



---

竞争法和竞争政策问题政府间专家组

第十二届会议

2012 年 7 月 9 日至 11 日，日内瓦

临时议程项目 3 (a)

就竞争法和竞争政策的同级审评问题进行磋商和讨论，  
审查《竞争法范本》，就《原则和规则》的各项规定  
进行研究

## 竞争法范本(2012 年)

### 经修订的第三章<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 此件为 TD/RBP/CONF.7/L.3 号文件的修订本。

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) 划定市场或客户;
- (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。

二. 批准或豁免

第一款所列惯例, 如事先妥为申报, 且系确实接受竞争的公司所为, 经竞争事务官员认定整个协议将产生净公共利益时, 可予批准或豁免。

## 对第三章的评注和现行法律的不同方针

### 导言

1. 《竞争法范本》第三章建议禁止“限制性协议或安排”。本文根据《联合国关于竞争的一套原则和规则》D 节第 3 段起草，第 3 段内容如下：

“企业在市场上从事竞争性或有竞争可能的活动时，应避免采取下列等做法，如果通过正式或非正式、书面或非书面协定或安排，这种做法会限制进入市场或过分限制竞争，对国际贸易、特别是对发展中国家的国际贸易及其经济发展具有或可能具有不利的影响，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，则不在此限：

- (a) 协议共同订价，包括共同制订进出口价格；
- (b) 串通投标；
- (c) 安排划分市场或顾客；
- (d) 定额分配销售量和生产量；
- (e) 采取集体行动执行安排，例如联合抵制交易；
- (f) 联合拒绝向可能的进口者供应货物；
- (g) 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或协会。”

2. 第三章中目前有关“相互竞争的或有可能相互竞争的公司订立的协议”的说法表明，对反竞争协议的禁止仅限于横向协议。然而，考虑到大量竞争法既禁止反竞争性横向协议，也禁止这方面的纵向协议，对第三章的评注也将讨论纵向协议。

### 协议或安排

3. 禁止反竞争协议并非针对单一企业的行为，而是针对因两个或两个以上独立公司串通或合作导致的竞争伤害。企业之间的互动是通过协议或安排体现出来的。竞争法中“协议”的概念不一定与国家民法中使用的概念相同，对这一词语的解释通常非常宽泛，以涵盖各种相关行为。

4. 协议可采取多种形式，可以是书面或口头协议，也可以是正式或非正式协议。甚至仅凭一次会意的眨眼，就可以达成某种协议。<sup>2</sup> 因此，一些竞争法拟定得尽量宽泛，以适用于所有形式的协议。同样，不论协议是否具有法律约束力，竞争法都对其适用。统一做法、较具非正式特点的谅解等，往往可被反竞争协议禁令所涵盖。

<sup>2</sup> *Esco Corp.* 诉美国, 340 F.2D 1000, 1007 (9th Cir. 1965)。

5. 鉴于同业公会可能在制定和维持协议方面发挥重要作用，许多竞争法将行业协会的决定纳入了协议的定义。有些辖区，如大韩民国和马拉维，则制定单独规定，以应对行业协会的违法行为。
6. 应当指出，反竞争协议禁令一般不涵盖共同拥有或控制的公司之间制订的协议。共同拥有或控制的公司被视为属于一个单一的经济实体，作为单一的市场行为者运作。《联合国关于竞争的一套原则和规则》的 D 节第 3 段也体现了这一概念，该段规定禁止企业间订立反竞争协议，“但如果这些企业间是在彼此同受其监管、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，则不在此限”。
7. 有些辖区可能存在集体或联合支配地位这一概念，该概念有别于反竞争协议和统一做法。该概念涉及多个公司，但主要是针对寡头垄断行为，即寡头垄断中的并行行为，<sup>3</sup> 这种行为缺乏任何协议或谅解形式。

### 现行法律的不同方针——协议的概念

#### 国家

欧洲联盟	“企业之间的协议、企业协会的决定以及统一做法”(《欧盟运行条约》第 101 条第(1)款)。
印度	“‘协议’包括任何安排、谅解或统一行动，(一) 无论这类安排、谅解或行动是正式的、以书面形式体现的；或(二) 无论这类安排、谅解或行动是否意图具有法律效力”(2002 年《竞争法》，第 2 条)。
牙买加	“无论是口头或书面形式，无论其是否意图具有法律效力的任何协议、安排或谅解”(《公平竞争法》，第 2 条)。
南非	“公司之间订立的协议、采取的统一做法，或公司协会做出的决定”。协议包括“合同、安排或谅解，不论其是否具有法律效力”。统一做法指“公司之间通过直接或间接联系形成的合作或协调行为，这类行为取代了公司的独立行动，但尚不构成协议”(《竞争法》，第 1 条)。

