



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) 第四章修订稿*

* 本文件是 TD/RBP/CONF.8/L.2 号文件的修订本。



竞争法范本(2010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

在下述情况下禁止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) 对竞争对手的掠夺性行为, 例如用低于成本的大削价淘汰竞争对手;

(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, 包括在关联企业之间的交易中采用定价政策, 即与关联企业以外的相同或类似交易的价格相比, 对购买或提供的商品或服务多收或少收费用;

(c) 设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、充分经销或服务等正当商业目的的行动或行为:

(一) 部分或全部拒绝按企业惯用的商业条件进行交易;

(二) 将某种商品或服务的提供, 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提供, 以向供应商或其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。

第四章的评注和现行法律中的不同做法

禁止滥用市场支配地位的行动或行为

在下述情况下禁止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。

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。至于何时认为一家公司占有支配地位，以及哪些行动可能构成滥用市场支配地位，届因国家而异，还可能取决于各种竞争制度的目标(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”价值观，例如公平等。本章概述了认定存在支配地位的总体标准，还提出了一份可能被视为具有反竞争性质的行动的非完整清单。

2. 占支配地位意味着具有强大的市场支配力。从经济角度看，支配地位是指一家企业(或若干企业联合行动)能够在相当一段时间内将价格提升到并保持在竞争情况下的正常水平之上，并从中获利。仅仅具有支配地位并不被视为属于反竞争性质，通过正当竞争获得支配地位也不属于反竞争性质。然而，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) 创新受限，这一点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，而是由竞争管理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。不过，在许多法域，单是拥有市场份额高这一点并不足以判定其占支配地位，因为有些市场的特点是参与者较少，但竞争程度仍然较高。还应考虑其他一些市场指标，如进入壁垒、实际和潜在竞争对手、高市场份额可否持久、买方力量、规模经济及范畴经济、进入上游市场及实现纵向一体化的机会、市场成熟程度/活力、获得重要投入的机会、企业及其竞争对手的资金来源等因素。

4. 还有些法域规定了证明支配地位的快捷方式，即使用基于市场份额门槛的“安全港”条款作为确定企业是否占支配地位的第一步。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。如达到了这一水平，则竞争管理机构将分析上述其他因素，以确定其是否占支配地位。

5. 但在另外一些法域，如果一家企业的市场份额高于市场份额门槛，即推定该企业占支配地位。一旦发现企业的市场份额达到了规定标准，那么，必须由企业来证明它不具市场支配力。企业若不能举证，则被认为占支配地位。

6. 使用市场份额门槛,不论是为了确定足以确认事实的证据从而转移举证责任,还是为了判定不占支配地位,均可提高竞争管理机构的执法效率,并为企业家带来法规的确定性。但是,在某些情况下,市场份额门槛会带来对市场份额强调不足或强调过头的风险,从而导致执法不力或执法过度的结果。因此,不宜在竞争法中无可辩驳地规定,一家企业达到一定市场份额门槛即为占支配地位。

7. 在确定一家企业是否占支配地位时,进入市场的竞争和进口竞争也是应考虑的因素。如果一家或多家企业很容易进入市场,那么,行内现有企业提价或减产的任何尝试都会因新进入者而受阻。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国内市场上销售竞争产品,这可以视为进入市场的一种特定形式。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,是指即使在行内现有企业获取超额利润之时仍存在的一些可能防止或阻碍新企业进入市场的因素。进入壁垒可能因市场的成熟程度或发展水平而千差万别,但可分为几类。

结构性进入壁垒源于基本的行业特点,如技术、成本和需求。至于哪些因素构成相关的结构性壁垒,对此尚有争议。最宽泛的定义认为,进入壁垒源于产品的差异、行内现有企业在成本上的绝对优势,以及规模经济。产品差异造成了行内现有企业的优势,因为新进入的企业必须克服现有产品长期积累的品牌忠诚度。绝对成本优势,意味着新进入的企业开始时不论产量,产品的单位成本都会比较高,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企业数目。狭义的结构进入壁垒定义,是乔治·斯蒂格勒(George Stigler)和芝加哥反托拉斯分析学派的倡导者提出的。他们认为,进入壁垒只是在新进入市场的企业必须承担行内现有企业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,因为行内现有企业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,沉没成本也是一个重要的进入壁垒。由于这部分费用是新进入的企业必须承担的,而行内现有企业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,从而给可能进入的企业带来了额外风险。

战略性进入壁垒,是指市场中现有企业的行为。具体而言,行内现有企业可能采取行动,提高结构性进入壁垒,或威胁准备进入市场的企业,如果它们真的进入将受到报复。但这种威胁必须是可信的,即如果真的发生了进入市场的情况,行内现有企业将威胁付诸实施必须有利可图。战略性的阻止进入常常带有行内现有行内企业某种先声夺人的举动。例如,抢前购买设施,即行内现有企业在生产能力上超额投资,以便发出威胁,如果新公司果真进入市场则将掀起一场价格战。抢占运输或港口设施等必要基础设施,也可构成战略性进入壁垒。

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有:关税和配额、知识产权和商标方面的法规、法律赋予某些企业的专营权/法定垄断权力,以及进入市场的其他行政障碍等。

8. 无论一国的竞争法如何定义市场支配地位，评估一家企业是否占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，对相关市场的定义越窄，单一参与方在该市场中具有显著市场支配力的可能性就越大。关于相关市场的定义，详见《竞争法范本》第二章的评注。

9. 在一些法域，支配地位的概念不仅指某企业单独采取行动的情况，也指共同采取行动的两家或多家企业具有市场支配力，或者有动力采取联手行动，联合起来具有市场支配力的情况(集体支配地位)。这是指高度集中的市场，在这些市场，两家或多家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企业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在 *Vetro Piano in Italia* 案判决书中采用了这一标准，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(如搭售协议)的累积效应也很可能导致滥用市场支配地位。

现行法律中的不同做法——如何判定市场支配地位

区域/国家

非洲

南非

《竞争法》(1998 年第 89 号)第 7 条规定，企业在以下条件下占市场支配地位：(a) 至少拥有该市场 45% 的份额；(b) 至少拥有该市场 35% 但不到 45% 的份额，若能表明不具有市场支配力的情况除外；或者(c) 拥有的市场份额不到 35%，但具有市场支配力。

《竞争法》(2018 年修订版)第 8 条禁止占支配地位的企业从事以下活动：

- (a) 定价过高，损害消费者或顾客利益；
- (b) 在经济上可行的情况下，拒绝让竞争对手使用一项基本设施；
- (c) 从事(d)款所列行动以外的排他性行动，如果该行动的反竞争效应大于它在技术、效率方面或其他有利于竞争的进步；
- (d) 从事以下任何排他性行动，除非所涉企业能证明在技术、效率方面或其他有利于竞争的进步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) 在提供稀缺商品或服务在经济上可行的情况下，拒绝向竞争对手提供这种商品或服务；
 - (三) 销售商品或服务的条件是，买方购买与合同标的的无关的其他商品或服务，或者迫使买方接受与合同标的的无关的条件；
 - (四) 以掠夺性价格出售商品或服务；
 - (五) 收购竞争对手所需的供应稀缺的中间产品或资源；
 - (六) 挤压利润。

赞比亚

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

¹ 现欧盟普通法院。

² 欧洲联盟委员会转达的意见。1992 年 3 月 10 日对 *Vetro Piano in Italia* 案的判决书。

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

第 16 条规定禁止滥用支配地位，“企业应避免任何行动或行为，如果通过滥用或获得市场支配地位，这种行动或行为限制市场准入或以其他方式不当抑制竞争，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、市场渠道或市场准入、投资、技术开发或技术进步；
- (c) 对与其他贸易方的同类交易使用不同的条件；
- (d) 缔结合同时要求他方接受补充条件，而这些条件本质上或按商业用途与合同的标的物无关；
- (e) 拒绝让任何人使用基本设施；
- (f) 定价过高，损害消费者的利益；
- (g) 以低于边际成本或可变成本的价格销售商品。

亚洲—太平洋

中国

根据中国《反垄断法》第十七条，市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

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因素：

- (a) 该经营者在相关市场的市场份额以及相关市场的竞争状况；
- (b) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (c) 该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因素。

第十九条第(一)款为支配地位设定了可推翻的推定，即有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

- (a) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- (b) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- (c) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

但根据第十九条规定的条件，如果其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。此外，被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

印度

印度 2002 年《竞争法》第 4 条对支配地位的定义是，“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”。继 2007 年《竞争法》(修正案)通过之后，印度关于滥用支配地位的规定同样适用于企业集团。本规定所称“集团”，是指“能够直接或间接——(一) 在另一企业行使至少百分之二十六的表决权；或者(二) 任命另一企业董事会成员百分之五十以上；或者(三) 控制另一企业的管理或事务的两家或两家以上的企业”。⁴

印度竞争委员会在调查企业是否具有支配地位时，会充分考虑所有这些因素。该条还指出，任何企业或集团都不得滥用其支配地位。企业直接或间接地对商品或

⁴ 2007 年第 39 号法，《竞争(修正)法》(2007 年 9 月 24 日)，可查阅 <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in111en.pdf>。

