

# 德国《反对限制竞争法》的第六次修订

王晓晔

德国1957年颁布的《反对限制竞争法》(简称GWB),是德国社会主义市场经济体制和德国竞争政策的集中体现,在德国被称为经济宪法,是德国经济法的核心。《反对限制竞争法》迄今已进行过六次修订。最新一次修订是从1995年开始,1997年11月提出政府草案,并于1998年5月在联邦议院和联邦参议院获得通过。第六次修订的《反对限制竞争法》于1999年1月1日生效。与前几次的修订相比,第六次修订不是对旧法的修修补补,而是从体例上重新作了安排。因此,可以说,这次修订是《反对限制竞争法》迄今为止最重要的修订。修订内容和特点可以概括为以下三个方面:

## 一、接受欧共体法

凡是欧共体竞争法较德国《反对限制竞争法》在程度上更为严厉的方面,均被德国法所接受。这主要表现在以下几点:

1、对横向卡特尔、价格推荐和滥用市场支配地位的行为明确规定适用“禁止”的原则。例如,第1条关于卡特尔的规定取消了过去民法上“无效”的规定,代之以《欧共体条约》第85条第1款的方式,明确地予以“禁止”,从而在措词上表现得更为严厉。这些卡特尔在民法上无效的后果,不再依据《反对限制竞争法》第1条,而是依据德国《民法典》第134条。此外,卡特尔的事实构成

取消了过去“共同目的”这个要素,表述为“相互竞争的企业间的协议”。按照德国学者的解释,这种竞争不仅包括事实上的竞争,而且包括潜在竞争。

2、关于限制竞争的协议,除保留旧法第2-8条规定的某些豁免外,新法第7条以“其他卡特尔”为题引入了一个类似《欧共体条约》第85条第3款的豁免规则:如果这些协议或者决议在消费者能够从其收益获得适当好处的条件下,改善产品或服务的发展、生产、分配、采购、回收或者废物处理,并且如果参与协议或者决议的企业不可能通过其他方式实现上述目的,并且为实现上述目的适当地限制竞争是必要的,并且这种限制竞争不能导致产生或者加强市场支配地位,它们就可以从第1条禁止性的规定中得到豁免。与《欧共体条约》第85条第3款相比,《反对限制竞争法》中可以享受豁免的限制竞争协议比较广泛,如“发展”一词说明,企业间为了研究和开发而进行的合同原则上可以得到豁免。此外,关于“回收或者废物处理”的规定说明,与《循环经济法》和《废物法》相关的协议可以得到豁免。但是,这次改革总体上对卡特尔的豁免作了严格的限制,如折扣卡特尔、出口卡特尔和进口卡特尔不再享受豁免待遇。

3、取消或者限制了一些原先规定的适用除外领域。例如,取消了过去第103条和第103a条关于对电力和天然气的特殊规定,废除了关于

能源供给企业滥用监督的特殊规则,特别是废除了第103条第5款第2句第2-4项。因为电力和天然气不再作为适用除外的经济领域,新法第19条关于对占市场支配地位企业的滥用监督就完全适用于能源经济部门。此外,根据第1条禁止卡特尔的规定,过去在这个部门允许订立的特许协议和市场分割协议现在不再享受豁免待遇。与欧共体法相协调,第六次修订还取消了对交通业的特殊规定。此外,增加了一个新的领域——体育,这是因为立法者特别考虑到德国足球协会的意见。

4、与欧共体法相协调,修订后的企业合并控制程序实行单一的事先申报制度。根据第39条,任何一个满足了第35条规定的合并打算,即参与合并的企业全球销售额达到了10亿马克,在德国的销售额达到5000万马克,合并就必须事先向联邦卡特尔局进行申报。这个事先申报的门槛显然大大低于旧法,因为根据修订前法律,仅当参与合并的一个企业在上一营业年度的全球销售额达到20亿马克或者参与合并的企业中至少有两个企业的全全球销售额分别达到10亿马克,合并打算才需向联邦卡特尔局进行申报。然而,根据第35条,修订后的申报门槛又明显高于修订前第23条规定的5亿马克的标准。此外,根据第35条第2款第1项,一个全球销售额不足2000万德国马克的企业与另一企业的合并不受限制。因此,修订后的法律总体上对企业合并的控制变弱了,这显然是出于欧洲经济一体化和经济全球化的需要。

5、与欧共体法相协调,新法第37条第1款除保留过去的关于企业合并的规定外,还增加了“取得支配权”(Kontrollerwerb)的规定。与欧共体法不同的是,该条款第3项保留了取得25%和50%股份的规定,并且在第4项保留了关于“其他任何可以直接或者间接对另一个企业产生支配性影响的企业联合的方式”。“取得支配权”的规定是一个实用性很强的条款,可以在很大程度上弥补其他条款的不足之处。例如,一个企业取得另一企业20%的股份,一般不被视为企业合并。如果它再次取得对方20%的股份,根据

25%或者50%股份的规定虽然仍可不被视为企业合并,但根据“取得支配权”的规定,如果通过两次股份购买这个企业可以直接或者间接取得对被购买企业的支配权,第二次股份购买就应当视为企业合并,从而得向联邦卡特尔局进行合并申报。

