

垄断协议“安全港”制度的性质定位与规范修复

焦海涛

内容提要:《反垄断法》2022年修改时引入了垄断协议的“安全港”制度,但与之前相关指南中已有的“安全港”规定存在冲突。造成这种局面的主要原因是我国对欧盟“安全港”制度的错位引入和片面理解。欧盟“安全港”制度与其垄断协议分析模式一脉相承,在垄断协议的“消极效果评估”和“积极效果评估”两个阶段,各存在一个“安全港”,这两个“安全港”的性质分别属于损害排除机制和集体豁免机制。我国现行相关领域反垄断指南与《反垄断法》中的“安全港”,分别借鉴了欧盟的第一个或第二个“安全港”制度,这是导致制度冲突的重要原因。从实践看,这两种“安全港”制度在我国当前均有引入的必要,但着眼于现行法,反垄断执法机构可借助《反垄断法》授权其确定“安全港”适用条件的便利,要么直接将转售价格维持排除在“安全港”的适用范围之外,要么为转售价格维持增设额外的适用条件,以更好适用“安全港”规则。

关键词:垄断协议 “安全港”制度 竞争损害 集体豁免

焦海涛,中国政法大学民商经济法学院教授。

一 问题的提出

《反垄断法》2022年修改之时,关于纵向垄断协议的第18条新增第3款,“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止。”该款主要是以市场份额为基础的抗辩机制,通常被称为垄断协议的“安全港”制度。大多学者支持引入垄断协议的“安全港”制度,但对“安全港”的法律性质以及与之相关的适用范围、适用条件、适用效果等问题,观点却分歧较大。^[1] 2021年10月全国人大常委会公布的《反垄断法(修正草案)》中的“安

[1] 参见徐则林:《垄断协议安全港规则的中国应用:从立法到实施》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期;马栋:《我国反垄断法安全港规则产生的新问题与完善方向》,《竞争政策研究》2023年第3期;刘继峰:《我国反垄断法纵向垄断协议安全港制度的完善》,《中州学刊》2023年第2期;王慧群:《中国垄断协议安全港规则的立法逻辑:信息成本的视角》,《法学家》2023年第1期。

全港”规定,就与最终修改通过的《反垄断法》不同。国家市场监督管理总局原本准备在修订《禁止垄断协议暂行规定》时细化“安全港”的适用条件,特别是明确适用范围和市场份额标准,但终因各方意见无法达成一致而难以作出妥善安排,从而在 2023 年发布的《禁止垄断协议规定》中未涉及“安全港”规则的任何细化内容。

总的来说,目前学界和实务界关于垄断协议“安全港”制度的观点分歧主要体现在以下方面,这也造成“安全港”制度法律适用上的诸多难题:

第一,“安全港”制度的性质定位,主要指“安全港”规则适用效果中的“不予禁止”应当如何理解,指符合“安全港”规则的协议无竞争损害则不构成垄断协议,还是虽然构成垄断协议但不予禁止?这尤其体现为“安全港”规则与其他条款的关系问题,主要包括两方面。一是《反垄断法》第 18 条第 2 款与第 3 款之间的关系。第 18 条主要从竞争损害的角度规定了《反垄断法》对纵向垄断协议的态度。第 1 款是原则禁止的规定,第 2 款给了当事人抗辩机会,抗辩成功的效果是认定涉案协议“不具有排除、限制竞争效果”,进而不构成一项垄断协议(只是普通协议)。“安全港”规则置于第 3 款且紧跟第 2 款之后,是否意味着“安全港”的适用效果也是损害排除——符合“安全港”条件的协议认定(或推定)为没有竞争损害、不构成《反垄断法》上的垄断协议?二是“安全港”制度与豁免制度的关系。《反垄断法》第 20 条以垄断协议的积极效果为基础规定了豁免制度,使用的表述是“不适用本法第十七条、第十八条第一款、第十九条的规定”,而这被提及的三则条文属禁止性规范,因此豁免的效果也类似“不予禁止”,那么“安全港”制度与豁免制度是什么关系?二者并列(两种不同的“不予禁止”),还是“安全港”构成豁免制度的一个部分?

第二,“安全港”制度的适用范围,主要指哪些垄断协议可以适用“安全港”规则。这也包括两个问题:其一,现行“安全港”制度规定在纵向垄断协议条款之下,意味着横向垄断协议没有“安全港”。不过在 2021 年《反垄断法(修正草案)》中,“安全港”规则以独立条文呈现,且适用于所有的垄断协议。由此带来的一个疑惑是,为何《反垄断法》最终将“安全港”制度的适用范围限定为纵向垄断协议?其二,垄断协议“安全港”制度主要源自欧盟,我国 2022 年修法也受欧盟竞争法影响较大,而欧盟垄断协议“安全港”制度并不适用于包括转售价格维持在内的“核心限制”(目的性限制),而我国《反垄断法》并未做这样的排除,那么转售价格维持在我国能否适用“安全港”规则?进一步说,如果转售价格维持可以适用“安全港”,则其适用条件是否应当与其他纵向垄断协议有所区别?

二 《反垄断法》中的垄断协议“安全港”制度

在 2021 年《反垄断法(修正草案)》中,“安全港”规则置于垄断协议条文之后,以专条的形式规定:“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的,不适用本法第十六条、第十七条、第十八条的规定,但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外”。此处的“不适用”是何种含义,从法条本身来看并不清楚。不过,该草案同时规定了“安全港”的排除情形,即“有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外”,这意味着能够适用“安全港”规则的协议,应该是不具有排除、限制

竞争效果的协议。换言之,满足“安全港”条件的协议,主要是那些没有竞争损害的协议,进而也就不属于“垄断协议”。

在2022年修改通过的《反垄断法》中,“安全港”的表述被修改为,“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,不予禁止”。将“不适用”调整为“不予禁止”,立法机关似乎在区分修正草案和正式稿中“安全港”规则的不同性质。不过从字面上看,“不适用”禁止性规定,结果上也就等同于“不予禁止”;而“不予禁止”只是一种结果描述,“不予禁止”的原因,可以是相关协议不被认定为“垄断协议”,也可以是被认定为“垄断协议”但符合其他不予禁止的条件(如豁免规定)。因此,单从文字表述的变化,还不足以解释现行规定中“安全港”制度的法律性质。

2022《反垄断法》中“安全港”制度的变化,更多体现在条款位置上。2021年的修正草案中“安全港”独立成条,可解释为不附属于任何禁止性规定;但在新《反垄断法》中,“安全港”被放入第18条之中作为第3款,而本条是关于纵向垄断协议的列举和禁止性规定,主要任务是从竞争损害的角度判断纵向垄断协议的构成与否,不涉及积极效果的判断(这属于第20条的任务),因而从体系解释的角度看,这里的“安全港”制度应当属于损害排除机制,即符合条件的纵向协议,不认定为《反垄断法》上的“垄断协议”,与协议是否具有积极效果、是否满足豁免条件无关。而且新的“安全港”制度承接第18条第2款,与该款应当具有类似的适用效果。第18条第2款的表述是,对转售价格维持协议,“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”——该款是非常确定的“损害排除”规则,“不予禁止”指的就是因不具有“排除、限制竞争效果”而不予禁止,并不涉及其他不予禁止的理由。

