

联合国
贸易和发展会议Distr.: General
19 April 2012
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

第十二届会议

2012 年 7 月 9 日至 11 日，日内瓦

临时议程项目 3(a)

就竞争法和竞争政策的同级审评问题进行

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

跨界反竞争做法：发展中国家和经济转型期国家所面临的挑战

贸发会议秘书处的说明

概要

发达国家在处理国际卡特尔和跨界兼并问题方面十分成功，大多数发展中国家则落在后面。仅少数发展中国家能做到管理跨界反竞争做法。

本文件探讨了在跨界卡特尔执法和兼并管控方面成绩较好的几个选定国家的经验。文中指出了发展中国家在处理国际卡特尔和兼并问题时面临的具体困难，并提出了克服这些困难有哪些可能的措施。关于国际卡特尔执法，本文提出了国家层面的一些措施，首先是要制定宽恕方案，并对国内卡塔尔加大执法力度。在国际层面，本文鼓励国际合作，并提议建立国际情报网络。关于处理跨界兼并问题，文中突出了国家层面能力建设和发展技能的重要性。本文提倡开展双边、区域和国际合作，就具体案例共享信息并就方法和补救措施交流意见，还强调受国际兼并影响的辖区之间需要进行协调。

目录

	页次
导言	3
一、 发展中国家起诉国际卡特尔的情况	3
A. 选定国家的经验	3
B. 发展中国家在国际卡特尔执法中面临的挑战	5
C. 未来之路	8
二、 发展中国家的跨界兼并管控	12
A. 选定国家的经验	12
B. 发展中国家在跨界兼并管控中面临的挑战	13
C. 未来之路	16

导言

1. 跨界反竞争做法可能表现为国际卡特尔和跨界兼并等。国际卡特尔对各国的经济和消费者都有不利影响。跨界兼并的消极影响不能与国际卡特尔相比，但也会对经济造成较大影响，因为它改变了相关市场的结构，从而加大了受反竞争做法影响的风险。因此，必须消除跨界兼并的反竞争影响并应对卡特尔。但发展中国家和转型经济体在处理这些跨界反竞争做法时面临很多挑战。
2. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议背景说明将考察当前发展中国家和转型经济体在国际卡特尔和跨界兼并管控方面的特点，并探讨这些国家在这些领域的竞争法执法中面临的挑战，还就合作领域提出了建议。¹
3. 鉴于普遍遵守的会期文件字数限制，本报告着重讨论发展中国家和转型经济体在国际卡特尔和兼并方面面临的挑战。报告将不考察卡特尔和兼并管控带来的一般性挑战。

一. 发展中国家起诉国际卡特尔的情况

4. 过去二十年间，打击国际卡特尔方面取得了巨大成功。发达国家在起诉国际卡特尔方面一直很成功，大多数发展中国家则并非如此。似乎仅有少数发展中国家积极地打击国际卡特尔。
5. 本章从发展中国家的角度探讨这种不对称性背后的原因。首先简要介绍过去十年来加大了执法力度的五个国家起诉国际卡特尔的情况。随后在其经验基础上探讨发展中国家和转型经济体在打击国际卡特尔方面面临的主要挑战。最后讨论发展中国家解决这些问题可采用的政策选择。
6. 在本说明中，“国际卡特尔”一词系指在一个以上辖区建立公司或影响到一个以上辖区的卡特尔。

A. 选定国家的经验

7. 五个选定国家是巴西、智利、墨西哥、大韩民国和土耳其，它们跟随传统发达国家的脚步，已成为积极执法反国际卡特尔的国家。本部分简介了 2000 至 2011 年间这五个辖区起诉国际卡特尔的情况。贸发会议秘书处为此收集了这些国家起诉国际卡特尔方面的资料，资料由这些国家的负责机关直接提供或来自其他相关研究。(见表格，其中列出了部分受到这些国家调查或起诉的国际卡特尔。)

¹ 本报告中的观点依据的是巴西、智利、墨西哥、大韩民国、南非和土耳其提供的资料、数据和案例。之所以选择这些辖区是考虑到它们在跨界卡特尔和兼并领域执行竞争法的经验以及地域上的代表性。

1. 总体情况

8. 这五个国家虽然加大了执法力度，但比起美利坚合众国或欧洲联盟，它们在起诉国际卡特尔方面仍是小国。例如，1990 至 2007 年，美国反托拉斯司判定了 67 起国际定价罪行。² 同一时期，巴西调查了 10 起国际卡特尔案件，这是五国中最积极的国家。³ 另一积极的国家大韩民国在 2000 至 2011 年间起诉了 8 起国际卡特尔案件。⁴

9. 可以想见，引人注目的全球卡特尔引起了这些辖区的关注。空运卡特尔在各大洲受到了巴西、大韩民国和墨西哥的起诉。巴西对赖氨酸和维生素卡特尔采取了行动。大韩民国对石墨电极卡特尔成员和维生素卡特尔判处了罚款。

10. 一些国际卡特尔有区域分化的趋势。大韩民国调查了信息技术产品领域的全球卡特尔，如彩色显示管、阴极射线管和薄膜晶体管液晶显示器领域的卡特尔，巴西和智利则未对这些卡特尔采取行动。冰箱压缩机卡特尔方面情况正相反。大韩民国未见动作，巴西和智利正在调查该案件。相比之下，土耳其似乎面临一系列不同于其他几国的国际卡特尔案件。

11. 值得关注的是这些国家执法工作的演变发展。它们起初是对发达国家已经起诉的全球卡特尔案件进行后续调查，例如著名的维生素案件和赖氨酸案件，现在已成为经常与发达国家一道开展“凌晨突袭”的国家。

