

反垄断新规对纵向垄断协议的规制及其对企业合规管理的影响

2019 年 06 月 26 日, 国家市场监督管理总局发布《禁止垄断协议暂行规定》(下称“垄断协议新规”)、《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》、《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》三部反垄断新规, 这是在中国三大反垄断执法机构合并后, 作为统一的反垄断执法机关进行的一次重大的立法活动。其中, 垄断协议新规对各类垄断协议的认定标准、考量因素以及执法标准等内容, 备受在华各大跨国公司、外商投资企业关注, 成为企业反垄断合规管理工作的重点。律师结合新规的规定, 就实践中一直对执法和司法标准存有争议的“纵向垄断协议”进行分析。

■ 新规细化了纵向垄断协议的具体表现形式

纵向垄断协议是指经营者与交易相对人(通常指市场上处于不同生产经营环节的企业, 例如卖方和买方)达成的, 具有排除、限制竞争效果的协议、决定或者其他协同行为。《反垄断法》第 14 条将纵向垄断协议的表现形式简要地概括为“(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”, 以及“(三) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”三类; 其中, 前两类被明令禁止的“固定转售价格”以及“限定最低转售价格”被称为“维持转售价格”(Resale Price Maintenance, 简称“RPM”), 此次公布的垄断协议新规第 12 条则进一步将该维持转售价格行为(下称“RPM 行为”)的表现形式予以扩大和细化:

禁止经营者与交易相对人就商品价格达成下列垄断协议:

1. 固定向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用;
2. 限定向第三人转售商品的最低价格, 或者通过限定价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用限定向第三人转售商品的最低价格;
3. 通过其他方式固定转售商品价格或者限定转售商品最低价格。

新规的上述规定为企业在合规管理工作提供了

独占禁止法新规定での垂直的独占協定に対する規制及び企業コンプライアンス管理への影響

2019 年 6 月 26 日、国家市場監督管理総局が「独占協定禁止暫定規定」(以下「独占協定新規定」)という、「市場支配的地位濫用行為禁止の暫定規定」、「行政権力の濫用による競争を排除し、制限する行為制止についての暫定規定」という 3 つの独占禁止に関する新規定を公布した。これは、中国の 3 つの独禁法執行機構が統合した後に、一つのまとまった独禁法執行機関として行った重要な立法行為である。そのうち、独占協定の新規定における各種の独占協定認定基準、検討要素及び法執行基準等に係る内容は、中国に進出している各大手多国籍企業、外商投資企業の関心を集め、企業における独禁法コンプライアンス管理作業の重点対象となっている。筆者は、新規定を踏まえ、実務において法執行及び司法基準をめぐる論争の続く「垂直的独占協定」について考察したい。

■ 新規定は垂直的独占協定の具体的な態様を詳細化している

垂直的独占協定とは、事業者と取引相手(通常、市場において生産経営上、異なる立ち位置にある企業を指す。例えば、売り手と買い手など)の間で取り交わした、競争を排除し、制限する効果を有する協定、決定又はその他の共同行為を指す。「独禁法」第 14 条では、垂直的独占協定の様態を「(一) 第三者に対する商品再販価格を拘束すること」、「(二) 第三者に対する商品再販最低価格を限定すること」及び「(三) 国务院独占禁止法執行機構が認定するその他の独占協定」という 3 つのパターンに簡潔にまとめている。そのうち、明確に禁止行為とされている前 2 つのパターンである「再販価格の拘束」及び「最低再販価格の限定」は、「再販価格維持」(Resale Price Maintenance、「RPM」)と呼ばれる。今回、公布された独占協定新規定の第 12 条は、当該再販価格維持行為(以下「RPM 行為」という)の様態をさらに拡大し、詳細化している。

即ち、事業者と取引相手が商品価格について、以下のような独占協定を取り交わすことが禁止される。

1. 第三者に対する商品再販価格水準、価格の変動幅、利益水準又は割引、コミッション等のその他の費用を拘束すること。
2. 第三者に対する商品再販最低価格を限定し、又は価格の変動幅、利益水準若しくは割引、コミッション等その他の費用を限定することにより、第三者に対する商品再販最低価格を限定すること。
3. その他の方式により、再販商品価格を拘束し、又は再販商品最低価格を限定すること。

新規定の上記の規定を受け、企業のコンプライアンス

具体的标准,企业可以更有针对性地审查与供应商、客户等交易相对人已经签订或未来将签订的合同、协议等文件是否存在新规列举的上述具体表现形式——如有,则应及时调整和变更相关条款和措施,以避免违法、违规风险。

