

—— 理论 · 案例 · 实务 ——

分销行为的 反垄断规制

Antitrust Scrutiny of
Distribution Practices

苏华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书出版和相关研究活动受中国博士后科学基金会、中国科学院大学竞争法研究与咨询中心及中国反垄断论坛的慷慨资助。

Publication of this book and the relevant research activities were generously supported by grants from the China Postdoctoral Science Foundation, the University of Chinese Academy of Sciences (UCAS) Centre for Competition Law, and the China Antimonopoly Forum.

分销行为的 反垄断规制

Antitrust Scrutiny of
Distribution Practices

苏华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

分销行为的反垄断规制 / 苏华著. —北京:法律出版社, 2012. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4223 - 7

I. ①分… II. ①苏… III. ①分销—反垄断—研究
IV. ①F713. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 262106 号

分销行为的反垄断规制
苏 华 著

编辑统筹 大众出版分社
责任编辑 柯 恒 邢艳萍
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京鑫丰华彩印有限公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 11. 125
字数 276 千
版本 2012 年 10 月第 1 版
印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

网址/www. lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4223 - 7

定价:32. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

企业分销行为中的各类限制如转售价格维持、地域限制、客户限制,是纵向限制竞争行为的主要表现形式。它们既可能提高经济效率、促进消费者福利,也可能被策略性运用以达到反竞争的目的。与横向限制竞争协议、滥用市场支配地位以及经营者集中等领域的研究成果相比,我国反垄断法学界和实务界关于纵向限制竞争行为的研究和探讨无论在深度、广度以及系统性方面均存在较大差距。我国《反垄断法》及配套法规关于纵向协议作出了较为抽象的原则性规定,然而,纵向协议的评估往往需要复杂的法律分析和经济分析。目前,由于该领域的反垄断执法存在显著的不确定性,企业的合规成本比较高,推动我国《反垄断法》在纵向协议领域的进一步发展已成为我国反垄断法学者面临的一个重大任务。在此背景下,我向读者推荐苏华博士的专著《分销行为的反垄断规制》,这部专著是我国目前在这一领域的重要研究成果。

苏华博士的《分销行为的反垄断规制》一书从竞争法的角度对企业分销行为进行了全面和系统的分析,资料翔实,论述清晰。通过梳理中国、欧盟、美国、英国、澳大利亚、韩国、日本等司法辖区的相关法规和案例,本书试图提炼科学的评估方法,以服务于当代中国市场监管和反垄断执法。本书在理论研究、概念辨析、定义梳理、案例甄选、比较与实证研究等方面均有独到之处。例如,本书

对通过默许和间接义务或间接手段达成的纵向协议的认定、代理协议的认定、代理协议适用反垄断法的情形以及相似纵向协议的累积效应的分析,对我国反垄断执法具有显著的相关性和借鉴意义。对我国近年来频频出现的超市进场费纠纷和乘用车售后市场纵向限制的敏锐剖析抓住了问题的关键,体现了作者求真务实的可贵精神。鉴于此,本书出版的重要意义在于,它不仅有助于我国反垄断法的发展和完善,有助于提高我国反垄断执法机构的执法能力,而且也有助于提升我国反垄断理论界在相关领域的研究深度。本书是苏华博士在其博士后研究报告的基础上修改而成的。尽管本书的某些观点仍需仔细推敲,特别是其结论部分关于我国《反垄断法》规制纵向协议的必要性以及规制纵向协议中的核心问题尚待进一步细化和深化,以使这个研究成果更具可操作性和系统性。然而,瑕不掩瑜,苏华博士的这一研究成果具有积极的理论和现实意义,值得充分肯定。

特别值得一提的是,本书附录了由苏华博士翻译、韩伟博士审校的欧盟 2010 年《纵向协议集体豁免条例》、《纵向限制指南》以及《汽车业纵向协议集体豁免条例》中文译本。这三部法规是欧盟有关纵向协议的最新竞争立法。尤其是 2010 年发布的新的《纵向限制指南》,体系完整,具有前瞻性,对相关概念的内涵、外延以及规则的适用等均给出详细的解释和示例,为完善我国《反垄断法》纵向协议规则提供了一个极有价值的借鉴样本。为提高译文的准确性和可读性,苏华博士和韩伟博士逐字逐句多遍译校,付出了相当多的时间和精力。两位学生的勤勉、严谨以及踏踏实实从事学术研究的精神令我十分欣慰。

