



第八次联合国全面审查《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

2020年10月19日至23日，日内瓦

临时议程项目16

其他事项

## 竞争法范本(2020年) 第三章修订稿\*

\* 本文件是 TD/RBP/CONF.7/L.3 号文件的修订本。



## 一. 《竞争法范本》第三章概要

### 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企业订立下列无论是书面还是口头、正式还是非正式的协议：

- (a) 固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) 协同拒绝购买；
- (f) 协同拒绝供应；
- (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

第一款所列做法，如事先妥为申报，且系接受有效竞争的企业所为，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。

## 二. 第三章的评注和现行法律中的不同做法

### A. 导言

1. 贸发会议《竞争法范本》第三章建议禁止限制性协议或安排。各项条款根据《联合国管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》D 节第 3 段起草，该段内容如下：

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) 固定价格的协议，包括固定进出口价格的协议；
- (b) 串通投标；
- (c) 划定市场或顾客的安排；
- (d) 定额分配销售量和生产量；
- (e) 采取集体行动执行安排，例如协同抵制交易；
- (f) 协同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联合。

2. 第三章目前的措辞，即“相互竞争的或有可能相互竞争的企业订立……的协议”表明，禁止反竞争协议的规定仅涉及横向协议。然而，考虑到有大量竞争法既禁止横向也禁止纵向的反竞争协议，第三章的评注也谈及纵向协议。

## B. 协议或安排

3. 禁止限制性协议并非针对单一企业的行为，而是针对两个或两个以上独立企业横向或纵向的串通和/或合作而造成的反竞争效应。企业之间的互动是通过协议或安排这一概念体现的。竞争法中“协议”的概念不一定与民法法域中使用的概念相同，对这一术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。协议可以是书面的也可以是口头的，可以是正式的也可以是非正式的，可以是明确的也可以是默示的。<sup>1</sup> 甚至一个会心的眨眼示意也可达成协议。<sup>2</sup> 因此，一些竞争法行文宽泛，以便适用于所有形式的协议。同样，不论协议是否旨在具有法律约束力，竞争法都对其适用。协同做法以及较不正式的谅解，往往可被禁止反竞争协议的规定所涵盖。

5. 鉴于行业协会可在制定和维持协议方面发挥重要作用，许多竞争法在定义协议时将行业协会的决定包含在内。而有些法域，如马拉维和大韩民国，则制定单独规定，以应对行业协会的违法行为。

6. 应当指出，共同拥有或控制的企业之间制订的协议一般不在禁止之列。共同拥有或控制的企业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。<sup>3</sup> 《联合国管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》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”。

7. 相对于反竞争协议和协同做法，默示串通这一概念可见于某些法域。该概念往往涉及多个企业，但主要是针对寡头垄断行为，即寡头垄断中并行<sup>4</sup> 而不具备任何形式的协议或谅解<sup>5</sup> 的行为。关于默示串通，由于其造成的经济结果与协议串通相同，因此对于是否应将之定为非法，有很大争议。<sup>6</sup> 然而，由于尚未达成普遍共识，默示串通在几乎所有法域仍被视为合法(见表 1)。

<sup>1</sup> 美利坚合众国最高法院，州际巡回放映公司诉美国，案件编号 306 US208, 1939 年；美国联邦第二巡回上诉法院，美国诉苹果公司，案件编号 791 F.3d 290, 2015 年。

<sup>2</sup> 美国联邦第九巡回上诉法院，爱斯科公司诉美国，340 F.2D 1000, 1965 年。

<sup>3</sup> 美国最高法院，德士古公司诉达格尔，案件编号 547 US1, 2006 年；欧洲联盟法院，第三庭，阿克苏诺贝尔等诉欧洲共同体委员会，案件编号 C-97/08, 2009 年，第 58 段。

<sup>4</sup> R Whish and D Bailey, 2018, *Competition Law*, ninth edition (Oxford University Press, Oxford).

<sup>5</sup> 美国最高法院，影院事业公司诉派拉蒙电影发行公司，案件编号 346 US537, 1954 年。

<sup>6</sup> H Hovenkamp, 2016, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, fifth edition (West Academic Publishing, Saint Paul, United States).

