



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/66
21 May 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

投资、技术及相关的资金问题委员会
竞争法和竞争政策问题政府间专家组
第九届会议

2008年7月15日至18日，日内瓦
临时议程项目 3(a)

滥用支配地位

贸发会议秘书处的报告 *

内 容 提 要

本报告研究了竞争主管机构，尤其是发展中国家主管机构在处理滥用支配地位个案时所面临的一些问题。本报告基于贸发会议秘书处编制并经成员国填写后返回的问卷调查。本报告通过剖析对各项概念所使用的定义、对各种被认为构成滥用行为的情况的解释以及不同检验方式的应用，比较评估了不同管辖范围内的滥用支配地位问题。本报告与此专题前一些报告观点一致，认为关于滥用支配地位的规定一直是竞争主管机构打击各自市场中反竞争做法的有力武器。本报告显示，由于竞争法的执行，占有支配地位的公司更加谨慎，因为违反相应竞争法律可能会带来非常严重的后果。但是，本报告还显示，由于发展中国家经济薄弱，基础设施发展不足，一些多国公司可能仅仅是因为其出众的效率而最终变成垄断企业。考虑到公众利益问题，这一情形并不为竞争主管机构所欢迎。

* 本文件因处理延误而在上述日期提交。

目 录

	<u>页 次</u>
一、背景.....	3
二、导言.....	3
三、对不同国家中滥用支配地位问题的评估.....	5
A. 支配地位.....	5
B. 滥用行为.....	9
四、发展中国家和转型经济体面临的挑战.....	15
A. 根据《联合国一套原则》制定的发展目标.....	15
B. 发展中国家和转型经济体中滥用支配地位的特殊问题.....	16
五、结论.....	18
参考文献.....	19

一、背景

1. 竞争法和竞争政策政府间专家组第八届会议请贸发会议秘书处编拟一份关于滥用支配地位问题的报告。本报告旨在着重介绍全世界竞争主管机构控制享有垄断权力的企业行为的做法及判例方面的最新进展，并旨在分析其对发展中国家的影响。此项研究基于各方对秘书处所编制调查问卷的回复，该项调查的目的是确定竞争主管机构在评估滥用支配地位时考虑的关键因素¹。

二、导言

2. 滥用支配地位是竞争法和竞争政策问题的难点。分析滥用行为的影响费时费力，主要原因在于同一种形式的行为可能由于背景情况的不同而有助于或有助于实现竞争目标的进程。企业难于预测哪种行为会引发竞争主管机构的干预。过度或不可预料的干预措施会阻止企业参与有助于实现竞争政策目标的竞争。

3. 在发展中国家，滥用支配地位与卡特尔可能会严重损害消费者和企业。作为必需品的服务与货品可成为封锁市场进入和/或提高价格等反竞争行为的对象。这削弱了市场动力以及个人和企业的经济流动性。禁止滥用支配地位的干预措施通过促使产品更容易地获取，以及促进包括中型和小型企业(中小企业)在内的企业更有效运作，可协助达成发展目标。干预还有助于实现减贫、增进获得保健服务的机会以及推进经济等特定目标。每个国家在发展水平和自身市场结构方面具有不同的政治经济现实，这意味着处理方式也会有所不同。

4. 不同的国家有不同的竞争法目标、支配地位评估的定义和方式、关于滥用行为构成内容的观点以及法律不适用或豁免的市场部门。不过有些目标是共同的，而且关于支配地位和滥用的定义可归入几个相当类似的组别。

¹ 调查问卷及各成员国所提供回复的副本可见www.unctad.org/competition。贸发会议对回复调查问卷的以下各国竞争主管机构表示感谢：阿尔巴尼亚、不丹、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、布基纳法索、哥伦比亚、捷克共和国、丹麦、法国、印度、印度尼西亚、意大利、牙买加、日本、巴基斯坦、巴拿马、秘鲁、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、瑞士、突尼斯、乌拉圭、越南和津巴布韦。

5. 有广泛共识的应用禁止滥用支配地位规定的目标包括确保竞争性过程与增进消费者福利和动态效率(“技术发展”或“经济发展促进”)。保护经济自由、确保中小企业的公平竞争环境和保证市场一体化等目标享有不同程度的支持。

6. 各竞争主管机构使用类似的工具确定经济参与者在市场中是否具有支配地位。这些机构通常首先使用市场份额，然后使用进入、退出和扩张壁垒，竞争者的相对市场地位，买方力量及其他因素，确定企业行使市场力量面临的约束。这种方法通常比较全面且应用灵活。

7. 主管机构使用更多种多样的方法来评估滥用行为。多样性或许反映了区分竞争行为和滥用行为的难度。但这或许也反映了不同的选择，一些主管机构的方法更多地依据滥用行为的形式，而其他一些机构则更多地依据经济影响。

8. 对滥用支配地位采取的政策不断地演变。评论者指出了“正常竞争”、“正当竞争”和“公平竞争环境”等术语的空泛性。事实上，合法竞争方式被称为“正当竞争”，这颇有些语义重复。竞争主管机构正在开展讨论。经济合作和发展组织(经合组织)竞争委员会在 2005 年中举办了讨论会。欧盟委员会在 2005 年撰写了关于排他性滥用行为的讨论报告，并在 2006 年举行了公正听证会。美国竞争主管机构在 2006 年和 2007 年举行了公开听证会。国际竞争网络在 2007 年编写了关于支配地位和国家创设的垄断企业的报告。讨论仍在继续之中。