2005 年年初,我认识了苏华博士,当时她就读于伦敦大学玛丽女王学院。2007 年 6 月,我邀请她和我一起出席英国皇家国际问题研究院举办的竞争法国际研讨会。会上,那个思想活跃、在英国律师面前侃侃而谈的中国学子给我留下了深刻印象。在我的推荐下,苏华作为中国法顾问,在经济合作与发展组织竞争部工作了一段时间,其工作成果受到了该机构很多官员的褒奖。2010 年 6 月,

苏华放弃了她心爱的律师工作,成为中国社会科学院法学研究所一名全职博士后,全身心地投入反垄断法的研究工作中,并且取得了累累硕果。苏华在国外高校、国际组织和国际律师事务所有着10多年的学习和工作经历,这使她在竞争法的研究和实务方面如鱼得水。弹指一挥间,那个与我问学切磋、勇于实践、力图探究反垄断法要旨大义学子已经成长起来了。在此,我衷心地祝贺本书的问世,也祝愿苏华博士早日登上她魂牵梦萦的讲台,教学相长,在反垄断法研究和实践之路继续上下求索,为中国市场经济体制的建立和法制建设增光添彩。

是为序。



2012年9月30日于北京潘家园

摘 要

由于企业间纵向关系的复杂性,分销行为的合法性分析长期以来挑战着反垄断法理论和实践。分销中的竞争问题近年来逐步引起中国反垄断执法机构、法院、业界和大众的广泛关注。本书从企业分销行为的经济理据和欧盟、美国、英国、澳大利亚、韩国、日本等司法辖区相关反垄断法规则和案例着手,总结、比较了分销行为的反垄断规制在上述司法辖区的发展现状,尤其是系统、深入分析了欧盟竞争法纵向协议集体豁免制度2010年以来的新发展。通过辨析代理协议、转售价格维持、排他购买、排他分销、选择性分销等常见分销行为的概念、竞争效果、合法性评估应考察的因素,评析与零售渠道有关的进场费问题和品类管理协议以及个案研究中国乘用车售后市场上的纵向限制,综合考察了以动态的竞争分析为基础对分销行为进行合法性评价的路径。本书试图梳理、提炼出分销行为反垄断规制的可行性方案,能够既避免机械的类型化、简单的非法推定而不合理打击纵向限制和其他分销行为,又避免对分销行为采取放任自流的态度。在此基础上本书对进一步建立和发展中国《反垄断法》纵向协议规则提出了若干建议。本书依据截至2012年7月31日有效的法律、法规。

关键词:反垄断;分销行为;纵向协议;纵向限制;集体豁免制度

Abstract

Because of the intricate nature of vertical relationships among companies, the legality assessment of distribution practices has become a thorny task for competition law theory and enforcement. China's Anti-Monopoly Enforcement Agencies, the courts, the businesses, and the general public began paying increasingly greater attention to competition issues in distribution. This book reviews the economic rationales of distribution practices as well as the development *status quo* of the relevant antitrust rules and cases of the European Union, the United States, the United Kingdom, Australia, Japan, and Korea. In particular, the book analyses the development of the EU vertical agreement block exemption regime since 2010. The book examines the concepts, the competitive effects, and the relevant factors for legality evaluation of common distribution practices such as commercial agency, resale price maintenance, exclusive purchasing, exclusive distribution, and selective distribution. It further surveys upfront access payment and category management agreements in relation to the retail sector and studies vertical restraints in China's passenger car aftermarket. By doing so, the book systematically explores the legality assessment of distribution practices based on dynamic competitive

analysis. It aims to extract an administrable solution in order to avoid simplistic presumptions of illegality and irrational treatment of vertical restraints and other distribution practices, and, on the other hand, to avoid distribution practices being left unattended. Finally, the book provides suggestions on further establishing and developing vertical rules under China's Anti-Monopoly Law. The law is stated as at 31 July 2012.