2. 典型事实

12. 从这些国家的经验可以看出几个典型事实。首先，这些国家开展的国际卡特尔调查多数涉及与发达国家在一定层面上的合作，无论是非正式信息交流还是联合凌晨突袭，这说明与发达国家主管部门开展国际合作十分重要。其次，这些国家在较为近期的案件中收到了宽恕申请，这突出了宽恕方案的重要性。值得关注的一点是，在早期调查，例如维生素和赖氨酸领域的调查中，这些国家未收到任何宽恕申请，这种情况可能说明启动后续调查不一定保证收到卡特尔的宽恕申请。

13. 第三，完成国际卡特尔调查进程一般需要几年，这表明国际卡特尔调查是耗时耗资源的执法活动。即使是后续调查，例如维生素和赖氨酸领域的调查，也需要若干年时间。巴西的维生素和赖氨酸卡特尔调查分别耗时 7 年和 11 年。第四，这些国家在对国际卡特尔成功执法的同时或之前对国内卡特尔大力开展了反卡特尔执法。

² Connor J (2008). Latin America and the Control of International Cartels, Social Science Research Network Working Paper.

³ Connor J (2009). Latin America and the control of international cartels. In: *Competition Law and Policy in Latin America*. Fox E and Sokol D, eds. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon.

⁴ 资料来自韩国公平贸易委员会。

B. 发展中国家在国际卡特尔执法中面临的挑战

14. 发展中国家在起诉国际卡特尔时面临许多挑战。即便那些曾成功起诉国内卡特尔的竞争主管部门，在国际卡特尔调查中也面临困难的挑战。本说明除了探讨发展中国家的一般问题，还将探讨发展中国家在调查国际卡特尔时面临的独特挑战。

15. 发展中国家发现一个国际卡特尔后，一般采取几种途径。第一种情况是，它们因宽恕申请而注意到该卡特尔。第二种情况是，它们从发达国家进行“凌晨突袭”或案件开庭审理后的公开通报中得知该卡特尔。另一可能是，发展中国家自己发现了一个国际卡特尔。例如在土耳其的没收煤炭卡特尔案件中，⁵ 土耳其官方接到公众投诉后启动了调查。但从这五国的经验来看，可以说最后一种情况很少见。

16. 前两种情况下，显然申请宽恕的情况更为理想。但对于许多发展中国家，第二种情况更为可行。仅少数发展中国家有现行的宽恕方案，大多数发展中国家没有。此外，众所周知的是，挑选提交宽恕申请的辖区是卡特尔的战略选择，小辖区曝光率低、程序耗时，因此它们对此类辖区提交申请并不热心。许多发展中国家可以归为小经济体。

1. 辨识国际卡特尔和启动调查

17. 如果没有宽恕申请的线索，发展中国家更有可能借助发达国家的执法活动辨认出国际卡特尔的存在。发达国家通常会在调查程序各阶段将其执法活动公之于众。公布的方式可能是发布关于对某行业进行“凌晨突袭”的新闻稿，或者是公开宣布其关于卡特尔调查的最终决定。此类信息，比较可能的是关于最终决定的信息，可以成为发展中国家对同一卡特尔启动调查时有用的线索。例如，巴西对维生素和赖氨酸案件启动调查是在美国完成调查之后。⁶ 与之类似，大韩民国开始调查石墨电极案是在看到美国对该卡特尔的执法行动的有关资料之后。⁷

18. 发达国家公开宣布的内容可能不足以帮助发展中国家决定是否自行启动对同一卡特尔的调查。由于对外公开的文件不提供实质证据——对此下文将详细讨论——发展中国家需要开展初步调查，以决定有关卡特尔是否影响本国市场。这方面，发达国家提供的更多信息对于协助发展中国家开展评估十分宝贵。例如，在赖氨酸领域，美国官方向巴西提供的赖氨酸卡特尔的会议记录表明，巴西被纳入了国际卡特尔设定的全球市场分配。⁸

⁵ 见土耳其提交竞争法和竞争政策政府间专家组第七届会议的材料(2006 年)。

⁶ 贸发会议(2003 年)。“发展中国家能否从世贸组织关于对核心卡特尔有约束力的纪律谈判中受益？”，UNCTAD/DITC/CLP/2003/3。

⁷ 见大韩民国提交竞争法和竞争政策政府间专家组第七届会议的材料(2006 年)。

⁸ 见前注 5。

2. 缺少宽恕申请

19. 此外，即便发展中国家对已受发达国家起诉的国际卡特尔启动了调查，国际卡特尔也因此为公众所知，如上文所述，启动后续调查不一定能保证收到卡特尔的宽恕申请。上述五国早期的经验表明，情况正相反。国际卡特尔很少选择在这些辖区申请宽恕。维生素和石墨电极案件中，尽管当时大韩民国有宽恕方案，整个过程中没有一个卡特尔选择申请宽恕，这给韩国官方的调查造成了巨大困难。因此，更可能出现的情况是，发展中国家不得不在无法借助宽恕申请的情况下继续调查，并且在调查国际卡特尔时将遇到许多障碍。

3. 缺少实体机构

20. 很多情况下，国际卡特尔成员在发展中国家没有实体机构。由于没有分公司或子公司，发展中国家要收集足以证明存在卡特尔的证据难度很大。由于卡特尔成员不在其辖区内，它们无法采用“凌晨突袭”、审问或要求提交书面说明等传统调查工具。因此，它们开展调查时别无选择，只好在很大程度上依靠卡特尔自愿合作，而卡特尔成员没有与其合作的动机。

