

经营者集中非剥离救济的执行与监督

赵莉莉*

内容提要：剥离救济和非剥离救济是经营者集中救济常见的分类方式。从救济实施角度而言，剥离救济和非剥离救济并无优劣之分，从救济设计、义务人、执法机构、监督强度或市场参与者角度看，剥离救济并不比非剥离救济具有天然优势。非剥离救济监督难度较大的原因主要在于难以形成统一的标准和做法，也没有成熟的经验可循。目前，常用的非剥离救济有保持独立性、保证供应、不得捆绑搭售、保证互操作性、开放救济等各种类型，不同类型的救济措施在执行中都具有自身特点。要不断加强对非剥离救济监督经验的总结，可以通过全面提高救济措施的可操作性、灵活运用各种监督手段和方式、充分发挥投诉举报机制的作用、引入有效的争议解决机制、保持非剥离救济实施的灵活性等措施，不断提高非剥离救济监督工作的有效性，降低监督成本。

关键词：经营者集中 非剥离救济 剥离救济

一、引言

对经营者集中进行控制是世界主要司法辖区普遍采取的做法。经营者集中经过审查后，大多数案件没有竞争影响，执法机构不会进行干预。对部分可能存在竞争影响的案件有两种处理方式，一种是禁止集中，另一种是附加限制性条件批准。从执法实践来看，对于具有排除、限制竞争影响的经营者集中，直接禁止的情形较为少见，大多数采取了救济措施。经营者集中救济是整个经营者集中制度真正发挥效力的保障。例如，自 2008 年《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）实施以来，我国禁止的案件只有 3 起，附加限制性条件批准案件 50 余起。其中，第一起附条件批准案件英博集团公司收购 AB 公司案在 2008 年已经作出。由此可见，经营者集中救济在经营者审查制度中具有至关重要的地位和作用。

* 赵莉莉，对外经济贸易大学法学院博士研究生。

从各司法辖区执法实践看，经营者集中救济有多种形式，一般被分为结构救济和行为救济（也可区分为剥离救济和非剥离救济）。例如，2020年我国市场监管总局发布的《经营者集中审查暂行规定》规定的限制性条件可以包括如下种类：（1）剥离有形资产、知识产权等无形资产或者相关权益（以下简称“剥离业务”）等结构性条件；（2）开放其网络或者平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或者其他知识产权）、终止排他性协议等行为性条件；（3）结构性条件和行为性条件相结合的综合条件。^{〔1〕}从执法实践看，目前中国执法机构附条件批准案件中涉及的限制性条件类型多样，尤其是在多起案件中采用了各种各样的非剥离救济。

作出经营者集中救济决定只是第一步，仅仅作出救济决定并不能解决集中所产生或可能产生的反竞争效果。集中救济必须有效实施，使救济决定真正发挥作用，才能真正体现经营者集中制度的价值，也才能切实保障市场竞争，实现反垄断法的目标和价值。不同类型的救济，实施的要求各不相同，监督的难点和方式也随之有所区别。从立法实践和学界研究看，剥离救济的内容和监督方法较为明确，欧美等司法辖区也有较为成熟的经验。非剥离救济则类型多样，如何有效实施和监督成为执法难点。非剥离救济主要包含哪些类型？监督成本真的更高吗？怎样才能实现有效监督？这些都是需要进一步总结和研究的课题。本文通过对剥离救济与非剥离救济进行比较分析，以及梳理主要非剥离救济类型的执行重点，试图对非剥离救济执行中的经验和路径加以总结。

二、剥离救济与非剥离救济：模糊的边界

根据救济内容的不同对经营者集中救济进行划分是目前研究中最为常用的区分方式。就具体划分方式而言，有分成两类的，有分成三类的，还有分成四类的。其中，将经营者集中救济分为结构救济和行为救济的两分法是经营者集中理论研究和执法实践中最常用的分类方式。但是，不管是理论研究还是在各个司法辖区的立法和执法实践中，对于如何区分结构救济和行为救济并没有明确和一致的标准，名称也并不统一。有的称为结构救济和行为救济，有的称为结构救济和非结构救济，有的称为剥离救济和非剥离救济。总体而言，无论是学理上还是立法中，二者之间的界限仍然较为模糊。

（一）学理上的讨论

从理论上讲，对于结构救济和行为救济的区分标准各不相同，区分标准的不同，也会导致其涵盖的类型产生一些差异。具体而言，对于二者的划分有以下几种方法：

一是按照救济指向的客体进行区分。在区分结构救济和行为救济时，有学者采用的标准最为简单直接，将产权作为区分结构救济和行为救济最主要的因素。具体而言，结构救济直接改变合并企业的产权配置，而行为救济则主要是限制合并企业对产权的行使。^{〔2〕}这种区分标准的不足

〔1〕 参见《经营者集中审查暂行规定》第33条。

〔2〕 参见〔美〕马西莫·莫塔：《竞争政策——理论与实践》，沈国华译，上海财经大学出版社2006年版，第224页。

是：有一些资产的产权划分并不一定非常清晰；而且，即使是对产权配置进行改变，其变化的期限可能也会是有限的，如对品牌的临时许可等。^{〔3〕}

二是按照救济的效果进行区分。结构性救济措施往往可以直接实现影响市场结构的效果，包括剥离经营者部分业务或资产，或要求其转让部分股权等。^{〔4〕}而行为性救济则是对经营者的行为进行限制。有学者认为二者的核心区别在于，结构救济通过创造或保持市场上依法独立运营的企业从而维护受影响市场的竞争状况，而行为救济允许公司的合并，但对合并后公司的行为进行限制，从而避免其损害市场竞争。^{〔5〕}当然，这一区分也存在模糊地带，有一些救济措施正好可以通过对行为的限制直接达到影响市场结构的目的，这其中典型的例子包括我国多次采用的“长期分持”条件。

