



NEWSLETTER

LIFANG & PARTNERS

立方观评

No.80

2019.05

目 录

立方新闻

高级合伙人谢冠斌律师荣膺ALB “2019年中国十五佳诉讼律师”

立方律师事务所晋升三位二级合伙人 任命深圳分所负责人与深圳分所二级合伙人

立方观察

中国“垄断协议”法律规制进展

高级合伙人谢冠斌律师荣膺ALB “2019年中国十五佳诉讼律师”

2019年2月20日,《亚洲法律杂志》(ALB)公布了“2019年中国十五佳诉讼律师”榜单,立方律师事务所高级合伙人谢冠斌律师荣耀上榜。

谢冠斌律师主要业务领域为知识产权纠纷、反垄断与竞争法、高科技公司法律顾问等。凭借深厚的理论基础、政府经验及敬业精神,谢冠斌律师在执业领域取得了较好的业绩,并因其出众的法庭答辩技巧赢得了极高声誉。谢冠斌律师擅长处理各类知识产权纠纷,成功代理了大量有影响力的知识产权案件,客户涵盖众多跨国公司 & 国内外著名厂商。客户称赞他“运筹帷幄,经验丰富,反馈及时”,“提供富于策略性的意见和具有商业意识,总是从我们的商务目标出发,并以解决问题为主旨。”



立方律师事务所晋升三位二级合伙人 任命深圳分所负责人与深圳分所二级合伙人

2019年3月29日,立方律师事务所宣布五项最新人事任命。张磊律师、孙克娜律师、秦英律师三位律师晋升为二级合伙人。与此同时,任命刘庆涛律师为深圳分所负责人,郝新慧律师为深圳分所二级合伙人,负责知识产权业务。

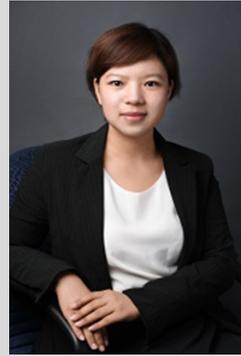
此次晋升与任命将进一步增强立方律师事务所在知识产权、反垄断与合规、公司及商事以及争议解决等业务领域的团队实力。

在此衷心祝贺五位律师,期望他们在立方律师事务所提供的广阔平台上继续施展才华,共创辉煌!



自2009年执业以来处理大量的知识产权纠纷案件,并担任多个公司的常年法律顾问,积累了丰富的执业经验。擅长商标及反不正当竞争诉讼业务、专利侵权及专利无效诉讼业务和著作权维权案件诉讼业务。

孙克娜律师从事诉讼和非诉法律业务，具有十余年律师工作经验，主要业务领域为公司日常法律事务、知识产权业务及劳动法律业务，在公司设立、合同纠纷、知识产权合规审查及纠纷处理、劳动争议处理等方面具有丰富的经验。



秦英律师自从事反垄断业务具有丰富的反垄断实务经验，秦英律师处理过的项目涉及汽车、电信、房地产、贸易、分销、造纸、化工和制造业等行业，其客户既包括大型跨国公司，也有大型国有企业和知名国内民营企业。此外，秦英律师还为多家知名汽车企业和快消行业巨头进行反垄断合规培训及提供反垄断合规咨询服务。

刘庆涛律师是多家机构的法律顾问，其主要业务为投资、金融与并购等公司法律业务。他曾负责外商在华投资、设立、并购等相关业务，处理过在华企业在土地使用权出让、免税设备进口、技术许可、税收优惠、外汇等方面的法律事务。曾代理多家大型跨国公司仲裁案件，在经济类诉讼案件和仲裁案件处理上积累了丰富的经验。



郝新慧具有11年的知识产权从业经验，不仅具有代理公司的从业经验，还具有企业知识产权从业经验。郝新慧执业领域涉及知识产权诉讼和维权、技术合同纠纷等方面，尤其擅长与标准必要专利相关的专利诉讼业务。此外，郝新慧熟悉欧美知识产权体系，为客户提供非诉法律业务，包括提供知识产权尽职调查、专利调查和侵权分析、模拟法庭、知识产权战略、核心专利申请与布局等非诉法律业务。