资料来源：《贸发会议竞争立法手册》。

### 区分横向协议和纵向协议

8. 企业之间的协议主要分为两种类型：横向协议和纵向协议。横向协议指竞争者之间订立的协议，在这里，“竞争者”一词指为争夺同一些顾客，在生产或销售链的同一职能层级运营的公司。可能相互竞争的公司之间也可订立横向协议。可能的竞争者是指有能力且可能进入相关市场，并可能对实际的竞争对手施加竞争限制的公司。

<sup>3</sup> Whish, Richard (2009), *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press.

9. 纵向协议指处在生产和/或销售链不同职能层面的公司之间订立的协议。换句话说，这类协议是供应商与其客户之间的协议，如零件生产商与包含这些零件的产品的生产商之间、制造商与批发商之间或批发商与零售商之间达成的协议。某些协议可能既包括横向协议，也包括纵向协议的要素。

10. 这两类协议的主要区别在于：横向协议，尤其是以提高价格和限制产量为目的的横向协议在大多数情况下对竞争造成有害影响，而纵向协议对竞争的威胁通常较少，而且从效率的角度来看，纵向协议往往可能是有益的。基于这一结论，许多辖区在评估横向和纵向协议时适用不同的法律标准，一般以较严格的方式对待横向协议。

#### 制订禁止反竞争协议的规定

11. 虽然大多数竞争法对反竞争的横向协议和纵向协议都加以禁止，但不同的辖区在制订有关禁令时常常采取不同方针。在许多国家的竞争法体系中，有关反竞争协议的一般性条款同时包括横向和纵向协议。例如，在美国，竞争法载有一项较为宽泛的禁止反竞争协议的规定，因此，可依据同一禁令对横向协议和纵向协议提出异议。

12. 而哥斯达黎加、印度尼西亚和南非等国的竞争法则载有分别处理纵向协议和横向协议的单独的条款。此外，一些竞争法可能载有仅涉及反竞争横向协议的一般性条款，而纵向协议则由一些单独条款加以涵盖，这些条款涉及维持转售价格、独家经营、附带条件和捆绑做法等。应当指出，如果纵向协议的一方处于支配地位，且通过反竞争条款和条件滥用其支配地位，禁止滥用支配地位的条款也可适用于纵向协议。

13. 与之相关的一个问题是，是在法律中明确列出被禁止的行为类型，还是拟定一项涵盖各种形式的反竞争协议的宽泛的禁止条款？如上所述，一些竞争法仅载有一项宽泛的禁止反竞争协议的条款，至于某些具体行为是否受到法律禁止，则通过执行做法加以确定。虽然这种方针考虑到了执行的灵活性，但它可能缺乏公众和不具备强大的竞争法能力的竞争管理机构所需的指导，特别是考虑到有些竞争制度刚刚建立，公众对反竞争协议的非法性质的认识相对不足。

14. 另一种办法是在禁止反竞争协议的规定中列出被禁止行为的实例。许多辖区的做法是制订宽泛的禁止反竞争协议规定，同时辅之以被视为违法行为的各类行为的非详尽清单。这一做法可提供极大的灵活性，也可为执法优先事项提供指导。

