

# 上海市高级人民法院 民事判决书

(2012)沪高民三(知)终字第63号

上诉人(原审原告)北京锐邦涌和科贸有限公司,住所地北京市海淀区花园路甲1号。

法定代表人王颖健,该公司董事长。

委托代理人戴宾,北京市展达律师事务所律师。

委托代理人岑兆琦,北京市中伦律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)强生(上海)医疗器材有限公司,住所地上海市外高桥保税区富特西一路439号第一、二、三层C部位。

法定代表人谢文坚,该公司董事长。

被上诉人(原审被告)强生(中国)医疗器材有限公司,住所地上海市闵行经济技术开发区南谷支路75号。

法定代表人谢文坚,该公司董事长。

两被上诉人共同委托代理人王钊、季光明,君合律师事务所上海分所律师。

上诉人北京锐邦涌和科贸有限公司(以下简称“锐邦公司”)与被上诉人强生(上海)医疗器材有限公司(以下简称“强生上海公司”)、强生(中国)医疗器材有限公司(以下简称“强生中国公司”)纵向垄断协议纠纷一案,因上诉人不服上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民五(知)初字第169号民事判决,向本院提起上诉,本院依法组成合议庭,于2012年8月30日、2012年10月30日、2013年1月21日三次开庭审理本案。其中,第一次开庭为公开开庭审理,第二、第三次开庭因两被上诉人以涉及商业秘密为由申请不公开审理而依法不公开开庭审理。上诉人法定代表人王颖健,委托代理人戴宾、岑兆琦,两被上诉人共同委托代理人王钊、季光明到庭参加了三次庭审。上诉人所委托专家对外经济贸易大学教授龚炯参与第二、第三次庭审,两被上诉人所委托专家上海财经大学教授谭国富虽未参与庭审,但提供了书面意见。本案现已审理终结。

原审中,锐邦公司诉称,其作为强生中国公司、强生上海公司医用吻合器及缝线产品在北京地区的经销商,与两被告有长达15年的合作。在2008年与两被告签订经销合同后,因在北京大学人民医院(以下简称“人民医院”)采购竞标过程中违反经销合同中限制转售价格条款而降低价格竞标,遭受两被告处罚,先是被取消在部分医院的经销权,继而完全停止供货,遭受重大经济损失。锐邦公司认为,两被告在经销合同中约定转售价格限制条款以及依据该条款对锐邦公司进行处罚直至终止经销合同的行为,构成《中华人民共和国反垄断法》(以下简称“《反垄断法》”)第十四条第一款第(二)项所列“限定向第三人转售商品的最低价格”之违法行为,故诉请根据《反垄断法》第三条、第十四条、第五十条之规定判令两被告赔偿锐邦公司因上述违法行为而致经济损失人民币1,439.93万元(以下币种同),并承担全部诉讼费用。

原审中,强生中国公司、强生上海公司辩称,本案所涉经销合同订立在《反垄断法》实施之前,两被告针对原告违约行为所采取的行动亦发生在《反垄断法》实施之前

，不应适用《反垄断法》；本案被控垄断行为是锐邦公司与强生中国公司、强生上海公司之间达成的垄断协议，由本案当事人双方共同签订和执行，锐邦公司本身作为垄断行为的直接参与者和实施者，无资格提起本案诉讼；锐邦公司主张的经济损失从性质上而言是合同纠纷项下的损失，与垄断纠纷无关，且该等损失也缺乏相应证据证实。故请求驳回锐邦公司全部诉请。

原审查明：锐邦公司是强生中国公司和强生上海公司在北京地区从事吻合器及缝线产品销售业务的经销商，双方之间有着长达15年的合作，经销合同每年一签，有效期为一年。2008年1月2日，三公司签订《2008年经销合同》（以下简称“《经销合同》”），约定锐邦公司在强生中国公司、强生上海公司指定的相关区域销售两被告缝线产品，合同期限自2008年1月1日至同年12月31日。合同附件七对锐邦公司的经销区域以及经销指标作出明确的规定；合同附件五第2条还规定，锐邦公司不得低于被告规定的产品价格进行销售。2008年7月1日，被告强生上海公司致函锐邦公司，以锐邦公司于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，扣除锐邦公司保证金2万元，并取消锐邦公司在中国医学科学院阜外心血管医院、北京整形医院（以下分别简称“阜外医院”、“整形医院”）的销售权。上述经销合同项下缝线产品的经营者除两被告之外，还有南通华利康医疗器械有限公司、德国贝朗医疗有限公司、南通华尔康医疗用品公司、美国泰科医疗、山东威高集团医用高分子制品股份有限公司等企业。

被告强生上海公司在互联网上对其缝线产品作了介绍。其中有如下内容：1944年Ethicon（爱惜康公司）作为强生集团的子公司宣告成立。二战后，爱惜康生产的手术缝线在全球范围内的市场占有率由15%升至70%以上，在美国市场的占有率更是超过80%，成为世界品种最齐全的缝线制造商。2002年，公司又推出全球第一种也是当时唯一的抗菌人工合成可吸收缝线“薇乔抗菌缝线”。1996年，爱惜康丝质缝合线工厂在中国上海闵行经济开发区落成，生产各种医用丝质缝合线，其产品不仅供应中国市场，还远销亚太地区、欧洲和北美地区。

2010年4月21日，强生中国公司、强生上海公司以锐邦公司拖欠货款为由，向上海市浦东新区人民法院提起诉讼，请求锐邦公司支付欠款本息。同年11月1日，浦东新区人民法院作出一审判决，判令锐邦公司向强生中国公司、强生上海公司支付货款2,960,419.9元及相应利息。锐邦公司不服该判决上诉至上海市第一中级人民法院，上海市第一中级人民法院于2011年4月8日作出终审判决，判令锐邦公司应向强生中国公司、强生上海公司支付货款2,892,186.05元及相应利息。

原审法院认为，根据《反垄断法》第五十条规定，在垄断纠纷案件中，判令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。综合本案证据来看，既不能认定两被告实施了垄断行为，又不能认定原告所受损失由被告的涉诉行为造成。

首先，本案中认定被告实施垄断行为的事实依据不足。根据《反垄断法》第十四条之规定，禁止经营者与交易相对人达成“限定向第三人转售商品的最低价格”的垄断协议，而根据该法第十三条第二款之规定，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。结合两个法律条文的规定，对于《反垄断法》第十四条所规定垄断协议的认定，不能仅以经营者与交易相对人是否达成了固定或者限定转售价格协议为准，还需要进一步考察此等协议是否具有排除、限制竞争效果。本案中，原、被告之间所签订《经销合同》的确包含有限制最低转售价格的条款。但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。具体而言，需要进一步考察经销合同项下的产品在相关市场所占份额、相关市场的上下游竞争水平、该条款对产品供给数量和价格的影响程度等因素，才能够得出正确的结论。本案中，原告提交的证据仅为被告强生上海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，本案中要确定被告实施垄断行为，依据尚不充分。

其次，原告未能充分说明其是否因为价格限制条款而遭受了反垄断法意义上的损害。垄断行为所造成的损害，主要应该为排除、限制竞争所带来的损害。但原告在本案中主张的损害，根据其向法院提交的损失明细表，主要包括2008年绩效达标返利，2008年、2009年合同的履行利益，员工遣散费，商誉损失，履约保证金，积压库存，高价购货价差等。此等所谓损害，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，也不能认定被告系因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，故原告主张被告赔偿这些损失也缺乏依据。

综上，原审法院认为，由于原告举证不足，本案适用《反垄断法》第五十条所要求的要件事实均未能查明，遂判决驳回原告锐邦公司全部诉讼请求。

锐邦公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求撤销原审判决，并判令被上诉人(指两被上诉人，下同)赔偿上诉人经济损失1,439.93万元，承担本案一、二审全部诉讼费用。锐邦公司在二审中提出如下上诉理由与诉讼意见：

第一，原审法院错误解释“垄断协议”的法律要件。《反垄断法》第十三条第二款规定，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”，此规定对《反垄断法》第二章所规定的垄断协议下了一个定义，但没有由此确定垄断协议的构成要件。《反垄断法》第十三条所规定横向垄断协议、第十四条所规定纵向垄断协议，都因行为目的违法而被法律明文禁止，该等协议一经签订即构成垄断协议，不需要再根据是否存在排除、限制竞争效果来确定是否构成垄断协议。这一点，可以由《反垄断法》第四十六条得到印证。《反垄断法》第四十六条规定：“经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款”，依据该条规定，即使垄断协议未实施也可以进行处罚，因此显然只要有《反垄断法》第十四条所规定限制转售价格条款，即构成垄断协议，并应认定为违法，并不需要另外证明存在排除、限制竞争效果。原审法院将实际存在排除、限制竞争效果作为垄断协议的构成要件之一，系对法律的错误解释。

第二，本案《经销合同》中限制转售价格条款是《反垄断法》所规定垄断协议。被

上诉人在《经销合同》中以合同条款限定上诉人向第三人最低转售价格，还依据经销商违反指定价格情况对上诉人采取警告、中止或者终止合同等间接方法，胁迫和威胁上诉人维持最低转售价格，并采用电子商务系统进一步实施价格监督，达到有效实施转售价格限制的目的，被上诉人采取上述行为的目的即在于直接限制竞争。由于上诉人认为构成垄断协议并不以实际具有排除、限制竞争效果为条件，故本案中限制转售价格条款由于限制竞争目的非常明显而应当构成《反垄断法》所规定的垄断协议。

第三，被上诉人应承担证明本案所涉限制转售价格条款不存在排除、限制竞争效果的责任。《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》（以下简称“《最高人民法院垄断纠纷审理规定》”）第七条规定：“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”，根据该条规定，在横向垄断协议纠纷案件中，被诉制定横向垄断协议的当事人应对该协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。照此类推，如果将是否具有排除、限制竞争效果作为《反垄断法》第十四条所规定垄断协议构成要件，也应该由协议条款制定方举证证明涉案协议不具有排除、限制竞争效果。本案中，不应由上诉人承担证明涉案协议具有排除、限制竞争效果的责任，而应由被上诉人承担证明涉案协议不存在排除、限制竞争效果的责任。

第四，被上诉人限制转售价格旨在限制竞争，实际对市场产生了限制竞争的效果。被上诉人既在《经销合同》中直接限定上诉人对第三人的销售价格，又辅之以对不遵循价格限制所采取的处罚措施，其通过控制转售价格限制品牌内竞争的目的非常明显。事实上，被上诉人实施转售价格限制，既非为推广新产品，又非为提高产品技术等其他促进竞争因素，完全不具有促进竞争的效果。相反，被上诉人实施转售价格限制的行为，扭曲了市场竞争机制，既限制了品牌内竞争，又限制了品牌间的竞争，使北京地区强生缝线产品价格维持在一个很高的水平，严重损害了消费者利益。

第五，被上诉人的垄断行为导致上诉人巨大经济损失，构成反垄断法上的损害。被上诉人以上诉人在人民医院投标经销缝线产品时违反最低转售价格限制为由，对上诉人进行处罚，包括扣除保证金，取消上诉人在阜外医院、整形医院的经销资格，直至完全取消上诉人经销强生产品资格，不仅导致上诉人高价进货损失、库存积压损失、人员遣散支出等损失，还导致上诉人2008、2009年预期利润损失，及15年宣传推广费用及取消经销资格之商誉损失等诸多损失，这些损失均源起于被上诉人违法实施转售价格限制，均属于反垄断法意义上的损失，被上诉人应予赔偿。

第六，原审法院拒绝上诉人调查取证申请，致本案事实不清。上诉人在原审中曾提出申请，请求法院审判人员赴北京相关医院调查，以了解被上诉人违法取消上诉人经销资格的事实，原审法院未予支持，导致本案事实认定不清。

被上诉人在二审中提出以下答辩意见：

第一，原审法院对《反垄断法》第十四条所规定“垄断协议”的解释是正确的。从该条法律规定的文意与逻辑看，《反垄断法》并没有规定经营者与交易相对人达成的限定最低转售价格的协议就是垄断协议，《反垄断法》所要禁止的是构成垄断协议的限定最低转售价格协议，即具有排除、限制竞争效果的限定转售价格协议。原审判决对《反

《反垄断法》第十四条所规定垄断协议的解释，符合最高人民法院对垄断协议的规定。根据《最高人民法院关于垄断纠纷审理规定》第七条规定，认定横向垄断协议尚须满足排除、限制竞争效果这一要件，相对于横向协议，纵向协议对市场竞争的影响更小，因此认定限制最低转售价格协议构成垄断协议更需要以具有排除、限制竞争效果为前提。

《反垄断法》第十五条规定的是垄断协议违法性的豁免条件，而不是认定协议是否具有排除、限制竞争效果的标准，即在认定限制转售价格协议具有排除、限制竞争效果的前提下，经营者可以通过证明符合《反垄断法》第十五条规定情形而获得豁免。本案中，在涉案限制转售价格协议不存在排除、限制竞争效果的情形下，被上诉人不需要证明存在《反垄断法》第十五条规定情形。

