



联合国贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/RBP/81/Rev.3
2 August 1994
CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
限制性商业惯例政府间专家组
第十三届会议
1994年10月24日,日内瓦
临时议程项目4(i)

关于继续拟订限制性商业惯例
法律范本的工作情况

关于法律范本条款可用要点的评论草案

贸发会议秘书处编写

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	1 - 4	5
第一部分		
A. 各条款可用要点草案		6
本法的标题:		6
取消或管制限制性商业惯例; 反垄断法; 竞争法		
第1条可用要点		6
本法的目标或宗旨		
第2条可用要点		6
定义和适用范围		
第3条可用要点		7
限制性协议或安排		
第4条可用要点		8
构成滥用或取得和滥用市场支配地位的 行动或行为		
第5条可用要点		9
消费者保护问题可考虑的某些方面		
第6条可用要点		9
申报		
第7条可用要点		10
管理机构及其组织		
第8条可用要点		11
管理机构的职能和权力		
第9条可用要点		12
制裁和法律补救方法		

目 录 (续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第10条可用要点		12
上诉		
第11条可用要点		13
请求损害赔偿的诉讼		
第二部分 对各条款的评论	1 - 148	14
本法的标题	2 - 3	
对第1条的评论	4 - 8	15
本法的目标或宗旨		
对第2条的评论	9 - 20	16
定义和适用范围		
对第3条的评论	21 - 50	19
限制性协议或安排		
- 禁止限制性协议或安排		
- 惯例的列举说明		
- 对不绝对禁止的惯例的批准使用		
对第4条的评论	51 - 101	25
构成滥用或取得和滥用市场支配地位的行动		
或行为		
- 禁止涉及滥用或取得和滥用市场支配地		
位的行动或行为		
- 滥用性行动或行为		
- 对货物购买、制造和销售的其他限制		
- 合并、收购、合资经营或以横向、纵向		
或联合大企业等其他方式取得控制权，		
包括互兼董事职位		

目 录 (续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
对第5条的评论	102 - 103	37
消费者保护的一些可能方面		
对第6条的评论	104 - 110	37
申报		
对第7条的评论	111 - 121	40
管理机构及其组织		
对第8条的评论	122 - 131	43
管理机构的职能和权力		
对第9条的评论	132 - 142	46
制裁和法律补救方法		
对第10条的评论	143 - 146	48
上诉		
对第11条的评论	147 - 148	49
请求法律补救方法或损害赔偿私人诉讼		

导 言

(1) 限制性商业惯例政府间专家组在第十二届会议上审议了载于贸发会议秘书处编写的TD/B/RBP/81/Rev.2中的法律范本条款可用要点的订正草案的拟议修正案和对要点的评论。

(2) 专家组在商定的结论¹中,决定秘书处根据1994年1月31日前从成员国收到的评论意见继续拟订TD/B/RBP/81/Rev.2中所载的法律范本。为此请各成员国尽量对草拟根据本国竞争立法处理具体问题有关的添加条款提出具体的建议。

(3) 因此,本文原封不动照载TD/B/RBP/81/Rev.2第一部分所载的各条款可用要点草案,其中有具体的起草建议,并尽量收入各国政府的评论。此外也考虑到近来世界各地通过的竞争立法所体现的趋势。

(4) 根据在第十二届会议上达成的协议,将请各成员国在限制性商业惯例政府间专家组第十三届会议上对修订评论发表意见,以便改进目前的法律范本草案。

第 一 部 分

A. 条款可用要点草案

本法的标题：

取消或管限制制性商业惯例

反 垄 断 法

竞 争 法

第1条可用要点

本法的目标或宗旨

管制或消除限制进入市场或不适当地抑制竞争而对国内和国际贸易或经济发展造成不利影响的企业间限制性协议或安排以及取得并/或滥用市场支配地位的行为。

第2条可用要点

定义和适用范围

一、定 义：

- (a) “企业”是指从事商业活动的，不论是私人或国家创办、控制的商号、合伙、公司、有限公司、社团和其他法人，包括它们的分支机构、子公司、附属公司或直接、间接受它们控制的其他实体。
- (b) “市场支配地位”是指一企业单独或连同少数其他企业控制某一种或某一类货物或劳务的有关市场。
- (c) “有关市场”是指竞争受到抑制的商业行业和所涉地理区域，包括消

费者在抑制和滥用致使价格大幅度上升时短期内可合理用以替代的一切产品或劳务和可求助的所有邻近竞争者。

二、适用范围：

- (a) 适用于上述定义所指一切企业在货物、劳务或知识产权方面的所有商业协定、行动或交易。
- (b) 适用于以企业所有人、经理或雇员的私人身份批准、参与或协助执行法律禁止的限制性商业惯例的所有自然人。
- (c) 不适用于国家自身或地方政府的主权行动，以及国家或当地政府或在授权范围内行事的政府机构迫使或监督企业或自然人采取的行动。

第3条可用要点

限制性协议或安排

一、禁止相互竞争的或有可能相互竞争的公司订立无论是书面或还是口头、正式还是非正式的协议：

- (a) 限定价格或其他销售条件的协议，包括国际贸易中的这类协议；
- (b) 串通投标；
- (c) 划定市场或客户；
- (d) 限定，包括以配额限定产量或销售量；
- (e) 联合一致拒绝购买；
- (f) 联合一致拒绝供应；
- (g) 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合。

二、批 准

第1段所列惯例，如事先妥为申报，且由经受有力竞争的企业提出，经竞争事务官员认定整个协议将产生净公共利益时，可予批准使用。

第4条可用要点

构成滥用或取得和滥用市场支配地位的行动或行为

一、禁止涉及滥用或取得和滥用市场支配地位的行动或行为

在下述情况下禁止涉及滥用或取得和滥用市场支配地位的行动或行为：

- (一) 一企业单独或连同少数其他企业如能操纵某一种或若干类商品或服务的有关市场；
- (二) 当占支配地位的企业的行动或行为如限制了他人进入有关市场或不适当地限制了竞争，因而对贸易或经济发展造成或可能造成不利影响。

二、视为滥用的行动或行为：

- (a) 对竞争者的掠夺性行为，例如使用低于成本的价格消灭竞争者；
- (b) 在供应或购买货物或劳务时制订歧视性(即不合理地区别对待)价格、条款或条件，包括在联属企业之间的交易中使用价格政策，对所购买或提供的货物或劳务的定价高于或低于联属企业以外类似或相等交易的价格；
- (c) 限定售出货物的转售价格，包括进出口货物的转售价格；
- (d) 对于在国外合法标有商标的货物，如其商标与进口国中受保护的相同或类似货物的商标相同或类似，且为同一来源，即属于同一所有人，或供在经济、组织、管理或法律上相互依存的企业使用，限制这种货物进口，而限制的目的在于维持人为的高价；
- (e) 非为确保实现诸如质量、安全、适当经销或劳务等正当商业目的的行动或行为：
 - (一) 全部或部分拒绝按企业惯用的商业条件进行交易；
 - (二) 某种货物或劳务的供应以接受对竞争货物或其他货物的经销或生产实行的限制为条件；
 - (三) 限定所供应货物或其他货物转售或出口的地点、对象、形式或数量；

- (四) 提供某些货物或劳务以向供应人或他指定的人购买其他货物或劳务为条件。
- (f) 在下述情况下合并、收购、合资经营或以横向、纵向或联合大企业等其他方式取得控制权，包括互兼董事职位：
 - (一) 其中至少有一家企业设于本国；以及
 - (二) 任何产品或劳务进而形成的国内市场份额或份额的大部分致使一家公司占据支配地位，或由少数公司控制的市场竞争大大减弱。

三、批 准

凡属不绝对禁止的行动、做法或交易，只要实施前按第6条规定进行申报，如实向主管当局申明所有有关细节，受影响方并有机会陈述意见，由此而确定所议的行为经必要的改变和管制符合法规的宗旨，对其可批准使用。

第5条可用要点

消费者保护问题可考虑的某些方面

一些国家对消费者保护是与限制性商业惯例分别立法的。

第6条可用要点

申 报

一、企业的申报

1. 虽属第3条及第4条范围但不受绝对禁止的惯例，均存在被批准的可能；为获得批准，企业须向管理机构申报，提供所要求的全部细节。

2. 申报可由各有关当事方，或由以其他当事方名义行事的一方或数方，或由经正式授权以其名义行事的任何人提出。

3. 如果一企业或个人以相同的条款与若干不同的当事方缔结限制性协议，可

只申报一项，但须列具这些协议各当事方或拟参加协议的当事方的详细情况。

4. 如果根据法令规定申报的任何协议、安排或情况在条件或当事方方面发生了变化，或者已告终止(并非满期)，或者已被废弃，或者情况有了很大变化，均须(在情况变化之时起(一日/月内)(立即)向管理机构申报。

5. 凡属于第3条和第4条范围并在法令生效之日已存在的协议和安排，可允许企业请求批准，但以自该日起(一日/月)内提出申报为条件。

6. 所申报的协议得于批准之日或于规定的批准期届满之时起生效，或于申报之时起暂时生效。

7. 凡是未申报的协议或安排，一俟发现并认定为非法，将受全面法律制裁，而不仅是修改而已。

二、管理机构采取的行动

1. 无论是批准、不批准，或是须在达到某些条件和履行某些义务的前提下方可批准，管理机构均应(于收到全部细节的申报之日起一日/月之内)作出决定。

2. 每隔()月/年，定期审查所作出的批准，以确定展期、中止或在达到某些条件和履行某些义务的前提下始得展期的可能性。

3. 如管理机构注意到下列情况，便有可能撤销批准：

- (a) 批准的合理条件已不复存在；
- (b) 企业未能达到批准时规定的条件和履行规定的义务；
- (c) 申请批准时提供的情况虚假或失实。

第7条可用要点

管理机构及其组织

1. 设立管理机构并确定名称。

2. 管理机构的组成，包括主席和成员数目；任命的方式，包括负责任命的机构。

3. 被任命人员应具备的资格。

4. 规定管理机构主席和成员的任期；规定任期、可以连任或不可连任；以及填补职位空缺的方式。

5. 罢免管理机构成员。
6. 管理机构成员在履行职责或行使职务时可能享有的免于起诉或任何赔偿的权利。
7. 聘任必要的工作人员。

第8条可用要点

管理机构的职能和权力

一、管理机构的职能和权力可包括(举例):

- (a) 进行询问和调查，包括接到控告后进行询问和调查；
- (b) 作出必要的决定，包括实行制裁或向主管部长建议进行制裁；
- (c) 进行研究，发表报告，向公众介绍情况；
- (d) 印发表格，设置申报登记册；
- (e) 制订和颁布规章；
- (f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或管制和竞争政策有关领域的立法；
- (g) 促进与其他国家的情报交流。

二、保密

1. 对企业提供的含有合法商业秘密的资料给予合理的保护，以保守其机密性。
2. 防止泄漏向竞争事务当局提供资料并需保守机密以防遭受经济报复者的身份。
3. 防止泄漏政府对正审议或未决事项的审议意见。

第9条可用要点

制裁和法律补救方法

一、酌情对下列情况实行制裁：

- (一) 违犯本法的行为；
- (二) 未遵守管理机构或主管司法机关的决定或命令；
- (三) 未在规定的时限内提供所要求的资料或文件；
- (四) 提供或陈述企业明知或有理由认为是虚假或失实的任何情况；

二、制裁方法可包括：

- (一) 罚款（视违法行为的隐蔽程度、严重程度和明显的违法程度或被控行为获得的非法收益多少而定）；
- (二) 监禁（遇有自然人公然和蓄意违犯法律或执行令等重大案件时）；
- (三) 临时命令或禁令；
- (四) 中止和停止或以积极行为、公开情况或道歉等方式补救违法行为的永久性 or 长期性命令；
- (五) 剥夺（就已达成的合并或收购而言），或撤销（就某些合并、收购或限制性合同而言）；
- (六) 对受害的消费者给予赔偿；
- (七) 对违法性质进行行政或司法调查，以作为受害人一切索赔诉讼中赔偿责任的表面证据。

第10条可用要点

上 诉

1. 请求管理机构根据已变化的情况审查其决定。
2. 允许任何企业或个人在(----)天之内向(主管司法当局)就管理机构的整个决定或决定的任何部分，(或者)就任何实质性法律问题提起上诉。

第11条可用要点

请求损害赔偿的诉讼

凡因任何企业或个人违反法律规定的行为或不行为而蒙受损失或遭受损害的企业或个人或以个人名义行事的国家，均应使之有权向主管司法当局提起诉讼索回损失或损害的数额(包括费用和利息)。

第 二 部 分

对各条款的评论

(一)

1. 根据限制性商业惯例政府间专家组第十二届会议达成的协议,贸发会议秘书处参考了各国提交的书面材料和评论意见、国际立法近来的进展以及政府间专家组在第十二届会议上提出的评论意见后,编写了对第一部分所载的各条款可用要点草案的订正评论。

对本法标题的评论

本法的标题

2. 条款可用要点草案考虑了三种可供本法选用的标题,即:“取消或管限制制性商业惯例”、²“反垄断法”³和“竞争法”⁴。

3. 关于限制性商业惯例法律的标题,并无任何通则。一般采用的这几种标题反映了本法的目标和等级以及有关国家的法律传统。可参照的例证有:澳大利亚:《贸易惯例法》;比利时:《保障经济竞争法》;哥伦比亚:《促进竞争与限制性商业惯例法》;法国:《开放价格与竞争法》;德国:《反限制竞争法》;印度:《垄断和限制性贸易惯例法》;意大利:《保护竞争和市场规则》;牙买加:《公平竞争法》;肯尼亚:《限制性贸易惯例、垄断和贸易管制法》;西班牙:《保护竞争法》;巴基斯坦:《垄断和限制性贸易惯例(管制和预防)法》;秘鲁:《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例的法令》;波兰:《反垄断惯例法》;大韩民国:《垄断管制和公平贸易法》;俄罗斯联邦:《竞争与限制商品市场垄断活动法》;斯里兰卡:《公平贸易委员会法》;联合王国:《公平贸易、限制性贸易惯例、转售价格和竞争法》;美利坚合众国:《反托拉斯法》(《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》);委内瑞拉:《促进与保护自由竞争法》。