9. 这些讨论的特点是试图将更多的经济论据纳入法律论据中。同时，决策应基本没有错误，而且相对高效、及时和可预期，并看起来是客观、透明的。主管机构和评论者正在讨论禁止滥用支配地位规定的目标，并正在确定或制定更宽泛的决策原则。趋势是使用“影响检验”来认定滥用行为的经济影响。这偏离了对某些特定形式的滥用行为适用的规则本身。何时适用规则本身，何时使用逐案处理方法，两者之间的界限仍不明确，一些评论者倾向于使用与支配地位和市场独占有关的“安全港”方法。

10. 第三章研究了支配地位和滥用行为。首先，该章讨论了支配地位在法律和实际使用中的定义。其次，该章讨论了可能是滥用行为的形式和经济影响。倒数第二分节讨论了补救办法与制裁，随后是执行禁止滥用支配地位规定和经济发展之间的关系。第四章讨论了与发展中和转型经济体有关的滥用支配地位方面的特殊问题。第五章包括了若干结论。

三、对不同国家中滥用支配地位问题的评估

11. 对贸发会议调查作出回复的国家都不禁止支配地位本身。支配地位本身并不受到禁止，因为公司可以以合法方式获得支配地位。支配地位可能还源自于政府行动，而如果该政府是按照法律采取行动，则支配地位也是合法获得的。

12. 滥用支配地位分析通常包括三部分：(a) 描述一个或多个相关市场²；(b) 确定企业在相关市场中是否具有支配地位；及(c) 确定企业行为是否构成滥用。尽管这三部分分析有所不同，但是可同时开展，而且一部分所用证据还可用于另一部分。市场定义和支配地位一般是结合起来进行分析，但滥用分析则是单独进行。“如果存在滥用，公司一定占支配地位”是无效的循环式论断，因为同一种形式的行为会因企业的市场力量不同，造成的经济影响各异。

A. 支配地位

1. 支配地位的法律定义

13. 法律和重大司法判决对支配地位进行了定义。各项准则(通常包涵了司法判决)和学术性讨论进一步丰富了该项定义。法律定义可能使用结构标志，也可能使用行为标志，或同时使用两者，但是行为标志更为常见。近来，“实质性市场力量”和“没有受到有效的竞争约束”与“支配地位”一词互换使用。实质性市场力量指有能力在相当长时间内将价格保持在竞争水平之上。

14. 《贸发会议竞争法范本》第四章第一(一)节将以下情况定义为支配：“一企业单独或连同少数其他企业如能操纵某一种或某一类商品或服务的相关市场”。

15. 行为类定义着重于企业“具有不受竞争约束的相当自由度或有能力以受到竞争约束的企业不能做的方式行事”(ICN, 2007年：41)。可能最具有影响力的行为定义来自于欧洲法院1976年的 *United Brands* 判决：“企业享有的经济实力地位，使其有力量在相当程度上不顾其竞争者、客户、最终而言是消费者我行我素，能

² 市场定义考虑到占支配地位的企业对现行价格的影响。但是此问题与联合支配不在本文范围之内。

够阻止在相关市场上维持有效竞争。³”企业当然无法真正地独立于其竞争者或客户，其意思是指，具有支配地位的企业在价格、数量、质量、创新等方面具有一定程度的行动自由，而没有支配地位的企业无法享有此种自由。如欧盟委员会在2005年的讨论报告中解释，具有支配地位的企业“不……受制于有效的竞争约束。换而言之，企业……一定具有实质性市场力量”(欧盟委员会，2005年：第23段)。在 *United Brands* 一案中，占支配地位的公司进行了重大投入，因此可以经受各种来源的风险，而较小规模的竞争对手则无法经受这样的风险。在随后的 *Hoffmann-La Roche* 判决中，法院认为：“支配地位的形成可能是若干因素造成的，而孤立地来看这些因素不一定是决定性的，其中一个非常重要的因素是存在非常大的市场份额。”在该案中，占支配地位企业的市场份额为47%、64%和高达95%。对占47%份额的市场，法院较不重视市场份额，而是比较重视该企业的市场份额与其竞争对手的市场份额之间的差距，以及该企业技术遥遥领先的地位。(Goyder, 2003年：268-270)。

16. 许多成员国的回复中对支配地位的定义显示受到欧洲案例法的启发。斯洛伐克认为“一个或几个企业因为其经济力量而没有受到显著竞争或可以我行我素，即在相关市场拥有支配地位。”秘鲁认为，支配地位是“一个或几个公司……因为拥有相应市场中的重大份额、产品或服务的供求特点、技术发展及相关服务、竞争者获得资金或供应以及进入流通体系的情况等因素，可以不必顾及竞争者、买方、顾客或供应商而我行我素。”《南非竞争法》将市场力量定义为“企业控制价格、排除竞争或可在相当程度上不顾其竞争者、顾客或供应商我行我素的力量”。哥伦比亚立法略有不同，将支配地位定义为：“企业直接或间接决定特定市场状况的能力”。《津巴布韦竞争法》认为“垄断”是“单一主体……对任何商品或服务进行实质性市场控制的情形”。实质性市场控制是“为获取利润……在相当长的时间内将商品或服务的价格提高或保持在竞争水平之上”的力量。

