

欧洲联盟委员会
关于纵向限制的指南*
(与欧洲经济区相关的文本)

(2010/C 130/01)

目 录

	段落
I. 导言	1-7
1. 本指南的宗旨	1-4
2. 对纵向协议适用第101条	5-7
II. 通常不适用第101条（1）款的纵向协议	8-22
1. 影响较小的协议和中小企业间的协议	8-11
2. 代理协议	12-21
2.1 代理协议的定义	12-17
2.2 对代理协议适用第101条（1）款	18-21
3. 分包	22
III. 《集体豁免条例》的适用	23-73

* 翻译：苏华，中国社会科学院法学研究所博士后，中国科学院大学竞争法研究与咨询中心研究人员；审校：韩伟，中国科学院大学博士后，中国科学院大学竞争法研究与咨询中心研究人员。

译者注：本中文译本依据 European Commission Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130, pp. 1-46。在本中文译本中：（1）注释采用连续编号；（2）正文所援引欧盟法规名称均已译成中文，注释提供了法规的英文全称，以便查询相关法规的官方英文文本。

1. 《集体豁免条例》创设的安全港	23
2. 《集体豁免条例》的适用范围	24-46
2.1 纵向协议的定义	24-26
2.2 竞争者之间的纵向协议	27-28
2.3 零售商协会	29-30
2.4 含有知识产权条款的纵向协议	31-45
2.5 与其他集体豁免条例的关系	46
3. 《集体豁免条例》中规定的核心限制	47-59
4. 可能不违反第101条（1）款或可能满足第101条（3）款条件的核心限制个案	60-64
5. 《集体豁免条例》所排除的限制	65-69
6. 可分割性	70-71
7. 通过同一分销体系销售的产品组合	72-73
IV. 集体豁免的撤销和《集体豁免条例》的不适用	74-85
1. 撤销程序	74-78
2. 《集体豁免条例》的不适用	79-85
V. 市场界定和市场份额计算	86-95
1. 《关于相关市场界定的委员会通告》	86
2. 依据《集体豁免条例》计算30%市场份额上限时的相关市场	87-92
3. 依据《集体豁免条例》计算市场份额	93-95
VI. 个案的执行政策	96-229
1. 分析框架	96-127
1.1 纵向限制的消极效果	100-105

1.2 纵向限制的积极效果	106-109
1.3 分析方法	110-127
1.3.1 依据第101条（1）款进行评估的相关因素	111-121
1.3.2 依据第101条（3）款进行评估的相关因素	122-127
2. 对特定纵向限制的分析	128-229
2.1 单一品牌	129-150
2.2 排他分销	151-167
2.3 排他客户划分	168-173
2.4 选择性分销	174-188
2.5 特许专营	189-191
2.6 排他供应	192-202
2.7 进场费	203-208
2.8 品类管理协议	209-213
2.9 搭售	214-222
2.10 转售价格限制	223-229

I. 导言

1. 本指南的宗旨

(1) 本指南阐述了依据《欧盟运行条约》*第101条（下文简称“第101条”）评估纵向协议所遵循的原则。¹ 2010年4月20日《关于对各类纵向协议和协同行为适用欧盟运行条约第101条（3）款的欧盟委员会（EU）第330/2010号条例》²（下文简称“《集体豁免条例》”）第1条（1）款（a）项界定了“纵向协议”（参见本指南第（24）至（46）段）。本指南不影响对纵向协议可能平行适用《欧盟运行条约》第102条（下文简称“第102条”）。本指南的结构如下：

- 第II节（第（8）至（22）段），论述了通常不适用第101条（1）款的纵向协议；
- 第III节（第（23）至（73）段），澄清了《集体豁免条例》的适用条件；
- 第IV节（第（74）至（85）段），论述了有关撤销集体豁免以及不适用《集体豁免条例》的原则；
- 第V节（第（86）至（95）段），就如何界定相关市场和计算市场份额提

* 自2009年12月1日，《欧共同体条约》第81条和第82条分别成为《欧盟运行条约》（Treaty on the Functioning of the European Union）第101条和第102条。该两套条款本质上是相同的。为本指南之目的，在适当情形下，对《欧盟运行条约》第101条和第102条的援引应分别理解为对《欧共同体条约》第81条和第82条的援引。在专门用语上，《欧盟运行条约》引入了若干变化，如：以“欧盟”取代“欧共同体”，以“内部市场”取代“共同市场”等。本指南将使用《欧盟运行条约》的专门用语。

¹ 本指南取代 The Commission Notice – Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291, 13.10.2000, p. 1。

² 参见 Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 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 (the ‘Block Exemption Regulation’), OJ L 102, 23.4.2010, p. 1。

供了指导；

— 第VI节（第（96）至（229）段），论述了委员会在有关纵向协议的个案中所采用的一般分析框架和执行政策。

(2) 本指南的所有分析既适用于商品（goods）也适用于服务（services），尽管某些纵向限制主要用于商品的分销。同样，纵向协议可以为中间商品和服务而订立，也可以为最终商品和服务而订立。除非另有表述，本指南的分析和论述适用于所有类型的商品和服务以及贸易的所有环节。“产品”（products）一词既包括商品也包括服务。“供应商”和“购买商”指所有贸易环节的供应商和购买商。当最终消费者并非以经营者身份订立协议时，《集体豁免条例》和本指南不适用于与最终消费者达成的协议，因为第101条仅适用于经营者之间达成的协议。

(3) 委员会发布本指南旨在帮助企业依据欧盟竞争规则对其纵向协议进行自我评估。适用本指南所阐明的标准时必须充分考虑个案的具体情形，而不应该机械适用这些标准。个案评估必须以具体案情为依据。

(4) 本指南不影响欧洲普通法院（General Court of the European Union）和欧洲法院（Court of Justice of the European Union）就第101条对纵向协议的适用作出解释。根据利益相关方和成员国竞争主管机构反馈的市场信息，委员会将会继续检测《集体豁免条例》和本指南的实施，并可能根据未来的发展和观点的演进修订本指南。

2. 第101条对纵向协议的适用

(5) 第101条适用于可能影响成员国间贸易，并且阻碍、限制或扭曲竞争的纵向协议（下文简称“纵向限制”）。³ 第101条对限制竞争效果和促进竞争效果加以

³ 参见欧洲法院判决 *Joined Cases 56/64 and 58/64 Grundig-Consten v Commission* [1966] ECR 299; *Case 56/65 Technique Mini ère v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235; 以及欧洲初审法院判决 *Case T-77/92 Parker Pen v Commission* [1994] ECR II 549。

区分，提供了评估纵向限制的一个法律框架。第101条（1）款禁止显著限制或扭曲竞争的协议，而第101条（3）款对产生的利益超过其反竞争效果的协议适用豁免。⁴

(6) 对于多数纵向限制，只有当一个或多个贸易环节的竞争不充分的情形下，即在供应商环节、或购买商环节、或这两个环节同时存在一定程度的市场力量时，才会导致竞争问题。在通常情形下，纵向限制比横向限制所造成的损害要小，且可能提供显著的效率。

(7) 第101条旨在确保避免经营者通过协议（在本指南中特指纵向协议）限制市场竞争而损害消费者。实现一体化的内部市场（an integrated internal market）是更为宏大的目标，在这一背景下评估纵向限制同样非常重要。市场一体化促进了欧盟的竞争。当成员国壁垒已被成功清除，不允许企业在成员国之间重新设立私人壁垒。

II. 通常不适用第101条（1）款的纵向协议

1. 影响较小的协议（agreements of minor importance）和中小企业间的协议

(8) 第101条（1）款不适用于未显著影响成员国间贸易、或未明显地以限制竞争为目的或导致限制竞争效果的协议。《集体豁免条例》仅适用于第101条（1）款适用范围内的协议。本指南不影响委员会《关于影响较小的协议的通告》⁵ 或任何未来《关于影响较小的协议的通告》的适用。

⁴ 委员会关于第101条（1）款，尤其是第101条（3）款适用条件的总体方法和解释，参见 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97。

⁵ 参见 Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ C 368, 22.12.2001, p.13。

(9) 在不违反《关于影响较小的协议的通告》中有关核心限制（hardcore restrictions）和累积效果（cumulative effects）所列条件的前提下，若订立纵向协议的各方不具有竞争关系，且在相关市场上的份额分别不超过15%，该协议通常被视为不适用第101条（1）款。⁶ 然而，这并不是推定若协议各方的市场份额超过15%，该纵向协议就自动违反了第101条（1）款。这类协议可能并未显著影响成员国间的贸易，或可能不构成对竞争的显著限制。⁷ 应依据此类协议的法律和经济背景对其进行评估。本指南第（96）至（229）段阐明了对单个协议进行评估的标准。

(10) 对于《关于影响较小的协议的通告》中界定的核心限制，如果其对成员国间贸易和竞争产生了显著影响，即使协议各方的市场份额低于15%的市场份额界限，仍可适用第101条（1）款。在这方面，欧洲法院和初审法院的相关判例具有重要意义。⁸ 还应参照本指南（特别是第（47）段）有关评估核心限制的积极和消极效果的论述。

(11) 此外，委员会认为，当未出现累积效果和核心限制时，《关于界定微型、小型、和中型企业的委员会建议》⁹ 附件中所界定的中小企业间的协议很少能够产生第101条（1）款意义上的对成员国间贸易的显著影响或对竞争的显著限制，因此，这类协议通常不适用第101条（1）款。即使这类协议符合适用第101条（1）款的条件，委员会通常会以缺乏充分的欧盟利益为由避免启动程序，除非订立协议的企业在内部市场的重大部分共同或单独具有支配地位。

⁶ 对于具有竞争关系的经营者之间订立的纵向协议，市场份额下限是协议各方在每个受影响的相关市场上的合计市场份额不超过 10%。

⁷ 参见欧洲初审法院判决 Case T-7/93 *Langnese-Iglo v Commission* [1995] ECR II-1533，第 98 段。

⁸ 参见欧洲法院判决 Case 5/69 *Völk v Vervaecke* [1969] ECR 295； Case 7/71 *Cadillon v Höss* [1971] ECR 351； Case C-306/96 *Javico v Yves Saint Laurent* [1998] ECR I-1983 第 16、17 段。

⁹ 参见 Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, OJ L 124, 20.5.2003, p. 36。

2. 代理协议

2.1 代理协议的定义

(12) 代理人是指某个法人或自然人被授权代表另一人（本人）以代理人或本人的名义就下列事项谈判和/或订立合同：

- 为本人购买商品或服务，或
- 销售本人供应的商品或服务。

(13) 为适用第101条（1）款的目的而界定代理协议，决定因素是代理人就其被本人任命为代理人的活动所承担的财务或商业风险。¹⁰ 在这方面，代理人是代理一个还是几个本人对此项评估并不重要。协议各方或成员国立法赋予该协议的性质对此项评估亦不重要。

(14) 为适用第101条（1）款的目的，三类财务和商业风险对于界定代理协议具有实质意义。第一，与代理人代表本人谈判和/或订立的合同直接相关的风险，如存货融资（financing of stocks）。第二，与市场特定投资（market-specific investments）相关的风险。市场特定投资是代理人代表本人从事某种活动所需的特别投资，也就是使代理人能够谈判和/或订立该类型合同所必须的投资。该类投资通常是沉没投资，即如果离开特定活动领域，该投资将无法用于其他活动，如将其出售则会导致巨大损失。第三，与在同一产品市场上其他活动相关的风险，如果本人要求其代理人并非以本人的代理人的身份，而是以代理人自己承担风险的方式进行这些活动。

(15) 为适用第101条（1）款的目的，一项协议将被认定为代理协议，如果就代

¹⁰ 参见欧洲初审法院判决 Case T-325/01 *Daimler Chrysler v Commission* [2005] ECR II-3319；欧洲法院判决 Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v CEPSA* [2006] ECR I-11987 以及 Case C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL* [2008] ECR I-6681.

表本人谈判和/或订立合同、该活动领域的市场特有投资、以及在同一产品市场上应本人要求而从事的其他活动，代理人不承担任何风险或者仅承担可忽略的风险。然而，提供代理服务一般应承担的风险，例如代理人的收入取决于其作为代理人是否成功，或有关场地或人员等一般投资风险，对于评估一项协议是否构成代理协议并不重要。

(16) 为适用第101条（1）款的目的，一项协议将被认定为代理协议，如果所购买或销售的合同商品的所有权不属于代理人所有，或代理人自己并不提供合同服务，且符合下述情形：

- (a) 不承担供应/购买合同商品或服务的费用，包括产品运输成本，但并不排除本人承担费用，由代理人提供运输服务的情形；
- (b) 不承担储存合同商品的费用或风险，包括存货融资以及存货损失的费用，并且可以将未售出商品退给本人而不承担费用，除非代理人应承担过错责任（例如，未采取合理的安全措施以避免存货损失）；
- (c) 对售出商品对第三方所引起的损害不承担责任（产品责任），除非其作为代理人就该损害应承担过错责任；
- (d) 除代理人的佣金损失以外，不因客户未履行合同承担任何责任，除非代理人应承担过错责任（例如，代理人未采取合理的安全或防盗措施，未采取合理措施就失窃情况向本人或警察报告，未告知本人该代理人可获得的有关客户财务信用的所有必要信息等）。
- (e) 不负有对促销进行投资的直接或间接义务，如分摊本人的广告预算；
- (f) 不承担设备、场地或人员培训等方面的市场特定投资，如汽油零售中的储油箱，或保险代理中销售保险产品的特定软件，除非本人对前述成本进行全额补偿；
- (g) 不在同一产品市场上应本人要求而从事其他活动，除非本人对前述活动进

行全额补偿。

(17) 上述清单并未穷尽所有情形。但如果代理人承担了本指南第(14)、(15)、和(16)段中列出的一项或多项风险或费用,该项由本人和代理人订立的协议将不被认定为代理协议。上述风险问题必须就个案进行评估,并考察经济现实而不是协议的法律形式。为实用的原因,风险分析可以从评估合同特定的风险(contract-specific risks)开始。如果合同特定的风险由代理人承担,就足以得出代理人是独立分销商的结论。相反,如果代理人不承担合同特定风险,则需要进一步分析与市场特定投资相关的风险。最后,如果代理人不承担任何合同特定的风险和与市场特定投资相关的风险,则需要考察与在同一产品市场上其他活动相关的风险。

2.2 对代理协议适用第101条(1)款

(18) 在本指南第2.1节界定的代理协议中,代理人的销售或购买功能构成了本人活动的一部分。由于本人承担与购买和销售合同商品和服务相关的财务和商业风险,代理人代表本人订立和/或谈判合同的所有义务均不适用第101条(1)款。代理人的以下义务通常被视为代理协议所固有的,因为对于本人确定代理人就合同商品或服务从事活动的范围的能力而言,下述各项义务均具有相关性。而如果本人要承担风险并因此处在决定商业策略的位置,该能力至关重要:

- (a) 代理人销售商品或服务的地域限制;
- (b) 代理人销售商品或服务的客户限制;
- (c) 代理人销售或购买合同商品或服务所必须遵守的价格和条件。

(19) 除规定代理人代表本人销售或购买合同商品或服务的条件,代理协议通常包含有关代理人和本人的关系的条款。特别是,代理协议可能包含禁止本人就特定类型的交易、客户或地域委托其他代理人的条款(排他代理条款),和/或禁止

代理人担任与本人有竞争关系的经营者的代理人或分销商的条款（单一品牌条款）。由于代理人是独立于本人的经营者，有关代理人和本人的条款有可能违反第101条（1）款。排他代理条款仅涉及品牌内竞争，通常不会导致反竞争效果。然而，单一品牌条款和协议期满后不竞争条款涉及品牌间竞争，如果其导致或促进了销售或购买合同商品或服务的相关市场上（累积的）排斥效果，则可能违反第101条（1）款（参见本指南第VI.2.1节）。这些条款可以适用《集体豁免条例》，特别是当满足该条例第5条规定的条件时。这些条款也可以依据第101条（3）款而被个别的正当化，例如本指南第（144）至（148）段所论述的情形。

(20) 即使本人承担所有相关的财务和商业风险，如果代理协议促进了共谋，该代理协议也可能违反第101条（1）款。例如，多个本人使用同一代理人，并共同阻止他人使用该代理人，或通过该代理人共谋营销策略或在本人之间交换敏感市场信息。

(21) 如果代理人承担了本指南第（16）段列出的一项或多项风险，为适用第101条（1）款的目的，该项由本人和代理人订立的协议将不被认定为代理协议。在此情形下，代理人被视为独立经营者，其与本人订立的合同和任何其他纵向协议一样适用第101条（1）款。

3. 分包

(22) 分包（subcontracting）指承包商为分包商提供技术或设备，由分包商为承包商（排他）生产某种产品。分包适用《关于依据〈欧洲经济共同体条约〉第85条（1）款评估某些分包协议的委员会通告》¹¹（下文简称《关于分包的通告》）。《关于分包的通告》现行有效。依据该通告，如果承包商所提供的技术或设备是分包商生产产品所必需的，则分包商为承包商（排他）生产某种产品的分包协议

¹¹ 参见 Commission notice of 18 December 1978 concerning the assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85(1) of the EEC Treaty, OJ C 1, 3.1.1979, p. 2。

通常不适用第101条（1）款。然而，施加于分包商的其他限制有可能适用第101条，如：不得自行开展研发，或不得为第三方生产产品的一般义务。¹²

III. 《集体豁免条例》的适用

1. 《集体豁免条例》创设的安全港

(23) 对于多数纵向限制，只有当一个或多个贸易环节的竞争不充分的情形下，即在供应商环节、或购买商环节、或这两个环节同时存在一定程度的市场力量时，才会导致竞争问题。《集体豁免条例》依据供应商或购买商的市场份额为纵向协议创设了合法性推定，只要纵向协议中不含有以限制竞争为目的的核心限制。依据《集体豁免条例》第3条，是否适用集体豁免取决于供应商在其出售合同商品或服务的市场上以及购买商在其购买合同商品或服务的市场上所占的份额。为适用集体豁免的目的，供应商和购买商的市场份额分别不得超过30%。本指南第V节为相关市场界定和市场份额计算提供了指导。超过市场份额上限时，不能推定纵向协议违反第101条（1）款，或不能满足第101条（3）款规定的条件，但也不能推定违反第101条（1）款的纵向协议通常将满足第101条（3）款规定的条件。

2. 《集体豁免条例》的适用范围

2.1 纵向协议的定义

(24) 《集体豁免条例》第1条（1）款（a）项将纵向协议定义为“为协议的目的，在生产或销售链的不同环节进行经营的两个或两个以上的经营者达成的，有关各方购买、销售或转售特定商品或服务的条件的协议或协同行为”。

¹² 参见《关于分包的通告》，第3段。

(25) 本指南第(24)段所述及的“纵向协议”的定义含有四个主要因素：

(a) 《集体豁免条例》适用于协议和协同行为。《集体豁免条例》不适用于相关经营者的单方行为。这类单方行为属于禁止滥用支配地位的第102条的适用范围。各方表达了其在市场上以特定方式而行为的一致意思足以建立起第101条意义上的一项协议。只要构成了各方意思的真实表达，表达意思的形式并不重要。如果不存在一致意思表示的明示协议，委员会将需要证明一方的单方行为收到了另一方的默许。对于纵向协议而言，对特定单方政策的默许可以通过两种方式来认定。第一，从先期达成的一项总协议所赋予各方的权力可以推断出默许的存在。如果一项先期达成的协议规定或授权一方对另一方采取有约束力的、后续的特定单方政策，另一方的默许即可由此而推断出。¹³ 第二，如果不存在明确的默许，委员会将需要证明存在心照不宣的默许。这需要首先证明一方为执行其单方政策而要求另一方明示或默示的合作；其次，另一方通过实际执行该单方政策而符合此要求。¹⁴ 比如，在接到某供应商为阻止平行贸易而单方减少供货的声明之后，分销商们立刻减少订单并停止从事平行贸易，这些分销商心照不宣地默许了该供应商的单方政策。如果这些分销商继续从事平行贸易或试图寻求从事平行贸易的新途径，则不能推定存在心照不宣的默许。同样，对于纵向协议而言，从推行单方政策的一方联合实际执行该政策的若干分销商对协议另一方的胁迫程度可以推断出心照不宣的默许。比如，为了处罚不遵循其单方政策的分销商，某供应商建立起一套监督和处罚体系。如果该体系使得该供应商能够实际执行其政策，这一体系就表明了对该供应商单方政策的心照不宣的默许。本段所述及的用以认定默许的两种方式可以结合使用。