此外,以下事实也能佐证上述判断:在国家市场监管总局2022年6月公布的《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》中,“安全港”的市场份额门槛被设定为“经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%”,而15%的标准正与欧盟委员会2001年颁布、2014年修订的《关于影响较小的协议的通告》(下称“《低影响协议通告》”)[²]一致——欧盟该通告确立的正是损害排除机制。尽管2023年3月最终颁布的《禁止垄断协议规定》未再涉及“安全港”的适用条件,但上述规章修订过程基本反映了我国反垄断执法机构对“安全港”性质的认识。

基于上述分析,2022年《反垄断法》中的“安全港”制度只能解释为欧盟竞争法中的“不构成垄断协议”的“安全港”制度。这样一来,作为推定豁免制度的“安全港”,也即我国《关于汽车业的反垄断指南》中已经涉及的“安全港”,在《反垄断法》中未予涉及,因而未来可能存在合法性障碍。这是一个明显的立法疏漏,可能也并非立法者本意。至于“安全港”规则中的市场份额阈值,《反垄断法》虽然未作规定,但也具有一定的合理性,下文将详述。

[2] Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), OJ [2014] C 291/1.

三 欧盟的垄断协议“安全港”制度

尽管美国和欧盟是世界范围内反垄断法影响最大的两个辖区,但我国《反垄断法》主要以欧盟竞争法为参照,特别是垄断协议制度,与《欧盟运行条约》(*Treaty on the Functioning of the European Union*)第 101 条的内容和体例几乎一致。我国新引入的垄断协议“安全港”制度,也受欧盟竞争法影响较大,特别是欧盟的《纵向协议集体豁免条例》(*Vertical Block Exemption Regulation*)。而“安全港”制度之所以在我国存在观点分歧和适用难题,根源正在于《反垄断法》对欧盟“安全港”制度的错位引入以及学界对欧盟“安全港”制度的片面理解。因此,要从根本上解决问题,有必要追溯我国垄断协议“安全港”制度的源头,即梳理欧盟“安全港”规则。

(一) 讨论欧盟相关制度的必要性

欧盟存在两个垄断协议“安全港”规则:一个规定在欧盟《低影响协议通告》之中;另一个规定在垄断协议集体豁免条例之中,特别是 1999 年颁布、2010 年和 2022 年相继修订的《纵向协议集体豁免条例》。^[3] 这两类文件的相关规定在欧盟都被称为垄断协议的“安全港”,但性质定位、适用范围与适用条件等方面却存在较大差异。例如,《低影响协议通告》中的“安全港”既适用纵向协议也适用于横向协议,而《纵向协议集体豁免条例》中的“安全港”显然与横向协议无关。有学者之所以认为“安全港”制度仅适用于纵向垄断协议,主要就是受该欧盟条例的影响。该条例规定,纵向垄断协议当事人的市场份额均不超过 30% 并满足其他条件的话,推定协议符合《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款的豁免规定。这也就是我国学界通常所说的“安全港”规则。由于该条例仅对纵向垄断协议规定了“安全港”,导致很多人认为横向垄断协议没有“安全港”规则;并且由于该“安全港”规则从属于垄断协议豁免制度,导致很多人将垄断协议“安全港”规则与豁免制度混为一谈或难以对二者作出明确区分。

欧盟之所以存在两个“安全港”规则,与欧盟竞争法中的垄断协议分析模式密切相关。欧盟“安全港”规则的性质定位、适用范围和适用条件等,都建立在垄断协议分析模式的基础之上。只有先弄清欧盟的垄断协议分析模式,才能明白为何欧盟需要两个“安全港”规则。“安全港”制度本身也是垄断协议项下的一个具体规则,一个国家究竟选择什么样的“安全港”制度,应当与该国的立法规定相协调。可以说,垄断协议的立法规定以及与此相关的垄断协议分析模式,基本决定了“安全港”制度的性质和内容。我国《反垄断法》中的垄断协议规定与《欧盟运行条约》第 101 条极为类似——都是先列举禁止性规定(第 17 条、第 18 条),再设置豁免规则(第 20 条),而垄断协议的分析模式

[3] 欧盟 1999 年颁布了《纵向协议集体豁免条例》(2790/1999 号条例),2010 年修订(330/2010 号条例)。2010 年条例的有效期截至 2022 年 5 月 31 日,于是在 2022 年 5 月 10 日,欧盟又颁布了新的《纵向协议集体豁免条例》(2022/720 号条例),其全称为“Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the Application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices”。

尽管实践中存在争论,但2022年《反垄断法》修改之后已经与欧盟几乎一致。在这种情况下,也可以甚至必须借助欧盟竞争法的相关规定来理解我国《反垄断法》中“安全港”规则的性质定位及法律适用。

(二) 欧盟的垄断协议分析模式

《欧盟运行条约》第101条是关于垄断协议的规定,该条核心内容是两款:第1款是垄断协议的禁止性规定及列举,对应我国《反垄断法》第17条和第18条;第3款是垄断协议的豁免规定,对应我国《反垄断法》第20条。依据上述立法及欧盟委员会颁布的《横向合作协议指南》^[4]和《垄断协议豁免豁免指南》^[5]欧盟竞争法中垄断协议的违法性分析,主要包括相对独立的两个步骤:

第一步是适用《欧盟运行条约》第101条第1款,判断某个协议是否存在需要欧盟竞争法关注的竞争损害(消极效果判断)。如果存在,则构成欧盟竞争法上的“垄断协议”,即落入《欧盟运行条约》第101条第1款的适用范围,推定禁止;如果不存在,则只是一项普通的协议,欧盟竞争法规则不予适用。这一步的任务是判断一个协议是否属于反垄断法上的“垄断协议”,主要是消极效果分析,目的在于确定管辖范围。为简化这一步分析过程,欧盟又衍生出“目的性限制”和“效果性限制”的区分;前者即通常所说的核心限制(hardcore restrictions),指当事人订立这类协议的目的就是为了限制竞争而不存在其他正当理由,目的性限制当然地落入《欧盟运行条约》第101条第1款的适用范围——不过,目的性限制的判断主要是看协议内容而非纯粹的当事人主观意图,^[6]横向协议中的固定价格、限制产量、分割市场和纵向协议中的转售价格维持、地域或客户限制,在欧盟一般被视为目的性限制;效果性限制则是指,某个协议不构成目的性限制的话,需要仔细评估其损害效果,^[7]有较大竞争损害的,也认定其落入《欧盟运行条约》第101条第1款的适用范围。^[8]

第二步是适用《欧盟运行条约》第101条第3款,即如果某个协议已经符合第1款的规定而被认定为一个“垄断协议”的话,再衡量其是否具有促进竞争效果(积极效果判断)。如果有积极效果且积极效果更大(能够抵消消极效果),并符合其他条件的,^[9]予以豁免;如果没有积极效果或者积极效果较小,则予以禁止。这一步的任务是判断一个反垄断法上的“垄断协议”是否最终需要被禁止,主要是积极效果分析,本质是正负效果权衡——认定一个协议构成“垄断协议”的,只意味着其有竞争损害,但有竞争损害的协议

[4] Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements. 该指南于2001年颁布,2011年修订,2023年6月再次修订。

[5] Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08), OJ [2004] C 101/97.