现行法律的不同方针——制订禁止反竞争协议的规定

国家	
美利坚合众国	“凡限制各州之间或与其他国家之间的贸易或商务的合同、采用托拉斯形式或其他形式的联合或串通作弊均皆属非法”(《谢尔曼法》，第 1 节)。
欧洲联盟	<p>“以下行为因与内部市场不相称而受到禁止：可能对成员国之间的贸易产生影响，其目标或效果在于防止、限制或扭曲内部市场竞争的企业之间的所有协议、企业协会的决定及统一做法，尤其是具有以下特点的协议、决定及做法：</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) 直接或间接限定购买或销售价格或任何其他贸易条件；</li><li>(b) 限制或控制生产、市场、技术开发或投资；</li><li>(c) 瓜分市场或供应来源；</li><li>(d) 对与其他交易方的同等交易适用不同的条件，从而使某些当事方在竞争上处于不利地位；</li><li>(e) 使合同的缔结以其他当事方接受从性质或商业习惯来看与此种合同主题无关的补充义务为条件。”(《欧洲联盟运行条约》第 101 条第(1)款)。</li></ul>
南非	<p>“公司之间的协议、统一做法或公司协会的决定，凡属横向关系中的当事方之间达成，而且</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(b) 涉及以下限制性横向做法中的任何做法的，受到禁止：<ul style="list-style-type: none"><li>(一) 直接或间接限定购买或销售价格或任何其他贸易条件；</li><li>(二) 通过划定顾客、供应商、领地或特定类型的货物或服务瓜分市场；或</li><li>(三) 串通投标”</li></ul></li></ul> <p>“纵向关系中的当事方之间的协议，凡是产生严重阻碍或削弱市场竞争的效果的，受到禁止”(《竞争法》，第四条和第五条)。</p>
加拿大	<p>《竞争法》载有两项禁止反竞争横向协议的条款：第 45 节专门规定，竞争者之间不得为限定价格、划分市场或限制产量订立协议，因为这类协议可构成对竞争的直接限制。第 90.1 节禁止其他形式可能严重阻碍或削弱市场竞争的横向协议。</p> <p>此外，该法还载有几项禁止某些形式的纵向协议(如维持转售价格(第 76 节)、独家经营、附带条件和市场限制(第 77 节))的条款。</p>

资料来源：《贸发会议竞争立法手册》。

反竞争横向协议

15. 就横向协议而言，为确定执法优先事项和分析标准，宜对所谓的核心卡特尔和其他类型的反竞争协议进行区分。

16. 贸发会议《竞争法范本》第三章中列出的协议构成所谓的核心卡特尔，此类协议已证明对竞争尤为有害。普遍认为，核心卡特尔一律是反竞争的，因此无需进一步调查即可合理推定其属于非法。<sup>4</sup> 因此，许多竞争法制度以核心卡特尔本身违法、或从目的来看具有反竞争性而彻底禁止这类协议。

17. 与核心卡特尔不同，竞争者之间其他类型的协议可能产生某些益处。例如：联合营销能够使顾客更快、更有效地接触产品，因此能够产生效率增益。然而，这类协议也可能削弱参与公司独立竞争的能力或动力，或导致或便利这些公司之间缔结反竞争协议，进而对竞争造成有害影响。对竞争的总体影响依情况而定，取决于协议的性质及市场状况。因此，需要更为审慎地对待这几类可能具有反竞争性质的协议通常需采用合理规则检验标准，依据这一标准，竞争管理机构必须揭示所称卡特尔行为的有害影响。

18. 鉴于近期出现了将核心卡特尔定为刑事犯罪的趋势，将两类横向协议进行区分变得更为重要。在某些辖区，核心卡特尔被视为刑事犯罪并可被处以监禁，而竞争者之间其他类型的合作仅受民事或行政处罚。

### 核心卡特尔

19. 如前所述，核心卡特尔是竞争者之间订立的以提高价格或降低产量为唯一目的或效果的反竞争协议。核心卡特尔的定义一般包含四类协议：限定价格、限定产量、划定市场和操纵投标。

20. 企业的集体抵制行为也可能进入核心卡特尔扩充清单。《竞争法范本》第三章列有属于核心卡特尔的集体抵制行为的一个子类，其中包括联合一致拒绝购买或供应，以及集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合。<sup>5</sup>

21. 如前所述，以上提到，《竞争法范本》第三章中列出的协议一般被视为核心卡特尔。

(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；

22. 《原则和规则》D.3(a)节规定，禁止“限定价格协议，包括进出口价格协议。”限定价格是最常见的“核心”卡特尔行为的形式，在许多国家这本身就被视为一种违法行为。

23. 限定价格指竞争者之间为提高、固定或维持某产品或服务的价格而订立的任何协议。限定价格可能包括规定最低价格、废除折扣，或采用标准公式计算价格的协议。限定价格还可应用于买方相互串通，以确定他们愿意为初级

<sup>4</sup> 美国最高法院认为，“某些协议或做法对竞争造成了有害影响，并且毫无补偿价值，对这些协议或做法，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做法”（北太平洋铁路公司诉美国案，356 US 1 (1958)）。