立方律师事务所将人才看作根本，拥有完善的管理和晋升机制。合伙人队伍的壮大，为合伙人团队注入了新鲜血液，为进一步拓展业务领域和提高整体实力奠定了基础。

立方观察 | 中国“垄断协议”法律规制进展

文 / 吴永胜 北京立方(上海)律师事务所合伙人

陶冠东 上海知识产权法院助理法官

(本文原文为英文, 中文为英文稿的翻译)

国家市场监督管理总局(以下简称“市场监管总局”)最近发布了《禁止垄断协议行为的规定(征求意见稿)》(以下简称“意见稿”), 向公众征求意见。“意见稿”是市场监管总局颁布的第一份反垄断法领域的立法性文件。根据党的十九届三中全会审议通过的《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》和《深化党和国家机构改革方案》(以下简称“改革方案”), 市场监管总局于2018年3月正式成立。

根据“改革方案”, 市场监管总局将成为中国唯一的反垄断执法机构。在“改革方案”颁布之前, 中国的反垄断执法由三个政府部门共同负责。国家发展和改革委员会(“发改委”)负责滥用定价权的调查; 国家工商行政管理总局(“工商总局”)负责垄断协议和滥用市场支配地位的调查; 商务部负责经营者集中申报审查。

在“改革方案”颁布之后, 我们预计除了“意见稿”之外, 市场监管总局将颁布更多反垄断法领域的立法性文件, 以便在不久的将来统一反垄断执法, 因为之前的三个反垄断执法机构存在一些潜在的业务交错和执法标准不一致。根据市场监管总局发布的立法背景说明, “意见稿”整合了以下四项规定: 《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》(以下称为“工商总局垄断协议规定”)、《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》(以下称为“工商总局程序”)、《反价格垄断规定》(以下称为“发改委反价格垄断规定”)以及《反价格垄断行政执法程序规定》(以下称为“发改委程序”)。我们认为在“意见稿”生效后, 以上四项规定将被废除, 尽管“意见稿”中并未明确指出这一点。

除了整合以上四项规定外, “意见稿”实际上还对这些规定进行了一些重大修订, 例如增加了“安全港”制度以及认定《反垄断法》中未明确规定的其他垄断协议行为时需要考虑的因素。本文将对“意见稿”进行全面介绍, 但仅详细讨论上述重大变化和未解决的关键问题。本文也将讨论实践中相关案例的发展情况。

垄断协议的适用范围

“意见稿”第二条规定中华人民共和国境内经济活动中的垄断协议行为以及中华人民共和国境外的对境内市场竞争产生排除、限制影响的垄断协议行为均受《反垄断法》管辖。该条规定源于“发改委反价格垄断规定”第二条。但“发改委反价格垄断规定”仅适用于中国境内的价格垄断行为，以及在中国境外发生的具有消除或限制国内市场竞争影响的价格垄断行为。实际上，该“发改委反价格垄断规定”并未包含在先前的征求意见稿中。且与“发改委反价格垄断规定”同日实施的“工商总局垄断协议规定”也未包含与此类似的规定。

为了加强反垄断法的域外管辖权，“意见稿”将其适用范围扩大至所有垄断协议行为。与大多数拥有反垄断法的司法管辖区一样，其都有关于域外管辖权的规定。然而，虽然“意见稿”明确规定了其适用范围包括影响国内市场竞争的涉外垄断协议行为，其适用范围仍然存在相当大的不确定性。其次，“意见稿”也并没有明确如何衡量外国垄断协议对国内市场竞争的影响，以认定其是否对国内市场竞争产生了充分影响。与“意见稿”不同的是，美国《国际贸易反托拉斯促进法》对此问题有明确规定，该法规定（域外行为）需要对美国国内或进口贸易产生“直接的、实质性的和可合理预见的影响”。例如，技术许可方可能会担心，技术许可协议因限制了被许可方采用不同技术或使用许可技术生产不同产品的自由，可能被认定为垄断协议，即使许可协议可能受外国法律管辖。根据《反垄断法》第十三条第四款，“限制购买新技术、新设备或限制开发新技术、新产品”的协议属于应被禁止的垄断协议。

