



联合国
贸易和发展会议

Distr.: General
10 May 2011
Chinese
Original: English

贸易和发展理事会
贸易和发展委员会
竞争法和竞争政策问题政府间专家组
第十一届会议
2011年7月19日至21日，日内瓦
临时议程项目2

审评到目前为止在执法合作，包括在区域层面的 执法合作所取得的经验

贸发会议秘书处的说明

内容提要

过去几十年里全球化不断加快，使竞争的地理范围扩大。大公司的活动可影响到外国管辖下的多种市场，扩大了反竞争行为的范围，产生跨界的影响。因此，仅在国内关注反托拉斯政策已经不够了。国际社会已尝试了各种做法以有效开展合作，对付全球范围的反托拉斯问题。最近取得了重要的进展，特别是发达国家之间在国际卡特尔调查和跨界兼并审查个案合作方面。

本文件审查到目前为止在竞争法执法合作领域所取得的经验，着重阐述为有效调查涉及跨国因素的市场活动，在深化执法行为合作和分享信息和最佳做法方面所采取的做法。

目录

	页次
导言	3
一. 试验和检验过的解决办法	4
二. 具体案例的合作：卡特尔和兼并	12
三. 结论和供今后讨论的问题	19
四. 供讨论的议题	19

导言

1. 如 2010 年 11 月 8 日至 12 日在日内瓦举行的第六次联合国全面审查联合国的一套竞争政策会议所建议的，政府间专家组第十一届会议要举行一次圆桌讨论，审评“到目前为止在执法合作，包括在区域层面的执法合作所取得的经验”。以下是背景情况说明，意在协助成员国围绕这一议题安排讨论。
2. 本说明中的资料来源主要包括：贸发会议的研究报告、所收到的成员国对调查问卷的答复、给上述会议提供的资料、国际竞争网工作组的出版物、和经济合作和发展组织(经合发组织)就此议题举办的圆桌会议。本说明还采用了竞争管理当局网站和此议题的学术文献的资料。
3. 在 1999 年至 2006 年期间，12 家航空货运公司组成了一个国际卡特尔。其中有些是大航空公司，包括法国航空公司、荷兰航空公司、挪威的纳维亚航空公司、新加坡航空公司、英国航空公司、国泰航空公司和加拿大航空公司。这些航空公司最初为了讨论与燃油附加费有关的问题而互相联系，并商定对所有装运的货物采用统一费率。随后，合作扩大到保安附加费和联合拒绝向货代支付附加费佣金。这使它们可避免在附加费方面的竞争，例如，给客户折扣。卡特尔的影响波及多个管辖区，触发了世界各地竞争管理当局的调查。¹
4. 当今公司之间的兼并也通常具有国际性。以两家设在美利坚合众国的公司最近的合并为例，英特尔(Intel)是中央处理器的主要生产商，麦卡菲(McAfee)是信息技术安全的销售商，它们的合并引起了欧洲委员会的关切，因为英特尔在计算机芯片和芯片组合方面在世界市场上无处不在。² 欧洲委员会批准这一合并是以以下承诺为条件的，即，保证不得排除提供与英特尔组件可兼容的信息技术产品的竞争者。在审查这一兼并时，欧洲委员会与美国联邦贸易委员会密切合作，得益匪浅。
5. 这些案例是现代全球化市场上商业交易和反竞争活动的国际影响的地理范围越来越大的鲜明例证。在这种情况下，竞争管理机构面临着新的挑战 and 遏制跨国反竞争行为从而恢复竞争的机会。
6. 第二次世界大战后制定一部多边竞争法的早期努力归于失败，使有先进的竞争制度的国家不得不依赖其竞争法的域外执法，以对付外国行为者的反竞争行为所造成的负面的国内影响。然而最近，鉴于域外执法与国家主权不可避免地会出现摩擦，人们的论调和做法又退回到建立一种国际联系的制度来充分地应对在全球化世界跨国商业活动的反托拉斯影响所构成的挑战。

¹ 最近欧洲委员会对航空货运公司中的 11 家公司处以 7.99 亿欧元的罚款。

² 见 http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5984。

7. 为实现这一目的所做的努力有很多形式，从正式的双边和多边协定到非正式的互动、交流情报和最佳做法，形式多样。现在人们普遍公认，全世界竞争管理当局之间的合作为竞争法切实有效的执行提供了便利，因此有助于市场更好的维持竞争。

8. 然而，各种因素会影响执法合作的有效开展——至少在实质性的竞争条款、程序和机构做法方面各管辖区与管辖区之间会有差别。此外，虽然不可否认竞争法和政策广泛扩散——今天已有 110 个国家有可行的竞争法制度——然而，一些国家仍然缺乏规范框架来对付来自国内或外国行为者的反竞争行为。此外，也不可忽视的是合作活动往往集中在有比较先进的竞争体制的发达国家。

9. 本文件旨在审查这一执法合作以来所取得的经验，着重阐述各竞争管理当局为深化竞争执法合作和交流情报和最佳做法以有效调查涉及跨国范围的市场活动迄今为止所采取的做法和方针。特别是，将重点阐述卡特尔调查和跨界兼并监控方面的执法合作。

10. 第一章概要介绍导致加强合作的起因和各种影响因素并审查竞争管理当局所使用的国际竞争法执法合作的工具。

11. 第二章更详细地介绍与合作相关的具体案例问题，尤其关注卡特尔调查和跨界兼并监控问题。本章还介绍最近的动态和参与合作的当局在这些领域所面临的挑战。第三章提出结论和供讨论的问题。

