

纵向垄断协议的 诉讼资格及证明责任

——“北京锐邦涌和科贸有限公司
诉强生(中国)医疗器材有限公司案”评析

符 颖*

目次

- 一、案件基本情况
 - (一) 事实概要
 - (二) 判决要旨
- 二、本案评释
 - (一) 对纵向垄断协议诉讼资格的讨论
 - (二) 转售价格维持的法律性质及证明责任分配
- 三、结语

关键词 纵向垄断 诉权 证明责任

2012年5月宣判的“北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(中国)医疗器材有限公司案”^{〔1〕}是我国实施《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)以来,法院审理的首例纵向垄断协议民事诉讼案,作为创设性判决,法院在案件中阐明的法律思想,适用的基本逻辑思路备受关注。本案为纵向垄断的审判实践提供了宝贵经验,但判决中也存在一些值得商榷和有待回答的地方,如纵向垄断合同一方当事人是否享有诉权的问题,转售价格维持的法律性质及证明责任分配等问题。

* 上海交通大学人文艺术研究院副研究员,上海交通大学凯原法学院博士生。

〔1〕 上海市第一中级人民法院民事判决书,(2010)沪一中民五(知)初字第169号,见 <http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/no1court/2802/zyz/preview1.jsp?paper code=1&-orig year=2010&-orig sort=2105111&-orig no=169>,最后访问时间 2013-03-11。

本文尝试通过对这一判决的评析,以个案研究,探讨回答以上问题,以期丰富和深化对垄断诉权、证明责任及证明标准的理论研究。

一、案件基本情况

(一) 事实概要

北京锐邦涌和科贸有限公司是被告强生(上海)医疗器材有限公司和强生(中国)医疗器材有限公司在北京地区从事缝合器及缝线产品销售业务的经销商。2008年1月2日,两被告与原告签订经销合同,规定原告在两被告指定的相关区域销售爱惜康缝线部门的产品,期限自2008年1月1日至同年12月25日。合同附件七中对原告的经销区域以及经销指标做出明确的规定;合同附件五第2条还规定,原告不得以低于被告规定的产品价格进行销售。经销合同签订后,被告强生(上海)医疗器材有限公司分别于2008年1月1日、3月15日、6月30日向原告出具授权区域证明书,证明原告可以在包括人民医院在内的相关区域负责销售强生产品。

2008年7月1日,被告强生(上海)医疗器材有限公司致函原告,以原告于2008年3月在人民医院的竞标中,私自降低销售价格,获取非授权区域的缝线经销权为由,扣除原告保证金人民币2万元,并取消原告在北京阜外医院、北京整形医院的销售权。2008年8月15日,原告向被告强生(上海)医疗器材有限公司发出订单要求发货,但被告直至合同期满后,再也没有给原告发货。

原告认为被告以直接限制竞争为目的,在与原告签订的经销合同中以合同条款限定原告向第三人最低转售价格,被告还依据遵守指定价格水平的情况对原告采取警告、中止或者终止合同等间接方法,胁迫和威胁原告维持最低转售价格,同时,被告还采用“腾龙计划”进一步实施价格监督制度,达到更有效实施限定最低转售价格行为的目的。被告的上述行为构成了我国《反垄断法》第14条第(二)款所禁止的限定最低转售价格行为,被告实施垄断行为对原告造成了损害,依法应当承担民事赔偿责任。根据《反垄断法》第3条、第14条、第50条的规定,请求法院判令:被告赔偿原告经济损失人民币1439.93万元并承担本案全部诉讼费用。

(二) 判决要旨

上海市第一中级人民法院判决:驳回原告北京锐邦涌和科贸有限公司全部诉讼请求。

法院认为根据《反垄断法》第50条规定,经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。根据该条规定,经营者承担实施垄断行为的民事责任,需要具备实施垄断行为、他人受损害、垄断行为与损害具有因果关系三个要件。综合全案证据来看,这三方面的事实均未能得到查明:

