

# 经营者集中救济“防火墙” 措施的实施与监督

李 鑫\*

## 目次

- |                     |                  |
|---------------------|------------------|
| 一、“防火墙”救济措施的含义与主要类型 | 四、“防火墙”救济措施的监督机制 |
| 二、“防火墙”救济措施的适用场景    | 五、结语             |
| 三、“防火墙”救济措施的实施机制    |                  |

**摘要** 防火墙是附加限制性条件实施经营者集中案件中常用的救济措施,指义务人及集中后实体为控制竞争性敏感信息的反竞争流动设置的信息隔离机制。防火墙主要表现为信息的直接隔离与间接隔离,其既可以作为独立的行为性救济措施预防封锁效应和协调效应,也可以用于保障“保持独立运营”条件的落实及剥离资产的独立性。实施与监督是防火墙应用中的两个核心面向。不过,防火墙的实施存在指引性不强、方式模糊的问题,还具有损害合并效率的风险,需要在广泛适用防火墙指南手册的基础上优化防火墙实施方式,并设置有限制的防火墙“白名单”。防火墙的监督机制则面临监督主体适格性存疑、监督方式模糊以及监督效果差的困境。对此,可以设置专门的防火墙监督小组、严格筛选监督主体,进一步完善监督方式,并由执法机构加强对监督工作的管理。

**关键词** 经营者集中 防火墙 救济措施 信息 反垄断

在经营者集中案件的两种处理决定中会出现救济措施,一是在经营者违反规定进行集中案件的行政处罚决定书中,二是在附加限制性条件批准集中的审查决定公告中。在第一种情况中,救济措施用以恢复由于企业擅自实施集中造成的竞争损害;在第二种情况中,救济措施用以防止后续集中可能会造成的竞争损害。救济措施分为行为性救济与结构性救济,防火墙是行为性救济的一种,多被使用于附加限制性条件集中案件中。同时,防火墙也可以用于结构性救济中,以保障结构性救济的落实。

防火墙措施(firewall provisions & firewall measures)是一种信息隔离机制。在我国经营者集中附加限制性条件的实践中,“防火墙”是用来表示信息隔离措施的官方用语,反垄断执法机构在

\* 中国政法大学民商经济法学院博士研究生。本文系国家社会科学基金一般项目“个人信息的竞争法保护疑难问题研究”(项目编号:23BFX186)的阶段性成果。

多个案件的审查决定公告里直接使用了“防火墙”表述。<sup>〔1〕</sup>在美国也是如此,美国联邦贸易委员会(以下简称FTC)在同意令、最终判决等官方文件中直接使用“防火墙”<sup>〔2〕</sup>一词。一般而言,企业的合作关系不可避免地伴随着商业信息共享。当上下游合作伙伴交换信息时,他们的合作关系得到加强;当竞争对手交换信息时,他们可能会达成较为稳固的竞争联盟。但在经营者集中案件中,交换信息的行为可能会使一方从另一方获得通过正常经营难以获得的竞争性敏感信息,这种信息传递会减少竞争和创新激励,造成竞争损害。为预防、消除这种竞争损害,反垄断执法机构往往会要求集中企业设立防火墙机制来阻止竞争性敏感信息的传递。防火墙在经营者集中案件中得到了广泛的应用,美国司法部2004年发布的《合并救济政策指南》将防火墙条款与公平交易条款、透明度条款并列为三种常见的行为性救济措施。<sup>〔3〕</sup>我国反垄断执法机构也在多个附加限制性条件集中的案件中设置了防火墙措施。在数字经济中,信息和信息技术对经济实体发展的重要性日益提升,反垄断执法机构越来越注重披露竞争性必要信息,并且阻止经营者从实际或潜在竞争对手处获得竞争性敏感信息,防火墙条款也被更多适用。

防火墙实施与监督的复杂性要求细致的实施与监督机制。作为一种典型的行为性救济,防火墙也当然具有行为性救济的固有缺陷——需要长时间且持续地实施与监督并根据执行情况、市场状况不断调整,这给义务人与执法机构都带来了不小的压力。上述美国2004年版《合并救济政策指南》中表示“防火墙的监督与执行需要反垄断司与法院花费大量时间和精力”,<sup>〔4〕</sup>在2011年版《合并救济政策指南》中则指出“防火墙需要进行有效的监控,以确保规定得到遵守并有效”。<sup>〔5〕</sup>欧盟委员会在2005年发布的《合并救济研究》中提到,“防火墙是一项复杂的任务,往往需要技术支持、仔细的规划以及一丝不苟的执行”。<sup>〔6〕</sup>

但在实践中,防火墙的实施与监督往往缺乏明确指引。执法机构对防火墙的具体实施机制多以原则性表述一带而过,防火墙由谁监督、怎么监督的问题也鲜有提及,这造成了防火墙实施与监督规定较为模糊、指引性不强等问题。实践中对防火墙条款效用的质疑始终存在。而由于防火墙实践性较强的特征,学界关于其研究始终较少。实践的常用呼吁更为详细的防火墙实施指引与更为

〔1〕 例如在希捷收购三星电子案中,商务部在审查公告中要求“在三星产品定价销售团队与希捷其他产品定价销售团队之间建立防火墙,防止双方交换竞争性信息”。参见《关于附条件批准希捷科技公司收购三星电子有限公司硬盘驱动器业务反垄断审查决定的公告》,载中华人民共和国商务部网站2011年12月12日, <http://www.mofcom.gov.cn/article/zcfb/zcdwmy/201112/20111207874295.shtml>。在高意收购菲尼萨案中,国家市场监督管理总局在审查决定中要求“为确保上述业务相互独立并保持竞争,高意和菲尼萨就相关人员、竞争性敏感信息、办公场所和办公信息系统等设置防火墙”。参见《市场监管总局关于附加限制性条件批准高意股份有限公司收购菲尼萨股份有限公司股权案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站2019年9月24日, [https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgnr/fldj/art/2023/art\\_2077223eac9642058d00418ed1871ffc.html](https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgnr/fldj/art/2023/art_2077223eac9642058d00418ed1871ffc.html)。

〔2〕 Staple/Essendant 案中,FTC 要求应诉人建立并维护一个合规计划,合规计划中包括:1. 建立和维护适当的防火墙、保密保护、内部实践、培训、通信、协议以及系统和网络控制和限制…… See Sycamore Partners II, L.P., Staples, Inc. and Essendant Inc., In the Matter of, <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/181-0180-sycamore-partners-ii-lp-staples-inc-essendant-inc-matter>.

〔3〕 See U.S. Department of Justice Antitrust Division, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, 2004, p. 20.

〔4〕 Ibid., at 22 - 23.

〔5〕 U.S. Department of Justice Antitrust Division, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, 2011, p. 13 - 14.

〔6〕 Merger Remedies Study (Public Version), European Commission (2005), p. 61 - 66, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f7587298-1d1f-4396-8cca-4735b7efab97/language-en>.