一. 试验和检验过的解决办法

12. 越来越快的全球化扩大了竞争的地理范围。现在各企业可在其所在的管辖区以外的市场参与有效的竞争。更深入的全球化也意味着会有更多的兼并影响到两个或更多管辖区，并对多个国家的市场结构产生影响。这些变化突出了现有的国家竞争法在对付全球市场上反竞争行为的影响方面的局限性。

13. 过去十年，全世界竞争管理机构的数字迅速增加，这至少部分是由于在关于实现经济增长和发展的最佳手段的全球性共识上所发生的转变——倾向市场经济和竞争，而不是无处不在国家计划。但是，实质性的和程序性的规则往往差别巨大，使进行合法商业活动的行为者遵从法律的过程过于繁琐并成本高昂。因此，为确保在全球市场上切实有效地解决反竞争行为问题，同时又不让竞争法本身成为高效率经济表现的障碍，各国之间某种形式的合作必不可少。

14. 为处理这个问题所做的努力可大体分为五类：

- 域外法权；
- 有约束力的多边竞争协议；
- 双边协议；
- 地区/社区协议；
- 软法律、非正式网络、合作和谅解。

A. 域外法权

15. 域外法权是根据公共国际法原则国家在其领土外声称其法律权力。即使在行为本身并不是源自执法管辖区但在那里有一定影响的情况下也被应用。过去，这常常引起管辖区之间的冲突，以至一些国家颁布了阻拦法令以阻止这种域外执法和保护其司法主权。关于打击反竞争行为的重要性全球形成了越来越多的共识，使这种冲突几乎不存在了，因为管辖区比较愿意与域外执法开展合作了。

16. 域外法权靠其本身并不能解决全球规模的打击反竞争做法问题。第一，每个国家都瞄准危害其经济的反竞争行为，让其他国家提起自己的诉讼。由于并不是所有国家都有在域外单边执行法规的资源、专门知识和技巧，即使是在竞争法在实质内容上是一样的地方，也会有执法不够的地区，很可能是那些比较小的欠发达经济体。第二，域外诉讼要权衡的非竞争的政治考虑因素可能比纯国内的考虑因素要多。

B. 有约束力的多边竞争协议

17. 早在成立国际贸易组织的哈瓦那宪章(1948 年)的时候，对于搞一个多边竞争法协议是否可取就进行了讨论。哈瓦那宪章是为设立贸易和竞争多边框架做出的第一个重大尝试，其中包括了对限制性商业惯例进行和禁止卡特尔和垄断的纵向限制的条款。然而，由于许多国家的抵制，包括美国和许多发展中国家的抵制，哈瓦那宪章始终没有生效。

18. 在 1990 年代初，欧洲联盟(欧盟)结合竞争对国际贸易的影响问题重新提出搞一个有约束力的多边竞争协议问题。它努力将多边竞争法协议纳入关税和贸易总协定乌拉圭回合谈判。

19. 虽然这一努力结束了，但探索竞争执法多边标准的热情导致世界贸易组织(世贸组织)于 1996 年授权就反竞争做法及其与贸易政策的互动情况开展研究。然而，竞争法于 2003 年在坎昆举行的第五次世贸组织部长级会议的贸易议程上被删去。

20. 有些人将这一做法没有成功归因于在竞争法体制方面的进展程度不同。美国指出，“当世界上的反托拉斯机构只有 10 岁或更年轻，并且各机构之间在反托拉斯执法原则方面仍有许多差异的时候，我们认为，强制达成统一的道路会导致在最低水平上的执法”。³

21. 又过了七年，尽管已经在使用合作的工具，这样的差异在许多方面仍然是非常确实实的，虽然已不是那么突出了。许多国家继续缺乏竞争法，和(或)处于制定的早期阶段。发展中国家的另一个长期的担心是，这类协议的执行可能会有繁琐的要求。

³ 美国律师协会，行政法科，秋季会议，2004 年。

22. 虽然这样的竞争问题并不构成世贸组织议程的活跃部分，但服务贸易总协定和与贸易有关的知识产权协议中的一些条款是针对某些反竞争做法的。例如，服务贸易总协定中有一条规定反对滥用垄断权和独家供应商，并规定成员国之间开展协商消除限制竞争从而限制服务贸易的商业惯例。与贸易有关的知识产权协议承认许可证条件可能是反竞争的，并规定，在某些条件下，政府可采取行动反对滥用国际产权的反竞争的许可证制度。

C. 双边合作

23. 美国和德国于 1976 年缔结的协议是最早的竞争法合作执法双边协议之一。今天，大批国家已经谈成了双边协议，这些协议受到经合发组织颁布的积极礼让和合作原则的影响。这类协议通常规定在任何一方得知其执法活动可能影响到另一方的利益时应开展合作。它们也通常包括同意交流情报，协调执法活动，和在执法活动过程中考虑到对方的重要利益。在这类协议中也不可避免地会包括对交流机密情报的限制。这有时候可通过双方给与有关方面弃权从而允许交流机密情报来避免这种情况。

24. 后来就出现了允许交流机密情报的第二代双边协议。这种协议的一个例子是美国和澳大利亚之间的 1999 年反托拉斯执法互助协议。这一协议规定的合作涉及两国之间的广泛的对等的执法援助，例如，披露、交流和讨论情报、接受个人口供和执行搜查和查封等。

