



联合国 贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/71
29 May 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

投资、技术和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)

最近涉及一个以上国家的重要竞争案例

贸发会议秘书处的报告 *

执 行 提 要

本报告评述发达国家、发展中国家和转型经济体近期一些涉及合并、购并和集中之类限制性商业惯例的案例。其中一些案例具有跨国性，涉及它国或在当事国内经营的外国公司。从过去的案例调查和政府间会议讨论的经验中可以看出，有必要提高人们对发达国家和发展中国家竞争主管机关之间在双边和区域两级合作产生的益处的认识。合作可提高发展中国家的理案能力。发展中国家也在不断地审查各种加强竞争的办法，包括在调查卡特尔时采取宽大政策。发展中国家所面临的一些挑战是因竞争法规的结构性缺陷所致，另一些挑战则源于竞争政策和政府的其它政策之间的政策冲突，例如，部门管制机构与竞争主管机关对竞争事务的共同管辖权问题。对大约 30 个跨国性反竞争做法的案例进行了分析，本报告列入了从竞争主管机关、部门专管机构和政府其他机构之间在立案、结案和调查方面的 11 个合作实例中汲取的经验。

* 本文件因处理延误而在上述日期提交。

一、导言和概述

1. 本报告是贸发会议秘书处为竞争案例系列审查编写的续文，特别着重阐述发展中国家在执行竞争法方面的进展情况。在第八届会议上，竞争法和竞争政策问题政府间专家组请贸发会议秘书处编写一份文件，介绍近期重要的竞争案例，特别提及涉及一个以上国家的竞争案件，并考虑到成员国发送的材料。

2. 本报告评述的案例是从成员国为回应贸发会议秘书处提出的信息请求所提供的资料以及其他可公开获得的资料中挑选的。考虑到涉及发展中国家的可获得资料的案例数量较少，因而为评述工作选择了较广范围的案例，其中包括(a) 对一个以上国家的市场包括发展中国家市场有影响的案例；(b) 涉及总部或其它经营业务在案件审议所在国之外的企业的案例；或(c) 起源于发达国家和发展中国家、涉及具有国际重要性的问题或部门(特别是对于发展中国家来说)的案例。

3. 本报告评述的案例表明，在全球化和自由化背景下，竞争法和竞争政策正成为某些发展中国家经济政策中的一个关键因素。这些案例还表明，在许多国家，强制执行竞争可帮助处理在发达国家和发展中国家(包括最不发达国家和经济转型国家)市场中盛行的反竞争做法问题。然而，这些样本是从较少的案例和国家中提取的，这表明，更多国家需力争通过竞争法并切实加以执行，树立和(或)加强竞争风气。经评述的部分案例表明，许多部门都存在着诸如串通舞弊、滥用支配地位等反竞争做法，而且在许多情况下，反竞争做法以纵向和横向违法行为相混合的形式出现。同样，要求竞争主管机关评估由国内或国际并购和集中所产生的潜在反竞争影响的呼声也越来越高。本报告阐述各类政策的成功执行、冲突或协调问题，也述及各种挑战。不过，新设立竞争主管机关的国家(尤其是发展中国家和经济转型国家)与发达国家竞争主管机关之间在改进执行方法和改善协调方面，仍有很大的余地。

二、反竞争做法

A. 泰国：制药部门的强制许可做法

4. 泰国最近加入了那些利用《与贸易有关的知识产权问题协议》(“《涉贸知识产权协议》”)中的灵活性国家的行列，批准对制药专利实行强制许可，以增加卫生系统医药的使用机会。2006 年 11 月和 2007 年 11 月期间，卫生部准许使用两种抗逆转录病毒药物的专利权：依法韦仑(Efavirenz)(默克公司(Merck)以施多宁(Stocrin)药名销售)和洛匹那韦/利拖那韦(Lopinavir + Ritonavir)(雅培公司(Abbott)以克力芝(Kaletra)药名销售)。《涉贸知识产权协议》协定允许在不与专利权人协商的情况下签发公共使用许可。为艾滋病药品签发强制许可的其他国家有：印度尼西亚、马来西亚、加纳、厄立特里亚、莫桑比克、赞比亚和南非。¹

5. 泰国签发强制许可时，雅培公司对一年的克力芝供应量要求支付 2,200 美元，这相当于同类仿效药最低价格的十倍。由于无法以该价格为所有需要者提供充分的治疗，泰国试图为克力芝和其他急需药品谈判减价。谈判失败后，泰国政府签发了购买同类仿效药许可证。

6. 2007 年 3 月，雅培公司对就克力芝药品实施强制许可的做法做出回应，宣布不再在泰国注册新药品销售。拒绝在一个贫穷的热带国家销售唯一热稳定型由利拖那韦加强的蛋白酶抑制剂会危及许多生命，如下文所述，也违反了泰国的《BE. 2542 号竞争法》。为回应泰国做出的在当地法和国际法上合理的签发克力芝药品和其他药品公共卫生强制许可决定，雅培公司宣布，该公司将拒绝在泰国经销一种新的热稳定型克力芝药品及其他几种药品。2007 年 4 月，泰国医疗界活动人士向贸易竞争委员会提交了一份申诉，称雅培公司扣留产品的做法违反了泰国的《竞争法》。该法规定，在该国占支配地位的从事商业活动的公司不得在不提供有利于竞争的充分理由情况下拒绝供应产品。

7. 根据一项近期分析，² 对于在签发公共使用许可前雅培公司拒绝为对克力芝药品的同类仿效药提供许可的做法，泰国可能还会考虑以其他理由对该公司提

¹ www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html.

