

# 风险与规则



華誠律師事務所  
WATSON & BAND LAW OFFICES

合 規 通 訊  
2015年 11.12月

## 监管风向

- |                                 |   |
|---------------------------------|---|
| 工商总局   2016年工商和市场监管重点工作——突出竞争执法 | 1 |
| 发 改 委   向8家国际海运企业开出4.07亿元反垄断罚单  | 2 |
| 商务部等   反垄断案件申报数大增 未申报或被处50万以下罚款 | 3 |

## 热点案例

- |                                 |   |
|---------------------------------|---|
| Q公司无正当理由拒绝交易案：独家代理+“缓冲期”条款背后的垄断 | 4 |
|---------------------------------|---|

## 实务Q&A

- |                      |   |
|----------------------|---|
| 互联网时代的反垄断问题 四大热点问题解读 | 6 |
|----------------------|---|

## 律师评述

- |                  |   |
|------------------|---|
| 纵向市场分割协议的反垄断法律规制 | 8 |
|------------------|---|

## 工商总局：2016年市场监管重点工作——突出竞争执法

12月24日，国家工商总局党组书记、局长张茅在全国工商和市场监管工作会议上就2016年工商和市场监管工作提出了五个方面的要求。其中第四点提到，要求注重发挥竞争政策的基础性作用，把竞争执法摆在更加突出的位置，“加大竞争政策实施力度，强化市场监管执法”，具体包括：加强反垄断和反不正当竞争执法、网络市场监管、广告监管以及商标专用权保护。



**1. 加强反垄断和反不正当竞争执法。** 严厉查处垄断协议、滥用市场支配地位行为，依法制止滥用行政权力排除、限制竞争行为，消除地区封锁、打破行业垄断。要深化反不正当竞争执法工作，以医药、教育教学服务、公共服务等行业和领域为重点，严厉查处商业贿赂，进一步加大对侵犯商业秘密行为、互联网领域不正当竞争行为的查处力度。

**2. 加强网络市场监管。** 坚持信用管网，进一步落实网店实名制，有效发挥失信惩戒的作用，推进网络市场信用体系建设。要坚持协同管网，构建社会共治的网络市场监管新机制，强化网络交易平台等网络经营主体的自我管理。开展2016红盾网剑专项行动，加大侵权假冒等违法行为打击力度，促进网络市场环境的自我净化。

**3. 加强广告监管。** 提高广告监测监管水平，切实加强互联网广告监测中心建设。探索实施广告信用评价制度，建立广告信用档案。严格执行新《广告法》，进一步加大对重点案件的统一指挥和督办力度。要实行案件查办通报制度，巩固对前期重点整治地区、媒体和广告经营者的整治成果，持续打击和遏制虚假违法广告的趋势。

**4. 加强商标专用权保护。** 切实加强商标监管执法，以高知名度的商标、地理标志、涉外商标为重点，打击侵权假冒行为，切实保护商标专用权。进一步加强商标代理监管，规范商标代理市场秩序。引导企业树立商标品牌价值理念，提升商标运用保护和品牌经营管理能力。探索建立中国企业海外维权信息收集平台，支持中国企业和中国品牌“走出去”。

## 发改委：向8家国际海运企业开出4.07亿元反垄断罚单

发展改革委日前对日本邮船株式会社、川崎汽船株式会社、株式会社商船三井、威克滚装船务有限公司、华轮威尔森物流有限公司、智利南美轮船有限公司、日本东车轮船有限公司、智利航运滚装船务有限公司等8家滚装货物国际海运企业达成并实施**串通投标价格垄断协议**的行为依法做出处罚，分别处以2014年度与中国市场相关的滚装货物国际海运服务销售额4%至9%不等的罚款，合计罚款4.07亿元。

调查证据显示，8家滚装货物国际海运企业在往返于中国与其他国家和地区的滚装货物（包括汽车、卡车以及工程机械等）海运服务市场上，存在**互不侵犯既有业务以维持或抬高运费水平的共识，并针对滚装货物制造商发出的进出口中国的海运业务招标、询价等事项，通过电话、会议、聚餐、电子邮件、专程拜访等方式频繁进行双边或多边沟通，交换敏感信息、进行价格协商、商讨投标意向、分配客户及航线，多次达成报高价或不报价的协议并予以实施，协助具有竞争关系的海运企业获得了海运订单**。相关海运企业规避反垄断监管的意图明显，采取了多种不正当手段。相关海运企业价格垄断行为持续时间长，从2008年中国反垄断法施行算起，存续时长不少于四年。相关海运企业价格垄断行为影响面广，涵盖滚装货物进出口中国海运市场的北美-中国、欧洲-中国、中国-南美、中国-欧洲、中国近海等主要航线，涉及多个汽车品牌 and 工程机械品牌。