[6] Alison Jones, Left Behind by Modernisation - Restrictions by Object under Article 101 (1), 6 *European Competition Journal* 649, 664 (2010).

[7] Alvin Sng & Yi Heng, The Distinction between “Object” and “Effect” in EU Competition Law and Concerns after *Groupeement des Cartes Bancaires* (C-67/13P), 37 *European Competition Law Review* 179, 180 (2016).

[8] 两种协议类型的含义、适用关系及其分析过程,可参见欧盟委员会发布的《横向合作协议指南》(*Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*)。

[9] 这里的其条件主要包括:协议的积极效果能够让消费者分享;限制竞争的手段在实现积极效果上具有必要性;限制竞争的程度不能过重即尚未消除市场竞争。

可能也有更大的好处,因而需要权衡。第二步的适用,以满足第一步为前提,即某个协议只有被认定为存在需要欧盟竞争法关注的竞争损害(构成“垄断协议”)之后,才有评估其积极效果的必要。第一步不满足,竞争规则就被排除适用了,也就无需适用到第二步。

上述两个步骤中,任何一个步骤不满足,都会导致某个协议“不予禁止”的效果。而在这两个步骤中,欧盟各存在一个“安全港”规则。由于这两个步骤的任务不同,分析内容有别,欧盟两个“安全港”规则的法律性质和适用条件也就存在较大差异。

(三) 欧盟的两个“安全港”规则

1. 第一个“安全港”:识别出不具有较大消极效果的协议

垄断协议是具有排除、限制竞争效果的协议,但欧盟 1969 年 *Völk* 案确立了一项重要规则,即反垄断法只关注竞争损害较为严重的协议——如果相关主体的市场力量较小,协议对市场仅产生微不足道的影响,则不在欧盟竞争法的禁止范围之内。^[10] 基于此,在垄断协议违法性分析的第一步即消极效果评估阶段,欧盟竞争法明确将一些损害较小的协议排除在“垄断协议”的范围之外。而损害大小的判断一般较为复杂,为了节约执法成本并增加市场主体预期,欧盟委员会在 2001 年颁布了《低影响协议通告》。依据该通告,如果协议由竞争者达成且当事人市场份额之和低于 10%,或者协议由非竞争者达成且当事人市场份额均不超过 15%时,该协议不大可能对竞争产生较大损害,因而不构成《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款意义上的“垄断协议”;如果难以分清某个协议是在竞争者间还是非竞争者间达成,则适用市场份额之和低于 10%的标准。

《低影响协议通告》依据市场份额门槛确定的“垄断协议”排除规则,在欧盟竞争法理论与实践一直被认为是一种“安全港”。这是欧盟垄断协议认定中的第一个“安全港”。该“安全港”规则立足于协议的竞争损害,是一种消极效果的排除机制(或者说筛选机制),即只有协议当事人的市场份额超过《低影响协议通告》设定的阈值,才需要欧盟竞争法调整,阈值之下的协议则不构成欧盟竞争法上的“垄断协议”。当然,符合该“安全港”规则的协议,不是说完全没有竞争损害,而是即便有损害也非常有限,不需要欧盟竞争法去关注。因此,该“安全港”规则的性质不是豁免,而是一种损害排除机制,或者说管辖规则,以确立相关协议是否属于欧盟竞争法的管辖范围。故此,前述 2021 年《反垄断法(修正草案)》中规定的“安全港”制度与欧盟的这个“安全港”制度基本相同。基于管辖属性,该“安全港”适用于垄断协议分析的第一步,仅看消极效果、不看积极效果。某个协议一旦符合该“安全港”的条件,则整个法律适用程序自动结束,不需要再依据《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款去评估积极效果。

关于适用范围,欧盟《低影响协议通告》既适用于纵向协议,也适用于横向协议,只不过市场份额门槛不同。因此,认为欧盟仅存在纵向垄断协议“安全港”规则的观点是不准确的。当然,欧盟该“安全港”规则也非适用于所有的垄断协议,而是不包括核心限制,即固定价格、限制数量、分割市场等横向协议以及转售价格维持等纵向协议被明确排除在适用范围之外——之所以如此,正如前文所述,核心限制在欧盟被认定为“目的性限制”,自

[10] Case 5-69, Judgment of the Court of 9 July 1969, *Franz Völk v S. P. R. L. Ets J. Vervaecke*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1969:35, para. 7.

动获得“垄断协议”的身份,并当然地落入《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的适用范围。这两点与我国《反垄断法》新引入的“安全港”规则均存在不同。

欧盟的该“安全港”规则在不少国家或地区有类似规定。例如,美国联邦贸易委员会和司法部 2000 年联合发布的《竞争者间合作的反托拉斯指南》(*Antitrust Guidelines for Cooperation among American Competitors*)中规定了所谓的“安全区”(safety zones)。具体是指,一般情况下,当合作者的市场份额合计不超过可能影响竞争的每个相关市场的 20%时,反垄断机构不会质疑竞争者间的合作,但是“安全区”不适用于本身违法的协议,或者无需详细的市场分析就会受到质疑的协议,以及合并分析中的竞争者合作。^[11] 指南指出,之所以设置“安全区”,是因为有些竞争者间的合作协议不大可能产生竞争损害(anticompetitive effects are so unlikely),因此,“安全区”评估的是竞争损害,其性质与欧盟第一个“安全港”完全一致。美国联邦贸易委员会和司法部 1995 年发布、2017 年修改的《知识产权许可的反托拉斯指南》(*Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*)中也有几乎一致的“安全区”规定,即在知识产权许可中,如果许可人和被许可人的市场份额合计不超过 20%且相关限制不构成“本身违法”时,反垄断机构就不会质疑这种限制。指南同时强调,“安全区”旨在为知识产权人提供一定程度的确定性,也即在这些情况下,无需调查特定行业的情况,就可以认为反竞争影响不太可能出现,进而可以直接推定相关的知识产权许可安排不具有反竞争性。^[12] 我国香港地区《竞争条例》中也有非常相近的规定,即《竞争条例》附表 1 规定了“影响较次的协议”不适用第一行为守则(垄断协议的禁止规定)。所谓“影响较次的协议”即竞争损害较小的协议。与欧盟不同的是,香港《竞争条例》采用的是营业额标准:如果企业上一财政年度(如该企业没有财政年度,则为上一公历年度)的总计营业额不超过 2 亿港元的,则其达成的协议构成“影响较次的协议”;如果协议体现为业务组织体的“决定”,则计算该业务组织体所有成员的营业额总和。同时,协议如果涉及严重的反竞争行为,则不豁免第一行为守则的适用。

