

从国际经验看我国反垄断法私人执行和宽大制度的协调问题

涂霖墨

湖南大学法学院

DOI:10.32629/ej.v2i2.119

[摘要] 所谓徒法不足以自行,我国反垄断法施行已有十年之久,公共执行和私人执行的关系不乏学者研究。在反垄断法公共执行和私人执行冲突中最具代表的就是宽大制度和私人执行的协调。而我国目前关于反垄断法宽大制度和私人执行的协调没有明确的规定,本文以国外案例为出发点,剖析反垄断法中宽大制度和私人执行的问题,并结合国外有效且成功的实践经验,在我国反垄断法框架下作为一个前瞻性问题进行探讨,主要从宽大证据材料保护和赔偿责任两个角度分析。以期推动反垄断法实施的程序细化。

[关键词] 宽恕制度; 私人执行; 反垄断法; 协调

关于私人执行的定义,有广义、中义和狭义的区别。当下,狭义论占据私人执行定义的主流观点,即私人当事人通过诉讼或仲裁等方式追究垄断违法者的责任,从而维护自身权益的行为^[1]。特殊的是在我国通过仲裁保护竞争权益的案例十分罕见。是以,学界通常不加以区分私人执行和私人诉讼,认为受限制竞争行为的自然人、法人和其他市场主体向法院提起反垄断诉讼或反诉就是反垄断法的私人执行^[2]。据法条,我国承认反垄断法私人执行的合法存在。

宽大制度实为反垄断法中的“囚徒困境”,属于反垄断法公共执行的重要一环,公共执行是由我国反垄断执法机关对限制竞争的行为予以制裁,进而达到实施反垄断法的效果。宽大制度之所以特殊,因为它类似于刑法中的“自首和坦白”,给予垄断行为者在满足前提条件下一定的豁免权。该项制度具体规定在我国《反垄断法》第四十六条第二款。而从实践来看,该项制度被我国多家企业引用,是以,他在公共执行中有着浓墨重彩的一笔。

1 反垄断法私人执行和宽大制度的冲突由来

早先,关于公共执行和私人执行的作用探讨,学者们各抒己见。公共执行和私人执行各有其先天优势和缺陷。公共执行因反垄断执法机构天然的权威性而具有纠纷解决效率等优势,承担着“锄一害而众苗成,刑一恶而万民悦”的重任。但其仍具备固有缺陷,如执法成本过高、执法懈怠等,从而影响竞争文化的培育和发展。观其私人执行,克服了公共执行的不足,在一定程度上节约了反垄断执法机构的执法成本。然,私人执行依然面临滥诉和过度威慑的危险。因此,目前通说支持公共执行和私人执行协调论,认为公共执行和私人执行相辅相成,二者能完成功能上的互补,缺一不可。除此,还有学者通过函数证明二者存在的相互关系。反垄断法公共执行和私人执行不仅是解决垄断纠纷的平台,而且可以对特定垄断行为提供实际指导,从而更好的发挥法律的指引作用,进一步有利于解决由于法律的不确定性而引发的疑难杂症。

现今,多数国家都选择了推动构建公共执行和私人执行协调机制,而且是公、私执行独立模式体制,即反垄断法公共

执行和私人执行没有前置规定的困扰。换言之,反垄断法私人执行不以公共执行为前提,二者处于并列关系。这导致了无论在实践经验上还是立法功能上二者难免会出现交集^[3]。宽大制度作为公共执行的特殊产物,也不排除在外。因而协调好宽大制度和私人执行的关系在我国十分具有现实意义。

2 反垄断法私人执行和宽大制度的冲突问题

2.1 宽大证据材料的保护

反垄断法私人执行和宽大制度的冲突在宽大材料保护方面最具有典型意义案例的当属 Pfleiderer 案。Pfleiderer 是一家建筑材料公司,2008年1月21日,Bundeskartellamt(联邦卡特尔办公室,FCO)向三家欧洲主要装饰纸生产商关于价格的固定价格协议处以6200万欧元的罚金,并对五名负责卡特尔的个人追究了责任。而 Pfleiderer 向上述三家公司已经购买价值超过6000万欧元装饰纸,随后其提交了一份申请,要求获取全部有关部门实施罚款的FCO文件,为其提起损害赔偿的后续行动做准备。FCO回复了要求访问该文件的申请,发送了三项罚款的判决的版本,但从中删除了认定信息,以及一份在搜索过程中收集证据的清单。之后,Pfleiderer 提起第二次申请,进一步请求 FCO 查阅文件中的所有材料,包括申请人自愿提交的与宽大申请有关的文件和扣押的证据。继 FCO 再次部分拒绝了该申请后,Pfleiderer 对部分拒绝的决定进行上诉。此时案件出现了反转,2009年2月,波恩行政上诉法院判令 FCO 授予 Pfleiderer 对文件的访问权限,但 FCO 反对。于是,这个问题提交给了欧盟法院。

