

# 中国第一起 纵向垄断协议纠纷案尘埃落定



**丁亮** 毕业于中国对外经济贸易大学、美国乔治城大学法律中心 (Georgetown University Law Center), 获法学硕士学位。拥有中国律师资格。  
2013年加入德恒律师事务所。在加入德恒律师事务所之前, 曾在金杜律师事务所、美国 Dewey Ballantine LLP 律师事务所、中国纺织品进出口总公司和美国 International Law Institute 工作。

## 案件始末 锐邦诉强生纵向垄断协议上诉案

2010年8月, 锐邦公司向上海市第一中级人民法院提起纵向垄断协议民事诉讼, 指控强生公司在经销合同中限定医用缝线的最低转售价格, 违反《反垄断法》第十四条第二款。上海市一中院于2012年2月3日开庭审理, 并于2012年5月18日宣判, 驳回原告锐邦公司全部诉讼请求。锐邦公司上诉后, 上海市高级人民法院于2012年8月30日、2012年10月30日、2013年1月21日三次开庭审理。2013年8月1日, 在《反垄断法》生效5周年之际, 上海市高级人民法院宣判, 撤销上海市一中的民事判决, 判令强生公司赔偿锐邦公司经济损失人民币53万元。

丁亮

锐邦诉强生案是一起典型的由限制转售价格引发的纵向垄断协议民事纠纷案。该案在国家发改委积极针对纵向垄断协议展开执法之际宣判, 并且案件从一审到二审一波三折, 案件的结果

对于未来纵向垄断协议纠纷的诉讼会产生深远影响, 对公司签订经销合同也会起到引导作用。本文将对比上海高院与上海一中的判决, 并结合国家发改委对纵向垄断协议的处罚实践, 对锐邦公司诉强生公司纵向垄断协议纠纷案进行简要评述。

## 问题 1: 《经销合同》在《反垄断法》实施之前签署并延续到《反垄断法》实施之后终止, 本案是否可以适用《反垄断法》?

上海高院认为, 《反垄断法》于2008年8月1日实施, 本案《经销合同》虽于2008年1月2日签订, 但其有效期一直延续到2008年12月31日。在《反垄断法》实施后, 该合同未予终止, 强生公司与经销商继续履行该合同, 并实施本案被控垄断行为, 故本案应当适用《反垄断法》。我们认为垄断协议排除、限制竞争

的效果只有在实施过程中才能体现出来, 因此不能将“经营者达成垄断协议”简单地理解为仅对协议达成行为进行处罚。本次上海高院的判决进一步确认了上述判断。这表明对于很多《反垄断法》生效前就已经达成的合同(例如合资合同)中的限制竞争性规定, 需要进一步梳理。

## 问题 2: 锐邦公司本身是《经销合同》当事人, 本身是本案限制最低转售价格条款的签订者与执行者, 锐邦公司作为本案反垄断诉讼的原告是否适格?

上海高院认为, 垄断协议的当事人既可能是垄断行为的参与者、实施者, 又同样可能是垄断协议的受害者, 属于《反垄断法》第五十条规定的因垄断行为遭受损失的主体范围。如果不允许这类当事人依据《反垄断法》针对垄断协议提起民事诉讼, 将导致其民事权利救济无从实现。此外, 协议内容通常只有当事人才知道, 消费者通常并不知情, 如果不允许知悉内情、掌握证据的垄断

协议当事人提起反垄断诉讼, 垄断协议这种违法行为就很难受到追究。

需要注意的是纵向协议的受害者并不一定是经销商, 在“渠道为王”的市场上, 作为销售渠道控制者的经销商有可能比供应商有更强的谈判力量。这时供应商有可能成为纵向垄断协议的受害者。因此, 在判决中使用参与者、实施者、受害者等词语是非常妥当的。为未来其他类型的反垄断诉讼预留空间。

## 问题 3: 《反垄断法》第十四条所规定限制最低转售价格的垄断协议是否具有排除、限制竞争效果为构成要件?

一般认为, 由于横向协议直接排除、限制了市场竞争, 横向协议限制竞争的效果甚于纵向协议, 举重以明轻, 反竞争效果强的横向协议构成垄断协议尚须以具有排除、限制竞争效果为必要条件, 反竞争效果相对较弱的纵向协议更应以具有排除、限制竞争效果为必要条件。

上海高院的论述进一步明确了, 纵向限制最低转售价格协议本身并不一定违反《反垄断法》。法院还需要考虑协议排除、限制竞争的影响。因此, 一个经销商(仅仅凭借签字、盖章的《经销协议》

中的限制转售价格条款要求损害赔偿, 并不必然得到法院的支持, 除非该经销商能够证明该纵向垄断协议排除、限制竞争的效果大于促进竞争的效果。这通常需要经济学家参与论证。

上海高院的相关论述, 也向公众提示了反垄断法中的四个通用概念, 即“经营者”、“相关市场”、“垄断协议”以及“市场支配地位”。这些概念由于适用于每一个反垄断法条文, 因此非常可能在未来的反垄断诉讼和反垄断执法中成为争议的焦点。