<sup>5</sup> 这类禁止条款通常无法管辖消费者的抵制行为。

产品和中间产品支付的最高价格的情形。限定价格不仅可应用于价格，而且还应用于影响消费者价格的其他销售条件，如运费、保单、折扣方案，或贷款利率等。

(b) 串通投标;

24. 串通投标是指在通过征集有竞争力的报价授予业务合同过程中，相互密谋的竞争者可能实际上抬高价格的状况。从根本上说，串通投标是指竞争者事先商定由哪一方中标以及以何种价格中标，这种做法损害了招标的宗旨，即以最优惠的价格和条件采购货物或服务。

25. 串通投标可能采取多种形式。竞争者可能商定轮流成为中标人(“轮流中标”)。一些竞争者可能商定提出令人无法接受的报价以掩盖操纵投标阴谋。在另一些情况下，竞争者可能干脆商定不参加投标或撤回已提交的报价。除了提出(令人无法接受的)报价或不提出报价以外，操纵投标阴谋还须具备某种对从表面上看未中标的投标人进行补偿的途径。这类协议可能包括将主合同的一部分分包给未中标的投标人作为交换，或向卡特尔其他成员付款等行为。

26. 串通投标在大多数国家是非法的。即使是没有竞争法的国家也常常有关于投标的专门立法。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，因为这类行为存在欺诈因素，尤其是令对政府采购和公共支出造成有害影响。

现行法律的不同方针——串通投标

国家	
中国	中华人民共和国《反不正当竞争法》第十五条规定，投标者不得串通投标，抬高标价或者压低标价。此外，投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。
德国	竞争法中没有关于串通投标的专门条款。然而，德国刑法明确禁止操纵投标。见《刑法》第 298 段。
肯尼亚	串通投标被视为刑事犯罪，最多可判处五年有期徒刑或处以不超过 100 万先令的罚款，或者可既判处徒刑又处以罚款。见《竞争法》第 504 章，第 21 条第(9)款。

资料来源：《贸发会议竞争立法手册》。

(c) 划定市场或客户;

27. 划定市场或客户协议指竞争者之间划分市场的协议。这类协议主要旨在避免竞争；“如果你不在我的市场上销售，我就不在你的市场上销售”。在这类计划中，相互竞争的公司以地域为基础划分销售领地，或将某些客户或某些类型的客户划归卡特尔的某些具体成员。从卡特尔的角度来看，以地域为基础的市场分



占协议或许要比限定价格更为有效，因为此种协议可避免限定共同价格方面的费用和困难。监督协议在成员之间的执行较为容易，因为只要某一竞争者的货物出现在另一方自己的“地盘”，就表明出现了欺诈行为。<sup>6</sup>

28. 划定客户安排既可出现在国内贸易中，也可出现在国际贸易中；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，因而反映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通常同意不相互在对方的国内市场上竞争。

29. 划定市场和划定客户协议，会通过限制集团内效率更高的生产者在其地域界限之外出售产品或招揽先前未曾有交易关系的客户的余地而损害竞争。因此，这类限制可能使公司更加难以通过利用规模经济降低生产的单位成本。

(d) 限定产量或销售量，包括以配额限定；

30. 限定产量或销售量(即所谓的产量限制)的目的是通过人为地限制供给而影响价格。

31. 产量限制可涉及有关生产量、销售量或市场增长百分比的协议。这种限制常常在有剩余能力且相互串通的当事方企图提高价格的部门中使用。为了加强这一做法，公司常常制定一种联营安排，要求超限额销售的企业向联营实体缴款，以便补偿那些销售量低于限额的公司。

32. 产量限制协议的效果类似于限定价格，如果削减产量，价格就会上升。因此，效率较高的公司或创新型公司无法扩展，公司可能无法充分利用规模经济。竞争受到削弱，消费者支付更高的价格。

(e) 联合一致拒绝购买；

(f) 联合一致拒绝供应；

33. 联合一致拒绝购买或供应，有时称为集体抵制，指相互竞争的公司之间订立的协议，在协议中，这些公司相互串通，以便停止或限制对某些客户的销售，或者停止或限制从某些供应商处购买产品。集体抵制可用于实施非法的反竞争行为。例如，为了实施限定价格协议，相互竞争的公司可能商定与其他公司交易时必须遵守的条件，否则不得与其他公司交易。此外，集体抵制还可用于阻止某公司进入市场或使现有的某竞争者陷于不利地位。还可针对提供价格折扣者实施集体抵制，以执行维持转售价格协议。有时，抵制可能并不真正付诸实施，但威胁实行抵制可能促使“潜在的受害方”采取规定的行动。

<sup>6</sup> Whish R (2009), Competition Law, Oxford University Press, 6th Ed..

