



联合国
贸易和发展会议

Distr.: General
26 August 2010
Chinese
Original: English

第六次联合国全面审查《管制限制性商业惯例的
一套多边协议的公平原则和规则》会议

2010年11月8日至12日，日内瓦

临时议程项目6(a)

审查《原则和规则》的适用和执行情况

实施宽大处理方案，据以对发展中国家的核心卡特尔执行
竞争法

贸发会议秘书处的说明

执行摘要

许多人都将核心卡特尔视为违反竞争法的最为恶劣的罪行。现在，宽大处理方案是发现卡特尔并获取证据证明其存在和影响的最有效手段。不过，只有当并未争取宽大处理的卡特尔意识到其极有可能受到重大惩处时，这些方案才会有效。此类方案致力于形成一种意在进一步激励卡特尔参与者向竞争法执法人员自首的惩罚模式。不同国家的宽大处理方案可能会相辅相成，共同强化那些针对国际卡特尔成员的激励措施。少数发展中国家已经制定了反卡特尔宽大处理方案。如果其他发展中国家也要采用此类方案，就必须做出打击卡特尔的政治承诺，这样，方案才能得力有效。

目录

	页 次
导言	3
一. 有效宽大处理方案理论	4
A. 位于一个管辖区域的卡特尔	5
B. 横跨两个管辖区域的卡特尔	8
C. 一个管辖区域内的多个卡特尔	10
D. 理论的适用：经验	11
二. 发展中国家的宽大处理方案	11
A. 五个中等收入国家的经验	12
B. 制定了欠积极方案的发展中国家的经验	14
C. 讨论	15
三. 政策备选方案	16

导言

1. 许多人都将核心卡特尔¹视为违反竞争法的最为恶劣的罪行。卡特尔参与者为了获益，不惜利用欺骗手段，牺牲对手的利益。这类行为产生了深远影响，如交易失败，投资和创新成为过去以及可能会通过腐败行为为卡特尔维持良好的工作环境，所有这些都使得代价更为巨大。因此，许多国家都志在阻止卡特尔的形成并促使其解体。检举、惩罚或是以其他方式起诉卡特尔是其反卡特尔政策的一部分。不过，由于卡特尔通常比较隐蔽，发现卡特尔往往并不容易。竞争主管当局可能会在其他一些调查活动或根据线索开展的行动当中，有时甚至可能会通过市场调研发现其存在。但现如今，发现卡特尔并获得相关证据的最有效手段莫过于宽大处理方案。这些方案鼓励卡特尔参与者向竞争法执法机构自首。

2. 宽大处理方案是一项公开颁布的制度，会“部分或完全免除在其他情况下将适用于向竞争[法]执法机构报告其卡特尔成员身份的卡特尔成员的惩罚”。卡特尔参与者必须自首并符合其他一些特定要求。一般而言，卡特尔参与者必须坦白交待，停止卡特尔活动，给予全力配合，提供重要证据，以帮助起诉其他卡特尔成员。就竞争法执法人员而言，他们将以透明、可信的方式，坚持可预测的惩罚模式，以鼓励卡特尔参与者申请宽大处理。关键的一点是，只有第一个申请者可以获得完全宽大或极大程度的宽大；如果第二和第三个申请者也可获得某种程度的惩罚减免，方案的吸引力将大打折扣。

3. 有效宽大处理方案的必要条件包括：

(a) 反卡特尔执行工作要足够活跃，以使卡特尔成员相信，如果它们不申请宽大处理，便很可能会被发现并受到惩罚；

(b) 针对不申请宽大处理的卡特尔参与者的惩罚极为严厉，而且在某种程度上可以预测。第一个申请者所受之惩罚远轻于后来的申请者；

(c) 宽大处理方案足够透明且可预测，以确保潜在申请者可以预测它们将受到怎样的待遇；

(d) 为吸引国际卡特尔参与者，宽大处理方案应充分保护各种信息，以便在别的地方，申请者不会比非申请者更容易受到起诉。

4. 约有 50 个管辖区域自认为已经制定了卡特尔宽大处理方案。在中低收入国家中，巴西、墨西哥、俄罗斯联邦和南非制定了积极的宽大处理方案。智利也于最近加入这一群体。它们的方案与美国和欧洲联盟的方案类似并同时展开。除其他外，这些管辖区域所收到的宽大处理申请很可能是最多的。不过，大多数中

¹ 经济合作与发展组织（经合组织）对“核心”卡特尔的定义如下：“竞争对手之间达成的、关于限定价格、进行受操纵的招标（串通性投标）、设立产量限制或定额或通过划分顾客、供应商、商业区域或界限分享或分割市场的一种反竞争协议、反竞争的一致做法或反竞争安排。”（经合组织，1998 年）在本文件中，“卡特尔”意即“核心卡特尔”。

低收入国家尚未制定宽大处理方案。在过去二十年里，通过开展宽大处理方案，除不计其数的国内卡特尔外，已发现约 100 个国际卡特尔。

5. 本文研究了能使宽大处理方案发挥效力的一些条件和特征。它审查少数有这方面经验的中低收入国家的方案，并简单讨论了会影响到宽大处理方案效力的发展中国家的潜在特征。最后，本文提出了一些政策备选方案，供发展中国家选择。

一. 有效宽大处理方案理论

6. 进入、外部冲击和产业变革是卡特尔瓦解最常见的原因。从对卡特尔实证文献的审查中可以得知，议价问题是比欺骗更常见的导致瓦解的原因。最成功的卡特尔会建立各种机制来适应外部变革，减少重新谈判的必要。不过，欺骗可能会妨碍一些卡特尔的合并。