## 问题 4: 在纵向垄断协议垄断纠纷案中, 谁承担协议具有排除、限制竞争效果的举证责任?

上海高院认为, 只有在法律、法规或司法解释具有明确规定的情形下, 才可以在民事诉讼中适用举证责任倒置规则。由于现行法律没有规定在涉及《反垄断法》第十四条所规定协议的垄断民事诉讼中, 应由被告来证明涉案协议不具有排除、限制竞争的效果。故本案仍应遵循民事诉讼“谁主张、谁举证”的原则, 由上诉人对本案限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定, 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实, 应当提供证据加以证明, 但法律另有规定的除外。在作出判决前, 当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的, 由负有举证责任的当事人承担不利后果。因此, 上诉人应当首先证明存在限制最低转售价格协议, 而后应就本案限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果提供相关证据, 比如相关市场竞争

不够充分、被上诉人具有很强的市场地位、被上诉人具有限制竞争的行为动机、本案限制最低转售价格协议对市场竞争造成不利影响等等。在上诉人提交上述证据后, 被上诉人应提交反驳证据。

本案进一步确立了在纵向垄断协议中, 原告应当对协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任这一原则。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条之所以将横向垄断协议和纵向垄断协议中对“具有排除、限制竞争效果”的举证责任做不同的对待, 主要是因为根据经验法则, 《反垄断法》第十三条第(一)项至第(五)项规定中的垄断协议具有鲜明的反竞争特性, 无需证明。而对于纵向协议而言, 行为本身就有促进竞争的因素, 因此需要进行个案分析。

## 问题 5: 纵向垄断协议中的竞争分析

### 1. 相关市场竞争是否充分

上海高院认为, 相关市场的竞争不充分应当是认定涉案限制最低转售价格协议构成垄断协议的首要条件, 只有在认定相关市场缺乏充分竞争的情形, 才需要进一步判断涉嫌垄断的协议的竞争效果。

上海高院对竞争充分性的分析与茅台、五粮液案是一致的。在茅台、五粮液案中, 虽然市场上的白酒种类很多, 但是并不是任何白酒都可以加入高端白酒的竞争。由于消费者对品牌的偏好, 导致高端白酒的市场进入非常困难, 进而导致在高端白酒领域竞争不充分。

### 2. 被告市场地位是否强大

上海高院认为, 实施最低转售价格限制的企业在相关市场具有很强的市场地位, 能够对市场竞争产生影响, 应当作为限制最低转售价格协议构成垄断协议的重要条件。企业的市场地位是企业定价行为影响市场竞争的基础, 一个在相关市场缺乏市场地位的企业, 通常只能是适应市场竞争, 而无能力影响竞争, 更不可能主导竞争。

这里需要强调上海高院的用语“很强的市场地位”。在二审中原告律师曾经质疑如果要求证明市场支配地位是否会与《反垄断法》十四条的规定与十七条滥用市场支配地位相混淆。上海高院的判决给出了明确的答复, 构成纵向垄断协议不需要证明一个经营者具有市场支配地位, 而仅仅需要证明该经营者具有“很强的市场地位”。例如, 本案中强生公司自己提供的数据显示其在相关市场的份额为20%左右(没有达到50%被推定具有市场支配地位的标准)但被认定具有很强的市场地位。我们认为20%的市场份额具有一定的参考价值。

### 3. 被告实施限制最低转售价格的动机

上海高院认为, 如果一个具有很强的市场地位的企业出于限制市场竞争的动机而限制最低转售价格, 由于其在财

力、技术、信息等各方面占优, 对上下游控制能力往往较强, 其限制最低转售价格行为产生限制竞争效果的可能性将大大提高, 因此应当将限制最低转售价格行为的动机作为判断该行为能否产生限制竞争效果的重要因素。

在实践中很多企业维持转售价格有许多不同的考虑, 也有相应的证据证明其正当性。在本案中, 强生公司提出的维护正常的销售价格体系, 避免恶性竞价也是多数企业设立最低转售价格的初衷。但是本案的判决表明, 这种“良好”的初衷并不能被法院认可。

### 4. 限制最低转售价格的竞争效果

上海高院认为, 限制最低转售价格行为既可能促进竞争又可能限制竞争。一方面由于市场存在一定的自我修复功能, 有些限制竞争的效果很快会由市场纠正, 另一方面有些限制竞争效果会被另一些促进竞争的效果抵消。因此, 只有在实际产生难以克服、难以抵消的限制竞争效果时, 限制最低转售价格协议才应被认定为垄断协议。因此, 在分析评价本案限制最低转售价格行为的竞争效果时, 应当特别关注那些对市场竞争产生实质性影响的效果。