区域/国家	
	服务的购销施加不公平或歧视性的条件，或者对商品或服务的购销施加不公平或歧视性的价格，包括掠夺性价格，均属滥用支配地位。
蒙古	根据 2010 年《蒙古竞争法》第 5.2 条，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者，应认为其具有支配地位。此外，根据第 5.3 条，如果一个企业实体，虽然没有达到第 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，则视产品范围、市场地理界限、市场集中度和市场支配力而定，应认为其具有支配地位。
欧洲(欧盟国家)	
捷克	《捷克保护竞争综合法》(2001 年)第 10(1)条规定，“一家企业或多家企业联合，其市场支配力使之能够在相当程度上独立于其他企业或消费者行事，即将其视为具有相关市场的支配地位(联合支配地位)”。根据第 10(3)条，除非已证明具有支配地位，否则一家企业或具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%者，应视为不具有支配地位。
爱沙尼亚	在爱沙尼亚，支配地位的标准是，企业能够在相当大程度上独立于竞争对手、供应商和买方运作。一家或多家企业所占市场份额超过市场营业额 40%者，即推定其具有支配地位。拥有特殊或独家权利或控制了基本设施的企业，也被视为具有支配地位；见 2001 年《竞争法》第 13 条。
欧洲联盟	<p>《欧洲联盟运作条约》第 102 条禁止滥用支配地位，但未规定支配地位的定义。欧洲机构做出决定时，将支配地位定义为企业享有的一种经济实力地位，此种经济实力地位赋予企业在相当大的程度上独立于其竞争对手、客户以及最终的消费者而自行其是的能力，使之能够阻挠在相关市场保持有效竞争。⁴在对占支配地位的企业滥用排他做法适用《建立欧洲共同体条约》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了欧盟委员会评估支配地位时应考虑的标准，具体包括：</p> <p>(a) 实际竞争对手现有供给造成的制约因素及实际竞争对手在市場中的地位(占支配地位的企业及其竞争对手的市場地位)；</p> <p>(b) 实际竞争对手未来扩张或潜在竞争对手进入市場的可信威胁所造成的制约(扩张和进入市場)；</p> <p>(c) 企业客户的谈判实力所造成的制约(买方抗衡力量)。</p> <p>委员会强调，市场份额可提供有用的初步迹象，表明市場结构及活跃在市場中的各企业的相对分量。不过，欧盟委员会将根据相关的市場情况，尤其是市場动态以及产品差异化程度来解读市场份额。</p>
德国	根据《禁止限制竞争法》第 18 条，企业作为相关产品及地理市場上某些货物或商业服务的供应商或买方，凡具备以下特点者，即占支配地位：没有竞争对手或未面临任何实质性竞争；或与竞争对手相比占强势市場地位。判定支配地位时，特别应考虑企业的市场份额、资金实力、获得供给及市場的情况、与其他企业的联系、其他企业进入市場的法律壁垒或实际壁垒、该法适用范围之内或之外设立的企业实际或潜在竞争、在供给或需求上转向其他产品或商业服务的能力以及交易相对人转向其他企业的能力。两家或多家企业之间在某些货物或商业服务方面无实质性竞争，且从总体来看符合上述情形者，即为占支配地位。一家企业拥有市场份额至少 40%者即可推定其占支配地位。多家企业属于以下情况者即可推定其占支配地位：(a) 三个或三个以下企业的合并市场份额达 50%；或者(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质性竞争，或它们与其他竞争对手相比并未占强势市場地位。
立陶宛	根据上次于 2012 年修订的 1999 年《竞争法》第 3(2)条，支配地位是指：一个或多个企业在相关市場上不直接面临竞争或能够有效地限制竞争，从而在相关市場单方面施加决定性影响的地位。拥有 40%的市场份额即可推定占支配地位。此外，该法规定，如果相关市場至少 70%由三个或三个以下企业把持，即可推定每家企业都具有支配地

区域/国家	
	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：单个经济实体的门槛为 30%；三个或三个以下经济实体的联合支配地位的门槛为 55%。 ⁵
波兰	根据 2007 年 2 月 16 日《竞争和消费者保护法》第 4(10)条，支配地位是指，一个企业拥有的市场地位允许它在相关市场上防止有效竞争，从而使它能够在很大程度上独立于其竞争对手、合同方和消费者行事。企业的市场份额超过 40%即可推定其具有支配地位。
西班牙	西班牙竞争法未对支配地位的定义作出规定。根据西班牙竞争管理机构的裁决做法，企业如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，即视为占支配地位。
欧洲(非欧盟国家)	
俄罗斯联邦	<p>2015 年修正的 2006 年《联邦竞争保护法》第 5(1)条将支配地位定义如下：一个或多个经济实体的地位使其能够在相关市场对商品流通的一般条件施加决定性影响，并(或)将其他经济实体逐出该商品市场并(或)阻碍其他经济实体进入该商品市场。第 5(1)条载有一项可推翻的推定，即如一个实体拥有的市场份额超过 50%，即可推定其占支配地位，除非该实体是一个金融组织。</p> <p>根据第 5(2)条，一个经济实体，如在相关市场的份额不超过 35%，则不能视为占支配地位，除非该企业所处的市场高度集中，市场份额长期稳定，很少新企业进入该市场，相关商品的需求价格弹性较低(第 5(3)条)，或者联邦法律对支配地位的认定另有规定(第 6 条)。这一规定于 2015 年废除。⁶</p>
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，一个或多个企业能够单方面或联手改变市场条件，或至少控制了相关市场的 20%，即可推定具有支配地位，但巴西竞争管理机构可以为特定的经济部门调整这一比例。
哥伦比亚	第 2153 号法令(1992 年)第 45 条将支配地位定义为“直接或间接决定市场条件的可能性”。是否具有支配地位，将视具体情况而定。
哥斯达黎加	<p>第 7472 号法第 15 条规定，要确定一个经济主体在相关市场是否拥有“实质性支配力”，必须考虑以下因素：</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) 其市场份额以及其单方面定价或大幅限制相关市场的产量的能力，而其他经济主体目前或将来都没有能力抵消这种力量； (b) 进入壁垒和可预见的会改变这些壁垒和其他竞争对手的供应的因素的存在； (c) 竞争对手的存在和及其实力； (d) 经济主体及其竞争对手获得投入来源的可能性； (e) 其最近的行为。⁷
尼加拉瓜	<p>关于促进竞争的第 601 号法第 21 条规定，要确定一个经济主体在相关市场是否具有支配地位，应特别考虑以下因素：</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) 是否存在进入商品或服务市场的经济和(或)法律壁垒，以及可预见的会改变这两种壁垒和其他竞争对手的供应的因素；

⁵ 见立陶宛，《竞争法》VIII-1099，可查阅 <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>。

⁶ 俄罗斯联邦，《联邦竞争保护法》(2006 年 7 月 8 日)(2015 年修订)，可查阅 [en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20\(as%20amended%20in%202015\).pdf](http://en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20(as%20amended%20in%202015).pdf)。

⁷ 经济合作与发展组织和美洲开发银行，2014 年，“哥斯达黎加的竞争法和竞争政策：同行审评”，可查阅 <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>。

区域/国家	
	<p>(b) 经济主体及其竞争对手获得投入资源的可能性；</p> <p>(c) 近期相关市场上的供求行为；</p> <p>(d) 相关市场上品牌、产品或专利品之间相互替代或竞争的可能性；</p> <p>(e) 参与交易的竞争经济主体的经济、金融和技术实力。</p>
北美洲	
加拿大	<p>根据《竞争法》第 79(1)条，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) 该人或该等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”。</p> <p>加拿大竞争事务局《关于滥用支配地位的规定》(《竞争法》第 78 和 79 条)的最新执行指南所作的解释是，在很大程度上控制或完全控制等同于很大程度的市场支配力。加拿大竞争事务局通常从产品和地理两个方面界定相关市场，然后考虑相关人员的市场份额和进入壁垒等证据。</p>
美利坚合众国	<p>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”(美国最高法院，美国诉 E.I. du Pont de Nemours and Company, 351 U.S. 377, 391 (1956))。然而，自杜邦案以来，下级法院在垄断力是否“需要控制价格和排除竞争的实力的证据”(美国第三巡回上诉法院，Fineman 诉 Armstrong World Indus., Inc., 980 F.2d 171, 201 (3d Cir. 1992), cert. denied, 507 US921 (1993))，以及存在其中一个要素的证据是否足以认定垄断力的问题上出现了分歧。美国最高法院明确表示，没有必要证明企业实际行使了垄断力——证明企业有提高价格或排除竞争的潜力就足矣(美国诉 Griffith 案，334 US100, 107 (1948))。</p> <p>在《谢尔曼法》第 2 条中，美国反垄断机构和私人原告必须首先界定相关市场，然后才能证明一家企业拥有垄断力(美国最高法院，Spectrum Sports, Inc., 诉 McQuillan 案，506 US447, 453 (1993))。根据美国司法部的指导意见，反垄断市场的定义有两个方面：(a) 产品市场包含所有产品，假设有一家谋求利润最大化的企业成为这些产品目前和未来的唯一卖家，它便会发现，实行“小幅但显著且非暂时性”的涨价有利可图；(b) 地理市场是指地理上限制了一些客户使用其他类似替代产品的意愿或能力，或限制了一些供应商为客户提供服务的意愿或能力的区域。在定义适当的地理市场时，运输成本、语言障碍、法规、税收、习惯和熟悉程度、声誉和服务普及度等都是相关的考虑因素。</p> <p>一旦界定了相关的反垄断市场，美国的原告可以通过以下方式证明被告拥有垄断力：(a) 出示基于市场份额并考虑到市场结构(市场集中度和进入壁垒)的间接证据；(b) 出示利用垄断力提价、减产或排除现有和潜在的竞争对手的直接证据。</p> <p>美国最高法院确认，垄断力可以从被告公司的市场份额中推断出来(美国诉 Grinnell Corp.案，384 U.S. 563 (1966))；虽然美国最高法院没有明确说明推断垄断力所需的确切市场份额，但为了确定垄断力，它没有接受过低于 75% 的市场份额。美国法院也关注市场结构——如果新公司或边缘公司很容易进入市场或在市场内扩张，即使 100% 的市场份额也可能不足以证明垄断力(见美国第九巡回上诉法院，美国诉 Syufy 案，903 F.2d 659 (9th Cir. 1990))。</p> <p>美国法院还将观察竞争对手确实有能力控制市场价格或排除竞争的证据(见美国哥伦比亚特区巡回上诉法院，美国诉微软公司案，253 F.3d 34, 57 (D.C. Cir. 2001))。这类证据通常不是绝对的，因为控制价格的能力可能只是暂时的，竞争对手可能有正当的理由限制产量或质量。通常情况下，美国的原告除了提供基于市场份额和结构的间接证据外，还会，提供垄断力的直接证据。</p>