² www.wcl.american.edu/pijip/thai_comp_licenses.cfm.

出竞争申诉。这些理由可补充实施强制许可制的现有公共卫生理由，根据《涉贸知识产权协议》，公共卫生理由允许使用较低(包括零)专利权使用费的方式以及准许无限额出口强制许可产品的方式对雅培公司进行惩罚。雅培公司拒绝许可同类仿效药的做法可能违反泰国《竞争法》第 25 条第(1)款，该条款禁止“不合理地设定或维持产品的购买或销售价格或服务费”。这一做法可能还违反第 29 条，该条禁止“任何会产生妨碍或限制其他经营者的商业运营或阻止他人开展业务等影响的行为”。

8. 2007 年 12 月，贸易竞争委员会判定，由于下述原因，被告方撤回药品注册申请并未违反贸易竞争法：

- (a) 占市场支配地位的厂商有义务向贸易竞争委员会作出通报。市场支配地位的定义是，前一年市场份额超过 50%、销售额至少为十亿泰铢(约合 3,200 万美元)的任何产品或服务。不过，雅培实验室的营业额低于这一数目。此外，其行动未被认定为在无正当理由的情况下中止、减少或限制分销、交货或进口以将质量降至市场需求之下；
- (b) 该公司撤回在食品和药品管理局的注册做法并未构成伤害泰国消费者的意图。

评 注

9. 许多竞争法，包括泰国的竞争法在内，都规定，从事商业活动的占支配地位的公司不得在不提供有利于竞争的充分理由的情况下拒绝供应产品。雅培公司拒绝提供的是最贫穷消费者所需要的那种克力芝产品。³ 该案表明，该泰国委员会对活动人士提出的异议极为重视，这些人士将不利于穷人的市场细分战略视为拒不供货理论下的反竞争做法。尽管针对雅培公司的诉案未获成功，但由于该案现已进入公共领域，对于其它占支配地位并持有知识产权的企业来说，仍可起到威慑作用，使其不滥用市场支配地位。而且，该案提高了对医药和其他救生产品实施强制许可时适用竞争法的程度。另一个实例是南非治疗行动会，该会于 2001 年

³ 另一个有可能相类似的情形是，能源公司在回应它不接受的公用事业定价决策时，撤回建造新的改进型输电线路和发电厂的申请，并将所有输出量限制在现有水平上，从而限制了越来越多的人使用能源的机会。占支配地位的关键产品供应商的此类决定看来“在无正当理由的情况下中止、减少或限制了服务、生产、购买、分销、交货或进口”。

向南非竞争事务委员会提出了针对葛兰素史克公司(GSK)和 BI 公司的申诉，申诉称这些公司对艾滋病一线药物定价过高。2003 年，该委员会判定，这些公司在各自市场均占有支配地位，其定价过高和拒绝许可同类仿效药的做法滥用了其支配地位。

B. 南非：食品部门的操纵物价和市场分配

10. 自 2007 年 2 月以来，在收到西开普几家独立面包经销商的投诉电话后，南非竞争委员会已对(Pioneer Foods 公司)(Sasko and Duens Bakeries)、Premier Foods 公司(商业名为：Blue Ribbon Bakery)和 Tiger Brands 公司(Albany Bakeries)在面包业的操纵物价和市场分配做法进行了调查。该委员会将调查扩大到全国范围，还对制粉业的多种做法进行了一项单独调查。在对该部门进行的一次前期调查中，在宽大政策下曾对几家面包公司给予豁免。宽大政策是在探查卡特尔的工作中新近引入的，对在调查过程中与竞争事务局合作、向其通风报信的卡特尔成员提供保护。

11. 2008 年 1 月，南非竞争委员会表示，如果它发现面包和制粉公司曾对最近面包价格上涨进行了密谋，就会撤回给予这些公司的豁免。该委员会称，有必要对面包和制粉业的价格上涨进行持续调查。Premier Foods 公司由于与调查进行了合作并承认它在卡特尔中的作用而被免于起诉。Tiger Brands 公司也决定与该委员会进行合作，最终承认参与了卡特尔并被处以大约 1300 万美元的罚金。

12. 最近，Tiger Brands 公司开始为 Albany 面包过分要价。Pioneer Foods 和 Premier Food 公司也提高了价格。Foodcorp 公司也于 2007 年 11 月抬高其 Sunbake 面包的价格，而市场对此无多少察觉。在南非全国各地每天售出的大约 700 万条/只面包中，以上四大食品公司占有 65%以上的份额。该委员会对价格上涨做出回应时称，“这种明目张胆的牟利行为是对国民、尤其是对贫困者的侮辱。这表明，密谋串通还在继续；或者说，卡特尔成员正试图维持其以非法方式获得的人为过高利润”。⁴

⁴ 见 www.fin24.co.za/articles/default/display_article.aspx?ArticleId=1518-25_2255314.