(b) 协议或协同行为是两个或两个以上经营者订立的。与不从事经营的最终消费者订立的纵向协议不在此限。概括而言，与最终消费者订立的协议不在第101

¹³ 参见欧洲法院判决 Case C-74/04 P *Commission v Volkswagen AG* [2006] ECR I-6585。

¹⁴ 参见欧洲初审法院判决 Case T-41/96 *Bayer AG v Commission* [2000] ECR II-3383。

条（1）款的适用范围之内，因为该条款只适用于经营者之间的协议、经营者协会的决议和经营者的协同行为。本款不影响第102条的适用。

(c) 为协议的目的，协议或协同行为是在生产或分销链的不同环节运营的经营 者之间订立的。如，一家企业生产另一家企业所需的原材料，或者第一家企业 是制造商，第二家企业是批发商，第三家企业是零售商。本款并不排除某经营 者同时处于生产或分销链的一个以上的环节。

(d) 协议或协同行为与协议各方，即供应商和购买商，“购买、销售或转售特 定商品或服务”的条件相关。这表明《集体豁免条例》意在调整购买和分销协 议。这些协议涉及供应商供应的商品或服务的购买、销售或转售条件，和/或 购买商使用上述商品或服务所生产的商品或服务的销售条件。为适用《集体豁 免条例》的目的，供应商供应的商品或服务以及加工后的商品或服务均视为合 同商品或服务。有关所有最终和中间商品和服务的纵向协议都被包括在内。唯 一的例外是汽车业，只要对该行业继续适用特别集体豁免制度，如《关于对汽 车业各类纵向协议和协同行为适用条约第81条（3）款的委员会（EC）1400/2002 号条例》或其未来版本。¹⁵ 对于供应商供应的商品或服务，购买商可以转售， 也可以用做生产自己商品或服务的原材料。

(26) 《集体豁免条例》也适用于为向第三方租赁而销售和购买的商品。但出租 或租赁协议本身不在此限，因为供应商并未向购买商销售任何商品或服务。更一 般地说，《集体豁免条例》并不适用于与购买、销售和转售条件无关的限制或义 务，如在其他方面属于纵向协议的协议中所包含的禁止各方从事独立研发的义 务。此外，《集体豁免条例》第2条（2）至（5）款直接或间接排除了其对某些 纵向协议的适用。

¹⁵ 参见 Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, OJ L 203, 1.8.2002, p. 30. 译者注：该条例已由 Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 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 in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52 所取代。

2.2 竞争者之间的纵向协议

(27) 《集体豁免条例》第2条（4）款明确排除了其对“相互竞争的经营者之间的纵向协议”的适用。考虑到竞争者间的纵向协议可能产生共谋的效果，该类协议由《关于对横向合作协议适用欧共同体条约第81条的委员会指南》加以规制。¹⁶ 但是，该类协议的纵向方面应依据本指南进行评估。《集体豁免条例》第1条（1）款（c）项将“竞争的经营者”定义为“实际的或潜在的竞争者”。两家企业如果活跃于同一相关市场上，他们将被认定为实际的竞争者。在不存在一项协议但相关价格小幅但永久上涨的情形下，某企业如能够在较短（通常不超过一年）的时间，对该相关市场进行必要的额外投资或承担其他必要的转换成本而进入该市场，则该企业将被认定为活跃于该相关市场上的企业的潜在竞争者。对潜在竞争者的评估必须基于实际情形；仅在理论上有可能性是不充分的。¹⁷ 如果分销商提供生产规格，由制造商生产使用分销商品牌的特定产品，则该分销商不被视为该自有品牌产品的制造商。

(28) 对于竞争者之间纵向协议的一般除外，《集体豁免条例》第2条（4）款规定了两个例外情形。这两个例外均涉及非互惠协议。《集体豁免条例》将适用于竞争者间的非互惠协议，如果：（1）供应商是产品制造商和分销商，购买商仅是分销商，而不是生产环节上的竞争者，或（2）供应商是多个贸易环节上的服务提供商，购买商在零售环节运营，但不是其购买合同服务的贸易环节上的竞争者。第一个例外是双重分销（**dual distribution**）的情形，即某种产品的制造商同

¹⁶ 参见 Commission Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ C 3, 6.1.2001, p. 2. 译者注：该指南已由 Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14.1.2011, p. 1 所取代。

¹⁷ 参见 Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997, p.5, 第 20-24 段; the Commission's Thirteenth Report on Competition Policy, 第 55 点, 以及委员会决定 90/410/EEC, Case No IV/32.009—*Elopak/Metal Box-Odin*, OJ L 209, 8.8.1990, p. 15。

时是自己产品的分销商，并与其产品的独立分销商相竞争。在双重分销的情形下，一般而言，相对于双重分销对制造商和零售商在零售环节的竞争关系的潜在影响，纵向供应合同对制造或零售环节的竞争所造成的潜在影响更为重要。第二个例外是与双重分销类似的情形，但此时销售的是服务，供应商同时在购买商所运营的零售环节上提供产品。

2.3 零售商协会

(29) 《集体豁免条例》第2条（2）款将满足特定条件的经营者协会订立的纵向协议纳入《集体豁免条例》的适用范围，因此排除了该条例对所有其他协会订立的纵向协议的适用。仅当协会所有成员均是商品零售商（而不是服务零售商），而且协会每个成员的营业额均不超过五千万欧元的情况下，协会和其成员之间、或协会和其供应商之间订立的纵向协议才可以适用《集体豁免条例》。零售商是向最终消费者转售商品的分销商。如果有限的若干协会成员的营业额超出五千万欧元的上限，但这些成员的合计营业额小于全体成员合计营业额的15%，依据第101条进行的评估通常不会因此而改变。

(30) 经营者协会既可能订立横向协议也可能订立纵向协议。对横向协议的评估必须依据《关于对横向合作协议适用欧共同体条约第81条的委员会指南》中阐明的原则。¹⁸ 如果该评估的结论是经营者在购买或销售领域的合作是可接受的，则需要进一步做出评估，以审查协会与其供应商或其个别成员签订的纵向协议。后者的评估应依据《集体豁免条例》的规则和本指南。例如，对于协会成员间的横向协议或者协会通过的决议，如要求成员从协会购买产品、或者向成员分配排他地域的决议，必须首先作为横向协议进行评估。当该评估的结论是横向协议不具有反竞争性，则需要对协会和其成员或协会和其供应商订立的纵向协议进行评估。

¹⁸ 参见本指南第（27）段。

2.4 含有知识产权条款的纵向协议

(31) 《集体豁免条例》第2条(3)款将含有与向购买商转让知识产权或者购买商使用知识产权相关条款的纵向协议纳入了《集体豁免条例》的适用范围，因此排除了该条例对包含知识产权条款的所有其他纵向协议的适用。在满足以下五个条件的情形下，《集体豁免条例》适用于包含知识产权条款的纵向协议：

- (a) 该知识产权条款必须是纵向协议的一部分，纵向协议即包含各方购买、销售或转售特定商品或服务的条件的协议；
- (b) 该知识产权必须被转让给购买商、或供购买商使用；
- (c) 知识产权条款不得构成协议的主要目的；
- (d) 知识产权条款必须与购买商或其客户对商品或服务的使用、销售或转售直接相关。在特许经营的情形下，营销是知识产权使用的主要目的，商品或服务由主被特许人或多个被特许人分销；
- (e) 与合同商品或服务有关的知识产权条款不得包含与不能依据《集体豁免条例》被豁免的纵向限制具有相同目的、产生相同影响的竞争限制。

(32) 上述条件确保《集体豁免条例》适用于能够使商品或服务的使用、销售或转售更有效的纵向协议，因为相关知识产权是供购买商使用而被转让或被许可的。也就是说，如果协议的主要目的是商品或服务的购买或分销，则有关知识产权的转让或使用的限制将可以被纳入《集体豁免条例》的适用范围。

(33) 第一个条件明确了提供知识产权的背景是购买或分销商品、或购买或提供服务的协议，而不是为生产商品的目的而转让或许可使用知识产权的协议，也不是纯粹的许可使用协议。例如，《集体豁免条例》不适用于下述情形：

- (a) 一方向另一方提供配方并许可另一方据该配方生产饮料的协议；

- (b) 一方向另一方提供模具或原拷贝并许可另一方生产和分销复制件的协议；
- (c) 以商品销售（merchandising）为目标的纯商标或标识的许可；
- (d) 关于当事人有权将其宣传为某活动正式赞助人的赞助合同；
- (e) 版权许可合同，如有关某活动录制和/或转播权的转播合同。

(34) 第二个条件明确了在购买商向供应商提供知识产权的情形下，《集体豁免条例》均不适用，无论该知识产权是否涉及制造或分销的方式。《集体豁免条例》不适用于有关将知识产权转让给供应商，且包含对销售可能的限制的协议。这尤其意味着，将专有技术转让给分包商的分包协议¹⁹不在《集体豁免条例》的适用范围内。但是，《集体豁免条例》适用于购买商仅向供应商提供拟供应商品或服务的规格，由供应商按规格供货的纵向协议。

(35) 第三个条件明确了为适用《集体豁免条例》，协议不得以知识产权的转让或许可使用为主要目的。协议的主要目的必须是商品或服务的购买、销售或转售，而知识产权条款则必须为履行该纵向协议而服务。

(36) 第四个条件要求知识产权条款有助于购买商或其客户对商品或服务的使用、销售或转售。拟使用或转售的产品通常由许可人供应，但也可能由被特许人从第三方供应商处购买。知识产权条款通常涉及商品或服务的营销。如，特许协议的特许人向被特许人出售用于转售的商品，同时允许该被特许人将其商标和专有技术用于产品的营销。另一个例子是浓缩液供应商许可购买商对浓缩液进行稀释和装瓶，然后将其作为饮品出售。

(37) 第五个条件强调知识产权条款不得具有与《集体豁免条例》第4条列出的任何核心限制、或第5条排除的任何限制具有相同目标或效果（参见本指南第（47）至（69）段）。

¹⁹ 参见《关于分包的通告》（本指南第（22）段曾述及）。

(38) 《集体豁免条例》第2条（3）款意义上的为履行纵向协议而服务的知识产权通常涉及三个主要领域：商标、版权和专有技术。

商标

(39) 对分销商的商标许可有可能与许可人产品在特定区域的分销有关。如果是排他性许可，则该协议构成排他分销。

版权

(40) 版权所有人可能要求权利商品（书，软件等）的转售商承诺，仅当购买者不侵犯该版权的条件下才对其进行转售，无论该购买者是另一转售商还是最终用户。如果转售商的该项义务在第101条（1）款的适用范围内，则《集体豁免条例》适用于该项义务。

(41) 对于以转售为目的而供应硬拷贝软件（hard copies of software）的协议，如果转售商未获得任何软件权利的许可，仅有权转售硬拷贝，则该协议被视为《集体豁免条例》意义上的以转售为目的的商品供应协议。在该分销形式下，软件许可仅在版权所有人和软件使用人之间发生，有可能采用“拆封”许可（“shrink wrap” licence）的形式，即硬拷贝包装内含有一组条件，最终用户打开包装即视为接受该等条件。

(42) 权利人可能要求安装受版权保护软件的硬件购买商承担不侵犯其版权的义务，例如不得复制和转售该软件，或不得复制并将该软件结合用于其他硬件。如果该使用限制在第101条（1）款的适用范围内，则《集体豁免条例》适用于该使用限制。

专有技术

(43) 除工业特许协议（**industrial franchise agreement**）之外，特许协议是为营销目的向购买商转让专有技术的最明显例子。²⁰ 特许协议包括为商品的使用和分销、或为提供服务而许可使用商标、标识、或专有技术等知识产权。除了知识产权的许可使用，在特许协议期间，特许人通常为被特许人提供商业或技术支持，例如采购服务、培训、有关营业场所的建议和财务计划等。该等许可使用和支持是特许这一商业方法固有的组成部分。

(44) 如果特许协议中的许可满足本指南第（31）段列出的五个条件，则《集体豁免条例》适用于该许可。多数情形均会如此，因为在多数特许协议（包括主特许协议）下，特许人都会为被特许人提供产品和/或服务，特别是商业或技术支持服务。知识产权有助于被特许人转售特许人或其指定供应商供应的产品，或者使用该产品而出售最终商品或服务。如果特许协议只涉及或主要涉及知识产权许可，则《集体豁免条例》不予适用。但是，委员会在一般情况下将对该等协议适用《集体豁免条例》和本指南所建立的原则。

(45) 下述与知识产权相关的义务通常被视为对特许人的知识产权的必要保护，如果其在第101条（1）款的适用范围内，则《集体豁免条例》适用于该等义务：

- (a) 被特许人不得直接或间接从事任何相似业务；
- (b) 被特许人不得在竞争企业中获得股份，使其有能力影响该企业的经济行为；
- (c) 只要特许人提供的专有技术未进入公共领域，被特许人负有不得向第三方披露的义务；
- (d) 被特许人告知特许人其利用特许权获得的任何经验，并授予特许人和其他

²⁰ 本指南第（43）至（45）段类推适用于涉及供应商和购买商之间转移重大专有技术的其他类型的分销协议。

被特许人对基于该经验而取得的专有技术非排他性许可；

(e) 被特许人告知特许人被许可的知识产权遭受侵权的情形，对侵权人提起法律诉讼、或协助特许人对侵权人提起法律诉讼；

(f) 被特许人不得为使用特许权之外的目的使用特许人许可的专有技术；

(g) 未经特许人同意，被特许人不得转让其特许协议中的权利和义务。

2.5 与其他集体豁免条例的关系

(46) 《集体豁免条例》第2条（5）款规定，该条例“不适用于在其他《集体豁免条例》适用范围内的纵向协议，除非其他《集体豁免条例》作出相反的规定”。因此《集体豁免条例》不适用于《关于对各类技术转让协议适用条约第81条（3）款的委员会（EC）772/2004号条例》²¹、《关于对汽车业各类纵向协议和协同行为适用条约第81条（3）款的委员会（EC）1400/2002号条例》²²，《关于对各类专业化协议适用条约第81条（3）款的委员会（EC）2658/2000号条例》²³ 以及《关于对各类研究与开发协议适用条约第81条（3）款的委员会（EC）2659/2000

²¹ 参见 Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, OJ L 123, 27.4.2004, p. 11。

²² 参见 Regulation 1400/2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, 参见本指南第(25)段。译者注：该条例已由 Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 2010 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 in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52 所取代。

²³ 参见 Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements, OJ L 304, 5.12.2000, p. 3。译者注：该条例已由 Commission Regulation No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of specialisation agreements, OJ L 335, 18.12.2010, p. 43 所取代。

号条例》²⁴ 适用范围内的纵向协议，或者任何未来该类条例适用范围内的纵向协议，除非该类条例作出相反的规定。

3. 《集体豁免条例》列出的核心限制

(47) 《集体豁免条例》第4条以清单形式列举了导致纵向协议整体不适用《集体豁免条例》的核心限制。²⁵ 如果一项协议含有核心限制，该协议将被推定违反了第101条（1）款。同时，该协议将被推定不大可能满足第101条（3）款的条件，因此集体豁免将不适用于该协议。但是，经营者可以在个案中依据第101条（3）款证明协议的促进竞争效果。²⁶ 当经营者证明其协议中的核心限制导致了可能的效率，且该协议总体而言满足了第101条（3）款的条件，委员会在最终评估协议是否满足第101条（3）款的条件之前，将需要有效评估该协议对竞争造成的可能的消极影响。²⁷

(48) 《集体豁免条例》第4条（a）款列出的核心限制涉及转售价格维持（resale price maintenance）。转售价格维持是指以向购买商设立固定或最低转售价，或

²⁴ 参见 Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements, OJ L 304, 5.12.2000, p. 7. 译者注：该条例已由 Commission Regulation No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of research and development agreements, OJ L 335, 18.12.2010, p. 36 所取代。

²⁵ 该核心限制清单适用于涉及欧盟内部贸易的纵向协议。如果纵向协议涉及欧盟出口、进口或再进口，参见欧洲法院判决 Case C-306/96 *Javico v Yves Saint Laurent* [1998] ECR I-1983。在该判决书第 20 段，欧洲法院指出，“如果转售商在协议中对生产商承诺其将在共同体之外的市场上销售合同产品，则该协议不能被视为以显著限制共同市场的竞争为目的，或有能力影响成员国之间的贸易”。

²⁶ 参见本指南第（106）至（109）段关于纵向限制可能产生的效率的一般描述，以及本指南第 VI.2.10 节关于纵向价格限制的论述。相关指导另参见 the Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97。

²⁷ 尽管在法律术语上，这一过程涉及两个不同的步骤。但在实践中，这两个不同步骤可能表现为一个迭代反复的过程，在该过程中，当事方和委员会不断加强和改进其相应论据。

以固定或最低价格水平为直接或间接目的的协议或协同行为。当合同条款或协同行为直接确定转售价格时，限制是显而易见的。但是，转售价格维持也可以通过间接手段实现。间接手段的例子包括：固定分销利润的协议，固定分销商在规定价格水平上可以授予的最大折扣水平，供应商依据分销商遵守规定价格水平的情形给予折扣或者补偿推广费用，把规定的转售价格与竞争者的转售价格相关联，有关遵守规定价格水平的威胁、恐吓、警告、处罚、延迟或中止交货或者终止合同等。固定价格的直接或间接手段在与确认削价分销商的方法相结合时更加有效，例如实施价格监测制度，或者要求零售商承担举报偏离价格水平标准的其他分销网络成员的义务。同样，直接或间接固定价格如果与削弱购买商降低转售价动机的方法相结合时更加有效，例如供应商在产品上标明建议转售价或者供应商迫使购买商适用最惠客户条款（most-favoured-customer clause）。相同的间接手段和相同的“支持”手段可用来使最高价或建议价起到转售价格维持的作用。但是，使用某一特定的支持手段，或供应商向购买商提供建议价或最高价清单之本身不被视为转售价格维持。

(49) 在代理协议的情形下，本人通常会规定销售价格，因为代理人不是商品的所有人。但是，如果为适用第101条（1）款的目的（参见本指南第（12）段到第（21）段），一项协议不能被认定为代理协议，阻碍或限制代理人与其客户分享佣金的义务即构成《集体豁免条例》第4条（a）款所规定的核心限制，无论该佣金是固定的还是可变的。为避免协议中含有该核心限制，代理人应有权在不降低本人收入的前提下，降低客户支付的有效价格。²⁸

(50) 《集体豁免协议》第4条（b）款规定的核心限制涉及以限制购买商或其客户的销售为直接或间接目的的协议或协同行为，这类限制与购买商或其客户销售合同商品或服务的地域或客户相关。该类核心限制依据地域或客户而划分市场。这可以是直接义务的结果，如不向特定客户或特定区域的客户销售的义务，或者

²⁸ 参见委员会决定 91/562/EEC, Case IV/32.737 – *Eirpage*, OJ L 306, 7.11.1991, p.22, 尤其是序言第（6）段。

将这些客户的订单转给其他分销商的义务。这也可能是为诱导分销商不向该客户销售的间接手段的结果，例如拒绝或减少分红或折扣，拒绝供货，减少供应量或使供应量仅满足所分配区域或客户群的需求，威胁终止合同，对出口产品要求更高价格，限制可出口产品在销售中的比例，或利润补偿义务（profit pass-over obligations）。供应商不提供欧盟范围的保证服务也可以导致这种限制。欧盟范围的保证义务通常要求所有分销商均提供保证服务，包括对在其销售地域上由其他分销商销售的产品提供保证服务，该保证义务将得到供应商的补偿。²⁹ 如果供应商同时执行旨在核实所供产品的有效目的地的监测系统，如使用不同的标识或者序号，则前述行为更可能被认定为对购买商销售的限制。然而，要求转售商展示供应商品牌的义务不被视为核心限制。由于《集体豁免协议》第4条（b）款仅涉及限制购买商或购买商的客户的销售，这意味着限制供应商的销售不构成核心限制，但这取决于本指南第（59）段对《集体豁免协议》第4条（e）款有关配件销售的陈述。第4条（b）款的适用不影响对购买商营业地的限制。因此，如果购买商同意将其分销点和仓库限制在一个特定的地址、地点或地域，《集体豁免条例》将依然适用。

（51）《集体豁免条例》第4条（b）款的核心限制有四个例外情形。第4条（b）款（i）项规定了第一个例外，该例外允许供应商限制其协议的购买方向该供应商已划分给另一购买商的排他地域或客户群，或为自己保留的地域或客户群，从事主动销售。排他地域或排他客户群是指，为在特定地域或向特定客户群分销的目的，供应商同意仅将其产品出售给一个分销商，该排他分销商受到保护，该供应商在欧盟内的其他所有购买商均不得向该地域或该客户群进行主动销售，但该供应商对该地域或该客户群的销售不受影响。供应商可以将排他地域和排他客户群划分结合起来，例如，指定在特定地域对特定客户群的一个排他分销商。然