17. 相反，一些国家只使用结构标志定义支配地位。在印度尼西亚，企业如拥有50%以上的市场份额就被认为具有支配地位。

18. 一些竞争法结合使用结构标志和行为标志定义支配地位。埃及认为：“相关市场中的支配地位是指拥有上述市场中25%以上份额的主体有能力对该市场的

³ 27/76号案, *United Brands*, 第65段; 及85/76号案, *Hoffmann-La Roche*, 第38段。

价格或供应数量形成有效影响，而其竞争者没有限制该主体的能力。⁴”波斯尼亚和黑塞哥维那与克罗地亚均使用行为标志定义支配地位，但同时也使用结构假设：具有 40%以上市场份额的企业则被认为具有支配地位。保加利亚法与此类似，不过使用的假设是 35%市场份额。在俄罗斯联邦，具有 50%以上市场份额的企业被认为具有支配地位，而 35%以下市场份额的企业则被认为不具有支配地位；在这两个界限之间则适用行为标准。

19. 越南竞争法也结合了结构和行为标准，不过是互相替代使用。该法规定：“企业如拥有相关市场 30%或以上的市场份额，或在相当程度上可以限制竞争，应认为具有市场支配地位。”⁵”

20. 对支配地位的法律定义中行为方法和结构方法都使用，有时是两者结合使用，尽管前者更普遍一些。欧洲法院 1976 年 *United Brands* 判决和 *Hoffmann-La Roche* 判决对全世界立法的影响不可小觑。下文将阐述确定支配地位的做法。

2. 实际使用的支配地位检验方式

21. 竞争主管机构一般应用全面而不教条的方法，确定企业是否占有支配地位。市场定义和市场份额的计算只是第一步工作。主管机构常常运用基于市场份额的单方面筛选标准。在此过程中，市场份额低于预定水平的企业被认为不具有支配地位。对于没有被筛选列入“安全港”的企业，应考虑各种因素，包括进入、退出和扩张壁垒、竞争者的相对市场地位、买方力量和可以说明企业是否具有支配地位的其他任何因素。这些因素可被视为是对谁或什么可能约束企业有效行使市场力量：即实际竞争者、潜在竞争者或顾客的结构化检查。

22. 根据贸发会议调查问卷，一些主管机构首先使用市场份额筛选标准。牙买加法律对支配地位使用行为类定义：如果“企业具有的经济实力，使其可以在市场中经营业务而不受竞争者或潜在竞争者的有效约束”，则该企业具有市场支配地

⁴ 2005 年第 3 号法“颁布保护竞争和禁止垄断行为法”，第 4 条，非官方英语译文可见 www.globalcompetitionforum.org。

⁵ 关于颁布法律的 2004 年 12 月 14 日第 23/2004/L-CTN 号令第 11 条第 1 段，非官方英语译文可见 www.adb.org/Documents/Others/OGC-Toolkits/Competition-Law/documents/VN_Order_23_2004.pdf。

位。在实践中，该委员会使用 50% 的市场份额作为支配地位“基准”，尽管少于此份额的企业也可能被认为具有支配地位。津巴布韦的法律定义也使用行为类定义，但实际做法是设定至 25% 市场份额的安全港。瑞典使用行为类法律定义，40-50% 的市场份额“明确显示”企业具有支配地位，而高于 65% 的市场份额则可“几乎不容置疑”地推定企业具有支配地位⁶。美国认为安全港标准是 50% 市场份额，所占市场份额超过 70% 为可予反驳的支配地位推定(美国律师协会，1997 年：235-6)。

23. 支配地位的评估是多方面的，不仅只是市场份额筛选标准。思路是确定谁或什么约束企业有效行使市场力量。考虑的因素包括进入和扩张壁垒(包括结构、战略和法律障碍)⁷、竞争者的市场力量、资金力量、买方力量和纵向一体化。

24. 这些因素的使用考虑到一个经济模式。例如，如果进入壁垒非常低，则不可能形成支配地位。如果大幅提高(或降低)价格(或其他产品特征)，就会有潜在的新竞争者加入。一些因素可以互相抵消。例如，若买方的转换成本不低，则行使买方力量不一定有利可图，竞争者的扩张能力可能不重要。

25. 32 个回复调查问卷的国家中有 20 个在对支配地位的评估中考虑了进入壁垒⁸。5 个或更多的国家提及了其他一些因素：(a) 竞争者市场地位(7 国)；(b) 资金力量(6 国)；(c) 包括获取流通渠道和投入的纵向一体化(6 国)；及(d) 包括买方力量在内的抗衡力量(5 国)。

26. 极少数国家提及的一些因素似乎在发展中或转型经济体相对更为重要。印度列入了合法获得的或由于是政府公司、公共部门企业或以其他方式获得的支配地位。突尼斯列出了优惠获得投入或资金。