21. 即使在发展中国家设有分公司或子公司也不一定能保障有效调查。组织国际卡特尔的一般是设在境外的总部，因此对于卡特尔的成立或运作，设在发展中国家的分公司或子公司可能并不了解或没有相关文件。

22. 许多辖区的实际经验似乎并不乐观。例如，在调查石墨电极卡特尔的过程中，韩国竞争主管部门要求设在境外的卡特尔提供关于其业务的一般数据。⁹ 卡特尔成员态度比较合作，但在答复中不透露任何证明存在卡特尔的实质证据。¹⁰ 土耳其没收煤炭卡特尔一案的调查更不乐观，调查启动时，卡特尔成员之一关闭了其在土耳其的分公司。又如著名的巴西起诉维生素卡特尔一案，¹¹ 几大维生素公司的拉丁美洲分部由巴西总部集中管理，因此巴西的主管部门比较幸运，能够凌晨突袭区域总部，但此案仍经过长时间困难的调查后才得以起诉。¹²

4. 发达国家的决定中的实质证据

23. 发达国家结束对国际卡特尔的起诉后，发展中国家可利用后来者的优势。在许多国家，一般在外国机构网站上发布的官方决定或从外国机构处获得的保密

⁹ Seon Hur J (2006). Competition Law/Policy and Korean Economic Development. Ziumm, Ltd. Seoul, Korea.

¹⁰ 见前注 4。

¹¹ Nemr J (2007). Brazil Government censures vitamin cartel. International Enforcement Law Reporter. June.

¹² Tavares de Araujo M (2002). The Brazilian Experience on International Cooperation in Cartel Investigation。可在此查阅：http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab21.pdf。

证据可在诉讼中作为证据。发展中国家一旦获得这些资料，就可轻易证明卡特尔存在。

24. 但发达国家的调查做法和法律制约使益处大大减少。美国的主管部门通过辩诉交易完成了绝大多数国际卡特尔调查，留给发展中国家的材料很少。与美国不同，欧盟委员会是行政机构，它作出决定并在网上公布其正式决定。但公开的正式决定只含非保密性质的信息，去除了大量实质资料。其他辖区采取类似的做法，只发布决定的公共版本或通过和解结束起诉。此外，在许多辖区，保密方面的法律框架令外国主管部门等第三方无法接触到保密资料。

25. 但法院作出决定后一般会对外公布。因此，与国际卡特尔有关的法院决定是发展中国家宝贵的信息来源。美国法院下达的美国诉三菱公司一案的决定就是一例。在石墨电极卡特尔一案的平行案件中，三菱被指控协助和唆使卡特尔。法院的决定包括卡特尔成员的证词和证据。由于该决定对外公开，美国的竞争主管部门能够向国外同行提供相关资料。大韩民国在自行调查该卡特尔时从这一法院决定中获益匪浅。¹³

5. 送达文书

26. 调查进程中，由于调查通知、送达异议声明、审理通知和送达最终决定等法律规定的各项程序，可能需要将文书送达卡特尔成员。送达方式一般有几种。如果卡特尔成员在发展中国家的辖区设有实体机构，可将文书送至其公司所在地。没有实体机构的，文书送达较为复杂。首先，可将文书送至代表卡特尔成员的某代理机构。其次，可在外国政府的帮助下将文书送达卡特尔成员。第三，主管机构可将文书直接送达设在境外的总部。最后，可采取公开通知的方式送达文书。竞争主管部门可用的方式很大程度上取决于有关辖区的法律框架。一般来说，各辖区承认的送达方式各不相同。

27. 送达文书不是简单的通知，它是行政或司法行动，通常具有一定法律效力。如果法律框架未明确规定向设在境外的外国公司送达文书的规则，法律效力可能成为有争议的问题。避免关于法律效力的争端的一个方法是请卡特尔成员任命法律代理，这一做法很大程度上要靠卡特尔成员自愿合作。另一个方法是主管部门签订双边合作协定，在其中就外国主管部门送达文书作出规定。

28. 可以想见，各辖区的实际经验各不相同。智利借助了外国主管部门的帮助。在该国首个国际卡特尔案件中，智利主管部门遇到的情况是，必须通知设在巴西的一个相关方。面临指控被驳回的巨大风险，智利采取正式请求巴西主管部门的方式解决了这一问题。在调查石墨电极卡特尔时，大韩民国请卡特尔成员任命自己的本地代理，但卡特尔成员并不十分合作。鉴于回应不佳，韩国主管部门选择将文书和公开通知一并直接送达卡特尔成员的总部。¹⁴ 法院支持主管部门

¹³ 见前注 8。

¹⁴ 见前注 8

的做法。土耳其的经验最糟。根据土耳其法律规定的诉讼规则，被告就主管部门编写的调查报告进行书面辩护之前不得做出最终决定。没收煤炭卡特尔一案中，土耳其的主管部门发现某外国公司参与了定价，却因文书未能送达而无法对其处以罚款。¹⁵

6. 时限

29. 某辖区对已受到发达国家起诉的卡特尔启动调查时，时限可能成为问题。有些竞争法规定了时限，一般从两年到五年不等。侵权行为停止、时限过后，就无法在这些辖区内采取法律行动了。国际卡特尔调查耗时长，时限可能与之有冲突。首先，发达国家结束调查需要时间。如上文所述，继发达国家之后对同一卡特尔开展调查的发展中国家完成调查需要更多时间。日本的经验表明，该问题不仅是一种理论上的可能。石墨电极和维生素的案例中，日本的调查仅以处以警告告终。未能成功的一大原因就是时限已过。¹⁶

