了让更多的秘密卡特尔被发现,但案件的增多又超出了执法机构的处理能力,为解决这个问题,和解程序被引入欧盟竞争法^{[5](638)}。如果处理因实施宽大制度而被发现的案件占用了太多乃至全部的执法资源,则执法机构不大可能再去主动发现新的案件。这时,违法行为被发现的几率降低,企业也就不会有积极性去寻求宽大而竞相告发。所以说,宽大制度的实施需要和解程序来匹配,缺乏能让案件快速处理的和解程序,宽大制度对企业来说也就缺乏足够的吸引力。

在欧盟竞争法中,两者之间紧密的因果联系也意味着,卡特尔案件和解程序与宽大制度的适用对象一致,即都针对卡特尔行为(横向垄断协议)。纵向垄断协议没有适用宽大制度的必要,所以和解程序也不用于纵向协议。

虽然都涉及卡特尔案件处理,但和解程序与宽大制度的目的完全不同。宽大制度是一种调查工具。适用宽大制度的目的,是通过揭发卡特尔并提供证据的企业进行奖励,来发现并确认违法行为的存在。和解程序与调查活动无关,目的是对已经调查并确认违法的垄断行为简化处理程序,即通过企业承认,省去一些后续程序,从而加速案件的处理。换言之,宽大制度旨在发现并确认违法行为的存在,和解程序则对已确认的违法行为启动快速处理程序。

基于上述目的差异,宽大制度与和解程序在两个方面存在明显区别:①适用时间不同。宽大制度既然旨在发现并确认违法行为,必然适用于执法机构尚未启动调查程序或虽启动调查但未掌握重要证据的阶段;和解程序既然只是一种对已确认的违法行为的快速处理程序,必然适用于执法机构已经完成调查并掌握了重要证据之后^{[6](709)}。换言之,宽大制度适用于调查之前或调查之中,和解程序适用于调查之后。正因如此,有学者指出,宽大申请的大门关闭之时,正是和解申请的大门打开之时^{[7](450)}。②适用结果不同。宽大制度适用中,企业因贡献大小即报告时间和提供证据的不同,会获得不同程度的减免处罚待遇;和解程序的适用结果相同,每个企业均获得减少10%罚款的奖励,因为它们对案件调查没有贡献,对程序效率的贡献也没有差别。

2. 法律适用上的关联

上述区分意味着,宽大制度与和解制度相互独立,并可以同时适用:企业可以先申请宽大,然后再申请和解,都符合条件的,两种奖励累积计算^④;也可以只申请和解,即便不满足宽大条件,和解奖励不受影响;同样,即便不参与和解,企业也可申请宽大待遇。

有学者曾担心,引入和解程序可能会破坏宽大制度的有效适用。这主要指以下情况:企业先申请宽大,再申请和解,但执法机构没有接纳企业的和解申请,即欧盟委员会在“异议声明”和最终决定中没有将企业的宽大待遇考虑进去,这可能会削弱企业的合作意愿,因为一旦合作的回报得不到保证,企业将不会再作出任何让步。这不仅影响和解程序的顺利进行,也影响企业申请

宽大的积极性^{[8](174)}。其实,这种担心是多余的,因为执法机构在和解程序中没有考虑企业的宽大待遇,只能是因为企业的宽大申请不符合条件,不大可能由于和解程序的适用导致企业的合作回报得不到保证。根据前文描述,和解程序适用于调查程序结束之后,这时,企业可能受到的处罚、能否获得宽大待遇,基本已经确定,和解程序只是加速了后续的案件处理进程,与宽大待遇实际上没有直接联系。

此外,也不用担心和解奖励会影响企业申请宽大的积极性。尽管宽大制度的适用条件严格,和解程序相对简单,企业也不大可能因为有了和解奖励就放弃宽大申请,因为两种制度的适用结果存在差异,宽大待遇远比和解奖励要优越。而且,既然两种好处可以累积适用,企业为何会“舍大求小”?所以说,和解程序非但不会对宽大制度的适用产生不良影响,还会是宽大制度的有效补充,可以在宽大待遇之外通过额外奖励,进一步增强企业的合作意愿。即便企业之前没有申请宽大待遇或申请不符合条件,后续和解奖励也有激励合作的作用。

当然,要确保两种制度并行不悖,前提是和解奖励不能超过宽大待遇。在和解奖励更易获得而宽大申请相对较难时,如果和解奖励过高,企业就没有积极性去申请宽大待遇。欧盟委员会之所以将和解奖励设定为10%,目的就是防止过高奖励会影响宽大制度的适用。

三、卡特尔案件和解程序有效性的基础

(一) 对反垄断执法的好处:程序效率

欧盟为何仅在卡特尔案件中引入和解程序?根据欧盟委员会的解释,主要原因如下:一方面,卡特尔案件在实践中较为频繁、普遍,这会耗费较多的执法资源;另一方面,卡特尔案件的调查更为困难,执法机构的执法能力取决于所获证据的数量及证明能力,且卡特尔案件的罚款决定很容易被起诉。换言之,和解程序的引入,主要是为了节约执法资源,以及降低卡特尔处罚决定被诉的可能性。学界一般认为,卡特尔案件

的调查周期长、程序复杂是引入和解程序的主要原因,而宽大制度的实施又进一步导致被调查的卡特尔案件迅速增多则是直接动因^{[9](201)}。卡特尔案件数量的增长,造成了“执法程序的拥堵”(congestion of the administrative system)^{[8](170)},欧盟委员会迫切需要一种简化执法程序的机制。基于此,在美国辩诉交易制度的启示下,卡特尔案件和解程序被正式引入。