表 1  
现行法律中的不同做法：协议的概念

法域	
中国	《反垄断法》第十三条规定，垄断协议包括“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。
印度	《竞争法》规定：“‘协议’包括任何安排、谅解或协同行动，(a) 无论这类安排、谅解或行动是否是正式的、以书面形式体现的；(b) 也无论这类安排、谅解或行动是否旨在可由法律程序强制执行”。
牙买加	《公平竞争法》规定，协议包括“任何协议、安排或谅解，无论是口头的还是书面的，也不论其是否旨在法律上可强制执行”。
南非	《竞争法》第4(1)条提到了企业之间订立的协议或采取的协同做法，或企业协会作出的决定，并且第1(1)(ii)和(vi)条规定，“就禁止的做法而言，‘协议’包括合同、安排或谅解，不论其是否在法律上可强制执行”，而“‘协同做法’指企业之间通过直接或间接联系形成的合作或协调行为，这类行为取代了企业的独立行动，但尚不构成协议”。
欧洲联盟	《欧洲联盟运作条约》第101(1)条提到了“企业之间的协议、企业协会的决定和协同做法”。

#### 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：横向协议或纵向协议。协议可同时包含横向和纵向的要素。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，在生产和/或销售链的同一职能层级运营的企业。潜在竞争者之间的协议也可构成横向协议。潜在竞争者是指有能力且可能进入相关市场，并能对实际的竞争对手施加竞争性约束的企业。

9. 纵向协议指处在生产和/或销售链不同职能层面的企业之间订立的协议。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。

10. 横向协议，特别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有害，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，许多法域在评估横向和纵向协议时会适用不同的法律标准，一般会更加严格地对待横向协议。

#### C. 制订禁止反竞争协议的规定

11. 虽然大多数竞争法对横向和纵向的反竞争协议都加以禁止，但各法域往往会采取不同的方针来制订有关禁令。在许多竞争法制度中，有关反竞争协议的一般性条款会同时涵盖横向和纵向协议。例如，在美国，1890年《谢尔曼反托拉斯法》载有一项较为宽泛的禁止反竞争协议的规定，因而根据这项规定，既可对横向协议提出异议，也可对纵向协议提出异议。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横向协议和纵向协议的单独的条款。竞争法可能载

有仅适用于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、独家交易、搭售和捆绑做法等。应当指出，如果纵向协议的一方处于支配地位并且施加反竞争的条款和条件以滥用其支配地位，则禁止滥用支配地位的规定也可适用于纵向协议。

12. 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反竞争协议的宽泛的禁止条款？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，则在执行阶段再加以确定。虽然这种做法使执行工作可以具有灵活性，但对公众和不具备较强竞争法能力的竞争管理机构而言，可能没有提供多少指导，尤其是考虑到有些竞争法制度刚刚建立，公众对反竞争协议的非法性质的认识还相对不足。另一种办法是在相关的竞争法条款中列出被禁止行为的实例。智利、中国和欧洲联盟等许多法域的做法是制订宽泛的禁止反竞争协议的规定，随后提供一个非完整清单，列出各类被视为违法的行为。这一做法可提供极大的灵活性，同时也可提供关于执法优先事项的指导(见表 2)。

表 2

现行法律中的不同做法：制订禁止反竞争协议的规定

法域

澳大利亚	《竞争和消费者法》第 45 条载有一项一般性规定，同时涵盖了横向协议和纵向协议。该法还载有分别管理横向协议和纵向协议的条款，包括禁止制订或实施卡特条款的规定。卡特条款是处于横向关系的企业之间某一合同、安排或谅解的条款，具有该法第 45AD 条所列举的任何目的或效果。其他条款适用于纵向协议，例如关于独家交易的第 47 条和关于维持转售价格的第 48 条。
加拿大	《竞争法》载有两项禁止横向反竞争协议的规定。第 45 条禁止竞争者之间为固定价格、划定市场或限制产量而订立协议。第 90.1 条禁止其他形式可能严重阻碍或削弱竞争的横向协议。此外，该法还载有禁止特定形式纵向协议的若干条款，如关于维持转售价格的第 76 条和关于独家交易、市场限制和搭售的第 77 条。
中国	《反垄断法》第十三条规定如下： “禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议： (一) 固定或者变更商品价格； (二) 限制商品的生产数量或者销售数量； (三) 分割销售市场或者原材料采购市场； (四) 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品； (五) 联合抵制交易； (六) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。” 第十四条中的类似规定涉及纵向协议。
智利	第 211 号《竞争法》第 3 条规定如下： “任何人，凡单独或集体履行或订立任何妨碍、限制或阻止竞争或可能产生这种效果的行动、行为或协议的，将受本法第 26 条规定的措施的制裁，不受每起个案中可能对这种行动、行为或协议适用的预防、纠正

