

# 实质主义认定标准下 转售价格维持的类型化认定

郭传凯

**【摘要】**受《中华人民共和国反垄断法》第18条影响,人民法院或执法机构对转售价格维持的认定遵循了形式主义的认定标准,若涉案行为具备转售价格维持协议的形式则只能构成纵向垄断协议。形式主义的认定标准难以揭示涉案行为的本质,造成行为定性与处罚决定相互矛盾等弊端,不利于反垄断法的体系化适用。实质主义的认定标准依据涉案行为的实质机制认定行为;实质主义的认定标准可准确认定违法行为,避免上述弊端,克服形式主义的认定标准的不足,因此转售价格维持的认定应依据实质主义的认定标准。在实质主义的认定标准下,转售价格维持应进行类型化认定,“滥用市场支配地位行为与垄断协议的两分法”是类型化认定的基本思路。在前一类型下,经营者滥用市场支配地位强迫交易相对人签订转售价格维持协议的行为构成滥用市场支配地位行为,寡头经营者共同从事的转售价格维持可能构成共同市场支配地位的滥用。在后一类型下,当协议的一方经营者构成横向垄断协议的组织者或实质帮助者时,转售价格维持构成横向垄断协议;实施协同行为的经营者的共同交易相对人可作为协同行为的组织者,此时转售价格维持构成协同行为;在一定条件下,上下游经营者基于通谋达成的转售价格维持构成纵向垄断协议。

**【关键词】**转售价格维持;纵向垄断协议;实质主义;类型化认定

**【作者简介】**郭传凯,山东大学法学院副教授、法学博士(山东 青岛 266237)。

**【原文出处】**《政治与法律》(沪),2024.4.45~59

**【基金项目】**本文系国家社会科学青年基金“数字经济时代超级平台企业竞争合规体系的建构研究”(项目编号:22CFX039)、山东大学人文社会科学创新团队项目“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理”的研究成果。

依据《中华人民共和国反垄断法》(以下简称:《反垄断法》)第18条的规定,转售价格维持是纵向垄断协议的常见类型。<sup>①</sup>受该条影响,若涉案行为具备转售价格维持协议的形式,则只能构成纵向垄断协议。这种做法遵循了形式主义的认定标准。该标准不仅无法准确揭示行为实质,而且容易造成行为定性与处罚责任割裂、滋生投机诉讼、部分违法行为难以得到公正评价等弊端,不利于

反垄断法的体系化适用。实质主义的认定标准依据涉案行为的实质机制认定被评价的行为,只有上下游经营者基于通谋达成的转售价格维持才构成纵向垄断协议,其他类型的转售价格维持只能构成其他垄断行为。实质主义的认定标准可准确认定违法行为,避免上述弊端,克服形式主义认定标准的不足。证成实质主义认定标准,并以此为依据对转售价格维持进行类型化认定是本文的主

要目的。

### 一、实质主义认定标准的证成

基于形式主义的认定标准,经营者滥用市场支配地位强迫交易相对人签订转售价格维持协议,或者当事人借助转售价格维持实施横向通谋等行为依旧构成纵向垄断协议。前述认定不仅造成被迫订立协议者既是违法行为的参与者又不承担法律责任的窘境,而且造成其他深层问题。依据实质主义的认定标准,上述行为分别构成滥用市场支配地位行为与横向垄断协议。实质主义的认定标准足以克服形式主义的弊端,因此应取代形式主义的认定标准。

#### (一)形式主义认定标准的弊端

证成实质主义的认定标准需率先明确形式主义的认定标准的表现及危害。对相关案件进行分析可知,形式主义的认定标准的首要表现是将经营者与受其强迫交易相对人签订的转售价格维持协议一律认定为纵向垄断协议。在2016年“美敦力案”中,<sup>②</sup>美敦力公司强制经销商按照其固定的价格进行销售,并以大额罚款或取消经销资格等措施制裁低价销售的经销商。国家发改委依据2022年修订前的《反垄断法》第14条认定美敦力公司与经销商的行为构成纵向垄断协议,但仅对美敦力公司进行了处罚。在以“锐邦诉强生案”为代表的案件中,<sup>③</sup>人民法院亦认定强加者与被迫者之间的转售价格维持协议构成纵向垄断协议。在前述两案中,上游经营者很可能滥用了市场支配地位。

形式主义的认定标准受到了欧盟纵向垄断协议制度的影响。依据欧盟委员会2009年发布的《纵向限制指南》,只要交易双方表达了从事特定行为的一致意思即可达成纵向垄断协议,意思的表达形式并不重要,默许亦符合“表达一致意思”的认定要求。这种默许包括:(1)如果协议规定或授权一方对另一方采取有约束力的措施,则推定

另一方默许;(2)一方的经营策略(如定价策略)需要另一方执行,而另一方确实执行了该策略。在此背景下,即使具有市场支配地位的供货商强迫经销商维持转售价格,欧盟委员会也依旧认定构成纵向垄断协议。<sup>④</sup>此外,欧洲法院的一些判决认为,尽管经销商并不愿意接受供货商的价格政策,但只要经销商实施了该政策,就可以认定纵向垄断协议。<sup>⑤</sup>

无独有偶,美国的司法实践也出现了形式主义的趋势。1919年的“高露洁案”确立了以下规则:若供货商事前宣布拒绝与降价者交易,则在经销商降价时行使拒绝权的行为不构成纵向垄断协议。<sup>⑥</sup>美国联邦最高法院在1960年“Parke, David & Co. 案”中对前述原则进行了严格解释:<sup>⑦</sup>只要供货商采取了“事前宣布”或“终止交易”以外的行为,即可认定当事人之间存在纵向垄断协议。其后,“Mosanto”等案件允许原告在“事前宣布”或“终止交易”等行为外寻找证明垄断协议的证据。<sup>⑧</sup>在1997年的一起案件中,<sup>⑨</sup>供货商以向经销商支付回扣的方式要求经销商维持转售价格,联邦贸易委员会禁止了该行为,并认为供货商向经销商施加的任何要求均可视为垄断协议的证据,不论其是否构成垄断化(类似我国滥用市场支配地位行为)或企图垄断。上述司法实践得到不少学者的支持。特纳教授指出,区分基于明示协议的转售价格维持与基于拒绝交易威胁的转售价格维持是不可行的。<sup>⑩</sup>

然而,欧盟委员会在认定纵向垄断协议的同时却仅追究强加者责任,这种做法存在局限性。在“Nathan-Bricolux 案”中,<sup>⑪</sup>作为供货商的 Nathan 要求其经销商 Bricolux、Smartkids、Borgione 实施转售价格维持。欧盟委员会除处罚供货商外,仅处罚了第一个经销商,理由是第一个经销商主动迎合供货商的转售价格维持,并煽动供货商对不遵从的经销商进行制裁,后两个经销商则被迫接受

了转售价格维持的安排。然而,只有三家经销商全部实施转售价格维持才能对市场竞争产生不利影响。欧盟委员会在行为定性时将所有经销商考虑在内(即认定所有经销商均从事了纵向垄断协议),却仅针对第一个经销商进行处罚,造成行为定性与处罚决定的割裂。<sup>⑫</sup>不仅如此,允许被迫者以强加者为被告提起反垄断诉讼容易引发投机行为。原告在有利可图时积极实施转售价格维持,在需要降价进行竞争时则通过诉讼对抗被告的价格政策。支持该诉权无法激励协议参与者披露垄断协议,导致原本可能拒绝转售价格维持的经营者基于侥幸心理从事违法行为。站在公共利益的角度,支持原告的诉讼请求看似解决了垄断纠纷,实则只是帮助协议的签订者进行内部利益的分配,<sup>⑬</sup>未实现垄断协议受害者(如相关第三方)的损害赔偿,对维护竞争秩序和消费者利益而言更无助益,导致反垄断司法偏离应有的价值目标。

