

【经济法学】

转售价格维持规制中的单方逻辑迷思

李 剑

【摘 要】转售价格维持是纵向垄断协议的典型形式。但在我国的转售价格维持案件中,执法机构都只处罚了协议的一方,法院也大多认可作为垄断协议主体的经销商是适格原告。从现实性的角度看,这虽然考虑了纵向协议案件中涉及的主体数量庞大、协议为生产商所强加的因素,也与欧盟竞争法的做法类似,但是这种单方行为逻辑和协议所要求的合意行为之间存在着显著冲突。现实中呈现的转售价格维持协议,既可以是纵向协议,也可以同时包含纵向和横向协议的因素,还可能是滥用市场支配地位的结果。多种可能性的存在使得反垄断法在制度构建上需要超越简单的纵向、横向协议二分,通过协议的推定以及创设新类型的滥用行为予以回应。

【关键词】纵向垄断协议;转售价格维持;单方行为;合意

【作者简介】李剑,上海交通大学凯原法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2022.3.146~162

【基金项目】本文系国家社科基金一般项目“中国反垄断法的移植与本土化研究”(项目号:18BFX150)及上海市曙光项目“转售价格维持的反垄断法规制研究”(项目号:15SG11)的成果。

一、问题的缘起

我国《反垄断法》实施十余年来,理论与实务中的第一大“论战”无疑当属围绕转售价格维持所产生的争论。^①分歧的核心在于应当采用何种法律分析模式来判断转售价格维持是否违法。在最基本的层面上,主张合理原则的观点认为,转售价格维持同时具有限制竞争的效果与促进竞争的效果,在具体案件中则需要结合市场条件进行分析。^②这一观点得到了司法系统的支持。主张当然违法原则或者“禁止+豁免”的观点则认为,从现行法的规定及制度运行成本等角度看,对待转售价格维持应当采用更为严厉的态度。^③反垄断行政执法机构是这一观点的拥护者。从目前情况看,尽管2018年最高人民法院在“海南裕泰案”中通过区分反垄断行政执法与民事诉讼,在一定程度上“缓和”了法律适用上的冲突,^④但前述观点上的对立并未因此而平息。

围绕转售价格维持的激烈争论极大地推动了学

界和实务界对反垄断法价值目标、运作逻辑及制度运行方式等方面的理论研究,只是这些争议都过于从理论上关注转售价格维持的竞争效果及由此带来的法律分析模式的差异,却忽视了一个重要的现象,即反垄断执法机构在转售价格维持案件中都只处罚了协议的一方(通常为生产商),而未处罚协议的另一方(通常为经销商)。在涉及转售价格维持的反垄断民事诉讼中,原告都是协议的当事人(经销商),而法院也赋予其诉讼资格,并在部分案件中判决原告胜诉。这些皆与现行的反垄断法制度存在冲突。

在反垄断法的实体制度中,垄断协议和市场支配地位滥用是最为基本的两大类别。^⑤二者最根本的区别在于:垄断协议是合意行为,是两个或两个以上的经营者协商一致的竞争限制行为;市场支配地位滥用是单方行为,是经营者单方面利用市场支配地位来限制竞争。^⑥因此,作为共同实施的行为,协议如果被认定违反了反垄断法,那么应当是协议双

方共同行为所致,也应当共同承担违法责任。在横向垄断协议案件中,参与方通常都因此承担了责任。^⑦而作为纵向垄断协议的典型形式,转售价格维持没有理由成为例外。特别是执法机构和法院在具体案件中都以《反垄断法》第14条为依据,违法成立后的责任承担并不会因转售价格维持适用合理原则还是当然违法原则而有区分。

在纵向垄断协议领域,实际案件中到底存不存在协议被称为“纵向协议的迷思”(the vertical agreement puzzle)。^⑧中国反垄断法在纵向垄断协议领域也存在类似的“迷思”:不管行为的实质如何,只要有形式上的协议,是否就要被认定为垄断协议?实际是否存在协议呢?具体案件中呈现的矛盾之处在于,虽然在法律适用上依据的是纵向垄断协议的规定,但在分析上遵循的却是市场支配地位滥用这一单方行为的逻辑,又否定了协议的存在。甚至于作为中国反垄断法移植蓝本的欧盟竞争法也存在同样的处理方式。这一结果的形成或有多种现实性因素的考量,但这些因由都难以为当下的理论逻辑冲突寻求到合理性基础。

实际上,以转售价格维持为代表的纵向垄断协议行为普遍存在形式和实质上的差异。形式上,纵向协议是上下游合意的产物,但具体案件中的协议可能是借助纵向关系来实施的横向垄断协议,或者是具有市场支配地位的生产商或经销商单方强加的结果。这种多面性在目前的《反垄断法》实施中并未得到充分认识,且因现行法表述上的不足,使得妥善处理这种横向因素与纵向因素交错、单方与合意上需要实质区分的行为时面临困难。

二、单方行为逻辑的体现

一直以来,垄断协议都是反垄断法实施的重要领域。例如,“十二五”期间,国家发改委共查处价格垄断案件97件,其中垄断协议案件76件。^⑨《反垄断法》实施的前十年,工商和市场监管部门共立案查处反垄断案件82件,其中垄断协议案件40件。^⑩尽管缺少垄断协议案件类型的准确数据,但根据研究者就公开案件的统计,转售价格维持案件在整个价格垄断案件中占据相当的比例,^⑪是非常具有代表性的垄断案件类型。^⑫而围绕应当采用何种基本分析模

式,转售价格维持案件更是在中国反垄断学界与实务界引发了持续争论,凸显出行政执法与司法之间的冲突。不过,仔细分析具体案件可以发现,尽管转售价格维持在《反垄断法》中被归为纵向垄断协议,但不管是在行政执法案件还是反垄断民事诉讼案件中,都是按照单方行为的逻辑展开实质分析与认定的。

(一)中国行政执法案件中的体现

目前,公开行政处罚意见书的转售价格维持案件共有16个,^⑬主要涉及汽车、医药等行业(详见下页表1)。

通过梳理可以发现,这些案件具有如下特点:

(1)虽然是纵向垄断协议的形式,但从行政处罚意见书的内容看,现实中转售价格维持协议各方并不是平等协商,而是一方(生产商)更为主动、强势地推行转售价格维持。例如,在“美敦力案”中,美敦力公司制订涉案产品价格表,列明各销售环节的价格,并发送给平台商和经销商执行;同时还制订了产品经销商串货的处罚规定,经销商一旦发现有低价窜货行为,不论金额大小,原则上一律立即取消经销商资格,或者处以大额罚金,取消经销商订单折扣和信用额度。^⑭(2)虽然反垄断执法机构强调对于转售价格维持协议按照“禁止+豁免”的方式理解,但部分案件中执法机构仍然分析了转售价格维持协议可能带来的危害后果,特别是转售价格维持协议在经销商层面上的影响。例如,在“丰田汽车案”中,反垄断执法机构就认定当事人的行为在两个方面排除、限制了市场竞争:一是限制了经销商间的价格竞争,剥夺了经销商自主定价权,使资源无法得到合理配置,侵害了经销商的合法权益;二是随着与当事人类似行为的累积效应增加,会明显削弱各汽车品牌间的竞争,最终破坏汽车市场竞争秩序。^⑮这也表明,在争议的压力下,执法机构也希望通过竞争效果的说理来合理化处罚结果,以免一旦案件被提起行政诉讼后面临的不利局面。(3)最重要的是,这些案件都只处罚了协议一方,而未处罚另一方,甚至未认定另一方行为违法。例如,在“韩泰轮胎案”中,执法机构确认,“在你公司与你公司上海地区经销商属于独立市场主体,两者存在韩泰品牌轮胎商品的交易关系,你公司的行为违反了《反垄断法》第十四条第(二)项和

