

**贸易和发展理事会**

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策政府间专家组

第十三届会议

2013年7月8日至12日，日内瓦

临时项目议程3(a)

就竞争法和竞争政策的同行审评工作

开展磋商和讨论，审查《竞争法范本》，

就《原则和规则》的各项规定进行研究

**就涉及一个以上国家的竞争案例开展国际合作的方式和程序****贸发会议秘书处的说明****内容提要**

竞争机构日益面临的挑战是在国内执行竞争政策同时还必须处理跨界反竞争做法。本研究提出了各种合作模式，同时还研究了如何利用合作安排来增强竞争机构有效执行竞争法的能力。本研究审查了在区域和国际层面上执行竞争法的挑战，并讨论了各不同国家在竞争政策领域开展合作的方针，以及这种合作对于改善双边、区域和国际合作的影响。本研究提请人们注意新成立的竞争机构面临的挑战，这些挑战使它们难以在处理案件方面开展合作，与此同时也承认在进一步加强合作方面正在做出的努力。本研究查明了在各不同法律的实质内容方面现存的差距，以及在法律体制和执法能力方面的差距，强调有必要将进一步提高认识和增强信任作为加强合作的必要措施。本报告最后提出了在总结这一领域迄今的经验的基础上有效开展合作的一些方式方法的建议。

## 目录

|  | 页次 |
|--|----|
| 导言 .....                                 | 3  |
| 一. 背景 .....                              | 3  |
| A. 确定概念的定义 .....                         | 3  |
| B. 界定问题的范畴 .....                         | 3  |
| 二. 合作形式 .....                            | 4  |
| A. 多边安排——国际竞争网、经济合作与发<br>展组织以及贸发会议 ..... | 5  |
| B. 区域合作模式 .....                          | 6  |
| C. 北南协定 .....                            | 11 |
| D. 双边合作协定 .....                          | 12 |
| E. 非正式合作机制 .....                         | 12 |
| F. 有效的合作机制：美利坚合众国新一代合<br>作协定和欧洲竞争网 ..... | 13 |
| 三. 新成立的竞争机构在推行竞争法方面面临的挑战 .....           | 15 |
| A. 职权的分配 .....                           | 15 |
| B. 在处理跨界合并和卡特尔方面的挑战 .....                | 15 |
| 四. 政策问题和建议采取的做法 .....                    | 17 |

## 导言

1. 竞争法和竞争政策政府间专家组在 2012 年 7 月 9 日至 11 日举行的第十二届会议上请贸发会议秘书处编写一份报告，介绍涉及一个以上国家的竞争案例中开展国际合作的方式和程序。

2. 本研究探讨了在处理跨界反竞争案件以及在制定有效合作机制方面面临的挑战。发达国家和发展中国家的竞争机构都在寻求加强执法合作和交流先进经验的方式和途径。本研究是在最近的研究和国际报告的基础上编写的，其中包括贸发会议为竞争法和竞争政策政府间专家组第十一届(2011 年)和第十二届(2012 年)会议编写的背景研究以及主要机构及这一领域其他学者就这一课题目前和以往发表的文章，这些机构包括欧洲联盟、国际竞争网、经济合作和发展组织(经合组织)。

## 一. 背景

### A. 确定概念的定义

#### 方式

3. 在本研究范围内方式是指竞争机构在正式和非正式框架内处理跨界反竞争案件方面开展合作的方式和工作。这些工作经多年的演变已形成了多种形式。

#### 程序

4. 程序是指采取行动的方法或既定方式。在此是指竞争机构在处理跨界反竞争案件开展合作时采取的方式。

### B. 界定问题的范畴

5. 在经济日趋全球化的背景下，越来越多的交易包含了某种国际含量。因此竞争机构之间加强合作有助于高效率地推行竞争法，预防或制止反竞争活动。此外就像趋向一致的做法一样，合作是一个演变的过程，需要理解和信任。确保对案件信息的保密是一个重要的目标，但由于无法与其他竞争机构讨论或交流这类信息，也严重妨碍了竞争机构之间开展合作的能力。

6. 例如，在跨界合并方面的合作对于企业和竞争机构都有好处，有助于对案件进行实质性的分析，展开适当调查和把握时机，并提出提供信息的要求，<sup>1</sup> 开展合作，针对无论是国际卡特尔还是跨界合并造成的反竞争做法都将带来一系列的

<sup>1</sup> Hansen M (2011 年)在贸发会议竞争法和竞争政策政府间专家组第十一届会议上的发言。日内瓦，7 月 19-21 日。可参阅 [www.unctad.org/competition](http://www.unctad.org/competition)。

好处。国际投资网关于机构间在卡特尔调查方面合作的一份报告查明了下列的好处：<sup>2</sup>

(a) 在调查前的阶段，各机构可以就可能对其他管辖区产生影响的卡特尔调查相互发通知；各管辖区可商定要调查的具体市场和公司；

(b) 在调查阶段，各机构可协调调查战略，例如针对同时突袭，发出传票或审讯各方的工作加以协调；

(c) 在调查后阶段各机构可交流信息，通报各自的起诉司法战略或可能的结案和补救办法。

7. 目前为了缩小执法差距正在开展进一步努力，处理跨界反竞争案件。较非正式的合作安排大行其道，已成为补充正式合作安排的一种替代方式。在这方面开展合作的国际机构包括贸发会议、国际竞争网、经合组织和其他组织。本报告吸收了国际竞争网与经合组织调查的结果，同时审议了新成立的竞争机构在解决跨界反竞争做法方面面临的具体的合作困难。

## 二. 合作形式

8. 近年来在处理跨界反竞争案件方面的合作手段不断演变，为出台各种不同的制度奠定了基础。可以从不同角度研究在竞争案件方面合作的问题。以下介绍了一些现有的途径和方式：