■ 行政执法中认定 RPM 行为趋向适用“本身违法”原则

与横向关系限制竞争协议相比,经营者与交易相对人之间的纵向关系通常更为复杂,纵向协议中可能包含某些限制竞争的因素,也可能包含某些促进竞争的积极因素,因此,在实践操作中,对纵向垄断协议存在“本身违法”原则和“合理原则”两种不同的判定标准。本身违法原则是指只要形式上具备法律规定的表现形式即被认定为违法,不需要对其是否促进竞争或限制竞争进行分析。而合理原则是指对市场上的某些限制竞争行为(例如具备法律规定的垄断协议的表现形式),但是并不必然地被视为违法,反垄断主管机构或法院需要具体地、仔细地考察和研究相关经营者的行为目的、方式和后果,以判断该限制竞争行为的合理与否,如果该行为有促进竞争的效果、且促进竞争的效果大于排除或限制竞争的效果,则被认为是合理的,并不违反法律。

尽管本身违法原则和合理原则在形式上有所不同,但其实质是相同的,都是以是否排除和限制竞争作为标准的,只是在实务操作中,如果要对每一限制竞争的行为都作详细调查、进行复杂的经济分析,这对反垄断执法机关而言是一项极其繁重的任务,无疑会加大执法成本,延长执法认定的时间,使违法行为无法及时得到制止。因此,结合执法和司法实践经验,执法机关或法院针对某些反竞争效果非常明显的行为,不再花费时间和精力去证明其对市场影响的大小,而根据行为的表现形式直接认定其违法性。

对于 RPM 行为是否属于本身违法的垄断协议,以往在民事诉讼司法实践和行政执法中采取了不同的认定原则:**在以往的反垄断民事诉讼中,法院一般倾向于适用合理原则。**2013 年 R 公司诉 Q 公司纵向垄断协议纠纷案二审中,上海市高级人民法院认为,横向协议构成垄断协议尚且应以该协议具有排除、限制竞争效果为前提,**限制竞争效果相对较弱的纵向协议更应以具有排除、限制竞争效果为必要条件。**该案例作为最高法公报案例推动了民事诉讼中合理原则在 RPM 行为认定上的广泛适用。

管理作業を実施する上での具体的な基準として活用することができ、企業側は、サプライヤー、取引先等の取引相手と締結済み又は締結予定の契約、協定等の文書に、新規規定に列挙される上記の具体的な態様に該当するものがあるかどうかに関心を合わせて審査するとよい。——もしも該当するものがあつた場合、違法、規定違反に伴うリスクを回避できるよう、係る条項と措置を速やかに調整し、変更しなければならない。

■ 行政による法執行においては RPM 行為認定に「当然違法」の原則が適用される傾向にある

水平的競争制限協定と比べ、事業者と取引相手が垂直的關係にある場合には通常、さらに複雑化する。垂直的協定には、競争を制限するいくつかの要素が含まれるのと同時に、競争を促す積極的な要素が含まれることもあるため、実務上、垂直的独占協定については「当然違法」の原則と「合理の原則」という2つ異なる判断基準が存在する。当然違法の原則とは、形式上、法律に規定する態様にさえ該当すれば、競争の促進又は制限についての検討を必要とせずとも、違法と認定されることを指す。一方、合理の原則とは、市場における競争を制限する何らかの行為(例えば、法律に規定する独占協定の態様に該当するもの)について、当然違法とみなされるのではなく、独占禁止主管機構又は裁判所が係る事業者の行為の目的、方式とその結果を入念に考察し検討を行った上で、競争を制限するその行為に合理性があるかどうかを判断し、もしもその行為に競争を促進する効果があり、且つそれが競争を制限する効果よりも大きいと判断された場合、合理性があり違法ではないと認定されることを指す。

当然違法の原則と合理の原則は、形式上異なる点はあるものの、その本質は同じであり、いずれも競争を排除し、制限するか否かを基準としているが、実務上、全ての競争制限行為を逐一精査し、複雑な経済的分析を行うことになった場合、独禁法執行機関にとっては極めて煩雑なタスクとなり、法執行のコストが嵩み、法執行及び認定の期間が長引くことで、違法行為を速やかに制止することもできなくなってしまうのは間違いない。従って、法執行及び司法実践上の経験を踏まえ、法執行機関又は裁判所は競争を抑止する効果が非常に顕著な行為に対しては、市場への影響の大きさを時間や労力を費やしてまで証明していくのではなく、行為の態態に基づき直接にその違法性を認定するのである。