发展改革委相关负责人表示，8家滚装货物国际海运企业达成并实施价格垄断协议的行为排除、限制了相关市场竞争，抬高了滚装货物国际海运费率，损害了中国相关滚装货物进出口商和终端消费者的利益，违反了**中国反垄断法关于禁止具有竞争关系的经营者达成并实施固定价格、分割市场等垄断协议**的规定。

案情查明后，发展改革委先后两次向8家海运企业通报查明的事实及证据，并听取反馈意见，给被查企业充分表达意见的机会。8家海运企业认识到自身违法行为的性质、危害并深表歉意，愿意承担相应法律责任，同时提出了相关整改措施：**一是加强反垄断合规制度建设，如设置首席竞争合规官并建立审查机制等；二是加强反垄断合规培训教育，如向全体员工印发反垄断合规手册等；三是加强反垄断合规技术建设，如开发软件系统筛查内部敏感邮件等。**

## 反垄断案件申报数大增 未申报或被处50万以下罚款

10月下旬，商务部在例行新闻发布会上表示，2015年前9个月，商务部收到经营者集中反垄断案件申报数、立案数和审结数大幅度增长。该增长与近两年并购数大幅增长有关。数据显示，前9个月中商务部收到的案件申报共244件，同比增长43.5%；立案247件，同比增长49.7%；审结236件，同比增长42.2%。

今年以来，无论是中国对外投资还是国外的企业对华投资有一个明显特征，即并购较多。根据《反垄断法》、《关于经营者集中申报标准的规定》等相关规定，达到申报标准的经营者集中都必须事先向商务部进行申报。未申报的不得实施集中。任何有义务向商务部事先申报而未申报且已实施的经营者集中，均构成未依法申报，商务部可处以50万元以下的罚款。

商务部今年对4起案件实施了行政处罚，百视通和微软等6家公司均因违反《反垄断法》，在收购行为已实施或合营企业已设立的情况下未向商务部申报，分别处以15万至20万元罚款。

“经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。”  
——《反垄断法》第48条

2013年，百视通与微软在上海自贸试验区设立合营企业百家合，由于未事先向国务院反垄断执法机构申报，商务部对百视通和微软分别处以20万元罚款。2014年12月，上海复星医药计划收购二叶制药65%股权，其中35%通过其子公司复星医药产业向二叶制药中方股东收购。商谈期间，复星医药产业未经批准完成了35%的股权受让，涉嫌未依法申报，此次被罚20万元。此外，南车浦镇和庞巴迪瑞典因设立合营企业涉嫌未依法申报而均被处以15万元罚款；福建省电子信息(集团)有限责任公司收购深圳市中诺通讯有限公司35%股权涉嫌未依法申报进行立案调查，被处以罚款15万元。

“对于新设合营企业，如果至少有两个经营者共同控制该合营企业，则构成经营者集中；如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，则不构成经营者集中。”  
——《关于经营者集中申报的指导意见》第4条

上述4起经营者集中案件经商务部评估认为均“不会产生排除、限制竞争的影响”，因此不涉嫌垄断，但却由于没有按照上述规定进行申报，仍被处以行政处罚。

## Q公司无正当理由拒绝交易案：独家代理销售合同+"缓冲期"条款背后的垄断

**违法行为类型：滥用市场支配地位行为**

**行政处罚内容：处2013年度销售收入3%的罚款43.9万余元**

**处罚机关：重庆市工商行政管理局**

**处罚日期：2015年10月**

重庆Q药业有限公司到重庆市工商局咨询，称其在2013年9月与湖南湘百合医药公司（“湘百合公司”）签订《别嘌醇原料经销协议》（“协议”）后，客户反映其经营行为违反《中华人民共和国反垄断法》的相关规定。Q公司向工商局提供了《协议》原件和别嘌醇原料药、制剂的相关生产情况，请求重庆市工商局对其经营活动是否违法进行确认。

重庆市工商局对本案涉及的**相关市场、当事人在相关市场中是否具有支配地位、是否存在滥用市场支配地位拒绝交易的行为、当事人拒绝交易有无正当理由，以及拒绝交易行为造成的危害后果**等方面作出了调查和认定。

工商局认定，当事人利用其在别嘌醇原料药市场的支配地位，于2013年10月至2014年3月对别嘌醇原料药需求者实施了拒绝交易行为，违反了《反垄断法》第十七条第一款“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为（三）**没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易**”，属于滥用市场支配地位拒绝交易的行为。

在该公司拒绝交易有无正当理由的认定上，工商局认为：

### **1. 拒绝供货不符合当事人自身正常经营活动和经济效益的需要。**

正常竞争情况下，经营者为了盈利都愿意多销售产品，获取更多的利润。但当事人为了提高别嘌醇成品药市场占有率，宁愿牺牲半年别嘌醇原料药的销售利润，拒绝多方供货请求，清理市场，其做法违反自身正常经营活动和经济效益需要。