在此背景下确立的卡特尔案件和解程序,目标非常明确,那就是程序效率(procedural efficiency)。对反垄断执法来说,卡特尔案件和解程序在以下几个方面有助于简化和加速案件处理程序:①更短的“异议声明”。常规程序中,欧盟委员会向企业发出的“异议声明”非常详细,除描述案件事实外,更重要的是分析涉案行为对竞争的损害,以便企业可以根据“异议声明”的内容行使抗辩权。但在和解程序中,企业主要在和解讨论阶段发表观点,在和解书中,企业会明确表示承认违法行为及法律责任,在“异议声明”之后也不会再进行抗辩,所以“异议声明”就没有必要过于详细。②更短的和解决定。和解决定尽管是一种禁止决定,但与通过常规程序而作出的禁止决定相比要短得多,平均只有30页左右^⑤。通常来说,最终决定的内容与“异议声明”直接相关,“异议声明”更短,最终决定自然也更短。③有限的文件公开和免于口头听证程序。根据欧盟第733/2004号条例,在常规执法程序中,“异议声明”发出之后,企业有权要求获取全部的卷宗资料(access to the file)^⑥。为此,欧盟委员会不得不整理、筛选几十到数十万页的文件材料,还要处理企业的保密要求,甚至不同企业的请求之间还会存在冲突。这对委员会来说是一种沉重的负担。此外,企业有权对“异议声明”予以书面回应,在回应中还可要求获得口头听证(right to an oral hearing)^⑦。由听证官(Hearing Officer)主持完口头听证程序之后,欧盟委员会才可起草最终决定。这一系列过程旷日持久,过于浪费资源,以致卡特尔案件往往耗时数年。但根据欧盟委员会“和解程序通告”,企业在和解书中必须以明晰语言承诺,一旦欧盟委员会的“异议声明”反映了其和解书内容,它们将不再要求获得卷宗,

也不再要求举行口头听证。这意味着，只要欧盟委员会接受了企业的和解书内容，这些旨在保护当事人利益的程序都可省略，无疑会大大加速案件处理程序。

执法程序的简化可以节约执法资源，节约的执法资源又可用于处理其他案件。越多的卡特尔被处理，反垄断法的威慑力就越大，因为这会增加违法行为被发现的几率。反垄断法的威慑力越大，企业就越倾向(通过宽大与和解程序)与执法机构合作。这会形成良性循环，有利于反垄断法目标的更好实现^{[10](1)}。

此外，与普通的违法决定相比，和解决定被起诉的可能性要低得多，这既能尽快结束案件，也能节约执法资源。有学者统计发现，普通的违法决定案件超过 90% 会被上诉到法院^{[11](821)}，但在和解讨论中，企业对自身行为有了充分认识，企业提交的和解书也明确表示承认违法行为及法律责任。所以，尽管和解决定也有可诉性，但因包含了自愿因素，企业不大可能将其诉至法院。对执法机构认定的违法事实和拟施加的法律责任，如果企业不服，往往会直接拒绝和解，而不会等到和解决定作出之后再行起诉。从实践看，欧盟委员会目前已在几十起案件中适用了和解程序，但尚未出现和解决定被诉至法院的情况。

(二) 对企业的好处：罚款减少及非经济性收益

对企业来说，卡特尔案件和解程序的直接好处是减少 10% 的罚款额。但是，10% 的奖励幅度并不大，不大可能是企业申请和解的主要原因。更何况，10% 的奖励不是平白无故的，企业在和解程序中会有所牺牲：一是放弃一些程序权利，如获得卷宗及口头听证；二是承认违法行为及法律责任。所以，通常只有在执法机构掌握了充分而有力的证据，或者企业通过行使抗辩权挑战法律责任十分困难时，10% 的奖励才有吸引力。

企业申请和解的更重要的激励作用在于以下方面——这些潜在的非经济性好处，远超减少 10% 罚款的奖励，足以对企业寻求和解提供充分激励：

第一，企业的抗辩权可以提前行使。常规程

序中，只有在欧盟委员会发出“异议声明”之后，企业才能行使抗辩权，但在和解程序中，企业在和解讨论阶段就被赋予表达观点的机会。为有效保护企业利益，欧盟委员会需预先披露重要信息，包括拟提出异议的内容、主要证据以及潜在的罚款幅度等。这些信息虽与常规程序下企业可接触到的全部卷宗材料相比范围有限，但已包含了企业抗辩所需的关键信息。企业提前表达观点，或多或少会对委员会之后发布“异议声明”和作出最终决定产生影响。如果企业观点被采纳，欧盟委员会很可能会修改或放弃拟作出的“异议声明”^{[12](13)}。换言之，企业陈述的观点很可能被委员会在确定最终的罚款数额时考虑进去。这样一来，企业获得的潜在好处会大大增加。

第二，案件可以尽快结束。企业陷入反垄断调查本身会给企业带来诸多不利影响，案件持续时间越长，不利影响就越大。和解程序会加快案件处理速度，这不仅让企业正常的商业活动得以尽快恢复，企业声誉、客户信任能够及时挽回，也可避免漫长调查程序可能产生的不确定结果。

第三，案件材料无法作为证据使用或证据效力有限。一方面，和解程序中的案件材料具有保密性，第三人很难获取，甚至有些材料(如包含企业承认违法行为的和解书)允许以口头形式存在，这些材料无法在私人损害赔偿诉讼中作为证据使用。另一方面，和解决定属于违法决定，违法决定在私人诉讼中通常可被作为证据使用，但与普通的违法决定相比，和解决定很短，所包含的案件信息很少，这使其证明效力十分有限，第三人如果对和解程序的当事人提起损害赔偿诉讼，仍要面临繁重的举证压力。对企业来说，这些好处可能是和解程序最主要的吸引力。

四、卡特尔案件和解程序适用中的难题

欧盟自 2008 年引入卡特尔案件和解程序以来，两年里悄无声息。2010 年出现了第一个适用和解程序的案件，2012 年底数量增至 6 个，截至 2018 年底，欧盟委员会网站公布的卡特尔和解案

件已超20余起。根据Closure Systems案披露的信息,截至2020年10月底,欧盟委员会已经作出了34个卡特尔案件和解决定^⑥。对一个新制度来说,十来年时间不算长,但从欧盟立法及实践看,卡特尔案件和解程序在适用中仍有一些难题需要解决。

