

## 新冠疫情下的竞争者协同 - 如何降低反垄断风险

在新冠肺炎肆虐全球的大背景下，竞争者之间多样的协作方式可能有助于增强必需品、必需服务的供应能力。对于竞争者之间为了加强客户服务而进行的**合理必要**协作，反垄断法并不禁止，但企业需要采取一定措施以降低反垄断和其他法律风险。

### 新冠疫情下的协作

新冠疫情爆发，各企业可能会考虑与其他企业开展协同是否能更为有效地应对疫情。但是，如果开展协同的企业是竞争对手，或者协作过程中会导致披露或接收竞争对手的竞争性敏感信息，则任何协作均须遵守相关反垄断法律法规。

下文列举了几类具有积极效果的协作形式：

- 就需求可能因为疫情激增的产品或服务，协调供应以最大程度提高行业范围内满足市场需求的能力。例如，百货供应商可能就送货上门服务开展协作，以实现供货能力的最大化。在偏远地区，或商店被迫关闭的情况下，这种协作尤为常见。
- 制定通用标准（例如清洁或卫生标准），并为此交换必要信息。
- 为响应政府征用需求展开协同，以确保最大程度满足政府需求。
- 为解决供应链问题展开协同，例如共享可用货源和供应短缺的信息、实施集体采购安排或交换采购量，以最大程度降低关键物资短缺的风险。

但是，即使开展协同的益处显而易见，企业也需要警惕竞争执法机构可能将协同行为视为违反反垄断规定的风险，例如在下列情况下：协同行为超出了合理必需的范围；原本能够通过单方行为或限制较小的方式实现与协同行为相同的效益；或者协同行为会产生反竞争效果，而其实现的效益不足以证明前述反竞争效果具有正当性。该等违法行为会给企业造成各种不利后果，包括罚款和反垄断索赔。

为防范这些风险，企业应在讨论潜在协作协议之前，及在考虑以下方案时，征求律师的法律意见。

### 展开游说以寻求法律强制或法律变更

为应对新冠开展协同合作，最稳妥的方法是要要求相关司法辖区的政府强制企业开展协作，或者暂时不对相关协作适用反垄断法规。据报道，在

#### 重点

- 与竞争对手协作有助于最大化疫情应对措施的功效
- 企业应考虑采取多种措施，确保协作/协同行为的反垄断合规性
- 竞争执法机构也希望反垄断法不会成为阻碍有效疫情应对措施的绊脚石，因此会乐于接受正式或非正式的合规确认申请
- 企业应政府机构要求提供信息时，应采取措施降低竞争性敏感信息被传递给竞争对手的风险

C L I F F O R D

C H A N C E

## 高伟绅律师事务所

英国，目前已有百货零售商游说政府对其豁免适用反垄断法，以便开展送货上门服务的合作。

在绝大多数司法辖区，法律强制都可以作为反垄断违法行为的抗辩事由。此外，反垄断法通常允许作为竞争对手的企业共同游说政府机构进行立法或监管变更，即使该等变更可能限制企业之间的竞争（在美国，被称为“努艾尔-本宁顿规则（*Noerr-Pennington doctrine*）”）。但企业应谨慎行事，确保其与竞争对手的讨论不会超出游说所必需的范围，并避免共享竞争性敏感信息。企业只能在绝对必要的情况下才可共享竞争性敏感信息，并且需受到严格限制（见下文）。

在美国，根据《大流行与全方位灾害准备法》（**PAHPA 法**），美国卫生和公共服务部部长在与司法部和联邦贸易委员会协商后，可与从事瘟疫或流行病产品开发的合格市场参与者召开会议或进行磋商，讨论研发、制造、销售、购买或储备防疫措施或产品。经司法部和联邦贸易委员会批准后，与会各方甚至可以根据会议内容签署书面协议。PAHPA 法为与会市场参与者以及根据 PAHPA 法获准签署协议的企业提供了一些美国联邦法律和州法律项下的豁免情形。如果美国企业认为竞争者协作有助于提高产出或以其它方式有益于公众应对冠状病毒，可以考虑联络司法部、联邦贸易委员会或卫生和公共服务部，根据 PAHPA 法召开会议或展开磋商。

即使政府强制要求企业开展相关协作，或承诺对协作豁免适用反垄断法，企业也应注意不得超出政府规定的严格限制和豁免适用的法规范畴。

### 坚守反垄断合规

如果无法寻求法律强制或法律变更，企业必须确保其所开展的协作符合适用的反垄断法规。虽然各国的反垄断法各有不同，但下列情况下的协作通常符合反垄断法规，如果其：不会以任何方式限制各方之间的竞争，或对实现有益目标（例如维持因疫情爆发而需求激增的产品的供应）而言具有客观必要性且没有超出必要的范围，并且产生的反竞争效果不会严重到超过其带来利益。就此：

