

【国际经济法】

经营者集中反垄断域外救济冲突与国际合作机制

金美蓉 董艺琳

【摘要】全球化背景下,为有效规制对本国市场造成严重负面影响的国际性垄断行为,各国普遍在立法或司法实践中确立了反垄断法域外适用的规则和做法,包括对经营者集中行为采用反垄断域外救济措施。不同法域市场条件和利益的差异性形成经营者集中反垄断域外救济冲突的根本原因,而以国际合作路径解决此问题,不仅能够弥补自我约束单边协调路径的局限性,更可以积极回应全球化市场的现实需求、促进反垄断规则与执法的国际化。从目前全球该领域国际合作的现实出发,宜以双边合作模式为重点和抓手,以透明度原则、信息交换和时序调校为合作的核心内容,同时积极构建区域、多边合作平台,推广最佳实践。从中国相关实践来看,应进一步升级双边合作,发展区域和多边合作,同时提升执法透明度,完善信息交换机制。

【关键词】经营者集中;反垄断法;域外救济冲突;国际合作机制

【作者简介】金美蓉,法学博士,中国人民大学法学院副教授;董艺琳,法学硕士,北京首都旅游集团有限责任公司法务与合规管理中心职员。

【原文出处】《法学家》(京),2022.2.133~149

经济全球化意味着市场主体经济活动的空间不再局限在某个国家或地区,各国和地区市场间的相互依存度日益提高,市场参与者的行为对其他国家和地区(以下统称“法域”)的影响更加广泛和深入。自1890年美国制定《谢尔曼法》以来,对跨境垄断行为的规制一直以各国国内法为主,为了有效规制对本国市场造成严重负面影响的国际性垄断行为,各国普遍在立法或司法实践中确立了反垄断法域外适用的规则和做法,包括对经营者集中行为采用反垄断域外救济措施。反垄断域外救济在增强各国反垄断规则对经营者集中调整效果的同时,也产生了不同法域反垄断救济冲突问题。

一、经营者集中反垄断域外救济冲突的内涵与成因

长期以来,“救济”一词在法学领域中一直有其相对普遍接受的内涵,即“矫正、纠正或改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为。”^①在经营者集中的反垄断制度中,“救济”则通常指为避免损害市场有效竞争而采取的纠正、防止集中可能产生的反竞争效果、恢复市场竞争状态的措施,主要表现为反垄断执法机构对不予禁止的经营者集中附加

限制性条件,例如剥离、知识产权许可、终止独家供货协议等。^②从全球范围看,经营者集中的反垄断控制制度仍以各国国内法为主,但是面对市场主体,尤其是跨国公司并购行为的全球化、跨国化趋势,局限于各个司法辖区的反垄断管辖权和执法措施不足以有效应对跨国并购带来的问题和危害,因此反垄断法域外适用在各国立法和司法实践中越来越普遍,从而产生了经营者集中的域外救济问题。

2017年经济合作与发展组织(以下简称“经合组织”)“竞争救济的域外效力”圆桌会议报告指出,“域外救济”是指反垄断执法机构对发生在其他法域反竞争行为所施加的救济,尤其是救济超出执法机构所在地域范围的情况。^③在该圆桌会议中,商业和工业顾问委员会强调,为保护本法域内的重要利益,竞争执法机构对法域外的反竞争行为施加救济有时是必要的,不过将救济扩展到境外会产生冲突和不一致待遇的可能。^④法国竞争执法机构从竞争规则的域外适用出发,认为域外救济效力问题的本质是竞争规则适用的领土范围问题。^⑤相比之下,美国更关注一项救济的地理范围,并从“行为或财产位于美国境外”这一角度探讨域外救济的实施问题。^⑥这与美

国2017年《国际执法与合作的反托拉斯指南》(以下简称《国际执法与合作指南》)对域外救济的阐释是一致的。^⑦总体而言,目前各国虽并未就“域外救济”形成完全统一的概念界定,但相关讨论主要集中于两个层面:其一,就救济旨在矫正的反竞争行为而言,该行为是发生于反垄断执法机构所在法域之外;其二,就救济措施实施的地理范围而言,由执法机构所在法域范围延伸至其他法域,措施对象包括参与集中经营者的行为和财产。从这一角度出发,本文所探讨的经营者集中的反垄断域外救济是指,对于一项发生在外法域的经营者集中行为,反垄断执法机构为消除集中所导致的不利影响而对其施加超出本法域范围的限制性条件。

域外救济是反垄断法域外适用的延伸,其制度基础为“效果原则”,即发生在法域外的集中行为若可能对本法域相关市场产生排除、限制竞争的负面影响,则可根据本法域反垄断规则对该集中行为附加限制性条件,包括需在外法域实施的限制性条件。当适用“属地”“效果”原则的不同法域均对该集中行为采用反垄断救济措施且措施各异时,那么救济冲突的情况就会出现。自20世纪90年代以来,各国反垄断立法与执法活动进入迅速增长时期,目前全球活跃的反垄断执法机构已达130多个^⑧。经营者集中是反垄断规制的三大垄断行为之一,尽管只有少数集中行为会在反垄断执法机构审查后被施加救济措施,但随着跨国并购行为的规模数量不断增长,不同法域反垄断执法机构对同一集中行为采用救济措施的情况呈现日益增加的态势。由于法域间各自相关市场条件和利益、执法理念和技术上的差异,救济冲突往往难以避免。

不同法域市场条件和利益的差异性形成救济冲突的根本原因。同一经营者集中对不同国家相关市场的影响可能存在巨大差异,这直接导致集中案件中,从相关市场界定到竞争性评估、再到救济方案的确定,不同法域可能会大相径庭。各国在全球市场中的比较优势、在产业链中所处位置会直接影响其对同一经营者集中的态度及可能采用的救济方案,归根结底这是各国经济利益差异在这一领域的映射和体现。

经营者集中本身能够提高产业效率、提升企业竞争力,甚至对一国产业结构调整产生深远影响。若集中带来产业结构的改变并有助于增强该国相关

产业的国际竞争力,反垄断执法机构则有可能在产业利益驱使下对集中交易采取较为宽松的态度。反之,若产业结构改变将严重挤压该国产业发展空间或涉及与国计民生、国家安全密切相关的重点产业,集中审查则可能更为严苛与强硬。在此方面,美国近期为维护数字产业利益而意图收紧经营者集中审查的趋势即是明显例证。^⑨可以认为,在经营者集中规制方面,竞争政策之宽严很大程度上取决于该国在特定案件所涉产业利益的多寡,不同法域产业利益的差异在反垄断多极救济格局之下又被进一步放大,且更显复杂,因而导致救济冲突频现。例如在“嘉能可收购斯特拉塔案”中,中方关注铜精矿市场,而欧盟却聚焦锌金属市场,由此导致最后救济措施截然不同。^⑩

二、以国际合作解决域外救济冲突的必要性与可行性

救济冲突可能导致域外救济的功能价值大打折扣,造成企业经营效率、机构执法效果下降,国家间经济摩擦增多,阻碍经济全球化的纵深发展。在多极救济格局下,当相互冲突的救济措施施加于集中参与方时,将在一定程度上增加企业经营的不确定性,并对企业全球运营能力造成负面影响。^⑪当多法域出现不合理的“义务叠加”且集中方无法同时遵守多项救济方案时,摆在企业面前的往往有两种选择:一是为保持在多法域原有的经营活动,全面放弃集中交易;二是继续集中交易,但因无法兼顾所有法域救济方案,则必须选择放弃履行特定法域的救济措施,进而退出该法域相关市场的经营活动。就第一种情况而言,放弃集中意味着其可能带来的积极影响的流失,这与经营者集中反垄断救济制度的宗旨并不相符。大部分经营者集中能够产生或提高经济效率,对市场竞争的负面影响具有未来性与间接性。从集中交易的行为动因来看,经营者集中“是出于竞争需要的自主决定”^⑫,属于竞争机制的一部分。因此,对集中行为的规制应尽可能在维护有效竞争的同时,避免损害集中交易所带来的经济效率。就第二种情况而言,企业被迫放弃某个相关市场的经营活动,自然也会产生损失集中可能带来的效率问题。同时这会变相使企业在不同市场中进行选择与博弈,一方面会增加企业的经营风险,另一方面可能反向激励集中方以此为杠杆促使执法机构间相互竞争^⑬,破坏执法机构对跨国经营者集中活动的

