

平台经济转售价格维持反垄断原则的适用

唐要家

(浙江财经大学 经济学院, 浙江 杭州 310018)

摘要: 数字经济独特的发展规律要求建立更为有效的反垄断实施体制, 确保反垄断法的高质量实施。转售价格维持协议的本身违法原则和合理原则是互补的关系, 都服务于反垄断法高质量实施的目标。在平台经济中, 转售价格维持能克服渠道“搭便车”和实现网络效应等效应, 但其也会便利寡头企业合谋、实施市场封锁和剥削性定价, 因此案件审查应基于平台经济特殊性适用合理原则。中国反垄断执法实践显示, 对转售价格维持简单适用本身违法原则和缺乏科学的反垄断执法制度保障会严重影响执法质量, 增加执法失误风险。中国纵向限制协议反垄断应坚持合理原则为主的基本走向, 以合理原则构建为核心、强化保障反垄断法高质量实施的制度体系建设。

关键词: 转售价格维持; 本身违法原则; 合理原则; 平台经济; 反垄断实施体制

中图分类号: D912.294 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2021)04-0018-14

一、引言

反垄断政策是市场经济体制国家的基础性经济政策, 有效的反垄断执法是维护市场竞争、促进经济高质量发展的重要保障。近年来, 数字经济快速发展, 数字经济所具有的独特的经济规律以及大型数字平台日益垄断化的特点, 对各国传统的反垄断体制提出了重大的挑战, 如何构建与数字经济相适应的反垄断监管体制, 全面提升反垄断监管效能成为全球性议题。目前关于数字经济反垄断监管具有全球影响的研究主要是英国数字竞争专家组(2019)、欧盟Crémer等(2019)、美国芝加哥大学斯蒂格勒中心(2019)、德国经济事务和能源部“竞争法4.0”委员会(2019)以及美国众议院司法委员会(2020)的报告^①。这些研究报告都强调为有效应对数字经济发展带来的反垄断挑战, 应该建立更有效的执法机构、强化事前监管、完善反垄断审查方法和程序、创新反垄断救济措施等具体的强化反垄断执法的政策建议。

为应对数字经济的挑战, 目前我国正在对《反垄断法》进行修订, 同时为强化平台经济领域的反垄断执法, 国家市场监督管理总局在2021年2月正式出台了《关于平台经济领域的反垄断指南》。总体来说, 我国目前加强反垄断执法的重点集中在完善立法, 反垄断执法则重点强调全

收稿日期: 2021-03-16

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“数字经济政府监管再定位及监管体系创新研究”(19AJY004)。

作者简介: 唐要家(1971—), 男, 辽宁大连人, 浙江财经大学经济学院教授。

^①Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition, 2019. Crémer J, Y-A de Montjoye and H Schweitzer, Competition Policy for The Digital Era, Publications Office of the European Union, 2019. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Report of the Committee for the Study of Digital Platforms: Markets Structure and Antitrust Subcommittee, 2019. Commission Competition Law 4.0, A New Competition Framework for the Digital Economy, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2019. U.S. the House Judiciary Committee, Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations, 2020.

国统一执法和加大处罚力度,而对如何提升反垄断执法的科学性,防止执法失误问题则相对关注不够。2008年《反垄断法》实施以来,中国反垄断执法取得了较好的成绩,反垄断执法部门查处了一批反垄断案件,但在具体案件审查中如何保证案件审查质量以及如何实现公正执法等问题还缺乏相应的制度保障。因此,在完善反垄断法律体系和强调加强平台经济反垄断的同时,也要同步考虑如何完善反垄断法实施机制,以实现反垄断监管体系和监管能力的现代化。

近年来转售价格维持一直是中国反垄断执法的重点,反垄断行政机关查处了相当数量的转售价格维持违法案件,但目前对转售价格维持案件反垄断原则适用问题仍存在很大的争议。对此主要有两种代表性观点:一是以时建中和郝俊淇(2017)、王晓晔(2021)为代表的学者认为,本身违法原则符合中国《反垄断法》的规定,中国转售价格维持案件不应盲目采用与《反垄断法》具有内在不兼容的合理原则^①。二是以黄勇和刘燕南(2013)、兰磊(2016)、丁茂中(2017)为代表的学者认为,对转售价格维持案件采用本身违法原则是不恰当的,应该采用合理原则。合理原则符合经济学理论和经验研究,而且有利于避免本身违法原则打击面过宽和容易出现执法错误的缺陷^②。上述理论争论主要是针对《反垄断法》既有规定和已有反垄断判例,较少涉及如何创新中国反垄断立法和执法体制以及在数字经济背景下转售价格维持反垄断原则适用问题的分析。因此,厘清转售价格维持案件反垄断原则,不仅涉及具体案件执法的科学性问题,更涉及反垄断实施体制构建问题,对此的讨论必须基于中国反垄断制度现实并着眼于数字经济背景下构建高质量反垄断实施机制的目标。

本文基于转售价格维持协议案件反垄断原则适用问题,重点关注平台经济转售价格维持案件的反垄断原则,并基于中国转售价格维持案件反垄断执法实践来探讨如何完善以合理原则为核心的反垄断制度体系,以进一步提升反垄断法实施质量与效能。与以往研究不同的是,本文的分析主要着眼于构建高质量反垄断实施体制为目标,重点关注平台经济转售价格维持的反垄断原则并基于反垄断案例的经验分析,来讨论反垄断执法体制的完善问题。

二、转售价格维持案件反垄断原则的适用

本身违法原则是适用于“垄断协议”的重要反垄断审查原则。本身违法原则是指特定类型的企业限制行为总是内在地具有严重损害市场竞争的效果,对此执法机构不需要对其进行高成本的竞争损害分析而是直接认定其构成非法^③。因此,本身违法原则也被称为“基于形式”的执法原则。根据美国联邦法院商业电器公司案的裁决意见,本身违法原则主要是针对“总是或基本上总是会带来反竞争效应的纵向限制,即充分的经验证据显示其基本不具有效率理由,而是总是或基本上总是会限制竞争和降低产出”^④。因此,本身违法原则的合理性在于该限制协议较大可能具有反竞争效应。

合理原则是美国1911年标准石油公司案首次引入的^⑤,布兰迪斯法官在芝加哥贸易委员会

^①时建中、郝俊淇:《原则性禁止转售价格维持的立法正确性及其实施改进》,《政治与法律》2017年第11期;王晓晔:《转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”之批判》,《法商研究》2021年第1期。