²⁹ 如果供应商决定对其分销商提供的欧盟范围的保证服务不提供补偿，该供应商可以与其分销商达成协议，规定如果某分销商在其销售地域之外进行销售，该分销商将根据保证服务所产生的费用向提供该服务的分销商支付相应的费用，包括支付合理的利润。这类分销安排将不被视为对分销商在其销售地域之外进行销售的限制。（参见欧洲初审法院判决 Case T-67/01 *JCB Service v Commission* [2004] ECR II-49，第 136 至 145 段。）

而，对排他地域或客户群的保护必须允许向该地域或客户群的被动销售。为适用《集体豁免条例》第4条（b）款的目的，委员会对“主动”和“被动”销售作出如下解释：

— “主动销售”是指通过直接发送邮件（包括主动发送电子邮件）或拜访等方式主动接洽个别客户；或通过以特定客户群或特定地域的客户为目标客户的媒体或互联网广告、或其他推广活动主动接洽该特定客户群或特定地域的客户。广告或推广活动，如果仅仅因为其能够到达某特定客户群或特定地域的客户而对购买商具有吸引力，则该广告或推广活动将被视为对该特定客户群或特定地域的客户的主动销售。

— “被动销售”是指应个别客户的主动要求，向该客户交付商品或服务。一般性的媒体或互联网广告或推广活动，如果其到达了其他分销商的（排他）地域或客户群，但是属于到达该地域或客户群之外的客户的合理方式，例如为到达分销商自己地域的客户，该广告或推广活动将视为被动销售。一般性的媒体或互联网广告或推广活动，如果对购买商具有吸引力而使其愿意为此投资，并且应当不会到达其他分销商的（排他）地域或客户群，则被视为到达客户的合理方式。

(52) 相对于较为传统的销售方式，互联网是到达更广大、更多样客户的强大工具，这是某些对互联网使用的限制被视为转售或销售限制的原因。原则上，每个分销商都必须被允许使用互联网销售产品。一般而言，分销商使用互联网销售产品被视为被动销售的一种形式，因为这是客户接触分销商的合理方法。使用互联网可能会在分销商自己的地域和客户群之外产生影响，但该影响是技术原因造成的，即网络可以在任何地方容易地接入。如果一个客户浏览分销商的网站并联络该分销商，且该联络导致了一笔销售活动，包括交货，这笔销售将被视为被动销售。同样，如果一个客户选择接受分销商自动发出的信息而导致一笔销售，这也将被视为被动销售。网站提供不同语种的选择之本身并不改变这种销售行为的被动性质。因此，委员会认为下述对被动销售的限制构成了核心限制，因为这些限

制有能力阻碍分销商接触更广大、更多样的客户。

(a) 协议规定（排他）分销商应阻止位于另一（排他）分销商地域的客户浏览其网页，或应自动将该客户引到制造商或其他（排他）分销商的网页。这并不排除协议规定分销商的网页应同时提供其他分销商和/或供应商的网页链接。

(b) 协议规定（排他）分销商应终止消费者的交易，一旦消费者的信用卡信息表明其地址并不位于该分销商的（排他）地域。

(c) 协议规定分销商应限制其互联网销售在整体销售的比例。这不排除供应商在不限制分销商在线销售的前提下，要求其完成某一绝对量（按销售额或销售量计算）的线下销售，也不排除供应商要求分销商确保其在线活动与供应商的分销模式相一致（参见本指南第（54）至（56）段）。供应商既可以对所有购买商设置同样的线下销售绝对量，也可以基于客观原因，如购买商在分销网络中的规模或其地域位置，为每个购买商分别设置线下销售的绝对量。

(d) 协议规定，对于计划在线销售的产品，分销商应支付比其计划在线下销售的产品更高的价格。这不排除供应商同意支付购买商一个固定费用以支持后者的线下或在线销售活动，但该费用不得根据线下销售所实现的营业额而浮动，因为这将等同于间接的双重定价。

(53) 如果分销商通过互联网推广或使用互联网将导致对其他分销商的排他地域或排他客户群形成主动销售，则对分销商使用互联网的限制就符合《集体豁免条例》。委员会认为，特别针对某些客户的在线广告是对该类客户主动销售的一种形式。比如，第三方网页上根据地域而出现的横幅窗口对于这些地域而言是主动销售的一种形式。一般而言，为某特定地域或特定客户群而付出努力是对该地域或客户群的积极销售。比如，通过支付搜索引擎或在线广告服务商费用而为特定地域的用户投放广告构成对该地域的积极销售。

(54) 然而，集体豁免制度允许供应商就使用互联网转售其商品设置质量标准，正如对于商店、目录销售或一般意义上的广告和推广，供应商可能要求一定的质

量标准。这尤其常见于选择性分销。在集体豁免制度下，供应商可以要求分销商拥有一个或多个实体店或展厅作为成为其分销网络成员的条件。集体豁免制度允许该条件随后的变动，只要该变动并非以直接或间接限制分销商的在线销售为目的。类似的，供应商可以要求分销商仅在符合双方同意的有关分销商使用互联网的标准和条件时，方可以使用第三方平台销售合同产品。比如，当分销商的网站由第三方平台托管，供应商可以要求客户在登录分销商的网站时，不通过含有第三方平台名称或标识的网站。

(55) 《集体豁免条例》第4条（b）款规定的核心限制还有其他三个例外情形。这三个例外情形既允许限制主动销售，也允许限制被动销售。第一个例外允许限制批发商向最终用户销售，这使得供应商得以保持批发和零售环节的分立。然而，该例外不排除分销商向某些最终用户（如大型最终用户）销售，但不得向其他所有最终用户销售的可能性。第二个例外允许限制选择性销售体系的指定分销商，在任何贸易环节上，向位于该销售系统目前运营的地域，或供应商尚未销售合同商品的地域中的非授权分销商销售（前述地域即第4条（b）款（iii）项中所指的“供应商保留的用以运营该销售体系的地域”）。第三个例外允许限制零部件购买商将其为组装（incorporation）目的而购进的零部件转售给零部件供应商的竞争者。“零部件”包括任何中间商品，“组装”指使用任何投入品（input）生产商品。

(56) 《集体豁免条例》第4条（c）款规定的核心限制涉及对选择性分销网络成员向终端用户（无论其为专业终端用户还是最终消费者）的主动或被动销售的限制。这不影响禁止选择性分销网络的成员在未授权的营业地运营。因此，不得限制《集体豁免条例》第1条（1）款（e）项所界定的选择性分销体系的经销商选择其作为销售对象的用户，或选择代表该用户的购买代理人，除非这种限制是为了保护在其他地域上运营的排他分销体系（参见本指南第（51）段）。在选择性分销体系中，经销商应能够在互联网的帮助下向所有终端用户自由进行主动和被动销售。因此，任何义务，如果通过设置在整体上与实体店销售标准不同的在线销售标准而阻碍授权经销商通过互联网接触数目更多、类型更多样的客户，则该义务将被委员会视为核心限制。这并非意味着在线销售标准必须与线下销售标准

保持完全一致，而是说在线销售标准应当追求同样的目标并实现可比结果。而且，在线销售和线下销售标准之间的差别必须能够根据两种分销方式的不同性质而被正当化。例如，为阻止对未授权经销商的销售，供应商可以限制其选择经销商对个人终端客户的最大销售量。如果未授权经销商使用互联网更容易购买到产品，有可能必须对在线销售设置更为严格的标准。类似的，如果未授权经销商从实体店更容易购买到产品，有可能必须对线下销售设置更为严格的标准。要求线下销售实现及时送货。如果对在线销售不能设置同样的要求，则供应商可以具体规定可行的送货时间。为了支付客户退换货以及安全支付系统所产生的费用，有可能需要对在线售后客服制定相应的特别标准。

(57) 在供应商运营选择性分销体系的地域上，该体系不得与排他分销相结合，因为这将会导致对选择性经销商主动和被动销售的限制，而该限制构成了《集体豁免条例》第4条（c）款规定的核心限制。但供应商可以对经销商决定其营业场所的能力加以限制。可以禁止选择性经销商在不同的营业场所经营或在不同地点开设新的门店。在该背景下，不应将经销商使用其网站的行为等同于在不同地点开设新门店。如果经销商的门店是流动的，则可以确定一个允许该流动门店营业的区域。此外，在选择性分销体系运营的地域，供应商可以致力于在该地域的特定部分仅向一个或有限几个经销商供货。

(58) 《集体豁免条例》第4条（d）款规定的核心限制涉及对选择性分销体系的授权分销商之间交叉供应的限制。因此，一项协议和协同行为的直接和间接目的不得是阻止和限制选择性分销体系的授权分销商之间主动或被动的销售合同产品。在同一分销网络内，授权分销商必须能够自由地从在该网络相同和不同贸易环节经营的其他授权分销商处购买合同产品。因此，选择性分销不得与迫使分销商从指定来源排他购买合同产品为目的的纵向限制结合在一起。同时，在一个选择性分销网络中，不得限制授权批发商将其产品出售给授权零售商。

(59) 《集体豁免条例》第4条（e）款规定的核心限制涉及禁止和限制最终用户、独立修理商和独立服务商从配件（*spear parts*）制造商处直接购买配件的协议。

配件制造商和使用这些配件组装自己产品的购买商（原设备制造商）签订的协议不得直接或间接禁止或限制该配件制造商对最终用户、独立修理商或者独立服务商销售配件。如果配件供应商在提供用户、独立修理商或独立服务商使用配件所必需的技术信息和特殊设备方面受到限制，间接限制尤其可能会出现。但是，对原设备制造商委托修理或维修其自有产品的修理商或服务商，则可以通过协议限制其配件供应。也就是说，原设备制造商可以要求其维修网络从该原设备制造商处购买配件。

4. 可能不违反第101条（1）款或可能满足第101条（3）款条件的核心限制个案

(60) 在极特殊的情形下，核心限制可能是特定类型或特定性质的协议所客观需要的，³⁰并因此不违反第101条（1）款。比如，一项核心限制可能是保证基于安全和健康原因禁止向某些客户销售危险物质的公共禁令而客观需要的。另外，经营者可以在个案中依据第101条（3）款主张效率抗辩。本节提供了销售（转售）限制的一些示例，转售价格维持将在第V.2.10节进行论述。

(61) 销售新品牌或将现有品牌销售到新市场的分销商为相关市场的真实进入提供了保证。由于先前没有对该类产品的需求，分销商可能须要进行实质投资。该投资往往具有沉没性。在这种情形下，若不能获得一定时期内禁止其他分销商向该地域或该客户群进行主动或被动销售的保护，该分销商可能不愿意订立该分销协议。这种情形可能出现在，某制造商在一国市场上已有一席之地，在排他分销商的帮助下进入另一国市场并推广其产品，该分销商为在这一新市场上投放和建立该品牌需要进行相应的投资。如果为开发和/或发展新市场必需进行实质性投资，在该分销商对该地域或该客户群销售合同商品或服务的头两年，禁止其他分销商对该地域或该客户群进行被动销售是保证该分销商收回其投资所必需的。这

³⁰ 参见 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97, 第 18 段。

通常不违反第101条（1）款，尽管该核心限制通常被推定为违反了第101条（1）款。

(62) 在有限地域或有限客户群中真实地进行新产品测试或分阶段推广新产品时，被授权在测试市场上销售新产品或参加第一阶段推广活动的分销商可以被禁止在该测试市场或产品首个投放地之外进行积极销售。在测试或推广该产品所必需的时间段内，该限制不违反第101条（1）款。

(63) 对于选择性分销体系，通常情形下授权分销商必需能够自由进行交叉供货（参见本指南第（58）段）。然而，如果位于不同地域的授权批发商有义务在其各自的地域进行促销活动以支持授权零售商的销售，在合同中明确所需要的促销活动是不实际的。此时，为克服可能出现的搭便车现象，个案中禁止批发商对位于其他批发商地域的授权零售商进行积极销售的情形可能符合第101条（3）款。

(64) 一般而言，双重定价，即协议规定对计划在线销售的产品，分销商应支付比其计划在线下销售的产品更高的价格，构成了核心限制（参见本指南第（52）段）。然而，在某些特殊条件下，该类协议可能符合第101（3）款的条件。特殊条件可能出现在以下情形。制造商和其分销商协商同意双重定价，因为对该制造商而言，在线销售的成本实质性的高于线下销售的成本。比如，当分销商的线下销售包括上门安装服务，但在线销售不提供该服务，在线销售有可能导致生产商接到更多消费者投诉和保修要求。在此背景下，委员会将同时考量双重定价在多大程度上限制了互联网销售，并阻碍了分销商接触为数更多的不同的客户。

5. 《集体豁免条例》所排除的限制

(65) 《集体豁免条例》第5条将某些义务排除在《集体豁免条例》的适用范围之外，即使未超过市场份额上限的情形下也不得适用集体豁免。但是，《集体豁免条例》应继续适用于一项协议的其余部分，只要该协议的其余部分与不得豁免的义务是可分离的。

(66) 《集体豁免条例》第5条(1)款(a)项规定的第一个除外情形涉及不竞争义务。不竞争义务是指要求购买商从供应商或供应商指定的其他经营者购买相当于该购买商前一年总购买量80%的合同商品和服务及其替代产品(参见《集体豁免条例》第1条(1)款(b)项的定义),从而阻止购买商购买竞争性的商品或服务,或者将该购买量限制在总购买量20%以内的义务。如果不能获得购买商在订立协议前一年的相关购买数据,则应适用购买商对其年总需求量的最佳估计值。期限不确定或者超过五年的不竞争义务不得适用《集体豁免条例》。默示的可续展超过五年的不竞争义务也不适用《集体豁免条例》。但如果不竞争义务的期限仅限于五年或者少于五年,并且不存在阻止购买商在五年期限结束时有效终止该不竞争义务的障碍,则该不竞争义务可以依据《集体豁免条例》而被豁免。例如,协议规定了五年的不竞争义务,并且供应商向购买商提供了贷款,则该贷款的偿还不得阻止购买商在五年期限结束时有效终止该不竞争义务。同样,如果供应商向购买商提供的设备不具有关系特定性(*relationship-specific*),则购买商应能够在不竞争义务结束时以市场资产价值购买该设备。

(67) 如果购买商在“供应商所有或供应商从与购买商无关的第三方租赁的场地或土地”上转售商品或服务,则该五年期限的限制不予适用。在这种情形下,不竞争义务的期限可以与购买商占有该场所的期限相同(参见《集体豁免条例》第5条(2)款)。这一例外的原因是,通常没有理由期待供应商允许在未经其同意的情形下在其所有的场地或土地上销售竞争产品。同样的原则也适用于运营移动店(*mobile outlet*)的购买商,如果该移动店是供应商所有或供应商从与购买商无关的第三方租赁的。为了避免适用五年的期限而人为构建所有权的行为,如分销商仅将其土地或场地产权转让给供应商有限的一段时间,则不得适用本例外。

(68) 《集体豁免条例》第5条(1)款(b)项规定的第二个除外情形涉及合同终止后的不竞争义务。该义务通常不适用《集体豁免条例》,除非其对于保护供应商转让给购买商的专有技术是必不可少的,仅限于购买商在合同期间从事经营的销售场所,且期限最长为一年。依据《集体豁免条例》第1条(1)款(g)项的定义,该专有技术必须是“实质性的”,即“该专有技术含有对购买商使用、销售

或转售合同商品或服务而言重要且有用的信息。”

(69) 《集体豁免条例》第5条(1)款(c)项规定的集体豁免的第三个除外情形涉及选择性分销体系中竞争产品的销售。《集体豁免条例》适用于选择性分销与不竞争义务相结合，一般性地要求经销商不得转售竞争品牌。但是，如果供应商直接或间接禁止其授权经销商向特定竞争供应商购买以转售为目的的产品，该义务不得适用《集体豁免条例》。将该义务列为除外情形的目的是避免使用相同选择性分销渠道的众多供应商，阻止一个或多个特定的竞争者使用该渠道销售其产品（排斥竞争供应商是联合抵制的一种形式）。³¹

6. 可分割性

(70) 《集体豁免条例》适用豁免的条件是纵向协议不包含或不实施该条例第4条所规定的核心限制。如果存在一个或多个核心限制，则整个纵向协议都不能享受《集体豁免条例》的利益。核心限制不具有可分割性。

(71) 但是，《集体豁免条例》第5条规定了适用可分割原则的除外情形。因此，在纵向协议中，只有违反第5条所规定条件的部分不能享有《集体豁免条例》的利益。

7. 通过同一分销体系销售的产品组合

(72) 如果供应商使用同一分销协议销售若干类商品/服务，从市场份额上限的角度考虑，其中一些商品或服务可能在《集体豁免条例》的适用范围内，另外一些则不在该范围之内。在这种情形下，《集体豁免条例》仅适用于那些符合其适用条件的商品和服务。

³¹ 具有排除效果 (exclusionary effects) 的间接方式的例子参见委员会决定 92/428/EEC, IV/33.542 – *Parfum Givenchy*, OJ L 236, 19.8.1992, p.11。

(73) 对于不适用《集体豁免条例》的商品或服务，应适用一般竞争规则，即：

- (a) 不能获得集体豁免，但也不能推定其违法；
- (b) 如果对第101条（1）款的违反是不可豁免的，则可以考虑现有分销体系内是否存在解决竞争问题的适当救济；
- (c) 如果没有适当救济，则相关供应商必须作出其他分销安排。

如果第102条适用于一些产品但不适用于另外一些产品，上述情形也可能发生。

IV. 集体豁免的撤销和《集体豁免条例》的不适用

1. 撤销程序

(74) 如果无论单独考察，还是与竞争性供应商或购买商执行的相似协议结合考察，一项纵向协议均违反了第101条（1）款，且不能满足第101条（3）款规定的所有条件，则可以撤销《集体豁免条例》赋予的合法性推定。

(75) 当竞争性供应商或购买商实施相似纵向协议的平行网络，如果其产生的累积影响显著限制了相关市场的准入或竞争，则第101条（3）款规定的豁免条件尤其不能被满足。如果各纵向协议所含的限制对市场具有相似影响，这些协议所构成的平行网络即被认为具有相似性。例如，在特定市场中，某些供应商执行纯粹质量型选择分销，而另外一些供应商执行数量型选择分销，则可能会产生这种情形。在特定市场中，累积使用质量标准排斥了更有效率的分销商，也可能产生这种情形。在此情形下，评估时必须考虑每个协议网络所产生的反竞争效果。在适当的情形下，可仅就控制授权分销商数量的特定质量标准或数量限制，撤销集体豁免。

(76) 对反竞争的累积效果起显著作用的经营者应对此负责。对累积效果影响不

大的经营者之间的协议不违反第101条（1）款的禁止性规定，³² 因此不适用撤销机制。评估上述经营者的作用应依据本指南第（128）至（229）段规定的标准进行。

(77) 适用撤销程序时，委员会应承担举证责任，证明协议违反了第101条（1）款，且不能满足第101条（3）款规定的一个或若干条件。撤销豁免的决定仅从其作出时开始生效，即在撤销生效之前，相关协议的豁免地位不受影响。

(78) 如《集体豁免条例》序言第（14）段所述及的，如果纵向协议在成员国或其部分地域产生反竞争效果，且该地域具有独特地域市场的所有特征，则成员国竞争主管机构可以撤销该纵向协议享有《集体豁免条例》的待遇。如果纵向协议限制了相关地域市场的竞争，且该地域市场大于单一成员国的地域，则委员会拥有撤销《集体豁免条例》待遇的排他性权力。如果某成员国或其部分地域构成相关地域市场，则委员会和该成员国同时拥有撤销权。

2. 《集体豁免条例》的不适用

(79) 依据《集体豁免条例》第6条，如果相似纵向限制的平行网络覆盖了50%以上的相关市场，委员会能够通过制定条例排除《集体豁免条例》的适用。这一措施并非针对个别经营者，该措施将予以适用于所有经营者，只要其协议符合有关不适用《集体豁免条例》的条例的界定。

(80) 《集体豁免条例》的撤销意味着做出决定，认定某单个经营者违反了第101条，而依据第6条制定条例的效果是排除《集体豁免条例》对有关限制和所涉及市场的适用，并恢复第101条（1）款和（3）款的全面适用。在宣布《集体豁免条例》不适用于特定市场的某些纵向限制的条例通过后，欧洲法院和欧洲普通法院以相关判例法形成的标准，以及委员会作出的通告和先前决定所形成的标准将