13. 面包生产商称，价格上涨是由于物料成本上涨，特别是作为主要成分的小麦，其价格在去年几乎翻了一番。该委员会的执法与豁免部称，面包价格是通过串通人为维持的，其价格本应保持不变而不是上涨。而且，面包商希望维持利润率。该委员会正在要求面包商做出解释；它还进行了调查，以查明是否物料成本上涨导致了面包价格的合理上涨。如果它发现这些公司再次参与了它们曾被给予豁免的卡特尔，该委员会可将豁免收回。

14. 2007 年，物料成本上涨率相同，在某些情形下比小麦价格上涨得更快。在这种情况下，再加上其他一些原因，大部分南部非洲关税同盟成员国从南非购买面包产品，这些价格上涨在该关税同盟中具有跨界效应。

15. 2008 年 5 月 5 日，该竞争委员会判定，Pioneer Foods(私人)有限公司和 Foodcorp(私人)有限公司违反了 1998 年的《竞争法》，并将调查结果提交法庭裁决。由于竞争企业之间采取的行动而且考虑到其行为对社会最贫困阶层最为有害，该委员会参照了它对国内面包烤制业卡特尔活动的调查结果，并因此请求法庭(a) 宣布 Pioneer 和 Foodcorp 公司违反了《竞争法》第 4 条第(1)款(b)项第(i)和第(ii)目；(b) 责令 Pioneer 和 Foodcorp 公司停止操纵面包价格和分配市场的行为；(c) 向第一和第二被告各征收 2006/07 财政年度年营业额的 10%的行政罚款；(d) 寻求其认为适当的进一步或替代性补救办法。

评 注

16. 为做到有效，豁免的适用需附带某些条件。对于违反法律的公司，尤其是在已发现有卡特尔活动证据的情况下，需要有更加严格的报告要求。考虑到涉及操纵物价和市场分配问题的案件数目很多，南非竞争事务主管部门的一项主要目标是质疑卡特尔活动。在这方面，一些拟议修正案打算纳入宽大政策，其目标是确定一种更加有效的手段探查和起诉卡特尔这一在世界许多地方卡特尔都具有违法性质的活动。

17. 对目前的宽大政策进行修正时应考虑的事项包括：(a)限制提供豁免保障的斟酌权，将宽大政策扩大至卡特尔所有成员；(b)口头提交材料而不需书面；(c) 采用一个“标记”系统，企业可使用该系统事先确定是否能享受宽大政策并为自己做

出预留。该案例表明，在向参与卡特尔活动的公司提供豁免的情况下，需开展后续行动和合规检查行动以确保这些公司未再参与卡特尔活动。

C. 大韩民国：滥用机械工程部门的支配地位

18. 对现代汽车公司滥用支配地位，尤其是限制销售代理迁址或扩展商店，雇用销售代表，同时强迫销售代理完成过多销售配额的做法，韩国公平贸易委员会于 2007 年 1 月 17 日对该公司施以惩戒措施，责其追加赔付 230 亿韩元(约合 2350 万美元)。该公司购入起亚汽车公司后，其在国内汽车市场的市场力得到加强。根据向韩国公平贸易委员会提出的针对该公司的申诉以及该委员会自行收集的事实，该竞争事务主管机关对现代汽车公司及其销售代理进行了五次现场调查。

19. 韩国公平贸易委员会的初步调查显示，该公司从事了以下活动：(a)限制销售代理迁址；(b)与其工会签订了一项协议，限制销售代理雇用销售代表，该工会的地方分会要求该公司维持和加强这一限制；(c)设定年度销售配额并在地方总部之间加以分配。

20. 韩国公平贸易委员会认为，由于犯有下述反竞争做法，该公司违反了《垄断管制和公平贸易法》：(a)滥用市场支配地位，限制销售代理迁址；(b)滥用市场支配地位，限制销售代理雇用新职员；(c)妨碍竞争者的业务活动，这是第 3-2 条第(1)款第 3 项加以禁止的；而且还滥用了第 23 条第(1)款第 4 项定义的市场支配地位，对其销售代理强加过分的销售配额。

21. 韩国公平贸易委员会对该公司施以惩戒措施，责其取消对商店迁址和雇用新人的限制以及强加过分销售配额的做法。还责令该公司在 60 天内修改或取消与其销售代理签订的某些合同条款，撤销或修改与其工会(包括地方分会)达成的协议。除惩戒措施外，韩国公平贸易委员会还责其追加赔付 230 亿韩元(约合 2350 万美元)，这一赔偿额是根据该公司在违法所涉期间的相关营业额计算的。

评 注

22. 为促进消费者福利之目的，针对在高度集中的国内汽车市场中滥用市场支配地位和不公平的商业做法，韩国公平贸易委员会对该公司作出的决定执行了竞争法。需注意的另外一点是，竞争事务主管机关需建立一个框架，据以对该市场中完成的兼并进行重新估价，以确保合并后的实体不滥用其市场中的地位，并确保兼并符合批准条件(如有的话)。防止滥用支配地位可节省竞争事务主管机关的资源。由于现代公司和起亚公司像许多其他跨国企业一样在全世界都有分公司，竞争事务主管机关从本案所使用的方法及其解决办法中汲取经验并将类似方法适用于其他相关案件，将是件有益的事。

D. 津巴布韦：采镍业中的专营协议

23. 2007 年 4 月，津巴布韦竞争和关税委员会收到一份申诉，诉称宾杜拉镍业公司(Bindura Nickel Corporation)、津矿产品销售公司(Minerals Marketing Corporation of Zimbabwe)和一家名称为嘉能可国际公司(Glencore International AG)的瑞士公司之间有一项不公平的出口销售协议。按照《竞争法》(第 14: 28 章)第 28 节的规定，对该项申诉以限制性做法的名义进行了调查，在该项法律中这种做法的定义包括对竞争加以实质性限制的协议。

24. 宾杜拉镍业公司目前是津巴布韦的唯一镍生产厂商。该公司过去有 4 家镍矿(Epoch 矿、Madziwa 矿、Shangani 矿和 Trojan 矿)，但目前只有两个矿点处于开采之中。然而，由于生存能力方面的挑战，这两个开采之中的镍矿并未以全部生产能力运营。尽管津巴布韦铂矿公司在其他贱金属的生产中也生产一些镍作为一项副产品，但这主要是白硫的生产，在出口前被运往南非做进一步加工。津矿产品销售公司是根据议会一项法令成立的，作为津巴布韦生产的除金银外全部矿产品的唯一销售代理。该公司代表生产公司行销矿产品。嘉能可国际公司是镍产品的全球买主。