⁶ 瑞典对调查问卷的回复(2007 年)，可见：www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/questionnaire/SwedenQuestionnaireResponse.pdf。

⁷ 以是否“及时、可能和足以消除特定个案中可能有反竞争影响的疑虑”评估进入可能性(经合组织，2007 年)。

⁸ 这些国家是阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、布基纳法索、哥伦比亚、哥斯达黎加、捷克共和国、丹麦、印度、意大利、牙买加、日本、拉脱维亚、秘鲁、新加坡、斯洛伐克、瑞士、突尼斯、乌拉圭和越南。如果一国使用与进入壁垒密切相关的术语即列入其中。

27. 在国际竞争网络的调查中，支配地位的评估几乎普遍使用以下一些因素：企业及其竞争者的市场份额、竞争者的市场地位和市场行为、进入或扩张壁垒、规模经济和范围或网络影响、买方力量、进入上游市场的机会或纵向一体化、市场力量的持久性、市场成熟程度或活力以及可以使用必要设施的情况。不是很普遍但绝非不普遍的因素是企业及竞争者的财政资源、高价和利润(国际竞争网络，2007年：90-91)。

28. 欧盟委员会的讨论报告阐述了欧洲的做法。报告指出“必须具体考虑据称占支配地位企业的市场地位、竞争者的市场地位、扩张和进入壁垒及买方市场地位”(欧盟委员会，2005年：第28段)。市场份额是分析的起点⁹，但仅仅用于替代决定因素即市场力量。如果产品有差异，市场份额提供的信息较少。考虑进入壁垒和扩张障碍，但是必须注意，在行使实质性市场力量的情况下进入必定是有可能的、适时的，而且具有足够的规模，范围也足够大。考虑大买家的抗衡力量是从有助于大买家也有助于小买家的促进进入或扩张方面，而不是从能够为自己谈判比较有利的交易方面。

29. 简而言之，尽管不同国家对支配地位有不同的法律定义，但它们倾向于或者采用行为类定义或者是结合行为类定义和以市场份额为基础的可予反驳的支配地位推定。许多主管机构在实践中使用基于市场份额的“安全港”方法，即低于一定市场份额水平的企业不会被认为具有支配地位。各国主管机构研究了用于判定安全港之外的企业是否确实具有支配地位的各种因素，最常用的是进入壁垒。

B. 滥用做法

30. 滥用做法传统上被分为排他性滥用和剥削性滥用。排他性滥用将竞争者驱逐出市场或将竞争者阻挡在外，或训戒竞争者保持“温和”竞争或不再扩张。排他性滥用难于与“激烈”竞争区分，因为短期内两者看起来类似。举例说明，从短期来看，掠夺性定价对消费者有利，看起来象“激烈”竞争：物美价廉！但是从长期来看，竞争者被排除在外，掠夺者可提高价格，降低质量。

⁹ 对于欧盟委员会，如果企业的市场份额超过50%而竞争对手市场份额少得多，并持续了一段时间，则在很大程度上表明具有支配地位。市场份额低于25%的企业不可能被认为具有支配地位(欧盟委员会，2005年：第31段)。

31. 剥削性滥用是指占支配地位的公司提高价格或降低质量或减少品种，或在竞争市场中不能施行的其他方式增加自身利益。不同竞争主管机构处理剥削性滥用的方式各不相同：有些比较愿意进行干预，而有些则认为通过竞争法进行干预总的说来是有害的。

32. 滥用做法可分为非价格做法和价格做法。一些反竞争效果可以通过价格做法实现，也可以通过非价格做法实现，例如通过以拒绝供应要挟和以搭售价格引诱顾客同时购买两种产品。然而，下文在概述影响分析后，将运用这些分类讨论成员国滥用行为的案例。

33. 滥用行为的分析正处于不断变化之中。越来越多的人不满意于“正常竞争”、“正当竞争”和“公平竞争环境”等术语，这推动人们尝试改善分析和执法的工作。这些讨论的特点是试图将更多的经济论据纳入法律论据中。同时，决策应基本没有错误，且相对高效、及时和可预期。主管机构正在确定或制定更宽泛的决策原则。

34. 各竞争主管机构分析滥用行为时依据其形式和依据其经济影响的程度有所差异。形式类分析可提供更多的法律确定性以及更快捷的解决办法。但是，同一行为可因情况不同，可以是“正常竞争”，也可以是“滥用”。这已偏离适用于特定行为形式的规则本身。影响类分析比较费时费力，但是造成的错误较少。现在倾向于分析行为的经济影响，包括确定哪类“影响检验”适合用于哪类情况。

35. 已经开发了一些经济影响检验方式，用于区分促进竞争的行为和反竞争的行为¹⁰。没有一项单独的检验方式可放之四海皆准。这些检验方式包括：

- (a) 利润牺牲检验；
- (b) 无经济意义检验；
- (c) 同等效率企业检验；及
- (d) 各类消费者福利权衡检验。

¹⁰ 这是紧随经合组织（2005年）之后的讨论。

36. 利润牺牲检验试图明确：“如果行为并非旨在消除或减少竞争，此类短期利润牺牲是否合理？”此检验方式对掠夺性价格个案有效，但对于其它个案，诸如对于不使用低于成本定价法的排他性行为则无法得出可靠的结论，例如无法查出“提高竞争者成本”或廉价的排斥。(廉价排斥是指对当事企业而言廉价的排他行为。这包括虚假毁谤对手产品或以参加标准制定机构的方式将竞争者最终排除在市场之外。)此外，此检验方式可查出既提高福利也排除竞争者的行为，这是某些国家法律认为可取的行为。