第二，原审判决对于《反垄断法》第十四条规定的协议是否具有排除、限制竞争效果的举证责任分配是正确的。我国民事诉讼法确定了“谁主张、谁举证”的原则，适用举证责任倒置规则必须有法律明确规定。《反垄断法》对第十三条、第十四条所列协议是否具有排除、限制竞争效果没有规定举证责任倒置，只是《最高人民法院关于垄断纠纷审理规定》第七条规定《反垄断法》第十三条所列横向协议适用举证责任倒置，由经营者证明不存在排除、限制竞争效果。因此本案所涉《反垄断法》第十四条所列纵向协议应根据“谁主张、谁举证”的原则，仍应由上诉人承担证明涉案协议具有排除、限制竞争效果的责任。

第三，上诉人未能举证证明本案所涉限制转售价格协议存在排除、限制竞争效果，本案所涉协议实际亦不存在排除、限制竞争的效果。上诉人在原审中没有提供可以证明涉案协议具有排除、限制竞争效果的证据，其在二审中所提交证据，一方面因为不属于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条、第四十三条所规定“新证据”，不应被采纳，另一方面不能证明本案所涉协议实际存在排除、限制竞争的效果。

第四，本案所涉限制转售价格协议不存在排除、限制竞争的效果，相反可以增进强生品牌内部经销商之间的竞争。本案所涉产品??医用缝线产品在中国大陆市场充分开放和竞争，不同品牌产品竞争非常激烈，而且不断有新的品牌和经营者进入此市场。因此，医院拥有很强的买方势力，对不同品牌产品的选择和价格有最终决定权，故被上诉人的价格维持条款不会对其他品牌产品价格产生影响，实际也由于激烈竞争的存在而难以执行。另一方面，多年来，强生公司（包括强生中国公司和强生上海公司，下同）不断推出新的医用缝线产品，被上诉人与经销商之间订立的限制转售价格协议，可以推进强生品牌内部经销商的非价格竞争，如产品推广、售后服务、品牌维系、诚信守约等等。

第五，《反垄断法》于2008年8月1日实施，本案《经销合同》在2008年1月2日达成，被上诉人对上诉人的警告、扣除保证金、取消两家医院经销权等行为分别发生在2008年4月和7月，均发生在《反垄断法》施行之前；2008年8月1日《反垄断法》实施以后，被上诉人未实施上诉人所指控的垄断行为，因此本案不应当适用《反垄断法》。

第六，上诉人主张赔偿缺乏依据。上诉人在本案中主张的损失并非属于“垄断损失”，而是合同行为导致的损失，原审判决对此认定正确。上诉人主张，因被上诉人断货而导致其销售利润减少，并造成高价进货、遣散员工等损失，但被上诉人拒绝供货实际

是因为上诉人拖欠货款，而非执行本案所涉价格条款，此事实双方在当事人的货款纠纷案件判决中已予确认。上诉人主张2009年因没有续订经销协议而导致的利润损失，由于经销协议有效期为一年，在2008年经销协议履行期届满后，被上诉人无义务与上诉人继续签约，上诉人主张此损失亦毫无依据。另外，上诉人在本案中主张的部分损失已在双方当事人的货款纠纷诉讼中提出，上诉人在本案中重复主张，应予驳回。

第七，上诉人不具备本案原告主体资格。上诉人在本案中所指控垄断行为是在上诉人、被上诉人之间订立的限制转售价格协议，该协议由上诉人与被上诉人共同订立、共同实施。根据《反垄断法》第一条之规定，《反垄断法》保护的是市场公平竞争秩序、消费者利益和社会公共利益，并不保护垄断行为参与者、实施者的利益。因此，有权提起反垄断诉讼的主体是遭受垄断行为损害的竞争者和消费者，不包括垄断行为参与者、实施者，故上诉人不是本案诉讼的适格原告。

二审庭审中，上诉人明确其仅指控被上诉人在医用缝线产品上实施的垄断行为，双方当事人就被上诉人在缝线产品上的限制最低转售价格行为是否构成垄断行为进行了举证、质证。

鉴于被上诉人在本院进行第二次开庭审理前以涉及商业秘密为由申请不公开开庭，本院要求被上诉人在庭审中具体说明哪些事实或证据属于商业秘密，以便本院审查判断，但被上诉人并未能具体说明本案中哪些事实或证据属于商业秘密。

上诉人锐邦公司在二审中提交以下九组证据材料，两被上诉人认为上诉人二审所提交证据材料均不属于《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》所规定可以在二审中接受的“新证据”，同时认为这些证据不能证明上诉人的主张。上诉人所提交证据及被上诉人质证意见，具体如下：

1、（2012）京国信内经证字第3138号公证书。该公证书包括两方面互联网网页拷屏：一是国家食品药品监督管理局官方网站相关网页内容，其中装订序号为31、36的网页拷屏显示，在“医疗器械分类目录”中分类标号为6865-2、6865-1的类别分别是“不可吸收缝线”、“医用可吸收缝线”，上诉人以此证明，虽然双方当事人确认本案相关市场是在中国大陆的医用缝线市场，但该市场还可以细分为可吸收缝线、不可吸收缝线两个市场；二是由<http://www.antitrustinstitute.org>网址登陆“美国反垄断研究院”（AmericanAntitrustInstitute，以下简称“美国AAI”）网站后对相关网页的拷屏，上诉人称这些网页中含有美国AAI发表的一份报告，报告研究了美国玩具和婴儿用品市场实施转售价格限制后的价格变化情况，上诉人所委托经济学专家引用这项研究作为其经济学意见的依据。

对此证据材料，被上诉人对其真实性、合法性无异议，但认为不能证明上诉人主张。理由是：此份证据中涉及可吸收缝线、不可吸收缝线的注册信息，表明这两种类型缝线都适用于普通软组织结合或结扎，而且不可吸收缝线的使用范围完全涵盖可吸收缝线，也恰恰证明可吸收缝线、不可吸收缝线有很强的替代性和竞争性，两者属于同一个相关市场；此份证据涉及的美玩具和婴儿用品市场的相关信息与本案无关，因为美玩具和婴儿用品市场与本案所涉产品市场没有关联。

2、国家食品药品监督管理局注册号为“国药管械（进）2003第2650434号（更

)”、“国食药监械(进)字2004第3650212号”、“国食药监械(进)字2004第3650712号”、“国食药监械(进)字2007第3651816号”、“国食药监械(进)字2008第2650207号”的医疗器械注册证五份。上诉人以这些医疗注册证对于医用缝线产品使用范围的不同限制,证明即使是强生公司同一品牌的不同产品,也存在不可替代性。缝线之间差别很大,可吸收缝线和不可吸收缝线在性能、规格、用途上差别巨大,不可替代。

对此证据,被上诉人对其真实性与合法性没有异议,但认为其不能证明上诉人将可吸收缝线、不可吸收缝线区分为两个相关市场的主张,相反可以证明可吸收缝线、不可吸收缝线具有非常接近的替代性(不可吸收缝线的使用范围涵盖了可吸收缝线全部可以使用的范围,完全可以替代可吸收缝线),按照国务院反垄断委员会《相关市场界定指南》的规定,应归入同一相关市场。

3、威高富森医用材料有限公司出具的一份《说明》,以及威高富森医用材料有限公司营业执照。威高富森医用材料有限公司出具《说明》,称该公司于2006年开始生产并销售医用缝合线,该公司2007年在全国销售缝合线不足70万根,2008年在全国销售缝合线约90万根。上诉人以此证明,威高富森医用材料有限公司作为除强生公司外最大的国内涉案产品生产商,2008年销售量仅90万根,还不及强生公司一个经销商的销售量,说明被上诉人产品占有很高的市场份额。

对此证据,被上诉人认可威高富森医用材料有限公司营业执照所反映公司信息的真实性,但认为该公司出具的《说明》属于证人证言,因证人没有出庭作证,故不认可其真实性。并且,无证据可证明威高富森医用材料有限公司系除强生公司外最大的国内涉案产品厂商,也无证据证明90万根的年销售量不及强生公司一个经销商的年销售量。

4、人民医院出具的情况说明及两份涉案产品价格变化明细表。人民医院出具《北京大学人民医院强生医用手术缝线供应商遴选情况介绍》称,2008年3月20日在该院举行强生医用手术缝线供应商遴选会议,参与公司有四家,分别为锐邦公司、中国医药保健品有限公司、北京美迪森尼医疗器材销售有限公司、北京国力泰医疗器械有限责任公司。其中,中国医药保健品有限公司、北京国力泰医疗器械有限责任公司两个公司的报价与强生公司全国统一价格一致,北京美迪森尼医疗器材销售有限公司报价比当时强生全国统一价整体下浮5%,锐邦公司报价比当时强生全国统一价整体下浮6%。上诉人还提交了人民医院制作的两份表格,内容为人民医院所使用各种强生缝线产品在2008年招标前、招标后的明细价格,上诉人称此两份表格由人民医院不同科室提供,两份表格只是产品排列次序有差异,所列产品型号和价格一致。上诉人以此证据证明其在人民医院招标中没有遵守强生公司的价格限制,招致此后受到被上诉人处罚,但上诉人的行为实际导致强生公司产品在人民医院的价格下降超过6%。

对此证据,被上诉人不认可其真实性与合法性,理由是人民医院所出具材料没有使用该单位的正规信笺,没有记载出具日期,盖章有伪造或变造嫌疑。另外,该证据属于证人证言,应由证人出庭作证。再者,即便该证据真实,也不能证明人民医院招标过程中被上诉人对参与竞标医院报价有过具体限制,同时还说明各经销商报价有差异,本案所涉转售价格限制协议实际难以执行。

5、千讯（北京）信息咨询有限公司出具《中国医用缝合线行业发展研究报告》（以下简称“《千讯报告》”）的纸质版原件及电子版打印件，以及千讯（北京）信息咨询有限公司营业执照复印件一份。上诉人引用该《千讯报告》中对医用缝线行业集中度、竞争格局的数据资料，证明医用缝合线行业集中度比较高，强生公司具有较大的市场份额，强生公司实施限定最低转售价格行为对市场竞争造成排除、限制竞争的效果。《千讯报告》中提到：医用缝合线行业集中度40% CR4 70%，属低集中寡占型，行业集中度较高；强生缝合线在国内市场占有率为50%-60%，在不可吸收缝线产品市场占70%-80%，在可吸收缝线产品市场占50%-60%；国内一、二级医院对医用缝合线的价格比较敏感，三级医院则相对不是太敏感。

对此证据，被上诉人不认可其真实性与合法性，认为上诉人没有提供可以证明出具方具有出具该报告资格的有效证据。被上诉人还认为，该报告由一家为商业目的出具报告的商业咨询机构出具，不具有权威性。报告中的数据和信息没有统计来源和依据，出具方自己在其“法律声明”中亦明确“不对报告内容和引用资料的准确性和完整性做任何承诺”，可见其准确性不可信赖。经核对，报告中对于强生爱惜康缝线在国内市场占有率的表述有40%、70%-80%、60%、50%-60%等多种提法，前后不一，相互矛盾。报告中所引用2007年、2011年强生爱惜康缝线销售额及强生上海公司进口额的数据，与被上诉人自己统计的数据有很大差异（报告称2007年强生爱惜康缝合线销售额接近3亿元，而根据被上诉人统计，2007年强生爱惜康缝合线销售额为45,234,369元），报告所援引统计数据错误。

双方确认，报告中所提到Ethicon（爱惜康）公司是强生集团专门生产医用缝线的子公司，在业内，“强生爱惜康医用缝线”即指强生公司医用缝线。

6、2008年强生公司内部刊物。在该刊《新年寄语》中，强生上海公司总经理提到“……在这十一年里，强生公司的销售由4600万变成24个亿……”，刘玉屏副总裁提到“……2007年10亿美金的里程碑让中国强生人感到自豪与骄傲……”，上诉人以此证明被上诉人关于2007年销售额的陈述虚假。

对此证据，被上诉人认可其真实性，但认为该证据与本案不具有关联性，所引述24亿销售额不仅包括强生缝线产品销售额，还包括其他医疗器械、健康护理等产品，所引述2007年10亿美金销售额不仅包括被上诉人销售额，还包括被上诉人在中国的关联公司的销售额，因此不能说明本案所涉医用缝线产品的销售情况。

7、强生公司相关会议及销售管理表格。上诉人提供强生公司发放给经销商相关会议及销售管理的空白表格若干，分为8组：（1）销售目标，包括“2003目标管理”、“2003目标管理跟踪报告”、“2003医院产品组销售目标”、“2003月度/季度医院销售目标”；（2）微观市场信息，包括“医院档案”、“关键客户信息”等；（3）销售计划，包括2003年年度和季度销售计划；（4）周/月工作计划/报告，包括“周工作计划/报告”、“月工作报告”、“医院分析”、“关键客户分析”、“本月专业教育活动”、“月度跟刀报告”、“病例纪录”；（5）销售费用预算与管理；（6）每周电话会议操作说明与相关表格；（7）协同拜访报告相关表格；（8）专业活动报告相关表格。