^②黄勇、刘燕南:《关于我国反垄断法转售价格维持协议的法律适用问题研究》,《社会科学》2013年第10期;兰磊:《转售价格维持违法推定之批判》,《清华法学》2016年第10期;丁茂中:《原则性禁止维持转售价格的立法错误及其解决》,《政治与法律》2017年第1期。

^③U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/150/>, 最后访问时间:2020年12月30日。

^④Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/717/>, 最后访问时间:2020年12月30日。

^⑤Standard Oil Co. of N.J. v. United States, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>, 最后访问时间:2021年1月5日。

案中指出合理原则是“法院通常必须考虑特定案件的商业现实、限制协议实施前后的市场状况、限制协议的性质及其实际或潜在的竞争影响”^①。合理原则需要考虑各种情况以决定该限制行为是否产生了对市场竞争的不合理限制,具体的考虑因素包括相关商业的信息和限制行为历史、性质及其效应^②。显然,合理原则针对的是那些竞争效应无法直接作出判断的限制协议,通过进一步分析个案的具体情况来确保做出正确的裁决,是一种审慎的执法理念和追求执法科学性的做法。“合理原则”中的合理性主要体现在三个核心维度:一是具有充分可信和可识别的事实证据,即裁决符合个案的经济现实,具有可信的事实证据;二是具有充分可信的经济学逻辑或理由,即裁决具有合理的经济理由;三是具有公正的举证抗辩程序,即裁决符合合理的程序要求。在上述三个维度中,证据责任配置是合理原则的根本制度保障。从某种意义上来说,合理原则并不是简单地在特定案件中引入经济分析和福利权衡,而是一个反垄断法实施制度体系建设问题。静态来看,反垄断审查原则的适用需要与执法经验、执法理念和执法体制相协调,体现出制度契合性;动态来看,反垄断审查原则适用则要体现出制度协同演化,随执法经验、经济学理论和执法制度的发展而不断优化升级,持续提升反垄断法实施质量。

对纵向限制协议适用何种反垄断原则需要以充分的执法案例和对经济现实分析为基础。美国联邦法院在1979年广播音乐公司案和1982年Arizona案的裁决中多次强调,只有在法院对涉案的限制协议具有充分的执法经验并确信在大多数情况下适用合理原则是无效的,适用本身违法原则才是合理的^③。本身违法原则的基础是充分的反垄断执法判例经验充分证明某种类型的限制协议具有非常大的可能具有限制竞争的效果,显然执法机构的这种“确信”是基于前期对大量案件的充分分析。在这个意义上来说,本身违法原则是合理原则的自然延伸或必然结果,二者本质上是一致的。因此,本身违法原则和合理原则并不是彼此对立的或替代的关系,而是彼此互补共存的关系,二者都是服务于更好地审查限制协议是否具有反竞争效应。

本身违法和合理原则的确立及其区别化应用是高效率执法和正确执法的一种合理平衡。本身违法原则的优点是对特定企业行为给出明确的指导并且具有低法律实施成本的优势,但

	黑色区域	灰色区域	白色区域
本身违法	本身违法	合理推定	本身合法

图1 反垄断执法原则的适用空间

本身违法原则也存在一刀切地加以禁止的武断性问题,广泛运用本身违法原则会增加过度执法的执法失误风险。合理原则具有科学性和裁决公正性优势,但也存在执法程序相对复杂和成本相对较高的不足。完全采用任何一种执法原则而排斥另一种都是不正确的,需要根据经济现实、经济学理论发展、执法经验与能力、法律实施制度水平来实现最佳的组合,实现高质量执法。在反垄断执法当中,反垄断行政执法机构采用何种原则需要根据个案的具体情况和经济现实来灵活运用。从这个意义上来说,不同反垄断原则实际是位于一个连续空间的不同位置,对于那些肯定违法的限制协议适用本身违法原则,对于那些肯定合法的限制协议适用本身合法原则,对于那些无法根据协议类型直接判断其竞争效应,处于灰色区域的限制协议则适用合理原则(参见图1)。本身违法原则和合理原则的边界并不是固定不变的,它很大程度上取决于执

^①Board of Trade of Chicago v. United States, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/>, 最后访问时间:2021年1月5日。

^②Continental T. V. Inc. v. GTE Sylvania, Inc, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>, 最后访问时间:2021年1月6日。

^③Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/1/>, 最后访问时间:2021年1月6日; Arizona v. Maricopa County Medical Soc, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/332/>, 最后访问时间:2021年1月6日。

法成本和执法正确性之间的权衡。在某种意义上,反垄断原则的适用结构实际是一个成本—收益权衡的决策问题^①。美国反垄断审查还创立了合理原则的“快速审查”机制^②,对于具有较大反竞争效应可能的案件以简化的合理审查程序来进行裁决,以提高执法效率。

转售价格维持经济学理论研究为合理原则的适用提供了坚实的理论支持。反垄断法一直以来与主流的经济学理论紧密结合,案件审查通常都是基于可信的经济学分析。合理原则的合理性很大程度上体现在案件审查和裁决所依据的经济学理论逻辑。长期以来,反垄断法之所以将转售价格维持看作是一种本身违法的垄断协议,很大程度上是因为传统经济学理论对这一判断提供了理论支持,即倾向于认为转售价格维持是生产商或经销商实现价格合谋的一种机制,具有同横向价格合谋相同的反竞争效果,并且不具有任何的效率理由。现代反垄断经济学理论研究则指出,由于纵向市场关系的复杂性,转售价格维持并不必然产生反竞争效应,其在很多情况下具有效率促进效应。转售价格维持主要的效率理由是转售价格维持能消除经销商在产品促销中的搭便车行为,促进服务质量提高和品牌商品的销售。在一些市场中,尽管转售价格维持导致产品销售价格提高,但是消费者享受了更好的产品和更高的服务,有利于消费者福利的提高^③。总体来说,经济学理论和经验证据充分显示转售价格维持并不注定或总是具有反竞争效应,在一些情况下其也具有竞争促进效应^④。因此,基于个案分析的合理原则就是恰当的。正如美国法学家霍恩坎普(2017)所指出的:“尽管很长一段时间以来纵向价格限制与纵向非价格限制被适用不同的原则,但二者都适用相同的合理原则已成为基本趋势。对于转售价格维持案件,合理原则是唯一正确的审查机制。”^⑤