7. 竞争法的执行也是卡特尔瓦解的重要原因之一。不过，尽管在过去十年里实行了较严厉的制裁，仍能不断发现卡特尔的存在，这表明卡特尔并未受到足够的威慑。²从某种程度上讲，之所以出现这种局面，是因为被发现的卡特尔并非在所有造成伤害的管辖区域内都会受到制裁，而且所实行的制裁也没有考虑到其在国外市场造成的伤害。³

8. 宽大处理方案旨在鼓励卡特尔成员参与进来，坦白交待并协助竞争法执法人员，目的是破坏卡特尔的核心，即信任和共同利益。这些方案会通过大幅降低惩罚程度（与不给予宽大处理的情况相比）来奖励一个或少数告密者，而非其他的卡特尔成员。换句话说，他们会增加告密的吸引力，特别是吸引他们成为第一个告密者，而不是继续开展卡特尔活动。

² 在美国，根据《判刑准则》计算的罚金“很可能因为数额太少而远不足以对大多数卡特尔构成威慑”（Connor 和 Lande，2008 年：2216）。卡特尔侦查活动从未被怠慢：2009 年 9 月，反托拉斯署共有 144 项未决的大陪审团调查，这些调查很可能会对可能存在的卡特尔进行调查，这是自 1992 年以来数量最多的一次。（美国，2010 年）

³ “研究现代国际卡特尔的学者普遍认为当前的竞争政策无法对累犯构成重大威慑，因为它们‘……以消除在国内市场造成的危害为导向……[或者]只是禁止卡特尔但并未[实施足够严厉的制裁]。’就 1999-2005 年间发现的国际卡特尔而言，罚款总额的中值是销售额的 3.5%。在受到四次制裁（加拿大、欧洲联盟（欧盟）和美国的两次）的 14 个全球卡特尔样本中，平均罚款总额是销售额的 16.3%。尽管全球卡特尔会影响到全球市场，但它们却很少在北美和欧洲以外受到制裁。虽然足以威慑卡特尔的最理想罚款金额尚待讨论，但当前的比率显然过低。（Connor，2006 年：第 198 段）

海洋软管卡特尔起诉案表明，各种惩罚并未考虑到在其他地方造成的伤害。美国达成的认罪求情协议明确保证美国的指控仅限于美国的商业活动，联合王国的指控仅限于联合王国的供给。（国际竞争网络，2009 年 b：4-8）巴西是单独和解（经合组织，2009 年：第 17 段）。”

9. 对同样的不法行为适用不同的惩罚似乎有不公或歧视之嫌。不过，宽大处理方案适用于卡特尔参与者（如果他们是第一个，或者在某些方案中，是第二或第三个申请者）的条件是一样的。

10. 宽大处理方案针对的是隐蔽的卡特尔。由于属非法行为且在许多具有重大经济意义的管辖区域都极易受到起诉，卡特尔成员希望能始终处于隐蔽状态。成员会限制、破坏或伪装能证明卡特尔的存在、活动或影响的证据。争取宽大处理的卡特尔成员会交待卡特尔是如何运作的，向执法人员提供和解释证据，或许还会做出不利于其他成员的证明。

11. 有效的宽大处理政策会增加卡特尔化的预期惩罚力度。尽管一些卡特尔参与者受到的惩罚较轻，但由此导致的调查数量的增加意味着将有更多卡特尔参与者受到惩罚。这些足以补偿获得宽大处理者所交罚金减少的那部分。预期惩罚力度加大可以阻碍各种卡特尔行为。

12. 宽大处理不同于和解。宽大处理发生在早期，在竞争机构意识到卡特尔的存在之前，或者，在某些方案中，指在有足够证据以移送法院等机构之前。相反，和解是指双方在竞争机构完成调查之后、判决机构做出裁决之前达成的协议。和解的目的在于减少判决的成本和延误。

13. 下文介绍了宽大处理方案是如何改变卡特尔参与者动机的，先是一个管辖区域内的卡特尔，而后是横跨两个管辖区域的卡特尔。后者与国际卡特尔有一定的联系。

A. 位于一个管辖区域的卡特尔

14. 决定是要向主管当局检举还是要继续开展卡特尔活动时，卡特尔参与者会对可能采取的三种做法的代价和好处进行比较：继续开展卡特尔活动、悄悄解散卡特尔或是争取宽大处理。在这里，第一种和最后一种可能的做法是重点。只有在受惩罚风险加大但宽大处理方案不具有吸引力的情况下，中间的做法，即悄悄解散卡特尔，才是明智之选。

15. 这方面的代价和好处取决于市场以及竞争主管当局的做法。各当局通过其反卡特尔诉讼和宽大处理方案从不同程度上激励卡特尔参与者，进而诱导其解散卡特尔或是提出宽大处理申请。

16. 争取宽大处理的行为会导致卡特尔的解体。争取宽大处理必然要牺牲今后的卡特尔利润，而且，如果不能获得完全宽大，可能还会受到惩罚。如果卡特尔不太可能受到惩罚，或是惩罚力度较小，那么，与较小的被发觉和受到惩罚的风险相比，争取宽大处理所造成的某些损失更为严重：卡特尔成员往往不会选择争取宽大处理，反卡特尔法也会被视若无物。