二. 视为滥用的行动或行为

10. 如上文所述，竞争法并不禁止企业具有有支配地位/很大的市场支配力，也就是说，只是具有支配地位本身并不构成反竞争，占支配地位的企业有权凭实力竞争。在占支配地位的企业行为损害竞争进程、从而可能损害消费者的情况下，适用禁止滥用支配地位的规定。

11. 一般来说，如一家企业的行为会损害实际或潜在竞争对手的竞争能力，而处于非支配地位的企业采取同样行为并不会成功，即构成滥用支配地位。给竞争对手设置障碍、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。在评估占支配地位的企业行为时，重要的是要考虑有关行为是否是基于实力的竞争——即仅仅降低占支配地位的企业成本，或使其能够更好地为客户服务，从而损害竞争对手。一些法域扩展了滥用支配地位的定义范围，以保护规模较小、效率较低的竞争对手，使其不至于被效率更高的占支配地位的企业逐出市场。

12. 要提出一份可能构成滥用支配地位的行为的完整清单，这是不可能的。从严格意义上讲，“滥用支配地位”这一概念涵盖所有符合上段所列定义的行动。但为指导执法实践，一些国家在竞争法中提供了非完整清单，说明哪些行动被视为滥用，受到禁止。这类行为可包括企业为提高进入市场的壁垒而采取的一系列策略。《竞争法范本》第四章第二条列举了占支配地位的企业的一些滥用行动，相关评注见下文。请注意，该章所列例子的顺序并不一定反映其发生频率或其反竞争影响的严重程度。此外，维持转售价格、平行进口等行动目前未被归类为构成滥用支配地位的行动，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具体情况进行分析，以确定每一做法所产生的效应。最后，视所在的法域而定，根据相关的判例法、法规和潜在的经济假设，不同的滥用行动将被推定具有较强或较弱的反竞争效应。

13. 竞争管理机构用于评估占支配地位的企业某些行动是否构成滥用市场力的分析框架，已经随着时间的推移而发生变化。目前，越来越多的竞争管理机构做裁决时所依据是：占支配地位的企业某一做法，经科学的经济评估，是否应被视为滥用(即所谓的“基于效应的办法”)。法律当局在确定占支配地位的企业行为是否因其反竞争效应而应受到谴责时，会参考经济理论、经验证据、实际经验和预期的错误成本。过去，一些竞争法制度遵循的是一种基于形式的办法，即由竞争管理机构评估所审查的行为是否与滥用行为方面的某个法定例子相吻合，而不是着手进行全面的经济评估。

14. 在大多数法域，占主导地位的企业反竞争行为至少可以因其促进效率而避免受到谴责。然而，一旦反竞争效应得到证实，占支配地位的企业须提出和证明有利于竞争的理由。在某种程度上有利于竞争的行为一般必然是占支配地位的企业所能做出的最不妨碍竞争的选择，而且往往会为了迎合占支配地位的企业客户的某些具体偏好或解决他们所面临的问题而量身定制。

(a) 对竞争对手的掠夺性行为，例如用低于成本的大削价淘汰竞争对手；

15. 掠夺性行为一种最常见的形式是掠夺性定价，通常是指占支配地位的企业在短期内收取低价，而这种低价可能面临长期价格上涨。在大多数法域，占支配地位的企业收取的价格低于某种相关的成本衡量标准，便属于掠夺性定价；在另一

些辖区，只要一家企业为消除竞争对手而采取压低价格的战略，就属于掠夺性定价。掠夺性定价可能是为了将竞争企业逐出市场以维持或强化其支配地位。企业在产品和市场方面的活动的门类越多，财力越雄厚，从事掠夺性行为的能力就越强。

16. 低价销售通常有利于消费者，而消费者通常只有在占支配地位的企业后来收取超竞争价格时才会受到损害，因此，一些法域可能不愿将定价作为掠夺性行为。各法域必须根据其市场结构，权衡超低价销售的利弊。发展中法域在谴责掠夺性定价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，较小竞争对手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，需根据具体情况加以权衡。

17. 评估某种定价策略是否应该被视为“掠夺性的”，这本身就具有挑战性，因为价格必须被认为与适当的基准相比“太低”。几乎每一种法律制度选择的基准都是占支配地位企业的某种成本衡量标准，但有少数法域将价格与一些正常或通常的价值进行比较。选择占支配地位企业的哪项成本来作为衡量标准，这又是一个挑战：平均可变成本(总可变成本除以生产单位)是最常用的衡量标准，但执法诉讼中的原告和执法机构在每个案例中并不都提出相同的成本衡量标准。除了平均可变成本测试之外，采用平均总成本(总成本除以生产单位)的价格成本测试也很常见且频繁使用。

18. 一般来说，价格成本测试有助于表明两件事。首先，价格成本测试表明，一个占支配地位的企业是否愿意牺牲其短期利润。只有当这种行为增强了其经济实力，或者占支配地位的企业认为它会增强其经济实力从而损害竞争时，这种行为才有意义。其次，价格成本测试可以表明，一个占支配地位的企业是否会阻碍一个效率同样高的竞争对手的竞争。同等效率竞争对手的概念突显了一些人的观点，即只要受到伤害的只是效率较低的竞争对手，损害竞争对手的降价就不应该成为法律审查的对象。然而，一些法域关注的是那些“效率还不够高”或“效率相当高”的竞争对手；依赖同等效率的竞争对手的概念会导致这样的结果，即那些愿意放弃低价带来的短期消费者利益、希望效率较低的企业在未来达到同等效率的法域的执法力度不足。

19. 为了确定是否存在以掠夺性定价滥用支配地位的情况，一些法域要求被告有合理的前景或极大的概率，可以收回其低于成本价的损失。如果无法收回损失，则降价的做法实际上可能会增加消费者的福利(见 *Brooke Group Ltd.诉 Brown and Williamson Tobacco Corp.*案，509 US209 (1993))。其他法域则认为，定价策略不一定要有可以收回损失的合理前景或极大概率才能被视为是掠夺性的。只要占支配地位的企业价格低于成本价就足矣。

20. 掠夺性行为不只限于定价。其他手段，如在生产能力上超额投资以遏制竞争，或收购生产要素以提高竞争对手的成本，也可被认为是掠夺性行为。某些情况下，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，也可被认为是掠夺性行为。

现行法律中的不同做法——掠夺性行为

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：1AAA—如果一家公司在相当长时间内以低于提供商品或服务的企业相关成本的价格提供商品或服务，即使该公司不能而且也许永远不会有能力收回提供商品或服务的损失，该公司也可能违反界定滥用市场支配力的第(1)款的规定。

(1AA)规定如下：拥有重大市场份额的企业不得为以下目的，在相当长时间内以低于提供这种货物或服务的企业相关成本的价格提供商品或服务或报价：

- (a) 排除或严重损害该企业的竞争对手或在该市场或其他市场上与该企业有关系的公司法人的竞争对手；或
- (b) 阻止任何人进入该市场或任何其他市场；或
- (c) 嚇阻或阻止任何人在该市场或任何其他市场上从事竞争行为。

中国 2007 年 8 月 30 日中国《反垄断法》第十七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，并禁止以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品。第十七条还禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易。

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营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

欧洲联盟 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不公平做法适用《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就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行为，从而阻止或可能阻止一个或多个实际或潜在的竞争对手，以强化或保持其市场支配力，使消费者因此受损，欧盟委员会一般会进行干预。

德国 德国《反限制竞争法》第 19 条对占支配地位的企业可归类为掠夺性的行为作出了更广泛的禁止规定。首先，具有支配地位的企业在没有客观理由的情况下，不得以不公平的方式直接或间接阻碍另一家企业开展业务，或对另一家企业作区别对待。此外，除非有客观理由，否则企业不得向同类市场的同类买方要求低于占支配地位的企业要求的付款或其他商业条件。根据法律规定，尚不清楚来自某个市场而不是另一个市场的竞争对手的向下调价压力，是否会构成价格差异的客观理由。