美国出现形式主义的认定标准趋势并不代表我国亦应采取形式主义的认定标准。美国的形式主义的认定标准有其特殊的实践背景。伴随纵向垄断协议案件从本身违法原则向合理原则转变,美国学界与业界一致认为,“一个健全的竞争政策不应将协议的形式问题作为研判的重点,而应聚焦涉案行为对竞争秩序的损害”。<sup>⑭</sup>即使放松纵向垄断协议的认定条件,合理原则的适用也不会造成“假阳性”的风险。在此背景下,联邦法院已无必要对通谋的实质内容进行严格要求。然而,在我国,《反垄断法》的规定无法体现本身违法原则或合理原则,自然无法效仿美国的形式主义的认定标准趋势。一方面,垄断协议的实质为“垄断通谋”,<sup>⑮</sup>《反垄断法》第18条所禁止的行为必然以垄断通谋为特征。另一方面,作为2022年该法修订的亮点,第18条在第3款增加了有关安全港的规定。尽管该规定并未对安全港进行具体明确,但学界与业界均主张以上下游经营者各自的市场份

额为依据设置安全港的适用门槛。<sup>⑯</sup>这从侧面表明上下游经营者均需具有一定市场力量才能达成纵向垄断协议,基于强迫所达成的协议并非纵向垄断协议的典型情形。将非通谋行为认定为纵向垄断协议,必然破坏垄断协议制度的内在一致性。此外,形式主义的认定标准还模糊了垄断协议制度与滥用市场支配地位制度的边界,不利于反垄断法的体系化适用。<sup>⑰</sup>

还有一些转售价格维持协议,其本身无法产生排除或限制竞争的效果,却可用以实现其他垄断行为,此时转售价格维持应被认定为相应的垄断行为。<sup>⑱</sup>遗憾的是,形式主义的认定标准却将转售价格维持一律认定为纵向垄断协议。以2013年“乳粉生产企业案”为例,涉案九家不同品牌的乳粉生产企业均要求各自经销商签订并实施转售价格维持协议,一旦经销商不履行协议就会遭到惩罚。<sup>⑲</sup>国家发改委分别认定这九家乳粉生产企业的转售价格维持构成纵向垄断协议,并将九个纵向垄断协议“合并处理”。这种处理方式存在问题。仅单个乳粉生产企业从事转售价格维持行为不足以影响品牌之间的价格竞争。与此同时,基于产品同质性等因素,单个乳粉企业对品牌内部价格竞争的限制很难产生垄断效果,除非执法机构能够证明乳粉企业所维持的价格构成垄断高价。单个乳粉生产企业与其经销商之间的行为不构成垄断协议,只有所有乳粉企业同时采取相似的行为,才能产生排除、限制竞争的效果。因此,上述九家企业的行为共同组成“一个违法行为”且该违法行为不可能是纵向垄断协议。

在“大众汽车案”中,<sup>⑳</sup>一汽大众销售有限责任公司(以下简称汽销公司)多次组织湖北省内的鼎杰、华星汉迪、中基等10家奥迪经销商达成并实施垄断协议,控制经销商对第三人转售的整车和售后维修服务价格。湖北省物价局指出,汽销公司组织经销商转售价格维持的行为违反修订前

《反垄断法》第14条的规定,属“固定向第三人转售商品的价格”和“限定向第三方转售商品的最低价格”的违法行为(即纵向垄断协议),同时,10家经销商的行为违反了修订前《反垄断法》第13条的规定,属“固定或者变更商品价格”的违法行为(即横向垄断协议)。前述认定使人疑惑,在形式主义的认定标准下,经销商实际是纵向垄断协议而非横向垄断协议的实施者,既认定汽销公司从事纵向垄断协议,又认定下游经销商从事横向垄断协议的做法并无依据。由此可见,形式主义的认定标准难以公正评价涉案经营者的行为。

### (二)实质主义的认定标准对上述弊端的克服

在实质主义的认定标准下,滥用市场支配地位强迫交易相对人签订转售价格维持协议的行为构成滥用市场支配地位行为。这种认定克服了形式主义认定标准的弊端。首先,作为滥用市场支配地位行为的受害者,交易相对人无法构成违法行为的实施者,更不需要承担相应责任,这解决了“行为定性处罚决定相互割裂”的问题。其次,上述认定可激励被迫者通过滥用市场支配地位制度维护自身权益,避免投机诉讼。若被迫者可证明协议强加者具备市场支配地位且无正当理由要求其维持转售价格,则转售价格维持构成《反垄断法》第22条规定的“没有正当理由在交易时附加不合理条件”的行为。<sup>②</sup>从强加行为作出之始,被迫者可自行判断能否接受转售价格维持,接受该安排的被迫者自然不会提起诉讼。在起初接受而后通过诉讼机制进行反抗的情形中,被迫者的损害赔偿只能从不再接受转售价格维持之日起开始计算。为获得更多损害赔偿,被迫者只能尽快起诉违法经营者。最后,在实质主义的认定标准下,《反垄断法》第18条所规制的转售价格维持以上下游经营者达成通谋为要件。这不仅维护了纵向垄断协议与横向垄断协议的内在一致性,而且使垄断协议制度与滥用市场支配地位制度的边界清

晰化,<sup>③</sup>避免垄断协议制度侵入滥用市场支配地位制度。

实质主义的认定标准可避免“乳粉企业案”“大众汽车案”中的法律适用错误。依据实质主义的认定标准,涉案行为有可能构成共同市场支配地位的滥用,也可能构成协议类横向垄断协议或协同行为。<sup>④</sup>若构成共同市场支配地位的滥用,则乳粉生产企业为共同市场支配地位的享有者和滥用者,经销商为受害者。若构成协议类横向垄断协议或协同行为,则乳粉生产企业为前述行为的实施者,经销商为前述行为的实质帮助者;汽销公司可能构成经销商之间横向垄断协议的组织者。实质主义的认定标准在避免法律适用错误的同时,足以保证不同的违法行为或违法经营者均得到公正的制裁。

适用实质主义的认定标准还需回应两种质疑。其一,有学者指出,判断涉案行为究竟构成纵向垄断协议还是滥用市场支配地位行为需明确经营者的“真实意思表示”,这一点往往很难做到。<sup>⑤</sup>实际上,垄断行为的认定应力求客观化,只要一方经营者不存在市场支配地位,且另一方无法提供被迫签订协议的证据,则涉案行为不能被认定为滥用市场支配地位行为,经营者对“内心意思”的描述很难作为案件证据。与此同时,通谋的认定不需要上下游经营者均完全自愿,合谋可以包含一定程度的强迫。其二,有学者认为,与垄断协议制度相比较,适用滥用市场支配地位制度将加大原告或执法机构的举证难度,不利于竞争秩序的维护。<sup>⑥</sup>2022年修订后的《反垄断法》明确了纵向垄断协议案件适用“可抗辩的违法推定”原则。在该原则下,原告或执法机构只需证明涉案经营者存在通谋且从事了该法第18条所禁止的行为即完成举证责任,这的确减轻了原告或执法机构适用纵向垄断协议制度的难度。然而具体到转售价格维持案件,适用滥用市场支配地位制度仅在相