实际上，中国曾经处罚过在中国境外发生的价格垄断行为。2013年1月4日，三星、LG和四家台湾公司因对液晶显示屏进行价格垄断而被国家发改委罚款3.53亿元人民币（约合5600万美元）。该价格垄断集团因美国司法部的调查而被曝光，导致其他政府和贸易机构对这六家公司进行了处罚。

垄断协议的定义

“意见稿”第五条将垄断协议定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。协议或决定可以是书面、口头等形式。其他协同行为是指具有竞争关系的经营者之间，虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为”。“意见稿”规定了“垄断协议”的统一定义，该定义应适用于所有垄断协议，包括横向协议和纵向协议，《反垄断法》第十三条、“工商总局垄断协议规定”第二条和“发改委反价格垄断规定”第五条均有类似规定。然而，《反垄断法》第十三条仅针对横向协议。因此，《反垄断法》第十三条中的垄断协议定义是否适用于其他垄断协议是有争议的。从立法技术的角度来看，“意见稿”应该在逻辑上澄清了这种实践中的困惑。

根据“意见稿”的定义，协同行为应仅限于有竞争关系的经营者之间。换句话说，协同行为应限于横向协议。因此，协同行为的定义不应该包括不具有竞争关系的经营者之间，虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为，因为这两者之间没有任何协议或决定。但目前还不清楚该协同行为的做法是否

【1】 <https://www.bbc.com/news/technology-20910299>, 访问于2019年3月1日

应该包括竞争对手之间的默示合谋，因为他们是在没有任何口头、书面或其他的沟通方式的情况下，通过各自独立的决策，最终达成了共同的行动方针。

尚不清楚的还有，“意见稿”中定义的垄断协议是否要求排除、限制竞争行为产生了实质性不利影响。这点在我国行政执法和司法诉讼中仍是一个有争议的问题。本文将在后面详细讨论该问题。

横向垄断协议

“意见稿”第七条规定，禁止具有竞争关系的经营者就商品或服务价格达成垄断协议。该条并未完全照搬“发改委反价格垄断规定”中的描述，但除“意见稿”中增加了服务价格的监管之外，两者所规定的内容基本一致。“意见稿”明确禁止：（一）固定或者变更价格水平、价格变动幅度或者对价格有影响的手续费、折扣等其他费用；（二）约定采用据以计算价格的标准公式；（三）限制参与协议的经营者的自主定价权；（四）通过其他方式固定或者变更价格。

市场监管总局较倾向于延续发改委之前关于固定价格协议的做法，即固定价格协议本身违反了《反垄断法》的规定，与反垄断法提高竞争效率的合法目的相违背。同先前《反垄断法》、“发改委反价格垄断规定”一样，该“意见稿”在确定垄断协议时仍未明确区分本身违法和合理性原则。“意见稿”没有明确垄断协议基于合法商业理由从而合法化的可能性，比如固定价格协议合法化。根据国家发改委以往公布的案例，发改委在审查相关证据时，没有要求必须考虑合法商业理由或竞争影响的相关证据。

但根据最高人民法院发布的《最高人民法院关于审理垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（反垄断法司法解释）第七条规定，上述固定价格协议和横向限制协议，比如固定或者变更商品价格、限制生产数量或销售量、分割销售市场或原材料采购市场、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品、以及联合抵制交易的等属于垄断协议。被告能够证明横向协议不具有排除、限制竞争的影响的，可以由法院认定为非垄断协议。虽然被告很难成功证明这一点，但这有可能改变司法和行政实践中垄断协议的认定。

“意见稿”在借鉴“工商总局垄断协议规定”的基础之上，制定了关于限制产量、分配市场、限制购买或开发新技术或新设备、联合抵制等横向协议的规定。市场监管总局延续之前工商总局的规定，这些规定本身违反了反垄断规则，不符合上文分析的提高竞争效率的合法目的。

纵向垄断协议

“意见稿”第十二条扩大了经营者与交易相对人之间垂直垄断性协议中价格垄断的范围。意见稿重申了“反垄断规则”的第十四条和“发改委反价格垄断协议规定”的第八条中，“固定向第三人转售商品”和“限定向第三人转售商品的最低价格”的条款，还进一步禁止“向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度或者对价格有影响的手续费、折扣等其他费用”及“通过其他方式固定转售商品价格或限定转售商品最低价格”。

