

转售价格维持的反垄断审查政策研究*

唐要家

(浙江财经大学政府管制研究院)

近年来,关于转售价格维持的反垄断政策问题成为世界各国反垄断执法中的一个重大难点问题。在反垄断执法中对转售价格维持并不存在明确、统一的分析方法和结论。美国初级法院法官布莱耶指出“尽管理论分析指出转售价格维持有时可能伤害竞争,有时可能促进竞争,但是对于如何形成可行的合理推定原则的反垄断审查规则,现有的经济学理论并没有形成一致的认同。”^①中国《反垄断法》颁布以来,垄断协议一直是政府反垄断执法关注的重点,2013年以来关于最低转售价格限制的案件成为社会各界关注的焦点,典型的如国家发改委查处的茅台、五粮液最低转售价格维持案、合生元最低转售价格维持案、上海高院判决的强生公司最低转售价格维持案等。这些案件在中国反垄断执法中具有重要的先例意义,但是这些案件的执法裁决也引起了一定的各方争议,反垄断执法过程中也存在一些明显的法律适用缺陷,其背后的核心问题是如何建立科学的反垄断审查政策体系。

1 反垄断执法原则

一般说来,可以把限制竞争行为分为两类:一类是本身具有非常明显的限制竞争的性质,可以直接认定其具有不合法性;第二类是虽然具有限制贸易的效果,但是该行为同时具有效率理由,对这些行为不能直接认定其为非法,而要综合考虑其对经济福利的影响。为了提高执法的效率,美国在反垄断执法过程中,确立了反垄断执法的本身违法原则和合理推定原则。根据本身违法原则,对于那些经济学理论和执法实践已经明确证明,对于那些总是没有任何的效率收益的明显的反竞争行为,可以在不考虑某些行为造成的影响的情况下,直接根据行为本身就断定其违法,并禁止这些行为。根据合理推定原则,对于那些既有限制竞争效应同时又有效率效应的行为,需要根据每个案件本身的具体情景因素对被质询行为造成的经济影响进行调查分析,并权衡该行为的限制竞争效应和效率促进效应,只有在该行为产生社会福利净伤害时才会加以禁止。

1.1 经济学研究支持适用合理推定原则

目前,在产业组织理论中,对转售价格维持经济效应的经济学理论解释明显分为两大阵营:效率促进理论和竞争伤害理论。

以Telser (1960)、Mathewson and Winter (1998)、Rey and Tirole (1986)、Marvel and

* 本文得到国家社科基金项目“转售价格维持的经济效应与反垄断政策”(11FJY001)和浙江省物价局重点项目“我国反价格垄断的立法与实践研究(H094012085)”的资助。

^① Id. at 2729 (Breyer, J., dissenting).

McCaffety（1984）、Deneckere, Marvel and Peck（1996）等为代表的学者坚持认为，转售价格维持具有效率改进效应，能够极大地提高经济效率和促进品牌间的竞争，因此是有益于消费者福利和社会总福利。效率促进理论又具体分为四种代表性观点：一是转售价格维持能防止经销商之间的“搭便车”，激励经销商提供产品专用性促销服务，有利于提高促销服务水平和促进品牌间竞争；二是转售价格维持是品牌商品生产商激励其经销商提供产品质量证明，促进品牌商品的声誉和销售；三是在需求不确定情况下，转售价格维持能激励经销商订购充足商品库存，更好地满足市场需求；四是在纵向委托-代理关系下，转售价格维持是生产商和经销商之间实现风险和收益有效分担的机制。

以Yamey（1954）、Shaffer（1991）、Jullien and Rey（2007）、Rey and Verger（2004）等为代表的学者则坚持认为，支配企业的转售价格维持具有竞争伤害效应，带来较高的价格，降低消费者福利和社会总福利。竞争伤害理论又具体分为四种代表性观点：一是生产商或经销商实现合谋的机制，转售价格维持使单个企业降价无利可图，消除了单个企业的降价激励，会消除企业之间的价格竞争，因此促进了企业之间的合谋；二是支配生产商维持市场势力的机制，生产商通过转售价格维持建立可信的不降价承诺，获取垄断利润；三是弱化竞争机制，在共同经销商或交叉经销情况下，转售价格维持会弱化企业之间的竞争；四是阻止进入机制，转售价格维持是在位支配企业收买经销商从而阻止新企业进入的工具。

表1 转售价格维持的经济效应

效率促进理论		竞争伤害理论	
具体观点	代表学者	具体观点	代表学者
专用服务说	Mathewson and Winter(1998)	合谋机制说	Jullien and Rey(2007)
质量证明说	Marvel and McCaffety(1984)	市场势力维持说	Obrien and Shaffer(1992)
存货激励说	Deneckere,et.(1996)	弱化竞争说	Rey and Verger(2004)
合约机制说	Klein and Murphy(1988)	阻止进入说	Ittai Paldor(2010)

