

## RPM——中国反垄断执法乱象探析

王晓晔\*

2016年8月,上海市物价局认定海尔重庆子公司等三家公司因固定其上海经销商的最低转售价格(RPM, resale price maintenance),违反《反垄断法》第14条,开出高额罚单,合计达1234.80万元。除了这个案件,国家发改委系统针对RPM行为一般都是依《反垄断法》第14条的禁止性规定,认定行为违法,并处罚款。但是,2016年8月,广州知识产权法院针对RPM行为则是适用了合理原则,认定珠海格力子公司的行为合法。2013年上海中级人民法院和高级人民法院在其审理的强生公司一案中,也是适用了合理原则。从这些案件中可以看出,反垄断行政执法机构和人民法院处理RPM的思路不同,其结果也不同。针对我国反垄断执法机构对RPM有不同的审理思路的问题,我谈谈以下几点看法:

一、2007年美国Leegin案之前,世界各国对RPM一般都是明确适用本身违法的原则。RPM行为本身违法,这主要有以下三个理由:第一,市场价格应由市场来决定,生产商无权限制销售商的销售价格;第二,RPM与横向卡特尔一样,其结果会抬高价格;第三,消费者不能通过销售商之间的竞争得到低价,因此RPM会损害社会福利。

二、2007年美国Leegin一案中,美国联邦最高法院9位大法官以5:4的结果推翻了1911年Dr. Miles Medical Co.一案确立的本身违法原则。这个判决的观点是,RPM虽然限制同一品牌销售商之间的价格竞争,但有利于推动

---

\* 王晓晔,中国社会科学院法学研究所研究员、湖南大学法学院教授。

不同品牌之间的竞争,而不同品牌之间的竞争比同一品牌销售商之间的竞争更重要。然而,Leegin案留下了许多悬而未决的问题,最大的问题是如何适用合理原则。如果适用合理原则,被告理论上有责任举证“限制品牌内的竞争是合理的”。然而现实中,例如中国的强生公司案,原告得承担全部举证责任,即不仅证明被告拥有市场势力,还要证明RPM有严重反竞争后果,其结果往往是原告败诉。由于RPM一方面存在严重的反竞争问题,即抬高了价格,另一方面原告却几乎全部败诉,Leegin案在国际上引起关于RPM的强烈争论。

三、Leegin案之后,世界各国对RPM仍主要适用本身违法原则。即便在美国,联邦最高法院以5比4通过Leegin判决,大法官Breyer的反对意见指出,“普通美国家庭为此每年得多支出1000多美元”;消费者组织一如既往地反对RPM,因为消费者不能买到更便宜的产品;加利福尼亚州根据《卡特赖特法》(Cartwright Act),至今对RPM适用本身违法原则,例如2013年的Darush v. revision案。美国国会甚至有人建议,通过立法将RPM从合理原则恢复至本身违法原则。美国服装与鞋类协会(全国性商业机构)的国际贸易主管Nate Herman说,“有些人以为Leegin案判决可以使服装和鞋业制造商通过RPM更好地支持品牌产品,但事实上零售价仍然掌握在销售商手里。”在国际竞争的推动下,即便有些奢侈品如Coach line和Manolo Blahnik可以实施RPM,但对绝大多数的鞋类和服装生产商来说,Leegin一案的判决对他们不会有很大帮助。

澳大利亚至今对RPM适用本身违法原则。即便在1995年提出许可RPM申请豁免,但是,竞争与消费者委员会(ACCC)迄今只批准了一个申请,即2014年的图斯特(Tooltechnic)销售品牌高级电动工具案,而且这个批准书附加了限制性条件。ACCC从以下几个方面进行了竞争分析:第一,图斯特品牌在澳大利亚市场不足10%的份额;第二,品牌内竞争激烈,即企业的错误决策容易受到消费者惩罚;第三,图斯特没有动机向零售商提供水平更高的零售利润(倾向于降低零售价促进销售);第四,RPM有助于遏制搭便车行为;第五,申请RPM保护的产品技术复杂,需要提供售前技术咨询、产品展示、“先试后买”以及售后服务等各种有助拓展消费者对产品需求的服务;第六,证据表明提供上述服务的零售商与仅提供基本服务和在线商家的竞争中越来越处于不利的地位。这个案件说明,即便澳大利亚对RPM行为有过豁