对第1条的评论

本法的目标或宗旨

管制或消除限制进入市场或不适当地抑制竞争而对国内和国际贸易或经济发展造成不利影响的企业间限制性协议或安排以及取得并/或滥用市场支配地位的行为。

4. 本条是根据《原则和规则》E节第二段拟订的,它阐明了各国在制订限制性商业惯例法时需遵循的主要原则。如《原则和规则》A节那样,各国可提出法律的其他具体目标(如建立、鼓励和保护竞争;控制资本和/或经济权利的集中程度;鼓励创新;保护并促进社会福利尤其是消费者的利益等),并考虑限制性商业惯例对其贸易和发展产生的影响。

5. 各国法律的目标如下: 加拿大:“在加拿大维护并鼓励竞争,以便促进加拿大经济的效益和适应性。在确认外国企业在加拿大的竞争作用的同时,扩大加拿大参与世界市场的机会,确保中小型企业可平等参与加拿大经济,并保证向消费者提供有竞争性的价格和产品选择”⁵; 丹麦:“通过尽可能公布竞争条件来促进竞争,并加强货物和劳务等的生产和销售效益”⁶; 挪威:“提供必要条件以利切实有效的竞争,从而充分利用社会资源”;⁷ 秘鲁:“消除影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例,提高私人积极性,增进消费者利益”;⁸ 俄罗斯联邦:“防止、限制和取缔垄断活动和不公平竞争,保障商品市场建立和有效运营的条件”;⁹ 瑞典:“在货物、服务以及其他产品的生产和贸易领域消除并抵消影响有效竞争的障碍”¹⁰; 美国:“旨在维护自由和不受约束竞争的经济自由综合规章是我们的贸易规则。其基础是,竞争力量不加限制地相互运作将能最佳调配我们的经济资源、带来最低的价格、最高的质量和最大的物质进步,同时又能提供有助于维护我们的民主政治和社会制度的环境”。¹¹ 委内瑞拉:“促进和保护自由竞争”与“有利于生产者和消费者的效益”¹²;《安第斯条约》规定应“预防并校正妨碍、限制或伪造竞争的商业行为所造成的扭曲行为”¹³。

6. 上文提到了源自《原则和规则》标题的“管制”一词,并提到了“限制性协议和滥用市场支配地位的行为”,这是《原则和规则》C节和D节列述的惯例。“限制进入市场”指的是旨在妨碍或阻止实际或潜在竞争者进入市场的行动。“不

适当”指只有在限制行为的后果可以感觉到并且不合理或性质严重时才可予以取缔。许多国家的法律运用了这一概念,如澳大利亚¹⁴、印度、墨西哥¹⁵、大韩民国、俄罗斯联邦、联合王国和欧洲共同体¹⁶。

7. 根据有些国家的法律规定,可以允许中小企业在大企业面前为提高自身的效益和竞争力而达成合作协议。德国和日本的情况正是如此。此外,日本的中小型企业是根据已付资金和雇员的数目而确定的。

8. 需由各国确定应以何种方式应用任何最低限度规则。基本上有两种办法。一方面,可由管理机构在评估所申报的协议或安排后作出决定。在此情况下,将由管理机构负责制订豁免标准。另一方面,如法律的重点是考虑“国家利益”,则主要看限制措施是否会对总体经济发展造成不良影响来审查限制措施。¹⁷ 发达国家和发展中国家有关限制性商业惯例的现行法运用了这一概念,只是细节和重点不同而已¹⁸。

对第2条的评论

定义和适用范围

一、定义

- (a) “企业”是指从事商业活动的,不论是私人或国家创办、控制的商号、合伙、公司、有限公司、社团和其他法人,包括它们的分支机构、子公司、附属公司或直接、间接受它们控制的其他实体。

9. “企业”的定义是根据《原则和规则》B节(一)(3)确定的。

- (b) “市场支配地位”是指一企业单独或连同少数其他企业控制某一种或某一类货物或劳务的有关市场。

10. “市场支配地位”是根据《原则和规则》B节(一)(2)确定的。关于这一问题的进一步评论,见下面第52-58段。

(c) “有关市场”是指竞争受到抑制的商业行业和所涉地理区域，包括限制和滥用致使价格以较大幅度上升时消费者短期内可转而求诸的一切大体可用的替代产品或劳务和临近的所有竞争者。

11. 列入了“有关市场”的定义，这扩大了《原则和规则》中的定义。这项定义借用了美国制订合并准则的做法，多数国家反托拉斯经济学家普遍接受了这些准则¹⁹。

12. 简单地说，确定“有关市场”的定义就是要确定企业在某一特定地理区域中提供的特定产品/劳务或所生产的产品或所提供的劳务的类别。美国最高法院将有关市场定义为“被告开展业务的实际竞争领域”²⁰。将范围限制在实际竞争领域即意味着，必须调查有关产品市场和受影响的地域市场。此外还有必要指出，确定有关市场的定义，也就大体勾划出企业面临的竞争局面。不管“有关市场”定义的措词如何，市场确实存在，而且可以确定其定义而并不违反竞争法。将行使独家主顾权力这个因素考虑在内，限制或滥用行为可以是压低价格，也可以是抬高价格，最终也还是消费者受害。

13. 在确定有关市场时，产品市场(产品包括劳务)是必须考虑的第一个要素。实际上，在确定有关产品/劳务市场时用了两项相互关联并互为补充的标准，即检验合理互换性和需求弹性。在运用第一项标准时一般会考虑两项因素，即产品的最终使用及其替代物是否基本相同，或实际特性(或技术特征)是否类似，顾客可否轻易转用另一项产品。在应用互相弹性标准时，价格因素极为重要。它涉及调查一商品价格相应增长带来的另一商品需求量相应增加问题。在弹性很强的市场中，一产品价格稍有增长，顾客就会转用另一产品，这说明有关产品是在同一市场中竞争，弹性低即说明产品有不同的市场。

14. 地域市场是在确定有关市场时必须考虑的第二个要素。它可以被泛泛地说成是某一产品或劳务出售者活动的区域。有关地域市场可以局限于一小城市，也可以是整个的国际市场。介乎两者之间，还可考虑其他可能性，例如若干城市、某省、某国、若干国家组成的某区域等。例如在管制象欧洲共同体这样的区域经济集团内限制性商业惯例问题时，有关地域市场是“共同市场或其中的相当部分”。例如，在“欧洲制糖业”案件²¹中，欧洲法院裁断，比利时、卢森堡、荷兰和当时的德意志联邦共和国的南部地区构成“共同市场的相当部分”(即有关地域市场)。此外，欧洲法院还认为，有必要尤其考虑生产和消费产品的模式和数量、经济习俗以及买卖双方的可能性。

15. 确定有关地域市场所涉的若干因素包括运输费用造成的价格劣势、获得货物或劳务的不方便程度、消费者可作的选择以及企业的运作水平。

二、适用范围

- (a) 适用于上述定义所指一切企业在货物、劳务或知识产权方面的所有商业协定、行动或交易。
- (b) 适用于以企业所有人、经理或雇员的私人身份批准、参与或协助执行法律禁止的限制性商业惯例的所有自然人。
- (c) 不适用于国家自身或地方政府的主权行动，以及国家或当地政府或在授权范围内行事的政府机构迫使或监督企业或自然人采取的行动。

16. 适用范围参考了《原则和规则》B节(2)分节的规定。适用范围扩大后，澄清了这项法律适用于自然人，而不适用于代表政府行事的政府官员²²。然而，自然人并非“企业”，除非组成“私人股份公司”。法律范本可能意味着，公司与自己的总经理达成的协议是两家“企业”之间的协议，因此是同谋行为。几乎各地的法律分析都认为不应如此。

17. 几乎所有的国际限制性商业惯例法规，例如欧洲共同体的竞争法规和安第斯集团关于限制竞争惯例的决定，都只适用于企业，而多数国家的限制性商业惯例，既适用于企业，也适用于自然人，因为若能使企业的所有人或经理对他们进行或批准进行的违法行为负责，威慑作用和补救方法便能在国家一级更为有效。例如联合王国有限制性惯例法的规定，情况就是这样。²³ 此外还须指出，对于竞争法而言，也可以把专业人员协会视为“企业”。

18. 而且，这项定义表明，可审查企业的任何协议或行动(与国家订立的协议除外)，以便确定是否有不可接受的限制或是否滥用了支配地位。

19. 还明确规定适用范围不包括有权进行管理的地方政府的主权行为，并保护受政府强迫或监督的个人的行为。但应指出的是，在《原则和规则》B节(7)分节中，和在订有现代限制性商业惯例法律的多数国家中，这项法律既对私营公司适用，也对国营企业适用。²⁴

20. 几乎所有的反托拉斯法都提及知识产权，把技术许可证看作是“协议”，象对待任何其他协议一样，对它们进行审查，确定是否有限制或滥用行为。不过，根据国家给予发明人的合法独占权，可允许一些限制，而这些限制在其他情况下是不能

接受的。

对第3条的评论

限制性协议或安排

一、禁止相互竞争的或有可能相互竞争的公司订立下列无论是书面、还是口头、正式还是非正式的协议：

- (a) 限定价格或其他销售条件的协议，包括国际贸易中的这类协议；
- (b) 串通投标；
- (c) 划定市场或顾客；
- (d) 限定产量或销售量，包括以配额限定；
- (e) 联合一致拒绝购买；
- (f) 联合一致拒绝供应；
- (g) 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合。

21. 本条要点以《原则和规则》D节第3段为基础，该段大体沿用了《原则和规则》原则上禁止的做法。这一做法在下述限制性惯例法律中有所体现或似乎有所发展。

22. 企业间协议主要分横向和纵向两类。横向协议指从事大体相同活动的企业之间缔结的协议，即在处理类似产品的生产商或批发商或零售商之间达成的协议。纵向协议指从事不同阶段生产和销售工作的企业之间达成的协议，例如零件生产商与包含这些零件的产品的生产商之间、生产商与批发商之间或生产商、批发商和零售商之间达成的协议。某些协议可能既是横向协议，也是纵向协议，如限定价格协议。从事相互竞争的活动指横向水平上彼此竞争的企业从事的活动。可能相互竞争的活动指其他的当事方有能力并有可能从事同类活动的情况，例如，零件销售商还可能是其他零件的生产商。

23. 《原则和规则》原则上禁止企业间协议，“但如果这些企业间是在彼此同受其管制、包括同为其拥有的经济实体范围内进行交易，或因其他缘故而彼此不能独立行事，则不在其限”（D节3小节）。应指出的是，有若干国家的法律规定共同拥有或控制的公司不是相互竞争或可能相互竞争的公司²⁸。美国一些低级法院则规定还

包括大部分掌握在另一公司手中的公司²⁸，而最高法院在适用《谢尔曼法》时历来只不过断定母公司及其全部拥有的子公司是无所谓共谋的。²⁷

24. 这项禁令涉及书面或非书面、正式或非正式的协议或安排。这包括任何协议，无论它有无法律拘束力。在此方面，巴基斯坦法律规定协议包括“不论是否是书面形式和是否具有法律效力或是否意图具有法律效力的任何安排或谅解”²⁸。印度²⁹和南非³⁰也作了类似定义。波兰³¹和俄罗斯联邦³²的法律提到“任何形式的协议”。西班牙法律³³措词笼统，不仅包括协议，而且还包括多种可能性，即“集体决定或建议或协商一致或有意并行的惯例”。秘鲁³⁴和委内瑞拉³⁵使用了类似方法。《安第斯条约》的法律规定也是如此³⁶。

25. 如果安排是书面作出的，对其含义似可能有争议，但是对这类安排的存在与否不会有任何法律争议。但企业往往并不达成书面安排，尤其是在法律禁止作出这类安排时。非正式或口头协议会造成举证问题，因为必须证明企业之间就业务决定进行了某种形式的联系或彼此了解这些业务决定，最后导致协调行动或并行行为。因此，在这类情况下，关于协调行动的证据依靠旁证。并行行动是这类行为的一大特征，但不可将其作为确证。另一个证明确有口头协议存在的重要办法是由证人直接作证，这远胜于并行行为的证据。

26. 要确定并行行为是独立业务决定的结果，还是相互默契的结果，也许需要有关于某一特定产品市场的市场结构、相对于生产成本的价格级差、作出决定的时间以及关于企业行为一致的其他迹象。并行降价可能表明良好竞争，而并行提价则表明很有可能企业间达成了默契或其他协议或安排，这样，出于谨慎起见，必须由有关企业负责举证，提出一些证据来证明情况并非如此。将具有竞争性的并行行为与反竞争协议造成的行为区别开来的另一方法是，调查某公司在不确定该公司竞争者将采取类似行动的情况下所作所为是否符合其自身的利益。但是还须指出，并行涨价、尤其在普遍通货膨胀时期，既可表明有共谋，也可表明有竞争，因而并不能有力地证明这是反竞争的行为。

27. 第3条(a)款至(g)款所列的限制性商业惯例是些具体的例证，不应被看作是需禁止的所有惯例。虽然所列的惯例已包括最常见的限制性惯例，还可以加以扩展，以便容纳其他可能性，使其具有说明性质，如象哥伦比亚新制订的法律那样加上“和其他协议”等字³⁷或象《安第斯条约》规定³⁸那样增添“具有相同效果的其他情况”。这将使第3条成为“一般性条款”，该条不仅包括(a)款至(g)款所列的协议，而且还包括虽未明指、但管理机构却可能认为也具有限制性的其他协议。

28. 此外，一些国家(如印度)认为垄断性贸易惯例有损公共利益，因此，根据法

定保障措施³⁹，应取缔这类惯例。

29. 美国在应用《谢尔曼法》第1节规定的过程中所订法律的一大特点是，使用了审查业务行为“本身”是否违法这一方法。“合理规则”是判断反竞争行为的指导原则（即在调查据称限制的目的地和影响之后确定应予管制的不合理限制）。最高法院认为，“某些协议或惯例对竞争造成了有害影响，并且毫无补偿价值，对这些协议或惯例，不需仔细调查其造成的确切损害或所使用的业务借口，即可判定为不合理和非法的协议或惯例”⁴⁰被认为“本身”即构成违法行为的限制一般包括限定价格、横向瓜分市场和客源、横向联合拒绝交易以及投标作弊等行为。

30. 俄罗斯立法的一个特点是“本身”并无禁止协议的规定，换言之，俄罗斯联邦反垄断的机关如果断定此种协议具有或可能具有严重限制竞争的效果则可加以禁止。⁴¹

31. 澳大利亚法律对限定价格的协议、抵制以及某些形式的专营做法多数加以禁止。此外，印度的情况也是如此，该国《垄断和限制性贸易惯例法》“本身”规定禁止订立产品销售合同的条件或达成关于产品转售最低价格的任何协议⁴²。