(a) 根据《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》(1980年)开展的非正式合作；

(b) 根据 1995 年经合组织合作建议<sup>3</sup> 或其他没有特定法律依据的类似的“软性法律”手段开展的非正式合作；

(c) 在放弃豁免权基础上开展的合作；

(d) 根据国家法律规定开展的合作；

(e) 根据并非具体针对竞争问题的协定和文书开展的合作；

(f) 根据具体针对竞争问题协定开展的合作；

(g) 区域合作文书。

9. 国际竞争网和经合组织<sup>4</sup> 最近的一项研究中包含一项调查，促使各成员就竞争执法的经验、意见和改进合作的方式开展交流。在此值得一提的是，有很大一

<sup>2</sup> 国际竞争网卡特尔工作组(2007年)。“各机构在机构间在卡特尔调查方面的合作”，向国际竞争网年度会议提交的报告。莫斯科，5月(见下一个注释)。

<sup>3</sup> 国际竞争网工作组(2007年)。竞争机构就卡特尔调查开展合作。请参阅 [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf)。

部分竞争机构报告在各机构之间对具体案例开展的合作很少甚至没有，一些新成立的机构表示在要求发达国家竞争机构提供援助方面遇到困难。这表明仍存在着结构性、法律和行为方面的问题，有必要加以解决从而能让经合组织以外的其他国家也能分享合作的好处。

10. 各机构间正式合作通常使用的有两项法律文书：双边协定和放弃保密豁免。据调查结果表明，通常也实施了国家法律中的一些具体规定。然而放弃保密豁免是非经合组织国家采用最少的方式。这可能是由于欧洲联盟的规制普遍包含放弃保密豁免权利的要求，但许多发展中国家的区域协定则没有这些规定，或者规定没有得到执行。

11. 尽管在不少的国家、双边和多边协定中都有礼让规定，但适用有限。只有很少数的机构使用礼让规定，如案例通报或提供调查协助的要求。这可能是由于在制定执法措施方面出台了公开系统，竞争机构使用媒体(社会传媒和或正式渠道)，与内外各方交流案件的信息。由于联网，技术意识的增强及技术进步，利用电话、电子邮件、Skype 等方式开展非正式交谈，可以就立即获得对任何事情的信息。

#### A. 多边安排——国际竞争网、经济合作与发展组织以及贸发会议

12. 在联合国内关于竞争政策的工作最初是在联合国经济社会理事会内展开的，自 1964 年之后又在贸发会议的组织下继续进行。谈判最终一致通过了联合国限制性商业做法规定，其中包含一套向成员国提出的建议，内容包括在执行竞争法方面开展合作。在过去 40 年里在贸发会议框架内，通过政府间机构和能力建设活动为贸发会议成员国提供了交流信息和讨论当前问题的论坛，在发展中国家和转型经济体通过了和执行了竞争法，通过能力建设交流先进经验以及就国际合作开展磋商。

13. 50 年前经合组织向其成员国提出了关于限制性商业做法的立法和行政规制的建议。根据这些建议在经合组织成员国中对竞争法的发展动态收集和传播了信息，20 年后，在 1986 年经合组织又向竞争执法机构提出了建议，要求这些机构在某项执法行动对另一成员国及其国民的利益造成直接影响时进行政府间通报。

14. 国际竞争网是由发达国家和发展中国家竞争机构建立的另一项国际安排，它使各成员在一起讨论竞争问题，并为交流意见和先进经验提供了一个论坛。该网络在任务声明中提出：<sup>5</sup> “倡导在世界范围内颁布高标准的竞争政策和程序，

<sup>4</sup> 经合组织(2013 年)。合作与执行工作小组 3 DAF/COMP/WP3(2013)2。巴黎，2 月 12 日。请参阅 [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En)。

<sup>5</sup> 参阅 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/agency-effectiveness.aspx>。

制定有助于在程序上和实质内容上趋向一致的建议，并促进有效地开展国际合作，造福全世界的成员机构、消费者和经济体”。

## B. 区域合作模式

15. 在过去 20 年里区域和次区域一级的合作不断演变。在发达国家(北北)、发达与发展中国家(北南)以及发展中国家(南南)之间都达成了不少包含竞争条款的双边贸易协定。这些工作突显了有必要在处理跨界反竞争做法，尤其是在并购以及卡特尔方面开展合作。

16. 在这一框架内有不少经过有关各方谈判签署的正式书面合作协定。这些协定通常范围宽于竞争政策，包含了贸易的其他领域。本报告审查了这类协定中的竞争条款，其中包含的合作机制以及在实际处理跨界反竞争案例方面的情况。这类协定包括在欧洲联盟内、在南美洲的南锥体内、在东非和南非共同市场(东南非共市)、西非经济和货币联盟(西非经货联)、南部非洲发展共同体(南非发共体)、中非经济和货币共同体(中非经货共同体)、加勒比共同体以及东南亚国家联盟(东盟)内的这类协定。

17. 绝大部分这类区域集团都深受欧洲联盟竞争体制的影响，欧盟的体制在处理跨界反竞争做法方面据称是最为成功的，其中包括在理事会第 1/2003 号规定的欧洲联盟条款 11(3)内开展合作的周详的法律条款。但令人费解的是为何其他区域协定并没有取得同样的成功。

18. 许多其他的管辖区无论所处的地理位置，它们在区域协定中做出的竞争规定没有得到实施。下面的一段话充分反映了令学者们费解的一个根本问题：“为何这么多的国家耗费精力去通过这样的协定，而明知成功实施协定的障碍如此之大？”<sup>6</sup> 要回答这一问题就必须研究合作方式的问题，并且进一步研究是什么原因在妨碍这一进程。在引述的第二篇文章中 Bakhoum 和其他人还指出，区域竞争协定能否取得成功取决于在这些协定章程中规定的“合作方式”。

19. 区域合作协定各不相同。可以通过具有至高无上权力的集权来实现共同执法的体制，权力也可以来自绝对授权(如西非经货联)或与国家竞争机构享有并行权力(东南非共市以及加勒比共同体)。学者们认为这类安排很可能为成员带来好处。其他安排没有对合作方式做出具体的规定，但对交流信息和先进经验以及培养竞争文化做出相应规定，例如南锥体和东盟就是如此。以下介绍不同的合作体制。

