



第七次联合国全面审查《管制限制性
商业惯例的一套多边协议的公平原则和
规则》会议

2015年7月6日至10日，日内瓦

临时议程项目6(a)

审查《原则和规则》的适用和执行


竞争法范本(2015年)第四章修订案*

* 这是对 TD/RBP/CONF.7/L.4 号文件的修订。

GE.15-08180 (C) 170615 220615



* 1 5 0 8 1 8 0 *

请回收 



竞争法范本(2015年): 第四章

构成滥用市场支配地位的行动或行为

一. 禁止滥用或取得和滥用市场支配地位的行动或行为

禁止以下滥用或取得和滥用市场支配地位的行动或行为:

(a) 企业自行或与少数其他企业一起在某种或某几类商品或服务方面处于能控制有关市场的地位;

(b) 占支配地位的企业的行动或行为限制他人进入有关市场, 或不适当地限制竞争, 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, 例如用低于成本的大削价淘汰竞争者;

(b) 在商品或服务的提供或购买上采用歧视性(即无正当理由区别对待的)定价、条款或条件, 包括在附属企业之间的交易中采用定价政策, 即与附属企业以外的相同或类似交易的价格相比, 在购买或提供的商品或服务方面, 或提高价格, 或降低价格;

(c) 限定售出商品的转售价格, 包括进出口商品的转售价格;

(d) 对于在国外合法标有商标的商品, 如其商标与进口国中受保护的相同或类似商品的商标相同或类似, 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, 限制这种商品进口, 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、充分经销或服务正当商业目的的行动或行为:

(一) 部分或全部拒绝按企业的习惯性商业条件进行交易;

(二) 将某种商品或服务的供应, 以接受对竞争商品或其他商品的经销或生产施加的限制为条件;

(三) 限定所供应商品或其他商品转售或出口的地点、对象、形式或数量;

(四) 将某些商品或服务的供应, 以向供应人或者他(她)指定的人购买其他商品或服务为条件。

三. 批准或豁免

凡属本法不绝对禁止的行动、惯例或交易, 只要实施前按第7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经必要改变或调整后符合本法的目标, 即可予以批准或豁免。

对第四章的评注和现行法律采取的不同方法

一. 禁止滥用市场支配地位的行动或行为

禁止以下滥用市场支配地位的行动或行为：

(a) 企业自行或与少数其他企业一起在某种或某几类商品或服务方面处于能控制有关市场的地位；

(b) 占支配地位的企业行动或行为限制他人进入有关市场，或不适当地限制竞争，对贸易或经济发展造成或可能造成不利影响。

导言

1. 滥用市场支配地位是竞争法领域最具争议的问题之一。何时认为一家公司占有支配地位的问题，以及可能构成滥用市场支配地位的行动范围，都是因国家而异的，还可能取决于各竞争制度的目标(消费者福祉、效率、保护竞争)，以及竞争分析中是否包括，或者是否排除其他价值，例如公平等。本章概述认定存在支配地位的总体标准，还提出可能被视为具有反竞争性质的行动的一份非排他性清单。

2. 占支配地位意味着具有显著市场力。从经济角度看，支配地位指一家公司(或若干公司联合行动)在一段时间内提高价格、将价格保持在竞争条件下的正常水平之上、同时从中获利的能力。仅是占支配地位并不属于反竞争性质，通过正当竞争获得支配地位也不属于反竞争性质。但是运用或滥用支配地位可能导致：(a) 产量减少，价格上升；(b) 服务/产品的质量下降，品种减少；或(c) 限制创新，这可以视为具有反竞争性质。

3. 在对待认定一家公司是否占支配地位的问题上，各国的竞争法之间差别很大。一些国家并未在竞争法中规定支配地位的确切定义，而是由竞争主管机构从经济角度加以判断。竞争管理机构须视各案的具体情况，评估对认定支配地位有影响的几个因素。市场份额高是支持判定一家企业在相关市场占支配地位的一个指标。但是在许多辖区，仅占有高市场份额这一点并不足以判定拥有支配地位，因为有些市场的特点是参与者较少，但竞争程度仍较高。还应考虑其他市场指标，如进入壁垒、实际和潜在竞争者、高市场份额的持久性、买方力量、规模经济及范畴经济、进入上游市场及纵向一体化、市场成熟程度/活力、获得重要投入、以及公司资金来源及其竞争者等因素。

4. 还有些辖区使用基于市场份额门槛的安全港作为决定是否占支配地位的第一步，这是证明支配地位的捷径。如果一家企业所占市场份额未达到门槛水平，则不认为其占支配地位。如达到了该水平，则竞争管理机构将分析上述其他因素，以决定其是否占支配地位。

5. 但在另一些辖区，如果一家企业的市场份额高于市场份额门槛，即推定该企业拥有支配地位。一旦发现公司的市场份额达到了规定标准，证明不具市场力的举证责任就由公司承担。被告若不能举证，则被认为拥有支配地位。

6. 利用市场份额门槛——不论是为了确定有表面证据的案件从而转移举证责任，还是为了判定不占支配地位——可提高竞争管理机构的执行效率，并为企业家带来法规的确定性。尽管如此，市场份额门槛会带来市场份额在一些案件中未被充分强调或被过分强调的风险，从而导致执行不力或执行过度的结果。因此，不宜在竞争法中不可反驳地规定一家公司达到一定市场份额门槛即为占支配地位。

7. 决定一家公司是否占支配地位时，进入市场和进口竞争也是应考虑的因素。如果一家或多家企业进入市场很容易，在位企业试图提价或减产的行动就会因受到新进入者的打击而受挫。进入市场的难易程度由进入壁垒的高低决定。关于进入壁垒的具体分析，见插文 4/1。进口竞争是指外国公司开始在本国市场上销售竞争产品，这可以视为一种特定形式的进入市场。因此，进口可构成竞争的一个重要来源，评估支配地位时需对其加以考虑。

插文 4/1 竞争法和竞争政策中的进入壁垒

进入市场的壁垒，指一些可能防止或阻碍新公司进入市场的因素，即使在位公司正在获取超额利润。进入壁垒可能随市场的成熟度或发展水平而千差万别。可区分几类进入壁垒。

结构性进入壁垒源于基本的行业特点，如技术、成本和需求。关于哪些因素构成相关的结构壁垒，尚有争论。最宽泛的定义认为，进入壁垒源于产品的差异、在位公司在成本上的绝对优势，以及规模经济。产品差异造成了在位公司的优势，因为新进入的公司必须克服现有产品长期积累的品牌忠诚度。绝对成本优势，意味着新进入的公司开始时产品的单位成本将较高，这可能是由于技术较差。规模经济限制了在一定规模的市场中能够以最低成本经营的公司的数目。狭义的结构性进入壁垒定义，是 George Stigler 和芝加哥反托拉斯分析学派支持者提出的。他们认为，进入的壁垒只是在新进入市场的公司必须承担但在位公司无须承担的成本的情况下才会出现。因此，该定义将规模经济和广告开支等排除在壁垒范围之外，因为在位公司必须承担这部分费用，才能达到它们在市场中的地位。其他经济学家还强调，沉没成本也是进入的一个重要壁垒。由于这部分费用是新进入的公司必须承担的，而在位公司已经支出了这部分费用，因而产生了进入壁垒。此外，沉没成本降低了退出的能力，从而给潜在的新进入公司带来额外风险。