34. 集体抵制可以是横向的(即相互竞争的公司内部商定不向某些企业或个人出售或购买),也可以是纵向的(指在生产或销售链不同层面的各方订立协议,拒绝与第三方进行交易,该第三方通常是参与协议的公司的竞争者)。
35. 在一些国家中,集体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或限制竞争,且缺乏交易方面的依据时更是如此。因此,联合一致拒绝供应或购买本身往往在一些国家被视为犯法行为。

现行法律的不同方针——抵制

国家	
德国	除了有禁止反竞争协议的一般性条款以外,《禁止限制竞争法》载有关于禁止抵制的专门条款(第 21 节)。
美国	<p>最高法院认为,并非对所有联合一致的横向拒绝交易都可适用本身违法规则。被告作为一家采购合作社,排除了一名成员,但当时既没有做出说明,也没有提供质疑这种做法的程序手段。法院认为此类合作社一般是为增进经济效益而设,并裁定除非该合作社拥有对“有效竞争的基本要素”的市场力和独占机会,否则,应根据合理规则来判断对该成员的排除,因此,这一行为可能是合法的(西北文具批发公司诉太平洋文具和印刷公司, 472 U.S. 284 (1985))。</p> <p>在另一案件中,最高法院裁定,进行集体抵制,借以影响对该集体之成员的服务价格,不论参与者的市场力如何,其本身都是违法的(FTC 诉高等法院审判律师联合会, 493 U.S. 411 (1990))。</p>

资料来源:《贸发会议竞争立法手册》。

(g) 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合。

36. 在货物和服务的生产和销售方面加入专业和商业协会的情况是常见的。这些协会通常都有某种入会资格规定,在正常情况下,符合要求的企业可以获准参加。然而,可以将入会规定订成歧视某些潜在的竞争者或像“只雇用工会会员的企业”那样不予吸收,从而将它们排斥在外,这就可能削弱或阻碍竞争。但是,违反专业行为规则等合法有效的专业上的考虑可作为将个别企业排除在专业协会之外的理由。
37. 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所必不可少的。

其他类型的横向协议

38. 除核心卡特尔以外的横向协议常常因其效果或经过合理规则检验后被界定为反竞争协议。这些类型的协议通常包括:联合营销、联合采购、联合研发,有时还包括信息共享协议。

39. 如上所述，在许多辖区，这些类型的协议须接受合理规则标准检验，这表明，竞争者有时需要以战略联盟或合作经营的形式开展协作或合作，这类合作不仅可以是良性的，而且也可以是有益于竞争的。

40. 然而，应当指出，仅仅为一项安排贴上“合作经营”的标签，并不足以在参与者将合资经营作为提价或限制产量的手段的情况下避免由此引起的责任。

#### 联合营销

41. 联合营销可包含联合销售、分销或促销货物或服务的协议。如果将互补性资产结合在一起能够节省费用或提高其他方面的效率，这类协议就会有益于竞争。然而，营销合作也可意味着就价格、产量或其他竞争上重要的变量达成协议，从而对竞争造成损害。相关协议是否会产生净公共利益，将由竞争管理机构根据每一案件中的具体情况加以裁定。

#### 联合采购

42. 联合采购协议是指一些公司为联合采购必要的生产要素而互相订立的协议。联合采购协议通常有益于竞争，因为联合采购能够使参与者从供应商处获得较多的折扣，从而降低供应成本，或节省送货或分销成本。然而，这类协议如果通过统一参与者成本而为串通提供便利，则可能削弱竞争。德国对《禁止限制竞争法》作了修正，以便对小企业或同业公会的联合采购协议实行特殊豁免，但条件是想要独立采购的公司能够进行独立采购。只有在极少数案件中，即在这类协议对竞争产生了极大的不利影响的情形中，联邦卡特尔事务局才会进行干预。