免,但总体上对其持反对的态度。

欧盟将 RPM 一直视为核心限制。2010 年《纵向限制指南》提出 RPM 的消极影响包括:提高市场价格透明度,促进供应商之间的共谋;消灭品牌内价格竞争,促进销售商之间的共谋;阻止全部或部分分销商实施降价,推动价格上涨;减少销售环节的创新,阻止有效率的企业或者打折店进入市场等。根据《欧盟运行条约》第 101 条(3)的规定,RPM 行为可以抗辩的理由主要有以下几点:其一,有助于引入新产品,即通过产品推广扩大消费者的需求;其二,针对特许经营或类似商业模式,RPM 有助于短期内的价格协调(2—6 周);其三,针对复杂的产品,RPM 有助于提高售前服务水平,避免或减少搭便车行为。RPM 是否能够满足第 101 条(3)的要求,委员会将评估其对竞争和消费者产生的积极影响和消极影响。

四、我国《反垄断法》第 14 条明确规定,禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:(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……第 15 条第 2 款规定……不适用本法第 13 条、第 14 条规定的,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。这些规定说明,我国《反垄断法》借鉴了欧盟法的规定,对 RPM 适用“核心限制”,即一般予以禁止,但被告有抗辩权,即举证责任在被告。这说明,国家发改委系统审理 RPM 的做法符合立法者的思路。

法院系统对 RPM 适用的“合理原则”至少存在以下问题:(1)《反垄断法》第 13 条和第 14 条都是禁止性的规定,如果第 14 条适用合理原则,这违反立法者的原意。(2)合理原则虽然理论上可普遍适用于所有的案件,但是根据美国法中合理原则的本意,这个原则应适用于基本上合理合法的行为。然而,根据现实的情况,大多数的 RPM 只是存在涨价动机,损害消费者的后果严重,适用合理原则不恰当。(3)适用合理原则的案件往往是根据《民事诉讼法》,要求原告举证 RPM 的反竞争效果超过其所带来的效率。但是作为一个事实的问题,原告举证困难,诉讼成本极高,其结果就是 RPM 行为人胜诉,这是不公平的。(4)我国的国情不宜对 RPM 适用合理原则。目前,RPM 在全球几乎所有国家都被视为本身违法或者核心限制,即使 Leegin 案将 RPM 认定为合法,但是这种行为在美国也是例外。相反,RPM 在我国相当普遍,进入公众视野的只是冰山一角。这种情况下,如果把 RPM 普遍视为合

法,这不利于高效率的销售商,更不利于消费者。

针对上述问题,我的观点是,如果对 RPM 适用合理原则,那么原告、被告之间应当平衡举证责任,特别是 RPM 行为人应举证证明其限制品牌内的竞争是合理的,证明 RPM 行为可以导致消费者利益的最大化。但是,我认为,我国《反垄断法》关于 RPM 不是适用合理原则,而是类似欧盟的核心限制,即这种行为原则上予以禁止,只是在例外情况下可以得到豁免。人民法院普遍对 RPM 行为适用合理原则,这源于 2012 年最高人民法院《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》第 7 条的规定:“被诉垄断行为属反垄断法第 13 条第 1 款第 1 项至第 5 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。”这个司法解释改变了我国《反垄断法》第 13 条、第 14 条和第 15 条的立法结构。问题是,最高人民法院有权通过一个司法解释对我国《反垄断法》第 14 条关于 RPM 的规定作出偌大的原则性改动吗?