37. 无经济意义检验试图明确：“如果行为并非旨在消除或减少竞争，此类行为是否具有经济意义？”利润牺牲并非必要条件，也不是充分条件。此检验方式可查出企业倾向于消除竞争的行为，而该企业的唯一经济利益在于此倾向。然而，此检验方式不能查出因为既提高效率也减少竞争而具有经济意义的行为。而且，此检验方式能查出某些国家法律认为可取的行为。

38. 同等效率企业检验试图明确：“此类行为是否可能会将至少与占支配地位企业具有同等效率的对手排斥在外？”反对者认为，此检验方式容许主导竞争者将最终可能会达到其同等效率的进入者排斥在外，而且效率较低对手可能提高消费者福利。支持者认为，如果占支配地位的企业无法通过优势效率消灭对手，那么低效率对手的进入是浪费资源并形成长期危害。掠夺性定价个案使用的成本基准，即平均可变成本是本检验方式的一项运用：定价高于平均可变成本的占支配地位企业无法将具有同等效率的企业排除在外。

39. 消费者福利检验试图明确：“此类行为是否会通过涨价或减产导致降低消费者福利？”，此检验方式难以适用在此类行为在减少消费者福利的同时可能会增加企业效率的情况。支持者认为在此类情况下应权衡考虑各种影响，但当裁决者必须作出大致估计时(可能是最常见的情形)，主观印象会降低可预测性。很难“确信权衡判断可以准确、客观和一致地作出。”(经合组织，2005年：11)。

40. Einer Elhauge 教授制定的检验方式仍有待各法院或竞争主管机构予以运用，该检验方式探究竞争对手被排除在外的原因是占支配地位的企业正在提高其效率还是正在损害对手的效率。

2. 非价格做法

41. 拒绝交易或供应是潜在的反竞争做法。当然，公司可以自由选择自己的业务伙伴，但是在特定情况下，这可以构成反竞争性地排斥或歧视其他经营者¹¹。

42. 为回应关于纺织纤维下脚料市场的指控，津巴布韦开展了一项调查。Kadoma 纺织公司被认为滥用支配地位，在数量、质量和价格方面区别对待顾客，以便有利于 Kadoma 纺织公司总裁妻子拥有的公司。这被认为违反竞争法。

43. 秘鲁保护竞争法庭裁决的 *Fetransa* 一案，涉及拒绝供应造成歧视的情况。Fetransa 被控拒绝与起诉方 Fersimsac 交易。Fetransa 具有与秘鲁西南铁路和国有机车车辆的特许经营合同。Fersimsac 希望从 Fetransa 租赁机车。Fetransa 拒绝租赁，称所有机车都租给了另一家公司 Perurail。Fetransa 因此阻止了 Fersimsac 进入市场。Perurail 是 Fetransa 的子公司。初审裁决认为 Fetransa 的拒绝是合理的，但上诉法院推翻了这一裁决。Fetransa 被命令终止歧视行为，遵守特许经营合同中的不歧视条款。

44. 秘鲁的燃料生产商和分销商 Petroperu 由于拒绝将液化石油气仓储设施租给一家协会的会员企业，被指控区别对待分销商。相反，Petroperu 将设施租给不是该协会会员的另一家公司 Llamagas，以便阻止进口并保护自己的国内销售。该公司被裁定犯有歧视行为。

45. 2007 年捷克有一个案件涉及占支配地位的天然气供应商 REW Transgas 拒绝交易。REW 是该国天然气的垄断供应者。该国八家主要的天然气区域分销商中，该公司控制了六家，并拥有其余两家相当大的股份。该公司因为拒绝与独立分销商签订合同，除非这些合同载有防止独立分销商与该公司子公司展开有效竞争的条款(具体规定价格和贸易条件)，被裁定滥用支配地位。此外，REW Transgas 拒绝在用户“所属”区域分销商区域之外，向“具有资格的用户”(根据法律可向任何主体购买天然气的大用户)供应天然气。这被认为排斥了竞争者，并限制了消费者的选择。

¹¹ 6/73 和 7/73 号案，商业溶剂公司诉委员会，占支配地位的公司向其子公司之一提供优惠，以及 22/78 号案，Hugin Kassaregister 诉委员会，公司通过为自己生产的机器提供服务，显示了计划在下游市场经营，从而将此市场中需要零部件的竞争者排斥在外。

46. 必要设施理论直接与拒绝交易有关，具体规定了公司何时必须同意提供设施。必要设施可以是原材料等产品，也可以是港口、机场、流通体系或网络，以及知识产权¹²。欧盟委员会讨论文件提出了必要设施的五个条件：(a) 可以说是拒绝交易的行为；(b) 公司占有支配地位；(c) 投入是必不可少的；(d) 拒绝可能会对竞争造成不利影响；及(d)缺乏客观理由。然而，关于必要设施理论的范围(以及在某些管辖权范围内是存在的问题)有很多争议。一些评论者指出，必须向私营公司进行投资提供激励措施，而广泛运用必要设施理论会阻止此类投资。其他评论者则指出行业监管者对进入条件的积极管制可以使这些行业不必要运用必要设施理论。