对普遍禁止惯例的列举说明的评论

(a) 限定价格或其他销售条件的协议，包括国际贸易中的这类协议

32. 第3条(a)款中的整套原则和规则规定，禁止“限定价格，其中包括出口和进口价格的协议”。

33. 限定价格是最常见的限制性商业惯例的形式，无论它涉及的是商品还是服务，在许多国家中它本身就被视为是一种违法行为。⁴³ 限定价格可出现在生产和经销过程中的任何阶段。它可能涉及关于初级商品、中间投入或最终产品价格的协议。它还有可能涉及有关具体价格的计算形式，其中包括给以减价和回扣，起草价目单和其中的各种变化，以及交换价格情报。

34. 企业可能作为一种单独的惯例从事价格的限定，也可以成为企业之间达成的一项范围广泛的控制大多数成员贸易活动的串通协议的一部分，它可能涉及例如，串通投标，划定市场和顾客的协议，销售和生产品限，等等。

35. 关于国际贸易，值得指出的是，虽然就内销的商品和服务限定价格已受到严格控制，但按照有关限制性商业惯例的立法，限定出口价格，一般来说是准许的，其理由是这类活动并不给国内市场带来影响。某些国家的立法专门对出口卡特

尔予以豁免，其条件是它们已通知了国家并且做了登记，而且并不给国内市场造成不利影响。例如，德意志联邦共和国、荷兰、联合王国和美国就是这样。⁴⁵ 在大多数其他国家，境外产生影响的做法根本不属于法律的管辖范围，因此，无人过问。此外，限定出口价格的协议可能涉及一个或一个以上国家的企业，而后者则构成国际卡特尔。美国的立法原则上禁止国家行业参加国际卡特尔。

(b) 串通投标⁴⁶

36. 串通投标从本质上就是反竞争的，因为它根本违反邀请投标者的宗旨，即能以最优厚的价格和条件采购商品或服务。串通投标可能采取不同的形式，即：商定好提出一样的递价，商定好由谁出最低的递价，商定好如何出表面递价（自愿将价格抬高的递盘），商定好出价时不相互竞争，商定好计算价格的共同准则或投标条件，商定好“挤走”外来投标者，经协商以轮换方式，或以地理分配方式或客户分配方式事先定出中标者。这类协议可能规定一种补偿未中标者损失的制度，基于的是在某一段时期结束后，将中标者所得利润中的一定百分比分给未中标者。

37. 串通投标在大多数国家中是非法的。即使没有具体的限制性商业惯例法的国家也常常有关于投标者的专门立法。由于串通投标的虚伪性和特别是它给政府采购和公共开支造成有害影响，大多数国家在处理串通投标时要比处理其他横向协议更为严厉。这种投标在中华人民共和国会宣布无效并酌情处以罚款。例如在肯尼亚，串通投标被认为是一种刑事犯罪，如果两个或两个以上投标者按照彼此之间商定好或安排好的价格或条件供应或购买商品或服务时，可判刑期高达3年的监禁，除非联合投标者向投标邀请人公布价格条件并为该人所接受。⁴⁶ 瑞典的《竞争法》对串通投标并无特别的规定。这种横向合作列在普遍禁止的反竞争协议或联合一致行动的范围内。⁴⁷

(c) 划定市场或客户

38. 企业之间划定客户和市场的安排包括将某些产品或服务的特定客户或市场分配给某些企业。这种安排的目的是为了加强或保持特定的贸易格局，使竞争者相互放弃在客户或市场方面的竞争。这种安排可限于某一类产品，或某一类客户。

39. 划定客户安排既出现在国内贸易中，也出现在国际贸易中；在后一种情况

下，它们常常包括以地域为基础的国际市场划分，因而反应出一种以前建立的供应方与买家的关系。参加这类协议的企业实际上总是同意不相互在对方的国内市场上竞争。此外，可专为这一目的制定市场划定安排。

(d) 限定，包括以配额限定产量或销售量

40. 制定分享市场安排也可以基于数量的分配，而不是以领土或顾客为基础。这种限制常常在有剩余能力或目标在于提高价格的部门中使用。根据这种计划，企业常常同意将供应限定在以前销售数量的一定比例的水平上，为了加强这一做法，常常建立一种联营安排，其中要求超限额销售的企业向联营缴款，以便补偿那些销售低于限额的企业。

(e) 联合一致拒绝购买

(f) 联合一致拒绝供应

41. 联合一致拒绝购买或拒绝供应，或以此相威胁，是用来逼迫那些不属于某一集团的成员遵守既定的行动方向的最司空见惯的手段。集体抵制可以是横向的（即卡特尔成员内部商定不向某些客户出售或购买），也可以是纵向的（包括在产生的不同层次和经销的不同阶段各方商定拒绝与第三方通常是上述阶段中的一个竞争者进行交易）。

42. 在一些国家中，抵制被视为是非法的，特别是当抵制的目的在于加强其他安排，例如维持集体转售价格和集体排他性交易安排时更是如此。例如，为了集体加强维持转售价格的条件而进行的抵制或暗中保留不往来户清单的做法在联合王国是受到禁止的。在印度，禁止或停止商品生产的协议⁴⁸如同旨在加强任何其他协议的商定安排那样⁴⁹，是需要事先通知的。在美国，上诉法院声称，伦敦的再保险公司可因一项非法抵制受到审判，这些再保险公司商定不与任何一家在保险单生效时愿意为没有发现和提出索赔要求的事故提供保险的美国保险公司打交道，因为这样做强迫在美国境内通过统一的“已提出索赔”这样的保险单。⁵⁰

43. 联合一致拒绝供应，不论它是针对国内的买方还是进口商，都属于拒绝交易。拒绝供应潜在的进口者通常是划定顾客安排的结果，其中供应商已商定好只向指定的买方供应。联合一致拒绝供应也有可能是买方和卖方，其中包括进口商和出

口商纵向集体安排的结果。

(g) 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合

44. 在商品和服务的生产和销售方面加入专业和商业协会的情况是司空见惯的。这些协会通常都有某种入会资格规定,在正常情况下,符合要求的人可以获准参加。然而,可以将入会规定订成歧视某些潜在的竞争者或象“只雇用工会会员的企业”那样不予吸收,从而将他们排斥在外。⁵¹但是,正像美国作出的判决那样,合法有效的专业康采恩可为其将个人排除在专业协会之外辩护。⁵²

45 集体拒绝他人参加一项安排也可以采取另外一种形式 -- 拒绝他人使用一项设施,而这一设施是为了在市场上有效竞争必不可少的。⁵³在这方面,美国采用了“竞争所需关键”设施的概念,并认为,占市场不足30%的购买集团可随意将公司排斥在外。⁵⁴

二、批准

第一段所列惯例,如事先妥为申报,且由经受有利竞争的企业提出,经竞争事务官认定整个协议将会产生净公共利益时,可予以批准使用。

46. 拟议的第3条,第2款处理批准问题,即赋予国家当局以针对某些贸易和经济发展惯例的影响对国家利益作出评估的酌处权。⁵⁵打算缔结限制性协议或第一款中所列各类安排的企业,需要将与协议有关的所有事实报告国家当局,以便根据第6条规定的程序获得批准。

47. 例如,欧共体《罗马条约》第85条第(1)款禁止并且宣布下列做法“与共同市场不相容:任何影响成员国直接贸易并且以妨碍、限制或扭曲共同市场内的竞争为目标或具有此种影响的企业之间的一切安排、企业协会的决定和联合做法”。但这一禁止不是绝对的,因为第85条第(3)款宣布,如果这类协议或决定有助于“改进商品的生产或经销,或促进技术或经济进步,同时又能使消费者合理享受到其所带来的好处”即可宣布第一款的规定不适用,但该条约又规定它们不得:

“(a) 将不属于实现这些目标必不可少的限制强加给有关企业;

(b) 给予这类企业取消有关产品大部分上的竞争的可能性。”

48. 仅举几例,大多数法律,例如德国、意大利、日本、立陶宛、西班牙、⁵⁶瑞典、委内瑞拉等的法律规定,有可能根据具体情况和在有限的时间范围内予以批准,例如危机卡特尔(在日本和西班牙成为萧条卡特尔)和合理化卡特尔。哥伦比亚立法所列举的批准范围包括研究和发展协议、符合标准和措施的立法和利用公共设施的程序、方法和制度。⁵⁷印度关于垄断和限制性贸易惯例法案中提到了国防和安全、向社区提供基本的商品和服务和政府签定的协议属于例外。⁵⁸同样,新的立陶宛法律广泛提到凡稳步降低消费品价格或改善商品质量的做法均会受到批准。⁵⁹在俄罗斯联邦,这种协议如果有助于保持商品市场供应充足,提高商品的质量和竞争力,便属合法。⁶⁰秘鲁的法律也规定,某些限制性协议,如果有助于提高生产效率和商品与服务的商业化程度,增强出口能力(但只有在符合国际条约规定的情况下),提高受衰退影响地区生活水平(但只有在不影响竞争的情况下),则此种协议可予批准。⁶¹

49. 此外,某些经济部门可免于对其适用上述法律,例如银行业和公共服务业,其中包括交通运输,供水、供气、供电和燃料的供应。这些部门上的例外可由适用范围中的一项向豁免条款作出规定。然而,近年来,随着“放宽管制”浪潮的高涨,许多国家对它们的立法作出修改,将以前受到豁免的部门重新纳入这一法律管辖的范围之内。例如,在联合王国,即使国有公共设施也属于竞争法的管辖范围,并且定期受到调查。

50. 应当指出,本身采用禁止方法的法律,例如美国的法律,并未对豁免或批准作出任何规定,因此并不存在横向限制性商业惯例的通知制度。但是,美国法律虽然并不授权反托拉斯机构批准不合法的行为,却有许多法令和法院裁决规定对美国《反托拉斯法》的豁免。⁶²

对第4条的评论

构成滥用或取得并滥用市场支配地位的行动或行为

一、禁止涉及滥用或取得并滥用市场支配地位的行动或行为

在下述情况下禁止涉及滥用或取得并滥用市场支配地位的行动或行为:

(1) 一企业单独或连同少数其他企业如能操纵某一种或若干类商品或服务

的有关市场。

- (2) 已处于支配地位的企业行动或行为限制了他人进入有关市场,或不适当地限制了竞争, 因而对贸易或经济发展造成或可能造成不利影响。

51. 这一条的内容是以成套原则和规则中D节,第4段为基础的,至于第1款,当第(1)和第(2)分款中说明的条件存在时,采用了一种原则上禁止的方式。这种情况将需要逐案分析,以确定一企业的行动或行为是否涉及到滥用或取得并滥用市场支配地位。

52. 市场支配地位所指的是一个企业或众多企业对市场的实际或潜在控制程度。衡量操纵程度的依据有市场份额、年度营业总额、资产的多少、雇员人数等。此外也应着重看一个企业能否将价格抬得高于(或压得低于)竞争水平,并使之维持相当长一段时期。某些国家的法律对一个企业或一些企业被认为处于支配地位或造成垄断局面所必须掌握的市场份额作出了具体规定。例如,在联合王国,如果一个公司供应或购买联合王国或其中某一确定的地区的某一类型的所有商品或服务的份额达25%或以上,即认定存在垄断,-- 因此,地方垄断是可以查出的。⁶³ 联合王国还将联合垄断界定为,加起来共拥有25%的市场份额,均采取某种方式的行为以影响竞争的公司。⁶⁴ 波兰法律规定,一公司如果“所占市场份额超过40%,即拥有支配地位”⁶⁵ 捷克共和国1991年法律规定的份额是30%。⁶⁶ 匈牙利⁶⁷ 和葡萄牙⁶⁸ 也有同样规定。立陶宛⁶⁹ 和俄罗斯联邦⁷⁰ 的法律分别规定40%和35%。在德国,法律载有若干假定,即:一个企业至少拥有某一类型商品或商业服务市场份额的1/3,其营业额在完成的上一营业年度中至少为2.5亿德国马克;3个或3个以下企业拥有的综合市场份额达50%或50%以上;5个或5个以下企业所拥有的综合市场份额占2/3或2/3以上。这一假设并不适用于在完成的上一个营业年度中其有可查的营业额低于1亿德国马克的企业。⁷¹

53. 然而,具体界定市场的支配地位是有困难的,除了市场份额之外,企业所占有的结构方面的优势具有决定性的重要意义。例如,欧共体法院在联合商标公司判决中考虑到该企业纵向一体化程度很高,其广告策略靠的是一个具体的商标(“Chiquita”),保证了它有稳定的顾客来源,它控制了经销过程的每一个阶段,这些因素加起来使该公司比其竞争者具有相当大的优势。⁷² 因此,支配地位可来源于一系列因素的相互配合,如果将它们分开来则不一定具有决定作用。

54. 从以上德国法律中可以看到,具有市场支配地位指的不仅是一个企业的

地位，而且还指若干企业联手可进行控制的一种局面。这明显的是指一种高度集中的市场，例如少数制造商对市场的控制，其中若干企业控制了市场的很大份额，因而创造并享有某种条件，通过这一条件它们可以采用同垄断者极为相似的方式支配或操纵市场。因而，它们采用某一种具体做法的累计效果，例如通过协议加以限制，完全可导致滥用市场支配地位的结果。

55. 滥用或取得并滥用市场支配地位是两个密切相关的概念，即滥用市场支配地位和获得并滥用这种权利。

56. 以下(a)至(f)分段列举了一个处于支配地位的企业被认为属于明显滥用的行为。因此，所做的分析涉及对企业市场支配地位行为的审查而不是对这种支配地位的质疑。然而，对通过滥用行为保持和行使这种权利提出了质疑。

57. 应当指出，在过去的10年中美国的案例法总的来说逐渐倾向于对纵向限制给予积极的评价。1985年的《反托拉斯司工作准则》在阐述其针对纵向限制的强制政策(1993年8月以后撤消)时指出不对占有市场份额10%以下的采用纵向做法的公司提出法律诉讼，而拥有10%以上市场份额的采用纵向做法的公司也不一定受到质疑，但将根据情理规则做出进一步的分析。⁷³

二、滥用性行动或行为：

(a) 对竞争者采取掠夺性行为，例如使用低于成本的价格扼杀竞争者；

58. 掠夺性行为的一种最常见的形式一般来说是指掠夺性定价。采取这种使竞争企业破产行为的企业，目的在于保持或加强其支配地位。企业所从事的产品和市场活动的门类越多，其财源也就越丰厚，从事这种掠夺性行为的能力也就越大。⁷⁴《中华人民共和国反对不公平竞争法》中有管制掠夺性定价的例子。该法规定经营者(即企业或个人)不得为排挤竞争者而以低于成本的价格出售其商品。⁷⁵