首先,法院认为本案中原、被告之间所签订的经销合同的确包含有限制原告向第三人转售最低价格的条款,但根据我国《反垄断法》的相关规定,对于此类条款是否属于垄断协议,还需要进一步考量其是否具有排除、限制竞争的效果。但本案中,原告提交的证据仅为被告强生(上海)医疗器材有限公司在互联网上对其缝线产品所作的简短介绍,并不能确切地反映出经销合同项下产品在相关市场所占份额,更不能说明相关市场的竞争水平、产品供应和价格的变化等情况。相反,被告提交的证据表明还存在多家同类产品的供应商。因此,法院认定被告实施垄断行为的事实依据不足。

其次,对于在本案中原告所主张的损害,根据其向法院提交的损失明细表,法院认为这些所谓的损害,暂且不论其主张是否具有事实依据,在性质上而言,均是双方在购销合同纠纷中得以主张

的损害,与价格限制条款本身并无直接关联。同时,根据本案证据,也不能认定被告系执行价格限制条款而提前中止并拒绝继续与原告签订销售合同。因此法院不能认定原告遭受了反垄断法意义上的损害。

法院继而认为,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条之关于举证责任的分担规定,当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明,没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

二、本案评释

(一) 对纵向垄断协议诉讼资格的讨论

1. 问题的提出

本案中两被告答辩时称,“原告不是本案适格的原告。原告在本案中指称的垄断行为是原、被告之间达成的垄断协议,这是原、被告共同达成的,履行也是二者共同履行的,如果原告认为这个协议是垄断协议,那么其本身也是垄断行为的直接参与者和实施者,没有原告的参与和实施,这个协议也无法履行。反垄断法保护的是市场公共秩序、消费者利益和社会公共利益,并不保护垄断行为参与者和实施者的利益”。〔2〕

从立法规定看,具有经济宪法地位的《反垄断法》并未对反垄断民事诉讼的诉讼资格问题进行规定,上海市第一中级人民法院受理了这一案件,但对起诉资格问题采取了回避态度,没有予以评述或反驳。在本案一审判决之后生效的《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》(2012年1月30日最高人民法院审判委员会第1539次会议讨论通过,2012年6月1日起施行)第1条规定,“本规定所称因垄断行为引发的民事纠纷案件(以下简称垄断民事纠纷案件),是指因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议的自然人、法人或者其他组织,向人民法院提起的民事诉讼案件”。第1条虽然通过列举方式细化了反垄断民事诉讼主体,但并未明确垄断协议的当事人一方,即瑕疵原告是否享有诉权。

对于本文所讨论的案例而言,垄断协议的当事人一方是否享有提起垄断赔偿之诉的资格是本案的重要争点之一。对这一问题的回答,一般性意义或许在于,法院是否能够受理立案;在更深层次意义上,涉及反垄断法的价值追求和目标定位,这是反垄断立法和司法不容回避的最基本问题。

2. 相关学说及司法实践

关于纵向垄断协议的当事人是否享有提起损害赔偿之诉的资格问题,在一百多年前美国的反垄断诉讼中就已出现,对于年轻的中国反垄断司法而言,美国和欧盟对于纵向垄断诉权理论的研究和实践非常值得我们思考和借鉴。

(1) 诉权否定论

诉权否定论禁止垄断协议或垄断行为的参与者提起损害赔偿请求之诉。诉权否定论的基本依据是同等过错原则(*in pari delicto doctrine*)。同等过错原则起源于拉丁语,指参与违法行为的原告不能从违法行为中获得损害赔偿的原则。〔3〕同等过错原则作为衡平法上的一项重要原则,曾

〔2〕 参见前注〔1〕。

〔3〕 Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).

广泛运用于侵权法领域。当一个合同或协议违法或违反公共政策时,法院无权协助它生效,也无权协助因自身违法行为引起损害的一方当事人获得损害赔偿。^{〔4〕}

英美法系法官将同等过错原则引入反垄断诉讼领域。在美国早期的判例中,如,第二巡回法院审理的 *Eastman Kodak Co. v. Blackmore*^{〔5〕} (1921 年)和第七巡回法院审理的 *Tilden v. Quaker Oats Co.*^{〔6〕} (1924 年)案,即依据这一基本原则驳回了原告的诉讼请求,禁止对不法行为负有过错或罪责的原告获得损害赔偿的救济。第二巡回法院在 *Eastman Kodak Co.* 一案中指出,所有共谋协议的参与者,不论他们扮演是大还是小的角色,他们参与共谋这一点是根本事实,因此任何一方都无权获得损害赔偿,任何人也不能就他未发起的但从中获利的垄断行为主张清白。