战略性的进入壁垒，指市场中原有公司的行为。具体而言，在位公司可能采取行动，提高进入的结构性壁垒，或威胁准备进入市场的公司，如果它们确实进入将受到报复。但这种威胁必须是令人可信的，即如果进入市场的情况的确发生，在位公司将威胁付诸实施必须有利可图。战略性地阻止进入时，常常带有在位公司某种先声夺人的举动。例如，抢前购买设施，即在位公司在生产能力上超额投资，威胁如果新公司确实进入市场则将掀起一场价格大战。使运输或港口设施等必要基础设施陷入瘫痪，也可能构成战略性的进入壁垒。

法律进入壁垒，可源于各国法律制度的规定。法律进入壁垒的例子包括：关税和配额、知识产权和商标方面的规定、法律赋予某些公司的专利权/法定垄断权力，以及进入市场的其他行政障碍。

8. 无论一国的竞争法如何定义支配地位，评估一家公司是否拥有支配地位在很大程度上取决于如何定义相关市场。根据经验法则，对相关市场的定义越窄，单一参与方在该市场中拥有显著市场力的可能性越大。关于相关市场的定义，详见对《竞争法范本》第二章的评注。

9. 在一些辖区，支配地位概念不仅指某企业单独行动的情况，也指共同行动的两家或更多企业拥有市场力，或者有联手行动的动力并联合起来获得市场力的情况(集体支配)。这是指高度集中的市场，在这些市场，两家或更多企业控制了市场的很大份额，从而创造或享有一些条件，使其可以采用同垄断者极为相似的方式支配或操纵市场。欧盟委员会和欧洲共同体初审法院¹ Italia 判决书中对 Vetro Piano 采用了这一标准，² 随后在 Nestlé-Perrier 兼并案中也采用了这一标准。³ 采用某种具体做法(如附带条件的协议)产生的累计效果也可导致滥用市场支配地位。

现行法律采取的不同方法—如何判定拥有支配地位

区域/国家

非洲

南非

《竞争法》(1998 年(第 89 号))第 7 条规定，公司在以下条件下拥有市场上的支配地位：(a) 它至少拥有该市场的 45%；(b) 它至少拥有该市场的 35%但少于 45%，若能表明不具有市场支配力的情况除外；或者(c) 它拥有该市场少于 35%，但具有市场支配力。

该法第 8 条禁止拥有支配地位的公司从事以下活动：

- (a) 定价过高，损害顾客利益；
- (b) 在经济上可行的情况下，拒绝让竞争对手获得基本的便利；
- (c) 除了(b)段所列的行动以外，还从事排他性行动，如果该行动的反竞争效应大于它在技术、效率或其他竞争促进方面所得的收益；
- (d) 从事以下任何排他性行动，除非所涉公司能表明在技术、效率或其他竞争促进方面所得的收益大于其行动的反竞争效应：
 - (一) 要求或诱使供应商或客户不与某一竞争对手交易；
 - (二) 在供应稀缺商品在经济上可行的情况下，拒绝向竞争对手供应这种商品；
 - (三) 销售商品或服务的条件是，买方购买与合同目标无关的其他商品或服务，或者迫使买方接受与合同目的无关的条件；
 - (四) 销售低于边际或平均可变成本的商品或服务；
 - (五) 买完竞争对手所需的供应稀缺的中间产品或资源。

¹ 现欧盟普通法院。

² 欧盟委员会转达的评述。1992 年 3 月 10 日 Italia 案判决书中的 Vetro Piano。

³ 欧盟委员会提供的资料。1992 年 7 月 22 日对“Nestlé-Perrier”案的裁决。

区域/国家

赞比亚

2010年《竞争和消费者保护法》(第24号)第三部分第15条指出，“如果(a)30%以上的商品或服务由一家企业提供或获得；或者(b)60%以上的产品或服务由不超过三个企业提供或获得，则在商品或服务的供应方面存在支配地位”。

第16条规定禁止滥用支配地位，指出“企业应避免任何行动或行为，如果通过滥用或获得市场力的支配地位，这种行动或行为限制市场准入或不适当抑制竞争，或者对贸易或整个经济产生或可能产生不利影响”。就这部分而言，“滥用支配地位”包括以下情况：

- (a) 直接或间接地实行不公平的购买或销售价格，或者施加其他不公平的交易条件；
- (b) 以影响竞争的方式限制或制约产量、市场销路或市场准入、投资、技术开发和技术进步；
- (c) 对与其他贸易方的同类交易使用不同的条件；
- (d) 缔结协议时要求他方接受补充条件，而这些条件本质上或根据商业使用情况与合同的主体无关；
- (e) 拒绝让任何人获得基本的便利；
- (f) 定价过高，损害消费者的利益；
- (g) 销售低于边际或可变成本的商品。

亚洲/太平洋

中国

根据《中国反垄断法》第十七条，市场支配地位是指这样一种市场地位，即：经营者在相关市场上能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者阻碍或影响其他经营者进入相关市场。

此外，第十八条规定了认定经营者具有市场支配地位的六大要素：

- (a) 经营者在相关市场的市场份额及其竞争地位；
- (b) 经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (c) 经营者的财力和技术条件；
- (d) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (e) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (f) 与认定经营者市场支配地位有关的其他要素。

第十九条第(一)款对支配地位设定了可予以驳斥的假设，企业如达到下列任何条件者，即假设拥有支配地位：

- (a) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一以上；
- (b) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二以上；
- (c) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三以上。

但根据第十九条规定的条件，如果其中任何经营者的市场份额不足十分之一，则不应认为该企业拥有市场支配地位。此外，被假设拥有市场支配地位的经营者，如能提供证据证明不具有市场支配地位，则不应当认定它具有市场支配地位。

区域/国家

印度 据 2002 年《印度竞争法》第 4 条对支配地位的界定是，“企业在印度相关市场上拥有的实力地位”，这种地位使之能够“不受相关市场上主要竞争力量的影响而独立经营，或者影响其竞争对手或消费者或相关市场，造成有利于自己的局面。印度竞争委员会在调查企业是否拥有支配地位时，会充分考虑所有这些因素。该条还指出，任何企业或团体都不得滥用支配地位。如果一个企业直接或间接地对商品或服务的买卖实施不公平或歧视性价格，包括对商品或服务的买卖实行掠夺性价格，则肯定会有滥用支配地位的情况。

蒙古 根据 2010 年《蒙古竞争法》，如果一个企业实体单独或与其他实体或其关联实体联合，在市场上经营某一产品，并保持其产量和销售三分之一以上，则应认为其拥有支配地位(第 5.2 条)。此外，根据第 5.3 条，一个企业实体，如果没有达到第 5.2 条所列的要求，但有能力限制其他企业实体进入市场的条件，或迫使其退出市场，则应根据产品范围、市场地理界限、市场集中度和市场力等，认定它拥有支配地位。

欧洲(欧洲联盟)

捷克共和国 《捷克保护竞争综合法》(2001 年)第 10 条第(1)款申明，“一家企业或多家企业联合，其市场力使之能够在相当程度上独立于其他企业或消费者行事，即将其视为拥有相关市场的支配地位(联合支配力)。根据第 10 条第(3)款，除非已证明占支配地位，一家企业或拥有联合支配地位的多家企业，于所考察时期内在相关市场中份额未超过 40%的，应视为不占支配地位。

爱沙尼亚 在爱沙尼亚，占支配地位的标准是企业能够在相当大程度上独立于竞争者、供应方和买方而运作。一家或多家企业所占市场份额超过市场营业额 40%的，即推定其占支配地位。拥有特殊或独家权利或控制了基本设施的企业，也被视为占支配地位；见 2001 年《竞争法》第 13 条。