<sup>6</sup> Gal MS 和 Faibish I(2011 年)。发展中管辖区的区域协定：发掘潜力。在 Bakhoum M, Drexler J, Gal MS, Gerber D 和 Fox E 编辑(2012 年)《发展中国家竞争政策和区域一体化》，社会科学电子出版物，可参阅 <http://ssrn.com/abstract=1920290>。

## 东部和南部非洲共同市场

20. 东南非共市 2004 年通过了竞争规则和条例，作为区域竞争政策和法律，以此建立了处理跨界反竞争问题的框架。<sup>7</sup> 区域贸易和投资的一体化要求在竞争规制和指导原则方面建立公平、透明和可预测的运作框架。东南非共市条约有着最为全面的竞争相关条款和相应的体制安排(贸发会议 2005<sup>8</sup>、2009<sup>9</sup>和 2010<sup>10</sup>)。东南非共市的竞争规则和条例是一个全面的合作手段，其中包括关于体制安排、反竞争商业做法、滥用主导地位、并购以及消费者保护方面的详细规定。这套竞争规则和条例的第二部分要求建立东南非共市竞争委员会。在 2012 年东南非共市竞争委员会成立并在 2013 年初开始运作。然而由于东南非共市及其成员的国家竞争机构在审查合并案方面出现了管辖权的冲突，使这一新成立的机构难以发挥有效的作用，执行竞争法和开展国际合作。当务之急是就并购的评估制定明确的指导方针和程序，从而避免区域机构及其成员机构之间的冲突，并避免对企业带来不必要的费用。

21. 东南非共市的竞争规则和条例的执行工作经历漫长的岁月。造成延误的主要困难之一是缺乏人力和财政资源，使东南非共市内的竞争委员会和其他机构无法运作。必须确定不同合作领域的优先事项，并审视对竞争问题以及竞争问题对成员国之间贸易的影响所掌握的知识。东南非共市竞争委员会目前已设立，到 2012 年底主要工作人员已经招聘上岗。预计委员会将在 2013 年开始处理案件。成员国仍有待解决的难题是确保委员会工作的可持续性，积累专门知识、与国家机构合作和开展国际合作。

## 西非经济和货币联盟

22. 西非经货联<sup>11</sup> 建立了一个超越国家之上的竞争委员会，拥有对国家和共同体内部竞争事务的专属职权。跨界反竞争案例在电信、运输、分配和建筑行业都不乏例子。许多成员国国家竞争机构缺乏必要的资源，难以处理国内的案件，包括对管制部门的案子也难以处理。

23. 西非经货联的条约建立了一个共同的竞争法，并建立了一个区域机构，负有超越国家的职权，掌管所有竞争案例。贸发会议 2007 年对西非经货联的自愿

<sup>7</sup> 见东南非共市竞争规则和条例，2004 年 12 月。

<sup>8</sup> 见“国家与区域竞争机构之间的职权分配：东南非共市的案例”，贸发会议(2005 年)《区域贸易协定中的竞争条款：如何确保取得发展收益》。联合国出版物(UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)，纽约和日内瓦。

<sup>9</sup> 贸发会议(2008 年)共同体和国家竞争机构在适用竞争条例方面的职权分配(TD/B/COM.2/CLP/69)，日内瓦，5 月 23 日。

<sup>10</sup> 贸发会议(2011 年)“审查迄今为止在执法合作方面取得的经验，包括在区域一级的经验”(TD/B/C.I/CLP/10)，日内瓦，5 月 10 日。

<sup>11</sup> 贸发会议(2008 年)在适用竞争规则方面共同体与国家竞争机构之间的权力分配(TD/B/COM.2/CLP/69)，5 月 23 日。

同行审评<sup>12</sup> 表明该联盟的竞争规则改变了成员国处理竞争案例的方式。同行审评指出在塞内加尔，西非经货联竞争委员会的专属职权被视为“妨碍了贸易部和竞争委员会在此领域新开展的工作”。同时还指出，在科特迪瓦，尽管在 1994 至 2001 年期间出现了相当大量的案例，但至此之后再没有案件。<sup>13</sup>

24. 提出了两项妨碍在西非经货联管辖区域内推行竞争法的主要障碍：第一，心理障碍，难以接受法庭向区域委员会授予的专属职权，第二，有必要调整国家立法，以符合区域规则。西非经货联竞争委员会尽管拥有专属职权，但由于推行法律的人力和财力不足，加上在贝宁、科特迪瓦和塞内加尔等国国家竞争机构的权力被剥夺，因此西非经货联已成为卡特尔和其他核心卡特尔活动的天堂。西非经货联竞争委员会面对这一挑战在贸发会议的援助下制订了一个三年期方案，以期制订一套指导原则和一个能力建设方案，在国家和区域各层面上推行共同体内的竞争规则。

### 南部非洲发展共同体

25. 南部非洲发展共同体条约(1992 年)没有载入竞争规定。然而南部非洲发展共同体贸易议定书第 25 条则要求成员国在共同体内通过全面的贸易发展措施禁止不公平的贸易做法并促进竞争。<sup>14</sup> 因此 2007 年共同体部长会议指示秘书处在成员国之间发展合作机制，以推行竞争和消费者保护法律。成员国也采取了开展非正式合作的软性方针。

26. 2007 年南部非洲发展共同体建立了竞争和消费者政策委员会，就竞争和消费者保护问题开展磋商和合作。委员会一年举行一次会议，所有的国家竞争机构和其他竞争领域的官员出席会议。会议已成为将成员国商定的合作体制逐步正规化的一个论坛。委员会希望各成员国将各种案件提交委员会会议审议，但由于各种困难，自 2008 年以来并没有讨论过任何案件。各竞争机构之间的非正式合作进展令人满意。例如南部非洲发展共同体 2012 年启动了一个网上数据库，就目前和已结案的竞争案例交流非秘密信息(见插文 1)。

<sup>12</sup> 贸发会议(2008 年)“西非经货联的竞争政策自愿同行审评，贝宁和塞内加尔”，联合国出版物(UNCTAD/DITC/CLP/2007/1)，纽约和日内瓦。