³² 参见 1991 年 2 月 28 日欧洲法院判决 Case C- 234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935。

指导第101条对个别协议的适用。在适当情形下，委员会将对个案作出决定，为在相关市场上运营的所有经营者提供指导。

(81) 为了计算50%的市场覆盖率，必须考察每个含有对市场产生相似影响的限制或联合限制的纵向协议的个别网络。《集体豁免条例》第6条并不要求委员会在市场覆盖率超过50%时必须采取行动。一般而言，如果相关市场的进入或竞争可能受到显著限制，不适用集体豁免条例就是恰当的。比如，通过采用选择性标准，而该标准对于相关产品的性质而言并不是必需的，或者对销售该产品所能够使用的某些分销形式构成歧视，覆盖50%以上市场的选择性分销的平行网络导致市场排斥效果，相关市场的进入或竞争就可能受到显著限制。

(82) 在评估适用《集体豁免条例》第6条的必要性时，委员会将会考虑个别撤销豁免是否是更为适当的救济。这尤其取决于导致市场上产生累积效果的竞争经营者的数量，或欧盟内受到影响的地域市场的数量。

(83) 依据《集体豁免条例》第6条制定的任何条例都必须明确规定其适用范围。因此，委员会首先必须界定相关产品和地域市场，第二，委员会必须界定不再适用《集体豁免条例》的纵向协议类型。对于后者，委员会可跟据其关注的竞争问题调整条例的适用范围。例如，尽管在计算50%的市场覆盖率时，应考虑单一品牌类的所有平行网络（all parallel networks of single-branding type arrangements），委员会仍可以把不适用《集体豁免条例》的条例限于超过一定期限的不竞争义务。因此，期限更短或限制性更小的协议不受影响，因为这些限制导致的排斥程度较小。同样，如果在特定市场中，选择性分销同时与额外限制相结合，如购买商还承担不竞争或者数量强制的义务，则不适用《集体豁免条例》的条例可以仅仅针对这些额外限制。在适当情形下，通过明确特定市场中不足以使个别经营者对累积效果起显著作用的市场份额水平，委员会可以提供相应的指导。

(84) 依据《关于对某些类型的协议和协同行为适用条约第85条（3）款的理事会

19/65/EEC号条例》，³³ 委员会必须规定一个不少于六个月的过渡期，以使相关企业能够参照有关不适用《集体豁免条例》的条例而变更其协议。

(85) 有关不适用《集体豁免条例》的条例不影响其生效前相关协议的豁免地位。

V. 市场界定和市场份额的计算

1. 《关于相关市场界定的委员会通告》

(86) 《为共同体竞争法的目的关于相关市场界定的委员会通告》³⁴为委员会在考虑市场界定问题时所使用的规则、标准和证据提供了指导。本指南将不再对该通告作进一步解释，该通告应作为市场界定问题的基本依据。本指南仅涉及在纵向限制背景中出现的，但是《关于相关市场界定的委员会通告》未涉及的特殊问题。

2. 依据《集体豁免条例》计算30%的市场份额上限

(87) 依据《集体豁免条例》第3条，供应商和购买商的市场份额对适用《集体豁免条例》均有决定意义。为适用集体豁免，供应商在其向购买商销售合同产品的市场上持有的市场份额，以及购买商在其购买合同产品的市场上所持有的市场份额均不得超过30%。对于中小经营者之间的协议，通常不需要计算市场份额（参见本指南第（11）段）。

(88) 为计算经营者的市场份额，有必要相应确定该经营者出售和购买合同产品的相关市场。为此，必须界定相关产品市场和地域市场。相关产品市场包括

³³ 参见 Regulation No 19/65/EEC of 2 March 1965 of the Council on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, OJ 36, 6.3.1965, p. 533/65, English special edition: OJ Series I Chapter 1965-1966, p. 35。

³⁴ 参见 The Commission Notice on definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997, p.5。

因性质、价格和用途而被买方视为可以相互代替的任何商品或服务。相关地域市场是经营者提供或购买相关商品或服务的地域，该地域的竞争条件具有充分的同质性，且与相邻地域的竞争条件显著不同，因此可与相邻地域相区分。

(89) 产品市场界定首先取决于买方对产品替代性的看法。如果所供应的产品被用作生产其他产品的投入品，并且通常在最终产品中不能被辨认，则产品市场一般跟据直接购买商的偏好界定。对购买商所使用的投入品，购买商的客户通常不具有强烈的偏好。通常，投入品的供应商和购买商所达成的纵向限制仅涉及中间产品的销售和购买，而不涉及最终产品的销售。对于最终商品的分销，最终消费者的偏好直接影响或决定直接购买商的替代品。作为转售商的分销商在购买最终商品时不能忽视最终消费者的偏好。此外，在分销环节，纵向限制通常不仅涉及产品在供应商和购买商之间的销售，还涉及其转售。由于不同分销模式之间通常是竞争的，通常不能依据所使用的分销模式来界定市场。在供应商销售产品组合的情形下，如果购买商将整个组合而非单个产品视为可替代产品，则产品市场可能依据整个产品组合而界定。如果分销商是专业购买商，其地域市场通常广于产品被转售给最终消费者的零售市场。这将通常导致全国性或更广泛的批发市场的界定。但是，如果存在同质的市场条件和重叠的地方性或地区性俘获区，零售市场也可能宽于最终消费者购买产品的区域。

(90) 如果纵向协议涉及三方，各方在不同的贸易环节经营，则每一方的市场份额均不能高于30%该协议方能适用集体豁免。正如《集体豁免条例》第3条(2)款所明确的，在多方协议的情形下，一方从另一方购买合同商品或服务，然后再将其出售给合同中的第三方，则仅当购买商和供应商的市场份额均低于30%的市场份额上限时，该协议方能适用集体豁免。比如，一项涉及生产商、批发商（或者零售商协会）和零售商的协议中规定了不竞争义务，则只有当生产商和批发商（或零售商协会）在相应的下游市场上的份额不超过30%，且批发商（或零售商协会）和零售商在相应的购买市场上的份额不超过30%，该协议才可以适用集体豁免。

(91) 如果供应商既生产原设备又生产该设备的维修或更换用部件，则该供应商通常是该维修或更换用部件售后市场的唯一或主要供应商。如果该供应商（原设备供应商）将维修或更换用部件的生产分包出去，这种情形也可能出现。适用《集体豁免条例》的相关市场，可能是包括配件的原设备市场，但原设备和售后市场也可能分别构成相关市场。这需要视具体情形而定，例如相关限制的效果、设备的寿命以及维修或更换费用的重要性。³⁵ 在实践中，关键要看是否大多数购买商在作决定时考虑产品的整个寿命期成本。如果是，则说明原设备和配件共同构成一个市场。

(92) 除了供应合同商品之外，如果纵向协议还包含帮助购买商销售合同商品的知识产权条款，例如有关供应商的商标使用的条款，《集体豁免条例》的适用需要考虑的是供应商在其销售合同商品的市场上的市场份额。如果特许人不供应用以转售的产品，而提供构成特许商业方法的知识产权及与之相结合的一揽子服务和产品，则特许人需要考虑的是其作为商业方法的供应商所占有的市场份额。为此目的，特许人需要计算其在该商业方法被使用的市场上（即，被特许人运用其商业方法向最终用户提供商品或服务的市场）的市场份额。特许人必须依据被特许人在该市场上供应的商品或服务的价值计算其市场份额。在该市场上，竞争者可能是其他特许方法的供应商，也可能是不经过特许的可替代商品或服务的供应商。比如，如果快餐服务市场被界定为一个相关产品市场，在不影响该市场界定的条件下，在该市场经营的特许人的市场份额需要根据被特许人在该市场上的相关销售额来计算。

3. 依据《集体豁免条例》对市场份额的计算

³⁵ 例如，参见委员会决定 *Pelikan/Kyocera* (1995), COM(96) 126 (未公布)，第 87 点；委员会决定 91/595/EEC, Case No IV/M.12—*Varta/Bosch*, OJ L 320, 22.11.1991, p.26；委员会决定 Case No IV/M.1094—*Caterpillar/Perkins Engines*, OJ C 94, 28.3.1998, p.23；以及委员会决定 Case No IV/M.768—*Lucas/Varity*, OJ C 266, 13.9.1996, p.6。另参见 the Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law，第 56 点。

(93) 市场份额原则上应依据销售额而计算。如果不能获得销售额数据，则可进行具体的估算。该评估可依据其他可靠的市场信息（如，销售量）来进行（参见《集体豁免条例》第7条（a）款）。

(94) 内部生产（in-house production），即生产自用的中间产品，是一种竞争限制或增强公司市场地位的途径，因此内部生产在竞争分析中可能非常重要。但是，对于界定中间商品和服务的市场及计算其市场份额，不需要考虑内部生产。

(95) 但是，对于最终产品双重分销的情形，即最终产品的生产商同时也是该产品的分销商，则市场界定和市场份额的计算应包括该生产商通过其纵向一体化的分销商和代理人销售的产品（参见《集体豁免条例》第7条（c）项）。“一体化分销商”即《集体豁免条例》第1条（2）款意义上的关联企业。³⁶

VI. 个案的执行政策

1. 分析框架

(96) 对于不适用集体豁免的协议，则需要个案评估协议是否违反了第101条（1）款，如果是，则需要评估协议是否能够满足第101条（3）款的条件。只要协议不以限制竞争为目的，特别是不含有核心限制，对于超过市场份额上限而不能适用集体豁免的协议，不应推定其违反了第101条（1）款，或不能满足第101条（3）款规定的条件。对协议可能产生的效果需要进行个案评估。鼓励公司进行自我评估。依据第101条（1）款，未限制竞争的协议，或符合第101条（3）款的协议是有效的和可执行的。依据2002年12月16日《关于执行条约第81和第82条规定的竞争规则的理事会（EC）第1/2003号条例》³⁷ 第1条（2）款，依据第101条（3）

³⁶ 为市场界定和市场份额计算的目的，一体化分销商是否额外销售竞争者的产品不具有相关性。

³⁷ 参见 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1。

款获得个别豁免并不需要提出申报。在委员会启动个案审查的情形下，委员会对于所涉协议违反第101条（1）款承担举证责任。主张第101条（3）款的经营者承担第101条（3）款的条件被满足的举证责任。当协议显示出可能的反竞争效果时，在委员会决定协议是否满足第101条（3）款的条件之前，经营者可以主张效率，对某一分销体系对于给消费者带来利益是必不可少的，且该分销体系没有排除竞争的原因给出具体解释。

(97) 在评估纵向协议是否产生限制竞争的效果时，需要将存在纵向限制时，相关市场的实际情形和可能的未来情形，与不存在纵向限制时，相关市场的实际情形和可能的未来情形相比较。在进行个案评估时，在合适的情形下，委员会将会同时考虑实际效果和可能效果。对于导致限制竞争效果的纵向协议，协议对实际或潜在竞争的影响必须达到对相关市场的价格、产量、创新、商品和服务的品种或质量产生的消极效果必须具有合理程度的可能性。协议对竞争产生的消极效果必须是显著的。³⁸ 当至少协议一方具有某种程度的市场力量时，并且协议导致了创造、维持或加强该市场力量或使协议方得以行使该市场力量时，显著的反竞争效果就有可能出现。市场力量是在足够长的时间段内，将价格维持在竞争水平之上，或将产量（表现为产品数量、质量、种类或创新）维持在竞争水平之下的能力。通常，认定违反第101条（1）款所需要的市场力量程度低于依据第102条认定支配地位时所需要的市场力量程度。

(98) 纵向限制的损害通常比横向限制的损害小。对横向限制更为关注的主要原因是，横向限制可能涉及生产相同或可替代商品或服务的竞争者之间的协议。在这样的横向关系中，一个公司行使市场力量（更高的产品价格）可能使其竞争者受益。这可能会激励竞争者诱导彼此从事反竞争行为。在纵向关系中，一方的产品是另一方的投入品，就是说，协议各方的活动彼此存在互补性。无论是上游还是下游公司行使市场力量通常会损害另一方对产品的需求。因此，协议的相关方通常有阻止另一方行使市场力量的动机。

³⁸ 参见本指南第 II.1 节。

(99) 但是，这种自我控制的特性不应被过高估计。如果一家公司不拥有市场力量，则它只能通过最优化其生产和分销过程以增加利润，而不管是否借助于纵向限制。更一般地说，因为纵向协议各方之间在产品投放市场这一过程中的互补角色，纵向限制可能带来实质性的效率。但是，如果一个经营者确实拥有市场力量，它可以通过提高直接竞争者的成本以及占有购买商和最终消费者的一部分剩余来增加自己的利润。当上、下游公司分享额外利润，或其中一家公司通过实施纵向限制而占据全部的额外利润，这种情形就会发生。

1.1 纵向限制的消极效果

(100) 欧盟竞争法意图防止的纵向限制可能对市场产生的消极效果包括：

- (a) 通过提高准入障碍或扩张障碍，对其他供应商或购买商进行反竞争的排斥（foreclosure）；
- (b) 减少供应商和其竞争者之间的竞争和/或促进其共谋，即通常所指的减少品牌间竞争；³⁹
- (c) 减少购买商和其竞争者之间的竞争和/或促进其共谋，如果涉及同一品牌或同一供应商的产品的分销商之间的竞争，即通常所指的减少品牌内竞争；
- (d) 造成市场一体化的障碍，尤其是限制消费者在其可能选择的任何成员国购买商品或服务的自由。

(101) 制造商环节的排斥、削弱竞争和共谋可能损害消费者，尤其是通过提高产品批发价，限制产品的选择，降低质量，减少产品的创新度等。分销商环节的排斥、削弱竞争和共谋可能损害消费者，特别是通过提高产品零售价，限制价格/服务组合和分销模式的选择，减少零售服务或降低零售服务的质量，减少分销的

³⁹ “共谋”既包括明示共谋也包括默示共谋（即，有意的平行行为）。

创新度等。

(102) 当单个分销商在一个市场上仅分销一个供应商的品牌时，同一品牌分销商之间竞争的减少将导致这些分销商之间品牌内竞争的减少，但总的来说对分销商之间的竞争不大可能产生消极效果。在这种情形下，如果品牌间竞争是激烈的，品牌内竞争的减少将不大可能对消费者产生消极效果。

(103) 相对于非排他安排，排他安排（exclusive arrangements）对竞争的危害通常更大。排他安排，通过明确的合同文字或实际效果，导致一方从另一方购买其全部或事实上全部的需求。^{*} 例如，在不竞争义务下，购买商仅购买一个品牌的产品。另一方面，数量强制为购买商留下了购买竞争产品的一些空间。因此，数量强制导致的市场封闭程度（the degree of foreclosure）更小。

(104) 相对于为品牌商品和服务订立的纵向限制，为非品牌商品和服务订立的纵向限制通常危害更小。品牌倾向于提高产品的差异度而降低其可替代性，从而减小其需求弹性并增加提高价格的可能性。通常情形下，品牌和非品牌产品及服务的区别与中间和最终产品及服务的区别相类似。

(105) 通常情形下，结合使用不同的纵向限制将会加重其消极效果。但是，某些纵向限制的联合比单独适用时产生的反竞争效果更小。例如，在一个排他分销体系中，分销商可能由于品牌内竞争的减少而被诱导提高产品价格，而适用数量强制或者设定最高转售价则可以限制这种价格上涨。当若干供应商和他们的购买商以类似方式组织贸易，导致所谓的累积效果时，将加强纵向限制可能导致的消极效果。

1.2 纵向限制的积极效果

^{*} 译者注：本段所述及的“排他安排”与本指南所界定的“单一品牌协议”的内涵和外延相同。参见本指南第（129）至（150）段。

(106) 承认纵向限制可通过促进非价格竞争和提高服务质量而产生积极效果是非常重要的。如果一家公司不拥有市场力量，它只能通过优化生产或分销过程增加利润。在很多情形下，纵向限制有助于这种优化，因为供应商和购买商之间仅决定特定交易的价格和数量的正常交易尚不能达到最优的投资与销售。

(107) 在试图对有关纵向限制合理性的各种观点进行公正审视时，本指南并不能穷尽所有情形。以下理由可说明采用某些纵向限制的正当性：

(a) **解决“搭便车”问题。**一个分销商可以搭上另一个分销商在推广方面的便车。这种问题在批发和零售环节最为普遍。排他分销或类似限制可能有助于避免这种搭便车情形。搭便车也可以在供应商之间发生，如当一个供应商在购买商的经营场所投资进行推广时，通常是在零售环节，该推广活动也会为其竞争者吸引客户。不竞争类型的限制将有助于克服这种搭便车情形。⁴⁰

上述情形出现的条件是，必须存在真正的搭便车问题。购买商之间的搭便车行为仅发生在售前服务，在售后服务中则不会发生，因为分销商能够对其客户分别收费。通常，产品是相对新颖或技术上较复杂的，或者产品的声誉是其需求的主要决定因素，否则客户根据之前的购买经验就已清楚自己需要什么产品。而且产品的价值应该相对较高，否则对于客户而言，在某商店获得信息而去另一家商店购买是没有吸引力的。最后，供应商通过合同要求所有购买商提供有效促销或服务是不可行的。

供应商之间的搭便车行为也仅限于特定情形，即，推广活动是在购买商的经营场进行的，且该推广活动是一般性推广而非特定品牌的推广。

(b) **打开或进入新市场。**如果生产商想要进入一个新的地域市场，例如首次向另外一个国家出口，则可能需要分销商为在该市场树立品牌而进行专门的“初始投资”。为了说服当地分销商进行这种投资，可能有必要为其提供地域保护，

⁴⁰ 消费者是否的确能够总体上从额外的推广努力中获益，取决于额外推广是否影响、说服并因此利于许多新顾客。如果额外推广仅接触到明确知道其购买需求的顾客，则该额外推广仅仅或主要意味着价格上涨。

以使其能够通过暂时收取高价而收回投资。在有限期间内，其他市场的分销商将会被禁止不得在该新市场上进行销售（参见本指南第III.4节第（61）段）。这是上述第（a）款描述的搭便车问题的一个特例。

(c) 解决“搭乘他人资质的便车（**certification free-rider issue**）”的问题。在某些领域，一些零售商因仅仅销售“优质”产品而享有很高信誉。通过这些零售商销售新产品，对引入新产品可能至关重要。如果生产商最初不能将产品其仅限于高档商店之中，就有可能承担产品下架的风险，产品的市场开拓可能失败。这意味着可能有必要在有限期间内允许排他分销或者选择性分销等限制。这段有限时间必须能够保证新产品的引入，但是不能过长而阻碍产品的大规模推广。此种利益在代表最终消费者大宗购买的“经验”产品（**experience goods**）或复杂产品中更为明显。

(d) 解决所谓“套牢问题”（**hold-up problem**）。有时，供应商或者购买商可能需要进行特殊设备或特殊培训等特定客户（**client-specific**）投资。例如，为了满足客户的特殊要求，零部件生产商不得不购进新的机器和工具。在特定的供应安排确定之前，投资人可能不愿进行必要投资。

然而，与其他搭便车的情形一样，在认定存在真实或实质性的投资不足的风险之前必须满足一系列条件。第一，投资必须具有关系特定性（**relationship-specific**）。对于供应商的投资，如果在合同终止后，供应商不能将该投资用于供应其他客户，且将其出售会蒙受重大损失，则该投资被视为关系特定的投资。对于购买商的投资，如果在合同终止后，购买商不能将其用于购买和/或使用其他供应商供应的产品，且将其出售会蒙受重大损失，则该投资被视为关系特定的投资。因此，一项投资将被认定为具有关系特定性，如果其只能用于生产特定品牌的部件或者储存特定品牌的产品，而不能在盈利的情形下生产或转售其他产品。第二，该投资必须是短期内无法收回的长期投资。第三，该投资必须是不对称的，即，合同一方的投资大于另一方的投资。在上述条件得以满足时，通常有很好的理由在投资折旧所需的时间段内采用纵

向限制。如果是供应商作出的投资，适当的纵向限制将是不竞争或数量强制类的，而在购买商投资的情形下，适当的纵向限制则是排他分销、排他客户划分或排他供应类的。

(e) **解决“重大专有技术转让时可能发生的特定套牢问题”**。专有技术一经提供即不能收回，专有技术的提供者不希望该专有技术用于竞争者或被竞争者利用。如果专有技术是购买商不易获得的，对于执行协议是重大且不可或缺的，则该专有技术的转让可以使不竞争限制具有正当性且通常不违反第101条（1）款。