Key words: antitrust, distribution practices, vertical agreements, vertical restraints, block exemption regimes

目 录

摘要 / 1

Abstract / 1

绪论 / 1

第一节 研究动因与研究内容 / 1

第二节 研究现状、研究意义与研究方法 / 3

第一章 分销行为的法律经济学分析 / 8

第一节 企业分销模式的主要类型 / 8

第二节 反垄断法规制分销行为的理据 / 10

第二章 欧盟法的相关规定和发展 / 25

第一节 概述 / 25

第二节 欧盟纵向协议集体豁免制度 / 26

第三章 其他司法辖区的相关规定和发展 / 66

第一节 美国法 / 66

第二节 英国法 / 72

第三节 澳大利亚法 / 78

第四节 韩国法 / 82

第五节 日本法 / 87

第四章 代理协议 / 92

第一节 概念辨析 / 92

第二节 代理协议的认定 / 94

第三节 代理协议的反垄断规制 / 103

第五章 转售价格维持 / 105

第一节 概念辨析 / 105

第二节 转售价格维持对竞争的影响 / 108

第三节 转售价格维持的反垄断规制 / 112

第六章 排他购买、排他供应 / 119

第一节 概念辨析 / 119

第二节 排他购买、排他供应对竞争的影响 / 124

第三节 排他购买、排他供应的反垄断规制 / 126

第七章 排他分销、排他客户划分 / 139

第一节 概念辨析 / 139

第二节 排他分销、排他客户划分对竞争的影响 / 140

第三节 排他分销、排他客户划分的反垄断规制 / 142

第八章 选择性分销、特许经营 / 155

第一节 概念辨析 / 155

第二节 选择性分销、特许经营对竞争的影响 / 157

第三节 选择性分销、特许经营的反垄断规制 / 159

第九章 与零售渠道有关的纵向协议 / 172

第一节 进场费 / 174

第二节 品类管理 / 186

第十章 我国乘用车售后市场纵向限制研究 / 194

第一节 4S 店营销模式中的纵向限制:以东风日产被诉
垄断经营汽配案为例 / 195

第二节 欧盟竞争法的经验 / 206

结论 / 216

附录:欧盟有关分销行为的主要反垄断法规 / 222

1. 欧盟委员会(EU)第 330/2010 号条例(纵向协议集体豁免条例) / 222

2. 欧盟委员会 2010 年纵向限制指南 / 232

3. 欧盟委员会(EU)第 461/2010 号条例(汽车业纵向协议集体
豁免条例) / 317

主要参考文献 / 327

常用术语中英文对照表 / 335

致谢 / 339

绪 论

第一节 研究动因与研究内容

分销行为(distribution practice)泛指企业通过纵向一体化、商业代理或与独立分销商签订纵向协议,将产品和服务销售给客户这一过程中的各种行为、安排和策略。分销行为中的各类纵向限制(vertical restraint,又译纵向约束),如转售价格维持、排他购买、排他分销是各国反垄断法的调整对象之一,是竞争政策不可或缺的组成部分。由于企业间纵向关系的复杂性,分销行为对竞争的促进或限制效果经常表现出模棱两可的特点。因此,分销行为,尤其是纵向协议的合法性认定多年来挑战着反垄断法理论和各国竞争执法机构的执法能力。

近年来,我国市场上由于分销行为而引起的纠纷屡见不鲜。比如,2000年以来,长虹等大型家用电器生产商由于国美等家电卖场低于协议设置的最低零售价销售彩电等商品而多次中断供应。^{〔1〕}2009年,因飞利浦实行差别提货价、补差不兑现等,多名飞

〔1〕 黄建军:“渠道控制的经济分析及其政策含义”,载《财经问题研究》2012年第1期。

利浦经销商群起抗议。^{〔1〕}2010年,强生医疗器械由于其分销商北京锐邦涌和跨区并低于最低转售价销售而停止供货,北京锐邦涌和公司上海市第一中级人民法院起诉强生医疗器械有限公司违反《反垄断法》并索赔人民币1400万元。^{〔2〕}家乐福、沃尔玛等大型连锁超市与供应商就超市进场费问题近10年来纠纷不断。^{〔3〕}2011年3月,北京奔驰由于制定最低销售价和禁止跨区销售遭到经销商和中国汽车流通协会关于违反《反垄断法》的投诉。^{〔4〕}