执法合作和效力。即便救济间具备同时遵守的可能,集中方也必须付出额外的成本满足内容各异的救济方案,增加其集中压力,损害市场主体正当经营活动的效率。

从集中规制过程看,救济冲突将导致执法效率低下,救济实施效果不佳。一般来说,一项合理的救济措施应满足有效性、可执行性的要求,且两者相辅相成。救济措施可以分为结构救济与行为救济^⑩两大类,当域外救济产生冲突时,不论是结构救济还是行为救济在执行方面都将面临较大的困难与阻碍。例如,当救济方案要求集中方剥离境外资产时,可能因与外法域救济方案存在冲突而受到限制或禁止,进而导致无法实施;而行为救济则需要持续性的监督,可能需要信息分享与其他协助,若外法域执法机构在利益冲突背景下缺乏或不具备合作意愿,那么也会导致行为救济无法产生预期效果。可见在救济冲突时,不论是结构救济还是行为救济,其可执行性都将受到不同程度的影响与削弱,进而反作用于有效性,导致救济效果大打折扣、不尽如人意。

解决域外救济冲突的基本路径可以分为单边协调和国际合作两种路径。所谓单边协调路径是指各法域反垄断执法机关根据国际礼让原则对域外救济作出自我约束,以减少和避免救济冲突的一种方式。域外救济的全球多极救济格局具有“分散执法”的特点,是否施加剧济、如何施加剧济皆由各执法机构独立决定。从这方面来看,自我约束的单边协调路径对域外救济冲突的解决具有其特殊优势和积极意义。但本质上自我约束单边协调路径属于单边方法,是一国依主观意愿对所涉国际事务进行的处理。具体到域外救济方面,自我约束单边协调路径的顺利实施有赖于国家间的互信,容易受彼此间政治经济关系的影响而出现反复。同时,在国家利益本位驱动下,实践中甚或可能走向“自我约束”的对立面,导致“自行其是”单边方法的卷土重来。

国际合作的效用价值并不限于对域外救济冲突的消极、被动式回应,其优越性体现为反映全球化市场的客观需求,通过促进反垄断规则与执法的国际化以积极、正面地缓解域外救济冲突。^⑪面对全球集中审查,单边协调方法之所以面临较大困难,主要是市场的无国界性与执法的地域性之间存在矛盾。唯有突破执法地域性的束缚,才更有希望实现对跨国反竞争行为的有效规制。在此方面,国际合作与协

调能够促进法域间的联系,通过合作增进反垄断救济措施的效果和作用。例如通过信息沟通使各国在经营者集中反垄断审查过程中更科学、合理地界定相关市场、评估竞争影响,使救济方案的基础更加扎实有效。同时,不同法域执法机构还可以直接就审查程序、救济方案进行沟通协调,进而直接避免冲突的发生。目前,欧美等国已经就该领域合作提出了一些建议和解决方案。例如美国与欧盟合并工作组在2011年出台了《合并调查合作中的最佳实践》,提出执法机构应建议集中方就救济的时间与实质内容在两国间进行协调。^⑫加拿大与美国合并工作组于2014年发布了《合并调查合作中的最佳实践》,也指出“在救济设计环节开展国际合作可能促成一项单一的救济措施,从而解决两个法域的竞争关切。”^⑬经合组织提出最为理想的是在全球范围内形成一套适用于所有法域的一揽子救济方案或是相互协调的一组国内救济措施。^⑭目前很多执法机构与参与集中经营者致力于共同开发新的案件合作工具与方法,以确保审查高效、结果协调。^⑮

国际合作还可以搭建起有关经营者集中反垄断救济的观点交流、讨论的国际平台,反向促进“一套良好协调的国内救济措施”的形成^⑯。尤其是对于广大发展中国家反垄断执法机构而言,其大多为二十世纪90年代后建立和开展执法活动,常常位于全球集中审查的边缘地带,执法能力较为薄弱、执法经验尚且不足,可通过国际合作来实现救济措施的协调,并提升对跨国反竞争行为的规制能力。

三、域外救济国际合作的模式及选择

(一)国际合作的现有模式

目前,反垄断国际合作领域呈现出双边、区域、多边三种合作形态,彼此间各具特色,互为补充。

1. 双边合作模式

双边合作是国际反垄断法合作直至融合统一的起点。^⑰双边合作模式既包括反垄断执法机构基于各自国内法框架进行的非正式合作,也包括两国间签订谅解备忘录或者正式的双边合作协议。与区域和多边合作协议不同,双边合作协议一般为专门的竞争合作条约,即条约内容聚焦于竞争法律问题。美国与德国于1976年签订的《关于限制性商业行为的双边合作协议》(以下简称《美国德国竞争协议》)是国家间第一个专门性的竞争双边合作协议,其强调缔约方应在反垄断国际执法合作中对另一缔约方的

重要利益予以考虑。^②而为众多法域学习借鉴的,当属美国与欧共体于1991年签订的《双边反托拉斯合作协议》(以下简称《1991年协议》)。围绕开展合作与避免冲突两个主题,该协议规定,“各方必须在其所有执行活动时考虑到另一方的重要利益,特别是在作出审查决定和实施救济的阶段”^③。在此基础上,美欧于2002年联合发布《国际合作最佳实践指南》进一步聚焦集中审查,指出审查机构应确保其救济方案不会导致集中方陷入“叠加义务”遵守不能的困境。^④美欧之间的合作成为其各自与其他地区相关合作的范本,例如1999年《欧共体和加拿大政府关于竞争法的适用协议》要求在个案中寻求救济时应对另一方重要利益予以充分考虑;^⑤2003年《欧共体和日本政府关于反竞争行为的合作协议》规定,在决定进行协调时,应考虑对方执行行动的目标以及协调救济对于双方和受制于执行行动的当事人的潜在利益。^⑥由于双边合作协议是专门针对竞争问题的合作安排,能够深入到经营者集中反垄断过程中的具体环节和问题,而非仅仅原则性、概括性规定,其在可操作性方面优势明显,已成为主要市场经济国家在经营者集中反垄断救济措施方面主要和广泛采用的合作模式。

2. 区域合作模式

目前越来越多的区域经贸协定中纳入了竞争条款或章节,例如《区域全面经济伙伴关系协定》^⑦《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》^⑧《美国墨西哥加拿大协议》^⑨等。其中统一性最强、最成熟有效的当属欧盟成员国间的合作机制。欧盟竞争规则的适用范围在《欧洲联盟运行条约》^⑩与《欧盟合并条例》^⑪(以下简称“139/2004号条例”)中均有规定。其中139/2004号条例对经营者集中领域重要合作内容作出了详细、具体的规定,涵盖信息交流、通知程序、欧盟委员会与成员国执法机构间的权力分工以及联络等问题,构建了较为全面的合作法律框架。

但欧盟在该领域的合作模式在其他地区尚无法复制,归根结底这种模式必须建立在国与国之间高度互信和一体化基础上。尽管如此,目前其他地区也纷纷开拓竞争领域的区域合作。有别于欧盟高度一体化的经营者集中规则,这些地区普遍将竞争规则作为经贸全面合作与协调机制的一部分,所作规定通常较为原则。例如《美国墨西哥加拿大协议》中的竞争章节规定,在执行竞争政策时,“缔约方应将

与在一方领土外行为或资产有关的救济限制在对对方领土或商业有损害或威胁存在适当联系的情况下”^⑫;同时在进行国际合作时,缔约方应注意“与缔约方的法律以及重要利益相容”^⑬。而在亚太地区,《区域全面经济伙伴关系协定》竞争章节第四条强调了缔约方合作对于有效竞争执法的重要性,并鼓励缔约方以符合各自法律、法规和重大利益的方式在执法活动通报、情况讨论、信息交换以及协调执法方面开展合作。^⑭协定虽未明确提及集中救济,但域外救济的合作与协调符合协定列明的“协调缔约方之间就相同或相关的反竞争行为采取的执法行动”这一合作形式,可为集中救济国际合作的开展提供国际法基础。区域合作的优势在于成员方更加广泛,且内容上基本可以涵盖经营者集中反垄断救济措施问题。但除欧盟外,目前大部分区域合作的竞争章节和条款仍无法适用争端解决机制,其作用的发挥尚有较大局限性。