<sup>13</sup> 经合组织(2013 年)合作和执法工作小组 3, DAF/COMP/WP3(2013)2, 巴黎, 2 月 12 日, 可参阅 [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En); 以及贸发会议(2008 年)在适用竞争规则方面共同体与国家竞争机构之间的职权分配, TD/B/COM.2/CLP/69, 日内瓦, 5 月 23 日。

<sup>14</sup> Mathis J (2005 年)“南部非洲关税联盟：针对竞争政策和不公平贸易做法的区域合作框架”，联合国出版物(UNCTAD/DITC/CLP/2005/3)，纽约和日内瓦。



### 插图 1. 南部非洲发展共同体网上竞争案件管理数据库

在共同体内为了加强对案件信息的合作和交流方面，最近出台了网上竞争案件管理数据库。这一系统旨在促进各成员国国家竞争机构之间交流对案例的信息。这一新的系统让各成员国通过共同体的门户刊登案件信息，便于其他成员检索。这一系统目前已在运作，各国也开始刊登案件信息。对机密信息的交流仍是有待解决的难题，但这一举措朝着处理跨界案件合作迈出了积极的一步。

资料来源：南部非洲发展共同体秘书处。

27. 共同体秘书处没有建立庞大的竞争机构，只能依赖各成员国为工作提供支持。在共同体内建立合作机制的最大的困难是查明共同关心的领域并建立程序，找出共同的合作基础以及为解决共同关心的问题开展合作的途径和方式。不同国家在能力上的欠缺情况各不相同。例如只有南非有能力有效地处理卡特尔案件，尤其是在出台一项从宽处理制度之后。其他已将从宽处理制度纳入法律的国家，由于人力和财政资源不足难以执行这些规定。

28. 在共同体内只有南非能有效地处理卡特尔案件。由南非处理的这类卡特尔案件内有涉及其他共同体成员国的案件包括在化肥、玉米种子、建筑行业和其他行业的案件。其他大部分共同体成员缺乏充足的资源难以处理卡特尔案件。此外这些国家的法律没有作出充分的规定，授权开展突然袭击，同时也没有针对卡特尔案件出台从宽处理制度或交流信息的规定。在范围和授权方面存在的这些差距进一步削弱了共同体内部的区域合作。

29. 南部非洲发展共同体区域面临着另外一项重大挑战是对合并案的处理问题，这些案件主要涉及南非的公司，同时对其他共同体成员也产生外溢效果。最好的例子是沃尔玛/Massmart 合并案，这一案子影响了许多——即便不是所有的共同体成员国。此外还有不同机构提供的补救办法各不相同，有时相互矛盾的问题。这就使统一和合作变得很困难。

### 加勒比共同体

30. 2001 年经修订的查瓜拉马斯条约建立了加勒比共同体和加勒比共同体单一市场经济。<sup>15</sup> 该条约第八章第一节纳入了竞争规定，促进建立竞争文化和共同体国家在单一市场安排内的发展。加勒比共同体竞争委员会有权在共同体内处理跨界反竞争做法。但目前仍存在着各种法律和结构难题，妨碍共同体竞争委员会有效地开展工作。

31. 共同体竞争委员会面临的主要挑战包括法律框架方面的薄弱环节，这一框架内容空泛、不够具体，要使这些规定能付诸实施，共同体竞争委员会必须根据

<sup>15</sup> 贸发会议(2008 年)“共同体与国家竞争机构在适用竞争规则方面的职权分配”(TD/B/COM.2/CLP/69)，日内瓦，5 月 23 日。

该区域目前的经济、政治和社会现状对各项规定进行修订，明确界定定义，制订完善的指导方针。

32. 共同体竞争委员会工作的另一法律难题是，加勒比共同体成员国法律制度上的差异。大多数成员已采用英美法系，但海地和苏里南仍采用大陆法系。共同体竞争委员会在制订共同体竞争规则的规定和程序时应兼顾这两个法系。

33. 如同西非经货联的情况一样，加勒比共同体竞争委员会在其自身、贸易和经济发展理事会以及加勒比法院和国家竞争机构之间如何分配职权的问题上也面临着挑战。例如巴巴多斯、伯利兹和圭亚那将加勒比法院作为最高上诉法院，但《条约》则规定加勒比法院是原审法院，是解释《条约》条款的唯一机构。<sup>16</sup> 另一个根本问题是加勒比共同体竞争委员会在反竞争做法方面如何与东加勒比国家组织竞争秘书处内的小岛国经济体开展合作。<sup>17</sup>

### 拉丁美洲

34. 本研究所涉及的拉丁美洲区域集团，包括安第斯共同体和南锥体。这些集团在执行区域竞争法律方面开展的活动极为有限。安第斯共同体的第 608 条对涉及两个或两个以上成员国的反竞争做法作出规定，而所有其他案件则属于国家竞争机构的管辖范围。第 608 条的执行遇到各种困难，包括国家机构由于种种问题难以落实安第斯共同体秘书处的决定，这些问题包括各种体制缺陷，如缺乏配备了充足和专门人力资源的适当机构，同时各国家机构之间也没有协作。

35. 在南锥体内，目前的竞争规定没有得到推行，原因是条约规定没有明确界定竞争规则适用于被禁止的国内反竞争做法，还是适用于跨界区域案件。此外，在南锥体内各国家竞争立法之间的差距，以及无法就竞争法与反倾销之间的关系达成一致，这些都是倍受争议的问题。

### 东亚和东南亚

36. 在东亚和东南亚的区域安排包括东盟和东盟自由贸易区以及亚太经济合作组织。这些集团没有在贸易协定中纳入竞争规定，因此目前职权分配还不是一个问题。然而亚太经合组织在竞争领域非常活跃，1996 年设立了竞争政策和放宽管制小组，旨在改善该区域的竞争环境并就区域竞争法和政策达成一致。亚太经合组织开展的活动包括培训班和经验交流。

