

反垄断合规中的“灰犀牛”——从最新的2.9亿罚款看纵向垄断协议风险

作者：解石坡 | 郭潇

2021年9月27日，浙江省市场监督管理局（“**浙江省市监局**”）在其网站上公布了对某一民用电工产品生产商的反垄断《行政处罚决定书》，对该生产商销售民用电工产品时固定、限定价格的纵向垄断协议行为，处以其2020年度中国境内销售额98.27亿元3%的罚款，计人民币约2.9亿元。

该生产商曾于2021年5月13日发布公告，披露浙江省市监局决定对其涉嫌与交易相对人达成并实施垄断协议行为进行立案调查。本案的处罚依据是中国《反垄断法》项下关于禁止纵向垄断协议的规定。具体而言，《反垄断法》第十四条规定，“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格”。浙江省市监局调查认为，该生产商的一系列价格管控行为，违反了前述规定，构成固定和限定价格的纵向垄断协议（即转售价格维持）。

本案所涉及的是在实物产品销售过程中颇为常见的纵向价格垄断行为，同时也是反垄断执法中最为典型的违法行为之一，这一案件的公布进一步彰显了反垄断执法机关打击纵向价格垄断行为的决心，也为纵向价格限制高发的行业再次敲响警钟。

一、对本案基本情况的分析

浙江省市监局在其《行政处罚决定书》中遵循了对转售价格行为的分析框架，具体而言：

（一）认定存在固定和限定价格的行为

本案中，该生产商的销售模式以经销为主、直销为辅，在经销环节，当事人制定含有固定产品转售价格、限定最低转售价格内容的《市场运营规范》等文件，并通过发布价格政策、与经销商签订经销合同、承诺书等方式，实现对产品价格的管控，具体体现在：

1. 签订《经销合同》，其中规定，经销商“认可并遵守双方约定的市场管理体系”，“经销商应严格执行在公司备案的或者公司要求的加价率”。
2. 发布价格政策，该生产商向各经销商发布调价政策，如“终端零售价，指导价为75折，最低65折，最高85折”；“即日起，G06（白色）终端零售指导价调整为公司价格表的6.5折，终端零售和促销活动可以按照公司价格表的6.0折成交”；此外还建立QQ、钉钉群等，并在群里发布产品价格表，要求群里的经销商按照价格表中标识的“销售价格”进行销售。

3. 要求经销商签订《承诺书》，承诺遵守该生产商的价格管控体系，如“经销的墙壁开关插座全系列零售价格不低于公司下发价格表 6.5 折”；“遵守公司公布的经销产品建议价格体系（包括但不限于日常零售价、一般活动价、大促价）”等。

该生产商固定和限定价格的行为在线上和线下经销商均得到了实际执行，还通过强化考核监督（组建市场督查部，明察暗访市场价格，并接收经销商之间的举报）、委托中介机构维价（先后委派多家第三方公司对其经销商的零售价格水平进行监督）、惩罚经销商（扣分、收取违约金、取缔经销资格等）等措施，进一步强化固定和限定价格协议的实施。

（二）认定存在反竞争效果

本案中，浙江省市监局通过分析该生产商产品的市场优势地位、经销商对重点产品的依赖性等，认定该生产商固定和限定价格的行为，排除、限制了相关产品在经销商之间的竞争和在零售终端的竞争，损害了消费者合法权益和社会公共利益。

二、市场份额与纵向垄断协议的安全港

值得注意的是，《反垄断法》法律规定和行政执法中，对于转售价格维持的构成要素，均不要求协议方具有一定的市场份额或市场力量。因此，即使生产商和经销商双方的市场份额均比较低，其对转售价格的限制，也仍然会被认定为纵向垄断协议。这一点在采用“原则禁止+例外豁免”的行政执法中更为明显。

虽然部分指南或指导意见对于垄断协议的豁免进行了探索和尝试，甚至已开始尝试设定基于一定市场份额的安全港，例如：

1. 《中国（上海）自由贸易试验区中小企业垄断协议豁免指导意见》规定，关于豁免条件中的“不会严重限制相关市场的竞争”，中小企业可从下列情形进行说明：参与企业在相关市场的市场份额较小。
2. 《关于汽车业的反垄断指南》的“推定豁免”一条中指出，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 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。然而该指南中列出的可以推定豁免的纵向垄断协议主要涉及不具有显著市场力量的经营者设置的纵向地域限制和客户限制若干情形，并未明确指出推定豁免的市场份额标准适用于转售价格限制行为。就转售价格维持的豁免，该指南列举了四种主张个案豁免的常见情形，包括新能源汽车的短期转售价格限制、仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制、政府采购中的转售价格限制、汽车供应商电商销售中的转售价格限制。
3. 《关于知识产权领域的反垄断指南》参考国际惯例及我国执法实践，设立涉及知识产权的协议安全港规则，如具有竞争关系的经营者市场份额合计不超过 20%或者经营者与交易相对人在任一相关市场的份额不超过 30%等，增强了经营者对知识产权相关横向或纵向协议反垄断合规性的预判。
4. 《关于原料药领域的反垄断指南》（征求意见稿）则相对保守，规定原料药生产企业或经销企业如果主张其协议可以适用《反垄断法》第十五条，需要根据个案具体情形证明其协议符合《反垄断法》第十五条规定的法定条件，判断其协议能否被豁免。