RPM 行為が当然違法の独占協定に該当するか否かに関しては、従来、民事訴訟司法実践及び行政法執行においては、異なった認定原則が採用されているが、**これまでの独占禁止民事訴訟において、裁判所は通常、合理の原則を適用する傾向にある。**2013 年、R 社が垂直的独占協定で Q 社を訴えた事案の第二審において、上海市高級人民法院の見方では、水平的協定が独占協定に該当することは、当該協定に競争を排除し、制限する効果があることを前提とする以上、**競争を制限する効果が相対的に弱い垂直的協定はなおさらのこと、競争を排除し、制限する効果を有することを判定要件としなければならない**とされている。この判例は最高法官報に掲載された判例として、民事訴訟における RPM 行為の

但是，在反垄断行政执法及与之相关的行政诉讼中，执法机关适用本身违法原则进行判定，也得到了司法机关的支持。2017 年海南省物价局认定，Y 公司在经销合同中约定经销商应为 Y 公司保密让利标准，且销售价服从 Y 公司的指导价，否则，Y 公司有权减少其让利，属于纵向垄断协议。Y 公司不服向法院起诉，二审中海南省高级人民法院认为，只要存在固定转售价格的行为，就属于纵向垄断协议，因此，除非经营者提交证据证明其协议满足《反垄断法》第 15 条的豁免情形，否则不能免除处罚。二审判决生效后，Y 公司不服，向最高人民法院提起再审申请，最高法于 2018 年 12 月 18 日驳回 Y 公司的申请。该案体现了法院对行政执法中适用本身违法原则认定 RPM 行为的认可与支持。

本次垄断协议新规体现了执法机关的趋向：一方面进一步细化了 RPM 行为的各种表现形式，另一方面对于符合新规规定的该等表现形式的协议，采取了“禁止+豁免”的原则：即：经营者对相对交易人的限制行为一旦被证实符合新规规定的表现形式之一，即被认定违法而遭到禁止，经营者不能通过主张 RPM 行为没有“排除、限制竞争效果”进行抗辩、推翻执法机关的认定，只能通过举证证明其符合法律规定的豁免条件而争取被豁免。（垄断协议新规第二十六条规定：“经营者能够证明被调查的垄断协议属于反垄断法第十五条规定情形的，不适用本规定第七条至第十三条的规定。”

结合前述案例，律师认为未来行政执法中认定 RPM 行为会更趋向适用“本身违法”原则。

■ 对于“其他垄断协议”的认定标准及考虑因素

除了 RPM 这类反竞争效果较为明显的垄断协议，在市场经济活动中，还存在其他具有排除、限制竞争效果的纵向垄断协议（例如：地域限制/客户限制、独家交易和最惠待遇条款等等。对于这些行为是否构成垄断协议，《反垄断法》仅在第 14 条第（3）项中规定“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”——以兜底条款的形式予以了笼统的规定，而缺乏指引性的细则。

此次垄断协议新规第 13 条对于认定“其他垄断协议”，规定了认定标准，即“有证据证明排除、限制竞争的，应当认定为垄断协议并予以禁止”，也

认定上、合理的原则が広く適用されるよう促すこととなった。

しかし、独占禁止行政法執行及び関連する行政訴訟においては、法執行機関が当然違法の原則を適用して判定することについても、司法機関の支持が得られている。2017 年、Y 社が取次販売契約の中で、取次販売店は Y 社のために割引基準について秘密保持し、且つその販売価格については Y 社の希望価格に従わなければならない、さもなければ、Y 社は割引率を引き下げることができると約定していたことは垂直的独占協定に該当するものであると、海南省物价局は認定した。Y 社はこれを不服とし、裁判所に提訴し、第二審において、海南省高級人民法院は、再販価格を拘束する行為がありさえすれば、垂直的独占協定に該当するため、その協定が「独禁法」第 15 条に定める免除事由に該当することを証明できる証拠が事業者から提出されない限り、処罰は免除されないと判断した。第二審の判決が発効した後、Y 社はそれを不服とし、最高人民法院に対し再審の申立てを行ったが、最高人民法院は 2018 年 12 月 18 日、Y 社の申立てを却下した。当該事案は、裁判所が行政法執行において当然違法の原則を適用して RPM 行為を認定することを認め、支持することを示唆している。