## 法域

或限制措施的影响。除其他外，下列行动、行为或协议将被视为妨碍、限制或阻止竞争，或被视为可能产生这种效果：竞争者之间的协同协议或做法，包括固定销售或购买价格、限制产量、划分市场区域或配额、影响投标流程结果，以及授予竞争者市场支配权的协同协议，协议内容包括确定市场条款和条件或将现有或潜在的竞争者排除在外。”

## 大韩民国

《垄断监管与公平贸易法》第 19(1)条规定如下：“任何经营者，皆不得与其他经营者通过合同、协议、决议或任何其他方式，联合从事或者让他人从事属于下列不公平限制竞争的行为(下称“不当协同行为”)的活动：

- (1) 固定、维持或者变更价格的行为；
- (2) 确定商品或服务的交易条款或条件，或者确定支付价款的条款和条件的行为；
- (3) 限制商品或者服务的生产、交付、运输或者交易的行为；
- (4) 限制贸易或者客户地区的行为；
- (5) 阻止或限制为生产商品或提供服务而建立或扩大必要设施或安装必要设备的行为；
- (6) 在生产或交易商品或服务的过程中限制商品或服务的类型或规格的行为；
- (7) 联合经营和管理某一业务的主要部分，或以成立公司等形式联合经营和管理某一业务的主要部分的行为；或
- (8) 除第 1 至第 7 项所述行为外，任何以其他方式干涉或限制业务活动内容从而在特定业务领域严重削弱竞争的做法。”

## 南非

《竞争法》第 4(1)(b)条规定如下：

“企业之间的协议、协同做法或企业协会的决定，凡属横向关系中的当事方之间达成，而且……涉及以下限制性横向做法中的任何做法的，受到禁止：

- (a) 直接或间接固定购买或销售价格或任何其他贸易条件；
- (b) 通过划定顾客、供应商、地区或特定类型的商品或服务划分市场；或
- (c) 串通投标。”

《竞争法》第 5(1)条规定，“处于纵向关系的当事方之间的协议，如果具有严重阻碍或削弱某一市场中的竞争的效果，则予禁止”。

## 美国

《谢尔曼反托拉斯法》规定，“合同、采用托拉斯形式或其他形式的联合、串谋，凡限制各州之间或与其他国家之间的贸易或商务的，皆属非法”。

## 欧洲联盟

《欧洲联盟运行条约》第 101(1)条规定如下：

“1. 以下行为与内部市场不相称，应受禁止：企业之间的协议、企业协会的决定以及协同做法，凡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，尤其是那些：

- (a) 直接或间接固定购买或销售价格或任何其他贸易条件的；

---

 法域
 

---

- (b) 限制或控制生产、市场、技术开发或投资的；
  - (c) 瓜分市场或供应来源的；
  - (d) 对与其他贸易方的同等交易适用不同的条件，从而使之在竞争上处于不利地位的；
  - (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的。”
- 

#### D. 横向反竞争协议

13. 在横向协议中，为确定执法优先事项和分析标准，宜对核心卡特尔和其他类型的横向协议进行区分。《竞争法范本》第三章载列的协议构成核心卡特尔，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，无需进一步调查即可合理推定其属于非法。<sup>7</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。

14. 与核心卡特尔不同，其他类型的横向协议可能会产生一些益处或促进竞争的效果。例如：使产品能够更快接触到顾客的联合营销能够产生一定的效率增益。然而，这类协议也可能削弱参与企业独立竞争的能力或动力，或者导致或便利这些企业之间订立反竞争协议，进而对竞争造成有害影响。对竞争的总体影响依情况而定，取决于有关协议的性质及市场状况。因此，需要更审慎的对待这几类可能具有反竞争性质的协议，因而通常会采用合理原则来予以评判，根据这一方法，竞争管理机构必须证明所称的卡特尔行为具有有害影响。<sup>8</sup> 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。在某些法域，核心卡特尔被视为刑事犯罪并可被处以监禁，而其他类型的横向协议仅受民事或行政处罚。