2. 第二个“安全港”:推定某些协议具有更大的积极效果

在第二个步骤即积极效果评估阶段,欧盟也有一个“安全港”规则。这主要体现为欧盟的集体豁免制度,特别是《纵向协议集体豁免条例》确立的 30%的市场份额门槛,即对于某些类型的纵向垄断协议,当事人市场份额均低于 30%的,推定符合《欧盟运行条约》第 101 条第 3 款的条件进而予以豁免。

作为集体豁免规则的“安全港”适用于垄断协议分析的第二步,前提是某个协议已经落入了《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的适用范围,即具有较大的竞争损害进而已经被认定为“垄断协议”;在此基础上,鉴于某些垄断协议通常会产生较大的积极效果,如果当事人的市场份额不高,则积极效果一般能覆盖消极效果,因而推定给予豁免。可见,该“安全港”制度的法律性质就是豁免,只不过是一种简便的豁免机制,即推定豁免——在欧盟体现为集体豁免。这种豁免本质上是积极效果的推定,即市场份额阈值之下的某些协议,直接

[11] Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, Issued by the Federal Trade Commission and the U. S. Department of Justice, April 2000, p. 26.

[12] Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, January 12, 2017, pp. 24-25.

推定存在较大的积极效果,因而予以集体豁免。这种属性与第一个“安全港”明显不同。

欧盟两个“安全港”制度的共性在于:一是均以市场份额为主要的适用门槛;二是均不适用于核心限制——欧盟《纵向协议集体豁免条例》第 4 条明确将转售价格维持等核心限制排除在集体豁免之外,这与《低影响协议通告》的处理方式相同。此外,两个“安全港”的适用效果也类似,都会导致某个协议不被禁止。

在适用范围上,由于第二个“安全港”是一种积极效果的推定机制,所以主要适用于通常能够产生较大积极效果的垄断协议。欧盟《纵向协议集体豁免条例》之所以排除核心限制,原因就在于,核心限制基本就是大量的执法经验表明损害较大、好处较小的垄断协议,对这些协议适用集体豁免会存在极大风险。同时,也因为横向垄断协议一般较少存在积极效果或积极效果非常有限,而纵向垄断协议特别是其中的纵向非价格垄断协议一般都有较为明显的积极效果,因而欧盟专门就纵向垄断协议以市场份额为标准发布了一般性的集体豁免条例,^[13]而横向垄断协议则不存在一般性的集体豁免条例。

不过,作为集体豁免制度的“安全港”是否完全不适用于横向垄断协议?也并非如此。欧盟虽然未就横向垄断协议颁布过一般性的集体豁免条例,但就一些特定类型的横向合作协议发布了专门的集体豁免条例,比较典型的有两个:一是研发协议;^[14]二是专业化协议。^[15]这两个集体豁免条例最早于 2000 年颁布(分别为第 2659/2000 号条例和第 2658/2000 号条例),2010 年修改(条例号分别改为 1217/2010 和 1218/2010),2023 年 6 月份再次修改(条例号再次改为 2023/1066 和 2023/1067)。^[16]依据上述条例,联合研发协议当事人在相关产品市场或技术市场上的市场份额总和不超过 25%时,给予该协议集体豁免;专业化协议当事人在相关市场上的市场份额总和不超过 20%时,给予该协议集体豁免。^[17]这两类协议虽然都是横向的,但比较特殊,不论是联合研发协议还是专业化协议,通常都能降低成本、提高效率,因此即便其可能限制市场竞争,但考虑到其较大的积极效果,也允许集体豁免。同时,这类协议毕竟是竞争者间达成的,对竞争的损害一般比纵向垄断协议要高,所以条例设定的市场份额阈值比《纵向协议集体豁免条例》要低。

此外,欧盟委员会还颁布了一份技术转让协议集体豁免条例(第 316/2014 号条例),^[18]而这类协议既可能发生在竞争者之间,也可能发生在非竞争者之间。条例设定的

[13] See Antitrust: Commission prolongs Motor Vehicle Block Exemption Regulation and Updates the Supplementary Guidelines, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2248, 最近访问时间[2023-10-25]。

[14] Commission Regulation (EU) 2023/1066 of 1 June 2023 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Research and Development Agreements, OJ [2023] L 143/9.

[15] Commission Regulation (EU) 2023/1067 of 1 June 2023 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Specialisation Agreements, OJ [2023] L 143/20.

[16] See Antitrust: Commission publishes Report on Functioning of Insurance Block Exemption Regulation, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_16_861; Antitrust: Commission Prolongs the Validity of Block Exemption for Liner Shipping Consortia, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_20_518/IP_20_518_EN.pdf, 最近访问时间[2023-10-25]。

[17] 研发协议集体豁免的市场份额阈值(25%)之所以比专业化协议(20%)高,主要是因为研发协议的积极效果比专业化协议更加明显,更大的积极效果就可以覆盖掉更多的消极效果。

[18] Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Technology Transfer Agreements, OJ [2014] L 93/17. 该条例最早 1996 年颁布(240/96),2004 年修订(772/2004),2014 年再次修订。

市场份额门槛是：竞争者间协议的当事人市场份额总和不超过 20%，非竞争者间协议的当事人市场份额均不超过 30%。其中，非竞争者协议的市场份额阈值与《纵向协议集体豁免条例》一致，而竞争者间协议的市场份额阈值要低一些，与专业化协议相同。

可见，欧盟第二个“安全港”制度的适用范围也不限于纵向垄断协议。虽然并非所有的横向垄断协议都可适用集体豁免，但特定类型的横向垄断协议在欧盟仍可能享有集体豁免待遇。只不过，对横向垄断协议的集体豁免，市场份额阈值要比纵向垄断协议低一些，且不同的横向垄断协议，市场份额阈值也不完全一致。当然，如果横向垄断协议构成核心限制，则集体豁免条例不能再适用——这在所有“安全港”规则中都是一样的。

综合前文，欧盟竞争法中存在两个性质不同的垄断协议“安全港”规则，而第二个“安全港”又分布在多个集体豁免条例之中，并可进一步分为两类：一类适用于大多数的纵向垄断协议，另一类仅适用于特定的横向垄断协议。这些“安全港”规则的法律性质、适用范围和市场份额阈值等内容，可用下表总结。

表 1 欧盟的垄断协议“安全港”规则概要

欧盟“安全港”		适用阶段	法律性质	适用范围	市场份额	适用效果
第一个“安全港” (《低影响协议通告》)		垄断协议分析的第一步 (评估消极效果,确定是否管辖)	管辖规则(认定一个协议是否构成“垄断协议”)	横向协议、纵向协议,不包括核心限制	竞争者协议:总和 10%;非竞争者协议:15%	不构成“垄断协议”(竞争损害排除)
第二个“安全港” (集体豁免条例)	纵向协议集体豁免条例	垄断协议分析的第二步 (评估积极效果,确定是否豁免)	豁免规则(认定垄断协议是否应当给予集体豁免)	纵向垄断协议,不包括核心限制	30%	虽然构成垄断协议,但给予豁免(积极效果肯定)
	研发协议集体豁免条例			研发协议(横向),不包括核心限制	总和 25%	
	专业化协议集体豁免条例			专业化协议(横向),不包括核心限制	总和 20%	
	技术转让协议集体豁免条例			技术转让协议(横向或纵向),不包括核心限制	竞争者协议:总和 20%;非竞争者协议:30%	