#### 联合研发

43. 竞争者之间的合作可包含联合开展研究与开发的协议。竞争者之间的大多数联合研发活动都有益于竞争，可带来可观的收益。例如：研发合作能够使参与者将互补性资产、技术或诀窍组合在一起，用于开发新的产品或改进现有产品。但是，如果联合研发协议在合作开发的产品的利用上对参与者规定限制，此类协议就可能削弱或阻碍竞争。

#### 信息共享协议

44. 这类协议可能需要竞争者相互之间在相当大程度上进行信息交流。虽然交流信息对实现有益于竞争的合作来说或许是必要的，但此种交流有时会增加串通的可能性。具体而言，交换定价信息、成本、交易条件、营销战略资料或其他重要的竞争变量资料，会引起竞争关切，因此，某些辖区将这一做法本身视为反竞争做法。通过交流竞争方面敏感的信息，竞争者可能更容易进行串通。

## 纵向协议

45. 纵向协议指处在生产或销售链不同层面的公司之间订立的协议，如：生产商和分销商之间的协议、批发商和零售商之间的协议。由于这些公司相互之间并不直接展开竞争，因此，这些协议的效果更多的是趋于有利于提高效率而不是大大削弱竞争。虽然《竞争法范本》第三章没有提及纵向协议，但有几种类型可能具有反竞争性质的纵向协议在述及滥用支配地位的第四章之下得到提及。从系统性的角度来看，在禁止反竞争协议的条款之下论及纵向协议似乎更为适当。

46. 在许多辖区，对纵向限制采取的是“合理规则”方针，说明这种限制并不总是有害的，实际上，在具体的市场结构条件下可能还是有益的。非价格的纵向限制很少受到竞争管理机构的反对。

47. 通常引起竞争关切的纵向协议包括：维持转售价格、独家交易、专属领地或领地(地域)市场的限制，以及附带条件的安排。虽然前者在经济学家中间存有很大争议，但独家经营的做法却没有引起太大的关注。

## 维持转售价格

48. 维持转售价格安排一般见于供应商与分销商之间的协议，其中供应商要求分销商以某一价格销售其产品。一般而言，维持转售价格指的是由供应商确定零售价格。维持转售价格显然会阻止品牌内竞争，致使同一品牌的零售商无法在价格上相互展开竞争。不过，随着零售商力争实现规模经济，维持转售价格可能会鼓励品牌间竞争。制造商和零售商都可能预见到维持转售价格安排会为其带来益处，而且可以认为，此种安排还可产生公共利益。鉴于维持最低转售价格会限制品牌内竞争——市场上只有一种品牌出售，此种安排等同于限定最低价格。发展中国家的情况往往如此。发展中国家的商业集中度往往明显高于发达国家，这是因为前者的国民总收入要低得多，对品牌货物的需求相应较小，因而每一种商品只能有一到两家主要供应商。鉴于这些情况，发展中国家可能把维持转售价格本身视为一种违法行为，但发达国家的趋势是在存在明显的公共利益的情况下批准维持转售价格安排。

49. 关于评估维持转售价格的不同做法的进一步资料，见《竞争法范本》中对第四章的评注。

## 独家交易

50. 独家交易安排一般见于对公司对买主或供应商的选择实行限制的协议，其中要求买主只能从一家卖主那里采购所有需要的商品，或要求卖主只能向一家公司出售其产品。几乎所有特许协议都载有这种性质的条款，规定承许人不得向特许人以外的任何人购买投入或任何体现相关品牌特点的投入。独家交易方面的竞争关切是，这种安排会造成对市场的独占。例如，在某个地域内，如果大部分具备某种类型和特点的零售商都与某家制造商签订了独家交易协议，那么另一家制

造商就可能无法拥有在市场中销售产品所需的足够大的分销网络。独家交易安排只有在它严重削弱市场中的竞争的情况下才受到禁止。关于评估独家交易协议的进一步资料，见《竞争法范本》中对第四章的评注。

### 专属领地或领地市场限制

51. 这种状况见于供应商限制分销商的销售领地的协议。关于专属领地协议的进一步资料，见《竞争法范本》中对第四章的评注。

### 附带条件的安排和全线逼销

52. 附带条件的安排指一方同意销售某一产品，但要求买方同时购买一种不同的(或搭售的)产品，或至少同意不从其他供应商处购买该产品。<sup>7</sup> 在全线逼销这样的极端情形中，购买者为了获得真正需要的一种或两种产品，被迫购买公司生产的所有产品。如果很大一部分市场由于附带条件的做法而被独占，竞争对手因此而不得不退出市场，那么附带条件安排就会对竞争产生不利影响。