17. 即使激励措施足以促使部分成员提出宽大处理申请，不同的卡特尔和卡特尔参与者也各有不同：利润较高的卡特尔可能会继续下去，利润较低者则不会这

样。对更注重规避风险的公司而言，当它们不确定是否已经触犯了法律，或者即使是在被发现和受到惩罚的风险极低的情况下它们也不愿运作时，它们可能会争取宽大处理。

18. 为诱导提出宽大处理申请，毫无宽大时的惩罚和有人自首时的惩罚减免力度都必须足够大而且可预测。如果对卡特尔化的惩罚力度过小，争取宽大处理就没有什么好处可言。在这里，“惩罚”不是指法律文本中的最大量刑，而是预计将受到的处罚。除其他外，要考虑到过往案例中实行的实际惩罚、实际的和解政策以及支付罚金方面的预期延误。有必要使有无宽大处理情况下的处罚具有一定程度的可预测性，以便潜在的申请者能够大概计算出争取宽大处理的代价和好处。可以通过消除起诉裁量权来进一步加大可预测性：如果申请人满足某些明确规定的条件，即可自动给予宽大处理。这样做还可以增强公正和无偏袒感。公共准则和旨在使执行工作符合政策要求的培训（如国际竞争网络的卡特尔研讨会）也有助于提高可预测性。

19. 第一个申请者所受到的待遇一定要比第二个的好。如果第二个申请者的待遇与第一个类似，冲当第一的动力便会有所减弱；每个卡特尔参与者都可以延缓脚步，直到他怀疑已经有人第一个提出申请。卡特尔参与者可以由此避免发生争相申请宽大处理的状况。许多方案都规定第一个申请者将获得完全宽大（不受任何惩罚）；另外一些则会把减罚程度限制在一定的水平，例如一半或三分之二。

20. 惩罚的概念包含了各种类型的后果。除政府机构施加的惩罚外，社会环境也会给予一些非正规的处罚。与被贴上卡特尔参与者的标签相比，更多的是“转型为”商业联合会的社会惩罚。更为正式的惩罚必须适于维护宽大处理方案的效力。在发展中国家，信任和人际关系因素在商业活动中发挥着重要作用，社会惩罚会非常严厉。社会惩罚甚至可能包括暴力和回避。根据后续诉讼施加的惩罚也关系重大，详情见下文。

21. 在某些管辖区域，个人要对卡特尔化负责。制裁措施可以包括罚款、监禁以及暂时或永远禁止担任公司的董事或主管人员。在个人可能会受到制裁的管辖区域内，宽大处理方案在批准给予公司宽大处理的同时，一般都会授予有关公司中给予配合的个人以起诉豁免。忽视个人激励措施的行为可能会破坏法人宽大处理方案。如果个人无法与其公司同时获得起诉豁免，从某种程度上讲，他们可能会出于自身状况考虑，影响公司的决策，使其不去争取宽大处理。部分宽大处理方案允许个人独立于其受雇公司之外，申请宽大处理。

22. 宽大处理的要约改变了对被发现几率的感知。每个卡特尔成员在考量是否要争取宽大处理时，都会考虑到其他成员的打算。如果一个卡特尔参与者准备坦白，它可能会认为其他成员也有这种打算，或许是因为它们都面临同样的“进入、外部冲击和产业变革”问题。卡特尔参与者可能会从一些特殊原因推断出另一参与者的坦白意图。由于较晚提出申请者将受到惩罚，卡特尔参与者会反复考量继续等待的风险，从而急于坦白。在某些情况下，第一个和第二个申请者可能只是几分钟之差。

23. 换句话说，卡特尔会有一段相当长的稳定期。在某一时刻，可能会发生一场变革，导致卡特尔参与者的预期有所改变。如果发生了这种情况，卡特尔参与者可能会争相去自首。导致此类变革的根源包括市场冲击、竞争主管当局反卡特尔政策的改变以及法人所有权的变更——例如，新的所有人可能会发现进行中的卡特尔行为并申请宽大处理，以减轻其责任或是与被本国文化视为犯罪的行为划清界限。

24. 关于谁有资格的问题，宽大处理方案各有不同。许多方案都规定，无论是在竞争机构没有意识到卡特尔存在的情况下，还是在已经意识到但尚未有足够证据提起诉讼的情况下，申请者都有资格获得宽大处理。许多方案只接受第一个或是前两三个申请者。这种做法似乎不如乍看上去严格，因为后来者也可以根据和解程序获得惩罚减免。一些方案拒绝接受那些胁迫其他卡特尔成员的或身为领导者的卡特尔成员。许多方案都允许潜在申请者在申请之前匿名询问它们是否具有资格。

25. 许多方案都要求“申请者以及适当情况下申请者的董事、主管和雇员全面坦白披露信息并不断给予配合。”一般情况下，它们还会要求申请者停止卡特尔活动，尽管一些竞争主管当局可能会命令申请者一如既往，以便为针对其他卡特尔参与者的诉讼提供援助。

26. 许多宽大处理方案都有一个“标识”系统。标识确定了申请者在队列中的位置，不过，必须在截止日期前满足披露和合作方面的起码要求。

27. 批准宽大处理是有条件限制的。如果申请者不符合条件，例如不提供持续合作，宽大处理可能会被撤销。尽管启动撤销程序的条件具有不确定性这一点降低了方案的可预测性，但如果不撤销对不顺从的申请者的宽大处理，整个方案都可能会遭到破坏。

其他要点

28. 竞争法执法人员可通过更好地集中资源用于发现卡特尔来提高宽大处理方案的效力，例如，在南非竞争委员会宣布把重点放在基础设施和建筑行业数月之后，它收到的卡特尔宽大处理申请分别涉及了预制混凝土制品及聚氯乙烯和高密度聚乙烯管等领域。⁴这种办法可能会使重点领域之外的卡特尔有繁荣发展之机。作为替代办法，可以在得知存在卡特尔行为的基础上进行资源分配。

