

锦天城 法律通讯

2014 年 3 月 13 日



锦天城律师事务所
ALLBRIGHT LAW OFFICES

锦天城与华政竞争法研究中心联合 举办的竞争与反垄断的法律与最佳 实务研讨会会议重点解读

文/ 唐志华、李蕾¹

随着 2013 年执法机构在反垄断，特别是限制最低转售价格（维持转售价格）以及反商业贿赂领域执法力度的增强，较诸以往，经营者在上述领域发生争议或者卷入调查的风险变得更加突出。为进一步了解司法行政机关在上述领域的司法实践以及执法尺度的最新趋势，进而帮助客户建立更好的合规机制，锦天城律师事务所联合华东政法大学竞争法研究中心于 2014 年 2 月 15 日举办了“竞争与反垄断的法律与最佳实务研讨会”。在此次研讨会中，来自上海市高级人民法院、上海市发展与改革委员会所属的价格监督及反垄断局和上海市工商行政管理局的专家探讨并分析了近期在反垄断和反商业贿赂领域中备受关注的强生垄断协议争议案，茅台、五粮液及婴儿奶粉价格垄断案以及葛兰素史克商业贿赂案。本期通讯旨在介绍并解读有关专家演讲中关于垄断协议、价格垄断及商业贿赂认定的司法和执法之要点：

强生案终审判决回顾

强生案源于强生的经销商违反经销协议中的最低转售价格销售医用缝线，强生因而解除了其与经销商的经销协议。经销商随后以经销协议中的最低转售价格条款违反了《反垄断法》起诉强生。初审法院认为经销商未能提供任何最低转售价格条款有限制竞争效果的证据，作出了有利于强生的判决。在上诉中，上海市高级人民法院

¹ 唐志华律师是上海市锦天城律师事务所的合伙人；李蕾律师是上海市锦天城律师事务所的资深律师。



锦天城法律通讯

是锦天城律师事务所的法律简报，聚焦于对我们的客户在中国经营有影响的法律动态

锦天城律师事务所

是一家提供全方位法律服务的、全国领先的中国律师事务所，为境内外客户制定全方位的法律解决方案。我们在中国大陆和香港特别行政区共设有 11 家分所。

总部：

中国上海市浦东新区
花园石桥路 33 号
花旗集团大厦 14 楼
邮编：200120

电话：(8621) 6105-9000
传真：(8621) 6105-9100
电邮：huaqi@allbrightlaw.com

（“上海高院”）撤销了下级法院的初审判决，判决强生的最低转售价格条款违反了《反垄断法》。在研讨会上，来自上海高院的法官从以下几个方面回顾并评论了该案：

■ 垄断协议（包括横向和纵向）的认定要以排除、限制竞争效果为必要条件

上海高院明确指出《反垄断法》第十三条（列举了各种横向垄断协议）中规定的垄断协议的定义（即“垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”）同样适用于纵向垄断协议。因此，除非限制最低转售价格条款具有排除或者限制竞争的效果，其并非本身违反《反垄断法》。

■ 原告在限制最低转售价格争议中对其具有排除、限制竞争效果承担举证责任

上海高院认为，只有在法律、法规或司法解释有明确规定的情形下，《民事诉讼法》规定的举证责任才能倒置。既然现有法律、法规以及司法解释并未就纵向垄断协议的举证责任作出任何规定，纵向垄断协议纠纷就应当适用《民事诉讼法》规定的“谁主张谁举证”的原则。因此，对横向垄断协议举证责任的规定（被告承担证明不存在排除、限制竞争效果的责任）²不能适用于纵向垄断协议。这也就是说，在限制最低转售价格争议中，原告应当承担证明存在限制、排除竞争效果的责任。

■ 评估限制最低转售价格条款效果的因素

由于上海高院认为限制最低转售价格条款并非本身违法，而应当进一步评估其对市场竞争的影响，上海高院创造性地适用了一种类似于“合理分析原则”的原则。上海高院从以下四个方面评估了限制最低转售价格条款的效果：(1) 相关市场的竞争水平，(2) 实施者的市场地位，(3) 实

施者实施限制最低转售价格的动机³，以及(4) 限制最低转售价格对竞争的影响（限制竞争和促进竞争的效果均应当考虑）。

■ 反垄断案件损害赔偿的计算方法

上海高院认为反垄断案件的损害赔偿不应当依据《合同法》计算利润损失，否则这将导致一个荒唐的逻辑，即通过司法救济实现垄断利润。因而《反垄断法》项下的利润损失应当依据相关市场的正常利润计算。而计算相关市场的正常利润应当考虑以下因素：(1) 强生产品与其他生产商的产品之间的价格差异，(2) 经销商的进货折扣和税负，以及(3) 强生与经销商之间利润分配。

■ 专家证人作用的增强

反垄断民事诉讼的经济学属性决定了其需要专家证人，例如经济学家及会计师。反垄断司法解释也通过以下规定确认了这一必要性：(1) 允许专家证人出席庭审，以及(2) 法院可以参照《民事诉讼法》及相关司法解释有关鉴定结论的规定就有关专门机构或专业人员作出的市场调查或者经济分析报告进行审查判断⁴。在上诉中，双方均聘请了经济学专家提交了经济分析报告，在一定程度上影响了法院的判决。上海高院的法官认为专家证人在以后反垄断案件的事实认定和反垄断经济学分析中将会起到更重要的作用。