(f) **解决“纵向外部性（vertical externality）问题”**。零售商可能不能获得其改进销售的活动所带来的所有利益。如果批发价高于边际生产成本，零售商通过降低转售价或努力加大营销而每多销售一件产品，制造商都将获益。因此，零售商的行为可能给制造商带来正外部性。而从制造商的角度，零售商可能定价过高或没有努力营销。零售商过高定价导致的负外部性问题有时被称为“双重边际化/双重加价问题”（double marginalisation problem），该问题可以通过设置最高转售价而避免。选择性分销、排他分销或类似限制可能有助于增加零售商的营销努力。⁴¹

(g) **获得“分销中的规模经济”**。为了实现规模经济而降低产品的零售价格，生产商可能希望将产品的转售集中于有限数量的经销商。为此，生产商可能采取排他分销，表现为最低购买数量的数量强制，包含此种数量要求的选择性分销或者排他采购（exclusive sourcing）等。

(h) **应对“资本市场不完善”**。通常的资本提供方（银行、资本市场），如果缺乏有关贷款人资信状况的信息或者贷款的担保不足，其资本供给可能会不足。购买商或供应商可能拥有更充足的信息，并能够通过排他关系获得对其投资的额外担保。如果供应商向购买商提供贷款，则可能要求购买商承担不竞争或数

⁴¹ 参见上一注释。

量强制义务。如果购买商向供应商提供贷款，则有理由要求供应商承担排他供应或数量强制义务。

(i) **实现“统一性和质量标准化”**。纵向限制可以通过对分销商采取一定的统一和质量标准化措施而有助于创造品牌形象，增加产品对最终消费者的吸引力从而增加销量。例如在选择性分销和特许中就可能发生上述情形。

(108) 第(107)段列举的九种情形清晰地表明，在某些情形下，纵向协议可能有助于实现效率和新市场的发展，并因此而抵消可能的消极效果。对于帮助引入新颖的复杂产品或者保护关系特定投资的为期有限的纵向限制，这一点通常最为明显。有时，在供应商向购买商供应其产品的整个时间段，纵向限制都是必要的（尤其参见本指南第(107)段(a)、(e)、(f)、(g)和(i)款所描述的情形）。

(109) 不同的纵向限制之间有很强的可替代性。因此，不同的纵向限制可能解决同一个无效率问题。例如，通过排他分销、选择性分销、数量强制或排他采购均可以实现分销中的规模经济。然而，不同纵向限制对竞争造成的消极效果可能是不同的，因此在依据第101条(3)款分析纵向限制的不可或缺性时具有相关性。

1.3 分析方法

(110) 评价一项纵向限制一般包括以下四个步骤：⁴²

(a) 首先，应依据相关经营者出售和购买商品的相关市场分别确定供应商和购买商的市场份额。

(b) 如果供应商和购买商的相关市场份额均未超过30%的上限，且不含有《集体豁免条例》规定的核心限制和被排除的限制，则该纵向协议在《集体豁免条

⁴² 这些步骤并非意在提供委员会在其决定过程中需遵循的一个法律推理过程。

例》的适用范围内。

(c) 如果供应商和/或购买商的相关市场份额超过了30%的上限，则有必要评估该纵向协议是否违反了第101条（1）款。

(d) 如果纵向协议违反了第101条（1）款，则有必要评估其是否符合第101条（3）款规定的豁免条件。

1.3.1 依据第101条（1）款进行评估的相关因素

(111) 在评估市场份额超过了30%上限的案件时，委员会将会进行完整的竞争分析。依据第101条（1）款确定纵向协议是否对竞争产生了显著的限制，以下因素尤为重要：

- (a) 协议的性质；
- (b) 协议各方的市场地位；
- (c) 竞争者的市场地位；
- (d) 合同商品的购买商的市场地位；
- (e) 进入障碍；
- (f) 市场成熟度；
- (g) 贸易环节；
- (h) 产品性质；
- (i) 其他因素。

(112) 每个因素的重要性因个案而不同，并取决于所有其他因素。例如，协议各方的高市场份额通常是市场力量的恰当指标，但如果进入障碍较低，市场份额并

不一定象征市场力量。因此就个别因素的重要性不可能制定一成不变的规则。

(113) 纵向协议的表现形式多种多样。因此，根据其含有的限制，限制的期限，以及限制所影响的市场销售占比而分析纵向协议的性质是非常重要的。有时，仅仅分析协议的明示条款可能是不充分的。根据协议各方执行协议的方式以及各方的动机有可能认定默示限制的存在。

(114) 协议各方的市场地位表明了供应商、购买商、或供应商和购买商所拥有的市场力量的程度。市场份额越高，协议各方拥有的市场力量就可能越大。特别是，如果协议各方相对于其竞争者而言拥有成本或其他竞争优势。这些竞争优势可能来自于先动者（first mover）优势（如，占据最佳位置）、持有核心专利、拥有卓越技术、作为品牌领导者、或拥有优良的产品组合。

(115) 市场份额和可能的竞争优势等是用来评估竞争者市场地位的指标。竞争者越强，其数量越多，协议各方能够单方面行使市场力量、封闭市场、削弱竞争的风险就越小。同时，评估竞争者是否有可能有效、及时地采取应对策略也具有相关性。但是，如果竞争者的数量相当少且具有类似的市场地位（规模、成本和研发潜力等），这种市场结构将增加共谋的风险。波动或快速变化的市场份额通常是激烈竞争的表现。

(116) 协议各方客户的市场地位表明是否存在拥有买方力量的一个或多个客户。买方力量的首要指标是客户在购买市场上的市场份额。这一份额反映了该客户的需求对于潜在供应商的重要性。其他指标则关注购买商在其转售市场的市场地位，表现为门店的广泛地理分布、自有品牌、以及在最终消费者中的品牌形象等特性。在某些情形下，买方力量能够阻止协议各方行使市场力量，并因此消除可能产生的竞争问题。特别是，当相关价格出现小幅但永久上涨时，强大的客户有能力和动机为市场带来新的供应源。当大客户仅要求对其有利的条件而把任何价格上涨转移给其客户，大客户的地位并不能阻止协议各方行使市场力量。

(117) 进入障碍的衡量标准是现有公司（incumbent companies）在多大程度上能

够将价格提高到竞争水平之上，而不至于吸引新的市场进入。如果不存在进入障碍，容易而迅速的市场进入将会使涨价无利可图。有效的市场进入能制止或削弱市场力量的行使，而当有效市场进入可能在一至两年之内发生时，作为一项基本规则，通常可以认为进入障碍是较低的。进入障碍可能由多种因素导致，例如，规模经济和范围经济、政府管制（尤其是确立排他权利时）、国家援助、进口关税、知识产权、资源所有权（供应因自然资源有限而受制）、⁴³ 核心设施、先动者优势、通过长期有力的广告而创造出的消费者品牌忠诚度等。纵向限制和纵向一体化也可能使市场进入更加困难，并且排斥（潜在）竞争者而产生进入障碍。进入障碍可能仅存在于供应商或购买商环节，也可能同时存在于供应商或购买商环节。上述因素是否涉及沉没成本，往往决定了其是否有可能构成进入障碍。沉没成本是因进入市场或在其中运营所必需投入、但是在退出市场时不能收回的成本。建立消费者忠诚度的广告成本通常是沉没成本，除非行将退出的公司能出售其品牌或在不承担任何损失的情形下将其品牌用于其他市场。沉没成本越高，潜在进入者就越需要考虑进入市场所承担的风险，而由于沉没成本使得在位企业的推出成本高昂，在位企业就越可能会威胁将与新竞争一拼高下。例如，在分销商因为不竞争义务被生产商锁定的情形下，如果潜在进入者建立自己的分销商必须承担沉没成本，则市场封闭效果将会更严重。一般来说，进入市场需要沉没成本，该成本有时较低，有时较高。因此，实际竞争比潜在竞争通常更有效，在个案评估时，实际竞争的角色也更为重要。

(118) 成熟市场是已经存续了一段时间，所使用的技术众所周知、普及且没有太多变化，没有重大的品牌创新，且需求相对稳定或呈下降态势的市场。与更为动态的市场相比，成熟市场上产生消极效果的可能性更大。

(119) 贸易环节涉及中间商品和服务以及最终商品和服务之间的区别。中间商品和服务售给经营者用做投入品来生产其他商品和服务，其在最终商品和服务中通

⁴³ 参见委员会决定 97/26/EC, Case No IV/M.619 – Gencor/ Lonrho, OJ L 11, 14.1.1997, p. 30。

常难以辨认。中间产品的买家多是见多识广的客户，他们能够评估质量并较少依赖于品牌形象。最终产品直接或间接地售给对品牌形象更为依赖的最终消费者。分销商需要对最终消费者的需求做出反应。因此，相对于禁止中间产品的买方从某些供应渠道购买竞争产品，禁止分销商销售一个或多个品牌通常能够对竞争造成更为严重的消极效果。

(120) 在评估可能的消极和积极效果时，产品性质对最终产品尤为重要。在评估可能的消极效果时，市场上的产品是否更加同质或更为不同、产品是否昂贵、占消费者预算的比重是否很大、以及产品属于一次性购买型还是需要重复购买等因素均非常重要。一般来说，产品差别越大、越便宜、一次性购买的可能性越大，纵向限制更可能产生消极效果。

(121) 在评估特定限制时，还需要考虑其他因素。包括：累积效果，即，相似协议的市场覆盖率；协议期限；协议是“强加的”（主要为一方受到限制或承担义务）还是“合意的”（双方均受到限制或承担义务）；监管环境；以及可能表明或促进共谋的行为，如：价格领导（price leadership）、预告价格变化以及有关“正确”价格的讨论、产能过剩时价格依然呈现刚性、价格歧视及已发生的共谋行为等。

1.3.2 依据第101条（3）款进行评估的相关因素

(122) 限制性纵向协议可能通过产生效率而促进竞争，因此有可能抵消其导致的反竞争效果。进行该评估需要依据第101条（3）款的框架。第101条（3）款含有对第101条（1）款禁止性规定的除外规则。适用该除外规则，纵向协议必须能够产生客观的经济利益；对竞争的限制必须是获得效率所必不可少的；消费者必须能从效率中获得公平分享；不得使协议各方有可能消除所涉产品的重大部分的竞争。⁴⁴

⁴⁴ 参见 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97。

(123) 依据第101条（3）款评估限制性协议时，必须考虑协议的真实背景，⁴⁵ 且基于具体时点所存在的事实。该评估对于事实的重大变化非常敏感。第101条（3）款的除外规则仅当其要求的四个条件均得到满足时方予以适用，一旦任何条件不再被满足即停止适用。⁴⁶ 依据这些原则适用第101条（3）款时必须考虑协议各方所作的投资，以及进行促进效率的投资和收回该投资所需要的时间和限制。

(124) 第101条（3）款的第一个条件要求评估协议带来的客观利益，即，效率。在这一方面，如本指南第1.2节所论述的，通过改进协议方互补行为的方式，纵向协议通常有能力帮助实现效率。

(125) 关于适用第101条（3）款所含有的“必不可少”测试标准，委员会将特别评估单个限制，当与不存在该限制的情形相比，是否能够使合同商品的生产、购买、销售、和/或转售更高效。该评估要求考虑协议各方所面对的市场条件和现实。主张第101条（3）款的经营者并不需要考虑假设的或理论的替代方案。然而，经营者必须能够解释和证明看起来限制性更小的替代方案为何在效率上实质性地弱于协议所含有限制。如果采用商业上可行且限制性更小的替代方案将导致重大的效率损失，则协议所包含的限制就被认为是必不可少的。

(126) 消费者必须能公平分享利益这一条件意味着，根据纵向协议而购买、销售、和/或转售的产品的消费者至少应当能够为协议的消极效果而获得补偿。⁴⁷ 也就是说，协议所带来的效率必须能够全部抵消协议可能对价格、产量和其他相关因素所造成的消极效果。

(127) 第101条（3）款的最后一个条件要求协议不得使各方有可能消除所涉产品

⁴⁵ 参见欧洲法院判决 *Joined Cases 25/84 and 26/84 Ford* [1985] ECR 2725。

⁴⁶ 在这一方面，参见委员会决定 1999/242/EC, Case No IV/36.237 – *TPS*, OJ L 90, 2.4.1999, p. 6。类似的，第 101（1）款仅在协议以限制竞争为目的或导致限制竞争的效果时方予以适用。

⁴⁷ 参见 *Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97, 第 85 段。

的重大部分的竞争。该条件要求对所涉市场上的剩余竞争压力（*remaining competitive pressure*），以及协议对这些竞争来源所造成的影响加以分析。在适用第101条（3）款时，必须考虑第101条（3）款和第102条之间的关系。依据已有判例法，第101条（3）款的适用不得阻碍第102条的适用。⁴⁸ 而且，由于第101条和第102条均旨在保持市场的有效竞争，这种一致性要求对第101条（3）的解释必须能够避免对任何构成滥用支配地位行为的限制性协议适用除外规则。⁴⁹ 纵向协议不得通过消除所有或大部分现存的实际或潜在竞争来源而排除有效竞争。经营者之间的竞争（*rivalry*）是经济效率（包括以创新为表现形式的动态效率）的本质驱动力。当不存在竞争时，具有支配地位的经营者将缺乏足够动机继续创造和收获效率。当剩余竞争和可预期的市场进入均不存在时，对竞争和竞争过程的保护比协议可能导致的效率收益更为重要。一项限制性协议，如果其维持、创造、或加强了一个具有垄断趋势的市场地位，通常将不得基于其同时导致了效率收益而被正当化。

2. 对特定纵向限制的分析

(128) 依据本指南第（96）至（127）段所论述的分析框架，本指南下文分析了最为常见的纵向限制和纵向限制组合。对于其他类型的纵向限制和纵向限制组合，本指南未提供直接指导，然而，对这些限制的评估将基于同样的原则，关注点将同样是这些限制对市场所造成的影响。

⁴⁸ 参见欧洲法院判决 *Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P Compagnie Maritime Belge* [2000] ECR I-1365, 第 130 段。类似的，第 101 条（3）款的适用并不阻止条约有关商品、服务、人员与资本自由流动的规则。这些规则在某些情形下适用于第 101 条（1）款所界定的协议、决定和协同行为，参见欧洲法院判决 *Case C-309/99 Wouters* [2002] ECR I-1577, 第 120 段。

⁴⁹ 在这一方面参见欧洲初审法院判决 *Case T- 51/89 Tetra Pak (I)* [1990] ECR II-309。另参见 *Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97, 第 106 段。

2.1 单一品牌 (single branding)

(129) “单一品牌”类协议是指协议的主要成分是购买商被要求或被诱导主要从一个供应商处购买某特定类型的产品。该成分可以体现在购买商承担的不竞争 (non-compete) 义务或者数量强制 (quantity-forcing) 义务。不竞争安排以购买商在特定市场上从一个供应商处购买其所需的80%以上的商品或服务的义务或激励方案为基础。这并不是说购买商只能直接从该供应商处购买，而是说购买商不能购买、转售或组装竞争性商品或服务。对购买商的数量强制是不竞争义务的一种较弱表现形式，此时供应商和购买商达成的激励机制和义务使购买商在很大程度上从一个供应商处购买产品。数量强制可以采用的形式包括最低购买要求、存货要求、或非线性定价 (non-linear pricing)，如，附条件折扣计划或两部分价格计划 (two-part tariff) (即，固定费用加单位产品价格)。所谓“英国条款”，要求购买商在收到更优报价时通报供应商，且仅在供应商无法提供与之相当的报价时，方允许购买商接受该更优报价。英国条款与单一品牌义务具有同样效果，特别是当购买商需要披露更优报价的发出方时更是如此。

(130) 单一品牌可能导致的竞争风险包括：将竞争供应商和潜在供应商排斥在市场之外，在累积适用单一品牌限制时削弱竞争并促进供应商之间的共谋，如果购买商是面向最终消费者的零售商，导致店内品牌间竞争的损失。这些限制性效果都会直接影响品牌间竞争。

(131) 如果供应商和购买商的市场份额均未超过30%，且不竞争义务的期限不超过五年，则单一品牌可以依据《集体豁免条例》而被豁免。对于超过市场份额上限或期限超过五年的个案，本节就个案评估提供了下述指导。

(132) 特定供应商施加的单一品牌义务能够导致反竞争的排斥效果，特别是，如果不存在该义务，尚未进入该市场的竞争者、或在全面供应客户方面尚不能和施加单一品牌义务的经营者相匹敌的竞争者能够带来竞争压力时。就满足单个客户的所有需求而言，竞争者可能无法与施加单一品牌义务的经营者相竞争。原因是，对于至少一部分的市场需求而言，该经营者是不可避免的贸易伙伴，因为其

提供了多数最终消费者所需要的“必售商品”（must stock item），或者由于其他供应商的产能限制，市场的这部分需求必须由该经营者提供。⁵⁰ 因此，供应商的市场地位对于评估单一品牌义务可能的反竞争效果而言，是最为重要的因素。

(133) 如果竞争者能在平等条件下为单个客户的全部需求而竞争，特定供应商所施加的单一品牌义务通常不大可能损害有效竞争，除非由于该义务的期限和单一品牌义务的市场覆盖率导致了客户转换供应商的困难。单一品牌义务锁定的市场份额（即，在单一品牌义务下的销售所占市场份额）越高，可能造成的市场排斥效果就越严重。同样，不竞争义务的期限越长，可能造成的市场排斥效果就越严重。通常认为不具有市场支配地位的公司订立的期限不超过一年的不竞争义务不会导致显著的反竞争效果或者净消极效果。不具有市场支配地位的公司订立的期限在一年至五年之间的不竞争义务通常需要合理权衡其积极和消极竞争效果，而期限超过五年的不竞争义务对于多数类型的投资而言，并不是获得其主张的效率所不可或缺的，或者该效率不足以抵消不竞争义务产生的排斥效果。具有市场支配地位的公司订立的不竞争义务更有可能导致反竞争的排斥效果。

(134) 在评估供应商的市场力量时，其竞争者的市场地位是重要因素。只要竞争者数量足够多、且足够强大，就不可能发生显著的反竞争效果。如果竞争者的市场地位类似，且能够提供同样具有吸引力的产品，排斥竞争者是不大可能的。但在这种情形下，如果若干主要供应商与相关市场的多数购买商订立单一品牌协议（累积效果的情形），则可能会对潜在进入者形成排斥。这种情形下，不竞争协议可能促进竞争供应商之间的共谋。如果单个供应商可以适用《集体豁免条例》，但为消除这种消极的累积效果，仍有可能需要撤销集体豁免。如果单一品牌义务锁定的市场份额少于5%，通常不认为其能够对累积的排斥效果起显著作用。

(135) 如果最大供应商的市场份额低于30%，且前五大供应商的合计市场份额低

⁵⁰ 参见欧洲初审法院判决 Case T-65/98 *Van den Bergh Foods v Commission* [2003] ECR II-4653, 第 104 和 156 段。

于50%，则不太可能发生单一或累积反竞争效果。如果潜在进入者不能在盈利的情况下进入该市场，原因可能是不竞争义务以外的其他因素，例如消费者偏好。

(136) 对于认定是否存在反竞争的排斥效果，进入障碍是非常重要的因素。只要竞争供应商能够相对容易地为其产品创建新的购买商或者发现替代购买商，就不大可能出现真正的排斥问题。但是，在生产和分销环节都经常存在进入障碍。

(137) 抵消力量是一个相关因素，因为强大的购买商不会轻易允许切断竞争商品或服务的供应。更一般的说，为说服客户接受单一品牌，对于排他行为所导致的竞争损失，供应商将需要提供全部或部分补偿。在给予补偿的情况下，与供应商达成单一品牌义务对单个客户而言可能是有利的。但是，因此而自动得出所有单一品牌义务汇总起来，对该市场上的客户和最终消费者总体上是有利的这一结论是错误的。特别是，如果市场上有许多购买商，而单一品牌义务汇总起来阻碍了竞争企业的进入或扩张，则消费者整体上将不大可能获益。

(138) 最后，“贸易环节”也是需要考虑的因素。反竞争地排斥中间产品的可能性更小。如果中间产品供应商不具有支配地位，则竞争供应商仍然面对大部分的自由的需求。然而，即使不具有支配地位，在存在累积效果时，反竞争的排斥依然可能出现。如果被锁定的市场小于50%，累积效果就不大可能产生。

(139) 如果协议涉及最终产品在批发环节的供应，是否会产生竞争问题很大程度上取决于批发的类型以及批发环节的进入障碍。如果竞争生产商能够很容易地确立起自己的批发业务，就不存在真正的反竞争排斥的风险。进入障碍的高或低部分取决于批发的类型，即，批发商是否能够仅经营协议所涉产品（例如冰淇淋）就可以有效运作，或是否经营整个产品系列（例如冷冻食品）更为有效。在后一种情形下，对于仅销售一种产品的生产商来说，建立自己的批发业务是低效的。此外，如果几个供应商锁定了多数可获得的批发商，则可能出现累积效果的问题。