53. 关于评估附带条件的安排的进一步资料，见《竞争法范本》中对第四章的评注。

## 二. 批准或豁免

第一款所列惯例，如事先妥为申报，且系确实接受竞争的公司所为，经竞争事务官员认定整个协议将产生净公共利益时，可予批准或豁免。

54. 几乎每个辖区都有对关于免于适用反竞争协议禁令的规定。然而，由于不同辖区有着不同的制度，因此这些辖区的批准或豁免制度也不同。虽然《竞争法范本》本章第二条列出一项国家管理机构在批准已申报协议方面拥有酌处权的批准制度，但另外一些法律仅规定某些类型的协议可获得法律豁免，并未同时赋予竞争管理机构酌处权。例如：美国反托拉斯法并未考虑到美国的竞争管理机构给予豁免或批准的可能性，因此没有规定反竞争协议申报制度。然而，有许多法令和法院裁决规定了对美国反托拉斯法的豁免。

55. 下述评论显示：相对于法律豁免，竞争管理机构可作出不同形式的批准。

### 整体和单独豁免

56. 许多辖区都实行整体和/或单独豁免制度。一旦给予整体豁免，某一类协议不需单独评估即可享受豁免待遇。指定的几类协议可被视为符合豁免标准。研发和专业化整体豁免是这方面一个例子，在这些豁免中，互补的技能或资产的组合能够产生很大的效率。

<sup>7</sup> 北太平洋铁路公司诉美国案, 356 U.S. 1, 5-6 (1958)。

57. 另一方面，可根据协议的具体情况给予单独豁免。为了获得批准，有意缔结可能具有反竞争性质的协议的公司需向竞争管理机构进行申报，提供协议的所有相关事实。《竞争法范本》第五章论及这一申报制度的程序方面。

58. 正如在对《竞争法范本》第五章的评注中所详述的那样，事先申报和行政审批制度会产生极多的申报积压，从而不必要地消耗反托拉斯管理机构的大量资源，同时无法向相关当事方提供法律确定性。这就是为什么可能具有反竞争性质的协议的申报制度在欧盟竞争法之下被废除的原因。

#### 给予豁免的标准

59. 竞争管理机构可在相关公司确定接受竞争且其惯例会产生“净公共利益”的情况下，批准其从事某项行为。净公共利益需与竞争法的目标和宗旨保持一致，此种目标和宗旨最好解释为经济利益或经济效益。在制订豁免标准方面，《欧盟运行条约》第 101 条第(3)款可提供良好的衡量尺度。该条款规定了协议获得批准需满足的四项条件：(a) 协议需有助于改善商品的生产或分销，或促进技术或经济进步，即产生所谓的效率增益；(b) 允许消费者公平分享所得好处；(c) 协议不得对有关企业施加对实现这些目标并非不可缺少的限制；(d) 也不得使这类企业有可能消除在相当大部分有关产品方面的竞争。一些国家遵循欧洲联盟采取的这种方针，瑞士便是其中之一。

60. 包括欧盟委员会在内的许多竞争管理机构对批准属于核心卡特尔类型的协议有所保留。

#### 最低限度豁免或其他形式的豁免

61. 许多竞争管理机构对合并市场份额未超过在相关市场占据的某一份额(通常为 10%-25%)，或合并年营业额低于某一水平的公司给予免于适用反竞争协议禁令的最低限度豁免。然而，一般而言，这类豁免不适用于核心卡特尔。

62. 在另一些情况下，法律规定给予这类最低限度豁免。例如，德国竞争法对中小企业之间能使经济进程合理化的合作给予豁免。

63. 此外，一些国家的竞争法规定了在特定情况下和有限时间内完成批准的可能性，例如危机卡特尔(有时称为萧条卡特尔)和合理化卡特尔。

64. 日本和德国原先的反卡特尔制度便是这方面的例子。依据此种制度，竞争管理机构可在当事方提出申请后批准危机卡特尔和合理化卡特尔。这两个国家已分别于 1999 年和 2005 年废除了危机卡特尔和合理化卡特尔豁免规定。应当指出，在另一些辖区，尽管此种规定至今仍未废除，但真正实行豁免的情形近年来已经极少。