表 1

转售价格维持处罚案件的查处情况(按时间顺序)^④

案件名称、案号	主要行为	处罚对象
江苏奔驰案 江苏省物价局行政处罚决定[2014]苏价反垄断案2号	对江苏省不同区域内E级、S级整车的最低转售价格进行限定	北京梅赛德斯—奔驰销售服务有限公司
湖北大众汽车案 鄂价检处[2014]14号	要求湖北省内服务维修价格一致,遵守华中区奥迪经销商价格统一要求	一汽—大众销售有限责任公司
上海信佳汽车案 上海市物价局行政处罚决定书第2520140080号	与经销商达成了固定克莱斯勒、JEEP、Dodge品牌车辆维修保养价格协议	上海信佳汽车销售服务有限公司
强生视力健案 上海市物价局行政处罚决定书第2520140017号	约定下游经营者向消费者转售产品时的促销力度,并执行强生公司的建议零售价	强生视力健商贸(上海)有限公司
依视路案 上海市物价局行政处罚决定书第2520140018号	要求下游经营者按照依视路公司的建议零售价进行销售	上海依视路光学有限公司
韩泰轮胎案 上海市物价局行政处罚决定书第2520160001号	要求下游经销商遵守最低销售价格	上海韩泰轮胎销售有限公司
美敦力案 国家发改委行政处罚决定书[2016]8号	在中国境内市场销售的产品全部采取了转售价格维持方式	美敦力(上海)管理有限公司
重庆新日日顺案 上海市物价局行政处罚决定书第2520160009号	对经销商采取了限定终端零售最低价格的管控措施	重庆新日日顺家电销售有限公司上海分公司、重庆海尔家电销售有限公司上海分公司、重庆海尔电器销售有限公司上海分公司 ^⑤
通用汽车案 上海市物价局行政处罚决定书第2520160027号	与经销商达成限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议	上汽通用汽车销售有限公司 ^⑥
领鲜物流案 上海市物价局行政处罚决定书第2520160030号	制定包括经销商出货价、零售价为一体的巴氏杀菌奶价格体系	上海领鲜物流有限公司
施乐辉案 上海市物价局行政处罚决定书第2520160028号	通过发送邮件的形式向经销商传达了OTC产品一级经销商销售价格	施乐辉医用产品国际贸易(上海)有限公司
vivo手机销售案 [2016]苏价反垄断案1号	当事人在江苏省内控制交易相对人vivo手机销售价格	江苏百胜电子有限公司
伊士曼案 上海市物价局行政处罚决定书第2520170032号	与交易相对人达成并实施固定转售价格行为	伊士曼(中国)投资管理有限公司、首诺国际贸易(上海)有限公司 ^⑦
大北欧案 上海市物价局行政处罚决定书第2520170031号	与经销商签订含有固定转售商品价格内容的经销协议;制定并下发产品价格表	大北欧通讯设备贸易(上海)有限公司
丰田汽车案 苏市监反垄断案[2019]1号	在销售雷克萨斯品牌汽车中存在转售价格维持行为	丰田汽车(中国)投资有限公司
扬子江药业案 国市监处[2021]29号	与下游企业达成固定药品转售价格和限定药品最低转售价格的协议	扬子江药业集团有限公司

《反价格垄断规定》第八条第(二)项的规定,属于经营者与交易相对人达成并实施‘限定向第三人转售商品最低价格’垄断协议的违法行为。”^②但最后只处罚了上海韩泰轮胎销售有限公司。相比之下,横向垄断协议案件中通常不存在这一问题。^③例如,在浙江省江山市混凝土案、^④冰醋酸案、^⑤山东省会计师事务所案、^⑥安徽省滁州市驾校案^⑦等案件中,协议的参与方都被认定违法,并被处罚。即便个别案件中相关当事人因主动坦白而被免除法律责任,但这并不影响对行为违法性的确认。

(二)中国司法案件中的体现

与行政执法机构处理的案件相比,法院审理的转售价格维持案件数量相对较少,能够查询到的仅有6个。一是因为中国反垄断法的实施主要依托于行政执法,反垄断民事诉讼案件的总体数量不高;二是由于法院对转售价格维持行为采用合理原则分析,使得原告胜诉的概率偏低,严重抑制了提起诉讼的激励(详见表2)。

除了“田军伟诉北京家乐福商业有限公司、雅培贸易(上海)有限公司案”(以下简称“田案”)外,涉及这些反垄断民事诉讼案件的原告都是经销商,而被告要不就是生产商,要不就是上级经销商,即纵向垄断协议的相对方。^⑧原告主张根据《反垄断法》第14条

认定协议违法,但自身又是协议的参与方,存在是否能够获得民事救济的争议。^⑨这一问题在“北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案”(以下简称“锐邦诉强生案”)中有典型体现。上海市高院在二审中确认锐邦为适格原告的理由有三:一是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;二是赋予原告诉讼资格,能够破解纵向垄断协议的隐秘性;三是《经销合同》内容是否违反反垄断法需通过诉讼予以确认。^⑩最终,法院判定涉案的转售价格维持行为是违法的垄断协议,原告因此获得赔偿。该案在社会上产生的影响力很大,并曾入选最高人民法院公报案例,反映了法院对转售价格维持行为性质的基本理解,并影响到后续案件的审判。但是,案件判定的逻辑仍然值得进一步商榷:如果锐邦公司是被强迫参与协议并受到损害,那么双方之间没有合意,因此协议不成立,在法律适用上也不应当适用纵向垄断协议的规定;如果锐邦公司是自愿参与,适用反垄断法上对垄断协议的规定,那么锐邦公司同样是违法主体,存在从自己的违法行为中“获益”的问题。

(三)欧盟案例的类似逻辑

中国在反垄断法实施上所出现的前述问题并非

表2

转售价格维持的反垄断民事案件(按时间顺序)^⑪

案件名称	案号	原告、被告关系
北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(上海)医疗器材有限公司、强生(中国)医疗器材有限公司纵向垄断协议纠纷案	(2010)沪一中民五(知)初字第169号、(2012)沪高民三(知)终字第63号	原告为被告经销商
东莞市横沥国昌电器商店与东莞市晟世欣兴格力贸易有限公司、东莞市合时电器有限公司纵向垄断协议纠纷案	(2015)粤知法商民初字第33号、(2016)粤民终第1771号	原告为被告经销商
武汉市汉阳光明贸易有限责任公司诉上海韩泰轮胎销售有限公司案	(2016)沪73民初866号	光明公司是被告在武汉地区的代理经销商,被告韩泰公司是韩泰轮胎在中国的经销商
田军伟诉北京家乐福商业有限公司、雅培贸易(上海)有限公司案	(2016)京民终214号	原告为个人消费者
利辛县贝贝母婴家园诉石家庄君乐宝乳业有限公司案	(2017)皖01民初260号	原告为被告经销商
康健苗苗(杭州)医药有限公司诉登士柏(天津)国际贸易有限公司	(2019)浙01民初3270号	原告为被告经销商

孤例。欧盟竞争法是中国《反垄断法》的蓝本,^⑩在转售价格维持制度上,中国和欧盟竞争法保持了一致。欧盟竞争法下的转售价格维持作为垄断协议的形式而被严格禁止。^⑪而欧盟委员会在转售价格维持案件中大多也只查处了协议的一方(在这一过程中欧盟委员会也意识到这样处理会存在一定的问题)。比如,在2000年左右的转售价格维持案件中,如PO/YAMAHA案、^⑫Volkswagen案、^⑬JCB案、^⑭PIO-NEER案^⑮等,欧盟只处罚了协议的一方主体。又如,在2018年左右的转售价格维持案件中,如DENON & MARANTZ案、^⑯ASUS案、^⑰PHILIPS案、^⑱GUESS案^⑲等,欧盟同样只处罚了生产商。欧盟的处理方式可能也是中国相关案件查处时所借鉴的范例。

