

欧盟目的 限制竞争协议认定的 分析方法研究^{*}

徐晓枫 孟晓非

摘 要：随着中欧科技创新合作对话的不断深入，争议焦点逐渐集中到如何更好地保护并实施知识产权以推动创新，其中最为争议的问题便是创新合作中限制竞争协议的认定问题。通过对比分析《欧盟运行条约》和《反垄断法》，可以发现欧盟和我国在规制垄断协议的立法结构上大体一致，内容类似，因此欧盟的相关法律制度对我国有一定的借鉴意义。欧盟目的限制竞争协议的认定分析方法有三种，即传统分析方法、“更具分析性的方法”和混合分析方法。探讨分析欧盟三种目的限制竞争协议认定方法的特点缺陷，在深刻理解欧盟三种分析方法本质的基础上，结合我国国情，可以提出完善我国限制竞争协议认定分析方法的相关建议，供相关立法部门参考。

关键词：欧盟反垄断法； 限制竞争协议认定； 《欧盟运行条约》； 《反垄断法》

作者简介：华东政法大学 国际金融法律学院 副研究员 上海 200042
上海知识产权法院 法官助理 上海 201203

中图分类号：D95； D922.294

文献标识码：A

文章编号：1005 - 4871(2020)03 - 0105 - 20

^{*} 本文是国家社会科学基金“知识产权与技术转移中的限制竞争行为研究”(编号:19CFX052)的阶段性研究成果。

一、问题的提出

协议垄断,作为对市场竞争危害最严重和最普遍的限制竞争行为,形态隐秘,违法行为难以判断。如何合理认定技术引进协议中诸多涉及技术所有权及技术改进的条款是否存在限制竞争的作用,已经成为当下科技创新合作中亟待解决的关键问题。其中,最需要注意的便是科技合作协议中的回授条款。2018年3月和6月,美国和欧盟通过WTO争端机构向中国提出了某些有关知识产权保护措施的磋商请求,其中都涉及了对于回授条款的合法性认定问题,它们认为我国现有关于回授条款的规定是排他性的、限制竞争的。此外,伴随“一带一路”倡议的实施,我国也开始与沿线诸多相对不发达的欧盟国家进行科技合作或对其输出技术。进而在实践中就发现了一个问题,即如何使我国企业在与相关国家开展技术合作或对其技术输出中保护好自身知识产权,防止技术泄露或其他权益受到损害。对于限制竞争协议的认定,欧盟主要采用目的限制竞争和效果限制竞争的二元分析模式,而美国主要采用“本身违法原则”和“合理原则”的二元分析模式。

中国于2007年8月通过并于2008年8月实施的《中华人民共和国反垄断法》(下文简称《反垄断法》)也将协议垄断确定为应被禁止的垄断行为之一。该法采用了类似欧盟反垄断法中规定的“一般禁止性规定+豁免条款”的模式。但是,相比《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union,下文简称TFEU)第101条中的具体规定,我国并未在《反垄断法》第13或第15条中对如何认定限制竞争协议作出详细的规定。就现有法院案例^①来说,法院都强调判断构成限制竞争协议的关键要素是协议是否具有排除、限制竞争的目的、效果,但是具体应当如何认定协议的目的、效果,法院没有作出进一步解释。学界对此也充满争议。2020年1月2日,市场监管总局发布了《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》。相比于现行《反垄断法》,草案将垄断协议的定义从现行《反垄断法》第13条第2款提前单独列为一条,并明文规定禁止经营者之间达成垄断协议。修订草案也尚未对应如何采用“禁止+豁免”的规制原则予以明确,但这一谋篇布局上的调整为未来的统一留下了空间。综上,在中欧科技创新合作的大环境下,为应对欧盟的各种恶意磋商请求,应首先对欧盟现有限制竞争认定模式进行研究,进而更好地在中欧科技合作中维护好自身权益,消除恶意磋商或其他限制我国发展的战略措施。此外,欧盟和我国在规制垄断协议的立法结构上大体一

^① 参见锐邦公司诉强生公司纵向垄断协议纠纷案、惠尔讯科技有限公司诉深圳有害生物防治协会横向垄断协议纠纷案、海南省物价局垄断案等。

致,内容类似^①,因此中国向欧盟学习和借鉴相关法律制度是可行的。

二、欧盟目的限制竞争协议的三种分析方法

欧盟及其成员国对于“排除、限制竞争”协议的认识相对统一,既包括目的限制竞争协议(agreements that restrict competition by object),也包括效果限制(agreements that restrict competition by effect)竞争协议。欧洲法院认为,目的限制竞争和效果限制竞争是 TFEU 第 101 条规定下两类不同类型的侵权行为,并且目的和效果不是累积的概念,而是互为替代的,不需要同时适用。协议可能因其本质上具有限制竞争的目的而违反 TFEU 第 101 条的规定,同时也可能因其行为对市场的限制竞争效果而违反 TFEU 第 101 条的规定。^②而目的与效果之间的区别一直以来也饱受争议,没有定论。著名的 GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission (GSK)案判决,体现了目的和效果的关系。^③法院认为,目的是效果的另一种表现形式,需要在 TFEU 第 101 条第 1 款下进行单独考量。对于目的限制和效果限制区别的认识一般基于两方面,即对于限制竞争的法律解释和经济解释。从法律解释的角度来看,目的限制概念是在“更具分析性的方法”下认定协议在相关法律和经济背景中的意图,效果限制概念则是与协议对竞争产生的实际效果有关。从经济解释的角度来看,传统分析方法毫无意义,因为它无法对细微差别或变化的经济环境作出反应,这也是诸多学者认为需要对现有二分法模式进行改进的原因。至于欧盟在判断协议是否限制竞争时必须优先考量协议是否具有限制竞争目的,是因为相比于确定协议目的,审查协议实际效果更加困难和难以操作。例如,具有限制竞争目的的协议可能还未实施,此时对于协议实际效果的审查将无从下手。另外,因为如果目的评估存在法律分析上的错误,那么在效果分析的时候可以对此进行驳回(补救)。^④因此,对欧盟限制竞争协议认定问题进行研究,有必要先从欧盟目的限制竞争协议认定研究开始。

此前,绝大多数学者对于目的限制竞争协议的认定问题都认同理查德·维西(Richard Whish)教授等人提出的传统分析理论。该理论以“目的分析框架”理论

^① 刘廷涛:《欧盟卡特尔适用规则及豁免规定对我国之启示》,载《东方法学》,2015年第3期,第134-144页,这里第135页;兰磊:《论欧盟垄断协议规制制度的困境及其对我国的启示》,载《竞争法律与政策评论》,2015年第1期,第84-120页,这里第90页。

^② Alison Irene Jones/William E. Kovacic, “Identifying anticompetitive agreements in the United States and the European Union: developing a coherent antitrust analytical framework”, *Social Science Electronic Publishing*, Vol. 62, No. 2, 2017, pp. 254-293, here pp. 255-290.

^③ Case T-168/01, *GlaxoSmithKline Services v Commission* [2006] ECR II-2969.

^④ 同上。