25. 宾杜拉镍业公司、津矿产品销售公司和嘉能可国际公司曾达成一项协议，向嘉能可国际公司销售宾杜拉在津巴布韦镍矿生产的全部镍产量。该协议初始定为 20 个月，此后可再续。在该协议下，津矿产品销售公司保留这样一项权

利：将宾杜拉镍业公司镍月产量的 15%留给特定顾客，条件是，这些销售的条件不亚于向嘉能可国际公司的销售，而且这些特定顾客不在嘉能可公司专营市场的范围之内。

26. 宾杜拉镍业公司生产的全部镍产品都出口。镍产品用于一些专门化的工业流程中，目前在津巴布韦没有这些流程，例如不锈钢业、宇航业和汽车零件制造业。因此，当地对这种产品没有需求。2006 年，镍出口为津巴布韦出口收入贡献了 35.8 万亿津元(约合 12 亿美元)，仅次于黄金出口，这项出口贡献了 53.7 万亿津元(约合 18 亿美元)。在国际市场上，2007 年 3 月底以来，世界金属(特别是镍和铂)价格激增，镍价格接近六年的新高达到每吨 50,342 美元，从 2001 年价格上升了 100%。然而，宾杜拉镍业公司(借助于津矿产品销售公司)是一家无关紧要的厂家，其全部产量不到世界市场的 1%。

27. 在解释宾杜拉镍业公司、津矿产品销售公司和嘉能可国际公司之间的排他性销售协议理由时，提交的材料称，宾杜拉镍业公司目前未以全部生产能力生产，需要某些材料进行收费加工。与当地材料组合一起进行收费加工的原材料不产于津巴布韦，因此有必要由一家有外币的外国公司帮助采购这些原材料。如果没有这种融资，宾杜拉镍业公司就不能生产和营销镍产品。津矿产品销售公司因此找到了三家这种外国公司，其中包括嘉能可国际公司，该公司被认为是最适合的，它提供了最好的条件。嘉能可国际公司同意为这项业务提供资金，以换取最终产品的专享权。如果没有嘉能可国际公司的前期资金筹供，宾杜拉镍业公司就不能盈利生产，因为这会导致高生产成本。

28. 宾杜拉镍业公司还提出，达成该项协议的原因是，为较经济地运营宾杜拉的熔炼和精炼业务，该公司总是从南非和博茨瓦纳采购镍精矿。镍精矿是外来物料，占镍全部年产量的 40%以上。不过，进口的镍精矿在交货前必须预先支付，宾杜拉镍业公司没有能力用外币进行这种支付。该委员会指出，虽然宾杜拉镍业公司、津矿产品销售公司和嘉能可国际公司之间的镍营销协议是限制性的，其对竞争造成的影响在外国市场上比在津巴布韦当地市场更易感受得到，因为在当地市场上，宾杜拉镍业公司是唯一的镍生产商，该产品也不在该国消费。该协议因而不当地市场产生任何竞争影响，因此，该案不在《竞争法》的管辖权内(第 14: 28 章)。

评 注

29. 在本案中，应注意的是，《竞争法》仅适用于“处于津巴布韦共和国内部或在该国国内产生影响的”经济活动。该委员会指出，即使协议在《竞争法》的管辖权限内，它也会带来许多公共利益福利，这不仅表现为有保证的出口收入和对一种关键商品的进口融资，而且还提高了津巴布韦的镍生产效率，这些福利超出了协议在限制性方面产生的不利影响。

30. 由于镍金属对津巴布韦经济发展极为重要而且其潜在需求正在上升，该案表明，竞争法和竞争政策对于监测和质疑反竞争行为极为重要。我们也可推断，在产品需求不在当地而在国外的那些市场上，竞争法和竞争政策可作为产业政策的补充。该案还表明，越来越需要在区域或国际层面执行竞争法来处理跨界反竞争影响。

E. 克罗地亚：直接适用欧盟委员会关于微软公司的决定

31. 在本案中，没有向克罗地亚竞争事务局提起任何正式诉讼。然而，在该局的要求下，微软公司签署了一项承诺。在该项承诺中，微软公司保证遵从欧盟委员会在 2004 年 3 月 24 日第 2007/53 EC 号决定中规定的条件和义务(初审法院 2007 年 9 月 17 日的判决维持了这项决定)，在克罗地亚领土上尊重竞争规则。

32. 欧盟委员会关于微软公司的决定指出，该公司拒绝提供互操作性信息。该委员会认为，微软公司隐瞒这一信息的行为妨碍了工作组服务器操作系统产品的开发和流通。该决定还指出，微软公司使 Windows 客户端个人电脑操作系统的获得取决于同时购置 Windows Media Player。由于该公司占有服务器操作系统的巨大市场份额，这就满足了欧盟委员会规定的支配地位条件。在这些特别情况基础上得出的结论是：微软公司的拒绝构成了不正当地滥用支配地位的做法，这与《欧盟委员会条约》第 82 条不相容。

33. 克罗地亚竞争事务局提及欧盟委员会的这一决定，要求微软公司确保，在平等使用的基础上并按与欧盟内部公司适用的同等条件向克罗地亚境内该市场中的所有公司披露相关的 Windows 服务器协议规格。此外，还要求该公司确保，在欧盟内可以不受歧视地以各种语言获得未配置 Windows Media Player 的现有