关市场界定和市场支配地位认定等方面增加了原告或执法机构的负担,并未明显增加前述主体的举证难度。

### (三)实质主义的认定标准的基本内容

除滥用市场支配地位的情形外,经营者凭借市场力量的优势而胁迫交易相对人签订协议的情形可视作双方达成通谋。<sup>②</sup>具体而言,交易相对人同意进行转售价格维持的原因有很多,例如长期合作形成的沉没成本、从众心理或担心遭受排挤等。从经济动机角度,同意转售价格维持的原因至少包括两种:其一,同意该安排可获得更多经济利益;其二,相比自主定价,同意该安排的确会导致一定损失,但不同意该安排所招致的制裁将造成更大损失。不论基于何种动机,若交易相对人最终承诺进行转售价格维持,则可认定双方达成通谋或形成合意。

针对基于通谋的转售价格维持协议能否构成纵向垄断协议,实质主义认定标准阵营内部也出现了分歧。有学者认为,即使协议双方达成通谋,转售价格维持亦无法产生排除或限制竞争的效果,其只能用于实现其他垄断行为。<sup>③</sup>一方面,该学者主张垄断协议制度保护的“竞争”是“竞争性的市场结构”,而非特定经营者的“竞争活动”,所谓“排除、限制竞争”是指破坏竞争性市场结构,给行为人带来提高价格的能力。另一方面,该学者认为,转售价格维持只能限制品牌内部经销商的竞争活动,不能损害品牌之间的竞争,<sup>④</sup>因此无法破坏竞争性的市场结构。上述观点存在明显问题。尽管将“竞争性的市场结构”作为《反垄断法》的保护对象有一定道理,但笔者更赞同将“保护竞争过程”作为维护竞争机制的关键目标。<sup>⑤</sup>转售价格维持有可能对竞争过程造成破坏,限制甚至消除价格机制的作用。具体而言,除非转售价格维持产生防止经销商搭便车或双重加价的积极效果,<sup>⑥</sup>否则在涉案供应商与经销商均具有一定市场

力量的前提下,转售价格维持必然限制品牌内部的价格竞争,并损害消费者利益。更重要的是,品牌内部的竞争并非与品牌之间的竞争相互分离。例如,在一些产品同质性较强、创新活动缓慢的市场中,价格竞争是市场竞争的主要内容。转售价格维持则导致品牌内部经销商难以通过内部竞争实现优胜劣汰,进而无法与其他品牌经销商展开价格竞争。因此,在一定条件下,基于通谋的转售价格维持足以产生排除或限制竞争的效果,从而构成纵向垄断协议。

除滥用市场支配地位行为与纵向垄断协议外,转售价格维持还可能构成共同市场支配地位的滥用、协议类横向垄断协议(为方便论述,下文“横向垄断协议”一词特指协议类横向垄断协议)或协同行为。依据实质主义的认定标准认定转售价格维持,就是分别认定构成上述行为的转售价格维持。

## 二、滥用市场支配地位的转售价格维持及其认定

按实质主义的认定标准,转售价格维持应予以类型化认定。考虑到纵向垄断协议、横向垄断协议与协同行为的共性,以及垄断协议与滥用市场支配地位行为的明显差异,转售价格维持的类型化认定将以“滥用市场支配地位行为与垄断协议的两分法”为基础。滥用市场支配地位的转售价格维持包括单一经营者滥用市场支配地位和多个经营者共同滥用市场支配地位的两种情形。

### (一)单一经营者滥用市场支配地位的转售价格维持

作为全国首例纵向垄断协议司法案件,<sup>⑦</sup>“锐邦诉强生案”中的转售价格维持实际是单一经营者滥用市场支配地位的行为。<sup>⑧</sup>然而,该案二审法院作出纵向垄断协议的认定。<sup>⑨</sup>在确定该案适用“谁主张、谁举证”的原则后,二审法院的认定逻辑如下。其一,认定涉案行为符合垄断协议的三要

件,<sup>④</sup>即双方存在协议、有可行的监督机制、有可置信的制裁措施。其二,聚焦四个方面论述了排除或限制竞争的效果。(1)认为“相关市场的竞争不充分”是认定纵向垄断协议的首要条件,在该案中被告强生公司所在的医用缝线市场竞争并不充分。<sup>⑤</sup>(2)强生公司在前述市场具有“很强的市场地位”。<sup>⑥</sup>(3)强生公司实施转售价格维持协议的动机在于避免价格竞争,维持价格水平。(4)涉案行为限制竞争的效果明显,促进竞争的作用甚微。具体而言,涉案行为排除了品牌内部的价格竞争,导致商品维持较高的价格水平;不利于品牌间的价格竞争;限制了经销商定价自由,排挤了有效率的经销商。与此同时,现有证据不足以证明涉案行为有提升产品质量、解决经销商“搭便车”问题、促进新品牌或新产品进入相关市场等积极作用。

笔者认为,法院的上述分析并不能使人信服。一方面,以斯蒂格勒为代表的经济学家指出,垄断协议的达成与实施需要“便于达成一致意思”“对背离行为进行监督与制裁”等条件,但这并不意味着符合前述条件的行为只能被认定为垄断协议。若“一致意思”为滥用市场支配地位者强加,则监督与制裁机制实际是滥用市场支配地位的表现。另一方面,二审法院仅关注供货商的市場力量水平及其所在市场的竞争情况,并未关注作为原告的经销商的相关情况。若涉案经销商市場力量明显较小,转售价格维持至多只能限制品牌内部的市場竞争。在一审法院查明涉案医用缝线产品还有至少五家经销商的前提下,二审法院忽视原告的市场力量,直接认定涉案行为排除或限制竞争的做法并不妥当。

受形式主义的认定标准影响,二审法院自然不会考查被告强生公司是否滥用了市场支配地位。<sup>⑦</sup>更重要的是,即使法院考查强生公司的市場力量,也难以作出准确的认定。二审法院认为:“我国对医疗器械生产与销售采取严格的准入限

制,境内与境外缺乏替代性,没有证据表明国内医院会选择从境外购买缝线产品,故本案相关地域市場应界定为中国大陆市場。”很明显,二审法院将“被告产品的行销范围”与该案的“相关地域市場”混为一谈。相关市場界定的目的是解决个案的竞争问题,而非介绍经营者的一般情况。<sup>⑧</sup>相关地域市場应以产品属性为基础,参考需求替代性进行界定。一方面,医用缝线产品同质性较强,医疗机构虽有一定的品牌忠诚度,但不会为使用特定品牌的医用缝线而在中国大陆市場进行选购。另一方面,医用缝线产品的经销商一般按照划定的区域进行经销,这进一步限制了医疗机构购货的区域范围。因此,该案的相关地域市場应为华北地区甚至北京地区。在此基础上,被告强生公司很可能具有市場支配地位。<sup>⑨</sup>

认定强生公司的转售价格维持构成滥用市場支配地位行为还需解决一个隐藏问题。在该案原告仅为锐邦公司的前提下,如何论证涉案行为并非仅损害锐邦公司的利益?对这一问题的回答涉及此类案件的举证责任。在被告具有市場支配地位的前提下,原告只需证明被告要求交易相对人维持转售价格且不存在正当理由即完成了举证,法院可推定被告滥用市場支配地位。被告则可通过证明以下事实进行抗辩:其一,被告并未从事前述行为;其二,被告虽从事了前述行为但有正当理由;其三,被告仅针对原告一人,未影响市場竞争和公共利益。通过分析该案相关市場的界定以及举证责任的分配可知,适用滥用市場支配地位制度并不会显著增加原告的维权难度。

除上述情形外,滥用市場支配地位的转售价格维持还有其他表现形式。例如,某一经销商自愿与具有市場支配地位的供货商达成转售价格维持协议,供货商以此为依据强迫其他经销商签订类似协议。该例中,前一经销商是否与供货商达成纵向垄断协议主要取决于该经销商在銷售市場