#### E. 核心卡特尔

15. 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。一般有四类协议符合核心卡特尔的定义，即涉及固定价格的协议、涉及串通投标的协议、涉及划定市场的协议和涉及限制产量的协议。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》第三章将以下几个子

---

<sup>7</sup> 美国最高法院裁定，有的“协议的性质和必然产生的效果显然是反竞争的，不需要对有关行业进行详细研究就能确认其非法性——这些协议‘本身非法’”（美国最高法院，全国专业工程师协会诉美国，案件编号 435 US679, 1978 年）。此外，美国最高法院认定，根据《谢尔曼反托拉斯法》，“以在州际或对外商业中提高、压低、固定、挂钩或稳定某商品的价格为目的而结成的或有此效果的联合，本身就属非法”（美国最高法院，美国诉纽约标准石油—真空石油公司，案件编号 310 US150, 1940 年）。

<sup>8</sup> “真正检验合法性的是，这种限制是仅仅规范竞争并可能因而促进竞争，还是可能压制乃至破坏竞争。为了确定这一问题，法院往往必须考虑有关业务所特有的事实、在施加限制之前和之后有关业务的状况、限制的性质，以及限制的效果，无论是实际的效果还是可能的效果”（美国最高法院，芝加哥期货交易所诉美国，案件编号 246 US231, 1918 年）。

类别为了核心卡特尔：协同拒绝购买或供应(集体抵制)；以及集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合。第三章所列的协议一般被视为核心卡特尔。

## 1. 固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

16. 《联合国管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》D 节第 3 段规定，企业应避免“固定价格的协议，包括固定进出口价格的协议”。固定价格是最常见的核心卡特尔行为的形式，在许多国家被视为一种本身违法行为。固定价格涉及竞争者之间为提高、固定或维持某产品或服务的价格而订立的任何协议。固定价格可包括规定最低价格、废除折扣、采用标准公式计算价格等的协议。固定价格也可适用于买方相互串通以确定他们愿为初级产品和中间产品支付的最高价格的情形。固定价格不仅适用于价格，也可适用于影响消费者价格的其他销售条件，如运费、保证条款、折扣方案和贷款利率等。

## 2. 串通投标

17. 在业务合同是通过征集竞争性投标来授予的情况下，串通投标使相互密谋的竞争者实际上可以抬高价格。竞争者事先商定由哪一方中标以及以何种价格中标，从而损害了招标的宗旨，即以最优惠的价格采购商品或服务。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，这被称为轮流中标。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的阴谋。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。除投标或不投标本身外，操纵投标阴谋还必须通过某种方式对表面上未中标的投标人进行补偿。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。串通投标在大多数国家是非法的。即使是没有相关竞争法的国家也常常有关于投标的特别法。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，特别是对政府采购和公共支出有不利影响(见表 3)。<sup>9</sup>

表 3

### 现行法律中的不同做法：串通投标

国家	
博茨瓦纳	《竞争法》第 25 和第 26 条规定，订立涉及操纵投标的协议属于刑事罪行，除非在投标之前将协议的条款告知招标人。该罪行可被处以不超过 10 万普拉的罚款或者最高 5 年的监禁，或二者并处。
巴西	反垄断法第 36 条禁止操纵投标，这也是违反廉洁公司法的行为。对违法行为可处以罚款，金额按所涉公司上一财年销售毛额的百分比计算。操纵投标也是公共采购法之下的刑事罪行，最高可处以 5 年监禁。
加拿大	《竞争法》第 47 条规定，操纵投标是一项可被起诉的罪行，除非将有关安排告知招标人。该罪行可被处以罚款或者最高 14 年的监禁，或二者并处。