细致的防火墙监督机制。因此,本文在厘清防火墙含义与主要类型的基础上,说明防火墙的适用场景,总结防火墙实施与监督中的困境,试图提出能够有效实现防火墙预置效用的实施与监督机制。

## 一、“防火墙”救济措施的含义与主要类型

由于缺乏清晰的指引,防火墙的含义与具体表现并不清晰。相关主体在执行防火墙条款的时候也存有疑惑。因此,要想深入挖掘防火墙的实施与监督机制,首先要明确防火墙的定义与主要类型。

### (一)“防火墙”救济措施的含义

虽然防火墙在不同案件中的表现有所不同,但通过多个案例的实践经验,能够概括出防火墙的实施主体与针对客体。

防火墙的实施主体包括但不限于集中义务人。<sup>〔7〕</sup>根据我国《经营者集中审查规定》第44条第1款,<sup>〔8〕</sup>义务人是实施限制性条件及履行相关义务的主体。但企业进行经营者集中的行动可能是合并一条或几条业务线、合并整个公司,或共同设立一个新公司。集中双方之间,集中后实体的不同业务之间,集中双方与集中后实体之间,集中后实体与因合并具有关联关系的经营者之间等,都存在共享信息的可能性。因此,仅由义务人设置并实施信息隔离机制是远远不够的。在实践中,执法机构往往还会要求集中后实体设置防火墙,承担起保密等相关义务。<sup>〔9〕</sup>因此,应明确防火墙的实施主体为义务人以及集中后实体,此处的集中后实体包括吸收合并后的实体以及新设合营企业等等。

防火墙的针对客体为竞争性敏感信息。在我国执法机构发布的官方文件中,除了直接提出要求设立防火墙,防火墙义务也通常表达为“不得沟通、交换、披露竞争性信息”“防止交换竞争性敏感信息”,虽较为概括,但指明了防火墙防控的客体为竞争性敏感信息。需要明确的是,这里的竞争性敏感信息是一个概括性的概念,指防火墙要防控的所有信息的总称,包括成本、价格、客户、竞标等信息,在不同案件中所涵盖的范围有所不同。也即,一切隔离措施均是为了隔离竞争性敏感信息。在我国部分案件文书的表述中,对竞争性敏感信息存在手段与目的的混用。例如在卡哥特科收购德瑞斯案<sup>〔10〕</sup>以及高意收购菲尼萨案<sup>〔11〕</sup>的审查决定中,关于防火墙条款的表述均为

〔7〕《经营者集中审查规定》第13条第1款规定:“通过合并方式实施的经营者集中,合并各方均为申报义务人;其他情形的经营者集中,取得控制权或者能够施加决定性影响的经营者为申报义务人,其他经营者予以配合。”

〔8〕《经营者集中审查规定》第44条第1款规定:“对于附加限制性条件批准的经营者集中,义务人应当严格履行审查决定规定的义务,并按规定向市场监管总局报告限制性条件履行情况。”

〔9〕如在科天收购奥宝科技股权案中,市场监管总局要求“科天、奥宝科技及集中后实体应对……信息采取保护措施”。《关于附加限制性条件批准科天公司收购奥宝科技有限公司股权案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站2019年2月13日,[https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/ftj/art/2023/art\\_151b76b3ed9d494d9b33e4076d61a6be.html](https://www.samr.gov.cn/fldes/tzgg/ftj/art/2023/art_151b76b3ed9d494d9b33e4076d61a6be.html)。

高意收购相干公司案中,承诺方案明确“交易双方和集中后实体承诺对第三方制造商的竞争性敏感信息采取保护措施”。《关于附加限制性条件批准高意股份有限公司收购相干公司股权案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站2022年6月28日,[https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/ftj/art/2023/art\\_c6b54fd7df944b5c83da413d4d91b921.html](https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/ftj/art/2023/art_c6b54fd7df944b5c83da413d4d91b921.html)。

〔10〕参见《关于附加限制性条件批准卡哥特科集团收购德瑞斯集团部分业务案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站2019年7月12日,[https://www.samr.gov.cn/cms\\_files/filemanager/samr/www/samrnew/jzxts/tzgg/ftj/zj/201907/t20190712\\_303428.html](https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/samrnew/jzxts/tzgg/ftj/zj/201907/t20190712_303428.html)。

〔11〕参见《关于附加限制性条件批准高意股份有限公司收购菲尼萨股份有限公司股权案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站2019年9月23日,[https://www.sac.gov.cn/cms\\_files/filemanager/samr/www/samrnew/fldes/tzgg/ftj/202204/t20220424\\_342138.html](https://www.sac.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/samrnew/fldes/tzgg/ftj/202204/t20220424_342138.html)。

“就……相关人员、竞争性敏感信息和办公场所等设置防火墙”，此种表述将人员、竞争性敏感信息与办公场所并列列为防火墙的设置场景。但实际上，竞争性敏感信息是防控目的，其载体是人员、场所、硬件、软件等等，对人员与办公场所等的隔离是防控手段。若将他们并列，则会产生目的与手段的混淆，不利于对防火墙措施的理解。

综上所述，防火墙可以定义为：义务人及集中后实体为控制竞争性敏感信息的反竞争流动，在由集中而产生关联关系的经营者之间、在经营者的不同业务之间设置的信息隔离机制。

## （二）“防火墙”救济措施的主要类型

防火墙的客体为竞争性敏感信息，信息的传播需要载体，企业的竞争性敏感信息能够通过载体在线上、线下广泛传播。从当前实践来看，公司内部信息传递的形式多种多样，这也决定了竞争性敏感信息的隔离要从多个方面入手。截至2024年2月1日，我国反垄断执法机构已经发布60件附加限制性条件批准集中的案件，其中18件包含防火墙措施（见表1）。结合域内外经营者集中案例中防火墙的实践经验，能够看出，防火墙主要包括以下几种类型：

### 1. 竞争性敏感信息的直接隔离

竞争性敏感信息的直接隔离表现为信息的单独存放。企业办公信息系统中流动的信息不仅包括竞争性敏感信息，也包括其他商业信息。为更精准地实施防火墙，可以将企业需要隔离的竞争性敏感信息提取出来，存放于一个单独的数据库中。例如在Google并购Fitbit案中，谷歌向欧盟委员会承诺将Fitbit的数据与其他所有用于广告的谷歌数据分开存储，不会将来自Fitbit和其他可穿戴设备的数据用于谷歌广告。<sup>[12]</sup>信息的单独存放分为电子信息与纸质文件的存放，对于电子信息，既可以建立单独的数据库，也可以将其存放于独立的硬件系统中，并设置获取、使用权限。例如在高意收购相干案中，附加限制性条件承诺方案中明确“将第三方制造商的竞争性敏感信息存放于独立的硬件系统中，并采取访问控制措施以保护该等竞争性敏感信息的保密性”。<sup>[13]</sup>对于纸质文件，则要在空间上隔离，将其放置于安全、单独的场所内。