47. 捷克共和国调查了拒绝竞争者使用公共汽车站及其信息系统一案。CSAD Liberec 提供布拉格和利贝雷茨之间的公共汽车交通服务，并经营利贝雷茨唯一的一个汽车站。CSAD Liberec 拒绝起诉方，即竞争者 Student Agency 使用利贝雷茨公共汽车站及站内信息系统。因此，乘客无法知道 Student Agency 的汽车离站时间，而 Student Agency 无法使用汽车站，给乘客造成了不便。CSAD Liberec 被裁定滥用支配地位。

48. 知识产权可构成法律性进入壁垒。知识产权赋予暂时性的专有权利，鼓励企业开展投资并承担风险，因此鼓励动态的竞争。不过知识产权不一定会造成垄断，因为在通常情况下竞争者不一定需要获得知识产权才能在同一市场上竞争。因为知识产权和竞争法有类似的政策目标，两者经常被认为是互相补充的政策，而不是互相冲突的政策。

49. 由于创新竞争对于经济发展非常重要，知识产权的强制许可非常罕见。欧洲法院在较近的一项判决中，要求实行强制许可。在 *IMS(C-418/01 ECR I-5039)* 一案中，法院要求不仅遵守命令企业提供产品或服务(见上文必要设施)的各项条件，而且遵守附加条件，即申请许可的企业计划为潜在的消费者需求真正生产新的产品或服务(第 49 段)(经合组织，2006 年：207)。没有一份调查问卷回复提及强制许可，除了下文南非的案例。

¹² 商业溶剂公司。还有 Van Bael I 和 Bellis J-F (2005 年)。《欧洲共同体竞争法》。第 4 版。Kluwer Law International: 955。

50. 排他性交易安排有可能存在滥用行为。如果是这种情况，消费者不得不只从占支配地位的公司购买产品。这可辅之以“英格兰条款”，即顾客有义务报告更好的出价，而且在有些情况下有义务列出出价者的名称。具有排他性效果的合同条款可能会被认定存在滥用，即使这些条款没有直接了当地要求排他¹³。

51. 在 2007 年克罗地亚电信业案中，竞争主管机构确定 Hrvatske Telekomunikacije(HT)和 T-Mobile Hrvatska 滥用支配地位。HT 及其关联公司 T-Mobile Hrvatska 对 23 个“关键”用户实行的框架合同条款会引起进入壁垒。这些条款要求客户向 HT 和 T-Mobile Hrvatska 报告竞争者的最新报价。如果这两家公司的报价与竞争者提供的同类产品报价相等或价格更低或质量更高，用户必须接受这两家公司的报价。主管机构认为此条款属于滥用支配地位，命令予以撤销或修改。

52. 法国一案涉及赫兹式陆地模拟电视信号播出的排他性协定。这些长期(七年)协定签署于此行业放开竞争的几周前。三家主要的公共电视频道同意只使用 TDF 的播出基础设施，基本没有任何异议。该网络大部分将再度用于播出陆地数字信号电视。竞争委员会认为这些协定封杀了电视模拟信号播出市场，并阻止了进入该市场。委员会接受了 TDF 修改合同以取消排除性的承诺。

53. 搭售行为可以是滥用行为。在此情况下，在“捆绑产品”中占支配地位的公司以搭配出售“被捆绑产品”为条件出售“捆绑产品”。如果此行为用于逃避价格管制或排斥了被捆绑产品市场中的竞争者，此行为可被认为是滥用支配地位。欧洲案例法制定的搭售检验方式是“(a) 捆绑和被捆绑产品是两个独立的产品；(b) 有关企业在捆绑产品中占支配地位；(c) 有关企业没有向消费者提供选择，即在购买捆绑产品时可以不购买被捆绑产品；及(d) 搭售排斥了竞争”¹⁴。围绕要素(d) 有复杂的经济问题。

¹³ 委员会关于 *Van den Bergh Foods* 公司的决定(98/531), 11.3.98, OJ L246, 第 1 页, 第 265 段。公司向零售商提供冰箱存放自己的冰淇淋，禁止零售商用该冰箱存放竞争品牌的冰淇淋。委员会指出“受限于排他性条件的冰柜协定造成的影响……等同于占支配地位的供应商所采取的将竞争者排除在与该零售商交易之外的任何其他措施。”

¹⁴ COMP/C-3/37.792, 微软诉委员会, 委员会第 24.03.2004 号决定, 第 794 段。

3. 执行竞争法促进发展的案例

54. 回复贸发会议调查问卷的所有国家都认为，滥用支配地位限制或阻止了本国的经济发展。

55. 在南非关于限制性获得艾滋病毒/艾滋病药品的案例中，竞争法被认为是保障生命的公共政策工具。

56. 竞争主管机构的干预可增加获得重要当地服务的机会，这从而促进了经济发展。保加利亚和捷克共和国在各自的调查问卷回复中提供了涉及城际公共汽车运输服务的案例。

57. 竞争主管机构还经常干预电力、电信、燃气和水等公共服务。上文所述捷克共和国有关 REW Transgas 案即是一例。对这些行业，尤其是不存在监管者或有效监管者的行业的干预可促进经济发展。但是，这些干预也需要主管机构具备强大的技术能力，而小型或新的竞争主管机构可能缺乏这样的能力。如果行业内存在监管者时，向其倡导竞争或许更为有效。阿尔巴尼亚提供了上文所述案例。