Windows XP 和 Windows Vista 操作系统，即以同样价格提供两个版本的 Windows，并确保可以获得未配置 Windows Media Player 的新版本的克罗地亚语 Windows XP 和 Windows Vista 操作系统。

评 注

34. 由于欧盟法律本身不适用于克罗地亚市场，将欧盟委员会关于微软公司滥用支配地位的决定作治外法权的直接执行具有特别的意义。我们应由此注意到欧洲司法权对国外竞争事务主管机关的影响，看它们是如何处理类似案件的。然而，我们不应忘记，在克罗地亚案例中，就未来加入欧盟而言，国家管辖权和欧洲管辖权之间的高度契合是符合该国利益的。在克罗地亚市场执行欧洲立场的做法以及韩国公平贸易委员会 2005 年解决同一问题的方式都表明，对互操作性信息获取权以及对捆绑做法在二级市场产生的影响所作的这种解释，在欧盟管辖范围之外获得支持。克罗地亚和大韩民国案例之间的联系是，资源有限的发展中国家可将大型管辖实体的决定适用于自身的情况。

F. 葡萄牙：滥用电信部门的支配地位

35. 2007 年，葡萄牙竞争事务主管局对葡萄牙电信公司违反《国家竞争法》第 6 条第(1)款和第(3)款第(b)项以及《欧盟委员会条约》第 82 条，滥用支配地位的做法处以 3800 万欧元(约合 5900 万美元)的罚金。该案始发于 2003 年，TvTel 公司当时提出了一项申诉，其后 Cabovisão 公司于 2004 年当时提出了另一项申诉，这两个公司都是市场竞争者，它们称，葡萄牙电信公司拒绝提供其地下导管网的使用权。

36. 在调查期间，对葡萄牙电信公司房舍进行了突击检查。葡萄牙竞争事务主管机关发现了以下证据：葡萄牙电信公司(国家电信公司)拒绝其下游市场的竞争者 TvTel 和 Cabovisão 公司使用其地下导管网，这是一项关键的基础设施。由于拒绝提供这一关键基础设施的使用权，葡萄牙电信公司的竞争者无法为大约 73,000 个家庭安装电缆网络，从而限制了有线电视、宽带互联网和固话服务业务的提供。葡萄牙竞争事务主管机关认定，葡萄牙电信公司在使用基础设施为电子通信

网络铺设电缆和基础设施的市场上以及在相关的下游市场上拥有支配地位。这样，73,000 个家庭无法选择 CATVP-TV Cabo Portugal 公司以外的有线电视提供商，该公司的大股东是葡萄牙电信集团。此外，葡萄牙电信公司对葡萄牙的某些重要城市地区预先排除了市场使用权。

37. 因此，葡萄牙电信公司的行为具有防止、限制或扭曲市场竞争之目的及影响，违犯了国家竞争法和欧盟委员会竞争法。受影响的市场是付费电视服务、零售宽带互联网和零售固话市场。在葡萄牙，法律(即 2003 年 6 月 11 日第 18 号法律《国家竞争法》第六条)所禁止的是仅仅是支配地位的滥用，而不是持有这一地位本身；该条法律的条文与《欧盟委员会条约》第 82 条的规定相似。

38. 根据《葡萄牙竞争法》，凡出现以下情况，便证明存在支配地位：(a) 一家公司在不面临很大竞争或远超越于竞争者的市场上经营——独家支配地位；或(b) 两家或更多公司在不面临很大竞争或远超越于第三方的市场上联合行动——集体支配地位(第 18/2003 号法律第 6 条第(2)款)。

39. 《葡萄牙竞争法》宣布以下情形是一种滥用行为：“在获适当偿付时，拒绝向任何其他企业提供第一方控制的一种关键网络或其他基础设施的使用权利，而在没有这种使用权的情况下，由于事实上或法律上的原因，第二方无法在上游或下游市场上作为占有支配地位的企业竞争者运营，但总应排除这种情况：支配地位企业做出证明，由于经营或其他原因，无法合理地使这种使用权成为可能”(第 6 条第(3)款 b 项)。

评 注

40. 该案被认为违反了葡萄牙竞争法和《欧盟条约》。为避免类似情况发生，该竞争事务局开列了一份常见问题清单，澄清了有关滥用支配地位的所有问题。拒不提供关键网络设施的使用权，从而阻碍二级市场上的竞争，这在基于《欧盟委员会条约》第 82 条的欧洲案例中是一个核心问题。其中包括：例如，(a) 2007 年欧洲初审法院对微软公司案的判决；(b) 码吉尔案(涉及电视节目预告，这在争端起始国爱尔兰可受著作权保护——这是很罕见的情况)；(c) IMS Health 公司案(涉及一种受版权保护的方法，用来对有关在德国药品销售的数据进行组织，这已成为事实上的标准)。在其裁决中，葡萄牙竞争事务主管局确认了这一法律观念。

G. 印度尼西亚：批发部门的合同条款

41. 印度尼西亚商业竞争监督委员会根据适用法规完成了一项调查，并就第 02/KPPU-L/2005 号案件做出了一项裁决。该案涉及以下情况：据称印度尼西亚第 5/1999 号《关于禁止垄断做法和不公正商业竞争法》遭到违反，这一违反与总部设在法国的家乐福公司印尼分部对供货商适用的贸易条件协议有关。委员会的理事会发现，家乐福在与其供货商进行产品购销业务时，使用了书面协议，这些协议列出了一些须与每个供货商谈判的贸易条件，例如，上架费、固定折扣、负保证金、支付条件、定期折扣和普通分类费用。供货商在其报告中提到，他们认为，这些贸易条件难以执行，尤其是就那些规定了上架费和负保证金的条件而言。