在上述表格中，“医院档案”表格中设有专栏供填写“Tyco”、“Holycon”、

“ B.Braun ”、“ S.B ”、“ Alcon ”、“ Taihe ”、“ JinHuan ”、“ 通用 ”及其他竞争对手的市场份额；“ 关键客户信息 ”表格中要求填写医生姓名、手术专长、用线习惯、重要程度和关系评分，还包括竞争产品的价格与用量，爱惜康产品的现有市场占有率与目标市场占有率。上诉人以此证据证明被上诉人对经销商进行了严格的管理，非常关注强生缝线产品与竞争产品的市场份额。

对此证据，被上诉人不认可其真实性与合法性，但未说明质疑理由。被上诉人同时认为，即使该证据真实，也由于均为2003年的材料，与本案没有关联。

8、光盘一张，内容涉及2003年上诉人在阜外医院和首都医科大学附属北京天坛医院销售额完成情况、2003年北京所有目标医院的指标完成情况及市场占有率等，2004年业绩指标以及各医院各产品指标分解情况，2004年行动计划等。上诉人称2003年以来按照被上诉人要求沿用这种电子表格，所提交表格系由上诉人与被上诉人共同汇总相关数据后编制。上诉人以此证据证明强生产品在北京相关医院具有很高的市场占有率。

对此证据，被上诉人不认可其真实性与合法性，亦未说明质疑理由。同时，被上诉人认为，即使该证据真实，由于电子表格显示时间为2003年、2004年，与本案事实没有关联，而且表格中的数据不可信。

9、强生公司爱惜康缝线产品2001、2002、2003、2005、2008年的价目表，上诉人以此证明多年来强生公司缝线产品型号、编号、价格无变化，仅增加了个别型号产品。上诉人称，价目表中产品型号的不同主要是缝线粗细的差异，缝线材质没有变化。

对此证据，被上诉人认可其真实性与合法性，但认为这些价目表中的产品型号变化恰恰证明强生公司不断推出新的缝线产品，根据型号变化，可以推知：2000年相较1999年出现45种新产品；2002年相较2001年出现44种新产品；2003年相较2002年出现15种新产品；2008年相较2003年则有183种新产品，其中包含152种抗菌薇乔缝线产品，说明强生抗菌薇乔缝线产品是在2005年之后出现的新产品。

二审中，被上诉人强生上海公司、强生中国公司提交下列证据材料，上诉人亦逐一质证：

1、卫生部《2009年中国卫生统计年鉴》。被上诉人依据此年鉴中的相关数据及强生公司的统计数据，推算出2008年强生公司缝线产品在中国市场的份额低于20.4%。具体计算过程是：根据卫生部《2009年中国卫生统计年鉴》统计的“ 2008年医疗机构住院服务情况 ”，2008年全国住院病人手术人次为23,884,499人，按平均每人手术消耗缝线4包计算，共需消耗缝线95,537,996包。据强生公司统计，2008年强生公司产品通过经销商销售给医院的总量为19,490,040包，以此统计，2008年强生公司销售给医院的缝线数量占该年度全国住院病人手术消耗缝线的比例是20.4%。由于在此计算中，没有统计医院门诊手术所消耗缝线以及部队医院手术消耗缝线，故2008年强生公司缝线产品销售数量占该年度全国医院手术消耗缝线数量的比例会低于20.4%。

对此证据，上诉人认为其缺乏证明力。首先，被上诉人利用当年缝线产品销售量与当年手术消耗量两个数字之间的比值关系推算市场份额，但这两个数字在时间上不完全对应，当年手术所消耗缝线产品既可能来源于当年的缝线产品销售也可能来源于上年的库存；其次，对每例手术消耗4包缝线的估计不准确；再次，根据上诉人推算，被上诉

人自称的2008年销售数量也应远远低于其实际销售数量。

2、上海市静安公证处出具的编号分别为（2012）沪静证经字第4573、4574号的两份公证书，内容系对国家食品药品监督管理局官方网站公示不同品牌医用缝线产品相关信息的网页拷屏。被上诉人称，国家食品药品监督管理局公布610条医用缝线信息中强生产品只有84条，仅占13.77%。可见，中国市场上缝线品牌众多，竞争激烈。

对此证据，上诉人认为该证据与被上诉人主张并无关联。首先，两份公证书中所涉及缝线信息中有部分属于重复信息，有部分产品并不属于缝线产品，有部分产品的注册证均已经过了4年的有效期。其次，这些注册证信息仅仅表明国家食品药品监督管理局批准可以生产，实际是否生产、生产多少、是否停产等具体情况并不清楚，不能说明2008年医用缝线产品在中国市场实际销售情况。最后，每一条注册证信息展开来还有具体产品型号，强生品牌注册证下产品型号非常多，有的多达上千种，而其他品牌产品注册证下产品型号只有几种到几十种，可见仅以注册信息多少还不能说明市场竞争状况以及强生公司产品所占比例。

二审中，上诉人、被上诉人均依据《最高人民法院垄断纠纷审理规定》第十三条的规定委托经济学专家就本案提供经济分析意见。

上诉人所委托专家龚炯提出如下意见：

1、企业实施限制最低转售价格的动因主要有四种：（1）上游厂商为避免过分竞争而对下游厂商采取限制转售价格的策略；（2）与地区市场独家代理等地域限制性措施结合使用，以确保品牌内经销商不跨区竞争；（3）加强价格以外的竞争；（4）针对高档商品，通过维持高价来维护品牌形象。

2、限制最低转售价格在以下情形中可能产生促进竞争的积极作用：（1）与地区限制、独家销售等措施配合使用，有助于经销商推销新产品而减少搭便车行为（例如，不提供产品介绍、使用辅导等销售服务的经销商，通过降价从提供产品介绍、使用辅导等销售服务的经销商那里夺取客户）；（2）配合独家销售，有助于减少销售网点，降低销售成本，使销售商获得规模经济，从而有助于新的企业进入市场。

3、限制最低转售价格可能对品牌内竞争产生以下消极影响：（1）销售商之间无法就价格展开充分竞争；（2）会推动形成价格卡特尔，即在销售商之间形成明示或默示的价格联盟；（3）与地区市场独家代理等地域性限制措施配合使用，分割市场，减少消费者选择，加剧了卖方垄断势力，使制造商更容易采取趋向垄断地位的策略；（4）剥夺下游厂商的定价权，使一些低效率的厂商在维持转售价格的保护下继续生存，破坏了市场资源的合理配置。

4、限制最低转售价格可能对品牌间竞争产生以下消极影响：（1）占据很大市场份额的市场领导者采取限制转售价格行为使市场缺乏竞争，弱势生产商采取跟进策略而缺乏进取动力；（2）终端价格明示和固定，使竞争者更容易观察对方价格，容易形成默示的价格联盟；（3）与地区市场独家代理销售结合，易于造成市场分割，由地区性的需求弹性缺乏导致生产商总体需求弹性的缺乏；（4）强化与独家经销商的关系，增加新厂商进入市场的障碍。

5、实证研究表明，限制最低转售价格往往导致市场价格上升。美国AAI的一份报

告提到美国玩具和婴儿用品市场在实施限制转售价格之后产品价格普遍上涨20%-40%，且各主要电商网站上所公布同种产品的价格出奇地一致。LynnePepall等人所著《IndustrialOrganization:ContemporaryTheoryandPractice》提到，由于美国各州法律对限制转售价格行为有不同评价导致相同商品在各州销售价格不一，在认为限制最低转售价格行为合法的州的产品价格较高，在认为限制最低转售价格行为非法的州的产品价格则较低，一些消费者宁愿驱车到限制最低转售价格行为为非法行为的州购买商品。

6、限制转售价格往往导致社会福利总损失。由于限制转售价格往往导致产品价格上升、销售量减少，虽然生产者剩余增加，但生产者剩余的增加值小于消费者剩余的损失，最终导致社会总福利减少。（生产者剩余，指厂商在提供一定数量的某种产品时实际接受的总支付和愿意接受的最小总支付之间的差额；消费者剩余，指消费者在购买一定数量的某种商品时愿意支付的最高总价格和实际支付的总价格之间的差额；社会总福利即社会总剩余，指生产者剩余和消费者剩余之和）

7、限制最低转售价格可以防止经销商之间的价格竞争冲垮经销商提供相应经销服务的营销体系，可以降低生产商的交易成本，但消费者并不一定由此得益，社会福利也不因此增加。

8、由于医用缝线没有替代产品，故可以独立形成一个相关产品市场，不需要以假定垄断者测试方法（假定被审查企业为垄断者，若其在持续一段时间适度提高价格，结果消费者转向了其他替代品，那么替代品与诉争产品则属于同一市场，以此测度相关市场的边界）界定本案相关市场。

9、本案相关市场的集中度极高，强生公司具有市场支配地位。根据《千讯报告》提供的数据，以CR4（相关市场内最大四家厂商的市场份额总和）衡量市场集中度，医用缝线市场的CR4在40%-70%之间。由《千讯报告》中的相关数据还可以推算，本案相关市场的HHI指数（相关市场所有厂商市场份额的平方之和）不低于3000，这是一个市场集中度极高的市场。依据《反垄断法》第十九条之规定，一个经营者在相关市场占有二分之一以上的市场份额即可推定其具有市场支配地位，依据《千讯报告》中的数据（强生公司占据可吸收缝线市场50%-60%市场份额、不可吸收缝线市场70%-80%市场份额）可以推定强生公司在本案相关市场具有市场支配地位。

10、涉案产品缺乏需求弹性。医用缝线需求的特殊性在于终端消费者和购买者的脱节。手术病人不了解缝线产品相关信息，也无选择权，医生决定选用何种缝线，而医生因为手术习惯和经验背景对缝线品牌有强烈的偏好。因此缝线产品有很大的需求粘性，产品转换成本很高。加之，医院对手术室用缝线可按照转售价格的110%转嫁给消费者，因此医院对手术缝线的价格不敏感，故涉案产品缺乏需求弹性。

11、强生缝线产品在中国市场15年价格基本不变，系强生公司对其缝线产品采取跨期价格歧视策略的结果。即，有市场势力的生产商通过在不同时间确定不同的价格来将消费者分成具有不同需求函数的不同组合，通过初期向消费者索取高价，让那些购买力强的消费者首先消费，随后沿需求曲线逐渐降价，以吸引大众消费。生产商早期靠单笔高价交易获得高额利润，后期靠交易规模扩大来获取利润。强生公司缝线产品早期作为手术的高档用品，只在一线城市的主要医院销售，目前则广泛应用于各级医院，门诊也

开始使用。

12、强生公司在本案中的限制转售价格行为严重排除、限制了市场竞争：（1）强生公司实施价格监督，经销商无法偏离强生公司规定的价格，无法通过价格来进行品牌内竞争；（2）强生公司通过指定销售区域实现地域分割，造成其产品在地域市场的垄断地位，使其面临更加缺乏弹性的需求曲线，得以维持其高价销售；（3）强生公司占有超过50%的市场份额，使得市场超过50%的产品缺乏竞争，减少了品牌间竞争；（4）强生公司作为具有支配地位的市场领导者，其价格固定使得市场总体价格趋向固定，容易促成品牌间的默示价格联盟。

13、强生公司在缝线产品上的限制转售价格行为，导致产品价格被人为提高，大大减少了消费者剩余，社会总福利遭受无谓损失。

14、强生公司在本案中限制转售价格的行为不存在促进竞争的积极因素：（1）强生公司是世界500强企业，全球医疗行业的龙头企业，在中国市场经营15年以上的老牌企业，不存在通过限制转售价格来促进新企业进入市场的需要；（2）涉案产品均是市场成熟产品，是市场领先的先进产品，因此也不存在通过限制转售价格来促进新产品进入市场的需要；（3）强生公司实行严格的市场分割，经销商必须严格遵守强生公司指定的销售区域划分而不得涉足其他经销商的销售区域，因此也不存在通过价格竞争争夺客户的现实可能，不存在防止经销商搭便车的需要；（4）由于在强生公司的销售模式中每个经销商必须付出销售额的一部分来作为市场投入，经销商还须和强生公司一起支持和赞助一些学术交流和学术会议，经销商无法避免支出费用，从这个角度说，经销商之间也不存在搭便车的可能，因此也不存在以限制转售价格防止经销商搭便车行为的需要；（5）经销商只是承担部分销售服务，强生公司提供了更多关键的售前售后服务（比如对医生的培训等），实际不存在通过限制转售价格提高经销商销售服务的效果；（6）由于医生非常熟悉强生缝线产品，不存在买卖双方之间的信息不对称，因此也不存在通过转售价格来维持品牌美誉的需要。

被上诉人所委托专家谭国富提出以下意见：

1、限制转售价格的价值主要在于解决生产商与销售商之间的外部性问题，对市场竞争和消费者福利的积极作用主要体现于以下几方面：（1）限制转售价格可以保证经销商合理利润，激励经销商提供有价值的“经销服务”；（2）限制转售价格有助于消除或减轻“经销服务”中的搭便车问题；（3）适当的转售价格限制有利于减少上下游公司之间的定价外部性，增加销售数量；（4）由于信息不完全和监控成本的存在，上下游公司之间很难制定一个比较完全的经销合约，限制转售价格可以帮助解决这种不完全合约问题，降低交易成本。

2、将本案相关市场界定为中国大陆地区的缝线产品市场依据不够充分，这个界定仅依据产品特性进行替代性分析，而没有从需求替代、供给替代两方面进行完整分析，也没有在大量数据支持的基础上采用假定垄断者测试方法进行分析。