(140) 对于最终产品，在零售环节通常更可能发生排斥效果，因为对于多数生产商来说，仅为自己的产品开设零售门店将面对显著的零售环节进入障碍。此外，

正是在零售环节不竞争协议可能减少店内品牌间竞争。因此，对于零售环节上的最终产品，如果不具有支配地位的供应商锁定了30%或更大的相关市场，同时考虑所有其他相关因素，严重的反竞争效果可能开始出现。对于具有支配地位的公司，即使其绑定的市场份额并不大，也可能导致严重的反竞争效果。

(141) 在零售环节也可能发生累积的排斥效果。如果所有供应商的市场份额均低于30%，（所有企业采用不竞争义务）合计绑定的市场份额小于40%，累积的排斥效果不大可能产生，因此不必撤销集体豁免。如果考虑竞争者数量、进入障碍等其他因素，前述标准可能更高。如果并非所有公司的市场份额均低于《集体豁免条例》规定的上限，但是没有一家公司具有支配地位，在合计绑定的市场分额小于30%的情形下，累积的排斥效果不大可能产生。

(142) 如果购买商在供应商所有的经营场所或土地，或在供应商从与购买商无关的第三方租赁的经营场所或土地上经营，对由此可能产生的排斥效果采取有效救济的可能性有限。在这种情形下，委员会不大可能干预不具有支配地位的情形。

(143) 在某些行业，在单一场所销售一个以上品牌的产品可能是困难的，在这种情形下，限制合同的有效期是对排斥问题的更好救济。

(144) 如果已认定存在显著的反竞争效果，则需要依据第101条（3）款考虑是否能够豁免。对于不竞争义务，本指南第（107）段（a）（供应商之间搭便车的情形）、（d）、（e）（套牢问题）和（h）（资本市场不完善）款所论述的效率尤其具有相关性。

(145) 对于本指南第（107）段（a）、（d）和（h）款所论述的效率，对购买商的数量强制可能是限制性较小的选择。要获得第（107）段第（e）项（与专有技术转让相关的套牢问题）所述及的效率，不竞争义务则可能是唯一可行的方式。

(146) 在供应商进行关系特定投资的情形下（参见本指南第（107）段（d）款），投资折旧期内的不竞争协议或数量强制协议通常会满足第101条（3）款规定的条件。如果关系特定投资很高，期限超过五年的不竞争义务可能是合理的。供应商

安装或改装设备，而该设备之后只能用于为特定购买商生产零部件即为关系特定投资的一个例子。对（额外）产能的一般的或市场特有投资一般不构成关系特定投资。但是，如果供应商创造了与特定购买商的业务具有特别联系的新产能，例如，某金属罐公司为在某食品生产商的厂址或其罐装厂旁制罐而创造出新产能，该产能仅在为该特定客户生产时才是经济可行的，这种情形下该投资即被视为关系特定投资。

(147) 如果供应商为购买商提供贷款或为其提供并非关系特定的设备，这本身通常并不足以证明对市场排斥效果适用豁免的合理性。在资本市场不完善的情形下，产品供应商提供贷款比银行提供贷款更为有效（参见本指南第（107）段（h）款）。然而，在这种情形下，贷款的提供应当采用限制性最小的方式，且通常不得阻止购买商在任何时点、无需支付罚金的情况下，提前清偿剩余贷款。

(148) 重大专有技术的转让（本指南第（107）段（e）款）通常能够证明不竞争义务在整个供应协议期间的合理性，例如特许经营的情形。

(149) 不竞争义务的示例

在某国某即兴消费品（impulse consumer product）市场上，某领军企业占有40%份额，该企业通过锁定的零售商销售其90%的产品，锁定的市场份额为36%。根据协议，该企业的零售商在四年内仅能向该企业购买产品。该企业在首都等人口较稠密的地区有很强的实力。该企业有10个竞争者，其中有些是地方性企业，所有竞争者的市场份额都要小得多，最大的为12%。这10个竞争者通过锁定的门店合计占有10%的市场。该市场上品牌和产品差异度都很高。该企业拥有最强大的品牌，是唯一定期在全国范围进行广告活动的公司，还为其锁定的零售商提供储存其产品的储柜。

上述分销安排对市场造成的结果是，总共有46%的市场（36%+10%）对潜在进入者和没有锁定门店的现有企业是封闭的。在人口密集地区，排斥效果更为严重，而潜在进入者的市场进入更为困难，尽管他们更愿意进入这些人口稠密的市场。

此外，由于巨大的品牌和产品差异，以及相对于产品价格而言产品的搜索成本很高，店内品牌间竞争的削弱导致了消费者福利的额外损失。该公司主张，由于运输成本减少、以及与储柜相关的套牢问题，排他渠道安排能带来效率。然而，该效率是有限的，并且无法超过该协议对竞争造成的消极效果。该效率是有限的，因为运输成本与数量有关，但与排他安排无关，储柜不包含特殊的专有技术也不是品牌所特有的。因此，该企业的上述协议不大可能满足第101条（3）款规定的豁免条件。

(150) 数量强制的示例

生产商X占有40%的市场份额，它通过合同销售其80%的产品。合同明确规定，转售商对于该类产品的至少75%的需求必须向X购买。作为回报，X以优惠条件为其转售商提供融资和设备。合同期限为五年，贷款以均等的分期付款偿还。但是，在合同执行两年后，如果购买商偿还剩余贷款，以市场价值收购设备，并给出六个月通知期，购买商将有可能提前终止合同。五年的合同期满后，设备即归购买商所有。多数竞争生产商规模都较小，共有12家，其中最大的一家拥有20%的市场份额且签订了期限不同但类似的合同。市场份额低于10%的生产商通常签订了期限更长的合同，且终止条款更为严苛。生产商X的合同使其竞争者能自由供应X的转售商25%的需求。在近三年中，两个新生产商进入了该市场，合计占有约8%的市场份额，部分通过接收一些转售商的贷款以获得合同。

生产商X锁定的市场份额为24%（ $0.75 \times 0.80 \times 40\%$ ）。其他生产商锁定的市场份额约为25%。因此，至少在这些供应合同的前两年，对潜在进入者和不拥有锁定门店的在位公司封闭的市场约为49%。该市场显示，转售商通常很难从银行获得贷款。这些转售商规模一般都非常小，很难通过发行股票等其他方式筹得资本。此外，生产商X能证明将其销售集中于有限数量的转售商，使得他能够更好地做出销售计划并节省运输成本。由于生产商X的合同留下了25%的未锁定部分、提前终止合同的可能性、新生产商的进入以及约有半数的转售商没有被锁定，生产商X采用的75%的数量强制有可能满足第101条（3）款的条件。

2.2 排他分销 (exclusive distribution)

(151) 在排他分销（又译“独家销售”）协议中，供应商同意为转售的目的在特定地域内仅对某一分销商供货。同时，该分销商不得向其他排他分销地域进行主动销售。排他分销可能的竞争风险主要是减少品牌内竞争和市场划分，这尤其会助长价格歧视。如果多数或所有供应商都采用排他分销，则可能削弱供应商和分销商环节的竞争，并促进这两个环节上的共谋。最后，排他分销可能导致排斥其他分销商，并因此而减少该环节的竞争。

(152) 如果供应商和购买商的市场份额均未超过30%，排他分销将依据《集体豁免条例》而适用豁免，即使与其他非核心纵向限制结合，例如期限不长于五年的不竞争义务、数量强制或者排他购买。只有在不限其他地域的主动销售的情况下，同时使用排他分销和选择性分销才可以适用豁免。对于评估超过30%的市场份额上限的个案中的排他分销，本节下文提供了指导。

(153) 供应商及其竞争者的市场地位是最重要的考察因素，因为仅当品牌间竞争有限时，品牌内竞争的削弱才会成为问题。供应商的地位越强大，削弱品牌内竞争导致的后果就越严重。如果超过30%的市场份额上限，就可能存在严重削弱品牌内竞争的风险。要符合第101条（3）款的条件，必须对品牌内竞争的削弱和所实现的效率加以权衡。

(154) 竞争者的地位具有双重意义。强大的竞争者通常意味着充分的品牌间竞争能够弥补品牌内竞争的减少。但是，如果竞争者的数量相当小，而从市场份额、产能和分销网络等方面看，他们的市场地位又非常相似，则存在共谋和/或削弱竞争的风险。品牌内竞争的减少可能增加这一风险，尤其是当若干供应商运营相似的分销体系。多重排他分销权（“multiple exclusive dealership”，又译“多品牌排他分销权”），即，不同供应商在特定地域内任命相同的排他分销商，可能会进一步增加共谋和/或削弱竞争的风险。如果一个经销商在同一地域被授予对

两个或以上重要的竞争产品的排他分销权，则这些品牌间的竞争可能会受到严重的限制。排他多品牌经销商所分销的品牌的累积市场份额越高，共谋和/或削弱竞争的风险就越大，品牌间竞争的减少也就越严重。如果一个零售商是若干品牌的排他分销商，则可能出现当一个生产商降低其商品的批发价时，该排他零售商不愿意将该价格下降的利益传给最终消费者，因为这样做将导致其他品牌的销售和利润下降。相对于不存在多重排他分销的情形，生产商之间进行价格竞争的动机也会减少。即使供应商和购买商的市场份额低于《集体豁免条例》规定的上限，此种累积效果的情形依然可能导致撤销集体豁免。

(155) 在评估排他分销的反竞争效果时，可能阻碍供应商建立新分销商或寻求替代分销商的进入障碍不是主要的考虑因素。只要排他分销没有与单一品牌相结合，排斥其他供应商的情形就不会发生。

(156) 如果运营排他分销体系的供应商在同一市场内任命大量的排他分销商，并且未禁止授权分销商对其他非授权分销商的销售，则排斥其他分销商的情形就不会发生。但是如果下游市场存在买方力量或市场力量，尤其是排他分销商在较大的一个地域内成为整个市场的排他购买商时，排斥其他分销商的情形就可能出现。例如，在某国内食品零售市场上，某连锁超市是某主导品牌的唯一分销商。多重排他经销权可能会加剧对其他供应商的排斥。

(157) 当可能位于不同地域的若干重要购买商对一个或若干供应商强加排他分销的安排，则买方力量还可能增加购买商之间共谋的风险。

(158) 市场成熟度是重要的考察因素，因为品牌内竞争的减少和价格歧视在成熟市场上可能是很严重的问题，但是在需求不断增长、技术不断革新和企业市场地位不断变化的市场上就可能没有那么重要。

(159) 贸易环节是重要的考察因素，因为排他分销对批发和零售环节可能造成不同的消极效果。排他分销主要用于最终商品和服务的分销。较大地域内的排他零售尤其可能导致品牌内竞争的减少，因为对于一个重要的品牌，最终消费者在高

价/优质服务和低价/低质服务之间进行选择的可能性很小。

(160) 生产商通常会在较大的一个地域上，如整个成员国，选择一个批发商作为排他分销商。只要该批发商能够不受限制地向下游零售商销售产品，显著的反竞争效果就不可能产生。排他分销在物流和推广等方面的效率可以很容易地弥补批发环节上品牌内竞争可能的减少，尤其是当生产商位于不同国家时。但是，相对于零售环节，多重排他经销权削弱品牌间竞争的风险在批发环节更高。当一个批发商成为大量供应商的排他分销商时，不仅存在品牌间竞争被削弱的风险，还可能出现批发环节上的排斥效果。

(161) 正如本指南第（155）段所论述的，当排他分销不与单一品牌结合使用时，不存在排斥其他供应商的风险。但即使排他分销与单一品牌相结合，除非单一品牌适用于小地域上排他分销商形成的密集网络，或除非出现累积效果，反竞争地排斥其他供应商的情形就不会出现。这时可能有必要适用本指南第2.1节就单一品牌所列出的原则。但是，当排他分销和单一品牌未导致显著的排斥效果时，二者的结合使用有可能激励排他分销商集中精力于特定品牌，因而产生促进竞争的效果。因此，只要不存在上述排斥效果，排他分销和不竞争义务相结合，尤其是在批发环节，在协议的整个有效期都能够符合第101条（3）款的条件。

(162) 结合使用排他分销和排他采购使品牌内竞争削弱和市场划分风险的可能性增大，而这尤其会助长价格歧视。排他分销已经限制了客户的套利活动，因为其限制了分销商的数量且通常还限制了分销商主动销售的自由。排他采购要求排他分销商直接从生产商购买其供应的特定品牌的产品，这进一步限制了排他分销商可能的套利活动，因为分销商将无法从该分销体系的其他分销商处购买产品。因此，供应商通过适用不同的销售条件而限制品牌内竞争，并因此而损害消费者的可能性得以增强，除非排他分销和排他采购的结合使用能够产生效率而带来对所有最终消费者的更低价格。

(163) 产品性质对于评估排他分销的反竞争影响的相关性较低。但是，在显著的反竞争效果被证明之后而需要评估可能的效率问题时，产品性质是相关的考察因

素。

(164) 排他分销可以产生效率，特别是在分销商必须为保护和建立品牌形象进行投资时。一般而言，新产品、复杂产品、经验产品（“experience products”，指在使用前质量难以判断的产品）和信赖产品（“credence products”，指即便在使用后仍难以有效评估质量的产品）的推广和销售中，排他分销带来的效率尤为明显。此外，排他分销可以通过运输和分销中的规模经济而降低物流费用。

(165) 批发环节排他分销的示例

A公司是某消费者耐用品市场上的领军企业。A通过排他批发商销售其产品。排他地域要么覆盖欧盟某成员国的全部领土、要么覆盖欧盟某成员国的某一地区。各排他批发商在其排他地域中对零售商但不终端消费者销售A公司产品，并通过组织推广活动、解释新产品等负责向零售商推广A公司产品。该消费者耐用品市场上新技术和新产品研发层出不穷，对零售商和终端消费者的售前服务尤为重要。各排他分销商没有被要求仅从A处购买A公司产品，也不承担非竞争责任。相对于A公司产品的价值而言，产品运输成本相对较低，因此批发商和零售商的套利行为在经济上是可行的。零售商同时销售若干A公司竞争者的产品，且在零售环节没有排他分销或选择性分销的安排。在整个欧盟该消费者耐用品批发市场上，A占有50%的市场份额，在各成员国该消费者耐用品零售市场上，A占有40%到60%的市场份额。在每一成员国市场上，A有6到10个竞争者。其中公司B、C、和D最为强劲，他们活跃于所有成员国市场并在各成员国市场上分别拥有5%到20%的市场份额。B、C、和D拥有类似于A公司的分销体系。其余生产商仅活跃于单一成员国市场，这些生产商市场份额较小，通常直接供应零售商。

在上述批发市场上，套利行为的存在使得价格歧视难以产生。品牌内竞争的减少对批发环节的影响不大，且批发环节的排他分销安排通常不会影响品牌间竞争。在上述零售市场上，品牌内和品牌间竞争均未受损。该排他分销安排导致竞争问题的风险较小。因此，即便有可能出现限制竞争的效果，A公司的排他分销行为可以符合条约101（3）的各项条件而因此获得个别豁免。

(166) 寡头市场多重排他经销权的示例

在欧盟某成员国某终端产品市场上有四大主要生产商，分别占有约20%的市场份额。这四大生产商通过排他零售商销售其产品。排他地域要么是各排他零售商所处的城镇、要么是大型城镇的某个区。在多数排他区域上，四大生产商均选用了位于城镇中心、擅长于分销该终端产品的同一排他零售商（‘多品牌经销商’，（multiple dealership））。在该成员国该终端产品市场上，剩余的20%份额由地方小生产商所占有，其中最大的生产商占有约5%的市场份额。这些地方小生产商基本上通过其他零售商分销产品，特别是四大生产商的排他零售商基本上对销售缺乏知名度的廉价品牌不感兴趣。该终端产品市场相对成熟，产品相对简单，没有重大的产品和技术创新，呈现出稳定的需求、强大的品牌和产品差异度。四大生产商在全国范围内开展广告战役，拥有强大的品牌形象，而地方小生产商基本上不在全国范围内做广告。

上述寡头市场上存在四大生产商之间共谋的风险。多品牌排他分销加剧了共谋的风险，排他地域则限制了品牌内竞争。多品牌排他分销意味着如果某一生产商降低其产品价格，排他零售商则不情愿把降价的利益传递给终端消费者，因为这样做将使得其他三个品牌产品的销售和利润下降。品牌间价格竞争仅存在于缺乏品牌形象的地方小生产商之间。由于同一零售商在其所属的排他区域可以固定四大生产商产品的零售价格，因此减少了四大生产商之间的竞争。主张排他分销可能带来的效率抗辩的作用是有限的，因为产品相对简单，分销不需要任何特定投资或培训，且广告主要由生产商承担。即使四大生产商各自的市场份额低于30%的安全港，由于该分销安排可能无法同时满足第101条（3）款规定的条件，欧委会也可能会撤消集体豁免制度在该案的适用。

(167) 排他分销与排他采购相结合的示例

A公司是欧洲某大型消费者耐用品市场上的领军企业，该市场供需稳定，近年来未出现实质性的技术革新。A公司在多数欧盟成员国零售市场上占有40%到60%的市场份额。在A公司占有较高份额的成员国市场上，A公司仅面对若干规模和

市场份额远远落后的竞争者。这些竞争者通常仅活跃于一到两个成员国市场。A通过其位于各成员国的子公司长期执行排他零售政策。A公司的排他零售商不得向其他排他零售商的排他区域销售，这一地域限制使得排他零售商们愿意在各自的销售区域努力推广A公司产品并提供售前服务。实际上，各排他零售商也同时避免向其他排他区域送货。这些零售商同时是其销售区域上同类产品的主要销售商，他们同时销售竞争品牌，但成功度和热情度不尽相同。A公司对各成员国市场实行10%到15%的差别定价，在竞争不激烈的市场上其产品价格相对较高。最近，A公司要求各排他零售商只能从其所在国的A公司子公司处购进A公司产品。

在价格相对较高的成员国市场上，零售层级的排他地域安排以及最近开始执行的排他采购政策进一步减少了品牌内竞争。排他采购责任排除了排他零售商之间套利行为的可能性，因此助长了市场和地域分割。排他零售商们不得向其他排他区域主动销售，实践中他们也避免向其他区域送货。因此A公司有能力和各成员国市场上实行歧视定价，其总销售额也因此大幅增加。由于产品大型笨重，消费者或独立贸易商的套利行为非常有限。

考虑到对零售商产生的激励作用，主张任命排他零售商的潜在效率抗辩可能有一定说服力。然而，同时采用排他分销和排他采购所带来的效率，特别是排他采购的潜在效率主要表现为运输中的规模经济，将难以弥补歧视定价和削弱品牌内竞争所带来的负面效果。因此，该分销安排可能很难同时满足第101条第（3）款规定的豁免条件。

2.3 排他客户划分

(168) 在排他客户划分协议中，为向特定类型的客户转售，供应商同意仅向一个分销商销售其产品。同时，该分销商通常被禁止对其他排他划分的客户群进行主动销售。《集体豁免条例》并不限制排他客户群的界定。比如，排他客户群可以根据职业而界定的一组客户，也可以是根据一个或多个客观标准而选择的一组

特定的客户。排他客户划分可能的竞争风险主要是减少品牌内竞争和市场划分，这尤其会助长价格歧视。如果多数或所有供应商都采用排他客户划分，则可能削弱供应商和分销商环节的竞争，并促进这两个环节上的共谋。最后，排他客户划分可能导致排斥其他分销商，并因此而减少该环节的竞争。

(169) 如果供应商和购买商的市场份额均未超过30%的市场份额上限，排他划分客户即可依据《集体豁免条例》而被豁免，即使其与不竞争义务、数量强制或排他采购等非核心纵向限制结合。结合使用排他划分客户和选择性分销通常被视为核心限制，因为授权分销商向最终用户的主动销售受到了限制。超过30%的市场份额上限，本指南第(151)至(167)段提供的指南同样适用于对排他划分客户的评估，但不得违反本节下文给出的特别评价。

(170) 通常情形下，客户划分导致客户更难以从事套利行为。此外，由于每个授权分销商有其自己的客户群，不拥有该客户群的非授权分销商将很难获得产品的供应。这将减少非授权分销商可能的套利行为。