四 我国相关领域反垄断指南中的垄断协议“安全港”制度

欧盟垄断协议“安全港”制度的性质差异及分散式立法,加剧了人们理解这一问题的难度,我国学界对欧盟“安全港”制度的了解总体不够。实际上,在《反垄断法》修订之前,我国相关领域反垄断指南中已经规定了垄断协议的“安全港”规则。

(一)《关于知识产权领域的反垄断指南》中的“安全港”规则

2019年1月国务院反垄断委员会印发的《关于知识产权领域的反垄断指南》(下称

“《知识产权反垄断指南》”第 13 条的名称就是“安全港规则”，其规定：“安全港规则是指，如果经营者符合下列条件之一，通常不将其达成的涉及知识产权的协议认定为《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项规定的垄断协议，但是有相反的证据证明该协议对市场竞争产生排除、限制影响的除外。（一）具有竞争关系的经营者在相关市场的市场份额合计不超过 20%；（二）经营者与交易相对人在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的市场份额均不超过 30%；（三）如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份额不能准确反映经营者的市场地位，但在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在四个或者四个以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术。”^[19]

《知识产权反垄断指南》将“安全港”的适用效果界定为：符合条件的协议不被认定为“《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项规定的垄断协议”。这有两层含义：第一，某个协议一旦符合“安全港”的适用条件，则不构成垄断协议，而非推定符合豁免规定——这类似于欧盟的第一个“安全港”；第二，“安全港”仅适用于非典型的垄断协议，即 2022 年修订前的《反垄断法》第 13 条第 1 款第 6 项和第 14 条第 3 项规定的垄断协议（“兜底项”）——这和欧盟“安全港”制度排除核心限制的逻辑基本一致。可见，从法律性质上看，知识产权指南所确立的“安全港”制度，基本借鉴自欧盟的《低影响协议通告》。

不过在市场份额阈值上，《知识产权反垄断指南》又与欧盟《低影响协议通告》不同，20%、30%的阈值，显然更多受到欧盟技术转让协议集体豁免条例的影响。这样一来就出现了明显的错位和矛盾：第一，认定某个协议不属于反垄断法上的垄断协议，市场份额阈值显然不需要达到 20%、30% 的程度——欧盟《低影响协议通告》的标准是 10% 和 15%——否则反垄断法的适用就太宽松了，会导致某些具有较大竞争损害的垄断协议逃脱反垄断法的管辖；第二，如果借鉴的欧盟技术转让协议集体豁免条例中的“安全港”规则，则因其性质是集体豁免，适用效果就体现为在确认某个协议已经构成垄断协议的基础上，再认定其积极效果大于消极效果进而予以豁免（不予禁止），而非认定其连垄断协议都不构成。可见，《知识产权反垄断指南》中的“安全港”规则，混淆了欧盟的两种“安全港”制度——性质上借鉴了欧盟的第一种“安全港”，市场份额标准上又借鉴了欧盟的第二种“安全港”。

《反垄断法》中的“安全港”制度与《知识产权反垄断指南》也存在冲突。尽管二者性质类似，但适用范围明显有别。第一，《反垄断法》中的“安全港”仅适用于纵向垄断协议，而该指南中的“安全港”也适用于横向垄断协议；第二，《反垄断法》中的“安全港”适用于所有类型的纵向垄断协议，而该指南仅对横纵垄断协议的“兜底项”规定了“安全港”。指南中的“安全港”制度，借鉴的是欧盟《低影响协议通告》中的相关规定，旨在排除垄断协议的认定，尽管市场份额阈值存在瑕疵，但适用范围并无问题（横纵协议均可适用，但排

[19] 国家市场监督管理总局 2023 年 6 月修订通过的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》未对“安全港”内容做任何细化，而是规定“具体标准可以参照《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》相关规定”。

除核心限制)。现在因为《反垄断法》重新界定了“安全港”的适用范围,很可能导致以后该指南也要按照《反垄断法》来修订,这样原本一个错误(阈值)就可能演变为两个错误(阈值加适用范围)。

(二)《关于汽车业的反垄断指南》中的“推定豁免”规则

2019年1月国务院反垄断委员会印发的《关于汽车业的反垄断指南》(下称“《汽车业反垄断指南》”)中也有“安全港”制度。该指南第四条规定的“豁免”包括“推定豁免”和“个案豁免”两种,这显然是借鉴了欧盟竞争法中集体豁免和个案豁免的区分。其中,对“推定豁免”的界定是,“为降低行政执法成本和经营者合规成本,本指南列出了不具有显著市场力量的经营者设置的纵向地域限制和客户限制若干情形,可以推定适用《反垄断法》第十五条的规定。”对这里的“不具有显著市场力量”,指南进一步解释为,“评估经营者是否具有显著市场力量,设置一个固定的市场份额标准并不必然具有合理性与科学性。但是,以纵向协议的竞争评估为例,执法实践和理论研究表明,在相关市场占有30%以下市场份额的经营者有可能被推定为不具有显著市场力量”。

《汽车业反垄断指南》虽然没有使用“安全港”的提法,但“推定豁免”规则无论从适用效果还是市场份额阈值来看,都与欧盟《纵向协议集体豁免条例》一致,本质上借鉴的是欧盟的第二个“安全港”制度。该指南解释豁免原因时也是立足于相关协议的积极效果,即“该等情形通常能够提高经销服务质量、增进经销效率、增强中小经销商经营效率和竞争力”。此外,在适用范围上,纵向地域或客户限制在我国《反垄断法》中也非列举的典型纵向垄断协议,而指南第六条列举的适用推定豁免的“地域限制和客户限制”,与欧盟《纵向协议集体豁免条例》中允许集体豁免的纵向地域或客户限制基本一致。

《汽车业反垄断指南》和《知识产权反垄断指南》是国务院反垄断委员会于同一日印发的两份指南,且都设置了“安全港”规则,但两个“安全港”的性质却完全不同,适用条件及条件的表述方式也有差异。此种差异可能未必是国务院反垄断委员会刻意所为,更有可能是指南的起草者分别借鉴了欧盟两个“安全港”制度的结果。