3、不能依据《千讯报告》中不可靠的数据计算本案相关市场的集中度。另外，即使市场集中度高，也不能说明市场势力的存在，还必须考虑是否存在市场进入门槛低、上下游厂商力量强大等抵销性因素。本案中，缝线产品市场具有众多供应商，表明市场

进入门槛低，而医院在选购缝线产品过程中的决定权又表明下游买方的强大力量，因此即使医用缝线产品的市场集中度高，也不足以说明强生公司具有市场支配地位。

4、缺乏相应证据证明涉案缝线产品缺乏需求弹性：（1）缺乏相应证据证明不同品牌缝线产品的转化成本很高，医院从一个品牌缝线产品转为使用另一个品牌缝线产品，不会产生实质性的转换成本。（2）所谓医院对手术室用缝线可按照转售价格的110%转嫁给消费者的说法即使数据真实，也只能说明医院相对于终端消费者的市场势力，而无法说明缝线产品生产商相对于医院的市场势力。

5、不能以涉案产品缺乏需求弹性来证明强生公司具有市场支配地位：（1）产品需求弹性的高低本身，并不能说明某一品牌生产商市场势力的大小。对于缝线产品而言，影响特定品牌市场竞争力的重要因素是产品质量、安全性及相关服务水平。即使某一品牌缝线产品需求弹性低，也不能排除其在产品质量、安全性和服务水平方面所面对的激烈竞争。（2）相关市场存在多个竞争者，同时还存在潜在竞争者，即使涉案产品缺乏需求弹性，也不能推定强生公司具有市场支配地位。

6、即使涉案产品缺乏需求弹性，也并不导致强生公司采取趋向于垄断地位的策略。一般而言，具有垄断势力的卖方会将垄断价格定在需求曲线具有弹性的部分，价格弹性越低，垄断价格会越高。如果卖方将价格定在缺乏弹性的部分，过高的价格必然导致新的竞争者进入市场，结果不是限制了竞争，而是引来了竞争。

7、不能证明强生公司采取“跨期价格歧视”的定价策略。虽然强生公司缝线产品的绝对价格在15年中保持基本不变，考虑通货膨胀因素，则其相对价格一直在下降。

8、本案限制转售价格没有促成价格联盟。缝线产品有众多生产商，本案限制最低转售价格很难促成生产商之间价格联盟。而从本案中强生公司经销商在人民医院的竞标情况看，本案限制最低转售价格协议也没有促成经销商之间的价格联盟。

9、本案中并没有因限制转售价格而导致缝线产品价格上升的实证依据，故不能认为本案限制最低转售价格的行为减少了社会总福利。

10、强生公司缝线产品的经销商提供了有价值的销售服务。本案中，销售服务由生产商与经销商共同完成，生产商的工作可称之为“质量服务”，主要是保证产品质量和安全、产品广告和对医生的培训；经销商的工作可称之为“经销服务”，主要负责产品销售、参与投标议价，提供配送及售后服务等。

11、缝线产品的特点决定了其需求量不仅取决于价格还取决于其他非价格因素，包括产品质量、品牌声誉、生产商或经销商提供的售前和售后服务等。本案限制转售价格有利于促进“经销服务”水平提高，从而增加需求或销量，由此增加社会总福利。

12、由于消费者对涉案产品价格不敏感，因此即使本案限制转售价格对产品价格产生影响，对于产品销量和消费者福利的直接负面影响也很小，而本案限制转售价格在促进销售服务方面的影响则更为明显和重要。

经审查，本院对双方当事人在二审中所提交证据及在一审中所提交相关证据认定如下：

#### （一）对双方当事人二审证据的认定

本院认为，双方当事人在二审中提交的证据，均可作为二审中的新证据。本案一审

判决前，《反垄断法》及《最高人民法院垄断纠纷审理规定》没有具体规定限制转售价格协议“排除、限制竞争”事实的举证责任分配，在一审判决明确相关举证责任后，上诉人在二审补充提交证据以补强其一审证据系其依法行使诉讼权利，应予准许。另外，本院在二审中为查明本案事实而向双方询问有关事实，并要求提交证据，双方为此提供了相应证据，均应作为二审程序中的新证据。对双方当事人二审中提交的证据，本院认证如下：

1、对于上诉人二审证据1，即（2012）京国信内经证字第3138号公证书所证明国家食品药品监督管理局官方网站相关网页内容。鉴于其系公证证明的政府网站信息，被上诉人对此证据真实性亦无异议，本院认可其真实性。该证据仅能证明可吸收缝线、不可吸收缝线在“医疗器械分类目录”中属于不同的类别，但是由于不可吸收缝线基本可以替代可吸收缝线，故该证据不能证明上诉人有关可吸收缝线、不可吸收缝线属于两个市场的主张，本院对此证据不予采纳。

2、对于上诉人二审证据2，即国家食品药品监督管理局出具的五份医疗器械注册证。基于与对前述上诉人证据1相同的分析理由，对其真实性予以认可，但因其并不能证明可以将缝线市场细分为可吸收缝线、不可吸收缝线两个市场，本院对此证据不予采纳。

3、对于上诉人二审证据3，即威高富森医用材料有限公司营业执照及该公司所出具《说明》。虽然该公司营业执照相关信息可予认定，但该公司出具《说明》中有关其缝线产品销量的数据，无相关证据佐证，也不能以该一家企业的销售量数据说明强生公司在相关市场的市场份额，本院对此证据不予采纳。

4、对于上诉人二审证据4，即人民医院出具的情况说明及两份涉案产品价格变化明细表。由于该份证据没有出具日期，不符合证据的基本形式要件，人民医院又未派员出庭作证，故无法确认其真实性，本院对此证据不予采纳。

5、对于上诉人二审证据5，即《千讯报告》。由于该报告所引统计数据没有说明数据来源，无法确认所引数据真实性与权威性；加之，该报告出具方在其“法律声明”中亦明确“不对报告内容和引用资料的准确性和完整性做任何承诺”，该报告所引数据和内容缺乏可以作为诉讼证据采信的可信基础，本院对此证据不予采纳。

6、对于上诉人二审证据6，即2008年强生公司内部刊物。被上诉人对其真实性无异议，本院亦确认其真实性，但该证据中强生公司有关人员对2007年强生公司销售额的陈述，没有特别指向强生缝线产品，对于本案事实没有证明力，本院对此证据不予采纳。

7、对于上诉人二审证据7，即强生公司发放给经销商的相关会议及销售管理的空白表格。被上诉人虽不认可其真实性但未说明理由，本院认为：该证据内容系强生公司管理营销的相关文件资料，被上诉人如果质疑其真实性，完全可以依据自己的资料提出具体的质疑，而不应笼统地否认其真实性；该证据内容详尽复杂，与医疗器械产品的营销需求相契合，可信度较高，在被上诉人未说明质疑理由且未提供反证的情况下，应当确认其真实性。至于被上诉人认为该证据系2003年资料、与本案没有关联，本院认为尽管该证据材料的形成早于本案纠纷发生时间，但是，基于医疗器械行业营销特点和强生公司营销管理的稳定性、连贯性，该证据材料对于分析涉案产品的营销管理具有证据价值。

，本院对此证据予以采信。

8、对于上诉人二审证据8，即刻录有2003年上诉人在阜外医院销售统计表格、2004年强生公司在北京各医院销售指标表格等内容的光盘。被上诉人否认其真实性但未说明理由，基于对前述上诉人证据7相同的分析理由，本院确认该证据的真实性及其证明强生公司缝线产品营销管理方式的证明力，本院对此证据予以采信。

9、对于上诉人二审证据9，即强生公司爱惜康缝线产品2001、2002、2003、2005、2008年的价目表。被上诉人认可其真实性，本院亦予认可，并认为其中所记载的产品型号、价格等信息可以证明涉案产品价格变化情况，本院对此证据予以采信。

10、对于被上诉人二审证据1，即卫生部《2009年中国卫生统计年鉴》。上诉人认可其真实性，本院审查确认其真实性。由于该证据可以间接证明医用缝线产品在中国大陆的需求与消费情况，本院对此证据予以采信。

11、对于被上诉人二审证据2，即（2012）沪静证经字第4573、4574号两份公证书所证明国家食品药品监督管理局官方网站公示不同品牌医用缝线产品的相关信息。上诉人认可其真实性，本院确认其真实性。但是由于该证据存在大量重复信息、与涉案产品无关的信息、超过注册有效期的信息，且由于注册信息无法与实际产品生产与销售情况对应，故该证据无法证明被上诉人有关强生公司产品只占市场很小比例的主张，本院对此证据不予采纳。

## （二）对双方当事人一审证据的补充认定

双方当事人就被上诉人停止供货的缘由存在争议，即被上诉人是否系因上诉人拖欠货款而依照合同约定采取停止供货措施。上诉人就此争议在一审中提交下列证据，本院认定如下：

1、北京市海诚公证处出具（2010）京海诚内民证字第04688号公证书。该公证书证明上诉人分别于2008年7月11日、9月19日、9月28日、10月20日通过雅虎邮箱向被上诉人发出四封邮件，对被上诉人采取调整销售区域的惩罚措施以及之后发生的8月15日订单遭拒等事项提出质疑。其中，9月19日、10月20日两封邮件中均写到被上诉人拒绝上诉人8月15日订单供货导致其经营困难。被上诉人在质证中称，因时间过长，没有在被上诉人邮件系统中找到上诉人这四封邮件，故无法对上诉人所提交邮件确认真实性。本院认为，上诉人四封邮件经公证证明，均系通过雅虎邮箱发往被上诉人多个收件人地址，可信度高。被上诉人一方面称因时间过长而未在其邮件系统中找到上述四封邮件，另一方面在另案货款纠纷诉讼中提供了同一时期的另一些邮件，因此被上诉人有关在邮件系统中找不到四封邮件的主张难以成立。另外，由于双方当事人的联络方式主要是邮件，在双方就取消经销资格、停止供货等问题存在争议情形下，上诉人向被上诉人陈情抱怨和请求免于处罚、解决争议的这一系列邮件，与案件其他事实相印证，符合常理，本院予以采信。

2、2008年5月19日被上诉人发给上诉人的《关于调整信用额度的通知》。该通知记载，自通知之日起将上诉人信用额度调整到人民币368万元。被上诉人对此证据真实性予以确认，但认为此份通知发出时间是2008年5月，而上诉人自2008年7月拖欠货款，故此证据与本案无关联。本院认为，被上诉人确认此证据真实性，此证据能够证明上诉人

信用额度情况，与判断上诉人在被上诉人停止供货时是否拖欠货款存在关联，本院予以采纳。

本院经审理查明，原审查明事实属实。

针对双方当事人就本案限制最低转售价格协议是否具有排除、限制竞争效果的争议，依据双方当事人在一、二审庭审中的陈述以及《经销合同》等证据，本院另查明以下事实：

1、关于营销体系。（1）强生公司涉案产品均通过经销商销售，强生公司不进行直销；（2）依据《经销合同》约定，经销商不得销售其他品牌同类产品，上诉人仅销售强生公司缝线与吻合器产品；（3）强生公司以医院为基本销售单位进行授权，没有授权，经销商无法在医院销售；（4）医院针对同一品牌缝线产品通常只会选择一家经销商，医院在选择经销商时，通常考虑产品价格、业务往来、经销商销售服务、医院账期等因素。

2、关于限制最低转售价格约定。强生公司在2009年以前一直采用最低转售价格限制，2009年以后修改经销协议，放弃了最低转售价格限制。

3、关于医用缝线产品。（1）各品牌缝线产品都需要符合国家实行的缝线产品标准，各品牌产品的生产商和经销商在产品宣传中通常都会表述其产品在质量、使用效果上的特殊性，但在实践中对各品牌产品质量并不存在统一、权威或公认的评价，医生评估不同品牌产品质量，往往基于主观偏好；（2）医院在不同品牌的缝线产品间选择时，对于产品价格的敏感度较低，在同一品牌内部，医院倾向于选择能够提供更低价格的经销商。

4、关于涉案产品上市时间。缝线产品非经药品监管部门注册，不能在中国大陆销售，涉案缝线产品应是在其相应的注册日期后才上市销售。被上诉人在核对上诉人所提供在人民医院所销售缝线产品的型号（W6607、W8557、W8310、W8305、W8304、8610H、8735H、J451G、J359H、VCP359H、W945、W9261T、Z149H、W9361、X519H、W4843、W333、SA87G、SA86G、SA845G、SA84G、SA83G）后，没有在强生公司产品目录上发现W6607这个型号，其他型号产品除VCP359H在2006年注册外，另外20种涉案产品均在2004年之前注册。

5、关于涉案产品价格。（1）至2008年，强生公司缝线产品在15年里维持价格基本不变；（2）上诉人在人民医院低价竞标以后，涉案产品在人民医院的销售价格一直维持在上诉人的报价水平。