然而,即使在《反垄断法》生效之后,分销行为在何种情形下应由民法的意思自治原则调整,在何种情形下应由《反垄断法》规制、如何规制仍然是待解的难题。我国《反垄断法》第14条禁止经营者和交易相对人达成固定转售价和限定最低转售价的纵向协议,以兜底条款禁止经营者和交易相对人达成国务院反垄断执法机构认定的其他纵向垄断协议,同时第15条引入了垄断协议豁免制度。然而,目前关于界定和分析纵向协议的立法空白导致《反垄断法》纵向协议规则缺乏可操作性。这一方面造成企业合规的不确定性,另一方面导致反垄断执法机构的不作为。这种情形助长了企业打法律擦边球的趋势,阻碍我国统一、开放、竞争、有序的市场体系的建立和健全,危害竞争和消费者福利。如通过限定转售价格和销售区域导致各地市场价格差异,使同类商品的中国市场售价畸高于国外市场售价。

目前,我国学者有关企业分销行为合法性分析的研究显得相对薄弱。有关分销行为的反垄断规制究竟包括哪些法律规则、应采用何种分析路径等问题,是我国反垄断法执法机构需要认真考虑,但相关研究相对匮乏的领域。与此同时,一方面,市场的全球

〔1〕 牛颖惠:“飞利浦被曝渠道管理问题,价格体系混乱”,载《京华时报》2009年11月3日。

〔2〕 参见本书第五章相关内容。

〔3〕 参见本书第九章有关进场费的相关内容。

〔4〕 李志豹:“北京奔驰或面临巨额罚款”,载 <http://www.ceccen.com/static/201104/n-1630.html>,2012年9月30日最后访问。

化使得在华跨国企业有能力利用我国法律的灰色地带进行危害竞争和消费者福利的商业活动;另一方面,由于对反垄断法规制和违法后果缺乏认识,我国企业在“走出去”的过程中正面临越来越大的反垄断合规风险。2009年,笔者作为律师团成员,为某著名跨国企业审查其大中国区市场分销行为的合法性,并为其销售和法务人员提供相应的合规培训。在此过程中,笔者深刻认识到,我国《反垄断法》关于企业分销行为的规定亟须通过配套法规进一步细化和完善,学界对企业分销行为的法律规制研究需要进一步深入。

在反垄断领域,我国尚处于“后起之国”的初期发展阶段。发达反垄断司法辖区在该领域的立法和执法以及学术研究对我国有实际借鉴意义。因此,研究上述问题,需要从比较欧美等司法辖区的相关法律制度和执法经验着手。在此背景下,本书围绕分销行为反垄断规制的立法、执法和合规问题,以欧盟竞争法为主要研究对象,力图较为系统地梳理、分析商业代理协议和纵向协议中常见的转售价格维持、排他购买、排他供应、排他分销、排他客户划分等行为的商业理据、经济效果以及反垄断规制。笔者希望能够揭示以竞争分析为基础,对分销行为进行合法性评价的路径和可行性。本书旨在证明我国反垄断执法机构既应避免对纵向协议采取放任自流的态度,也应避免机械的类型化、简单的非法推定以及不合理的打击纵向协议。在此基础上,初步提出建立我国反垄断法纵向协议集体豁免制度的若干建议。

本书内容依据截至2012年7月31日有效的中国、欧盟、美国、英国、澳大利亚、韩国、日本的相关法律、法规。本书注释所援引网址的最后访问时间均为2012年9月30日。

第二节 研究现状、研究意义与研究方法

一、研究现状

目前我国反垄断法学者重点关注经营者集中、核心卡特尔以

及滥用市场支配地位等领域,分销行为反垄断规制的研究成果多散见于竞争法专论或有关纵向协议的单篇论文中。^{〔1〕}其中,在研究成果最集中的《欧共体竞争法》、《竞争法学》、《纵向限制竞争协议的经济分析》等论著中,我国学者王晓晔教授对欧美竞争法纵向协议制度进行了历史的、比较的和经济的分析,为本书提供了珍贵的理论和文献基础。^{〔2〕}