匈牙利 2010 年最后修正的 1996 年《竞争法(第 LVII 号)》第 21(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对手，并可能将竞争对手挤出有关市场或阻碍它们进入市场。

波兰 波兰《竞争和消费者保护法》(2007 年)第 9 条具体列举了企业可能滥用其支配地位的 7 种可能的方式，包括通过直接或间接实行不公平价格，包括过度或掠夺性定价、付款期限过长或其他贸易条件。⁸

俄罗斯联邦 俄罗斯联邦《联邦竞争保护法》(2015 年修订)第 7 条禁止以垄断性低价对商品定价。垄断性低价是指低于商品的必要生产和销售成本与利润之和的价格，并低于在买方和卖方的构成、流通和进入条件以及政府监管(包括税收和关税监管)相似

⁸ 波兰，《竞争和消费者保护法》(2007 年 2 月 16 日)，可查阅 http://www.polishlaw.com.pl/pdf/act12b_new.pdf。

区域/国家

的市场竞争条件下形成的价格，如果俄罗斯联邦或国外存在这样的市场，包括通过以下方式设定的价格：

1. 通过降低商品前期的固定价格，但必须全部满足下列条件：
 - (a) 产品生产、销售所需费用保持不变，或者产品生产、销售所需费用变化与价格变化不相称；
 - (b) 市场上买卖双方的构成没有变化或者变化不大；
 - (c) 产品在市场上的流通状况，包括政府管制造成的流通状况，保持不变或与价格变化不成比例；
2. 维持或不提高前期的固定价格，但必须完全满足下列条件：
 - (a) 产品生产、销售所需费用大幅增加；
 - (b) 市场上买方或者卖方的构成带来了产品涨价的可能性；
 - (c) 市场流通状况，包括政府管制造成的流通状况，带来了产品涨价的可能性。

拉丁美洲

巴西

2011年11月30日《第12.529号法》第36条第3款第十五项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。在提到最近涉及制药商Genzyme的诉讼时，巴西经济防卫行政委员会指出，反垄断法的目的是建立一个平衡的竞争市场，以最低的价格向消费者提供产品。因此，只有当一家公司的行为没有有利于竞争的逻辑时，它才会认定掠夺性定价违规行为。Genzyme诉讼中的原告没有提供证据表明Genzyme的定价低于自己的平均可变成本，也没有证据表明Genzyme有理由采取掠夺性定价行为。

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条明确规定，在存在占支配地位的情况时，为将竞争对手逐出市场、或防止其进入市场或扩张的目的而将价格削至低于成本，便属于滥用行为。

秘鲁

《秘鲁竞争法》第10条对滥用支配地位的定义是，在相关市场中具有支配地位的经济主体利用这种地位不当限制竞争，而如果该经济主体不是占支配地位，这种情况便不可能发生。秘鲁的竞争管理机构，即国家捍卫自由竞争和保护知识产权研究所(Indecopi)必须证明，可疑行为具有或有可能产生反竞争效应，对消费者福利产生不良影响，此处的重点是效率，而不是保护效率较低的企业。⁹

北美洲

加拿大

加拿大《竞争法》第78条规定了“反竞争行为”的定义，第79条禁止具有支配地位的企业采取这种行为。第78条第(一)款将“以低于收购成本的价格出售物品，以惩戒或消除竞争对手”纳入该法的禁止范围。该条的定义是不完整的，但列举了占支配地位的企业可能采取的多种形式的掠夺性行为。

加拿大竞争局提供了关于滥用支配地位的指导意见，其中规定，“掠夺性行为即企业故意将产品价格定在低于其自身成本的适当标准之下，以消除、约束或阻止竞争对手进入市场或扩张”。指导意见没有对涉嫌企业的成本提供适当的衡量标准。

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，所投诉的价格必须“低于适当的成本标准；第二，收取低价的竞争对手“很有可能”收回低于成本价的投资。(Brooke Group Ltd.诉Brown和Williamson Tobacco Corporation案，509 U.S.(1993)；另见Cargill Inc.诉Monfort of Colorado, Inc.案，479 U.S.104,

⁹ 经济合作与发展组织，2018年，“经合组织—美洲开发银行竞争法和竞争政策同行审评：秘鲁”，可查阅<https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-2018.pdf>。

区域/国家

117(1986))。最高法院认为，必须对促进竞争的削价与反竞争的掠夺性定价进行区分，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))。同样的要求也适用于掠夺性投标的概念。最高法院认为，根据《谢尔曼法》第 2 条，锯木厂经营者 Weyerhaeuser 只有在原告能够证明 Weyerhaeuser 因其对赤杨原木投入产品的更高出价而遭受(或预计将遭受)短期损失，并且有极大的概率通过更高的产出市场定价来收回损失的情况下，才须根据《谢尔曼法》第 2 条承担责任(Weyerhaeuser Co. 诉 Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007))。

美国司法部强调，“除了掠夺性定价可能属于反竞争性质的这一广泛共识之外，人们普遍认识到‘如果一家企业知道降价会给任何竞争对手带来困难，甚至会迫使其退出市场，反垄断法就会禁止降价，那样做便是愚蠢的’”。为此，司法部承认，布鲁克集团的双重要求给掠夺性定价法带来了必要的严谨和秩序，并得出结论认为，没有可靠的方法来对高于成本的掠夺性定价与合法折扣进行区分。因此，司法部认为，不论企业的垄断地位如何，高于成本的定价本身都应该是合法的。司法部还认为，高于平均总成本的定价本身应该是合法的，低于平均总成本的定价可能在经济上是合理的。司法部的指导意见承认，人们越来越多地达成共识，即可避免成本是评估掠夺性索赔的最佳衡量标准，因为它侧重于实施掠夺性定价时产生的成本。根据司法部的说法，平均可避免成本反映了增量销售的负现金流，因此可能反映了排除竞争对手的努力。当平均可避免成本难以评估时，司法部认为，平均可变成本通常是下一个最佳选择(见“竞争与垄断：《谢尔曼法》第 2 条下的单一企业行为”，第 4 章，“价格掠夺”，可查阅 <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-4>)。

(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，包括在关联企业的交易中采用定价政策，与关联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；

21. 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对手逐出市场的策略。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企业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。

22. 忠实折扣属于价格歧视策略。依据此种策略，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，具有市场支配力的企业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，价格降低可产生回报，这两者之间的关联可能导致反竞争的排他性做法。造成反竞争效应的可能是边际掠夺性行为(“类似掠夺的行为”)，也可能

是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”)。¹⁰

23. 价格歧视还包括企业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)。

24. 禁止歧视的规定还涵盖了提供或采购商品或服务方面的一些条款和条件。例如，提供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。

现行法律中的不同做法：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》废除了这一禁令。2010年《竞争和消费者法》没有完全禁止价格歧视。然而，在适当的情况下价格歧视可能违反该法第46条，因为它禁止滥用市场支配力。

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，以下歧视性行动即为滥用行动：对同等交易实行歧视性条件，因而使一个消费者或供应商相对于另一个类似的消费者或供应商而言处于不利地位；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。

秘鲁 虽然法律认为歧视性定价是滥用行为的一个例子，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10.2(b)条)。¹¹

南非 《竞争法》(1998年第89号)第9条规定对占支配地位的企业的价格歧视实行如下禁令：在下列条件下，占支配地位的企业作为商品或服务的销售商采取的构成违禁的价格歧视：

- (a) 有可能产生严重防止或减少竞争的效应；
- (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) 在商品或服务的提供方面给予或允许的任何折扣、补贴、回扣或入账；
 - (三) 对商品或服务提供的服务；
 - (四) 对商品或服务提供的服务的支付方式。

但是，在(c)款所列的任何事宜上对不同买家作差别对待的行为并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、经销、销售、推销或交付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，以达到竞争对手提供的价格或利益；
- (c) 是为了应对影响有关商品或服务市场的条件的变化，包括以下行动：

¹⁰ 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。

¹¹ 秘鲁，批准《禁止反竞争行为法》的第1034号法令(2008年6月24日)，可查阅 <https://www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf>。

区域/国家

- (一) 为应对易腐货物的实际或即将变质而采取的行动；
- (二) 为应对货物的过时而采取的行动；
- (三) 依据清仓或查封手续进行的大甩卖；
- (四) 因有关商品或服务业务终止而进行的诚信大甩卖。

美国竞争管理机构承认，价格歧视通常是合法的，因为这反映了与不同客户打交道的不同成本，或卖方试图达到竞争对手的价格。然而，根据《罗宾逊-帕特曼法》，如果满足以下条件，则价格歧视可能是非法的：

1. 有争议的产品必须是商品，并且必须是购买的，而不是租赁的。
2. 必须是“同一等级，同一品质”的商品。
3. 歧视性的定价策略很可能会损害竞争。
4. 销售通常必须在州际商务中进行，即跨州销售。

(c) 设定售出商品的转售价格，包括进出口商品的转售价格；

25. 设定商品的转售价格，通常是生产商或批发商的做法，一般称为维持转售价格。根据一些国家的竞争法，维持转售价格本身即属非法，另一些国家的竞争法律制度则对其适用合理原则，因为它可能有利于竞争。例如，维持转售价格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。但维持转售价格也可能助长卡特尔，因为这种做法可帮助卡特尔成员找到削价的制造商。