59. 掠夺性定价不仅限于定价本身。其他方式，例如买进以期使竞争者终止活动的行为也属于掠夺性行为。⁷⁶所以超额定价或一个处于支配地位的企业拒绝为一个能够从事竞争活动的客户的生产活动供应必不可少的原料均属于掠夺性定价。⁷⁷

- (b) 在货物或服务的提供或购买上采用歧视性（即不公正的差别）定价或条款或条件，其中包括在分支企业的交易中采用定价政策，与分支企业以外的相同或类似交易价格相比，对购买的或提供的商品或服务多收费用或少算费用；

60. 与掠夺性定价密切联系在一起的是歧视性定价做法。虽然低于成本价格针对直接竞争者来说明显具有掠夺性，歧视性定价也是掠夺性的，例如以数量、“奖励制”或“信用折扣”为基础的折扣也属于掠夺性的。⁷⁸ 在这种情况下，不管对直接竞争者伤害如何，歧视性定价可对得益买主的竞争者造成伤害。⁷⁹ 话虽如此，这里也还需要指出，给数量折扣在许多情况下是由于交易成本降低或者是为了应付竞争，因此不应该加以抑制。竞争管理部门对得益买主的竞争者受伤害一事本身不必担心，因为竞争法保护的是竞争而不是竞争者。

61. 在印度，基于数量的歧视性折扣减少了一些批发商与大批发商竞争的机会，因而减少了它们之间的竞争。⁸⁰ 秘鲁立法虽然将歧视性定价视为滥用行为的例证，却也规定，凡符合公认的商业惯例、因预先付款、数量和数额大等特殊情况而给予折扣和奖励，如果对所有消费者都以类似条件对待，则不构成滥用支配地位的行为。⁸¹

62. 其他类型的以价格为基础的歧视包括“交货价格”，即无论地点如何（不论对销售者来说运输成本多少）以统一价格销售和“基点销售”，其中某一地区被指定为基点（销售者从那一点起收取运输费用，而不论发运货物的实际地点和费用如何）。

63. 禁止歧视也包括在商品或服务的供应或采购方面的条款和条件。例如，在供应商品和服务方面给予差别性信贷或附加服务也属于是歧视性的。在澳大利亚立法中，禁止歧视不仅限于价格上的歧视，而且还包括信贷、服务的提供和支付提供的商品服务费用。⁸² 还须指出，给的条件有差别，如果与成本不同有关，不应视为不合法。更广泛地说，阻止企业给一些客户开价较低，结果很可能使企业给任何人都不削价。⁸³

64. 在分支企业的交易中对商品或服务低收费（一种交易定价的例子）可作为一种掠夺性手段对付无法以类似价格获得供应的竞争者。

(c) 限定售出货物的转售价格，包括进出口货物的转售价格

65. 通常由生产商或批发商确定的商品转售价格一般来说被称之为维持转售价。维持转售价在许多国家中是受到禁止的，例如，印度、意大利、新西兰、⁸⁴ 大韩民国、联合王国和美国均对此加以禁止。在瑞典，维持转售价格对竞争颇有作用，但受到《竞争法》禁止反竞争合作规定的牵制。⁸⁵

66. 虽然规定转售价格受到禁止，但一些国家的立法并不禁止最大限度的转售价格（例如，联合王国），也不禁止建议价格（例如联合王国和美国）。在美国，一旦发现施加任何直接或间接的压力要求遵守建议转售价格时，此一价格则属于非法。在联合王国，尽管并未禁止建议转售价格，但公平贸易委员会主任可禁止欺骗性的使用建议价格，例如，不适当地抬高价格，以吸引人们对表面上的大幅度杀价的注意。⁸⁶ 在加拿大，一产品供应商在广告中提到该产品的转售价格被认为是企图影响销售价格，使其向上浮动，除非他清楚地表明该产品可能以低价出售。⁸⁷

67. 应当指出，当涉及到竞争性企业（即批发商）时，集体维持转售价格应当作为定价安排的一种类型列入第3条,1(a)中。

68. 一般来说，拒绝交易是对不服从者使用的最经常性的压力形式。例如，为了避免这种情况的发生，欧共体委员会对一家美国公司及其在欧洲的3家子公司加以罚款，因为它们禁止将一项产品（妊娠检验仪）出口给一个欧洲国家（联合王国）的经销商，原因是这一产品的销售价格远低于在另一个欧洲国家（德国）中的销售价格。⁸⁸ 加拿大的立法对于因低定价政策而拒绝向某人或某些人供应产品的做法加以明确的禁止。⁸⁹

(d) 对于在国外合法标有商标的货物，如其商标与进口国中受保护的相同或类似货物的商标相同或类似，且为同一来源，即属于同一所有人，或供在经济、组织、管理或法律上相互依存的企业使用，限制这种货物进口，而限制的目的在于维持人为的高价；

69. 一个占据支配地位的公司所采用的这种做法是在《原则和规则》D 节第4段(e)分段中受到禁止的。商标所有人可以通过大做广告和其他销售活动而获取市场支配力。如果所涉商标得到了广泛认可且分布范围很广，商标所有人就能够对标有其商标的产品的经销商施用限制性商业惯例。商标可用来落实独家经营安排、排斥进口品、分配市场，有时还被用来索要过高的价格。但是，应该指出，企业限制经

销其上市产品,有各种站得住脚的理由,例如:保持质量和防止伪造等。这些措施的目的不仅是保护消费者,也是为了保护合法的知识产权。⁹⁰

70. 在限制货物进口方面,商标所有人可以设法阻止标有商标的产品进口;阻止除其独家经销商以外的任何人进口货物(平行进口);阻止标有其商标的类似的产品进口、同其自己的产品竞争,还可设法在不同的国家给同一种产品标上不同的商标,从而阻止相互进口。

71. 例如,在日本,Old Parr 公司指示它的代理商不要向从其他渠道进口 Old Parr 威士忌酒或以低于公司标准价的价格出售进口产品的经销商提供该公司的威士忌酒。这家公司为由其代理商提供的包装设计了一种特殊的核对符号,借以查出任何违反其要求的经销商。日本公平交易委员会调查了这一案件,并裁定,这种行为构成了一种不公平商业做法,因此下令 Old Parr 公司终止其做法⁹¹。

72. 关于限制进口合法标有相同或类似商标的相类似的产品,德意志联邦共和国的“Cinzano案”便是一例。在此案中,联邦最高法院裁定,一旦商标所有人已经授权其在各国的附属机构或独立受证人使用其商标并出售标有该商标的货物,所有人便不得在此种情形下禁止进口由其外国附属机构或受证人投放到国外市场上的产品,不论这些货物是否在质量上有别于本国商标所有人的货物⁹²。

73. 如上所述,一种在两个或两个以上国家注册的商标,其来源可以相同。就标有商标的产品出口到其他国家但并不在那里生产而言,所涉商标常常经特许转让给独家经销者。例如,联合王国的 Watts 有限公司,一个生产记录保护产品的厂家,以及该公司在荷兰的独家经销者和商标许可证接受方 Theal B.V. (后改名为 Tepea B.V.), 由于使用其商标来阻止对荷兰的平行出口而被欧洲共同体委员会处以罚款。该委员会裁定,独家经销协议的目的在于通过排斥正宗产品的所有平行进口,为 Theal 提供绝对的区域保护,由于 Watts 公司规定禁止联合王国的批发商搞出口,这种保护得到了加强。这套做法,从整体上看,使 Theal 能够完全任意地在荷兰为出口品规定价格⁹³。

74. 第四类案件涉及的是为获取市场份额而在不同的国家对同一种产品使用两种不同的商标。在由 Centrafarm B. V. 对 American Home Products Corporation (AHP) 提起的一项诉讼中, Centrafarm 称,作为平行出口商,该公司有资格未经批准而在荷兰以“Seresta”这一商标经销 AHP 公司生产的去甲羟基安定片剂,并在联合王国以“Serenid D”这一商标出售,因为这两种药物是相同的。法院在审理此案后作出的裁决是:如能证实这一点,即为了获取市场份额和维持人为的高价而采用对同一种产品使用不同的商标或阻止对经重新包装的货

物使用某种商标这一做法，此种权利的行使会构成对欧共体内贸易的一种变相的限制⁹⁴。

(e) 非为确保实现诸如质量、安全、充分经销或服务等正当商业目的的行动或行为：

- (一) 全部或部分拒绝按企业惯用的商业条件进行交易；
- (二) 某种货物或服务的供应以接受对竞争货物或其他货物的经销或生产实行的限制为条件；
- (三) 限定所供应货物或其他货物转售或出口的地点、对象、形式或数量；
- (四) 提供某些货物或服务以向供应人或他指定的人购买其他货物或服务为条件。

75. 尽管上述第(一)条至第(四)条所列的行为原则上受到禁止，但仍设想这些行为可能得到批准，条件是这些行为旨在按照法律的目标，保证达到正当的商业目的，诸如安全、质量、充分的经销或服务。政府为了确保充分的健康、安全和质量，订立了一些标准。然而，当企业将此类标准作为采用排他性做法的根据之时，尤其是在其处于占统治地位的情况下，就会令人对此种做法的目的产生怀疑，怀疑这一目的是否属于垄断性的。如果企业按照自己的意志订立标准，并声称它们之所以采用诸如拒绝交易、附加条件的销售以及有选择性的分销安排，是出于质量方面的考虑，则会更加令人产生怀疑。至于竞争者之间的标准方面的协议，如这些协议限制市场准入，就应受到第3条的约束。

76. 一般来说，在对排他性行为进行调查的时候，应当对市场内的有关企业的状况、市场结构以及此类排他性做法有可能对竞争乃至贸易或经济发展产生的影响进行审查。

(一) 全部或部分拒绝按企业惯用的商业条件进行交易；

77. 拒绝交易似乎是一项固有的权利，因为从理论上讲，如果拒绝销售或购买，受影响的只是销售者或购买者。但在实际上，拒绝销售的意图可以有多种多样，并且往往被占据支配地位的公司用来施行其他做法，如维持转售价格或达成有

选择性的经销安排等。此外，拒绝销售可以同市场内一企业的统治地位密切相关，并且往往被用作向企业施加压力的一种手段，目的是维持转售价格。

78. 拒绝交易如果意在实行潜在的反竞争限制，如维护转售价格和达成有选择的经销安排等，显然会在竞争方面引起关注。但是，拒绝交易本身并不具有反竞争性，企业应该有是否进行交易的自由，也应有自由决定给购货商品及时付款或维护制造商产品质量、形象等的老客户、有关系的企业经销商以优惠待遇⁹⁵。此外，企业事先宣布在何种情况下会拒绝交易（即仅仅对另售价表示自己的希望，谢绝与任何违背其希望的人再作交易），也不属反竞争性行为。在这方面，美国最高法院曾裁定指出：“《谢尔曼法》的目的是要禁止可能不适当地干预从事或希望从事贸易和商业者自由行使其权利的垄断、缔约和联合行为，总之是要维护贸易自由权。如果不是为了建立或保持垄断，本法并不限制纯粹私营的贸易商或制造商自由、独立地酌情决定交易对象这一久已公认的权利，当然，贸易商或制造商可事先宣布在何种情况会拒绝出售”。⁹⁶

(二) 某种货物或服务的供应以接受对竞争货物或其他货物的经销或生产实行的限制为条件；

79. 此种行为常常是“独家经营安排”的一个方面，可称为一种商业做法，即一家企业往往在一指定的地区范围内得到购买、销售或转售另一家企业的产品或服务的专营权利。作为此类专营权利的一项条件，销售者往往要求购买者不要经营或生产竞争货物。

80. 根据此类安排，经销者放弃其部分商业自由，以换取某种保护，使竞争者无法销售所涉的具体产品。协议的条件通常反映出有关各方相对的议价地位。

81. 此类限制的结果与通过一经济实体内的纵向结合而取得的结果相似，销路由供应者控制，但就前者而言，经销者不受共有方面的约束。

(三) 限定所供应货物或其他货物转售或出口的地点、对象、形式或数量；

82. 供货商与其经销商之间达成的安排往往包含一具体地区的分配（区域分配）或某一类型的客户的分配（客户分配），即规定经销商经营的地点和对象。例如，经销商可能仅限于整批出售由批发商提供的所涉产品或仅限于将产品直接出售给零售点。此类限制的目的在于通过阻止第三方的平行交易尽量减少牌号内部的竞

争。此类限制的影响体现在销售价格和条件之中，这在市场上不存在强有力的牌号内部的竞争的情况下尤为如此。但是，如果有关市场存在相当强烈牌号内部竞争，那么对牌号内部竞争的限制就可能是良性的、有利于竞争的。⁹⁷

83. 区域分配的形式可以是由供应者为经销商指定某一区域，所达成的谅解是：经销者不向该区域之外的客户出售产品，也不向可能转而在国家的另一地区出售产品的客户出售其产品。

84. 客户分配是指供应者要求购买者只向某一类客户、比如只向零售商销售产品。这样要求的理由是，供应者可以由本人向大客户进行整批销售，比如向车队销售车辆或向政府进行销售等。客户分配还可用来将最终销售限于某些销售点，比如限于符合某些条件的经批准的零售商。此类限制还旨在不向折扣零售商或独立零售商供货，以便维持转售价格，限制销售点和服务点。

85. 区域和客户分配安排旨在实施独家经营安排，使供应者在就所涉产品的供应而言处于支配地位的情况下孤立某些市场，使其相互隔绝，从而根据各个市场所能承受的程度规定有差别的价格。此外，由于担心价格定得最高的地区出现价格竞争，往往将选择性经销系统用来防止通过对指定区域以外的出口进行的转售。

(四) 某些货物或服务的提供以向供应者或由他指定的人购买其他货物或服务为条件；

86. 此种行为一般称为搭卖。所“搭”的产品可能与要求购买的产品毫无关系，也可能属于同类产品。⁹⁸实施搭卖安排通常是为了促进销路差的产品的销售，这类产品主要是指那些因替代品的出现而面临更大竞争的产品。供应者依其在所要求的产品方面拥有的支配地位，就能够将购买其他产品作为他出售该产品的条件。例如，做到这一点的办法是在对供货企业的整类产品的总购买的前提下提供忠诚回扣⁹⁹。