欧洲联盟 《欧洲联盟运作条约》第 102 条禁止滥用支配地位，但未提出支配地位的定义。欧洲的机构做出决定时，将支配地位定义为企业享有的一种经济实力地位，此种经济实力地位通过赋予企业在相当大的程度上独立于竞争者、客户以及消费者而自行其是的能力，使企业能够阻挠相关市场保持有效竞争。⁴ 在对占支配地位的企业的滥用性排他做法适用《欧洲共同体条约》第 82 条(现为《欧洲联盟运作条约》第 102 条)方面，欧盟委员会的执行优先事项指导原则规定了欧盟委员会评估支配地位时应考虑的标准，具体包括：

(a) 实际竞争者现有供给造成的制约因素及实际竞争者在市场中的地位(占支配地位的企业及其竞争者的市场地位)；

(b) 实际竞争者未来扩张的可信威胁或潜在竞争者进入市场造成的制约因素(扩张和进入市场)；

(c) 企业的客户的谈判实力造成的制约因素(买方抗衡力量)。

该条约强调，市场份额可提供有用的初步迹象，表示市场结构及活跃在市场中的各企业的相对重要性。不过，欧盟委员会将根据相关的市场情况，尤其是市场动态以及产品差异化程度解释市场份额。

⁴ 见欧洲联盟法院第 27/76 号案件，联合商标公司和联合商标大陆有限公司诉欧共体委员会(1978)，第 207 号欧洲法院报告，第 65 段；欧洲联盟法院第 85/76 号案件，Hoffmann-La Roche 和公司诉欧共体委员会(1979)，第 461 号欧洲法院报告，第 38 段。

区域/国家	
德国	<p>根据《禁止限制竞争法》第 19 条，企业作为相关产品及地理市场上某些货物或商业服务的供应方或买方，凡具备以下特点的，即拥有支配地位：没有竞争者或未面临任何实际竞争；或与竞争者相比占强势市场地位。判定支配地位时，特别应考虑企业的市场份额、资金实力、获得供给及市场的情况、与其他企业的联系、其他企业进入市场的法律或实际壁垒、该法适用范围之内或之外确认的企业的实际或潜在竞争、在供给或需求上转向其他产品或商业服务的能力、以及市场对立面向其他企业的能力。两家或多家企业之间在某些货物或商业服务方面无实际竞争，且从总体来看符合上述情形的，即为占支配地位。一家企业拥有至少三分之一的市场份额即可推定其占支配地位。多家企业属于以下情况的即推定其占支配地位：(a) 三个或三个以下企业的合并市场份额达 50%；(b) 五个或五个以下企业的合并市场份额达三分之二，除非这些企业可以证明竞争条件可能使其相互之间保持实际竞争，或它们相对其他竞争者并未占强势市场地位。</p>
立陶宛	<p>根据上次于 2012 年修订的 1999 年《竞争法》，支配地位应该是指这样一种地位：一个或多个经济实体在相关市场上没有直接面临竞争或能够有效地限制竞争，从而在相关市场单方面施加决定性影响。占 40% 的市场份额即可推定占支配地位。此外，该法规定，如果市场上三家最大的公司总计市场份额达到 70%，即可推定它们拥有联合支配地位。适用于零售市场的据以推定占支配地位的市场份额门槛略低。个体经济实体 30%；三个或三个以下的经济实体一起联合支配 55%(第 3 条第(2)款)。</p>
波兰	<p>根据《2007 年 2 月 16 日竞争和消费者保护法案》第 4 条第(10)款，支配地位应指一个企业拥有的市场地位允许它在相关市场上防止的有效竞争，从而能够在很大程度上独立于它的竞争对手、合同方和消费者来行事。如果一个企业的市场份额超过 40%，则推定其占支配地位。</p>
西班牙	<p>西班牙竞争法未规定支配地位的定义。根据西班牙竞争管理部门做出决定的做法，一家公司如果能在相当程度上独立于供应商、客户或竞争对手行事，从而能够为自己的利益调整定价或产品及服务的任何其他性能，则视其为占支配地位。</p>
欧洲(非欧盟国家)	
俄罗斯联邦	<p>2011 年修正的 2006 年《关于保护竞争的联邦法》第 5 条第(1)款将支配地位定义如下：一个或一个以上的经济单位在某一商品市场上的地位使这种单位能够在相应的商品市场对商品流通的一般条件施加关键影响，并(或)从该商品市场逐出其他经济单位和(或)阻碍其他经济单位进入该商品市场。第 5 条第(1)款载有可予反驳的推定，即如一家公司所占市场份额超过 50%即可推定其占支配地位。</p> <p>根据第 5 条第(1)款，一个经济单位，如在某一市场上的市场份额不超过 35%，则不能视为其占支配地位，但该条第 3、6 和 6.1 部分所列的情况除外。根据第 5 条第(1)款第 6.1 段，一个经济机构，如市场份额不足 35%，但满足以下所有条件都的，则视其为占支配地位：</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) 该经济机构能单方面确定某一商品的价格水平，并在相应的商品市场上对该商品的总体销售条件行使决定性影响； (b) 进入新的竞争者获准进入相应的商品市场受到阻碍，特别是由于经济、技术、行政或其他限制； (c) 某一经济机构出售或获取的商品在消费中，特别是在为用于工业用途消费时，不能被另一种商品所取代； (d) 某一商品的价格变更不会导致该商品发生相应于这种变更的需求量减少。

 区域/国家

 拉丁美洲

巴西 2011年11月30日《第12.529号法》第36条第2款规定，支配地位假设：一个公司或公司集团能够单方面或联手改变市场条件，或它控制了20%以上的相关市场，除非巴西竞争主管机关可以为某些特定的经济部门修改这种比例。

哥伦比亚 《第2153号法令》(1992年)将支配地位定义为“直接或间接决定市场条件的可能性”。是否占支配地位，根据案件的具体情况判定。该法未规定门槛。

哥斯达黎加 第7472号法第15条规定，要确定一个经济机构是否在相关市场具有“实权”，考虑以下因素必须：

(a) 它在该市场的参与以及它单方面定价或严重限制相关市场的供应的可能性；其他经济机构在当前或将来都抵抗不了这种力量；

(b) 进入壁垒和一些因素的存在，这种壁垒和因素预见会改变这些壁垒和其他竞争对手的供应；

(c) 它的竞争对手的存在和及其力量；

(d) 经济机构和及其竞争对手获得投入资源的可能性；

(e) 它最近的行为。

尼加拉瓜 《关于促进竞争的第601号法》第21条申明，要确定一个经济机构是否在相关市场具有支配地位，注意应考虑以下因素：

(a) 是否存在商品或服务进入市场的经济和(或)法律障碍，预见会改变这两种障碍的因素，以及其他竞争对手的供应；

(b) 经济几个及其竞争对手获得投入资源的可能性；

(c) 最近在相关市场上在供求方面的行为；

(d) 品牌、产品或专利品之间在相关市场上替代或竞争的可能性；

(e) 参与交易的经济机构对手的经济，金融和技术实力。

 北美洲

加拿大 根据《加拿大竞争法》第79条第(1)款，法庭要处罚滥用支配地位的行为，必须先判定：“(a) 一人或多人在加拿大全国或任何地区在很大程度上控制或完全控制一类或几类业务；(b) 该人或这些人已经或正在从事反竞争做法；(c) 这种做法已经、正在或者有可能在市场上大大妨碍或削弱竞争。