现代反垄断经济学的理论和实证分析表明，在大多数情况下，最低转售价格维持具有明显的效率提高效应和促进市场竞争效应，尽管在某些情况下它可能具有反竞争的合谋效应和恢复垄断价格效应，但由于零售市场结构条件的影响，如企业数量较多、集中度不高、进入容易、需求变化快、企业之间存在差异等原因，企业之间的合谋协议往往难以实施，而且在存在有效的品牌间竞争的情况下，产品的高价格也很难维持。转售价格维持只在特定情况下才会产生限制竞争的结果。转售价格维持并不是本身就具有显著的限制竞争效应，而是更多的体现促进竞争的效率效应，因此，经济学理论分析不支持对转售价格维持的适用本身违法原则，应该适用合理推定原则。

对转售价格维持不适当的适用本身违法原则加以禁止可能会促使企业寻找其他成本更高和效率更低的替代方式。比如为了规避法律制裁，企业可能会通过纵向一体化来实现纵向控制。显然，相对于转售价格维持这种灵活的合约方式来说，一体化需要的投资更大，商业

灵活性更差，风险更高。另外，在大多数情况下，地区独占和转售价格维持是可以实现相同的目标的，但显然地区独占所产生的众多地区垄断者会明显消除品牌内和品牌间的竞争。在美国反垄断执法中，很长一段时间法律禁止转售价格维持，但是对地域独占适用合理推定原则，这导致很多企业转而采用地区独占行为来规避法律。反垄断执法的这一做法被一些经济学家和法学家批评为“愚蠢的反垄断政策”。

1.2 各国反垄断政策变化趋势是适用合理推定原则

目前，只有极少的国家在反垄断执法当中将不同类型的转售价格维持同等对待，大多数国家对不同类型的转售价格维持是区别对待的。目前，大多数国家反垄断执法不太关注建议转售价格维持，甚至有些国家认为其是当然合法的。对于最高转售价格维持，各国反垄断执法当中基本上也通常认为是合法的，一般不会带来反竞争的效果，大多数国家对其适用合理推定原则，不是执法关注的重点。

最低转售价格维持行为一直是各国反垄断执法关注的重点。很长一段时间以来，各国反垄断执法都对最低转售价格维持行为采取敌视的态度，对其适用本身违法原则。从近期各国执法政策的变化来看，对最低转售价格维持越来越多的采用合理推定原则，采用个案分析的方法来权衡转售价格维持的效率效应和竞争伤害效应。美国反垄断执法政策的变化一直对世界各国反垄断法的变革产生重要的影响。2007年的丽金公司案对转售价格维持确立的“合理推定”原则将促使世界主要的反垄断执法国家开始逐步改革对转售价格维持的执法政策。美国学者将该案的裁决意义看做是“打开了全球竞争法的潘多拉盒子”。受美国2007年丽金公司案裁决的影响，欧盟正在对纵向限制指南和集体豁免政策进行评估。OECD（2008）的“转售价格维持”研究报告建议，在对2010年到期的《纵向限制协议集体豁免》进行修订的时候应该对转售价格维持采用合理推定原则。因此，对转售价格维持适用合理推定原则既是经济学理论研究结论的必然反映，也是各国反垄断执法政策变革的基本趋势。

表 1 各国反垄断法对转售价格维持的执法原则

国家	维持最低转售价格	维持最高转售价格	建议转售价格
美国	合理推定原则	合理推定原则	合理推定原则
欧盟	本身违法原则	合理推定原则	合理推定原则
德国	本身违法原则	合理推定原则	合理推定原则
日本	本身违法原则	本身违法原则	没有做出明确规定
澳大利亚	本身违法原则	合理推定原则	合理推定原则
加拿大	本身违法原则	合理推定原则	合理推定原则

资料来源：作者查阅了相关国家的有关法律和典型案例后总结得出。

2 不同形式转售价格维持的竞争效应评估

根据经济学理论分析，最高转售价格、最低转售价格和建议转售价格对市场竞争和社会福利具有不同的影响。

2.1 最低转售价格维持

在各国反垄断执法当中，最低转售价格维持是反垄断执法关注的重点。根据已有的理论分析，最低转售价格维持既有效率效应也有反竞争效应。

(1) 最低转售价格维持的竞争促进效应

最低转售价格维持的竞争促进效应主要体现在以下几个方面：

第一，解决搭便车问题，鼓励经销商进行促销服务。在产品经销需要零售商提供必要的促销服务的情况下，由于经销商之间的竞争，一个提供有成本促销服务的经销商可能会面临顾客享受到服务后到其他不提供服务但是价格稍低的经销商购买产品的“搭便车”问题，从而导致经销商提供服务的激励不足，并伤害了生产商的利益。转售价格维持消除了零售商之间的价格竞争，确保经销商提供服务能获得相应的利润边际，因此能激励经销商提供所期望的服务水平。尤其是在新产品上市的情况下，最低转售价格有助于新产品的市场推广和新企业的市场进入，由此带来的品牌间的竞争程度提高是有利于消费者的。

第二，鼓励经销商提供产品质量证明。由于信息不对称或质量鉴别成本太高，消费者并没有识别产品的能力，零售企业往往具有相对专业的品牌商品的质量鉴别能力或对品牌商品款式的了解。由于甄别产品质量是有成本的，为了保证经销商从事质量证明活动并经销品牌商品，品牌商品的生产商通过实行转售价格维持被设计用来保证提供质量证明经销商具有稳定的利润回报。