在这些案件中,有几个案件需加关注:一是Nathan-Bricolux案。^⑩在该案中,Bricolux、Borgione、Smartkids等都是Nathan的经销商。Nathan实施了转售价格维持行为,但仅Nathan和经销商Bricolux同时被处以罚款。虽然Borgione和Smartkids也是协议的一方,并且在客观上根据自身利益履行了协议,但这些协议是单一经营方(a single operator)和经销商签订并由其强加给第三方的。这些事实使得Borgione和Smartkids未被处罚。而Bricolux却是主动要求Nathan实施协议,并且煽动、实施针对Nathan的其他经销商的报复措施。二是Volkswagen案。^⑪在该案中,Volkswagen AG主张其实施的是单方行为。委员会对此予以了反驳:第一,在其他案中初审法院指出,制造商对授权经销商作出的“意在影响经销商与制造商或进口商的合同表现”都构成协议。这一点在本案明确成立,与是否有劝导性语言没有关联。第二,劝导性语言与第81(1)条并不冲突。Volkswagen AG明确表示大量折扣减损了它的利益,建议转售价格的相关约定包含对价格的计算和调整的安排。第三,当事人的行为也表明了协议的存在。如果不是因为经销协议包含了劝告,制造商很难根据经销协议威胁经销商,如终止协议。经销商一般都会遵循指示,不认为指示超过了经销商协议要求的范畴。第四,经销商的相关言论也表明协议的存在。经销商协会的管理委员会会议议程表明,经销商代表非常支持对于价格的管控,相应措施也未被认为

超出经销协议的范畴。^⑫三是JCB案。^⑬在该案中,委员会认为,地域市场分割也许对一些经销商有利,但一些经销商是在压力之下违背其经济利益行事的。更重要的是,委员会没有证据证明是经销商要求实施这些限制协议。类似地,也没有不同成员国的经销商共谋的证据,尽管有一些条款可能是根据成员国而不同或者只在某些成员国中存在。在每一个涉案成员国,有证据证明,JCB是界定、设置与实施每一协议或协同行为条款的唯一主体。因此,罚款也应当归于JCB Service。

通过上述案件可以看到,单一行为还是协议行为是少数案件的争议点。在判断时,欧盟竞争执法机构一方面强调协议是否是企业单方强加,以确定相应的责任;另一方面却主要在垄断协议的法律框架下分析行为,即便整个协议都是生产商所推动。这里同样存在法律适用上的冲突。

三、单方行为逻辑的现实性解释

从前述案例梳理中可以看到,不管是中国反垄断行政执法机构还是法院,在对待转售价格维持时都呈现出将其作为单方行为来分析的特点。欧盟竞争执法机构也采用类似的做法。相形之下,横向垄断协议案件中却见不到这样的分析逻辑。如此反差带来如下疑问:为什么纵向垄断协议会非常典型地呈现出单方行为的分析方式?要回答这一问题,需首先回到案件中,从现实的角度来观察案件,进而理解这一单方逻辑存在的环境。其中,经销商数量巨大及经销商可能并非自愿参加,无疑是最为重要的方面。^⑭

(一)经销商的数量巨大

转售价格维持协议产生于生产商和经销商,或者总经销商与零售商之间,是上下游关系的体现。在前述查处和审理的转售价格维持案件中,涉及的生产商(总经销商)往往数量较少,但经销商(下级经销商)数量较大。而且,在部分案件中,如果生产和销售分离得比较彻底,加上经销商代理多个生产商的产品,一旦有转售价格维持协议涉及违法,牵扯到的经销商数量就会非常庞大。当存在数量极大的违法群体时,反垄断执法机构就会面临案件查处上的巨大成本和压力。

2013年原国家发改委对于茅台公司、五粮液公司转售价格维持行为进行的查处是中国最早的转售价格维持行政执法案件。在该案中,茅台公司被处以2.47亿元人民币的罚款(上一年度销售额的1%),五粮液公司被处以2.02亿元人民币的罚款(上一年度销售额的1%)。^④同年被查处的还有奶粉企业的转售价格维持案,该案中的被处罚主体包括合生元、美赞臣、多美滋、雅培、富仕兰(美素佳儿)、恒天然在内的6家奶粉生产企业,合计被罚款6.6873亿元。^⑤这两个早期案例具有很强的标杆意义,是原国家发改委拉开“反垄断风暴”的起点。^⑥

在这两个最早的案件中,相关企业所合作的经销商数量都极为庞大。以茅台公司为例,尽管无法查证2013年案件查处时茅台公司经销商的确切数量,但可以查证的2016年至2018年间茅台公司的经销商数量分别为2331家、2979家和2987家。^⑦考虑到因为销售额增长带来的经销商数量增加,大致可以推算出2013年时茅台公司的经销商在1500家以上。五粮液公司的经销商数量应当与茅台公司的大致相当。那么,在该案中如果要同时查处转售价格维持协议的双方,就意味着执法机构要同时处罚超过3000家的企业。相比之下,奶粉是比高端白酒更为平民化的产品,除了专卖店外,大中型超市基本都有销售,所以涉案的经销商数量无疑会更大。即便考虑到6家奶粉企业的经销商有重合(同时销售多个品牌的产品),也必定是一个庞大的数字。

同时涉案的企业数量过多会带来至少两个方面的问题:一是执法成本。这些案件中相关企业建立的都是全国性的销售渠道,采用的通常也都是适用于所有经销商的转售价格维持协议。相应地,如果要查处这些分布于全国各地、数量庞大的经销商,就需要大量的执法人员的参与,并且需要执法机构之间的相互协作。虽然反垄断执法机构将转售价格维持行为按照“禁止+豁免”的方式处理,认定违法行为相对简单,但是查证转售价格维持协议、分别确定经销商的销售额以进行罚没等行动都需要付出一定的执法成本。经销商数量过多无疑会拉长案件的调查和处理过程,导致总执法成本高昂。更何况,在一些案件中,查处茅台公司这样的地方支柱性国有企业

已经非常困难,再增加执法成本就更加难以被接受。^⑧二是巨大的处罚金额带来的执法压力。虽然反垄断法从来都以处罚金额高而著称,并且当年的茅台、五粮液案等转售价格维持案件就因过亿元的处罚金额而吸引了众人的关注,对转售价格维持行为的实施产生了震慑力。但是,若同时对经销商进行处罚的话,案件的总计罚款金额会更高,且波及整个销售行业,这对产业链的冲击巨大。与此同时,罚款金额太高可能会突破企业及当地政府的可接受范围,显著增加案件查处中的对抗、干扰及行政诉讼的风险。特别是在行政诉讼风险上,被处罚的主体越多而相关企业规模较小,往往起诉的激励越强。^⑨

相比之下,横向垄断协议案件中通常不会面临这样的困难。横向垄断协议案件中虽然可能存在涉案主体较多的问题,但很少会超过一百,更勿论上千。2013年左右国家发改委对于保险行业的反垄断有过专门推进,查处了一系列协会组织保险公司达成、实施固定、变更机动车商业保险费率及代理手续费的横向垄断协议案件,如在浙江查处了28家保险公司及协会,^⑩在湖南永州查处了10家保险公司及协会。^⑪这些案件中涉及的协议参与方虽然不算少,但是都无法与纵向垄断协议下茅台公司、五粮液公司的经销商数量相提并论。

横向垄断协议参与主体相对较少有理论上的解释。横向垄断协议是竞争者之间的联合,天生就具有不稳定性,但是在满足一定条件时,横向垄断协议仍然可以成功。最为主要的条件有两个:^⑫一是协商成本要足够低。为了在竞争者之间达成协议,通常需要就数量、价格、销售区域等条件进行谈判。谈判的成本往往与企业的数量成正比。因此,只有相对较少的企业数量,才能降低协商成本而达成协议。二是能够及时发现和惩罚作弊的参与者。横向垄断协议的参与者皆为竞争对手,都有通过作弊获得更大利益的内在激励。只有当作弊者的行为能被及时发现并让其付出的成本超过作弊所得的收益时,才能有效维持协议的运作。受制于这样的限制,横向垄断协议的参与者数量就不会太高,这也是不少横向垄断协议案件中需要通过行业协会从中组织、斡旋来达成协议的重要原因。