加拿大竞争事务局《关于滥用支配地位的规定的最新执行指南》(《竞争法》第78和79节解释说，在很大程度上控制或完全控制等同于市场力。

美利坚合众国 在美国，法规未对垄断力作出定义，但法院一向将之界定为：“操控市场价格和排斥竞争的实力”。(美国诉E.I. du Pont de Nemours和公司，351 U.S. 377, 391 (1956))。市场份额不是决定垄断力存在与否的唯一考虑因素。

二. 视为滥用的行动或行为

10. 如上文所述，竞争法并不禁止拥有有支配地位/很大的市场力，也就是说，仅占支配地位本身并不属于反竞争性质，占支配地位的企业有权凭实力竞争。滥用支配地位的禁令在占支配地位的企业使用市场力扭曲竞争的情况下适用。

11. 一般来说，一家公司如采取会加强其经济实力而不顾及消费者和/或市场的行动，即构成滥用支配地位。某些阻碍竞争者、同时又不给消费者带来补偿性益处的行动，便是滥用支配地位的例子。一些辖区扩展了滥用支配地位的定义范围，以保护较小的竞争者，使其不至于被效率更高的占支配地位的公司不正当地逐出市场。

12. 要提出一份可能构成滥用支配地位的行为的完整清单，是不可能的。就此而言，“滥用支配地位”是一个涵盖属于上段所列定义范围的各项行动的概念。但为指导执行实践，一些国家在竞争法中提出了非排他性清单，说明哪些行为被视为滥用且受到禁止。这几种行为可包括公司旨在提高入市壁垒的一系列战略。

《竞争法范本》第四章第二条列举了占支配地位的公司的一些滥用行为，对这些行为的评注见下文。应指出，该章所列例子的顺序并不一定反映其发生频率或反竞争影响的严重程度。此外，维持转售价格和平行进口等行动目前未被归类为构成滥用支配地位本身的行为，而被归类为纵向限制。虽然所列行动可能具有反竞争性质，但实际情况未必如此。竞争管理机构必须根据案件的具体情况进行分析，以确定每一做法产生的效果。

13. 竞争管理机构用于评估占支配地位的企业某些行为是否构成滥用市场力的分析框架，已经随着时间的推移发生变化。目前，越来越多的竞争管理机构做决定的依据是：占支配地位的企业某一行为经科学的经济评估后是否将被视为滥用(即所谓的“基于效果的办法”)。过去，一些竞争法体系遵循一种基于形态的办法，根据这种办法，竞争管理机构评估所审查的行为是否与滥用行为方面的法定例子相吻合，而不是着手进行全面的经济评估。

(a) 对竞争者的掠夺性行为，例如用低于成本的大削价淘汰竞争者；

14. 掠夺性行为一种最常见的形式是大削价，这一般是指一家公司以低于某一成本尺度的价格给产品定价。在一些辖区，只要一家公司通过战略性削价排挤竞争者，不论定价是否低于成本水平，都属于掠夺性行为。企业可以为了将竞争企业逐出市场以维持或强化其支配地位而作出此种行为。企业在产品和市场方面的活动的门类越多，财力越雄厚，作出掠夺性行为的能力就越大。

15. 在认定是否存在掠夺性定价时所用的成本尺度各辖区不尽相同。多数辖区一致认为，凡产品定价低于平均变动成本的，就说明存在掠夺性定价。但关于定价低于平均总成本是否构成掠夺性定价则尚有争议。为认定是否存在通过掠夺性

定价滥用支配地位，一些辖区规定，被告须有一定可能或很有可能收回因低于成本的定价而损失的资金。如果不收回损失的资金，削价行为就会实际上提高消费者福利。⁵ 另一些辖区认为，有一定可能或很有可能收回损失的资金并非判定掠夺性定价的必要条件。⁶ 被告以低于某一成本尺度的价格销售就足以认定掠夺性定价。

16. 低价销售通常有利于消费者，因此一些辖区可能不愿将定价定为掠夺性行为。各辖区必须根据市场结构，权衡此种做法的利弊。发展中辖区在将掠夺性定价定为违法方面往往态度较为坚决，因为其市场集中度可能更高，而且由于进入壁垒较高，较小竞争者被挤出市场的问题可能更为严重。但另一方面，低价可能使发展中国家的消费者和小型企业获益更多，从而使得主管部门不愿干预。因此，需根据案件的具体情况加以权衡。

17. 掠夺性行为不只限于定价。买进货物或服务以终止竞争者的活动等其他手段也可能被视为具有掠夺性质。有些情况下，占支配地位的企业拒绝为有能力参与竞争活动的客户的生产活动供应必不可少的原料，也可视为具有掠夺性质。

现行法律的不同处理方法—掠夺性质的行为

区域/国家

亚洲/太平洋

澳大利亚

2010年《竞争和消费者法》在第46条下有两项规定涉及掠夺性定价：46(1AAA)，如果一家公司在相当长时间内以低于供应货物或服务的相关成本的价格供应货物或服务，即使该公司不能而且也许没有能力收回因供应货物或服务而发生的损失，该公司也可能违反界定误用市场力的第(1)款。

(1AA)申明如下：占重大市场份额的公司不得为以下目的，在相当长时间内以低于供应这种货物或服务的相关成本的价格供应货物或服务：

- (a) 排除或严重损害该公司的竞争对手或在该市场或其他市场上与该公司有关系的法人团体的竞争对手；或
- (b) 阻止一法人的进入该市场或任何其他市场；或
- (c) 嚇阻或阻止一法人在该市场或任何其他市场上从事竞争行为。

⁵ *Brooke Group Ltd. 诉 Brown 和 Williamson Tobacco 公司案*，美国最高法院，509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168(1993)。

⁶ *Tetra Pak International SA 诉欧共体委员会案*，T-83/91(1994)ECR II-755 号案。CFI aff'd 案，C-333/94P (1996)ECR I-5951，欧洲联盟法院。+

区域/国家	
中国	2007年8月30日《中国反垄断法》第17条禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，以低于成本的价格销售商品。
蒙古	2010年《蒙古竞争法》第7.1.4条禁止占支配地位的经营实体为阻止其他经济实体进入市场或将其挤出市场而以低于实际成本的价格销售产品。
欧洲(欧盟国家)	
欧盟	根据《欧洲联盟运作条约》第102条，直接或间接强加不公正的买卖价格或其他不公正的贸易条件，构成滥用支配地位情形。关于在对占支配地位的企业的滥用及排他性做法适用《欧洲共同体条约》第82条(现为《欧洲联盟运作条约》第102条)方面欧盟委员会的执行优先事项的指导原则，委员会如何评估基于价格的排他性做法，包括掠夺性定价作了说明。如有证据表明，某占支配地位的企业有故意发生损失或放弃短期收益的掠夺性质的行为，从而阻止或可能阻止一个或多个实际或潜在的竞争者，以强化或保持其市场力，使消费者因此受损，欧盟委员会一般会进行干预。
匈牙利	2010年最后修正的1996年《竞争法(第LVII号)》第21条(h)条禁止极低的定价，只要这种定价并非由于效率高于竞争者，并可能将竞争者挤出有关市场或阻碍它们进入市场。
拉丁美洲	
巴西	2011年11月30日《第12.529号法》第十五小节禁止占支配地位的企业不合理地以低于成本的价格销售产品或服务。
哥伦比亚	1992年《第2153号法令》规定，在存在占支配地位的情况时，掠夺性定价将被视为滥用行为。第50条明确申明，在存在占支配地位的情况时，为将竞争者逐出市场、或防止其进入市场或扩张的目的而将价格削至低于成本，属于滥用行为。
北美洲	
美国	美国最高法院裁定，掠夺性定价必须具备两个要素。第一，所投诉的定价“低于适当水平的成本”；第二，收取低价的竞争者“很有可能”以低于成本的价格收回其投资。(Brooke Group Ltd.诉Brown和Williamson Tobacco公司案，509 U.S.(1993)。另见Cargill Inc.诉Monfort of Colo, Inc.案，479 U.S.104,117(1986))。根据最高法院，必须区分促进竞争的削价与反竞争的掠夺性定价，因为“通过削价扩大业务往往是竞争的要义。”(Matsushita Electric Industrial Company诉Zenith Radio Corporation案，475 U.S. 574, 594(1986))。