第三，管理需求不确定性。在需求不确定的情况下，经销商综合考虑高需求和低需求产品销量的决策会导致其购买较低数量的产品，在市场高需求时将导致一部分市场需求得不到满足，从而伤害了生产商的最大化利益。通过实行RPM，生产商确保零售商在低需求时仍然具有稳定的收益，能补偿经销商在低需求时的存货成本，从而激励其购买最优的产品数量，更好的满足市场需求。

第四，便利新品牌的市场进入。当一个生产商进入一个新市场时，由于需求的不确定性，经销商通常不愿意经销该新产品，因此面临如何说服经销商经销其产品的难题。当一个新产品刚进入市场时，市场当中的第一个经销商为了开发市场必然要进行各种开发市场的产品专用性投资，这种市场开发投资同样面临搭便车问题。因为在第一家经销商投资之后，第二家、第三家经销商二则可能会搭第一家经销商市场开发投资的便车。如果第一家经销商的市场开发投资无法得到收益保证，则会导致市场开发投资的不足，这不利于生产商的新产品销售。显然，最低转售价格维持有助于保证第一家经销商的市场开发投资的收益，从而激励经销商的市场开发投资，这便利新品牌和新企业的市场进入。

(2) 最低转售价格维持的反竞争效应

最低转售价格维持的反竞争效应主要体现为：

第一，便利生产商的合谋机制。价格的透明性有助于企业之间实现有效的合谋。生产商通过实行最低转售价格维持来固定零售商的产品零售价格，增加了价格的透明度，从而有助于及时发现单个企业的降价行为，便利了企业之间合谋协议的实施；最低转售价格维持使单个生产商降价无利可图，消除了单个生产商的降价激励，会消除生产商之间的价格竞争，因此促进了生产企业之间的合谋。

第二，经销商合谋机制。在经销商相互竞争的情况下，相互竞争的零售商可能联合起来要求生产商实行转售价格维持，从而消除经销商之间的价格竞争，从而维持较高的价格和实现企业之间的合谋。在这里，生产企业实行的转售价格维持实际上是零售企业价格合谋协议的一层面纱。

第三，在多个上游生产企业共同将其产品经销交给下游市场的同一个经销商的共同代理的情况下，最低转售价格维持成为生产商之间实现合谋的机制。

第四，生产商维持垄断市场势力的行为。在垄断生产商和竞争零售商之间的情况下，由于垄断生产商在与第一个零售商签约后有激励向其它零售商降价销售，零售商预期到这一点，经销商接受的价格将低于生产商的垄断利润最大化价格。因此，生产商缺乏可信的不降价承诺机制造成其无法行使市场势力。为了实现垄断利润，生产商可以通过转售价格维持、地域独占等方式来建立可信的不降价承诺，从而恢复自己的市场势力。

第五，支配企业排斥竞争者的机制。在生产商居于市场支配地位的情况下，通过实行转售价格维持来确保经销商具有较高的利润边际，以此换取经销商不销售其他竞争对手产品的承诺。在此情况下，新进入企业的产品要进入市场要么支付给经销商高回报，要么建立自己的营销网络，这提高了进入者的成本。通过最低转售价格维持，上游生产商实现了对进入者的市场封锁或排他。^②这里具有市场势力的零售商或者联合起来的零售商可能会强迫生产商实行转售价格维持，从而消除竞争性零售商的折扣竞争压力，排斥高效率零售商的市场进入。

第六，削弱了价格竞争，保护了低效率经销商。在转售价格维持的情况下，由于消除了经销商之间的价格竞争，使市场体制的优胜劣汰机制受到削弱，这保护了低效率经销商的生存，阻碍了高效率经销商的市场进入或市场扩张，不利于整个产业的技术进步和经济效率的提高。

2.2 最高转售价格维持

最高转售价格维持通常被认为是产生限制竞争效应较小的一种纵向价格限制形式。最高转售价格维持的效率效应主要体现在：

第一，最高转售价格维持能消除序列垄断市场结构下的“双重加成”问题。序列垄断市场结构是一个有害的市场结构，这是因为每个环节的垄断企业在进行利润最大化决策时都制

^② 很显然，最低转售价格维持的这种排他效应产生的条件是转售价格维持协议包含了大部分的主要的产品经销渠道，在竞争对手能找到更有效率的替代性经销渠道的情况下，这一效应不会产生。因此，一个非主导的上游生产商实行的转售价格维持不可能产生这一反竞争效应，相反可能有利于其他企业的市场进入并促进市场竞争。

定了高于边际成本的价格，导致产品的销售价格过高和销量过低。通过实行最高转售价格维持能消除双重加成，带来更低的价格和更高的销量，并带来更高的纵向一体利润。

第二，由生厂商实行的最高转售价格维持的动机通常是促使零售价格下降，尤其是在地区独占的情况下，各个经销商是地区垄断者，其实行垄断性价格会伤害上游生产商的利益，通过最高转售价格维持会限制地区垄断经销商的不合理提价行为。

第三，在最高转售价格维持下，经销商具有一定的定价自主权，可以根据市场需求、要素成本、技术进步和服务水平等因素来灵活定价，并获得高效率经营带来的收益增加，因此不会扼杀高效率企业的成长和市场竞争。

