



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

第十六届会议

2017年7月5日至7日，日内瓦

临时议程项目3

工作方案，包括有关竞争法和竞争政策的
能力建设和技术援助

在调查跨境竞争案件方面加强国际合作：工具和程序

贸发会议秘书处的说明

内容提要

低关税和减少贸易壁垒鼓励了全球性的经济交易，但可能也滋生了跨境反竞争做法。竞争案件越来越具有国际性，需要在调查方面加强国际合作，并反思处理这类案件的适当工具和程序。

本说明回顾了国家、区域和国际一级为促进国际合作所作的努力，确认的工具和程序以及运用它们处理竞争案件的情况。说明指出了新成立、较小的竞争管理机构面临的挑战，呼吁齐心协力，推动就处理跨境反竞争做法开展国际合作。



一. 导言

1. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十五届会议请贸发会议秘书处研究在调查跨境竞争案件方面加强国际合作的工具和程序。过去二十年来，通过发展全球竞争管理机构之间的双边、区域和多边关系，取得了重大进展，但在这方面努力的传播和覆盖方面，仍有很多工作要做。¹
2. 自 2010 年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》会议以来开展的研究工作以及政府间专家组多届会议的讨论表明，贸发会议致力于探讨国际合作问题。贸发会议研究了处理跨境反竞争做法需要开展的国际合作，以及发展中国家和转型经济体面临的挑战。研究不仅强调了正式协定对于调查跨境案件的重要性，还强调了非正式合作的作用。研究进一步强调，可以建立情报网络，以便交流公开信息，处理跨境反竞争做法。²
3. 在竞争执法方面开展国际合作需要竞争管理机构克服跨境调查面临的挑战，例如法律制度的差异、收集证据的特别程序和相关限制、信任问题以及宽大处理和豁免方案的实施。与其他国家没有正式合作协定的情况下，非正式合作是调查国际卡特尔、兼并和收购以及滥用支配地位案件的宝贵工具。
4. 关于正式合作机制，特别是在新成立、较小的竞争管理机构，以及广大发展中国家的竞争管理机构中，只有少数开展了有效的合作。不过，在欧洲竞争网络下，欧洲联盟成员国呈现了封闭框架内的一种先进的合作形式，让成员国的竞争管理机构可以与欧盟委员会交流任何类型的信息。此外，美利坚合众国与欧洲联盟 1991 年的双边合作协定成功地加强了美国反托拉斯机构与欧洲共同体之间的合作。³
5. 贸发会议在调查跨境竞争案件方面加强国际合作的努力侧重通过区域集团和其他全球安排，巩固非正式合作方案。通过这些努力，关于竞争的特别合作网络越来越多，包括非洲竞争论坛、索非亚竞争论坛和 2013 年《利马宣言》。⁴
6. 这类网络提供了机会，让竞争管理机构可以定期举行会议，就共同关心的案件中的竞争法执行问题交换意见和相关战略，确定可能需要采取的跨境执法行动。这种非正式合作可以加强全球努力，在通过情报网络交流公开信息方面开展进一步合作。例如，在非洲，南部非洲发展共同体成员国在共同体的合作网络下，建立了一个信息共享平台，通过该平台交流非机密信息。

¹ A Capobianco and A Nagy, 2016, Developments in international enforcement cooperation in the competition field, *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(8):566-583.

² 见 TD/B/C.I/CLP/16、TD/B/C.I/CLP/21、TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1、TD/B/C.I/CLP/29 和 TD/RBP/CONF.8/4。

³ Agon Partners Competition Law and Policy, 2016, Enforcement of antitrust laws: Global challenges, working paper No. 10.

⁴ 智利、哥伦比亚和秘鲁的竞争管理机构 2013 年在经济合作与发展组织(经合组织)拉丁美洲竞争论坛上签署。

7. 本说明考虑了成员国对贸发会议 2016 年 12 月发出的调查问卷的答复，问卷旨在让成员国有机会分享国际合作方面的经验，包括新的办法、工具和程序。⁵

8. 第二章从法律和行政的角度，探讨了竞争管理机构在跨境调查方面面临的挑战。第三章讨论了合作调查跨境竞争案件时可使用的不同工具和程序。第四章为希望合作开展调查的竞争管理机构提供了政策备选办法，并讨论了可以如何启动《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》F 节，以加强相关努力。第五章强调了贸发会议在促进非正式合作方面的作用。第六章审议了进一步研究的领域。

二. 调查跨境反竞争做法方面的挑战

9. 截至 2016 年底，贸发会议 139 个成员国通过了竞争法。这些国家的竞争管理机构许多都面临若干挑战，包括执法经验不足，不敢贸然开展国际合作。由于能力不足以及国内缺乏处理跨境竞争案件的执法经验，只有少数竞争管理机构可以有效地开展合作。⁶

10. 贸发会议的研究表明，资源和能力上的制约可能是发展中国家的竞争管理机构面临的重大问题。虽说资源有限是因为发展中国家、尤其是最不发达国家面临财政危机，以及需要对争取政府预算的不同要求进行平衡和优先排序，但也可能是因为竞争政策和竞争法缺乏政治支持。这影响了发展中国家的竞争管理机构与其他国家的同行合作的能力，削弱了它们处理跨境反竞争做法的能力。