五 我国垄断协议“安全港”制度的规范修复

解决现行规范中“安全港”制度混乱、冲突现状的理想方案,不是修订《知识产权反垄断指南》、《汽车业反垄断指南》让其错误地与《反垄断法》保持一致,而是修复《反垄断法》中的“安全港”规范,让其尽可能地与两部指南相衔接,进而统率两部指南中的“安全港”规则,适用于更多种类但同时有所区分的协议类型,并呈现出差异化的市场份额阈值。长远来看,需要改造现行规则,恢复“安全港”制度的本来面目,重新确立两种不同性质的“安全港”制度;短期来看,则可以借助《反垄断法》授权国务院反垄断执法机构确定“安全港”的市场份额标准和其他条件的便利,在细化规定中将核心限制最大程度地排除在“安全港”规则的适用范围之外,至少限制其适用。

(一)重新确立两种“安全港”制度

现已无法得知立法机关是否有意依据欧盟第一个“安全港”来确立我国“安全港”制

度,但直接将《反垄断法》中的“安全港”解释为包含集体豁免似乎存在逻辑难题。最好的方案是重置《反垄断法》第 18 条第 3 款,将其改造为两则条文:一是规定在垄断协议的列举性规定之后,效仿欧盟第一个“安全港”,对横向协议和纵向协议均设置安全的市场份额阈值,但门槛不同;二是规定在垄断协议豁免制度之后,效仿欧盟第二个“安全港”,对纵向垄断协议基于统一的市场份额阈值设置推定豁免规则,同时授权反垄断执法机构就特定类型的横向垄断协议制定专门的推定豁免规则,且允许设置差异化的市场份额阈值。同时,对这两个“安全港”制度,均排除核心限制的适用。

设置第一个“安全港”的主要好处是节约执法成本,让执法机构不用将有限的资源耗费在极小的案件上。这在我国反垄断法实施初期以及执法资源一直较为匮乏的背景下更为重要。对企业来说,尽管准确评估市场份额较为困难,但如果基于日常经验就可得知自身的市场份额很小,那么也就不担心签订的协议会受到反垄断法的干预。基于市场份额设定反垄断法的管辖范围,也与垄断协议的本质相吻合。垄断协议是一种联合限制市场竞争行为,即单个主体在不具有控制价格的能力时,与他人联合,暂时获得共同控制价格的能力,进而实施各种直接或间接导致价格提高的行为。如果联合的市场力量有限,协议外市场主体占有的市场份额过高,则垄断协议不会带来价格的提高,或者仅能在非常有限的范围或时限内零星地提高价格,市场机制本身就能解决这个问题,因而也就无需反垄断法的介入。^[20] 以市场份额确立反垄断法的管辖门槛,也符合反垄断法自身的性质定位。反垄断法与反不正当竞争法虽然都致力于维护市场竞争秩序,但反垄断法的法律责任重、执法机构层级高,通常只应管辖较为复杂或具有严重损害的反竞争行为。

设置第二个“安全港”也有节约执法资源的好处,但更多是鼓励企业从事有益行为。个案豁免的不确定性较大,执法机构判断涉案协议是否符合个案豁免条件时也会更为严格。我国《反垄断法》实施以来,垄断协议豁免规则的适用并不常见,成功案例更是少之又少。当企业从事某些行为面临较大的不确定风险时,就会尽力回避进入这一领域,而这些行为原本可能具有更大的积极效果。这意味着在我国激活豁免规则不仅具有较大的现实意义,也需要引入集体豁免的新方式。第二个“安全港”制度很大程度上承载着这一重任。

在具体规则设计上,基于性质差异,第一个“安全港”中的市场份额阈值肯定要比第二个“安全港”低。这可能会引人质疑:既然更高的市场份额都是安全的,为何还要设置更低的市场份额门槛?例如,某纵向协议不涉及核心限制且当事人的市场份额分别为 13%、12%,该协议依据欧盟《纵向协议集体豁免条例》可自动得到豁免,无需再适用《低影响协议通告》。其实,同时引入两个“安全港”规则,并不会带来规则适用的矛盾或重叠:

第一,两个“安全港”制度的适用范围并不相同。第一个“安全港”的适用范围较为广

[20] 正因如此,欧盟判例法将《欧盟运行条约》第 101 条第 1 款的适用门槛设定为“显著”限制市场竞争的协议。这构成了第一个“安全港”规则的存在前提。在我国《反垄断法》中,垄断协议被界定为“排除、限制竞争”的协议,似乎没有损害程度的要求,即某个协议只要存在限制竞争的效果,不论大小,都构成垄断协议。如果这样理解,则不仅我国不需要第一个“安全港”规则,该“安全港”规则还与现行法相冲突。事实上,各国反垄断法都只禁止对市场竞争损害程度较重的行为,而不关注轻微行为,后者更多由市场机制本身或反不正当竞争法来调整。

泛,基本只排除了核心限制,而第二个“安全港”更多针对纵向协议,涉及的横向协议较少,因此,对较多未被第二个“安全港”制度涵盖的协议特别是横向协议来说,第一个“安全港”具有重要意义。欧盟《低影响协议通告》明确指出,本通告中的“安全港”规则,特别适用于各类未被集体豁免的协议类别。^[21]也就是说,那些无法获得集体豁免的协议,只能在第一个“安全港”规则下获得“不予禁止”的好处。

第二,即便就纵向协议来说,两个“安全港”制度因性质不同,适用效果有别,对当事人来说也有不同的意义。如果当事人的市场份额特别低,可以直接适用第一个“安全港”规则,这时连垄断协议都不构成,这是绝对的安全,对当事人来说更加有利;如果超过了第一个“安全港”的门槛,当事人还可以再援引第二个“安全港”规则,这相当于多了一次抗辩机会。总的来说,适用第二个“安全港”相对更难,因为涉案协议的损害效果已经被证明,执法机构会更为慎重。而且根据欧盟《纵向协议集体豁免条例》序言第18段的规定,如果某些协议的损害效果较大,欧盟委员会可能会撤销已经授予的集体豁免待遇。

第三,对反垄断执法机构来说,两个“安全港”制度的功能和适用方式也有差异。由于第一个“安全港”制度的主要功能是确定反垄断法的管辖范围,因此只要某个协议符合要求的,反垄断法就不再适用,执法机构无需也不应再质疑该协议。也就是说,这时的“安全”是不容置疑的,执法机构也不能去反驳。第二个“安全港”制度只是一种积极效果的推定机制,是一种基于经验的简便分析方式,凡推定必然有被推翻的可能,也应当允许被推翻。因此,不仅对当事人来说,这种“安全”不是绝对的,对执法机构来说,也不能当然地给予“不予禁止”待遇而不作任何审查。例如,某些案件所处的市场结构较为特殊,虽然当事人的市场份额不高,但造成的竞争损害较大或者带来的积极效果较小,则执法机构可能需要重新评估涉案协议是否应被豁免,进而可能导致符合第二个“安全港”要求的协议最终未被豁免。

(二) 适度限制转售价格维持的适用

根据前文分析,“安全港”制度的适用范围一般不包括核心限制,而我国“安全港”适用于《反垄断法》第18条规定的所有纵向垄断协议,因而转售价格维持的适用就成为一个问题。而欧盟所有关于纵向协议的集体豁免条例,都无一例外地将转售价格维持定性为核心限制,进而将其排除在“安全港”之外。^[22]核心限制之所以不宜适用“安全港”,主要原因在于:一方面,这些限制直接影响价格、数量、地域等方面的竞争,这涉及市场竞争的最基本形式,这些竞争形式受到限制,基本就等于市场机制本身遭受破坏;另一方面,企业限制这方面的竞争通常也没有什么正当目的,很可能就是不当谋求垄断地位或垄断利润。此外,大量的执法实践表明,核心限制几乎不会有促进竞争的明显好处,即便有也非常小,难以抵消其对竞争的损害。

我国《反垄断法》在引入“安全港”制度时,如何确定适用范围一直摇摆不定。2021

[21] Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), OJ [2014] C 291/1, para. 14.