第四，最高转售价格维持是纵向一体化的一种合约替代机制。

第五，在纵向交易关系当中，当发生专用性投资的时候，最高转售价格维持是确保专用性投资的一种重要合约形式。最高转售价格维持的反竞争效应是，当最高转售价格维持制定的过低时，经销商将无法降价销售，此时最高转售价格维持等同于最低转售价格维持，此时最高转售价格维持只不过是最低转售价格维持的外衣。

最高转售价格维持的反竞争效应主要体现在，在寡头市场的情况下，最高转售价格维持将成为企业之间的“聚点”，便利生产企业之间实现默契合谋。这里上游生产商市场集中度越高，默契合谋的可能性就越大。

2.3 建议转售价格维持

不具约束力的建议转售价格维持一般不会产生反竞争效应，但是在寡头市场的情况下，建议转售价格维持也将会成为企业之间的“聚点”，从而成为生产企业之间的默契合谋机制。一般说来，布局有约束力的建议转售价格维持不会带来限制竞争的结果，但是如果上游企业采取一些措施来实施建议的转售价格，即构成有约束力的转售价格维持则有可能会带来限制竞争的结果。

对于建议转售价格维持竞争效应的分析除了考虑生产商的市场势力和上游市场集中度之外，还需要重点分析实施建议转售价格维持的生产商是否还对零售商不遵守建议转售价格的行为采取了一些监督惩罚措施。

3 反垄断安全港与适用除外政策

在反垄断执法过程中，为了提高执法效率，反垄断机关应该重点关注那些可能对市场竞争造成严重伤害的转售价格维持行为，对于那些不具有严重伤害竞争效应或具有显著的效率效应的转售价格维持行为实行适用除外或豁免。

3.1 反垄断法安全港

为了提高反垄断审查的效率，集中精力于可能严重伤害竞争的转售价格维持行为，免得对所有的案件都进行审查，各国反垄断政策的惯常做法是建立反垄断安全港（safe harbors）

制度。根据该制度，如果某些企业的市场份额低于安全港门槛标准，则企业实行的转售价格维持不需要经过反垄断机关审查，其自动受到法律允许。反垄断安全港制度不仅有助于提高执法效率，同时也有助于提高法律的透明度和明确性。因此，很多国家在反垄断法中都采用该制度。目前只有很少的国家通过单行立法来对某些产品的转售价格维持实行特别豁免。

欧盟委员会在第2790号条例以及《纵向限制指南》中对纵向限制协议建立了“安全港”。

《纵向限制指南》指出，如果供应商或含有独家供货义务的协议中的销售商在相关市场的份额不超过30%，并且纵向限制没有违反第2790条例有关不得豁免的规定，则可以假定该纵向限制一般会改善生产或销售，而且消费者也能公平分享由此产生的利益，因此可以集体豁免。在2010年发布的第330/2010号条例中，欧委会进一步提高了获得豁免的市场份额门槛，即需要生产商和经销商的两个市场的市场份额均在30%以下可能得到集体豁免。但需要指出的是，相关市场份额超过30%上限并非就推定其非法，欧委会将依据合理推定原则对其进行个别审查。^③

对于豁免安全港市场份额门槛的计算方法，欧盟委员会规定：如果纵向限制协议不含独家供货义务，则依据供应商销售合同产品或服务以及销售替代产品或服务的市场销售收入来计算。如果无法获得市场销售额的数据，则可以依据其他可靠的市场信息，如市场销售量来对销售额进行估算。如果纵向限制协议包含独家供货义务，则以市场购买额或对其所做的估计来计算。根据欧盟委员会发布的《关于对纵向协议和协同行为适用81条3款的条例》的规定，市场份额门槛的计算，应遵守下列规则：①市场份额的计算应依据上一个日历年度的数据进行；②市场份额应包括供应给全体销售商，供其转售的任何产品或服务；③如果在协议订立之初，市场份额没有超过30%，但后来超过了该标准，但仍少于35%，则在首次超过30%的市场份额门槛的年度之后，法律规定的豁免仍继续适用两年（日历年）；④如果在协议订立之初，市场份额没有超过30%，但后来超过了35%，则在首次超过35%的年度之后，条例规定的豁免仍应继续适用一年（日历年）；⑤上述③和④规定的豁免不能并用，因而继续适用的时间不能超过两个日历年。

从反垄断经济学的角度来说，转售价格维持等纵向限制协议实际上是涉及两个市场，但是在实际执法当中之所以采用仅计算上游市场份额30%的安全港上限标准是因为：首先，在低于30%的上限的情况下，事实上游企业通过纵向协议对下游市场的影响通常是有限的。其次，只考虑供应商和购买商之间的上游市场使得法律适用更加容易，并且增强了法律的确定性。另外，欧盟法律还规定，当对其它相关市场可能出现限制竞争的问题时，可以采取撤销豁免的方法来解决，从而保持了法律的灵活性。