(一) 程序适用的不确定性因素

确定性是所有制度的必要特征,但对和解程序来说更为重要,因为和解意味着让步,企业只有能够明确地预知,合作会被怎样对待,不合作又会有怎样的结果,才能真正安心作出让步。为了保证确定性,不仅制度本身应当表述清楚,制度适用中的裁量权也应有清晰的解释标准。

就制度表述来说,和解的收益越具有确定性,企业就越可能选择和解。在这方面,欧盟卡特尔案件和解程序的适用结果是确定无疑的:符合条件的企业均能获得减少10%罚款的奖励;且企业即便最终退出和解,没有任何损失,之前已申请的宽大待遇仍可享有。但问题是,折扣比例的确定,不代表最终罚款数额的确定,最终罚款数额仍受制于一些不确定因素。一方面,10%只是一个比例,它以欧盟委员会设定的最终罚款数额为基数,而最终罚款数额的决定权在委员会。尽管在和解讨论中,委员会会预先披露罚款信息,但仅提供一个可能的罚款幅度,考虑到这一幅度本身的弹性,以及委员会在确定罚款数额上的裁量权,企业最终罚款的准确数额必然具有相当大的不确定性。企业虽然可以就此表达观点,但是否接受该观点,进而调整拟作出的罚款数额,决定权仍在委员会。另一方面,企业在和解书中会对最高罚款数额作出预计,在一项有效的和解程序中,欧盟委员会的“异议声明”和最终决定应当反映和解书内容,但“和解程序通告”又规定,委员会有权发布一个未反映企业和解书内容的“异议声明”,且无需作出任何解释。

可见,卡特尔案件和解程序的适用结果,更多取决于欧盟委员会的意志。进一步说,卡特尔案件和解程序的确定性障碍,主要不在于制度表述,而在于欧盟委员会被赋予了极大的自由裁量权。在所有的协商性执法中,裁量权都是一个问题,宽大制度、承诺制度如此,卡特尔案件和解

程序也不例外。这类执法方式都具有相对灵活的特点,裁量权是制度有效适用的必要条件,但过大的裁量权又增加了制度适用的不确定性风险。

具体来说,在卡特尔案件和解程序中,欧盟委员会在以下方面被赋予了极大的裁量权,这些裁量权会削弱企业申请和解的意愿:一是在案件选择上,委员会可自由决定哪些案件适于和解,进而决定是否启动和解程序;二是在和解讨论中,对于决定与每一个企业进行双边讨论的适当性和步骤(包括讨论次序、预先信息披露的时机等),委员会拥有广泛的裁量权;三是在企业提交和解书后,委员会有权发布一个未反映和解书内容的“异议声明”;四是在作出最终决定时,委员会有权基于适当的考虑因素,自主决定作出一项与“异议声明”和当事人和解书内容不同的最终决定;五是在和解程序的任何阶段,委员会如果认为程序效率的目标不大可能实现,则可单方决定终止特定案件或者与一个或多个当事人的和解讨论。

(二) 企业可能会被不公平对待的风险

卡特尔案件和解程序的管理色彩较浓,本质上不具有协商性,执法机构在程序适用中占据绝对的主导地位,企业利益可能无法得到有效保障。裁量权过大本本身就蕴含着企业有可能被不公平对待的风险。卡特尔案件涉及多个企业,执法机构既可能在参与和解的不同企业间形成差别对待,也可能在“异议声明”或最终决定中不予反映企业的合理请求,或者没有正当理由终止和解讨论。

企业利益还可能因执法机构的“偏见”而受到损害。为保护企业利益,除常规性的抗辩权外,欧盟“和解程序通告”还规定了两种情况下企业的特别权利:一是在程序启动阶段,企业愿意接受和解讨论的意愿应通过书面声明的方式提交欧盟委员会,但该书面声明并不意味着企业承认参与了违法行为或将为此负责;二是在委员会发布的“异议声明”未能反映企业和解书内容时,企业在和解书中对违法行为及法律责任所作的承认,应被视为撤回,且不能用作证据来对抗程序中的任何当事人。这两种权利能够免除企业的后顾之忧,也是“不得自证其罪”规则的基本要

求。但问题是，执法机构可能会形成意识，企业愿意参与和解讨论是因为其从事了违法行为；即便企业的承认之后被视为撤回，企业之前已承认违法行为的事实也不会消除。执法人员也是普通人，存在“偏见”在所难免，企业已承认违法的事实，或多或少会对他们作出决定产生影响。特别是在和解讨论失败、案件转入常规程序时，如果执法人员和之前参与和解讨论的人员相同，难保他们不会想起企业之前曾经承认违法。

(三) 程序效率难以保证

卡特尔案件和解程序的目的是缩短案件处理周期、提高程序效率，但和解程序是否真能实

现程序效率的目标并不确定。在引入和解程序时，欧盟委员会曾设想，从和解程序启动到作出和解决定，只需要几个月的时间^{[13](295)}，但近年来的和解实践似乎没有达到欧盟委员会的预期。欧盟已经处理了 30 多个和解案件，表 1 总结了这些案件的处理周期^⑨。可以看出，从和解程序启动起算，最快的和解案件也历时 9 个月，最慢的则达到了 31 个月，和解程序平均周期为 14 个月，目前尚无一起案件在和解程序启动后半年内作出和解决定的，一年以内的案件也不多。