6、关于经销商的销售服务。《经销合同》第六条约定了经销商9项合同义务，其中有两项属于经销商对客户的服务，分别是：（1）招聘足够人员，协助强生公司开展产品宣传；（2）配合强生公司举办定期促销活动，包括而不仅限于专业教育培训、各级医疗学术会议，并承担相应费用。《经销合同》附件七第七条约定，经销商的市场推广职责为：（1）获取医院订单、发货、收款、售后服务及医院销量统计；（2）与医院建立良好的关系；（3）配合强生公司共同举办市场活动，专门培训班，并投入适当资源。被上诉人在二审庭审中陈述，经销商售前服务主要包括产品推广、报价和议价，售后服务主要包括备货、配送、定期不定期拜访医院，协助回答医院疑问、协助收集临床

使用反馈信息等等。

针对双方当事人就被上诉人停止供货缘由的争议，依据上诉人一审中提交的证据，以及另案货款纠纷判决认定的事实，本院另查明如下事实：

1、2008年8月15日，上诉人向被上诉人发出订货要求，被上诉人在上诉人并不拖欠货款的情形下拒绝供货，此后未就上诉人缝线产品新的订单供货。上诉人在一审中所提供2008年7月11日、9月19日、9月28日、10月20日四封邮件可以证明，2008年8月15日上诉人向被上诉人发出的订货要求遭拒。《经销合同》约定上诉人的账期为30日，结合两被上诉人2008年5月19日向上诉人发出的《关于调整信用额度的通知》，上诉人的信用条件应该是：无超过30天的未付货款，亦无超过368万元的欠款。双方当事人另案诉讼的货款纠纷案件中，（2010）浦民二（商）初字第1345号、（2010）沪一中民四（商）终字第2541号民事判决逐笔确认了上诉人欠付货款的开票日、到期日与数目，根据该两份判决，上诉人第一笔欠款的开票日为7月21日、到期日为8月21日，数目为171,460.68元。因此，上诉人在8月15日之前不存在超过30天账期和368万元信用额度的欠款，上诉人在8月15日发出订货要求，完全符合信用要求，强生公司应予以供货。被上诉人称其在8月15日后仍有缝线产品供货，上诉人指出被上诉人所谓8月15日后供货均系为8月15日前订单供货，被上诉人对此未予反驳。本院确认被上诉人在8月15日后对上诉人停止了缝线产品后续供货。

2、2008年9月11日以后，被上诉人停止吻合器产品供货，此时上诉人已有多笔货款超过30天账期。（2010）浦民二（商）初字第1345号、（2010）沪一中民四（商）终字第2541号民事判决确认被上诉人向上诉人最后一次开出的发票在2008年9月11日，由此可确认被上诉人在9月11日后停止了吻合器产品供货。依据前述两民事判决确认的事实，在2008年9月11日，虽然上诉人欠款总额未超过368万元信用额度，但已有数笔货款超过30天账期，已符合《经销合同》约定的停止供货条件。

本院认为，双方当事人就本案法律适用主要存在如下争议：第一，被上诉人所实施行为部分发生在2008年8月1日《反垄断法》实施日之前，本案是否可以适用《反垄断法》；第二，锐邦公司本身是《经销合同》当事人，本身是本案限制最低转售价格条款的签订者与执行者，锐邦公司作为本案反垄断诉讼的原告是否适格；第三，《反垄断法》第十四条所规定限制最低转售价格的垄断协议是否以具有排除、限制竞争效果为构成要件；第四，上诉人、被上诉人何者承担涉案协议具有排除、限制竞争效果的举证责任；第五，本案限制最低转售价格协议是否构成垄断协议；第六，上诉人在本案中的损失赔偿主张是否应予支持。

本院对双方上述六个法律争议问题的意见分述如下：

#### 一、本案应当适用《反垄断法》

《反垄断法》于2008年8月1日实施，本案《经销合同》虽于2008年1月2日签订，但其有效期一直延续到2008年12月31日。在《反垄断法》实施后，该合同未予终止，强生公司与经销商继续履行该合同，并实施本案被控垄断行为，故本案应当适用《反垄断法》。

#### 二、上诉人是本案诉讼的适格原告

首先，本案上诉人作为接受限制最低转售价格协议的经销商，由于执行该协议而可能失去在最低限价以下销售的机会，进而可能失去部分客户和利润。另外，上诉人由于违反限制最低转售价格协议受到处罚而遭受的损失，可能属于因垄断行为导致的损失。因此，垄断协议的当事人既可能是垄断行为的参与者、实施者，又同样可能是垄断协议的受害者，属于《反垄断法》第五十条规定的因垄断行为遭受损失的主体范围。如果不允许这类当事人依据《反垄断法》针对垄断协议提起民事诉讼，将导致其民事权利救济无从实现。

其次，从反垄断法预防和制止垄断行为、保护公平竞争、维护消费者利益和社会公共利益的立法目的出发，应准许垄断协议的合同当事人提起反垄断民事诉讼。因为，合同当事人之外的利益主体（包括消费者）通常很难知道垄断协议的具体情形，如果不允许知悉内情、掌握证据的垄断协议当事人提起反垄断诉讼，垄断协议这种违法行为就很难受到追究。

最后，《最高人民法院垄断纠纷审理规定》第一条规定“本规定所称因垄断行为引发的民事纠纷案件”是指“因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会章程等违反反垄断法而产生争议的自然人、法人或其他组织，向人民法院提起的民事诉讼案件”，上诉人即是因为本案《经销合同》内容是否违反反垄断法与被上诉人存在争议而提起诉讼，可见，本案上诉人属于可以依据该条规定提起民事诉讼的原告。

三、《反垄断法》第十四条所规定垄断协议应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件

首先，《反垄断法》第十三条对垄断协议的定义适用于第十四条对纵向垄断协议的规定。《反垄断法》第十三条在列举了六类横向垄断协议后，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”。在通读《反垄断法》全部条文后，可以发现该部法律中有四处“本法所称……，是指……”的句式表述，分别是：第十二条中“本法所称经营者，是指……”，第十二条中“本法所称相关市场，是指……”，第十三条中“本法所称垄断协议，是指……”，第十七条中“本法所称市场支配地位，是指……”。很明显，这些表述均明确在“本法”范围内定义相关词语，在逻辑上不应仅仅适用于一个条文而应该适用于整部法律，否则还需要在其他含有“经营者”、“相关市场”、“垄断协议”、“市场支配地位”词语的其他每一个条文中对这些词语再作定义，则显然不合理。因此，第十三条对垄断协议的定义同样适用于第十四条对纵向协议的规定。

其次，《最高人民法院垄断纠纷审理规定》第七条规定：“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”，据此可知，认定《反垄断法》第十三条所规定横向协议构成垄断协议，应以该协议具有排除、限制竞争效果为前提。一般认为，由于横向协议直接排除、限制了市场竞争，横向协议限制竞争的效果甚于纵向协议，举重以明轻，反竞争效果强的横向协议构成垄断协议尚须以具有排除、限制竞争效果为必要条件，反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。

四、上诉人对本案限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任

本院认为，只有在法律、法规或司法解释具有明确规定的情形下，才可以在民事诉讼中适用举证责任倒置规则。由于现行法律没有规定在涉及《反垄断法》第十四条所规定协议的反垄断民事诉讼中，应由被告来证明涉案协议不具有排除、限制竞争的效果。故本案仍应当遵循民事诉讼“谁主张、谁举证”的原则，由上诉人对本案限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任，《最高人民法院垄断纠纷审理规定》第七条对涉及横向协议纠纷举证责任的规定不能类推适用于本案纵向协议。因此，上诉人应当首先证明存在限制最低转售价格协议，而后应就本案限制最低转售价格协议具有排除、限制竞争效果提供相关证据，比如相关市场竞争不够充分、被上诉人具有很强的市场地位、被上诉人具有限制竞争的行为动机、本案限制最低转售价格协议对市场竞争造成不利影响等等。在上诉人提交上述证据后，被上诉人应提交反驳证据。

#### 五、本案限制最低转售价格协议构成垄断协议

上诉人、被上诉人均引用经济学理论说明限制最低转售价格对市场竞争的有利影响与不利影响，在具体分析本案限制最低转售价格协议的经济效果前，本院需要明确对限制最低转售价格协议经济效果的分析评价方法。本院认为，在对限制最低转售价格行为性质的分析判断中，相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机、限制最低转售价格的竞争效果等四方面情况是最重要的考量因素，也是本院分析评价限制最低转售价格行为的基本方法。依据本案事实，本院对本案中前述四方面因素分析评判如下：

##### （一）本案相关市场竞争不够充分

本院认为，相关市场的竞争不充分应当是认定涉案限制最低转售价格协议构成垄断协议的首要条件，只有在认定相关市场缺乏充分竞争的情形，才需要进一步判断涉嫌垄断的协议的竞争效果。在一个充分竞争的市场，消费者购买商品时有充分的选择，一个企业出于某种原因限制最低转售价格，可能会减少消费者对此产品的购买，却不会妨碍消费者的其他替代选择，经济效率和消费者利益没有受损。而在一个竞争不充分的市场，由于缺乏充分的替代选择，用户依赖于某一品牌或几种品牌的产品，在某一品牌产品上采用了最低价格限制，不仅会导致该品牌内产品失去价格竞争，而且可能在不同品牌产品间形成定价上的默契，或者虽然没有形成默契，但会由此缺乏价格竞争的动力，导致市场价格上涨或者维持在一个较高水平，导致经济效率和消费者利益受损。因此，在相关市场竞争不充分的前提下，可以进一步分析限制最低转售价格行为对市场竞争的影响。至于对相关市场竞争是否充分的判断，本院认为，不仅应考虑市场的集中度，还应考虑涉案产品的替代性、潜在竞争者进入相关市场的难度、下游市场的竞争性等多种影响相关市场竞争程度的因素。

关于本案相关市场的界定，依据本案事实，可以确认本案相关市场可以界定为中国大陆的医用缝线产品市场。其一，可以将本案相关产品市场界定为医用缝线市场

：（1）关于需求替代性分析。医用缝线是外科手术中用于伤口缝合的必需品，目前没有其他产品可以成为医用缝线的替代品，从需求的替代性而言，医用缝线是一种特殊的产品，可以形成独立的产品市场。（2）关于缝线市场是否细分为可吸收缝线市场、不可吸收缝线市场。虽然可吸收缝线、不可吸收缝线在性能上存在很大差异，可吸收缝线

在一段时间内可以被人体吸收而不必再进行拆线操作，但是这种差异并不能消除两者之间的替代性。由于不可吸收缝线的使用范围涵盖并超出可吸收缝线的使用范围，用户可以根据价格及使用效果在两种缝线之间选择。因此，不宜再将医用缝线这个产品市场区分为可吸收缝线市场与不可吸收缝线市场。（3）关于是否采用供给替代性分析。国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》第四条规定，“在市场竞争中对经营者行为构成直接和有效竞争约束的，是市场里存在需求者认为具有较强替代关系的商品或能够提供这些商品的地域，因此，界定相关市场主要从需求者角度进行需求替代分析。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，也应考虑供给替代”。本院认为，该条规定明确了需求替代分析、供给替代分析的关系与经济学依据，即当存在供给替代且供给替代影响到企业市场行为时，供给替代应作为相关市场界定的一项方法。在本案相关产品市场界定中，上诉人与被上诉人均未提及存在供给替代的情形，事实上，从医用缝线产品的特殊性来看，其他产品生产企业也难以在很短时间内利用现有设备转入医用缝线产品的生产，因此在本案中不应通过供给替代分析而将其他产品与医用缝线产品合并到一个市场。（4）关于是否采用假定垄断者测试方法。国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》第七条对于相关市场界定提出这样的指引：界定相关市场的方法不是唯一的，可根据实际情况使用不同的方法。界定相关市场时，可以基于商品的特征、用途、价格等因素进行需求替代分析，必要时进行供给替代分析。在经营者竞争的市场范围不够清晰或不易确定时，可以按照假定垄断者测试的分析思路来界定相关市场。本院认为，假定垄断者测试方法是在替代分析原理基础上的定量测度，本质仍然是替代分析，如果运用需求替代分析、供给替代分析能够清晰界定相关市场，就不必再运用假定垄断者测试方法。在本案中，由于通过需求替代分析可以界定本案相关市场，故没有必要采用假定垄断者测试方法来界定相关市场。其二，考虑到我国对医疗器械生产与销售采取严格的准入限制，境内与境外缺乏替代性，没有证据表明国内医院会选择从境外市场购买缝线产品，因此可以将本案相关地域市场界定为中国大陆市场。

关于本案相关市场竞争是否充分，本院认为，依据以下事实，可以确认本案相关市场是一个竞争不充分的市场。

第一，医用缝线产品市场缺乏足够的来自买方价格竞争动力。医用缝线是外科手术中的一次性耗材，虽然医院是选购者，但患者最终负担这笔耗材费用。由于我国医疗资源的总体不足和不均衡，患者对手术医院有很强的依赖关系，由于缝线费用在手术耗材费用中通常不占主要部分，医院又不最终负担这笔费用，因此医院对于缝线等产品价格的敏感度相对于直接购买产品的一般消费者要低，医用缝线产品市场由此缺乏足够的来自买方的价格竞争动力。