11. 关于卡特尔，发展中国家的竞争管理机构通常是通过其他竞争管理机构的执法报告或媒体了解到某个卡特尔的情况。竞争管理机构需要进行初步调查，以评估所涉国际卡特尔是否影响本国市场。为方便这方面的评估，与发达国家的竞争管理机构合作以获得更多信息，将是一个宝贵的投入来源。已开展了一些这类合作，但为数不多，不足以视为一种稳定的趋势。

12. 例如，宽大处理方案有助于在卡特尔调查中获得证据。然而，国际卡特尔成员很少选择向发展中国家申请宽大处理。在许多情况下，参与卡特尔的国际公司在发展中国家没有实体。这就增加了竞争管理机构调查即使是区域经济区内的卡特尔的困难，因为他们缺乏常规调查工具，例如进行突击检查和审讯或要求书面声明的可能性。这种状况对发展中国家新成立、较小的竞争管理机构造成了更大挑战。因此，与调查同一卡特尔的辖区合作，成为在全球一级对卡特尔开展执法行动必不可少的举动。

13. 发达国家和发展中国家的竞争管理机构就跨境调查卡塔尔及其他反竞争做法开展国际合作，面临一些共同挑战。⁷ 以下章节讨论了其中一些挑战。

⁵ 收到了来自阿尔巴尼亚、阿根廷、奥地利、巴西、保加利亚、厄瓜多尔、多米尼加共和国、印度、意大利、日本、土耳其、瑞士、乌克兰、美国和欧洲联盟的答复。

⁶ TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1。

⁷ 经合组织秘书处 2012 年在关于合作与执行的第 3 号工作文件——国际合作的限制和制约 (DAF/COMP/WP3(2012)8)中阐述了部分问题。

A. 国内法对信息的保护

14. 需要深入研究分享信息问题，特别是机密信息。商业机密和关于业务战略的敏感信息，例如价格结构、专门知识和客户数据——可能是自愿(例如，由豁免和大赦申请方提供)或强制提供(例如，收到传票时或在检查期间)——是典型的机密信息。⁸

15. 如果这类信息可以作为认定违反竞争法的证据，就成为调查跨境反竞争做法的决策以及决定是否交流这类信息的关键因素。这对于人力和/或财力不足、缺乏调查经验和有效工具(例如，有权不经所涉公司同意就进行突击检查)的竞争管理机构尤为重要。这类竞争管理机构面临为立案收集充分证据的困难。

16. 此外，资源、经验和工具充足的发展中国家竞争管理机构可能因为经济体的规模，仍然很难得到存在反竞争做法的公司的配合。如果一家公司在相关辖区的营业额只占其全球营业额的一小部分，该公司可能权衡受到制裁的风险与失去该辖区市场的损失，从而决定退出该市场。

17. 由于存在属地限制，无法保证将得到外国公司的配合，即便是显然应当予以配合的情况。例如，在哥伦比亚，某汽车零部件卡特尔下的若干日本公司在多个辖区固定了汽车零部件的价格，在对该卡特尔的最初阶段调查，竞争管理机构通过电子邮件通知所涉公司启动调查——因为大多数公司在哥伦比亚没有办事处或代表，但没有得到任何答复。⁹

18. 虽然分享信息是成功处理反竞争做法的关键，但大多数国家明确禁止竞争管理机构分享调查过程中获得的机密信息。国内法禁止将竞争管理机构收集的信息用于在所涉辖区进行反托拉斯调查以外的其他目的。如果将配合某竞争管理机构调查过程中提供的信息不受限制地分享给另一个竞争管理机构，则提供信息的公司或个人可能在提出请求的辖区面临反托拉斯责任，这将打击他们今后与收到请求的竞争管理机构合作的积极性。

19. 对信息交流的限制虽然保护了所涉公司和个人的权利，但是也限制了竞争管理机构之间的合作。公开散播信息可能不利于提供信息的公司，有损竞争管理机构今后的信息收集工作以及消费者的权益。竞争管理机构面临的难题是如何增进对彼此法律的了解，确保执法工作切实有效，同时保护合法的私人和公共利益。

B. 国际上没有关于机密信息的定义

20. 国际上没有关于机密信息的定义是竞争管理机构之间共享信息困难的另一个原因。在大多数辖区，相关法律并没有关于机密信息的具体定义。因此，竞争管理机构或法院需要逐案审查有关信息是否应视为机密信息。

⁸ 同上。

⁹ MC Martinez Beltran, 2013, *International cartel investigations in the SIC* [Superintendence of Industry and Commerce]: Investigation limitations and possible future solutions, cited in P Horna, 2017, *David and Goliath: How young competition agencies can succeed in fighting cross-border cartels*, Working Paper No. 45, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy.