上海高院在强生垄断协议案审理中对市场优势地位以及限制最低转售价格的经济合理性分析，增强了对垄断协议认定的法律确定性，法律界的很多理论和实务工作者都给予了积极的评价，称其为“具有里程碑意义”的案件。我们相信，该判决在一定程度上对未来类似案件的处理起到了先例作用，也为参与市场竞争者今后对维持转售价格约定提供了参考效应。

² 《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（“**反垄断司法解释**”）第七条。

³ 据上海高院法官介绍，这一因素并非认定限制最低转售价格条款有限制市场竞争效果的必要条件，但会对法官的最终决定有一定影响。

⁴ 反垄断司法解释的第十二和十三条

发改委有关价格垄断的最新执法行动

■ 2013 年发改委的几项重要处罚决定

发改委是中国负责与价格有关的反垄断执法机构。在 2013 年国家发改委及各地发改委针对价格垄断作出了一系列重要处罚决定：

- (1) 2013 年 1 月，6 家生产液晶显示器的跨国公司⁵因串通操纵市场价格被处以总计人民币 3.53 亿元的罚款；
- (2) 2013 年 2 月，知名白酒生产企业五粮液和茅台因限制经销商最低转售价格被处以总计人民币 4.49 亿元的罚款；
- (3) 2013 年 8 月，6 家知名婴幼儿奶粉企业⁶因为限制最低转售价格被处以总计人民币 6.7 亿元的罚款；以及
- (4) 2013 年 8 月，上海黄金饰品行业协会因组织 5 家金店垄断黄、铂金饰品价格，被处以 50 万元罚款，5 家涉案金店也被处以共计人民币 1009.37 万元的罚款。

■ 发改委和上海高院对于限制最低转售价格的不同处理方式

发改委对于限制最低转售价格采取了比上海高院更为严格的处理方式。上海高院认为依据《反垄断法》第十四条，限制最低转售价格本身并不违法，而应当适用类似于合理分析的原则作进一步分析，且应当由原告证明限制最低转售价格具有排除、限制竞争的效果。但是，在研讨会上，发改委官员澄清，尽管发改委也不认为限制最低转售价格本身违法，但发改委认为依据《反

垄断法》第十四条原则上应当禁止限制最低转售价格，且应当由涉案的经营者证明其限制最低转售价格符合《反垄断法》第十五条规定的例外情形。在《反垄断法》第十五条规定的大多数例外情形下⁷，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

虽然目前发改委执法目标大多为具有市场影响力的大型品牌企业，鉴于其对相关调查采取了更为严格的处理方式，限制最低转售价格不太可能

经营者在与经销商打交道的过程中应避免采用任何形式限制最低转售价格。

被认定为符合《反垄断法》，中小企业也应当注意限制最低转售价格的法律风险，即因实施限制最低转售价格而遭到行政处

罚的风险不能排除。经营者在与经销商打交道的过程中应避免采用任何形式限制最低转售价格。

■ 适用《反垄断法》的宽大措施

《反垄断法》第 46 条规定了减免处罚的宽大措施。根据该项规定，经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。在婴幼儿奶粉案以及金店案中，发改委对主动报告违法情况和/或配合调查的公司的处罚给予了不同程度的减轻，甚至免于处罚。发改委对于这些涉案公司的处罚措施意味着宽大措施不仅适用于横向垄断的参与者，也适用于涉及纵向垄断（例如限制最低转售价格）的经营者。这是一项有别于其他法域的宽大措施（在其他法域宽大措施通常仅适用于横向垄断）。

与会的发改委专家解释，是否能够给予宽大取决于经营者是否主动报告以及是否配合调查提供充分重要的证据。主动报告的时间也很重要，经营者应当在开始正式调查之前或者调查的初期阶段（在执法机构开始收集证据之前）提交相关证据。且经营者提交的证据应当对认定是否存在

⁵ 这 6 家生产液晶显示器的跨国公司分别是韩国三星、LG 以及中国台湾地区的奇美、友达、中华映管、瀚宇彩晶。

⁶ 发改委一共调查了 9 家生产婴幼儿奶粉的中国和跨国企业（包括惠氏、美赞臣、明治、合生元、贝因美、雅培、富仕兰（美素佳儿）以及恒天然），并认定其实施限制最低转售价格违反了《反垄断法》。惠氏、明治和贝因美因在调查中主动承认违法事实、提供重要证据并积极整改落实被免除处罚。