(二)经销商并非自愿参与协议

对转售价格维持案件中单方行为逻辑的另一个现实性解释可能在于,在具体案件中,不管是反垄断执法机构还是法院,都发现转售价格维持协议是一方加于另一方,而非两者合意之产物。市场中上下游企业间的市场势力往往并不对等,可能还存在非常大的差距,这导致一方所提出来的协议另一方只能接受。在此情形下,法院或反垄断执法机构不救济原告,或仍对协议中的弱势方进行处罚就会显得不够“公平”。

这一问题在不少案件中都有明确体现。如在“丰田案”中,丰田公司为了有效实施转售价格维持而采取的措施包括:(1)当事人将统一网络报价作为区域经理考核指标;(2)从2016年起要求经销商上传发票至当事人销售管理系统,组织专门人员对上传的发票进行检查,超出限价要求的,经销商必须说明原因;(3)对低价销售的经销商,当事人区域销售经理通过协力会、微信群和电话的方式告知会被削减下月相关车型配车。^④在“重庆新日日顺案”中,当事人向经销商发送通知,对于不遵守转售价格维持的经销商予以扣除全部保证金并下架海尔产品,若不予下架,则永久停止线下业务合作。^⑤这些案件中,上游企业更强势,并采用各种手段强力推行转售价格维持协议。在“锐邦诉强生案”“格力案”等司法案件中,同样也是经销商认为自己被强加了协议,损害了自身利益而提起的诉讼。

这与纵向垄断协议的特点有很强的相关性,并显著区别于横向垄断协议。生产商和经销商都通过产品的最终销售获得利润,二者之间有着很强的相互依

赖关系,也有共同获得更大利益的内在激励。与此同时,由于生产商是购买经销商的销售服务,或者说,产品最终销售的利润需要在双方之间进行分配,因此二者又存在利益上的冲突。这种既依赖又对立的关系使得对部分经销商或生产商的利润最大化决策就未必是整体利润最大化的决策,或者是对相关方利润最大化的决策。因此,在这些案件中,利益分歧完全可能导致生产商违背经销商意愿来推行转售价格维持协议的情况出现。在此情况下,反垄断执法机构在相关案件中判定经销商不承担责任也的确具有合理性。

相比之下,横向垄断协议则很少产生类似的问题。横向协议的参与方本身就是竞争者,因为竞争关系而存在利益上的冲突。将它们结合到一起的是消除竞争后带来垄断利润的预期,而很少能够出现强迫竞争对手加入的情况。因此,尽管横向垄断协议存在发现欺骗与有效惩罚的问题,协议带来的利益往往是由参与方共同分享,参与者达成合意时往往具有自愿性,否则协议事实上无法实施。当然,一般情形中也有例外。在中国查处的横向垄断协议案件中也有只处罚了部分参与者的情况。^⑥这些案件中,或只处罚了行业协会,或只处罚了行业协会在内的部分参与者(部分案件的整理参见表3)。

基于这些案件中大多处罚了行业协会,所以一个合理的推断是:虽然在形式上有众多企业参与了横向垄断协议,但是这些垄断协议可能是由行业协会组织的,部分企业是基于协会的要求而加入,本身可能并没有很强的参与意愿。^⑦这在中国具有现实

表3 部分横向垄断协议案件的处罚情况^⑧

案件名称	竞争执法公告号	参与者数量	实际处罚情况
连云港市建筑材料和建筑机械行业协会混凝土委员会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第1号	17家	处罚6家
江西省泰和县液化石油气经营者从事垄断协议案	2013年第2号	7家	处罚1家,6家另案处理
湖南省永州市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第5号	13家	处罚11家,2家未实际参与
湖南省张家界市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第6号	9家	处罚行业协会1家
湖南省常德市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第7号	10家	处罚行业协会1家
湖南省郴州市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第8号	15家	处罚行业协会1家
云南省西双版纳州旅游协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第12号(1)	84家	处罚行业协会1家,其余相关企业另案处理
云南省西双版纳州旅行社协会组织本行业经营者从事垄断协议案	2013年第12号(2)	25家	处罚行业协会1家,其余相关企业另案处理
麻阳苗族自治县页岩砖经营者垄断案	2015年第3号	29家	处罚10家

性的基础,因为部分行业协会具有公共事务管理职能或很强的政府背景,协会的领导本身也曾经在政府中任职。在此情况下,行业协会的要求对于相关企业具有很强的约束力。此时,反垄断执法机构在特定案件中对这些情况予以充分考量本身便具有合理性的基础。而在这一点上,纵向垄断协议和横向垄断协议具有共通性。

综合上述两个方面可见,经销商数量过大及协议是单方面强加,都可能构成《反垄断法》下将转售价格维持事实上作为单方行为处理的逻辑的一部分,同时也反映出实际案件认定中存在的难题。但是,即便认可这种现实合理性,仍有无法回避的问题,即被查处的转售价格维持协议还是纵向垄断协议吗?能不能一方面将形式上成立的转售价格维持协议都归为纵向垄断协议,并适用相关法律(不管是采用当然违法原则还是合理原则),另一方面又实质性地按照单方行为来认定反垄断责任?

虽然疑问犹存,但是前述分析也已表明,纵向垄断协议隐含了比横向垄断协议更多的可能性。实际案件中虽然存在转售价格维持协议,但“协议”既可能是单方行为的产物,也可能是合意的结果,需要借由相关的证据来加以确认。其实,《反垄断法》仅在“纵向垄断协议”中处理纵向价格固定行为具有一定的误导性。就理论可能性而言,转售价格维持还有比前述案件所呈现的更为复杂的内涵,所以只有全面梳理这些内容,才能更好地解决法律适用上存在的问题。

四、纵向协议的理论可能与法律意义

对转售价格维持行为的竞争效果,学理上有很多研究。在促进竞争方面,主要是认为转售价格维持可以防止搭便车、促进经销商提供服务等。^⑨而从限制竞争的角度看,至少有四个值得关注的可能性:^⑩一是便利了零售商之间的卡特尔;二是便利了生产商之间的寡头合作;三是由一个强力的零售商强加,用于阻止有效率的竞争性零售商进入市场;四是由一个强力的生产商推动,让零售商有动力不销售竞争对手或新进入者的产品。这些理论上的可能性也让纵向垄断协议的实际认定变得较为复杂,其中只有第三种可能性才是严格意义上的纵向

垄断协议。

(一)协议与单方行为上的各种可能

尽管转售价格维持通常被视为纵向协议,但在转售价格维持违法性的讨论中,其违法性的来源主要在于转售价格维持可以用于维系生产商或经销商层面的横向协议。与此同时,具有市场支配地位的生产商、经销商也可以单方面推动转售价格维持协议的实际实施。所以,在转售价格维持行为中,横向因素和纵向因素相互交织。对于这种复杂性,经济学文献只给予了有限的注意。^⑪

1. 用于促进经销商层面的卡特尔

转售价格维持协议最为直接的效果是消除了同一品牌下经销商之间的价格竞争,这会产生和经销商卡特尔同样的效果,而且从经销商层面说,卡特尔协议也有利于它们获得更高的利润。因此,有理由怀疑转售价格维持协议实际上就是经销商之间的卡特尔协议,纵向协议只是一种“掩盖”。之所以生产商会加入这一卡特尔协议中,原因主要在于:在生产商和经销商的关系中,虽然经销商的卡特尔协议会提高生产商获取经销服务的成本,或者因为产品零售价格的提高而减少利润,但是经销商间的价格竞争可能对他们提供的经销服务造成负面影响。^⑫转售价格维持可以确保经销商的利润,从而让生产商获得更高质量的经销服务来增加产品的销售。此时,经销商之间的卡特尔和生产商的利益具有一致性。^⑬