第二，缝线产品使用者较强的品牌依赖降低了卖方的价格竞争压力。上诉人提交的多份证据清楚地显示，强生公司通过强化医生、护士对强生公司缝线产品的使用习惯而推进缝线销售的营销策略，仅以上诉人证据8中在阜外医院的2004年销售行动计划为例，强生公司在该计划中，针对荷包线，提出“使Ethicon做荷包成为医生习惯；以讲课的形式对手术室护士进行教育，使她们将Ethicon做荷包线形成常规”；针对换瓣线，提出“引进新的型号（针对医生的使用习惯）；针对有机会做手术演示的医生建立关

系、解决疑惑、使其在演示中使用、加强拜访频率、形成习惯”；针对可吸收线，提出“让相关医生收集病例并组织论文，以此培养医生使用可吸收线结扎血管的习惯”。本院认为，由于缝线产品是一种用户体验对用户选择起关键作用的产品，不断强化医生、护士在强生缝线产品上的使用习惯，令使用者产生依赖，显然是很有效的方法。否则，强生公司不会长期以来投入大量资金和人力去培养医生、护士的使用习惯。由于人的习惯不易更改，缝线产品的使用者在更换缝线品牌时会需要一段时间适应，而且在适应期内会降低工作质量，因此医院在不同品牌缝线产品间更换选择时确实存在产品转化成本，不同品牌医用缝线产品间的交叉弹性降低，相关市场因此减少了价格竞争。

第三，医用缝线产品市场存在较高的进入障碍。主要存在于三个方面：（1）市场准入。我国对医疗器械市场采取严格的准入限制，国家食品药品监督管理局2004年8月9日公布的《医疗器械注册管理办法》第二条规定“在中华人民共和国境内销售、使用的医疗器械均应当按照本办法的规定申请注册，未获准注册的医疗器械，不得销售、使用”，医用缝线是依据《医疗器械注册管理办法》须经国家食品药品监督管理局审查核准注册的医疗器械，在申请人资质、生产企业条件、产品注册检验等方面均必须符合严格的注册条件。（2）品牌依赖。如前所述，医生、护士由于对缝线的使用习惯而产生对缝线产品特定品牌一定程度的依赖，导致医院在购买缝线时具有较强的品牌偏好，医生、护士长久以来形成的品牌依赖成为新产品进入缝线产品市场的很大障碍。（3）客户关系。长期以来，在医疗器械行业，主要依靠经销商对医院的直接推销来开展销售，强生公司和其他品牌供应商及经销商在各医院投入大量人力与财力开展销售活动，并努力与医院建立牢固的客户关系。强生公司要求其经销商以部分销售收入作为“市场推广费用”支出，可见其对于客户关系的重视。上诉人经销强生公司产品15年，与北京若干三甲医院保持了长期稳固的客户关系，亦说明医用缝线产品市场客户关系的牢固。上述三方面进入障碍的存在，使得在本案相关市场难以进行充分竞争。

第四，强生公司在医用缝线市场长期具有很强的定价能力，可以反证相关市场缺乏竞争。双方当事人均确认一个事实，即强生公司涉案产品在15年间价格基本不变，但双方对此给出了不同解释，被上诉人认为在考虑货币贬值因素后强生公司涉案产品价格15年间实际一直在下降，上诉人认为强生公司采取了“跨期价格歧视”的策略，虽然15年价格未变，但一直获取高额利润。本院认为，考虑物价上涨因素后，应该确认15年间强生缝线产品的相对价格在下降，但只有结合这15年间缝线产品生产销售成本的变化情况，才可以判断强生公司缝线产品的利润变化情况。因此，仅仅强生公司涉案产品价格15年基本不变的事实尚不能说明强生公司在涉案产品上的利润是在减少或是增加。但这个事实可以说明一点，尽管如被上诉人所述，医用缝线产品市场不断有新品牌加入，但强生公司可以以15年不变的价格应对竞争，充分说明强生公司对其缝线产品具有很强的定价能力，涉案产品缺乏需求弹性又更加巩固了强生公司的定价能力。根据一般经验，如果在一个充分竞争的市场，所有企业都只能是竞争价格的接受者，却无法在一个很长的时期内保持价格不变，强生公司保持医用缝线产品15年价格基本不变，亦可以反证医用缝线市场是一个缺乏竞争的市场。

（二）强生公司在本案相关市场具有很强的市场地位

本院认为，实施最低转售价格限制的企业在相关市场具有很强的市场地位，能够对市场竞争产生影响，应当作为限制最低转售价格协议构成垄断协议的重要条件。企业的市场地位是企业定价行为影响市场竞争的基础，一个在相关市场缺乏市场地位的企业，通常只能是适应市场竞争，而无力影响竞争，更不可能主导竞争。如果企业在市场份额、原材料供应、关键技术、销售渠道、品牌形象等各方面均不具备任何优势，那么该企业不具备影响市场竞争的力量，其所实施限制最低转售价格的行为不会影响市场竞争，或者虽然在短时间、小范围内影响竞争但很快会由更有效率的市场竞争所纠正。总之，不会产生应当通过反垄断执法来消除的排除、限制竞争的效果。因此，实施限制最低转售价格的企业具有很强的市场地位，应当是认定限制最低转售价格行为具有排除、限制竞争效果的前提和基础。至于实施企业的市场地位达到何种程度才是“很强的市场地位”，其限制最低转售价格行为才有可能属于排除、限制竞争的垄断协议。本院认为，企业的市场地位集中表现于企业的定价能力，如果一家企业具有很强的定价能力，企业在与购买者的定价谈判中占绝对优势，企业能够从容自由地定价而不必追随市场价格，相反，相关市场上其他企业的定价则可能受到该企业定价的影响，那么该企业应被认为具备了影响市场竞争的很强的市场地位。

本院认为，依据以下事实，可以认为强生公司在相关市场具有很强的市场地位。

#### 1、强生公司在相关市场的市场份额居于领先地位。

本院认为，虽然依据上诉人所提交《千讯报告》统计数据、强生公司官方网站上所宣传在全球市场和美国市场的市场份额数据，不足以认定强生公司在本案相关市场所占份额的具体数额，但被上诉人依据2008年全国住院病人手术人次和强生公司缝线销售量而对其市场份额的推算应低于实际水平，强生公司在相关市场的市场份额居于领先地位。理由是：（1）强生公司作为全球知名的跨国公司，有能力提供其缝线产品在中國大陸市场的确切市场份额，否则难以解释其如何计算出其缝线产品在全球市场的市场份额，考虑其在本案中的诉讼地位，本院认为其在本案相关市场的实际份额应高于其所估算的20.4%左右的市场份额（其估算数据的准确性依赖于强生公司缝线产品实际销量、每台手术平均用量估算的准确性）。（2）既然强生公司缝线产品在全球市场具有优势，而本案相关市场又是一个竞争不充分的市场，强生公司缝线产品在本案相关市场同样应当具有领先的市场份额，强生公司在本案审理中也从未指出在相关市场高出其市场份额的其他企业，可以认为其在相关市场的市场份额居于领先地位。（3）强生公司缝线产品在北京市三甲医院中占有很高的市场份额。上诉人在本案一审中提交的《授权委托书》显示，2008年锐邦公司获得缝线销售授权的客户共有10家，包括9家地方三甲医院和1家部队三甲医院，由于强生公司在北京市还有其他经销商，以此推论，强生公司缝线产品在北京市三甲医院占有很高市场份额（虽然医院所选择使用缝线可能不只一个品牌，但也不可能同时选择过多品牌）。由于三甲医院在我国医院体系中具有很大影响力，强生公司缝线产品在三甲医院的影响力也会扩及其他医院。

#### 2、强生公司的定价能力与其市场地位相对应。

本院认为，一家企业在相关市场长期具有很强的定价能力，需要同时具备相关市场竞争不充分、企业具有很强市场地位两方面条件，缺一不可。因此，强生公司缝线产品

价格15年维持基本不变、在相关市场长期具有很强定价能力这一事实，既表明相关市场竞争不充分，又表明强生公司在相关市场具有很强的市场地位。

### 3、强生公司缝线产品具有很强的品牌影响力。

根据原审法院所认定强生公司在其官网的宣传内容，本院认为，由于美国强生公司是历史悠久的全球知名企业，产品很早即进入中国市场，而且很早即在中国成立合资企业，在中国的护理产品、制药和医疗器械市场享有很高的声誉，强生公司爱惜康缝线在全球市场、中国市场均享有很高声誉，故而强生公司缝线产品的品牌影响力也在一定程度上维护了强生公司在本案相关市场的市场地位。

### 4、强生公司对经销商具有很强的控制力。

在强生公司缝线产品的经销体系中，强生公司相对于经销商处于绝对优势支配地位，对经销商具有很强的控制力：（1）经销商不得销售其他品牌产品。《经销合同》约定，经销商（包括经销商投资人、管理者甚至投资人的亲属）不得销售与强生公司产品相竞争的其他品牌产品，以保持经销资格。（2）医院客户被强生公司分隔调配。经销商必须遵循所谓销售的“区域划分”，经销商在每个医院的销售必须获得强生公司的许可，而在一个医院只会安排一家经销商进行销售，实际是强生公司缝线产品在每个医院的销售被分隔开来，经销商唯一能做的努力是在被分配的医院内扩大销售量，而无法争取在其他医院的销售。（3）强生公司对经销商采取严格的监督管理。强生公司利用信息化管理方式，严格监督经销商遵守最低转售价格限制和履行其他经销义务。在这个经销体系中，强生公司的经销商只能销售强生公司产品，只能按照强生公司的分配在指定医院销售，只能按照强生公司规定的价格和其他条件销售，经销商对于强生公司十分依赖而难于独立开展竞争。（4）强生公司采取一年一签的短期合约安排。强生公司与经销商之间的经销协议一年一签，即便上诉人锐邦公司作为强生公司最早的经销商之一，与强生公司已有15年的经销合作，且业绩优秀，也不能获得一个长期的经销协议。在这种短期合约安排的交易模式中，强生公司明显处于强势，经销商明显处于劣势，经销商由于担心失去续约机会而不得受制于强生公司。强生公司相对于其经销商处于控制地位，可以反证强生公司在相关市场具有很强的市场地位。

因此，尽管被上诉人没有提供其在本案相关市场确切的市场份额数据，本院仍认为，强生公司依靠其在全球市场的优势、其丰富的产品品种、其很高的产品声誉、其对销售渠道的控制以及其他优势，在竞争并不充分的本案相关市场具有很强的竞争优势。特别是，强生公司在相关市场长期具有很强的产品定价能力，表明强生公司在相关市场具备影响市场竞争的“很强的市场地位”。

### （三）本案限制最低转售价格的动机在于回避价格竞争

本院认为，如果一个具有很强市场地位的企业出于限制市场竞争的动机而限制最低转售价格，由于其在财力、技术、信息等各方面占优，对上下游控制能力往往较强，其限制最低转售价格行为产生限制竞争效果的可能性将大大提高，因此应当将限制最低转售价格行为的动机作为判断该行为能否产生限制竞争效果的重要因素。本院结合具体证据分析判断被上诉人在本案中采取限制最低转售价格的行为动机。

本院认为，本案证据表明，强生公司实施本案限制最低转售价格协议的动机在于执

行其回避价格竞争的策略，维持其价格体系。

本案二审中，双方当事人就强生公司在缝线产品上采取的竞争策略分别作了陈述。上诉人称，强生公司采取如下竞争策略：（1）将全国市场按医院等级、手术量、销售指标量进行细分，列出重点医院，相应配备重点客户经理；（2）按产品种类、医院用量制定全年指标，并按销售绩效进行奖励；（3）在医院进行微观市场分析，分解销售指标，推算强生公司与竞争对手市场份额；（4）先培养客户使用习惯占领市场再提价；（5）产品升级后提价；（6）在微观市场分析基础上，强生公司市场部指导销售员将市场分为四级，一级市场指强生公司产品市场占有率高、产品新、应采取维持策略的医院，二级市场指强生公司产品市场占有率高、层次低、应采取升级换代策略的医院，三级市场指强生公司产品市场占有率低于公司平均值、应采取转化竞争对手市场份额策略的医院，四级市场指强生公司产品市场占有率极低，应采取拓展新客户策略的医院。被上诉人称其从未采取过上诉人所谓将医院分为四级市场的竞争策略，其竞争策略主要是提高产品质量，改进售前与售后服务，维护品牌形象，主要方法是：（1）加强产品研发，推出更先进更安全的产品；（2）配备专业的市场推广人员（即医药代表），就产品提供专业的咨询服务，包括专业的产品介绍、解答专业问题、为使用中产生的问题提供解决方案等等；（3）组织医生观摩手术演示，增强医生缝线材质对手术结果影响的认识；（4）通过经销商加强售前售后服务与品牌推广。