**2. 当事人拒绝供货是为了使垄断利益最大化。**当事人既生产别嘌醇原料药又生产别嘌醇片，拒绝供货是为了消耗完市场存量的别嘌醇原料药，使其他别嘌醇制剂生产企业因原料缺乏而不能生产、销售别嘌醇制剂，从而达到抬高别嘌醇原料药价格、清理别嘌醇制剂市场，控制其它别嘌醇制剂生产企业的生产能力，降低其它制剂企业的市场竞争力，提高自产别嘌醇制剂市场占有率，牟取超额利益的目的。按别嘌醇原料药市场推算，当事人在拒绝供货行为发生后的近1年时间里，其别嘌醇制剂市场占有率提高47个百分点。





**3. 当事人签订别嘌醇原料药全国独家代理销售协议，约定“缓冲期”条款，拒绝供货是其排除竞争，实现垄断利润的经营模式。**本案独家代理销售协议中约定：“合作的第一阶段为合同启动期，即2013年10月至2013年12月为缓冲期。甲方不考核乙方指标，是否销售产品由乙方视市场情况而定。甲方须维护乙方的合法权益，协议期内不得将产品销售给未经乙方授权的其它国内任何客户，否则视为违约。”当事人又与湘百合公司签订了别嘌醇片全国销售的经销协议，并约定：“乙方在协议期内前两年的销售目标任务分配必须在上年度原料使用量基础上保持20%的增长，2013年原料药用量以5吨为基数，第三年起别嘌醇片的销售指标不低于150万瓶。”

工商局依据相关证据认定，当事人与湘百合公司签订别嘌醇原料药全国独家代理销售合同的主观目的，是利用合同滥用其别嘌醇原料药市场支配地位，排除其它别嘌醇制剂生产企业的竞争，提高自产别嘌醇片市场占有率。当事人与湘百合公司在2013年9月签订的别嘌醇原料药全国独家代理销售合同和别嘌醇片全国经销协议有非常紧密的联系。别嘌醇原料药全国独家代理合同中约定的“缓冲期”条款是实现别嘌醇片全国经销协议中约定的销售目标的基础。

**当事人与湘百合公司在别嘌醇原料药全国独家代理销售合同中约定“缓冲期”条款是为了在缓冲期内不对外销售别嘌醇原料药，从而清理别嘌醇原料药和别嘌醇制剂市场，为进而控制别嘌醇制剂市场打下基础。**

合同双方只有先履行“缓冲期”约定，拒绝向市场供应原料，才能消耗完市场上的别嘌醇原料药和别嘌醇片的存货，再通过控制别嘌醇原料药的销售，控制其它制剂生产企业的制剂产量，同时提高自产别嘌醇片的销售量，从而达到在别嘌醇片全国经销协议中约定的销售目标。此销售目标从2016年起约是当事人2013年销售量的3倍。

此外，当事人已于2013年12月意识到继续执行此带有“缓冲期”的代理合同有可能违法，但仍以合同纠纷为由继续对外拒绝供货，其行为已对下游企业造成损失。

综上，工商局认为当事人以合同约定作为其拒绝供货的理由不正当。当事人签订别嘌醇原料药全国独家代理销售协议，约定“缓冲期”条款，拒绝供货是其排除竞争，实现垄断利润的经营模式。

## 互联网时代的反垄断问题 四大热点问题解读



近期，互联网领域竞争出现了新的明显态势：业内龙头企业纷纷合并。例如58同城和赶集网、滴滴和快的、美团和大众点评以及刚刚出炉的携程和去哪儿的股权合并。这些合并的共同点就是合并双方都是业内数一数二的企业，属于绝对的强强联手。这类合并不可避免地引出一个问题：业内巨头合并，市场份额都已占据各自所在领域的绝对垄断地位，已经触发了我国反垄断机制，那么，政府对此的反垄断到底该不该启动？应该如何把握互联网时代的反垄断问题？这无疑是在“互联网+”市场竞争和政府监管中一个至关重要的问题。

### 一、互联网公司的并购是否属于反垄断监管的范畴？

互联网龙头企业的合并，得利最大的一方无疑是资本方，但政府的反垄断监管，却不是以资方标准为标准，而是以消费者利益为根本标准。简而言之，是否抑制了市场的竞争形态，是否为消费者提供了更加优质且具有成长空间的服务或产品，才是政府监管的最终衡量标准。以该视角来看，反垄断监管的界限在于有关合并是否能够实现各方市场资源的有效整合，从而提高资源的使用效率、降低市场的运营成本、有力的促进新产品的开发等。