三、平台经济转售价格维持适用合理原则的经济学基础

在平台经济中,转售价格维持仍然是各国反垄断执法的重点关注问题,典型的如2018年欧盟委员会对家电企业在线零售市场实施最低转售价格协议的处罚,以及2020年英国反垄断机构(CMA)对高科技乐器生产商在线市场实施最低转售价格协议的处罚。平台经济转售价格维持具有三个新特点:一是转售价格维持的实施主要是借助算法软件来实现,定价算法方便了转售价格的实施;二是转售价格维持的实施主要发生在平台,由于具有独特的交叉网络效应,平台对一侧用户实施的定价限制会对另一侧用户的效用产生影响;三是转售价格维持的竞争影响涉及多个主体和多个市场层次,转售价格维持同时影响消费者、生产商、经销商、平台等相关主体,其对市场竞争的影响包括品牌内竞争、品牌间竞争、平台内竞争和平台间竞争四个层次。这些特点给反垄断审查带来新的不确定性和复杂性。由于平台经济反垄断执法面对更大的不确定性,采取审慎的执法态度并建立科学的程序保障是确保执法正确的必然选择,由此主要适用合理原则就是恰当的。正如霍恩坎普(2019)所指出,在数字经济背景下,除了对赤裸裸的限制直接禁止外,对其他限制行为都要进行细致的案件事实分析并充分吸收平台经济学理论,

^①Thomas A. Lambert, A Decision-Theoretic Rule of Reason for Minimum Resale Price Maintenance, *Antitrust Bulletin*, Vol. 55, No.1, 2010, pp. 167-224; Andrew I. Gavil and Steven C. Salop, Probability, Presumptions and Evidentiary Burdens in Antitrust Analysis: Revitalizing the Rule of Reason for Exclusionary Conduct, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 168, 2020, pp. 2107-2143.

^②FTC v. Indiana Federation of Dentists, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/447/>, 最后访问时间:2021年1月12日。

^③Elzinga, Kenneth G. and Mills, David E., The Economics of Resale Price Maintenance, *Competition Law and Policy*, Vol. 3, 2009.

^④John B. Kirkwood, Rethinking Antitrust Policy Toward RPM, *Antitrust Bull.*, Vol. 55, No.1, pp. 423-472.

^⑤Herbert Hovenkamp. *Principles of Antitrust*, West Academic Publishing, 2017.

以防止执法错误^①。

(一) 平台经济转售价格维持的效率基础

在线交易市场中品牌商品生产商实施的转售价格维持具有消除“搭便车”的效应。反垄断经济学理论和经验研究已经充分证明,转售价格维持会解决“搭便车”问题带来的激励扭曲,促进经销商更好地投资于促销服务^②。在在线交易市场,品牌商品生产商往往会同时在线上和线下两个渠道进行经销。此时,“搭便车”问题由传统的不同经销商之间的矛盾转变为网店与实体店之间不同经销渠道之间的矛盾。消费者往往在线浏览网店,然后到实体店进行实物体验,最后在网店以低价格购买,此时实体店则变成了单纯的“体验店”或“试衣间”,“店选网购”中消费者“跳单”行为成为搭便车行为的新体现^③。Van Baal 和 Dach (2005)的经验分析发现,有26.4%的消费者在网店下单前会逛实体店,即网店消费者中有四分之一左右的消费者实施“搭便车”行为^④。消费者在网店与实体店之间的搭便车会对高成本、高价格的实体店带来巨大冲击,而实体店的关闭则会对品牌商品的市场销售造成不利影响。为此,品牌商品生产商可能会实行转售价格维持或对实体店和网店的商品种类分配实行差别供应或错时供应^⑤。在平台经济中,消费者价格信息搜寻成本,降低使消费者对价格更敏感,这增强了“搭便车”问题,强化了转售价格维持克服“搭便车”的竞争促进理由^⑥。

平台实施的转售价格维持能促进网络效应的实现。在流媒体、应用软件平台,平台通常对媒体生产商、软件开发者的零售价格实行限制。由于数字平台的双边市场属性,平台的定价既要考虑价格水平也要考虑价格结构。数字平台实施的转售价格维持可能是平台实现跨侧网络外部性内部化的重要机制。Evans (2013)分析指出,双边市场中的纵向限制协议往往具有稳定消费者预期和增加跨侧用户福利的效应,有利于更好地实现网络效应^⑦。Hagiu (2006)、Hagiu 和 Halaburda (2014)对具有双边市场属性媒介平台的分析显示,媒介平台担心发行商索要高价格从而降低对另一侧用户的吸引力或者发行商之间的过度价格竞争会降低服务质量,为实现正确的激励,平台会实行转售价格维持来保持产品的低价格或促进经促销服务,从而吸引另一侧用户的参与,以创造更大的平台生态价值^⑧。Gabrielsen 等 (2018)的分析指出,由于交叉网络效应,平台有更强的激励来实施转售价格维持,在平台间竞争弱时会实施最高转售价格维持,在

①Hovenkamp, Herbert. Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case, Faculty Scholarship at Penn Law, No.2058, 2019.

②Telser, Why should Manufacturers want Fair Trade?, The Journal of Law & Economics, Vol.3, 1960, pp. 86-105; Mathewson and Winter, An Economic Theory of Vertical Restraints, The RAND Journal of Economics, Vol.15, 1984, pp. 27-38; Benjamin Klein, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding, Antitrust law Journal, Vol. 76, No.2, 2009, pp. 431-481; Ralph A. Winter, Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition, Quarterly Journal of Economics, Vol. 108, No.1, 1993, pp. 61-76.

③于立、冯博、徐志伟:《跳单与RPM互克理论及其政策涵义》,《价格理论与实践》2014年第3期。

④Sebastian Van Baal and Christian Dach, Free Riding and Customer Retention Across Retailers' Channels, Journal of Interactive Marketing, Vol.75, 2005, pp.75-85.

⑤在线交易市场的出现使传统的地区独家经销协议促进经销商促销激励的作用失效。对在线转售价格限制的本身违法禁止可能会造成生产商将新款或高端产品仅供应实体店,这会降低网店的产品质量,从而降低网购消费者的福利,不利于在线交易市场的发展。

⑥Note, Leegin's Unexplored "Change in Circumstance": The Internet and Resale Price Maintenance, Harvard Law Review, Vol.121, 2008, pp. 1600-1621.

⑦Evans, D. S., Economics of Vertical Relations for Multi-Sided Platforms, Working Paper, 2013, p.9.

⑧Hagiu, A., Pricing and Commitment by Two-Sided Platforms, The RAND Journal of Economics, Vol.37, No.3, 2006, pp. 720-737; Hagiu, A. and Halaburda, H., Information and Two-Sided Platform Profits, International Journal of Industrial Organization, Vol.34, 2014, pp. 25-35.