C. 未来之路

1. 对国际卡特尔调查采取的姿态

30. 未参与国际卡特尔调查的发展中国家可能在一定程度上从其他辖区积极的执法活动中获益。它们可能获益匪浅，尤其是当相关国际卡特尔有国际影响、其他辖区的起诉导致某个全球卡特尔在世界范围内崩溃时。

31. 但一辖区不能完全依靠其他辖区的执法。美国司法部指出，国际卡特尔有可能在全球范围内运作，除了在反竞争执法力度较强、受重罚可能性较大的辖区。¹⁷ 如上文所述，一些辖区的经验说明，国际卡特尔也可在区域层面运作，区域外的发达国家可能没有兴趣或动机处罚此类卡特尔。因此，没有发展中国家的参与则无法达到阻止国际卡特尔的最佳效果。

32. 鉴于国际卡特尔调查耗时长、耗资巨大，考虑到资源有限，对发展中国家来说，就追究哪个案件作出战略决定可能是更为实际的做法。如果主要靠发达国家主管机构的执法活动，发展中国家不可能起诉其发现的每个国际卡特尔。

33. 这方面，新西兰的做法值得注意。新西兰并不是每一个受大辖区指控的国际卡特尔都起诉。其执法工作重点是已发现给新西兰造成特定损害的国际卡特尔。在对自身运用特定损害的标准时，新西兰似乎设定了较高的门槛。例如在某一国际卡特尔案件中，涉案产品是对在其境内广泛销售的某产品的投入，许多其

¹⁵ 见前注 4。

¹⁶ 见东南亚国家联盟竞争问题专家小组 2011 年于雅加达举行的能力建设研讨会上 Hiroyuki Yamashita 的发言。

¹⁷ 见美国司法部向经济合作与发展组织第七次拉丁美洲竞争论坛提供的资料(2009 年)。

他辖区采取了行动，新西兰竞争主管部门则决定终止调查。做出这一决定的依据是，主管部门发现转嫁到在新西兰销售的最终产品的新增成本不足。¹⁸

2. 制定宽恕方案

34. 宽恕方案无疑是调查卡特尔时最具效力的重要工具。如上文所述，有些情况下，各国可能在未收到任何宽恕申请的情况下起诉国际卡特尔。但它们由于没有宽恕申请而面临许多困难的障碍，很可能在开展了长时间困难的调查后起诉失败。日本在维生素一案中的经历就是例子。该案中的卡特尔已受到美国和欧盟起诉，卡特尔成员中有两家日本公司，日本主管部门未能证明卡特尔存在，仅予以行政警告而未处以罚款。日本认为，起诉未成功是因为没有宽恕方案，导致其从卡特尔成员处获得资料的能力有限。¹⁹

35. 此外，许多国际卡特尔调查表明，宽恕方案是国际合作的有效工具。宽恕方案与在多个辖区同时申请时申请者的弃权一并使用，可促进交流信息，包括竞争主管部门间交流保密证据。宽恕方案还让各机构自调查之初即能密切协调，包括开展同步“凌晨突袭”，而这又有助于各辖区自己的诉讼。国际合作在收到宽恕申请的主管部门之间开展的趋势越来越强。考虑到宽恕申请的各种优势，应将制定宽恕方案作为政策方面首要的优先事项。

3. 国际合作

36. 竞争主管部门之间的非正式合作仍不应低估。对于没有宽恕方案或未与他国签署正式合作协定的发展中国家，非正式合作可能成为调查国际卡特尔时的宝贵资产。例如，当巴西的主管部门在维生素卡特尔的调查中遇到相同的问题时，加拿大的非正式合作提供了线索，帮助巴西了解究竟应该调查哪些方面，这显示了非正式网络的效力。

37. 可在现有合作基础上深化全球合作。加拿大和塞内加尔认为，²⁰ 仅是利用情报网络进一步交流已公开的信息就可惠及所有参与方，特别是发展中国家的主管部门。

38. 情报网络不妨建立一个警报体系，向竞争主管部门通报起诉成功的卡特尔案件，情报网络应包括侦察和收集证据的技术。另一种做法是建立国际数据银行，其中存有参与重大和反复违规活动的所有卡特尔成员或公司的清单。这些方法可确保国际上起诉卡特尔的工作具有连贯性，并发出明确信号，说明卡特尔将在其他辖区受到起诉。

¹⁸ 此处依据的是新西兰主管部门提供的资料。

¹⁹ 见前注 15。

²⁰ 见加拿大和塞内加尔向经合组织改善卡特尔调查中的国际合作全球论坛提交的资料(2012 年)。

4. 建立声誉和能力建设

39. 为吸引国际卡特尔成员申请宽恕，发展中国家必须首先加大反卡特尔执法力度，或许可加大对国内卡特尔的执法力度，在此基础上建设本国在反卡特尔总体执法方面的能力和声誉。上述国家的经验证明了这一观点。这些国家对国内卡特尔大力执法数年后开始引起国际卡特尔成员的关注。

40. 某些情况下，同一组跨国企业参与的一系列类似的卡特尔可能跨越几个辖区成立并运营。由于每个卡特尔只影响一个国家，而且没有足够有效的共同协议令其足以称为国际卡特尔，根据定义，此类卡特尔不是国际卡特尔，而是国内卡特尔。但这些卡特尔确实在一定程度上具有国际性。跨国公司业务遍及多个国家，因此能够在多个市场建立联系；这种频繁的联系又便利了跨区域卡特尔的成立和运营。

41. 拉丁美洲的经验就是例证。为医院提供医用氧气的几家跨国公司在数个拉丁美洲国家成立了投标操纵的卡特尔。继阿根廷之后，秘鲁、智利和巴拿马的竞争主管部门成功地起诉了这些卡特尔。²¹