一般来说，和解程序周期受制于多种因素，不宜一概而论。尤其是和解讨论以双边形式进

表 1 欧盟 2008 年以来适用和解程序的主要案例：以案例号排序

序号	案件号	案件名称	启动时间	决定时间	处理周期/月
1	38511	DRAMs	2009-02	2010-05	15
2	38866	Animal Feed Phosphates	2009-01	2010-07	18
3	39579	Consumer Detergents	2009-11	2011-04	17
4	39600	Refrigeration Compressors	2010-10	2011-12	14
5	39605	CRT Glass	2010-07	2011-10	15
6	39611	Water Management Products	2011-01	2012-06	17
7	39748	Automotive Wire Harnesses	2012-08	2013-07	11
8	39780	Envelopes	2013-12	2014-12	12
9	39792	Steel Abrasives	2013-01	2014-04	15
10	39801	Polyurethane Foam	2012-11	2014-01	14
11	39861	Yen Interest Rate Derivatives	2013-02	2013-12	10
12	39904	Rechargeable Batteries	2015-03	2016-12	21
13	39914	Euro Interest Rate Derivatives	2013-03	2013-12	9
14	39920	Braking Systems	2016-09	2018-02	17
15	39922	Bearings	2013-01	2014-03	14
16	39924	Swiss Franc Interest Rate Derivatives	2013-07	2014-10	15
17	39952	Power Exchanges	2013-03	2014-03	12
18	39960	Thermal Systems	2015-12	2017-03	15
19	39965	Mushrooms	2013-04	2014-06	14
20	40013	Lighting Systems	2016-05	2017-06	13
21	40028	Alternators and Starters	2014-09	2016-01	16
22	40055	Parking Heaters	2014-07	2015-06	9
23	40098	Blocktrains	2014-06	2015-07	11
24	40113	Spark Plugs	2016-10	2018-02	16
25	40135	FOREX	2016-10	2019-05	31
26	40299	Closure Systems	未知(决定书尚未公布)	2020-09	—
27	40410	Ethylene	未知(决定书尚未公布)	2020-07	—
28	40481	Occupants Safety Systems II	2017-07	2019-06	23

行,对一些当事人众多、垄断行为复杂的案件来说,和解讨论势必花费较长时间。此外,新制度的适用难免存在摸索期,对程序不熟悉以及各种突发情况,也会导致和解程序过长。例如,欧盟委员会之所以对 DRAMs 案在启动和解程序一年后才作出和解决定,很可能就是因为该案涉及较多当事人(10个),且属于欧盟第一个适用和解程序的案件。不过,和解程序毕竟启动于执法机构完成调查程序之后,案件最复杂、最耗时的阶段已经结束,这时再耗费一年多时间,无论如何也不能说完全实现了程序效率的目标。

(四) 混合和解的困境

卡特尔案件有多个当事人,在适用和解程序时,执法机构当然希望所有当事人都参与和解讨论。欧盟委员会的“和解程序通告”第五段明确指出,如果委员会认为某个案件可以适用和解程序,则会探寻每个当事人的和解兴趣。通常情况下,只有所有当事人均表达出和解意愿时,执法机构才会开展和解讨论,但在和解讨论开始之后,企业仍有可能选择退出。在是否接受和解决定时,企业会不断进行利益权衡。和解讨论中的信息披露,会让企业更准确地预知和解程序的适用结果,如果企业对该结果不满,很有可能会退出和解^{[14](42)}。

欧盟第二个适用和解程序的 Animal Feed Phosphates 案就是如此。它是欧盟第一个“混合和解”案("hybrid" case)^⑥,即同一案件中既有和解程序也有常规程序。之所以如此,是因为在和解程序适用中,原本6家企业均参与和解讨论,但后来有一家企业选择退出,导致欧盟委员会不得不对该企业适用了常规程序。欧盟委员会的观点明确:一个企业退出和解并不影响其他企业的和解谈判。基于此,欧盟委员会在该案作出了两个决定:一个是和解决定(settlement decision),和解企业仍获得减少10%罚款的奖励;另一个是标准决定(standard decision),退出和解的企业没有获得10%的和解奖励^⑦。

混合和解案件对和解程序的适用提出了挑战,首先是程序效率的目标基本落空。在大多数和解案件中,程序效率都不是主要问题,但从表1可知,Animal Feed Phosphates 案在所有的和解

案件中耗时较长。之所以如此,原因之一就是在企业选择退出和解后,欧盟委员会不得不对该企业展开常规程序,包括发布详细的“异议声明”和最终决定,并实行卷宗开放和口头听证程序等。有人可能主张,即便有企业退出和解,对未退出和解的企业适用和解程序仍能提高程序效率。实际上这基本不可能,因为卡特尔是一种联合限制竞争行为,每个企业的违法行为大致相同,对一个企业适用常规程序,基本等于对涉案行为也即所有企业适用了常规程序。这意味着程序简化的目的已无法实现。

混合和解的另一个难题是,和解企业在后继私人诉讼中将处于不利地位。如前所述,和解程序的适用以企业承认违法行为及法律责任为前提,一旦包含企业承认违法行为的和解材料被公开并作为证据使用,企业在后续私人诉讼中将十分被动。为解决这个问题,欧盟委员会采取了一系列措施:一是允许企业以口头形式提交和解书;二是实行双边讨论,讨论内容第三人无法得知;三是未经欧盟委员会授权,和解讨论中的任何信息不得外泄;四是制作更短的“异议声明”和最终决定。这些措施能有效解决企业的后顾之忧,也是企业愿意和解讨论的重要激励措施。但在混合和解案件中,这些措施均失去意义。因为针对未和解企业的常规程序属于公开程序,“异议声明”和最终决定的内容也十分详细,这大大增加了违法行为被详细披露的风险。由于卡特尔参与人行为的同一性,这些证据材料不仅可用作向未和解的企业索赔,也会对和解企业造成不利影响。

混合和解还会产生一个“扭曲效果”,即对参与和解的企业不利,对退出和解的企业反而有利。尽管从制度设计看,卡特尔案件和解程序不涉及违法行为及法律责任的协商,但和解企业在讨论中表达的观点很可能被执法机构接受,并或多或少对最终罚款数额产生影响。执法机构与和解企业达成“共同意见”并接受其和解后,事实上很难将和解企业与退出和解的企业分开,对和解企业的让步,很可能也会体现在对退出和解企业的处罚上——毕竟涉案行为属于同一违法行为。

五、卡特尔案件和解程序在我国的引入价值与改进措施

(一) 引入价值

欧盟卡特尔案件和解程序的主要好处是程序效率，其产生背景是宽大制度的实施导致卡特尔案件数量激增，欧盟委员会不得不寻求简便的执法方式，以释放执法资源。我国是否需要引入和解程序，取决于执法资源能否得到有效分配。