平台间竞争强时会实施最低转售价格维持^①。因此,在平台具有交叉网络效应的情况下,流媒体平台对版权作品、APP平台对应用软件实施的转售价格维持是实现交叉网络效应并创造生态价值的重要机制。

(二) 平台经济转售价格维持的反竞争效应

互联网显著增加价格透明度,大幅度降低了消费者的搜寻成本,这会促进价格竞争,但同时也使寡头品牌生产商或支配平台更容易基于大数据算法来实行价格监督和价格控制,这又可能会削弱价格竞争。平台经济转售价格维持往往具有多重竞争损害,其主要的反竞争效应为:

1. 价格合谋效应。一是如果支配地位平台对平台内的重要品牌生产商都要求实行跨平台最低转售价格维持,则会促进平台内和平台间不同品牌的价格合谋,消除价格竞争。如果平台要求生产商实施的最低转售价格维持仅限平台内特定品牌商品,同时该品牌生产商在其他平台可以自由定价,则这既不会限制平台间的品牌内竞争,也不会限制品牌间和平台间竞争,不具有合谋效应。二是如果少数几家寡头平台都要求在线市场重要品牌生产商实行最低转售价格维持,高累积率会促进平台间价格合谋,同时限制品牌内、品牌间和平台间竞争。三是如果寡头品牌生产商之间共同实施在单个支配平台或多个平台的转售价格维持协议并借助算法定价实现对竞争对手定价的监督和及时反应,则会产生促进生产商之间合谋的效应。四是在寡头市场中,支配生产商实施最低转售价格维持会软化价格竞争,诱发其他企业也实行高价格,从而形成一种默契的价格合谋。

2. 市场封锁效应。如果支配平台要求所有或重要的品牌供应商在所有平台销售同一款商品都实行统一的最低零售价格,在其他平台的定价不能低于在本平台的报价。此时,平台要求品牌供应商实施的跨平台最低转售价格维持实际是一种跨平台价格校准机制,其不仅消除了跨平台价格竞争并带来合谋效应,也可能会封锁新进入平台通过低价格吸引更多用户以获得有效参与竞争所必需的用户基础,从而产生市场封锁效应。

3. 剥削性滥用效应。如果实施企业是相关市场具有非常高市场份额的支配企业,最低转售价格维持可能会成为维持市场势力和垄断性高价格的机制,提高整个产品系列的零售价格,对消费者构成直接的伤害,是一种单方的剥削性滥用。反垄断法要特别禁止导致平台两侧用户支付的价格都出现上涨的平台转售价格维持,或支配企业对所有经销商或所有经销渠道都实施严格的转售价格维持协议行为^②。

(三) 平台经济转售价格维持合理原则的适用

国家市场监督管理总局2020年2月发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》第二章第七条对数字经济背景下企业利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式达成固定转售价格和最低转售价格维持协议作出了原则性禁止规定,但是没有同时给出数字经济中可能的豁免理由,而

表1 平台经济转售价格维持的经济效应

反竞争效应	效率效应
合谋促进效应	消除搭便车
市场封锁效应	实现网络效应
价格竞争软化效应	质量或品牌证明
剥削性滥用效应	激励新产品试销

只是笼统地对其适用《反垄断法》第十五条的豁免条件规定。由于《反垄断法》第十五条的豁免条件更多的是宏观经济影响或社会性因素考量,其并没有针对数字经济平台商业模式的特殊性给出有针对性的豁免条件解释或效率主张的可能理由,因此,《关于平台经济领域的反垄断

^①Gabrielsen, Johansen and Lomox. Resale Price Maintenance in Two-sided Markets, Journal of Industrial Economics, Vol.66, No.3, 2018, pp. 570-609.

^②这里的“严格”主要是指对不遵守转售价格维持协议的经销商实行严厉的处罚措施。

指南》第七条的实施仍然充满较大的不确定性,有待细化明确。根据上面的分析,我们将平台经济转售价格维持的反竞争效应和效率效应总结在表1中。

平台经济转售价格维持反垄断审查需要同时关注价格维度和非价格维度。反垄断法的根本目标是保护消费者福利。消费者福利不仅包括低价格,也包括产品质量、服务、隐私、创新等非价格因素。在转售价格维持案件审查中,仅仅证明转售价格维持导致该品牌商品高价格并不足以证明其是反竞争的。如果转售价格维持导致品牌商品高价格时还实现了“高质量+高服务”的组合,更好地促进了品牌商品之间的服务、创新或隐私保护竞争,则高价格本身就不一定是伤害消费者福利的。平台经济中的高质量、高服务主要体现在消费者用户隐私保护程度的提高、过度插入广告数量的减少、产品或服务创新等非价格维度。在多边市场平台向消费者免费供应的情况下,这些非价格因素应成为判定对消费者福利影响的重要维度。另外,由于平台经济转售价格维持也可能是一种市场封锁行为,反垄断审查也要关注其是否导致对竞争对手或新进入者的市场封锁,特别是对潜在竞争或创新性进入者的封锁,从而保护破坏性创新和动态竞争。

平台经济转售价格维持反垄断审查应重点关注限制平台间和品牌间竞争。平台经济转售价格维持不仅会限制品牌间竞争,也会限制平台间竞争,对这两种竞争的严重限制应该受到严格禁止。一是同时限制平台间竞争和品牌间竞争的转售价格维持通常发生在多个寡头供应商共同在所有平台都实施转售价格维持,并借助算法来实现价格协调的情况。二是仅限制平台内的品牌间竞争。如果转售价格维持仅在支配平台的在线市场中实施,则需要分析支配平台市场份额、消费者平台多属、消费者价格信息搜寻成本以及转移成本等,以做出进一步的判断。如果该平台是“守门人”地位的平台,由于平台间竞争较弱,转售价格维持在严重限制平台内品牌间竞争的同时,也会对平台间竞争造成损害。三是仅限制单个平台内的品牌内竞争。此时转售价格维持如果还面临有效的平台内其他品牌竞争,或消费者到其他平台购买同一品牌商品的转换成本较低,则其不会伤害市场竞争。显然,在同时存在充分的平台内品牌间竞争和平台间品牌竞争(品牌内和品牌间)的情况下,转售价格维持不会产生反竞争效果。

平台经济转售价格维持反垄断审查要重点突出对定价算法的审查。由于在线交易市场中转售价格维持是基于人工智能算法来实现的,反垄断应强化对算法的审查,特别是审查定价算法是一种品牌内的管理工具还是监测竞争对手价格变化并同步调整的便利合谋工具,对具有便利合谋效应的定价算法则应严格禁止。如在美国和欧盟对苹果电子书案中,苹果要求电子书出版商采用代理模式从而取消零售商的定价自主权而维持转售价格的统一,并采用平台比价条款来根据竞争对手平台的零售价格来定价。由此,平台与出版商共同实施了价格合谋。算法审查重点是:其一,算法程序审查,打开算法黑箱,通过程序代码分析或算法模拟运行来测试程序代码是否具有明显的价格合谋目的;其二,算法程序运行的投入分析,如果寡头企业之间采用相同的定价算法或共享定价所需的大数据,则算法很可能会促进价格合谋。