今回の独占協定新規定は、法執行機関の傾向を具現化している。つまり、RPM 行為の各態様をさらに詳細化したほか、新規定に定める態様に該当する協定については、「禁止プラス免除」の原則を採用している。即ち、取引相手に対する事業者の制限行為が、新規定に規定する態様のいずれか 1 つに該当することが証明できれば、違法と認定されて禁止されることになり、事業者は RPM 行為は「競争を排除し、制限する効果」を有しないとして抗弁し、法執行機関の認定結果を覆すことは不可能であるため、法定の免除条件に該当することを立証し、免除措置を受けられるようにするしかない。（独占協定新規定の第 26 条規定では、「事業者が調査対象となる独占協定が独禁法第 15 条に定める事由に該当することを証明できる場合、本規定第 7 条乃至第 13 条の規定を適用しない」と定められている。

先の判例を踏まえると、この先、行政による法執行において RPM 行為の認定が行われる際には、「当然違法」の原則の方がより適用されるであろうと考えられる。

■ 「その他の独占協定」の認定基準及び検討要素

RPM のような競争抑止効果が顕著である独占協定のほか、市場経済活動では、競争を排除し、制限する効果が顕著な独占協定（例えば、地域制限/取引先限定、独占取引及び最惠待遇条項等）は他にもある。これらの行為により独占協定が構成されるかどうかについては、「独禁法」第 14 条第（3）項に「国务院独占禁止法執行機構が認定するその他の独占協定」という包括的条項が設けられているのみで、漠然とした規定しか定められておらず、指導的な意味合いでの細則に欠けている。

今回の独占協定新規定の第 13 条では、「その他の独占協定」の認定に関して、認定基準が定められている。つまり、「競争を排除し、制限することを証明できる証

具体列举了考虑因素：

- “（一）经营者达成、实施协议的事实；
- （二）市场竞争状况；
- （三）经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力；
- （四）协议对商品价格、数量、质量等方面的影响；
- （五）协议对市场进入、技术进步等方面的影响；
- （六）协议对消费者、其他经营者的影响；
- （七）与认定垄断协议有关的其他因素。”

上述新规的规定也意味着，以往并未作为行政执法重点查处对象的“纵向非价格垄断协议”已经进入执法视野，律师认为，未来行政执法中认定除RPM行为以外的其他纵向垄断协议，执法机关会趋向适用“合理原则”对此类垄断协议进行认定。

■ 企业反垄断合规管理的注意要点

结合此次新规，企业在反垄断合规管理中，建议注意以下几个方面：

1. 事前预防

- 1) 与供应商或下游客户开展交易时，应当严格避免 RPM 行为、避免对转售价格作出限制。

实务操作中，任何可能对经销商产生激励、约束，要求其遵守转售价格的行为都可能被直接认定为实施纵向价格垄断的行为，因此建议企业合规管理部门结合《反垄断法》和垄断协议新规对 RPM 行为具体表现形式的规定，严格审查与供应商、客户等的合同中是否存在固定转售价格或限定最低销售价格的类似表述，以及在实务操作中是否有类似的做法。

相关协议中可以使用“建议转售价格”的表述，但应当杜绝以罚款、暂停供货、解除合同、停止合作等惩罚性手段强制交易相对人执行“建议转售价格”政策。

- 2) 对于除 RPM 行为以外的其他“纵向非价格限制行为”（例如地域限制/客户限制、独家交易和最惠待遇条款等）要提高警惕。实践中对于需要对经销

抛がある場合、独占協定であると認定し、禁止しなければならない」とされている。また、判断する上での具体的な要素も以下のように挙げられている。

- 「（一）事業者が協定を取り交わし、実施した事実。
- （二）市場競争の状況。
- （三）事業者の係る市場におけるシェア及び市場に対する控制力。
- （四）協定による商品の価格、数量、品質等の方面への影響。
- （五）協定による市場参入、技術の進歩等の方面への影響。
- （六）協定による消費者、その他事業者への影響。
- （七）独占協定であると認定する上でのその他要素。」

上記新規定は、従来、行政法執行の重点取締対象とされていなかった「垂直的非価格カルテル」が法執行の範囲に組み入れられたことを意味している。将来、行政による法執行において、RPM 行為以外の垂直的独占協定を認定する際に、法執行機関は「合理の原則」を適用して独占協定の認定を行う傾向があると考えられる。