可能因为我国反垄断法实施时间较短，很多企业对相关制度不熟，宽大制度的实施还未导致被发现的卡特尔案件激增。但是，执法机构需要处理的案件众多，即便不是卡特尔，只要是垄断案件的处理有可能超出执法机构的应对能力，简化执法程序的制度设计就有必要。从这个角度说，引入卡特尔案件和解程序只是迟早问题。实际上，我国当前已有这方面的迫切需要，因为执法资源的匮乏一直是我国反垄断法实施中面临的突出问题之一。相对于潜在的违法行为来说，我国反垄断执法机构能够处理的垄断案件只是少数，大多数案件因执法资源不足而无法进入执法程序，以致我国反垄断执法机构每年不得不确立一些执法重点，试图对有限的执法资源进行有效率的分配。这样做纯属无奈，并非长久之计。除增加执法资源之外，优化执法程序、提升执法效率也是解决上述问题的有效途径之一。

我国在垄断案件的处理程序上与欧盟虽有差异，但总体相似，引入和解程序之后，主要好处是后续处理程序得以简化，如听证程序可以省去，处罚决定书也可更简单。我国没有欧盟委员会的“异议声明”程序，但《行政处罚法》第三十一条规定，“行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利”。这在实践中表现为“行政处罚告知书”，只不过我国的“行政处罚告知书”十分简单，只提示相对人涉嫌违法的事实、法律依据和法律责任，没有详细的分析过程。由于“行政处罚告知书”本身已十分简单，即便引入和解程序，也较难再予以简化。不过，依据《行政处罚法》第四十二条，

“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、处较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证”。“行政处罚告知书”中往往也会告知当事人有听证权。当事人一旦选择和解，就表示对违法行为及法律责任的认可，故听证已无必要，这时，“行政处罚告知书”中可省去这些内容，且当事人事后也不得要求听证。

(二) 改进措施

欧盟卡特尔案件和解程序的管理色彩浓厚，甚至到了“机械”的程度，这会限制和解程序功能的发挥。我国引入该制度时，可在以下方面作出改进。

1. 拓展适用范围

欧盟之所以仅在卡特尔案件引入和解程序，是因为卡特尔案件数量的增多。这有点“头痛医头、脚痛医脚”的特点，如果以后其他类型的案件增多了，是不是也会引入和解程序？与其这样，不如考虑和解程序可在哪些案件中适用，然后统一规定。

和解程序是一种案件快速处理方式，以企业承认违法行为及法律责任为前提，这决定了集中控制制度无法适用和解程序，因为集中审查是一种事前措施，审查中不涉及行为违法及法律责任的问题。我国反垄断法中的滥用行政权力、排除限制竞争行为，也无适用和解程序的必要。一方面，这类行为的法律责任不包括罚款，和解程序无法形成足够激励；另一方面，这些行为的处理主要依靠上级机关，反垄断执法机构无法与行为主体展开实质性的和解讨论。

上述两类行为之外的其他垄断案件中，完全可以引入和解程序。纵向垄断协议与卡特尔较为相似，引入和解程序没有任何障碍。就滥用市场支配地位行为来说，一般认为，卡特尔行为的违法性明显，处理起来相对简单，而滥用行为规制更为麻烦，不仅涉及复杂的相关市场界定、支配地位认定，还要考虑具体的滥用行为及各种“正当理由”，所以，滥用行为的执法周期通常更长，执法程序也更繁琐，在滥用行为规制中引入和解程序，可能更能体现程序效率价值，企业与执法

机构也更有积极性去适用和解程序。

从欧盟实践看, 尽管和解条例和通告明确将和解程序限于卡特尔案件, 但欧盟委员会的态度并不坚决。在欧盟委员会 2016 年针对 ARA 公司作出的一份禁止决定中, 和解程序就被用于滥用市场支配地位行为规制之中^[6]。

英国在实践中明确将和解程序用于纵向垄断协议和滥用行为规制。英国竞争法中没有正式的和解程序, 但英国公平贸易办公室(OFT)自 2006 年起, 就以“边做边学”(learning by doing)的方式, 在多个案件中适用了一种被称为“早期解决协议”(early resolution agreements)的快速处理程序。适用该程序时, 被调查的当事人承认违法行为及法律责任, 并同意与 OFT 合作, 作为回报, OFT 给予企业减少一定比例的罚款。该程序与欧盟的卡特尔案件和解程序基本一致。在一起涉及两家烟草生产企业和 11 家烟草销售企业的纵向垄断协议案中, OFT 与 6 家承认违法行为的当事人达成了“早期解决协议”。在 RBS 案中, OFT 与苏格兰皇家银行同样就一项纵向协议进行了和解, 并减少了后者 15% 的罚款。第一个适用快速处理程序的滥用案件是 Reckitt Benckiser 案, 具有支配地位的当事人通过承认利用市场力量限制药房的选择权以及阻碍来自仿制药供应商的竞争, 同样获得了减少 15% 罚款的奖励^{[15](163)}。

与英国类似, 德国实践中和解程序的适用也不限于卡特尔案件。有学者统计了 2007 年 11 月至 2011 年的 23 个和解案件, 发现属于核心卡特尔的是 17 个, 另有 5 个案件涉及纵向限制, 还有 1 个案件属于违背合并禁令^{[16](350)}。

2. 松动奖励幅度

在和解奖励上, 欧盟的 10% 幅度是确定无疑、一成不变的, 要么没有, 要么 10%, 没有任何协商余地。这样设置, 固然对防止比例过高影响宽大制度的实施有益, 但也可能起不到有效激励的作用。10% 的基数是企业的罚款额, 但不同企业实施违法行为的严重程度不同, 即便是同一个卡特尔, 也有主观状态、持续时间、影响范围等方面的区分, 还会存在不同的从重或从轻情节, 故罚款数额会存在一定差异。这使得在同一

个卡特尔案件中, 参与和解的企业虽然获得同样比例的奖励, 但实际的减少数额相差较大, 甚至违法程度更严重的企业, 因罚款数额更高, 实际上获得了更多的和解奖励。这不仅有违比例原则的要求, 无法体现过罚相当的精神, 也无视企业的贡献。在欧盟卡特尔案件和解程序中, 企业的贡献大小实际上没有体现。