## 现行法律的不同方针——批准或豁免

### 国家

越南	<p>以下标准旨在降低主要成本以及为消费者带来收益，凡符合这些标准之一的协议，即可得到豁免：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 可使组织结构或业务规模合理化，或提高企业效率；</li> <li>(b) 可促进技术或科技进步或可提高商品和服务质量；</li> <li>(c) 可有助于统一适用各类产品的质量标准和技术等级；</li> <li>(d) 可统一交易、交货和付款条件，但不涉及价格或任何定价因素；</li> <li>(dd) 可提高中小企业的竞争力；</li> <li>(e) 可提高越南企业在国际市场上的竞争力(《竞争法》第 10 条)。</li> </ul>
日本	<p>曾实行过萧条卡特尔和合理化卡特尔豁免，此种豁免可在特定情况下和在有限时间内给予。这类豁免规定在 1990 年代末放松管制时期被废除。</p>
欧洲联盟	<p>尽管《欧盟运行条款》第 101 条第(1)款禁止反竞争协议，但第 101 条第(3)款则申明，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其带来的好处”，即可宣布第(1)款的规定不适用，但该条约又规定，这类协议和决定不得：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>“(a) 对有关企业施加对实现这些目标并非不可缺少的限制；</li> <li>(b) 使这类企业有可能消除相当大部分有关产品方面的竞争”。</li> </ul>
中国	<p>根据《中华人民共和国反垄断法》第十五条，经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用该法第十三条、第十四条的规定：(一) 为改进技术、研究开发新产品的；(二) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；(三) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；(四) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；(五) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；(六) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；(七) 法律和国务院规定的其他情形。</p> <p>属于前款第一项至第五项情形，不适用该法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。</p>
澳大利亚	<p>《贸易惯例法》明确规定，澳大利亚竞争和消费者委员会有批准权。广义而言，如果某项行为给公众带来的益处大于对其造成的损害，该行为即可获得批准。</p> <p>该法载有审批不同类型的行为时采用的不同测试的检验标准。两种不同的检验标准如下：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 对于可能载有卡特尔条款，可能严重削弱竞争或涉及独家经营(除了强制向第三方购货以外)的拟议或现行合同、安排或谅解，除非在任何情况下都使委员会确信，相关协议或做法可能为公众带来的益处大于削弱竞争可能给公众造成的损害，否则委员会不得批准这类合同、安排或谅解的订立或实施(第一种检验标准)。</li> <li>• 除非在任何情况下都使委员会确信，拟议的条款或做法都可能给公众带来巨大益处，以至于应允许订立相关条款，或作出相关行为，否则委员会不得批准拟议的排他性条款(直接抵制)、间接抵制、强制向第三方购货以及维持转售价格(第二种检验标准)。</li> </ul>

国家	
肯尼亚	<ul style="list-style-type: none"><li>• 《肯尼亚竞争法》第 504 章第 25 条规定，如企业和/或企业协会提出申请并提交管理机构要求提交的资料，可酌情对适用于同业公会的限制性协议、做法和决定以及限制性贸易做法实行豁免。在审议申请之后，管理机构可：<ul style="list-style-type: none"><li>(a) 提供豁免；</li><li>(b) 拒绝提供豁免并向申请人发出有关通知；或者</li><li>(c) 签发一份批准书，指出，管理机构认为，根据所掌握的事实，有关协议、决定或联合一致做法或协议、决定或联合一致做法类别并不构成对本法规定的禁令的违反。</li></ul></li><li>• 第 26 条第(2)款规定，管理机构可出于例外、合理的公共政策理由提供豁免，说明为何某个协议、决定、联合一致做法或协议、决定或联合一致做法类别应当不受本法所载禁令的约束。</li><li>• 第 26 条第(3)款规定，在作出与公共政策相关的决定时，管理机构应考虑到有关协议、决定或联合一致做法或协议、决定或联合一致做法类别可在多大程度上有助于或促成或可能有助于或促成：<ul style="list-style-type: none"><li>(a) 维持或促进出口；</li><li>(b) 改进货物的生产或销售状况或服务的提供状况，或防止此种状况的恶化；</li><li>(c) 促进任何行业的技术经济或进步或稳定；</li><li>(d) 为公众带来利益，这种利益可以或将会超出协议、决定或联合一致做法或协议、决定或联合一致做法类别将会或可能会造成的对竞争的削弱。</li></ul></li></ul>

资料来源：《贸发会议竞争立法手册》。