### 2. 竞争性敏感信息的间接隔离

#### （1）人员的隔离

企业的工作人员是竞争性敏感信息的传播者、使用者，他们能够将获取到的信息转换成商业利益。工作人员的基数大，流动性、灵活性强，对其的隔离手段也需更为复杂。实践中，对于人员的隔离一般先“分类别”，再“设义务”（包括积极义务与消极义务）：

其一，管理层的隔离。在防火墙的实施中，企业管理层应能起到示范、带头作用。对董事、高级管理人员等管理层的隔离主要表现为任职的限制，其他业务线及关联企业的管理层不能在被隔离的竞争性敏感信息所在业务线或公司任职，反之亦然。此外，竞争性敏感信息所在业务线或公司的管理层同样负有保守相关信息的义务。

其二，授权员工的隔离。在公司正常商业运转下，一部分员工因日常工作必然会接触到竞争性敏感信息，一部分员工则不时有合理理由需要接触到竞争性敏感信息，这些员工往往会获得访问、接收、使用此类信息的授权，统称为授权员工。授权员工应不能向未授权员工披露竞争性敏感信息，受有在一定范围及一定期限内的任职限制。在此基础上，也有案件中直接将涉竞争性敏感信

<sup>[12]</sup> Case M.9660 — GOOGLE/FITBIT, Brussels, 17.12.2020, C(2020) 9105 final, para. 859.

<sup>[13]</sup> 见前注[9]，《市场监管总局关于附加限制性条件批准高意股份有限公司收购相干公司股权案反垄断审查决定的公告》。

信息的团队分离,分离团队是隔离授权员工更为彻底的一种方式。<sup>[14]</sup>

其三,第三方工作人员的隔离。前两种人员都是企业内部人员,但企业在履行限制性条件过程中,可能会委托一些第三方工作人员来从事专业性工作,如第三方审计人员、监督受托人、剥离受托人等。第三方工作人员为企业外部人员,在一定期限内基于委托关系协助企业推进条件实施,会接触到部分竞争性敏感信息。第三方工作人员应将所获信息保密处理,不能透露给未授权方。

### (2) 办公信息系统的隔离

企业的办公信息系统中包含企业的工作成果信息、交流类信息(如微信聊天、电子邮件)等,竞争性敏感信息蕴含其中。首先,隔离办公信息系统需要为其设置网络安全意义上的防火墙,<sup>[15]</sup>即通过技术筛除出未经授权的流量并禁止其进入,从而隔离公司内部办公网络与公用网络。在花园与帝斯曼新设合并案的审查决定中,执法机构要求“帝斯曼和花园不得获得合营企业办公信息系统的用户权限”<sup>[16]</sup>,就是典型的对办公信息系统的隔离。其次,办公信息系统的隔离要与人员的隔离相结合才能发挥实效。企业要明确能接触竞争性敏感信息的人员名单,并为办公信息系统设置接入权限,防止未授权人员进入,限制接入的存储设备及硬件。如在博通收购博科股权案中,限制性条件的最终方案明确“不同团队必须使用相互分离且互不相通的存储与硬件接入系统”。<sup>[17]</sup>

### (3) 场地的隔离

防火墙应包括实体场地(生产场地及办公场所)的访问限制,以保护关涉竞争性敏感信息的硬件设施、人员等。最为理想的场地隔离状态是单独建筑物,但这一点往往很难做到。因此,较为常见的做法是设置安全访问受限的单个、多个房间或单独的楼层,这些场地必须位于企业的安全位置,并设置出入权限。

表 1 截至 2024.02.01 我国办理的附加限制性条件批准集中案件中附加防火墙的案件汇总

序号	案 件 名 称	防火墙实施方式
1	通用汽车收购德尔福(2009.09.28)	未具体说明
2	松下收购三洋(2009.10.30)	未具体说明
3	希捷收购三星电子(2011.12.12)	人员的隔离机制: 授权人员数量限制
4	汉高香港与天德化工组建合营企业(2012.02.09)	未具体说明

[14] 参见《关于附加限制性条件批准博通有限公司收购博科通讯系统公司股权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网站 2017 年 8 月 22 日, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201708/20170802632065.shtml>。

[15] 网络安全意义上的防火墙是指作为一道屏障防止未经授权信息进入内部系统的隔离机制,其是一种无形的网络安全系统。参见宿洁、袁军鹏:《防火墙技术及其进展》,载《计算机工程与应用》2004 年第 9 期,第 147—149、160 页。

[16] 《关于附加限制性条件批准浙江花园生物高科股份有限公司与皇家帝斯曼有限公司新设合营企业案反垄断审查决定的公告》,载国家市场监督管理总局网站 2019 年 10 月 18 日, [https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/fjtpz/art/2023/art\\_f6f834d7c2734326b18457533a2d42ce.html](https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/fjtpz/art/2023/art_f6f834d7c2734326b18457533a2d42ce.html)。

[17] 见前注[14],《关于附加限制性条件批准博通有限公司收购博科通讯系统公司股权案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

续 表

序号	案 件 名 称	防火墙实施方式
5	西部数据收购日立储存(2012.03.02)	未具体说明
6	丸红并购高鸿(2013.04.23)	未具体说明
7	联发科技吸收合并开曼晨星(2013.08.27)	人员的隔离机制: 任职限制、书面承诺、薪资措施独立
8	博通收购博科股权(2017.08.22)	1. 数据的分别储存(通过软件、硬件) 2. 人员的隔离机制: 授权员工任职限制、团队及部门分离、白名单
9	加阳公司与萨斯喀彻温钾肥公司合并(2017.11.06)	未具体说明
10	科天收购奥宝科技(2019.02.13)	1. 人员的隔离机制: 签署保密协议、定期培训、授权员工任职限制、白名单 2. 设置单独数据库
11	卡哥特科收购德瑞斯(2019.07.12)	1. 人员的隔离机制: 授权人员任职限制、保密义务、培训 2. 办公信息系统分离 3. 场地的隔离机制: 办公场所分离 4. 义务人制定防火墙指南手册
12	高意收购菲萨尼(2019.09.23)	1. 人员的隔离机制: 授权人员任职限制、保密义务、培训 2. 办公信息系统分离 3. 场地的隔离机制: 办公场所分离 4. 义务人制定防火墙指南
13	浙江花园与帝斯曼新设合并(2019.10.18)	1. 人员的隔离机制: 授权人员任职限制、保密义务、培训 2. 办公信息系统分离 3. 场地的隔离机制: 办公场所、生产场地和设施的分离 4. 建立反垄断合规制度, 制定防火墙操作手册
14	英伟达收购迈络思(2020.04.16)	1. 人员的隔离机制: 保密协议、白名单、培训、人员流动限制、团队分离 2. 分别存储于独立且不相通的硬件系统中
15	超威收购赛思灵(2022.01.27)	1. 人员的隔离机制: 保密协议、白名单、培训 2. 分别存储于独立且不相通的硬件系统中
16	高意收购相干(2022.06.28)	1. 人员的隔离机制: 保密协议、白名单、培训、任职限制 2. 分别存储于独立硬件系统中, 采取访问控制措施
17	上海机场收购东航物流(2022.09.14)	1. 人员的隔离机制: 竞业禁止、保密义务 2. 办公信息系统分离 3. 场地的隔离机制: 办公场所、生产场地和设施分离 4. 制定反垄断合规和防火墙操作手册
18	博通收购威睿(2023.11.21)	1. 人员的隔离机制: 保密协议、白名单、培训、处罚 2. 单独储存在相隔离的硬件系统中