29. “卡特尔概要分析”指关注已发现的卡特尔参与者活跃活动的其他市场。在一个卡特尔中十分活跃的常见法人成员和个人均可通过之前的工作和各种关系，通向其他卡特尔。

30. 根据和解程序减轻惩罚的行为会破坏宽大处理方案的效力。如果预期可通过和解大幅减轻惩罚，宽大要约的吸引力将有所下降，举例来说，欧洲联盟委员

⁴ 后者也可能是由一个不相干的事件促成，即一个兼并调查和禁令。

会将和解减免的上限定为 10%，而宽大减免的上限为 100%，以限制这方面的破坏性影响。

31. 在一些管辖区域内，负责对卡特尔案件提起诉讼的，不是竞争主管当局，而是其他机构，如检察官。这样一来，潜在的宽大处理申请者对某一机构的承诺对其他机构是否具有约束力持怀疑态度也就可以理解。不过，巴西和澳大利亚的竞争主管当局均已说服各自的刑事检察官实施反卡特尔宽大处理方案。

32. 选择对卡特尔适用行政法、民法还是刑法（或者不适用法律）会影响到公司的行为。根据行政法或民法收取的罚款会被简单视为开展商业活动的代价。刑法不止会向公司收取大量罚款和对个人进行制裁，也会体现出社会对不正当行为的判决。因此，刑法加大了宽大处理方案的影响力，因为惩罚可能会更为严厉且适用于个人。不过，刑法诉讼必须付出一定的代价并会受到制约。较高的证据标准要求获得更多资源。如果是由不同机构来对犯罪行为提起诉讼，就必须进行协调并确定优先事项。会对卡特尔提起刑事诉讼的管辖区域包括澳大利亚、巴西、加拿大、联合王国和美国（过去几十年里一直如此）。

33. 强有力的反腐败制度会对宽大处理方案形成补充。例如，官员可能会把能否收受贿赂作为是否批准宽大处理的条件。⁵在一个案件中，竞争事务官员试图强迫潜在的宽大处理申请者行贿，卡特尔参与者向警方检举了这种行为，索贿者已被治罪。

34. 上述问题引发了另一个问题，即卡特尔是国家范围内的行为，还是国际范围内的行为。下文将就卡特尔横跨两个或多个管辖区域时会出现的各种问题进行讨论。

B. 横跨两个管辖区域的卡特尔

35. 可能会在两个或多个管辖区域内受到惩罚的卡特尔增加了卡特尔参与者和竞争法执法人员的顾虑。宽大处理方案可能会对彼此产生或积极或消极的影响。后续诉讼也可能对宽大处理方案造成破坏。不过，执法人员可以减轻各种不利影响。小型经济体有一些特殊的考虑因素。下文就这些问题进行了讨论。

1. 间接影响

36. 宽大处理方案可以是相辅相成的。同时在多个管辖区域提出申请并发表弃权声明以便交换机密资料有利于协调针对剩余卡特尔参与者的调查。虽然我们促请竞争主管当局鼓励宽大处理申请者同时向其他管辖区域⁶提出申请，但许多当局都只是简单地询问申请人有无或是否打算在其他地方提出申请。

⁵ Clarke 和 Evenett（2003 年）报告说，他们感到担忧的是，反卡特尔法及其执行工作可能会为官员腐败和私营部门骚扰创造机会（脚注 39）。

⁶ 截至 2008 年初，最多曾同时在“八个或更多个”管辖区域内提出宽大处理申请（Hammond, 2008 年）。

37. 另一方面，如果另一管辖区域施加了严厉制裁而又缺乏有效的宽大处理方案，方案的效力就可能会被削弱。无论是第二管辖区域根本没有制定此类方案，还是方案不具吸引力，都会产生这种效果。在第二管辖区域将受到惩罚的威胁会使申请者失去向第一管辖区域提出申请的勇气。试想一下，如果管辖区域 A 有一个精心设计的宽大处理方案，管辖区域 B 却没有，或是方案不具吸引力，会出现什么样的状况。如果向 A 区域提出宽大处理申请会增加在 B 区域受到惩罚的危险，那么，向 A 区域提出申请的吸引力便会有所减弱。（如果第二管辖区域的惩罚微不足道或可能性极低，便不会产生这类不利影响。）这种影响确实存在：“随着时间的推移，我们[美国司法部反托拉斯署]逐步了解到有时国际卡特尔的成员在一个管辖区域内不申请赦免是因为在另一个没有制定透明、可预测赦免政策的管辖区域内，它们更容易暴露”。

38. 针对反托拉斯损害提出的后续私人民事诉讼同样会在世界范围内削弱宽大处理方案的效力。在美国，此类诉讼通常会导致对卡特尔参与者做出刑事判决，极大地加重了被认定有罪的经济后果。在美国最高法院 2004 年 *Hoffmann-LaRoche* 诉 *Empagran* 一案的判决中，关于根据美国反托拉斯法谁有资格在美国法院就民事反托拉斯损害提出诉讼，尚存在争论意见。若干国家的政府包括美国政府在其法庭之友书状中赞成限制此类资格，因为他们害怕如果在美国可以就各种伤害对已被给予宽大处理的卡特尔参与者提起诉讼，其宽大处理方案的效力将大打折扣。法院并未就宽大处理方案的效力是否确实会被减弱做出裁决，不过它根据礼让原则，对这类资格进行了限制。

39. 竞争法执法人员正在努力减轻这些不利影响，例如，他们限制了可供后续诉讼使用的资料。一些执法人员会把获得宽大的公司的身份永久保密。许多人员接受“无纸化”法人声明并将其作为机密资料。⁷一般而言，国际礼让原则规定法院不应下令编写会危害另一管辖区域执法工作的文件。为减少私人民事反托拉斯诉讼在美国的间接影响，除其他外，2004 年《反托拉斯刑事处罚强化和改革法》把接受宽大处理者的责任——实际损害数额的三倍——减少了三分之二。