37. 在处理调查跨界反竞争案件的合作方面，另一个值得关注的主要领域是对案件的实际处理。其中，最大的问题是能否获得充足的资源，以便有效、高效率地处理案件。

<sup>16</sup> Menns KL 和 Eversley D (2011 年) “对加勒比共同体竞争委员会的适当设计” 向澳大利亚路德教育大会提交的论文，阿姆斯特丹，5 月 20 日。

<sup>17</sup> 贸发会议(2008 年) “共同体与国家竞争机构在适用竞争规则方面的职权分配” (TD/B/COM.2/CLP/69)，日内瓦，5 月 23 日。

38. 如上文所示，西非经货联竞争委员会是一个超国家机构，拥有处理竞争案件的一切职权。国家竞争机构和区域一级机构都存在着非常严重的能力不足的问题。此外，处理案件对于区域竞争委员会而言是非常困难的，在区域内部的差旅费高得惊人，占用了委员会很大一部分预算。这就影响了处理的案件数量和结案时间。

39. 企业更愿意与区域机构打交道。这就使国家竞争机构有挫折感。西非经货联努力通过与国家竞争机构的官员开展讨论来解决这一问题。布基纳法索、科特迪瓦和塞内加尔都有独立的国家竞争机构，但它们的权力相对于区域机构的权力并不明确。尽管它们有意愿开展工作，但由于存在着种种问题，如国家竞争机构的工作缺乏独立性(贝宁和塞内加尔)，限制了它们在无须与其他有关部委合作的前提下独立展开调查的能力。

40. 在其他情况下，由于没有指派专门的工作人员处理竞争问题，因此在西非经货联层面上很难协调工作。如几内亚比绍和多哥等一些国家没有竞争政策单位，因此所有竞争问题都必须在区域一级加以解决。西非经货联为解决协调问题采取的一个办法是国家竞争机构成员之间开展联网。在由部长专职处理竞争问题的国家，西非经货联与有关官员协商，要求指派全职的专门官员来处理竞争问题。

41. 其他方面的努力还包括西非经货联向各国家竞争机构派出代表团，促进达成共识和建立一个由区域和国家竞争机构官员组成的区域协商委员会。这一委员会从 2013 年起每年举行两次会议。对各个案件的决定先由委员会讨论，然后才作出最后决定。西非经货联正在制订程序规则，让国家竞争机构处理跨界案件以外的所有案件。

## C. 北南协定

42. 加强竞争法制度是许多发展中国家转型经济体规制改革中的一个主要内容。为了实现这一目标各国利用谈判达成新的合作协定。例如欧洲联盟在它在地中海伙伴、非洲、加勒比和太平洋国家签署的合作安排内纳入了竞争规则。然而这些规则目前不足以防范影响国内商务和这些集团之间贸易的反竞争做法。迄今为止上述在欧洲联盟与地中海伙伴之间的双边竞争政策合作协定还没有得到实施。

43. 2010 年签订的欧洲联盟—中美洲合作协定以及其他经济伙伴协定的情况也是如此。许多发展中伙伴的竞争法制度普遍执行不力。许多国内反竞争做法没有受到制约。在各项协定中应当纳入一项对竞争问题开展有效合作的执行计划。为此应设定时间框架，提出全面的执行方案和能力建设方案，使各方履行国际义务。

## D. 双边合作协定

44. 与竞争相关的双边协定数量众多，而且在过去 20 年里数量骤增。其中的一个共同特征是所有这些协定都旨在协助各国处理跨界案件。其中的例子包括欧盟与南非的协定，加拿大与哥斯达黎加的协定，澳大利亚与泰国的协定，澳大利亚与新加坡的协定以及墨西哥与日本的协定。

45. 美利坚合众国与澳大利亚、加拿大和德国签署了一系列双边合作协定。这些协定要求开展合作，主要是为了在推行竞争法，尤其是在涉及域外案件时避免争端。协定的内容局限于执法活动的通知，为解决分歧开展协商以及交流保密法规定可披露的信息。2000 年美利坚合众国还与巴西和以色列签署了双边协定。

46. 大韩民国与欧洲联盟签署了双边合作协定，日本也与印度尼西亚和马来西亚签署了类似协定。加拿大与哥斯达黎加签署了一项合作协定。<sup>18</sup> 所有这些协定都载有竞争相关条款，促进交流信息和最佳做法，以便有效地处理尤其是具有跨界性质的反竞争案件。

47. 1991 年签署的美利坚合众国与欧洲委员会协定标志着在竞争政策合作方面的新的起点。尽管这些协定载有通知规定并旨在避免发生争端，但却更为强调开展合作以便提高执法效率。这些协定最重要的革新方面是“积极礼让”规定，允许一方要求另一方开展调查。尽管这一规定没有得到正式援用，但已成为在推行竞争法方面开展合作的一个重要特征。

## E. 非正式合作机制

48. 在许多管辖区内都存在着非正式国际合作方式。通常是以网络或其他特设协作方式出现的。近年来世界许多地方都出现了在处理竞争问题方面的非正式合作机制。采用各种不同的办法是为了寻找途径和方式，交流信息和最佳做法，尤其是与案件相关至关重要的信息。这些手段包括国家之间的双边谅解备忘录(如日本与印度尼西亚之间)，此外还包括联网论坛等其他各种方式。

49. 其中一些协定中载入了就案件开展合作的具体机制，而其他的则是泛泛而谈。一些国家竞争机构建立了非正式联网关系同时也建立了一定程度的信任，竞

<sup>18</sup> 其他值得一提的协定包括：美利坚合众国与澳大利亚合作协定(1982 年 6 月)；美利坚合众国与澳大利亚反托拉斯执法互助协定；美利坚合众国与巴西合作协定(1999 年 10 月)；美利坚合众国与加拿大合作协定(1995 年 8 月)；美利坚合众国与智利反托拉斯合作协定(2011 年 3 月)；美利坚合众国与中国反托拉斯和反垄断合作谅解备忘录(2011 年 7 月)；美利坚合众国与德国合作协定(1976 年 6 月)；美利坚合众国与欧洲共同体委员会合作协定(1991 年 9 月)；美利坚合众国与欧洲联盟合并案工作组，在合并案调查方面开展合作的最佳做法(2002 年 10 月)；美利坚合众国与以色列合作协定(1999 年 3 月)；美利坚合众国与日本合作协定(1999 年 10 月)；美利坚合众国与墨西哥协定(2000 年 7 月)；美利坚合众国与经合组织成员国之间合作建议(1995 年 7 月)。见贸发会议(2006 年)“在双边、区域和国际合作方面迄今取得的经验”(TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.4)，9 月 6 日。