(171) 排他客户划分主要适用于中间产品以及适用于最终产品的批发环节，当对产品有不同特定需求的客户群可以被相互区分。

(172) 排他客户划分可能带来效率，尤其是在分销商需要对特定设备、技能或专有技术等进行投资以适应其客户群的需求时。这些投资的折旧期就是该排他客户划分体系的合理期限。通常，对于新产品、复杂产品、以及需要适应单个用户需求的产品，上述情形最有可能出现。售给职业买家的中间产品的差别需求最有可能被辨别。划分最终客户不大可能产生任何效率。

(173) 排他划分客户的示例

一家公司开发了一种复杂的喷水装置。该公司在喷水装置市场上目前占有40%的市场份额。在开始销售这个复杂的喷水装置时，该公司在一款老产品的市场上拥有20%的市场份额。新型喷水装置的安装取决于其安装的建筑类别以及该建筑的用途（办公、化学工厂、医院等）。

为销售和安装该喷水装置，该公司授权了若干分销商。每个分销商都需要对雇员进行培训，以满足特定客户群对安装喷水装置的一般和特殊要求。为确保分销商的专业化，该公司为每个分销商分配了排他客户群，并禁止分销商之间向对方的排他客户群主动销售。五年后，公司将允许所有排他分销商对所有客户群的主动销售，并结束该排他客户划分体系。然后该供应商可以开始向新的分销商销售产品。该市场是动态的，最近发生了两次进入和许多技术发展。竞争者们占有的市场份额从5%到25%不等，他们也在升级产品。

该排他安排持续时间有限，有助于确保分销商收回投资，并能够使分销商首先将销售集中于特定客户群，从而学习相应的业务，而且对动态市场的反竞争影响有限，因此该排他客户划分很可能满足第101条（3）款规定的豁免条件。

2.4 选择性分销

(174) 选择性分销协议，类似于排他分销协议，一方面限制授权分销商的数量，另一方面限制转售的可能性。选择性分销与排他分销的区别是，其对经销商数量的限制并不取决于排他地域的数量，而是首先取决于与产品性质相关的选择标准。选择性分销与排他分销的另一个区别是，选择性分销对转售的限制并不是禁止对其他排他区域的主动销售，而表现为禁止向非授权分销商销售，即，选择性分销体系的购买者仅限于授权经销商或者最终消费者。选择性分销几乎总是用于最终品牌产品的分销。

(175) 选择性分销可能的竞争风险是品牌内竞争的减少，以及，尤其是在累积效果的情形下，排斥某些类型的分销商、削弱竞争、并促进供应商或购买商之间的共谋。为了依据第101条（1）款评估选择性分销可能的反竞争效果，需要对纯粹的质量型选择分销和数量型选择分销加以区分。在经销商的选择上，纯粹的质量型选择分销仅依据产品性质所要求的客观标准，如：销售人员的培训、销售点提

供的服务以及销售的特定产品范围等。⁵¹ 这些标准的适用不直接限制经销商的数量。纯粹的质量型选择分销通常被视为不会产生反竞争效果,因而不违法第101条(1)款,只要其满足下述三个条件。第一,根据产品性质有必要采用选择性分销,即,考虑到所涉产品的性质,采用选择性分销体系是确保产品质量以及产品被适当使用的合理需要。第二,转售商的选择必须依据对所有潜在转售商一体且非歧视适用的质量型客观标准。第三,选择的标准不得超过必要的限度。⁵² 数量型选择分销,通过要求最小或最大销售量、或固定经销商数量等方式进一步增加了选择标准,更为直接地限制了供应商的潜在数量。

(176) 质量和数量型选择分销依据《集体豁免条例》而适用豁免,条件是供应商和购买商的市场份额均不超过30%的市场份额上限,即使质量和数量性选择分销与不竞争义务或排他分销等非核心纵向限制结合使用,但只要其不禁止授权分销商彼此之间的主动销售以及对最终用户的主动销售。《集体豁免条例》对选择性分销适用豁免,不论所涉产品的性质以及选择标准为何。但是,如果产品性质⁵³并不要求选择性分销或不要求所采用的选择标准,如:要求分销商建立一个或更多的实体店或提供特定服务,则该分销体系导致的效率增进效果通常不足以弥补其对品牌内竞争的实质减损。如果产生显著的反竞争效果,则可能撤销《集体豁免条例》的适用。此外,本节下文对《集体豁免条例》适用范围之外的选择性分销,或选择性分销的平行网络导致累积效果情形的个案评估提供了指导。

(177) 供应商及其竞争者的市场地位对于评估可能的反竞争效果最为重要,因为品牌内竞争的减少只有在品牌间竞争有限时才会成为问题。供应商的地位越强,

⁵¹ 例如,参见欧洲初审法院判决Case T-88/92 *Groupement d'achat E' douard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1961。

⁵² 参见欧洲法院判决Case 31/80 *L'Oréal v PVBA* [1980] ECR 3775, 第15和16段; Case 26/76 *Metro I* [1977] ECR 1875, 第20和21段; Case 107/82 *AEG* [1983] ECR 3151, 第35段; 以及欧洲初审法院判决Case T-19/91 *Vichy v Commission* [1992] ECR II- 415, 第65段。

⁵³ 例如,参见欧洲初审法院判决 Case T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1851, 第112至123段; Case T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1961, 第106至117段, 以及上一注释所援引的判例。

品牌内竞争的减少越会成为问题。另外一个重要因素是相同市场中选择性分销网络的数量。如果市场上只有一个供应商采用选择性分销，数量型选择分销通常不会产生净消极效果，只要合同商品的性质要求使用选择性分销体系，且所使用的选择标准对于确保该产品的有效分销是必要的。但事实上，在一个既定市场内，通常有很多供应商同时使用选择性分销。

(178) 竞争者的市场地位具有双重意义，并且在累积效果的情形下扮演特别的角色。强有力的竞争者通常意味着充分的品牌间竞争很容易弥补品牌内竞争的减少。但是，如果多数主要供应商均采用选择性分销，则品牌内竞争将会受到严重损失，某些类型的经销商可能被排斥，还可能增加这些主要供应商之间共谋的风险。与排他分销相比，选择性分销把更有效的分销商排斥在外的风险更大，因为其限制了对非授权经销商的销售。这种限制是为了使选择性分销体系具备封闭性，使非授权经销商不可能获得产品的供应。因此，选择性分销尤其适用于避免价格折扣店（无论在线还是线下分销商）给生产商和授权经销商带来利润上的压力。无论是由于选择性分销的累积使用，还是市场份额超过30%的单个供应商的选择性分销体系所造成的，对这些分销模式的排斥减少了消费者充分利用这些模式所带来的特殊利益（如：低价、更大的透明度、以及接触更广泛市场）的可能性。

(179) 如果选择性分销的单一网络适用《集体豁免条例》，在产生累积效果时，则可能需要考虑撤销集体豁免或者不适用《集体豁免条例》。但是，如果选择性分销覆盖的市场在50%以下，则不大可能产生累积效果。此外，在市场覆盖率超过50%，但是前五大供应商的合计市场份额低于50%的情况下，也不大会产生问题。如果前五大供应商的市场份额以及选择性分销的市场覆盖率均超过50%，则根据前五大供应商是否均采用选择性分销，评估结果也会不同。未采用选择性分销的竞争者的地位越强大，排斥其他分销商的可能性就越小。如果前五大供应商都采用选择性分销，通过直接限制授权经销商数量而适用的数量型选择标准，以及排斥某些分销模式的质量标准，如要求建立一家或多家实体店或提供特定服务，尤其会产生竞争问题。如果选择性分销体系阻碍了有能力充分销售所涉产品

的新分销商（尤其是对消费者提供低价格的折扣店和网店）进入市场，以有利于某些现有渠道但对最终消费者造成损害为代价而限制分销，则通常不大可能满足第101条（3）款的条件。至于形式更为间接的数量型选择分销，例如结合使用纯质量型选择标准和要求经销商达到最低年购买额，则不大会产生净消极影响，条件是该购买额未达到该经销商对该类产品的总营业额的重大部分，且没有超出该供应商收回其关系特定投资和/或实现分销中的规模经济的必要限度。至于个别供应商的作用，市场份额小于5%的供应商通常不会被视为对累积效果起到了实质性作用。

(180) 进入障碍对于非授权经销商被排斥在市场之外的情形比较重要。一般来说，准入障碍是显著的，因为选择性分销通常被品牌产品的生产商所采用。对于被排除在外的零售商来说，将自有品牌投放市场或者获得具有竞争力的供应通常需要花费很长时间并进行大量投资。

(181) 买方力量可能增加经销商间共谋的风险，因此显著改变对选择性分销可能的反竞争效果的分析。当强大的经销商组织为了将分销限制在对其成员有利的范围内，而对供应商强加选择标准时，尤其会导致更有效的零售商被排斥在市场之外。

(182) 《集体豁免条例》第5条（1）款（c）项规定供应商不得直接或间接强加导致授权经销商不得出售特定竞争供应商品牌的义务。该条件旨在避免主要供应商通过建立选择性品牌俱乐部而排除特定品牌的横向共谋。如果前五大供应商的市场份额等于或大于50%，则这种义务不大可能获得豁免，除非强加这种义务的任何供应商均不属于这五大供应商。

(183) 只要其他供应商能够使用相同的分销商，即，只要选择性分销体系没有与单一品牌结合使用，通常就不会出现排斥其他供应商的问题。在授权分销商形成密集网络，或出现累积效果的情况下，选择性分销和不竞争义务的结合可能产生排斥其他供应商的风险。在这种情形下，应适用本指南第2.1节关于单一品牌的原则。当选择性分销没有与不竞争义务结合使用，排斥其他供应商的问题可能依

然存在，如果主要供应商不仅适用纯粹的质量型选择标准，还对经销商强加某些额外义务，如：为其产品保留最小货架空间的义务，或确保其产品销售额占该经销商总营业额最小百分比的义务。如果选择性分销覆盖的市场份额小于50%或在超过该覆盖率的情形下前五大供应商的市场份额小于50%，则不大可能产生这个问题。

(184) 市场成熟度是重要的考察因素，因为品牌内竞争的减少以及对供应商或经销商可能的排斥效果在成熟市场上可能是严重的问题，但是在需求不断增长、技术不断变化、以及企业市场地位不断变化的市场中就没有那么重要了。

(185) 由于能够通过实现运输中的规模经济而节约物流成本，选择性分销有可能实现效率，而无论产品的性质如何（本指南第107段（g）款）。但该效率通常只是选择性分销体系能够实现的最小效率。为了有助于解决分销商间的搭便车问题（本指南第107段（a）款）或有助于树立品牌形象（本指南第107段（i）款），产品的性质是非常重要的考察因素。一般而言，新产品、复杂产品、经验产品（指在使用前质量难以判断的产品）和信赖产品（指即便在使用后仍难以有效评估质量的产品）最有可能实现这种效率。位置条款旨在通过避免另一授权经销商在某一授权经销商附近开设新店，而保护该授权经销商。选择性分销和位置条款的结合使用尤其能够满足第101条（3）款的条件，如果这一结合是保护授权经销商重大的关系特定投资所必不可少的。

(186) 为确保采用对竞争限制最小的限制，有必要考察是否能够通过其他限制，如仅通过设置服务要求，以可比成本获得相同的效率。

(187) 数量型选择性分销的示例

在某耐用消费品市场上，市场主导者（A品牌）占有35%的市场份额并通过选择性分销网络向最终消费者销售产品。加入该网络的若干标准包括：商店必须雇佣受训的员工并提供售前服务，店内必须有销售该产品和类似高科技产品的特别区域，商店必须销售该供应商多种型号的产品并以具吸引力的方式陈列这些产品。

此外，规定了每个省或城市地区根据单位居民数量而定的最大零售商总数，从而直接限制了该网络的零售商数量。A生产商在该市场有6个竞争者。最大的竞争者B、C和D分别占有25%、15%和10%的市场份额，其他生产商占有更小的市场份额。A是采用选择性分销的唯一生产商。A品牌的选择分销商同时销售若干竞争品牌。但是，竞争品牌在A品牌选择性分销网络以外的商店中也被广泛销售。销售渠道是多样化的，例如：B和C品牌多数在A选择的商店销售，但也在其他提供高质量服务的商店和大型超市销售。D品牌主要在高质量服务的商店销售。该市场技术发展迅猛，主要供应商均通过广告为其产品维持强大的质量形象。

在该市场上，选择性分销的覆盖率为35%。A的选择性分销体系未直接影响到品牌间竞争。A品牌的品牌内竞争可能被减少了，但是消费者可以到低服务/低价格的零售商处购买B品牌和C品牌产品，而这两个品牌具有与A品牌相匹敌的质量形象。此外，该体系并不排斥其他品牌使用提供高质量服务的零售商，因为选择分销商销售竞争品牌的能力不受限制。对A品牌零售商数量的数量型限制使其他提供高质量服务的零售商可以自由销售竞争品牌。在这种情形下，考虑到服务需求，该分销体系可能提供的效率以及对品牌内竞争的有限影响，该选择性分销网络有可能满足第101条（3）款规定的豁免条件。

(188) 导致累积效果的选择性分销的示例

在一个特殊体育用品市场上有七个生产商，其市场份额分别为25%、20%、15%、15%、10%、8%、和7%。前五大生产商通过数量型选择分销体系销售其产品，最小的两个生产商则采用不同的分销体系，这使得该市场上选择性分销的覆盖率为85%。进入各生产商的选择性分销网络的标准异乎寻常地一致，包括：分销商必须设有一个或更多实体店，这些商店必须雇佣受训的员工并提供售前服务，店内必须有销售该产品的特别区域，且该区域的最小面积已被确定，商店必须销售该品牌多种型号的产品并以具吸引力的方式陈列这些产品，商店必须位于商业街，该类型产品的销售必须占有该商店总营业额的30%。一般来说，五个品牌都指定相同的经销商作为其选择分销商。未采用选择性分销的两个生产商通常通过

不太专业且服务水平较低的零售商进行销售。该市场在供应和需求上都很稳定，存在强大的品牌形象和产品差异。五个市场主导者都通过广告和赞助获得的强有力的品牌形象，而两个较小的生产商则使用没有强大品牌形象的低价策略。

在该市场上，一般的价格折扣店和网店无法加入五个主导品牌产品的分销网。实际上，该种类型的产品至少占经销商业业务30%的要求，以及有关陈列和售前服务的标准已经把多数价格折扣店从授权经销商网络中排除。要求设有一个或多个实体店排除了网店。结果，消费者别无选择，只能从高服务/高价格的商店购买五个主导品牌的产品。这导致五个主导品牌的品牌间竞争减少。消费者可以在低服务/低价格的商店中买到两个小品牌产品的事实并不能弥补上述竞争的减损，因为五个市场主导者的品牌形象要强大得多。品牌间竞争也因为多品牌经销权受到限制。即使存在一定程度的品牌内竞争，并且零售商的数量也没有受到直接限制，进入标准已经足以严格到使得五个主导品牌在每个地域上都只有少量的零售商。

与这些数量型选择分销体系相关的效率并不明显：产品不是很复杂，因此不存在提供特别高质量服务的正当理由。除非生产商能够证明其选择性分销网络所产生的明确效率，否则集体豁免非常可能因为累积效果导致消费者面临更少选择以及更高价格而被撤销。

2.5 特许专营

(189) 特许协议包含知识产权许可使用，尤其涉及与使用和分销商品或服务相关的商标或标识，以及专有技术。除了知识产权许可，特许人在协议期间通常为被特许人提供商业或技术支持。这些许可和支持是被特许的商业方法不可分割的组成部分。通常，被特许人使用特定的商业方法，要向特许人支付特许费。特许使得特许人以有限投资建立其产品分销的统一网络。除了提供商业方法外，特许协议通常包含就所分销产品而结合使用的各种纵向限制，特别是选择性分销、不竞争义务、排他分销、或限制性更小的其他形式。

(190) 有关《集体豁免条例》适用于特许协议中包含的知识产权许可，参见本指南第（24）至（46）段的论述。《集体豁免条例》适用于特许协议中有关商品和服务的购买、销售和转售的纵向限制，如：选择性分销、不竞争义务、或排他分销，只要特许人和被特许人的市场份额均不超过30%的市场份额上限。⁵⁴ 上文有关上述限制类型的指导也适用于特许专营，但同时需要遵守以下两段特别评价：

(a) 专有技术的转让越重要，纵向限制就越有可能产生效率，并且/或可能是保护专有技术所必不可少的，所以能满足第101条（3）款的条件。

(b) 就被特许人所购买商品或服务而设置的不竞争义务，如果对于保持特许网络的统一特征和信誉是必不可少的，则不适用第101条（1）款。在这种情形下，不竞争义务的期限只要不超过特许协议本身的期限，同样不适用第101条（1）款。

(191) 特许专营的示例

某生产商开发了一种在所谓的“娱乐店”（fun shops）销售糖果的新模式，糖果在店内可以按消费者的要求而上色。该糖果生产商还开发了一种糖果上色机并同时生产上色用的液体。对于生产好的糖果，该液体的质量和新鲜度至关重要。该生产商通过自营零售门店销售其糖果并获得巨大成功。这些门店拥有相同商号、采用统一的娱乐形象（门店装饰风格，统一广告等）。为拓展销售，该生产商开始运营特许体系。被特许人承担向该生产商购买糖果、液体和上色机、拥有统一形象并在该商号下经营、支付特许费、承担统一广告费用，以及确保特许人制定的操作手册的保密性等义务。此外，被特许人仅可以在许可场所销售，只能向最终用户或其他被特许人销售，且不得销售其他糖果。特许人承担在合同约定的地域内不得许可其他被特许人、也不开设自营门店的义务。特许人负有升级和进一步开发产品、业务前景和操作手册，并允许所有零售被特许人使用这些改进的义务。

⁵⁴ 另参见本指南第（86）至（95）段，尤其是第（92）段。

特许协议期限为10年。

在全国市场上，糖果零售商从迎合全国口味的全国性生产商、或同时从国外进口糖果的批发商处购买糖果。在这个市场上，特许人的产品与其他品牌的糖果竞争。在向零售商销售的糖果市场上，该特许人占有30%的市场份额。竞争来自许多国内和国际品牌，有些产品由大型综合食品公司制造。市场上有很多潜在的糖果销售点，例如烟草店、普通食品零售店、餐厅、以及专业糖果店。在食品上色机市场，该特许人的市场份额低于10%。

该特许协议所包含的多数义务都可以被认为是保护知识产权或维持特许网络的统一特征和信誉所比喻可少的，因此不违反第101条（1）款。对销售的限制（合同地域和选择性分销）为被特许人提供了投资于上色机和该特许体系的激励机制，如果这些限制不是必要的，至少也有助于维护统一特征，从而抵消品牌内竞争的损失。协议整个期间不得在店内销售其他品牌糖果的不竞争义务确实能使特许人保持门店的统一，使得其他竞争者无法从该商号中获益。考虑到其他糖果生产商可进入很多潜在的销售渠道，所以该特许协议不会产生任何严重的排斥效果。因此，如果该特许协议包含的义务违反了第101条（1）款，也可以满足第101条（3）款规定的豁免条件。

2.6 排他供应（exclusive supply）

(192) 排他供应是指这样一类限制，其主要因素是供应商被要求或被诱导仅仅或主要向一个购买商为普通或特别用途而销售合同商品。这种限制可能表现为要求供应商为转售的目的或特定用途而仅向一个购买商销售产品的排他供应义务，但是，当供应商和购买商之间达成激励措施，使得前者将其销售主要集中于一个购买商，也可能在形式上表现为对供应商的数量强制。对于中间商品或服务，排他供应通常被称为产业供应（industrial supply）。

(193) 如果供应商和购买商的市场份额均不超过30%的市场份额上限，排他供应

可依据《集体豁免条例》适用豁免，即使其与不竞争义务等其他非核心纵向限制结合。本节下文对超过市场份额上限的排他供应的个案评估提供了指导。

(194) 排他供应的主要竞争风险是反竞争地排斥其他购买商。这与排他分销可能导致的效果具有类似性，特别是当排他分销商成为整个市场上的排他购买商时（参见本指南第2.2节，特别是第（156）段）。对于评估购买商强加排他供应义务，因而排斥其他购买商获得供应的能力，购买商在上游购买市场的市场份额显然是非常重要的考察因素。购买商在下游市场的重要性则是决定竞争问题是否会产生的因素。如果购买商在下游市场上不具有市场力量，则不会对消费者导致任何显著的消极效果。如果购买商在下游供应市场和上游购买市场的市场份额均超过30%，则可能产生消极效果。如果购买商在上游市场的市场分额未超过30%，仍可能产生显著的排斥效果，尤其是在该购买商在下游市场的市场份额超过30%，且排他供应与合同商品的特别用途有关的情况下。如果一家公司在下游市场具有支配地位，任何仅向或主要向该具有支配地位的购买商供应产品的义务均可能非常容易地导致严重的反竞争效果。