注: 商务部前期办理的部分附加限制性条件批准集中案件仅公布审查决定, 无法得知防火墙实施方式

## 二、“防火墙”救济措施的适用场景

企业集中行为可能导致协调效应、封锁效应,在一些案件中,这两种效应的产生“得益于”企业之间交换敏感信息的活动。也就是说,当竞争性信息交换行为有助于集中双方、集中后实体排除、限制竞争,且该项集中可以被附条件批准时,执法机构可能附加防火墙以限制或阻断竞争性敏感信息的流动。这是防火墙适用的总体条件,即存在需要被隔离开的竞争性敏感信息。具体而言,若集中过程中的信息交换使得集中可能产生的排除、限制竞争效果影响了上游或下游市场的竞争,则执法机构很可能在审查决定中附加防火墙措施。

防火墙在多种附加限制性条件的经营者集中案件中得到了应用。美国与欧盟的防火墙适用场景存在差异。在欧盟,防火墙也被称为围栏义务(ring-fencing obligations),围栏义务是通过切断被剥离业务与卖方之间的所有信息交换来保护被剥离业务的措施。<sup>[18]</sup> 欧盟的防火墙仅适用于横向合并案件的资产剥离措施中。美国的防火墙措施则多适用于纵向及其他非横向的集中案件中,但在资产剥离案件中也会作为保障手段出现。在我国现有实践中,防火墙的适用场景与美国更为类似。

### (一) 防火墙作为独立的行为性救济措施

为维持商业活动的正常开展,上下游公司往往会通过技术共享协议等形式披露一部分必要信息。试想一个在上游具有主导地位的公司与三个下游公司(在同一相关市场上)中的一个合并,那么合并后的上游公司可能与下游公司共享信息,从而导致封锁效应,减少相关市场上的竞争。在 Raytheon/Chrysler 合并案中,FTC 认为,这次集中会为 Raytheon 提供获取竞争对手的投标策略的途径,从而减少预定采购海底高数据速率卫星通信终端的竞争。<sup>[19]</sup> 获得竞争对手成本信息使得企业能够对应调整、优化自身的生产经营,从而制定更具有竞争力,更吸引消费者的营销策略。在 Boeing/Rockwell 合并案中,FTC 认为一个令人担忧的问题是创新可能会被扼杀,因为集中后实体可能会搭竞争对手创新的便车。<sup>[20]</sup> 可以见得,竞争性敏感信息流动不当增加了信息获取方的市场力量,能够便利其将竞争对手排挤出市场,也提升了相关市场的进入壁垒。

上游公司与下游公司分享的信息,若传递给与下游公司交易的其他上游公司,也可能引发协调效应。例如在 Pepsi Bottling Group, Inc. (PBG)/Pepsi Americas, Inc. (PAS) 合并案中,FTC 称 PBG 可能利用其新收购的装瓶部门来获取 Dr Pepper Snapple 集团(PBG 的主要竞争对手之一)的营销和品牌计划。<sup>[21]</sup> 这类需求信息的获得可能会促使 PBG 调整自身的经营行为,在多个方面与竞争对手保持一致,从而达成隐秘的共谋,长远来看会损害行业内的有序竞争并损害消费者的利益。因此,防火墙被应用于经营者集中案件中,以确保合并方不能获取其竞争对手的商业敏感信息。

### (二) 防火墙用于保障“保持独立运营”条件

防火墙可以作为经营者集中案件中保障“保持独立运营”条件的行为性救济措施。为防止、消除

[18] See Merger Remedies Study, *supra* note [6].

[19] See Announced Actions for September 10, 1996, FTC (Sept. 10, 1996), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1996/09/announced-actions-september-10-1996>.

[20] See Boeing Company to Settle Charges in Rockwell Acquisition, FTC (Dec. 5, 1996), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1996/12/boeing-company-settle-charges-rockwell-acquisition>.

[21] See FTC Puts Conditions on PepsiCo's \$7.8 Billion Acquisition of Two Largest Bottlers and Distributors, FTC (Feb. 26, 2010), <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2010/02/ftc-puts-conditions-pepsicos-78-billion-acquisition-two-largest-bottlers-distributors>.

纵向集中产生的竞争损害,执法机构在较多情况下会附加保持相关业务独立运营的条件。“保持独立运营”是《经营者集中审查规定》第40条中规定的一种行为性条件,<sup>[22]</sup>在我国审查决定中通常表述为“在相关市场上维持……作为一个独立竞争者而存在”“维持……与……的分持与独立”。

防火墙为保障“保持独立运营”条件的救济措施之一。义务方与集中后实体需要为保持独立的企业设置防火墙,或在分持的两个及多个企业之间、多种业务之间分设防火墙。在希捷收购三星电子案、丸红并购高鸿案、西部数据收购日立储存案、花园与帝斯曼新设合并案等案件的审查决定公告中,防火墙措施都出现在“保持……业务独立运营”的条件项下。“保持独立运营”条件虽可能不会在案件附加限制性条件的整体期间内存续,但一般也以年为计量单位,持续时间较长。这也决定了其中的防火墙措施在至少一年及以上的期限内存续。<sup>[23]</sup>

### (三) 防火墙用于保障剥离资产的独立性

行为性救济措施与结构性救济措施并非平行适用关系,二者往往在多个案件中相结合,共同助力于救济竞争的目标。防火墙条款也能够适用于资产剥离的过渡期,以保障剥离资产的独立性与可存活性。企业实施横向合并以增强在相关市场中的市场份额,消灭竞争对手,执法机构为防止企业一家独大,避免形成垄断的市场结构,可能要求企业剥离相关资产。剥离资产被适格买方购买后,应可以长期与合并后企业进行有效竞争。<sup>[24]</sup>因此,剥离资产的独立性与可存活性是剥离成功的重要指标。