26. 维持转售价格也可以通过间接手段实现，例如通过设定经销利润、设定折扣水平或其他行为，如威胁、警告和制裁等。

27. 在这方面，应该强调的是，一些国家的竞争法不将维持零售价格归为一种特定类型的滥用支配地位行为，而是将其视为反竞争纵向协议的一种具体案例。

现行法律中的不同做法：维持转售价格

区域/国家

非洲

南非

《竞争法》(1998年第89号)第5(2)条(2018年《竞争修正法》未作修改)禁止维持最低转售价的做法。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。

根据该法第7条的定义，如果纵向限制涉及被认为占支配地位的一家(或多家)企业，对滥用的限制也可能适用，但关于这些限制在有关滥用支配地位的单独章节中作出规定。

东部和南部非洲共同市场

东部和南部非洲共同市场(东南非共同市场)竞争委员会将维持转售价格列为损害消费者利益的纵向安排，因为受维持转售价格制约的企业无法有效应对消费者需求，也无法与竞争对手进行有效竞争，因此根据《东南非共同市场竞争条例》受到禁止。东南非共同市场竞争委员会调查了可口可乐及其经销商的限制性纵向销售做法。经过调查，双方同意从经销合同中取消维持价格的条款(东南非共同市场竞争委员会，工作人员文件第2018/12RR/08号，可口可乐，2018年

区域/国家

12月6日)。该裁决受到批评，被认为在分析指称的维持转售价格、提到东南非共同市场评估维持转售价格条例下的相关法律标准时缺乏重要细节。¹²

亚洲

中国

中国《反垄断法》第十四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。但是，《反垄断法》第十五条规定了包含纵向限制的协议可以不适用第14条的规定的情形。《反垄断法》第十七至第十九条也可能对一方当事人在相关市场具有支配地位时对纵向限制的评估有参考价值。

中国最高人民法院最近判决了一起涉及维持转售价格的案件，认定中国竞争管理机构无需承担证明企业维持转售价格行为的反竞争效应的责任。

印度

根据2002年出台的《竞争法》，维持转售价格协议，特别是作为纵向协议的一种，将根据合理原则进行评判(第3(4)条)。该法案针对的似乎是维持固定转售价格，而不是维持最高和最低转售价格。在该法第4(2)(a)(ii)条中，根据滥用支配地位的法律框架，单方面设定转售价格被列为滥用行为。¹³在最近的一起案件中，印度竞争管理局认为，维持转售价格如涉及通过折扣控制机制监测最大允许折扣水平，并对不遵守的行为进行处罚，便构成违反该法第3(4)条不合理地施加纵向限制的行为(印度竞争委员会，案件编号17/2017，本田摩托车和滑板车案，2018年3月14日的裁决)。¹⁴

日本

根据日本《竞争法》，“确定不公平贸易做法”(公平贸易委员会1982年第15号公告)第12段禁止维持转售价格不正当地限制另一方的商品销售价格。¹⁵日本公平贸易委员会在其经销系统和商业惯例指南中指出，维持转售价格被视为“一种不公平的贸易行为，原则上是非法的”。¹⁶然而，该规定允许在“有正当理由”的情况下维持转售价格。最高法院对这一术语进行了限制性解释，不是“企业家有必要或有理由在企业管理中使用这一限制性术语”就可以使用的。(明治商事株式会社提起诉讼，寻求推翻日本公平贸易委员会的一项裁决，最高法院1975年7月11日的裁决)¹⁷

土耳其

根据土耳其《竞争法》，如果说纵向协议可以得到这种集体豁免，但维持最低和固定转售价格是《纵向协议公报》所明确禁止的。在其裁决实践中，土耳其竞争管理机构在以前的案件中，考虑到维持转售价格协议的目标或影响就足以禁止维持转售价格(Dogus Automotive/Volkswagen; WB Company; Efes)。在最近的案件中，竞争管理机构还在很大程度上考虑了市场结构，如品牌间竞争与品牌内竞争、消费者利益等(Kütas Tekanne, Vira)。

¹² 东南非共同市场，2019年，“东南非共同市场限制性商业做法指南”，可查阅 https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2019/08/Final-Guidelines-on-RBP_May-2019.pdf; 另见 <https://www.comesacompetition.org/?p=2090>。

¹³ 印度，2002年，《2002年竞争法》，可查阅 https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf。

¹⁴ 印度，印度竞争委员会，2017年第17号案件——本田摩托车和滑板车印度私人有限公司(见 <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.17%20of%202017.pdf>)。

¹⁵ 日本，公平贸易委员会，1982年，“确定不公平贸易做法”，1982年6月18日第15号公告(见 https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html)。

¹⁶ 日本，公平贸易委员会，2017年，“《反垄断法》下的经销制度和商业惯例指南”(英文翻译; 见 https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf)。

¹⁷ 见经济合作与发展组织，2008年，维持转售价格问题圆桌会议，日本的说明，DAF/COMP/WD(2008)56，可查阅 https://www.jftc.go.jp/en/int_relations/oced_files/RESALEPRICEMAINTENANCE.pdf。

区域/国家

欧洲

欧洲联盟

欧洲联盟的竞争法不将维持转售价格归为一种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。对该行为的定义是：限制买方决定其销售价格的能力，但不影响卖方施加最高售价或给出建议售价，只要这种价格不是来自任何一方的压力或奖励所致的固定或最低售价。

根据第 330/2010 号条例，关于纵向限价的基本原则是，一方面，对实施维持固定或最低转售价实行强硬限制，另一方面，在规定最高转售价格或发布建议价格的集体豁免参数范围内提供自动豁免(关于某些类别的纵向协议的集体豁免第 4(a)条)。受到强硬限制的维持转售价格涉及一个可推翻的推定，即不符合《欧洲联盟运作条约》第 101(3)条的条件。尽管如此，欧盟委员会的《纵向指南》本身提供了纵向限价做法可能符合《欧洲联盟运作条约》第 101(3)条的四个累积条件的例子，因此，鉴于维持转售价格与《条约》第 101(3)条之间的关系，造成了一定程度的矛盾。

瑞典

瑞典《竞争法》第 2 章第 1 和第 2 条以及第 2 章第 7 条对应《欧洲联盟运作条约》第 101(1)条和第 101(3)条以及《欧洲联盟运作条约》第 102 条，并包括纵向协议。正如《竞争法》在准备工作中所述，瑞典竞争法明确以欧盟的竞争法为指导。然而，该法一般不禁止维持转售价格，也不设有对纵向限制的明确定义。但活跃在各级贸易系统的企业之间达成的任何限制竞争的协议或协同做法都可能被包括在内。

德国

德国竞争法普遍禁止维持转售价格。根据《反限制竞争法》第 1 条，维持转售价格属于协议的定义范围。然而，《反限制竞争法》第 2 条允许在有利于消费者的效率理由的情况下给予豁免。《反限制竞争法》第 30 条还规定，书籍、报纸和杂志不受普遍禁止维持转售价格的规定限制。关于维持转售价格的定义，《反限制竞争法》第 14 条旧版规定，维持转售价格是：“企业之间达成协议[……]在一方与第三方就所提供的商品、其他商品或商业服务达成的协议中[……]限制其决定价格的自由”。

波兰

波兰《竞争和消费者保护法》禁止维持转售价格，但如果它有助于技术或经济进步，并且消费者可以公平分享协议产生的利益，则可以得到豁免。¹⁸ 然而，竞争法如何对待维持转售价格是一个有争议的问题，关于维持转售价格的价值的辩论受到波兰竞争管理机构(竞争和消费者保护办公室)的密切关注。¹⁹

拉丁美洲

巴西

2011 年 11 月 30 日巴西第 12.529 号《竞争法》第 36 条为评估纵向限制(即除合并以外的所有反竞争行为)提供了一个框架。第 36(3)条提供了可能构成反竞争做法的行为的非完整清单。其中包括潜在的反竞争纵向协议，包括维持转售价格做法。根据经济防卫行政委员会第 20/99 号决议附件一，维持转售价格等纵向限制一般要求在原产地市场上拥有市场支配力(企业控制相关市场的 20%或更多即推定拥有市场支配力)。附件一还指出，这种做法应根据合理原则进行评估，因为当局需要权衡有利于竞争的效应和反竞争效应。然而，在最近一起维持转售价格案件中，巴西竞争管理机构似乎背离了对维持转售价格采取的合理原则方法，认为除非被告能够证明效率，否则维持转售价格做法属于非法。无论这种做法持续了多久，也不管经销商是否遵循最低转售价格，都会被认定存在违规行为(SKF，行政诉讼 08012.001271/2001-44)。

墨西哥

根据《墨西哥联邦经济竞争法》索引二第 10 条，维持转售价格与所有其他纵向限制一样，是一种受合理原则约束的垄断行为，其定义如下：“设定经销商或

¹⁸ 2007 年 2 月 16 日《竞争和消费者保护法》。

¹⁹ 经济合作与发展组织，2008 年，维持转售价格问题圆桌会议，波兰的说明，DAF/COMP/WD(2008)59，可查阅 [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2008\)59&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2008)59&docLanguage=En)。