3. 多边合作模式

世界贸易组织是全球经贸领域最重要的多边合作平台,但在竞争领域其规定一直较为分散零散,且自多哈回合谈判以来该领域并没有实质推进。当前经合组织与国际竞争网络^⑮是全球较为活跃的多边合作平台。^⑯经合组织通过“全球竞争论坛”^⑰与“关于竞争政策的最佳实践圆桌会议”^⑱对竞争领域的热点话题进行探讨。在经营者集中领域,经合组织发布了包括《合并救济》^⑲《驾驭复杂的合并》^⑳《合并审查标准》^㉑《跨国并购案件的救济》^㉒等文件,为集中救济领域的国际合作与协调提供指引与建议。

国际竞争网络也致力于简化集中审查分析,着力推进经营者集中领域的国际合作与协调。日本公平贸易委员会于2012年建议国际竞争网络组建集中审查合作框架,通过框架下的机构联络人和机构间信息交换促进多法域集中审查的国际合作。^㉓此后,国际竞争网络发布了《合并案件国际执法合作实践指南》^㉔与《合并救济指南》^㉕,对集中审查国际合作的原则与推荐做法进行了详细阐述,为有效应对多法域集中带来的挑战提供解决思路。鉴于信息交换在国际合作中的重要地位,国际竞争网络于2019年发布了《合并合作与信息交流的信息类型》^㉖,将国际合作中可能涉及的信息分为公开信息与非公开信息两大类,并列明每一类项下所包含的信息种类,为案件调查与信息交换提供了更为明确的实践指引。

多边合作平台提供了一系列较为具体、有针对性的合作建议和指引,但上述文件多不具有法律拘束力,其效用发挥仍较有限。应当看到,反垄断多边合作的开展虽较缓慢,但随着跨法域的商贸活动日益频繁,多边合作的吸引力正不断增强,其在国际合作领域的地位亦不断提升。

(二)合作模式的当下选择

全球视野下,国际合作与协调往往起步于单边协调,经由双边、区域实体与程序规则,最终发展为全球合作形态。在可预见的未来,域外救济的国际合作将长期维持各种合作模式的并进与补充,并不存在一种模式完全取代另一种模式的可能。但在三种合作模式中,考虑到短期内建立全球范围的合作机制不具备现实可能性,加之区域合作对国家间的政治互信、法律互信要求较高,域外救济的国际合作目前宜以双边合作模式为抓手和重点,同时积极构建区域、多边合作平台,努力凝聚共识、推广最佳实践。

专门的双边竞争合作协议内容聚焦于竞争问题,实体和程序规则都相对具体,更有针对性和可操作性。当前在此形式下开展国际合作更有保障,也更易取得成果。区域合作模式也可能形成具有约束力的规则,欧盟集中规则即是很好的例证。不过,类似欧盟的统一实体规则的形成对相关国家的经济关系紧密程度、相关法制和利益趋同程度会有相当高的要求,该机制目前很难在其他地区复制。当下区域合作中的大部分竞争规则主要体现在区域经贸协定中,普遍处于边缘地带,无法适用争端解决机制。而在多边合作层面,经合组织、国际竞争网络等多边组织虽致力于使经营者集中实体规则及执行程序实现趋同,但其出台的指南、最佳实践等文件无法产生硬性约束,同样难以在实践中提供有效保障。

在已有的相关实践中,双边合作已经取得了丰硕成果。以美欧双边合作实践为例,经过长期合作,“美欧监管机构在有些案例中事实上已经变成了一个统一的机构”^⑧。例如,在世界通讯与MCI通讯公司案中,欧盟委员会的官员参与了集中方向美国司法部作出的初次陈述;而在时代华纳与百代、美国在线与时代华纳、通用电气与霍尼韦尔等集中审查中,美国司法部与联邦贸易委员会的官员也参与了欧盟委员会召开的口头听证会。即便是在“波音收购麦道公司案”,美欧执法机构虽立场不同,但反垄断双

边合作协定促使双方在摩擦之后更加谨慎地关注对方的利益,引导美国与欧盟走上更为理性与务实的合作道路。^⑨鉴于美国、欧盟在全球反垄断领域的较大影响力,此类双边合作模式有可能产生全球性的示范效应,在其他法域双边合作中持续发展。^⑩

当然,对双边合作模式的强调并不意味着对区域、多边合作模式的否定或放弃。从长远看,双边、区域和多边合作的目标是一致的,都指向全球市场有效竞争的构建和维护。虽然区域和多边层面的竞争规则目前较为原则且多不适用争端解决机制,但较之于双边合作模式,区域、多边合作有利于从更广泛范围对集中救济进行讨论,凝聚各方在核心问题的共识,促成最佳实践落实为各国行动。只是囿于当下条件尚未成熟,法域间经济发展程度、竞争文化理念、法律制度传统等方面仍存在差距,两种合作模式的潜力未能得以充分显现。因此,在深入展开双边合作的同时也应积极推动区域、多边合作。

四、域外救济国际合作的核心问题

(一)透明度原则

在经营者集中领域,透明度原则要求反垄断执法机构为“救济的确定、实施、监督与复审提供一个透明的框架”^⑪,便于集中方了解与救济相关的基本原则与核心问题。聚焦到域外救济,透明度原则进一步要求,执法机构在实施域外救济时应清楚地阐明特定集中行为对本法域商业和消费者的损害,并说明为解决这一损害所必需的拟议域外救济。特别是在采取域外救济解决本国竞争关切时,执法者还应说明将救济扩展至域外的必要性。目前无论是在双边、区域还是多边的国际合作协定中,凡涉及竞争领域国际合作基本上都会纳入透明度原则。

提升透明度对于促进域外救济国际合作意义重大。高度透明的救济执行机制能够凝聚广泛共识,有助于与涉及礼让性利益的其他司法辖区开展富有成效的合作。相反,缺乏透明度可能引发国际社会对特定法域执法动机的猜忌与怀疑,认为救济被用于竞争以外的不当目标。^⑫长此以往,不免会侵蚀国际合作赖以开展的信任基础,且更易引发救济冲突。同时,法域间实体规则与执法利益尚难以统一,不同法域常遵循不同程序或得出不同审查结果。对透明度原则的有效落实能够让外国执法同行、集中方对本法域的集中审查程序更有信心,进而增进对审查结果的理解和遵守。这将在一定程度上减少实

体规则、执法利益不一致对救济冲突的消极影响。^②

根据目前国际合作中涉及透明度原则的条约义务,经营者集中反垄断救济措施的透明度义务涉及救济规则透明度与救济程序透明度。规则透明是指机构首选救济类型、救济方案评估方法、域外救济施加标准等制度规则应当清晰可查、易于获得。^③经营者集中往往较为复杂,执法过程涉及的诸多细节难以在反垄断基本法律中进行直接规定。鉴于此,落实规则透明的一大渠道是通过出台救济指南等文件以尽可能细化集中救济的各种规则。以美国近年实践为例,2017年《国际执法与合作指南》明确,域外救济的适用必须同时符合“为解决国内商业与消费者损害之必须”和“符合国际礼让原则”两个条件。^④同年,《知识产权许可反托拉斯指南》专门聚焦涉及专利和其他知识产权的救济,^⑤并与《国际执法与合作指南》中的指导原则相结合,对域外救济的适用原则进行再次强调,即“救济应避免域外适用,除非为有效纠正对美国商业或消费者的损害确有必要”^⑥。2020年,美国对其2004年出台的《纵向合并指南》进行了全面修订,为纵向集中救济措施提供了更高透明度与可预测性。^⑦

程序透明是指域外救济方案和措施在征询意见、讨论论证、决策、解释和实施等过程中的公开程度。国际竞争网络于2013年发布的《竞争执法机构透明实践》督促执法机构采取一系列旨在维护正当程序的流程,其中就涉及提升透明度的相关内容。^⑧经合组织发布的《关于透明度和程序公平作为2019-2020年长期主题的范围界定说明》也对反垄断执法过程的透明度进行了探讨。^⑨程序透明要求执法机构应依法向经营者集中相关方和社会公众及时发布、提供必要信息,使各方及时了解与救济措施相关的执法过程、环节和内容。允许各相关方充分表达意见和诉求,并为此提供便利条件,例如与参与集中方、行业协会、市场中其他竞争者、消费者等及时召开救济方案的专门会议,包括事前商谈会、情况讨论会、听证会等。同时,在救济方案的最终决定中应具体说明相关决定的证据和理由,例如欧盟在公布审查决定时,在对每一项提交审查申请的集中交易发表声明的同时,还会详细提供审查决定的证据与信息。^⑩