上的市场力量,若该经销商市场力量明显弱小,则一般不构成垄断协议;供货商强迫其他经销商维持转售价格则构成滥用市场支配地位行为。

## (二)滥用共同市场支配地位的转售价格维持

以前述“乳粉生产企业案”为例,实践中还存在多个供货商在同一时间要求各自经销商维持转售价格的情况,其特征如下:(1)供货商虽经营不同品牌,但产品同质性较强;(2)供货商所在市场为寡头市场,<sup>④</sup>各供货商市场力量相差不大;(3)涉案经销商可以是独家经销商,也可以是多品牌经销商;(4)转售价格维持的具体内容有所差异,例如有的供货商要求经销商按照固定的价格进行转售,有的供货商则限制转售的最低价格,但整体来看,转售价格维持的内容存在较大的一致性;(5)转售价格维持发生在同一时间段;(6)单个供货商并不具有市场支配地位;(7)转售价格维持几乎涉及所有重要的经销商,从而产生排除或限制竞争的效果。能否适用共同市场支配地位制度应对上述行为是值得探讨的问题。

基于寡头市场的“相互依存性”,寡头经营者在作出经济决策前总会考虑竞争对手的反应。久而久之,前述经营者的行为很可能呈现一致性。<sup>⑤</sup>有观点认为,“相互依存性”导致寡头经营者形成非合作的博弈均衡,寡头经营者之间不存在任何沟通交流或意思联络,因此其行为不构成协同行为。若寡头经营者的一致行为具有排除或限制竞争的效果,则适用共同市场支配地位制度予以应对。<sup>⑥</sup>该观点的主张者进一步展开如下阐述。(1)被认定具备共同市场支配地位的经营者需在特定市场上表现得像一个“共同实体”。(2)“共同实体”的认定不限于交叉持股、共同协会成员等关联因素,“紧密的寡头垄断者之间存在的相互依存关系”也足以认定“共同实体”。具体而言,寡头市场的集中度、透明度、产品同质化程度均处于较高水平,导致经营者容易预测彼此行为,发现并制裁对

一致行为的背离,产生协调的可能性,从而形成“共同实体”。<sup>⑦</sup>(3)寡头经营者从事一致行为的动机、反复的相互作用或高频互动、缺乏来自外部的有效约束亦是“共同实体”的认定因素。笔者认为,不论是寡头市场特性还是上述其他因素,在认定垄断协议时都需予以考查,对背离行为的制裁、缺乏来自外部的有效约束更是垄断协议得以维持的条件。有理由怀疑,宽泛认定共同市场支配地位将导致该制度与垄断协议制度不能明确区分的后果。<sup>⑧</sup>例如,在适用共同市场支配地位条款的“扑尔敏原料药垄断案”中,<sup>⑨</sup>两家涉案企业(即湖南尔康与河南九势)的行为足以证明垄断通谋的存在:下游相关药品生产厂商在购买扑尔敏原料药时,必须先向湖南尔康购买相关药用辅料,否则湖南尔康与河南九势均拒绝向下游生产厂商提供扑尔敏原料药。执法机构可以此为切入点,进一步挖掘涉案经营者的通谋证据。在“异烟肼原料药垄断案”中,<sup>⑩</sup>涉案两原料药生产企业均与下游销售企业隆舜和公司达成了独家包销协议,两家生产企业仅向隆舜和公司及其指定的制剂企业和商业公司供货。在制剂企业或商业公司众多的背景下,两生产企业不约而同地选择了隆舜和公司作为独家包销企业的行为可推定两家企业之间存在意思联络或达成垄断通谋。

仅考查寡头市场结构等因素容易导致共同市场支配地位制度与垄断协议制度发生重叠,因此共同市场支配地位应被更严格地限定。有学者考查欧盟共同市场支配地位制度的演变后发现,“经济联系”与“对市场的经济分析”对认定共同市场支配地位缺一不可。<sup>⑪</sup>“对市场的经济分析”意味着相关市场的一些特性(如寡头市场结构、产品同质性明显、市场透明度较高等)更容易促成共同市场支配地位,<sup>⑫</sup>“经济联系”则要求涉案经营者之间通过某些经济因素,在保证各自独立性的前提下如同单个实体对外从事行为。“经济联系”既包括

经营者之间的结构性因素,例如经营者之间的业务控制、交叉持股、董事长及关键内部人员交叉任免、设立合资企业等,<sup>④</sup>又包括行为性因素,例如行业协会共同成员、共同商业计划、共同决策制定机制、一般的合作协议等。<sup>⑤</sup>《反垄断法》第24条共同市场支配地位推定条款应解读为:具备“经济联系”且市场份额合计值达到一定比例的经营者可被推定享有共同市场支配地位。“经济联系”在我国实务中已有运用。例如,在“注射用葡萄糖酸钙原料药垄断案”中,<sup>⑥</sup>当事人之间就存在人员任职、业务控制(即某一经营者的业务由另一经营者决定)等方面的结构性“经济联系”,这些联系成为该案认定共同市场支配地位的主要依据。<sup>⑦</sup>

证明经营者具有共同市场支配地位只是第一步,原告和执法机构还应证明涉案经营者的行为共同滥用了前述地位。然而,在司法裁判与执法活动中,滥用行为的共同性并未得到充分体现。<sup>⑧</sup>在“顾某诉中国南方航空股份有限公司垄断纠纷案”中,<sup>⑨</sup>原告采取的诉讼策略是:先证明被告南方航空公司与其他几家航空公司存在共同市场支配地位,再主张南方航空单独从事的行为构成滥用市场支配地位。其荒唐之处在于割裂了共同市场支配地位与滥用行为之间的关联。原告欲证明被告行为单独滥用了市场支配地位,则必须证明被告单独享有市场支配地位。作为执法案件,“扑尔敏原料药垄断案”亦存在同样问题。<sup>⑩</sup>在该案中,仅有一个经营者从事了不公平高价行为。执法机构将“两个经营者具备共同市场支配地位”和“其中一个经营者的不公平高价”相嫁接,认定该经营者滥用了市场支配地位的做法并不妥当。只有经营者具备共同市场支配地位,且共同从事了滥用行为,执法机构才可适用该制度。

综上所述,除寡头市场的相关特性外,寡头经营者同一时间采取的转售价格维持符合以下条件的,构成共同市场支配地位的滥用:(1)涉案寡头经

营者的市场力量符合市场支配地位的推定与认定规则;(2)经营者之间存在经济联系;(3)经营者共同从事了滥用行为;(4)排除或限制了市场竞争。以此分析“乳粉生产企业案”中的转售价格维持,除非证明涉案经营者之间存在“经济联系”,且该联系足以使前述经营者如同单个实体对外行动,否则无法适用共同市场支配地位制度,只能另辟蹊径。

### 三、构成垄断协议的转售价格维持及其认定

依据实质主义的认定标准,除滥用市场支配地位的类型外,转售价格维持还可构成垄断协议。具体而言,转售价格维持可用以达成横向垄断协议或促成协同行为,而上下游经营者基于通谋而达成的转售价格维持的构成纵向垄断协议。

#### (一)构成横向垄断协议的转售价格维持

若有直接证据证明前述乳粉生产企业就“要求经销商维持转售价格”进行过具体明确的意思联络,则涉案行为构成横向垄断协议。经销商并非横向垄断协议的参与者,亦非组织者,能否依据《反垄断法》第19条认定经销商“为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”需进一步明确。