<sup>9</sup> 智利竞争法院，国家经济检察官办公室诉费森尤斯等，案件编号 165-2018, 2018 年。



国家	
中国	《反垄断法》中没有关于串通投标的专门条款。但《刑法》第二百二十三条明确禁止操纵投标。
德国	《禁止限制竞争法》中没有关于串通投标的专门条款。但《刑法》第 298 条明确禁止操纵投标。
肯尼亚	《竞争法》第 21(9)条规定，串通投标被视为刑事罪行，最高可处以 5 年监禁或不超过 1,000 万肯尼亚先令的罚款，或二者并处。
南非	《竞争法》第 4(1)(b)(iii)条禁止操纵投标。

### 3. 划定市场或客户

18. 市场和客户划定协议指竞争者之间划分市场的协议。这种协议本质上是不竞争协议，实际上就是声明，“如果你不在我这部分市场上销售，我就不在你那部分市场上销售”。在这类计划中，相互竞争的企业以地域为基础划分销售区，或将特定客户或特定类型的客户划归卡特尔的特定成员。<sup>10</sup> 从卡特尔的角度来看，这类协议或许要比固定价格更为有效，因为可能避免固定共同价格方面的支出和困难。在成员之间监督协议的执行较为容易，因为只要某一竞争者的商品出现在另一成员的地区，就表明出现了违规行为。<sup>11</sup> 客户划定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，反映了先前建立的供应方与买方的关系。参加这类协议的企业通常同意不在彼此的国内市场上竞争。<sup>12</sup> 市场和客户划定协议会限制群体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机会，从而有损竞争。因此，这类限制可能使企业更加难以通过利用规模经济降低生产的单位成本。

### 4. 限定产量或销售量，包括以配额限定

19. 限定产量或销售量，即所谓的产量限制，旨在通过人为地限制供给而影响价格。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希望提高价格的部门中使用。<sup>13</sup> 为了执行这一计划，企业常常会制定一种联营安排，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企业。<sup>14</sup> 产量限制协议的效果类似于固定价格，即如果削减产量，价格就会上升。因此，效率更高或创新力更强的企业无法扩张，而且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。

<sup>10</sup> 美国最高法院，美国诉 Topco 联营公司，案件编号 405 US596, 1972 年；美国最高法院，帕尔默诉佐治亚 BRG 公司，案件编号 498 US46, 1990 年。

<sup>11</sup> Whish and Bailey, 2018.

<sup>12</sup> 欧洲联盟委员会，2018 年，案件 AT.40009: 汽车海运公司案，可查阅 [https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40009](https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_40009) (2020 年 9 月 8 日访问)。

<sup>13</sup> 智利最高法院，国家经济检察官办公室诉爱阁食品等，案件编号 27.181-2014, 2015 年。

<sup>14</sup> 智利竞争法院，国家经济检察官办公室(智利)诉 CMPC 纸业等，案件编号 160-2017, 2017 年。

## 5. 协同拒绝购买

## 6. 协同拒绝供应

20. 协同拒绝购买或供应，有时称为集体抵制，指相互竞争的企业之间订立的协议，目的是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进行购买。集体抵制可用于实施非法的反竞争行为。例如，为了执行固定价格协议，相互竞争的企业可能商定与其他企业交易时必须遵守的条件，否则不得与其他企业交易。此外，集体抵制还被用于阻止某家企业进入某一市场或使现有的某竞争者陷于不利地位，亦可针对提供价格折扣者，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按照规定的方案行事。集体抵制可以是横向的(相互竞争的企业可在彼此间商定不向特定的企业或个人出售或购买)<sup>15</sup>，也可以是纵向的(在生产或销售链不同层面的各方商定拒绝与第三方进行交易，该第三方通常是参与协议的企业的竞争对手)<sup>16</sup>。在一些国家，集体抵制被视为非法，特别是那些旨在执行其他安排或旨在限制竞争但缺乏业务上的正当理由的集体抵制。协同拒绝供应或购买在一些国家往往被视为本身违法行为(见表 4)。

表 4

## 现行法律中的不同做法：抵制

国家	
中国	《反垄断法》第十三条禁止竞争者订立横向抵制协议。
德国	《禁止限制竞争法》除了禁止反竞争协议的一般性规定外，还在第 21 条载有禁止抵制的规定。
美国	与抵制有关的案件一般由法院依照本身违法原则进行分析。但最高法院认定，并不是所有的横向协同拒绝交易的行为，都需要适用本身违法原则。 <sup>17</sup>