(b) 在商品或服务的提供或购买上采用歧视性(即无正当理由区别对待的)定价、条款或条件，包括在附属企业的交易中采用定价政策，与附属企业以外的相同或类似交易价格相比，对购买或提供的商品或服务多收或少收费用；

18. 价格歧视指一家公司在供货成本相同的情况下以几种不同价格销售产品或服务。这种做法很少被视为具有反竞争性质，但它可能是一种不正当地将竞争者逐出市场的战略。向消费者收取较低的价格可能是一种竞争的标志，这恰恰是为何歧视从经济意义讲很少具有反竞争性质的原因。不过，如无客观商业理由，价格差异可被视为歧视性做法。例如，所谓的“忠实折扣”就可能不具客观的商业理由，而数量折扣可能由于规模经济而被视为合理做法。但需要强调的是，之所以出现几种不同价格，可能是占支配地位的公司为应付市场状况所致，例如谈判在几种不同的市场背景下进行，也可能只能由于某一客户在讨价还价方面更为着力。因此，竞争管理机构需视具体情况逐个案例仔细评估价格差异对竞争的影响。

19. 忠实折扣属于价格歧视战略。依据此种战略，买方从卖方处购买相关产品时，如进货总量中有相当大比例在指定参考期内购进，可获得卖方给予的折扣。这种做法可能效率较高，并可通过降价增进消费者福利。但有些情况下，拥有市场力的公司采取这种做法也可导致反竞争，从而带来损害。获得折扣需满足一定的条件，价格降低产生回报，这两者之间的关联可能导致排他性的反竞争做法。造成反竞争影响的可能是边际的掠夺性行为(“类似掠夺的行为”)，或卖方利用有保障的销售不让对手进入可竞争市场的做法(“类似捆绑的行为”)。⁷

20. 价格歧视还包括公司在供货成本不同的情况下对各客户收取相同价格。可能属于后一种价格歧视的情况包括：交货价格，即不分地点按统一价格销售(不论对销售者来说运输成本如何)；基点销售，即指定某一地区为基点(销售者收取运输费用时从该基点算起，不论实际发货地点及相关费用如何)。

21. 禁止歧视的规定还涵盖了供应或采购商品或服务方面的一些条款和条件。例如，供应商品和服务时给予差别性信贷或附加服务也可能属于歧视性做法。

现行法律的不同处理方法—价格歧视

区域/国家

澳大利亚 1974 年《贸易惯例法》第 49 条禁止价格歧视。但 1995 年《竞争政策改革法案》废除了这一禁令。根据 2010 年《竞争和消费者法》，对价格歧视没有完全禁止。然而，在适当的情况下价格歧视可能违反该法案第 46 条，因为它禁止滥用市场力量。

哥伦比亚 1992 年《第 2153 号法令》第 50 条认为，如果一个经营实体享有支配地位，以下歧视性行为即为滥用行为：对相同的交易实行歧视性条件，因而使一个消费者或供应者相对于另一个类似的消费者或供应者而言处于不利地位；在本国的一个地区以不同于在另一个地区实行的价格销售或提供服务，而其目的或作用是减少或消灭有关地区的竞争，并且，其价格不符合有关交易的成本结构；以减少或消除市场竞争为目的，对一个购买者实行与对另一个购买者不同的条件。

⁷ R O'Donoghue and AJ Padilla, 2013, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* [欧洲联盟运行条约], Hart Publishing, Oxford, 大不列颠及北爱尔兰联合王国。

区域/国家

秘鲁

虽然立法认为歧视性定价是一例滥用行为，但符合公认商业惯例的、因预先付款、数量多、数额大等特殊情况而给予的折扣和奖励，如果是以类似条件给予所有消费者，则不构成滥用支配地位。（《批准〈打击反竞争行为法〉的第 1034 号立法令》第十条第 2 款(b)项）。

南非

1998《竞争法》(第 89 号)第 9 条规定对具有支配地位的企业价格歧视实行如下禁令，因为价格歧视是具有支配地位的企业作为商品或服务的销售商的一种行动，在下列条件下受到禁止：

- (a) 有可能产生严重防止或减少竞争的效果；
- (b) 涉及同等交易中向不同买家销售类似档次和质量的商品或服务；
- (c) 在以下方面涉及在这些买家之间的歧视：
 - (一) 收取的商品或服务的价格；
 - (二) 在商品或服务的供应方面给予或允许的的任何折扣、补贴、回扣或入账；
 - (三) 在商品或服务方面提供服务；
 - (四) 支付在商品或服务方面提供的服务。

但是，第(c)段所列的任何事宜方面差别对待不同买家的行为不是违禁的价格歧视，只要占支配地位的企业能证明差别对待：

- (a) 只是由于向不同买家提供商品或服务时的地点、方法或数量等的差异，而对制造、分销、销售、推销或交割的成本或类似成本的差异作出合理补贴；
- (b) 是出于诚信所作的行为，以满足由竞争对手提供的价格或利益；
- (c) 是针对影响到有关商品或服务市场的不断变化的条件，包括以下：
 - (一) 是针对易腐货物的实际或即将恶化而采取的行动；
 - (二) 是针对货物的过时而采取的行动；
 - (三) 是依据清算或封存手续的销售；
 - (四) 是因终止有关商品或服务的业务而进行的诚意销售。

(c) 限定售出商品的转售价格，包括进出口商品的转售价格；

22. 确定商品转售价格，通常是生产商或批发商的做法，一般称为维持转售价。根据一些国家的竞争法，维持转售价本身即属非法，另一些国家的法律体系则对其适用合理原则，因为它可能有利于竞争。例如，维持转售价可能是促进对服务业投资、鼓励零售商开展促销的一种方式，它可以控制免费搭车的行为。但维持转售价也可能助长卡特尔，因为这种做法可帮助卡特尔成员找到削价的制造商。

23. 在这方面应强调，一些国家的竞争法不将维持零售价格归为某一特定类型的滥用支配地位行为，而是将其视为反竞争的纵向协议的具体案例。

现行法律的不同处理方法—维持转售价格

区域/国家

非洲

南非

1998《竞争法》(第 89 号)第 5(2)条禁止维持最低转售价格的做法。然而，第 5(3)条规定，供应商或生产商可向商品或服务的经销商建议最低转售价，但前提是：

- (a) 供应商或生产商向经销商明确表明该建议不具约束力；
- (b) 如果产品上标有价格，“建议价”写在所标价格的边上。

亚洲

中国

《中国反垄断法》第 14 条禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：固定向第三人转售商品的价格；限定向第三人转售商品的最低价格；国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

欧洲(欧洲联盟)

欧洲联盟

欧洲联盟的竞争法不将维持零售价格归为某一特定类型的滥用支配地位，而是将其视为纵向协议的一个反竞争特点。根据 2010 年特定类别的纵向协议集体豁免规定第 4 条 a 款，维持零售价格构成严重限制竞争的行为，有这种行为的企业在纵向协议受到审查时不得申请集体豁免。该行为的定义是：限制买方决定其销售价格的能力，无论卖方是否有可能强加最高售价或给出推荐售价，只要固定或最低售价不是来自任何一方的压力或奖励所致。