2. 用于促进生产商层面的卡特尔

转售价格维持也可以被生产商用于协调价格。通常来说,即便生产商希望建立卡特尔,但竞争对手的批发价格很难监控,并且,如果零售价格高度不同且由经销商自行定价,在卡特尔协议中进行欺骗就很难被发现。在这种情况下,生产商可以利用转售价格维持来使公众观察到的价格要素处于他们的控制之下。^⑭通过转售价格维持,一个生产商更少有理由去降低批发价格,因为在固定转售价格维持下,经销商无法将降低的价格让利给消费者,从而也消除了生产商降低批发价格,进而通过降低零售价格来扩大销量的努力。而且,在转售价格维持下,由于零售价格被统一,零售价格的变化也更容易被竞争对

手发现。若竞争对手能够快速发现价格变化并做出相应调整,降价的激励就会被限制甚至消除。因此,通过转售价格维持可以更容易发现是否有生产商通过削价在偏离共谋均衡,转售价格维持可以便利生产商之间的共谋。

3. 通过纵向协议限制销售层面的竞争

转售价格维持可以使得拥有市场支配力的现有生产商将零售商激励与自己的激励结合起来,以阻止规模较小的竞争对手进入或扩张。^⑤只要他们能够保持市场地位,现有的生产商就能获得超竞争利润,并且可以与零售商分享零售和批发价格上超常的利润。这里的基本原理在于垄断承诺。^⑥根据学者的研究,如果每个经销商无法看到生产商和其他经销商签订的合同,那么要实现上述超竞争利润时,生产商就有实质性的承诺问题。只有生产商承诺不会随后更便宜地将经销权卖给其他经销商,经销商才会愿意支付高的批发价。但是,生产商可能会进行欺骗。而解决这一问题的一个方式就是生产商采用转售价格维持政策。通过转售价格维持,即便生产商对其他经销商降价,只要第二个经销商不能降低自己的零售价到被维持的价格水平之下,对第一个经销商的损害也得以限制。^⑦这一结论在不同的理论假设中也得到了支持。^⑧

4. 经销商对市场支配地位的运用

在生产商/经销商关系中,如果经销商具有市场支配地位,它就有能力单方面推行转售价格维持协议以保护自己的利益。面对竞争时,具有市场支配地位的经销商可以要求供应商对包括自己在内的所有分销商实施转售价格维持,^⑨这样它就可在经销服务上获得垄断利润,而牺牲生产商以及消费者的利益。^⑩由于产品的价格被固定,能阻止或阻碍基于低价格的分销形式的市场进入和扩展。此外,由于价格竞争难以展开,还可能阻止效率更高的零售商进入市场,或者防止这些竞争者获得足够的规模以降低成本。例如,一家占主导地位的零售商经营着实体店连锁店,它面临着来自网上深度折扣店的竞争。如果这家零售商推动转售价格维持,使得所有的产品价格都一样,那么网上卖家所享有的优势就会减弱。^⑪这种对消费者福利的损害是反垄断政策

的主要关注点。^⑫

从前述分析中可见,表面上呈现为纵向协议的转售价格维持,实际上有多种可能。例如,可以是为了促进经销商之间的卡特尔协议。此外,还存在单方行为和协议行为相互交织的问题。比如,在通过纵向协议来进行承诺,从而限制生产商层面的竞争时,生产商需要具有市场支配地位;而经销商具有市场支配地位时,也可以通过行使市场支配地位来维护自己的利益。这种混合性对于理解转售价格维持的实际效果也具有意义。

以便利卡特尔行为为例,纵向关系的介入对于卡特尔的稳定性具有非常重要的价值。芝加哥学派曾认为卡特尔协议在现实中必定很少且会自行崩溃,但事实并非如此。例如,欧洲委员会在1995-1999年间发现了10起卡特尔案件,在2000-2004年间发现了30起,在2005-2009年间发现了33起。^⑬而据估计,卡特尔被发现的平均概率估计在12.9%至15%之间,^⑭说明大部分卡特尔未被发现并持续存在。存在大量卡特尔的一个原因可能在于纵向关系的引入能够帮助协调卡特尔参与者。有学者在研究转售价格维持时发现,大概有10%~13%的转售价格维持案件中包含了横向共谋。^⑮而研究卡特尔协议案件的学者也发现,在1990年至2007年间,欧盟和美国所查处的81个国际价格卡特尔案件中,有四分之一同时存在纵向协议。^⑯由此可见,转售价格维持的确可以便利生产商或经销商层面的卡特尔,并同时达成上下游之间的合意。^⑰

(二)对反垄断法律体系的意义

中国反垄断执法机构、法院完全以单方行为的逻辑来理解转售价格维持当然存在疑问,这种形式和实质之间的偏差在很大程度上也是反垄断法强调类型化所必然产生的结果。在转售价格维持“协议”实质上存在的四种可能中,既包括了协议,也包含了单方行为;协议中既有纵向协议,也同样可能有横向协议。因此,有必要结合现行法来考虑如何完善法律规定以应对这种复杂性。

1. 协议的证明以及推定

行为是否构成协议应当作为转售价格维持案件的关键。这里当然更强调的是真实合意,而且一旦

被认定违法,协议的参与方都应当承担法律责任。这种区分之所以重要,在于协议和单方行为在反垄断分析模式上所存在的不同。按照当前的反垄断法理论,市场支配地位滥用行为通常应充分考虑行为的正面与负面效果,用合理原则进行分析;而反垄断法对待协议,尤其是竞争对手之间的协议,要比单方面行为严厉得多。^⑧也因为如此,行为被归为垄断协议还是市场支配地位滥用对于违法结果的认定存在显著影响。简言之,如果被认定需适用合理原则,那么行为最终被认定违法的概率就非常低。^⑨

不过,现实中区分协议行为和单方行为可能存在困难。有学者就认为,如果供应商是单方面地要求经销商遵从最低转售价格维持,而经销商默默遵从,就根本不应该被视为是纵向协议。^⑩从生产商确保转售价格维持的角度看,认定协议是否存在困难主要在于行为的多样性和模糊性。针对如下情况,实际的处理方式可以有所差异:(1)生产商和经销商的合同详细规定了经销商需要遵循制造商所设定的价格。(2)合同对于价格没有明确规定;生产商告知经销商除非他们遵从具体的零售价格和指示,否则就会终止合同;对于劝诫和要求之后仍然不遵从的零售商,生产商解除了合同,而对于那些屈从压力的经销商合同继续。(3)合同对于价格没有明确规定;生产商宣布零售价格,并准备终止不遵从这一价格的经销商资格;在生产商发现不遵守的情况时,不予讨论就终止合同。^⑪美国最高法院在“美国诉高露洁公司”一案^⑫中就判定,转售价格维持必须源于协议,而且供应商宣布定价政策并拒绝与单方面背离该政策的分销商做生意是单方行为。^⑬但就算这一方式被接受,也仅解决了部分问题。

不得不说,要直接而清晰、明确地解决上述协议判定难题并不容易。对此,一个相对合适的解决方案是采用推定。推定可以通过两种方式进行:一是将转售价格维持推定为协议行为;二是将其推定为单方行为。相比之下,推定为协议行为更为合适。原因在于,如果推定为单方行为,反垄断执法机构或原告想通过当然违法原则来降低证明责任就很困难,因为需要去证明双方存在合意,而信息不对称

会造成很大的妨碍。与此同时,被调查企业或被告也不可能有动力去推翻推定,披露相关商业活动中的信息。相比之下,推定为协议行为时,适用当然违法原则的不利后果会促使被调查企业或被告尽可能地披露单方行为存在的证据,从而解决信息不对称问题。