在这个法律的修订过程中,经济学界提出德国不应就取得股份的大小作出具体规定,而应当象欧共体法那样,只是规定“取得支配权”。但是法学界认为,如果德国法接受欧共体法的模式,取得25%股份的情况一般就不会被视为企业合并,从而也不受联邦卡特尔局的干预。这样,德国《反对限制竞争法》对竞争的保护程度就降低了。因此,立法者没有接受经济学界的建议。

6、对企业合并打算进行审查后,联邦卡特尔局不仅得在禁止合并的情况下陈述理由,而且也得在批准合并的情况下陈述理由,其目的是减少第三方通过法律手段阻碍合并的可能性,保证那些得到联邦卡特尔局批准的合并能够顺利实施。与修订前的规定一样,根据新法第54条第2款,只有那些与联邦卡特尔局的裁决有重大利害关系的当事人,并且他们经过申请并且经联邦卡特尔局的同意参与了对案件的审理,才有权对联邦卡特尔局的裁决提起抗告。因此,第三方的抗告权没有超出修订前的规定。

## 二、保留德国法

即凡经实践证明德国《反对限制竞争法》在水平上超过了欧共体竞争法的方面,第六次修订均作了保留。它们主要是:

1、保留横向限制竞争和纵向限制竞争的区别。修订后的反对限制竞争法在以“限制竞争”为题的第一编下,第一部分是横向协议,第二部分是纵向协议。对横向协议和纵向协议进行区别的好处是显而易见的,因为根据德国法,纵向协议例如销售约束或者排他性的约束常常是合法的,并且被视为具有推动经济发展的作用。根据修订后的第16条,一个排他性约束仅在下列条件下才被视为违法:(1)限制交易对手使用所交付的商品、其他商品或者服务的自由;或者(2)

限制交易对手向第三方采购或者供应商品;或者(3)限制交易对手向第三方转售商品;或者(4)要求交易对手购买既与合同标的无重大关系而且也不符合商业惯例的商品或者服务。鉴于纵向限制竞争与横向限制竞争的不同之处,欧共体委员会自己也承认,应当区分这两种限制竞争,并对它们实行区别对待。欧共体委员会还于1997年发布了一个《欧共体关于纵向限制竞争的竞争政策绿皮书》。如果欧共体委员会的这个建议得到采纳,欧共体法与德国法的距离会明显缩小。

2、修订后的第2条及其以下条款保留了不适用第1条关于禁止卡特尔的例外规定,虽然这次修订在总体上对不适用禁止性规定的情况进行了严格限制,如折扣卡特尔、出口卡特尔和进口卡特尔不能从禁止规定中得到豁免。一个全新规定是第4条第2款关于中小企业为共同采购商品或者服务订立的合作卡特尔。只要这种卡特尔不含有强制购买的规定,就可从第1条得到豁免。而且,与其他可得到豁免的卡特尔相比,这种卡特尔只需要登记,不需要经过批准。这种对中小企业合作的卡特尔简化豁免程序的做法有利于促进中小企业的合作,有利于提高它们的竞争力。这说明,德国卡特尔法不仅是反垄断的有力武器,而且也将推动中小企业的合作作为自己的重要任务。第3条的专门化卡特尔、第5条第1款的合理化卡特尔以及第7条的其他类型卡特尔得到豁免的前提条件是,由卡特尔引起的限制竞争不会导致产生或者加强市场支配地位。这个规定同企业合并控制的实体法相同,从而使这个法的各种禁止性规定都有着相同的理论根据,在逻辑上保持一致。

3、保留原第22条第1款中“市场支配地位”这一法律概念的双重涵义。根据修订后的第19条第2款,占市场支配地位的企业是指这个企业在市场上没有竞争者或者不存在实质性的竞争;或者与竞争者相比,这个企业占有显著的市场地位,这里特别要考虑企业的市场份额、财力、进入采购或者销售市场的渠道、与其他企业的联系、其他企业进入市场在法律上或者事实上所受的限制、事实上或者潜在的国内外竞争、将其供应

或者需求转向其他商品或者服务的能力以及市场交易对手转向其他企业的可能性。关于“显著的市场地位”这个概念,在德国经济学界和法学界存在着争论。有人认为,为了与欧共体法相协调,德国法应当抛弃这个概念。但是也有人认为,德国法的企业合并控制基本是根据市场结构标准,取消“显著的市场地位”这个概念会导致法律不稳定。此外在实践中,“显著的市场地位”与“市场支配地位”的后果基本是相同的,因此,保留这个概念是站得住脚的。

4、保留且强化了对市场支配地位企业的法定推断。根据第19条第3款,如果一个企业的市场份额至少占到1/3,就可以推断这个企业是一个占市场支配地位的企业。如果3个或者3个以下的企业共同占到1/2的市场份额,5个或者5个以下的企业共同占到2/3的市场份额,就可以推断这些企业共同占有市场支配地位,除非这些企业能够证明,它们之间存在着实质性竞争,或者它们作为一个共同体相对其他竞争者不具有显著的市场地位。根据这个规定,如果有寡头垄断之虞的企业不承认共同占有市场支配地位,它们就得提供相应的证据。关于证据的规定不仅适用于合并控制,而且也适用于滥用监督。