以上所列及的条件是必须的，是所有市场行为理所当然的努力方向，目前看来也有实现的可能。但更重要的，是考虑合并后市场竞争格局的变化对行业经营行为的影响，即企业是否有更强的意愿和压力为消费者提供新的价值。如果并购弱化了竞争，甚至形成了垄断，则会降低企业为消费者提供更好价值的积极性，转为利用市场垄断地位赚钱；如果强化了竞争，或者至少没有弱化竞争，则为了竞争和发展的需要，优势企业势必继续努力维持甚至加强自己的市场竞争地位，努力通过自己的经营为消费者提供更多的便宜和满意度。而其他企业也依然有充足的可能性去挑战龙头企业的市场地位。

鉴于互联网条件下竞争态势、竞争格局的根本改变，以及有关领域的市场竞争格局的现状，相关并购似乎还不足以削弱竞争，更不可能消灭竞争，所以正向竞争的总体态势依然会保持。当然，市场竞争格局如何变化尚有待观察。

### 二、互联网龙头企业的合并后是否会对市场产生控制作用？

首先，目前看来还不会。虽然这些龙头企业合并理所当然占据了相关领域大半市场份额，但远不能说就能控制了市场的定价权，无论是对上游的服务/产品提供者还是下游的消费者，以及同领域的其他竞争对手。这其中的根本原因是互联网时代下竞争特征的极大改变，即竞争平面化、直接化，互联网企业的渠道控制力大大减弱。如携程去哪儿合并后，或许他们可以协调市场策略不再烧钱打价格战，但他们却左右不了其他OTA服务商继续通过价格上的优势与携程和去哪儿竞争。如果携程去哪儿合并后提供的服务、价格没有竞争力了，其市场份额很容易就会被其他竞争对手抢走。

其次，从更广泛的市场角度考虑，这些合并还远不能说形成了市场垄断。如携程去哪儿合并后是占了我国在线旅游(OTA)市场份额的近70%，可OTA只占我国旅游业的不到10%，也就是说，合并后的携程去哪儿也只占我国旅游销售市场的不到7%，且各种旅游销售方式替代性极强，供需双方的替代成本也很低，即使业内优势企业也不可能利用自己的优势市场地位来控制市场。同时，从旅游业总体发展态势来看，OTA还处于高速发展阶段，市场空间巨大，竞争格局更不可能固化，不能静态、绝对地看待目前优势企业的市场份额。

### 三、互联网时代判定市场垄断，有何不同？

互联网时代的市场竞争，与传统条件下的市场竞争有根本差异。传统竞争条件下，50%以上的市场份额几乎意味着对于市场的绝对垄断，相对于竞争对手、产品供应商和消费者都具有了绝对优势地位，可以利用此地位谋取利益。因为市场渠道掌握在垄断者手里，而生产者、消费者无法直接交易或者直接交易成本巨大以至于不可能，而竞争对手短时间内也无法替代这个巨无霸直接面向消费者，即使这些竞争对手可以提供质量更好、价格更低的产品和服务——就是通常所谓的形成了市场竞争壁垒。

但互联网时代的竞争有了根本性变化，市场越来越平面化、直接化，生产商、服务商与消费者的连接不再遥不可及或成本巨高，而是可以点对点直接面对，几乎不需要付出替代成本，这就对中介服务商产生了根本制约，即使行业巨头也不可能绑架两者了。同时，这种状况也让竞争对手不再受到传统市场竞争那样的压制，市场格局随时可能发生颠覆性变化，传统意义上的优势市场地位的控制力、持续力大大削弱，原来意义上的市场竞争壁垒几乎不再存在。所以，在互联网竞争态势下，单纯的市场份额，已经不能作为判断是否构成垄断的基本标准。

### 四、互联网时代的反垄断认定标准需要注意哪些问题？

由于互联网时代的冲击，就目前来看，即使在传统的反垄断领域，也越来越趋向于对垄断行为的禁止，而非一般的市场优势地位的禁止。那么，即使企业在某个领域拥有了绝对市场优势地位，但却没有“不当”利用这一优势地位去谋取利益，损害消费者和竞争对手权益从而产生抑制市场发展的结果，政府部门将不能以反垄断为由强令该企业解除其市场垄断地位。

也就是说，只要政府保留着对于企业的垄断行为随时进行查处的权力，并且这种查处可以即时消除垄断行为产生的不良后果，则没有必要对于企业获取更大市场份额的行为予以提前禁止，应转而加强对其实际经营行为的监控。从国际反垄断的趋势看，随着市场竞争的日益国际化，以及互联网时代自身鲜明特色对于当下市场的强烈冲击，主要国家反垄断的重点已经越来越转向对于企业实际垄断行为的监管。与此同时，如果我们对于互联网时代垄断与反垄断的基本特征不能清晰的辨识，对企业获取市场优势地位的过程中予以制止而不是强化后期企业市场竞争具体行为的监管，这样反而会对市场产生反向的抑制作用。为了避免对于市场的不当干预，维护市场竞争，同时激励企业创新、集约、规模发展，实现行业发展水平提升和消费者福利增加的高度统一，应该着力加强对反垄断行为的强力监管，放开对市场份额占有度的限制。