我们认为在证明纵向协议具有排除、限制竞争效果方面, 本案的证据非常薄弱。这一点与茅台、五粮液案形成鲜明对比。由于茅台、五粮液占据高端白酒非常大的市场份额, 因此, 形成了寡头垄断的局面。当茅台宣布涨价之后, 五粮液往往会跟进。这种市场环境, 使得茅台的定价行为会间接影响其他主要竞争者的定价行为, 产品排除品、限制品牌间价格竞争的效果。然而, 上述市场特征在本案中并不突出, 因此也是法院论证最为薄弱的环节。但是, 由于本案的市场竞争状况具有相当大的普遍性。因此, 本案中认定强生的《经销协议》具有排除、限制竞争影响本身具有非常重大的意义。

## 问题 6: 锐邦公司本案中的损害赔偿主张是否应予支持?

上海高院认为, 锐邦公司所主张缝线产品利润损失赔偿在反垄断法上具有请求依据。根据本案事实, 锐邦公司所主张2008年缝线产品利润损失, 与强生

公司执行限制最低转售价格协议的行为存在直接因果关系, 而本案限制最低转售价格协议构成垄断协议, 因此锐邦公司能够依据反垄断法主张此项赔偿。

(作者单位: 德恒律师事务所)

时评



## 反垄断 不能忽略互联网霸权

丁是钉

大树下面不长小草。这是互联网领域的典型生态现象。

和现实空间相比, 网络空间的特性决定了互联网巨头们更容易用海量的信息, 对同一领域小企业的信息形成屏蔽、淹没或覆盖, 阻断网民和小型互联网企业间的沟通和交易, 并由此形成霸权和垄断。

简单打一个比方: 如果是一个实体店, 无论是在中国哪个城市的一条街上, 都会被路过的人看到, 并有发生交易的可能。但在网络空间里, 这种随机性生意出现的可能却大为减少。因为无论网民用哪一种方式去寻找, 排在前面的都是那些财大气粗的巨头。而人类的行为习惯决定了, 很少有人会跨过去排名的商品或服务, 转而到排在第100个网页后面的店铺去寻找同样的商品或服务。

为了争取到“抛头露面”的机会, 小商家们或者是绞尽脑汁地想出各种噱头去炒作; 或者是花钱“刷信誉”、“买排名”; 或者是打出超低的“秒杀”价格。然而, 当所有小商家们都在采取这些招数的时候, 竞争手段的同质化换来只是越来越高的成本, 还有越来越低的收益。

几番挣扎之后的小商家们会发现, 那种认为互联网是小企业创业天堂的想法原来只是一种错觉, 实际上, 互联网完全是巨头们的江湖。当淘宝和京东“吵”得最热闹的时候, 无论小商家们如何扯大了嗓门, 都会被淹没在淘宝和京东吵闹声中。有个段子说, 淘宝和京东打架结果小商家们都被打死了。这并不是一个笑话, 而是互联网霸权下小商家们“悲惨”生存状态的真实写照。

还是用数据说话会让问题变得更直观。据阿里巴巴招股书显示, 2013年, 淘宝和天猫共产生了50亿个包裹, 占中国当年包裹总量的54%。这一平台占据了网络零售的绝大部分市场份额。巨大流量让阿里系已经形成了事实上的网络霸权, 对于那些经营非特殊品类的小商家来说, 要么选择给淘宝交“买路钱”, 要么就是悄无声息地出局。

除了用巨额的资金控制信息和流量外, 互联网巨头们还引导并控制了人们上网习惯。比如, 买大家电你首先会想到京东, 买小商品你首先会想到淘宝; 买图书你首先会想到当当等等。如果说, 在现实社会中, 人们还会因为路途遥远等原因, 选择不去王府井百货或者是沃尔玛超市购物, 而给身边的小店留下一些机会的话, 互联网消灭距离的特性, 让那些网络小店丝毫没有这种机会。

更可怕的还有互联网巨头们对于大数据的占用、搜集和运用能力。掌握了用户“习惯”的巨头们, 显然更容易在抢夺客户的过程中获胜。同时, 互联网巨头们更容易把他们在某一个领域的优势复制到另外一个领域中, 比如, 阿里的“余额宝”之所以能够创造出互联网金融的奇迹, 除了其创新之处以外, 庞大的客户数量显然是最重要的因素。还有, 互联网巨头们还经常通过收购这种手段消灭竞争对手, 或者是进入新的领域。

这意味着, 互联网巨大不仅在自己传统的领域中已经实现了垄断, 而且非常容易把垄断扩张到新的领域。中国互联网领域目前已经进入了“大者通吃”恐龙时代, 互联网巨头们可以用它们巨额的财富和庞大的客户群, 去占领和践踏任何它们所看中的领域。

互联网垄断和霸权的出现并蔓延, 严重破坏了互联网空间的生态, 窒息了互联网空间的生机。只有对互联网巨头进行限制, 制定相应的法律或制度, 恢复互联网空间的竞争生态, 互联网领域的创新行为才会更加活跃, 互联网才有可能成为创业者的追梦空间。

执行主编: 高巧艳 张玉洁