(二)信息交换

信息交换是竞争领域国际合作的关键环节,也

是几乎所有相关领域国际合作协议中的重要内容。^⑪就经营者集中反垄断案件而言,当有关执法机构共享相关市场界定、商业利益衡量、市场竞争关切等关键信息时,将为拟议的经营者集中提供较为完整的全球规制框架。如此,既能克服不同法域执法所致的信息分散零散问题,也能提高救济措施的合理性和效率;还能避免集中方试图通过提供不同信息以利用机构间竞争关系达成集中目的的情形^⑫。此外,信息交换还与前述透明度原则密切相关。通常而言,一国反垄断执法信息越公开,意味着该国执法透明度越高。在某些情形下,信息公开也会构成透明度原则的重要内容。如在《美国墨西哥加拿大协议》竞争章节中,透明度就体现为缔约方应其他缔约方要求公开一系列信息,包括竞争执法政策与执法活动。^⑬信息公开与透明度原则的内在联系表明,信息公开与交换可能通过不同渠道对反垄断国际合作产生影响。

在域外救济方面,可将国际合作涉及的信息区分为公共信息与机密信息。公共信息交换较易实现,其在反垄断国际合作中已十分普遍。机密信息交流是真正实现反垄断国际合作的前提条件,^⑭能否交换机密信息是竞争领域双边协议区分第一代与第二代协议的核心标准。第一代双边协议以交换公共信息为主,第二代双边协议则聚焦于机密信息的交换与保密义务。例如,美国与澳大利亚间的《反托拉斯双边执行协助协议》(以下简称《美澳执行协助协议》)对机密信息保密、使用限制以及协助请求的实施做了较为详细的规定。^⑮尤其是经过两国国内法授权,该协议还突破了国内法对机密信息披露与使用的限制,在信息共享方面的合作达到前所未有的高度。再如,澳大利亚与新西兰之间已形成十分紧密的反垄断合作关系,执法机构互为对方机构的准成员,得以完全访问另一方机构获取的机密信息。^⑯

一旦机密信息得以顺畅交换,反垄断国际合作的效率将得到很大提升。但大部分双边协议目前仍限于公共信息交换,机构间机密信息交换仍面临诸多现实阻碍。从执法机构看,各国相关保密规则的禁止性或限制性规定是其难以就案件所涉商业秘密进行分享的主要原因;当参与集中方可能影响本国重点产业、国际竞争力和市场利益时,竞争以外的其他因素也会对其共享信息造成影响。从参与集中方角度看,经营者集中审查通常会涉及大量敏感的商

业或技术信息,企业会担心此类信息一旦被执法机构共享则可能被竞争对手获取或成为另行起诉的证据,除非能够确信信息可获得有效保密且信息共享利大于弊,否则参与集中方很难“放弃信息保密权(Waiver)”而使信息在机构间得以交换。

寻求解决之道应对上述种种现实挑战,是当下健全国际合作信息交换机制的关键。执法机构的保密义务和保密能力对机密信息的顺利交换至关重要。对内,执法机构应加强保密制度的构建和完善。对外,可在条件成熟时通过条约形式对双方维护信息保密性这一关键义务进行确认,并由各缔约方国内法律和程序对该保密义务给予保证,《美澳执行协助协议》等第二代协议即有此类制度安排。除此之外,协议还应尽可能详细列明机密信息的使用限制,明确在未征得信息来源方同意的前提下不向第三方提供机密信息。

同时,应进一步发展完善“信息保密豁免”制度。“信息保密豁免”制度是指,经营者集中反垄断案件中的当事人可允许执法机构在符合条件时与其他法域执法机构交换涉及该当事人的机密信息,也被称作“放弃信息保密权”。当事人之所以可能放弃信息保密权,是因为在多法域经营者集中审查过程中,当事人申报义务复杂而繁重,由于各国就信息提供方面的义务均要求符合完整性和充分性,放弃保密权可避免因程序和操作不当等问题导致的义务履行瑕疵。更为重要的是,多法域执法机构共享信息可以促进多法域执法机构在相关市场界定、竞争性评估、救济方案等方面更加科学、合理、有效,很大程度上可以避免救济冲突,因此这一制度对提升跨法域救济措施间的兼容性大有裨益^⑥。同时,执法机构还可考虑制定保密豁免范本,以减少谈判个别豁免的时间成本,便利多法域合并审查程序的同步开展。^⑦

除此以外,执法机构间还应进一步增进交流与互信。澳大利亚与新西兰的密切合作与两国在相关领域的高度互信密切相关。诚然,澳新两国在历史、文化、地域、法律制度等方面有其特殊性,或许很难在其他国家间复制。但两国的合作实践至少表明,广泛交流与互信是反垄断国际合作中机密信息交换的基础。

(三)时序调校

时序调校(Timing Alignment)是促进反垄断国际合作的又一重要工具。有效的时序调校并非是指

“异域同案”中不同法域审查通知时间的完全相同,而是强调竞争执法机构在调查程序和关键决策阶段保持步调一致,^⑧进行充分沟通与交流,降低“分散执法”所致的冲突风险。具体而言,时序调校主要在两个维度对国际合作产生积极影响:一是执法机构在集中调查的早期阶段进行交流合作,及时了解各方在同一案件中的利益关切和立场态度;二是执法机构通过协调关键阶段的时间安排,以实现调查程序的同步进行。^⑨概言之,通过时序调校实现机构间交流的“尽早启动”、关键程序的“同步进行”时,国际合作将是最有效率的。

就第一个维度而言,执法机构启动阶段的交流合作可能受到集中方申报时间不一和执法机构所在国国内法方面的限制。为此,经合组织建议,竞争执法机构在注意到相关集中可能引发竞争问题时,就应“鼓励”集中方尽早有关司法辖区提交集中审查文件,^⑩也就是说应尽早向所有相关法域执法机构进行申报。这将使合作得以在审查早期阶段启动,在一定程度上有利于降低后续出现不一致救济结果的风险。当然,即使集中方没能同时向所有相关法域执法机构申报,也并不意味着机构间的后续合作无法进行。实际上,程序无法同时启动仅是限制了个别合作类型,机构间仍可以就损害理论、事实调查结果以及救济设计等关键问题进行交流与讨论,并对最后的审查结果进行协调。例如,在“西斯科/坦伯格(Cisco/Tandberg)案”中,当欧盟委员会启动第一阶段调查时,美国司法部已就该案进行了深入的调查。虽然启动程序未同步,但双方仍就该案的事实内容进行了广泛讨论,并在救济措施方面达成了共识。^⑪

时序调校的第二个重要维度是关键调查、决策程序的同步进行。早在2002年美欧《国际合作最佳实践指南》就强调,如果调查时间表能够平行进行,那么双方间的协调就会最有效率。在此基础上,指南建议执法机构在审查程序中相互通报时间表、调查的重要发展以及举办联席会议、会同集中方讨论时间等方法促进决策程序的同步进行。随着执法经验日益成熟,各国执法机构不断探索和尝试新方法,包括充分利用各自程序内的时间灵活性以提升关键决策阶段的协调性。以澳大利亚为例,当一项全球合并澳大利亚引发全球性竞争问题时,澳大利亚竞争与消费者委员会可能会推迟审核,直到其他执

法机构对关键问题进行充分考量。例如在“巴克斯特/甘博罗(Baxter/Gambro)案”中,澳大利亚执法机构与作为主要监管机构的欧盟委员会进行了密切沟通,并在市场界定与救济决策方面协调了时间安排。^③程序安排的灵活性提升了有效合作的可能性,对域外救济冲突的避免具有积极意义。正因如此,国际竞争网络建议,各执法机构可以考虑通过取消审查通知或文件提交的截止日期以增加时间安排的灵活性,进而便于多司法辖区备案与审查的协调。^④