40. 相互矛盾的条件阻碍了在多个管辖区域争取宽大处理，例如，一个管辖区域可能要求申请者继续开展卡特尔活动以收集证据或掩护调查，另一管辖区域则要求立即停止卡特尔活动。第二管辖区域内损害申请者利益的要求也会阻碍申请。

41. 简言之，其他管辖区域里的诉讼可以加强或削弱宽大处理方案的效力。宽大处理方案可以共同强化各种激励在多个管辖区域争取宽大处理的措施。同时提出多份申请并发表弃权声明以便交换机密资料有助于开展协调一致的、更有效的调查。不过，实行严厉制裁但却缺乏具有吸引力的宽大处理方案的管辖区域会损害其他区域的方案。针对反托拉斯损害的后续私人诉讼也会破坏那些激励争取宽

⁷ 在针对新西兰的评论意见中，国际律师协会（律师协会）警告说，“在其他区域的诉讼程序和损害诉讼中”，书面记录可能会对宽大处理申请者产生不利影响（律师协会，2009 年：第 2.15(a)点）。

大处理的措施。执法人员可以减少供后续诉讼使用的资料并修订针对宽大处理申请者的相互矛盾的或不利的要求，从而减轻各种不利影响。下一节审议了最多只对卡特尔参与者处以小额罚款的管辖区域的状况。

2. 小型经济体

42. 小型经济体的特征改变了上述部分要点的相对重要性，其企业和商人的数量较少。最严厉的制裁也微不足道，国际卡特尔参与者发现很容易就能避开小型经济体的视线。这些特征可能会影响到宽大处理方案的制定甚至是惠益。

43. 企业和商人的数量有限增加了非正规惩罚的相对重要性，并由此减损了宽大处理方案中减免正规惩罚的规定的效力。关于这一经验意义，尚有争论：牙买加官员认为小型经济体内发现和调查卡特尔的工作难度更大：“各种关系紧密地交织在一起”；当告密者可能会招致社会排斥，有时甚至会受到人身伤害；非官方的措施会破坏竞争主管当局的调查。与此相反，人口为牙买加的两倍、国内总产值却为其 10 倍（以购买力平价计算）的新加坡继 2008 年通过第一项卡特尔侵权决定和 2009 年通过宽大处理方案之后，又于 2010 年收到了第一份申请。尽管为时尚早，但可以说，人口少并不妨碍成功实施宽大处理方案以发现国内的卡特尔。

44. 在较小的管辖区域内，国际卡特尔参与者可能没有什么积极性申请宽大处理。首先，市场小意味着即使卡特尔的追加罚款额较高，惩罚水平也算不上高。在争取宽大处理的较短时期内，卡特尔参与者会把暴露风险较低或诉讼程序耗时较长的管辖区域放在次要位置：冒险受到较轻惩罚总好过在可能受到严厉处罚的地方无法申请宽大处理。其次，较低的潜在收益可能会推翻其他一些法人决定：如果可以避免前往、被引渡到管辖区域或在管辖区域内持有资产，那么，责任就主要是理论上的责任。

45. 因此，在制定有效的宽大处理方案方面，小型经济体可能会遭遇更大障碍，尽管国内卡特尔的情况可能要好一些。许多发展中国家都很可能被归为“小型经济体”。

C. 一个管辖区域内的多个卡特尔

46. 宽大处理方案逐步增加了激励措施。企业一般会为多个市场提供供给，在一个市场中发现的卡特尔行为同样适用于其他市场。宽大处理方案利用了这一点。某些方案的条款鼓励近处的卡特尔参与者披露其所参与的其他卡特尔。

(a) “额外赦免”：鼓励正在因一个卡特尔接受调查的公司也就另一个卡特尔申请宽大处理，这样无论是在处理新发现的卡特尔时，还是在处理正在接受调查的卡特尔时，该公司均可获得惩罚减免；

(b) “额外惩罚”：如果一家公司本可以利用“额外赦免”却没有利用，随后，卡特尔被人发现并被成功起诉的话，“额外惩罚”将加重惩罚力度；

(c) “综合性问题”：在调查卡特尔的过程中，会询问宣誓证人一些“综合性问题”，比如除正在调查的市场外，他们是否知道任何其他市场中的卡特尔活动。鉴于做伪证将受到惩罚，他们更愿意揭发其他卡特尔。

47. 胡萝卜加大棒的政策似乎已经奏效。2004 年，美国当时进行的过半数卡特尔调查中的线索都引发了对其他市场的调查。在一系列的调查中，维他命卡特尔（12 个单独的市场）被一个接一个地揭发出来。此外，还有一连串调查的线索牵涉甚广，从赖氨酸卡特尔到柠檬酸卡特尔、葡萄糖酸钠卡特尔和异抗坏血酸钠卡特尔，再到麦芽醇卡特尔。我们鼓励其他管辖区域也通过类似条款。

D. 理论的适用：经验

48. 美国和欧洲联盟委员会进行的大多数国际卡特尔调查都曾得益于宽大处理申请。Connor 根据公开信息，研究了对卡特尔的宽大处理。公开信息必定是不完整的。他认为，1990-2008 年间发现并起诉的、影响了至少两个大陆的 87 个卡特尔都应归因于宽大处理申请。他估计在世界范围内，已经批准的与这些卡特尔有关的赦免（完全宽大处理）共有 133 项，细目如下：欧洲联盟委员会 43 项、美国 42 项、加拿大 20 项、欧洲联盟的九个国家竞争主管当局 15 项以及大韩民国、南非、巴西和澳大利亚 13 项。