来源：《携程去哪儿合并引致反垄断监管新思路》马宇(商务部)



# 纵向市场分割协议的反垄断法律规制



作者：朱小苏 合伙人 律师

**【摘要】**纵向市场分割协议作为典型的纵向限制协议，其合法性一直以来存有争议，而我国的《反垄断法》对此又未明确规定，以致实践中存在不确定性。笔者从纵向市场分割协议的概念着手，分析其给市场带来的积极效应大于其反竞争效果，且鉴于目前欧美等国家对纵向市场分割协议的观点已由严苛转为温和，故主张在我国对其采取更为宽容的处置态度，并结合工商机关的执法实践加以佐证。最后，笔者还对如何在实践中进一步降低纵向市场分割协议的违法风险提出了建议。

**【关键词】**纵向市场分割 反垄断 宽容对待

随着《反垄断法》的执法力度自2013年起不断增强，至2015年2月高通案开出了60多亿的“天价罚单”，越来越多的企业开始审度自身经营活动中可能存在的《反垄断法》违法风险。这其中，经营者与其下游销售商约定的纵向市场分割条款由于常见于汽车、医疗、家电、化妆品等行业的销售模式中，与市场经济秩序与消费者的利益息息相关，因此成为关注的焦点之一。由于《反垄断法》本身对此规定较为模糊，引得各方评价不一，以至经营者在实践中感到不确定性较大。鉴于此，本文尝试从纵向市场分割协议对竞争的影响入手，结合国外操作的经验，对其合法性进行分析，并就在实践中如何进行风险防范提出建议。

## 一、纵向市场分割协议的定义及《反垄断法》下的相关规制

我国《反垄断法》将排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为（合称“垄断协议”）列为其规制的对象，而根据达成垄断协议的协议人的不同，进一步分为横向垄断协议与纵向垄断协议。在具有竞争关系的经营者达成的横向垄断协议中，“分割销售市场或者原材料采购市场”被明确禁止，其原因在于虽然此类横向市场分割协议或许也会带来规模效益、降低开支等益处，但由于在指定的地域不存在竞争，消费者没有挑选产品和卖家的机会，供货商也失去技术开发的动力，反而通过控制产量而提高价格，所以横向的市场分割协议对整个社会造成的负面效果总体十分明显，几乎在世界范围内都被明令禁止。在我国公布的工商行政机关查处的反垄断第一案“江苏混凝土市场垄断协议处罚案”中，连云港市建筑材料和建筑机械行业协会混凝土委员会和当地5家混凝土企业就因订立垄断协议分割市场，而被处以合计近百万元的处罚<sup>①</sup>。

与横向垄断协议不同，纵向垄断协议往往由处于上下游不同的经营者达成，一般发生在经营者与其交易相对人之间，关于划定销售地域的协议便是其中的典型表现之一。由于销售地域被限制，各销售同一品牌的销售商不得进入他家的销售市场，因此也可被视为“纵向的市场分割协议”。在名称上，此类协议叫法繁多，如独占市场协议、地域限制协议、排他市场销售协议等，但本质大体相同，即一般表现为上游的供货商要求下游销售商不得超越其指定的区域从事销售活动；或是在此基础上，进一步的规定销售商只能在指定地域展开销售活动，一旦销售商违反规定在其他经销商负责的地域销售产品，就必须承担支付违约金或上缴由此产生的利润的罚责。

早在《反垄断法》实施之前，一些谨慎的厂家如广州丰田汽车就因担心自己经销模式中禁止经销商跨区域销售可能触发《反垄断法》违法风险而决定解禁跨区域销售，允许经销商向异地销售<sup>②</sup>。但区别于横向垄断协议，正式颁布的《反垄断法》只对限制转售价格和限制最低转售价格两类纵向垄断协议以列举式的方式加以禁止，而对纵向市场分割协议的态度却没有明示，仅以“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”这样的兜底性条款概括之，从而赋予反垄断执法机构很高的自由裁量权，有权制止一些严重限制竞争但法律没有明确规定的纵向协议。也正是因该兜底性条款的设定，使得其存在如悬顶的达摩克利斯之剑，让经营者对究竟是否还可以按惯例约定纵向市场分割条款有些不知所措。

## 二、“宽容对待”纵向市场分割协议的法律分析

尽管法律规定存在不确定性，但笔者认为，在当前经济形势下，我国在建立其市场公正秩序进程中应对纵向市场分割协议采取一种较为宽容的态度，概括而言，其主要有以下几方面原因：