瑞典

瑞典对维持转售价格选择采取经济手段。根据瑞典 2008 年《竞争法》中禁止反竞争合作的规定，限定最低价格且对竞争产生较大影响的属违规的行为。特别是，该法第 2 章第 7 条规定“禁止具有支配地位的一家或多家企业在市场上的滥用行为”。这种滥用可包括直接或间接强加不公平的买卖价格或其他不公平交易条件。但是，最低定价通常不受到禁止。

拉丁美洲

巴西

2011 年 11 月 30 日《巴西竞争法第 12.529 号》第九节第 36 条规定，在与分销商、零售商和代表等进行商品或服务贸易中，强加“任何转售价格、折扣、付款条件、最低或最高量、利润率或与它们与第三方的业务有关的其他任何市场条件”，这种行为，如果其目的是产生影响，限制竞争，控制相关市场，任意提高利润，滥用支配地位，则应当按该条开头部分的规定，构成违反经济秩序。

北美洲

加拿大

加拿大的竞争法过去将维持转售价作为刑事罪加以惩罚。但 2009 年，一条可民事执行的规定取代了这一禁令，根据新规定，加拿大竞争法院可仅在这种做法“对竞争产生不利影响”时才对之加以禁止。(《竞争法》第 76 条)。该规定不仅适用于占支配地位的公司，也适用于符合以下情况的任何人：“(a) 从事生产或供应某产品的业务；(b) 通过信用卡提供信贷、或以其他方式参与信用卡的相关业务；(c) 拥有专利、商标、版权、经注册的工业设计或经注册的集成电路图纸，从而拥有专属权及特权”。

区域/国家

美国 美国最高法院认为，维持最低转售价格本身即违反了《谢尔曼法》第一条，但必须有具体协议要求经销商维持特定价格。(见 *Electronics Corporation 诉 Sharp Electronics Corporation* 案，485 U.S. 717、720、724 (1988))。由于维持最高转售价格可能导致低价，最高法院最近裁定，维持最高转售价格本身不属违法行为。法院转而对此案中的行为适用了合理分析规则，根据这一规则，要决定行为是否确实具有反竞争性质，必须先对协议进行分析(见 *Leegin Creative Leather Products Inc. 诉 PSKS Inc. dba Kay's Kloset* 案，551 U.S. 877(2007))。

(d) 对于在国外合法标有商标的商品，如其商标与进口国中受保护的相同或类似商品的商标相同或类似，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，限制这种商品进口，而限制的目的在于维持人为的高价；

24. 平行进口是《竞争法范本》第四章第二段 d 项所述的限制形式中最常见的一种。不赞同平行进口的人也称之为“灰市”。可以这样描述平行进口：受某项知识产权，如商标、专利或版权等保护的产品，由该项知识产权的权利人、或经其同意投放于某一市场中流通，后未经进口国知识产权权利人许可而进口到第二个市场。进口国知识产权权利人一般是获得许可的当地经销商，他们可能希望防止平行进口，以避免品牌内部竞争。属上述《范本》的规定管辖的行为还包括：同一产品在不同国家使用不同商标，以变相实行国际穷竭并防止相互进口。⁸

25. 权利人能否将平行进口产品合法逐出某一市场，要取决于进口国的知识产权法和竞争法。关于国内穷竭的知识产权制度赋予防止平行进口的权利，而关于国际穷竭的制度则将平行进口合法化。根据国内穷竭原则，产品在一国首次售出后，独家经销权即随之用尽，但该权利在另一国仍然存在，不受影响。这样另一国的知识产权权利人就有权将来自首次销售国的平行进口产品逐出市场。根据国际穷竭原则，产品无论在何处首次售出后，经销权即随之用尽，因此不得将平行进口产品逐出市场。⁹ 最后，在地域穷竭的制度中，受保护的产品在某特定地域

⁸ 欧洲法院第 3/78 号决定(1978)ECR 1823 就是基于这种行为。在 *Centrafarm BV 对 American Home Products Corporation(AHP)* 提出的起诉中，Centrafarm 称，该公司作为平行进口商，有资格以商标“Seresta”在荷兰经销 AHP 公司生产的某些药品，无需 AHP 批准。后者以商标“Serenid D”在联合王国出售这些药品。AHP 称 Centrafarm 侵犯了其知识产权，Centrafarm 则称两种药品相同，因此该药品一旦在联合王国上市，AHP 的知识产权即告用尽。法院的裁决是：如经证实，同一产品使用不同商标、或阻止将某种商标用于重新包装的商品是为了获取市场份额及维持人为高价，行使知识产权可能构成变相限制共同市场中的贸易。

⁹ 见 K Maskus, 2001, “Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries”。参阅 http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf, 2015 年 5 月 19 日查阅。

首次售出后，独家经销权即随之用尽，因此可在该地域内平行进口，但不得从该地域之外平行进口。此处需指出，这些制度全都符合《与贸易有关的知识产权协定》(又称“涉贸知识产权协定”)第6条规定的最低标准。

26. 支持禁止平行进口的人认为，作为某一专属领地的零售商，进口国的知识产权权利人如果确信实力与其相近的竞争者不能免费搭车，将更愿意投资于客户服务或售前咨询等方面。支持者认为，由于这种激励，应禁止平行进口。

27. 反对禁止平行进口的人更关注其对品牌内部竞争的消极影响。特别是欧盟等辖区，它们的目标是市场一体化，因此允许在共同市场内平行进口。这样看来，平行进口是确保在保护独占权及货物自由流动之间实现平衡的重要手段。

28. 综上所述，各国对平行进口采取的法律措施各不相同，要看其支持上述两种观点中的哪一种。但应指出，在一些允许平行进口的辖区，企图阻止平行进口通常不构成占支配地位的企业的某类特定滥用行为，但可能构成反竞争的纵向限制。

现行法律的不同处理方法—限制商品进口

区域/国家	
哥斯达黎加	哥斯达黎加的知识产权制度采用国际穷竭的概念规定可以进行平行进口，只要它没有“不正当影响专利的正常运作或对专利拥有者或其许可者的合法利益导致不合理的损害”(《关于专利、工业设计和实用模型的第6867号法》(上次于2008年修订)第16.2条)。
欧洲联盟	根据欧洲联盟范围内的穷竭原则，知识产权持有人不得限制欧洲联盟内部的平行进口。这在里程碑式的“德国唱片公司/Metro 裁定”后成为欧洲法院的一贯裁决： ¹⁰ “享有法律承认的独家经销权的权利人禁止在本国领地内销售由其本身或经其同意投放另一成员国市场的产品，原因是这种销售发生在本国领地之外，这有悖产品在共同市场上自由流通的规定。这种禁止可能使孤立本国市场合法化，它有违条约的根本目的，即将多个市场统一为单一市场。”
日本	日本在若干案件中采取了措施，对不正当地阻止平行进口有商标的瓷器餐具、钢琴、冰淇淋及汽车的行为进行制裁。
新西兰	平行进口在符合1994年第143号《版权法》第12节第5条A项的规定时为合法行为。相关规定如下： “根据第3小节b项，某人进口或建议进口至新西兰的作品，符合以下情况的不属于侵权复制品： (a) 有关作品由作品中的版权或同等的其他知识产权在生产国的所有者本身、或经其同意生产；或 (b) 无人在生产国拥有有关作品中的版权或同等的其他知识产权的，可适用以下任何一项：

¹⁰ 欧洲法院，78/70(1971)ECR 487。

(一) 该作品在该国原先受到的版权保护(或同等的其他知识产权的保护)已过期;