42. 家乐福的上架费是供货商为向家乐福公司提供新产品而支付的费用，它是产品未能售出情况下的一种担保。上架费的确定是一次性的，而且不退款。小供货商和大供货商的费额不同，而且上架费也未对所有供货商适用。2004 年，家乐福公司从这项上架费中获得的收入达 250 亿卢比(约合 270 万美元)。负保证金是供货商向家乐福提供的担保，目的是保证其产品的销售价格是最低销售价。该担保规定，如果家乐福得到书面证据，证明其竞争者的相同产品销售价比家乐福的购买价便宜，家乐福就有权要求供货商赔偿家乐福的购买价与竞争者的实际销售价之间的差价。发票扣减的计算方法是，将差价乘以供货商在家乐福商店中剩余产品的量。家乐福的目标是在其竞争者中保持最低销售价格。2004 年，家乐福通过使用让 99 个供货商支付负保证金的手段，共获得 19 亿卢比的收入(约合 20 万美元)。

43. 印度尼西亚商业竞争监督委员会认为，在本案中，相关市场是在雅加达、Tangerang、Bandung、Surabaya 和 Medan 市直接竞争的零售超市，它们销售方便食品和饮料等家庭必需品、主食、新鲜产品、家用产品和电器。家乐福在超市零售部门中的竞争者是，Giant, Hypermart 和 Clubstore。委员会的理事会认定，家乐福与 Hypermart、Giant 和 Clubstore 相比拥有相当大的市场力，因为它有数量最多的位置极佳的商店，其便利水平和设施完备水平都很高。由于家乐福占据支配性市场地位，希望在超市销售和陈列其产品的当地供货商依赖家乐福的设施。

44. 印度尼西亚商业竞争监督委员会判定，家乐福滥用了其议价权，迫使供货商接受不利的贸易条件。施加的压力包括，拖延支付到期款项等，如果供货商对支付条款的变动有意见，家乐福就采取报复措施，不在其商店销售供货商的产品。委员会理事会敦促家乐福在从事商业活动中进一步注意这一点：每一项适用于供货商的贸易条件都应为家乐福和供货商双方提供附加值，并避免将限制性条件强加给供货商(特别是中小企业)。最后，在本案调查结果的基础上，委员会理事会判定，理事会依法确凿无疑地证明，被举报方违反了第 5/1999 号法律第 19 条。理事会责令被举报方停止将负保证金条件适用于供货商的违法做法，并对被举报方施以 15 亿卢比的处罚(约合 15 万美元)。

评 注

45. 家乐福案是不对称谈判权问题的一个实例，一方是总部设在工业化国家的跨国公司，另一方是发展中国家的中小型供货商和(或)顾客。家乐福，作为全世界第二大零售集团，拥有适当的手段战略性地渗透印度尼西亚市场，在挤走其他竞争者之后，将限制性贸易条件强加给依赖其基础设施的当地供货商。该案表明，某些发展中国家在有效执行竞争法和竞争政策方面取得了一些进展。然而，发展中国家的法律规定是否留有足够的空间来适当地处理这些违法行为，即罚金是否高到足以产生威慑效果——尤其是在处理涉及跨国公司的案例方面来说，目前仍然是个疑问。

二、兼并和收购

A. 巴西：医药部门中的兼并

46. 巴西经济防卫管理委员会 2006 年 10 月 4 日常会最近有条件批准了巴西唯一不涉农业部门的兼并活动。该案是两家欧洲公司雅斯拓控股公司(荷兰)和金普斯国际公司(卢森堡)之间的兼并案，它们生产塑料安全卡和商业化的软件、硬件和相关服务。本分析主要以技术资源的支配地位对竞争的影响为基础。按照报告专员的描述，在该市场上经营的公司可分为两个战略组：(a) 雅斯拓和金普斯之类的公司，这些公司拥有技术资源，可通过创新进行竞争，它们不仅从安全卡的销售

而且从技术许可中获得收入；(b) 在安全卡的销售方面进行竞争的公司，这种竞争不是以创新而是以削减成本为基础。

47. 欧洲竞争事务主管局也对该案作了分析，该局证实，这些公司在欧洲拥有的专利名目繁多。根据这一事实，欧盟主管部门决定批准该项兼并，但这些公司应承诺许可其知识产权，因为它们对这些关键资产所拥有的支配地位可对安全卡市场的准入造成障碍。不过，这一决定仅在欧洲领土上有效。

48. 在巴西，经济防卫管理委员会发现，专利的使用对于巴西市场来说意义不大，因为批准的专利数目很低(大约占欧洲专利保护的 1%)。另一方面，雅斯拓和金普斯公司对有效专利以及对由于国际知识产权条约可望在巴西得到保护的专利的控制可使其维持支配地位。在此基础上，巴西经济防卫管理委员会要求这些公司承诺，它们有义务以公平、合理和不歧视的方式，向在巴西市场上以任何方式经营的任何有关方，许可其在巴西交存的与订户身份识别卡(SIM 卡)有关的专利。

评 注

49. 上述案例提供了一个实例，表明希望减少外部兼并所造成的反竞争影响的发展中国家改进了执法能力和政策。根据影响派理论，如果海外公司之间的集中合并预期会在某个国家的领土上产生很大影响(在本案中为巴西的塑料安全卡市场)，就可在国际公法下合理地对外国公司之间的集中适用国内兼并控制法。因此，虽然两个公司总部都在欧盟，巴西竞争事务管理局仍对该项兼并施加了某些条件，以避免对巴西市场造成反竞争影响。此外，应注意的是，巴西竞争事务管理局认真审议了这一影响的严重性，并将兼并双方所持有的知识产权考虑在内。