平台经济转售价格维持反垄断审查需要特别考虑平台经济特定因素的影响。首先,平台的市场势力。由于数字经济的强规模经济和网络效应,市场更容易出现赢家通吃的冒尖现象,具有守门人地位的平台实施的针对多个重要品牌生产商的转售价格维持往往具有严重的反竞争效果,应该成为反垄断的重点。守门人平台对主要品牌商家实施的转售价格维持与独占交易合约、最惠消费者条款等结合的复合型纵向限制更应严格禁止。其次,交叉网络效应的跨侧影响。反垄断审查要同时考虑交叉网络效应下两侧用户的总体福利,并权衡跨侧外部性的内部化效应与合谋效应。如果转售价格维持吸引更多的用户并且平台商家用户的利润也没有由此降低,则其应该是提高社会总福利的;如果转售价格维持并没有带来消费者数量的显著增长并同

时提高了对单侧或两侧用户的收费,则其是降低社会福利的,应该受到禁止。再次,消费者平台多属情况。消费者平台多属性决定平台竞争程度。消费者平台多属主要是受消费者获取价格信息的难易程度影响,平台间比价信息获取对转售价格维持案件福利具有重要影响。为此,需要分析市场当中是否存在独立第三方提供的平台比价网站,如果第三方网站或平台向消费者提供免费的的不同平台同类商品的比价服务,则会便利消费者的跨平台转换,促进平台间竞争。最后,平台商业模式类型。转售价格维持对应用软件、视频游戏、数字音乐等软件平台具有较强的外部性内部化作用,能够便利消费者并促进创新。平台设立初期或对新进入市场品牌生产商实施的转售价格维持更可能具有效率效应,但是一个具有稳固市场地位的平台或品牌生产商长期实施的转售价格维持则应受到重点审查。

四、中国转售价格维持案件反垄断原则的适用

反垄断原则在具体案件中的科学适用是决定案件审查质量的重要因素,其不仅取决于基于经济分析的竞争效应审查框架,也取决于反垄断原则适用的制度体系。转售价格维持协议案件一直是中国反垄断执法的重点,积累了一定数量的案件,为我们分析中国转售价格维持案件反垄断原则适用绩效提供了现实基础。

(一) 转售价格维持案件反垄断执法的特征

为了分析转售价格维持协议反垄断执法的特征和反垄断原则的适用情况,我们搜集整理了自2008年《反垄断法》实施以来国家反垄断机关、地方反垄断机关和法院司法裁决并对社会公开的转售价格维持协议案件,共计25件。通过对这25件案件的分析,我们总结出如下的基本特征:

1. 反垄断执法案件主要针对固定转售价格和最低转售价格协议

转售价格维持协议分为固定转售价格、最低转售价格维持、最高转售价格维持和建议转售价格。在25起样本案件中,固定转售价格维持案件数量为3起,最低转售价格维持案件数量为15起,同时具有固定转售价格和最低转售价格维持的案件数量为7起,总体来说,25起案件都是涉及固定转售价格和最低转售价格维持。根据反垄断经济学的分析,在四种类型转售价格维持协议中,固定转售价格和最低转售价格维持具有较大的促进合谋效应可能,而最高转售价格维持和建议转售价格则一般不会产生反竞争的价格合谋效应。因此,依据案件的类型,反垄断更倾向于对固定转售价格和最低转售价格维持适用本身违法原则。从中国案件转售价格维持协议形式来看,适用本身违法原则具有一定的合理性。

2. 反垄断执法案件主要集中在消费品市场

不同行业的商业经济现实对转售价格维持协议的竞争效应具有重要影响,是反垄断审查的重要现实基础。从案件行业分布来说,在25起案件中,有5起案件属于要素产品市场,有20起案件属于消费品市场,消费品市场案件占比为80%。从具体的行业来说,汽车行业案件数量最多为8起。总体来说,转售价格维持反垄断执法以消费品市场为主,并主要集中在汽车行业。根据反垄断经济学理论,转售价格维持的效率理由主要适用于技术复杂的消费品或品牌商品,因此其更倾向于适用合理原则;而生产要素市场由于产品同质性特征,转售价格维持的效率理由难以成立,因此其更倾向于适用本身违法原则。根据这一判断,显然对技术复杂性消费品市场采用本身违法原则会存在较大的执法失误风险,由于品牌汽车销售具有满足效率理由的产品或市场基础,应该采用相对严谨的合理原则进行审查^①。对一汽大众有限责任公司及部分奥迪

^①唐要家:《转售价格维持的经济效应与反垄断政策》,中国人民大学出版社2013年版,第53-98页;Australian Competition and Consumer Commission, Online Vertical Restraints Special Project Report, International Competition Network, 2015.

经销商转售价格维持、克莱斯勒(中国)汽车销售有限公司转售价格维持、上汽通用汽车销售有限公司最低转售价格维持、江苏省市场监督管理局查处的奔驰汽车公司转售价格维持、丰田汽车(中国)投资有限公司转售价格维持、东风日产汽车公司转售价格维持、长安福特汽车公司转售价格维持等案件的反垄断执法存在一定的执法失误风险。根据上述案件裁决后发布的公告或裁决书可以发现,个别案件的裁决依据及理由还存在一定的争议和可信性问题,特别是上述案件中执法机构对品牌汽车经销中的转售价格维持导致限制“品牌间竞争”所给出的理由或证据存在一定的瑕疵。

3. 反垄断执法具有行政执法主导和地方跟随执法的特点

从案件执法机构来看,在25起案件中,反垄断行政机关执法案例数量为20起,法院诉讼裁决案件数量为5起,即80%的案件是行政执法案件。在行政机关执法案件中,国家执法机关查处的案件数量为5起,地方执法机关查处的案件数量为15起^①,地方执法机关查处的案件数量占行政机关执法案件数量的比例为75%,占全部案件总数的60%。在地方执法案件中,上海和江苏反垄断执法机关的执法案件数最多,总共为11起。上述数据显示,转售价格维持反垄断执法具有明显的行政执法为主的“强行政、弱司法”,以及地方反垄断行政机关执法为主的特点。地方反垄断机关的执法具有典型的跟随国家执法的特征,这里少数案件是在国家执法机关授权下的地方执法,但更多的是地方执法机关的跟随执法。地方反垄断机关的这种“跟随式”执法的优点是有助于迅速开展执法行动,但也可能产生过度执法和背离地区市场竞争状况的政绩导向的执法问题。