## 7. 集体拒绝他人参加对竞争关系重大的安排或联合

21. 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常见的。这些协会通常都有入会资格规定，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，从而将他们排斥在外，这就可能削弱或阻碍竞争。<sup>18</sup> 但是，可以出于合理的专业关切，例如出于不遵守专业行为规则的情况，而将个别企业排

<sup>15</sup> 美国最高法院，联合钢管和管道公司诉印第安海德公司，案件编号 486 US492, 1988 年。

<sup>16</sup> 美国最高法院，克洛氏公司诉百老汇—黑尔百货公司，案件编号 359 US207, 1959 年。

<sup>17</sup> 在一起案件中，被告是一家采购合作社，这家合作社将一位成员除名，却既没有提供说明，也没有提供对除名提出异议的程序性手段。最高法院认为此类合作社一般是为提高经济效率而设，并认定，除非该合作社拥有市场势力或者掌握着对有效竞争的某一必要要素的独家渠道，否则，应依照合理原则来评判将这一成员除名的行为，并且该行为可能属于合法(美国最高法院，西北文具批发公司诉太平洋文具和印刷公司，案件编号 472 US284, 1985 年)。

<sup>18</sup> 美国最高法院，美联社诉美国，案件编号 326 US1, 1945 年。

除在专业协会之外。集体拒绝他人参加安排也可以采取另外一种形式，即拒绝他人得到在市场上有效竞争所必需的某项便利。

## F. 其他类型的横向协议

22. 除核心卡特尔以外的横向协议常常因其效果或依照合理原则评判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、研发合营，有时还包括信息共享协议。在许多竞争法制度中，对这些类型的协议的评判采用合理原则，表明竞争者有时会需要以战略联盟或合营的形式开展协作或合作，这类协作不仅可能是良性的，而且可能有益于竞争。此外，在一些法域，按照合并和收购管制制度，在实施此类协议之前必须通报竞争管理机构。<sup>19</sup> 然而，仅仅为一项安排贴上合营的标签，并不足以在参与者将合营用作提高价格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

23. 联合营销可涉及联合销售、分销或促销商品或服务的协议。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，这类协议就可有益于竞争。然而，营销协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，对竞争造成损害。有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

24. 联合采购涉及为联合采购必要的生产要素而订立的协议。这种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。例如，德国已修订《禁止限制竞争法》，允许中小企业和行业协会、不限制竞争的特定协议以及能提高中小企业竞争力的协议获得一般豁免。

### 研发合营

25. 竞争者之间的协作可涉及联合开展研发的协议。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，这种协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，联合研发协议如果在通过合作活动开发的产品的利用方面对参与者规定限制，就可能削弱竞争。

### 信息共享协议

26. 这类协议可能涉及竞争者之间较大程度的信息交流。信息共享对实现有益于竞争的协作而言或许是必要的，但有时会增加串通的可能性。具体而言，就定价信息、成本、交易条件、营销战略资料或其他重要的竞争变量交流信息，可能引

<sup>19</sup> 更多资料，见《竞争法范本》第五章的评注。

发涉及竞争的关切，因此，某些法域将这一做法视为本身具有反竞争性质。竞争者可能共享竞争上敏感的信息，从而为串通提供便利。<sup>20</sup>

## G. 纵向协议

27. 纵向协议指处在生产和/或销售链不同层面的企业之间订立的协议。这些企业彼此之间往往不存在直接竞争，因此这种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。《竞争法范本》第三章没有提及纵向协议，但是，述及滥用支配地位的第六章提到了几类可能具有反竞争性质的纵向协议。从系统性的角度来看，在禁止反竞争协议的规定之下处理纵向协议可能更为适当。

28. 纵向限制有两类，即品牌内限制和品牌间限制。品牌内限制是处于生产链不同层面的企业之间达成的协议，通过这些协议对制造商的产品分销施加某种限制，例如维持最低或最高转售价格，或施以地区限制。品牌间限制是对竞争对手企业产品的分销施加限制或影响的协议，例如，独家交易或搭售。