25. 另一个例子是，秘鲁国家保护竞争和知识产权机构和哥伦比亚工业和商业监督局之间的协议。该协议允许交流机密情报，要求双方机构对所交流的情报保密，并只能用于竞争法执法目的。此外，这两个机构被规定不得将情报的任何内容泄露给第三方，否则互相要负滥用情报的赔偿责任。

26. 无约束力的谅解备忘录也越来越常见，最典型的适用情况是缔约方国家之间的贸易受到影响的情况下。例如，土耳其加入了在缔约方互相同意、愿意和决定的基础上签署的 8 个谅解备忘录。这些备忘录的目的是鼓励开展合作，交流非机密的情报和举行会议。土耳其的竞争管理机构表示，谅解备忘录的吸引力在于其无约束力但又带有正式的性质所提供的更多的灵活性。

27. 各国在自由贸易协定下也纳入了竞争合作条款。欧盟已表示十分希望在目前正在谈判的新一代自由贸易协定中纳入更有力的竞争条款，并指出 2009 年与韩国签署的协定就是这种条款的例子。赞比亚也通过与其邻国津巴布韦的一项联合贸易议定书规定在发生竞争案例时要交流情报，这导致了大量的具体案例合作。同样，各国也经常通过法律互助条约的方式开展合作，例如，存在于美国和加拿大之间的条约，允许在反托拉斯刑事调查中分享情报。

28. 从总体上说，双边协议作为规范跨国反竞争行为的一种合作工具受到竞争管理机构的重视。据说，这样的协议很实用，可以避免重复调查和执法行动，更好地确保在对付影响到双方的反竞争行为时，最合适的一方应承担首要责任。

29. 一些发展中国家指出，在双边协议中列入技术合作条款特别有好处。印度尼西亚的商业竞争监督委员会指出，它与日本公平贸易委员会签订了一项协议，是更广泛的两国之间双边经济合作的组成部分。作为技术援助条款的一部分，商业竞争监督委员会与日本公平贸易委员会签订了一个新的能力建设三年方案。

30. 尽管有这些好处，双边协议本身并不能解决涉及多个管辖区的与规范跨国反竞争活动有关的问题。一个很明显的局限性是，它们仅存在于有关双方之间，虽然这类协议如连成网络也许会有所帮助，但也不能充分解决某些反竞争行为的跨国影响问题。

31. 大多数协议都只限于交流非机密的情报，这可能是个重大的缺陷。如果处在外国的管辖区的机密情报是关键性的，那么，这种限制可能就会是破坏性的。虽然一些竞争管理机构已经指出这是一个需要改进的领域，但它们也重申非机密情报的范围是广泛的；在实际上，无法交流机密情报并没有使合作变得无用。

32. 此外，大多数双边协议是发达国家之间的。之所以如此，一个原因是发达国家关注的是那些商业活动可能影响到它们的市场的国家。小经济体的企业不大可能有这样的国际覆盖面。竞争制度发展状况的差异也经常会影响到双边协议的条款及其事实上的执行。例如，商业竞争监督委员会指出，与日本公平贸易委员会的双边协议谈判漫长而又困难重重，不得不对条款加以限制，以便不把竞争法联合执法作为重点纳入，因为两国的发展水平是不同的。

33. 这种差异表明，最发达的国家有最多的资源和经验，能更好地收获更大的合作带来的好处，而欠发达的制度则是以不同的方式收益，例如，交流非机密情报和技术合作条款。

D. 地区/社区协议

34. 对付跨国反竞争活动影响的另一种做法是将规范与类似地理区域国家的竞争的工作结合起来。这就有可能更切实有效地对影响到一个地区的数个国家的反竞争行为开展执法工作。更具体地说，地区性竞争执法协议常常被看作是国家间更广泛的经济合作范围内的合适内容，对于贸易政策是一种补充。

35. 如今，若干地区协议已纳入了竞争条款。这些协议取得了不同程度的成功。这类地区协议的一个运作良好的例子是欧盟及其欧洲竞争网。后者于 2004 年成立，由欧盟成员国竞争管理机构组成，它们互相合作应用欧盟竞争规则。

36. 全欧盟的竞争条例列出了合作的详细条款。这些条款规定了最低水平的合作，但也将一些采用其他合作形式的自主裁定权留给了有关当局。条例规定欧洲竞争网的成员为实施欧洲委员会竞争规则目的，要交流情报，包括机密情报。此外，还有关于通知、必要时向欧委会提供调查协助、和所交流的情报的使用问题的非常具体的规则。

37. 欧洲竞争网是个复杂的系统，也不是没有自身的局限性的。例如，即使在相对较类似的欧盟国家之间也仍然存在国内竞争规则的实质性的和程序性的差别，特别是在制裁的差异或存在宽大处理计划方面。

38. 北欧国家——丹麦、冰岛、挪威和瑞典——也缔结了关于竞争事务合作的协议。这些国家商定，当一个国家得知某个竞争问题会影响到另一个国家的竞争法利益时，要通知对方国家。交流机密情报是允许的，但条件是接受国须以机密的方式处理情报并只能用于竞争法的执法，未经提供国的明确同意不得传递给第三方。

39. 由前苏联加盟共和国组成的独立国家联合体是另一个积极开展竞争法执法合作的地区组织。国家间反垄断政策委员会是独联体反垄断机构互动的基本平台。最近，该委员会扩大了合作的范围，对地区内市场进行了一系列联合调查。这涉及各参加国之间进行协调，以确定调查的范围、收集情报和进行同时检查。