58. 总的说来，竞争主管机构经常进行干预，以防止在那些支持经济发展的行业内出现对支配地位的滥用。这些行业自公共汽车终点站至拯救生命的药品都有。然而，向行业监管者倡导竞争有时可能比一再采取执法行动更为有效。

四、发展中国家和转型经济体面临的挑战

A. 根据《联合国一套原则》制定的发展目标

59. 《联合国一套原则》¹⁵鼓励发展中国家通过和实施符合各国经济状况和具体需求的竞争法。C 节(三)段指出：“为了保证本套原则和规则公平地适用，各国特别是发达国家在控制限制性商业惯例时应考虑到发展中国家，特别是最不发达国家的发展、资金和贸易的需要，以便特别为发展中国家：(a) 促进本国工业的建立或发展以及其他经济部门的经济发展；(b) 通过发展中国家间的区域安排或全球性安排，促进它们的经济发展。”

¹⁵ 《一套多边协议的控制限制性商业惯例的公平原则和规则》是联合国大会 1980 年 12 月通过的第 35/63 号决议。

B. 发展中国家和转型经济体中滥用支配地位的特殊问题

60. 没有关于滥用支配地位的统计证据可用于支持滥用普遍存在的宽泛论断。包括贸发会议调查回复在内的正式记载的证据支持这样一种观点，即发展中国家和转型经济体中的竞争不如发达国家中的竞争激烈。本章回顾一些统计研究和正式记载的证据。

61. 2002 年贸发会议的工作文件(Singh, 2000 年)中引用了关于发展中国家和发达国家竞争的一些研究。一项研究使用盈利持久性方法，而另一项研究使用企业营业额(进入和退出)方法，两者均说明发展中和转型经济体中的竞争水平几乎与发达经济体一样。对发展中国家制造业的研究“并不支持这样的论点，即最不发达国家的制造业相对停滞不前而且效率不高”，再次削弱了发展中国家竞争较不激烈的观点。(Singh, 2002 年：3-6, 参见 Tybout, 2000 年)

62. “2007 年全球竞争力报告”指出，生产力越高国家越繁荣。报告所含指标与人均国内生产总值有关。总的说来，对低收入国家而言，移动电话、优质电力供应、互联网接入、贸易壁垒、其它基础设施和当地竞争影响人均国内生产总值。对中等收入国家而言，这些因素之外还有专利、没有占市场支配地位的企业集团以及反托拉斯政策的有效性影响人均国内生产总值(世界经济论坛，2007 年)。

63. “发展中和转型经济体可能具有结构性缺陷，因此特别容易受到私营部门反竞争做法的影响。以下因素一旦存在，可能会对竞争压力造成不利影响：

- (a) 较大比例的当地市场没有实行贸易自由化措施；
- (b) 获得必要投入的机会不大；
- (c) 较有限的流通渠道；
- (d) 较依赖于进口(基本工业投入)和/或出口(以获增长)；
- (e) 进口的行政/机构壁垒发生率较高；
- (f) 薄弱的资本市场。”(经合组织，2003 年：第 19 段)。

64. 从国有垄断转向竞争可能会增加排他性滥用支配地位的发生机会。“面临新进入者挑战的原垄断者可能会从原有地位“继承”一些优势，例如强势资金地位、对某些网络设施的控制、联系和政治支持以及与供销双方的稳固关系。此类占支配地位的企业或‘主导运营商’可找到多种刁难新进入者的方式，最终将竞争者有效排出在外。在许多已实行市场自由化的国家，竞争法执行者应接不暇，因为原有

垄断者和新进入者之间的不平衡不断产生对滥用支配地位的指控”(经合组织，2003年：第20段)。印度竞争法第19(4)(g)条表明认识到这个问题，在确定企业是否享有支配地位时可予以考虑的一个因素是，“垄断或支配地位是否由于法律规定或由于是政府公司或公共部门企业或以其他方式获得的。”

65. 南非提供了两个案例，其中主导者试图通过采取排他性做法抵御经济转变：

“生产商合作组织和法定单一渠道营销安排长期以来支配南非农业部门。随着国际贸易壁垒的降低以及农业部门推行市场纪律，许多合作组织和市场公会转变成私有公司，但仍试图保持向原有会员、农民和农业生产出口商提供关键分销与其他服务的专属性”。这抑制了新的服务供应商进入农业部门。在两个重要案例中，分别涉及葡萄干市场和柑橘市场，法庭否定了管理新公司实体的协会条款中的反竞争安排。这促进了发展提供关键服务的市场，例如提供关键农业投入和出口营销服务的市场。此结果使新进入者得以进入一些重要市场，给新进入者及其服务的客户，即原来没有权利寻求最优价格和最佳服务的农民带来相当大的好处”(南非竞争法庭和南非竞争委员会，2004年：第14段)。