很明显，市场监管总局试图将价格下限及范围涵盖于“意见稿”中，而不只是限制固定价格。不同于其他司法区域，维持转售价格是明令禁止的行为，但如果转售价格与建议转售价格相差不大，且不会受到销售商的威胁或惩罚的，那么建议转售价格的行为是被允许的。但市场监管总局禁止建议转售价格或经济激励等行为。市场监管总局在一定程度上扩大维持转售价格的范围似乎有些不正常。

到目前为止已有大量关于维持转售价格的实例。在实际操作过程中，国家发改委倾向于考虑将固定价格和最低转售价作为核心，与在欧盟一样的旨在排除、限制竞争的行为。换句话说，发改委认为固定价格和最低转售价行为本身就是反垄断法所限制的行为。发改委认为最低转售价不应当遵循建立在美国Leegin创意皮革公司诉PSKS公司案中的合理原则，也不认为最高转售价应当遵循State Oil诉Khan一案中的合理原则。然而，法院实践中采用了不同的做法，合理原则似乎在他们的判决中被采纳。这将在后面进行介绍。

其他明确列出的垄断协议

意见稿将“工商总局反垄断协议规定”第八条、“发改委反价格垄断协议规定”第七条第三款和第八条第三款统一整合后，成为“意见稿”的第十三条，明确了其他没有被明文规定但仍受反垄断法禁止的协议类型。第十三条规定“不属于本规定第七条至第十二条所列情形的其他协议、协定或协同行为，有证据证明排除、限制竞争的，应当认定为垄断协议并予以禁止。”

“意见稿”第十三条规定与第五条对垄断协议的定义实质上基本一致。但是，市场监管总局仍依据合理原则认定垄断协议，明确指出只有在有证据表明存在排除、限制竞争的情况下，才可以将该协议确定为垄断协议。

“意见稿”补充说明，在确定其他垄断协议时需要考虑以下因素：

- (一) 经营者达成、实施协议的事实；
- (二) 市场竞争状况；
- (三) 经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制能力；
- (四) 协议对商品价格、质量等方面的影响；
- (五) 协议对市场进入、技术进步等方面的影响；
- (六) 协议对消费者、其他有关经营者的影响；
- (七) 市场监管总局认为应当考虑的其他因素。

市场监管总局认为以上这些证据属于排除、限制竞争的证据，市场监管总局将该原则适用于《反垄断法》中没有明确列明但仍然禁止的协议，在适用过程中需要考虑协议双方的目的和是否存在排除、限制竞争的情况。但是《反垄断法》中，对于认定这些明确禁止的垄断协议时，如上文所述，市场监管总局只考虑排除、限制竞争的目的。

“意见稿”中还规定了市场监管总局是唯一有权认定《反垄断法》中没有明确列出但仍然受到限制的协议类型的主体，这一规定与《反垄断法》中的规定相一致。根据该条款，法院没有权力决定《反垄断法》中未列明但被禁止的协议类型，但是根据我国行政诉讼法规定，市场监管总局做出的决定应当接受法院的司法审查。根据《反垄断司法解释》第二条规定，当事人（原告）可以直接向人民法院提起民事诉讼，或者在反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力后，向人民法院提起民事诉讼，不需要必须先提起行政诉讼。根据该规定，法院有权直接裁定《反垄断法》中规定的所有垄断协议，包括列明的、未列明的禁止协议，但是至于法院是否有权直接认定案件中所涉及的未列明的垄断协议类型则有待进一步观察。市场监管总局或法院认定《反垄断法》中的违法行为是否具有溯及力也是待解决的问题。

由于“意见稿”第十二条涵盖了所有可能的固定价格纵向协议，其他类型的垄断协议可能包括其他所有横向协议（如串通投标的协议）和非价格纵向协议，如捆绑销售行为、互惠交易协议、限制区域及客户行为以及独家分销权等。实际上，这些行为也受到我国其他法律的规制，如反不正当竞争法、价格法、招标投标法、刑法等。由于某些原因，反垄断法及“工商局垄断协议规定”的最终意见稿中，取消了垄断协议类型中的串通投标行为。因此，尚不清楚上述其他类型的垄断协议是否同时受到反垄断法和其他相关法律的制约。