笔者的文献研究显示,2011年出版的《纵向限制竞争的反垄断法规制》是国内反垄断法学界关于纵向协议的第一本专著。^{〔3〕}该书正文共包含6章内容。作者较为系统地分析了纵向限制及其法律规制的一般理论、限制转售价格、纵向限制交易地区或交易客户、独家交易协议、搭售及其他附条件交易以及纵向限制与中国反垄断立法。然而,该书内容未能反映2007年以来欧美反垄断法的发展,如2007年美国 *Leegin* 案以及2010年欧盟委员会《关于对各类纵向协议和协同行为适用欧盟运行条约第101条第(3)款的委员会(EU)第330/2010号条例》(以下简称《纵向协议集体豁免条例》)和配套《欧盟委员会关于纵向限制的指南》(以下简称《欧委会纵向限制指南》)。对我国现行法律的分析涉及《反不正当竞争法》、《价格法》以及国家发展和改革委员会《制止价格垄断行为暂行规定》,但却未涉及《反垄断法》。

国外学者关于分销行为反垄断规制的著述颇丰,但多数分别以欧盟或美国的相关制度为研究对象。关于欧盟制度较为权威的专著包括 Goyder 所著 *EU Distribution Law*,目前已出版第五版,以

〔1〕 对纵向限制进行较为详细论述的论文,参见缪因知:“纵向地域及客户限制协议研究——兼论特许经营与选择性销售中的相关限制”,载漆多俊主编:《经济法论丛》第13卷,中国方正出版社2007年版,第218~271页。

〔2〕 王晓晔:《欧共体竞争法》,中国法制出版社2001年版;王晓晔:《竞争法学》,社会科学文献出版社2006年版;王晓晔:“纵向限制竞争协议的经济分析”,原载于《月旦民商法》第3期,转载于《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第139~162页。

〔3〕 古红梅:《纵向限制竞争的反垄断法规制》,法律出版社2011年版。

及 Korah 和 O' Sullivan 所著 *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules* 等。^[1] 有关美国制度的代表作堪称 Banks 所著 *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, 该书每年更新两次, 目前已厚达 2500 页。^[2] 对欧盟和美国具体制度的比较研究多散见于单篇论文中。^[3] 笔者的文献研究显示, *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes* 是对欧美相关制度进行系统比较研究的第一本英文专著。^[4] 该书展示了欧盟竞争法纵向协议集体豁免制度发展史, 以及美国反托拉斯法从 *Dr. Miles* 案到 *Leegin* 案有关纵向限制合法性分析原则的变迁。该书正文包括四章内容, 第一章探讨了纵向协议的双重效果和规制困境。第二章分析了欧美目前纵向协议的规制框架所依据的主流经济学理论, 以及相关经济学理论对竞争政策的塑造作用。第三章通过分析若干欧美案例, 对相关经济学理论的有效性提出质疑。第四章试图回答经济分析如何能够调和竞争政策的目标, 以及平衡分销商和制造商的利益。笔者认为, 本书的理论水平较高, 但实践性不足。此外, 由于本书出版于 2010 年 1 月, 对欧盟法的探讨是基于已失效的《关于对各类纵向协议和协同行为适用欧共体条约第 81 条第 (3) 款的第 2790/1999 号条例》(以下简称 1999 年《纵向协议集体豁免条例》) 和配套的 2000 年《欧委会纵向限制指南》, 未能反映欧盟竞争法在

[1] Joanna Goyder, *EU Distribution Law*, 5th edn., Oxford: Hart Publishing, 2011; Valentine Korah and Denis O' Sullivan, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing, 2002.

[2] Theodore L Banks, *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, Aspen Publisher, last updated May 2012.

[3] 关于细致梳理、比较欧美纵向价格限制竞争法规制的文献, 参见 Alison Jones, Completion of the Revolution in Antitrust Doctrine on Restricted Distribution-*Leegin* and its Implications for EC Competition Law, *Antitrust Bulletin*, Vol. 53, No. 4, 2008, pp. 691-811.

[4] Sandra Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford: Hart Publishing, 2010.