40. 其他这类地区协议有：东南亚国家联盟(东盟)、加勒比共同体、东部和南部非洲共同市场(东南非共同市场)、南部共同市场(南锥体共同市场)、南部非洲发展共同体、安第斯集团、中美洲经济一体化秘书处、南部非洲海关联盟、和西非经济和货币联盟。但是，这些协议与欧盟地区集团相比，政治凝聚力程度较低和资源较少，因此没有那么成功。

41. 其中一些集团已采取了一些令人鼓舞的步骤，预示在今后的岁月里会出现更高水平的凝聚。例如，在 2010 年，东盟通过了东盟竞争政策地区准则并发表了东盟企业竞争政策和法律手册。此外，在 2009 年，东南非共同市场为在共同市场各成员国促进公平竞争设立了地区竞争委员会。

42. 南部非洲发展共同体规定其成员国要“在与每个成员国的法律、条例和重要的共同利益一致的基础上开展具体案例的合作，防止核心卡特尔、滥用主宰地位、反竞争合并和单边行为”。南部非洲发展共同体宣言也强调需要“制定国家机构之间合作的制度以利用相关国家机构的集体努力，在面对影响到一个以上国家的问题时增强国家执法努力的力量”。⁴

43. 欧洲竞争网的成功为其他地区集团提示了可能的有用因素。但是，它也突出说明了为什么统一实质性规则是必要的，但还不足以减少管理负担和不确定性。程序规则的细则和国内法律机构也扮演了重要角色

非洲酿造商：地区合作的价值

2001 年，世界第二大酿造商 SABMiller 和总部设在巴黎的饮料集团 Castel 在非洲结成联盟，使这两个集团都能保护自己的领地。SABMiller 获得 Castel 啤酒部 20% 的股份，而 Castel 则获得 SABMiller 的子公司 SABI Africa 38% 的股份。这意味着 Castel 在其占主导地位的 15 个西非和中非国家可销售 SABMiller 品牌的饮料。作为回报，SABMiller 在其占主导地位的南部和东部非洲国家(南非除外)可销售 Castel 品牌的饮料。

SABMiller 和 Castel 之间的市场分享协议确保了它们无须互相竞争，最终受损害的是消费者的选择权和福利。在被问到该协议是否造成了国家垄断时，SABMiller 的通讯部主任回答说，“这一协议使我们得以开发机会。在国家层面也许有反托拉斯法，但没有一个是覆盖非洲大陆的。我并不认为这有什么问题”。

这表明来自发达国家和发展中国家的跨国公司都在搞使它们之间明显减少竞争的交易，并且这往往涉及实行那些与其本国竞争法相抵触的跨国公司惯例。一个覆盖所有非洲国家的运作良好的地区性竞争法会大大有助于防止像 SABMiller/Castel 联盟这样的协议。如做不到这一点，改进国家之间基于礼让原则的合作也能使国家竞争管理机构更有能力获得情报，进行有效的调查和防止这类交易。

E. 软法律、非正式网络、合作和谅解

44. 软法律原则和非正式合作活动也许是当今最广泛采用的竞争合作形式。例如，欧盟指出，正式的合作协议的存在并不是合作的先决条件，而其不存在也不意味着当局对于在其他管辖区正在发生的情况一无所知。

⁴ SADC 竞争和消费政策地区合作宣言。

1. 经合发组织准则

45. 也许鼓励合作的第一套重要的软法律文书是来自经合发组织。如上文提到的，这些原则对大多数双边协议的制定和内容都产生了影响(见第 24 段)。

46. 经合发组织的成员有限，这意味着其最初对世界其他地方的影响是有限的。为努力消除这一差距，经合发组织全球竞争论坛于 2001 年成立，试图为经合发组织国家和非经合发组织国家之间开展政策对话提供机会。

47. 根据为编写本报告而发放的调查问卷的答复，不太愿意交流机密情报是开展合作的主要限制因素。在处理交流机密情报的问题时，再看一下关于竞争管理机构之间在核心卡特尔调查中正式交流情报的 2005 年经合发组织最佳做法也许是有帮助的。该准则鼓励成员国一般应尽其能及及时有效地支持情报交流，以避免使竞争管理机构承担过重的负担。然而，它的确也承认国家主权的现实，并指出是否满足某项要求应由被要求的国家自主裁定。准则为这种交流提出了最佳做法，其中尤其包括：

- 要求国和被要求国都应落实所纳入的保护所交流的情报的机密性的适当保障条款；
- 应建立安全保障措施，防止构成赦免或宽大处理方案，以及保护线人的利益和法律专业人员的特权；
- 成员国应尽可能确保透明度，向公众提供关于情报交流的相关法律和法规。

2. 贸发会议关于竞争的一套原则和规则

48. 贸发会议的成员没有限制，在其主持下谈判的联合国管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则是这种类型唯一的多边商定的文书。如同经合发组织的建议，这套原则将合作放在优先地位，以便对影响到国际贸易的反竞争做法加以有效管制。除了关于通过通知、交流情报和协助调查等方式开展合作的条款外，这套原则还提请发达国家注意需考虑发展中国家、特别是最不发达国家的发展、财政和贸易需要(第 C 条)。

49. 这套原则的 F 节主动提出提供贸发会议的服务，充当一种论坛，以便开展关于特别是涉及发展中国家的竞争合作的协商。它鼓励各国努力充分考虑关于开展在贸发会议主持下的协商的要求。迄今为止，这一条款尚未被使用过。但是，在最近的第六次贸发会议审评会议上，代表们讨论了 F 节的价值，指出它是全球竞争管理界可利用的全部合作手段中最有价值的选择方案。