21. 在分享机密信息时，如果提出请求的机构与收到请求的机构对信息的机密性存在不同看法，则双方可能需要进行长时间的协调，以免收到请求的机构遭到有关公司或个人指控。缺乏这一定义可能妨碍不同的竞争管理机构之间进行顺畅、有效的信息交流。

C. 没有放弃保密权

22. 虽然可以通过当事方放弃保密权克服 B 节所述挑战，但是公司是否愿意放弃保密法的保护取决于它们对竞争管理机构保密做法的信任。根据美国反托拉斯国际执法和合作准则，如果外国法规旨在防止个人或实体披露在美国的诉讼中使用的文件或信息，则可能导致国家间的冲突(见 <http://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>)。因此，即使发达国家的竞争管理机构也存在合作挑战。因此，需要就信息交流的这方面做出努力。

23. 在卡特尔案件中，除非卡特尔成员在多个辖区申请宽大处理，并希望竞争管理机构根据分享的信息确认其作为宽大处理申请方的地位，否则所涉公司可能不会向竞争管理机构声明放弃保密。卡特尔成员通常不希望竞争管理机构分享他们提供的信息，因为这样做可能导致他们在其他辖区承担进一步的责任。

24. 指望卷入单方面行为案件(例如滥用市场支配地位，宽大处理不适用于这种情况)的公司放弃保密权更为困难。不过，在合并案中，所涉公司如果希望得到竞争管理机构的迅速批准，可能有声明放弃保密的动力。接到合并通知的竞争管理机构之间的信息交流和随后的协调可能有助于各自辖区内的合并审查程序。

25. 已做出努力，以确保竞争管理机构之间顺畅的信息交流。瑞士与欧洲联盟 2013 年签署的适用竞争法合作协议允许正在调查相同或相关行为的竞争管理机构在未经有关企业同意的情况下交流在各自调查中获得的信息(见 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-444_en.htm)。不过，这种交流有某些限制。例如，申请宽大处理者提交的信息未经申请者同意不得交换；未收到专门的放弃声明，不得交换受法律特权保护的信息。交流的信息只能由接收机构用于在同一案件中执行竞争法，且只能用于最初请求的目的。这属于第二代合作协定的框架，第二代合作协定为数不多，不适用于发展中国家的许多竞争管理机构。¹⁰

26. 瑞士指出，它与欧洲联盟在第二代协定下的合作方便了双方竞争管理机构之间的合作，并有助于执法活动和信息交流。¹¹ 加拿大和欧洲联盟关于将现有协定升级到第二代协定的谈判已进入后期阶段。¹²

¹⁰ 第二代协定被经合组织定义为允许竞争管理机构交流机密信息的双边协定。

¹¹ 瑞士政府提供的信息。

¹² 欧洲联盟提供的信息。另见 <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>。

27. 日本指出，该国的大多数合作是通过第一代协定、谅解备忘录和行政协定，与发达国家和发展中国家的许多竞争管理机构开展联合执法活动。¹³ 不过，日本公平贸易委员会 2015 年与澳大利亚竞争和消费者委员会缔结了第二代协定。该协定——执行两国经济伙伴关系协定的一部分——允许两国基于各自竞争法的规定，交流调查期间获得的信息。此外，日本公平贸易委员会和欧洲联盟于 2016 年 3 月启动了修订日本与欧洲共同体反竞争活动协定的筹备工作，以便升级到第二代协定。¹⁴

28. 最后，根据《美国国际反托拉斯执法协助法》，美国与澳大利亚的第二代协定规定就特定案件分享信息和互相协助调查。这种信息共享可能成为经济和贸易关系密切的国家间的一种新趋势。

D. 信息可接受性方面的限制

29. 竞争管理机构之间分享信息的另一个挑战可能来自执法程序的差异，因为有的辖区采用刑事程序来处理反竞争做法，有的辖区采用民事和/或行政程序。

30. 总体而言，采用刑事程序的辖区的正当法律程序比采用民事和/或行政程序的辖区更为严格。后者主要涉及公司，而在第一种情况下，律师——委托人特权、禁止强迫自证其罪的特权和交叉盘问敌意证人的权利等正当程序权利，给予卷入反竞争做法而被竞争管理机构起诉的个人。¹⁵

31. 竞争管理机构因执法程序不同而导致适用不同的法律标准，限制了竞争管理机构之间有意义的信息交流。这是因为，采用刑事程序的辖区的竞争管理机构不能使用对涉嫌反竞争做法的个人采用民事和/或行政程序的辖区的竞争管理机构提供的信息，除非后者在收集信息时对权利的保护与采用刑事程序的辖区对权利的保护程度相当。¹⁶

E. 跨境实施宽大处理方案的限制

32. 宽大处理方案是最有效和最重要的卡特尔调查工具。如果没有宽大处理方案，试图起诉国际卡特尔的竞争管理机构将面临一系列障碍，很可能历经冗长和艰巨的调查还是会失败，日本在维生素卡特尔案中的经历就是例子。¹⁷ 虽然该卡特尔已在美国和欧洲联盟遭到起诉，且两个卡特尔成员是日本公司，但是日本的竞争管理机构没有证明卡特尔的存在，只发布了行政警告，而没有处以罚款。