尽管上诉人、被上诉人就强生公司在缝线产品上竞争策略作了上述不同陈述，但在双方陈述中有一个共同点，即无论通过提高服务获得竞争优势或是采取产品升级换代等策略来提价，强生公司在定价策略上总是尽量维持价格不下降。本院注意到，以下证据清楚地体现了强生公司在缝线产品上回避价格竞争的竞争策略：（1）《经销合同》与附件的相关约定。《经销合同》附件五第2条规定经销商有义务帮助强生公司维护好市场价格体系，禁止任何形式的恶意竞价行为。《经销合同》附件七a优秀经销商实践考评制度中则进一步明确“因无力应对降价压力而导致价格下跌，或因其它工作失误导致价格体系受损”属于每月考核中因不能“有效控制价格体系”而应扣分的情形。由此可见，不仅仅经销商的故意降价被《经销合同》禁止，哪怕是在市场降价压力下的被动降价行为也是对经销商进行负面评价的事由。总之，强生公司希望维护其价格体系而不愿意降低销售价格。（2）强生公司管理经销活动的有关证据。例如，上诉人二审证据8中“2004年行动计划”，针对在某医院“荷包线”的销售，提出经销商要“和大部分医生可以建立良好的关系，并以此消除Ethicon价格的不利因素”，可见，强生公司在缝线产品价格处于竞争劣势情况下，宁愿通过维护客户关系来维持价格，也不愿意降价销售。

#### （四）本案限制最低转售价格协议限制竞争效果明显而促进竞争效果不明显

本院认为，限制最低转售价格行为既可能促进竞争又可能限制竞争，一方面由于市场存在一定的自我修复功能，有些限制竞争的效果很快会由市场纠正，另一方面有些限制竞争效果会被另一些促进竞争的效果抵销。因此，只有在实际产生难以克服、难以抵销的限制竞争效果时，限制最低转售价格协议才应被认定为垄断协议。因此，在分析评价本案限制最低转售价格行为的竞争效果时，应当特别关注那些对市场产生实质性

影响的效果。

1、本案限制最低转售价格协议具有明显限制竞争的效果。

本院认为，尽管限制最低转售价格被认为具有限制品牌内价格竞争、限制经销商定价自由、容易促成价格卡特尔、造成过度广告与服务等限制竞争效果，但其中所谓过度广告与服务等不经济问题可以通过市场自行纠正，而只有对品牌内价格竞争、品牌间价格竞争的限制（包括因为限制经销商自由定价和促成价格卡特尔而对品牌内、品牌间价格竞争的限制）才是对市场竞争的实质性影响。

本院认为，现有证据尚不能证明强生公司在缝线产品上的限制最低转售价格的行为促成了缝线产品制造商之间的价格卡特尔，但本案限制最低转售价格协议明显存在以下限制竞争的效果：

第一，排除品牌内竞争，长期维持较高价格水平。双方确认医院在不同品牌缝线间选择时对价格敏感度较低，而在同一品牌内选择时则对价格较为敏感，被上诉人还向法庭陈述，医院在同一品牌内选择经销商时首先考虑的因素是产品价格，而后才是业务经验、销售服务、财务账期等因素。可见，在强生品牌内并不是不存在价格竞争的需要，本案中上诉人低价竞标的事实即证明了这种需要的存在，如果强生公司放开价格限制，在强生品牌内应该可以形成比较充分的价格竞争，强生公司缝线产品价格应有所下降。本案中，上诉人在人民医院降价后，强生公司缝线产品在人民医院的销售价格保持在上诉人的报价水平，上诉人降价销售并不导致其亏本经营，因此上诉人的降价销售完全属于市场正常的降价需求。正是由于被上诉人采取最低转售价格限制，才使得这种现实、正常的降价需求变得不可能，直接排除了品牌内的价格竞争。双方当事人在本案庭审中确认，2008年之前，强生公司对经销商一直执行最低转售价格限制，强生公司缝线产品价格15年维持基本不变。上诉人在二审中陈述，强生公司缝线产品价格普遍高于其他品牌缝线产品，价高、销量大的进口缝线价格更是比其他品牌进口缝线高出15%左右，被上诉人对上诉人此陈述未予明确否认。本院认为，基于强生公司的市场地位，基于双方庭审陈述，可以确认强生公司缝线产品价格普遍高于其他品牌缝线产品价格，也可以确认强生公司多年来所采取最低转售价格限制，帮助其缝线产品价格长期维持在竞争价格水平之上。

第二，回避品牌间价格竞争，降低了相关市场的价格竞争。本院认为，依据本案事实，强生公司限制最低转售价格的行为，不仅直接限制品牌内的价格竞争，而且会对相关市场的价格机制产生消极影响。

虽然双方确认医院在不同品牌缝线产品间选择时对于产品价格的敏感度较低，但是不能由此排除不同品牌间开展价格竞争的可能。根据双方确认的事实，2008年强生公司提高了W9109H缝线产品的基准价格，由60元/根提高到80元/根，但北京积水潭医院拒绝接受涨价，一直按60元/根的价格购买。本院注意到，在双方当事人的货款纠纷诉讼中，（2010）沪一中民四（商）终字第2541号民事判决确认了双方当事人就北京积水潭医院货款补贴问题而进行商议的来往邮件，在其中一封强生公司内部邮件中，强生公司员工提到为维持强生公司的市场份额和改善医院关系而与北京积水潭医院达成妥协。这说明，面对个别医院的“反抗”，强生公司最终还是选择牺牲涨价利益以保住市场

份额，说明即使在强生公司缝线产品与其他品牌缝线产品间也存在价格竞争的空间。

本案二审中，上诉人向法庭陈述，上诉人在人民医院降价销售强生公司缝线产品后，其他品牌缝线产品价格有所下降，被上诉人则称其不知晓其他品牌缝线产品价格情况。本院认为，被上诉人之陈述有违常理，被上诉人可能不全面掌握竞争品牌的价格信息，但不可能对竞争品牌的价格信息全然不知，否则其难以决定其产品定价，也不会出现前述“2004年行动计划”中针对自身产品价格劣势要求经销商加强客户关系的情况。由于强生公司是具有很强市场地位的经营者，强生公司缝线产品的降价应当会在相关市场带动其他品牌缝线产品降价。但是，强生公司在竞争策略中回避甚至排斥价格竞争，利用其相对于经销商的绝对支配地位，通过制定和执行限制最低转售价格协议，通过对违反价格限制经销商的严厉处罚，维持其高价体系，回避价格竞争，使得其他品牌厂商亦有机会回避价格竞争，至少是回避了来自强生公司的价格竞争，相关市场的价格竞争由此减弱，消费者利益由此受损。

第三，限制经销商定价自由，排挤有效率的经销商。上诉人锐邦公司销售强生公司缝线产品近15年，凭销售业绩而获得强生公司的多种奖励，特别是在2008年已获得在北京市近三分之一三甲医院的经销资格，其在人民医院以最低报价竞标，却不因此产生亏损，既说明经销商的合理利润早已得到充分保障，又说明其应该是强生公司经销商中一个有效率的经销商。上诉人的低价竞标行为，说明经销商之间存在开展价格竞争的可能，但强生公司的限制最低转售价格协议使得上诉人这种有效率的经销商受到排挤，强生公司的价格体系得以维系，消费者福利却因此受损。

## 2、本案限制最低转售价格协议不具有明显的促进竞争效果。

本院认为，尽管限制最低转售价格被认为可能产生防止经销商“搭便车”行为、促进新品牌或新产品进入市场、促进产品质量竞争、维护产品商誉、给消费者统一价格信息、促进经销商发展和经销网建设、抵御竞争者的折扣销售等多方面促进竞争的效果，但其中所谓维护产品声誉以及使消费者获得确定价格信息的效果，在购买者对产品很熟悉的情形下没有突出的必要；所谓促进经销网建设未必能使消费者获益；只有促进产品质量或服务提升、促进新产品或新企业进入市场的效果最为关键。

本院认为，现有证据不足以证明本案限制最低转售价格协议存在明显的促进竞争效果。

第一，不足以证明存在促进产品质量和安全性提升的效果。被上诉人认为，缝线产品与消费者身体健康和生命安全息息相关，安全性比价格更为重要，其安全性一方面来源于产品质量，一方面来源于稳定的售前售后服务，限制转售价格有利于保障经销商合理利润，促使经销商的竞争由价格转向售前售后服务，维护了强生缝线产品的安全性和声誉，客观上也促进不同品牌产品在安全性上的竞争，有利于保护消费者利益，这也是本案限制最低转售价格协议在促进竞争方面最为突出的效果。考虑到缝线产品的特殊用途，本院同样认为缝线产品的安全性比价格更为重要。但是，被上诉人没有提供证据证明强生缝线产品质量由于被上诉人采取限制最低转售价格而得到提升。二审庭审中，被上诉人确认，经销商的售前服务职责主要是产品推广、报价和议价，售后服务职责主要是备货、配送、定期不定期拜访医院、协助回答医院疑问、协助收集临床使用反馈信息

等等。本院认为，基于以下事实，被上诉人通过限制最低转售价格提升经销服务、提升产品安全性的理由难以成立：（1）缝线产品质量与安全性保障主要来源于缝线产品的生产环节，系由强生公司提供保障。（2）医护人员使用缝线的过程是除生产环节外第二个关系到缝线产品安全使用的重要环节，对医生、护士的教育培训，确实有助于提高用户在使用缝线产品过程中的操作安全性，但根据强生公司的安排，这些事项由强生公司完成，经销商只是协助做一些缝线使用情况的回访调查，只是帮助收集意见，也不需要特别支出以完成这项工作。（3）强生公司没有说明对经销商在提供缝线产品库存、运输服务方面有什么特别的要求，加之依照《经销合同》约定，强生公司负责产品运输，经销商到指定仓库提货，很难认定经销商在缝线产品运输、存储环节对缝线产品质量和安全性有贡献。（4）经销商所承担的产品推广、报价、议价、备货、配送等售前售后服务，也与提升产品安全性没有关系。可见，无论是否采取最低转售价格限制，经销商的销售服务对提高强生公司缝线产品质量与安全没有多少贡献，事实上双方均在二审庭审中确认各品牌缝线的质量性能基本无差别，被上诉人所谓通过限制最低转售价格来保障和提升缝线产品质量安全的说法难以成立。

第二，不足以证明本案存在解决经销商“搭便车”问题的必要。理由是：（1）强生公司在医院、经销商之间进行推荐调配，经销商在每一家医院销售都必须通过强生公司专门授权，一家医院也只有接受强生公司授权的经销商才可以获得产品品质保障，因此任何一家医院不可能在强生公司授权经销商之外选择其他经销商，任何一个经销商也不可能通过“搭便车”夺取其他经销商的客户。（2）强生公司相对于经销商处于绝对控制地位，对经销商的所有服务均有严格的监管措施，经销商没有“偷懒”的机会，即使不实施最低转售价格限制，高度依赖于强生公司的经销商也会严格遵循强生公司的管理，也不会降低经销商的服务水平。（3）双方确认不同品牌缝线产品质量性能并不存在公认的差异，因此可以认为缝线产品具有较高同质性，针对缝线产品的差异服务没有特别的必要，本案限制最低转售价格协议对提高经销服务既无明显必要又无明显作用。

第三，不足以证明存在促进新品牌、新产品进入相关市场的必要。本院认为，如果强生缝线产品刚刚进入中国市场，或者涉案缝线产品是刚投入市场的新产品，强生公司以本案限制最低转售价格协议来保证经销商提升销售服务（包括付出“推广费用”）即有合理依据。但是，首先，由于本案限制最低转售价格协议签订时，强生公司缝线产品已进入中国市场15年之久，已经是具有较高声誉的品牌，因此不存在以最低转售价格限制鼓励新品牌进入市场的需要。其次，根据被上诉人提供涉案产品的最早注册信息，涉案产品除有一项注册于2006年外，其他均在2004年前获得注册，在2008年早已不是新产品，因此本案中也不存在通过限制最低转售价格协议来促进新产品进入市场的需要。

第四，不足以证明本案限制最低转售价格协议存在其他促进竞争的效果。被上诉人没有说明本案限制最低转售价格协议存在其他促进竞争的效果，目前亦无证据证明本案限制最低转售价格协议存在其他通常被认为可能存在的促进竞争效果：（1）强生缝线产品已被用户熟知并具有很好声誉，故本案中并没有特别必要通过限制最低转售价格来维护涉案产品声誉与形象；（2）由于涉案产品成熟，医院的需求也相对稳定，因此没有必要通过限制最低转售价格来鼓励库存和减小市场不确定风险；（3）强生公司在经销

商之间调配医院客户，经销商之间最多进行业绩的竞争而难以开展争夺客户的竞争，经销商的数量和规模实际受到强生公司严格控制，因此没有必要通过限制最低转售价格来保护和扩张经销商体系；（4）强生公司的经销商仅仅销售强生公司产品而不销售其他品牌产品，因此也没有必要通过限制最低转售价格激励经销商扩大自己品牌销售而减少其他品牌产品销售。

### 3、本案限制最低转售价格协议属于排除、限制竞争的垄断协议。

总前所述，基于强生公司在竞争不够充分的相关市场具有很强的市场地位，本案限制最低转售价格行为排挤了有效率的经销商，不仅排除品牌内价格竞争，还降低了品牌间的价格竞争。而本案现有证据尚不能证明本案限制最低转售价格协议存在促进产品质量提升、促进新产品或新品牌进入市场方面的明显必要和效果，防止经销商“搭便车”行为的明显必要和效果，以及其他在经济学上可以说明的必要和效果。两相比较，本案限制最低转售价格协议促进竞争的效果不明显或者说非常有限，远远抵不上其排除、限制竞争的效果。