剥离资产与关联方传递竞争性敏感信息会大大减弱其在相关市场中作为独立竞争者的能力,从而降低买方通过购买剥离资产的获利。影响剥离资产独立性最重要的因素是各方对其行为施加的妨碍剥离业务独立的负面影响,如在剥离的过渡期内,若卖方或其他关联方与剥离资产办公信息系统、工作人员、工作地点存有交叉等,则说明剥离资产独立运营的能力较差。防火墙条款的实施则能够切断卖方及其关联经营者与剥离资产的竞争性敏感信息传递,保护剥离资产,以便尽快恢复剥离资产在相关市场的独立竞争地位。

## 三、“防火墙”救济措施的实施机制

虽防火墙越来越多地应用于经营者集中的救济中,但防火墙实施仍然是一项复杂的任务,需要技术能力、严谨规划与严格地执行。这也使得实施防火墙成为实践中一个争议很大的问题。

### (一) “防火墙”的实施指引

#### 1. 防火墙实施的模糊性

在很多案件中,防火墙的实施缺乏明确指引。一些案件中的防火墙条款仅有只言片语,为义

<sup>[22]</sup> “保持独立运营”要求通过经营者集中已经实现法律一体化的不同经济力量,在特定期限内仍然各自保持经济上的独立,作为独立的竞争力量在市场上运营。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》2017年第1期,第220页。

<sup>[23]</sup> 如在希捷收购三星案中,整体限制性条件的实施期限虽未明确,但商务部提出在决定实施12个月之后,当事方可以提出解除保持独立运营条件的申请。见前注[1],《关于附条件批准希捷科技公司收购三星电子有限公司硬盘驱动器业务反垄断审查决定的公告》。丸红公司收购高鸿案以及西部数据收购日立存储案中也是一样的做法,不过期限延长到了24个月。参见《关于附加限制性条件批准丸红公司收购高鸿公司100%股权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网站2013年4月22日,http://www.mofcom.gov.cn/article/b/fwzl/201304/20130400100765.shtml。

<sup>[24]</sup> See Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

务人留下了如何实施、从哪些方面实施防火墙的实践问题,我国的防火墙实施中也存在这样的问题,特别是在较早期附加限制性条件实施集中的案件中。通用汽车收购德尔福案中,商务部仅提到三种不同主体竞争性敏感信息的保密义务,没有说明实施机制。<sup>[25]</sup> 丸红并购高鸿案中,商务部仅要求独立运营的公司之间“不得交换竞争性信息”。<sup>[26]</sup> 也有一些案件中,防火墙的规定超越了简单的一句话条件,但仍然缺乏细致的指引。如希捷收购三星电子案中,商务部对独立运营团队与其他业务之间的信息“汇报机制”做了较为细致的指导,但止步于此,未对其他人员、团队等的防火墙义务做出规定。<sup>[27]</sup>

## 2. 提升防火墙实施指引性的路径

防火墙指南手册应得到普遍适用。从卡哥特科收购德瑞斯案件开始,我国执法机构公开的附加限制性条件实施方案中开始出现防火墙指南手册。美国也有类似的制度,称为“防火墙合规计划”。防火墙指南手册若得到贯彻落实,能够有效解决实践中防火墙实施指引性不强的问题,但从目前执法机构公开文件的情况看,防火墙指南手册并非在每一个要求设立防火墙的案件中出现。而虽不同案件所处行业存在差异,对防火墙的要求也有不同,但防火墙实施的复杂性本质不会改变,义务人必须设计精细的实施方案才能在最大限度上满足防火墙指令的要求。因此,防火墙指南手册应普遍应用于适用防火墙的集中案件中,作为“一般”规则而非“例外”。

防火墙指南手册应进一步细化,并作为附加限制性条件实施方案的一部分。目前附加限制性条件实施方案中提到的防火墙指南手册,只是笼统地表明“制定严格的防火墙指南手册”,忽略了对其内容的细化。基于公开材料的有限性,防火墙指南手册的内容是否完备、能否达到执法机构要求以及是否起到了实效均存疑。而在FTC的部分案件中,防火墙合规计划有细致的规定。如在Staple/Essendant案中,FTC要求义务人“在监督员的建议、协助和批准下,建立并维护一个合规计划,该计划应包括程序、要求以及访问和数据控制系统的开发、实施和维护……”<sup>[28]</sup>细致的规定能够规范企业实施防火墙的行为,防止企业仅在表面上履行义务而实质互通敏感信息,或设置力度较弱、效果较差的防火墙措施。因此,可以在借鉴FTC做法的基础上,结合我国实际,在带有防火墙条款的审查决定中要求企业制定详细的防火墙指南手册。防火墙指南手册具体内容则应在附加限制性条件实施方案中明确,并交市场监管总局审查批准后实施。

### (二) “防火墙”的实施方式

#### 1. 防火墙实施方式的问题

随着反垄断执法实践的发展进步,防火墙措施的实施方式也在逐渐完善。除商务部早期办理的几个案件,我国反垄断执法机构均通过审查决定公告、最终救济方案、公开附加限制性条件承诺方案的方式对防火墙做了不同程度的细化,但仍存在很大的优化空间:

其一,直接隔离机制极少得到应用。防火墙在一个案件中较为理想的实施方式为:直接与间接隔离机制相结合,直接隔离机制为主,间接隔离机制为辅。但在我国现有的防火墙实践中,公开资料

<sup>[25]</sup> 参见《关于附条件批准美国通用汽车公司收购德福公司反垄断审查决定的公告》,载中华人民共和国商务部网站 2009年9月28日, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/200909/20090906540220.shtml>。

<sup>[26]</sup> 见前注[23],《关于附加限制性条件批准丸红公司收购高鸿公司100%股权经营者集中反垄断审查决定的公告》。

<sup>[27]</sup> 见前注[1],《关于附条件批准希捷科技公司收购三星电子有限公司硬盘驱动器业务反垄断审查决定的公告》。

<sup>[28]</sup> Sycamore Partners II, L.P., Staples, Inc. and Essendant Inc., In the Matter of, FTC(Jan. 28, 2019), <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/181-0180-sycamore-partners-ii-lp-staples-inc-essendant-inc-matter>.