有学者指出,实质性帮助仅指主动且显著的帮助活动。<sup>⑪</sup>笔者认为,界定实质性帮助不应过度关注帮助者主动与否。正如上文所述,在不涉及滥用市场支配地位的前提下,经营者主动与被动的主动状态不存在明显界线。即使遭受一定胁迫,经营者最终同意从事帮助行为也可视为“自愿帮助”。因此只要帮助行为对垄断协议的达成有明显的促进效果(如提供必要支持、创造关键条件等),就构成实质性帮助。此外,尽管《反垄断法》第19条仅禁止经营者为达成垄断协议提供实质性帮助,但依据“举轻以明重”的法理,经营者为垄断协议的实施提供实质性帮助亦构成违法行为。<sup>⑫</sup>

在上述案件中,经销商充分落实了乳粉生产

企业的经营决策,使横向垄断协议得以实施,其行为构成横向垄断协议的实质帮助行为。依据《反垄断法》第56条的规定,经销商的行政处罚责任可参照乳粉生产企业进行确定。在此过程中,执法机构应践行“罚过相当”的原则。在司法案件中,若第三方购买者作为原告提起诉讼,则下游经营者与乳粉生产企业应当如何分担责任有待分析。从实体法角度分析,这两类经营者之间成立共同侵权并无疑问。在程序法上,若原告仅起诉乳粉生产企业,则法院应尊重当事人意愿,以该类企业为被告审理案件;若原告仅起诉下游经营者,则法院必须追加乳粉生产企业作为共同被告。<sup>⑧</sup>不论是仅以乳粉生产企业为被告,还是以这两类企业为共同被告,这两类企业之间的内部追偿责任均需明确。若下游经营者完全出于自愿从事转售价格维持,则双方应按照原因力大小分担最终责任,无法确定原因力大小时双方应平均分担责任。若下游经营者被迫维持转售价格,则原则上应由乳粉生产企业承担最终责任。

实践中还有其他用于横向垄断协议的转售价格维持。以前述“大众汽车案”为例,在将本案相关商品市场限定为单一品牌(奥迪)市场的前提下,汽销公司很可能具有市场支配地位;其强迫经销商转售价格维持的行为构成滥用市场支配地位行为。但在汽车销售领域,经销商往往有较强的动机从事转售价格维持,适用滥用市场支配地位制度难以对经销商进行处置。相比之下,适用垄断协议制度能够全面评价涉案经营者的行为。由于经销商之间存在明确具体的意思联络,其构成横向垄断协议的实施者,汽销公司则构成组织者。与认定汽销公司和经销商构成纵向垄断协议相比,前述认定更能反映经销商之间存在意思联络的事实,因此具备优越性。总之,当转售价格维持协议的一方经营者构成横向垄断协议的组织者或实质帮助者时,转售价格维持是横向垄断协议的

一部分。

## (二)构成协同行为的转售价格维持

当具有竞争关系的经营者从事了排除或限制竞争的一致行为,但原告或执法机构难以证明前述经营者存在明确具体的意思联络时,一致行为有可能构成协同行为。依据《禁止垄断协议规定》第6条,协同行为的认定需考虑四方面因素:(1)经营者的市场行为是否具有 consistency;(2)经营者之间是否进行过意思联络或信息交流;(3)经营者能否对行为一致性作出合理解释;(4)相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。作为案件处理的起点,经营者价格行为存在一致性往往容易查明,<sup>⑨</sup>协同行为的认定应着重分析其他因素。

不同于其他横向垄断协议案件,在协同行为案件中,原告或执法机构仅能证明涉案经营者进行过一定程度的意思联络。例如,在“艾司唑仑药品垄断案”中,<sup>⑩</sup>作为当事人之一的华中药业公司曾向另外两个当事人建议每片药品提价一角,后两者并未明确同意。华中药业公司将其制作的《调价通知函》以邮件的方式发送给该案又一当事人信谊药业公司,并希望其跟随涨价。当事人还通过电话、短信、展台当面协商等方式对提价行为进行过沟通。国家发改委认为前述沟通与信息交流活动足以表明经营者存在一定程度的意思联络,并最终认定协同行为。与之类似,在“预拌混凝土价格垄断案”中,<sup>⑪</sup>广东省市场监督管理局认定涉案经营者联合上调“预拌混凝土”价格的行为构成协同行为。当事人对行政处罚决定不服,向人民法院提起行政诉讼。最高人民法院在终审判决中指出:<sup>⑫</sup>“19家企业围绕预拌混凝土变更价格、价格变动幅度,专门建立微信群并通过聚餐等线下方式进行一系列的信息交流、涨价提议与互相督促。其中虽有部分企业在微信群内没有明确披露其实际交易中的具体提价情况,但是其参与微信群就足以了解群内其他企业的价格调整情况,

且没有对价格调整提出异议,群内其他企业也有理由相信没有披露具体提价情况的企业已经采取或将要采取同样的提价行为,相关交流信息让加入微信群的企业之间形成了某种心照不宣的默契,便于其实施相关调价策略。”言外之意,通过微信群进行的沟通虽未达到明确具体的程度但亦符合协同行为对意思联络的要求。此外,信息交流属于意思联络。涉案经营者彼此交流目前、未来售价或售价变动信息的行为虽不构成明确具体的通谋,<sup>⑤</sup>但对协同行为的实施意义重大。信息的性质、交流信息的方式、信息交流导致价格竞争被消除的可能性等因素对认定协同行为具有重要意义。

满足以下条件,转售价格维持可成为协同行为的信息交流机制。首先,转售价格维持的一方当事人为从事一致行为的经营者,另一方当事人为前述经营者共同的交易相对人。其次,交易相对人分别与前述经营者达成了转售价格维持的合意,这一过程并未实现前述经营者之间明确具体的垄断通谋,否则可直接认定横向垄断协议。再次,转售价格维持一般为交易相对人动议。<sup>⑥</sup>再其次,在达成或实施转售价格维持的过程中,每个经营者均知晓其他经营者也达成了类似的合意。最后,前述经营者有从事一致行为的利益动机。

对一致行为的合理解释分为两个层面。第一层面,行为人可对一致行为作出事实性的解释,例如一致行为系属巧合,并非意思联络的产物。这一层面属案件事实认定或举证质证的范畴,在此不赘。第二层面,行为人作出抗辩,证明一致行为不构成垄断通谋,其涉及协同行为案件的举证责任分配。这一举证责任的分配包括两种情况。其一,当涉案行为属《反垄断法》第17条所列举的第1项至第5项情形时,案件处理遵循举证责任倒置,即原告或执法机构证明行为人实施了涉案行为,由行为人依据《反垄断法》第20条进行抗辩(豁

免)。这种分配源自《反垄断法》垄断协议制度有关举证责任分配的一般法理。其二,当涉案行为属《反垄断法》第17条所列的第6项兜底情形时,举证责任分配应参考《禁止垄断协议规定》第16条。依据该条规定,国家市场监督管理总局应先认定前述涉案行为具备排除或限制竞争的效果(认定过程应允许行为人对行为是否具备前述效果进行抗辩),再由行为人依据《反垄断法》第20条进行抗辩(豁免)。<sup>⑥</sup>当行为人无法通过上述两个层面对一致行为作出解释时,一致行为很可能构成协同行为。

相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化对认定协同行为意义重大。一方面,寡头市场更容易出现协同行为。在该市场结构中,经营者数量较少且势均力敌、产品同质性强、价格弹性较弱,这些因素有助于经营者通过实际行动达成一致意见,有利于协同行为的实施者发觉并制裁背离行为。另一方面,协同行为的认定需考虑竞争状况、市场变化等情况。例如,在预拌混凝土企业提起的行政诉讼中,最高人民法院在终审判决中考查了竞争状况、市场变化,认定了排除或限制竞争的效果。<sup>⑥</sup>