3.2 反垄断适用除外对象

（1）低度影响的协议和中小企业间的协议

^③ 根据美国司法部1985年的《纵向限制指南》的规定采用纵向限制协议的企业在相关市场的份额低于10%，则该纵向限制协议不会受到反垄断法的限制。

小规模企业通常不具有市场势力，其实行的转售价格维持行为不太可能产生限制竞争的效果。反垄断法只禁止严重伤害市场竞争的企业行为，对于不会对市场竞争产生有害影响的中小企业间的纵向协议实行适用除外。根据欧盟等的经验，在相关市场上份额不超过15%的企业签订的纵向协议通常视为在反垄断法的适用范围之外。但是这不等于说市场份额超过15%的企业订立的纵向协议就自动违反反垄断法。市场份额超过15%上限的企业签订的纵向协议也可能不对市场竞争产生显著影响，或者也可能不构成对竞争的显著限制。

（2）代理协议

代理协议包括一个法人或自然人（代理人）被授权代表另一个人（委托人）以代理人自己或委托人的名义就委托人购买产品或服务或委托人所供应产品或服务的销售等事项谈判或订立合同的关系。在真实代理协议的情况下，委托人对代理人实行的转售价格维持不适用反垄断法的有关条款禁止。在判断企业之间的代理关系时，决定性因素是代理人为委托人代理有关的活动是否需要承担财务或商业风险。在合约代理关系中，如果对于代理人代表委托人签订或谈判的合同以及该活动相关的专用性特有投资，代理人不承担任何风险或者仅承担可以忽略不计的风险，则其代理协议将被视为真实代理协议，不适用反垄断法的有关条款。对于风险问题必须以个案为基础进行评估，并根据经济现实情况而非法律形式做出判断。

代理协议获得反垄断适用除外的具体条件是：所购买或销售的合同产品的所有权并不属于代理人所有，或者代理人自己并不提供合同服务，并且代理人并不承担供应/购买合同产品或服务的费用。这包括：代理人不承担运输费用；不负有对销售推广进行投资的直接或间接义务；不承担储存合同产品的费用或风险；不提供和/或经营售后服务、维修服务或保修服务；不对设备、场地或人员培训等进行市场特有投资；不就所售出产品引起的损害对第三方承担责任（产品责任）；除了代理人的佣金损失外，不因客户未履行合同承担任何责任，除非其作为代理人应承担过错责任等。

但是企业之间的代理关系的适用除外是以不伤害市场竞争为前提的。如果代理协议促进了企业之间的合谋，则代理协议仍会受到反垄断法的禁止。例如，在多个生产商使用同一个代理人并联合排除他人使用该代理人的情况下，利用代理人来共同营销或在生产商间交换敏感的市场信息能有效的实现生产商之间的合谋并维持垄断价格^④。

（3）从属协议

对于向合同方提供从属的技术或零部件的从属协议通常也应受到适用除外，因为它是完成主合同所必需的。但是如果这种限制包含了限制从属协议方自己研发或向第三方提供产品的内容，则仍然要受到反垄断法的管辖。

4 合理推定原则的适用

垄断执法应该重点保护消费者的福利，防止消费者剩余被转移到拥有市场势力的企业手

^④ 具体见 Bernheim and Whinston（1985）。

中。^⑤从反垄断执法保护消费者福利的角度来说，对转售价格维持的反垄断执法应该有助于消费者享受更低的价格、更好的服务和更优质的产品质量，因为这些是提高消费者福利的最重要因素。这里的含义是，在产品质量和服务给定的情况下，消费者应该支付尽可能低的价格；在产品价格给定的情况下，消费者购买的产品应该具有更好的服务和更高的质量。因此，从消费福利的角度对转售价格维持进行反垄断审查是执法的重要基点。

4.1 评估分析步骤

在对转售价格维持案件适用合理推定原则进行评估的时候，必须仔细分析每个案件的具体情况，确定每个案件的反竞争效应和效率效应。对于反垄断执法来说，如果采用完全的合理推定方法（full-blown rule-of-reason approach）来执法，对所有的案件都进行细致的分析，显然是不符合执法的效率要求的，因此在美国的反垄断执法当中，美国联邦法院确立了转售价格维持的“结构性合理推定原则”方法（structured rule-of-reason approach）。一般来说，其步骤分为四步：

首先，进行市场份额评估，确定企业是否满足反垄断豁免的市场份额门槛要求，如果相关市场份额低于 30%，则受到豁免，否则高于这一门槛标准则进行进一步的严格审查。

其次，分析协议的性质，判断协议是最高价格限制还是最低价格限制、是建议价格还是有约束力的价格、协议是否有对不执行价格协议的惩罚条款等。对于不具约束力的建议价格或最高转售价格维持一般可以适用豁免，对于有约束力的最低转售价格维持则要进行进一步的分析。

再次，分析转售价格维持的反竞争效应，通过分析相关的影响因素、企业便利合谋机制等，判断转售价格维持是否促进了企业之间的合谋或导致较高的市场价格，从而严重伤害了市场竞争和消费者的利益。