87. 应当指出的是，美国于1988年修改了其专利法，规定，将一项专利同另一项专利搭在一起，或同一单独的产品的购买搭在一起，不构成专利权的非法延伸，除非“专利所有人在有关市场对许可证或销售所据以的专利或专利产品拥有市场支配力”¹⁰⁰。这项立法行动有效地推翻了美国法院先前的陈述，即应推定专利持有人拥有市场支配力。美国国会接受这一点，即许多专利产品应面临来自替代品的有力竞争。

(f) 兼并、收购、合资经营或以横向、纵向或联合大企业等其他方式控制权¹⁰¹,包括连锁董事会,其中:

- (1) 至少有一家企业设在本国;
- (2) 任何产品或服务形成的国内市场份额或份额的大部分将致使一家公司占据支配地位,或大为减少由一个极少数几家公司占支配地位的市场内的竞争。

88. 经济力量的集中主要依靠兼并、收购、合资经营,还依靠以其他方式获取控制权,如互兼董事会等。兼并是指两家或更多的企业的合并,一家或数家企业的特性因此而丧失,从而形成一家单一企业。一家企业被另一家收购,通常是指一家企业购买另一家企业的所有或足够数额的股份,以使其实施控制,此种购买可在未经被收购企业同意的情况下进行。合资经营是指两个或两个以上的企业组成一单独的企业。此类控制权的获取在某些情况下或许会导致经济力量的集中,获取可能采用横向方式(如获取一个竞争者)、纵向方式(如在生产和销售过程的各阶段的各企业之间),也可能采用联合大企业方式(包括各类活动)。在某些情况下,此类集中可能既采用横向方式又采用纵向方式,所涉企业可能来自一个或多个国家。

89. 许多国家为了管制兼并和其他方式的控制权的获取,均已订立了一套完成兼并前的申报制度,如在美国和欧共体。申报只有在所涉企业已经或有可能获得某种程度的集中的情况下才是强制性的。审查经济实力的此种集中所采用的主要指标是:市场份额、年营业总额、雇员数目以及资产总额。其他因素,如总的市场结构、市场集中的现有程度、进入市场壁垒、有关市场内其他企业的竞争地位以及目前所拥有的和通过获取将得到的优势等,也将在评估获取所产生的影响时加以考虑。必须指出,绝不可把批准办法的目的理解为阻止企业开展促竞争的活动。

90. 例如,1989年,欧洲共同体施行了一套全面管制兼并的制度。条例规定,营业额合计为50亿欧洲货币单位的公司(各公司在欧共体内的营业额至少为2亿)之间的一切兼并或获取均须登记。此类交易必须申报,如受到调查,必须停止,最长可达90天¹⁰²。没有达到上述阈值的兼并也仍须受到成员国国家主管部门的管制¹⁰³。

91. 横向获取明显属于最直接促成经济实力集中的那一类活动,这类活动有可能导致市场支配地位的形成,从而会削弱乃至消灭竞争¹⁰⁴。正因为如此,许多发达国家和发展中国家的限制性商业惯例立法才对竞争者的兼并或结合实行严格的管

制。事实上，反垄断立法的一个主要目的，是控制垄断力量的增长，这种垄断力量形成的直接原因，往往是由于将竞争者合并为一单一的单位。控制权的横向获取并不限于兼并，也可能通过收购、合资企业或互兼董事会等方式来实现。控制权的横向获取，哪怕发生在小企业之间，尽管不一定对市场内的竞争产生不利影响，但仍可能导致经济力量的进一步集中和少数卖主垄断市场这一局面的出现。

92. 就控制权的获取是通过建立合资企业来实现而言，首先应考虑弄清这一点，即协议是否属于第3条所述的那一类，并且包含市场分配安排，或有可能导致销售和生产的分配。

93. 控制权的纵向获取涉及生产和经销过程的各个阶段的企业，可能产生若干不利影响。例如，一家供货企业如果兼并或获取了一家客户，就能通过阻断其竞争者的产品的实际或潜在销路来控制市场。同样，一家客户如果获取了一家供货企业，就能限制其竞争者得到货物的机会。

94. 联合大企业的获取既不构成竞争者的合并，也不产生纵向联合(分成各种毫不相关的领域)，因而更难处理，因为表面上看来，有关市场的竞争结构不会变化。在这方面，应考虑的最重要的一点，是获取安排将使有关各方的财政实力得到补充。经合并的公司的财政实力的大幅度增强，能为对付被获取公司和获取公司的竞争者或潜在竞争者创造更有利的条件，如果其中有一方或双方均占据了市场支配地位，情形则尤为如此。¹⁰⁶

95. 控制权的跨境获取。任何有一家跨国公司参与的兼并、收购或其他形式的控制权的获取，均应在该跨国公司经营的任何国家受到严格的审查，原因是控制权的此种获取，不论是仅发生在一国境内还是发生在国外，均会对经济实体的其他单位的经营活动产生直接或间接影响。

96. 例如，在澳大利亚，施行了旨在加强和提高1986年的《贸易惯例法》的有效性的修正立法，目的是对在澳大利亚有子公司的外国公司的海外兼并进行管理。第50小节(A)条第(1)款规定，法庭经部长、委员会或任何其他人员的请求，得宣布，所涉法人由于在澳大利亚境外的一项获取交易，在一家或多家公司获得了控制权(由第50小节(A)条第(8)款限定)，因此，将支配或将可能支配澳大利亚境内的一个极大的货物或服务市场；还得宣布，这项获取不会使公众获益。使用“极大的货物和服务市场”一语是要表明，条款仅适用于大小类似于第50节适用的市场的那些市场。

97. 德国的联邦卡特尔局对 Bayer/Firestone 和 Phillip Morris/Rothmans 兼并案件的处理，提供了对付发生在国境以外、但在国界内产生影响的

国际兼并方面的有趣的例子¹⁰⁶。

98. 互兼董事会是指一人是两或两个以上企业的董事会成员，或者是指两个或两以上公司的代表在一家公司的董事会任职。这包括母公司之间、一个企业的母公司与另一个母公司的子公司之间的互兼董事会或者不同的母公司的子公司之间的互兼董事会。总的财务方面的联系和股份的共同拥有会导致这类情形的出现。

99. 互兼董事会会在好几个方面影响竞争。会导致行政管制，因而投资和生产方面的决策实际上能致使几家企业间在价格、市场分配等方面形成共同的战略，并会导致采取第3条所述的那一类其他的共同行动。在纵向一级的互兼董事会会造成活动的纵向合并(如在供货方和客户之间)、阻止向竞争性领域的扩展，并致使双方达成互惠安排。金融企业和非金融企业间的联系会致使在向竞争者供资方面形成歧视性条件，并会促使控制权被以纵向--横向或联合大企业等方式获取。

100. 应当指出的是，互兼董事会这一方式如不加以有效控制，就可能被用来规避限制性商业惯例方面任何制定的极为完善并得到严格实施的立法¹⁰⁷。因此，各国不妨考虑作出强制性规定，即互兼董事会必须申报，必须事先得到批准，不论这一方式是在竞争者之间采用、属于纵向性质，还是属于联合大企业性质。

三、批 准

凡属本法不绝对禁止的行动、惯例或交易，只要实施前按第6条规定进行申报，如实向主管当局申明所有有关细节，受影响各方也有机会陈述意见，由此而断定所议行为如必要经改变或调整后符合本法的目标，即可予以批准。

101. 《一套原则和规则》规定，行动或行为是否属于滥用性质，应视其在实际情形中的目的和影响来决定。在这样做的时候，企业显然有责任提出证据，证明其行为在某一情形下属妥当行为，国家主管部门则有责任决定是否接受这种行为。一般来说，就(a)至(d)项所列的做法而言，在一公司占据市场支配地位的情况下，鉴于这些做法有可能对竞争和贸易乃至对经济发展产生的影响，采用这些做法是不可能被视为妥当的。

对第5条的评论

消费者保护问题可考虑的某些方面

一些国家对消费者保护是与限制性商业惯例分别立法的。

102. 在有些国家，如澳大利亚，限制性商业惯例方面的法律有一章专门涉及消费者保护。无疑，竞争问题是与保护消费者的经济利益密切相关的。例如，加拿大、印度、立陶宛和委内瑞拉的情形也是如此，这些国家的竞争法载有关于“不公平贸易做法”的条例。载于TDB/RBP/15/Rev.1号文件的贸发会议的法律范本案文(1984年版)所列的一些内容，可供各国考虑列入其限制性商业惯例立法。不过，通过此种立法的国家目前似乎趋向于通过两套单独的法律，一套涉及限制性商业惯例或竞争，另一套涉及消费者保护。然而，由于两套法律之间存在的联系，这些法律往往由同一个部门负责实施。例如，澳大利亚、加拿大、哥伦比亚、萨尔瓦多、芬兰、法国、匈牙利、挪威、新西兰、秘鲁、波兰、俄罗斯联邦、斯里兰卡、联合王国和美国的情况便是如此。

103. 还有必要考虑到联合国大会关于消费者保护的决议¹⁰⁸，1985年，在该决议中就这一问题通过了全面的指导方针。这套指导方针主要包括旨在促进和保护消费者经济利益的措施，以及消费品和服务的安全和质量标准；基本消费品和服务的经销办法；使消费者能够得到赔偿的措施，以及宣传教育方案等。在这方面，联合国关于消费者保护的指导方针明确提及了《一套控制限制性商业惯例的原则和规则》，建议各国政府制定、加强或维持控制可能有损消费者利益的限制性和其他属于滥用性质的商业惯例的措施，并设法执行这些措施¹⁰⁹。

对第6条的评论

申 报

一、企业的申报

1. 虽属第3条及第4条范围但不受绝对禁止的惯例，均存在被批准的可能；可要求或鼓励企业向管理机构申报惯例，提供所要求的全部细节。

2. 可用当事方的规模、交易规模或市场份额标准确定交易过小，不适于申报。
3. 申报可由各有关当事方，或由以其他当事方名义行事的一方或数方，或由经正式授权以其名义行事的任何人向管理机构提出。
4. 如果一企业或个人以相同的条款与若干不同的当事方缔结限制性协议，可只申报一项，但须列具这些协议各当事方或拟参加协议的当事方的详细情况。
5. 凡属于第3条和第4条范围并在法令生效之日已存在的协议和安排，可允许企业请求批准，但以自该日起(---日/月)内提出申报为条件。
6. 所申报的协议得于批准之日或于规定的批准期届满之时起生效，或于申报之时起暂时生效。
7. 凡是未申报的协议或安排，一俟发现并认定为非法，将受全面法律制裁，而不仅是修改而已。

104. 法律范本所采用的做法是原则上禁止限制性协议。因而，如有些做法属于第3条和第4条的范围，且没有被绝对禁止，就有可能被批准。如果第4条或法律的一项单独的条款有规定，申报还适用于兼并控制。不过，应当指出的是，在法律上对申报和登记作过多规定，对企业和主管部门都可能造成极大负担。因此，许多要求申报的法律，如西班牙、瑞典或欧洲共同体的条例，规定某些做法或低于给定阈值的交易免于申报，或为这些做法和交易规定了“总括豁免”。波兰议会正在审议其法律的拟议修正案，根据修正案的规定，波兰也将采取同样的办法。瑞典的总括豁免规定与欧洲共同体内部现行的这种规定类似。瑞典对零售业连锁店的某些合作形式已颁布一种总括豁免规定。¹¹⁰

105. 企业在报批过程中，须将拟达成的协议或安排的全部细节通知管理机构。待申报的细节依情况而定，不可能在任何情况下都相同。除其他外，须申报的内容可以包括：

- (a) 有关当事方(一方或数方)的名称和登记地址；
- (b) 各位董事以及所有人或合有人的姓名和住址；
- (c) 股票持有人(主要的)的姓名和住址，及其所拥有的资产方面的详细情况；
- (d) 任何母公司和相关联的企业名称；
- (e) 有关的产品或服务介绍；

- (f) 企业(一个或多个)的营业地点,各营业点的业务性质,以及企业(一个或多个)活动所涵盖的区域(一个或多个);
- (g) 各项协议开始执行的日期;
- (h) 协议的期限,或者,如协议可在通知后终止,所要求的预先通知期限;
- (i) 协议的全部条件,不论是书面条件也好还是口头条件也好,其中,口头条件应变为书面条件。

106. 为获批准,所涉企业应证明,拟达成的协议不会产生法律禁止产生的影响,或证明,该协议没有与法律的各项目标相抵触。

107. 关于属于第4条范围的行为的批准,申报中所提供的情况应包括市场份额、资产总额、年营业总额以及雇员人数等内容,还应包括以横向和纵向方式相结合或相关联的企业在这几个方面的情况,目的是确定所涉企业的市场支配力。属于“占据市场支配力”那一类的企业(确定这类企业的具体标准由管理机构制定)和由于此种安排和做法可能会符合此类标准的企业,必须将全部细节通知给管理机构。

二、管理机构采取的行动

1. 无论是批准、不批准,或是须在达到某些条件和履行某些义务的前提下方可批准,管理机构均应(于收到全部细节的正式申报之日起一日/月之内)作出决定。
2. 每隔()月/年,定期审查所作出的批准,以确定展期、中止或在达到某些条件和履行某些义务的前提下始得展期的可能性。

108. 所通知的协议的生效将取决于若干因素。就兼并和以其他方式获取控制权而言,应设想管理机构将在协议生效之前的特定时限内事先批准这些协议。也可对根据第3条和第4条(e)至(f)段通知的协议和安排适用同样的程序,但这会对企业决策造成某些拖延。就后者而言,协议或许可以暂时生效,除非管理机构在特定时限内另行决定。

109. 本条第二节第2款为已经作出的批准规定了审查和中止程序。如果批准是在特定经济状况下作出的,那么通常的理解是:这些状况可能继续存在下去。不过,履行审查手续是很有必要的,这不仅是考虑到情况可能已发生变化,而且也是考虑到这一点,即在作出批准之时没有预料或预见到豁免可能产生的一些不利影响。

3. 如管理机构注意到下列情况,便有可能撤销批准:

- (a) 批准的合理条件已不复存在;
- (b) 企业未能达到批准时规定的条件和履行规定的义务;
- (c) 申请批准时提供的情况虚假或失实。

110. 第二节第3款规定,一旦事实已有变化,义务未能履行,或者豁免遭到滥用,便可能撤销批准。这也包括这一情况,即最初的决定是基于不正确或虚假的信息作出的。

对第7条的评论

管理机构及其组织

1. 设立管理机构并确定其名称

111. 《一套原则和规则》E节第1段要求各国制定、改进和有效执行有关的法律,并在这方面实施司法和行政程序。最近,一些国家分别颁布了立法和立法修正案,这表明了建立新的管制限制性商业惯例机构的趋势,也表明人们在对现有机构进行改革,以赋予其更多的权力,使其更为有效地发挥作用。