“意见稿”没有明确规定知识产权的限制性协议是否属于垄断协议。但从理论上分析，其他类型的垄断协议也应该包括与知识产权有关的限制性协议。不过目前尚不清楚该“意见稿”或其他法律文件中，是否会包括关于知识产权的限制性协议。2017年3月23日，商务部发布了《关于滥用知识产权反垄断指导意见的征求意见稿》（征求意见稿）。由于市场监管总局已经接管了中国所有的反垄断职能，所以我们认为市场监管总局将负责接下来的知识产权反垄断指导意见的立法。

“安全港”制度

重点强调“意见稿”第十四条规定的“安全港”制度，这个规则是借鉴欧盟的集体豁免原则，即除了《反垄断法》中明确列明的协议类型外，经营者签订的限制性协议满足以下条件时则认定不属于垄断协议。“意见稿”第十四条规定如下：

第十四条 具有竞争关系的经营者达成的协议不属于本规定第七条至第十一条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的市场份额合计不超过百分之十五的，或者经营者与交易相对人达成的协议不属于本规定第十二条所列情形，且参与协议的经营者在相关市场上的市场份额均不超过百分之二十五的，可以推定协议不会排除、限制竞争，有证据证明该协议排除、限制竞争的除外。

市场监管总局在立法声明中指出，“安全港”制度对于节约执法资源、为企业经营者提供更明确的指导十分重要，也为执行反垄断行为提供更明晰的法律指导，且进一步明确了上述在认定其他垄断协议时应考虑的因素。实际上，“安全港”制度可以认为是第十三条规定的其他垄断协议的推定例外情况。但这一例外不具有决定性，它的适用与否取决于是否有证据证明存在排除、限制竞争行为。市场监管总局对非垄断协议的认定适用了推定规则，对垄断协议的认定则采用了实质考量原则。

相比较于欧盟集体豁免原则，市场监管总局在认定市场份额比例上采用了更为严格的标准。在横向协议方面，“意见稿”中要求“参与签订协议的经营者所占相关市场份额总额不得超过15%”，低于欧盟要求的25%的门槛。在垂直协议方面，“意见稿”要求“参与签订协议的经营者所占相关市场份额总额不得超过25%”，低于欧盟30%的门槛。这些规定表明，市场监管总局认为中国市场存在的竞争问题比欧盟面临的问题更加严重，因此中国在制定垄断协议时需要更加谨慎。

如前所述，“意见稿”没有涉及到知识产权的限制性协议。然而，“知识产权反垄断指导意见”的第十二条也提出了类似的“安全港”制度，即“经营者所占相关市场份额总额不得超过20%”和“受知识产权影响但不参与竞争的经营者所占相关市场份额总额不超过30%”。关于所占市场份额总额的规定，“意见稿”的规定与“知识产权反垄断指导意见”的规定存在冲突。目前尚不清楚“知识产权反垄断指导意见”的规则是否会与“意见稿”的规定相协调，也不清楚市场监管总局是否会对知识产权反垄断单独采取相应的规则。

垄断协议的豁免

“意见稿”第十五条重申了《反垄断法》第十五条和《工商总局垄断协议规定》第十四条关于豁免垄断协议的规定。它们通常包括符合豁免条件的垄断协议，这些协议具有全面的竞争优势，包括：改进技术或研究、开发新产品；提高产品质量、降低成本、提高效率、统一规格标准或实行专业化分工；提高中小型经营者的经营效率和竞争力；实现公共利益，例如节能环保、抢险救灾等；缓解经济低迷时期销售量严重下滑或生产明显过剩的问题；在对外贸易或对外经济合作中保护合法利益。