争主管官员可以不受任何正式协定的拘束，拿起电话要求对方提供案件信息。许多地区也出现了各种联网论坛，例如欧洲与地中海竞争网络和非洲竞争论坛。

50. 值得一提的是，在过去十年非正式的合作方式日趋重要，尤其是在已签订正式协定但协定尚未得到实施、或没有签订正式协定的地区。当各种程序尚未正式确立，就为各种谋划和周旋留下余地，给设计合作方式和执行工作更大的灵活性。这也是最近在处理竞争案件方面另类合作方式大行其道的原因。

51. 贸发会议利用自愿同行审评工作为竞争机构之间的非正式合作作出贡献，也包括在新成立的竞争机构与成熟的竞争机构之间实现了异类互动互补。贸发会议自愿同行审评中的一个值得推崇的特点是对区域竞争安排的审评，如对西非经货联及其成员国的审评，<sup>19</sup> 以及对坦桑尼亚联合共和国、赞比亚和津巴布韦的三方审评。<sup>20</sup> 这两项同行审评报告及其相关建议突出强调了机构间合作发挥最大效用的适当领域，并提出了改革和采纳最佳做法的建议。赞同贸发会议建议的经过审评的同行机构可在三年期内受益于能力建设活动。

52. 贸发会议启动的其他两项合作举措包括贸发会议与拉丁美洲经济体系贸易与竞争工作组<sup>21</sup> 以及最近的贸发会议信息协作平台。<sup>22</sup> 贸发会议拉美工作组的工作注重信息、经验和最佳做法交流，以加强在处理贸易和竞争问题方面的合作。信息协作电子平台是一个网上数据库兼合作机构之间的虚拟论坛，便于交流案件的非保密信息。各竞争机构可利用这些平台刊登和检索其他机构正在处理的案件，同时利用这些信息处理各自管辖区内的类似案件。

## F. 有效的合作机制：美利坚合众国新一代合作协定和欧洲竞争网

53. 过去二十年里美利坚合众国和欧洲联盟交换了通知并交换了大量的公开信息，相互协助界定产品和地域市场，并在平行调查中讨论补救办法。这类合作包括主管当局之间为讨论共同关心的问题日常开展的联络，提高了对相互法律的进一步认识，更为了解什么是对方的“重大利益”。

54. 美利坚合众国新一代合作协定很复杂。据美国联邦贸易委员会专员 Varney 女士称(1995 年)“法案的实质是，当我们与外国反托拉斯当局或政府签署了协定，对等交流反托拉斯证据，对保密要求作出了充分的保障，同时也允许接到要求的机构在它认为违反公共利益时拒绝这类要求时，对交流保密信息的通常禁

<sup>19</sup> 贸发会议(2008 年)“西非经货联竞争政策自愿同行审评，贝宁和塞内加尔”，联合国出版物(UNCTAD/DITC/CLP/2007/1)。纽约和日内瓦。

<sup>20</sup> 贸发会议(2012 年)。“竞争法和竞争政策自愿同行审评：坦桑尼亚联合共和国—赞比亚—津巴布韦三方报告”，联合国出版物(UNCTAD/DITC/CLP/2012/1)。纽约和日内瓦。

<sup>21</sup> 贸发会议拉美经济体系贸易和竞争工作组于 2008 年设立，由来自 25 个拉丁美洲和加勒比国家的贸易和竞争专家组成。

<sup>22</sup> Azrachi HA 和 Qaqaya H (2012 年)。贸发会议协作信息平台。Concurrences. 4-2012: 204-207。

令则不适用”。<sup>23</sup> 一旦签署这类协定，在对公共利益进行检验之后，联邦贸易委员会和司法部就有权提供档案中的保密信息，并利用自己的调查权收集外国反托拉斯管理当局希望获得的保密信息。这一法令的三项管制原则规定：(a) 对等性；(b) 保护机密信息；(c) 逐个案例逐个确定公共利益。

55. 欧洲竞争网是处理跨界反竞争做法方面的最成功的安排之一。它是根据欧洲联盟条约中关于欧洲联盟职能的第 101 条和第 102 条的授权运作的。该《条约》奠定了欧洲共同体和各个国家竞争机构为有效适用共同体竞争规则开展合作的基础。在欧洲竞争网的框架内欧盟委员会和各成员国的国家竞争机构在新案件的通知，调查工作的协调，协助相互的调查工作以及交流信息/证据等方面开展合作。第 1/2003 号规定要求各法院和国家竞争机构在企业采取限制竞争的跨界经营做法而妨碍消费者福利时适用欧洲联盟竞争法。

56. 欧洲竞争网是各不同部门的专家会晤和交流意见、经验和最佳做法的论坛。专家们按部门工作组划分，组织开展关于金融服务、能源、保险、食品、药品、电信、医疗保健、信息和通信技术服务、环境等各个领域的工作。

57. 欧洲模式的一个重要特征是所有 26 个国家的竞争机构都在开展工作，并适用欧洲联盟竞争法和国家竞争法。欧洲竞争网已成为推行欧洲联盟条约及其规制的另一层面的网络，欧洲联盟条约及其规制明确提出了这一网络工作的指导方针。欧洲联盟已成为展示如何有效执行这类制度的成功典型，许多经验值得其他区域借鉴。

58. 欧洲的其他安排包括北欧的北欧国家竞争机构联盟，该联盟旨在在成员国之间交流法律诉讼方面的经验，还有 2000 年建立的北欧卡特尔网。此外还有东欧国家提出的中部竞争举措。