三是从救济监督方式来划分。结构性救济往往是一次性实施完成的，实施完成后一般不可撤销，或者撤销会产生巨大的经济和社会成本。行为救济则需要较长的时间中持续进行监督，同时还可能因为市场竞争状况的变化或救济有效性的情况而不断进行调整。欧盟的金瑟（Gencor）诉欧委会一案中，法院判决认为结构救济能够完全或至少在一段时间防止产生或者加强市场支配地位，同时不需要临时或长期监督。^{〔6〕}国内有学者认为，结构救济可以导致相关市场结构立即发生永久性或长期的变化，而且结构救济措施实施后，不会产生或加强市场支配地位，因此只需要在很短的时间中进行监督。而行为救济涉及并购交易后对并购企业行为的限制，因此需要在一定期限内进行监督。^{〔7〕}

四是完全分离标准。有学者研究认为，要区分结构性救济和行为性救济，可以通过确定救济是否会使集中后企业和其他方产生关系来进行判断。完全分离的救济实施后，集中后企业和其他市场参与者之间不会产生关系，可将该类救济视为结构救济。例如，常见的剥离、出售股份、拆分合营企业等都属于该类救济措施。而行为性救济的执行和监督通常会有一些联系且不断持续。这种判断标准的好处在于，可以根据实际情况对一些难以划分的案例到底属于何种救济来进行分析。例如，同样是支付费用，如果是一次性支付就属于结构性的，而使用费的持续支付则是行为性的。同样是知识产权的许可，无期限的许可属于完全分离的剥离，而短期许可则不然。^{〔8〕}这种划分标准较为清楚，但并未对常用的救济类型进行分类，核心在于针对个案开展具体分析。正如前文所述，许可等救济措施可能属于结构救济，也可能是行为救济。

（二）立法中的分类

美国司法部2011年《合并救济指南》中将救济分为结构救济和行为救济，同时指出有时候可能需要不同类型的救济措施混合使用。结构救济通常包括要求并购企业出售有形资产，或者要求出售或许可知识产权从而创造新的竞争者。行为救济的具体表现形式包括防火墙、非歧视、强

〔3〕 See Stephen Davies & Bruce Lyons, *Mergers And Merger Remedies In The EU: Assessing The Consequences For Competition*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 41.

〔4〕 参见王晓晔：《反垄断法》，法律出版社2011年版，第284页。

〔5〕 See John E. Kwoka & Diana L. Moss, Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement 3-4 (November 14, 2011), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1959588> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1959588>, last visited on Mar. 4, 2019.

〔6〕 See Case T-102/96, Gencor v. Commission [1999] E. C. R. II-735, p319.

〔7〕 参见吴振国、刘新宇：《企业并购反垄断审查制度之理论与实践》，法律出版社2012年版，第439-440页。

〔8〕 参见前引〔3〕，Stephen Davies、Bruce Lyons书，第41-43页。

制许可、透明度等。美国联邦贸易委员会竞争局 2012 年发布的《合并救济商谈声明》从结构救济和非结构救济的角度对救济类型进行了分析，结构救济通过剥离的形式来对违法横向合并产生的反竞争影响进行救济。非结构性救济或行为救济也可能一并作出，从而使剥离达到应有的效果。这些附加的救济可能包括供应协议、与雇员相关的义务、保密以及其他条款，从而确保救济的成功。行为救济也可能用于对纵向合并的反竞争效果进行救济，包括防火墙或对某些实体的非优待条款等。^{〔9〕}

欧委会竞争总司 2005 年《合并救济研究》按照集中救济对竞争产生的效果，将并购救济措施分为改变市场地位的承诺、退出合营企业的承诺、开放市场以及其他承诺。^{〔10〕} 欧盟 2008 年《集中救济通告》将集中救济措施分为业务剥离、其他的结构性救济（例如准予获得关键基础设施或者以非歧视的条件投入）和并购实体未来行为的承诺。^{〔11〕} 其中值得注意的是，开放救济和长期排他性合同的改变在欧盟被视为“其他结构性救济”，而在其他国家通常被视为行为救济措施。

英国 2008 年《集中救济指南》认为结构性救济旨在恢复或者维持市场竞争结构，往往是一次性的。而行为性救济通常是规制或限制集中当事人行为，是具有持续性的措施。某些救济可能具有结构性救济的特点，也可能具有行为救济的特点，需要根据具体情况确定，例如与知识产权有关的救济。^{〔12〕}

加拿大竞争局 2006 年《加拿大集中救济信息公告》将集中救济分为结构救济、行为救济和综合性救济。结构救济和行为救济解决竞争问题的方法不同，结构救济直接干预市场竞争结构，而行为救济则改变或者限制集中后企业行为。综合性救济是指结合两种救济措施的情形。^{〔13〕}

综上所述，对于结构救济和行为救济的划分并没有形成统一标准。但是，基本没有争议的是，剥离属于结构救济，而且是结构救济中最主要的类型。一些研究基本将结构救济等同于剥离。例如，有学者认为结构救济指剥离（整体剥离或部分剥离），因此其分析的结构救济和行为救济事实上就是指剥离和非剥离救济。^{〔14〕} 资产剥离以外的其他救济可以称为非结构救济或非剥离救济，一般通过对并购后企业的财产权或行为施加限制达到解决竞争问题的目的。这种救济措施的范围非常多，常见的类型包括知识产权许可、开放救济、防火墙、终止或变更协议、价格限制等其他各种各样的非剥离措施。从经营者集中救济实施的角度而言，剥离的实施和监督已经形成了较为成熟的经验，同时和其他类型的救济实施也存在明显不同，因此，本文采用了剥离救济和非剥离救济的划分方式，并主要对非剥离救济的监督难点与重点进行了进一步分析。

〔9〕 See Richard Feinsein, Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, page 5 para 3 (January 2012).