“意见稿”没有进一步说明如何适用这一豁免制度。仍有许多悬而未决的问题亟待进一步阐明，例如，是否需要证明为了达成《反垄断法》第十五条中规定的有利目的之一从而达成垄断协议的各方的意图，或者是否需要证明垄断协议的实际有利效果达到了这种有利的目的。如果需要证明实际效果，那么合格的有利效果是否应当是实质的。另外，“意见稿”也没有阐明豁免程序在实践中应当如何运行。事实上，自从2008年《反垄断法》实施以来，无论是在行政执法中还是司法诉讼中，被控违反《反垄断法》的当事人从未实际使用过该豁免制度，原因之一可能是缺乏可操作性。

本身违法规则以及合理规则的案例法发展

自从2018年《反垄断法》实施以来，对于第十三条以及第十四条中明确列出的禁令是否构成对《反垄断法》的本身违反，或者是否应根据合理的准则接受进一步调查，一直存在争议。根据过去的实践，反垄断执法机构似乎没有在反垄断调查程序开始时出示被调查的做法具有有害影响的证据的责任，而被调查方则试图证明利大于弊。双方没有承担相对平等的举证责任。

正如上面所讨论的，由于《反垄断法》第十五条中规定的豁免程序缺乏在实践中应用的可操作性，因此被控告的商业经营者想向反垄断执法机构或者法院证明其行为是《反垄断法》第十五条列明的例外情形之一，从而满足反垄断执法机构或者法院的要求，几乎是不可能的。

在过去的几年里，大多数违反《反垄断法》的案例都涉及了转售价格维持。事实上，大多数涉及转售价格维持的案件还应当关注竞争对手之间的横向协议。但是反垄断执法机构几乎没有调查横向垄断协议的事实，可能是因为中国的反垄断执法机构在调查复杂的反垄断案件方面仍缺乏经验。

2013年2月22日，在贵州茅台和五粮液【2】的违反转售价格维持的案件中，因为转售价格维持，贵州省物价局决定对中国最著名的高档白酒国有企业——贵州茅台处以2.47亿人民币（约合3980万美元）的罚款。同一天，四川省发改委公布了对另一家国有高档白酒生产商——五粮液的处罚决定，也是因为转售价格维持被罚2.02亿人民币（约合3260万美元）。

五粮液案件中的官方声明指出，五粮液运用其自身的“市场实力”确定最低转售价格。这种行为违反了《反垄断法》第十四条，消除并且限制了竞争，损害了消费者的利益。为了支持这一结论，四川省发改委分析了五粮液的转售价格维持行为所引起的消除、限制竞争的影响：（1）限制了经销商之间的品牌内竞争；（2）限制了品牌内竞争，鉴于五粮液是行业龙头企业，其他竞争对手纷纷效仿这种行为，造成更大的损害和反竞争效果；（3）最终损害消费者利益，因为消费者被剥夺了以较低价格购买产品的机会，尤其是鉴于五粮液在中国烈性酒市场上具有很高的地位，五粮液产品的可替代性很低。

贵州茅台案件中的官方声明只是简单地陈述了贵州茅台自从2012年以来，对第三方经销商确定了最低转售价格，并对以更低价格销售产品的经销商进行惩罚。这种行为构成了垂直垄断协议，违反了《反垄断法》第十四条规定，消除并限制市场竞争，损害了消费者的利益。

根据以上两个案例，虽然四川的反垄断执法机构对消除、限制竞争的影响做了一些定性分析，但是这两个反垄断执法机构并没有拿出支持其指控的证据。很明显，这两个决定没有像美国反垄断法系统那样经历合理原则的考量。

在奶粉案【3】、克莱斯勒案【4】、大众汽车案【5】等案件中，反垄断执法机构做出的裁定也采用了类似的推理。

然而，在中国首例关于垂直垄断协议的民事诉讼——锐邦涌和科贸有限公司诉强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司一案【6】中，上海中级人民法院和上海高级人民法院都给原告施加了很重的举证责任，以证明争议中的转售价格维持协议带来的消除、限制竞争的影响，并且以原告未能证明

【2】 http://www.gov.cn/jrzq/2013-02/22/content_2338339.htm;

<http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/20130222/163014620367.shtml>, 访问于2019年3月4日

【3】 <http://www.chinanews.com/sh/2013/08-08/5136788.shtml>, 访问于2019年3月4日

【4】 <http://www.shdrc.gov.cn/fzgggz/jggj/jghzcfjds/24064.htm>, 访问于2019年3月4日

【5】 <http://auto.people.com.cn/n/2014/0911/c1005-25644190.html>, 访问于2019年3月4日

【6】北京锐邦涌和科贸有限公司与强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案，（2012）沪高民三（知）终字第63号