基于此, 对和解奖励可考虑设置一个比例区间如(10%~20%), 或者设置一个参考标准(如 10%), 并允许适度上下浮动。具体适用比例的确定, 需根据个案情况并考虑如下因素: 一是对同一案件的多个当事人来说, 需要防止减少罚款的数额相差过大, 造成企业间的不公平; 二是体现不同企业违法程度的差异, 允许适度拉开距离; 三是考虑企业的合作意愿, 特别是拟采取的救济措施的有效性程度, 当企业主动提出恢复竞争的有效措施时, 可给予相对较高的奖励。

3. 明确裁量标准

在卡特尔案件和解程序的适用中, 执法机构的以下两种裁量权对企业影响较大: 一是决定哪些案件可以适用和解程序; 二是可以单方拒绝接受企业的和解申请。对这两类裁量权, 应尽力明确行使标准, 至少应当明确裁量时的考虑因素。

在案件选择上, 立法很难设定确定的标准, 哪些案件适于和解程序, 只能由执法机构在个案中判断, 但应避免执法机构为简化执法方式而泛化和解程序的适用。为此, 欧盟“和解程序通告”的做法较为可取, 即列举了案件选择时的考虑因素。在这方面, 一个特别重要的考虑因素是涉案当事人的数量。基于程序效率的考虑, 一个卡特尔案件的所有当事人最好都参与和解讨论^{[11](827)}, 因为一旦有人放弃或退出, 执法机构就需对其展开常规程序, 程序效率的目标就难以实现。此外, 当有企业退出和解时, 参与和解的企业就会面临违法行为被披露的风险。案件当事人越多, 有企业退出和解的可能性就越大。所以, 企业选择不和解的可能性会随着涉案当事人数量的增加而增加。基于这些考虑, 参与者数量不太多的卡特尔案件, 通常比参与者较多的卡特尔案件更适合和解。换言之, 在一个当事人众多的案件中, 执法机构应慎重选择和解程序。在程序启动阶段,

除非和解建议得到了所有当事人的确认，否则执法机构应考虑放弃和解程序的适用。

在程序适用中，执法机构通常可拒绝企业的和解请求，这时企业利益会受到实质性的不利影响，故对这些行为应适当予以限制。在欧盟，执法机构的拒绝行为可以表现为发布的“异议声明”或作出的最终决定未能反映企业和解书内容，也可以表现为在程序适用的任何阶段随时终止和解程序。欧盟立法在这方面赋予了执法机构极大的自由裁量权，委员会可在不作任何说明的情况下拒绝接受企业的和解请求。这种单方的赋权性规定，使得企业利益处于极度不确定性状态。试想一下，在企业已完成与欧盟委员会的多轮和解讨论并提交承认违法行为的和解书后，执法机构突然发布一份未反映其和解书内容的“异议声明”，这对企业的和解积极性会造成很大伤害。企业也可能会认为，正是因为自己对违法行为的承认促使了委员会发布这样一份“异议声明”，这无异于自证其罪。基于这些担忧，建议立法作出如下规定：一旦企业提交和解书，执法机构拒绝接受企业和解请求时须详细说明理由，并以书面形式告知被拒绝的企业。此外，由于执法机构的拒绝，案件转入常规程序，后续处理将在公开状态下进行，故执法机构的说明文件也可对社会公开。

4. 保障企业权利

为防止执法机构的强势地位损害企业利益，和解企业的以下权利应得到充分保障。

一是在提交和解书之前的任何阶段，企业可自由选择退出和解。欧盟立法赋予了执法机构随时终止和解程序的权利，但未提及企业的退出权。和解程序尽管不涉及违法行为和法律责任的协商，但在程序适用上应以企业自愿为前提，故在程序启动与和解讨论阶段的任何时间点，企业可自由选择是否退出和解。不过，企业退出权的行使时间应限于提交和解书之前。一旦提交和解书，意味着企业承认了违法行为和法律责任，执法机构也会据此发布“异议声明”并作出最终决定，也即和解讨论已经完成，和解程序进入尾声。这时企业再退出和解，不仅程序效率的目标无法实现，案件之后转入常规程序，执法机构还会耗

费更多的资源。

二是在和解讨论中，企业表达的观点应能得到执法机构的回应。对企业来说，和解讨论是程序适用中最重要的阶段。在这个阶段，不仅执法机构需要预先披露案件的重要信息，企业也可就这些信息发表观点。企业发表观点的目的，是通过陈述、申辩来为自己辩解或说服执法机构，进而改变执法机构拟作出的决定。尽管这不是“讨价还价”式的谈判，但只要企业观点有理，执法机构应予以采纳。这就要求执法机构应对企业观点有所回应，尤其是不接受企业意见时，应作出合理解释，否则和解讨论没有实质意义。

三是建立“防火墙”制度。当案件不论何种原因由和解程序转入常规程序后，企业在和解讨论中对违法行为的承认都不应被作为证据来挟制企业，但执法机构很难做到对之前企业认可之事视而不见。为克服执法机构的“偏见”，最好的办法是建立“防火墙”制度，即执法机构的和解谈判人员不得参与后续常规程序的处理。人员隔离未必能消除所有的“偏见”，却能成为企业权利的重要保障。这一制度实施可能会增加执法成本，因为办案人员需要重新熟悉案情，但相比企业被公平对待，这些成本的付出是值得的。

5. 提升程序效率

欧盟卡特案件和解程序在赋予执法机构裁量权上过于宽松，但在程序的具体展开上又设置了各种过于僵化的要求。和解程序本身旨在简化执法方式，如果程序设置缺乏足够的灵活性与便利性，或者过于拖沓，可能会降低企业申请和解的积极性，也让程序效率的目标难以实现。基于此，可以适度简化程序，以进一步提高程序适用的效率。