五、中国相关实践的现状与完善

中国《反垄断法》实施不过十余年,但广阔的市场与强大的经济实力赋予中国以执法影响力,促使其迅速成为全球反垄断执法的重要司法辖区。在2008年2020年中国反垄断执法机构^⑤公布的48起附加限制性条件批准的经营者集中案件中,^⑥仅涉及“中国市场”的有15起,涉及“全球市场,同时考虑中国市场情况”的有7起,而涉及“全球市场”的共25起,另有1起未明确界定相关市场。不难看出,中国附条件批准的多数集中案件发生在全球市场,存在施加域外救济的潜在需求。而从集中当事方或集中行为发生地看,有42起集中案件发生于外国经营者之间,5起发生于外国与中国大陆经营者之间,另有1起发生于中国台湾地区经营者之间。已审结的48起案件均包含一定涉外因素,其中近九成案件的当事方或集中行为位于外法域,满足域外适用反垄断法的客观条件。中国已成为全球多极救济格局的重要参与者,具备施加域外救济的机会与可能性。

(一)中国的执法特点

一般而言,在经营者集中领域,最为普遍的救济分类标准是结构救济与行为救济二分法标准。据此审视比较研究的33起案件,中国在17起案件中采用了行为救济,在14起案件中采用了“结构救济加辅助性行为救济”,而仅在2起案件中采用了纯粹的结构救济。可见,中国行为救济占比高达94%,结构救济实施比例为48.5%。相比之下,欧美实施结构救济的案件占比均超九成,欧盟在三成案件中施加了行为救济,而美国仅在一起案件中罕见地施加了行为救济。^⑦进一步审视欧美施加行为救济的情况,两大法域通常将行为救济适用于纵向集中或作为结构救济的辅助手段。在可比案件中,纯粹的行为救济在欧盟仅见于“安谋、捷德和金雅拓组建合营企业”一案,其余4起涉及行为救济的案件均搭配有结构救

济;而美国唯一一起行为救济见于“博通收购博科通讯”纵向集中案。与之不同,中国倾向于在横向集中领域也适用行为救济。可比案件包含27起横向集中案件,中国对其中的12起施加了纯粹的行为救济,占比接近45%。三个法域对集中救济类型的偏好表明,中国虽为反垄断执法领域的新成员,但并未表现出对欧美执法经验的亦步亦趋,而是有其自身特点。

那么中国施加域外救济的总体倾向又是怎样的?在执法偏好有别于欧美的前提下,若中国也对域外救济表现出较强倾向性,中国域外救济与欧美救济难以兼容的可能性则相对较高,也就更易引发冲突。在可比案件中,中国共在21起案件中施加了域外救济,占可比案件的六成左右。这其中,域外结构救济共14起,主要为剥离境外资产或业务;域外行为救济共7起,涉及监督域外经营方维持相互独立经营、遵守公平合理(FRAND)原则、建立信息防火墙等。因此,中国在跨国经营者集中案件中较常适用域外救济;从救济类型上看,大多数案件采用了行为救济,体现出较明显的行为救济偏好;但从域外的救济措施来看,结构救济仍占多数。同一集中案件的救济措施可能一部分在域内,一部分在域外,中国域外救济案件中域外措施多适用结构救济的原因在于,行为救济需要持续监督,境外执法方面需要外法域执法机构的配合与协调,难度更大。

(二)中国的执法决定力

作为全球反垄断的重要司法辖区,中国对跨境经济活动的反垄断影响力正日益提高。但也应看到,作为新兴反垄断执法力量,中国实施跨法域救济无疑会面临诸多现实阻碍与挑战。中国施加的域外救济是否能够在全球多极救济格局中对其他法域的救济产生决定作用?对这一问题的回答是准确定位中国执法国际影响的关键。跨法域经营者集中的最终审查结果是由最后决定、严苛或执行力强的执法者所决定的。此类救济方案往往能够在众多平行救济中脱颖而出、对集中方发挥规制作用,故称之为“有决定力”。据此,研判中国的域外救济是否具有决定力,重点在于考察中国是否为最后决定、严苛、执行力强的执法者。

有观点认为,中国执法机构总是倾向于于最后一个作出审查决定,并且往往会阻止集中交易的进行。^⑧但这种看法存在一定的片面性。在11起可比案件中,中国执法机构并不是最后作出决定的执法

者。^⑨但我们也必须看到,在三分之二的可比案件中,中国是三个法域中最后作出决定的,且中国在部分案件中作出审查决定的时间与欧美间隔长达数月。例如,中国公布“丸红收购高鸿案”的审查决定比欧美晚了八个月,公布“嘉能可收购斯特拉塔案”的救济决定时间也比欧美晚了五个月。从这一角度来看,中国在这些案件中是掌握“最后决定权”的。

针对严苛程度,鉴于可比案件最终均获附条件批准,纳入比较范围的仅有“批准”与“附条件批准”两种情形。可比案件中的15起案件至少在欧盟、美国一方获得了“批准”,其中的9起案件在欧盟、美国同时获得了“批准”。换言之,约三分之一可比案件的欧美审查之路是“畅通无阻”的,但却在中国被亮了红灯。从这一角度来看,中国对这类案件的执法更为“严苛”。当然,正如前文所述,由于各国在全球产业链中所处位置不同,同一经营者集中案件对不同国家、地区的影响差异巨大,因此导致各法域对该集中的救济措施也可能大相径庭。

针对执行力,中国近三分之二的域外救济为结构救济,即剥离境外资产或业务。域外结构救济的执行情况可在一定程度上反映出中国救济执行力的强弱。纵观中国施加域外结构救济的14起案件^⑩,均存在欧盟或美国的同案审查决定,且两大法域也都适用了结构救济。对比可知,除“嘉能可收购斯特拉塔”一案外,中国在其他案件中的救济方案与欧盟或者美国存在着高度相似性。同时,在大多数情况下,中国的救济决定要么被欧盟或美国的救济覆盖^⑪,要么被欧盟与美国救济产生的联合效应所覆盖^⑫。当然,中国在少数案例中也提出了有别于欧美的结构救济要求。例如,在“丹纳赫收购通用电气医疗生命科学生物制药业务”一案中,中国额外要求剥离丹纳赫层析介质业务^⑬;而在“赛默飞收购立菲”一案中,中国要求赛博飞出售其所持有的中国公司51%股权^⑭。这可能是因为相关集中在中国引发了有别于欧美的特殊竞争关切;也可能是中国执法机构出于执行便利考虑,直接剥离相关集中方在中国境内的资产或业务。

总体而言,中国虽施加了大量的域外结构救济,但这些救济大多因与欧美救济方案相同或相似而得以有效执行,整体上并未表现出很强的决定力。因此,通过积极开展国际合作避免救济冲突可以更加有效地发挥域外救济功能,维护中国市场的有效竞

争和经济利益。

(三)相关国际合作路径的完善

域外救济是应对市场竞争全球化的执法产物。国际化市场在促进反垄断规则与执法国际化的同时,也对反垄断的国际合作提出了迫切要求。自开展经营者集中审查以来,中国多次在涉域外救济案件中与其他法域执法机构开展密切的国际合作。^⑮交流合作不仅提高了审查结果的可预测性,对于增进机构间的理解互信也具有积极意义。

1. 宏观层面:升级双边合作,发展区域、多边合作

国际合作层次丰富多样、各具特色,彼此间相互补充,缺一不可。执法十余年,中国“共与近30个司法辖区竞争机构签署了超过50份反垄断执法领域的国际合作文件”^⑯,逐步巩固国际合作基础,深化国际合作内容。但作为年轻的执法者,中国在反垄断国际交流与合作的广度和深度仍显不足。

在双边合作层次,中国虽与美国、欧盟、加拿大、日本等签订反垄断合作文件,但其性质均为谅解备忘录,实质合作内容占比少,合作层次较为基础。在中国签订的双边自由贸易协定中目前仅少数设有竞争章节,^⑰且多为开展国际执法合作的立场声明,详细规定信息通报、信息交换、技术援助等核心内容的并不多见。具体到经营者集中领域,中美《经营者集中(企业合并)案件合作指引》以及中欧《企业并购案件审查合作的实务指引》,是目前与集中救济最为密切相关的双边合作文件。两份指引均涉及集中审查的关键合作内容,诸如相关市场界定、竞争影响评估、救济措施设计等。但上述内容普遍更具方向指引意义,并未涉及太多具体合作细节。目前中国虽已初步构建起反垄断双边合作的法律框架,但实质合作内容仍待进一步充实与细化。