42. 上述经验表明，此类卡特尔调查有几点优势。跨国公司有实体机构，因此受影响国的主管部门能够使用“凌晨突袭”等传统调查工具。不存在送达文书的问题。非正式信息的交流可能足以引导后续调查。还有一大优势，对发展中国家尤为如此，即受影响国可在跨国公司中建立积极反卡特尔执法的声誉，这些跨国公司往往是全球卡特尔的成员。

²¹ 经合组织(2006 年)。《拉丁美洲的竞争法律和政策》；经合组织(2010 年)。《巴拿马的竞争法律和政策：同级审评》；秘鲁在槟城亚洲—太平洋经济合作研讨会上的发言。

表格

受到五个选定国家调查或起诉的国际卡特尔例举

国家	卡特尔类型	产品	受起诉公司所在国	受影响地区	调查期	是否收到宽恕申请	实体机构	国际合作
巴西	定价 产量限制	赖氨酸	欧洲、日本、北美	全球	2000 年至 2011 年	否	分公司	美利坚合众国
	定价 产量限制	维生素	欧洲、美利坚合众国	全球	2000 年至 2007 年	否	区域总部	美利坚合众国、 欧盟
	定价	船用软管	美利坚合众国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、欧盟、巴西、日本	全球	2007 年至今	是	不适用	美利坚合众国、 欧盟、大不列颠及北爱尔兰联合王国、日本
大韩民国	定价 市场分配	石墨电极	日本、德国、美利坚合众国	全球	2000 年 11 月至 2002 年 4 月	否	无	美利坚合众国、 欧盟
	定价	空运	大韩民国等 19 个国家	全球	2005 年 12 月至 2010 年 11 月	是	总部和分公司	美利坚合众国、 欧盟
	定价 产量限制	薄膜晶体管 液晶显示器	大韩民国、中国台湾省	全球	2006 年 3 月至 2011 年 12 月	是	总部	美利坚合众国、 欧盟
墨西哥	定价	柠檬酸	德国、比利时、美利坚合众国	全球	1998 年至 2001 年	否	子公司	美利坚合众国
	定价 产量限制	维生素	德国、比利时、法国	全球	1999 年至 2002 年	否	子公司	美利坚合众国
土耳其	定价 产量限制	煤炭	奥地利、瑞士	土耳其	2003 年至 2010 年	否	子公司	无
智利	定价	冰箱压缩机	巴西、日本等国	全球	2010 年至今	是	无	美利坚合众国、 欧盟、巴西等国

资料来源：从竞争主管部门处获得的资料。

二. 发展中国家的跨界兼管控

43. 过去二十年中，商业不再有国界。许多发展中国家和转型经济体的快速自由化促进了跨国商业运作的增加。因此，全球出现了越来越多的跨界兼并。

44. 本文件中，“跨界兼并”指兼并所涉公司设在不止一个辖区或影响着不止一个辖区的市场。因此，跨界兼并可能直接涉及本地公司，也可能涉及外国跨国公司，但对第三国的市场有影响。²² “跨界兼并”、“国际兼并”和“跨国兼并”在全文中通用。

A. 选定国家的经验

45. 发达国家在跨界兼管控方面经验丰富。许多发展中国家在这一领域经验有限或没有经验，这主要是由于能力和资源方面的局限。2000 至 2011 年，巴西、智利、大韩民国、墨西哥、南非和土耳其等国加快了跨界兼并方面的执法行动。这一趋势在过去五年中越发明显。

46. 从这六个辖区的经验可以得出一些观点。这些辖区跨界兼并审查的重点是横向兼并。纵向兼并和混合兼并尽管少见但仍存在，尤其是在南非和土耳其。受到这些辖区审查的与跨界兼并相关的产业多种多样，包括信息技术和通信到化工、采矿和药品、能源和航空运输等。

47. 关于兼并各方在开展审查的国家是否有实体机构的问题，在巴西、智利、墨西哥、南非和土耳其提供的多数案例中，兼并各方中至少一方在相关国家设有分公司或子公司。但在大韩民国，兼并各方一般在有关国家没有实体机构。

48. 在关于跨界兼并的决定中规定了补救措施。在五个选定辖区，多数跨界兼并获得批准是有条件的，常见的条件是部分分拆。只有南非例外。2000 至 2011 年，南非审查了大约 190 起跨界兼并，所有兼并都获得了批准，只有 23 个是有条件批准。新加坡这一开放的小经济体是一个例外。新加坡的兼并管控体制于 2007 年中生效，自那以来审查的 28 起兼并中，18 起具有跨界因素。²³ 新加坡目前尚未对其审查并已结案的跨界兼并规定补救措施。

49. 这六个辖区的经验可以看出，它们各自进行兼并审查，即便其他辖区为处理自己市场中的竞争问题已审查了同一兼并。有些案件中可以看到合作，特别是选定辖区和欧盟及美利坚合众国的合作。

²² 贸发会议向经合组织全球竞争论坛跨界兼管控圆桌会议提交的资料(2011 年)。

²³ 新加坡向贸发会议跨界反竞争做法圆桌会议：发展中国家和经济转型期国家所面临的挑战，竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议(2012 年)提交的资料。

B. 发展中国家在跨界兼并管控中面临的挑战

1. 申报

50. 有三种兼并申报制度：

- (a) 兼并前申报制度，要求兼并各方在交易发生前申报；
- (b) 兼并后申报制度，分自愿和强制两种；
- (c) 自愿兼并申报制度，无论兼并前还是兼并后申报都以自愿为基础。