综上所述,转售价格维持可用以促成协同行为,实施协同行为的经营者的共同交易相对人是协同行为的组织者。以“武汉新兴精英医药公司案”为例,<sup>⑥</sup>作为经销商的新兴精英公司分别与两家原料药供货商达成独家销售协议,并在协议实施的过程中大幅提高原料药销售价格(与转售价格维持协议类似)。执法机构仅认定新兴精英公司滥用市场支配地位,未对供货商作出处罚。笔者认为,涉案原料药市场属典型的寡头市场,两供货商均与同一经销商达成了转售价格维持协议,且该协议为经销商动议。若两供货商彼此知悉对方与同一经销商达成了相同协议,则转售价格维持协议构成两供货商的信息交流机制。若两供货

商无法对其一致高价作出合理解释,则执法机构可认定两供货商从事协同行为,且新兴精英公司构成协同行为的组织者。

### (三)构成纵向垄断协议的转售价格维持

构成纵向垄断协议的转售价格维持有两种典型情形:(1)单一供货商与单一经销商就转售价格维持达成通谋;(2)单一供货商同时与多个经销商达成通谋,且多个经销商之间不存在意思联络。这两种情形的差别在于前者仅涉及一个转售价格维持,后者涉及多个平行的转售价格维持。

上述转售价格维持只有在同时符合下列条件时才能产生排除、限制竞争的效果。(1)供货商具有一定市场力量。参考有关安全港的规定,笔者认为,可将供货商市场份额高于30%作为认定违法性的一般门槛。(2)仅涉及一个经销商时,该经销商也应具有一定市场力量;当多个经销商进行转售价格维持时,这些经销商的市场份额总和需达到一定水平。此时30%的市场份额亦可作为门槛。供货商与经销商必须同时具有一定市场力量,否则难以对市场竞争产生影响。(3)供货商与经销商在转售价格维持上达成通谋。(4)经销商只销售单一品牌的产品。(5)经销商不愿或不能(如受制于经销协议)转向其他品牌的产品。(6)经销商下游的第三方购买者不愿或不能(如受制于资产专用性)选择其他品牌的产品。

在纵向垄断协议案件中,原告只能是第三方购买者,不能是协议的参与者。面对协议参与者提起的诉讼,人民法院应进行如下处理。(1)协议双方已达成并实施了转售价格维持,但因一方背离通谋等原因引发纠纷,人民法院应认定原告无权依据《反垄断法》获得损害赔偿,驳回原告的诉讼请求。<sup>⑥</sup>双方纠纷可适用合同法律制度予以解决。(2)若涉案行为构成滥用市场支配地位,则人民法院应行使释明权,告知当事人围绕滥用市场支配地位进行举证质证。

鉴于2022年修订后的《反垄断法》已在纵向垄断协议案件中统一适用“可抗辩的违法推定”,原告或执法机构在对转售价格维持的基本事实进行证明后,被告或行政相对人可通过以下途径抗辩:其一,涉案行为无法产生任何损害竞争的效果;其二,涉案行为虽在一定程度上损害竞争,但也可促进竞争,且促进竞争的作用大于损害竞争的效果;其三,涉案行为符合《反垄断法》第20条豁免的规定。

### 四、结论

从历史的角度看,转售价格维持最初被认定为是纵向垄断协议,但这并不意味着转售价格维持只能构成纵向垄断协议。离开通谋的前提,转售价格维持很可能构成其他垄断行为。转售价格维持的认定,应当透过形式把握行为的实质。形式主义的认定标准看似便捷高效地处理了违法行为,实则“削足适履”,强行适用纵向垄断协议制度,造成诸多问题。实质主义的认定标准则立足行为的实质机制,准确运用多种制度认定涉案行为,确保法律实施的严肃性。我国反垄断法律制度的不断完善为形式主义的认定标准向实质主义的认定标准演进创造了条件,<sup>⑦</sup>这一演进又有利于中国反垄断法与世界反垄断法求同存异。所谓求同,是指反垄断基本概念或基础理论应与世界主流范式保持一致,避免无谓的理论创造;所谓存异则体现为中国反垄断法的本土特色。转售价格维持的类型化认定不仅为理论共识提供了验证机制,而且为垄断协议、滥用市场支配地位等制度的中国化建构开辟了场域。

#### 注释:

①作为本文研究对象的转售价格维持具备以下特征:(1)在内容上,供货商要求经销商固定转售价格或限制转售的最低价格;(2)在形式上,供货商和经销商之间签订了载有前述

内容的协议,即转售价格维持协议;(3)在效果上,转售价格维持具有排除或限制竞争的效果。

②参见国家发展和改革委员会(2016)8号行政处罚决定书。

③参见上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民五(知)初字第169号民事判决书。

④参见万江:《中国反垄断法:理论、实践与国际比较》,中国法制出版社2017年版,第83页。

⑤参见万江:《中国反垄断法:理论、实践与国际比较》,中国法制出版社2017年版,第83页。

⑥See 250 U.S. 300, 39 S.Ct.2072, 119 L.Ed.992(1919).

⑦See 362 U.S. 29, 80 S.Ct.503, 4L.Ed.2d 505(1960).

⑧See 465 U.S. 752, 104 S.Ct.1464, 79 L.Ed.2d 775(1984).

⑨ See American Cyanamid Company, File No.9510106 (FTC, Jan.30, 1997), <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/1997/01/amercyan.htm>, last visited on Feb.26, 2024.

⑩See Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harvard Law Review 655(1962).

⑪See European Commission, Nathan-Bricolux, Case COMP. F.1/36.516(2000).

⑫有学者亦质疑“一方面将形式上成立的转售价格维持协议都归为纵向垄断协议,并适用相关法律,另一方面又实质性地按照单方行为来认定反垄断责任”的做法,并指出按照单方责任查处的转售价格维持很可能不构成纵向垄断协议。在缺少合意时,生产商或经销商的行为不能被认定为垄断协议。参见李剑:《转售价格维持规制中的单方逻辑迷思》,载《法学》2022年第3期。

⑬参见丁茂中:《反垄断民事诉讼原告资格的特别构造》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期。

⑭See Lawrence A. Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, West Publishing Co, 1977, p.332.

⑮依据经典表述,垄断通谋是指涉案经营者对“追求非法目的的共同计划”的自觉遵从。See American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 810(1946).

⑯例如,2015年发布的《国家工商行政管理总局关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》第5条将“经营者与交易相对人在相关市场上的市场份额均不超过30%”作为适用安全港的情形之一。2019年发布的《国务院反垄断委员

会关于汽车业的反垄断指南》第4条规定:“以纵向协议的竞争评估为例,执法实践和理论研究表明,在相关市场占有率30%以下市场份额的经营者有可能被推定为不具有显著市场力量。”2019年发布的《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第13条将“经营者与交易相对人在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的市场份额均不超过30%”作为适用安全港的情形之一。

⑰参见郭传凯:《市场力量分析下反垄断规制体系的完善》,载《中国流通经济》2021年第5期。

⑱参见许光耀、牛钰彤:《转售价格维持的反垄断分析方法研究——兼评“韩泰轮胎案”》,载《价格理论与实践》2021年第9期。

⑲不同乳粉生产企业所采取的惩罚措施有所不同,主要包括直接罚款、扣减返利、限制供货、停止供货等。该案情况汇总于国家发展和改革委员会官方网站发布的信息,[https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/xwfb/201308/t20130807\\_956179.html](https://www.ndrc.gov.cn/xwdt/xwfb/201308/t20130807_956179.html), 2023年12月1日访问。