在区域、多边合作层次,2019年签署的《金砖国家竞争机构负责人莫斯科联合声明》以及2020年签署的《区域全面经济伙伴关系协定》中均涉及了反垄断领域的国际合作。与此同时,中国还积极参与亚太经合组织自贸协定、经济协定、中日韩自贸协定竞争政策议题对话或谈判。^⑱但总体上上述协议均属综合性的经贸协定,竞争议题目前多无法适用争端解决机制。

十九届五中全会提出,到2035年要“形成对外开放新格局,参与国际经济合作和竞争优势明显增

强”^⑧。反垄断国际合作作为国际经济合作的有机组成部分,必将迎来全新发展。聚焦域外救济,鉴于短期内开展富有成效的区域合作、全球合作较为困难,而双边合作协调范围较小、更易形成共识,以双边合作为重点是中国未来一段时间内开展国际合作的务实选择。随着《反垄断法》配套规章的日趋完善与竞争执法经验的日益丰富,中国可考虑在适当时机升级反垄断双边合作形式,将反垄断执法机构之间的谅解备忘录升级为反垄断双边合作协定;或是升级双边自由贸易协定,新增竞争章节、细化竞争内容^⑨。除形式外,合作内容也应全面升级。待时机成熟,中国应考虑在双边合作中纳入更多实质性合作内容,诸如健全信息交换机制、明确机密信息保护等,以更好适应多极救济格局中的国际合作需要。

对双边合作机制的强调并不意味着弱化区域、多边合作。相反,中国欲在全球反垄断领域拥有和保持话语权和影响力,积极参与区域、多边合作是必不可少的。2018年中国反垄断执法机构改革后,统一的竞争执法机构为中国展开国际竞争领域合作提供了更为便利的条件。在区域合作方面,原定于2021年5月到期的《金砖国家竞争法律与政策领域合作谅解备忘录》已确认延期。^⑩这既是对过去五年金砖国家国际合作成果的肯定,也预示着未来推进深度合作的更多可能性。另外,《区域全面经济伙伴关系协定》为反垄断国际合作提供了又一广阔区域平台,^⑪中国应充分利用该机制和平台,不断提升与各国之间竞争政策的协调性,增强在该领域的话语权和影响力。

除此之外,中国也应在发展和制定多边竞争规范的重要国际机构中发挥更为积极的作用,例如更多参与国际竞争网络平台的国际交流与合作。国际竞争网络成员广泛,^⑫吸纳了大多数反垄断司法辖区的执法机构,是目前唯一专门致力于竞争问题的全球组织,且已将经营者集中作为其重要议题^⑬。中国可适时考虑更多参与该平台的交流与合作。

2. 微观层面:提升执法透明度,完善信息交换机制

合作内容越具体丰富,越有助于国际合作的深入开展。透明度规则、信息交换与时序调校作为其中的重要内容,已为大多数法域认可与践行,成为域外救济国际合作的基本准则与推荐做法。总体而言,中国立法与实践呈现出与国际实践形式上的一

致性。在立法文本上,中国签署的反垄断合作谅解备忘录或自由贸易协定竞争章节均不同程度提及规则透明、信息交换以及执法协调等问题。实践中,中美选择于同日公布“通用收购德尔福案”的审查决定即是时序调校的良好例证。

不过,中国在执法透明与信息交换方面的国际合作仍有进一步提升的空间。近年来,中国先后就经营者集中的申报标准、申报办法、审查方法等作出了细化规定,提升了政策透明度,一定程度上消除了国际社会关于中国反垄断执法缺乏透明度的疑虑^⑭。但有关规定多为指导集中方如何更好进行集中审查申报,鲜有涉及执法机构的审查决定过程。未来,中国可考虑在信息公开的时间跨度、公开的内容等方面进一步提升透明度。

在信息交换方面,机密信息交换是反垄断域外救济国际合作的关键因素。经营者集中调查所获取的信息往往具有商业敏感性,普遍构成企业的商业秘密。与世界大部分法域相似,中国《反垄断法》也对执法机构以及工作人员设定了严格的保密义务。^⑮在此框架下,应进一步完善和发展“信息保密豁免”制度,即“放弃信息保密权”机制。为此,应制定符合中国国情与实践的信息保密豁免范本,以利于集中方在更大范围内放弃信息保密权。由于执法机构须严格遵守本国法律设定的保密义务,国际合作中将可能存在特定信息法域间保护差异问题,即在某一司法辖区受法律保护的信息,在其他司法辖区可能不受保护。对此,中国可考虑参照国际主流做法,在豁免范本中对存在保护程度差异的信息作特定排除或就此类信息制定专门的豁免条款^⑯,以尽可能消除信息保护规则的法域差异对维护信息机密性的负面影响。

结语

随着市场全球化进程的不断发展,反垄断执法机构对具有跨境影响的经营者集中行为规制过程中,域外救济冲突成为越来越无法回避的问题。毋庸置疑,国际合作是解决这一问题的最佳方式。中国作为全球第二大经济体,已经成为对跨境经济活动越来越重要的反垄断司法辖区,有效构建和参与相关领域的国际合作机制具有显著的必要性和迫切性。为此,应以双边合作模式为重点和抓手,以透明度原则、信息交换和时序调校为合作的核心内容,同时积极构建和参与区域、多边合作平台,在相关领域

国际规则与机制的构建过程中不断增强话语权和影响力。

注释:

①《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第1177页。

②目前各国反垄断执法机构和国际组织均普遍采用“救济”一词表示经营者集中审查中对参与集中方附加的限制性条件，并使之成为经营者集中反垄断理论研究与实践中广泛接受和采纳的术语。例如欧盟委员会《关于可接受救济的通告》规定，“本通告旨在为经营者集中提供相关指南，特别是有关企业针对集中提出的矫正承诺。这些矫正通常被称为‘救济措施’，因其旨在消除委员会关注的集中可能产生的竞争问题。”中国立法中采用“附加限制性条件”的表述，但在学术研究和实践中也普遍采用“救济”的表述。

③See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies, DAF/COMP/WP3 (2017) 4, para. 1.

④See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies—Note by the BIAC, DAF/COMP/WP3/WD(2017)46, para. 1–4.

⑤See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies—Note by France, DAF/COMP/WP3/WD(2017)48, para. 1.

⑥See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies—Note by United States, DAF/COMP/WP3/WD(2017)41, para. 4–6.

⑦See U. S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation, 2017, Section 5. 1. 5.

⑧See U. S. Federal Trade Commission, The Enforcers, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>, last visited on October 27, 2020.

⑨2021年2月，美国参议员艾米克鲁布扎(Amy Klobuchar)提出《竞争和反托拉斯执法改革法案》，主张美国应改革反垄断执法以更好应对大型并购交易的增加，尤其是在占据主导地位的数字平台执法方面。在具体措施方面，该法案将通过降低允许合并的法律标准、转移举证责任至合并方等多种措施以加强对反竞争并购交易的规制与禁止。该法案一旦获得通过无疑将收紧美国的集中审查制度，救济适用或将更为频繁。See Amy Klobuchar, Senator Klobuchar Introduces Sweeping Bill to Promote Competition and Improve Antitrust Enforcement, February 4, 2021, <https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/2021/2/senator-klobuchar-introduces-sweeping-bill>

to promote competition and improve antitrust enforcement, last visited on March 10, 2021.

⑩参见《商务部公告2013年第20号关于附加限制性条件批准嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司经营者集中反垄断审查决定的公告》，载中华人民共和国商务部官网，<http://www.mofcom.gov.cn/article/b/fwzl/201304/20130400091299.shtml>，最后访问时间：2021年2月20日。

⑪See Christine A. Varney, Coordinated Remedies: Convergence, Cooperation, And the Role of Transparency, DOJ(February 15, 2010), <https://www.justice.gov/atr/speech/coordinated-remedies-convergence-cooperation-and-role-transparency>, last visited on January 3, 2021.

⑫史际春：《反垄断法理解与适用》，中国法制出版社2007年版，第209页。

⑬同注⑪。

⑭集中救济通常分为结构救济与行为救济。结构救济是对市场结构的一次性调整，主要表现为剥离资产和业务；行为救济是对集中后经营者的行为提出特定要求和限制，包括知识产权许可、开放关键设施、建立信息防火墙、维持独立经营等。

⑮正如世界经济论坛发布的白皮书指出，全球市场中的国际业务需要全球回应，需通过加强竞争政策制定者与执行者之间的合作以及执法机构间的协调来达成。See World Economic Forum, World Economic Forum Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy, 2019, p. 15.