[22] Csongor Istvan Nagy, Resale Price Fixing after the Revision of the EU Vertical Regime - A Comparative Perspective, 54 *Acta Juridica Hungarica* 349, 355 (2013).

年《反垄断法(修正草案)》曾将“安全港”适用于所有垄断协议,但可能考虑到给予核心限制“安全港”待遇未必合适,草案又设置了一个“但书”,即“有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外”。这起到了打“补丁”的作用,但因设置的条件过于严格可能会排除一些正常的协议。2022 年修正的《反垄断法》规定的适用范围与修正草案不同,但在允许所有纵向垄断协议适用“安全港”的同时也打了一个“补丁”,即除了市场份额门槛外,相关协议还需“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”。这个“其他条件”是什么,反垄断执法机构目前尚未规定。《反垄断法》修正通过之后,国家市场监督管理总局即着手修订配套规章,在 2022 年 6 月公布的《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》中,“其他条件”被界定为“无相反证据证明其排除、限制竞争”——这又回到了 2021 年《反垄断法(修正草案)》的规定。

现行《反垄断法》基本上将“安全港”制度的适用条件都授权执法机构来确定——执法机构不仅可以确定具体的市场份额标准,还可以增加“其他条件”。既然如此,反垄断执法机构可以将步子迈得大一点,直接在细化规定中将“安全港”的适用范围限缩在转售价格维持之外的纵向协议,也即将“经营者与交易相对人达成的协议不属于《反垄断法》第 18 条第 1 款第 1 项和第 2 项规定的协议”作为“安全港”适用的“其他条件”。严格来说,这样做并不违反《反垄断法》。不过执法机构可能有所顾虑,学界也容易反对上述做法。基于此,还可通过以下三种方式来限制转售价格维持的“安全港”适用:

第一,在市场份额标准上,对转售价格维持和“兜底项”设置不同阈值。转售价格维持相比其他可能限制竞争的纵向协议,不仅具有更大的竞争损害,提高经济效率的可能性和程度也要低一些,对其不论适用哪种性质的“安全港”,都应降低市场份额门槛。欧盟竞争法中的“安全港”制度,因具有不同性质,所以并不存在统一的市场份额阈值:不仅《低影响协议通告》与集体豁免条例中的市场份额阈值不同,不同集体豁免条例设定的市场份额门槛也不一样。我国如果拟引入欧盟的两种“安全港”制度,就不应设定统一的市场份额阈值,^[23]而不同的市场份额阈值也无需在反垄断基本法中作出过于详细的规定。即便将我国的“安全港”规则理解为欧盟的第一个“安全港”,市场份额阈值也可能需要进一步区分。根据欧盟《低影响协议通告》,虽然大多横向协议按照 10%、纵向协议按照 15%的市场份额门槛适用“安全港”规则,但特定情形下,这一阈值也需要调整,即存在较大“累积效果”(cumulative effects)的情况下,上述两个市场份额标准均降为 5%。所谓累积效果,指同一相关市场上不同经营者同时实施类似的协议,如多个供应商都对销售商施加一样的限制。如果累积效果达到 30%,即实施类似协议的经营者的经营者加起来,市场份额在 30%以上的,就需要适用 5%的低市场份额阈值。^[24]

[23] 第一种“安全港”制度是为了确定管辖范围,市场份额标准一般不能太高,否则很多协议就被排除反垄断法的适用了;第二种“安全港”制度是一种积极效果的推定机制——当然也涉及与消极效果的比较,而不同类型垄断协议的积极效果与消极效果不同,一般而言,越有可能产生积极效果、积极效果越明显的垄断协议,“安全港”的市场份额阈值可以设置得越高。

[24] Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), OJ [2014] C 291/1, para. 10.

第二,可以对所有纵向协议设置相同的市场份额阈值,但要求当事人证明转售价格维持具有“附属性”。欧盟《低影响协议通告》只是原则上排除了核心限制适用“安全港”规则,并非绝对的。欧盟委员会在2014年曾发布过一份解释什么是《低影响协议通告》中核心限制的指导文件,该文件指出,如果核心限制在确保特定协议存在或保护特定合法目标如健康和安全上具有客观必要性,则可以不被视为核心限制,进而可以适用《低影响协议通告》中的“安全港”规则。^[25]这就是所谓的“附属性限制”,即限制性内容具有“附属性”,它一般包括两种情况:(1)限制性内容是一个更广泛协议的一部分,从属于该协议,如果不允许实施这类限制,该范围更广的协议也就无法达成或实施。例如,有些产品比较特殊,单一主体无能力生产,所以多个主体达成联合生产协议,该协议能够提高市场上的产品供应,通常具有合法性、必要性。不过该协议中可能包含固定销售价格的条款,即生产之后,各主体按相同价格销售。这时,固定价格从属于联合生产协议,如果不允许固定价格,大家可能就没有达成联合生产协议的积极性,消费者反而无法获得这种产品。(2)限制性内容是确保环保、健康、安全等目标所必需,如果不允许实施这类限制,环保、健康、安全等目标就会受到影响。例如,为履行法律要求的环保义务,多个企业达成环境标准协议,据此淘汰某些高能耗产品,该协议必然包含关停生产线的内容(限制产量协议),但如果这是履行环保义务所必需,则应认定为具有附属性,不构成核心限制。在上述两种情况下,尽管某项协议中可能包含核心限制的内容,但对该限制性内容不能单独评价,而要置于总体的协议之中或者考虑更重要的目标,因而核心限制最终可能被授予其“安全港”待遇。^[26]基于此,反垄断执法机构可以将“附属性”设定为转售价格维持适用“安全港”规则的“其他条件”,只有当事人证明转售价格维持是实现其他更广泛协议的必要内容或者是实现其他更重要目标的必要手段(“对实现其他合法目的具有客观必要性”)时,才给予“安全港”待遇。有学者就指出,尽管转售价格维持在欧盟竞争法中被严厉禁止,但欧盟委员会也承认,某些具有“客观必要性”的转售价格维持有可能不被《欧盟运行条约》第101条第1款所涵盖。^[27]

第三,将“安全港”规则适用于转售价格维持时考虑累积效果。如果相关市场上普遍存在转售价格维持协议,则即便协议双方的市场份额不高,竞争损害也可能较大,因为累积效果会放大纵向垄断协议的危害性。^[28]累积效果不仅可能便利竞争者间共谋,还可能对协议外的市场主体产生封锁或排斥效应。如果一个相关市场上60%的竞争者都实施了转售价格维持协议,则有效的市场竞争几乎只剩下了40%。欧盟《低影响协议通告》规定,如果累积效果达到了30%,则不论横向协议还是纵向协议,“安全港”的市场份额阈值

[25] Guidance on Restrictions of Competition “by Object” for the Purpose of Defining Which Agreements May Benefit from the De Minimis Notice, SWD (2014) 198 final, pp. 4-5.

