

## 新《反垄断法》解析系列文章之三 — 纵向垄断协议的反竞争效果与安全港制度

作者：公司合规部

### 前言

《反垄断法》修正草案（二次审议稿）已于2022年6月24日由全国人大常委会正式审议通过，将于2022年8月1日起正式实施（“新《反垄断法》”）。这是《反垄断法》立法近15年以来的首次修订，也是自2018年起国务院反垄断委员会将《反垄断法》修订工作列入工作计划后，酝酿近四年的立法成果。此次《反垄断法》修订总结了反垄断执法经验，借鉴国际经验，并结合国内市场发展现实，对反垄断相关制度规则作了进一步完善，体现了国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的决心与方向。

为了帮助大家了解立法动态与变化，对于本次《反垄断法》修订的主要内容，我们现以系列专题文章的形式进行逐一解读。本文将重点解读实务中一个备受关注的话题：纵向垄断协议。

新《反垄断法》对纵向垄断协议的规制进行了厘清及调整，不仅澄清了纵向垄断协议的认定以具有排除、限制竞争效果为前提，还创设了纵向垄断协议的安全港，这些改动对于采取经销模式的众多企业（尤其是市场份额较低的中小规模经营者）而言是一个利好，但是实践操作中仍面临着较多的不确定性。国家市场监督管理总局（“市监总局”）于2022年6月27日配套发布了《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》，试图在执法层面给出具体解释和实操规定。我们现对纵向垄断协议规制问题具体介绍如下。

### 一、现行《反垄断法》下，纵向垄断协议执法尺度严格，经营者面临合规难题

一直以来，由于《反垄断法》第十三条第二款的位置问题，引起了对于纵向垄断协议的认定，是否需要证明存在排除、限制竞争效果的争议。在一定程度上使得理论上竞争不利影响更小的纵向垄断协议，反而面临比横向垄断协议更严格的规制。具体而言，在现行《反垄断法》下，

- 横向垄断协议所在的第十三条第二款规定，“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”，据此，需要考察是否具有排除、限制竞争效果，才能认定是否达成了横向垄断协议；
- 而纵向垄断协议所在的第十四条则没有类似的规定，仅规定“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议…”，这容易产生认定纵向垄断协议是否也需要考察反竞争效果的疑问。

在这一背景下，采取外部经销模式的经营者如何平衡商业策略及合规管理面临很大的挑战：一方面，经销模式下的纵向管理（包括转售价格维持等安排）具有商业合理性，因此颇为常见；另一方面，纵向垄断协议方面的执法严格且成熟，一旦此类安排被反垄断执法机关关注到，经营者通常将面临巨额罚款。实践中我们了解到，尽管许多经营者的市场规模可能很低，难以产生排除、限制竞争效果，但他们还是会通过删除经销协议中的价格管控条款等方式，来降低纵向垄断协议风险。

## 二、新《反垄断法》澄清了纵向垄断协议的竞争效果疑问

针对前文分析的纵向垄断协议的竞争效果疑问，新《反垄断法》将现行《反垄断法》第十三条第二款的规定提前，变成垄断协议章节首条的总括性规定，即“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”，从而明确了不论是横向垄断协议还是纵向垄断协议，均需要以具有排除、限制竞争效果为前提，彻底消除了之前司法和执法中出现不同理解的法律背景。

此外，新《反垄断法》第十八条第二款进一步作出澄清，明确对于固定转售价格、限定最低转售价格的纵向垄断协议，“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止”。

现行《反垄断法》	新《反垄断法》
<p><b>第十三条</b> 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：</p> <p>（一）固定或者变更商品价格；</p> <p>...</p> <p><b>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。</b></p>	<p><b>第十六条</b> 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。</p> <hr/> <p><b>第十七条</b> 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：</p> <p>（一）固定或者变更商品价格；</p> <p>...</p>
<p><b>第十四条</b> 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：</p> <p>（一）固定向第三人转售商品的价格；</p> <p>（二）限定向第三人转售商品的最低价格；</p> <p>（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。</p>	<p><b>第十八条</b> 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：</p> <p>（一）固定向第三人转售商品的价格；</p> <p>（二）限定向第三人转售商品的最低价格；</p> <p>（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。</p> <p>对前款第一项和第二项规定的协议，<b>经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。</b></p> <p>经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。</p>

## 三、纵向垄断协议的安全港：市场份额 15%以下的中小规模经营者迎来利好，但仍有不少实践问题有待澄清

在纵向垄断协议方面，新《反垄断法》中另一个值得关注的重点无疑是安全港制度。首先，新《反垄断

法》第十八条第三款从法律层面创设了纵向垄断协议安全港制度的雏形。紧接着，2022年6月27日，市监总局公布了一系列配套规定的征求意见稿，其中《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条、第十六条对此从实体及程序方面进行了细化规定，为经营者（尤其是市场份额低于15%的中小规模经营者）提供了更加确定性的合规指引。