⑯See U. S.–EU Merger Working Group, Best Practices on Cooperation in Merger Investigations, 2011, para. 14.

⑰Canada–U. S. Merger Working Group, Best Practices on Cooperation in Merger Investigation, 2014, para. 16.

⑱参见注③，para.2.

⑲See U. S. Federal Trade Commission, Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century: the FTC’s Role in a Changing World, 2020, p. 25.

⑳See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies, DAF/COMP/WP3(2017)4, para. 4.

㉑参见黄勇：《国际竞争法研究——竞争法实施中的国际冲突与国际合作》，中国友谊出版公司2003年版，第130页。

㉒See Agreement Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practice, 1976, Art. 4. 2.

㉓EC–U. S. Bilateral Antitrust Agreement, 1991, Art. VI(1).

㉔See EU–U. S. International Cooperation Best Practice Guidelines, 2002.

㉕See Agreement Between the European Communities and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition Laws, 1999, Art. 6.

㉖See Agreement Between the European Community and the Government of Japan Concerning Cooperation on Anti-Competitive Activities, 2003, Art. 4. 2.

②⑦ Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, 2002.

②⑧ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 2017.

②⑨ United States-Mexico-Canada Agreement, 2018.

③⑩ Treaty on the Functioning of the European Union, 2007.

③⑪ Council Regulation(EC)No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings(the EC Merger Regulation), 2004.

③⑫ United States-Mexico-Canada Agreement, Art. 21. 1(5).

③⑬ 同注③⑫ Art. 21. 3(4).

③⑭ See Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, 2020, Art. 13. 4.

③⑮ International Competition Network.

③⑯ 一些国家在官方文件和国际条约中特别强调了该合作平台,《美国墨西哥加拿大协议》竞争章节第21.3条第6款在谈及国际多边合作时进行了专门强调,即“缔约方承认国际合作与协调的重要性以及包括经济合作与发展组织竞争委员会和国际竞争网络在内的多边组织在这一领域的工作的重要性。”

③⑰ Global Forum on Competition.

③⑱ Best Practice Roundtables on Competition Policy.

③⑲ OECD, Merger Remedies, DAF/COMP(2004)21, 23-Dec-2004.

④⑰ OECD, Managing Complex Merger, DAF/COMP(2007)44, 29-Oct-2008.

④⑱ OECD, Standard for Merger Review, DAF/COMP(2009)21, 10-May-2010.

④⑲ OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases, DAF/COMP(2013)28, 27-Jan-2015.

④⑳ See ICN, International Competition Network's Framework for Merger Review Cooperation, 2012.

④㉑ ICN Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, 2015.

④㉒ ICN Merger Working Group, Merger Remedies Guide, 2016.

④㉓ ICN Merger Working Group, Merger Cooperation and Information Exchange Types of Information, 2019.

④㉔ 黄晋:《合并控制法:以美国和欧盟为视角》,社会科学文献出版社2013年版,第200页。

④㉕ 参见戴龙:《反垄断域外适用制度》,中国人民大学出版社2015年,第142页。

④㉖ 在经合组织与国际竞争网络的联合调查中,执法机构对经合组织未来工作最为期待的四方面内容中有两方面涉及双边合作模式,分别为出台关于国际合作信息交换的双边示范协定与在双边示范协定范本中落实2014年经合组织国际合作建议书载明的原则。See OECD & ICN, OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement, 2021, para. 446.

⑤⑰ 袁日新:《经营者集中救济法律制度研究》,法律出版社2017年版,第38页。

⑤⑱ See Roger Alford, Antitrust Enforcement in an Interconnected World, DOJ(January 29, 2018), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1034976/download>, last visited on February 14, 2021.

⑤㉑ See Christine A. Varney, Coordinated Remedies: Convergence, Cooperation, and the Role of Transparency, DOJ(February 15, 2010), <https://www.justice.gov/atr/speech/coordinated-remedies-convergence-cooperation-and-role-transparency>, last visited on February 14, 2021.

⑤㉒ See ICN, ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, 2017, p. 37.

⑤㉓ 参见注⑦。

⑤㉔ See U. S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 2017, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf, last visited on February 15, 2021.

⑤㉕ Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies—Notes by United States, DAF/COMP/WP3/WD(2017)41, para. 11.

⑤㉖ See U. S. Department of Justice, Justice Department Issues Modernized Merger Remedies Manual, September 3, 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-modernized-merger-remedies-manual>, last visited on February 15, 2021.

⑤㉗ See ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process, The Competition Agency Transparency Practices, 2013, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_ReportTransparency.pdf, last visited on February 15, 2021.

⑤㉘ See OECD, Scoping Note on Transparency and Procedural Fairness as a Long-Term Theme for 2019-2020, 2018, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf?cote=DAF/COMPIWD\(2018\)6&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf?cote=DAF/COMPIWD(2018)6&docLanguage=En), last visited on February 15, 2021.

⑤㉙ See John B. Nallbandian et al., A New Approach to Antitrust Law: Transparency, 45 University of Dayton Law Review 35 (2020), 49.

⑥⑰ 经合组织与国际竞争网络的调查结果显示,经营者集中案件中,国际合作最为频繁的四种类型中有三种与信息交换有关,分别是共享有关调查阶段的信息、共享公共信息以及经由适当机密豁免共享商业信息。See OECD & ICN, OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement, 2021, para. 198.

⑥⑱ See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases, DAF/COMP(2013)28, p. 22.

③See U. S.-Mexico-Canada Agreement, Art. 21. 5.

④参见王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第665页。

⑤See U. S.-Australia: Agreement on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, Art. 3, Art. 6-7.

⑥参见注②,p.21.

⑦参见注②,p.6.

⑧See U. S. Federal Trade Commission, International Waivers of Confidentiality in FTC Antitrust Investigations, <https://www.ftc.gov/policy/international/international-competition/international-waivers-confidentiality-ftc-antitrust>, last visited on February 13, 2021.

⑨See ICN Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, 2018, para. 19, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_GuidetoInternationalEnforcementCooperation.pdf, last visited on February 15, 2021.

⑩See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases, DAF/COMP(2013)28, p. 5. Also see OECD & ICN, OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement, 2021, para. 444.

⑪See Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases, DAF/COMP(2013)28, p. 6.

⑫See European Commission, European Commission Decision of 29 March 2010(conditional clearance decision in phase I), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-377_en.htm, last visited on February 16, 2021; US Department of Justice, Justice Department Will Not Challenge Cisco's Acquisition of Tandberg, March 29, 2010, http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/257173.htm, last visit on February 16, 2021.

⑬参见注①,p.24.

⑭参见注⑨,para.23.

⑮初期是商务部反垄断局,现该职能属国家反垄断局。

⑯为更准确呈现出中国域外救济执法的特点和影响,本文在欧盟、美国执法机构官网逐一查询上述48起案件,剔除同时“缺失”欧美审查公告的15起案件,最终确定其余33起案件(下文简称“可比案件”)进入本文评价范围,作为域外比较研究的对象。15起被剔除的案件集中当事方分别是:乌拉尔/谢尔维尼特、佩内洛普/萨维奥、通用电气/神华、汉高香港/天德化工、沃尔玛/纽海、联发科技/开曼晨星、科力远/丰田中国/PEVE/新中源/丰田通商、百威英博/英国南非米勒、加阳/萨斯喀彻温、日月光/矽品、贝克顿迪金森/巴德、科天/奥宝科、卡哥特科/德瑞斯、高意/菲尼萨、浙江花园/皇家帝斯曼。缺失的原因可能是相关经营者集中案件仅涉及中国市场,未向欧盟、美国执法机构进行申报。欧盟案例查询自欧盟官网竞争专题的案例库(Case Register)https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=1,2,3, last visited on Febru-

ary 15, 2021; 美国案例查询自美国联邦公告(Federal Register), <https://www.federalregister.gov>, last visited on February 15, 2021.