在 *Courage Ltd versus Bernard Crehan*^{〔7〕} 一案之前的相当长时间中,英国法院适用过错原则,不允许(preclude)非法垄断协议当事人提起损害赔偿之诉。^{〔8〕} 因为双方当事人的协议是产生扭曲、限制竞争的原因,因此是垄断协议当事人并非受害者。根据英国判例法,违法垄断协议的一方当事人无权就此协议执行造成的损害提起赔偿之诉。如英国上诉法院在审理 *Gibbs Mew PLC v Gemmell*^{〔9〕} (1998 年)一案时,驳回 Gibbs Mew PLC 提出的双方协议违反反垄断法的上诉。判决理由中指出:1)罗马条约(1957)第 85 条致力于保护第三方竞争者,而不是垄断协议的当事方,因此垄断协议一方当事人无权请求损害赔偿;2)违反第 85 条的协议是非法的,协议当事人不能基于非法合同请求损害赔偿。

(2) 有限诉权论

有限诉权论承认纵向垄断协议的一方当事人享有诉权,但要考量原告在纵向垄断协议中的过错程度以确定是否给予原告请求损害赔偿救济之诉的资格。有限诉权论突破了传统衡平法的基本思想,立足于反垄断法的公法性质,认为私人执行是反垄断公共执法的有益补充,虽然实施主体是私人,但从本质上具有公共利益性,并非单纯补偿受害方。^{〔10〕} 美国最高法院 1968 年审理 *Penna Life Mufflers Inc. v International Parts corp.*^{〔11〕} 上诉案时首次鲜明地表明了这一思想。美国最高法院指出“获得三倍赔偿的原告可能跟被告一样要受到道德上的谴责,但法律应当鼓励他诉讼,这是基于更高的促进竞争的公共利益的要求。对当事人过于挑剔的道德价值评判,只会严重破坏私人诉讼作为反垄断执法防御物的作用”。但美国大法官在承认反垄断私人执行广泛的诉讼资格时,考虑到原告的确存在过错,法院并非绝对地赋予所有纵向垄断当事人绝对的诉权,而是有所保留地给予相对诉权。在 *Penna Life Mufflers Inc. v International Parts* 判决所附的大法官司法意见中,怀特大法官(Justice White)和马歇尔大法官(Justice Marshall)认为当原告就垄断协议负有实质平等的责任时不应当获得救济。而福塔斯大法官(Justice Fortas)则认为“平等过错”原则是有积极意义的,但在反托拉斯法中只适合扮演有限角色,因此原告就他积极参与或发起的协

〔4〕 *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341 at p. 343 per Lord Mansfield.

〔5〕 277, Fed. 694 (2d Cir. 1921).

〔6〕 1F. 2d 160 (7th Cir. 1924).

〔7〕 C-453/99, [2001] E. C. R. I-6297 (ECJ).

〔8〕 See, Jonathan Sinclair, “Damages in Private Antitrust Actions in Europe”, 14 *Loyola Consumer Law Review* (2001-2002), 555-556.

〔9〕 8 [1998] EuLR 588 (CA).

〔10〕 See, Wilkin Bushby, “The unknown quantity in private antitrust suit-the defense of in pari delicto”, 42 *Virginia Law Review* (1956), 788.

〔11〕 392 U. S. 134 (1968).