■ 企業の独禁法に係るコンプライアンス管理において注意すべきポイント

今回の新規定を踏まえ、企業が独禁法に係るコンプライアンス管理を行う際には以下の方面で注意したい。

1. 事前の予防

- 1) サプライヤー又は川下の顧客との取引において、RPM 行為を行ったり、再販価格への制限を行ったりしないようにしなければならない。

実務上、取次販売店に対するインセンティブ、拘束が生じ得る行為、再販価格に従うよう要求する行為は直接に、価格に関する垂直的制限行為として認定される恐れがあるため、企業のコンプライアンス管理部門は、「独禁法」及び独占協定新規定、RPM 行為の具体的な態様に関する規定を踏まえて、サプライヤー、顧客等との契約で、「再販価格を拘束する」、又は「最低販売価格を限定する」といった文言がないかどうか、及び実務上、類似した手法が行われていないかどうかを厳しく審査するのがよい。

また、係る協議書では「希望再販価格」といった文言を使ってもよいが、ペナルティ、供給停止、解約、提携中止といった制裁手段を用いて、「希望再販価格」政策の実施を取引相手に強要することは断固として防がなければならない。

- 2) RPM 行為以外のその他の「垂直的非価格制限行為（例えば、地域制限/取引先の制限、独占的取引及び最惠待遇条項等）」についても警戒心を高めなければならない。

商采取地域限制等措施的，应当同时结合新规的“认定考虑因素”以及《反垄断法》第 15 条的豁免情形，搜集整理“合理性”依据以及可能的豁免理由。

- 3) 应及时对企业的合规管理政策进行审视，将垄断协议新规规定禁止的各类表现形式列入企业合规管理政策中的禁止目录，并在合规管理实践操作中将其作为重点审查的对象。

2. 事中应对

面对反垄断执法调查，需要转变应对思路，如果一项合同、协议被认定违法，仅通过主张 RPM 行为没有“排除、限制竞争效果”基本上已经无法推翻执法机关的违法认定，此种情况下，企业要注意搜集证据，证明该协议限制行为符合《反垄断法》第 15 条规定的 7 种豁免情形之一，且所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，能够使消费者分享由此产生的利益，从而谋求“豁免”。

3. 考虑到反垄断合规的专业性，企业遇到反垄断问题时，建议及时咨询在反垄断法领域较为专业的律师，以实现专业、有效的应对。

结语：

总体而言，反垄断新规的出台标志着中国对垄断行为规制的进一步加强，企业在商业活动中与交易相对方签订合同时，需要更加注意对相关条款是否涉嫌纵向垄断协议进行必要审查，以免受到执法机关的处罚。在新规实施的过程中，我们也会继续关注执法机关的动态，进一步评估新规对纵向垄断协议规制的影响。

（里兆律师事务所 2019 年 08 月 29 日编写）

实务上、取次販売店に対し、地域限制等の措置を講じる必要がある場合、新規定に定める「独占協定であると認定する上での判断要素」及び「独禁法」第 15 条に定める免除事由を踏まえて、「合理性のある」ことを証明できる根拠及び免除措置を受けられる理由を探し、整理しておかなければならない。

- 3) 企業のコンプライアンス管理政策の見直しを遅滞なく行い、独占協定新規定で禁止されている各態様を企業コンプライアンス管理政策の禁止リストに組み入れ、コンプライアンス管理の実務においては、これらを審査の重点対象としなければならない。

2. 事中の対処

独禁法執行調査に直面した場合、対処の考え方を切り換える必要がある。もしもある 1 つの契約書・協定が違法と認定されたのであれば、RPM 行為について「競争を排除し、制限する顕著な効果がない」ことだけを主張するのでは、違法とする法執行機関による認定結果を覆すことはほぼ不可能であり、その場合、「免除」措置を受けられるよう、企業は当該協定に基づく制限行為が「独禁法」第 15 条に定める 7 つの免除事由のいずれか 1 つに該当し、しかも取り交わしている協定は関連市場での競争を強く制限することにはならず、消費者にはこれにより生じた利益を受けさせることができるのだという証拠を収集し、証明する必要がある。

3. 独禁法に係るコンプライアンス業務の専門性を考慮するならば、企業が独禁法に係る問題に直面した場合、専門的且つ効果的な対処を行うことができるよう、独禁法分野に知見のある弁護士に速やかに相談するのが望ましい。

終わりに：

以上から、独禁法新規定の公布は、中国における独占行為に対する規制がさらに強化されることを意味しており、企業がビジネス活動で取引相手と契約を締結する際には、法執行機関の処罰対象とならないよう、係る条項に垂直的独占協定違反の疑いがないかどうかについて必要な審査を行い、細心の注意を払わなければならない。新規定が実施されていく過程では、法執行機関の動向に引き続き注意を払い、新規定が垂直的独占協定に係る規制に与える影響をさらに評価していきたい。

（里兆法律事務所が 2019 年 8 月 29 日付で作成）