区域/国家

供应商在将商品商业化或销售商品或提供服务时必须遵守的价格或其他条件”。²⁰

北美洲

加拿大

加拿大的竞争法过去将维持转售价格作为刑事罪加以惩罚。但在 2009 年，一条可民事执行的规定取代了这一禁令，根据新规定，加拿大竞争法院仅可在这种做法“对竞争产生不利影响”时才对之加以禁止。（《竞争法》第 76 条）。该规定不仅适用于具有支配地位的企业，而且也适用于任何：“(a) 从事生产或供应某产品的业务的人；(b) 通过信用卡提供信贷，或以其他方式从事信用卡的相关业务的人；或(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，从而拥有专有权及特权的人”。

美国

美国最高法院最初裁定，如果有具体协议要求经销商维持特定价格，则维持最高和最低转售价本身违反了《谢尔曼法》第 1 条(Albrecht, Dr. Miles)。 (见 Electronics Corporation 诉 Sharp Electronics Corporation 案, 485 U.S. 717、720、724 (1988))。但是，最高法院于 2007 年放弃了维持转售价格本身违法的观点，转而采用合理原则分析(见 Leegin Creative Leather Products Inc. 诉 PSKS Inc. dba Kay's Kloset 案, 551 U.S. 877(2007))。最高法院认为，本身违法原则是不合适的，因为最高法院不支持维持转售价格总是或几乎总是限制竞争或减少产量的结论，以及维持转售价格明显具有反竞争性质的结论。对 Leegin 案的裁决提供了在维持转售价格案件中需考虑的三个因素。首先，使用维持转售价格的制造商数量。其次，维持转售价格是由制造商还是由零售商提出的；最后，所涉制造商或零售商是否具有市场支配力。

(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；

28. 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又称之为“灰市”，它是指：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《范本》上述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，以掩盖国际用尽并防止相互进口。²¹

²⁰ 经济合作与发展组织，2004 年，“墨西哥的竞争法和竞争政策：经合组织同行审评”，可查阅 <https://www.oecd.org/mexico/31430869.pdf>。

²¹ 欧洲法院第 3/78 号裁决(1978)ECR 1823 就是针对这种行为。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。

29. 权利人能否将平行进口产品合法逐出某一市场，取决于进口国的知识产权法和竞争法。采用国内用尽原则的知识产权制度赋予防止平行进口的权利，而采用国际用尽原则的知识产权制度则视平行进口为合法行为。根据国内用尽原则，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。这样该国或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。根据国际用尽原则，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。²² 最后，在采用区域用尽原则的制度中，受保护的产品在某特定区域首次售出后，独家经销权即随之用尽，因此可在该区域内平行进口，但不得从该区域之外平行进口。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。

30. 支持禁止平行进口的人认为，作为某一专营地区的零售商，进口国的知识产权权利人如果确信实力与其相近的竞争对手不能免费搭车，将更愿意投资于客户服务或售前咨询等等。支持者认为，鉴于这种激励作用，应禁止平行进口。

31. 反对禁止平行进口的人更关注的是其对品牌内部竞争的消极影响。特别是欧盟等法域，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家权利与货物自由流动之间实现平衡的重要手段。

32. 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。不过，应该指出，在一些允许平行进口的法域，企图阻止平行进口通常不构成占支配地位的企业的一类特定的滥用行为，但可能构成反竞争的纵向限制。

33. 鉴于数字化和电子商务的日益发展，围绕平行贸易限制的问题²³ 延伸到数字经济中，类似的限制，如地理封锁(网上交易者根据消费者的国籍或居住地或营业地限制跨境销售的做法)，给数字内容的跨境消费者造成了障碍。因此，欧洲联盟于 2018 年 2 月 27 日通过了欧洲联盟地理封锁条例，禁止基于客户国籍、居住地或营业地的不合理地理封锁和其他形式的歧视((EU)2018/302 号条例)。

现行法律中的不同做法：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用尽的概念，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造成不合理的损害”(《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)。2013 年，哥斯达黎加竞争管理局与卫生部的关系有些紧张，当时卫生部限制平行药物进口，要求专利持有人同意才能进口。卫生部提出的理由是，这些措施能保证高质量的产品，防止第三方在未经专利持有人同意的情况

²² 见 K Maskus, 2001, “Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries”, 可查阅 http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf, 2015 年 5 月 19 日查阅。

²³ 当使用独家经销系统(不论是实体还是网上)的产品供应商希望加强对其独家经销商的保护时，可能会对平行进口实行限制。在这种情况下，当消费者/顾客想在网上购买产品，但由于对国籍、居住地或营业地的歧视性要求而被拒绝销售时，竞争便受到限制，这对跨境网上销售产生了不良的竞争影响，而且没有任何正当理由。

区域/国家

	<p>下将其商业化。然而，哥斯达黎加竞争管理局认为，这些限制违反了明确允许平行进口、限制对新竞争者的进入壁垒的适用法规，因此限制了市场竞争。²⁴</p>
欧洲联盟	<p>根据《欧洲竞争法》，平行进口的定义为在特定公司建立的正式系统之外进行的产品贸易。根据欧洲联盟范围内用尽的原则，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“Deutsche Grammophon /Metro 裁定”后成为欧洲联盟法院的一贯裁决：²⁵</p> <p>“拥有法律承认的独家经销权的权利人禁止在本国境内销售由其本身或经其同意投放另一成员国市场的产品，原因是这种销售不发生在本国境内，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的行为合法化，它有违条约的基本目的，即将多个市场统一为一个单一市场。”</p> <p>如果相关企业被视为占支配地位的企业，限制平行进口可能违反《欧洲联盟运作条约》第 101 条或第 102 条。欧洲法院又裁定，任何限制平行贸易的协议都是“按标的”的滥用行为，即使没有证明消费者受到损害(葛兰素史克 C-501/06 P、C-513/06 P、C-519/06 P)。</p>
瑞士	<p>根据《瑞士卡特法》第 5(4)条，对平行进口的限制可视为非法的地区限制。²⁶ 在 2013 年 12 月 19 日对 GABA International AG、Gebro Pharma GmbH 的裁决中，瑞士法院认定，不论对瑞士境内竞争的影响如何，也不论是否有对竞争的影响达到了某种强度的证明，限制被动销售均属非法限制。²⁷</p>
日本	<p>日本的知识产权法既不排除也不认可平行进口。然而，根据日本的反垄断法，阻碍平行进口本身属于非法，不受合理原则的约束。²⁸ 日本在几起案件中采取措施，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。</p>
新西兰	<p>《1998 年版权修正法》使新西兰某些情况下的平行进口合法化。²⁹ 1998 年之前，《1994 年版权法》禁止新西兰平行进口受版权保护的所有商品，但进口供国内使用的商品除外。平行进口在符合 1994 年第 143 号《版权法》第 12(5A)条的规定时为合法行为。相关规定如下：</p> <p>“根据第(3)(b)款，任何人进口或拟进口至新西兰的作品，符合以下情况者不属于侵权复制品：</p> <p>(a) 有关作品由作品中的版权或同等的其他知识产权在制作国的所有者本身制作或经其同意制作；或</p> <p>(b) 如果在制作国无人拥有有关作品中的版权或同等的其他知识产权，则适用以下任何一项规定：</p>

²⁴ 经济合作与发展组织，2014 年，“哥斯达黎加的竞争法和竞争政策：同行审评”，可查阅 <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>。

²⁵ 欧洲联盟法院，78/70(1971)ECR 487。

²⁶ 瑞士，《关于卡特和其他竞争限制的联邦法》(1995 年 10 月 6 日，截至 2014 年 12 月 1 日的状态)，可查阅 <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>。

²⁷ Concurrences，2013 年，瑞士联邦行政法院维持竞争管理局对一家牙膏制造商和许可人及其经销商和被许可人禁止从奥地利到瑞士(GABA 国际)平行进口的罚款，12 月 19 日，可查阅 <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/december-2013/The-Swiss-Federal-Administrative-64200>。

²⁸ 日本，公平贸易委员会，2017 年，修订版，“反垄断法下的经销系统和商业惯例指南”，可查阅 https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf。

²⁹ 新西兰，《1998 年版权修正法》(见 <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1998/0020/latest/DLM426040.html>)。

区域/国家	
	<p>(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保护)已经失效;</p> <p>(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);</p> <p>(三) 该作品为某一艺术品的三维复制品, 在该国按第 75(4)条规定的方式用于工业生产;</p> <p>(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制作。</p>
南非	《商标法》第 34(2)(d)条允许平行进口, 并规定, “商标所有人或经商标所有人同意, 向南非共和国进口或在南非共和国经销、销售或要约出售已使用该商标的商品”, 注册商标不受侵犯。2002 年修订的《专利法》(1978 年第 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, 而且专利权人或其被许可人或代理人对专利产品所收取的价格, 相对于在专利权人或者其所有权的前持有人或继承人, 或者根据他们的许可制造这种专利品的国家收取的价格要高得多, 则可以颁发强制许可。
津巴布韦	未经授权的平行进口通常被允许进入津巴布韦。《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卖的成本”, 则允许平行进口。 ³⁰

(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惯用的商业条件进行交易;

34. 一般来说, 企业有合同自由, 因此有能力拒绝与其他企业交易。各法域认识到, 规定交易的义务可能导致投资下降、创新减少。但在有些情况下, 拒绝交易可能被用作排除竞争对手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对手开展业务不可或缺的设施, 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。在这种情况下, 排除竞争对手带来的消极影响大于对投资和创新的促进作用。

35. 但需要记住的是, 拒绝交易本身并不具有反竞争性, 而是市场竞争的一部分。企业应有选择是否交易的自由, 也应有向老客户、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的自由。企业事先宣布何种情况下拒绝交易, 也不属反竞争行为。