议条款下的损害不应当获得赔偿。^{〔12〕}

Courage Ltd versus Bernard Crehan 一案开启了欧盟竞争法关于诉讼资格和反垄断私人执行的新里程。英国上诉法院(英格兰和威尔士)[the Court of Appeal(England and Wales)(Civil Division)]在受理 *Courage Ltd versus Bernard Crehan* 一案时,也曾一度考虑下级法院在审判中提到的同等过错原则,但考虑到此时英国竞争法与欧共同体条约第 85 条(现在第 81 条)的协调问题,在 1999 年中止了此案的审理,并就案件涉及的法律问题向欧盟法院申请法律解释的初步裁决。欧洲法院(ECJ)就适用欧共同体条约第 85 条(现在第 81 条)做出初步裁决,裁决书中指出第 85 条(现在第 81 条)排除了成员国国内法的一项规则,即对限制和扭曲竞争负有责任的合同方禁止获得损害赔偿;然而,共同体法并不排除成员国国内法另一项规则,即对限制竞争负有显著责任的一方当事人无权向合同另一方要求赔偿。^{〔13〕} 初步裁决书借鉴了美国大法官的思想,注意到反垄断私人执法的公益特性,同时也从维护欧共同体条约(the EC Treaty)有效实施的角度进行了分析。根据欧共同体条约确立的“有效原则”(the principle of effectiveness),当任何人主张欧共同体法律权利时,各成员国不能施加难以忍受的或过分的限制。允许参与纵向垄断协议的原告提起诉讼,有助于维护有效竞争市场这一公共利益的实现。

3. 对本案的启示

上海市第一中级人民法院受理了这一案件,虽未就垄断协议当事人的诉权问题进行任何评析和回应,但受理案件这一事实已经默认了垄断协议当事人享有提起损害赔偿的资格。然而赋予垄断协议当事人诉权的理论依据是什么? 正当性何在? 这是法院受理案件时需要认真思考和回答的重要问题。

美国最高法院大法官在 *Penna Life Mufflers Inc.* 一案中阐明的从反垄断私人执行具有公法性质的高度对待垄断协议当事人诉权的思想,成为我们赋予垄断协议当事人诉权可供借鉴的理论基础。正如 *Penna Life Mufflers Inc.* 一案中美国最高法院大法官所释义的,反垄断私人执行虽然实施主体是私人,但他是具有双重身份的主体:一个积极的私人维权主体,一个代表政府的“私人总检察长”(the private attorney general),正是基于双重身份中公共价值优位的考虑,才赋予垄断协议当事人有限诉权。赋予垄断协议当事人诉权,不在于帮助或奖励不法行为者,而在于推动维护和矫正竞争秩序这一公共利益目标的实现。从公法高度看待垄断协议当事人的诉权问题才不会纠结于赋予不法行为者诉权是否有违私法意义上的公平正义。

协议垄断是一种极为普遍和非常严重的限制竞争行为,对垄断协议的打击力度直接影响着反垄断法实施的效果。从反垄断法实践的角度看,受垄断协议特有的隐蔽性和公共执法机构接近信息的有限性等不利因素的影响,政府公共执法机构或受害第三人极有可能难以发现垄断协议或难以收集到有效证据。而垄断协议当事人是最了解这一违法行为的人,允许他们提起诉讼有助于及时发现垄断协议,获得相关证据。通过授予有限诉权作为换取信息的措施,有利于从内部瓦解违法行为主体,再加上已有的宽恕制度,可以成为增加反垄断执法、司法机构实施反垄断规制的博弈筹码。

当然我们也应注意到,虽然有限诉权论成为大多数国家对待纵向垄断私人执行的主流方式,但对垄断协议当事人诉权的辩论分歧远未停止。允许垄断协议的一方当事人提起诉讼,某些情况

〔12〕 See, *Penna Life Mufflers Inc. v. International Parts*, 392 U. S. 143-156 (1968).

〔13〕 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, C-453/99, [2001] E. C. R. I-6297 (ECJ).

下,可能会发生原告在参加垄断协议满足了经济利益后,当发现垄断协议不再能为自己带来利益时,便提起诉讼,收获诉讼带来的损害赔偿利益。这将会严重挫伤反垄断法所致力追求的威慑作用。由于“不输(no-lose)”这一前提的存在,可能弱化反垄断法的威慑功能。虽然,反垄断执法机构或受到垄断行为侵害的第三人仍可以提起反垄断之诉,在此情况下,垄断协议的双方当事人皆要承担垄断侵害的法律责任。但反垄断执法机构的介入和第三方的私人诉讼,是否可以抵消“不输(no-lose)”这一前提对反垄断法威慑作用所带来的危害,仍值得考量。因此,有限诉权论在实践中仍存在如何合理进行制度设计,有效瓦解垄断协议,实现公法公正与私法公正平衡的问题。