49. 新的卡特尔结构似乎有所减少。一项研究表明，就全球、欧洲和北美洲区域而言，1990 年代初期是形成新卡特尔的一个高峰期。北美洲新形成的卡特尔有所减少，原因包括：在美国，惩罚措施更为严厉（1987 年，操纵价格被定为重罪，法定公司罚款从 1990 年以前的 100 万美元增加到了 2004 年以后的 1 亿美元）；1992 年以后，对国际卡特尔的起诉日益受到优先重视；宽大处理方案的效力有所提高；而且成功起诉的能力得到验证（1995-1996 年的赖氨酸案和柠檬酸案）。在欧洲，减少的原因则在于调查卡特尔的工作日益受到优先重视。全球卡特尔相关变化的原因尚未查明。

二. 发展中国家的宽大处理方案⁸

50. 少数发展中国家积极致力于打击卡特尔，包括通过利用宽大处理方案。不过，绝大多数发展中国家似乎并未这么做。本章探讨了发达国家和发展中国家之间可能存在的制度差异。如果一个管辖区域积极致力于打击卡特尔，这些差异将会影响到宽大处理方案的价值。本章开始描述了五个制定了积极的反卡特尔方案和宽大处理方案的中等收入国家的经验。简言之，一些国家只实行了部分内容。

⁸ 在本文中，“发展中国家”一词意指世界银行所定义的中低收入国家。

A. 五个中等收入国家的经验

51. 南非、巴西、智利、墨西哥和俄罗斯联邦等五个中等收入国家制定了积极的宽大处理方案。它们的方案与传统发达国家制定的方案并无显著差异。下文对其经历进行了审查，可能会使人们了解到为何多数发展中国家没有制定此类方案以及实行这些方案是否会有所帮助。

1. 南非

52. 竞争委员会于 2004 年制定并于 2008 年修订了宽大处理方案。《竞争法》规定卡特尔的最高罚款额为卡特尔参与者公司年营业额的 10%。2009 年《竞争修正法》生效后，卡特尔行为被定为犯罪，并将追究个人责任；有人怀疑这种变化是否能增加其效力。宽大政策只允许给予第一个合格的申请者完全宽大处理（赦免）；后来的申请者可通过和解协议获得惩罚减免。该国曾对宽大政策进行修订，以便除其他外，使人们能够更好地预测申请者如何才有资格获得宽大处理。其他一些变动包括承认口头申请或“无纸”申请以及引入标识系统。截至 2009 年 9 月，共收到了 54 份宽大处理申请；其中超过三分之二是在截至 2009 年 6 月 30 日的 12 个月里收到的。许多申请都涉及建筑、能源和运输部门。

53. 1999 年建立现代体制之初，起诉卡特尔并非重中之重。资源被集中用于兼并审查、提高公众对新竞争规则的认识以及试行和确立各类做法和程序。2003 年，委员会委员宣布将更多地关注卡特尔问题并为其投放更多资源。在一些卡特尔案例中，和解商定的惩罚也较为严厉，著名案例包括 2003-2004 年期间，国际保健品批发商的 2 000 万兰特和比勒陀利亚律师协会的 223 000 兰特。这些著名的卡特尔和解案例标志着自此以后，卡特尔将受到严厉惩罚。宽大处理方案为卡特尔参与者提供了另一种选择，于 2004 年 2 月获得通过。当年便收到了第一份申请。

2. 巴西

54. 巴西的卡特尔既受行政法约束，也受刑法约束。针对卡特尔的行政罚款为总营业额的 1%到 30%，针对个人的罚款为各自公司所承担罚款的 10%到 50%。其他惩罚包括五年之内不得进入公共采购领域或禁止申请正式银行贷款。刑事处罚包括刑事罚款以及二至五年的监禁。

55. 2000 年，通过修改法律，引入了针对卡特尔的宽大处理。第一份宽大处理协议于 2003 年得以执行。截至 2009 年中，共签署了约 15 项宽大处理协议，至少有 29 名管理人员被刑事法院认定参与了卡特尔活动。为获取有关卡特尔的证据而颁发的搜索令数量快速增加：2003-2006 年为 30 条，2007 年增加到了 84 条，2008 年则为 93 条。该数值也是反卡特尔活动的一项指标。

56. 视申请人所提供合作的效力及其善意程度不同，宽大处理方案会将其所受经济惩罚减轻三分之一到三分之二。如果在收到申请时主管当局尚未意识到该卡特尔的存在，则可能会给予完全豁免。个人可享受行政和刑事诉讼豁免。申请人

必须是第一个向主管当局提出申请，且不是卡特尔的领导者；必须坦白交待，停止卡特尔活动并有效配合调查。为了受益于公司的宽大处理申请，个人必须和公司一样，签署协议，给予配合。如果公司没有提出申请，个人可单独申请。标识系统会在队列中保留一个位置，但最长不超过 30 天。宽大处理方案中包含了“额外宽大”条款。

57. 现行的竞争法案是在 1994 年通过的。2000 年，经合组织建议重新分配资源，从无害兼并转向卡特尔及其他。司法部经济法局于 2000 年获权开展“黎明搜捕”行动和批准宽大处理，但直到 2002 年，联邦警察才被批准协助调查州际和国际卡特尔。2003 年，司法部经济法局认识到应把重点放在卡特尔上，它与联邦警察和检察官签署了协议，以便联合起来，对卡特尔进行刑事和民事调查。同一年，保护经济行政委员会开始征收巨额罚款，司法部经济法局则开展了两次“黎明搜捕”行动。2003 年 10 月，收到第一份宽大处理申请。最后，罚款额共计 4 000 多万雷亚尔，其中，宽大处理申请者未被处以罚款。随着时间的推移，罚款额不断增加：1999 年，在保护经济行政委员会就卡特尔做出的第一项决定中，罚款额为总营业额的 1%；到了 2008 年的决定，数额已增至 22.5%。

3. 智利

58. 卡特尔已成为竞争主管当局——经济检察院执行工作的重中之重。截至 2009 年，最大的一笔卡特尔罚款约为 800 万美元，尽管公司和个人罚款的法定最大限额约为 2 250 万美元。