从这个案例,我们就可以看出宽大申请人在获得豁免之后的尴尬境地。如将宽大申请人为取得反垄断法豁免而提交的证据材料和信息公之于众,可能被私人当事方如 Pfleiderer 在后继诉讼中利用,甚至为私人当事方胜诉赢得筹码。宽大制度的设立本是为了节约反垄断执法机构的执法资源,其实施有赖于宽大申请人的配合。但倘若宽大申请人的自愿合作额外给自己带来了负担,毋庸置疑,这势必打击宽大申请人的热情。一方面,私人当事人相比反垄断执法机构和卡特尔成员获得信息的能力先天不足,在面临证据信息

不对称的情况下如何成功实现上述的矫正正义是一大难题。另一方面,卡特尔成员申请宽大处理后,相当于自认其罪行,就应受到了禁反言规则的约束。这就意味着卡特尔成员如果成为私人诉讼的被告,不能否认自己在宽大申请中已经承认的对己不利的事实和证据,只能在原告资格、损害结果等方面进行反驳^[3]。因卡特尔的隐蔽性公共执行的实施依赖宽大处理,而如今,私人当事人依赖于反垄断执法机构的侦查结果而提起后继私人诉讼的案件越发增多。故宽大制度中的证据和信息等材料在私人执行中的保护问题显得尤为重要。

2.2 赔偿责任

私人后继执行和宽大制度关于赔偿责任方面冲突的案例就更多了。以著名的 Empagran 维他命案为例,该案件涉及多家跨国公司,包括德国、比利时和日本等地的多家企业。在此案中,维生素间接购买者在美国法院提起集体诉讼,指控维生素的生产商和经销商合谋价格、分配市场操纵维他命的销售,在美国和国外各地提高维生素价格,明显违反了谢尔曼和克莱顿法案,损害了消费者的共同利益。值得一提的是,美国反垄断执法机构在这之前已对 F. Hoffmann-La Roche Ltd 展开了反垄断调查。由于价格协议的隐蔽性,部分涉案公司给反垄断执法机构提供了具有重要价值的关键性证据,从而加速瓦解了这个卡特尔集团。正因为这些证据,反垄断执法机构对 F. Hoffmann-La Roche Ltd 等众多公司的合谋行为予以认定,并公布了相关的指控协议等信息。部分涉案公司也因提供重要证据而获得豁免,如 Rhone-Poulenc SA 公司免于起诉^[4]。但提起集团诉讼的多家企业在后继私人诉讼中索求3倍惩罚性赔偿,而以上豁免公司担心3倍惩罚性赔偿削弱了公共执行的威慑力而提出抗辩,故而展开了新一轮的私人执行和宽大制度冲突的热论。

在同一时间段,因主动坦白获得宽大豁免的三井(Mitsui)美国子公司被判赔偿原告3倍损害赔偿的判决给予学界警醒。垄断协议所对应的法律责任是多重的,既包括刑事责任、行政责任,也包含民事责任。而宽大制度的设立是以豁免行政责任、刑事责任为基础,通常不包含民事责任。假设情景:一旦卡特尔成员被告知要负担惩罚性赔偿,反作用在宽大制度的实施效果则不尽人意了。卡特尔成员去申请宽大处理的可能性很大程度上取决于垄断法律责任豁免的可能性和范围。所以,关系到私人利益的垄断民事责任和公共执行下的宽大制度利益平衡也是亟待解决的问题。

3 国外反垄断法私人执行和宽大制度的协调实践

3.1 美国

在美国,《克莱顿法》第四条规定的强制性3倍惩罚性赔偿,是私人提起反垄断法诉讼的催化剂。美国反垄断部门的律师经常与私人卡特尔案件中的律师进行接触,并时刻关注私人反垄断诉讼案件进展的相关信息。美国讲究证据的重要性、保密性,严格控制大陪审团材料的出入,联邦刑事诉讼程序第六条(e)款明确禁止政府律师披露在大陪审团之前发生的任何事情。除非证明“特殊需要”才能在民事证据开示