¹³ 第一代双边竞争协定包括这一条款，即允许竞争管理机构拒绝分享受国内法保护的机密信息。

¹⁴ 日本政府提供的信息。

¹⁵ 经合组织秘书处，2012 年。

¹⁶ A Capobianco and A Nagy, 2016。

¹⁷ 1989 年至 1999 年 2 月，占世界维生素大宗市场 90% 市场份额的八家维生素公司签署了卡特尔协议。这些公司商定分配销售量，并在全球市场协调大宗维生素的价格。2001 年，欧盟委员会处以 8.5522 亿欧元的罚款（见 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1625_en.htm?locale=en）。

由于没有宽大处理方案，日本的竞争管理机构未采取法律措施，导致从卡特尔成员那里获得信息的能力有限。¹⁸

33. 宽大处理方案要设计得好才能有效运作。透明、确定性、被发现的概率大和严厉的制裁等因素是宽大处理方案成功的关键。不具备上述特征的宽大处理可能很少有卡特尔成员申请。例如，秘鲁竞争法及其执行条例下的宽大处理规定不是很明确(例如，法律未具体规定罚款减免率)，很少进行突击检查，且相关制裁可能不够严厉。

34. 此外，正如许多国际卡特尔调查显示的，宽大处理是国际合作的有效工具。在多个辖区同时申请宽大处理的情况下，若申请者声明放弃保密权，则宽大处理可以推动竞争管理机构之间的信息交流，包括交流法律允许的保密证据。宽大处理也使各竞争管理机构能够在早期阶段协调其调查工作，包括同步开展突击检查，这又有助于各辖区自己的诉讼。国际合作局限于收到宽大处理申请的竞争管理机构之间的趋势越来越明显。考虑到申请宽大处理的各种优势，应将制定宽大处理方案作为政策方面首要的优先事项。

35. 虽然宽大处理是打击跨境反竞争做法最有效和最高效的手段，大多数实行宽大处理方案的发展中国家仍然面临吸引国际卡特尔成员申请的困难。一些国际卡特尔已被发达国家起诉，因此其存在性众所周知，但是发展中国家在对这类卡特尔进行后续调查时，未必会收到卡特尔成员的宽大处理申请。

36. 国际卡特尔成员很少选择向发展中国家申请宽大处理。卡特尔成员选择在哪些辖区申请宽大处理具有策略性，通常并没有在小辖区申请宽大处理的动力，因为它们在那里面临卡特尔被发现或长时间诉讼的风险不大。例如，在石墨电极卡特尔案¹⁹中，虽然大韩民国当时有宽大处理方案，但是在整个诉讼过程中没有一个卡特尔成员申请，给大韩民国竞争管理局的调查造成了困难。

37. 通常，发展中国家必须在没有这项工具帮助下的情况下进行调查，因此调查国际卡特尔将遇到障碍。

F. 竞争管理机构之间缺乏相互了解、信任和互动

38. 除法律限制引起的上述挑战外，竞争管理机构之间缺乏相互了解和互动也可能成为在调查竞争案件、包括卡特尔方面开展国际合作的障碍。信息交流、调查工具(例如突击检查)的协调以及关于跨境反竞争做法的一般调查战略的讨论仍

¹⁸ H Yamashita, 2011, Key issues in detecting and investigating cross-border cartels, 在东南亚国家联盟(东盟)竞争能力建设专家工作组研讨会上的发言, 9月20日至21日, 雅加达, 可查阅 [http://cb-asec-project.de/material-and-publications/archive-2008-2013/regional-economic-integration-archive/\(2017年4月20日查阅\)](http://cb-asec-project.de/material-and-publications/archive-2008-2013/regional-economic-integration-archive/(2017年4月20日查阅))。

¹⁹ 1992年, 德国、日本和美国的制造商固定价格并通过协调一致的做法合作实施该价格, 这种安排一直持续到1998年。卡特尔成员使用了不同方法来执行该安排。2001年, 美国当局对德国、日本和美国的八家公司处以高达约4.248亿美元的罚款, 欧盟委员会对这些国家的八家公司处以2.19亿欧元的罚款(见 <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramMarch2004/KE.experience.Jand.pdf>)。

然是一个挑战。这主要是因为有关机构之间的信任程度还不足以让它们自由地分享信息。²⁰

39. 认识到这些因素的重要性后，各区域都为加强竞争管理机构间的国际合作做出了努力。例如，1996 年成立了亚洲和太平洋区域竞争政策和竞争法小组，以改善该区域的竞争环境，促进对该区域竞争法和竞争政策的认识。通过这一论坛，该区域的国家一同开展了能力建设和培训活动。另一个区域论坛——东亚高级别官员竞争政策会议——由日本公平交易委员会于 2005 年发起，为该区域的竞争管理机构提供了讨论和交流经验的机会。

40. 这些举措是促进区域内非正式合作的一种方式。这些举措还为竞争管理机构之间建立网络提供了平台，进而减少了信任障碍。在没有这种信息交流关系的情况下，竞争管理机构无法开始合作调查跨境反竞争做法。还有一些其他方法也是竞争管理机构之间建立建设性关系的有效途径，例如人员交流和派遣顾问、参加经合组织、贸发会议等国际机构和其他非正式国际网络举办的多边、区域和双边会议等。