现行法律中的不同做法: 拒绝交易

区域/国家	
巴西	根据第 12 号法(529/2011)第 36 条第 3 款第五和第十一项, 拒绝交易和拒绝对方使用基本设施被视为潜在的违反反垄断法行为。使用该设施必须是进入市场的必要条件, 并且复制该设施必须是不可能或在合理范围内不可行的, 此时方构成违反反垄断法的行为。在最近对 Thyssenkrupp 的调查中, 巴西竞争管理机构(经济防卫行政委员会)发现,

³⁰ 世界知识产权组织, 2014 年, “专利权的例外和限制: 专利权的用尽”(SCP/21/7), 可查阅 http://www.wipo.int/edocs/md-ocs/scp/en/scp_21/scp_21_7.pdf。

区域/国家	
	有足够的替代供应商，因此所指控的行为不构成违反反垄断法的行为。对拒绝交易行为的其他调查涉及金融部门，如提供信用卡服务(针对巴西的大型金融机构)和其他支付处理公司。
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不应滥用市场支配地位，没有正当理由，不应拒绝与交易相对人进行交易。国家工商行政管理局《支配地位规定》第4条和国家发展改革委《反价格垄断规定》第13条提供了拒绝交易的详细例子。
欧洲联盟	<p>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认为，拒绝供应是一种潜在的滥用支配地位的做法。根据该指南，拒绝供应包括：拒绝向客户供应产品、拒绝给予知识产权许可或拒绝对方使用基本设施或网络。如果存在以下三种情况，欧盟委员会将这些做法视为执法的优先事项：拒绝提供的产品或服务，在客观上对在下游市场有效开展竞争的能力是必不可少的；拒绝供应可能导致下游市场的有效竞争消失；拒绝供应很可能使消费者受到伤害。</p> <p>在欧洲普通法院最近的一项判决(斯洛伐克电信公司诉欧盟委员会，案件号码 T-851/14, 2018年12月13日)中，法院裁定，为了认定拒绝交易行为，不需要裁定准入对潜在竞争对手开展业务不可或缺，因为无论如何，基本的监管框架都明确承认准入的必要性。</p>
南非	<p>《竞争法》(1998年第89号)第8(b)条规定，禁止具有支配地位的公司在经济上可行的情况下拒绝让竞争对手使用必要设施。根据《竞争法》第1(六)条，“基本设施”是一种基础设施或资源，没有它，竞争对手就无法合理地向其客户提供商品或服务。</p> <p>此外，第8(d)(二)条禁止占支配地位的企业在经济上可行的情况下拒绝向竞争对手提供稀缺商品，如果供应这些商品在经济上是可行的，除非有关企业能够显示出技术、效率或其他有利于竞争的收益大于这种行为的反竞争效应。至于滥用行为的实际反竞争效应，在 Nationwide Airlines(Pty)Ltd、Comair Ltd 诉 South African Airways (Pty)Ltd 一案中认定，不需要证明消费者受到实际伤害，便可能发生滥用行为；如果有实质性或重大排斥的证据，例如封杀市场竞争的证据，就已足矣。</p>
美国	美国竞争法并不明确禁止拒绝交易的做法，美国最高法院也从未明确采纳“基本设施”原则。在 Aspen Skiing 案所设的限制范围内，终止现有业务关系可能违反《谢尔曼法》第2条，因为从长远来看，牺牲短期利润是为了从市场中淘汰竞争对手。Aspen Skiing Co 诉 Aspen Highlands Skiing Corp.案，472 U.S. 585, 601(1985)。2004年，最高法院强调这一类别属于第2条的外部界限，并重申企业可以拒绝与其竞争对手交易这项一般规则(Verizon Communications, Inc.诉 Curtis V.Trinko 律师事务所)。
印度	印度《竞争法》(2002年)第4条提供了一份做法清单，一个占支配地位的企业或集团实施这种做法，便构成滥用支配地位，占支配地位的企业属于这种做法范围的任何行为都可能受到禁止，包括以任何方式限制或约束商品生产或服务提供，以及纵容导致拒绝市场准入的做法。 ³¹ 另一方面，印度竞争委员会在其关于印度竞争法的指导意见中指出，企业通常有权自行选择与谁做生意。然而，如果这项选择是通过与另一竞争对手、企业或个人合谋作出的，则很可能会触犯法律。 ³² 在最近的一起案件中，印度竞争委员会决定调查索尼和印度之星公司在电视广播业务中建设性地断然拒绝交易的行为，并认为市场支配力是评估的必要条件(印度竞争委员会，案件编号 30/2017，诺伊达软件科技园/星空印度/索尼影视网络印度，2018年7月27日)。 ³³

³¹ 印度，《2002年竞争法》，可查阅 https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competiti_onact2012.pdf。

³² 《全球合规新闻》，n/d，“印度的反垄断和竞争”，可查阅 <https://globalcompliancenews.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-india/>。

³³ 印度竞争委员会，案件编号 30/2017，诺伊达软件科技园/星空印度/索尼影视网络印度，2018年7月27日，可查阅 <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2030%20of%202017.pdf>。

(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：

[……]

(二) 将某种商品或服务的提供，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；

36. 上述行为常常是独家交易安排的一个方面，可将其称为一种商业惯例：即一家企业，往往是在某一指定地区内获得购买、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，销售方往往要求购买方不要经营或生产竞争商品。

37. 根据此类安排，经销商放弃部分商业自由，以换取保护，使竞争对手无法销售所涉的具体产品。协议条款通常反映有关各方的相对议价地位。

38. 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，但在前一种情况下，经销者不归共同所有。

39. 需要注意的是，许多国家的竞争法在处理独家经销协议时，并不只是依照禁止滥用支配地位的规定，而且还联系反竞争的纵向协议加以处理。

现行法律中的不同做法：独家交易

区域/国家	
欧洲联盟	<p>欧盟委员会在关于《欧洲联盟运作条约》第 102 条的指导意见中，使用“独家交易”一词来涵盖明确的和间接的独家购买义务和有条件回扣。它将独家交易的概念进一步扩展到独家供应，竞争方面的主要关注点是封杀客户问题。根据欧盟法律，独家交易可能属于《欧洲联盟运作条约》第 102 条规定的滥用支配地位的行为，但即使不存在支配地位，根据《欧洲联盟运作条约》第 101 条的规定，独家交易作为一种反竞争协议，也可能是非法的。欧洲法院认定，如果供应商拥有 50% 的市场份额，则可以推定独家交易属于非法。另一方面，“纵向限制集体豁免”提供了一个“安全港”，条件是，双方的相关市场份额不超过 30%，独家安排期限不超过 5 年。</p>
美国	<p>美国法院通常将独家交易视为纵向协议，因此必须进行合理原则分析(Standard Stations 诉美国, 1949 年)。最高法院在对 Continental TV 诉 GTE Sylvania 案的里程碑式裁决中特别指出，纵向非价格品牌内限制的市场影响是复杂的，因为一方面品牌内竞争减少，另一方面品牌间竞争增加。³⁴</p>
中国	<p>中国《反垄断法》第十七条列出了一份非完整的清单，列举了没有正当理由、被视为滥用因而被禁止的各类行为。截至 2018 年底，虽然没有对独立的非价格纵向协议发起调查，但对滥用支配地位的调查与纵向安排有关，其中包括独家交易。在汽车行业，目前由在其品牌汽车售后市场具有支配地位的汽车制造商采用的两类零部件独家交易正受到中国竞争管理机构的监督，包括对授权网络成员施加的独家购买义务(即限制从替代来源购买)和对零部件供应商施加的独家供应义务，即限制此类供应商直接向售后市场销售私人品牌。</p>

³⁴ 关于单方面拒绝交易，见美国诉高露洁公司案，美国最高法院，1919 年，250 US300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443。又见伊士曼柯达诉图像技术服务公司案，504 US451 (1992)(其中认为，拒绝与竞争对手交易的垄断权不是绝对的，应允许陪审团决定被告提供的理由是否为借口)。

区域/国家	
智利	根据智利的竞争法，独家交易是第 211/1973 号法令第 3 条的一般原则所涵盖的纵向限制，任何阻止、限制或妨碍自由竞争或可能产生这种效应的行为或合同都可能受到惩处。此外，独家纵向协议可以构成滥用支配地位的手段，因为任何合同条款如果以提高不合理的进入壁垒、创造或强化支配地位为目的，都可以被解释为“滥用”。因此，智利竞争管理机构认定，占支配地位的企业所签署的独家交易条款，如产生进入壁垒，将被视为具有反竞争性质(FNE 诉 CCU)。
大韩民国	韩国公平贸易委员会根据《垄断条例》和《公平贸易法》执行韩国《竞争法》，包括滥用支配地位行为。在此范围内，韩国公平贸易委员会调查了谷歌游戏，询问谷歌是否与游戏开发商进行独家交易。

(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；

40. 供货商与其经销商之间达成的安排通常分配一具体地区(地区分配)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网点销售。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间竞争时尤其如此。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。

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

42. 客户分配是指供应商要求买方只向某一类客户销售产品，比如只向零售商销售产品。提出这种要求是因为制造商希望维护或提高产品形象或质量，或供应者可能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网点，比如限于符合特定条件的、有许可的零售商。此类限制可用来断绝折扣零售商或独立零售商的供货，以便维持转售价格，限制销售和服务网点。