但是，前述指导意见、指南仍然没有成为正式的法律规定，且在执法实践中也仍未看到公开的实施公告。

本案中，我们注意到，浙江省市监局颇有新意地列举了部分产品在“天猫市场”的市场占有率，这在此

前涉及转售价格维持的纵向垄断协议的行政处罚案件中并不常见。浙江省市监局列举“天猫市场”的市场占有率，可能有两种考虑，其一，评估是否符合《反垄断法》第十五条规定的豁免条件（即符合《反垄断法》第十五条列举的豁免情形，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）。其二，证明该生产商的产品具有市场优势地位，经销商对其重点产品具有一定依赖性，从而说明为何不将经销商作为处罚对象。

无论执法机构的真实考虑如何，我们认为本案中列举出的市场占有率表明，转售价格维持并不存在普遍适用的“安全港”，尤其是，本案中一种产品 2019 年的市场份额低于 30%，仍被作为证明该生产商的产品具有市场优势地位的事实之一。因此，转售价格维持的纵向垄断风险，不仅是传统上认为可能存在垄断的巨头企业所面临的，而是所有企业共同面对的风险。

三、实践与合规

转售价格维持的纵向垄断协议在实践中非常常见。大量进行实体产品生产、并通过经销模式进行销售的企业，或多或少存在对经销商转售价格体系的控制。并且，由于大部分企业市场份额不高，往往没有意识到这种安排背后的反垄断风险。

与之相对应的是，在我国《反垄断法》法律规定和行政执法中，对转售价格维持的纵向垄断协议的严格限制和数额巨大的处罚。如上文所述，目前，对于转售价格维持行为，我国反垄断执法机关用“原则禁止+例外豁免”的适用原则，主要判定逻辑如下：

1. 首先，如果发现公司的经销合同、销售政策、考评标准、公司内部或与经销商的交流记录涉及对经销商存在固定转售价格或限制最低转售价格的条款，并实施了相关条款，则直接推定其具有排除、限制竞争的效果，因此认定构成《反垄断法》所禁止的纵向垄断协议。
2. 在认定违法的基础上，除非公司能够证明其行为符合《反垄断法》项下的豁免情形（例如，为改进技术、研发新产品、提高质量、降低成本、节约能源、保护环境、缓解生产过剩等），并且未造成严重竞争损害且能为消费者带来福利，才能进行个案豁免。

实践中，执法机关对于上述豁免情形的证明标准要求非常高。并且，公司在证明其行为符合上述豁免情形之外，还需要同时证明其行为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。因此，公司一般很难证明其转售价格维持行为符合豁免的条件。

如果执法机关认为公司达成并实施了转售价格维持的纵向垄断协议，将责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度集团销售额 1%–10%的罚款。

因此，转售价格维持的纵向垄断协议，一直是我国反垄断执法的重点之一。事实上，我国《反垄断法》下出现的第一张针对垄断行为的天价罚单，就是 2013 年针对两家白酒企业转售价格维持行为作出的，罚款金额合计达到 4.49 亿元人民币。紧接着，婴幼儿奶粉案中对九家违法企业处以了合计 6.7 亿元人民币的罚款。最近，今年上半年，反垄断执法机关对一家制药企业的转售价格维持行为作出了 7.64 亿元的处罚。此外，在汽车销售、家电、医药领域，针对转售价格维持的反垄断调查和处罚在中央和地方层面也都多次发生。

但是，与商业实践中转售价格维持行为的普遍性相比，反垄断执法总体仍显得较为有限，这主要是受到总体执法资源的限制。但是，如果出现产品短缺，集体涨价，经销商、消费者或第三方投诉等情况，则反垄断调查的风险会大大提高。

四、合规建议

面对这种情况，加强转售价格维持方面的反垄断合规十分重要。公司应当注意在其经销合同、销售政策、考评标准中，避免对经销商转售价格、折扣或者定价方式进行限制，并且在实际经营中避免提出类似要求。但是，从合规的角度，公司仍可以自主决定其出厂价格和定价方式，并可以设定产品销售给最终消费者的推荐零售价（但是不得通过处罚或激励使得推荐零售价实质上变为固定零售价格）。此外，市场中也出现了限制最高转售价格、定制化折扣、经销商利润分成等新模式，对执法机关对其态度及对其合规性的认定也值得进一步关注。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com