过分追责不法行为者,限制其诉讼资格,将挫伤有限诉权论促进公共利益的价值追求,而允许不法行为者享有诉权的边界肆意扩张,将使不法行为者有限诉权实践作为实现公共利益的方式逾越合理和必要的界限。检视和借鉴国外近半个多世纪以来纵向垄断诉权理论和实践经验,将有助于中国反垄断执法、司法少走弯路,但根据自己的情况发展适合的诉权理论,并进一步细化制度设计则更为重要。

(二) 转售价格维持的法律性质及证明责任分配

1. 问题的提出

本案主要的争点之二集中在如何认定被告转售价格维持行为的违法性。原告诉称“被告以直接限制竞争为目的,在与原告签订的经销合同中以合同条款限定原告向第三人的最低转售价格,被告还依据遵守指定价格水平的情况对原告采取警告、中止或者终止合同等间接方法,胁迫和威胁原告维持最低转售价格,同时,被告还采用“腾龙计划”进一步实施价格监督制度,达到更有效实施限定最低转售价格行为的目的”。原告诉称被告的行为构成了我国《反垄断法》第14条第(二)款所禁止的行为,请求获得损害赔偿。而被告答辩称“即便根据反垄断法的规定,本案协议也不属于垄断协议。该协议项下的产品在我国属于充分竞争的产品,被告不具有任何市场支配地位,不可能因为价格条款的订立产生对市场竞争的排除、限制效果”。其同时辩称“原告主张的损失与垄断纠纷无关,从性质上而言是合同纠纷项下的损失,且该等损失也没有相应的证据证实”。

最低转售价格维持作为一种商业策略,所引起的竞争效果非常复杂。本案中被告转售价格维持是否是反垄断法规定的非法行为是本案实体性问题的关键争点。对于这一争点的辨识与认定,首先要明确转售价格维持的法律性质,这是本案分配证明责任的基本前提。

2. 最低转售价格维持法律性质的认定及对证明责任的影响

转售价格维持(resale price maintenance)是指上游企业对下游销售的产品价格保留控制权的一种合约安排,^[14]在反垄断法中又被称为“控制转售价格”或“纵向价格限制”,通常包括固定转售价格维持、最低转售价格维持和最高转售价格维持等形式。围绕本案我们只限于讨论最低转售价格维持。

(1) 最低转售价格维持法律性质的认定

实践中,最低转售价格维持主要是生产厂商将产品售卖给经销商后,坚持要求经销商不能低于一定价格向消费者销售产品。由于这种销售行为对竞争的危害性模棱两可,对其性质的认识至今未形成普遍接受的经济理论,这使法学界对其法律性质的认定也存在分歧。概括起来,当今世界主要有三种实践方式。

[14] 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。

① 本身违法原则

早期对反垄断法学产生过广泛影响的哈佛学派认为垄断是企业纵向限制行为的重要动机,最低转售价格维持限制了同种品牌内部经销商和零售商之间的价格竞争,间接限制了该种产品的竞争,造成消费者福利减损;同时有助于推动卡特尔形成和联合,或成为制造商之间、经销商之间水平共谋的掩护,因此最低转售价格维持具有明显的反竞争性质。^[15] 鉴于最低转售价格维持严重的反竞争效果,不少国家长期以来将其视为当然违法行为,适用本身违法原则。在本身违法原则下,由于协议或行为本身非常可能损害竞争以及没有重大的促进竞争的好处,以至于没有必要花费时间和费用对其后果进行专门调查,一旦发生,就被视为违法。

本身违法原则适用于最低转售价格维持的最早开创者是美国。1911年美国联邦最高法院在 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* ^[16] 一案的审理中认为转售价格维持剥夺了公众在竞争中可能获得的各种收益,转售价格维持协议本质上是制造商协调的经销商之间的卡特尔,维持转售价格协议对制造商来讲是有利可图的,但是对于消费者来讲却是有害的,是一种本身违法行为。这一判例影响了美国近一个世纪的司法实践,并为很多国家借鉴。如,加拿大竞争法对转售价格维持适用本身违法原则, *R v Epson Canada Ltd* ^[17] 一案就是运用这一原则的一个典型判例。