50. 根据其任务(G 节)，贸发会议被要求举行政府间专家组年度会议，以便各国就这套原则所涉及的事项开展讨论和交流意见，并就限制性贸易惯例问题开展研究和传播研究成果。此外，贸发会议每隔五年举行会议审评这套原则并审议对其完善和发展的建议。贸发会议还为发展中国家的竞争管理机构开展大量的能力建设工作和技术援助活动。

3. 国际竞争政策咨询委员会

51. 上一次审评会议恰好是这套原则的 30 周年纪念，出席代表广泛，被许多竞争管理机构和其他国际组织赞许为交流经验的宝贵论坛。1997 年，美国司法部长为审查特别是与多个管辖区审查的兼并问题有关的议题和问题，设立了国际竞争政策咨询委员会。咨询委员会发表了报告，其中，为消除当一宗交易经过多个审查时可能出现的不必要的交易成本，提出了许多建议。⁵

4. 国际竞争网

52. 国际竞争网是世界上 112 个竞争管理机构的非正式网络，旨在处理竞争执法的实际问题和政策问题。与来自企业界和消费者团体的非政府咨询顾问、学术、法律和经济专业人士一起，网络为提高国际共识和合作，制作了基于协商一致的项目。

53. 国际竞争网的成员日益壮大，这表明其工作对于竞争管理机构是有价值的。它开展了大量的工作，包括推荐做法、案例处理和执法手册、报告和关于不同管辖区的立法和规则的范本。如同贸发会议，国际竞争网的成员没有限制；它定期举行会议和讲习班，为交流经验、最佳做法和相关做法提供了另一个论坛。

5. 技术援助和能力建设活动

54. 上述各个组织都为发展中国家开展技术援助和能力建设活动，援助它们的竞争法律机构的发展。在针对案例的竞争案子和较一般的培训和政策咨询领域，能力建设和技术援助是在国家对国家层面进行的。这对于发展中国家和年轻的竞争管理机构来说特别重要，它们首先从关于建设竞争管理机构的指导和支持中获益非浅，其中包括从制定法律和准则一直到执法援助的全过程。这些经验可随后导致合作的开展。

6. 软法律和非正式合作的局限性

55. 软法律和非正式合作的明显局限性在于它是一种最佳尝试。这也可以被认为是一种优势，因为它提供了对各有不同的议程和政治考虑的所有国家具有吸引力的一定程度的灵活性。随着竞争法和政策越来越多，以前年代的不信任已让位于大多数国家的推动和参与。上一届贸发会议审评会议代表的广泛参与就证明了竞争法和政策在全球议程上的突出地位。因此，缺乏强制性推动力的问题已不像仅仅 20 年前那样严重了，那时，对竞争价值观的吸纳在范围上要比现在小的多。

⁵ 见 <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> (国际竞争政策咨委会报告)。

二. 具体案例的合作：卡特尔和兼并

A. 卡特尔

56. 核心卡特尔涉及的是竞争对手之间就确定价格、分配消费者或市场和限制产出缔结协议。卡特尔被认为是“反托拉斯的最大罪恶”，在国际层面实施就会有深远的影响。研究表明，国际卡特尔对发展中世界的冲击特别严重。例如，据估算，仅 1997 年一年，国际卡特尔的已知卡特尔效应的价值为 511 亿美元，超过了该年给发展中国家的 394 亿美元的外国援助。⁶

57. 特别是关于国际卡特尔方面，机构之间的合作可有若干好处。第一，一个机构可提醒另一个机构注意在它的管辖区存在卡特尔的情况。第二，一个机构可同意推迟情报的收集以避免惊动搞卡特尔的人和给他们时间在第二个机构采取行动之前销毁证据。第三，如以上所强调的，合作有利于更切实有效地交流情报并使有关机构获得存在于其领土之外的证据。最后，机构之间的合作由于能便于联合战略规划，因此能使对卡特尔的调查进展更顺利。

58. 通过卡特尔问题工作组制定的准则，如反卡特尔执法手册，国际竞争网非直接地鼓励程序和实质内容的趋同，使一种更有利于合作的国际竞争环境得以形成。⁷ 国际竞争网竞争管理机构在卡特尔调查方面的合作会议报告有助于说明国际竞争网成员国所报告的发生在调查的不同阶段的具体的合作做法。这些做法归纳如下：

1. 调查前阶段：

- 交流关于相关产业和行为者的线索和背景资料；
- 通知初步调查行动，以便利随后的调查援助请求；
- 协调搜查、突击或检查和问话。

2. 调查阶段：

- 交流有关行动的程序进展状况的信息；
- 对案情的联合评估或审议；
- 就获得掌握在外国子公司手里的公司文件开展协调。

3. 调查后/纠正阶段：

- 就提出起诉与其它有关机构进行协调；

⁶ 见 Levenstein 和 Suslow 著，2004 年，当代国际卡特尔和发展中国家的经济影响和对竞争政策的影响，反托拉斯法杂志，第 71 卷，第 801 页。

⁷ 见国际竞争网的反卡特尔执法手册，<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>。

- 将外国公司的认罪和定罪通知相关外国机构；
- 通过对同时也在其它管辖区调查下的案子的判决。

59. 本章采用来自案例和国家的经验，力求着重阐述在卡特尔执法中所采用的国际合作的具体方法以及其它挑战。

B. 具体案例合作

60. 过去十年，在国际卡特尔执法中具体案例的合作有所增加。例如，欧洲委员会与其它机构的合作在卡塔尔调查中占百分之三十一。但是，有一些明显的固定做法使得卡特尔执法合作不尽如人意。进行国际协调执法努力的国际卡特尔调查包括以下案例。