112. 有些国家将一些不同机构合并为一个机构,并赋予该机构在限制性商业惯例、消费者保护或公司法等方面的一切职能。例如,巴基斯坦的情况便是如此,该国政府决定设立一个总的机构,负责执行《反垄断法规》和其他商法(80)。¹¹¹哥伦比亚¹¹²和秘鲁¹¹³的情况也是如此。

2. 管理机构的组成,包括主席和成员数目; 任命的方式,包括负责任命的机构

113. 无法指出哪一个机构应为恰当的管理机构。也无法规定该机构应如何归入某一国家的行政或司法部门。这一点由各国决定。目前的法律范本是基于这一设想制定的,即或许最为有效的那一类管理机构是政府下设的一个半自主机构,该机构在进行调查、实行制裁等方面拥有较大的司法和行政权力,而在同时又能求助更高

一级的司法机关。

114. 管理机构的成员数目各国不尽相同。在有些国家的立法中,数目不是固定的,可在上限和下限之间变化。另一些国家则在立法中规定成员的确切数目,如阿根廷、巴西、保加利亚、秘鲁、葡萄牙、大韩民国和俄罗斯联邦等。还有一些国家,如澳大利亚等国,确定成员数目一事由有关部门负责。许多国家的法律规定,委员会主席和成员的任命由最高权力机关负责。在另一些国家,法律指定一名高级政府官员担任主席一职。在阿根廷,担任委员会主席的是一名商务部副部长,成员则由经济部部长任命¹¹⁴。在有些国家,如印度和巴基斯坦,必须在官方公报上向公众公布任命情况。有些国家的立法规定了该机构的内部结构和职能,还为机构的运转作了规定,而另一些国家则将这些具体事宜交由机构本身负责。

115. 有些国家倾向于部分或完全改变限制性商业惯例方面的国家主管机构成员的来源。例如,在智利,依照以前的立法,裁定委员会成员主要由行政管理部门的人员担任,而目前,有些成员则来自大学¹¹⁵。

3. 被任命人员应具备的资格

116. 有几项法律规定了任何人要成为管理机构的成员所应具备的资格。例如,秘鲁多部门自由竞争委员会委员必须具备专业学位,并在其相应的知识领域中至少具有十年的实际经验。¹¹⁶

117. 有些国家的立法规定,所涉人员不应有会同应履行的职责相冲突的利益。例如,在印度,所涉人员不应有任何可能会对其职责产生不利影响的财务或其他方面的利益。在德国,担任成员者不得为任何企业、卡特尔、行业协会或专业协会的管理委员会或监事会的所有人、主席或成员。匈牙利的经济竞争办公厅的主任、副主任以及竞争事务委员会的高级负责人和委员除致力于科学、教育、艺术、写作和发明活动以及因法律关系而进行的语言和编辑修改活动外,不得从事其他营利活动,不得担任企业高级主管或监事会或董事会成员。¹¹⁷匈牙利法律还具体规定,管理机构成员相互之间不能有亲戚关系,不能参与调查其近亲与之有雇佣关系或其他法律关系的企业家。¹¹⁸意大利¹¹⁹和墨西哥¹²⁰的立法中也有类似的规定。

4. 规定管理机构主席和成员的任期：规定任期，可以连任或不可连任；以及填补职位空缺的方式

118. 管理机构成员的任期各国不尽相同。目前，成员的任期，在澳大利亚为7年；匈牙利为6年；巴西和阿根廷为4年；加拿大和墨西哥为10年，保加利亚、印度、联合王国和巴基斯坦为5年，立陶宛法律规定3年；其他国家，如秘鲁，任期不一定。在许多国家，如泰国、大韩民国、阿根廷、印度以及澳大利亚，成员有可能连任。

5. 罢免管理机构成员

119. 一些国家的立法规定设立一专门机构，该机构有权罢免从事了某些活动或已经不再适合担任这一职位的管理机构成员。例如，在泰国、大韩民国和印度，体弱多病是罢免的一条理由；在泰国、印度和澳大利亚，成员可因破产而被罢免；在墨西哥¹²¹和秘鲁，¹²²成员只有在依照刑法或劳工法遭指控犯有严重不轨行为并被判刑才可罢免。在印度，可因滥用职位和获取其他利益而被罢免；在阿根廷和澳大利亚，可因未能履行作为一名管理机构成员理应履行的义务而被罢免；在澳大利亚，可因无故不到任而被罢免。被罢免的另一个原因是被判处徒刑，例如，匈牙利¹²³和泰国¹²⁴的情况便是这样。中华人民共和国监督调查不公平竞争做法的国家机关工作人员如果明知一经营者违反中国法律规定，构成犯罪行为，却出于个人考虑，不依法办事，故意包庇，使其免受起诉，则应依法追究该工作人员的刑事责任。¹²⁵罢免程序各国不尽相同。

6. 管理机构成员在履行职责或行使职务时可能享有的免于起诉或任何索赔的权利

120. 为了保护管理机构成员和官员，使其免于起诉和索赔，得在这些人员行使职责过程中给予其充分的豁免权。例如，在巴基斯坦，管理机构或其任何官员或雇员凡是真诚办事或拟按《反垄断法》规定办事的，均免于任何诉讼、起诉或其他法律程序。

7. 聘任必要的工作人员

121. 各国在招聘管理机构人员方面的做法不尽相同。在有些国家,如巴基斯坦和斯里兰卡,工作人员由管理机构自己负责招聘。另一些国家则由政府负责招聘。

对第8条的评论

管理机构的职能和权力

一、管理机构的职能和权力可包括(举例):

122. 多数有关限制性商业惯例的立法都规定了管理机构为履行其任务所拥有的一系列职能和权力,这些职能和权力为机构的工作提供了一个总的框架。第8条列举了机构的一系列职能。

(a) 进行审查和调查,包括在接到控告后进行审查和调查

123. 管理机构可主动采取行动,或者在出现表明存在限制性做法的某些迹象(如凡是有人或企业提出控告)之后采取行动。由诸如国内税收、外贸、海关或外汇管制等其他政府部门收集的材料,如果适用,也不失为一个必要的信息来源。《原则和规则》明确规定,各国应当制定或改进从企业那里获得有效管制限制性商业惯例所需的信息的程序。管理机构还应有权命令个人或企业提供材料,如果不提供此种材料,可在必要时考虑得到一份搜查证或请法院下达一项命令,以便要求提供材料,或允许进入据认为存放了材料的房舍。

124. 在许多国家,包括阿根廷、澳大利亚、德国和巴基斯坦等国,管理机构有权命令企业提供材料,并准许工作人员入室搜查有关材料。不过,进入房舍得受到某些条件的约束。比如,在阿根廷,须经法院下达命令后方可进入私人住宅,而在德国,尽管搜查住宅通常得在法院下达命令后进行,但在“情况紧急,容不得拖延”之时,可在未经法院下达命令的情况下进行搜查。

(b) 作出必要的决定,包括实行制裁或向主管部长建议进行制裁

125. 管理机构在进行审查和调查之后,须作出某些决定,即视具体情况,提起诉讼或要求终止某些做法;不批准或者批准所申报的事项,或实行制裁等等。

(c) 进行研究、发表报告、向公众介绍情况

126. 管理机构可开展研究活动,请专家协助其开展这项活动,或委托机构外人员从事研究活动。例如,在巴西,法律规定,经济保护管理委员会(CADE)可批准指定一些专业人员和专家协助开展调查和研究活动¹²⁶。有些国家的立法明确要求主管部门开展某些研究活动。比如,在泰国,物价和反垄断局有权也有义务就货物、价格和企业经营活动等进行研究和分析¹²⁷;在阿根廷,主管委员会可以编写有关市场情况的报告,并就市场行为如何影响消费者利益这一问题进行研究。在葡萄牙,竞争事务委员会可要求竞争和物价署进行适当的研究,形成意见,提交给贸易部长。¹²⁸管理机构可定期向公众介绍其活动。为此,可采用定期报告这一形式。多数制定限制性商业惯例立法的国家至少每年发表一份年度报告。

(d) 印发表格,设置申报登记册

127. 多数立有申报程序的国家的法律也规定建立某种具有透明度的登记制度。例如,西班牙的保护竞争登记处¹²⁹和法国竞争事务署一级的规定¹³⁰就是这样。有些国家设置了一种可予以公开的登记册,上面记录了通过申报提供的某些情况。建立这种登记册是基于这一想法,即公开所登记的情况能在某种程度上对从事限制性商业活动的企业构成一种制约,并能使受到此种做法影响者了解这些做法。这些人员还能提出具体申诉,并指出所申报的情况存有的任何失实之处。不过,并非所有申报的情况都能予以登记,其中一条理由是某些信息涉及所谓的“商业机密”,透露这些机密会影响所涉企业的经营活动。竞争管理部门掌握敏感的商业信息不能过分强调,因为这种机密一旦泄漏,会大大挫伤企业界的积极性,使他们迟迟不愿按照合理的要求提供情况。

(e) 制定和颁布规章

128. 管理机构还应有权颁布实施条例,以便于该机构开展工作。

(f) 协助拟订、修订或审查限制性商业惯例立法或管制的竞争政策有关领域的立法

129. 管理机构在竞争领域的专业水平很高,具有独特的经验,因此,越来越多的新法规或修正案为管理机构规定了额外的任务:对有可能影响竞争的法案草案提出咨询意见,并开展研究,在竞争立法的修订方面向政府提出恰当的建议。例如,保加利亚保护竞争委员会¹³¹能够在竞争政策事务方面形成意见、提供咨询和指导的葡萄牙竞争事务委员会¹³²,西班牙的保护竞争法院¹³³和墨西哥联邦竞争事务委员会¹³⁴的情况也是这样。

(g) 促进与其他国家的信息交流

130. 《原则和规则》要求各国在区域和次区域一级建立起适当的机制,促进限制性商业惯例方面的信息交流。宜将信息交流明确规定为管理机构的职能之一,从而使其有权促进此种交流。例如,比利时的立法规定,可以根据关于在竞争性做法方面相互协助的互惠协定,向别国主管竞争事务的部门传递必要的文件资料和信息¹³⁵。美国与德国、日本、澳大利亚和欧洲共同体委员会达成的双边协议,以及法国与德国达成的双边协议,也对信息交流和相互协商作了规定。此外,《原则和规则》F节第4段也作了类似规定。

二、保密

1. 对企业提供的含有合法商业秘密的资料给予合理的保护,以保守其机密性。
2. 防止泄漏向竞争事务当局提供资料并需保守机密以防遭受经济报复者的身份。
3. 防止泄漏政府对正审议或未决事项的审议意见。

131. 依照《一套原则和规则》E节第5段的规定,正当的商业机密资料应享受通

常适用的保障,尤其应保护其机密性。一般来说,提交管理机构或由该机构得到的机密资料也能受到国家保密法的保护。但是,有些国家,诸如墨西哥¹³⁶、挪威¹³⁷和葡萄牙¹³⁸等国的立法对诉讼过程中获得的证据的保密问题有特别的规定。

对第9条的评论

制裁和法律补救方法

一、酌情对下列情况实行制裁:

- (1) 违反本法的行为;
- (2) 未遵守管理机构或主管司法当局的决定或命令;
- (3) 未在规定的时限内提供所要求的资料或文件;
- (4) 提供或陈述企业明知或有理由认为是虚假或失实的任何情况;

132. 第9条第2款列举了对第1款载列的违法行为的一些可能的制裁。

二、制裁方法可包括:

- (1) 罚款(视违法行为的隐蔽程度、严重程度和明显的违法程度或被控行为获得的非法收益多少而定);

133. 对企业和个人实行罚款的权力可属于管理机构或司法当局,或由两者分享。例如在后者情况下,管理机构实行罚款的权力可能限于拒绝提供资料、提供虚假情况和未能修改协定等行为。在巴西、德国、匈牙利、日本、立陶宛、墨西哥、挪威、秘鲁、巴基斯坦和俄罗斯联邦等国以及欧共体内,管理机关有权实行罚款。在澳大利亚和美利坚合众国,实行罚款的权力属于法院。当然罚款的最高限额各国不同。

134. 罚款也可随违法行为类型的不同(在印度和葡萄牙),或根据违法行为是有意还是无意(德国和欧共体)而有所不同,或者采用具体数字和/或最低或参考工资的形式(巴西、墨西哥、秘鲁、俄罗斯联邦),以及/或者可以按照违法行为带来的利润加以计算(中国、德国、匈牙利和立陶宛)。此外,在德国等某些国家里,对一项罪

行课以的罚款可以高达由于违法行为所取得的额外收入的三倍。在美国限定价格的案件中,三倍损害也很重要。在秘鲁,如果再犯,可以加倍罚款。¹³⁹

135. 看来合乎逻辑的作法是,按照通货膨胀的指数确定罚款,而且考虑到罪行的严重程度和企业支付的能力,这样较小的企业就不会受到象大型企业一样的惩罚,而对于大型企业来说,具有低限的罚款将对从事限制性惯例的行为起到一点劝阻作用。

136. 最近强行实行各种安排的目的的是通过对公司实行非常严厉的罚款寻求威慑作用。在欧洲共同体,根据关于授权欧共体委员会按照高达违法企业每年营业额的百分之十确定罚款的规章,一个塑料卡特尔的成员被罚款3000多万欧洲货币单位。¹⁴⁰在美国,1990年颁布的立法将对于违反反托拉斯法律的行为的最高公司罚款从100万美元提高到1,000万美元。¹⁴¹在日本实行的立法允许罚款高达3年中受影响的商业总额的百分之六。根据这项规章,日本公平贸易委员会1991年对一个水泥卡特尔课以8,000万美元的罚款。¹⁴²

(2) 监禁(遇有自然人公然和蓄意违反法律或执行令等重大案件时);

137. 实行监禁的权力通常属于司法当局。在巴西、日本和挪威等某些国家里,根据行政机构的申请,规定监禁期限的权力是为司法当局保留的。监禁的期限根据罪行的性质可以为一年、二年、三年或若干年。

138. 阿根廷和加拿大等国,司法当局负责根据限制性商业惯例立法作出裁决,法院有权判处长达6年(阿根廷)和长达2年(加拿大)的徒刑。在美国,触犯反托拉斯法的刑事罪只限于明确界定的“本身”不法行为和被告显然具有反竞争性质的行为:限定价格、操纵筹码、瓜分市场等。只有《谢尔曼法》对刑罚作了规定(第1节和第2节述及的违法行为),这些罪行可作为重罪处以公司罚款、个人服刑三年。美国反托拉斯司执行《谢尔曼法》的刑罚时遵循的是联邦一般刑事法规和《联邦刑事诉讼规则》。¹⁴³