中获得大陪审团的材料,即使如此,对大陪审团保密的利益也与证据开示需求相平衡。当私人诉讼当事人试图从另一方当事人获得另一方当事人向政府提供的信息时(例如向宽大申请人要求在刑事调查过程中向政府提供的所有信息),政府可以设法介入从而使证据交换规则中止。更为明确的是,美国司法部承认保密规则在宽大制度中的运用,系指未经宽大申请人的同意,身为卡特尔成员的身份及违法信息,不得向别国的反托拉斯局披露^[5]。

上述举例的 Empagran 维他命案和三井(Mitsui)公司案,法院最终都是严格遵循《克莱顿法》判决卡特尔成员承担3倍的损害赔偿。虽然这些案例并未舍弃私人执行在个案中的利益,但使得相关部门逐渐意识到私人执行和宽大制度的利益较量。于是,美国国会2004年6月2日出台了《反托拉斯刑罚提高暨改革法》。这一法令加大反垄断法公共执行罚力度度的同时,也增强了宽大制度的诱惑力。其中指出宽大申请人只需与美国反托拉斯局提供满意的合作以侦查卡特尔案件,不仅是其承担的民事责任减为1倍,并且只需对因其行为遭受损害的部分利益承担责任。也就是,我们所理解民事责任中的比例责任原则。如此,在一定程度上缓解了宽大制度和私人执行之间的冲突。美国卡特尔宽大申请人得以不胜枚举,且私人诉讼也呈现兴兴蓬勃的发展态势。

3.2 欧盟

在欧洲,私人执法相对欠发达的状态并未被视为阻止公司申请宽大处理,因此直到2012年还没有任何案例可以对宽大处理案件中的私人诉讼施加限制。但纵观反垄断法立法史,欧盟早在就意识到了公共执行和私人执行之间关系协调问题,2002年颁布的《第1/2003号条例》中关于私人执行和公共执行之间关系的规定就有四项。尽管如此,但公共执行在适用 TFEU 第一百零一和一百零二条方面仍然是领导者的角色,私人执行仍然发挥着补充作用。2005年,欧盟将公共执行和私人执行之间关系细化到私人执行和宽大制度之间。《绿皮书》中载有三种协调私人执行和宽大制度的解决方案。方案一:排除宽大申请材料的可获得性,从而保护宽大处理申请人向反垄断执法机构提交意见书的机密性;方案二,有条件的减少宽大申请人的赔偿数额;方案三:免除宽大申请人的连带责任,将宽大处理申请人的责任限制在对在卡特化市场份额的损失中。2006年的《关于减免卡特案中的罚款的委员会通知》第六条也明确“除了提交已存在的文件外,企业还可向委员会自愿提供它们所知道的卡特信息及其在其中的作用,这些信息是专门为实行这个宽大制度下提交的。事实证明,这些主动行动对有效调查和终止卡特侵权行为是有用的,它们不应因民事诉讼中发出的交换证据规则而受到阻碍。与不合作的公司相比,这可能损害他们在民事诉讼中的地位,则可能导致潜在宽大申请人根据本通知不会与委员会合作。这种不良影响将严重损害公共利益,以确保第八十一条欧共体在卡特案中得到有效的公共执行,从而有效地实施私人执行。其后不久,欧盟又通过了《白皮书》。《白皮书》在《绿皮

书》的基础上进一步保护宽大制度的吸引力,其内容提到所有违反欧共体条约第八十一条规定的申请人因宽大处理提交的所有公司声明,不管宽恕申请是否被接受,是否被拒绝或反垄断执法机构是否不作出决定,无论是在竞争主管部门通过决定之前还是之后,都在法院命令披露的情况下予以保护。另外,委员会提出进一步审议可能将豁免接受人的民事责任限制于其直接和间接合同相对人的主张。这将有助于使豁免宽大者支付的赔偿范围更加可预测和更有限,而不会不适当地让他们免于侵权的民事责任。之后,欧盟在《关于损害赔偿行动的第2014/104号指令》中再次确认,为保护宽大申请人免受不必要的损害赔偿要求,宽大豁免人原则上应免除对整个伤害的连带责任,并且责任不超过对其直接或间接购买者造成的伤害的数额。或者,对于购买卡特尔,其直接或间接提供者。如果卡特尔对侵权者的客户或提供者以外的人造成伤害,则不应超过其对卡特尔造成的伤害的相对责任。再者,国家法院永远不能命令任何一方或第三方(包括竞争当局)披露宽大材料,而私人当事方如果仅通过访问竞争主管当局的档案,获得的宽大材料则不能用于损害赔偿诉讼。需说明的是宽大材料不包括预先存在的信息。