29. 在许多法域，对纵向限制的评判采用合理原则，这反映出这种限制并不总是有害的，在特定市场结构中实际上可能还是有益的。竞争管理机构很少反对不涉及价格的纵向限制。通常引起竞争关切的纵向协议包括那些涉及维持转售价格、独家交易、对分销商的专营地区限制或地区(地域)市场限制和搭售安排的纵向协议。第一种协议在经济学家中仍有争议，而专营做法引发的关切较少。<sup>21</sup>

### 维持转售价格

30. 维持转售价格可能涉及供应商及其分销商之间的协议，根据该协议，分销商必须以一定的价格销售供应商的产品，或者他们商定一个面向消费者的最低或最高价格。一般而言，维持转售价格指的是由供应商确定零售价格。维持转售价格会限制品牌内竞争，致使同一品牌的零售商无法在价格上相互展开竞争。不过，维持转售价格可能会鼓励品牌间竞争，因为零售商会力争实现规模经济和范围经济。<sup>22</sup> 制造商和零售商都可能预见到维持转售价格会对自己有益，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，此种安排等同于固定最低价格。这种情况通常发生于发展中国家，这些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，对品牌商品的需求相应较小，因而每一种商品只能有一到两家主要供应商。鉴于这种情况，发展中国家可能把维持转售价格视为一种本身违法行为，而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。

<sup>20</sup> 美国最高法院，美国木柱和木材公司诉美国，案件编号 257 US377, 1921 年。

<sup>21</sup> 关于上述四种协议的进一步资料，见《竞争法范本》第四章的评注。

<sup>22</sup> “纵向限制允许制造商在其产品分销方面实现一定的效率，从而促进品牌间竞争”（美国最高法院，大陆电视公司诉通用电话电子西尔瓦尼亚公司，案件编号 433 US36, 1977 年）；“纵向价格限制的理由与其他纵向限制的理由相似。维持最低转售价格可以刺激品牌间竞争……这一点很重要，因为反垄断法的‘主要目的……就是保护品牌间竞争’”（美国最高法院，丽晶创意皮具公司诉 PSKS 公司，案件编号 551 US877, 2007 年）。

### 独家交易

31. 独家交易协议是限制企业选择买方或供应商的品牌间限制，即买方只能从一家卖方那里采购所有需要的商品，或要求卖方只能向一家企业出售其产品。几乎所有特许协议都载有这种性质的条款，规定受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。与独家交易有关的竞争关切是，独家交易可能造成市场的封锁。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。

### 专营地区或地区市场限制

32. 这种限制见于供应商限制其分销商销售区的协议。

### 搭售安排和全线逼销

33. 搭售安排指一方同意出售某一产品，但要求买方同时购买一种不同的或被搭售的产品，或至少同意不从其他供应商处购买该产品。在全线逼销这样的极端情形中，买方为了获得一种或两种需要的产品，被迫购买企业生产的所有产品。如果很大一部分市场由于搭售而被封锁，竞争对手因此而不得不退出市场，那么搭售安排就会对竞争产生不利影响。

## 三. 批准或豁免

**第一款所列做法，如事先妥为申报，且系接受有效竞争的企业所为，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**

34. 几乎每个法域都有反竞争协议禁令的豁免规定。然而，由于不同的法域有着不同的制度，因此这些法域的批准或豁免制度也不同。《竞争法范本》第三章规定了一项批准制度，让国家竞争管理机构在批准已申报协议方面拥有酌处权，而另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批准或豁免的可能性，因此没有规定反竞争协议申报制度。然而，联邦贸易委员会和美国司法部在 2000 年发布了竞争者之间协作的反垄断指导方针，目的是向打算从事某种横向合作的企业提供确定性，并考虑到这类协议的性质，提供一些安全区。

35. 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。

### 集体和/或单独豁免

36. 许多法域都实行集体和/或单独豁免制度。在集体豁免下，某一特定类别的协议不需接受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。例如，在研发豁免和专业化集体豁免下，互补的技能或资产的组合能够产生很大的效率。个别协议亦可获豁免。为了获得批准，有意订立可能具有反竞争性质的协议的企业需向竞争管理机构申报所涉协议的所有相关方面的内容。《竞争法范本》第五章述及申报制度的程序性方面，指出事先申报和行政批准制度可能

产生申报的大量积压，从而不必要地消耗竞争管理机构的大量资源，同时无法向有关各方提供法律确定性。在这方面，例如，根据欧洲联盟竞争法，针对潜在反竞争协议的申报制度已被终止。