首先，建议简化企业的确认程序。在和解程序适用中，依据欧盟法，企业被要求作出两次确认：一是启动阶段，确认将考虑进行和解讨论；二是在欧盟委员会发布“异议声明”后，确认“异议声明”反映了和解书的内容并表示愿意继续履行和解承诺。欧盟法对这两次确认程序的规定过于严格：不仅必须以书面形式作出，还应在委员会确定的时限内，并要采用明确的语言。应当说，时间限制与内容确定性要求是必要的，是为了确

保程序效率和防止产生误解,但确认程序非要采用书面形式,就显得过于严格了。只要能够表达明确的意思,哪怕只是口述或行动,也应具有书面确认同样的效果。例如,在企业已为和解讨论做好了准备,或积极催促执法机构开展和解讨论时,即便没有书面确认,也不应影响和解程序的开展。在对“异议声明”内容的确认上,欧盟之所以要求书面形式,目的是为固定证据,防止企业反悔,即防止企业在享受和解奖励的同时又要求获得卷宗或举行听证。但这同样没有必要,只要企业提交了和解书,不论口头还是书面形式,和解书的内容就已记录在案^⑧,执法机构便可据此发布“异议声明”,至于“异议声明”的内容是否反映了和解书内容,事后很易查证,不必拘泥于企业的书面确认。

其次,明确并缩短程序适用的时间节点。欧盟为卡特尔和解程序设置了无比复杂的五个阶段,实践中每个阶段的持续时间基本都在数月,以致整个程序的展开显得过于拖沓和漫长。其实在这五个阶段中,最核心的是“和解讨论”阶段,只要企业在该阶段能被保证有充分的时间和自由去表达观点,企业利益很大程度上就能得到保障。其他阶段对企业来说更多是纯粹的程序,没有必要设置过严的要求或给予过长的时间。例如,根据欧盟法规定,在程序启动阶段,欧盟委员会询问企业是否愿意和解时,必须给予对方不少于两周的时间去考虑。规定时间是必要的,但是否需要这么长的时间则可以进一步商榷。同时,企业提交和解书的时间、确认“异议声明”的时间,以及执法机构作出最终和解决定的时间,都可在立法上明确下来并设置具有效率的时间节点。此外,尽管“和解讨论”阶段非常重要,但也可以设置一个最长的时间限制,否则,无休止地讨论下去,即便最终取得结果,也会使得程序效率的目标落空。

6. 限制混合和解

如前所述,不论在程序效率的目标实现还是在和解企业的诉讼防卫上,混合和解都存在的问题,尤其是后者,会使和解企业在损害赔偿诉讼中十分被动。所以,一个基本原则是,混合和解的适用应受到限制。

严格来说,混合和解包括两种情况:一是在程序启动阶段,就有企业拒绝和解;二是所有企业都参与了和解,但在程序适用中有企业选择退出。在第一种情况下,和解讨论还未开始,不论企业还是执法机构,对混合和解的结果都有明确预知,与其等到混合和解真正发生、难以收拾,不如一开始就放弃程序的适用。第二种情况属于意外,和解程序已经启动,这时是否终止和解程序不能一概而论。因为不论企业还是执法机构,都为和解程序付出了努力,执法机构不宜单方终止和解程序。如果参与和解的其他企业明确表示愿意继续和解,则执法机构应继续与这些企业进行和解讨论。换言之,在一个涉及多个当事人的案件中,当有企业中途退出和解时,执法机构应将这一情况告知其他和解企业,由其选择是否继续和解。

六、结语

卡特尔案件和解程序是欧盟竞争法实施中的一项新制度,其仅适用于卡特尔案件。如果将目光转向其他国家或地区,以及从节约反垄断执法资源的目标出发,和解程序在其他垄断行为规制中也有较大的适用余地。我国引入和解制度,是符合反垄断法实施的整体趋势的。因为在现代反垄断法实施中,出于避免直接冲突及减少执法成本的考虑,执法机构趋向于选择较为和平的方式来缓和其与企业之间的冲突,突出表现就是,宽大制度、承诺制度等协商性执法(negotiated enforcement)在现代反垄断法中“大行其道”。

以往一般认为,反垄断法实施中的和解制度主要就是承诺制度,如以美国司法部的“同意判决”、联邦贸易委员会的“同意命令”和欧盟委员会的“承诺决定”为代表。这类和解制度具有突出的协商性特征,以企业与执法机构间经不断协商进而达成的合意来代替执法机构的违法决定与处罚。由于不涉及违法认定与处罚,一定程度上会造成公共利益的牺牲,所以这类和解制度的适用范围较窄,通常限于违法性不太明显的非卡特尔案件。欧盟的卡特尔案件和解程序与此不同,它专门适用于卡特尔行为,为卡特尔案件的

简便处理提供了制度依据。不过,其缺陷也较为明显,它虽名为“和解”,实则无协商余地,企业在程序适用中还面临较大的不确定性风险,而从中能获得的利益十分有限,这会影响企业的和解意愿。为此,如果能拓展和解程序的适用范围,并增加其灵活性,又设置完备的企业权利保护机制,则和解程序的功能将进一步得到发挥。

可以说,现代反垄断法的实施已经告别了早期的“严刑峻法”模式,取而代之的是形式多样的合作与协商。宽大制度、承诺制度、和解制度就是典型的合作性执法方式,构成了现代反垄断法实施机制转型的主要载体。

注释:

- ① COMMISSION REGULATION (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 Amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, OJ [2008] L 171/3.
- ② Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, OJ [2008] C 167/1.
- ③ 根据欧盟第 773/2004 号条例的规定,欧盟委员会拟作出任何最终裁决前,都应先向当事人发出“异议声明”(statement of objections),以便当事人进行合理抗辩。
- ④ 奖励累积计算指同时计算而非先后计算,同时计算比先后计算对企业来说更有利。例如,企业因宽大获得 50%奖励,再因和解获得 10%奖励,则累积奖励 60%,而不是先减少 50%,剩下的罚款数额再减少 10%。
- ⑤ 笔者从欧盟网站收集了 20 多份和解决定书,这些决定书最长的有 55 页,最短的有 19 页,平均为 31 页。依常规程序作出的禁止决定通常都在百页以上,有的甚至近千页,如 PERINDOPRIL(SERVIER)案的禁止决定书有 812 页。参见 Case AT.39612-PERINDOPRIL (SERVIER), C(2014) 4955 final.
- ⑥ COMMISSION REGULATION (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ [2004] L 123/18, art. 15.
- ⑦ COMMISSION REGULATION (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ [2004] L 123/18, art.10, 12.
- ⑧ Antitrust: Commission fines car parts suppliers of € 18 million in cartel settlement, Press release, Brussels, 29 September 2020.
- ⑨ 这些案件均来源于欧盟官方网站。根据欧盟官网消息,欧盟委员会于 2020 年 9 月 29 日对 Closure Systems 案作出的决定是第 34 个卡特尔案件和解决定,也是截至 2020 年 10 月底的最后一个和解决定。不过,笔者从欧盟委员会 2008 年以来作出的与《欧盟运行条约》第 101 条(即卡特尔规定)有关的所有决定中,仅找到 26 个适用和解程序的案件,还有 8 个案件信息未知,但这 26 个案件已基本能够反映欧盟适用和解程序的全貌。
- ⑩ 在欧盟截至目前处理的 30 多个和解案件中,属于混合和解的案件有: Case COMP/38866-Animal Feed Phosphates, Case AT.39861-Yen Interest Rate Derivatives, Case AT.39914-Euro Interest Rate Derivatives, AT.39792-Steel Abrasives, Case AT.39965 - Mushrooms.
- ⑪ Antitrust: European Commission fines animal feed phosphates producers € 175 647 000 for price-fixing and market-sharing in first "hybrid" cartel settlement case, IP/10/985, Brussels, 20 July 2010.
- ⑫ Case AT.39759 - ARA Foreclosure, OJ [2016] C 432/6.
- ⑬ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, OJ [2008] C 167/1, para. 38.

参考文献:

- [1] SOLTESZ U, VON KOCKRITZ C. EU cartel settlements in practice—the future of EU cartel law enforcement? [J]. European Competition Law Review, 2011, 32(5): 258–265.
- [2] PERA A, CARPAGNANO M. The law and practice of commitment decisions: A comparative analysis [J]. European Competition Law Review, 2008, 29(12): 669–685.
- [3] TEMPLE LANG J. Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision [J]. European Competition Law Review, 2003, 24(8): 347–356.
- [4] BRANKIN S P. The first cases under the commission's cartel-settlement procedure: Problems solved? [J]. European Competition Law Review, 2011, 32(4): 165–169.
- [5] THERESE RICHTER M M. The settlement procedure in the context of the enforcement tools of European competition law—A comparison and impact analysis [J]. European Competition Law Review, 2012, 33(11): 537–542.
- [6] KELLEY M. Settling for settlement: The European Commission's new cartel settlement procedure [J].

- Washington University Global Studies Law Review, 2010, 9(4): 699–720.
- [7] GAMBLE R. Speaking (formally) with the enemy- cartel settlements evolve [J]. European Competition Law Review, 2011, 32(9): 449–456.
- [8] ORTEGA GONZALEZ A. The cartel settlement procedure in practice [J]. European Competition Law Review, 2011, 32(4): 170–177.
- [9] RILEY A. The modernisation of EU anti-cartel enforcement: Will the commission grasp the opportunity? [J]. European Competition Law Review, 2010, 31(5): 191–207.
- [10] LAINA F, LAURINEN E. The EU cartel settlement procedure: Current status and challenges [J]. Journal of European Competition Law & Practice, 2013, 4(4): 302–311.
- [11] DEKEYSER K, ROQUES C. The European Commission's settlement procedure in cartel cases [J]. The Antitrust Bulletin, 2010, 55(4): 819–842.
- [12] MEHTA K, CENTELLA MLT. Settlement procedure in EU cartel cases [J]. Competition Law International, 2008, 11(4): 11–16.
- [13] HINDS A L. All settled? Some six years of cartel settlement [J]. European Competition Law Review, 2014, 35(6): 292–298.
- [14] DUNNE A. Hybrid cases under the EU cartel settlement procedure: The individuality in collective infringement [J]. The King's Student Law Review, 2015, 6(1): 38–56.
- [15] MATTIOLI E. Commitments and settlements in the future UK competition regime [J]. European Competition Law Review, 2013, 34(3): 160–168.
- [16] VOLLMER C. Settlements in German competition law [J]. European Competition Law Review, 2011, 32(7): 350–355.

China's introduction and reformation of the settlement procedure in Cartel Cases

JIAO Haitao

(School of Civil, Commercial and Economic Law,
China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Due to the universality and concealment of Cartels, how to optimize the enforcement procedure of Cartel Cases has become an important problem in the practice of anti-monopoly law in various countries. The application of the leniency system rendered more Cartels detected into enforcement procedure, which resulted in the drastic increase of the number of such cases. To solve this problem, the European Union (EU) introduced in 2008 a rapid settlement mechanism of Cartels, namely Cartel Settlement Procedure. Under this procedure, parties choose to acknowledge their involvement in the cases and their liability for it. In return for this acknowledgement, the Commission can reduce the fine imposed on the parties by 10%. Such settlements are compatible with leniency, which means that reductions under the leniency system and reductions for settlement can be accumulated for parties. As a fast and simplified way of solving cases, Cartel Settlement Procedure benefits both the enforcement agency and the enterprise, but entail some problems in application, such as inefficient certainty, unfair treatment on the part of the enterprise, insecure efficiency, and dilemma of application in hybrid settlement cases. China can introduce such settlement procedure into our anti-monopoly law, but its application scope should be expanded beyond Cartels. Meanwhile, by means of strengthening the flexibility of the settlement system, limiting the discretion of the agencies, protecting the rights of the parties, enhancing the procedural efficiency of its application and reducing the hybrid settlement cases, we can ensure that the settlements can be sufficiently stimulated, and that the goal of procedural efficiency can be maintained and attained.

Key Words: Cartel; settlement procedure; leniency system; procedural efficiency; hybrid settlement cases

[编辑: 苏慧]