4. 行政执法和法院司法适用的审查原则具有一定的差异性

在25起案件中,反垄断行政机关执法的案件数量为20起,法院司法裁决的案件数量为5起。从案件适用的审查原则来看,反垄断行政机关的案件执法基本都是适用本身违法原则,案件的审查都是基于当事企业实施了转售价格维持协议的事实来直接认定违法并处以相应的罚款;法院裁决的案件则都采用合理原则来充分分析案件的经济现实和可能的竞争影响,个别案件中甚至涉及依据《行政诉讼法》对“明显不当的”行政行为进行审查。在法院裁决的5起案件中,海南裕泰科技饲料案、武汉市汉阳光明贸易有限公司与上海韩泰轮胎案、康健苗苗医药有限公司与登士柏国际贸易有限公司纵向垄断协议纠纷案3起案件原告的诉讼请求被法院驳回;在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纵向垄断协议纠纷案中,法院认定被告的最低转售价格维持不构成纵向垄断行为;在北京锐邦涌和诉强生公司案中,法院认定被告的最低转售价格维持构成非法垄断协议。其中,在海南裕泰科技饲料案中,一审、二审法院审理的焦点问题是海南省物价局认定海南裕泰科技饲料公司实施转售价格维持协议构成违法是否正确。在上海韩泰轮胎案中,原告是在上海市物价局对被告实施转售价格维持协议构成违法的事实认定基础上提起的后续诉讼,上海高级人民法院在审理中维持了一审法院认定被告实施的转售价格维持协议不构成垄断协议的判决结果,作出了与反垄断行政机关完全不同的裁定。从理论上讲,行政执法和法院司法适用的法律及标准是一致的,都是依据《反垄断法》的有关规定,但行政执法机关和法院在对审查原则的理解与适用方面存在一定的偏差。目前行政执法和法院司法采用不同反垄断原则割裂了《反垄断法》统一适用的基本要求,同时行政执法和法院司法适用原则的不一致还会带来体制冲突,一些当事企业如果对反垄断行政机关的行政裁决不认可,则会在行政裁决之后向法院提起行政诉讼,或者为避免被不公正对待,直接向法院提起民事诉讼,增加诉累和司法成本。

^①2013年茅台五粮液转售价格维持案是由国家发改委和贵州、四川两地的执法机关作出处罚的,所以也归类为地方行政机关执法。

5. 案件处罚措施具有较大的不统一性和不确定性

首先,案件罚款金额具有较大的不一致性。25起案件的单个企业罚款额平均值为违法企业上一年度销售收入的2.66%,单个企业罚款额最高的为上一年度销售收入的7%,最低的为免除罚款,体现出较大的差异性(见图2)。其次,罚款额确定标准不明确。在25起案件中,案件的罚款额确定都没有给出明确的计算依据,判决书的表述大多是“根据被告违法行为的程度、积极整

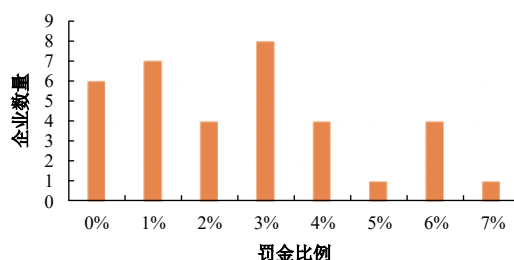


图2 转售价格维持案件罚金比例分布

改的态度进行处罚”,其中如何判断违法程度以及对应罚款额并不明确,特别是将被告“积极整改的态度”作为反垄断罚金确定因素本身就存在问题。再次,处罚地区的不确定。如汽车经销市场的转售价格维持案件主要是由上海、江苏等省市的反垄断机关来查处,但是实施该行为的品牌汽车企业同时在国内多个省份经营,反垄断相关市场是全国市场,由此当事企业跨地区经营与省级执法机关依据属地管辖权来查处之间存在冲突。最后,处罚对象具有不确定性,即处罚生产商还是经销商存在不确定性。在湖北奥迪案、上海克莱斯勒案、江苏奔驰案、哈大齐地区天然气案中,生产商和经销商都受到处罚,而在茅台五粮液案、进口奶粉案、镜片案中,仅生产商受到处罚。

(二) 转售价格维持案件的审慎性“本身违法原则”

根据《反垄断法》第十三条第二款的规定,构成“垄断协议”的两个要件是存在协议、协议具有排除限制竞争效果。《反垄断法》第十四条明确规定禁止经营者与交易相对人达成固定转售价格、最低转售价格等垄断协议。根据该条规定,只要一项协议具备固定转售价格或维持最低转售价格就构成非法。同时,《反垄断法》第十五条则规定了不适用第十四条的“情形”,特别是规定“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”。由于缺乏反垄断判例或相关指南对纵向限制协议反垄断审查的进一步解释,对转售价格维持协议反垄断审查原则的适用还存在一定的模糊性。反垄断执法既可能依据第十四条根据转售价格维持的形式来直接认定其为非法,也可以通过进一步审查第十五条规定的“情形”来对其加以豁免。总体来说,根据中国《反垄断法》第十四条和第十五条的规定,对转售价格维持采取的是“原则禁止+例外豁免”的执法体制,这既不是严格意义上的本身违法原则也不是严格意义上的合理原则,而是在总体上坚持本身违法原则的同时针对特殊情况采取个案豁免^①。但是由于“例外豁免”缺乏明确的相关制度保障,特别是《反垄断法》没有建立明确的纵向限制协议例外豁免的效率抗辩程序保障,从而使得“原则禁止+例外豁免”变成了事实上的本身违法原则,即企业一旦从事第十四条所禁止的固定转售价格或维持最低转售价格就会被认定为非法。

中国转售价格维持案件的反垄断行政执法实际坚持的既不是严格意义上的本身违法原则也不是合理原则,而是采取谨慎执法的原则。因为严格意义上的本身违法是,只要执法机关发现当事企业的违法事实,则可以直接认定其构成违法,并不需要进行市场界定和竞争损害分析。为避免执法错误而造成对市场运行的损害,国家市场监督管理总局在案件审查中往往基于个案的经济现实进行一定的经济分析并在综合权衡总体影响后,审慎地作出裁决结论。只是出于各

^①国家市场监督管理总局2020年1月发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》第二章也试图对“原则禁止+例外豁免”进行制度完善,特别是强调原则禁止和例外豁免的统一,但是由于缺乏科学明确的制度设计和程序保障,“例外豁免”仍然不具有现实的可实施性,纵向限制协议的反垄断行政执法仍将是本身违法原则的普遍适用。