43. 做出地区分配和客户分配的安排是为了实施独家交易安排，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差别定价。此外，由于担心定价最高的地区出现价格竞争，常利用选择性经销系统防止通过向指定地区之外出口进行转售。

44. 此处应再次注意的是，许多国家的竞争法制度在处理独家和选择性经销系统时，并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。

现行法律中的不同做法：地区分配和客户分配

区域/国家	
欧洲联盟	根据欧盟委员会纵向协议集体豁免条例第 4(b)条和《纵向指南》，地区或客户分配通常是不允许的。不过，《纵向指南》规定了某些例外情况(“白名单”),如选择性经销系统。
日本	日本公平贸易委员会公告“确定不公平贸易行为”规定,禁止企业间以不公平地限制双方之间的任何交易为条件的交易。此一般条款涵盖除维持转售价格或独家交易以外的其他不合理限制,如地区限制或客户限制。公平贸易委员会在其关于《反垄断法》下的经销系统和商业惯例的指南中,进一步规定了地区分配或客户分配的合法性标准。

(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提供,以向供应商或其指定的人购买其他商品或服务为条件。

45. 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,如商品 A 和商品 B,一起出售。单纯捆绑销售指几个产品必须一起出售(如 A+B)。非单纯捆绑销售指两个产品既可一起出售(A+B),也可单独出售(A, B),单独出售时第一件产品可打折——即捆绑折扣。搭售与此做法类似,是指需购产品只与被搭售产品一起出售,但被搭售产品也可单独出售(A+B, B)。被搭售产品可能与需购产品毫无关系,也可能是其同类产品。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。由于供应商在需购产品上占支配地位,因此它能够接受其他产品作为其销售条件。

46. 搭售和捆绑销售可能导致反竞争的封杀行为,并助长维持或强化市场支配力的行为,从而不利于竞争。多数法域认为,竞争管理部门须指出搭售和捆绑销售安排所带来的反竞争影响;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。

47. 当某些经济条件成立时,理论上搭售可以使在一个市场占支配地位的企业利用其市场支配力进入另一个市场,减少或消除第二市场上的竞争,并阻止新的企业进入。

48. 在数字化的背景下,搭售和捆绑的概念已经发生了变化,它们最初是指两种产品的联合销售,现在应用于数字经济中的案例,涉及软件集成或在搜索在线排名时优先显示等做法。

现行法律中的不同做法：搭售和捆绑销售

区域/国家	
非洲	
南非	《竞争法》(1998 年第 89 号)第 8(d)(三)条规定,禁止占支配地位的企业以买方购买与合同标的无关的其他商品或服务为条件销售商品或服务,或强迫买方接受与合同目标无关的条件。要认定存在非法搭售,必须证明存在反竞争效应,即有证据表明存在对

区域/国家	
	消费者福利的实际损害或导致市场对竞争对手基本封锁的结果(竞争委员会诉南非航空公司 18/CR/MAR01), 而且没有显示出技术、效率或其他有利于竞争的收益大于这种行为的反竞争效应。
亚洲	
中国	中国《反垄断法》第十七条第五款规定, 具有市场支配地位的经营者不应滥用市场支配地位, 没有正当理由搭售商品, 或者在交易时附加其他不合理的交易条件。
印度	根据印度竞争法, 搭售构成一项纵向协议, 须接受合理原则分析。《竞争法》特别列出了这种做法, 视其对竞争条件的实际或可能影响而定, 可能受到禁止。为了评估这些可能的影响, 印度竞争管理机构会考虑《竞争法》第 19(3)条 ³⁵ 所列的各项因素, 其中包括, 将现有竞争对手淘汰出市场、封锁市场和提高市场进入壁垒。
欧洲	
欧洲联盟	《欧洲联盟运作条约》第 102 条(d)款禁止以下滥用行为: 规定订立合同时对方须接受补充义务, 而此种补充义务从其性质或商业惯例来看与此类合同的标的物无关。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, 如果一个企业在搭售市场处于支配地位, 并满足以下条件: 搭售产品和被搭售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。2018 年, 欧盟委员会在对谷歌进行了为期三年的调查后, 对其处以罚款, 罪名包括从事非法搭售和捆绑销售行为。谷歌的行为包括非法捆绑其搜索和浏览器应用程序(欧盟委员会, 案件编号: 40099—谷歌安卓, 2018 年 7 月 18 日)。
拉丁美洲	
巴西	2011 年第 12529 号法第十八节第 36 条规定, 以获取或使用另一种商品或服务为条件销售商品, 或以获取或使用另一种商品或服务为条件提供服务, 是一种违反经济秩序的行为。
阿根廷	《阿根廷反托拉斯法》第 3 条提供了一份不完整的做法清单, 如果符合《反托拉斯法》第 1 条的规定, 这些做法便属于非法做法。根据第 3(f)和(g)条, 这些做法包括: 将销售商品与购买其他商品或使用服务捆绑在一起的条件, 将提供服务与使用另一项服务或购买商品捆绑在一起的条件, 以及将购买或销售与承诺不使用、购买、销售或提供由第三方生产、加工、经销或商业利用的商品或服务捆绑在一起的条件。 ³⁶
北美洲	
美国	美国最高法院对搭售安排的定义如下: “一方同意出售一种产品, 但买方同时还须购买一种不同的(即被搭售的)产品, 或至少同意不从其他任何供应商处采购该产品”(北太平洋铁路公司诉美国案, 356 US 1, 5-6 (1958))。 当卖方利用其在一种产品上的市场支配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。 ³⁷ 《谢尔曼法》第 1 条规定, 以下情形中存在搭售责任: (a) 涉及两种不同的产品;

³⁵ 印度, 《2002 年竞争法》, 可查阅 https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf。

³⁶ 阿根廷, 国家保护竞争委员会, 2018 年, “滥用支配地位案件分析准则草案”, 可查阅 https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/traduccion_ingles_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf。

³⁷ 见北太平洋铁路公司诉美国案, 356 U.S. 1, 6 (1958); Times-Picayune 出版公司诉美国案, 345 US 594, 605 (1953)。

区域/国家

- (b) 被告使顾客别无选择，为获取另一产品只能接受被搭售产品；
- (c) 这一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“市场支配力”。³⁸

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，无效的搭售安排的基本特征是，卖方利用其对搭售产品的控制，迫使买方购买其根本不想要的，或者可能更想以不同的条件在别处购买的被搭售产品。”然而，多年来，最高法院对搭售安排的强烈反对已大为减少。最高法院在较近期提出的意见中没有以推定为基础，而是要求证明在搭售产品方面的市场支配力。³⁹

在杰斐逊教区案中，最高法院又重复了一项既定原则，即“如果政府已授予卖方对一种产品的专利或类似的垄断权，则可以合理地假定，无法在别处购买该产品会给予卖方市场支配力”。当卖方以购买第二个产品(被搭售产品)为条件销售专利产品(搭售产品)时，在反垄断背景下适用于推定市场支配力，其基础是司法创立的专利滥用理论(见美国诉 Loew's Inc.案，371 US38, 46 (1962))。

在微软案中，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院宣布了一项新的宽松的责任规则，该规则推翻了最高法院关于搭售本身违法的主导规则，因为法院担心，本身非法规则会对创新产生动态影响(美国诉微软公司案，253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001))。

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。

49. 在一些国家的竞争法制度中，如果一些本身不具反竞争性质的行为可能提高效率且效果大于反竞争的影响，竞争管理机构可批准这些行为。2004年之前，欧洲竞争法对反竞争协议及协同做法一直沿用这一办法。也就是说，欧盟委员会不仅有权实行集体豁免，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，而且还在有关企业单独提出申请时，分别批准了一些合同及协同做法。后一种做法于2004年弃用，目前由各企业自行评估其行为是否符合竞争法规定。

50. 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企业自我评估的做法。例如，一些非洲国家的竞争法体系仍规定，竞争管理机构有权对某些协议及协同做法给予个别豁免。有关这一问题的更多信息，请参阅第三和第五章的评注。

51. 批准及豁免历来只涉及反竞争性质的协议及协同做法。但不排除有些国家的竞争法体系也对滥用支配地位行为规定了这种可能性。

52. 例如，《2002年巴巴多斯公平竞争法》第16(4)条指出，如果委员会能确信以下情况，则企业将不被视为滥用其支配地位：

- (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由此产生的利益；

³⁸ 伊士曼柯达公司诉图像技术服务公司案，504 U.S. 451, 461-62 (1992)。

³⁹ 见 Illinois Tool Works, Inc.诉 Independent Ink, Inc.案，547 U.S. 28, 34-35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006)。

(b) 其行为在市场上产生影响或可能产生影响，是因为它优异的竞争表现；

(c) 企业是在根据现有的版权、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应；

(二) 阻碍技术的转让和传播。

53. 在法国，《法国商法典》第 L.420-4 条载有对滥用市场支配地位和侵犯有经济依赖的企业实行免罪的规定。这种豁免适用于以下商业做法或商业行为：即具有确保经济进步，包括创造或保留就业机会的作用，并能使消费者公平分享由此产生的利益，而不会使有关企业有可能消除产品市场上的很大一部分竞争。这种做法可包括为同一品牌或商标的农产品安排产量和生产质量以及贸易政策。