显示,执法机构仅在高意收购相干案中提及直接隔离机制。虽直接隔离机制中建立数据库的隔离方式最为复杂,但其隔离效果也最好,应多得到适用。此外,纸质文件的隔离未得到关注。当前信息传递主要通过线上途径,但纸质文件未被完全取代,目前表1中所列的案件均未直接关注这一点。

其二,人员的隔离措施中未明确授权人员更新的问题。一般而言,企业会在防火墙措施实施前向监督方提供可接触竞争性敏感信息的人员名单,但在正常的商业经营中,工作人员是不断变动的,授权人员也有基于正当理由增加、减少、更换的可能性,这均会影响到防火墙的实施,但在相关案件中却几乎未提到过授权人员的更新问题。

其三,场地的隔离措施在一些案件中未有体现。授权人员在单独的办公场所办公、单独的生产场所生产是重要的隔离机制,这种实体的隔离措施是阻隔人员传递信息的关键途径,也与人员的隔离机制相配套。但在一些案件中,场地的隔离处于缺失状态。

## 2. 防火墙实施方式的完善路径

复杂的救济措施需要切实的实施方式来引导,若实施方式不完善,则防火墙的作用将大打折扣。具体而言,防火墙的实施应包括以下几个方面的内容:

其一,设置信息分开保存的机制。通过合理和适当的方式物理隔离、保护和屏蔽电子数据以及纸质文件。在有条件的情况下,企业应为需隔离的竞争性敏感信息建立单独的数据库。其二,建立和维护防火墙信息系统。企业可以设置新的网络安全意义的防火墙,可以为办公信息系统设置防火墙,也可以二者兼有,并需明确防火墙信息系统开发、实施、维护的具体方法及流程。其三,设置完备的人员隔离机制。企业要向执法机构提交能够接触竞争性敏感信息的授权人员名单,明确其职能及权利义务,并根据人力资源信息不断更新名单。授权人员应签署相关保密协议或效力同等的协议,书面确认其在限制使用和传播竞争性敏感信息方面的责任,并提交一份声明,证明授权人员已明确相关责任义务。其四,设置场所分离机制。隔离业务、资产应具有单独且访问受限的场所,指南中需要说明场所所在地,是否存有访问限制等内容。其五,设置保障措施。企业应组织授权人员培训活动,确保授权人员理解并贯彻防火墙要求。

### (三)“防火墙”的实施效率

#### 1. 防火墙实施与合并效率的矛盾

企业的横向与纵向合并都具有创造效率的潜力。大多数企业合并的行动,是为了参与者实现某种经济利益,要么是降低生产成本,要么是使自己能够生产原本需要从市场上购买的商品或者与目前的生产经营关联度较低的商品,这些好处一般会传递给消费者。<sup>[29]</sup>因此,在交易达到经营者申报标准的前提下,执法机构对行为是否合法的判断建立在衡量效率与损害的基础上,若集中带来的经济效率足以抵消垄断行为的消极后果,则反垄断法不必禁止它;<sup>[30]</sup>若造成的竞争损害较为严重,产生的效率与之相比微不足道,则该项经营者集中可能被禁止或附加限制性条件。而附加限制性条件的集中是一种有限制的同意,执法机构设置条件以防止可能的竞争损害。而行为性救济允许合并实现效率,但试图要求被合并公司以与其自身利润最大化激励不一致的方式经营,不允许整合后公司留存实施反竞争行为的便利性。<sup>[31]</sup>

[29] 参见[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第216—217页。

[30] 参见焦海涛:《反垄断法上的社会政策目标》,中国政法大学出版社2019年版,第43页。

[31] See John E. Kwoka & Diana L. Moss, *Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement*, SSRN(Nov. 14, 2011), <https://ssrn.com/abstract=1959588>.

防火墙本质上是一种严格限制企业内部运营的行为性救济,可能会频繁地破坏并购所要产生的效率。以交易效率举例,例如两个下游企业共同设立一个上游合营企业以生产二者所需的原材料,可能是基于提升交易效率的考量。企业在市场中采购原材料需要谈判、预估风险、解决争议等,交易成本较高,而若掌握了原材料,则可以根据自身需要提供服务,减少了在市场中所产生的交易成本。而且,在市场中采购时,下游企业因对上游原材料市场的信息了解不足,交易风险增加,为完成合同事项,企业也往往会披露一些敏感信息。合并则能解决信息不对称与敏感信息泄露问题,提升交易效率。<sup>[32]</sup>但基于保护竞争的考虑,执法机构可能会要求在两个下游企业与合营企业之间设立防火墙,防止上游合营企业的竞争性敏感信息被前者获取。因此,长期的防火墙条件可能会湮灭一部分集中带来的交易效率。

## 2. 防火墙实施损害合并效率的解决路径

防火墙实施存在损害合并效率的风险,但企业不能适用效率抗辩使执法机构撤回设置防火墙的要求。若经营者集中产生的效率指向消费者、具有客观性、与限制竞争行为之间具有因果关系,集中虽然可能导致一定的竞争损害,但因符合效率抗辩的条件而可能逃离反垄断法的规制。<sup>[33]</sup>但企业提出效率抗辩应在执法机构做出决定之前,当企业已经接受了执法机构附加限制性条件的决定,说明该项集中产生的效率并未达到能够抵抗集中执法的程度。

决定实施过程中的效率已经不能起到效率抗辩的作用,但反垄断法的目标是实现经济效率,集中控制也允许合并带来的效率。行为性条件具有灵活性的优势,可以随着市场竞争状况的改变及时调整。若防火墙实施对效率的损害已经超出了保护竞争所需要的程度,则应根据实践情况对防火墙实施方案进行调整。因此,执法机构可以设置有限制的防火墙白名单,允许企业在认为防火墙严重损害效率的情况下,举证以申请获取部分竞争敏感信息的使用。

防火墙白名单不等同于防火墙授权人员名单,而是与防火墙授权人员名单存在交叉。防火墙授权人员名单包括正常工作所需以及因合理理由需要接触到竞争性敏感信息的人员名单。前者整体较为稳定,存续于整个防火墙实施进程中;后者是指基于企业申请,执法机构审查通过后允许接触部分信息的人员。但白名单实际包括两个内容:一是人员名单,人员名单与防火墙授权名单的第二项有重合;二是信息清单,信息清单指出能够使用哪些竞争性敏感信息。二者的结合应具体指出该类人员能够接触、使用的信息范围。

防火墙白名单的适用必须设置严格条件。执法机构可以参照决定前“效率抗辩”的考虑因素进行综合评估:第一,防火墙阻碍的效率应是有益于消费者的。第二,防火墙阻碍的效率是可实现的,可能是已经出现,也可能是未来必然会出现的。第三,允许效率实现产生的竞争损害是可接受的。若执法机构认为实现该种效率造成的竞争损害在可以接受的范围内,不会破坏该案附加限制性条件的整体目标,则可以考虑允许一部分竞争性敏感信息的限制性流动。

## 四、“防火墙”救济措施的监督机制

救济措施越复杂,对复杂的监督与争端解决机制的需求就越大。防火墙是一种复杂的行为性救济措施,其如何监督、监督是否有效一直是实践中的难题。在信息技术大发展的背景下,对防火墙的监督更是需要严密着手,才能取得较好的效果。

<sup>[32]</sup> 见前注[29],赫伯特·霍温坎普书,第413—416页。

<sup>[33]</sup> 见前注[30],焦海涛书,第43—60页。

### （一）“防火墙”的监督主体

反垄断执法机构可以选择自行或委托监督受托人<sup>[34]</sup>进行监督,是为两种监督主体。实践中,由企业委托监督受托人进行监督是更为常见的方法,为监督防火墙,执法机构及监督受托人可能会雇佣技术专家或其他人员。