59. 通过修正 2009 年生效的竞争法，（部分或完全）宽大成为可能。为具备获得宽大的资格，申请者必须是第一个提出申请，不是卡特尔的领导者，提供“准确、真实和可核查的信息”以有效支持向法庭提出的主张，停止卡特尔活动，并且在经济检察院提出指控或将记录归档之前，不得向外泄露其所提出的请求。经济检察院申请竞争事务法庭减免的罚款不会超过未获宽大的卡特尔参与者所要支付的最高罚款额的 50%。修正还纳入了更多调查手段，包括获得司法令状情况下的黎明搜捕和窃听。

60. 2009 年提交议会的一项法案允许对参与卡特尔的个人提起刑事诉讼并处以最多五年的监禁。它将使宽大处理方案的保护范围扩展至刑事制裁。

4. 墨西哥

61. 在墨西哥，卡特尔要受到联邦竞争事务委员会实行的行政法以及刑法的制约。公司和个人都要承担责任。不过，在实际操作中，刑法规定并不适用。

62. 2006 年，墨西哥通过修正竞争法及其规定，引入了卡特尔宽大处理方案。第一位申请者可免受行政处罚；随后的申请者则可获得 20%到 50%的罚款减免。申请必须在调查结束前提出。申请者必须提供充分证据证明卡特尔的存在，持续全力配合竞争机构并听从竞争机构提出的要求。在整个过程中，包括在调查结束后，竞争机构都将尽最大努力，对申请者的身份进行保密。

63. 虽然在实行之初，宽大处理方案并未确定做出决策和计算罚款减免额的正式程序，但后来都得到了纠正。进一步的准则或将讨论“额外宽大”条款、个人的责任、国际合作以及口头申请等问题。2008 年收到五份宽大处理申请，到 2009 年中，又收到了两份。

5. 俄罗斯联邦

64. 在俄罗斯联邦，卡特尔要接受行政法规定的处罚。刑法条款暂不适用。2007 年，俄罗斯通过法律修正案引入了宽大处理方案，八家公司根据该方案提出自首。与 2007 年相比，竞争主管当局在 2008 年更为活跃。这一年，它针对限制性协议或协同做法——较“卡特尔”更为广泛的一个类别——发起了 355 项调查，比 2007 年增加了 54%。2008 年的卡特尔罚款共计 15 亿卢布，是前一年的 359 倍还要多。不过，该宽大处理方案允许同时提出宽大处理申请。结果，在 Rosbank 一案中，有 37 家保险公司同时申请宽大处理。它们的申请均被接受，且未被处罚款。除其他外，2009 年对《行政违法法》的修正规定，罚款减免仅限第一个申请者，而且，不接受同时申请。

B. 制定了欠积极方案的发展中国家的经验

65. 在印度，《竞争法》规定竞争委员会有权减免对提供完整、真实且重要的卡特尔相关信息的卡特尔成员的处罚。依照 2009 年第 4 号条例，如果第一位申请者披露信息时，委员会或总干事尚无充分证据证明存在违规行为，那么，该申请者便可以获得最多 100% 的罚款减免。第二和第三名申请者分别可以获得 50% 和 30% 的减免。印度建立了标识系统；申请必须在 15 日之内符合标准。如果申请者不给予完全配合，可以撤销宽大处理。申请者的身份及其提交的资料仍属机密信息。

66. 在突尼斯，《竞争法》第 19 条规定，如果执法机构事先并不知道卡特尔的存在，第一个提出申请的卡特尔成员便可以获得完全宽大。

67. 在埃及，《竞争法》第 26 条规定，帮助“在审查、搜寻、检查、调查或审讯的任何阶段披露和确定犯罪构成要件”的卡特尔成员将获得处罚减免。罚款上限为大约 4 000 万欧元。

68. 在萨尔瓦多，2007 年《竞争法》修正案强化竞争主管当局的调查权力，允许其在拿到搜查令的情况下开展黎明搜捕行动并提高了罚款金额。卡特尔已受到起诉。萨尔瓦多正在制定宽大处理方案。

69. 在巴基斯坦，2009 年《竞争条例》第 39 条允许竞争委员会酌情对“全面、真实披露”串通舞弊行为的企业处以较轻处罚。委员会也可开展搜查活动或进行查封。

70. 绝大多数发展中国家没有制定旨在诱导卡特尔自首的宽大处理方案。赞比亚就是其中一例。《竞争和公平贸易法》绝对禁止卡特尔；有关个人和公司均需

承担责任。最高罚款额为大约 2 000 美元，最长刑期为五年；不过，对于为诉讼提供关键证据并给予全力配合者，检察长可使其免于受到起诉。反卡特尔执法工作较为薄弱，原因包括：证据经常在国外；竞争机构的财政和人力资源有限；政府往往牵涉其中（《竞争法》不适用于政府作为一方当事人参与的交易）；以及其他政府机构不愿意配合卡特尔执法工作。“当各重要机构不予配合，或者根本没有配合的义务时……反卡特尔执法工作就会无法发挥作用。鉴于以上几点，在赞比亚或是处于同一发展水平的其他国家，对于有效的卡特尔调查和起诉工作而言，专门针对竞争的宽大处理方案并不一定就是灵丹妙药”。

C. 讨论

71. 只有在卡特尔会受到严厉、有效惩罚的情况下，宽大处理方案才是有效的。如果该前提条件得不到满足，我们就有理由放弃宽大处理方案。如何确定反卡特尔行动的直接或最大障碍不属于本文讨论的范围。⁹