〔10〕 See DG COMP European Commission, Merger Remedies Study (Public version) 20 (October 2005), available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, last visited on Jun. 9, 2022.

〔11〕 See Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, para 17 (22 October 2008).

〔12〕 See Competition commission of UK, Merger Remedies, August 2008, p. 12.

〔13〕 See Competition Bureau Canada, Information Bulletin on Merger Remedies in Canada 5 - 15 (2006).

〔14〕 See Massimo Motta, Michele Polo & Helder Vasconcelos, Merger Remedies in the European Union: An Overview, available at https://didattica.unibocconi.it/mypage/upload/48353_20081205_125701_REMEDIESMPV10.PDF, last visited on Dec. 17, 2022.

三、非剥离救济的主要类型及执行重点

非剥离救济的类型多种多样。例如，美国司法部2011年《合并救济指南》中列出了多种非剥离救济措施，同时明确除了已列出的非剥离救济措施，还可能有一些根据案件情况确定的救济措施。该指南中列出的非剥离救济包括透明度要求、防火墙、反报复条款、禁止歧视等。^[15] 德国执法机构也曾在案件审查中接受一些非剥离救济措施，例如终止独家销售协议、基础设施开放、知识产权许可、披露计算方法等。在欧盟，由于行为救济的类型较为多样，欧盟救济通告中未对具体的行为救济方式进行全面列举。

学理上目前尚未对非剥离救济的类型和分类方法形成一致看法。有学者认为行为救济包括两大类，即允许进入型的行为救济和其他方式的行为救济。^[16] 有学者将行为救济分为积极行为救济和消极行为救济、授权性行为救济和结果控制类行为救济。^[17] 也有学者根据行为救济效果的不同对其进行分类：一类可以通过对企业的行为进行限制促进市场竞争，被称为促进横向竞争的措施；另一类则直接通过控制价格、产品等来产生控制市场结果的作用，被称为控制结果的措施。^[18]

非剥离救济灵活多样，可以解决不同案件中的竞争关注，又可以根据具体案件情况进行相应调整；同时，对企业而言，能够在以非剥离方式解决竞争关注的前提下，通过规范行为的方式解决竞争关注，避免交易被禁止或要求剥离部分业务，更符合企业利益，因此经营者也更愿意主动提出这类救济承诺。与欧美等主要司法辖区相比，中国采取非剥离救济的案件较多，还形成了“保持独立性/长期分持”等具有特色的限制性条件。非剥离救济多种多样，因此难以对于其执行作出统一规定。本文简要总结了一些常用非剥离救济执行中需要关注的主要问题。

（一）保持独立性

保持独立性的救济措施也被称为长期分持，一般要求在集中完成后一段时间内，有关经营者或者业务保持独立运营、继续竞争的状态。在一些司法辖区，“保持独立性”或资产分持要求一般适用于剥离过程中，要求义务人在剥离完成前对剥离业务保持独立，同时维持剥离业务的存续性和竞争性。从美欧立法和执法实践看，这种资产分持属于剥离救济的保障措施的保障，本身并不是独立的救济措施。采用资产分持可以防止剥离资产在过渡期发生贬值，也防止集中对市场竞争产生不利影响，从而确保剥离有效实施。^[19]

与欧美作为保障措施的资产分持相比，我国一些案例中的资产分持要求有相似相关联的地方，但也有自身特点：一是本身属于条件而非义务；二是期限较长；三是对象一般是业务而非资产；四是需要义务人积极履行并维护市场竞争。^[20] 长期分持这一条件适用的情形与剥离相似，

[15] See U. S. Department of Justice Antitrust Division, Antitrust division policy guide to merger remedies (June 2011).

[16] 参见前引 [7]，吴振国、刘新宇书，第 433 页。

[17] 参见韩立余：《经营者集中救济制度》，高等教育出版社 2011 年版，第 41 页。

[18] 参见王李乐：《经营者集中行为救济制度研究》，对外经济贸易大学 2015 年博士学位论文，第 57 - 59 页。

[19] 参见叶军：《经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

[20] See Han Wei, Yin Ranran & Zeng Xiong, Standalone Hold Separate Orders as Remedies in Chinese Merger Control, in Adrian Emch & Wendy Ng eds., *Wang Xiaoye: Liber Amicorum*, Concurrences, 2019, pp. 27 - 41.

都是交易方存在横向重合，且集中后实体市场地位显著提升，市场上其他竞争者不能对其形成有效竞争约束。从对象看，被附加“长期分持”条件的通常是独立的业务单位，可能是集中前就存在的子公司，也可通过新设实体去实现独立运营，但分持业务应当很容易与交易方的其他业务分离开来，以便后期互相独立运营。在长期分持救济中，要求义务人在一定期限内不整合相关业务，维持交易前的竞争状态，因此，往往能在一段时间内达到与结构救济相同的效果。但从执行和监督的角度看，长期分持又和剥离救济有着根本区别：合并已经获得批准，分持业务之间的分离是有期限的；义务人需要长期持续地履行分持相关义务，执法机构也需要对义务人进行持续监管。

有研究认为，长期分持在执行中主要面临以下问题：一是长期分持中各项规定一般较为模糊，因此具体执行中容易因为对义务的理解和执行方式等有所分歧而发生争议。二是实现长期分持的具体义务难度很高，导致监督难度提高。具体义务非常复杂提高了有效监督的难度，同时对监督主体的能力也有很高要求。^[21]因此，救济决定表述更清晰，履行义务的操作方案更详细，都有利于救济的执行。总体来看，长期分持的执行中有三方面重点：