### （一）纵向市场分割协议本身带来的积极效应

作为一种限制竞争行为，纵向市场分割协议的产生既有助于当事人实现效率目的，也不可避免的会对市场竞争和消费者福利产生多方面的正、反影响，但当今普遍的观点是其所带来的促进竞争的意义远远大于其所导致的反竞争效果，这其中尤以美国芝加哥学派为代表。他们认为，纵向限制竞争协议因为不是竞争者之间的协议，其目的不是为了共同限制生产数量或者抬高产品价格，相反，协议当事人的共同利益在于提高产出，这种协议普遍能够起到增大社会财富的作用，因此应该予以肯定<sup>③</sup>。

同时，纵向市场分割协议也有利于减少销售活动中的“搭便车”现象，提升销售商的积极性。可以想象，如果一个地域范围内存在同一品牌的许多销售商的话，销售商之间就很可能出现“搭便车”现象，即彼此冀望他家在促销方面多做努力，而自己则不愿意投入过多成本，以免让别的销售商白白共享品牌价值提高的好处。而若一个地域仅存在一家销售商，其在推销产品中所进行的投资将和其自身经济效益直接挂钩，这就大大提高了该销售商的积极性，其结果就会扩大产品的销售和生产。

更为重要的是，虽然在一定程度上，纵向市场分割协议减少了同一品牌内销售商之间的竞争，但由于每个地域只有一家销售商，销售商对经销的可预期性更强，有利于其作长期安排，优化经营状况，从而提高该品牌经销的整体竞争力。从更宏观的角度，不同品牌的同类产品之间销售的竞争得到了提高，最终使得消费者可以拥有更多的选择，享受更优惠的价格。

### （二）借鉴各国对纵向市场分割协议的宽容态度

除了纵向市场分割协议本身可以带来的上述种种积极效应外，其他竞争法实践较为成熟的国家的先进经验也应是我国借鉴的重要依据。在制订《反垄断法》时，起草者即明确“当经营者之间限制竞争的协议有利于整体经济发展与社会公共利益，且不损害实质竞争时，应当根据国际通行做法规定可以豁免”<sup>④</sup>。而在国际上，目前各国均不约而同地普遍对纵向市场分割协议持有较为温和的态度，实践中，对不包括零售价格固定的纵向市场分割协议通常都不一概禁止<sup>⑤</sup>。

以美国为例，1967年的“施温案”（U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365）曾将纵向市场分割协议列为本身违法，在该案中自行车生产商西温公司划定22家销售商并规定每个销售商只能在指定地区销售自行车，从而被法官认为限制行为明显地毁灭竞争。但1977年的“大陆电视机公司诉希尔瓦尼亚公司案”（Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.）则对纵向市场分割协议产生了颠覆性的认定。联邦最高法院在该案中面对大陆电视机公司规定零售只能在指定地区设立营业场所的条款，认为尽管内部竞争必然减少了，但在相当程度上加

同一地域中的销售商和其它供货商的独家销售商的竞争，因此协议中的划定地区条款并不必然违法，该案应当适用合理原则进行分析。此案所订立的原则后为美国司法部所认可，并通过1985年制定的《纵向限制指南》（Vertical Restraints Guidelines）加以固定。该指南认定包括对销售地区的限制在内的“选择性销售制度（selective distribution systems）是合法的<sup>⑥</sup>。

相比较美国的宽容态度，欧盟出于市场一体化的政治目的出发，虽对纵向市场分割协议的态度略显严厉，但仍然呈现了一个不断放宽的趋势。在著名的1964年“Consten”案（Consten and Grundig v. Commission）中，欧共体法院认定任何授予经销商绝对的地域保护的协议均将被判为违法，且无法得到豁免，但该判决受到了广泛的质疑。在此后欧共体委员会在1983年颁布的关于排他销售协议的豁免的条例中<sup>⑦</sup>，授予排他性地域的协议在满足一定条件下可以得到豁免。1999年12月，第2790/99号条例颁布，取代了此前的1983/83号条例。在该条例中，进一步明确“一个纵向限制协议如果禁止买方在卖方排他性的地域或卖方为其他买方保留的排他性地域进行主动销售，在这种限制不影响买方客户销售的情况下，可以得到豁免<sup>⑧</sup>。”第2790/99号条例在2010年到期后，延续的第330/2010条例延续了上述的规定<sup>⑨</sup>。

除美国和欧盟外，其他一些国家，如日本《禁止垄断法》第3条明确禁止“不正当的交易限制”，因其违反公共利益，对一定交易领域内的竞争造成实质性限制<sup>⑩</sup>。但是，日本的不当交易限制只将限制转售价格的纵向垄断行为作为规制对象，而对包括纵向市场分割在内的非价格限制却未加规制。