- 企业应当考虑是否可以通过协同程度较低的方式实现预期结果，并书面记录得出的结论。例如，考虑是否必须在整个行业范围内实施协同，还是能够在较小范围内实现。当企业合作制定通用标准时，考虑是否能够制定自愿而非具有约束力的标准以获得预期结果。
- 企业应当避免会导致固定价格、降低产量或产能或划分客户或市场的协同行为。除非对于解决严峻公共卫生风险而言具有绝对必要性，该等行为通常违反反垄断法规。
- 如果计划或实施协同必须共享竞争性敏感信息，那么共享的信息必须受到严格保护。特别是，企业应考虑实施“清洁团队”安排，确保仅在“必须知情”的前提下向有限的个体披露信息，信息接收方必须遵守严格的保密义务，并在可能的情况下限制其参与可能利用竞争对手的竞争性敏感信息的后续工作。

在适当的情况下，企业可以考虑以正式或非正式的方式向相关司法辖区的竞争执法机构确认协同行为不会违反反垄断法。竞争执法机构也希望反垄断法不会成为阻碍有效疫情应对措施绊脚石，因此如果协同行为

对于满足因新冠爆发而增加的需求而言具有客观必要性，竞争执法机构应当会乐意回应该等协同申请。

在澳大利亚，据报道，两家百货零售商曾考虑向澳大利亚竞争与消费者委员会提交申请，批准其以协同的方式限购卫生纸、纸巾、意大利面和 大米等商品，以保障消费者能获得充足供应。但是，两家零售商最终认为现阶段不需要进行协同，部分原因是通过其销售网点系统实施限购存在技术困难。

鉴于竞争者间的协同行为存在很大反垄断风险，企业在开展任何合作之前应当征求反垄断专业律师的意见。文末提供了高伟绅中国反垄断业务组成员的联络方式，如有需要可与我们联系。

### 提供政府要求的信息

政府机构可能会从重要商品或服务的供应商处获取信息，以便其规划、制定管控或缓解疫情的政策。仅向政府机构提供信息不会违反反垄断法，但是，如果政府机构将涉及企业经营的竞争性敏感信息传递给企业的竞争对手，则可能引发反垄断问题。为防止出现该等问题，企业可以考虑下列方案：

- 要求政府机构以法律强制的方式索要信息。之后无论政府机构如何处理该等信息，企业都可以按上文所述以法律强制为由进行抗辩；
- 要求政府机构签署具有法律约束力的协议，禁止政府机构将企业的信息传递给竞争对手（或任何其他企业，如果无法轻易罗列竞争对手）。如果政府机构预期其需要和企业的竞争对手共享信息，企业需要确保政府将采取适当的限制措施，例如要求竞争对手仅可由其内部清洁团队处理竞争性敏感信息；或
- 如果政府机构不准备签署任何协议，但企业未发现任何可能表示政府机构会向竞争对手共享竞争性敏感信息的理由，那么对企业来说向政府提供信息的反垄断风险实际上将较为有限。为了规避风险，企业应将就共享信息与政府机构进行的所有沟通和通讯记录在案。

### 竞争执法机构的执法行动

很多竞争执法机构都已发表声明，强调将采取执法行动，遏制涉及因疫情爆发而供应短缺的商品的反竞争行为。例如，美国司法部已经敦促民众，如果发现固定价格、串标或其他利用恐疫而牟利的非法行为，应与政府官员取得联系。英国竞争和市场管理局表示，其会审查证明企业可能违反反垄断法的任何行为（例如过高收费）。政府机构还可能根据消费者保护法采取执法行动，而各个司法辖区的消费者保护法之间各不相同。

但整体而言，疫情爆发会限制某些类型的竞争执法行动。例如，欧盟委员会已要求所有非关键员工在家办公，关键员工分两组轮流到岗，这意味着突袭检查的频率将减少（如有）。

## CONTACTS

**Richard Blewett**  
合伙人  
T +852 2826 3517  
E richard.blewett  
@cliffordchance.com

**柏勇**  
合伙人  
T +86 10 6535 2286  
E yong.bai  
@cliffordchance.com

以上有关中国的内容系基于我们作为国际法律顾问就客户在中国的经营活动中代表客户的经验，不应视为就中国法律的适用的法律意见。与所有在中国设有办公室的国际律师事务所相同，尽管我们可以提供有关中国法律环境影响的信息，但我们不能从事中国法律事务。我所具有中国法律职业资格证书的雇员现在不能作为中国律师执业。如您需要本地律师事务所的服务，我们将很乐意推荐。高伟绅律师事务所为本文的版权所有人，其中所提供的信息仅供本所客户阅读。如需转载，请注明本文为本所的著作。本文仅供一般参考，其内容不一定论及各相关重要课题，也不一定涵盖论题的各个方面。本文并非为提供法律意见或其他咨询意见而编写，对于依赖本文的行动后果，本所概不负责。如欲进一步了解有关课题，欢迎联系本所。

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

中国北京朝阳区建国门外大街 1 号国贸写字楼  
1 座 33 层

Clifford Chance, 27th Floor, Jardine House,  
One Connaught Place, Hong Kong

© Clifford Chance 2020

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •  
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •  
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •  
London • Luxembourg • Madrid • Milan •  
Moscow • Munich • Newcastle • New York •  
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •  
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •  
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement  
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm  
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship  
with Redcliffe Partners in Ukraine.