41. 注意到竞争管理机构之间缺乏合作是因为这样一些例子。例如，哥伦比亚竞争管理局在对汽车零部件卡特尔进行调查期间，要求国外同行提供信息。哥伦比亚竞争管理局认识到，有必要在调查的最初阶段与国外同行、例如与美国竞争管理局合作，因为有关公司已向其认罪。然而，可能是因为缺乏促成这种交流的现有机制——无论是正式还是非正式机制，信息交流证明十分困难。

42. 2013 年，来自七个辖区的办案人员在基多举行会议，讨论 2000 年至 2010 年遍布拉丁美洲的区域液氧卡特尔的影响。尽管执法人员之间有非正式接触，但是拉丁美洲的相关竞争管理机构在调查这些反复出现的反竞争商业行为时，没有协调其执法行动，也没有就分享非机密信息进行合作。

三. 回顾在调查跨境竞争案件方面加强国际合作的现有工具和程序

43. 模式指竞争管理机构在正式或非正式机制框架下合作处理跨境竞争案件的方式和工作。这些工作经多年演变已形成了多种形式。程序指行事方法或既定方式。这里是指竞争管理机构合作处理跨境竞争案件的方式。²¹

44. 为完成针对某项具体行动的执法程序，需要工具或手段。贸发会议 2013 年的研究确定了加强国际合作的以下主要工具和程序：(国际竞争网络、经合组织和贸发会议下的)多边安排、区域合作模型、南北协定、双边合作协定、非正式合作机制、新一代美国合作协议和欧洲竞争网络下的有效合作机制。²²

²⁰ 经合组织理事会关于竞争调查和诉讼方面国际合作的建议承认，“遵守该建议的各方建立在相互信任和诚信基础上的合作，对于确保就反竞争做法和具有反竞争效果的兼并开展有效和高效的执法行动，至关重要”(见 <http://www.oecd.org/competition/international-coop-competition-2014-recommendation.htm>)。

²¹ TD/B/C.I/CLP/21。

²² 同上。

45. 最近的趋势表明，全球私营国际卡特尔继续蓬勃发展，对发展中国家经济影响巨大，而大多数新的和正在出现的竞争制度没有充分作出反应。²³ 因此，必须审查现有工具和程序，以进一步应对上述挑战。贸发会议的研究建议进一步加强整个发展中世界新成立、较小的的竞争管理机构之间的合作。

46. 表 1 研究了自 2013 年贸发会议研究以来的发展。执行竞争法方面的合作没有大的变化，但可以看到持续不断的努力。

表 1
基于贸发会议建议的最佳做法的发展和经验

做法	工具和程序
增进对法律、评估标准、补救和制裁措施的了解	<p>贸发会议的全球能力建设方案和区域项目(拉丁美洲竞争和消费者保护方案、中东和北非区域通过消费者保护政策实现区域经济一体化、性别平等和反腐败方案)、双边国家项目、竞争法和竞争政策问题政府间专家组的年度会议、联合国五年一次的全面审查《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</p> <p>经合组织关于竞争问题的全球论坛</p> <p>国际竞争网络的反卡特尔模板(见 http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx)</p> <p>亚洲和太平洋竞争政策和竞争法小组通过区域数据库的信息交流(见 http://www.apeccp.org.tw/)</p> <p>对独立国家联合体违反竞争法情况的联合调查(见 http://en.fas.gov.ru/international-cooperation/icap/icap-headquarters.html)</p>
建设新成立的竞争管理机构在执法方面的人力和技术能力	<p>国际竞争网络、经合组织、贸发会议和世界银行正在开展的能力建设活动</p> <p>成熟的竞争管理机构与新成立、较小的的竞争管理机构之间的双边接触，例如美国与小竞争管理机构的方案以及日本和肯尼亚的能力建设方案</p>
为合作协定拟定准则和最佳做法	<p>欧亚竞争委员会的示范法</p> <p>俄罗斯联邦向独立国家联合体国家提供联合调查指南的例子</p> <p>欧洲联盟通过欧洲竞争网络发布的关于承诺决定的指南</p> <p>国际竞争网络交流非机密信息的框架(2015 年)</p> <p>美国反托拉斯执法和合作指南(2017 年)</p>
通过互派工作人员和派遣驻地顾问，增进互谅互信	<p>成熟的竞争管理机构向新成立的同行采取的行动，例如日本向印度尼西亚派遣驻地顾问(2016 年)</p> <p>欧盟委员会与欧洲联盟成员国(立陶宛和大不列颠及北爱尔兰联合王国)的人员交流</p>

²³ JM Connor, 2014, The private international cartels data set: Guide and summary statistics, 1990-2013, 可查阅: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478271 (2017 年 4 月 20 日查阅)。

做法	工具和程序
提高程序、流程和设计的透明度	日本、大韩民国、美国和欧洲联盟的准则(2017年)
制定类似的宽大处理政策，以鼓励申请者声明放弃保密权	在中东和北非的区域能力建设方案下通过的关于宽大处理的竞争准则 美国司法部的宽大处理示范信函(2017年)
制定并执行明确的正当程序保障措施，保护机密信息	瑞士与欧洲联盟的第二代协定(2013年) 为将加拿大与欧洲联盟的协定更新到第二代进行的进一步谈判 日本与澳大利亚之间的第二代协定(2015年)