新《反垄断法》
<p><b>第十八条 …</b></p> <p>经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。</p>
《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》
<p><b>第十五条</b> 经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：</p> <p>（一）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；</p> <p>（二）无相反证据证明其排除、限制竞争。</p> <p>前款经营者、交易相对人在相关市场的市场份额的计算，应包括其控制或者施加决定性影响的其他实体在相关市场中的市场份额之和。</p> <p>前款控制和决定性影响，是指经营者直接或间接、单独或共同对其他经营者的生产经营活动或者重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或实际状态。</p> <p>交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。</p>
<p><b>第十六条</b> 经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，证明其符合本规定第十五条规定。申请书应当载明下列事项：</p> <p>（一）经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系；</p> <p>（二）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额及计算依据；</p> <p>（三）协议在相关市场不会排除、限制竞争；</p> <p>（四）其他需要说明的内容。</p> <p>经营者应当对提交申请、资料的真实性负责。</p> <p>反垄断执法机构经调查核实，认为符合本规定第十五条规定的，未立案的，可以决定不予立案调查，已经立案的，可以决定终止调查，并制作终止调查决定书。</p> <p>反垄断执法机构调查核实过程中，可以征求第三方及社会公众意见。</p>

从前述规定可以看出，安全港制度并没有将转售价格维持排除在外。换言之，对于新《反垄断法》明确禁止的固定转售价格、限定最低转售价格行为，若能符合安全港适用标准，也可以正常实施。而根据《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》，“市场份额低于15%”，以及“不会排除、限制竞争”的举证责任由经营者承担，这意味着企业在内部评估能否适用安全港制度时，需要从严把握。

具体而言，在评估安全港制度的适用方面，主要存在以下问题：

1. 相关市场如何界定？众所周知，市场份额的高低与相关市场界定的范围大小息息相关，对于企业来说，很可能出现在某种市场界定（例如中国药品批发市场）下其市场份额低于15%，而在另一种市

场界定（例如中国呼吸系统化学药市场）下市场份额超过 15%的情况。虽然过去十几年内反垄断执法带来了大量的公开案例，为市场界定提出了一定的指导，但是不同的案件、不同的背景和不同的执法机关之间，在市场界定上存在分歧的情况仍很常见。如果市场界定的较为狭窄，则很多规模不大的经营者，市场份额仍可能超过 15%；

2. 交易相对人的市场份额如何合并计算？《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条规定：“交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。”实践中，比较常见的经营者和交易相对人的纵向安排出现在生产商或批发商与下游的经销商之间。一个生产商或批发商，往往同时与众多的经销商合作，而除了特殊的行业，大部分的经销商一般也同时销售众多的竞争产品。例如，一个饮料生产商，可能在全国各地有几百家经销商，而这些经销商也同时销售各个主要品牌的饮料产品。因此，虽然饮料生产商自身的市场份额可能较低，但如果将其下游所有经销商销售所有品牌的饮料产品的市场份额合并计算，则这个数字可能远高于 15%。但是，如果下游经销商市场份额合并计算时，仅需计算该品牌的饮料产品份额，可能又不超过 15%；及
3. 交叉经销模式市场份额如何计算？在医疗器械、工业零部件等领域中，容易出现交叉经销模式，即某一产品生产商，往往同时经销其竞争对手的产品。出现这样的交叉经销时，是否需要在上游和下游市场均将双方的市场份额合并计算，也有待澄清。

上述问题，可能对安全港制度的实际适用造成一定的困难。

另外，值得注意的是，新《反垄断法》所规定的安全港制度仅适用于纵向垄断协议，而不适用于任何横向垄断协议。此前，《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（原工商总局于 2015 年发布，后由市监总局于 2020 年修订）曾为涉及知识产权的横向垄断协议设定了“安全港”，规定对于经营者行使知识产权的行为，具有竞争关系的经营者的合计市场份额不超过 20%的，可以不被认定为《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项所禁止的国务院反垄断执法机构认定的其他（横向或纵向）垄断协议。而 2022 年 6 月 27 日公布的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定（征求意见稿）》则完全删除了关于“安全港”的规定，既没有为纵向垄断协议也没有为横向垄断协议设定安全港，这一修改与从《反垄断法》修正草案到最终稿的修改过程一致规制，均逐步将横向垄断协议排除在现有安全港制度的适用范围之外。在这一背景下，横向垄断协议目前不会受到安全港规则的保护，正式落地后该制度在纵向垄断协议方面将如何细化和具体应用，让我们拭目以待。

## 四、合规建议

如前文所分析的，新《反垄断法》在纵向垄断协议规制方面的调整，对于企业（尤其是市场份额较低的中小规模经营者）无疑是一个利好。但在新《反垄断法》实施前后的过渡期内，尤其是上述问题得到澄清之前，建议企业在与交易相对人交往过程中保持现有的合规要求。此外，随着安全港制度的建立，未能落入安全港制度范围的经营者成为了纵向垄断协议的执法重点，建议关注执法动态，尤其是对于该等经营者的纵向非价格限制的执法态度和力度，是否会相应加强。

## 五、结语

十四年磨一剑，新《反垄断法》的出台是对《反垄断法》实施以来所出现问题的总结回应，也是国家在制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的有益探索，势必对未来企业合规、反垄断执法等产生重要影响。我们也将结合企业反垄断合规关注的热点和难点，通过一系列文章对新《反垄断法》进行深度解析。

## 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：

### 马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: [chen.ma@hankunlaw.com](mailto:chen.ma@hankunlaw.com)

### 仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: [da.shi@hankunlaw.com](mailto:da.shi@hankunlaw.com)

### 解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: [angus.xie@hankunlaw.com](mailto:angus.xie@hankunlaw.com)