51. 许多发展中国家面临国际兼并的兼并各方不申报的风险，实行自愿兼并申报制度的辖区风险更大。此外，在外国公司的兼并中，它们还面临与及时报备交易和尊重本地法律有关的困难。跨国公司在通报拟进行的交易时会优先申报有经验的大辖区，在兼并进程后期才申报“非优先辖区”。²⁴ 这给后一类辖区造成很多时间和资源上的压力，由此导致挫败和冲突本可以通过及时申报来避免。

52. 在兼并实现之前还是之后申报是重要问题。实行兼并后申报的辖区面临的困难在于，它们可能在兼并获其他辖区批准并得以实施之后才接到申报。这样它们可能不愿反对兼并，虽然兼并可能产生反竞争影响。

53. 在巴西，关于要求兼并前申报的修正案将于 2012 年 5 月 30 日生效，此前该国的申报制度属于上述第二种。跨界兼并中推迟申报巴西竞争主管部门的情况并不少见。但这种延迟未造成大问题。真正带来问题的情况是，跨界兼并在受兼并影响的国家的竞争主管部门结束兼并审查之前已经实施。这种情况下，竞争主管部门接到交易申报后采取有效补救方法的能力以及与外国竞争主管部门合作的能力将受到限制。²⁵

54. 对于应遵守强制申报制度的国际兼并，如果兼并各方未申报，竞争主管部门可通过电子邮件或有关公司在国内的附属机构及相关消费者告知这些公司它们有义务申报。有些情况下，可联系一些通常与美国和欧盟的大型法律事务所有联系的国内大型法律事务所。²⁶

55. 小经济体在处理大型外国公司之间的兼并问题时面临的一个挑战是，兼并各方的申报常以报备其他辖区的数据为基础。新加坡在提交贸发会议的资料中称，在涉及外国公司的兼并案件中，兼并各方通常不会专门为新加坡提供数据，并且它们的目标是在较大的辖区结案。新加坡还指出，如果兼并各方在全球参与了广泛的活动，可能难以专门指出兼并在新加坡产生的影响。尽管有这些困难，

²⁴ 南非向经合组织全球竞争论坛跨界兼并管控圆桌会议提交的资料(2011 年)。

²⁵ Botta M (2011). *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*. International Competition Law Series. Wolters Kluwer.

²⁶ 大韩民国向贸发会议跨界反竞争做法圆桌会议：发展中国家和经济转型期国家所面临的挑战，竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议(2012 年)提交的资料。

新加坡竞争委员会仍审查了其接到申报的所有跨界兼并，无论这些兼并是否跨界兼并或是否已受到其他辖区审查。

2. 信息获取

56. 对于发展中国家和小经济体，如果跨界兼并无本地公司参与或兼并各方在其境内没有分公司，竞争主管部门在收集信息、分发调查问卷和从兼并各方处回收问卷时可能面临困难。这种情况下，收集信息的一种方法是直接联系有关各方或寻求有关国家外交机构的支持。²⁷ 另一种方法是与外国的竞争主管部门合作。但与国际卡特尔案件一样，从交易各方获得的数据和信息的保密性给某些信息的交换带来了困难。

57. 获取信息的另一难处在于沟通所用的语言。国际卡特尔案件中从各方获得的资料多数为英文。这就要求非英语国家的竞争主管部门的工作人员具有足够的外语技能。即使同一区域内的竞争主管部门之间争取合作时也存在语言问题。²⁸

3. 补救措施

58. 国际卡特尔案件中，是否要求采取补救措施以及如何选择并设计补救措施取决于市场结构和兼并各方在有关辖区的地位。某一国际兼并可能在有些辖区获得了无条件批准，在其他辖区却需要采取补救措施。许多辖区只要求采取保护本辖区内竞争的补救措施。如果某辖区要求的补救措施超出了解决本辖区市场内竞争问题的需要，该辖区可能被视为将其主权扩大到边境之外。²⁹ 执行补救措施并监督其实施方面的困难也是一个挑战，在国际卡特尔兼并案件中，这一挑战可能制约竞争主管部门对补救措施的选择。³⁰

59. 目前，仅有少数大辖区对大规模国际兼并实行全面管控，要求针对兼并在其市场上产生的反竞争影响作补救。因此，兼并对发展中国的不利影响可能未得到充分管控。³¹ 发展中国家的跨界兼并补救有两种情况。一种情况是，发展中或小国辖区跟随发达辖区 (a) 不采取行动，或 (b) 审查兼并，提出与发达辖区相同的补救要求，以期消除发展中国家的竞争关切。第二种情况是，发展中国家审查了兼并，要求不同的补救措施，以解决本国的竞争关切。

60. 对于第一种情况下(b)项所述做法，巴西陶氏与 Rohm and Haas Química 公司的兼并就是一例，这两家美国的控股公司的兼并于 2008 年 7 月 10 日生效。巴西于 2008 年 7 月 31 日获得兼并通知。此前，南非、土耳其、加拿大、中国、墨西哥和欧盟等许多其他辖区已经分析并批准了该兼并。美国联邦贸易委员会也审查

²⁷ 见前注 25。

²⁸ 见前注 22 和 25。

²⁹ William Kovacic 对本文件提纲所作评论。

³⁰ 国际竞争网络兼并补救审查报告(2005 年)。

³¹ 大韩民国向全球竞争论坛跨界兼并管控圆桌会议提交的资料(2011 年)。

了该兼并，并要求陶氏集团在相关市场上销售其生产性资产。巴西的主管部门在分析工作中考虑了委员会的决定，并决定委员会提出的条件消除了巴西的竞争关切。³² Manitowoc 和 Enodis 的兼并以及汤姆森和路透的兼并也属此类，这两个兼并中，新加坡决定，欧盟对前者提出的补救要求以及美国和欧盟对后者提出的补救要求能够解决新加坡的竞争关切。³³