资料来源：贸发会议基于问卷答复和以下文件的汇编：TD/B/C.I/CLP/16、TD/B/C.I/CLP/21、TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1、TD/B/C.I/CLP/29 和 TD/RBP/CONF.8/4。

A. 运用已确认的工具和程序的进展

47. 如表 1 所示，近年来的一些事态发展有助于竞争管理机构处理跨境反竞争做法。最常见的两个情况是宽大处理方案的国际化和通过正式或非正式安排开展国际合作。后者有助于协调突击检查的时间，以及在调查过程中分享信息和制定具体的合作协定(见 <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/January/170110.html> 和 <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1282>)。

48. 如第二章所讨论的，一些具有完善和有效的执法协调机制的成熟的竞争管理机构使用了打击跨境卡特尔的工具，从而逐步加强了这些工具。尽管国际社会作出了努力，²⁴ 但由于文化和商业因素以及社会因素，新成立的竞争管理机构的宽大处理方案未能成功实施。²⁵

B. 回顾正式合作协定

49. 通过正式合作提供的工具和程序发挥了重要作用，但还不足以进一步推进国际合作。鉴于交流机密信息方面的限制，信息交流应侧重非机密信息和管理机构的情报。特殊情况下存在机密信息的交流，但受到限制。

50. 除欧洲联盟外，其他区域竞争管理机构，例如加勒比共同体、东部和南部非洲共同市场(东南非共市)以及西非经济和货币联盟的竞争管理机构在执行区域竞争规定方面遇到了挑战。不过，如方框 1 所示，东南非共市在处理跨境兼并案件方面取得了进展。

方框 1

跨境兼并回顾：东部和南部非洲共同市场竞争委员会的经验

东南非共市竞争委员会负责管理和执行东南非共市的竞争条例。自委员会

²⁴ 经合组织秘书处，2015 年，宽大处理方案中“标记”的使用，关于合作和执行的第 3 号工作组，DAF/COMP/WP3(2014)9。

²⁵ TD/RBP/CONF.7/4。

2013 年 1 月开始运作以来，条例中最活跃的部分就是关于兼并控制的规定。因此，委员会 2014 年制定了兼并评估准则，就兼并方面的执行政策和做法作出说明并提供指导。

该准则规定了兼并的定义，并说明了什么情况下需要通知，什么情况下不需要。区域层面且达到一定门槛的兼并必须通知委员会。如果收购方和被收购方双方或其中一方在东南非共市的两个或两个以上成员国有业务，则该区域层面的兼并可通知委员会。

自 2013 年以来，东南非共市处理了成员国的 104 起跨境兼并案件，除其他外，涉及采矿、制药、银行和金融服务、农业、信息通信技术和电信、保险、能源和建筑行业(见 <http://www.comesacompetition.org/>)。因此，东南非共市区域在处理跨境案件方面取得了显著进展。

51. 有时候，没有采取任何执法行动。贸发会议曾在 2013 年提出一个核心问题：既然成功执行这类协定困难重重，为何那么多国家一开始还要通过这类协定？这个问题仍然适用。需要进一步分析合作模式，并进一步审查可能阻碍这一进程的原因。²⁶

52. 关于竞争的区域协定有哪些好处，取决于不同法律规定的合作模式。例如，在经济伙伴关系协定和自由贸易协定等许多正式合作协定中，虽然签约方同意协调执法活动，但协调条款只要求考虑协调执法，竞争管理机构未必真的照做。

53. 没有竞争规则的区域经济体采取更谨慎的做法，以免重蹈颁布了区域竞争规则但执法不力的竞争管理机构的覆辙。例如，中美洲的竞争管理机构和东盟成员国的战略是，先加强国内执法，再上升到区域层面。

54. 成熟的竞争管理机构有不同的合作记录，新成立的竞争管理机构需要执行已签署的协定，而不是签署可能需要一段时间才能有效实施的新协定。²⁷ 例如，欧洲联盟目前与最重要的贸易伙伴(美国、日本、大韩民国和加拿大)签署了为数不多的第一代合作协定。联合王国退出欧洲联盟后，如果委员会不再有权在联合王国进行突击检查，或要求其竞争和市场管理局代表委员会这样做，则情况有可能发生变化。²⁸

55. 欧洲联盟指出，除了 2013 年与瑞士签署的第二代合作协定外，与加拿大进行的将现有协定升级到第二代的谈判已经入后期阶段。此外，竞争管理总局

²⁶ TD/B/C.I/CLP/21。另见 MS Gal and I Faibish, 2011, *Regional agreements of developing jurisdictions: Unleashing the potential*, in M Bakhom, J Drexler, MS Gal, D Gerber and E Fox, eds., *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, 可查阅 <http://ssrn.com/abstract=1920290> (2017 年 4 月 20 日查阅)。