(195) 除了购买商在上游和下游市场的地位之外，其适用排他供应义务的程度和期限也是重要的考察因素。使用排他供应锁定的供应份额越高，排他供应的期限越长，排斥效果就可能越严重。对不具有市场支配地位的公司订立的期限少于五年的排他供应协议，通常需要在其促进竞争效果和限制竞争效果之间做出权衡。而对于多数类型的投资，期限长于五年的协议不被视为是获得其所主张效率的必要条件，或所主张的效率不足以弥补长期排他供应协议所造成的排斥效果。

(196) 竞争购买商在上游市场的市场地位非常重要，因为如果他们比造成排斥效果的购买商明显更为弱小，他们有可能由于成本增加而被反竞争地排斥。如果这些竞争者拥有相当的购买力，并能为供应商提供类似的销售机会，对竞争购买商的排斥效果就不大可能发生。在这种情形下，排他购买仅可能产生对潜在进入者的排斥效果，当该市场上的主要购买商与多数供应商均订立排他供应协议时，潜在进入者就可能无法获得供应。这种累积效果可能导致《集体豁免条例》的适用

被撤销。

(197) 对于认定是否存在真正的排斥效果，供应商环节的进入障碍是重要的考察因素。如果竞争购买商可以通过上游纵向一体化有效实现自我供应商品或服务，则排斥不大可能成为真正的问题。但是，通常总是存在显著的进入障碍。

(198) 供应商的抵消力量是相关的考察因素，因为重要的供应商不会轻易允许他人切断其可选择的购买商。因此，排斥效果的风险主要出现在弱势供应商和强势购买商的情形下。对于强势供应商，排他供应可能与不竞争义务相结合。排他供应与不竞争义务的结合适用上文有关单一品牌的规则。如果双方均涉及关系特定投资（套牢问题），结合使用排他供应和不竞争义务，即，产业供应协议中的互惠排他交易条款（reciprocal exclusivity），在双方均不具有市场支配地位的情况下通常是合理的。

(199) 最后，贸易环节和产品性质对于排斥效果是相关的考察因素。对于中间产品或者同质产品，不大可能产生反竞争的排斥效果。第一，品牌对最终消费者通常很重要，相对于面对最终消费者需求的批发商或零售商而言，使用特定原料的被排斥的生产商通常能够更为灵活地应对其客户的需求。第二，相对于等级和质量不同的异质产品，在同质产品的情况下，损失一个可能的供应源对被排斥的购买商的影响较小。在存在进入障碍的情形下，对于最终品牌产品或有差异的中间产品，如果竞争购买商相对于采取排斥行为的购买商更为弱小，即使后者在下游市场不具有支配地位，排他供应也可能产生显著的反竞争效果。

(200) 在存在套牢问题的情形下排他供应可能产生效率（本指南第（107）段（d）款和（e）款），并且中间产品比最终产品产生此种效率的可能性更大。其他效率产生的可能性较小。分销中可能的规模经济（本指南第107段（g）款）不大可能证明排他供应的合理性。

(201) 在主张存在套牢问题以及分销中的规模经济的情况下，对供应商的数量强制，例如最小供应要求，很可能是限制性更小的选择。

(202) 排他供应的示例

在某零部件市场上（中间产品市场），供应商A与购买商B达成协议开发新型该种零部件，A将提供专有技术并为购买新设备而进行大量投资，B将提供规格说明。为使用该零部件进行生产，B还将需要进行大量投资。双方约定A在该新产品首次进入市场之日起五年内仅向B供应该新产品。B则承担在相同的五年内仅向A购买该新产品的义务。A和B分别可以继续在其他地方销售和购买其他类型的该种零部件。购买商B在上游零部件市场和下游最终产品市场的市场份额均为40%。供应商A的市场份额为35%。其他两个零件供应商的市场份额在20%至25%之间，市场上还有一些小供应商。

由于协议方需要进行大量投资，同时考虑该协议产生的效率和有限的排斥效果，该协议可能能够满足第101条（3）款规定的条件。其他购买商不能获得占有35%市场份额的供应商的特定新产品，但市场上还存在其他能够开发相似新产品的供应商。购买商B的该部分需求对其他供应商的排斥最多为市场的40%。

2.7 进场费（upfront access payment）

(203) 进场费是在纵向关系的框架下，供应商为进入分销商的分销网并使用零售商提供的有偿服务，在合同期开始时付给分销商的固定费用。进场费这一类别包含各种不同的行为，如：上架费、⁵⁵ 停留费（pay-to-stay fees）、⁵⁶ 促销费等。如果供应商和购买商的市场份额均不超过30%的市场份额上限，进场费可依据《集体豁免条例》适用豁免。本节下文对超过市场份额上限的进场费的个案评估提供了指导。

(204) 进场费有时可能导致反竞争地排斥其他分销商，如果其诱导供应商将其产

⁵⁵ 制造商为获得货架空间而支付给零售商的固定费用。

⁵⁶ 为保证在售产品继续在货架上展示更长的时间而一次性支付的费用。

品渠道仅限于一个或少数几个分销商。付给一个分销商的高额费用有可能使供应商为了收回该费用成本，而企图更多地通过该分销商销售产品。在这种情形下，进场费可以产生与排他供应义务类似的下游市场排斥效果。该消极效果的评估可以参照排他供应义务的评估（特别是本指南第（194）至（199）段）。

(205) 在极特殊的情形下，如果广泛使用的进场费提高了小进入者的进入障碍，进场费还可能导致反竞争地排斥其他供应商。该消极效果的评估可以参照单一品牌义务的评估（特别是本指南第（132）至（141）段）。

(206) 除了导致潜在的排斥效果，进场费可能削弱分销商之间的竞争并且促进其共谋。进场费有可能导致供应商提高合同商品的价格，因为供应商必须收回进场费成本。高供应价有可能减少零售商在下游市场上价格竞争的动机，而零售商的利润由于收取进场费而增加。通过累积使用进场费而削弱分销商之间的竞争通常以高度集中的分销市场为条件。

(207) 然而，进场费的收取在很多情形下能够促进为新产品而有效分配货架空间。与供应商相比，分销商掌握的有关新产品投放成功概率的信息相对更少，可能导致该新产品次优的存货量。通过明示允许供应商为货架空间而开展竞争，进场费可以减少这种供应商和分销商之间的信息不对称。分销商可以收到何种产品最有可能成功的信号，因为如果供应商估计其产品投放失败率很低，该供应商通常将愿意支付进场费。

(208) 而且，由于本指南第（207）段所述及的信息不对称问题，供应商为了引入次优产品，可能有动机搭分销商促销的便车。如果产品投放失败，分销商将需要承担部分成本。通过把产品失败的风险转移回供应商，进场费的收取可以避免这种搭便车行为，因此促进了产品投放的最优比率。

2.8 品类管理协议（category management agreements）

(209) 品类管理协议，是指在分销协议中，分销商委托某一供应商为某类产品营销的“品类领队”（category captain），该产品不仅包含该供应商的产品，也包括其竞争者的产品。因此，对产品的店内陈列、促销、以及店内产品的选择，品类领队具有影响力。如果供应商和购买商的市场份额均不超过30%的市场份额上限，品类管理可依据《集体豁免条例》适用豁免。本节下文对超过市场份额上限的品类管理的个案评估提供了指导。

(210) 品类管理在多数情形下不会导致竞争问题。然而，由于品类领队对分销商营销决定的影响力，当品类领队能够限制或阻碍竞争产品的分销时，品类管理就有可能扭曲供应商之间的竞争，并最终导致反竞争地排斥其他供应商。尽管在多数情形下，分销商没有理由限制自己对产品的选择，但如果分销商同时销售竞争的自有品牌（private labels），该分销商同样可能有动机排斥某些供应商，特别是中端系列产品的供应商。对这种上游市场排斥效果的评估可以参照单一品牌义务的评估（特别是本指南第（132）至（141）段），考虑协议的市场覆盖率，竞争供应商的市场地位，以及这些协议可能被累积使用等问题。

(211) 此外，如果同一供应商成为市场上所有或大多数竞争分销商的品类领队，因此为这些分销商提供了共同的营销决定参照点，品类管理就可能促进分销商之间的共谋。

(212) 品类管理还可能促进供应商之间的共谋，因为品类管理增加了供应商通过零售商交换敏感市场信息（如：与未来定价、促销计划或广告活动）的机会。⁵⁷

(213) 然而，品类管理也可以实现效率。品类管理协议使分销商可以利用供应商对某类产品的营销专长，由此获得规模经济而确保在货架上陈列出最佳数量的产品。由于品类管理的基础是消费者习惯，品类管理协议通过帮助更好地满足消费者的期待，可以带来更高的消费者满意度。一般而言，品牌间竞争越激烈，消费者转移成本越低，通过品类管理实现的效率就越高。

⁵⁷ 《集体豁免条例》不适用于竞争者之间的直接信息交换，参见《集体豁免条例》第2条（4）款以及本指南第（27）-（28）段。

2.9 搭售

(214) 搭售是指当客户购买某种产品时，同时须要向同一供应商或其指定的人购买另一不同产品的情形。第一个产品称为结卖品（the tying product），第二个产品称为搭卖品（the tied product）。搭售行为可能构成第102条意义上的滥用。⁵⁸ 如果搭售导致了关于搭卖品的单一品牌义务（参见本指南第（129）段至（150）段），则可能构成第101条项下的纵向限制。本指南仅涉及第二种情形。

(215) 是否应被视为不同的产品取决于客户的需求。在不存在搭售的情形下，如果绝大多数客户将仅从同一供应商购买或曾经购买结卖品，而不同时从该供应商购买搭卖品，即，结卖品和搭卖品的生产是相互独立的，则这两种产品将被视为不同的产品。⁵⁹ 证明两种产品是不同产品的证据包括直接证据和间接证据。直接证据是指，当有所选择时，客户将分别从不同的供应源购买结卖品和搭卖品。间接证据是指，比如，市场上存在仅专门生产搭卖品而不同时生产结卖品的厂家，⁶⁰ 或在竞争性市场上，没有市场力量的经营者倾向于单独销售所涉产品，而不采取搭售或捆绑销售。例如，客户在购买鞋时同时需要鞋带，因此分销商在卖鞋时再给鞋子系上客户所选择的鞋带是不现实的，供应系带鞋是制鞋商的商业惯例。因此，销售系带鞋不构成搭售行为。

(216) 搭售可能在搭卖品市场、结卖品市场、或同时在搭卖品和结卖品市场上造成反竞争的排斥效果。排斥效果取决于搭售在结卖品市场上的销售占比。关于认定第101条（1）款意义上的显著排斥效果，可以适用上文有关单一品牌的分析。

⁵⁸ 参见欧洲法院判决 Case C-333/94 P *Tetrapak v Commission* [1996] ECR I-5951 第 37 段。另参见 Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, p. 7。

⁵⁹ 参见欧洲初审法院判决 T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR II-3601, 第 917, 921 和 922 段。

⁶⁰ 参见欧洲初审法院判决 Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, 第 67 段。

对于购买商，搭售意味着有关搭卖品至少存在一种数量强制。如果就搭卖品还附加了不竞争义务，就会在搭卖品市场上增加排斥效果的可能性。对于仅购买搭卖品而不购买结卖品的客户，搭售可能削弱搭卖品市场上的竞争。如果仅购买搭卖品的客户数量不足以支持搭卖品市场上的竞争者，搭售就可能导致这些客户面临更高的价格。对于购买结卖品的客户而言，如果搭卖品是重要的互补品，可替代搭卖品供应商数目的减少导致可替代搭卖品供应的减少，这进而导致仅进入结卖品市场而不同时进入搭卖品市场更为困难。

(217) 搭售还可能直接导致超竞争的价格，尤其在以下三种情形下。第一，如果结卖品和搭卖品是某一生产过程的投入品，二者能以不同比例被使用，对于结卖品价格上涨，客户可能的反应是增加搭卖品的需求而减少结卖品的需求。通过将两种产品搭售，供应商就可以避免这种情形而提高价格。第二，搭售使得有可能根据客户对搭售产品的使用状况而实行价格歧视，例如根据复印机使用情况的估计，在销售复印机时搭售墨盒。第三，对于长期合同或重置期较长的原设备售后市场，客户将很难计算搭售的后果。

(218) 如果供应商在搭卖品市场和结卖品市场的份额均小于30%，并且购买商在相关上游市场的份额小于30%，搭售可依据《集体豁免条例》适用豁免。搭售可以与其他非核心纵向限制结合使用，如有关结卖品的非竞争业务和数量强制，或排他购买。本节下文对超过市场份额上限的搭售的个案评估提供了指导。

(219) 对于评估搭售可能的反竞争效果，供应商在结卖品市场的地位是最重要的考察因素。一般来说，这一类型的协议是供应商强加的。供应商在结卖品市场的重要性是购买商难以拒绝搭售义务的主要原因。

(220) 为评估供应商的市场势力，其竞争者在搭售产品市场的市场地位非常重要。只要其竞争者的数量足够多并足够有力，搭售就不会产生任何反竞争影响，因为购买商拥有购买搭售产品而不购买被搭售产品的充分选择权，除非其他供应商也实施相似的搭售行为。此外，要确定供应商的市场地位，搭售产品市场的进入障碍也很重要。如果搭售与有关搭售产品的不竞争义务结合，则会大大加强供

应商的地位。

(221) 买方力量是相关的考察因素，因为重要的购买商在不能获得至少部分可能的效率时，不会轻易被迫接受搭售。因此，不以效率为基础的搭售主要出现在购买商不具有实质的买方力量的情形下。

(222) 如果认定存在显著的反竞争效果，就需要评估第101条（3）款的条件是否能够满足。搭售义务可能有助于产生联合生产和联合分销所导致的效率。如果供应商并不生产搭卖品，购买大量搭卖品可能产生效率。但是，对于符合第101条（3）款条件的搭售，必须证明至少部分被节省的成本转移给了消费者。因此，一般来说，如果零售商能够以与进行搭售的供应商提供的条件相同或更好的条件稳定地获得相同或等同产品，则搭售通常不能满足第101条（3）款条件。如果搭售有助于确保某种统一性或质量标准（参见本指南第（107）段（i）款），则可能产生效率。但是，这需要证明如果要求购买商使用或转售符合最低质量标准的产品，而不要求购买商从供应商或其指定的人购买该产品，就无法同样有效地实现该积极效果。有关最低质量标准的要求通常不违反第101条（1）款。如果结卖品供应商规定购买商必须从某个供应商购买搭卖品，例如因为无法设置最低质量标准，这也可能不违反第101条（1）款，尤其是当结卖品供应商并未通过指定搭卖品供应商而获得任何直接（财务）利益时。

2.10 转售价格限制（resale price restrictions）

(223) 如本指南第III.3节所论述的，转售价格维持，即以向购买商设立固定或最低转售价，或以固定或最低价格水平为直接或间接目的的协议或协同行为，被认定为核心限制的一种。如果一项协议含有转售价格维持（resale price maintenance），该协议将被推定为限制竞争并因此违反了第101条（1）款。同时，该协议将被推定难以满足第101条（3）款的条件，因此不得适用集体豁免。然而，经营者将有可能依据第101条（3）款在个案中主张效率抗辩。协议方须要证明协

议中包含的转售价格维持所产生的效率，并且证明协议满足了第101条（3）款的全部条件。在认定协议是否满足第101条（3）款的条件之前，委员会将需要有效评估该协议对竞争和消费者产生的消极效果。

(224) 转售价格维持对竞争的限制表现在若干方面。第一，转售价格维持能够提高市场价格透明度，使供应商背离共谋均衡（collusive equilibrium）的削价行为更易被察觉，因此能够促进供应商之间的共谋。转售价格维持还能够削弱供应商对分销商降价的动机，因为固定转售价使其无法从降价导致的销量上涨中获益。这种消极效果在容易出现共谋后果的市场上更为明显，例如，对于紧密的寡头市场的制造商以及大部分被转售价格维持协议所覆盖的市场。第二，通过消灭品牌内价格竞争，转售价格维持能够促进分销环节上购买商之间的共谋。强有力或组织良好的分销商可能有能力强迫或说服一个或多个供应商在竞争水平之上固定转售价，并因此帮助分销商达成或稳定共谋均衡。当转售价格维持由购买商所引起时，削弱价格竞争的问题更为严重，因为购买商之间横向的共同利益将导致消费者利益受损。第三，转售价格维持通常可以削弱制造商之间和/或零售商之间的竞争，特别是当制造商均使用同样的分销商分销其产品，并且这些制造商全部或部分均采用了转售价格维持时。第四，转售价格维持的直接效果是阻止全部或部分分销商对特定品牌的产品实施降价。换句话说，转售价格维持的直接效果就是价格上涨。第五，转售价格维持能够降低制造商的利润率压力，特别是当制造商与降低后序分销商的供应价有利害关系时。在这种情形下，制造商可能倾向于达成转售价格维持，以帮助其承诺不对后来的分销商降价，进而降低自己的利润率压力。第六，具有市场力量的制造商可以通过实施转售价格维持排斥小竞争者。由于转售价格维持导致分销商的利润率增加，在面对客户时，分销商可能被诱导无视客户利益而努力销售实施转售价格维持的品牌，而忽略或干脆不销售那些未实施转售价格维持的竞争品牌。最后，转售价格维持可能减少分销环节的动态和创新。通过阻碍不同分销商之间的价格竞争，转售价格维持有可能阻止更有效率的零售商进入市场或阻止其通过低价获得足够的规模。转售价格维持还可能阻止基于低价的分销模式（如：打折店）进入市场或进一步扩张。

(225) 然而，尽管转售价格维持能够限制竞争，但转售价格维持也能够产生效率，特别是当供应商设置转售价格维持时。这将需要依据第101条（3）款进行评估。最为明显的情形是，当生产商引入新产品，转售价格维持有助于在产品推广期扩大对产品的需求，因而诱导分销商更多考虑制造商的利益而努力推销产品。转售价格维持促使分销商努力增加销售，如果分销商面临竞争压力，将使其努力扩大对产品的需求而促成产品的成功投放，这将有利于消费者。⁶¹ 同样，对于特许经营或类似的适用统一分销模式的分销体系，当组织协同的短期低价活动（多数情况下2至6周）时，固定价格，而不仅仅是最高转售价，可能是必需的，而短期低价活动将会有利于消费者。在有些情形下，转售价格维持提供的额外利润率使得零售商可以提供（额外的）售前服务，特别是对经验产品或复杂的产品。如果足够多的客户基于这些服务作出购买决定但却在不提供这些服务的低价零售商（因此不产生这些服务成本）购进产品，高服务零售商将减少或停止这些促进了供应商产品需求的服务。转售价格维持可以帮助避免分销环节的这种搭便车行为。作为证明协议满足第101条（3）款所规定的条件的一部分要求，协议方将需要有力地证明转售价格维持协议既能够提供手段，也能够提供动机以克服零售商之间可能的搭便车行为，并且售前服务总体上有利于消费者。

(226) 向转售商建议转售价或要求转售商遵守最高转售价的行为，只要其不因来自任何当事方的压力或激励而成为固定或最低销售价格，在协议各方的市场份额均不超过30%的市场份额上限的情形下适用《集体豁免条例》。对于市场份额超过上限的最高或建议转售价的个案评估，以及撤销集体豁免的情形，下文提供了指导。

(227) 最高和建议价可能的竞争风险是可能成为转售商的关注焦点而被多数或全部转售商跟随；而且，最高和建议价有可能削弱供应商之间的竞争或促进供应商之间的共谋。

⁶¹ 本陈述假定供应商以合同形式对所有购买商设置有效的推广要求是不现实的，另参见本指南第（107）段（a）项。

(228) 评估最大或建议转售价的反竞争效果，供应商的市场地位是最重要的考察因素。供应商的市场地位越强，导致转售商统一适用最大或建议转售价的风险就越大，因为转售商可能会将其作为关注焦点。转售商可能会将该供应商的最高或建议转售价看作该供应商倾向的转售价，进而发现难以偏离如此重要的供应商的最高或建议转售价。

(229) 如果认定最高或建议转售价存在显著的反竞争效果，就需要评估是否能够依据第101条（3）款获得豁免。对于最高转售价，本指南第（107）段（f）款所描述的效率（避免双重加价）具有特别的相关性。最高转售价还有助于相关品牌更为努力地与其他品牌（包括同一分销商的自有品牌）竞争。