61. 第二种情况的一个例子是 Novartis 并购 Alcon, 墨西哥和欧盟、中国等其他辖区都审查了此案。该案例表明，经验相对丰富的发展中国家竞争主管部门能够制定并实施本国的补救方法，包括分拆等结构性补救，以解决本国市场上的竞争关切。这一国际兼并案例中，墨西哥联邦竞争委员会的结论是，兼并将导致高度集中，因此将给相关市场带来一些竞争关切。委员会于 2010 年 7 月 21 日收到了兼并各方关于出售产品的提议，这些产品在墨西哥的市场可能受到拟进行的交易的消极影响。委员会接受了这一结构性补救措施，同时对各方提出了一定条件。³⁴

62. 对于第二种情况，有时某个发展中国家竞争主管部门作出的决定不能解决另一发展中国家的竞争关切。因此本地竞争主管部门可能需要自行开展分析。2007 年 3 月 Mexichem 并购 Amanco 的子公司 PAVCO 就是一个例子，该案例中，哥伦比亚工业和商业管理局必须自行开展调查，以解决因哥伦比亚市场的特点而产生的本地竞争问题。Mexichem 是墨西哥最大的聚氯乙烯(PVC)树脂及化合物生产商，PAVCO 是其客户之一，也是拉丁美洲领先的 PVC 管制造商。巴西和墨西哥批准了兼并，工业和商业管理局却在 2007 年 7 月 16 日的决定中阻止了交易。³⁵ 管理局的结论是，Mexichem 和 PAVCO 在各自的市场中占支配地位，两者纵向合并将有损竞争。乙烯树脂进口关税高，进入障碍大，哥伦比亚只 PAVCO 一家制造商。因此批准兼并会进一步加大进入障碍。

63. 国际兼并中另一个重要问题是不同辖区的决定和补救措施是否可能相互冲突，这些冲突如何解决。大韩民国在提交的资料中称，有时竞争主管部门采取的方法有差异，这一点从要求的补救可以看出。但这不应算作“冲突”，这种差异也不会阻止兼并。大韩民国在与外国竞争机构合作时，会事先共享大量反竞争方面的意见和最终纠正措施。这有助于主管部门之间观点相互靠拢。³⁶ 即使最终决定各不相同也不会导致问题，因为竞争主管部门有权根据其评估发布纠正措施。

³² 巴西向全球竞争论坛跨界兼并管控圆桌会议提交的资料(2011 年)。

³³ 见前注 22。

³⁴ Resolución de la Comisión Federal de Competencia Expediente No. CNT-017-2010 (non-confidential version), 31 August 2010; Decision of the European Commission on Case No COMP/M.5778 – NOVARTIS/ALCON.

³⁵ Joseph Krauss (2009). Merger policy in Latin America. In Fox E and Sokol D, eds. *Competition Law and Policy in Latin America*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

³⁶ 见前注 25。

4. 能力制约

64. 处理跨界兼并，尤其是外国跨国公司之间的兼并，对于人力和资金资源有限且缺乏经验的竞争主管机构并非易事。另外，这类兼并通常涉及规模很大的公司，对兼并对发展中国家市场的潜在影响需进行认真细致的分析。有限的资源、专业知识和经验可能会制约发展中国家竞争主管部门对这类兼并的审查。

65. 关于西部数据和 Viviti 科技的兼并，相关产品是计算机制造业全球供应链上的一个环节，亚洲的发展中国家在这一环节中参与程度很高，但除中国外无一国审查该兼并。2011 年 12 月，中国反垄断局局长称，中国的商务部在国际兼并管控方面越来越具影响力，商务部将寻求妥善的方案解决本国的关切。³⁷

C. 未来之路

1. 建设并加强能力

66. 发展中国家的竞争主管部门需要建设并加强自身能力，以便更好地处理跨界兼并。可从建设执法能力入手，为此可开展国家层面的兼并管控；等工作人员有足够经验后，还可开始审查国际兼并。开发竞争主管部门和司法部门工作人员的技能 and 能力对确保有效的兼并管控至关重要。

67. 竞争主管部门和处理竞争案件的司法部门成员参与国际、区域及双边合作框架和国际竞争网络、经合组织和贸发会议等国际竞争论坛也很重要。竞争主管部门的工作人员可由此提高认识，在跨界兼并领域与其他竞争主管部门的同事建立工作联系、交流经验并寻求技术援助。

68. 鉴于全球有大量兼并发生，应考虑将待审的跨界兼并案件作为优先事项，以使发展中国家的竞争主管部门能够高效且有效地利用资源。如果几个辖区对某一国际兼并有共同关切，发展中国家和小经济体可跟随大辖区的行动，大辖区处理国际兼并的资源较充足，在谈判和执行要求兼并各方实行的补救措施时更具影响力。

2. 竞争主管部门间的合作

69. 在处理限制性商业惯例，包括跨国公司的制性商业惯例时开展合作是《多边协议的一套管制限制性商业惯例的公平原则和规则》中规定的国际举措之一，《原则和规则》是在贸发会议主持之下谈判达成的。《经合组织关于兼并审查的建议》(2005 年)强调了跨国兼并审查中合作和协调的重要性。