② 合理分析原则

随着芝加哥学派的兴起,经济学理论对最低转售价格维持的两面性有了进一步认识,经济学界认识到最低转售价格维持除了反竞争的一面外,也有促进竞争的方面,芝加哥学派认为企业实行纵向兼并与限制行为的动机是为了提高效率,节约交易成本,垄断行为微乎其微,因此主张对纵向限制采取不干涉态度。^[18] 新制度经济学派在继承芝加哥学派纵向限制行为研究成果的基础上,进一步修正了芝加哥学派的理论。交易费用理论认为在存在交易费用的情况下,纵向限制有可能是一种用来降低交易费用的治理机制,因此可能产生经济效果。委托代理理论认为上游企业采取纵向限制措施可对一些无法监控的变量,例如销售努力等,进行控制。外部性理论认为纵向限制行为有助于解决双重加价、搭便车等外部性问题。^[19] 经济学研究成果促使司法界对反垄断法适用最低转售价格维持的态度发生变化。

美国联邦最高法院在 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (2007年) ^[20] 一案中,推翻 *Dr. Miles* 一案确立的最低转售价格维持本身违法的先例,改而适用合理原则。联邦最高法院认为,转售价格维持并不总是企图限制竞争或降低产出,近来的经济研究表明,转售价格维持协议在特定环境下损害竞争,但此类协议通常也有促进竞争的好处,应以合理原则进行分析。^[21] 合理分析原则下允许调查最低转售价格维持的经济合理性和竞争后果,并对行为性质和所产生的效果进行综合衡量,如果促进竞争产生的利益超过了反竞争效果,那么该行为可被认为是合理地限制贸易,反之则是受到反垄断法规制的非法行为。

[15] Alan Devlin, "On The Ramifications of *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. Psks, Inc.* : Are The Ins Next?" 56(2) *Cleveland State Law Review* (2008), 393.

[16] 220 U. S. 373 (1911).

[17] *R. v. Epson* (1990), 32 CPR (3d) 78, [1990] OJ No 1003(CA) (QL).

[18] 于立、吴绪亮:《纵向限制的经济逻辑与反垄断政策》,载《中国工业经济》2005年第8期。

[19] 参见温宏建:《纵向限制的经济学和法学意义》,载《首都经济贸易大学学报》2005年第2期。

[20] 127 S. Ct. 2705 (2007).

[21] *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007).

③ “原则违法、例外豁免”原则

受经济学发展影响,虽然一些国家开始转变对最低转售价格维持的态度,但理论和实证研究并未能表明最低转售价格具有明显的促进竞争的效果,鉴于这种行为的复杂性,一些国家对最低转售价格维持依然采取了谨慎态度,采用了“原则违法、例外豁免”的立法原则,对转售价格维持行为原则上采取禁止态度,适用本身违法原则,但符合法律规定的情形时,可以豁免适用反垄断法。

欧盟对转售价格维持协议采用的即是这种立法模式。若转售价格维持行为属于《欧盟条约》第 81 条第一款禁止的范围,原则上是受到反垄断法禁止和规制的,被告想要获得法律豁免,必须证明行为符合第 81 条第三款规定的两个积极条件和两个消极条件。^[22]但对最低转售价格维持,欧盟一直将其视为核心限制(“hard-core” restriction)的范畴,在适用第 81 条第三款的豁免制度时,欧盟委员会对最低转售价格维持的态度被证明是毫不同情的。一方面,作为核心限制,最低转售价格维持不适用集体豁免;另一方面,尽管欧盟法院和欧盟委员会表明,“第 81 条第三款并没有排除任何一种协议类型的适用,但最低转售价格维持从来没有被明确地发现符合欧盟第 81 条第三款的规定。”^[23]因此,尽管未从立法技术上使用本身违法的禁止,但欧盟实践中强烈的不支持做法实际产生了本身违法的效果。^[24]

日本反垄断法对转售价格维持行为采取“原则违法”,即类似于欧盟的立法模式。鉴于转售价格维持在大多数的情况下会削弱市场竞争,减少社会福利,日本反垄断法对维持转售价格行为基本上采取了全面禁止的态度,日本最高法院 1975 年在 AKODA 一案中的意见充分表达了这一立场。虽然将转售价格维持视为“原则违法”,但立法允许例外存在,只是例外必须是法律明确规定的豁免情形,并且必须经过日本公正交易委员会的正式确认。^[25]