(3) 临时命令或禁令;

139. 在匈牙利,如有非法行为随时有造成损害的可能,监事会可以禁止构成威胁的人从事这种非法行为,或可命令他采取必要措施避免造成这种损害,必要时,还可命令他制订安全措施。¹⁴⁴

- (4) 终止和停止或以积极行为、公开情况或道歉等方式补救违法行为的永久性或长期性命令；

140. 当美国限制从大韩民国进口彩色电视机时, Samsung, Gold Star 和 dae Woo 为了增加销售而在当地削减价格, 但随后相互同意停止削减价格。公平贸易局命令停止限定价格并要求这些公司在一家当地报纸上道歉。¹⁴⁵

141. 在这个范围内, 似可考虑作为补充措施公布停止令和决定进行行政机关或司法机关认为适当的制裁的最后判决, 例如法国即是如此。¹⁴⁶ 这样, 企业界、特别是消费者便能知道某个企业有不法行为。

- (5) 剥夺(就已达成的合并或收购而言), 或撤消(就某些合并、收购或限制性合同而言);

142. 墨西哥采用这一条款, 该国委员会可以命令“部分或全部解除”合并。¹⁴⁷

- (6) 对受害的消费者给予赔偿;

- (7) 对违法性质进行行政或司法调查, 以作为受害人一切索赔诉讼中赔偿责任的表面证据。

对第10条的评论

上诉

1. 请求管理机构根据已变化的情况审查其决定。
2. 允许任何企业或个人在(…)天内向(主管司法当局)就管理机构的整个决定或决定的任何部分,(或者)就任何实质性法律问题提起上诉。

143. 关于对管理机构决定的审查, 在许多情况下, 作出决定时存在的情况可能有所变化。这时要回顾指出, 例如管理机构可以因情况变化而定期审查作出的批准决定, 并可能延长、中止这种批准, 或规定达到一些条件和履行一些义务为延长的条

件。因此当作出决定时所依据的情况已经改变或不复存在时,企业同样应该有可能要求审查决定。

144. 个人对行政机构的决定提出上诉的权利在多数国家(例如立陶宛¹⁴⁸和俄罗斯联邦¹⁴⁹)的法律中有具体规定,或无须具体说明,可根据公民、刑事或行政诉讼程序法自动存在(例如哥伦比亚¹⁵⁰和葡萄牙¹⁵¹)。另一方面,只有竞争法具体提及的情况才有可能提出上诉,例如瑞典竞争局的决定就属这种情况。¹⁵²

145. 上诉可能包括对案件的重新审理,或者如同在巴西、印度和巴基斯坦那样限于法律问题。如在哥伦比亚和委内瑞拉那样,可以向行政法院提出上诉,或者如同意大利、立陶宛和西班牙那样向司法法院提出上诉,或向两者提出上诉。像俄罗斯联邦那样,可以向普通法院,也可向仲裁法庭上诉。¹⁵³在这一方面可以设立一个特别行政法院,例如澳大利亚¹⁵⁴、丹麦¹⁵⁵、肯尼亚¹⁵⁶、秘鲁¹⁵⁷、和西班牙¹⁵⁸一样。在印度和巴基斯坦,分别直接向最高法院和高级法院提出上诉。秘鲁亦是如此,在该国,可以直接向利马巡回审判区的高级法院提出上述。在德国,在合并案件中,要么可以通过该国的司法机构提出上诉,要么直接向经济事务部提出上诉。在奥地利,向最高法院的高级卡特尔法庭提出上诉。

146. 欧洲共同体设立了一个专门的初审法院,来审理反托拉斯上诉,因为这些案件涉及到广泛的事实档案因而开始成为欧洲法院的一个负担。

对第11条的评论

请求损害赔偿的诉讼

凡因任何企业或个人违反法律规定的行为或不行为而蒙受损失或遭受损害的企业或个人或以个人名义行事的国家,均应使之有权向主管司法当局提起诉讼,索回损失或损害的数额(包括费用和利息)。

147. 这一拟议的条款赋予个人或以个人名义行事的国家或企业以对违法行为提起诉讼的权利,以便索回蒙受损害的数额,包括费用和利息。这种民事诉讼通常通过主管司法当局进行,除非各国在这一方面明确授权行政机构。关于原产地国诉讼的规定载于一些发达国家的法律。¹⁵⁹例如“集团诉讼”,其中某种特定服务或货物的用户或消费者由于反竞争的行为而受到损害而且他们的个别索赔可能太微不足道

道,因此他们有权对企业提起诉讼。这一点在加拿大、法国和美国的法律中得到了考虑。

148. 巴西批准竞争或受损害的个人通常对包括限价、掠夺性定价和试验协定等违反经济命令的行为提起诉讼。¹⁶⁰匈牙利¹⁶¹、墨西哥¹⁶²、秘鲁¹⁶³和委内瑞拉¹⁶⁴的法律规定也是如此。

注

¹ 政府间专家组第十二届会议的报告(TD/B/40(2)/2-TD/B/RBP/98),附件一, C 部分,项目(c),第1段。

² 如见哥伦比亚、芬兰、印度、联合王国的法律。

³ 参见智利和泰国的法律。

⁴ 参照加拿大、丹麦、立陶宛、墨西哥、挪威、瑞典和联合王国的法律。

⁵ 《1986年竞争法案》,第一节第1小节。

⁶ 《1989年竞争法案》,第1节。

⁷ 1993年6月11日《关于商业活动竞争的第65号法案》第1-1节(“本法令的宗旨”)。本法也称《竞争法》,于1994年1月1日生效。

⁸ 《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性或限制性惯例的第701号法令》第2条。

⁹ 1991年3月22日《竞争与限制商品市场垄断活动法》。第1条。

¹⁰ 《1993年1月14日竞争法案》(1993: 20),第1节。

¹¹ 北太平洋公司诉美国,356美国1,4,78 S. CT. 514,517,2 L. 第二版 545,549 (1958年)。

¹² 《促进和保护自由竞争法》,第1条。

¹³ 卡塔赫纳协定委员会第285号决定,第1条。

¹⁴ 经修订的《1974年贸易惯例法》,第45节。

¹⁵ 《联邦经济竞争法》,第10条。

¹⁶ 见:TD/B/RBP/15/Rev.1,第24-26段。

¹⁷ 应该指出,竞争管理机构,特别是独立的管理机构,不负有政治任务,不负责确定某些限制措施对“国家利益”有何影响,对一国的“整体经济发展”有何影响。

因此,批准的依据在原则上应该是关系到竞争的问题。政府倒是可以考虑是否可以象法律范本第8条第(1)款(f)项述及的那样,让这种全国性机构协助其拟订、修订或审查可能影响竞争的立法,对任何可能影响竞争的拟议措施提出其咨询意见。

¹⁸ 如芬兰的法律规定:“如果从合理和有效经济竞争的角度认为某一限制性商业惯例是不可接受的话,即认为此项限制性商业惯例会造成损害性后果……”,《限制性商业惯例法》(709/1988),第7节;立陶宛法律禁止“具有支配市场地位的经济实体通过损害经济利益来限制或可能限制竞争的活动”,《1992年竞争法》,第3条第(1)款;秘鲁法律禁止“损害总体经济利益的行动和行为……”《1992年禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例的第701号法案》,第3条。

¹⁹ 《美国司法部与联邦贸易委员会合拟的横向合并准则》,1992年4月2日。

²⁰ 加利福尼亚标准石油公司和标准加油站公司诉美国案,美国最高法院,1949.337 美国 293,299 S.Ct 1051, 93 L.Ed. 1371。

²¹ 公用制糖公司等诉欧洲共同体委员会案,欧洲法院,1975年12月15日裁决, OJC 43,1976年2月25日。

²² 秘鲁立法准许管理机构调查、禁止政府官员干涉自由竞争的行为。最近传讯了经济及财政部部长,了解该部与各运输协会订立的统一城市运输收费标准协议的情况。多部门的自由竞争委员会认为该协议具有反竞争性质,裁定经济及财政部部长今后要避免提倡类似的协议。(秘鲁政府提供的资料)。

²³ 联合王国订有《限制性惯例法案》,并有通过法院命令实施该法令的制度,因而其法律尤其得力。如果雇员或经理协助或唆使企业违抗法院命令,可追究其协助或唆使企业蔑视法院而个人应负的法律 responsibility。这可产生强烈的威慑作用,然而,如果在程序上有强大的保护措施,如果要求个人尊重的法律规定清楚,则对个人处以罚款或其他处罚的规定才有可能为公众接受。(联合王国政府提供的资料)。

²⁴ 联合王国的竞争法明确适用于地方政府的商业活动,政府在这方面没有特别的地位(不过其活动有许多还未到“提供货物或服务”的程度,或不属于“商业范畴”,因而将这些活动列在竞争法适用范围之外)。女王根据联合王国竞争法的规定享有诉讼豁免,但是值得指出的是,国家活动并不都是女王的活动(例如国家卫生服务)。此外,政府的政策还是要求女王审慎行事,仿佛其商业活动也是按竞争法规定进行的。

²⁵ Centrafarm B.V. v. Sterling Drug, 1974 ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 104 S.Ct 2731(1984)。

²⁶ 扩展了关于 Copperweld 的裁决。Satellite Fin. Planning Corp. v.

First National Bank, 633 F. Supp 386(D.Del.1986),但见 Sonitrol of Fresno v. AT&T, 1986-1 Trade Cas (CCII) Section 67,080(鉴于只有32.6%的产权,应有竞争)。

²⁷ 参见:美国司法部1988年《反垄断国际活动实施准则》,62-63。

²⁸ 1983年前修订的1970年《垄断和限制贸易惯例(管制和预防)法》,第2节(1)(a)。

²⁹ 经1991年《第58号法》修订的1969年《反垄断和限制性贸易惯例法》,第2节(a)小节。

³⁰ 1979年《维护和促进竞争法》,第1节(x)(a)。

³¹ 1990年2月24日《反垄断惯例法》,第2条第(3)款(b)项。

³² 1991年3月22日《商品市场竞争及限制垄断活动法》,第6条(I)款。

³³ 1989年《保护竞争法》(尤其是第1条)提到“遭禁止的行为”。

³⁴ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性或限制性惯例的第701号法令》第6条。

³⁵ 1991年《促进和保护自由竞争法》,第5条。

³⁶ 卡塔赫纳协定委员会第285号决定,《预防或纠正限制性竞争惯例造成的扭曲自由竞争现象的标准》,第3条。

³⁷ 1992年12月30日《关于工业和商业管理职能的第2153号法令》,第47条。

³⁸ 《卡塔赫纳协定委员会第285号决定》,第4条(f)款。

³⁹ 1991年之前修订的1969年《反垄断和限制性贸易惯例法》,第32节。

⁴⁰ 北太平洋铁路公司诉美国案, 356 美国 1(1958年)。

⁴¹ 1991年3月22日《商品市场竞争及限制垄断活动法》第6条(I)款和第8条。

⁴² 见印度政府提交的材料。

⁴³ 除美国外,一些国家在最近对它们的立法作出的修正中将限定价格和串通投标本身规定为禁止的内容,例如,瑞典就是这样。1993年《竞争法案》(1993:20),第6节(2)。

⁴⁴ 1918年的《威伯-波默林出口贸易法案》和1982年的《出口贸易公司法案》。这里要指出,美国的《反托拉斯法》(通过1982年《对外贸易反托拉改进措施法案》15U.S.C节第6条(a)款)也适用于对美国出口市场的反竞争作用,而不仅仅适用于对美国国内市场的反竞争作用。此外,根据美国《出口贸易公司法》组成的合资企业

不能说是“出口卡特尔”，因为它们在国内市场或国外市场上并不占有市场支配权，它们只是外向型合资企业，对其活动有所限定，确保其对美国市场没有反竞争的作用。（美国政府提供的资料）。

⁴⁵ 见“串通投标”——贸发会议秘书处的研究报告(TD/B/RBP/12)。

⁴⁶ 《限制性商业惯例、垄断和价格控制法案》，1988年第14号，第11节(4)。

⁴⁷ 瑞典政府提供的资料。

⁴⁸ 《反垄断和限制性贸易惯例法案》，第33节，1分节，第(9)款。

⁴⁹ 同上，第(1)款。

⁵⁰ 保险业反托拉斯诉讼 DKT 89 - 16530，报道见诸于1991年6月27日的 BNA 60, ATRR 909。

⁵¹ 美联社诉美国以实例说明了这一点。326 美国，165S SCT. 1416, 86L.Ed. 2013 遭到拒绝的再听证 326(802) 1945年。详见：TD/B/RPB/15/IV.1，第54段。

⁵² 威尔克诉美国医疗协会，1987年，2CCH 贸易案件，第67，721 (N.D.ILL. 1987年)。

⁵³ 希尔维诉美国股票交易所，373 美国 357 1963年)，详见：出处同上，第55段。

⁵⁴ 太平洋西北文具批发商集团诉文具和印刷公司，472 美国，284 (1985年)。

⁵⁵ 该拟议条款最后部分不用“将会产生净公共利益”字样，似可改用“不造成公共损害”，这样可免去企业承受的毫无道理须拿出证据的负担，也不必举出有利竞争惯例的成果。（美国政府提交的评论意见）。

⁵⁶ 西班牙关于此事的立法是通过特别条例拟成的。1992年2月21日《第157/1992号法令》，后来拟成1992年7月17日《第16/1989号法》。

⁵⁷ 1992年12月30日关于对工业和商业进行监督的第2153号法令，第49条。

⁵⁸ 《反垄断和限制性贸易惯例法案》，第32节。

⁵⁹ 1992年《竞争法》，第5条。

⁶⁰ 1991年3月22日《商品市场竞争及限制垄断活动法》第6条第(3)款。

⁶¹ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性或限制性惯例的第701号法令》第7条。

⁶² 美国政府提出的评论意见。

⁶³ 《公平贸易法案》，1973年，第6节第(1)款。

⁶⁴ 同上, 第6节第(2)款。

⁶⁵ 1990年2月24日关于遏止垄断做法的法律, 第2条第(7)款。

⁶⁶ 1991年捷克共和国《保护竞争法案》, 第9条。

⁶⁷ 1990年11月20日《取缔不公平市场惯例的第八十六号法案》第21条第(1)款(c)项。值得提及的是, 匈牙利法律不用“滥用支配地位”一语, 而用“滥用经济优势”。