#### 1. 防火墙监督主体的适格性存疑

监督受托人对于防火墙的监督并不尽如人意,在一些案件中的适格性存疑。欧盟委员会对并购救济的研究指出,监督受托人往往不能非常清楚地理解防火墙的确切含义,在很多情况下,对于如何监督防火墙也没有具体的想法。在两个案例中,指定的受托人甚至表示确保实施适当的防火墙机制极为困难,认为无法在日常实践中进行监督。<sup>[35]</sup> 目前,大部分司法辖区在选任监督受托人时均会将专业技能、资质、相关经验作为选任条件之一,注重候选人经手的过往案件与当前案件中限制性条件的同质性。我国经营者集中的相关法律法规中存在关于监督受托人的规定,并于2023年3月发布的《经营者集中审查规定》完善了监督受托人的选任规则,但新增内容仅侧重于义务人在监督受托人选任过程中所承担的责任以及对受托人的抽象要求,并未强调具体附加限制性条件的针对性资质要求,更遑论针对防火墙的资质条件。但防火墙有多重适用场景,当受托人具有一种场景下的监管经验时,是否能够完成对防火墙的有效监管?而防火墙又包含多种手段,并需要根据案件具体情况调整、组合信息隔离手段,选任的受托人是否有能力对更为复杂案件中的防火墙进行监管?这均体现出防火墙监督的实践困境——选任的监督受托人可能并非为监管防火墙的适格主体。

#### 2. 防火墙监督主体选任的完善路径

附加限制性条件经营者集中案件的监督主体可以建立防火墙监督小组(Management Oversight Group),专门监督信息隔离机制的运行。防火墙监督小组是美国合并案中一种常用的监督方式,是在监督主体内部划分一部分人员专管防火墙的监督事项,其成员与其他授权人员一样,需要签订保密协议并接受培训。监督小组隶属于监督主体,在监督主体批准且为监督防火墙必要的范围内工作,小组成员的责任与义务应具体规定。在我国已经建立附加限制性条件监督制度的前提下,借鉴域外建立防火墙监督小组的做法较为容易施行,也是完善防火墙监督主体选任的重要路径。

而且,监督主体的资质应进行严格限制。若因监督主体不适格导致竞争性敏感信息任意流通,则限制性条件预防竞争损害的功能将大大减损。因此,当案件中附加有防火墙条款时,在选择监督受托人的过程中,执法机构应注重对防火墙“直接相关经验”的考察。虽然相关经验的存在不能成为促进防火墙有效实施的完美保障,但有“直接相关经验”的监督受托人至少能够了解防火墙的监督内容,避免监督手段的错位甚至缺位。而且,在监督受托人的选拔中,执法机构应要求候选人提出包含初步防火墙指南手册的监督计划。过往经验是一种形式上的资质要求,只有将该种资质转换成实在的监督手段,资质限制才能起到实效。初步的防火墙指南手册是一种较好的资质检验方式,适格的监督受托人应有能力提出有针对性、可行且能够起到实效的防火墙监督计划。

<sup>[34]</sup> 国家市场监督管理总局《经营者集中审查规定》第44条规定:“……市场监管总局可以自行或者通过受托人对义务人履行限制性条件的行为进行监督检查。……监督受托人,是指受义务人委托并经市场监管总局评估确定,负责对义务人实施限制性条件进行监督并向市场监管总局报告的自然人、法人或者非法人组织。”

<sup>[35]</sup> See Merger Remedies Study, *supra* note [6].

## （二）“防火墙”的监督方式

在防火墙具有多种表现的前提下，监督方式也要根据案件具体情况进行调整。监督主体若在开展监督工作前确定具体监督方式，能够有效避免不知如何进行监督的情况。

### 1. 防火墙监督方式存在模糊性

我国防火墙的监督方式具有模糊性。我国对于监督事项的公开内容往往局限于对监督主体的选择以及履职依据，对监督主体应如何展开工作却没有进一步说明。由于公开资料的局限性，监督主体实际对防火墙的监督方式无从得知。但在FTC及美国司法部公布的案件决定中，一般用一个名为Monitor的章节说明监督主体的责任义务等具体事项，在一些案件中，还会公开义务人与受托人的委托协议。

监督受托人独立性的要求也可能会限制对防火墙的监管方式。独立性是监督受托人的基本要求之一，受托人必须独立于交易方，不存在利益冲突。<sup>[36]</sup>因此，监督受托人在选任时、任职中以及任职结束后，都应满足一定的独立性要求。我国对于受托人履职过程中的独立性要求较为严格，限制受托人与义务人之间的沟通方式。在履行职责过程中，受托人可能基于严格独立性的要求，仅在必要的时候或被动地与义务人沟通。而信息的流动是非常迅速的，若义务人更改信息隔离机制的程序以获取竞争性敏感信息，监督主体在很大程度上难以及时发现义务人的违规行为。

### 2. 防火墙监督方式的完善路径

监督主体应在监督计划中明确防火墙的监督方式。根据《监督受托人委托协议示范文本》的内容，监督受托人应在与义务人的委托协议生效后，向执法机构提交监督计划，“监督计划中应涵盖限制性条件和义务的全部内容”<sup>[37]</sup>。也即，监督受托人负有明确防火墙监督方式的义务，当执法机构作为监督主体时，也应参照这一做法。

而且，执法机构应允许更为主动的防火墙监督方式。目前的监督方式主要为定期会议、要求义务人提供相关材料等。而监督隐秘、快速流动信息呼吁更加主动的隔离手段，执法机构可以允许监督主体在经批准的前提下，以监督防火墙为目的的多种沟通方式：其一，现场检查。监督主体可以定期在义务人办公时间内检查、复制办公信息系统中相关信息以及纸质文件，或要求义务人提供有关的账目、记录、设施、数据和文件的硬件拷贝或电子拷贝，筛查其中是否有违背防火墙要求的痕迹。与定期现场检查相比，临时现场检查威慑力更强，但若该权力未加限制，则会给予监督主体过大的权力空间。因此，可以将定期现场检查作为一般监督方式，临时现场检查作为特殊监督方式，后者仅在发现违背防火墙行为时启动，且监督主体应在决定启动前向执法机构报备，并在结束后将情况向执法机构做出详细的书面报告。其二，访谈。对相关人员进行访谈能够了解防火墙实施细节，增强义务人及集中后实体的防火墙合规意识。监督主体可就防火墙事项会见义务人、集中后实体的管理层、工作人员以及其他与防火墙紧密关联的人员。访谈应预先经执法机构批准，并形成书面报告，执法机构可以指派一名工作人员参加。