2.纵向协议中的横向因素

正如前文所言,虽然转售价格维持通常被视为纵向协议,但是横向要素是转售价格维持反垄断关注的核心,纵向要素远远不及。^⑭而且,不管是生产商层面的卡特尔还是经销商层面的卡特尔,由于纵向关系的引入都会更为稳定,所以这类协议实质上具有纵向、横向要素的混合性,很难简单区分为纵向协议或横向协议。

这与学界之前所讨论的轴辐协议存在类似的问题。轴辐协议之所以成为反垄断法上的问题,主要在于横向协议中加入了纵向关系(轴心),使得通常的横向/纵向协议二分难以将其纳入、归类。^⑮不管是“娄底案”、^⑯“日进诉松下案”,^⑰还是“新兴精英案”^⑱都面临这一问题。学者大多主张按照横向垄断协议予以规制。^⑲在轴辐协议之外,最惠国条款(MFN)也是如此。^⑳如果严格按照横向垄断协议与纵向垄断协议进行划分,就无法解决横向关系和纵向关系相混合的情况。也因为如此,除了在法律规定中考虑纵向关系介入本身对于横向效果所带来的影响外,对具体案件中协议所起作用的实质性判断也应成为最终认定协议参与方责任的重要基础。^㉑

当然,实际案件分析中,将转售价格维持作为便利共谋的方式考虑时,需要充分分析其成立的条件。经销商之间的共谋在现实中面临诸多障碍,这与前文所述共谋成立的前提相吻合。若经销商数量过多,则共谋的可能性就会降低。可以设想一下,茅台、五粮液公司多达数千的经销商如何进行共谋协商?经销商分布于全国各地,各个地方的市场需求、商业环境以及和同类产品的竞争程度都存在差异,甚至差异非常巨大,即便引入生产商来从中协调,也很难达成一致。而且茅台公司每年调整资格的经销商数量达到数百家。这一理论也得到实证研究的支持,在一项针对美国联邦贸易委员会于1965-1982

年查处的转售价格维持案件的调查研究中,研究者发现68个转售价格维持案件中的47个存在分销系统。在这47宗个案中,只有4个在批发或零售层面的经销商少于100家,有4个不到200个经销商,因此,在47个有经销商数量数据的案例中,80%以上涉及200多个经销商。而涉及100(或200)以上决策者的交易商普遍串通似乎不太可能有效,或持续存在进入方面的限制。^⑨这些限制条件也为案件调查的方向提供了筛选机制。

3. 市场支配地位滥用的类型增设

在缺少合意时,生产商或经销商的行为就不能被认定为垄断协议。如果认为该行为会造成对市场竞争的限制,那么更合适的方式无疑是诉诸市场支配地位滥用,这也是目前行政执法机构及法院事实上采用的逻辑。但是,具有市场支配地位的企业通过转售价格维持的方式来排挤竞争对手并不是现行法中明确规定的滥用行为,将面临法律适用上的困难。

现行《反垄断法》第17条列举了搭售、拒绝交易、超高定价、掠夺性定价等6种类型,居于市场支配地位的生产商或经销商直接设定产品的零售价格并不在其中。如要进行规制,则必须通过该条第2款第7项“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”的规定来进行。但这一兜底条款的适用首先要求行政执法机关对新类型行为进行认定,直接排除了法院的管辖。其次,《反垄断法》实施十余年来,真正认定的新类型行为仅有“利乐案”中的忠诚折扣行为。^⑩这也说明,在法律缺少明确规定时,即便授权给行政执法机构,但由于认定新行为类型必定需要大量的论证工作并引发争议,所以也会抑制对新类型行为的扩展。

对此,首先要明确的是,行政执法机构查处的转售价格维持案件数量相当多,并且都是实质上按照市场支配地位滥用的逻辑在进行,说明这一性质的行为较为普遍,将其确定为新类型行为本身具有合理性。其次,也需要转换观念,理解转售价格维持协议实际上可能并非合意,而法律适用要对此做出相应的改变。最后,如果考虑到法律体系之间的逻辑关联、限制竞争后果等问题,而认为单方面设定转售

价格的行为也不应当采用合理原则分析,那么还应当市场支配地位滥用中对其进行单独规定。因此,在修订《反垄断法》时直接将转售价格维持增设为新的滥用形式可从立法端解决执法机关认定可能产生的巨大争议。

五、结语

综上,表面上构成纵向垄断协议的转售价格维持行为在实质上却可能有多种可能性。转售价格维持案件中所产生的单方逻辑冲突也表明,《反垄断法》的现有规定存在体系上的不足,未能很好地虑及行为之间可能存在交叉的问题。同时还应当看到,由于这种形式与实质上的差异,如何对行为进行类型划分也可能存在不同的理解。相比于中国《反垄断法》,^⑪在限制竞争行为的类型划分上,美国反托拉斯法的主流教科书对如何划分行为类型也都存在较大差异。虽然通常都会包含横向垄断协议、并购、支配地位滥用、纵向限制部分,但在具体划分上,有的教科书单列纵向限制(vertical restraints)部分,主要涉及销售与购买关系,既包含了作为纵向协议的转售价格维持、特许经营等,也包含了作为市场支配地位滥用的搭售、价格歧视等类型。^⑫另一些教科书中,纵向限制涉及搭售、排他性交易及纵向协议等,而价格歧视等则单独讨论。^⑬这种不一致性除了因为美国是判例法国家,《谢尔曼法》《克莱顿法》及《联邦贸易委员会法》成文法中法律条文数量少且抽象之外,也反映了这些行为之间界限的模糊所带来的认识差异。特别是纵向关系中,纵向协议和市场支配地位滥用的不同主要在于是否有合意,其他方面的分析几乎一致,而合意说到底无非是在最终认定责任时需要更多主体承担法律责任,这些都是需要理论与实务更深入理解的部分。

实际上,最高人民法院已经开始纠正“锐邦诉强生案”中对于垄断协议的单方逻辑。在近期的“砖瓦协会案”中,横向垄断协议的参与方提起了反垄断民事诉讼,请求损失赔偿。在一审法院支持原告请求的情况下,最高人民法院予以了纠正。在判决书中,最高人民法院提及:“如果原告并非反垄断法所规制的垄断行为的受害者,而是该垄断行为的实施者,其主张损害赔偿,实质上是要求瓜分垄断利益,因而其

并非反垄断法所意图救济的对象。”^⑧这一判断消除了前述在转售价格维持案件中的逻辑冲突。毫无疑问,行政执法机构也应当在执法思路予以改变。

注释:

①转售价格维持的表现形式有多种,本文主要涉及固定转售价格维持与最低转售价格维持。为了行文方便,以“转售价格维持”指代这两种形式。

②代表性论文,可参见丁文联:《限制最低转售价格行为的司法评价》,载《法律适用》2014年第7期,第59-64页;侯利阳:《转售价格维持的本土化探析:理论冲突、执法异化与路径选择》,载《法学家》2016年第6期,第70-82页;兰磊:《转售价格维持违法推定之批判》,载《清华法学》2016年第2期,第94-114页;许光耀:《纵向价格限制的反垄断法理论与案例考察》,载《政法论丛》2017年第1期,第3-13页。

③代表性论文,可参见王健:《垄断协议认定与排除、限制竞争的关系研究》,载《法学》2014年第3期,第35-49页;李剑:《中国反垄断法实施中的体系冲突与化解》,载《中国法学》2014年第6期,第138-153页;洪莹莹:《我国限制转售价格制度的体系化解释及其完善》,载《华东政法大学学报》2015年第4期,第49-60页;李剑:《制度成本与规范化的反垄断法——当然违法原则的回归》,载《中外法学》2019年第4期,第1004-1024页。

④参见最高人民法院(2018)最高法行申4675号行政裁定书。

⑤经营者集中虽然通常被认为是反垄断法的三大实体制度之一,但因其是事前审查制度,审查的竞争问题实际上是垄断协议(协同效应)和市场支配地位滥用(单方效应)。

⑥我国《反垄断法》还规定了共同市场支配地位,也涉及多个经营者的行为。不过,共同市场支配地位强调的是特定市场结构下多个经营者之间作为一个整体的能力,企业相互之间并没有合意。See Boris Etter, The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance: An Analysis of the Recent Decisions and Judgments—By an Economic Approach, 23(3) World Competition Law and Economics Review 104-105 (2000).