B. 智利：零售部门的兼并申请

50. 智利反垄断法庭作出裁决，反对该国两大零售商进行兼并，从而使一个价值约 150 亿美元的公司无法得到建立，该公司本可成为拉美第二大零售集团。智利最大的百货连锁店 Falabella，当时正计划收购该国最大的超市连锁店 D&S。

51. 这两家公司是由 Solari、Cuneo、Del Rio 和 Ibanez 家族控制的，通过建立协同作用以更好地开发零售业的做法，它们可望将市价资本总额增至 150 亿美元以上。Falabella 和 D&S 公司的控制者批准了两家公司及其各自业务领域(百货店、超市、家庭修缮、金融零售服务和购物中心)的合并。通过向证券和保险监管会提交一份重要事件通报函，这两家公司的董事会报告了这项协议，该协议事关 Falabella 和 D&S 公司目前开发的在智利和海外所有业务的合并。

52. 由于该项交易，这两家公司的股东可望成为新企业集团的股东。拟成立的新公司 Falabella-D&S 控股公司将成为南美最重要的连锁百货店，在智利、秘鲁、阿根廷和哥伦比亚都有连锁店，包括智利的最大食品零售店 Lider。此外，这一新公司将纳入家庭修缮、Saitec 房地产、CMR、Presto、Falabella 银行、旧金山和 Tottus 业务部。每个业务部可望在无重大变化的情况下继续营业。整个运作涉及公司的兼并，即将两个公司的股本合并在一起。没有计划公开招股，因为每个公司的所有股东将在同样的条件下参股而且会受益于该项合并。合并将使供货商更容易进入国际市场，改进分销网络并提高其效率，还可减少物流成本。由于在区域市场上没有重叠问题，竞争不会受到影响。2008 年 1 月，智利法庭决定基于下述理由拒绝兼并申请：(a) 兼并活动的有效实施会造成市场结构的巨大变化，将在零售部门建立一个具有支配地位的(合并)公司，它控制着所有细分市场(即百货店、住房和房租)同时造成进入壁垒；(b) 兼并会产生重大而持久的竞争问题(即对价格、数量和量的影响问题)，涉及对智利消费者极为关键的产品，这也会对外部消费者产生影响；(c) 反竞争影响似会取代兼并可能产生的利益。补偿措施不足以减轻该项运作所涉风险。

评 注

53. 尽管统合零售商业模式越来越常见，但仍有必要区别从市场竞争中产生的大型零售业和通过主要零售商和其最重要的竞争者之间的并合所产生的大型零售业。这种涉及不同产品而且减少独立商家数目的兼并很可能会给市场带来问题而不是带来利益。此外，考虑到智利市场的规模，内部增长机会很稀少。因此，竞争事务主管机构适时采纳有效政策十分重要。还有必要注意到，合并方总能提出正当的理由实施兼并。竞争事务主管机构的职责是对照法律检验这些理由的正当性。

C. 德国：助听器市场中的兼并

54. 德国竞争事务主管机构联邦卡特尔事务局 2007 年对一起饶有兴趣的跨国兼并案做出了裁决。2006 年 11 月 10 日，该局收到一份通报称，位于瑞士 Stäfa 的峰力控股公司计划向位于丹麦 Ballerup 的大北欧集团(有限公司)购买瑞声达有限公司、瑞声达听力技术有限公司和大北欧美国控股公司。拟购入的企业位于丹麦的 Ballerup、德国的明斯特和美国的明尼苏达。这些公司涉及大北欧集团的助听器业务，它们从事助听器和配件以及听力诊断设备的开发、生产和销售工作。峰力公司是世界助听器领先生产商之一。另外两家主要生产商是西门子和丹麦公司威廉戴蒙特/奥迪康。

55. 联邦卡特尔事务局在 2007 年 4 月 11 日发布的一项裁决中禁止这一集中计划。联邦卡特尔事务局认为，对瑞声达公司的收购会导致西门子、峰力公司和奥迪康公司的集体性寡头支配地位。很多业务关系已将这些公司密切地联系在一起。此外，它们在基本专利和定制技术领域开展合作，通过德国电气电子行业总会装配了一个范围广泛的市场信息系统。稳定的供需状况、几乎整个市场都列有所有寡头公司和助听器零售商的名单、在推出新产品时间方面的透明度，这些因素已使这些寡头公司易于实施平行行为。此外，西门子、峰力公司和奥迪康公司收取的助听器平均价格没有很大差别。

56. 联邦卡特尔事务局认为，兼并运作之后，寡头垄断内部已然微弱的竞争将变得微不足道，因为联合市场份额将增至大约 90%。寡头公司接手瑞声达公司的技术和生产潜力、通过进一步的收购使其确保在促成性技术部门拥有领先地位之后，就可消除市场仅存的极少的竞争潜力。这一兼并将会进一步削弱创新和价格竞争，最终损及消费者。

57. 尽管兼并计划始于国外，但联邦卡特尔事务局依据《德国禁止限制竞争法》第 130(2)节的规定行使其禁止权。根据该项规定，《禁止限制竞争法》在其适用范围内适用于所有产生影响的限制竞争行为，即使这些限制行为产生于本法的适用范围之外也对其适用(所谓影响派理论)。该计划的国内影响无可辩驳，而且营业额阈值要求也已经达到。