(2) 最低转售价格维持的法律性质对证明责任的影响

证明责任问题是诉讼的脊梁,德国学者罗森贝肯曾指出“证明责任的负担就是败诉的一半”,^[26]对最低转售价格法律性质的认定将极大影响证明责任的分配。

适用本身违法原则时,只要证明有损竞争的限制竞争行为存在即可,本“不需要详细地调查行为引起的精确损害或使用这种限制的商业辩解”。^[27]因此,对于原告来说,只需证明转售价格维持行为的存在,证明转售价格维持和损害事实之间存在因果关系,无需进行具体的市场分析来证明转售价格维持行为的反竞争效果;对于反垄断执法机构和法院来说,可以不必调查转售价格维持行为的目的和后果就可认定行为的违法性,从而可以大大节省执法和司法成本;对于被告,即便提供限制竞争的好处大于限制竞争坏处的所谓证据,转售价格维持行为依然得被视为违法。

适用合理分析原则时,要调查转售价格维持的经济合理性和生产商转售价格维持政策的竞争效果。^[28]这对原告的举证能力提出了很高要求。原告要获得胜诉,首先要证明转售价格维持行为

[22] See, Guidelines on the application of Article 81(3), [2004] OJ C101/97, par. 48, 73-78, 105.

[23] See, Guidelines on the application of Article 81(3), [2004] OJ C101/97, par. 46; Case T-17/93, Matra Hachette SA v. Commission [1994] ECR II -595, par. 85.

[24] See, Alison Jones: “Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?” 5(2) European Competition Journal (2009), 479-514.

[25] 参见徐士英:《日本反垄断法的实践与研究》,博士学位论文,2006 年,第 113 页。

[26] [德]莱奥·罗森贝肯:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2002 年版,第 64 页。

[27] Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911).

[28] See, Frank H. Easterbrook, “Vertical Arrangement and the Rule of Reason”, 53 Antitrust Law Journal (1984-1985), 171.

存在;二是要证明转售价格维持行为的反竞争性,及由此带来的市场竞争损害;三是还需证明转售价格维持和损害事实之间存在因果关系。即便如此,当被告举证证明转售价格维持促进竞争的好处大于限制竞争的影响时,原告需要举证反驳,否则将承担败诉后果。而对于法院来说,法院要认真考量被告的市场力量、转售价格维持的来源等多种因素,用以综合衡量最低转售价格维持的竞争效果。

适用“原则违法、例外豁免”原则时,原告的证明责任与适用本身违法原则时基本相同,主要举证责任在于证明转售价格维持行为的存在,转售价格维持和损害事实之间存在因果关系。而被告想获得法律豁免,必须举证证明行为符合法律豁免的要件。如欧盟一直将最低转售价格维持视为核心限制的范畴,这种行为“被认为具有很高的限制竞争的潜在风险,在适用第81条第一款时,不必证明对市场的真正影响”^[29]。即,在欠缺限制竞争的证据时,最低转售价格维持作为核心限制依然落入第81条第一款的范畴,受到禁止。对于限制竞争后果的考察仅限于认定罚金和损害赔偿的数额。^[30] 韩国公平交易委员会在实践中不要求指控价格卡特尔、数量卡特尔等核心卡特尔的原告提供这些卡特尔损害市场竞争的证据,即这些卡特尔事实上是视为本身违法。^[31]

3. 对本案的启示

本案中法院采用合理分析原则来认定转售价格维持的法律性质。判决书中首先引用了第14条^[32]关于禁止纵向垄断的规定,同时又引用第13条^[33]横向垄断第二款“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”的规定,并以第13条第二款为依据指示对转售价格行为适用合理分析原则。在这一思路指导下,法院根据“被告提交的证据还表明存在多家同类产品的供应商”的证据认定被告实施垄断行为的事实依据不足,将证明被告实施纵向垄断协议存在反竞争性的举证责任转移给原告。最终,原告未能完成法院认可的有效证明,被判败诉。

法院的判决思路值得商榷,本案中法院指示适用合理分析原则一方面曲解了立法本意,另一方面在具体指示适用合理分析原则所引用的条款上,混淆了横向垄断与纵向垄断的规定。从立法体例上看,我国立法模式与欧盟和日本类似,对垄断协议的理解应为原则禁止、例外豁免。《反垄断法》第二章第13、14、15条是一个整体,联系第15条和第二章其他法条的相互关系,才能正确认识和解释第15条关于豁免规定在第二章中的地位和价值。第15条^[34]关于豁免的规定是基于第

[29] See, Guidelines on the application of Article 81(3), [2004] OJ C101/97, par. 21.