⑦从公开的案件看,虽然并非所有的协议参与方都承担了责任,但是绝大多数都承担了责任,对此可参见后文的分析。

⑧See Phillip Areeda, Louis Kaplow, Aaron Edlin, Antitrust Analysis: Problem, Text, and Cases(6th Edition), Aspen Publishers, 2004, p. 570.

⑨参见《发展改革委:“十二五”期间反价格垄断取得重大进展》,载中央政府网, <http://www.gov.cn/xinwen/2016-03/04/content5048981.htm>, 2021年9月5日访问。

⑩参见《反垄断法颁布十年:磨硬“三颗牙齿”合围行政垄断》,载中国法院网2017年8月31日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/08/id/2986162.shtml>, 2021年9月5日访问。

⑪具体比例大概为11%。参见林文、甘蜜:《中国反垄断行政处罚大数据分析报告》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》(第2卷),上海交通大学出版社2016年版,第239页。需要注意的是,与通常计算案件数量不同,研究者是根据受罚当事人个数计件,一名受罚当事人计1件,基于后文将讨论到的原因,转售价格维持案件的实际比例应该更高一些。

⑫目前中国反垄断执法机构只查处了纵向价格协议案件,即转售价格维持案件,而未查处过纵向非价格协议案件。

⑬时间截至2021年6月30日。

⑭需说明的是,本表涉及案件均为目前可通过共同公开渠道查询到行政处罚意见书的案件,且只是公开了行政处罚意见书的转售价格维持案件。部分查处的案件并未公开行政处罚意见书,仅通过执法新闻进行了公告,如2014年的奶粉案;部分案件由地方物价部门查处,但只短暂公开行政处罚意见书,如茅台、五粮液案;另有部分案件因2018年机构改革后行政机关执法权力调整,导致行政处罚意见书无法查证。

⑮三者皆为海尔公司出资设立。

⑯上汽通用汽车销售有限公司为上汽通用汽车有限公司的总经销商。

⑰均为伊士曼化工公司直接或间接全资控股公司。

⑱参见国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2016]8号。

⑲同时还分析了对消费者利益的损害,认为当事人的行为使消费者无法享受到因充分竞争而带来的好处,被迫去接受非竞争形成的价格,承担更高的购买成本,失去了自由选择权,损害了消费者的合法利益。参见苏市监反垄断案[2019]1号。

⑳上海市物价局行政处罚决定书第2520160001号。

㉑基于种种原因,部分横向垄断协议案件并没有查处所有的协议参与方,或者说从公开的处罚意见书中无法确认所有参与方都受到查处(容后详述)。

㉒参见浙工商案[2012]16号。

㉓参见国市监处[2018]17、18、19号。

②④参见鲁工商公处字[2016]第1~23号。

②⑤参见皖市监竞争处字[2020]1~4号。

②⑥后文的讨论都以“田案”之外的案件为基础。

②⑦参见符颖:《纵向垄断协议的诉讼资格及证明责任——“北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(中国)医疗器械有限公司案”评析》,载《交大法学》2013年第2期,第68~77页。

②⑧参见上海市高级人民法院(2012)沪高民三(知)终字第63号民事判决书。

②⑨涉及转售价格维持的反垄断民事诉讼中有一部分并不直接关系转售价格维持行为的分析,而是基于转售价格维持行为违法而主张合同无效的合同纠纷。如“上海必胜客有限公司与合肥银泰城商业管理有限责任公司房屋租赁合同纠纷案”,安徽省合肥市蜀山区人民法院(2018)皖0104民初7750号民事判决书。

②⑩See William E. Kovacic, *Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence in the Future Treatment of Dominant Firms?*, 4 *Competition Law International* 8-9(2008).

②⑪See Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*(5th Edition), Oxford University Press, 2014, p. 149.

②⑫Case COMP. 37975.

②⑬Case COMP/F-2/36.693.

②⑭Case COMP. F. 1/35.918.

②⑮Case AT. 40182.

②⑯Case AT. 40469.

②⑰Case AT. 40465.

②⑱Case AT. 40181.

②⑲Case AT. 40428.

②⑳Case COMP. F. 1/36.516.

②㉑Case COMP/F-2/36.693.

②②委员会还认为,不处罚其他分销系统主体是因为不合适,因为实施侵权行为的倡议是由 Volkswagen AG 发起的,向经销商施加诸多外露的压力也是由 Volkswagen AG 实施的。违反价格管理的经销商会受到威胁或警告,而这些经销商处于经济弱势地位,若不是因为 Volkswagen AG 施加压力,违法协议本不可能存在。这一结论不受经销商对相关价格管理表示欢迎态度的影响。CFI, 03/12/2003, Volkswagen AG v. Commission, Case T-208/01 confirmed by ECJ, 13/07/2006, Commission v. Volkswagen AG, Case C-74/04P. 而初审法院认为,

委员会没有能够证明经销商存在支持供货商的直接或间接的同意,因此未能证明垄断协议的成立。

②③Case COMP. F. 1/35.918.

②④由于司法具有被动性特点且案例较少,所以后续分析主要以行政执法案件为主。

②⑤参见《第一纵向垄断协议罚单:贵州茅台和五粮液固定转售价格案解析》, <https://www.chinalawinsight.com/2013/03/articles/compliance/>, 2021年3月3日访问。

②⑥参见《奶粉价格垄断案结案 六奶企已上缴罚款》,载人民网, <http://finance.people.com.cn/n/2013/0826/c1004-22689499.html>, 2021年2月3日访问。

②⑦需说明的是,在这两个案件中,茅台、五粮液案的行政处罚决定书在贵州省和四川省的反垄断执法机构网站上只有短暂公示;奶粉案的行政处罚意见书则未公开,只有执法新闻。

②⑧参见《茅台经销商神话20年:躺着赚钱的“印钞机”出现裂痕》,载新浪财经网, <https://finance.sina.com.cn/roll/2020-12-04/doc-iiznezxs5103789.shtml>, 2021年3月3日访问。

②⑨参见郭文婧:《反垄断要在被拍桌子时研究法律》,载人民网, <http://opinion.people.com.cn/n/2013/0829/c1003-22733484.html>, 2021年12月3日访问。

②⑩在行政执法过程中,被处罚对象是否会提起行政诉讼对于执法机构来说是一个非常重要的考量因素。相关分析,可参见李剑:《中国反垄断执法机构间的竞争——行为模式、执法效果与刚性权威的克服》,载《法学家》2018年第1期,第96页。

②⑪参见发改办价监处罚[2013]1~29号。

②⑫参见湘工商竞处字[2012]1号、湘工商竞处字[2013]3~12号。

②⑬通常认为,影响卡特尔形成的具体因素包括:(1)厂商数量;(2)市场集中度;(3)产品需求变化;(4)产品差异;(5)市场进入;(6)行业协会;(7)卡特尔成员的市场力量;(8)卡特尔的完备性等。

②⑭参见苏市监反垄断案[2019]1号。

②⑮参见上海市物价局行政处罚决定书第2520160009号。

②⑯相关结论基于公开的行政处罚意见书作出。这些案件中部分经营者没有受到处罚的理由没有交代,部分案件仅说明“另案处理”,实际的情况基于公开信息无从知晓,因此结论会存在一定的误差。

②⑰参与横向垄断协议会限制具有竞争优势的企业扩大市

场份额的能力。

⑤③参见林文、甘蜜：《中国反垄断行政执法大数据分析报告》，载王先林主编：《竞争法律与政策评论》（第2卷），上海交通大学出版社2016年版，第219-220页。

⑤④ See Lester G. Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade? 3 Journal of Law and Economics 86-105(1960).