⁶⁸ 1993年10月29日《保护和促进竞争的第371/93号法令》第3条第(3)款(a)项。

⁶⁹ 1992年《竞争法》, 第2条“支配地位”的定义。

⁷⁰ 1991年3月22日《商品市场竞争及限制垄断活动法》第4条。

⁷¹ 《反限制竞争法案》, 1957年, 经过修订, 第22节第(3)款。

⁷² 欧洲法院, 1978年2月14日, 联合商标公司和联合商标大陆有限公司诉欧共体委员会, 27/76, 1978年欧洲法院记录 207。

⁷³ 关于美国的分销方面非价格纵向限制法律的详情, 参见: 怀特汽车公司诉美国案, 372美国253, 83S. CT. 696, 9L. Ed. 2d 738 (1963) (适用理由规划); 美国诉阿诺德·施温公司案, 388U. S. 365, 87S. CT. 1856, 18L. Ed. 2d 1249 (1967) (采用“本身”规定办法); 尤其是大陆电视公司诉GTE Sylvania公司案, 433U. S. 36, 97 S. CT. 2549, 53L. Ed. 2d 568 (1977) (摒弃施温的“本身”规定法, 又重新采用理由规则。)

⁷⁴ 见 Hoffman-La Roche 一案。

⁷⁵ 1993年9月2日《中华人民共和国反不正当竞争法》第11条。该法也开列了若干一般不认为是不正当的情况, 例如: 销售鲜活商品、季节性降价、转产或歇业等。

⁷⁶ 麦克唐纳诉约翰逊和约翰逊, 第4-79-189号(明尼苏达州地方法院, 1982年4月14日)。

⁷⁷ 休金-李普顿一案。委员会1977年12月8日的决定(欧共体正式议事录L. 22号1978年1月17日)。又见, Instituto Chemioterapico Italiano S.P.S. - 商业解决办法: 1974年3月6日的判决。

⁷⁸ 见埃菲姆和阿特拉斯建筑制品公司诉钻石材料和沙砾公司一案。

⁷⁹ 联邦贸易委员会诉莫顿资源公司, 334U. S. 37, 1948年。

⁸⁰ RRTA诉卡罗纳萨胡有限公司, RTPE 1974年第2号, 垄断和限制性贸易惯例委员会政令, 1975年3月21日, 格林德威尔·诺顿, RTPE, 1974年第29号垄断和限制性贸易惯例委员会政令, 1975年11月21日。

⁸¹ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性或限制性惯例第701号法令》第5条(b)款。(秘鲁政府提供的资料)

⁸² 贸易惯例法案, 1974年第49节, 第一小节。

⁸³ 美国政府所作的评论。

⁸⁴ 1986年《商业法案》第二部分第37(1)节。

⁸⁵ 瑞典政府提供的资料。

⁸⁶ 参考了1987年《消费者保护法案》, 其中将作出“欺骗性价格指示”定为违法行为。在研究某个价格指示是否具有欺骗性时可参考国务大臣于1988年批准的法规性《行为守则》。第1.6.3(c)款建议贸易商不要用建议价格作比较, 除非“这个价格并不比首次作比较时产品的实际售价高出许多。换言之, 贸易商如果说“建议另售价XXX英镑, 而我的价格低一半”, 而这个建议另售价比其他贸易商通常出售该产品的价格高出许多, 则他就被认为作出了欺骗性价格指示, 因而犯了《消费者保护法案》规定的刑事罪。

⁸⁷ 《1986年竞争法案》, 37.3节, 第(4)款。

⁸⁸ 欧共体正式议事录, 1980年12月31日, 第L.377/16号。

⁸⁹ 《1986年竞争法案》, 第37.3节第(6)款。

⁹⁰ 美国政府提出的评论意见。

⁹¹ 公平交易委员会1978年4月18日的裁决。材料由日本政府提供。

⁹² Cinzano and Cie. GmbH 诉 Jara Kaffe Gesch ppe GmbH and Co. 1973年2月2日的裁决。

⁹³ Tepea B.V. 诉欧共体委员会, 第28/77号案件; 委员会1976年12月21日的裁决。欧洲法院在1978年6月24日作出的裁决中维持了委员会的裁决。

⁹⁴ 1978年10月10日作出的裁决, 第3/78号案件: (1978) ECR 1823。

⁹⁵ 美国政府提出的评论意见。

⁹⁶ 关于单方面拒绝交易案例, 见: 美国诉科尔盖特公司案, 美国最高法院, 1919年。250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 531 Ed. 992, 7 A.L.R. 443。还见: 美国诉施拉德森公司案, 252 U.S. 85, 40 S.Ct. 251, 64 L.Ed. 471 (1920年)。

⁹⁷ 美国政府提出的评论意见。

⁹⁸ 美国最高法院将搭卖安排界定为: “一方同意出售一种产品但买方同时还须购买一种不同的(或搭售的)产品或至少同意不从任何其他供应商处采购该产品的协

议”。Northern Lac.Ry、诉美国案,356 U.S.1,5-6, 78 S.Ct,514,518,2 L.Ed, ed545(1958年)。此外,美国最高法院还指出:“通常的搭卖合同强迫客户购买一种未必想要的产品或品种,以便买到确实想要的产品或品种。由于这种安排本身具有反竞争性质,我们(最高法院)认为,一家根基不浅的公司采用这种安排对商业的影响面虽然较小,但还是会“大大削弱竞争”。布朗鞋业公司诉美国案,370 U.S.294, 330,82 S.Ct.1502,1926,8 L.Ed. Zd 510(1962年)。

⁹⁹ 关于对各种形式的限制性采购和各国的法律状况所作的讨论,请见贸发会议,搭卖(TD/B/RBP/18)。

¹⁰⁰ H.R. 4972, 修正《专利法》第271(d)节。

¹⁰¹ 应当指出,同《一套原则和规则》一样,兼并控制在这里是在“滥用支配地位”这一概念之下提出的。另一种办法是单独订立一项有关兼并控制的条款,以便更准确地针对这一关切,即不应允许兼并建立或增强市场支配力或便利其行使。该项关于兼并控制的条款行文如下:

一项关于兼并控制的单独条款的可能要点

一、获取方或兼并各方的申报

- (a) 可强制要求或以刺激办法鼓励取得在管辖范围内经营的一大型企业之大部份的获取方或兼并方向管理当局申报此类获取或兼并。
- (b) 可使用交易规模标准避免审查竞争意义不大的交易,如支付价格和取得的所有权百分比。
- (c) 申报规则可要求说明有关企业的产品、服务、市场和收益,并提交有关交易的基本文件。

二、实质性标准

- (a) 如果获取或兼并可能在管辖范围内的某一商业行业或管辖范围内的一重要市场中大为削弱竞争,可予防止或取消。
- (b) 如果当事各方证明获取方是一绝望破产中的企业的反竞争性最低的买方,此种获取或兼并可予接受。

三、初步补救办法、调查和永久性补救办法

- (a) 可规定, 主管当局在决定是否全面调查时可使兼并或获取短时间暂停(如30天), 在得到与评价交易可能存在的反竞争影响有关的所有资料之前可使其暂停较长时间(如90天)。
- (b) 当局可受权要求当事各方和受影响商业行业中的企业提供文件和证据, 如其答复过迟, 则进一步推迟交易时间。
- (c) 如果从法律标准看交易属于反竞争性质, 法庭的全面听证也认定交易不当, 可下达停止交易的永久性命令, 如交易已经完成, 可下令缴出足够的资产以补救竞争问题。

¹⁰² 欧共体理事会1989年12月就管制企业兼并通过的4064/89号条例。OJL 395, 1989年12月30日。

¹⁰³ 关于对通过兼并、收购、合资经营和通过用其他方式获取控制权来集中市场实力以及此种集中对国际市场、尤其是发展中国家的市场的影响所作的详细分析, 见 TD/B/RBP/80//Rev.1。

¹⁰⁴ 例如, 韩国公平贸易局裁定, 一项将一家拥有54%的聚氯乙烯稳定剂市场份额的公司与另一家在同一市场所占份额为19%的公司结合的获取交易为非法交易。该主管部门下令, 获取公司必须卖掉股份。关于 Dong Yang 化学工业公司, 1 KFTC 153。1992年1月13日。

¹⁰⁵ 根据美国的经验, 非同业合并给竞争造成问题的可能性很小(美国政府提出的评论意见)。

¹⁰⁶ 关于这些案件的详细情况, 见 TD/B/RBP/48, 第12至22段。

¹⁰⁷ 不应仅仅在董事这一层面来考虑这一问题。在美国, 一家公司有一名董事兼任一个竞争者的董事为法律所禁止, 同样, 该公司有一名官员担任一个竞争者的董事也为法律所禁止。

¹⁰⁸ 大会1985年4月9日通过的39/248号决议。

¹⁰⁹ 同上第15节。

¹¹⁰ 瑞典政府提供的资料。

¹¹¹ 《反垄断和限制性贸易惯例法规》(经修正), 1980年6月。

¹¹² 1992年12月30日颁布的有关工商管理局的第2153号法令。第3条。工商管理局还负责执行下列立法: 专利法、商标法、消费者保护法、商会法、技术标准法和

计量法。

¹¹³ 第25868号法令。关于建立保护竞争和保护知识产权的国家管理局(INDECOPI)的法令。第2条。INDECOPI还负责执行下列各项立法:倾销和补贴法、消费者保护法、广告法、反不公平竞争法、计量法、质量控制和非关税壁垒法、破产法、商标法、专利法、企业种类法、原产地名称法以及技术转让法。

¹¹⁴ 《关于保护竞争的第22.262号法规》第7条。

¹¹⁵ 1980年10月27日《第511号法令》。参见《2.760号法令》第16条。

¹¹⁶ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例的第701号法令》第10条。

¹¹⁷ 1990年11月20日《取缔不公平市场惯例的第八十六号法案》第56条第(1)款。

¹¹⁸ 同上第56条第(2)款。

¹¹⁹ 《竞争的保护及市场规则》第10条第(3)款。

¹²⁰ 1992年《联邦经济竞争法》第26(II)条第2款。这条规定后来于1993年10月12日为联邦竞争事务委员会内部规则所发展,见第33条。

¹²¹ 1992年《联邦经济竞争法》第27条。

¹²² 秘鲁政府提供的资料。

¹²³ 1990年11月20日《取缔不公平市场惯例的第八十六号法案》第52条第(2)款(a)项。

¹²⁴ 《定价和反垄断法令》,B.E.2522(1979年)。第12节第6段。

¹²⁵ 1993年9月2日《中华人民共和国反不正当竞争法》第32条。

¹²⁶ 1963年5月20日的第52025号法令。使1962年9月10日关于禁止滥用经济支配力的第4167号法规生效的条例。第15条第9款。由1991年1月的第8158号法规给予补充。制定关于保护竞争的条款和其他措施。

¹²⁷ 同上第16节第2段。

¹²⁸ 1993年10月29日《保护和促进竞争的第371/93号法令》第13条第(1)款(c)项和第13条第(2)款。

¹²⁹ 1992年2月21日《第157/192号钦令》第三章第19至23条。

¹³⁰ 1986年12月1日《关于价格放开和自由竞争的第86-1243号法规》第44条。

¹³¹ 1991年11月15日《保护竞争委员会的组织和活动条例》第4条第(3)款。

¹³² 1993年10月29日《保护和促进竞争的第371/93号法令》第13条第(1)款(b)

项、(c)项和(d)项。

¹³³ 7月17日《第16/1989号保护竞争法》第26条。

¹³⁴ 1992年《联邦经济竞争法》第24条第五款和第六款。

¹³⁵ 《保障经济竞争法》第50条b款。

¹³⁶ 1992年《联邦经济竞争法》第31条第2款;1993年10月12日《联邦竞争事务委员会内部规则》第34条。

¹³⁷ 1993年6月11日《关于商业活动竞争的第65号法案》第6-2节(“取证”)。

¹³⁸ 1993年10月29日《保护和促进竞争的第371/93号法令》第19条。

¹³⁹ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例的第701号法令》第23条。(秘鲁政府提供的资料)。

¹⁴⁰ 霍希特诉委员会案, 46/87R 1987 E.Comm.J.Rep.1549号案例(1988年)。

¹⁴¹ H.R. 29,1990年《反托拉斯修订法案》。

¹⁴² 60 BNA ATRR 459。

¹⁴³ 美国政府提供的资料。

¹⁴⁴ 1990年11月20日《取缔不公平市场惯例的第八十六号法案》第38条第(2)款和第43条第(1)款(c)项。

¹⁴⁵ 关于三星电子公司讼案, 4 KFTC 58.1984年12月26日。

¹⁴⁶ 1986年12月1日《关于价格放开和自由竞争的第86-1243号法规》第12条和15条。

¹⁴⁷ 1992年《联邦经济竞争法》第35条第(I)款。

¹⁴⁸ 1992年《竞争法》关于对价格和竞争机构的决定提出上诉的第14条。该条指出,法律规定,在向法院提出上诉时不应停止遵守指示和决定,除非法院另有规定。

¹⁴⁹ 1991年3月22日《商品市场竞争及限制垄断活动法》中关于对反垄断委员会的裁决提出上诉的程序的第29条。

¹⁵⁰ 1992年12月30日关于对工业和商业的监督权的第2153号法令第52条第5款。

¹⁵¹ 1993年10月29日《保护和促进竞争的第371/93号法令》第18条和35条。

¹⁵² 《1993年竞争法案》第62节,只有对瑞典竞争管理局就该法第60和61节提及的那些情况作出的裁决才可向斯德哥尔摩市法院提出上诉。

¹⁵³ 俄罗斯政府提供的资料。

¹⁵⁴ 贸易惯例法庭。

- ¹⁵⁵ 限制性贸易惯例法庭。
- ¹⁵⁶ 维护竞争和知识产权法庭。
- ¹⁵⁷ 竞争委员会。
- ¹⁵⁸ 保护竞争法院。
- ¹⁵⁹ 见1976年美国的《哈特-斯科特-罗迪诺改进反托拉斯法案》。
- ¹⁶⁰ 1991年1月10日第8158号法。
- ¹⁶¹ 1990年11月20日《取缔不公平市场惯例的第八十六号法案》第29条第(1)款(e)项。
- ¹⁶² 1992年《联邦经济竞争法》第38条。
- ¹⁶³ 1992年《禁止影响自由竞争的垄断性、操纵性和限制性惯例的法令》第25条。
- ¹⁶⁴ 《促进和保护自由竞争法》第55条。

XX XX XX XX XX