种原因,在案件裁决公告中仅发布了案件调查的基本事实、裁决结论和处罚措施,并没有公开详细的调查分析的证据细节和经济分析过程。当然,在极少数特定案件中,如果有充分的证据显示转售价格维持具有明显的竞争损害效应,则反垄断机关将不再进行详细的经济分析而是直接作出裁决。总体来说,尽管国家反垄断执法机关采取了审慎的执法审查,并在一定程度上保证了案件裁决的相对正确性,但是由于竞争效应分析不是必要的审查程序,其本质上仍然属于本身违法原则。

地方反垄断执法机关的跟随执法则普遍适用简单的本身违法原则,降低了执法质量。经验显示,中国地方省级执法部门的执法能力相对不足并且具有较大的地区差异性,其具有较高的执法失误的风险,在一些案件的查处中存在一定的武断性和审查分析瑕疵。中国反垄断行政执法体制是来自于传统的计划价格管理的部门分工和中央与地方的分权体制,这一体制不利于反垄断行政执法质量的提高。地方反垄断行政执法部门为了彰显执法成效或业绩,泛化转售价格维持案件查处并将转售价格维持案件查处数量作为政绩目标并不是一个值得肯定和鼓励的事情。首先,转售价格维持是否是影响目前中国经济中市场竞争的主要垄断行为本身是不明确的,特别是对其大规模执法是否符合各个地区的市场竞争状况更不明确;其次,反垄断行政执法质量或成效的高低并不与查处的案件数量或罚款额度有关,反垄断行政执法主要是通过通过对典型重大案件的执法来重塑企业行为规则,发挥反垄断执法的警示和倡导作用,而不是不分企业规模和经济损害筛查式执法,这种对同一类型案件的大范围执法体现出了传统行政体制运动式执法的影子,给行政资源的最优配置和微观市场的运行都会带来一定的负面影响,是一种高成本且不审慎的反垄断执法。

五、促进反垄断法高质量实施的合理原则适用及制度完善

(一) 坚持合理原则为主的基本走向

合理原则是促进反垄断执法体系和执法能力现代化的重要路径。合理原则的适用是一个国家反垄断高质量执法的重要体现,是反垄断制度体系和执法能力现代化的重要影响因素。转售价格维持反垄断执法审查由主要适用本身违法原则转向主要适用合理原则,由形式主义转向效果主义,反映了一个国家反垄断执法能力和执法水平的提高,是一个国家反垄断制度成熟度的重要体现,是中国反垄断执法体制必经的成长之路和目标走向。首先,这一转变是执法实践经验丰富化的体现,合理原则是基于丰富的反垄断执法实践经验而发展出来的,是执法由经验上升到科学的过程。其次,这一转变是执法精细化的体现,反垄断执法由主观经验判断为主转向大量运用经济学分析方法进行精细化分析和权衡各种效应,是执法由粗放转向精细的过程。再次,这一转变是执法公正化的体现,反垄断执法本身是一种行政裁决,只有保证裁决的公正性才能充分保障当事企业的正当权益,合理原则能够保证案件裁决建立在可信的证据、合理的法律适用和正当程序的基础上,降低法律适用的不确定性,能够保障当事企业的正当权益。合理原则不仅仅是一种反垄断案件审查机制,也是反垄断法实施的一种制度理念。从某种意义上来说,合理原则的适用是法治精神的体现。最后,这一转变是执法制度理性化的体现,行政执法本身具有冲动、非理性的内在缺陷,需要通过有效的制度设计来将行政自由裁量权关在笼子里,防止其恣意妄为,保证制度理性。合理原则通过系统的制度体系设计来保证反垄断行政自由裁量权的科学公正行使,以实现制度理性。

坚持合理原则的基本导向并不是完全排斥本身违法原则的适用,而是根据执法经验的积累、对特定限制协议的认识深入和执法体制的完善来确定合理原则与本身违法原则的合理组合。本身违法原则的适用是建立在充分的执法经验和大量案例裁决的基础上,本身违法原则是长期执法实践经验系统总结后的原则概括并转化为高效率的执法行动。本身违法原则直接禁

止的限制协议是本质上就具有“非常大的可能严重损害市场竞争”的协议。为此,美国、欧盟的反垄断执法主要是针对横向固定价格、分配市场、串通投标等“赤裸裸限制协议”或“核心限制协议”,对纵向价格协议则适用审慎的合理原则。从美国反垄断历史来看,随着执法经验丰富和经济学理论的发展,本身违法原则由初期的主导地位逐步下降为次要地位,合理原则上升为主导地位^①。目前在中国反垄断执法经验和执法案例并不非常充足的情况下,更应审慎适用本身违法原则,应适当限制本身违法原则的适用范围,避免简单化执法带来的执法失误风险。因为保证反垄断案件的裁决质量,避免反垄断执法的两类失误(假阳性和假阴性),始终是反垄断执法体制追求的根本目标。

(二) 坚持行政为主体、司法为保障的执法体制

中国“行政+司法”的双轨制应该继续坚持行政执法为主、法院司法为保障的模式,不宜大幅度增加法院司法裁决案例的数量。行政执法的优点是高效迅速、执行有力,但行政执法质量保证的一个重要条件是其针对的案件的适用法律相对明确,而对那些竞争损害不明确的新问题或适用法律存在争议的案件,行政执法的质量保证优势则并不显著。法院司法的优势是具有公正的程序保障,对保证案件裁决质量具有明显的优势,但司法是高成本的法律实施。因此,应继续坚持行政执法为主的“行政+司法”双轨制模式,并深化改革以理顺行政和司法的关系,充分发挥行政机关执法的专业和高效优势;法院司法不应该主动积极执法,而应该在发挥司法裁决的最后保障作用,同时司法审查也应坚持司法自限,尊重行政机关的自由裁量权^②。

目前,转售价格维持案件审查原则适用中存在的行政和司法不一致本身并不一定是坏事情,保持司法的独立性和司法维护社会公平正义的最后保障地位,更有利于中国反垄断法实施质量的提高。行政和司法的关系是既需要保持行政机关执法的主动性和灵活性,同时也要保证法治的基本原则和彰显司法正义。为此,基本的改革方向应该是强化司法对行政的审查,通过司法审查来防止行政自由裁量权的恣意行使,纠正不当行政执法的错误裁决,以维护法律的公正。同时为了进一步规范法院合理原则反垄断审查制度,最高法院应该适时对反垄断案件举证责任制度作出明确的法律规定,确保程序正义。