⑳参见湖北省物价局鄂价检处(2014)14号行政处罚决定书。

㉑亦有学者指出,协议有可能成为企业滥用市场支配地位的手段,比如具有市场支配地位的经营者通过协议的方式限定交易相对人只能与之进行交易。参见张晨颖、李希梁:《双重路径下排他性交易的反垄断规制》,载《知识产权》2021年第4期。

㉒上述两种制度存在相对清晰的边界。有学者指出:“垄断协议主要是形成市场力量的方式,它通过消除协议当事人相互间的竞争压力,为当事人带来提高价格的能力;而支配地位滥用行为则主要是延续市场力量,或传导市场力量的方式。”许光耀:《经营者集中行为协同效果的反垄断分析方法——兼论协同效果与共同支配地位的差异》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2022年第6期。

㉓在我国《反垄断法》的语境下,垄断协议包括协议、决定、协同行为三种类型。由于决定类行为与协同行为不可能出现于纵向经营者之间,纵向垄断协议仅包括纵向经营者达成的协议类垄断协议。鉴于决定类行为往往反映横向经营者之间的垄断通谋,横向垄断协议可包括决定类行为、横向经营者之间达成的协议类垄断协议与协同行为。

㉔参见张晨颖、李希梁:《双重路径下排他性交易的反垄断规制》,载《知识产权》2021年第4期。

⑮参见丁茂中:《反垄断民事诉讼原告资格的特别构造》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期。

⑯通谋的认定不需要双方经营均出于完全自愿,实践中通谋双方往往区分动议方与接受方。只要不构成滥用市场支配地位行为,则一方接受另一方转售价格维持安排的做法可视为双方达成通谋。

⑰参见许光耀:《转售价格维持案件中垄断行为的识别——兼评新〈反垄断法〉第18条》,载《法学评论》2023年第3期。

⑱在本文语境下,品牌之间的竞争直观体现为不同品牌经销商之间的竞争,进而传导至不同品牌供货商之间的竞争。

⑲“由于保护竞争过程和强化市场的开放性同样有着提升经济效率的功能,并且对转型时期的中国,更为基础和急迫,因而《反垄断法》在关注竞争结果的同时,也应该关注竞争机制的塑造。”叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,载《中国社会科学》2017年第3期。

⑳参见李剑、唐斐:《转售价格维持的违法性与法律规制》,载《当代法学》2010年第6期。

㉑“锐邦诉强生案”对司法实践产生了明显影响,其后诸多纵向垄断协议司法案件在法律依据、论证思路及损害赔偿等方面与该案实质相同。参见上海市高级人民法院(2018)沪民终475号民事判决书;广东省高级人民法院(2016)粤民终1771号民事判决书。

㉒亦有其他学者对本案的审理持否定态度,其认为该案原告与被告之间的“强—弱”对比十分明显,被告在协议中处于完全被动地位,双方订立的纵向垄断协议实质上是被告滥用市场支配地位的手段。参见李小明、朱超然:《纵向垄断协议的反垄断法规制路径探析——以强生公司被诉垄断案为例》,载《河北法学》2021年第11期。

㉓原告北京锐邦涌和科贸有限公司(以下简称:锐邦公司)是强生(上海)医疗器械有限公司、强生(中国)医疗器械有限公司(以下合并称为强生公司)医用缝线、吻合器等医疗器械产品的经销商,与强生公司已有15年的经销合作关系。三公司之间的经销合同每年一签,有效期为一年。2008年1月,强生公司与锐邦公司签订《经销合同》及附件,约定锐邦公司在强生公司指定的相关区域销售强生公司的缝线产品,合同期限自2008年1月1日至同年12月31日。合同附件七对锐邦公司的经销区域以及经销指标进行了明确的约定;合同附件五第2条还约定,锐邦公司不得以低于强生公司规定的产品价格进

行销售。2008年3月,锐邦公司在北京大学人民医院举行的强生医用缝线销售招标中以最低报价中标。2008年7月1日,强生(上海)医疗器械有限公司致函锐邦公司,以锐邦公司于2008年3月在北京大学人民医院的竞标中私自降低销售价格、获取非授权区域的缝线经销权为由,扣除锐邦公司保证金2万元,并取消锐邦公司在中国医学科学院阜外心血管医院、北京整形医院的销售权。2008年8月15日后,强生公司不再接受锐邦公司医用缝线产品订单,2008年9月完全停止了缝线产品、吻合器产品的供货。2009年,强生公司不再与锐邦公司续签经销合同。锐邦公司以强生公司实施纵向垄断协议为由向人民法院提起诉讼。参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

㉔该法院认定的垄断协议三条件与学界主张的三条件存在差别,后者包括:容易在具体内容上达成一致、及时监测与制裁背离行为、足够应对协议以外的经营者带来的挑战。See Stigler, A Theory of Oligopoly, 72 J. POL. ECON. 44(1964).

㉕该二审法院主要依据以下事实认定相关市场的竞争不够激烈。第一,医用缝线产品市场缺乏足够的来自买方的价格竞争动力。第二,缝线产品使用者较强的品牌依赖降低了卖方的价格竞争压力。第三,医用缝线产品市场存在较高的进入障碍。第四,强生公司在医用缝线市场长期具有很强的定价能力,可以反证相关市场缺乏竞争。

㉖该二审法院主要依据以下事实进行认定。首先,强生公司在相关市场的市场份额居于领先地位。其次,强生公司的定价能力与其市场地位相对应。再次,强生公司缝线产品具有很强的品牌影响力。最后,强生公司对经销商具有很强的控制力。因此,尽管被上诉人没有提供其在本案相关市场确切的市场份额数据,法院仍认为,强生公司依靠其在全球市场的优势、其丰富的产品品种、其很高的产品声誉、其对销售渠道的控制以及其他优势,在竞争并不充分的本案相关市场具有很强的竞争优势,特别是,强生公司在相关市场长期具有很强的产品定价能力,表明强生公司在相关市场具有“很强的市场地位”。

㉗实践中法官时常因“预设裁判结论”而形成“单一说理目标”。在该案中,法官正是陷入形式主义的窠臼,忽视了行为人滥用市场支配地位的可能。参见嵇红涛:《论司法裁判中的证否说理——从法官视角推理谈起》,载《学海》2023年第4期。

㉘美国2010年版《横向合并指南》第四节“相关市场界

定”明确指出相关市场界定的两个功能:其一,相关市场界定可明确在哪些商品和哪些地域出现了竞争问题;其二,相关市场界定可帮助执法机构明确竞争参与者,测定市场份额和市场集中度。

⑳市场支配地位的认定往往需要借助各种测评方法,最常见的是市场份额推定法。在市场份额的推定机制下,市场支配地位还需结合进入壁垒等因素进行综合判断。在该案中,强生公司很可能具备较高的市场份额,医用缝线市场的进入壁垒等因素亦有利于强生公司形成市场支配地位。参见刘大洪、蒋博涵:《“法”与“术”:数字经济平台市场支配地位之探微》,载《学海》2022年第1期。

㉑寡头市场有狭义和广义之分。狭义的寡头市场,是指相关市场的全部市场份额被少数几家经营者以较为均匀的方式瓜分的市场形态。广义的寡头市场,是指相关市场的大部份被少数几家经营者瓜分,且若干中小型企业共同占据剩余份额的市场形态。经济学界曾对广义的寡头市场进行过分类:(1)相关市场前四大企业市场份额合计超过75%,则该市场为极高度寡头市场;(2)前四大企业市场份额合计在65%至75%且前八大企业市场份额合计在85%以上,则该市场为高度寡头市场;(3)前一数值在50%至65%且后一数值在75%至85%,则该市场为中度寡头市场;(4)前一数值在35%至50%且后一数值在45%至75%,则该市场为低度寡头市场。参见杨公仆等:《产业经济学教程》,上海财经大学出版社2002年版,第135页。