⁷ 《反垄断法》第十五条规定的七项例外中的五项。

垄断协议起到关键作用。经营者的态度（对限制竞争的行为进行纠正，例如降价）以及对调查的配合程度也是影响处罚程度的重要因素。

■ 如何遵守《反垄断法》与价格相关的规定

发改委专家进一步就如何遵守《反垄断法》与价格相关的规定分享了下述建议：

- (1) 与经销商的合同中不能出现维持转售价格的约定；
- (2) 不能通过口头和其他非书面的方式，来威胁、恫吓、警告经销商必须按照生产商指定的价格销售；
- (3) 不能通过其他变相的方式来维持转售价格；
- (4) 不与具有竞争关系的经营者商议、交流、甚至默示价格问题；
- (5) 避免与竞争者谈论价格、市场、产量等敏感信息；
- (6) 拒绝竞争对手对此类问题的研讨请求；
- (7) 竞争对手谈及类似问题时应及时表示反对并退出会议；
- (8) 一旦发现行业内存在违反反垄断法的情况，及时向执法机关举报；以及
- (9) 指导并确保经销商不能进行转售价格维持。

司法和执法机构对同一法律问题持不同观点、执行不同尺度屡见不鲜，但是，从经营者角度，我们相信发改委官员的上述建议对其合法经营具有非常重要的指引作用，而严格按照发改委对垄断协议的认定标准以及执法尺度参与市场竞争无疑能最大程度地降低反垄断行政责任法律风险。

工商部门有关商业贿赂执法行动的新趋势

2013 年依据中国反商业贿赂相关法律对英国制药公司葛兰素史克采取的执法行动，进一步突出了跨国公司在中国合规的挑战。依据与会工商部门专家的介绍，今后反商业贿赂的趋势是：(1) 与民生有关的行业，例如医药、医疗器材、餐饮、保健品、建筑工程、汽车 4S 店等，将成为执法行动的关注重点 (2) 在符合刑事起诉相关规定的前提下，执法机构将会加强涉案人员移送刑事调查的力度，更加重视追究个人的刑事责任。

■ 商业贿赂的定义

依据中国的法律，商业贿赂的定义是采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品⁸。商业贿赂的构成要件如下：

- (1) 主体为经营者（任何法人、经济组织、非盈利性单位或者个人，无论是国内的还是外国的），且员工采用商业贿赂手段为经营者销售或者购买商品的行为，应当认定为经营者的行为；
- (2) 行为的目的是为了销售或者购买商品；
- (3) 贿赂接受方是交易相对人，可以是几乎任何单位和个人，这是一个相对于其他法域诸如美国、英国及日本较为宽泛的概念⁹；以及
- (4) 贿赂可以是任何财物，“现金和实物，包括假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义支付的费用，或者各种费用报销”以及“财物以外的其他利益”诸如各种垫付费用的国内外旅游、考察¹⁰。

依据有关反商业贿赂的规定，贿赂的价值与行为是否构成商业贿赂没有关系。开展调查并没

⁸ 《反不正当竞争法》第八条。

⁹ 这些法域的反腐败法，通常将贿赂的接受方限定为公务人员。

¹⁰ 《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第二条。

有任何最低价值的门槛限制。执法机关有权自由裁定一项付款、财产或利益是否构成商业贿赂而不论其价值。

■ 商业贿赂的例外

除了正常的购买价款以外，支付给或者从交易相对方收到的款项，有两项例外不构成商业贿赂。其一是给予交易相对方的折扣和支付给中间人的佣金，但必须明示入账，且如果是支付给中介机构的佣金，中介机构必须有从事相关中介行为的资质。其二是符合商业惯例的小额广告礼品。在实践中，执法机构判断一项礼品是否构成“小额广告礼品”会考虑 (1) 礼品的价值，(2) 礼品与商品价值的比例，以及 (3) 礼品的属性（礼品是否具有广告功能或其是否符合市场商业惯例）。

■ 如何避免合法的折扣被认定为回扣

回扣是指经营者销售商品时在帐外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款，或者其他没有明确记录在经营者法定财务帐簿上的形式，包括没有记入财务帐、转入其他财务帐或者做假帐¹¹。尽管在中国常见支付回扣的情况，法律明确禁止任何回扣。经营者通常觉得在商业实践中很难区分法律允许的折扣和禁止的回扣，这使得经营者面临行政处罚的风险。为了防止法律允许的折扣被认定为回扣，经营者应当：

- (1) 在书面合同中明确定义折扣；
- (2) 在合同中明确规定折扣的支付方式；
- (3) 在法定财务帐簿中依据法律规定准确地将折扣入账；
- (4) 付款应当进入公司法定账户而非小金库或者个人账户；以及
- (5) 开具发票、正确反映有关折扣的费用和支出。

对上述要点，我们理解是只要严格遵守，经营者在上海地区被认定为反不正当竞争的商业贿赂风险将大大降低。但是，现实而言，该等要点只是上海工商管理部门的执法标准，代表了整个工商系统的执法倾向，但各地的标准可能会因地而异、因案而异。因此，在与其他经营者执行有关商业安排前，与所在地工商紧密沟通，了解当地衡量商业贿赂的尺度，对经营者合规经营至关重要。

* * *

本通讯仅供参考，并不构成本所的任何法律意见或建议。本所在撰写本通讯时已尽合理努力确保其准确性，但我们不对任何因依赖本通讯的任何内容行事而导致的任何后果承担责任。我们保留对本通讯的所有权利。



¹¹ 《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第五条。