²⁷ 这里是指发展中国家之间签署的正式竞争协定(双边或区域协定)，大多数情况下，是在一个较长的时间内实施。

²⁸ P Willis and R Eccles, 2017, *Brexit: Competition law implications*, 可查阅: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/uk/competition-law-implications-of-a-brexit> (2017 年 4 月 20 日查阅)。

已与中国、巴西、印度、俄罗斯联邦和南非的竞争管理局签署了一系列谅解备忘录。²⁹

C. 是否有可能加强非正式合作

56. 贸发会议的研究表明，全球许多地方都在开展非正式合作。然而，为了充分发挥特案非正式合作的潜力，竞争管理机构必须克服若干挑战(见方框 2)。

方框 2

非正式合作：贸发会议的观点

鼓励新成立的竞争管理机构开展更多非正式合作的另一个办法是，分享有关知识和专长，学会如何管理各自的行政程序以提高效率，以及准许采用其他竞争管理机构在查案过程中运用的工具。新成立的竞争管理机构可以随着经验和专长增加，通过交换案件情报，从一般性的非正式合作进展到更加复杂的特案非正式合作。政府间专家组为加强新成立的竞争管理机构与发达国家的竞争管理机构之间的非正式合作，建议基于对同行竞争管理机构的信任和了解，建立一个国际情报网络。

资料来源：TD/B/C.I/CLP/29 和 TD/B/C.I/CLP/34。

57. 贸发会议 2012 年至 2014 年有关国际合作的工作表明，在发展中国家，非正式合作相较于正式合作有所增加，但还需要进一步分析。随着新成立的竞争管理机构越来越多地参与促进非正式合作的论坛(例如国际竞争网络、经合组织和贸发会议下的这类论坛)，论坛提供的联络机会可以增进对彼此法律制度的了解、促进信任及其他成果，使竞争管理机构之间能够更好地交流信息。

58. 成员国对贸发会议问卷的答复肯定了非正式合作的重要性，从以下例子中可以看出：³⁰

(a) 巴西强调，同行机构通过正式协定条款或就非机密信息与反托拉斯机构的非正式接触，在调查跨国反竞争做法方面发挥了作用。

(b) 意大利指出，非正式合作与正式合作同样重要，并指出“非正式合作进展顺利，只要合作机构之间建立起相互信任的关系和联系网络，确保了解对方的竞争政策和做法，就能有效发挥作用。相互信任和了解彼此的法律和政策对于促进非正式合作至关重要。

(c) 土耳其指出，竞争管理机构之间的非正式合作可作为调查跨境竞争案件的重要工具。

²⁹ 欧洲联盟提供的信息。

³⁰ 巴西、意大利和土耳其政府提供的信息。

四. 探讨竞争管理机构的政策备选方案

A. 关于跨境案件的下一步合作建议

59. 力求在调查跨境反竞争做法方面进一步加强国际合作的竞争管理机构提出了五个选项：承认其他辖区主管机关或法院的裁决；一站式信息中心模式；在跨境案件中指定一个或多个主要辖区；联合调查小组和交叉任命；法院一级的合作。³¹

60. 这些备选方案对于成熟的竞争管理机构或许可行，但由于一些制约，发展中国家和经济转型国家的竞争管理机构实施起来可能存在困难。表 2 列出了其中一些障碍以及建议的应对方法。

表 2

新成立和较小的竞争管理机构开展国际合作的政策备选方案

备选方案	对新成立和较小的竞争管理机构的适应性
承认其他辖区法院的裁决	法律制度的差异可能削弱对外国法院裁决和证据可否受理性(例如，民事还是刑事制裁)的承认程度
一站式信息中心模式	缺乏有约束力的多边竞争框架，限制了这一模式的运作，现有制度仍然两极分化
在跨境案件中指定一个或多个主要辖区	许多辖区都面临这一挑战，但对那些拥有共同文化、业务以及统一的实质和程序规则的辖区可行，例如，北欧国家在执行竞争法方面的合作 主要辖区的概念可能引发主权问题，可能被曲解为一些辖区凌驾于其他辖区之上。 ³²
联合调查小组和交叉任命	信任和相互了解是就公开调查进行合作的关键

资料来源：贸发会议秘书处的汇编和 A Capobianco and A Nagy, 2016。

61. 竞争管理机构继续努力确定在调查跨境案件方面加强国际合作的最佳备选办法。在这方面，竞争管理机构首先要挖掘其管辖范围内可获得的信息。如果关键信息不在其管辖范围内，可要求其他竞争管理机构和有关公司提供信息，但未必会得到答复。竞争管理机构之间通过电子邮件、电话或其他方式进行的非正式联系，效果可能更好。

62. 如果有关企业(该企业未必在掌握竞争管理机构所需信息的辖区设有子公司)自愿予以合作，可能就不需要与外国的竞争管理机构正式接触。如上文所述，企业没有义务对竞争管理机构作出回应，即使该竞争管理机构有权强制执行信息请求。

³¹ A Capobianco and A Nagy, 2016。

³² Berwin Leighton Paisner, Brussels 提供的信息。

B. 《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》F 节：实施

63. 成员国提议实施这项多边文书，以便在处理跨境反竞争做法方面加强合作。第六次联合国全面审查这套原则和规则的会议上，一位代表提出了实施 F 4 节规定的自愿磋商的具体模式，包括一些申请要求、对申请作出答复时预计要列入的内容以及让贸发会议秘书处更多地参与该进程的可能性。³³