事实上,除开欧盟立法规定外,在Pfleiderer案中法院已经在私人执行和宽大制度中做出了选择,法官认为卡特尔成员违法行为所带来的损害超过了私人当事方所要求的个人利益。随后2006年的9家过氧化氢生产商卡特尔案中,法官对个案利益的平衡又加以强调。可见欧盟反垄断执法机构保护宽大制度的态度之坚决。在最近的立法文件中,都表明了欧盟委员会意识到减轻成功宽大申请人民事责任的问题是公共和私人执法之间关系的核心。虽然欧盟无美国的3倍惩罚性赔偿之规定,但其免除连带责任以及按比例承担责任与美国的做法有异曲同工之妙。

4 我国反垄断法私人执行和宽大制度的协调前景

尽管目前,我国没有宽恕制度和私人执行冲突的案例。但《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条指出“证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料,或是商业秘密和客观原因不能收取的,私人当事人可向人民法院申请调取。”据此,当私人后继诉讼碰上宽大处理,私人当事人有权向法院提出申请调查。可这无疑在挑战宽大制度的执行。上文已经提到宽大申请人在损害赔偿诉讼中的被动地位,倘若宽大申请材料可以披露,从某个角度而言,反垄断执法机构代替私人当事方完成了举证责任,行政权干预了司法权。这并非是对宽大申请人的豁免。令人欣喜的是2016年的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》征求意见稿中第十六条规定:“对经营者依据本指南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,任何其它机关、组织、个人均无权查阅;上述材料也不作为相关民

事诉讼的证据使用,法律另有规定的除外。”至于反垄断执法机构不做宽大决定处理的,也不可以将材料作为认定限制竞争行为的证据。反垄断法立法部门显然已意识到宽大制度和私人执行之间的问题。按理,在处理卡特尔案件时,宽大指南应作为特殊法优于一般法的证据规则,然宽大指南非生效文件。

综上,首先,我国应尽快制定反垄断法宽大适用指南,明确宽恕申请人证据材料种类的保密性,可借鉴欧盟委员会的做法,如宽大申请人提交的材料是预先存在的证据材料则不属于保护范围等。除此,宽大适用指南中,更应加入成功宽大申请人限制民事责任的条款。作为大陆法系的我国否认了美国3倍惩罚性赔偿的规定,限制民事责任则有如下两层含义:一是豁免卡特尔成员的民事连带责任;其次,法院需根据申请人与当局的合作情况以及其参与程度,裁决申请人在整个责任中所应承担的份额。反垄断法是公、私兼并的法律,其目的是在维护竞争秩序之余,保护个别当事人权益的救济。在明白反垄断法第一要义后,宽大制度作为突破卡特尔案件瓶颈的重要手段,笔者认为从大局整体出发牺牲私人当事方的部分权益是可取的。

5 结束语

通过可查询的途径,笔者统计案例发现我国私人后继诉讼的案件远不如私人独立诉讼的案件,相比他国,目前我国反垄断法私人执行和宽大制度的冲突尖锐性稍弱。不过有关反垄断法私人执行和宽大制度的冲突我国确实属于留白状态,坚持“立法先行”才是建设中国法治社会的出路,亦能为全面深化改革“保驾护航”。今年,我国“三足鼎立”的执法格局彻底改变,三家反垄断执法机构整合为国家市场监督管理总局。宽大制度作为反垄断公共执行的重要工具,促进了私人后继执行的频率,私人后继执行频率的增加反过来又制约了宽大制度的申请。尽快呼吁宽大指南的施行,我们刻不容缓、责不旁贷,尤其是要考量与私人执行在民事责任、材料保密等方面的利益角逐。

[参考文献]

- [1]罗彪.反垄断法私人执行在我国的适用[D].兰州商学院,2011,(05):76.
- [2]王晓晔.反垄断法[M].法律出版社,2011,(63):347.
- [3]邵江禾.论反垄断法中宽恕制与私人执行的相关性[J].山东工会论坛,2013,(4):57-60.
- [4]柳镛.从美国经验看我国反垄断法宽恕制度的完善[J].西南石油大学学报(社会科学版),2013,15(1):64-70.
- [5]张珺.论我国反垄断法宽恕制度中申请者保密规则的完善[J].大连干部学刊,2016,32(11):52-55.

作者简介:

涂霖墨,(1994-),女,土家族,湖南省桑植县人,湖南大学法学院经济法学专业2016级硕士研究生,研究方向:经济法学。