1. 维生素卡特尔：1990 年—1999 年

61. 1990 年代的大部分时间，世界上最大的维生素生产商，包括 Hoffman-La Roche 有限公司，巴斯夫有限公司，Aventis S.A, Merck KgA 和 Solvay 医药公司等，参加了市场分割卡特尔。生产商合谋抬价和固定价格，并为在世界各地销售的某些维生素分配市场。这就消除了市场上的竞争，意味着在那段时间里，消费者为维生素 A、B2、B5、C、E 和 beta-胡萝卜素支付了人为的高价。

62. 这个案例从美国境外协调执法活动的角度说是向前跨越了一大步。至少有 8 个其它的管辖区启动了正式的定价反托拉斯调查，其中包括加拿大、欧盟、瑞士、日本、澳大利亚、新西兰、巴西和墨西哥。尤其是加拿大竞争管理局，利用其与美国司法部在卡特尔问题上的长期合作安排和多年的实际协调，成功地开展了调查。

2. 液晶显示器：2001 年—2006 年

63. 液晶显示器卡特尔涉及的是一个主要的平面显示器生产商——包括大韩民国 LG 显示器公司、日本夏普公司和中国台湾省中华映管公司——之间的定价卡特尔。该卡特尔受到遍布三个洲的竞争管理机构的调查和罚款。调查工作涉及欧洲、亚洲和北美洲的竞争管理机构的协调努力。

3. 船用软管：1986 年—2007 年

64. 对船用软管卡特尔的调查和起诉也是一项国际协调工作。美国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、欧盟、大韩民国和日本的有关当局，联合调查了这个涉及生产用于传送石油的船用软管的一些公司的执行官之间的全世界范围的操纵投标、定价和市场分配的卡特尔。美国和欧盟的有关当局同时在世界不同的地点进行了搜查。

4. 航空公司卡特尔：1999 年—2006 年

65. 回到本文开头提到的那个案子，最近的大规模国际卡特尔调查就是航空公司卡特尔调查。调查横跨三大洲，影响深远，仍在进行中。在这些调查的成功中发挥了大作用的仍然是协调，所涉及的管辖区的法律框架的实质性和程序性内容的更大的趋同也发挥了大作用。

66. 上述案子表明，全世界的竞争管理机构有共同的决心与国际卡特尔作斗争，并互相建立合作关系。但是，这些案子也显示，仍有若干因素有待改进。不同的体制之间在实质性条款方面的程序性差异、缺乏保密安全保障、机构之间的合作缺乏统一性、释放机密资料的法律障碍、对来自合作努力的证据的受理限制、所交流的情报受到提供这些情报的竞争管理机构的减损或泄露的风险等，只是其中的几项而已。

67. 例如，在维生素案子中，美国和欧盟的宽大处理安排使他们不会与其它竞争管理机构分享在调查期间从宽大处理申请者处得到的关键情报。这对巴西的调查工作是个重大的挑战。但是，巴西的有关当局确实从其与加拿大的对口单位的密切合作中获益，后者向其提供了线索，使其明白要调查的关键是什么，这表明非正式网络即使在不存在正式的合作协议的情况下是多么有效。

68. 上述情况也突出显示了在不同的管辖区有不同的实质性条款的情况下，执法合作所面临的挑战。当时，巴西并没有宽大处理方案，因此，无法从搞卡特尔的人那里得到像其它管辖区得到的那种程度的合作。

69. 此外，日本公平贸易委员会把对维生素案的调查算作是一次失败，因为由于难以得到情报，它无法采取严厉的法律行动或进行罚款，只能发出行政指示，要求有关公司今后不要有这类行为。该委员会认为，这一失败的部分原因是，鉴于没有能够交流情报，日本公平贸易委员会与美国和欧盟有关机构之间缺乏合作。

70. 维生素案另一点值得指出的是，除了巴西、墨西哥和立陶宛之外，在中欧、东欧、亚洲、非洲和拉丁美洲都没有起诉。这种格局在上文详细介绍的最近的案子中没有大的变化。2001 年，经合发组织的研究表明，经合发组织成员国和非经合发组织成员国之间在卡特尔案子方面没有什么合作；当然，其中许多是发展中国家。美国反托拉斯机构在调查问卷的答复中指出，来自发展中国家的具体案子合作或援助的要求仍然是异乎寻常的稀少，尽管在该机构的网站上有现成的关于司法部人员的联系信息。

71. 过去曾提出过不同的理由来解释为什么在发展中国家方面缺乏这种合作，其中包括发展中世界的竞争管理机构相对比较年轻、对于卡特尔活动缺乏关注、以及与其它管辖区没有双边或多边关系等。此外，对发展中国家来说，合作会增加卡特尔调查本来已经复杂的情况的复杂性。在每个国家按法律要求仔细梳理信息是件复杂而又成本昂贵的任务，而对于缺乏坚实的行政结构的国家来说更是如此。

72. 无论是什么理由都不能抹煞这样的现实：像维生素案那样的国际卡特尔以要价太高的形式对那些没有活跃的卡特尔执法制度的经济体造成了更大的危害(一个能说明问题的例子见方框 1)。在最近一次经合发组织全球竞争问题论坛会议上，有人提出，年轻的、或发展中国家可用借助较先进的机构的调查来避开其在调查国际卡特尔中所面临的困难和额外费用。