64. 在政府间专家组第十五届会议上，一位代表表示，需要进一步加强 F 节对调查跨境竞争案件的作用。³⁴

65. 鉴于这套原则和规则属于软法律，不具有约束性，F 节对成员国规定的义务十分有限。在第六次联合国全面审查这套原则和规则的会议上提议的模式是一个合作机制，而不是解决冲突的工具。即便成员国同意开始磋商，也有可能找不到双方都能接受的关于主题事项的解决办法。在这方面，还需要解决一些问题，才能找到有效的方法，通过提议的模式或其他程序，开展第 F 4 节所说的磋商。这将需要处理大多数制度对分享机密信息的限制，确定每个成员国参与协商的相关机构——包括通知手续——以及贸发会议在促进这一进程方面可以发挥的作用。

66. 在第六次联合国全面审查这套原则和规则的会议上，成员国一致认为，有一套默认的程序规则用于开展第 F 4 节所说的磋商是有好处的。因为除了正式和非正式网络及技术援助外，磋商将为成员国提供另一个合作机制；拥有此类规则将为会员国提供可预测性；贸发会议可应当事方的要求，通过提供会议设施和技术援助以及监测协定，予以协助。多名代表指出，贸发会议作为公正的第三方参与，将提升该机制的价值，并帮助成员国向有关主管部门获准出席和参加磋商。

C. 国际竞争网络促进在卡特尔案件执法过程中分享非机密信息的框架

67. 2015 年，国际竞争网络提议建立一个在调查卡特尔案件时促进信息交流的框架。该框架要求国际竞争网络的成员机构登记一名联络员，以促进调查小组之间的沟通。在这种情况下，开展合作的竞争管理部门之间需要达到一定程度的信任，同一机构内的办案官员与国际股官员也应当互相信任。

68. 该框架一旦执行，将需要一些激励措施，鼓励双方就具体事项开展合作。这种激励措施可理解为在双方合作的情况下可能实现的权衡。在这方面，竞争制度的成熟程度相当可能是前进所需的解决方案。这就需要建立起一种能够让发展水平和执法经验类似的竞争管理机构开展合作的同行关系。根据一位代表提出的建议，已有 33 家竞争管理机构登记参与该框架。

69. 这一工具可供竞争管理机构用来与同行合作，并在公开调查中分享有关信息。在提议的框架下，国际竞争网络的成员获得了一条渠道，但仍有一些问题需

³³ TD/RBP/CONF.7/11。

³⁴ TD/B/C.I/CLP/40。

要解决，以便竞争管理机构充分相信该框架并从中获益。需要开展进一步工作，研究按照这一提议在跨境调查方面加强国际合作是否有好处。

五. 贸发会议在国际合作中的作用

70. 贸发会议发挥传统作用，在竞争执法的许多方面加强了国际合作，贸发会议的许多会议上都有所报告，从与发展中国家和经济转型国家竞争管理机构的其他技术合作活动中也可以看出。这些活动涉及以下类别：增进对彼此法律、评估标准、补救和制裁措施的了解；为合作协定拟定准则和最佳做法；通过双边和区域举措，建设新成立的竞争管理机构在执行竞争法方面的人力和技术能力。最近，通过在阿尔巴尼亚、埃塞俄比亚和津巴布韦的国家项目活动，以及通过拉丁美洲竞争和消费者保护方案、东盟成员国以及中东和北非国家的区域项目活动，作出上述努力。

71. 然而，鉴于主题事项的复杂性，并考虑到目前的趋势以及新成立的竞争管理机构和国际组织提出的建议，贸发会议成员的全球性可能有助于扩大自 1980 年通过《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》以来开展的活动。

72. 在这方面，只要成员国特别要求，贸发会议可以发挥的一个作用就是促进以下举措：贸发会议为机构设置和执法经验类似的两个竞争管理机构协调执法提供自愿咨询的机制；提高贸发会议的地位，以促进发展中国家与经济转型国家就如何实施上述机制进行磋商和交流经验。

六. 进一步研究的领域和需要讨论的问题

73. 处理跨境反竞争做法的国际合作问题已在各种国际会议进行了讨论，并在各类研究和讨论文件中提到。发展中国家和经济转型国家的竞争管理机构要想开展有效的国际合作，还有一些问题需要解决。

74. 为了确定进一步研究的关注领域，成员国及其他专家不妨考虑以下需要讨论的问题：

(a) 发展中国家的竞争管理机构要想从跨境竞争案件的国际合作中获益，需要哪些工具？

(b) 发展中国家的竞争管理机构可以采取哪些措施，以推动与其他发展中国家以及发达国家竞争管理机构的国际合作？

(c) 可以采取哪些措施，推动《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》F 节下的磋商，从而加强成员国之间的进一步合作？

(d) 贸发会议可以如何与其他国际组织及国际网络合作，以便在 F 节框架下促进国际合作？