因此，依据《反垄断法》第十四条对限制最低转售价格协议的规定和第十三条对垄断协议的定义，依据本案事实，本院确认本案《经销合同》中限制最低转售价格条款属于《反垄断法》所禁止的垄断协议，被上诉人制定该协议和按照该协议处罚上诉人的行为属违法行为。

应当指出的是，本院认定本案限制最低转售价格协议构成垄断协议，充分考虑了本案现有证据和查明事实。尽管双方所委托经济学家均为本案提供了依据比较充分的经济学论述，但是在上诉人完成初步举证情形下，由于被上诉人未能积极举证，未能提供本案相关市场集中度、强生公司市场份额、本案限制最低转售价格协议竞争效果等方面的证据，导致被上诉人主张难以获得支持。同时，鉴于价格机制在资源配置、促进竞争方面的基础性作用，在我国社会主义市场经济建设过程中，保护价格竞争机制对于建设和培育市场机制尤为重要。本案中，强生公司在竞争不充分的相关市场已具有很强的市场地位，在采取独家品牌经销、区域限制、客户调配、短期合约安排等多种限制性措施后，经销商价格竞争空间已十分有限，强生公司即使不采取限制最低转售价格措施也可能产生限制价格的效果，但由于强生公司采取限制最低转售价格措施而直接产生了限制价格竞争的效果。

### 六、被上诉人应就本案垄断行为对上诉人造成损失承担赔偿责任

依据《反垄断法》第五十条规定，本案被上诉人应就其制定和实施本案垄断协议的行为承担损害赔偿责任。二审庭审中，上诉人确认了其提出的多项损失赔偿主张，包括2008年缝线产品利润损失、2008年吻合器产品利润损失、高价购货价差、履约保证金、2009年期得利润、库存积压、员工遣散费用、15年经销活动中支付的推广费用、商誉损失。本院审查认为，上诉人主张其2008年缝线产品利润损失赔偿于法有据，但损失数额需要合理计算；上诉人所主张的其他损失赔偿则在本案中难以支持。具体评判如下：

#### （一）关于2008年缝线产品利润损失

上诉人提出，由于被上诉人拒绝供货致使其未完成2008年销售指标，根据实际购货发票计算已完成销售指标的68%，根据过去三年锐邦公司的销售业绩（每年销售均超过

全年指标10%)，可以认为正常情况下其在2008年完全可以完成全年销售指标，但至被上诉人停止供货时还有4,704,873.31元含税销售额(不含税为4,021,259.24元)未完成，以23%的平均毛利计算，这一部分未完成销售给上诉人造成1,082,120.86元利润损失。被上诉人除认为其未实施垄断行为故不应承担赔偿责任外，还认为该项损失是基于合同法请求的损失赔偿，不是基于反垄断法请求的损失赔偿，不能在反垄断诉讼中获得支持。被上诉人亦未就此项损失提供其计算依据与计算结果。对此争议，本院认为：

首先，上诉人所主张缝线产品利润损失赔偿在反垄断法上具有请求依据。根据本案事实，上诉人所主张2008年缝线产品利润损失，与本案中被上诉人执行限制最低转售价格协议的行为存在直接因果关系，而本案限制最低转售价格协议构成垄断协议，故上诉人能够依据反垄断法主张此项赔偿。

其次，上诉人依据反垄断法主张的此项损失赔偿，不能依据合同法规则计算损失赔偿额。本院注意到，上诉人主张2008年缝线产品利润损失，系依据2008年经销合同正常履行情形下可得利润计算损失数额，此计算方法与反垄断法法理存在冲突。限制最低转售价格协议构成垄断协议，意味着该协议排除、限制市场竞争并造成消费者利益损失，因此，当限制最低转售价格协议的当事人主张反垄断损失赔偿时，不应该按照履行限制最低转售价格协议的可得利润来计算损失，而应参照相关市场的正常利润计算利润损失，否则会陷入通过反垄断诉讼追求垄断利润的逻辑冲突。当然，这还需要分析相关市场经销商的正常利润率，本案中相关数据不够完整，本院将参考上诉人陈述的强生公司缝线产品价格与其他品牌缝线产品的价格差异、经销商进货折扣、税负、强生公司与经销商之间利润分配等情况酌定上诉人此项损失。

最后，对上诉人的计算标准、方法具体分析如下：

1、上诉人以2008年缝线产品销售指标作为全年销售预期业绩，比较合理。鉴于上诉人在过去三年销售业绩均超过销售指标10%的情形下，可以推定2008年其在正常情况下能够完成全年销售指标。

2、上诉人少计算了已销售额，多计算了未销售额，应予调整。在详细审查上诉人所计算2008年缝线产品已完成销售额后，本院发现，上诉人遗漏了(2010)浦民二(商)初字第1345号、(2010)沪一中民四(商)终字第2541号民事判决确认的缝线产品不含税销售额1,216,208.48元(开票日自2008年7月22日至9月9日)，加上上诉人计算的已完成的不含税销售额8,365,205.76元(开票日自2008年1月14日至7月21日)，上诉人2008年全年实际完成的缝线产品不含税销售额约为9,581,414元。以全年销售指标不含税销售额12,386,465元扣除已完成销售额9,581,414元后，应当将上诉人2008年缝线产品未完成的不含税销售额由其主张的4,021,259元调整为2,805,051元，未完成的含税销售额则相应调整为3,281,910元。

3、利润率应予以调整。上诉人主张其销售毛利为23%，计算依据是各种产品进货价格与销售价格的平均差额大致相当于含税基准价的23%。对此，被上诉人未表明意见，亦未提供其计算方式。经查，上诉人所销售涉案产品多为进口产品，进货价格一般为基准价的7.2折，销售价多为基准价，上诉人所计算其销售毛利率约为23%基本符合事实。但是，如前所述，在本案反垄断诉讼中，上诉人无权依据合同法规则主张其按照原协

议销售的可得利润，而只能主张以正常售价销售缝线产品能够获得的正常利润。根据本案具体情况，本院综合考虑以下因素酌定上诉人可以获得赔偿的正常利润：（1）强生公司缝线产品价格普遍高于其他品牌价格，特别是上诉人陈述涉案进口缝线产品比其他品牌缝线产品价格高出15%左右，上诉人销售价格、利润应参照其他品牌产品的价格、利润进行调整；（2）上诉人应依法负担相关税负。全面考虑前述因素后，本院酌定，上诉人可获得大致相当于未完成含税销售额16%左右的正常利润，据此酌定因被上诉人垄断行为造成上诉人2008年缝线产品销售损失的正常利润为530,000元。

## （二）关于上诉人主张的其他损失赔偿

1、关于2008年吻合器产品的利润损失。上诉人认为，虽然本案相关产品市场是缝线市场，但是由于强生公司的全面停止供货行为也导致上诉人吻合器产品销售未完成全年指标，因此吻合器产品销售利润损失也应予以赔偿。对此，本院认为，基于本院认定的事实，强生公司在2008年9月11日后停止吻合器产品供货时，具有因上诉人拖欠货款而停止供货的合同依据，因此，本案中无法认定上诉人停止吻合器产品的损失由被上诉人违法垄断行为造成，故上诉人此项损失赔偿主张缺乏事实与法律依据。

2、关于高价购货的价差损失。上诉人称，因强生公司断货，上诉人吻合器产品库存不足，上诉人只能从其他经销商处高价购买后转卖，被上诉人应赔偿由此产生的价差损失。对此，同样由于本院难以认定因被上诉人的垄断行为而造成吻合器产品断货，故上诉人在本案诉讼中主张此项损失赔偿亦缺乏依据。

3、吻合器产品因招标价格下降而应获得的价格补贴。上诉人称，因2008年上诉人吻合器招标价格下降，被上诉人承诺补贴价格损失51万，故提出支付请求。对此，鉴于本案仅审理双方当事人就垄断行为引起的争议，而上诉人提出的吻合器价格补贴显然不属于因垄断行为造成的损失，故本院在本案诉讼中对上诉人此项主张不予处理。

4、关于履约保证金。上诉人称其于2003年交付被上诉人履约保证金20万元，其后该保证金一直延续到2008年《经销合同》项下，现由于双方不再存在经销关系，被上诉人应退还此20万元保证金。经查，在双方当事人另案诉讼的货款纠纷案件中，（2010）浦民二（商）初字第1345号、（2010）沪一中民四（商）终字第2541号民事判决均已将此保证金冲抵上诉人拖欠被上诉人货款，故在本案中不再支持上诉人退还履约保证金的主张。

5、关于2009年可以期待获得的利润损失。上诉人认为，正常情况下，2009年后上诉人仍将作为强生公司经销商销售缝线产品和吻合器产品，由于被上诉人2009年不再与上诉人继续履行合同而导致上诉人不能再由强生公司产品销售中获利，从机会成本角度计算，上诉人有权请求被上诉人向其补偿2009年及之后几年可以期待的利润，现上诉人在本案中仅主张2009年可期待利润（7,701,662.5元）应予支持。对此，本院认为，尽管双方当事人的经销关系延续多年，但双方当事人的经销协议一年一签，各年经销协议到期后是否续签取决于双方合意，双方当事人对于续签协议没有法定或约定义务，也不存在法律上可期待的利益，故上诉人此项主张亦缺乏依据。

6、关于员工遣散费。上诉人称其因被取消经销权，被迫遣散员工，支付经济补偿金共104,000元，被上诉人应予赔偿。本院认为，由于被上诉人全面停止供货时符合合同

约定的停止供货条件，不能认定被上诉人全面停止供货行为亦属于执行本案限制最低转售价格的垄断协议的行为，故不能认为上诉人停业系被上诉人实施垄断行为的结果，上诉人主张由于停业而产生的遣散费用赔偿亦因此缺乏依据。

7、关于积压库存损失。上诉人称由于强生公司拒绝与其续签合同等行为，上诉人不能继续销售库存产品，导致库存积压无法消化，被上诉人应赔偿此项损失。本院认为，依据上诉人在庭审中自述的操作习惯，经销商一般保持三个月的库存，9月11日后被上诉人即全面停止供货，上诉人应该可以在2008年年底销售完库存，至于上诉人需依靠2009年与被上诉人续约而消化库存，在合同法上没有支撑其主张的依据，更不是可以依据反垄断法可以得到支持的请求。

8、关于15年经销活动的推广费用。上诉人提出，在上诉人经销强生公司产品的15年期间，上诉人为扩大销售而付出大量宣传、推广费用，在上诉人被取消经销资格后，被上诉人亦应予以补偿。本院认为，上诉人15年间为扩大销售而支出的这些费用，确实随着上诉人退出强生公司产品的经销市场而成为上诉人无法通过销售活动收回的沉没成本，但这种沉没成本只能是市场主体在商业判断中应评估考虑的商业风险，在法律上没有获得补偿的理由和依据。

9、关于商誉损失。上诉人提出，其在15年经销活动中积累了良好的商誉，被上诉人将其逐出经销商市场，导致其巨大商誉损失，以每年10万元计算，被上诉人共计应赔偿150万元。对此，本院认为，一方面，上诉人未提供证据证明其遭受商誉损失；另一方面，即使上诉人存在商誉损失，由于本案中被上诉人全面停止供货时具有合同约定依据，2009年不续签经销协议也有合同依据，被上诉人对上诉人商誉损失不承担赔偿责任，上诉人此项主张缺乏事实和法律依据。

综上所述，依据本院查明事实，本院确认，本案争议应当适用《反垄断法》，被上诉人在2008年《经销合同》及附件中制定的限制最低转售价格条款在本案相关市场产生了排除、限制竞争的效果，同时并不存在明显、足够的促进竞争的效果，构成《反垄断法》第十四条所规定垄断协议。被上诉人对上诉人违反限制最低转售价格协议行为所作处罚以及之后停止缝线产品供货的一系列行为，属于《反垄断法》禁止的垄断行为，应当对其垄断行为造成上诉人的经济损失承担赔偿责任，但其赔偿范围应限于上诉人2008年因缝线产品销售额减少而减少的正常利润，本院对上诉人所主张损失赔偿数额依法予以调整，上诉人其他损失主张则缺乏事实与法律依据。

综上，原审判决确有错误，应予纠正，依照《中华人民共和国反垄断法》第十四条第一款第（二）项、第五十条之规定，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、撤销上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民五（知）初字第169号民事判决；  
二、被上诉人强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司应于本判决生效之日起十日内，共同赔偿上诉人北京锐邦涌和科贸有限公司经济损失人民币530,000元；

三、驳回上诉人北京锐邦涌和科贸有限公司的其余诉讼请求。

如果被上诉人强生（上海）医疗器材有限公司、强生（中国）医疗器材有限公司未

按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案一审、二审案件受理费人民币共计216,392元，由上诉人北京锐邦涌和科贸有限公司负担人民币21,639元，被上诉人强生（上海）医疗器械有限公司、强生（中国）医疗器械有限公司共同负担人民币194,753元。

本判决为终审判决。

审	判	长	丁文联
审	判	员	王静
	人	民陪	马剑峰
	审	审	董尔慧
书	记	员	

二〇一三年八月一日