### 三、补充新规定

除了上述可以在德国法和欧共体法之间进行比较的方面,这次修订又作了许多重要的补充规定。例如:

1、在第19条第4款关于占市场支配地位企业的滥用行为规定中,除不合理的限制竞争、以不合理的报酬和其他交易条件订立合同以及不合理的歧视等三种滥用行为,该款第4项增加了“拒绝进入网络或者其他基础设施”。据此,“如果一个占市场支配地位的企业作为一种商品或者服务的供方或者需方,拒绝为之支付适当报酬的企业进入其网络或者其他基础设施,而对方出于法律或者事实的原因,不进入这些网络或者基础设施就不可能在其上游或者下游的市场上与这个占市场支配地位的企业开展竞争,除非这个占市场支配地位的企业能够证明,因经营条件的

限制或者出于其他原因,进入网络或者使用基础设施是不可能的或者是不合理的要求。”这个条款的目的是要在两个方面实现协调:一方面是在与网络或者基础设施相关的经济领域引入竞争机制,另一方面是要保护对网络或者基础设施的所有权。然而,该法没有指出什么是基础设施,什么条件下可以使用网络或者基础设施,依据什么理由可以拒绝进入网络或者基础设施,以及为进入网络和基础设施应当支付那些报酬等。这些问题只能通过卡特尔局以及法院的司法实践得到解决。

反对限制竞争法关于网络的规定无疑将会加强与网络或者基础设施相关的经济部门的竞争,特别如电信和能源部门的竞争。随着这个条款的实施,企业通过对网络或者基础设施的投资以取得对某个经济部门垄断地位的可能性便不存在,有人认为这可能会影响企业对网络或者基础设施投资的积极性。

进入网络或者基础设施开展竞争的问题主要存在于电信、能源和铁路等经济部门。这些部门在德国虽然有着专门法,而且专门法作为特别法较《反对限制竞争法》一般有着优先适用的地位,但是,《反对限制竞争法》第19条第4款第4项对制止这些部门的滥用行为仍会起到极为重要的作用。根据现行法的第130条第3款,《能源经济法》的规定不得妨碍该法第19条和第20条的适用。因此,随着《反对限制竞争法》第六次修订的生效,这些经济部门的某些特殊规定实际上不可能得到适用。

2. 禁止占市场支配地位的企业以低于成本价销售商品。这是一个对歧视行为的补充规定,见于现行法的第20条第4款。它规定,“相对中小企业占市场优势地位的企业,不得直接或者间接地以不合理的方式妨碍它们的竞争。本条第1款意义上的‘不合理妨碍’特别表现为这种企

业不是偶然地以低于进货价(Einstandspreis)销售商品或者服务,除非这种销售有着重大的合理性。”这个规定是对联邦法院1995年一个判决的重大修订。联邦法院的判决指出,对低于进货价销售商品的行为,仅当这种销售行为是“有步骤地用于竞争之中”,且根据行为的经常性和强度,能够对“有效竞争构成严重威胁”。然而,根据第六次修订后的《反对限制竞争法》,占市场优势地位的企业只要不是“偶然地”以低于进货价提供商品或者服务,就构成违法,除非该企业能够证明,这种销售方式有着重大的合理性。很明显,这是一个保护中小企业的法律措施,目的是禁止大企业实施“掠夺性定价”的策略,通过倾销将中小企业排挤出市场。这个条款虽然只是禁止以低于“进货价”销售商品,但是人们普遍认为,该条款也适用于工业企业以低于成本价销售产品。条款中“偶然性”的规定说明,占市场支配地位企业的非法倾销行为是指,这个企业已经在较长的时期实施了倾销策略,这种倾销从而不是一次性或者偶然的行。

总之,随着德国经济的欧洲化和全球化,德国《反对限制竞争法》的第六次修订是以对传统自然垄断行业包括电信、邮政以及其他经济领域取消管制和引入竞争机制为主要内容的,这种改革对强化和完善德国的竞争规则将会起到积极的作用。修订后的法律还在许多方面增加了对中小企业的特殊规定,为它们的合作提供了便利条件。《反对限制竞争法》的第六次修订虽然是以欧共体法为导向,但它不是被动地接受欧共体法。出于强化德国竞争政策的需要,修订后的《反对限制竞争法》仍在相当程度上保留了德国法的特点。这说明,欧共体国家的法律协调不是行驶在一条单行道上。特别象德国这样以其法律周密和严谨而著称于世的国家,更是注意保留自己立法的优点和特点。

1 Michael Baron, Meinungen zur 6. GWB - Novelle, WuW 7u. 8/ 1998.

2 Friedrich Kretschmer, Meinungen zur 6 GWB - Novelle, WuW 7 u. 8/ 1998.

3 Rainer Bechtold: Das neue Kartellgesetz, Neue Juristische Wochenschrift, 38/ 1998.

(作者单位:中国社会科学院法学研究所 责任编辑 陈 翌)