59. 在欧洲竞争网合作机制以外，欧洲联盟还与欧洲以外国家签署了双边合作协定。这些所谓第一代协定包括与美利坚合众国(1991 年)、加拿大(1999 年)、日本(2003 年)和大韩民国(2009 年)之间签署的协定。这一框架促进开展进一步的对话和建立更为严谨的框架，进一步推行防范跨界反竞争做法的竞争执法。然而这些协定没有规定对机密或受保护信息的交流。交流这类信息的唯一途径是征得有关企业的同意或放弃权利。欧洲联盟的经验表明交流机密信息尚不是一件容易的事，尤其是在卡特尔调查工作方面。

60. 因此欧洲联盟已经在与其他管辖区，如瑞士和加拿大谈判达成新的竞争执法协定，即所谓的“第二代”协定。在新的协定里将建立一个法律框架，允许交流在影响双方的具体案件调查中所收集的机密信息。这种交流必须满足某些条件，尤其是数据保护规则，这是始终必须遵守的。具体到欧盟与瑞士之间的协

<sup>23</sup> Varney CA (1995 年)。执法机构之间的合作：继往开来。美国联邦贸易委员会专员在亚太经合组织贸易和投资委员会竞争法和竞争政策会议(Auckland, 7 月 25 日)上所作的有讲稿的发言。请参阅 <http://www.ftc.gov/speeches/varney/newz.shtm> (2013 年 4 月 17 日访问)。

定，其中已包括第一代协定中已有的条款，即执法活动的通知，合作的具体方面以及消极和积极礼让。

61. 第二代协定的其他特点包括欧洲联盟与瑞士竞争委员会之间讨论和交流信息的方式，以及就双方管理机构调查的具体案件或相关交易交流信息的方式。在各自从宽处理制度或解决程序内获得的信息被排除在外，除非有关各方商定允许交流这种信息。这项协定保证了各自法律中根据程序权利和特权保障所禁止的信息交流。这项协定还作出规定保护讨论或转交的信息。由于欧洲联盟和瑞士相互的保密规定相仿同时对各自管理机构交换的商业秘密和其他机密信息的安全性感到满意，因此便利了信息的交换。

### 三. 新成立的竞争机构在推行竞争法方面面临的挑战

62. 上述章节介绍了在欧洲联盟及其成员以及美利坚合众国及其伙伴之间开展的合作，这些合作在处理跨界反竞争案件方面取得成功，在一定程度上北北合作安排也取得了这样的成功。然而对于其他许多新成立的竞争机构而言，即便是它们与成熟的竞争机构签署了双边协定，但也未必取得成功。进一步研究发展中国家的情况就会发现形势更非那么乐观。

63. 本节将研究发展中国家竞争机构在开展竞争法执法合作方面面临的挑战。若干区域集团，尤其是非洲的经验表明，在落实合作安排方面面临着一些关注问题和挑战，有必要加以改进。<sup>24</sup> 这些难题已成为在处理跨界反竞争案例方面开展有效合作的主要障碍。

#### A. 职权的分配

64. 各区域安排在竞争法和竞争政策的承诺范围和深度方面各不相同。同时在执行竞争规制方面分配给区域机构的职权大小也各不相同。区域机构的职权也影响到在落实竞争规则方面合作的深度。

#### B. 在处理跨界合并和卡特尔方面的挑战

65. 发达国家在处理跨界反竞争做法方面取得了极大成功，但大多数发展中国家仍落后，与美利坚合众国和欧洲联盟签署了合作协定的新兴经济体内较先进的竞争机构除外。贸发会议 2012 年的研究<sup>25</sup> 回顾了若干国家的经验，这些国家在

<sup>24</sup> 关于区域合作方面的经验来自下列访谈：与东南非共市竞争委员会主席 Alex Kububa 的访谈，与南部非洲发展共同体秘书处竞争专家 Gladmore Mamahare 的访谈(2012 年 11 月)，以及与非经货联竞争委员会首席执行官 Amadou Dieng 的访谈(2012 年 12 月)。

<sup>25</sup> 贸发会议(2012 年)“跨界反竞争做法：发展中国家和转型经济体面临的挑战”(TD/B/C.I/CLP/16)，日内瓦，4 月 19 日。

跨界卡特尔执法和合并案管制方面成绩斐然，这项研究还提出了发展中国家在处理国际卡特尔和合并案方面面临了具体挑战。

66. 众所周知国际卡特尔对消费者不利，但跨界合并也对市场结构有影响，有可能带来反竞争做法，如滥用市场地位。贸发会议的研究<sup>26</sup>还表明在经济滑坡时期开展合作是非常重要的，有助于抵御压力和诱惑，避免为了实现其他目标而屈从于放宽对合并管制的要求。

67. 在处理跨界反竞争案件方面开展合作的确也取得了积极的结果。插文 2 列举了两个例子。

#### 插文 2：调查合资企业和操纵投标案件方面合作的例子

在处理 Rio Tinto 和 BHP Billiton 合资建议案中开展国际合作取得积极成果就是一个例子。<sup>27</sup> 澳大利亚竞争和消费者保护委员会、欧盟委员会、德国卡特尔办公室、日本公平贸易委员会和韩国公平贸易委员会之间的合作和协作使所有这些机构对合资建议采取了同样的方针，致使申请者在 2010 年 10 月撤回申请。据信这项拟议投资建议对所有有关国家的市场都产生了反竞争效应。韩国公平贸易委员会率先与其他机构交流调查结果，对两家公司施压，使它们迫于协调行动的压力而撤出拟议交易。这个例子表明在处理竞争案件方面合作的力量。

另一个例子是，在澳大利亚竞争和消费者委员会、欧盟委员会、日本公平贸易委员会、大不列颠及北爱尔兰联合王国公平贸易局以及美国司法部的协作下，一个海洋输油软管卡特尔被解体。<sup>28</sup> 在这个例子中，2001 年至 2006 年四家输油软管供应商作出了限定价格，操纵投标和瓜分市场份额的行为。上述的监管机构交流信息，使澳大利亚委员会在 2007 年处罚了这一国际卡特尔。这一例子说明国际合作对于处理涉及发达国家和发展中国家的国际卡特尔是行之有效的办法。