(二) 原本在该国有权作为有关作品的版权(或其他同等知识产权)所有者的人未能采取可用的法律步骤[原文如此], 以在该国获得该作品的版权(或其他同等知识产权);

(三) 该作品为某一艺术品的三维复制品, 已在该国按第 75 节第 4 条规定的方式用于工业生产;

(四) 该作品由在新西兰的作品版权所有者或经该所有者同意在该国生产。

南非

2002 年修订的 1978 年《专利法(第 57 号)》第 56(2)(e)条规定, 如果进口能满足对受专利保护的产品的需求, 则可以给予强制许可, 因此, 这种专利产品的专利权人或者其许可人或代理人所收取的价格, 相对于在专利权人或者其权利的前任或继任人, 或者根据他们的许可而生产这种专利品的国家, 要高得多。

津巴布韦

《专利法》第 24A 条规定, “如果平行进口的产品成本低于从专利权人那里购买的成本”, 则允许平行进口。¹¹

(e) 非为确保实现诸如质量、安全、充分经销或服务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;

29. 一般来说, 公司有合同自由, 因此有能力拒绝与其他企业交易。各辖区认识到, 交易的义务可能导致投资下降、创新减少。但有些情况下, 拒绝交易可能被用作驱逐竞争者或给予另一企业竞争优势的手段。当一家占支配地位的企业拥有必要设施, 即该企业拥有其竞争者经营中不可或缺的设施、且这些设施无法以商业上合理的成本复制时, 尤其可能出现这种情况。这类情况下, 驱逐竞争者带来的消极影响大于对投资和创新的促进作用。

30. 但需要记住的是, 拒绝交易本身并不具有反竞争性, 它是竞争性市场本身具有的一种现象。公司应有自由选择是否交易, 也应有自由向老客户、有关系的企业、及时支付货款或维护制造商产品质量和形象等等的经销商提供优惠待遇。企业事先宣布何种情况下拒绝交易, 也不属反竞争行为。

¹¹ 世界知识产权组织, “专利权的例外和限制: 专利权的穷竭”, 2014 年 10 月 6 日(SCP/21/7), 可查阅 http://www.wipo.int/edocs/md-ocs/scp/en/scp_21/scp_21_7.pdf, 2015 年 5 月 19 日查阅。

现行法律采取的不同方法—拒绝交易

区域/国家	
巴西	2011 年《第 12.529 号法律》第十一节第 36 条申明，因正常的商业惯例和习惯的付款条件而拒绝销售商品或提供服务，是违反经济秩序的。
中国	《中华人民共和国反垄断法》第十七条第三款规定，具有市场支配地位的经营者滥用市场支配地位，如没有正当理由，不应拒绝与交易相对人进行交易。
欧洲联盟	在对占支配地位的企业的滥用性排他做法适用《欧洲共同体条约》第 82 条(现为《欧洲联盟运作条约》第 102 条)方面，欧盟委员会的执法优先事项指南规定，委员会将拒绝供应或边际挤压做法视为执法优先事项，条件是存在以下三种情况：拒绝所涉及的产品或服务，在客观上对能够在下游市场有效竞争时必不可少的；拒绝可能导致消除下游市场的有效竞争；拒绝很可能导致对消费者的伤害。
南非	1998 年《竞争法》(第 89 号)第 8(b)条表示，禁止具有支配地位的公司在经济上可行的时候拒绝让竞争对手获得必要便利。此外，第 8(d)(ii)条禁止具有支配地位的公司在经济上可行时拒绝向竞争对手提供稀缺商品，除非有关公司可以显示技术、效率或其它有益于竞争的收益大于这种行为的反竞争效果。
美国	<p>我们高度看重拒绝与其他公司交易的权利，但这并不说明该权利不受限定。(Aspen Skiing 公司诉 Aspen Highlands Skiing 公司案，472 U.S. 585, 601, 105 S.Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467(1985))。有些情况下，拒绝与对手合作可能构成违反[第二节]的反竞争行为。我们对此类例外一直十分谨慎，因为强制共享的好处尚不明确，且认定并补偿单个公司的反竞争行为有难度。(……)</p> <p>我们从未承认这一学说[必要便利](……)，且我们认为没必要在此承认或废弃该学说。目前仅需指出，在“必要便利”无法获得的情况下才必须要求援引该学说；可以获得的情况下该学说没有意义。”¹²</p>

(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：

[...]

(二) 将某种商品或服务的供应，以接受对竞争商品或其他商品的经销或生产施加的限制为条件；

¹² 关于单方面拒绝交易的案例，见：美国诉科尔盖特和公司案，美国最高法院，1919 年。250 U. S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 1. Ed. 992, 7 A.L. R. 443。另见：Eastman Kodak 诉 Image Technical Services Inc 案，504 US 451(1992)(如认定拒绝与竞争者交易的垄断权并非绝对，则应允许陪审团决定被告提供的理由是否属实)。

31. 上述行为常常是“独家经营安排”的一个方面，可将其称为一种商业惯例：一家企业，往往是在某一指定领地地区范围内获得购买、销售或转售另一家企业的商品或服务的专营权。作为获得此类专营权的一项条件，销售者往往要求购买者不要经营或生产竞争商品。

32. 根据此类安排，经销商放弃部分商业自由，以换取保护，使竞争者无法销售所涉的具体产品。协议的条款通常反映出有关各方的相对议价地位。

33. 此类限制的效果类似于经济实体内部纵向一体化的效果，即销路由供应方控制，但就前者而言，经销者不受共有方面的约束。

34. 应指出，许多国家的竞争法处理独家经销协议时并不只是依照滥用支配地位的禁令，而是联系反竞争纵向的协议这一背景对其加以处理。

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

[...]

(三) 限定所供应商品或其他商品转售或出口的地点、对象、形式或数量；

35. 供货商与其经销商之间达成的安排常包括分配一具体领地(领地分配)或某一类客户(客户分配)，即规定经销商经营的地点和对象。例如，经销商的业务可能仅限于整批出售批发商提供的相关产品，或仅限于直接向零售点销售。此类限制的目的通常在于阻止第三方的平行交易，从而尽量减少品牌内部竞争。此类限制的影响体现在销售价格和条件之中，当市场上不存在激烈的品牌内部竞争时尤其如此。尽管如此，如果有关市场上存在激烈的品牌间竞争，限制品牌内部竞争可能是良性的、有利于竞争的。

36. 领地分配的形式可以是供应商为经销商指定某一领地，此时双方达成的谅解是：经销商不向该领地之外的客户销售，也不向可能转而在该国另一地区出售产品的客户销售。

37. 客户分配是指供应商要求买方只向某一类客户销售，比如只向零售商销售。这样要求是因为制造商希望维护或提高产品形象或质量，或供应者希望自行向大客户进行整批销售，比如向车队用户销售车辆，或向政府进行销售等。客户分配还可用于将最终销售限于某些销售点，比如限于符合特定条件的、有许可的零售商。可用此类限制控制廉价零售商或独立零售商的供货，以便维持转售价格，并限制销售点和服务点。

38. 做出领地分配和客户分配的安排是为了实施独家经营安排，使得在有关产品的供应方面处于支配地位的供应商能够使某些特定市场相互隔绝，从而根据各个市场所能承受的水平实行有差别的定价。此外，由于担心定价最高的地区出现价格竞争，常利用有选择的经销系统防止通过向指定领地外出口进行转售。

39. 此处应再次指出，许多国家的竞争法体系对待独家和有选择的经销系统不只是依照滥用支配地位方面的规定，而是依照禁止反竞争的纵向协议的规定。

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

[...]