最后，对转售价格维持的反竞争效应和效率效应进行综合的评估和权衡，做出最终的裁决。

4.2 竞争效应评估规则

在反垄断执法当中，对转售价格维持竞争效应的评估应该考虑以下的规则：

（1）只有在企业具有的市场势力的情况下才会产生反竞争效应

作为一种商业行为，在制造商和经销商不具有市场势力的情况下，企业采用转售价格维持政策不太可能具有反竞争效应，而更可能是出于效率效应。这是因为在竞争压力下，竞争性企业的存在会使消费者在高价格和低价格之间自由的选择，品牌间竞争使转售价格维持很难产生降低社会福利的效果。因此，在企业具有个体市场势力或联合市场势力的情况下，转售价格维持可能产生严重的反竞争效果。另外，根据合谋理论，只有在高集中度的寡头市场，生产企业或经销企业实行的转售价格维持可能成为企业之间便利合谋的机制，这会产生伤害

^⑤ 具体见 Lande（1989）。

竞争和降低社会福利的结果，应当受到法律的禁止。因此，单个企业具有市场势力和相关市场的集中度较高是反垄断审查的重要基础。反垄断执法应该首先界定相关市场并衡量企业在相关市场的市场势力。

（2）在市场进入容易的市场上不太可能产生反竞争效应

根据合谋理论，在市场进入比较容易的市场上，企业之间的合谋较难维持。进入障碍是依据现有的公司将价格提到竞争水平以上，通常是高于平均总成本以上的最小值，是以获得超常利润、但同时不至于吸引新力量进入市场的程度来衡量的。如果不存在进入障碍，则容易迅速的市场进入将会消除该利润。进入障碍的高低本质上取决于沉没成本的高低。沉没成本就是因进入市场或在经营过程中发生的，但是在退出市场时不能收回的成本。沉没成本越大，潜在进入者进入市场需要承担的风险就越大，现有的市场参与者就会越害怕自己将会面对新的竞争，因为沉没成本使得这些现有参与者离开市场的代价高昂。一般来说，进入市场需要沉没成本，这个成本有时较小，有时较大。因此，一般来说，实际的竞争将会更有效，相对于潜在竞争，其在评估中所占的比重也更大。

（3）保护品牌间的竞争比保护品牌内的竞争意义更重要

在产品零售市场，一个经销商面临两种竞争压力：一个是来自于经销同一产品的不同经销商之间的品牌内竞争（intra-brand competition），如不同的诺基亚手机经销商之间的竞争；另一个是来自于经销不同品牌产品的经销商之间品牌间的竞争（Inter-brand competition），如诺基亚手机经销商和摩托罗拉手机经销商之间的竞争。在品牌间竞争的情况下，消费者面对多种品牌的商品、多种营销渠道、多种价格水平和不同的服务质量，具有多样化的选择。这些对确保消费者的福利和社会总福利是有重要意义的。在品牌间竞争充分的情况下，即使一个生产企业通过转售价格维持限制了品牌内的竞争，但是品牌间的竞争仍然会确保市场竞争的有效性。而且由于大多数转售价格维持在消除同一品牌产品经销商之间的价格竞争的同时可能会提高经销商之间的服务竞争，这还会提高品牌间的竞争程度。因此，品牌间的竞争要远比品牌内的竞争重要，美国联邦法院在2007丽金公司案的裁决中陈述到“保护品牌间的竞争是反垄断法的根本目标”。罗斯（Roth,2001）将品牌间的竞争称为“一线（first-line）”竞争，将品牌内的竞争称为“二线（second-line）”竞争。欧盟《纵向限制指南》第6段指出“对于多数纵向协议，只有在品牌间竞争不充分的情况下才会产生竞争问题，就是说，在供应商层面或购买商层面或这两个层面同时存在特定水平的市场势力的情况下。如果品牌间竞争不充分，则对品牌间以及品牌内竞争的保护就变得尤为重要。”

（4）转售价格维持主动发起者的角色对绩效结果有重要的影响

经济学理论分析表明，单个制造商主动进行的转售价格维持通常是促进效率的，如消除双重加成、激励促销服务等。相反，由零售商，尤其是零售商组织强迫生产商实行的转售价格维持通常是严重伤害市场竞争的。因此，在反垄断执法审查中需要判明谁是转售价格维持行为的发起者。如果证据显示经销商是转售价格维持的发起者，则很可能是零售商进行合谋

或维持市场势力的一种方式，是非效率的。但是需要注意的是，在服务外部性的情况下，一个提供良好促销服务的企业由于搭便车效应，也可能向生产商提出实行转售价格维持，因此，在此情况下还需要分析相关产品是否需要良好的售前促销服务。在产品不需要过多售前促销服务情况下，经销商实行的转售价格维持更可能伤害竞争。

（5）市场覆盖面广的多企业转售价格维持行为往往危害更大

通常当转售价格维持是由生产商或经销商集体发起的时候，其更可能产生合谋的效应。当市场当中只有一家或少数几家企业实施转售价格维持，大部分企业仍然自由定价时，转售价格维持不太可能产生限制竞争的结果。因此，反垄断审查需要分析转售价格维持行为的市场覆盖面（产品覆盖面和企业覆盖面），以及是单企业行为还是多企业行为，反垄断执法应该尤其关注全行业的转售价格维持行为。根据美国司法部1985年的《纵向限制指南》第4.1节的规定，如果纵向限制协议在产业范围内相关市场的覆盖面低于60%，则该纵向限制协议不会受到反垄断法的限制。根据欧盟《纵向限制集体豁免条例》的规定，如果纵向限制协议在产业范围内相关市场的覆盖面低于50%，则该纵向限制协议不会受到反垄断法的限制。