㉒See Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 Harvard Law Review 655(1962).还有国内学者将特纳的理论归纳为“相互依赖理论”,即“寡头之间即便没有达成明确的协议,但是由于它们之间存在策略性的相互作用,即总是需要考虑竞争对手的反应来决定自己的最佳策略,因此实际上相互依赖,从而维持垄断理论”。参见应品广:《共同市场支配地位的理论解构与制度调适》,载《社会科学》2022年第4期。

㉓参见时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,载《中国法学》2020年第2期。

㉔参见时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,载《中国法学》2020年第2期;侯利阳:《共同市场支配地位法律分析框架的建构》,载《法学》2018年第1期;焦海涛、宋亭亭:《数字时代共同市场支配地位的认定标准》,载《上海财经大学学报》2021年第3期。

㉕两种制度纠缠不清的局面亦有其制度原因。2023年发布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第13条规定:“认定两个以上的经营者具有市场支配地位,除考虑本规定第七条至第十二条规定的因素外,还应当考虑经营者行为一致性、市场结构、相关市场透明度、相关商品同质化程度等因素。”这与《禁止垄断协议规定》第6条有关认定协同行为需考虑因素的规定高度重合。

㉖参见国家市场监督管理总局国市监处(2018)21号行政处罚决定书、国家市场监督管理总局国市监处(2018)22号行政处罚决定书。

㉗参见国家发展和改革委员会(2017)1号行政处罚决定书、国家发展和改革委员会(2017)2号行政处罚决定书。

㉘参见张晨颖:《共同市场支配地位的理论基础与规则构造》,载《中国法学》2020年第2期;黄军:《共同滥用市场支配地位行为的反垄断规制》,载《竞争政策研究》2019年第3期。

㉙这些特性包括但不限于寡头市场结构、较强的产品同质化及市场透明度。参见张晨颖:《共同市场支配地位的理论基础与规则构造》,载《中国法学》2020年第2期。

㉚上述结构性因素不包括股权上的控制与被控制关系。依据学界主流观点,母公司和子公司在反垄断法中应被视为同一经营者,此时不存在认定共同市场支配地位的可能。

㉛参见焦海涛、宋亭亭:《数字时代共同市场支配地位的认定标准》,载《上海财经大学学报》2021年第3期。

㉜“根据调查掌握的证据,康惠公司2015-2019年人员花名册中,普云惠公司的总经理、副总经理,以及办公室、财务部、业务部、质量部、仓储部、信息部等部门负责人在内的多数人员均同时为康惠公司员工。普云惠公司原料药和制剂产品的经营决策由康惠公司作出,普云惠公司员工参加康惠公司组织的会议,并在会议上听从康惠公司对普云惠公司的经营安排;普云惠公司根据康惠公司的指令,与上下游企业进行原料药和制剂产品的交易;普云惠公司与客户签订的销售合同、销售单据、发票,以及普云惠公司会计账簿等材料交康惠公司保存。”国家市场监督管理总局国市监处(2020)8号行政处罚决定书。

㉝在适用行为性因素时应当注意,若前述因素能展现涉案经营者对从事违法行为有明确具体的意思联络,则涉案行为构成协议类垄断协议;若前述因素仅能表明涉案经营者在违法过程中存在一定程度的意思联络,则涉案行为可能构成协同行为。只有在这两种因素以外,行为性因素才可作为认

定共同市场支配地位的主要证据。

⑤3有学者认为,共同市场支配地位的滥用行为既包括单独滥用又包括共同滥用,共同市场支配地位的滥用主体并非一定为多个经营者。参见胥智仁:《共同市场支配地位“共同实体”要件之认定研究——寡头垄断成员内部竞争状态的解构》,载《比较法研究》2021年第5期。此观点应被纠正。

⑤4参见广东省高级人民法院(2014)粤高法民三终字第1141号民事判决书。

⑤5参见国家市场监督管理总局国市监处(2018)21号行政处罚决定书、国家市场监督管理总局国市监处(2018)22号行政处罚决定书。

⑤6参见焦海涛:《垄断协议达成中的组织与帮助行为》,载《中州学刊》2023年第2期。

⑤7作为佐证,《禁止垄断协议规定》第18条在界定“组织其他经营者达成垄断协议”行为时指出组织行为可发生于“垄断协议达成或实施过程”之中。

⑤8法院必须追加共同被告的原因在于保障乳粉生产企业的程序性权利,否则将在该类企业不知情的前提下认定垄断协议存在,从而侵害该类企业的程序利益。

⑤9一致行为并不需要完全一致。对价格行为而言,涉案经营者的价格水平大体一致或价格变动趋势类似即可认定为具有一致性。

⑥0参见国家发展和改革委员会(2016)5号行政处罚决定书、国家发展和改革委员会(2016)6号行政处罚决定书、国家发展和改革委员会(2016)7号行政处罚决定书。

⑥1参见广东省市场监督管理局粤市监反垄断行处(2020)33号行政处罚决定书。

⑥2参见最高人民法院(2022)最高法知行终29号行政判决书。

⑥3 See Edward J. Schneidman, The Creation of a Separate Rule of Reason: Antitrust Liability for the Exchange of Price Information among Competitors, 1979 Duke Law Journal 1004(1979).

⑥4在转售价格维持是其他经营者主动追求时,这些经营者更有可能进行了明确具体的意思联络,原因在于,除非其进行明确具体的意思联络,否则不会选择同一交易相对人进行

转售价格维持。

⑥5上述兜底款项中的协同行为需要执法机构进行认定不意味着该类行为无法引发司法案件。在执法机构认定涉案行为排除或限制竞争后,相关市场主体可依据执法机构的认定提起后继诉讼。在诉讼过程中,若被告不能依据《反垄断法》第20条获得豁免,则涉案行为构成协同行为。

⑥6“审查相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况,可以看出涉案19家混凝土企业的被诉行为产生了反竞争效果。对于涉案预拌混凝土市场,在特定区域内的产能规划和搅拌站站点布局相时稳定,新的经营者较难在短期内进入相关市场;同时,预拌混凝土初凝时间等因素制约着预拌混凝土供应的辐射范围(通常在距搅拌站50公里范围内),在该特定区域内预拌混凝土企业向外开拓新市场受到限制,下游企业挑选预拌混凝土供应商的范围也受到限制。一旦相关市场内全部或者大部分混凝土企业联络一致涨价,则其下游企业(混凝土购买方)基本上没有多少可协商或者另行选择的余地而只能被动接受涨价。涉案19家混凝土企业中绝大多数的年营业额超过1千万元,在相关市场上具有较高的市场份额,对相关市场内的预拌混凝土供应有较强的控制能力。本案事实已经表明,涉案19家混凝土企业共谋集中上调预拌混凝土单价,已经损害下游企业及终端消费者的利益,客观上产生了排除、限制竞争的实际效果。”最高人民法院(2022)最高法知行终29号行政判决书。

⑥7参见湖北省工商行政管理局鄂工商处(2017)201号行政处罚决定书。

⑥8在横向垄断协议案件中,最高人民法院曾认定前述协议的实施者无权依据反垄断法要求该垄断协议的其他实施者赔偿其所谓的经济损失,因此驳回原告的诉讼请求。参见最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。为回应垄断行为,司法与行政的联动机制应当尽快建立,人民法院应将垄断协议的相关情况告知执法机构,由后者对涉案行为进行查处。

⑥9例如,《反垄断法》对垄断协议组织帮助行为的规制使垄断协议制度突破了单纯的横向或纵向关系,在处罚横向经营者的同时,制裁违法的上下游经营者(即组织帮助者)。