转售价格维持带来反竞争影响为理由，驳回了原告的起诉。然而，似乎法院的实践没有完全遵循反垄断司法解释条款的规定，该规定要求“被告有责任证明此类协议不具有消除或限制竞争的效果”根据这一规定，在民事诉讼中，应当首先假定转售价格维持是反竞争的，然后由被告承担推翻这种假定的举证责任。

然而，在2016年刚刚做出判决的东莞横沥国昌电器商店诉东莞晟世欣兴格力贸易有限公司案【7】中，法院则采用了完全不同的理由。一审法院认为，根据《反垄断法》第十四条第二款中的规定，该协议“限制最低转售价格”，因此所指控的转售价格维持行为构成垄断协议是无可置疑的，但是二审法院认为根据以下两个理由，该行为不构成《反垄断法》中的垄断协议行为：

(1) 东莞空调市场存在正常的市场竞争，格力空调在市场上没有占据主导地位。即使格力限制最低转售价格，消费者可以自由选择其他代替的空调品牌。无论是在水平的空调品牌中还是在垂直的空调相关产品的供应市场中，三方协议的转售价格维持既没有消除或限制竞争的目的，也没有产生消除或限制竞争的影响。

(2) 格力品牌内部的竞争并没有完全消除。即使在价格竞争受到限制的情况下，每个经销商都可以参与售前广告、促销和售后服务的竞争当中。

宽大处理

“意见稿”第38条体现了反垄断执法机构执行《反垄断法》的宽大处理，这主要源自于“工商总局垄断协议规则”第十一条、“工商总局程序”第二十条、“发改委反价格垄断规定”第十二条和“发改委程序”第十四条。事实上，发改委之前的规定比工商总局之前的规定提供了更详细的指导。但遗憾的是，“意见稿”基本上只借鉴了工商总局之前的规定。宽大条款规定如下：

参与垄断协议的经营者可以在反垄断执法机构立案前，或者立案后、作出行政处罚告知前，主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据，申请减轻或者免除处罚。

反垄断执法机构决定减轻或者免除处罚，应当根据经营者主动报告的时间顺序、提供证据的重要程度以及达成、实施垄断协议的有关情况确定。

重要证据是指能够对反垄断执法机构启动调查或者对认定垄断协议行为。

起到关键性作用的证据，包括参与垄断协议的经营者、涉及的商品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施等情况。

与工商总局和发改委之前的规定相比，该“意见稿”取得了一定进展。例如，宽大条款只会适用于“在反垄断执法机构立案前，或者立案后、作出行政处罚告知前”这些期间。另外，该“意见稿”并没有将“工商总局垄断协议规定”第十一条规定的垄断协议的组织者排除在宽大处理的范围之外。这显然更加有利于鼓励经营者举报垄断协议的行为，也更合理地节约了反垄断执法机构调查案件的资源。

【7】 东莞市横沥国昌电器商店与东莞市晟世欣兴格力贸易有限公司、东莞市合时电器有限公司纵向垄断协议纠纷一案一审民事判决书，(2015)粤知法商民初字第33号

然而，该“意见稿”并没有遵循“发改委程序”第十四条所规定的减轻罚款的具体数额以及适用豁免或减轻处罚的具体情况。市场监管总局可以不具体规定罚款的数额，而是酌情考虑某些因素，对经营者的处罚进行免除或减少。与欧盟不同的是，宽大处理并非中国反垄断执法机构的强制性义务，在这一问题上，反垄断执法机构有自由裁量权。对于免除或减轻罚款以及减免的数额，市场监管总局应该提供更详细的指导，经营者从而可以更好地预测宽大处理规则，并且更有信心的去运用宽大处理规则。