66. 发展中和转型国家竞争主管机构可能比发达国家的这些机构更常处理剥削性滥用。监管机构对天然具有垄断性的市场(输电、供水等)中企业行为的约束更有可能缺失，因此更有可能依赖于竞争法的执行。

67. 发展中国家仅仅是由于经济规模小就可能使其占支配地位的企业不成比例地多。代表马耳他提交的一份文件(Briguglio 和 Buttigieg, 2003年)有说服力地指出，下列经济因素令竞争法对小型经济体的应用有所不同：

- (a) 天然垄断可能更为普遍，因为较小或较穷经济体中的需求更少，一些产品没有贸易；
- (b) 进入壁垒可能更高。相对于总体需求，进入规模更有可能是大的。或者政府可能创设进入壁垒，使主导运营者能以最低效率的规模经营；
- (c) 高价可能仅仅反映了较小规模经营的较高成本，也可能反映了进口到小型经济体的风险溢价；

(d) 进口可能在国内生产总值中占较大比例，可能很少有进口替代品。这经常会导致在进口渠道中占支配地位的企业也会在相应的国内市场占支配地位；

68. Dutz(2002 年)认为，发展和转型国家竞争主管机构的反滥用支配地位工作应着重于防止在封杀获得经营所必需服务方面的滥用。意图是减少针对新企业和中小企业的壁垒。当地必要投入的例子有“房地产、银行业、运输、流通仓储、通讯和专业工商服务。”

69. Fox(2007 年：116)指出，“在物质和企业必需品领域，诸如牛奶、软饮料、啤酒、鸡、糖、棉花、纸张、铝、钢、化学品(用于肥料)、包括移动电话服务在内的电信业、水泥和其他建筑材料、包括卡车、航运和港口服务在内的交通运输、工业用气、银行、保险、煤和电力，反竞争做法非常盛行。许多做法是地方性的，许多是政府促成的，还有许多是离岸行为，但却形成了对内的约束。”她认为，针对国有或国家优先照顾企业的进入封锁或歧视行为采取干预措施，可能比发达国家反滥用支配地位的干预措施，益处更多而且成本更低(Fox, 2007 年：119)。

70. 许多国家的经济改革包括在原有政府垄断企业占有的市场中推行竞争。各国都很有兴趣将公共垄断企业转变成私营企业。竞争主管机构的一项重要职能就是倡导竞争性结构和加强竞争监管。在私有化前实施结构变革，诸如进行纵向分离和横向分割以创造竞争者等，较之在私有化后实施变革容易得多。私有财产所有者会抵制毁灭价值的结构变革。因此，关键是从结构变革开始进行改革过程。

五、结 论

71. 竞争主管机构可能会通过集中于对整体社会有重大影响的领域，实现公共利益目标。物质和企业必需品以及通常是发展中国家重要出口品的初级商品市场中的竞争对实现发展目标具有决定性作用。要有效地达成目标不仅需要倡导——反对私有化垄断企业，赞成取消保护占支配地位企业免受竞争的特别制度——还需要对滥用支配地位采取干预措施。保护消费者与确保中小企业和微型业主等企业可自由地从事经济活动而不受占支配地位企业滥用做法的影响，可促进经济发展。

参考文献

- American Bar Association (1997). ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments, 4th ed.
- Briguglio L and Buttigieg E (2003). Competition constraints in small jurisdictions. Presented at OECD Global Forum on Competition 2003. CCNM/GF/COMP/WD(2003)32.
- Competition Tribunal of South Africa and the Competition Commission of South Africa (2004). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. Presented at OECD Global Forum on Competition 2004. CCNM/GF/COMP/WD(2004)11.
- Dutz M (2002). Competition policy issues in developing and transition markets. Presented at OECD Global Forum on Competition 2002. CCNM/GF/COMP/WD(2002)35.
- European Commission Directorate General on Competition (2005). DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. December. Available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- European Commission (2004). Guidelines on the application of article 81(3) of the treaty.
- Fox E (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*. Vol. 13: 101–126.
- Goyder DG (2003). *European Commission Competition Law*. 4th ed. Oxford University Press.
- International Competition Network (2007). Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power, and state-created monopolies. May. Available at www.internationalcompetitionnetwork.org.
- OECD (2003). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. CCNM/GF/COMP(2003)7. Available at www.oecd.org/competition.
- OECD (2005). Competition on the merits. Best Practice Roundtable. DAF/COMP(2005)27.
- OECD (2006). Competition, patents and innovation. Best Practice Roundtable. Available at www.oecd.org/competition.
- OECD (2007). Competition and barriers to entry. Policy Brief. January. available at: www.oecd.org/publications/Policybriefs.
- Singh A (2002). Competition and competition policy in emerging markets: international and development dimensions. G-24 Discussion Paper Series, No. 18. September.
- Tybout J (2000). Manufacturing firms in developing countries: how well do they do, and why? ” *Journal of Economic Literature*. Vol. 38. March: 11–44.
- World Economic Forum (2007). *The Global Competitiveness Report 2007–2008*. Available at www.gcr.weforum.org.