[30] Case C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I-0000, par. 31.

[31] Global Competition Review, Cartel Regulation 2008, P. 126. 转引自王晓晔:《反垄断法》,法律出版社2011年版,第108~109页。

[32] 《反垄断法》第14条:“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;(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

[33] 《反垄断法》第13条:“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(一)固定或者变更商品价格;(二)限制商品的生产数量或者销售数量;(三)分割销售市场或者原材料采购市场;(四)限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品;(五)联合抵制交易;(六)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”

[34] 《反垄断法》第15条:“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用本法第十三条、第十四条的规定:(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;(四)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(五)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(六)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(七)法律和国务院规定的其他情形。属于前款第一项至第五项情形,不适用本法第十三条、第十四条规定的,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。”

13、14 条的禁止性规定产生的,禁止性规定的存在,才促使法律以列举的方式规定了特定条件下的豁免。另一方面,法院在指示适用合理原则时,将第 13 条第二款解释为统领第二章垄断协议的一般性条款,存在扩大解释的失当,将局部条款解释为第二章的统领性条款,误读了不同位阶条款的作用和功能。

在本案一审判决后生效的《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》的司法解释中,进一步区分了横向垄断与纵向垄断,并针对横向垄断对竞争的严重危害,明确规定了举证责任转移。其第 7 条规定,“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第(一)项至第(五)项规定的垄断协议的,被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任”。这一条表明,对于横向垄断原告只需要证明垄断协议存在即可,而要获得豁免,被告就必须举证证明该协议不具有排除、限制竞争的效果。对于纵向垄断,司法解释虽未明确规定举证责任转移,但从我国“原则禁止、例外豁免”的反垄断法立法体例出发,法官在审理中根据案件具体情况指示举证责任转移,是完全可以和必要的,这也符合国际上相似立法体例国家的通行做法。

纵观世界各国对于转售价格维持的司法实践,虽然美国 2007 年的判例对纵向转售价格维持由本身违法原则转向适用合理原则,被誉为是对限制销售领域的司法原则的完全性变革,^[35]并引起国内外的强烈关注和热切讨论;但美国判例是否能移植或借鉴仍待考察。虽然经济学理论对于转售价格维持促进竞争的效果有了长足认识,并推动司法实践逐渐转变,但至今仍未有大量的实证数据证明转售价格维持具有明显的促进竞争的效果。即便是近来转而适用合理分析原则的美国,对这一实践方式也存在严重分歧,在 Leegin 一案中确立的合理分析原则也是以 5:4 的微弱优势战胜本身违法原则,^[36]推翻先例。Leegin 一案发生在奢侈品行业,由于这一行业的经济特性,在这一行业确立的合理分析原则是否适用其他行业?在更广泛的领域和行业,转售价格维持促进竞争的价值是否真的在广度和深度上超过了反竞争价值,使从本身违法原则转而适用合理分析原则能更好服务于维护消费者利益和反垄断法的执行仍值得疑问。

三、结语

本案是我国《反垄断法》实施后,法院受理的第一起纵向垄断案,案件中碰到的问题既涉及反垄断诉讼理论的探索,竞争法价值定位的本原性思考,也涉及对纵向垄断中转售价格维持的法律性质、证明责任分配等反思性检视,对这一案件的观察和反思,有助于厘清纵向垄断协议诉讼中一些必须回答的基本问题,也为深化竞争法基本理论研究提供了良好契机。

(责任编辑:李迎捷)

[35] See, Alison Jones, “Completion of the revolution in antitrust doctrine on restricted distribution: Leegin and its implications for EC competition law”, 53(4) The Antitrust Bulletin (2008).

[36] Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 127 S.Ct. 2705, 2710-11 (2007).