一是相关主体间保持业务独立。这种业务独立涵盖的具体内容包括企业生产运营的各个方面，即研发生产、采购与销售、行政管理、人事以及财务等各个环节。对于通过独立法人实体形式来运营保持独立业务的案件，通常还包括对集中后实体行使股东权利限制的内容。

二是建立信息防火墙。建立防火墙既可以作为单独的救济措施存在，也是分持必不可少的一部分。经营者集中完成后，尽管有分持的要求，但要求保持独立的经营者从法律结构和商业预期上与原来的独立竞争者已有本质区别，双方的信息交流或业务往来不可避免，因此竞争性敏感信息的保护就非常重要。

三是确保竞争状态。长期分持的一系列措施是救济的手段而非目标，保持独立是为了实现维持市场现有竞争状态的目的。因此，长期分持一般要求有关经营者在市场中作为有效竞争者继续存在和发展，避免集中对市场竞争状况产生重大不利影响，帮助现存市场竞争者不断发展和壮大，或给潜在竞争者提供机会，使他们有足够时间进入相关市场。

（二）保证供应

保证供应一般要求经营者在集中完成后，按照一定条件和标准继续供应特定产品或提供相关服务。保证供应这一非剥离救济措施在多个司法辖区均有类似案例，通常适用于交易方在某市场具有较高份额或优势地位、客户依赖度较高、市场竞争者数量较少，导致集中完成后可能产生封锁效应的案件。在这种情况下，要求集中完成后经营者继续保证供应有助于确保下游竞争者继续参与市场竞争，保护消费者利益。例如，在欧盟空客/赛峰案中，交易双方承诺将持续向赛峰现有的主要客户提供部分关键组件，并基于透明且非歧视的条款保证对任何主要第三方的供应。^[22]

[21] 参见韩伟：《中国经营者集中附条件案中的长期分持》，载《经济法研究》第18卷，北京大学出版社2017年，第219-240页。

[22] 欧盟COMP/M.7353空客/赛峰案（2014）的救济决定规定：“合资企业承诺将参与承诺设备投标，并在被选定的情况下向提出要求的任何第三方主承包商供应承诺设备、与赛峰目前的主要客户就承诺设备签订框架供应协议；且合资企业将在透明和非歧视的基础上向任何第三方主承包商供应承诺设备。且空客和赛峰承诺向欧洲航天局工业监察专员提供赛峰过去就承诺设备的供应签订的所有协议中包含的所有相关价格、折扣、交货时间表和条件、质量标准 and 正常运输条件，作为向任何第三方主承包商供应承诺设备的基准。”

结合各个司法辖区“保证供应”救济措施的内容，执行中重点关注以下几点：

一是明确保证供应的产品或服务范围。保证供应的范围是救济措施的核心内容，直接决定了救济决定执行的边界，因此必须明确且容易识别。一般来说，救济决定中要对该范围予以明确规定，既有效解决竞争关注，也确保在监督执行中保护经营者正常经营活动。

二是明确供应的条件和标准。一般来说，保证供应条款要求遵循非歧视原则。实践中如何判断是否符合该原则较为困难，因此救济决定中也需要确定相对明确的判断标准。从供应对象来看，保证供应的救济一般适用于所有提出相关要求的客户，不宜对供应对象进行限制。

三是明确是否可能存在例外情形。在一些案件中，根据行业惯例或义务人进行供应的特殊要求，有时候义务人会在承诺中明确不需供应的相关情形。例如，在美国诺斯洛普·格鲁门/轨道科学案中明确了不适用的相关情形。

（三）不得捆绑搭售

不得捆绑搭售要求集中后的经营者不得捆绑或搭售某些特定产品。经营者通过合并或收购能够实现迅速扩张，但也可能引发封锁效应。如果相邻市场上的产品之间能够形成组合，那么集中后实体可能会获得将竞争优势从一个市场传导到另一个市场的能力，从而可能在另一个市场获得竞争优势。^{〔23〕}针对这种竞争关注，我国执法机构适用“不得搭售”条件较多。欧美在一些滥用市场支配地位案件中也有类似措施，例如欧盟2005年对可口可乐公司滥用市场支配地位调查的有关裁决内容中涉及不进行搭售的承诺。^{〔24〕}

在此类救济执行过程中，需要注意以下内容：

一是明确不得搭售的产品和区域范围。确定产品范围是执行义务的第一步，因此，在救济决定中必须进行明确规定。同时，根据个案情况不同，不得搭售适用的区域范围也不一样。在救济执行中，区域范围的不同会使义务人履行义务的范围和对象有显著区别，应当根据救济决定要求进行确定。

二是明确相应的交易要求。根据案件具体情况，要求义务人不得搭售的具体交易方式也各有区别。例如，欧盟2005年对可口可乐公司滥用市场支配地位案进行调查中，明确不得利用可口可乐最强的品牌产品来销售不流行产品。可口可乐不得要求仅想要购买一个或更多其热销品牌产品的客户同时购买其他可口可乐产品等。

三是明确是否存在例外情形。在一些案件中，救济决定可能会明确存在“正当理由”，但在有的案件中，救济决定没有例外情形。例如，在英伟达收购迈络思案中，我国执法机构救济决定中

〔23〕 See Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 265 (18 October 2008).