## （三）“防火墙”的监督效果

### 1. 对防火墙监督效果的担忧

反垄断执法机构很少直接在公开文件中说明限制性条件的监督效果，更遑论防火墙的监督

[36] Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

[37] 参见商务部《监督受托人委托协议示范文本》第7条。

效果。欧盟委员会的研究显示,防火墙的执行力度很低,难以得出隔离措施实际有效的结论,<sup>[38]</sup>侧面反映出防火墙的监督效果难以达到预期水平。在我国附加防火墙措施的18个案件中,仅有两件已解除限制性条件,在条件解除公告的“公告执行情况”部分,能够看到关于条件监督效果的表述均为:“经监督检查,未发现当事方……(存在违规情况)。”<sup>[39]</sup>可以见得,从当前的公开资料中,不能获得关于防火墙监督效果的直接信息。但基于防火墙监督主体的履职情况及监督的复杂程度,防火墙的监督效果值得担忧。

防火墙的监督效果可能会受到监督主体履职情况的影响。若监督主体履职不力,则会放任违规行为,影响信息隔离效果。上述欧委会的研究指出,监督受托人很少与义务人的相关工作人员核对数据,既不会定期核实义务人是否向所有相关人员和其他业务部门发送了有关信息交换限制的指令,也不会检查关键员工是否书面承诺履行单独保留义务、遵守信息规则并定期确认其合规性。<sup>[40]</sup>在这种履职状态下,若被限制的企业违背防火墙实施要求,信息壁垒的预期受益人、监督受托人均难以发现。而对信息共享的限制往往是为了限制协调行为,由于公司的竞争对手可能会从协调的互动中受益,因此他们没有动机举报违规行为。<sup>[41]</sup>这意味着,在监督受托人失职的情况下,依赖关联方举报途径发现违背防火墙的行动也是不可行的。这使得违规行为发生时间与监督受托人发现时间就存在较大差距,而在信息共享行为较为隐秘的情况下,监督受托人可能无从发现,从而造成了放任违规行为损害市场竞争秩序的后果。

## 2. 防火墙监督效果的提升路径

对防火墙监督效果的担忧,体现出防火墙监督机制在管理监督主体方面的缺陷。对此,我国反垄断执法机构可以从以下两个方面加强对监督工作的管理,以保障防火墙的监督效果。

其一,严格监督主体的保密义务。负责监督的人员也属于授权人员的一部分,若监督人员泄漏敏感信息,同样会产生破坏防火墙的效果。因此,监督主体也要严格遵守相关规定,仅可以在履行监督职责所必要的范围内接收、使用竞争性敏感信息,不得将相关信息披露给未授权人员,并且需要签订保密协议、声明,接受有关培训。

其二,在有限范围内公开防火墙的监督内容。目前,我国无论是执法机构自行监督还是委托监督受托人监督,均未对监督内容信息进行公示。但在欧盟和美国的实践中,执法机构会公示监督受托人的基本身份信息。如在欧盟的Baxter International/Gambro案中,欧委会公开了监督受托人的名称、联系方式的基本信息;在美国的Staple/Essendant案中的公开版本决定中,FTC公开了防火墙监督小组的成员姓名及职务。我国不妨向前走一步,设置必要限度内的公开机制。公示信息的范围可以包括监督主体的基本信息以及其监督工作的主要概括性内容。监督主体基本信息的公示应在主体确定后监督工作开展前进行,包括机构名称、联系方式,主要人员姓名、职务及联系方式,以畅通投诉举报机制。虽义务人的竞争对手可能因能从竞争敏感信息中获利而怠于举报,但公示作为社会监督机制,在敏感信息泄漏危及公共利益的情况下,能够激发消费者、监督受

[38] Merger Remedies Study, *supra* note [6].

[39] 参见《关于解除丸红公司收购高鸿公司100%股权经营者集中限制性条件的公告》,载国家市场监督管理总局网站2023年6月25日, [https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/ftj/art/2023/art\\_c2e0519cccbe4d63a9c203cb60a8c6b2.html](https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/ftj/art/2023/art_c2e0519cccbe4d63a9c203cb60a8c6b2.html)。参见《关于解除汉高香港与天德化工组建合营企业经营者集中限制性条件的公告》,载中华人民共和国商务部网站2018年2月1日, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201802/20180202707939.shtml>。

[40] Merger Remedies Study, *supra* note [6].

[41] Henry B. McFarland, *The Role of Conduct Remedies in Addressing Merger Competitive Effects*, SSRN (Nov. 14, 2011), <https://ssrn.com/abstract=2337635> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2337635>.

托人的竞争对手等主体成为举报方。而为保障防火墙监督工作的连续性,防火墙监督工作内容的公示应在限制性条件结束之后进行,公示内容可以包括重要时间点、方式及流程等。

## 五、结 语

在经营者集中的语境下,防火墙是义务人及集中后实体为控制竞争性敏感信息的反竞争流动,在由集中而产生关联关系的经营者之间、经营者的不同业务之间设置的信息隔离机制。防火墙在经营者集中案件中不仅可以作为独立的行为性救济,还可以用于保障“保持独立运营”条件以及剥离资产的独立性、可存活性。

实施与监督是围绕防火墙的两大核心问题,但信息隔离机制的复杂性使得这两方面均困难重重。许多案件中,防火墙的实施指引性不强,实施方式粗糙且有破坏合并效率的可能性。为解决上述实施困境,防火墙实施主体应细化并落实防火墙指南手册,优化实施方式,并可以设置有严格限制的防火墙白名单,允许合格主体获取并使用部分竞争性敏感信息。而防火墙的有效实施要求严密的监督机制。目前,我国对于防火墙的监督仍存在监督主体适格度较低、监督方式模糊不清、监督职责履行不力的问题。为完善防火墙监督机制,在监督主体方面,建议设立专门的防火墙监督小组,并注重小组中人员资质的筛选;在监督方式方面,可以考虑增加现场检查、访谈这两种更为主动、直接的方法;在监督效果方面,则应明确监督主体的保密业务,并可以对监督主体的基本信息及监督工作内容进行公示。

---

**Abstract** A Firewall is a commonly used behavioral remedy measure in the case of concentration of business operators with additional restrictive conditions. It refers to the information isolation mechanism set by the obligor and the entity after concentration to control the anti-competitive flow of competitive sensitive information. The firewall is mainly manifested as the direct isolation and indirect isolation of information. It can not only be used as an independent behavioral remedy to prevent the blocking effect and coordination effect, but also be used to ensure the implementation of the “long-term separation” condition and the independence of the divestiture assets. Implementation and supervision are two core aspects of the firewall. However, the implementation of the firewall has the problems of weak guidance and vague methods, and also has the risk of damaging the efficiency of the merger. It is necessary to optimize the implementation of the firewall based on the extensive application of the firewall guide manual, and set up a restricted firewall “white list”. The supervision mechanism of the firewall faces with the dilemma of the qualification of the supervision subject, the fuzzy supervision method and the poor supervision effect. In this regard, we can set up a special firewall supervision team, strictly screen the supervision subjects, further improve the supervision methods, and strengthen the management of supervision by law enforcement agencies.

**Keywords** Merger Control, Firewall, Remedies, Information, Antitrust

---

(责任编辑:侯利阳)