5. 合作和宽大处理

73. 卡特尔调查情况下的宽大处理或赦免指的是，向首先向竞争管理机构举报卡特尔并此后提供充分合作的一方削减或免除卡特尔调查所导致的惩罚或罚款的做法。如维生素案和其它卡特尔案所显示的，宽大处理是发现卡特尔的有效工具，能鼓励申请者更好的合作，并能获得更多的重要情报。

74. 以上关于卡特尔情况的总结提示我们，加强机构间的协调和合作也会导致宽大处理方案的趋同。世界上许多国家在制定这类方案时仿效了美国的榜样。例如，日本、澳大利亚、巴西、加拿大、德国、爱尔兰、大韩民国和联合王国在过去几年宣布或修订了宽大处理方案，并且，许多其它国家在这么做的过程中。这一动态体现了也许这是各机构间合作比较重要的推动力之一，尤其是在宽大处理申请者提出放弃保密的地方。

75. 但是，当今卡特尔的国际性质意味着管辖区之间在宽大处理方案的条件中缺乏一致性会使申请者不愿意站出来。Hansen⁸着重指出了宽大处理申请者所面临的各种难题，这些难题对他们的合作能起到威慑作用，并能阻碍竞争管理机构之间的合作。其中尤其包括：

- 调查步骤的时间不一样；
- 对于做标记者、和宽大处理及豁免申请者的不同要求；
- 诉讼的范围不同，从而造成宽大处理和豁免的范围不同；
- 从宽大处理管辖区向非宽大处理管辖区的泄密；
- 证据泄漏给第三方(如原告)的风险；
- 难以调解对证人的要求；
- 无法遵守宽大处理制度(如欧盟的制度)中的严格保密要求；
- 国家法律对有关当局限制

76. 努力促进多种宽大处理申请和争取申请者弃权，就能使有关机构对来自申请的资料进行比较，这能在一定程度上解决这些问题。当然，这种解决在制度的法律文化方面存在根本差异的地方是有限的，如，关于机密的规定和法院的证据要求存在根本差异的地方。

⁸ 见 Hansen 在 2010 年东京公平贸易中心的发言：<http://www.lw.com/upload/attorneyBios/upload/docs/doc112.pdf>。

C. 兼并

77. 兼并监管制度在全世界范围的扩散带来了对于兼并活动的监测得到改进的好处，而这反过来又导致了可能危害经济业绩和消费者权益的市场集中的减少。但是，没有竞争管理机构之间的合作，这一发展动态就会有严重的缺陷。从商业角度看，在兼并的审批过程中涉及复杂性、法律的不确定性和成本的增加。在多个兼并通知送往有不同的触发和复审——或最后批准——机制和不同时间安排的不同的管辖区时，尤其如此。从竞争管理机构的角度看，一笔交易会产生不一致的或互相冲突的决定。发达国家和发展中国家都强调了开展合作规范跨界兼并的重要性。⁹

78. 审查国际兼并方面的早期合作集中在美国和欧盟，但现在范围更广了。国际竞争网通过其兼并问题工作组鼓励趋同。¹⁰ 美国司法部的 Parisi¹¹ 介绍了美国有关当局和欧盟在审查影响到双方管辖区市场的兼并申请时所开展的合作活动情况。他着重介绍了以下几个有意思的方面：

1. 通知前阶段

79. 美国和欧盟通常会根据新闻报道就预期中的兼并互相联系，以互相提醒可能会有兼并案的审查，从而决定各自是否会有管辖权。一旦与合并双方有了联系，管理机构的工作人员通常会询问在其它管辖区的通知情况，并鼓励有关各方考虑协调这些审查，包括放弃保密规定。

2. 调查阶段

80. 对可能影响到外国利益的兼并的调查一旦启动，美国的相关机构就会根据经合发组织建议或任何相关的有效的双边协议的规定，正式通知受影响的一方或多方的政府。有关机构之间一旦建立了联系，首先就要确定时间表。不同的程序规则会使这成为一个棘手的问题。例如，欧盟的兼并条例规定要在通知的基础上制定时间表，而美国的程序规则则允许在第二次要求发出后有一个无限期的时间表。

⁹ 见，例如，2011 年经合发组织第十届竞争问题全球论坛的跨界兼并监管：对发展中和新兴经济体的挑战圆桌讨论会的国家发言 http://www.oecd.org/document/52/0,3746,en_2649_37463_46076788_1_1_1_37463,00.html。

¹⁰ 见，例如，国际竞争网关于兼并通知程序的推荐做法 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>。

¹¹ John Parisi 著，2010 年，反托拉斯当局之间的执法合作，美国联邦贸易委员会。

81. 关于实质性的分析，相关机构的工作人员为了确定相关的市场，互相分享分析成果。这是在关于相关市场的范围的暂定结论，而不是具体某个证据的基础上的。在实践中，美国和欧盟对市场的定义采取了类似的做法。在交流情报方面，推荐做法、双边协议和一般最佳做法都规定，欧盟和美国有关机构可分享各自法律不禁止分享的任何情报，并且每个机构必须对从对方收到的情报加以保密。

82. 关于欧盟和美国之间的协议，有关机构之间可以分享的情报可包括以下方面：

- 公开可获取的信息；
- 提供情报的有关方已经放弃保密的机密情报；
- 机密的机构情报，例如本机构已经开始一项调查这一事实、兼并监管的时间表、工作人员对案子的分析(包括确定相关的市场)、对竞争影响的评估和潜在的纠正措施等。