(四) 将某些商品或服务的供应，以向供应人或他指定的人购买其他商品或服务为条件。

40. 此种行为一般称为“搭售和捆绑销售”。捆绑销售是指将两个或更多产品一起出售，如 A 商品和 B 商品。单纯捆绑销售指几个产品必须一起出售(如 A+B)。非单纯捆绑销售指几个产品既一起出售(A+B)也单独出售(A, B)，一起出售则第一件产品可打折——“捆绑折扣”。搭售与此做法类似，是指需购产品只与“搭售”产品一起出售，“搭售”产品也可单独出售(A+B, B)。“搭售”产品可能与需购产品毫无关系，也可能是其同类产品。强加搭售安排通常是为了推销销路较差的产品，特别是面临替代品竞争较大的产品。供应商在需购产品方面占支配地位，因此在销售中能够将购买其他产品作为强加条件。

41. “搭售和捆绑销售”可能导致反竞争的封锁行为，从而不利于竞争，并助长维持或强化市场力的行为。多数辖区认为，竞争主管部门须指出搭售和捆绑销售安排带来的反竞争影响；占支配地位的公司则负有举证责任，证明其行为是为了实现效率。

现行法律采取的不同处理方法——“搭售和捆绑销售”

区域/国家

非洲

南非 1998 年《竞争法》(第 89 号)第 8(d)(iii)条表明，禁止具有支配地位的公司以如下条件销售商品或服务：买方购买与合同目标无关的其他商品或服务，或者迫使买方接受与合同目的无关的条件。

亚洲

中国 《中国反垄断法》第十七条第五款申明，具有市场支配地位的经营者不应滥用市场支配地位，没有正当理由地从事搭售商品或在交易时附加不合理的交易条件等行为。

欧洲

欧洲联盟 《欧洲联盟运作条约》(d)节第 102 条禁止这样的滥用行为，即：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。在对占支配地位的企业的滥用性排他做法适用《欧洲共同体条约》第 82 条(现为《欧洲联盟运作条约》第 102 条)方面，欧盟委员会的执法优先事项指南第 47 至 50 节规定，如果一个企业在搭售市场处于支配地位，并满足以下条件：搭售和捆绑的产品是截然不同的产品；搭售做法可能导致反竞争性封锁，那么，委员会通常会根据《欧洲联盟运作条约》第 102 条采取行动。

 区域/国家

拉丁美洲

巴西 2011 年《第 12529 号法》第十八节第 36 条申明，将购买或使用另一产品或服务作为销售某一产品的条件，或将购买或使用另一产品或服务作为提供某项服务的条件，这是一种违反经济秩序的行为。

北美洲

美国 美国最高法院将搭售安排界定为：“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”。¹³

当卖方利用其在一种产品上的市场力强制本不情愿的买方购买另一种产品时，搭售安排被视为非法。¹⁴《谢尔曼法案》第 1 节规定以下情形中存在搭售责任：

- (a) 涉及两种不同的产品；
- (b) 被告使顾客别无选择，为获取另一产品只能接受搭售产品；
- (c) 有关安排大大影响了州际贸易额；
- (d) 被告在搭售产品市场上拥有“市场力”。¹⁵

美国最高法院在“杰斐逊教区案”(466 U.S., at 12, 104 S. Ct. 1551)中解释说：“我们对案件的结论是，无效的搭售安排，其基本特征是，卖方利用对搭售产品的控制，迫使买方购买其根本不想要的，或者更想以其他条件在别处购买的捆绑产品。”然而，多年来，法院对搭售安排的强烈反对程度已大为降低。法院在较近期提出的意见中没有以推定为基础，而是要求表明在搭售产品方面的市场力。¹⁶

¹³ *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1,5–6,78 S. Ct. 514, 518, 2 L.Ed.ed 545 (1958)。

¹⁴ *See Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958); *Times-Picayune Publishing Company v. United States*, 345 U.S. 594, 605 (1953)。

¹⁵ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 461–62 (1992)。

¹⁶ *See Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 34–35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006)。

区域/国家

在“杰斐逊教区医院区 2 诉 Hyde 案” (466U.S. 2,104 S. Ct. 1551,80 L.Ed.2d 2(1984))中，最高法院重复这样一种定论，即：“如果政府授予卖方对某一产品的专利或类似的垄断权，就可以公平地推论，在别处买不到该产品，这给了卖方以市场力。” (Id., at 16, 104 S. Ct. 1551)。关于市场力的这一假设可适用于反托拉斯的情况，即：卖方将出售专利产品(搭售产品)以购买第二种产品(捆绑产品)为条件。这种假设的基础是，司法所创造的专利误用学说(见“美国诉 Loew’s Inc.案”， 371 U.S. 38, 46, 83 S. Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962))。1988 年，国会大力削弱该基础，修改《专利法》，以消除专利误用案中的市场力假设(见 102 Stat. 4676, codified at 35 U.S.C. paragraph 271(d))。“Illinois Tool Works Inc. 诉 Independent Ink, Inc.案”向法院提出的问题是，关于专利产品市场力的假设是否应该作为反托拉斯法的一个问题保存下来，尽管它在专利法中已消亡。法院的结论是，仅仅是一个搭售产品有专利，这不支持这样的假设。¹⁷

三. 批准或豁免

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经必要改变或调整后符合本法的目标，即可予以批准或豁免。

42. 一些国家的竞争法体系下，如果一些本身不反竞争的行为可能提高效率且效果大于反竞争的影响，竞争主管部门可批准这些行为。直至 2004 年，欧洲竞争法对反竞争的协议及有关做法采取的就是这一方针。也就是说，欧盟委员会不仅获得了实行整体豁免的权利，从而澄清了哪些条件下特定类别的合同不属于反竞争性质，还在有关公司合规适用的情况下分别批准了一些合同及有关做法。后一种做法于 2004 年弃用，目前各公司有义务评估其行为是否符合竞争法规定。

43. 并非所有以欧洲联盟竞争法为其竞争法范本的国家都已转向采用公司自我评估。例如，一些非洲国家的竞争法体系仍规定，竞争主管部门有权豁免个别协议及统一做法。这一问题方面的更多资料请参阅第三和第五章的评注。

44. 批准及豁免历来只涉及反竞争性质的协议及统一做法。但不排除有些国家的竞争法体系也在滥用支配地位方面提供这种可能性。

45. 例如，2002 年《巴巴多斯公平竞争法》第 16(4)条表明，企业将不被视为滥用主导地位，如果能使委员会满意：

¹⁷ *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31, 126 S. Ct. 1281, 1284, 164 L. Ed. 2d 26 (2006)。

(a) 其行为是专门针对改善商品生产或经销，或者促进技术或经济进步，而且消费者能获得一部分收到的利益；

(b) 它的行为在市场上产生影响或可能产生影响，是因为它高人一筹的竞争业绩，

(c) 企业在根据现有的版权、专利、注册设计或商标行使权利，但有以下例外，即：公平竞争委员会认为，行使这些权利：

(一) 在市场上产生严重削弱竞争的效果；

(二)阻碍技术的转让和传播。在法国，《法兰西商法》第 L.420-4 条规定对滥用市场支配地位和侵犯有经济依赖的企业实行免罪。这种豁免适用于商业惯例或商业行为，它具有确保经济进步，包括就业创造或保留的效果，也能使消费者得到所获利益的公平份额，有关企业在很大一部分的产品市场上没有机会消除竞争。这些做法可包括为同一品牌或商标的农产品组安排产量和生产质量以及贸易政策。