⑤⑤ See Einer Elhauge, Damien Geradin, Global Competition Law and Economics(Second Edition), Hart Publishing, 2011, p. 765.

⑤⑥在许多情况下，相关的理论研究对于横向关系要素只是简单的假定，而未作深入地讨论或认识。See Amelia Fletcher & Morten Hviid, Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM at Its Worst, 81 Antitrust Law Journal 70(2016).

⑤⑦ See Frank Mathewson & Ralph Winter, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, 13 Review of Industrial Organization 57(1998).

⑤⑧另一个原因在于，卡特尔协议容易受到市场进入的威胁，需要纵向协议的参与来解决这一问题，特别是具有市场力量的经销商会坚持生产商在构建经销商卡特尔中发挥作用。具体分析参见后文对“经销商市场支配地位的应用”的分析，这也在一定程度上说明了实际经销关系上的复杂性。

⑤⑨ See Bruno Jullien & Patrick Rey, Resale Price Maintenance and Collusion, 38 Rand Journal Economics 983, 996(2007).

⑤⑩ See John Asker & Heski Bar-Isaac, Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals, 104 American Economic Review 672(2014).

⑤⑪ See Oliver Hart & Jean Tirole, Vertical Integration and Market Foreclosure, <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/50143/28596063.pdf?sequence=1&lastvisitonJan.2,2022>.

⑤⑫ See Phillip Areeda, Louis Kaplow, Aaron Edlin, Antitrust Analysis: Problem, Text, and Cases(6th Edition), Aspen Publishers, 2004, p. 540.

⑤⑬ See Daniel P. O'Brien & Greg Shaffer, Vertical Control with Bilateral Contracts, 23 Rand Journal Economics 299, 305-06 (1992); Patrick Rey & Thibaud Vergé, Bilateral Control with Vertical Contracts, 35 Rand Journal Economics 728, 740(2004).

⑤⑭ See Patrick Reya, Vertical Restraints and Collusion: Issues and Challenges, 83 Antitrust Law Journal 1(2020).

⑤⑮ See Greg Shaffer, Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practice, 22 Rand

Journal Economics 120(1991).

⑤⑯这种情况下，转售价格维持和最惠国条款(MFN)所产生的竞争效果具有一致性。

⑤⑰ See Roger D. Blair, Wenche Wang, Resale Price Maintenance: An Economic Analysis of Its Anticompetitive Potential, 50 Review of Industrial Organization 160(2017).

⑤⑱ See Abrantes-Metz and others, Libor Manipulation?, 36 Journal of Banking and Finance 136(2011); Kai Hüschelrath, Tobias Veith, Cartel Detection in Procurement Markets, 35(6) Managerial and Decision Economics 404(2014).

⑤⑲ See Kai Hüschelrath & Tobias Veith, Cartel Detection in Procurement Markets, 35(6) Managerial and Decision Economics 404(2014).

⑤⑳ See Pauline M. Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34 Journal of Law and Economics 263(1991).

⑤㉑ See Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork's The Antitrust Paradox, 57 Journal of Law and Economics S33, S41-42 (2014).

⑤㉒这也说明很多转售价格维持协议并不是“经销商服务理论”所能够完全解释的，特别是涉及经销商之间的卡特尔协议时尤其如此，由此导致的反垄断法适用问题将在后文阐释。

⑤㉓ See Mark A. Lemley & Christopher R Leslie, Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence, 93 Iowa Law Review 1243 (2008).

⑤㉔ See Michael A. Carrier, The Rule of Reason-An Empirical Update for the 21st Century, 16 George Mason Law Review 828 (2009).

⑤㉕ See Einer Elhauge, Damien Geradin, Global Competition Law and Economics(Second Edition), Hart Publishing, 2011, p. 766.

⑤㉖ See Phillip Areeda, Louis Kaplow, Aaron Edlin, Antitrust Analysis: Problem, Text, and Cases(6th Edition), Aspen Publishers, 2004, p. 571.

⑤㉗ 250 US 300, 307(1919).

⑤㉘ See Alison Jones, Resale Price Maintenance: A Debate About Competition Policy in Europe?, 5(2) European Competition Journal 486(2009).

⑤㉙ See Amelia Fletcher & Morten Hviid, Broad Retail Price

MFN Clauses: Are They RPM at Its Worst, 81 Antitrust Law Journal 80(2016).

⑤参见张晨颖:《垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起》,载《法商研究》2018年第2期,第102-113页。

⑥保险行业协会组织保险公司固定价格,要求所有的保险公司必须通过保险经纪公司进行出单。而保险经纪公司是属于保险公司的下游经营者,二者之间是纵向关系。

⑦参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第120号民事裁定书。松下公司要求经销商在向其他经销商经营的地域范围内的客户销售产品时报价必须高于正常价格的115%。

⑧参见湖北省工商行政管理局行政处罚决定书鄂工商处字(2017)201号。该案中销售公司与两家原料药生产商分别达成独家销售协议,然后大幅度提高产品价格。

⑨原因在于,若对轴辐协议的理解过于宽泛,则会导致将转售价格维持也被理解为轴辐协议,从而使得《反垄断法》第14条被第13条吸收而失去意义。参见侯利阳:《轴辐协议的违法性辨析》,载《中外法学》2019年第6期,第1602页。但这一理解存在局限,因为转售价格维持协议的多种可能性并不可能导致这种完全的吸收,例如进行垄断承诺的形式。

⑩See Amelia Fletcher & Morten Hviid, Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM at Its Worst, 81 Antitrust Law Journal 70(2016).

⑪在解决转售价格维持应当适用合理原则还是当然违法原则的争议上,将纵向协议下的转售价格维持和横向卡特尔都适用当然违法原则,也可以解决横向协议刻意通过转变为纵向关系来规避法律的问题。

⑫See Thomas R. Overstreet, Jr., Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1983, p. 80.

⑬参见国家工商行政管理总局行政处罚决定书工商竞争案字[2016]1号。

⑭中国《反垄断法》以欧盟竞争法为蓝本,因此也反映了欧盟竞争法的体系划分。

⑮See Eleanor M. Fox & Daniel A. Crane, Cases and Materials on U. S. Antitrust in Global Context(4th edition), West Academic Publishing, 2020.

⑯See Phillip E. Areeda, Louis Kaplow, Aaron S. Edlin, Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases(6th edition), Wolters Kluwer, 2004.

⑰最高人民法院(2020)最高法知民终1382号民事判决书。

The Logical Myth with Unilateral Status in Resale Price Maintenance Regulation

Li Jian

Abstract: Resale price maintenance is a typical form of vertical monopoly agreement. However, in the cases of RPM in China, the law enforcement agencies only penalize one party, and the court mostly recognizes the standing of the plaintiff. From a practical point of view, it takes into account the large number of subjects involved in vertical agreement cases, and the factor that the agreements are imposed on distributors. The similar practices could also be found in the cases of EU. Despite the practice, significant conflict exists between unilateral conduct and the consensual conduct. In reality, the RPM agreements can be not only vertical agreement, but also mixture of vertical and horizontal agreement. Meanwhile, it may also be the result of abuse of dominant position. The various possibilities make it necessary to go beyond the dichotomy of vertical and horizontal agreements, and to respond through the presumption of agreements. In addition, there is need to create new types of abuse under anti-monopoly law.

Key words: vertical monopoly agreement; resale price maintenance; unilateral conduct; consensus