83. 机构情报同机密的商业情报不同，后者要包括兼并前的通知、对调查询问的答复或投诉人或证人的身份等资料。

3. 确定纠正措施

84. 机构之间开展合作，讨论和交流关于纠正措施的设想。在反竞争影响覆盖双方管辖区的地方尤其如此，这样可避免冲突和促成各管辖区都满意的纠正措施。在过去 20 年里，美国和欧盟的有关机构在分析兼并时所使用的方法、在分析时所应用的经济学和计量经济学工具和补救措施的应用方面出现了明显的趋同。

D. 具体案子的合作

85. 这类合作的例子包括：

1. 世通公司/MCI 和 MCI 世通公司/Sprint (1997 年)

86. 在这个案子中，欧盟和美国的调查是平行进行的。在这两个案子中的合作涉及两个相关机构的专案组几乎每天联系，协调情报的收集、与有关各方的联合会议和联合谈判、和讨论可能的纠正措施。这个案子受益于有关各方的弃权，使这两个机构得以分享市场调查的结果，包括来自第三方的资料。

2. 通用电气/Instrumentarium (2002 年)

87. 在这个案子中，欧洲委员会和美国各自声明产品市场稍有不同。它们决定适当的剥离办法是设立一个以美国为基地的子公司。在确定纠正措施时，美国和欧洲委员会都努力进行协调，以避免规定给各方的义务不一致。例如，司法部修改了它的同意令，明确指出，它将同欧洲委员会真诚协商，以提出一个共同的托管人。

3. Alcan 公司/Pechiney 公司(2003 年)

88. 这个案子也涉及国际合作，但不是同一层面的；司法部与欧洲委员会和加拿大竞争管理局商讨了这一调查问题。司法部和加拿大竞争管理局联合开展了同各种消费者的访谈，因为收购方(Alcan)、一些受影响的消费者(汽车制造商和汽车配件制造商)和至少一家竞争者是位于加拿大的，而要剥离的资产则在美国。加拿大人感到挺满意，因为美国命令的剥离也将符合他们的利益。

4. 非欧盟/美国兼并合作

89. 兼并审查中更多的合作现在也发生在不涉及美国和欧盟当局的兼并中。例如，赞比亚和津巴布韦竞争管理机构在 1998 年可口可乐公司/Schweppes 公司合并案的兼并评估期间，就互相协商并同澳大利亚竞争管理机构协商。此外，赞比亚和津巴布韦竞争管理机构鉴于两国在地理上紧密相连经济上关系密切，在 Pall Mall 的 Rothams 公司/英美烟草公司的合并(1999 年)期间进行了广泛的协商，以达成一个适当的决定。

E. 其它挑战

90. 美国-欧洲委员会的合作经验提供了在审查跨界兼并中可高效率行事的实用范例。澳大利亚和新西兰之间的合作关系是兼并监管乃至竞争法方面双边合作的又一个成功例子。虽然在过去 20 年里兼并监管的合作水平明显提高，但为确保兼并——尤其是跨界兼并——的反竞争效应受到遏制，仍有一段路要走。对兼并合作事务现状的担忧有如下一些：

- 兼并案的合作过程缺乏透明度，因为竞争管理机构之间的公文来往和合作的细节没有公布。这是个商业界特别关切的问题，会影响到它们的合作意愿；
- 由于与潜在的严厉制裁相关的法律风险、不同的实质性法律、调查时间表的不同和对在考虑到另一种法律制度情况下准备的资料的可能的误读，私营方合作和分享信息的好处无法保证；
- 一些兼并审查，例如，通用电气公司/Honeywell 公司和波音公司/麦道公司的合并，即使在美国和欧盟有关当局密切合作的情况下也导致了不同的结果。
- 还有，美国和欧洲委员会之间的合作水平在大多数竞争制度不够先进的欠发达国家尚未达到。

三. 结论和供今后讨论的问题

91. 如今已有广泛的共识，竞争管理机构之间的合作是必要的，但还不足以对付全球经济中的反竞争行为。全世界竞争管理制度的数量已大大增加，它们之间的联系也有了改进。现在也有可利用的各种工具——从正式的协议到非正式的电话交谈——使各机构之间可进行互动和发展关系，便于合作和促进观点趋同。对于许多管辖区而言，这些合作工具构成了它们工作程序的有机组成部分。

92. 尽管如此，为使年轻的竞争管理机构，或那些小经济体或发展中经济体的竞争管理机构从合作中获益，还有一段路要走。许多这样的机构不是有效的双边或地区正式协议的缔约方——虽然合作所涉及的方面不多，只不过是联合培训和在对等基础上提供关于立法草案和准则的意见而已。对于较先进的管辖区而言，与欠发达国家的对口单位签订双边协议，眼前的效益可能不大，但从长远看，反复互动带来的竞争政策的更多的统一会给双方管辖区的经济发展带来好处。

四. 供讨论的议题

1. 如何鼓励发展中国家之间开展更大的合作？
 2. 在不久的将来达成关于竞争问题的有约束力的多边协议规则是否现实？
 3. 在涉及竞争合作带来的好处方面如何在发达国家和发展中国家之间创造公平的环境？
 4. 如何利用地区协议产生比目前更好的效果从而导致更大的合作？
 5. 在双边贸易协议中是否应规定竞争法领域的合作条款？
-