〔24〕 欧盟可口可乐公司滥用市场支配地位案（2005年）中，公司承诺：如果协议中将客户同意采购公司一个或多个饮料产品作为公司向该客户供应公司品牌产品的前提条件，公司将不签署该等协议，或协议里该条款失效；不设立目标或增长回扣。可口可乐不再单纯奖励其消费者购买与之前相比相同或更多数量的可口可乐产品，不再向其客户提供任何折扣。如果可口可乐的客户想要购买碳酸软饮料，这将使其从其他碳酸软饮料供应商处购买产品更加容易；不得利用可口可乐最强的品牌产品来销售不流行产品。可口可乐不得要求仅想要购买一个或更多其热销品牌产品（如：普通可乐或芬达橙味汽水）的客户同时购买其他可口可乐产品（如：雪碧或香草味可乐）。同样地，如果客户承诺与其热销产品一起购买其他产品或为整个产品组保留货架空间，可口可乐将不再向这些客户提供折扣。

没有常见的“没有正当理由”规定；在英飞凌收购赛普拉斯案中，则列出了“没有正当理由”这一前提。对正当理由的判断，一般来说应当在救济决定中明确，如果没有明确，则可以适用《反垄断法》的一般性规定。义务人应当和执法机构提前沟通，评估确定有关情形是否构成“正当理由”，避免因对审查决定的误解而发生违规行为。

（四）保证互操作性

保证互操作性一般要求集中后实体继续保持原有水平的互操作性，确保自身产品之间、自身产品和第三方产品之间的互操作性水平保持一致。保证互操作性的主要目的是确保不因集中一方在某一市场上的优势地位，通过技术层面的封锁传导到其他集中方所在的市场，产生封锁效应。如果封锁效应发生，则竞争者不能与集中后实体在相关市场展开有效竞争。在安谋、捷德和金雅拓组建合营企业等交易中，欧盟和中国均使用了保证互操作性的救济。保证互操作性的执行要求与行业、产品紧密相连。由于涉及行业多为高科技或软件业等，实际执行中需要专业复杂的技术判断。一般而言，保证互操作性救济的执行需要注意以下内容：

一是明确涉及的产品。和其他非剥离救济类似，保证互操作性的执行中首先应当明确适用对象。例如，英特尔/迈克菲案救济中涉及的是使用英特尔 CPU 和芯片组的产品。在我国的博通收购博科案中，涉及的是光纤通道适配器与光纤通道交换机之间的互操作性。

二是互操作性的具体要求，包括程度、方式等。从博通收购博科案和安谋、捷德和金雅拓组建合营企业案看，不同案件中救济决定详略程度不完全一致。在博通收购博科案中，在自用和对外互操作性水平上，我国决定中的表述是“不低于+不歧视”，而欧盟的表述则是“相同”。在安谋、捷德和金雅拓组建合营企业案中，二者各有侧重，欧盟的比较基准更为具体，即：提供给合营企业（或合营企业的其他母公司）的条件与提供给外部其他第三方的条件对比。从公布信息的及时性和获取信息的渠道上，欧盟规定了具体的时间期限和官网公布的要求。在一些案件中，为确保相关产品之间的互操作性处于同一水平，义务人还需要为第三方竞争者的产品互操作性提供必要的支持（如认证支持）。

三是是否需要遵守特定保密要求。由于确保互操作性义务的存在，在一些案件中，义务人有可能取得第三方的相关信息，在这种情况下，还可能负有相应的保密义务，需要对保密信息范围、涉及人员、保密措施等作出规定。

（五）开放救济

开放救济是非剥离救济常见的类型之一。从广义来说，开放使用涉及的范围十分广泛，包括基础设施、网络、平台、知识产权等关键技术等。欧盟委员会《关于可接受的救济通告》指出，在一些案件中，欧委会已经接受了计划授予关键基础设施、网络、关键技术（包括专利、专有技术或其他知识产权）以及关键原材料使用权的救济。^[25] 在开放救济中，除了开放平台、网络等之外，许可使用也是非常典型和重要的一类。我国关于经营者集中限制性条件的规定中，许可通常涉及关键技术，包括专利、专有技术或其他知识产权。许可使用既可以作为一项单独救济措

[25] See Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, (22 October 2008).

施，也常在剥离救济中适用。开放救济的执行重点包括：

一是明确开放救济的有关要求。救济决定一般要明确开放使用的对象、相关服务、条款和条件（如公平、合理及非歧视条款）、评估标准等内容。根据开放对象的不同，条款和条件也会有所不同，一般在救济决定中有明确要求。例如，针对特定第三方、不特定第三方的许可会有所区分，同时是否属于标准必要专利对许可的条款和条件也会有所影响。根据案件情况的不同，可能要求对不特定第三方进行“公平、合理、无歧视”的许可，也可能要求义务人对依赖于知识产权的特定第三方进行排他性的许可。如果目前市场上对许可存在明确的条款和条件，可以依照商业惯例进行；如果市场上没有明确的条款和条件，则该条款和条件（包括定价）应当在承诺中明确规定。同时，如果授予许可向许可方传输竞争敏感信息，还应提出保密方面的要求。在标准必要专利许可中，一般会要求义务人遵守“公平、合理、无歧视”原则，涉及多个方面，例如许可费的协商，转许可条件，仲裁，不得寻求禁令等内容。同时，一些案件还会有公开公示要求。

二是开放救济中的费用问题。实施开放救济的一个难点是如何设定开放的价格和条件。欧盟委员会在研究中发现，开放市场的承诺不能得到有效落实，根本原因是进入条件设计不好，同时这类开放承诺自身的监督难度较大。^[26] 开放救济会包含一个非歧视性的准入条款，但是，准入条款，特别是使用费的确定难度较大。在开放救济的执行中，要注意使用费的设定应当遵循一定的标准和路径，避免过高或过低。如果过低可能导致资产使用率降低，减损义务人的正当权益；但如果过高，则可能导致救济无效。欧盟《关于可接受的救济通告》指出，为了使其有效，这些承诺必须包括对其实施监督所必需的程序性要求，例如为基础设施设立单独账户，以便对涉及的成本进行复核，^[27] 以及适当的监控设置。^[28]