³⁷ <http://www.businessweek.com>。

70. 跨界兼并管控可在多边、区域和双边层面开展。可利用区域或双边协定中关于竞争的规定便利合作；也可采取非正式的方式，由不同辖区的竞争官员在具体案件上相互合作。智利在提交的资料中强调，跨界兼并方面需要合作，尤其是在评估妥善补救方面。智利签署了自由贸易协定，其中包括竞争方面的规定和谅解备忘录，但该国更常利用的是与外国机构的直接非正式合作，并认为后者经证实十分有用，尤其是在选择和制定补救措施方面。非正式合作的一个例子是智利和巴西对 LAN 航空公司(智利)和 TAM 航空公司(巴西)的兼并的审查。智利竞争官员与其他辖区的同事合作，并就可用于评估兼并可能带来的影响及潜在风险的方法和工具交流了经验。双方还就类似案件中曾成功实施了哪些补救措施及应避免哪些补救措施征询了建议。³⁸

71. 大韩民国指出，最近的国际兼并案件中，对反竞争影响的评估和实行的补救措施都很相似。³⁹ 这可能是由于审查同一兼并的竞争主管机构之间进行了协调。这方面最突出的一个案例是最近美国西部数据并购新加坡 Viviti 科技一案，二者分别是全球第三和第二大硬盘驱动器制造商。欧盟于 2011 年 11 月 23 日有条件批准了该兼并。继欧盟的决定之后，考虑到西部数据的承诺，澳大利亚、日本和大韩民国也作出了同样的决定。作出决定的日期很接近，这表明，几国的主管部门进行了协调。欧盟、日本和大韩民国等多个辖区审查了这一兼并，各辖区共同的关切是，该兼并将使竞争者数量减少，从而对全球相关产品的生产和销售产生反竞争效果。为消除这些关切，西部数据提出剥离用于制造 3.5 英寸硬盘的关键生产性固定资产。上述主管部门接受了这一措施。该案中，韩国公平贸易委员会在评估反竞争效果和提出可能的补救措施时咨询了美国和欧盟的同类部门。⁴⁰

72. 航运业方面，AP Moller-Maersk (丹麦)和 Royal P&O Nedlloyd N.V. (PONL 荷兰)兼并案体现了发达国家和发展中国家辖区竞争主管部门之间的合作。南非竞争委员会和欧盟委员会在该案的审查过程中开展了合作并在获得各方同意后共享了信息。⁴¹ 南非竞争委员会有条件批准了该兼并。

³⁸ 智利向贸发会议跨界反竞争做法圆桌会议：发展中国家和经济转型期国家所面临的挑战，竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议(2012 年)提交的资料。

³⁹ 见前注 25。

⁴⁰ 见前注 25。

⁴¹ 贸发会议(2006 年)。《近期涉及一个以上国家的重要案例》。TD/B/COM.2/CLP/53。日内瓦。10 月 13 日。

合作与协调的作用：力拓集团及必和必拓公司合资建议

力拓集团及必和必拓公司合资建议很好地体现了澳大利亚竞争和消费委员会、欧盟委员会、德国联邦卡特尔事务厅、日本公平贸易委员会和韩国公平贸易委员会之间的合作与协调。上述主管部门在审查案件期间以电子邮件或会议的形式交流了意见。如此有力的合作背后的动机在于，该兼并可能影响全球的海运铁矿石市场，因此各辖区都无法置身事外。共同的利益促进并加强了协调与合作的努力。

澳大利亚的力拓与大不列颠及北爱尔兰联合王国的必和必拓分别为全球第二和第三大铁矿石生产商。二者于 2009 年商定成立合资公司，在澳大利亚西部合作生产铁矿石。

韩国公平贸易委员会在审查该案件后，向兼并各方提交了审查报告，其中概述了调查结果。随后，委员会向澳大利亚竞争和消费委员会和欧盟委员会通报了其决定，称建议的交易可能产生反竞争效果。四个主管部门结论相同。

面对这样有力的协调行动，力拓及必和必拓于 2010 年 10 月 18 日宣布决定终止合资协议，原因是考虑到该交易可能无法获得上述竞争主管部门的批准。

资料来源：大韩民国向贸发会议跨界反竞争做法圆桌会议：发展中国家和经济转型期国家所面临的挑战，竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十二届会议(2012 年)提交的资料。

73. 在执法方面，双边合资协定的效果似乎好过区域合作框架。美利坚合众国与巴西及美利坚合众国与墨西哥之间的双边协定是正式合作框架的例子，并且包括关于执法合作与协调的规定；这些协定还避免了利益冲突。协定强调了在执法活动的各阶段，包括在每个案件中的补救措施和处罚方面考虑对方国家重大利益的重要性。⁴² 巴西称，在其与美利坚合众国的合作协定框架内，双方主管部门相互通报了数起可能影响对方辖区的兼并案件。⁴³

74. 发达国家之间的双边协定中包括各辖区之间信息交流的详细规则和条件，发达国家与发展中国家之间的协定则不包括信息交流的具体措施。将互惠原则、保密和禁止为其他目的使用信息等原则纳入协定对双边合作协定十分重要。促进竞争主管部门间合作的另一方式是从兼并各方获得弃权，以便获取向其他辖区提供的信息。这种措施可以促进发达国家和发展中国家竞争主管部门之间的合作。⁴⁴

⁴² 见前注 34。

⁴³ 巴西提交竞争法和竞争政策政府间专家组第七届会议的材料，日内瓦，2006 年。

⁴⁴ 日本公平贸易委员会对本文提纲的评论。

75. 虽然有挑战，但在跨界兼并案件中开展合作是可能的，并且能够便利竞争主管部门，尤其是发展中国家竞争主管部门的工作。合作努力不应拘泥于竞争主管部门之间的正式双边协定。发展中国家和发达国家的竞争主管部门之间深化合作还可采取其他方式，如就特定跨界兼并案件收集、共享信息，就这些案件中适当的方法、方式和补救措施交流观点等。