#### 给予豁免的标准

37. 竞争管理机构可在相关企业接受有效竞争且其做法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。在制定给予豁免的标准时，《欧洲联盟运作条约》第 101(3)条可以提供一个很好的基线。该条款规定了协议获得批准需满足四项条件：该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；该协议需允许消费者公平地分享所得好处；该协议不得对有关企业施加对实现这些目标并非不可或缺的限制；该协议不得使这类企业有可能在大部分所涉产品方面消除竞争。有若干国家采取了这种做法，例如瑞士。包括欧盟委员会竞争管理机构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

38. 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企业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。在另一些情况下，最低限度豁免可依法授予。例如，在德国，如果中小企业之间的合作是为了将经济活动合理化，则《禁止限制竞争法》第 3 条不适用。此外，一些竞争法规定，在特定情况下，可以批准合理化卡特尔和危机卡特尔(有时又称萧条卡特尔)，但时间有限制。例如，根据日本和德国原先的反卡特尔制度，竞争管理机构可在当事方提出申请的情况下批准危机卡特尔和合理化卡特尔。这些豁免分别于 2005 年和 1999 年被废除。在其他保留这种规定的法域，近年很少有执行豁免的情况。表 5 详细介绍了一些不同做法。

表 5

#### 现行法律中的不同做法：批准或豁免

##### 国家

澳大利亚 《贸易惯例法》具体规定了澳大利亚竞争和消费者委员会可同意批准的情形。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。该法载有审批不同类型的行为时采用的两套检验标准。按照第一项检验，对于可能载有卡特尔条款、可能严重削弱竞争或涉及独家交易(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。按照第二项检验，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。



---

 国家
 

---

- 中国 《反垄断法》第十五条规定如下：  
“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：  
(一) 为改进技术、研究开发新产品的；或  
(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；或  
(七) 法律和国务院规定的其他情形。  
属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、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。”
- 肯尼亚 《竞争法》第 25 和第 26 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，可酌情对适用于行业协会的限制性协议、做法和决定以及限制性贸易做法实行豁免。管理机构在审议申请后，可：(a) 提供豁免；(b) 拒绝提供豁免并向申请人发出有关通知；或(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、决定或协同做法，或协议、决定或协同做法的类别并不构成对该法所载禁令的违反。第 26(2)条规定，管理机构可出于例外、合理的公共政策理由提供豁免，说明为何有关协议、决定、协同做法，或者协议、决定或协同做法的类别应当不受该法所载禁令的约束。第 26(3)条规定，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、决定或协同做法，或者协议、决定或协同做法的类别可在多大程度上有助于或促成，或可能有助于或促成：(a) 维持或促进出口；(b) 改进商品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；(c) 促进任何行业的技术经济或进步或稳定；(d) 为公众带来利益，这种利益可以或将会超出有关协议、决定或协同做法，或者协议、决定或协同做法的类别将会或可能造成的对竞争的削弱。
- 新加坡 《竞争法》规定，对于“负责经营具有一般经济利益的业务或具有创收垄断性质的企业”，可豁免反竞争协议的禁令，部长也可出于公共政策的原因对有关协议实行豁免。此外，产生净经济效益的协议也被排除反竞争协议禁令之外。
- 南非 《竞争法》第 10(3)条规定，竞争委员会可准许豁免，条件是达成协议是为了实现或促进“以下任何目标：(a) 维持或促进出口；(b) 提高小企业或由以往处于不利地位的人所控制或拥有的企业的能力，使之具有竞争力；(c) 对生产能力作出必要的改变，以制止产业衰落；或(d) 维持部长指定的某产业的经济稳定，但之前要与负责该产业的部长进行磋商”。

---

国家

---

- 越南 第 23/2018/QH14 号《竞争法》第 14(1)条规定，反竞争协议“符合下列条件之一并使消费者受益的，应给予一定期限的豁免：
- (a) 促进技术和科技进步，提高商品和服务质量；
  - (b) 提高越南企业在国际市场上的竞争力；
  - (c) 有助于统一适用各类产品的质量标准和技术规范；
  - (d) 商定与价格和价格要素无关的合同履行、商品交付和付款的条件”。
-