三是开放救济执行中的争议解决。由于开放救济直接面向第三方市场主体，第三方在执行中可以发挥重要作用，同时也较容易产生各类争议。欧盟鼓励通过仲裁机制解决争议，其集中救济通告指出，通常情况下，此类监督应由市场参与者本身完成，例如那些希望得益于承诺的企业。通过仲裁程序使用快速争议解决机制，或通过涉及国家管理机构（如该市场上有该等机构）的仲裁程序可以使第三方自行强制实施承诺。^[29]

总体而言，非剥离救济种类多种多样，具体形式难以穷尽，无法完全列举，需要根据案件的特点和竞争问题具体确定。各个司法辖区会根据案件情况和市场竞争状况做出具体要求。例如，除了前文讨论的非剥离救济外，美国还使用过防火墙、透明义务、禁止报复、禁止特定缔约方式、禁止特定激励安排等。在欧盟，还包括长期排他性合同的变更等。

[26] See DG COMP European Commission, Merger Remedies Study (Public version) 165 (October 2005), available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, last visited on Jun. 9, 2022.

[27] 参见 2002 年 7 月 10 日 COMP/M. 2803-Telia/Sonera 案；2003 年 4 月 30 日 COMP/M. 2903-Daimler-Chrysler/Deutsche Telekom/JV 案。

[28] See Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267, para 66 (22 October 2008),

[29] 参见 COMP/M. 2876-Newscorp/Telepiú 案；COMP/M. 3916-T-Mobile Austria/Tele. ring 案。

四、非剥离救济的监督

（一）非剥离救济的监督成本之辩

在关于救济类型选择的争论中，一个常见的观点是，结构救济之所以优于行为救济，最主要的原因之一是行为救济的监督更加困难。为什么更困难呢？执法机构和学者们认为存在以下一些原因：一是从救济决定本身来看，其表达比较模糊，而且存在内在的不确定性。执法机构作出决定时，难以对未来的市场竞争状况作出全面预测，尤其是经营者的商业行为涉及产品、交易、竞争者等多种复杂因素，导致行为救济往往不能那么精准和明确。二是从义务人角度看，义务人有动机规避救济的实施，也更容易规避救济的实施。对经营者来说，追求利益最大化是其经营目的，而救济措施对经营者的商业活动进行限制，违背其利益最大化追求，经营者从内心更倾向于不遵守救济措施。^[30] 行为救济本身内容较为模糊，商业活动又非常复杂，经营者容易找到机会和方式进行规避。三是从监管机构角度看，行为救济的监督时间长、成本高、监督难度较大。即使通过监督受托人进行监管，也不过是将执法机构的成本转移到了义务人。四是从市场参与者的角度看，信息的不对称性会给投诉举报带来较大难度，义务人和第三方之间的商业关系也会给市场参与者进行监督带来压力。五是从市场整体福利看，行为救济可能导致对市场的过度干预和扭曲，引发腐败俘获。^[31] 即使行为条件能有效解决竞争关注，由于这类救济往往对经营者商业行为长期直接干涉，也可能造成市场竞争的扭曲，降低效率。^[32]

事实上，从经营者集中救济监督的角度看，在实践中剥离救济和非剥离救济的优劣之分并非那么显著。监督执行成本没有预想得高，弊端没有预想得明显。^[33] 经济合作与发展组织(OECD)报告曾经指出，结构救济也不一定总是比行为救济更有效且成本更低。^[34]

第一，从救济设计本身看，无论何种救济都会存在较大的不确定性。非剥离救济的不确定性体现在执行过程中，而剥离救济的不确定性则主要体现在救济效果上。第二，从义务人角度看，无论何种救济，内在本质都是违背经营者商业利益最大化的。义务人都有动机和能力进行规避。而且剥离救济对经营者的商业利益限制更为明显，且一旦完成，执法机构更难判断救济实施中是否存在规避情形。相反，行为救济实施时间长，在面临严格监管的情况下，义务人也更可能遵守自己作出的承诺来避免出现违法行为。第三，从执法机构角度看，无论是对剥离救济或是其他救济的监督，复杂程度和成本主要因个案具体情况而异，而非主要取决于救济类型。例如，剥离救济执行中，如果资产范围、资产存活性、买方选择等任何方面出现意想不到的情况，都可能导致救济实施和监督中需要投入大量精力和成本进行应对。而有的行为救济，反倒可能因为内容简单

[30] See Ken Heyer, *Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers*, 26 (2) *Antitrust* 26, 26-31 (2012).

[31] 参见叶军：《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》，载《中外法学》2019年第4期。

[32] See Ariel Ezrachi, *Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies*, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy Working Paper (L) 13/05, available at https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/ccl_p_l_13_05.pdf, last visited on Mar. 7, 2019.

[33] 参见前引 [31]，叶军文。

[34] See OECD Policy Roundtables 2011, *Remedies in Merger Cases* (2011).