[26] F. Enrique Gonzalez Diaz, The Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law, 19 *Fordham International Law Journal* 951, 996 (1996).

[27] Dzmityr Bartalevich, The Influence of the Chicago School on the Commission’s Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy, 54 *Journal of Common Market Studies* 267, 278 (2016).

[28] 参见许光耀:《转售价格维持案件中垄断行为的识别——兼评〈反垄断法〉第18条》,《法学评论》2023年第2期,第13页。

都要降为 5%。转售价格维持原本就较其他纵向协议具有更大的竞争损害,如果同时存在较明显的累积效果,则可以考虑排除“安全港”规则的适用。

六 结 论

垄断协议“安全港”制度在我国并非 2022 年《反垄断法》修改时首次引入,2019 年国务院反垄断委员会印发的《知识产权反垄断指南》和《汽车业反垄断指南》中均有“安全港”的内容。不过两份指南中的“安全港”制度,在适用条件、市场份额阈值及适用效果等方面也有重大差异。“安全港”制度进入《反垄断法》,原本应当对现行指南中的“安全港”规则起着统率、协调作用,但《反垄断法》的规定与现行两部指南均不同程度地存在冲突。特别是“安全港”制度的法律性质和适用范围,随着《反垄断法》的修改,在我国现行规范中越发显得混乱和矛盾。造成上述问题的根源在于欧盟的“安全港”制度在我国被误读,尤其是被片面地理解和引入。我国《反垄断法》规范基本以欧盟竞争法为蓝本,垄断协议一章的内容与《欧盟运行条约》第 101 条高度类似。欧盟的垄断协议“安全港”制度,构成了解释、适用我国“安全港”制度的基本参照。

欧盟竞争法将垄断协议的分析模式细分为“消极效果评估”和“积极效果评估”两个阶段,前者分析涉案协议是否构成一项“垄断协议”(解决管辖问题),后者分析已认定的“垄断协议”是否具有更大的积极效果(解决豁免问题)。为了节约执法成本并为提供经营者预期,欧盟在这两个阶段均引入了一个“安全港”制度。第一个“安全港”是损害排除机制,即市场份额阈值之下的协议不被认为具有竞争损害,因而不属于欧盟竞争法的管辖范围;第二个“安全港”是集体豁免机制,即市场份额阈值之下的协议虽然具有竞争损害、构成垄断协议,但因存在更大的促进竞争效果而推定豁免。我国《知识产权反垄断指南》和《汽车业反垄断指南》中的“安全港”,分别对应欧盟第一个和第二个“安全港”。这样一来,《汽车业反垄断指南》中的“安全港”制度就可能缺乏上位法依据。在我国反垄断法实施初期及执法资源紧张背景下,两种“安全港”制度均有引入的必要。因此,理想和长远方案是改造现行规则,重新确立两种不同性质的“安全港”制度。

在既有的“安全港”制度下,当前迫切需要解决的一个问题是适用范围,即尽可能地限制转售价格维持获得“安全港”待遇。为此,较彻底和大胆的做法是,反垄断执法机构在确定“安全港”适用的“其他条件”时直接将转售价格维持排除在外;较折中和稳妥的方案是,为转售价格维持设定更低的市场份额门槛或者要求当事人证明转售价格维持具有“附属性”,并在相关市场存在较大累积效果时不授予转售价格维持“安全港”待遇。

总体来说,垄断协议“安全港”制度能够简化反垄断法的实施方式,对反垄断执法机构和经营者来说都有较大好处。不过,明确性质定位是合理设置“安全港”规则和妥善适用该制度的前提。在反垄断法上,一项协议可能因没有竞争损害或损害较小而被认为是安全的,也可能在有较大损害但同时有更大好处的情况下被认为是安全的。这两种结果的实现,均可借助“安全港”规则,但基于此设立的“安全港”制度,应当区分两种不同的属性,相应地需要确定差异的适用范围并设置不同的市场份额阈值。

The Nature and Normative Restoration of the “Safe Harbor” System for Monopoly Agreements

[**Abstract**] China introduced a “safe harbor” rule for monopoly agreements into its Anti-Monopoly Law (AML) when the Law was amended in 2022, but this rule clearly conflicts with the “safe harbor” provisions already established in the antitrust guidelines for intellectual property and the automotive industry. There is also a great controversy in the academic community over the nature as well as the application scope and effect of “safe harbor” rules. As a result, although the “safe harbor” rule has been implemented for over a year, China’s AML authority (SAMR) has so far failed to clarify the conditions under which the rule applies. The main reason for this situation is that the EU’s “safe harbor” system has been mistakenly introduced into Chinese legislation and one-sidedly understood by the Chinese academic community. “Safe harbor” rules are mainly used to analyze the illegality of monopoly agreements. Therefore, the choice of the “safe harbor” rules in a country should be coordinated with the legislative provisions on monopoly agreements in that country. In other words, legislative provisions on monopoly agreements and the related analysis models of monopoly agreements basically determine the nature and content of the “safe harbor” rule. The monopoly agreement provisions in China’s AML are basically derived from Article 101 of the TFEU, so the EU’s “safe harbor” system can also serve as a reference for China. The EU’s “safe harbor” rules and the analysis model of monopoly agreements come down in one continuous line. The analysis of the illegality of monopoly agreements includes two stages: “assessing negative effects” and “assessing positive effects”. The EU has a “safe harbor” rule for each of the two stages. The two “safe harbor” rules differ in nature: one is to determine that there is no competitive damage, and the other is to grant block exemptions. Neither of them includes hard-core restrictions, but both of them include horizontal agreements and vertical agreements. However, the second “safe harbor” rule applies only to a few specific types of horizontal agreements, such as joint R&D agreements and specialization agreements. Some of the “safe harbor” rules in China’s current guidelines and the AML are derived from the EU’s first “safe harbor” rule, while others come from the EU’s second “safe harbor” rule. This is an important reason for the chaos of the current systems. From a practical perspective, it is necessary to introduce both “safe harbor” rules into China. However, it is particularly necessary to restrict resale price maintenance (RPM) from obtaining “safe harbor” treatment. Based on the authorization of AML, the SMAR can directly exclude RPM from the scope of application of “safe harbor” rules or add additional conditions for RPM, such as lower market share thresholds, or impose “ancillary restraints” requirements, and consider the cumulative effects in relevant markets.

(责任编辑:姚 佳)