72. 少数中等收入国家实行反卡特尔的、具有吸引力的宽大处理方案已有几年时间。这些国家之间有何不同？其中没有一个是低收入国家。几年之后，至少有两个国家，即巴西和南非，有意识地对资源进行重新分配，重点从兼并审查转移到了反卡特尔的工作上。也就是说，它们从当事方热切想要提供信息和对工作人员进行技能培训的领域转移到了当事方热情较低的领域。此外，增加反卡特尔诉讼和制定宽大处理方案就如同一个战略的两个部分，往往一前一后，或是相伴而行。不过，这些国家之间的最大区别尚不够清晰。

73. 高收入国家和其他国家之间的制度差异会影响到卡特尔宽大处理方案的效力么？在别处，一些因素被视为会影响到新兴市场竞争政策的制定，如至少是在 1980 年代以前国家对经济体的主导和持续的国家垄断、各部门的发展情况变数极大以及不同的社会经济和政治因素等。我们可以想象，在一个积极打击卡特尔的管辖区域里，其中部分因素会影响到宽大处理方案的效力。

(a) 如果人们认为卡特尔旨在取代目前缺失的国家指导，那么进入国家引导经济发展的时代可能会使告发卡特尔变成不可思议的事；¹⁰

(b) 各部门发展情况的变数极大意味着部分卡特尔的成员来自“非正规”经济体。这类实体不愿意申请宽大处理，因为那意味着其他各项法律的执法工作也会意识到它们的存在；

⁹ 2004 年的发展中国家竞争机构调查发现，政府其他部门和广大公众普遍认为缺少竞争文化。卡特尔起诉工作开展的较为缓慢属普遍现象；妨碍反卡特尔工作的因素包括“工作人员经验不足、调查工具不够完善、得不到公众的理解与配合以及制裁权力不够大”（经合组织，2009 年）。

¹⁰ 这符合巴布亚新几内亚竞争委员会发表的评论。在巴布亚新几内亚，市场参与者已习惯于之前由政府操纵价格和利润的体制。“委员会认为……巴布亚新几内亚仍然存在划分市场份额和操纵价格的现象，不过……委员会几乎没有收到过有关这类做法的投诉或证据”（巴布亚新几内亚，2009 年）。

(c) “不同的社会经济和政治因素”指经济和政治权力高度集中或紧密交织。如在“小型经济体”标题下指出的那样，宽大处理的申请可能会遇到阻碍。该短语也可能指体制薄弱，在开展具有吸引力的宽大处理方案的必要进程时，能力不足。

74. 简言之，活跃的中等收入国家的宽大处理方案构成了更广泛的反卡特尔战略的一部分。它们类似于高收入国家的方案，但这并不表示如果低收入国家也愿意积极反对卡特尔，它们就必须照搬。

三. 政策备选方案

75. 虽然现如今宽大处理方案是发现卡特尔的最有效工具，但这种有效性只在与积极搜寻和严厉惩罚卡特尔相结合时才能得以体现。许多发达国家和少数中等收入国家积极致力于打击卡特尔并实行了宽大处理方案。其他发展中国家也能从制定本国的宽大处理方案中受益么？

76. 为获益于宽大处理方案，管辖区域必须积极打击卡特尔。如若不然，为制定宽大处理方案而开展的广泛努力很可能会变成徒劳。

77. 一国不能依赖他国的反卡特尔诉讼或宽大处理方案。外国的诉讼无助于打击单纯的国内卡特尔。国际卡特尔可在全球范围内开展行动，它们认为反托拉斯风险过高的管辖区域除外；有证据表明，在打击卡特尔不积极的国家，它们的索价更高。因此，一国不能依赖另一国的反卡特尔诉讼。至于宽大处理方案，目前的趋势是对最终从宽大处理申请者处获得的信息进行限制。如此一来，一国便无法依靠从另一国获取信息来开展后续的国内诉讼。简言之，不能将打击卡特尔的责任交予他国。

78. 如果一些管辖区域会对卡特尔实行严厉处罚但却没有提供有吸引力的宽大处理方案，另外一些管辖区域为打击国际卡特尔而做出的努力就会受到伤害：在未通报的管辖区域内受到起诉的风险会削弱卡特尔参与者争取宽大处理的积极性。与此相反，在多个管辖区域同时申请宽大处理并发表弃权声明以便交换机密资料有助于协调卡特尔调查工作，并反过来促进各管辖区域的诉讼。综合而言，这些影响意味着如果他国更加积极地打击卡特尔并通过有效的宽大处理方案，各国都会受益。因此，经验较丰富的竞争主管当局应向经验不足的主管当局提供技术援助。

79. 少数中等收入国家的经验表明，严厉打击卡特尔的前提条件一旦得以满足，制定了宽大处理方案的国家便可以侦查出国内和国际卡特尔。

80. 发展中国家的某些特征可能会削弱卡特尔宽大处理方案的效力。商人之间关系密切、非正规经济体较为壮大以及“竞争文化”较弱等都会削弱宽大处理方案各项激励措施的强度。关于国际卡特尔，它们会优先考虑在除其他外可能受到较严厉惩罚的管辖区域提出宽大处理申请，这其中只包括少数几个发展中国家。在建设体制能力方面，发展中国家的机会成本较高。此外，法律制度会提出和解

进程，足以作为宽大处理的替代。在一些管辖区域内，这种情况可能会使得卡特尔宽大处理方案的成本大于收益。

81. 谨建议竞争主管当局考虑：

(a) 宽大处理方案是积极卡特尔政策不可分割的一部分吗？

(b) 发展中国家的特性会影响到宽大处理方案的制定吗？

(c) 较大、较活跃的管辖区域可以参与各项诉讼或政策以减少卡特尔对其他国家的伤害？《关于竞争的一套原则和规则》对贸发会议等国际组织的作用有何规定？