4.3 评估分析的相关因素

艾瑞达和霍恩凯姆（Areeda and Hovenkamp, 2002）认为可能促使转售价格维持产生竞争伤害效应的因素包括：生产商市场的集中度、经销商市场的集中度、市场覆盖面、是否是一个经销商或一群经销商所要求实施的、是否是在有选择的市场中使用、使用在无差别的同质产品的经销中。

2 协议的性质。一是分析转售价格维持是最低转售价格限制、最高转售价格限制还是建议转售价格限制，对不同类型纵向价格限制协议区别对待，重点关注最低转售价格维持；二是分析协议条款是否具有强制性和是否与其他纵向限制一起使用。

2 协议是否具有惩罚性条款。一般说来，构成非法的转售价格维持行为的一个要件是上游企业对不遵守规定的转售价格的企业实行了诸如停止或减少供货的惩罚措施。如果实行的转售价格维持行为的上游企业并不具有实行这些惩罚措施的能力，转售价格维持对下游企业则不具有“约束力”，则这样的转售价格维持行为不会受到法律的制裁。同样对于建议零售价格的案件也是适用合理推定原则，判定其是否违法院通常是看该行为的实际效果，若实施该行为的企业仍然能够对不执行建议价格的下游企业实施有效的惩罚，则该建议转售价格维持仍然会被判定为非法。因此，判定不同类型转售价格维持行为合法与否的关键是看其实施的实际效果。

2 供应商的市场地位：供应商的市场地位首先并且主要是依据其在相关产品或地域市场的市场份额确定的。该市场份额越高，其拥有的市场控制力可能越大。如果供应商相对于其竞争者拥有特定的成本优势，则其市场控制力会进一步增强。这些竞争优势可能是因为先动者优势（占据最佳位置）、持有至关重要的专利、拥有高级技术、作为品牌领导者或者拥有优良的资产组合而获得。

2 竞争者的市场地位：描述竞争者市场地位的指标是相同的，即市场份额和可能的竞争优势。确定的竞争者越强，其数量越大，相关供应商或购买商能够单方面封闭市场的风险就越小，品牌间竞争被减少的风险也越小。但是，如果竞争者的数量相当少并且其市场地位（规模、成本和研发潜力等）很相似，则这种市场结构将增加共谋的风险。波动或快速变化的市场份额通常是竞争激烈的象征。

2 购买商的市场地位：购买力来自于购买商的市场地位。购买力的第一个指标就是购买商在购买市场的市场份额。这一份额反映了该购买商的需求对于其可能供应商的重要性。其它指标主要集中于购买商在其转售市场的市场地位，包括其门店的广泛地理分布、购买商/分销商的自有品牌以及在最终消费者中的形象等特性。购买力对反竞争影响可能性的效果因纵向限制的不同而不同。购买力尤其可能增强限制分销类和市场划分类限制的消极影响，例如独家供应、独家销售和数量选择分销。

2 进入障碍：有效市场进入将制止超高利润，只有当这种有效的市场进入持续一或两年时，即可视为进入障碍较低。进入障碍可能是很多因素的结果，例如规模和范围经济、政府管制、知识产权、在供应因自然条件等因素受到限制时对资源的所有权、至关重要的设备、先动者优势、通过有力的广告创造的消费者忠诚度。从根本来说，进入障碍的高低主要取决于进入市场所需要的沉淀成本的大小。

2 转售价格维持的市场覆盖面：转售价格维持协议的市场覆盖面越高，其越可能具有反竞争效应，对于市场覆盖面超过50%的转售价格维持协议反垄断机关必须采取行动。

2 市场成熟度：成熟的市场就是已经存续了一段时间，其中使用的技术众所周知、广泛传播并且没有很大变化，没有重大的品牌革新并且需求相对稳定或在下降的市场。相对于更为动态的市场，此种市场中产生消极影响的可能性更大。

2 产品性质：在评估可能的消极影响时，市场上的产品是否更加相似或不同、产品是否具有使用的复杂性、产品是否是新产品、产品的品牌是否很重要、产品是否具有流行的特征、以及产品属于一次性购买型还是重复购买型都很重要。如果转售价格维持的使用是为了提高同质产品的价格，则这样的转售价格维持显然具有竞争伤害效应。在产品差别较大的市场上，销售服务是一个重要的营销因素，因此转售价格维持的实施更多的是基于促销服务、质量证明等效率原因。

2 转售价格维持是否是由经销商主动要求的。在经销商迫使生产商实施转售价格维持的情况下，通常会产生限制竞争的效果。尤其要重点关注是否是经销商组织集体要求的行为，因为在此情况下很可能是经销商卡特尔的一种合谋机制。

2 转售价格维持实施前后的销量变化。如果实施转售价格维持后，产品的销量明显下降，这往往说明企业之间存在合谋行为，合谋企业通过提高产品销售价格和减少销量来获取更高的垄断利润。那些提高促销服务激励的转售价格维持通常会明显的提高产品的销量，并提高消费者的福利。