明了而不需要太多监督工作。第四，从监督强度看，剥离救济的监督，尽管总体期限短，但在较短期限内，需要密集全面的监督，例如，剥离救济中当事方和监督受托人可能都需按月报告进展情况。而非剥离救济尽管总体时限较长，但在没有发生违规情形时，往往报告频率较低。例如，有的案件仅按年度提交相关报告。第五，从市场参与者角度看，在剥离救济的实施中，除了潜在买方，其他市场参与者往往很难对剥离救济的程序和效果进行监督。在非剥离救济中则不同，竞争者、客户等其他参与方可能从救济的实施中获益，反而更有动力去监督救济的实施。

当然，和剥离救济相比，非剥离救济的监督确实也面临特殊的困难，这体现在两个方面：一是难以形成统一的标准和做法。非剥离救济的类型多种多样，要求各不相同，因此，很难对如何监督非剥离救济作出总结。相反，剥离救济内容相对统一，程序也基本一致。二是没有成熟的经验可循。欧美等影响力较大的司法辖区优先适用剥离救济，又有较大国际影响力，因此剥离救济的实施和监督已经形成了较为成熟的经验。相比而言，非剥离救济适用的历史不长，主要是影响较小的经济体采用较多，救济类型又纷繁复杂，本身难以进行体系化总结，因此尚未形成成熟经验。当然，这些问题并不源于非剥离救济本身比剥离救济监督难度更大，而在于实践经验的不足。事实上，在经营者集中救济制度实施早期，执法官员和学者对剥离救济的执行也纷纷指出各类难点问题。例如，OECD在2003年关于救济的讨论中，就提出了剥离救济可能面临的种种问题，包括适格买方的选择、资产价值的保持等。^[35]因此，在执法中选择救济时，应当更多考虑案件实际情况和市场竞争特点，而非救济的类型。而且，随着经营者集中审查经验的丰富以及非剥离救济执行经验的的增长，对非剥离救济的监督也会逐步成熟完善。

（二）非剥离救济监督的路径探索

从其他司法辖区经验看，对非剥离救济的监督更多强调个案分析，以及主要监督方式的总结。从原则和方式上看，对非剥离救济的监督可以参照剥离救济。例如，欧盟《可接受的救济通告》中明确，考虑到非剥离承诺的宽泛范围，无法一般性和综合性地就非剥离承诺的执行进行具体规定和要求。但是执行剥离承诺的原则同样适用于其他类型的承诺。例如，如果一项许可的受益人需要得到欧委会的批准，那么将考虑有关批准买方的各种因素。由于非剥离承诺可能在较长的一段时间内持续，同时又较为复杂，在监督这类救济时，需要有一些特定的监督方法，而且可能需要很高的监督成本。^[36]

由于非剥离救济的监督长期且具有持续性，执行和监督过程中必须根据不同的非剥离救济特点，采取不同方式，把握不同重点。例如，对于积极行为救济，义务人在执行中必须按照救济决定要求履行相应义务。对于消极行为救济，义务人应当加强合规培训，促使和确保相关人员不会出现救济决定所禁止的行为。总体而言，考虑到非剥离救济的特点，可以采用以下方式提高救济的有效性，降低监督成本。

一是全面提高救济措施的可操作性。针对不同的非剥离救济，应当在审查决定中明确相应的监督方式、内容和范围。最优的做法是，像剥离救济一样，在审查决定中即对非剥离救济的监督

[35] See OECD, Merger Remedies 27 (2003).

[36] See Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJ C 267 (22 October 2008).

方式、内容、流程等明确做出规定。如果在审查决定中未作出具体规定，在救济决定作出后，执法机构和义务人应当就救济措施如何执行进行详细商讨，并明确如何对救济执行开展监督。如果救济决定本身较为明确，可以按照救济决定的要求开展监督工作；如果救济决定本身较为原则，那么义务人制定详细的操作方案、监督受托人制定详细的监督工作计划则很有必要。通过制定和讨论双方的工作方案，可以对救济决定的理解达成共识，同时明确监督工作的重点、频率和方式等内容。

二是灵活运用各种监督手段和方式。非剥离救济的监督过程中要特别注重监督受托人的使用和管理。由于非剥离救济期限较长，监督受托人的使用和管理非常重要。欧盟在监督非剥离救济中常常采用的方式包括：要求义务人委托监督受托人并监督承诺的执行，在承诺中确立快轨制的仲裁程序，使市场参与者和义务人之间的争议可以快速解决并得到执行。在仲裁过程中，监督受托人也能够提供协助，使仲裁在较短时间内完成，争议得到快速解决。^{〔37〕}同时，还可以根据非剥离救济的特点，采用各种灵活的监督方式。例如，被救济的经营者集中涉及的一般是大型跨国企业，这些企业自身具有较为成熟的流程管理体系和较为严格的合规要求。在非剥离救济实施中，可以充分提高当事方的自主性，将非剥离救济的各项要求纳入当事方合规体系，既能保证救济的有效实施，同时也降低案件的监督成本。

三是充分发挥投诉举报机制的作用。一方面，要提高救济决定的透明度，让市场参与者能够充分了解救济决定对义务人附加的条件和义务，以及进行投诉举报的方式方法。其中，对与条件和义务的履行存在直接利益关系的第三方，义务人应当主动告知其承担的相关义务。另一方面，投诉举报机制的建立和有效运行也可以降低监督成本。例如，对“公平、合理、无歧视”许可等救济的监督中，往往会涉及大量的许可合同。如果执法机构或监督受托人对所有合同逐一审核，既会造成极大的监督成本，也会对当事方的商业活动造成影响。在这种情况下，通过完善社会监督和举报投诉处理制度，能及时侦测到违规行为，也可以大幅降低监督成本。

四是引入有效的争议解决机制。非剥离救济往往容易出现涉及当事方和第三方的争议，在这种情况下，由执法机构或监督受托人进行调查处理往往需要耗费较长的时间，因此，可以引入明确的争议解决机制，如仲裁等，推动争议快速高效解决。多个司法辖区经验显示，在救济中规定仲裁条款可能是非常有用的。仲裁可用于解决救济决定作出时无法适当确定的事项，例如准入费等。同时，也需要规定争议解决程序从而解决救济（例如禁止合同歧视）涉及的各方之间的争议。^{〔38〕}集中后实体可以将与救济实施有关的争议提交仲裁。当救济旨在赋予第三方权利时，仲裁的使用尤其有用。仲裁小组有权向受害方提供私法救济，而主管机构则有权作出公法制裁，例如罚款。欧盟在救济方案中使用仲裁条款有相对长期的专业知识，使用仲裁条款的首起案例可以追溯到1992年（案件 Elf/Aquitaine-Thyssen/Minol）。在韩国，主管机构可以将监督救济合规性

〔37〕 欧盟早期便开始在多处案件中适用监督受托人以及快速仲裁机制。例如2002年7月10日 Case COMP/M.2803 - Telia/Sonera 案；2003年9月2日 Case COMP/M.3083 - GE/Instrumentarium 案；2003年9月29日 Case COMP/M.3225 - Alcan/Pechiney II 案。

〔38〕 See ICN Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, MERGER REMEDIES REVIEW PROJECT Report for the fourth ICN annual conference, Bonn - June 2005.