68. 然而许多竞争机构面临各种挑战，其中包括在国家竞争机构内缺乏充足的执法经验。就卡特尔而言，发展中国家的国家竞争机构通常是通过执法报告和新闻界了解到卡特尔的情况。它们需要开展初步调查以确定有关的国际卡特尔是否影响了国内的市场运作。为了进行这种调查，必须与发达国家开展合作以便获得更多的信息。这样这些机构就能确定它们的国内市场是否已纳入卡特尔成员的全球市场瓜分计划中。

<sup>26</sup> 贸发会议(2010 年)“在经济困难时期竞争倡导的作用、合并管制以及有效执”(TD/RBP/CONF.7/6)，日内瓦，8 月 26 日。

<sup>27</sup> 贸发会议(2012 年)“跨界反竞争做法：发展中国家和转型经济体面临的挑战”(TD/B/C.I/CLP/16)，日内瓦，4 月 19 日。

<sup>28</sup> 经合组织(2012 年)“关于国际合作面临的限制和制约因素的讨论”合作与执法的工作小组 3(DAF/COMP/WP3/WD(2012)41，巴黎，10 月 18 日，第 33 页。



69. 例如，从宽处理的制度有助于为卡特尔调查获得证据。然而国际卡特尔鲜少在发展中国家申请从宽处理。此外大多国际卡特尔在发展中国家没有实际的存在。这就使国家竞争机构难以在区域集团内部调查卡特尔，因为它们不能使用通常的调查手段，如突然袭击、审问或要求提供书面材料。因此与正在调查同一个卡特尔的管理机构合作是必不可少的。

70. 在处理合并案方面，新成立的竞争机构也面临多种挑战。没有接到通知或接到通知时间太晚是许多机构面临的一个主要问题。在实施合并自愿通知制度的管辖区里，这一风险更大。更难以掌控提交申请的时间。当提交申请时间太晚时，就给本来已捉襟见肘的资源带来更大压力。在实施合并后通知制度的管辖区内问题就更大。由于这些合并已在其它管辖区得到批准，因此竞争机构迫于压力必须对这些申请加以批准，尽管这些申请可能有潜在的反竞争效应。

71. 当小型竞争机构没有能力为有效地评估合并案收集信息时，如何获得信息是另外一个难题。当合并各方来自不同管辖区，甚至在当地没有实际的存在时，情况就更为困难。可以通过寻求与外国竞争机构的合作来解决这一问题，但这种合作并非容易。这涉及到商业信息的保密问题。在获得信息方面，还存在着不同管辖区之间的语言障碍问题。由于交换信息使用的是接受者不懂的语言，这样的信息有时候会产生适得其反的效果。

72. 贸发会议的研究<sup>29</sup>指出，资源和能力限制可能是发展中经济体竞争管理机构面临的最主要的问题。资源有限是与最不发达国家所面临的财政紧缩相挂钩的。同时存在争取获得政府预算拨款的各种不同要求，也需要把握好平衡和确定轻重缓急，而缺少资源也反映出对竞争政策和竞争法缺乏政治上的支持。这就妨碍了发展中国家的国家竞争机构与其他国家的同行合作，同时也妨碍了它们处理跨界反竞争案件的能力。

#### 四. 政策问题和建议采取的做法

73. 这项研究所审查的所有目前的合作方式都很重要，但也存在着重要的制约因素。除少数例外<sup>30</sup>，大多数国家都不允许自己的竞争机构分享在调查中获得的机密信息。禁止交流这些信息虽然保护了各方权利，但也限制了各竞争机构之间的合作。对这些信息的公开传播给提供信息的公司、对机构未来收集信息的工作以及对消费者的福利都可能产生不利影响。竞争机构开展合作面临的挑战是在保护私人 and 公共合法权益的同时，如何提高对相互法律的认识并确保有效的执法。

<sup>29</sup> 贸发会议(2011年)“向新成立的竞争机构提供能力建设和技术援助的效力”(TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1)，日内瓦，6月29日。

<sup>30</sup> 澳大利亚有一项法令规定，可以与外国竞争机构交流用于民事案件的机密信息(1992年商务方面相互协作规则法令)。加拿大竞争机构已就一项立法提案开展了磋商，这项提案包括一个修正案，允许在某些情况下交流机密信息。

74. 除了在交流机密信息方面的制约因素之外，上述的讨论还表明，合作所遇到的限制包括竞争法存在的差异，在程序、法律制度、司法制度的效率方面存在的差异，以及相互信任和理解的程度各不相同。然而，最近在发达经济体与新兴经济体之间签署的一系列协定表明，合作是一个演变的过程，需要逐步地适应各种规则和程序并建立互信。此外开展非正式合作，进行能力建设和交流经验和看法，了解不同的竞争机构如何处理案件和结案，极为有利于提高技能和消除不同机构之间的差距。要加强和扩大竞争政策领域的合作就必须重视解决在技术能力、法律制度和相互信任方面存在的这一差距。

75. 从上文审议的各种实践经验中可以总结出以下的一些最佳做法：

- (a) 促进对各自法律、评价标准和补救方法和制裁的进一步了解；
  - (b) 增强新成立的竞争机构在竞争法执法方面的人力和技术能力；
  - (c) 根据成功经验和失败教训制订合作协定的指导方针和最佳做法；
  - (d) 制订工作计划和能力建设方案，以执行双边、区域和国际协定中的所载的竞争规定并提交报告；
  - (e) 交流人员和派驻常驻顾问，以促进相互理解和信任；
  - (f) 提高程序、流程和设计的透明度；
  - (g) 制订类似的从宽处理政策，因为这方面的差异有可能不利于向从宽处理方案的申请者予以权利豁免；
  - (h) 确保在国家法律中纳入开展合作和为执法目的开展信息交流的规定；
  - (i) 制订和执行对正当程序和保护机密信息的明确保障措施。
-