此外，与欧盟的做法不同，该“意见稿”没有为申请宽大处理的申请人提供保护措施的规定。因此，中国的宽大处理制度在实践中能否真正发挥预期的作用？这点值得怀疑。

2013年8月8日，发改委宣布，惠氏、贝因美、明治三家公司因为主动向反垄断执法机构举报了垄断协议，提供了重要证据，并且积极主动地改正了自己的行为，所以进行了宽大处理，免除了处罚。发改委没有提供进一步的事实和证据证明这种免除处罚。因此，针对发改委对本案中的免责事由，很难进行详细的分析。然而，根据事实调查，发改委只提到了所有经营者的转售价格行为，其违反反垄断法的行为并没有涉及经营者之间的任何横向垄断协议。因此，发改委将宽大处理运用到了垂直转售价格维持协议中。在中国，宽大处理看起来似乎既适用于横向垄断协议，也适用于垂直垄断协议。但在大多数司法区域，这种宽大处理制度只适用于横向垄断协议。

此外，“意见稿”第三十六条规定，如果经营者是因为法律法规授权处理公众事务的行政机关或组织滥用权力而违反《反垄断法》，并且经营者能证明其没有责任的，则可以减轻处罚。然而，该“意见稿”没有就如何证明经营者没有责任提供指南。事实上，在信雅达案件【8】中，经营者认为垄断协议是中国人民银行组织的，但安徽工商行政管理局并不认为可能存在的政府行政垄断行为能够证明经营者的违法行为是正当的，可能存在的政府行政垄断的行为也不是豁免经营者责任的理由。

其他

该“意见稿”规定了市场监管总局和其地方分局的工作的管辖权分配，并且确认将反垄断执法权力授权给省级的市场监管部门。该“意见稿”同时规定，反垄断执法机构应当在收到有关违反《反垄断法》的书面报告时展开调查。这意味着，报告竞争对手的垄断行为可能被用作市场竞争的一种手段。但是，“意见稿”没有规定在恶意的情况下提出报告可能导致的法律责任。

结论

总体而言，市场监管总局发布的“意见稿”在引入“安全港”制度、统一执法机构、进一步明确《反垄断法》中没有列明的其他垄断协议等方面取得了一定的进展。对于企业经营者而言，遵守《反垄断法》更加具有可预测性。然而，仍有一些重要的悬而未决的问题有待进一步澄清，例如有关知识产权的非价格纵向协议。特别是在行政执法和司法诉讼中，对垄断协议的认定仍存在较大分歧。根据2019年1月1日刚刚生效的《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》，最高人民法院的知识产权法庭将会审理所有的有关反垄断争议的民事和行政上诉案件，我们期待最高人民法院能够解决这一问题。

【8】 <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2016-11/30/cms93135article.shtml>, 访问于2019年3月4日

**吴永胜**

北京立方（上海）律师事务所合伙人

吴永胜律师具有大约20年的工作经验，拥有中国律师执业资格和专利、商标代理人执业资格。吴律师主要业务领域为知识产权、外商投资、网络法以及争议解决，其执业领域主要涉及高新技术、媒体、通信、生命科学和医药健康、汽车、能源和自然资源等行业。吴律师具有在中国各地法院进行知识产权诉讼及其他案件诉讼的丰富经验，凭借其技术教育背景及坚实的专利申请经验，吴律师尤其擅长涉及复杂技术的专利、商业秘密、计算机软件和植物新品种诉讼。

立方律师事务所编写《立方观评》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

有关我所详细介绍请登录网站 <http://www.lifanglaw.com>，或请联系我们：

北京：北京市东四十条甲22号南新仓商务大厦A座11层（100007）

电话：+861064096099

传真：+861064096260

上海：上海市浦东新区陆家嘴东路166号中国保险大厦28层2805

电话：+862158501696

传真：+862168380006

广州：广州市天河区珠江新城珠江东路16号高德置地广场G座3806

电话：+862085561566/85561660/38898535

传真：+862038690070

深圳：深圳市福田区金田路与福中三路交汇处安联大厦22B03室

电话：+8675586568007/86568070

传真：+8675586568072

武汉：湖北省武汉市武昌区昙华林路202号南国昙华林泛悦中心写字楼A座25层2505

电话：+862787301677

传真：+862786652877

首尔：韩国首尔市麻浦区麻浦大路45 ILJIN大厦5层

电话：+00820269590780

传真：+00820221799332