由上可见，对纵向市场分割协议采取宽容的处理方式是当前各国的普遍态度，而中国的《反垄断法》实施时间尚短，应无必要逆世界的潮流，对纵向市场分割协议严厉处置。

### 三、“宽容对待”纵向市场分割协议的执法实证分析

除了前述对纵向市场分割协议主张宽容对待的法理分析外，作为我国对非价格垄断行为的执法机关，工商部门迄今对纵向市场分割协议的态度也颇有参考价值。在法律法规层面，尽管《反垄断法》第14条并未直接禁止纵向市场分割协议，而是以“兜底性条款”一言以蔽之，但国家工商总局在制定相关配套的《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》时，却曾试图对该兜底性条款做进一步的细化。在其公布该《规定》的第一次征求意见稿时，曾明确禁止“经营者无正当理由与交易相对人达成协议，约定交易相对人只能在特定的区域市场内从事经营活动”<sup>⑪</sup>，从而直接将无正当理由的纵向市场分割协议列为违法的纵向垄断协议。但在2010年5月公布的《规定》第二稿中，上述列举式的条款已被删除，取而代之的是提出了“禁止经营者与交易相对人达成具有排除、限制竞争效果并损害消费者利益的协议”的条款<sup>⑫</sup>。而在《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》正式颁布时，上述关于纵向垄断协议的条款被彻底删除。毫无疑问，这个立法的过程可以折射出工商部门对纵向市场分割协议执法态度由严到宽的转变。

更重要的是，根据笔者统计，在《反垄断法》生效至今的7年多时间里，工商部门公布的已办结的20件垄断处罚案件，前几年主要集中于横向垄断协议，而近年执法重心有逐年向滥用市场支配地位转移的迹象，但始终未做出任何对纵向市场分割协议的处罚决定（具体见下图）。在发改委于2013年公布的对贵州茅台和五粮液纵向垄断协议处罚公告中，除限制最低转售价格外，也提到了五粮液公司禁止跨区域和跨渠道销售的行为，但纵向分割市场在该案中并未明确被定为违法，而仅认定是五粮液限制转售价格的手段之一<sup>⑬</sup>，此后也未见执法机关对此再做处罚。由此不难看出，实践中，执法机关目前的重心仍聚焦于横向垄断协议以及滥用市场支配地位，对纵向市场分割协议在内的非价格型纵向垄断协议确实采取了较为宽容的态度和谨慎的处理方式。



#### 四、订立纵向市场分割协议的法律建议

虽然目前《反垄断法》执法机关对纵向市场分割协议的态度并不严厉，但不可否认此类协议本身仍然会降低同一品牌内的竞争，客观上可能存在具有排除和限制竞争的效果，因此，企业在签署纵向市场分割协议时，仍然需要提防其潜在的违法风险。在具体的个案处理中，笔者建议可以尝试借鉴上海高级人民法院在“北京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）医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案”<sup>④</sup>中的分析方法，从以下四方面考虑某纵向市场分割协议所可能带来的反竞争效果：

##### （一）相关市场的成熟程度

如此前所分析，纵向市场分割协议所可能带来的最大危害是限制了同一品牌内的竞争。若是在一个由寡头垄断的产品市场，随着品牌内竞争的削弱，消费者面临的选择权也自然缩减；如果销售商在一定地域内是唯一的，则其主动降价的可能性也大大减少。相反，若是在一个充分竞争的产品市场，即使纵向市场份额削减了某品牌内的竞争，由此带来的品牌间竞争仍然可以带给消费者充分的选择权以及更优惠的价格。因此，纵向市场分割协议的协议方在签订协议前，应对自身所处的市场有整体的权衡和评判，包括产品的替代性、定价能力、市场准入难度等，若市场竞争相对不充分，则应采取更谨慎的态度处之。

##### （二）市场占有率情况

与市场成熟度相关联的，经营者在签署纵向市场分割协议前还需要对自身在特定市场上的占有率进行预估。若其市场占有率高，则制定市场分割协议所带来的反竞争效果相对较大；相反，若经营者本身不具有很高的市场占有率，则排除竞争的效果就小。实践中，包括美国、欧盟在内的很多国家和地区也将市场占有率作为评判一项纵向市场分割协议是否违法的标准之一，根据欧盟《关于纵向限制的指南》第162条的规定，如果采用纵向市场分割协议的供应商的市场份额不超过30%，则该协议被豁免的可能会很高，而美国《纵向限制指南》同样规定市场占有率不足10%的纵向限制行为不将被视为违法。