和有效性的任务交给由竞争对手和客户等感兴趣的第三方组成的委员会。^[39] OECD 报告专门讨论了行为救济监督执行中仲裁条款的使用，并总结了仲裁条款的“标准”特征：（1）采用“快轨程序”。为了反映此类程序的紧迫性，在这种情况下，仲裁条款往往会规定较短的提交文件期限，同时要求仲裁庭尽可能缩短诸如听证、作出裁决等程序的时限。仲裁的时间表通常非常快。（2）受托人的协助。如果仲裁各方同意，仲裁庭通常有权在程序的所有阶段向监督受托人寻求帮助。当事人也可以要求受托人担任调解员，以便在重新提交仲裁庭之前解决争议。受托人也可以成为仲裁庭所处理问题的专家证人。（3）初步证据规则。许多仲裁条款规定，第三方只需要对案件提出初步证明。因此，如果第三方受益人可以对案件提出初步证明，而集中后实体不能提供相反证据时，仲裁庭必须作出有利于受益人的裁决。（4）主管机构的作用。仲裁条款应允许主管机构成为仲裁程序的积极参与者，即使是在主管机构主动发起时，例如，提交关于特定问题（如承诺的解释）的法庭之友函。仲裁庭也可以寻求主管机构的协助，例如要求提供与仲裁庭裁决有关的信息。获得此类信息肯定有助于有效和迅速完成仲裁程序。（5）公开要求。主管机构应有权发布仲裁裁决的非保密版本。这与仲裁程序严格的私密性和保密性有很大不同，仲裁程序通常没有关于仲裁裁决的公开要求。^[40]

五是保持非剥离救济实施的灵活性。非剥离救济的实施是一个持续而动态的过程。在救济实施中，市场情况可能不断发生变化。这要求非剥离救济的实施具有相应的灵活性，在不同的情况下监督重点有所不同，同时根据市场竞争状况不断调整具体措施。如果市场竞争状况发生了变化，还应当进行复审。复审既能保障当事方的利益，也可以确保救济实现其应有目的。例如，如果市场竞争状况发生变化，可能原有的救济不再必要，这时可以提前解除相关义务。同时，也要进一步完善合规制度，对义务人未能履行条件或义务的行为严格查处，增强威慑力，包括变更原有的限制性条件，以确保达到救济的效果。

五、结 语

经营者集中审查制度的有效性和权威性依赖于经营者集中救济的实施。经营者集中救济的实施是经营者集中审查的最后一道屏障，是整个经营者集中制度真正发挥效力的保障。事实上，无论经营者集中救济确定得如何完美，如果不能按照决定予以落实，就会变成一纸空文。尽管欧美等司法辖区剥离救济使用较多，从救济实施角度而言，剥离救济和非剥离救济并无优劣之分，从救济设计、义务人、执法机构、监督强度或者市场参与者的角度看，剥离救济并不比非剥离救济具有天然优势。目前，常用的非剥离救济有保持独立性、保证供应、不得捆绑搭售、保证互操作性、开放救济等各种类型，不同类型的救济措施执行中都具有自身特点，可以根据其特点采取不同方式，把握不同重点。同时，要加强对非剥离救济监督经验的总结，不断提高监督工作有效性、降低监督成本。例如，可以全面提高救济措施的可操作性，灵活运用各种监督手段和方式，

[39] See OECD Policy Roundtables 2011, Remedies in Merger Cases (2011).

[40] See OECD Policy Roundtables 2011, Remedies in Merger Cases (2011).

充分发挥投诉举报机制的作用，引入有效的争议解决机制，保持非剥离救济实施的灵活性等。我国《反垄断法》实施以来，经营者集中审查制度已经基本建立，我国已经成为全球三大反垄断执法主要辖区之一，在经营者集中救济实施方面也积累了诸多案例和经验，尤其是在非剥离救济的执行和监督方面具有鲜明特点，可以通过进一步梳理完善相关制度，充分发挥经营者集中制度的作用，在国际竞争规则制定中贡献更大力量。

Abstract: Merger remedies are often categorized as structural remedies and behavioural remedies, or divestiture and non-divestiture remedies. From the perspective of enforcement of merger remedies, divestiture remedies are not necessarily better than non-divestiture remedies. The main obstacles facing the enforcement of non-divestiture remedies are that it is hard to form unified standards and there is no mature experience to follow. At present, the commonly used non-divestiture remedies include hold-separate, supply requirements, no bundling, interoperability clause, and granting of access, etc.. Different types of non-divestiture remedies have their own characteristics in implementation. To more effectively enforce non-divestiture remedies and reduce monitoring cost, it is necessary to strengthen the operability of remedies, flexibly use various kinds of supervision means and methods, form clear and effective complaint and reporting mechanism, introduce effective dispute resolution mechanisms, and be flexible during the enforcement process.

Key Words: concentration of undertakings, non-divestiture remedies, divestiture remedies

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)