⑰在33起可比案件中,欧盟实施结构救济案件共11起,实施“结构救济加辅助性行为救济”案件共4起,实施行为救济案件仅1起,另有12起案件无条件批准、5起案件暂无数。据此,在所有实施附限制性条件的案件中,欧盟实施结构救济案件占比为93.8%,实施行为救济案件占比为31.3%。对于美国,33起可比案件中,实施结构性救济案件共16起,实施行为救济案件仅1起,无条件批准案件12起,另有4起案件暂无数。据此,美国实施结构救济案件占比为94.1%,实施行为救济案件占比为5.9%。

⑱See U. S. Chamber of Commerce, Competing Interests in China's Competition Law Enforcement: China's Anti-Monopoly Law Application and the Role of Industrial Policy, September 8, 2014, https://www.uschamber.com/sites/default/files/aml_final_090814_final_locked.pdf, last visited on March 4, 2021; U. S.-China's Business Council, Competition Policy and Enforcement in China, 2014, <https://www.uschina.org/reports/competition-policy-and-enforcement-china>, last visited on March 4, 2021.

⑲这11起案件的参与集中方分别是:三菱阳阳/璐彩特、辉瑞/惠氏、松下/三洋、诺华/爱尔康、西部数据/日立、联合技术/古德里奇、赛默飞/立菲、拜耳/孟山都、陶氏/杜邦、诺贝利斯/爱励、丹尼赫/通用电气。

⑳这14起案件的参与集中方分别是:松下/三洋、西部数据/日立、联合技术/古德里奇、百特/金宝、嘉能可/斯特拉塔、赛默飞世尔/立菲、恩智浦/飞思卡尔、雅培/圣犹达、拜耳/孟山都、陶氏/杜邦、林德/普莱克斯、联合技术/罗克韦尔柯林斯、诺贝利斯/爱励、丹纳赫/通用。

㉑如在“诺贝利斯/爱励案”中,中国与欧盟的救济方案均是剥离爱励在欧洲全部的汽车车身铝薄板内板和外板业务,而美国却要求剥离爱励在北美的铝制车身板业务。

㉒如在“松下/三洋案”中,中国在硬币型锂二次电池市场、车用镍氢电池市场的救济与欧盟相同,均要求剥离集中方在该市场的全部业务;而中国在民用镍氢电池市场的救济与美国相似,也是要求集中方剥离相关业务。

㉓参见《市场监管总局关于附加限制性条件批准丹纳赫公司收购通用电气医疗生命科学生物制药业务案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局反垄断局官网http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/202002/t20200228_312297.html,最后访问时间:2021年2月19日。

㉔参见《商务部公告2014年第3号关于附加限制性条件批准赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司案经营者集中反垄断审查决定的公告》,载中华人民共和国商务部反垄断局官网<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201401/20140100461603.shtml>,最后访问时间:2021年2月19日。

㉕例如,在“依视路国际与陆逊梯卡合并案”中,欧盟委员会的审查决定公告对密切合作的执法机构进行了列举,其中即包括中国。See European Commission, Mergers: Commission clears merger between Essilor and Luxottica, March 1, 2018,

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_1442, last visited on February 22, 2021. 在“拜耳收购孟山都案”中,欧盟审查决定公告也载明其与中国进行了密切合作。See European Commission, "Mergers: Commission clears Bayer's acquisition of Monsanto, subject to conditions", March 21, 2018, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_2282, last visited on February 22, 2021. 在“雅培收购圣犹达医疗案”中,美国联邦贸易委员会在审查决定公告中指出,“委员会工作人员以及巴西、加拿大、中国、欧盟、以色列、韩国和南非的反托拉斯机构工作人员就这项调查进行了合作,包括在救济和剥离—揽子计划方面,以确保取得一致的结果。”See Federal Trade Commission, FTC Puts Conditions on Abbott Laboratories' proposed \$25 billion Acquisition of Rival Medical Device Maker St. Jude Medical, Inc., December 27, 2016, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/12/ftc-puts-conditions-abbott-laboratories-proposed-25-billion>, last visited on February 22, 2021.

⑧林航:《经营者集中反垄断审查的国际合作》,载《中国市场监管研究》2018年第9期,第50页。

⑨在中国签署的双边自贸协定中,设立竞争章节的共有5个,分别是:《中国毛里求斯自由贸易协定》《中国格鲁吉亚自由贸易协定》《中国韩国自由贸易协定》《中国冰岛自由贸易协定》与《中国瑞士自由贸易协定》。具体参见中华人民共和国商务部中国自由贸易区服务网 <http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>,最后访问时间:2021年2月22日。

⑩参见《反垄断局派员参加亚太经合组织(APEC)自贸协定或经济协定竞争相关条款政策对话视频会》,国家市场监督管理总局反垄断局官网 http://www.samr.gov.cn/fldj/gjhz/202009/t20200928_322078.html,最后访问时间:2021年2月22日;《市场监管总局就〈禁止垄断协议暂行规定〉〈禁止滥用市场支配地位行为暂行规定〉〈制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定〉等三部〈反垄断法〉配套规章有关情况举办专题新闻发布会》,载国家市场监督管理总局官网 http://www.samr.gov.cn/xw/xwfb/201908/t20190830_306428.html,最后访问时间:2021年2月22日。

⑪《中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议公报》,载中华人民共和国中央人民政府官网 http://www.gov.cn/xinwen/2020-10/29/content_5555877.htm,最后访问时间:2021年2月22日。

⑫实际上,中国近年来已逐步尝试将竞争政策作为自由贸易协定升级的重要内容。例如,2021年1月26日中国与新西兰签署的《中华人民共和国政府与新西兰政府关于升级〈中华人民共和国政府与新西兰政府自由贸易协定〉的议定书》就新增了竞争政策的内容。载中华人民共和国商务部官网 <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/202101/2021010304343.shtml>,最后访问时间:2021年2月22日。

⑬参见《甘霖出席金砖国家反垄断政策协调委员会视频会议》,载国家市场监督管理总局国际合作司(港澳台办公室)

官网 http://www.samr.gov.cn/gjhz/sjdt/gzdt/202007/t20200724_320195.html,最后访问时间:2021年2月22日。

⑭商务部部长钟山强调,要“与各成员共同努力,在用好协定制度性优惠政策基础上,更好发挥RCEP平台作用,深化和拓展各领域务实合作,促进地区繁荣稳定发展。”参见《钟山:区域全面经济伙伴关系协定签署 开创全球开放合作新局面》,载中华人民共和国中央人民政府官网 http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/24/content_5563640.htm,最后访问时间:2021年2月22日。

⑮截至2020年9月共有来自129个司法辖区的140个竞争执法机构加入,同时涵盖发达国家与发展中国家。See ICN, News Release: ICN 2020 Annual Conference, September 18, 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/featured/news-release-icn-2020-annual-conference/>, last visited on February 23, 2021.

⑯经合组织与国际竞争网络的联合调查结果显示,各执法机构对国际竞争网络工作成效评价最高的四份报告中有一份涉及经营者集中,分别是《合并审查框架》《合并通知与审查程序的最佳实践》及《合并保密豁免范本》。See OECD & ICN, OECD/ICN Report on International Co-operation in Competition Enforcement, 2021, para. 449.

⑰See Maureen K. Ohlhausen, Antitrust Enforcement In China—What Next?, FTC(September 16, 2014), <https://www.ftc.gov/public-statements/2014/09/antitrust-enforcement-china-what-next-second-annual-gcr-live-conference>, last visited on February 20, 2021.

⑱《中华人民共和国反垄断法》第41条规定,“反垄断执法机构及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务。”

⑲See ICN, Waivers of Confidentiality in Merger Investigation, 2018, p. 7. Also see ICN Merger Working Group, Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, 2018, para. 30, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_GuidetoInternationalEnforcementCooperation.pdf, last visited on February April 26, 2021.

参考文献:

- [1]黄勇:《国际竞争法研究——竞争法实施中的国际冲突与国际合作》,中国友谊出版公司2003年版。
- [2]史际春:《反垄断法理解与适用》,中国法制出版社2007年版。
- [3]黄晋:《合并控制法:以美国和欧盟为视角》,社会科学文献出版社2013年版。
- [4]戴龙:《反垄断域外适用制度》,中国人民大学出版社2015年。
- [5]Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee of OECD, "Roundtable on the Extraterritorial Reach of Competition Remedies", DAF/COMP/WP3(2017)4.