需要指出的是，若经营者的市场占有率超过50%，则根据《反垄断法》的规定将被推定为具有市场支配地位。根据《反垄断法》的规定，具有市场支配地位的经营者不得滥用其优势地位在交易时附加不合理的交易条件，而《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》更明确列举“对商品的销售地域附加不合理的限制”即属于前述的不合理交易条件。因此，若经营者的市场占有率较高，其实施的纵向市场分割行为除了因反竞争效果明显而可能被认定为违法的纵向垄断协议，受到《反垄断法》第十四条第三款的规定外，还可能构成与滥用市场支配地位的竞合，从而也违反《反垄断法》第十七条的规定。

## （二）经营者实施纵向市场分割协议的动机

一般而言，实施纵向市场分割协议的经营者均有一些目的或动机，例如，防止串货、维护经销商权益、提高售后服务质量等等，建议在订立具体协议前，经营者可以对这些动机进行梳理和筛选，排除可能构成绝对地区保护的不正当理由；必要时，可以由专业人士从法律、经济等角度进行分析，遴选出符合《反垄断法》下可以予以豁免的“正当理由”。同时，在签署纵向市场分割协议时，将该些理由以合适的语言嵌入正式文本中。这样，一旦确实受到执法机关对某纵向市场分割协议的质疑，也可以根据《反垄断法》第十五条以及相关经济、法律原理进行抗辩。

## （三）经营者实施纵向市场分割协议的效果

进一步地，在某纵向市场分割协议中，对地域限制的具体条款和条款所可能导致的后果也应予以留心，不宜施加过多可能限制竞争的约定。例如，如果对于协议的期限约定过长，则不竞争义务将成为一项长期义务，其所限制的品牌内竞争将在长时间内被固化，不利于社会整体经济效益的提升，因此，建议纵向市场分割协议的期限一般不要超过五年。又例如，对于赋予独占地域的销售商将产品出售给买家后，买家是否有权跨区域向别的销售地域进行再销售（即类似第三方可否向地域平行进口的问题），建议经营者在纵向市场分割协议中不应加以禁止，以避免造成绝对的地区保护的效果。

除上述以外，由于《反垄断法》作为“经济宪法”，与政府的调控方向、政策力度等均有紧密联系，因此，经营者在日常经营过程中，还可以自身主动或委托专业机构做好相关反垄断法的信息搜集和分析工作，以便前瞻性地掌握执法趋势，控制可能存在的违法风险。

---

①参见：竞争执法公告2013年第1号 江苏省连云港市建筑材料和建筑机械行业协会混凝土委员会组织本行业经营者从事垄断协议案，江苏省工商行政管理局行政处罚决定书（苏工商案字【2010】第00037号）

②参见：《反垄断法：汽车价格限制和跨区销售将放开》，载于《北京青年报》，2008年07月30日

③参见王晓晔：《纵向限制竞争协定的经济分析》，载于王文杰主编：《反垄断法的立法与实践经验》，清华大学出版社2004年版，第45页

④参见：尚明《中国反垄断立法现状》，载于王晓晔主编《经济全球化下竞争法的新发展》，社会科学文献出版社2005年7月版，第7页

⑤参见刘宁元、司平平、林燕萍：《国际反垄断法》，上海人民出版社2002年9月第一次版，第151页

⑥参见缪因如：《纵向地域及客户限制协议研究》，载于漆多俊主编：《经济法论丛》，第13卷（2007），

⑦参见：Commission Regulations (EEC) No 1983/83 and (EEC) No 1984/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive distribution and exclusive purchasing agreements

⑧参见：European Commission Regulation No.2790/1999 of 22 December 1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices

⑨参见：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

⑩参见：根岸哲 舟田正之（日）著 王为农 陈杰 译《日本禁止垄断法概论》（第三版），中国法制出版社2007年1月版，第37-38页

⑪参见：《工商行政管理机关关于禁止垄断协议行为的有关规定》（征求意见稿）第六条

⑫参见：《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》（征求意见稿）第八条

⑬参见：宁宣凤、刘佳、尹冉冉：《第一张纵向垄断协议罚单：贵州茅台和五粮液固定转售价格案简析》

⑭参见：上海市高级人民法院民事判决书（2012）沪高民三（知）终字第63号

# COMPLIANCE 华诚·合规

如您对通讯内容有任何疑问或咨询需求，欢迎与我们联系：

**上海市华诚律师事务所**

地址：上海市威海路755号26楼

电话：(86-21)-5292 1111

网址：[www.watson-band.com](http://www.watson-band.com)

华诚律师事务所总部设于上海，在北京、香港、哈尔滨、无锡、东京等地设有分所或代表处，在多个国家和地区均有合作所，为客户提供高品质法律服务。

华诚公司商务部律师长期致力于为境内外企业提供内部治理法律服务，关注公司投资与经营、反垄断、反商业贿赂、知识产权等合规热点问题。为客户提供切实可行的合规方案、日常法律顾问及纠纷处理，降低企业经营中的法律风险，是华诚的不懈追求。

© WATSON & BAND, 2015