2 其它因素：在评估特定限制时，可能需要考虑其它因素。这些因素包括便利合谋的市场结构因素，是否存在例如价格领导、事先宣布的价格变化等默契合谋机制，以及行业是否有合谋历史。

4.4 举证责任设计

在对转售价格维持案件适用合理推定原则，由谁举证是一个重要的问题。在欧盟，根据《纵向限制指南》和《纵向限制集体豁免条例》的规定，原告需要举证证明转售价格维持产生伤害竞争的效果，被告则需要举证证明转售价格维持具有效率效应。

美国司法部反垄断局助理总检察长瓦尼（Varney,2009）建议，在适用合理推定原则中采取“举证责任转移(burden-shifting)”的方法，原告只需向法院提供初步证据(*prima facie*)，包括：存在转售价格维持协议的事实；提供具有能促进转售价格维持带来反竞争效应的特定的市场结构条件。然后，举证责任转移到被告，被告需要举证证明转售价格维持政策确实（而非理论上）存在促进竞争的实际效果，或者举证证明原告对市场状况的分析存在明显的错误。^⑥从被告的角度来说，要获得法院的支持，最低的证据标准是证明，其采用转售价格维持是为了在竞争中获得竞争优势，并且转售价格维持是其实现促进竞争目标的一个合理的方式。瓦尼（2009）建议应该在转售价格维持的反垄断执法中采用“结构性合理推定原则（Structured Rule of Reason）”，并进一步介绍了不同情况下如何运用“结构性合理推定原则”。根据美国2007年的丽金公司案的裁决，联邦法院认为转售价格维持具有四种反竞争的效应，分别是：生产商合谋、生产商排他、零售商排他、零售商合谋。在这四种不同的情况下，反垄断执法可以采取不同的初步证据要求：

（1）生产商合谋

寡头生产商可能会利用转售价格维持来实现默契合谋。在此情况下，原告的初步证据应包含三部分内容：一是市场中大部分产品的销售采用了转售价格维持协议；二是市场结构条件有助于企业之间实现价格合谋；三是转售价格维持增加了价格透明度，这能显著地帮助发现单个企业的秘密降价行为。

（2）生产商排他

主导生产商可能利用转售价格维持来确保零售商具有较高的利润边际，这会降低零售商经销其他小规模生产商或新进入生产商的产品，从而实现对竞争者的排斥。在此情况下，原告的初步证据应该包括三个部分：一是生产商具有市场支配地位；二是生产商实施的转售价格维持协议覆盖了大部分的经销门店；三是转售价格维持具有伤害实际竞争者的显著的市场封锁效应。

（3）零售商排他

具有市场势力的零售商或一群集体行动的零售商可能会强迫重要的生产商实行转售价

^⑥ Christine A. Varney, Assistant Attorney Gen., U.S. Dep’t of Justice, *Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation*, Remarks before the Nat’l Ass’n of Attorneys General (October 7, 2009).

格维持政策，从而消除折扣零售商或网络零售商的低价格竞争。在此情况下，原告的初步证据应该包括三个部分：一是支配零售商或一群集体行动的零售商强迫生产商实行转售价格维持；二是该强迫行为导致转售价格维持协议覆盖了大部分市场；三是转售价格维持具有伤害现实竞争者的显著的排他性效应。

（4）零售商合谋

零售商可能强迫生产商实行转售价格维持，从而实现合谋。在此情况下，原告的初步证据应该包括三部分：一是至少50%的市场销售采用了转售价格维持协议；二是转售价格维持是在零售商强迫下实行的（而非仅仅是请求）；三是对于零售商的强迫行为，生产商无法有效地进行抵制（如生产商不能通过一体化进入零售市场或支持其他新的零售商）。

一般说来，被告的举证责任可以重点在以下两个方面：首先，被告可以举证证明原告所指控的转售价格维持行为并不存在竞争伤害效应。例如被告可以举证证明在转售价格维持的情况下，消费者仍然面对很多经销竞争性产品和具有不同价格与服务水平的从事完整产品系列的经销商。或者可以举证生产商实行转售价格维持的目的是为了进入一个由主导厂商控制的新市场。其次，被告可以举证证明尽管转售价格维持可能存在潜在的竞争伤害效应，但是转售价格维持的实施仍具有显著的效率效应。例如被告可以举证证明转售价格维持能消除服务外部性，促使经销商更好的提供促销服务，这不仅有利于生产商而且也有利于消费者。

在裁决过程中，法院需要权衡效率效应和竞争伤害效应。法院可以首先分析采用转售价格维持行为的相关市场在没有采用转售价格维持行为时存在的严重的商业问题，以评价转售价格维持是否能有效解决这些问题。如果相关市场的产品经销中，搭便车效应很小或存在的商业问题可以通过其他潜在伤害更小的方式来加以解决的话，则被告所主张的效率里有将不被看重，在效率权衡中将被赋予较低的权重。在转售价格维持实施对“边界内消费者”和“边界外消费者”具有不同的影响时，法院需要确定消费者的总体福利是否增加，这可以通过分析转售价格维持的实施是否带来相关产品的销量出现明显的上升来判定。当转售价格维持的实施带来更多顾客购买该产品时，福利增加效应往往或超过福利伤害效应。