58. 然而，兼并所涉方称，联邦卡特尔事务局没有禁止权，因为根据《宪法》第 25 条，不干涉原则作为国际法的一项一般规则其地位高于《禁止限制竞争

法》的规则。它们认为，只有在国内法的适用以及基于国内法的措施局限于这些国内影响时，影响派理论才符合不干涉原则。它们认为，如果兼并计划不可分割成国内和国外部分，禁止权就不适用。联邦卡特尔事务局在其决定中拒绝了这些说法并指出，国际法的一般规则不仅包括禁止干预，也包括影响论。既然在该案中兼并活动不可分割，联邦卡特尔事务局依据主导观点认为，对于兼并活动整体存在一种一般性的禁止权，以使《禁止限制竞争法》第 36(1)的目的得以实施。兼并所涉方针对该决定向杜塞尔多夫高级地区法院提出上诉。该案目前仍然待决。

评 注

59. 根据国际公法，对于海外公司之间的集中化，如果所提议的集中化在某国境内可望产生重大影响，则可合理地对其适用国内兼并控制法。不仅在德国，而且在其他重要的司法管辖区，这一影响理论都是执行反托拉斯法的基础。因此，这一理论凸显了这样一种必要性：发展中国家应制定功能完备的竞争法和竞争政策并建立执行机制，以便为此类法律干预奠定基础。在域外兼并案严重影响当地市场时，例如上述案例，发展中国家尤其应有能力进行干预，特别是在涉及对于社会弱势群体极为关键的部门时。

D. 哥伦比亚：导管/PVC 市场中的企业合并

60. 哥伦比亚工商业监管局报告了 2007 年 3 月进行的一项商业运作：MEXICHEM 公司通过兼并 PAVCO 公司、Amanco 公司、PVM 公司、哥伦比亚石化公司以及 Mexiquem Colombia 公司，可使其主导地位得到加强；通过控制哥伦比亚石化公司，MEXICHEM 也可控制 PAVCO 公司(Armanco 控股公司的子公司)。该项运作将在该国境内产生影响。这项收购将加强 MEXICHEM 在拉丁美洲树脂生产和商业化方面的地位，并可获得维持其在 PVC 树脂业中的区域主导地位所必需的临界量。

61. 哥伦比亚竞争事务管理局在进行分析后发现，树脂 PVC 的唯一供货商哥伦比亚石化公司在内部市场上收取的价格高于海外价格。在所涉市场方面，有必要首先提及树脂 PVC 市场，这种材料用来生产 PVC 导管和配件，即一级(产品)市

场或上游市场。考虑到其特点、价格和潜在用途，市场上没有替代品；在区域市场方面，上述树脂 PVC 的生产局限于该国境内。第二，在 PVC 导管的相关市场(二级市场)方面，PVC 导管的区域市场或下游市场也是该国国内。对受影响市场(一级市场和导管市场)进行了分析之后，监管局认为，这些市场集中程度很高。希望进入树脂 PVC 市场的企业需进行高额投资，对该项业务需要有长时间的经验。由于关税、运费和运输保险费用很高，进口对消费者来说意味着额外费用。在 PVC 导管方面，PAVCO 公司是市场的主导企业。配件市场和导管市场的集中度也很高。

62. 关于所提议合并对竞争状况的影响方式，该管理局认为，如果该项兼并被接受，所产生的主导企业可能会限制或中止向二级市场提供投入。这些投入是：(a) 在 PVC 导管生产成本中占很高比例的树脂 PVC，MAXICHEM 在这方面拥有支配地位；(b) 由于关税和运输费用高，提供其他资源的可选机会不多；(c) 进口产品难以获得技术和服务协助；(d) 市场的竞争力低。

63. 如果哥伦比亚石化公司和 PAVCO 公司通过合并计划成为一个实体，它们就会控制一级市场，并间接控制二级市场(PVC 导管)上 PAVCO 公司竞争者的成本。此外，MEXICHEM 将会获知 PAVCO 公司竞争者所采购的初级中间品的数量、价格和其他细节。PAVCO 公司还会享有以 MAXICHEM 的生产成本价获得原材料的好处。这将增加 PAVCO 公司的市场权力，其他竞争者只有两种选择：要么以 PAVCO 公司开列的条件购买原材料，要么进口这些材料或成立一家生产树脂的不同企业。这必然会增加成本。

64. 哥伦比亚工商业监管局引述关注称，这项兼并不利于竞争和消费者福利，并(于 2007 年 7 月)发布声明不批准这项交易。然而，这项决定被上诉；2007 年 9 月，该监管局重新审理了该案，批准将 PAVCO 公司并入 MAXICHEM 在哥伦比亚的业务活动之中，其条件如下：(a) 一个结构性条件，即将 PVC 导管生产用资产售与第三方；(b) 行为条件，即哥伦比亚石化公司应向当地顾客提供适当的销售条件、价格、交货期限等。将信息(尤其是涉及 PAVCO 公司的信息)列为绝密性也是一个重要问题。一个审计机构将对这些条件的切实遵守情况进行监测，还出具了一份保单以确保商定义务的履行。

评 注

65. MAXICHEM(哥伦比亚石化公司)和 PAVCO 公司进行上诉之后，兼并活动终获批准，但须接受哥伦比亚工商业监管局设定的条件。该案表明，即使在上诉后兼并活动得到批准的情况下，竞争事务主管机构仍可规定需遵守的义务，以避免兼并活动产生负面影响。由于 MEXICHEM 在该地区的强势地位，哥伦比亚工商业监管局应监测所涉公司的遵守情况。该项兼并活动为分析具有类似条件的其他国家的兼并案提供了一个判例。

-- -- -- -- --