(三) 改革完善反垄断行政执法体制

首先,构建一体化的反垄断行政执法质量保障体系,重点是强化事前市场研究、事中案件经济分析、事后执法评估。强化重大执法行动的事前市场研究,基于市场竞争评估来确定执法重点和基本导向。进一步突出事中个案竞争审查的经济分析,特别是对转售价格维持协议为何具有“严重排除市场竞争效果”提供可信的事实和理论证据。建立制度化的反垄断行政执法事后评估制度,及时评估总结已有的执法实践,并注重典型案例的指导价值。其次,行政执法中引入效率抗辩程序确保程序正义。为了维护被告的合法权益,确保审查结果的公正,应在行政执法中引入效率抗辩程序。即使继续坚持本身违法的原则禁止,也应重点完善“例外豁免”制度,确保例外豁免的可实施性。目前国家市场监督管理总局在案件审查中落实反垄断案件审查听证,这是一个有意义的举措^③。再次,在《反垄断法》修订中设立专章对反垄断案件的法律责任和罚金确定作出规定,并据此尽快制定并颁布《反垄断处罚指南》,对罚金数额确定的标准和计算依据作出科学明确的说明,统一罚金数额确定的法律标准,消除罚金数额确定中执法机关的过大自由裁量权。最后,强化反垄断行政执法体制的纠错机制建设和监督治理体系建设,具体包括:(1)强化国家执法机关可以对地方执法机关执法活动进行业务指导,也可以对地方执

^①Hovenkamp, Herbert J., The Rule of Reason, Florida Law Review, Vol. 70, 2018, pp. 81-166.

^②杨临萍:《〈反垄断法〉司法审查的若干问题探讨》,《东方法学》2008年第3期。

^③2021年1月国家市场监督管理总局对扬子江药业集团有限公司在药品销售中实施的转售价格维持行为涉嫌垄断问题举行了听证会。

法机关的执法质量进行评估检查并提出改进建议；(2)人大或第三方机构对反垄断行政机关的执法质量进行评估；(3)当事企业可以向上级行政机关申请行政复议或向法院寻求司法救济。

(四)完善反垄断行政机构体制

全面提升反垄断行政机关的执法能力和执法专业性。合理原则的适用会明显提高反垄断案件审查的难度,对反垄断行政机关的专业能力提出了更高的要求。目前国家市场监督管理总局的人员编制和人员组成要承担日益繁重的反垄断执法任务已经明显负担过重。全面提升国家市场监督管理总局执法能力和专业性的路径为:一是增加反垄断机关的人员编制,特别是专家人员数量,增强执法能力和专业能力;二是增加预算将案件经济分析任务委托给第三方机构或专家团队进行独立客观的分析;三是在重大案件中可引入独立专家意见征询制度。

规范地方反垄断机关执法行为和提升执法质量是保证反垄断行政执法质量和实现高质量执法的重点。首先,合理划分中央与地方的执法权。国家和地方执法机关的权限划分标准是,具有全国性或跨地区影响的案件应该由国家执法机关执法,地方反垄断执法仅限竞争影响在属地范围内的案件。对竞争影响涉及多个地区的案件,国家执法机关可以委托地方执法机关进行调查取证,但最终裁决应该由国家反垄断执法机关作出。其次,反垄断执法不能采用一般经济政策实施中中央与地方关系的“全国一盘棋”思路,即全国统一布置、统一行动的执法模式,避免全国统一的运动式执法现象。对地方区域市场内的案件调查应由地方执法机关根据本地市场竞争状况来自主进行,国家执法机关与地方执法机关之间只是业务指导关系。再次,为了防止地方行政机关执法偏差,在加强国家执法机关对地方行政机关业务指导和业务能力培训的同时,还要改革地方执法机构的绩效评价体制,地方政府主管部门不能套用一般的行政部门绩效评价方法来考核反垄断行政机关,尤其不能将案件数量、涉案金额或罚款额作为业绩评价指标。最后,保证全国统一反垄断行政执法的另一个思路是组建跨区域的隶属国家反垄断机关的区域执法机构,收回各个省级执法机构的反垄断执法权。

六、结 语

防止反垄断执法失误,实现高质量执法,是各国反垄断法实施体制设计的重要目标,全面提升《反垄断法》实施质量成为新时期反垄断的重要任务。在数字经济背景下,技术创新和商业模式创新不断涌现,判定特定纵向限制协议竞争效应面临更大的难度,反垄断执法面临更大的不确定性,具有更高的执法失误风险,应注意防止过度执法^①。数字经济反垄断需要以专业的个案分析和正当的程序保障来维护市场竞争和消费者福利,更应坚持以合理原则为核心的反垄断审慎监管原则。《反垄断法》的修订以及反垄断案件审查原则的适用都应该服务于《反垄断法》高质量实施的目标。首先,鉴于《反垄断法》第十三条和第十四条的规定存在瑕疵,需要在《反垄断法》修订中对第十三条和第十四条的有关规定加以完善,区分严格禁止的横向限制协议和合理性审查的纵向限制协议,并通过制定颁布《纵向限制指南》来明确本身违法原则和合理原则各自的适用情景以及审查考虑的因素,从而构建本身违法原则、合理原则和本身合法原则优化组合的反垄断体制,实现反垄断法实施效率性与公正性的兼容。其次,全面构建反垄断法高质量实施的制度体系。以合理原则为基本导向的反垄断审查并不是一个简单的法律原则适用问题,其更大程度上涉及反垄断法实施制度完善问题。推进和完善反垄断合理原则的适用是全面提升中国反垄断法实施制度质量的重要基点,以此为契机全面改革完善反垄断实施体制,实现反垄断法律制度体系和反垄断能力的现代化。

^①Howard A. Shelanski. Information, Innovation and Competition Policy for the Internet, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161, 2013, pp. 1663-1705.

The Anti-monopoly Principles of Resale Price Maintenance under Platform Economy

Tang Yaojia

(Economics School, Zhejiang University of Finance and Economics, Zhejiang Hangzhou 310018, China)

Summary: Digital economy requires the establishment of an effective antitrust enforcement system to guarantee the high-quality enforcement of Anti-monopoly Law. In recent years, the resale price maintenance (RPM) has been a focal point in the judicial practice of antitrust enforcement in China. However, the proper application of anti-monopoly principles towards resale price maintenance (RPM) has been in great controversy. Based on analyzing the development of *per se* rule and rule of reason, we investigate their core and point out that *per se* rule and rule of reason are complementary, and rule of reason is a system that embodies the economic fact, the economic theory, and the procedure guarantee.

In platform economy, resale price maintenance (RPM) has three new features, which are conducting resale price maintenance (RPM) by algorithm, mainly conducted on online platforms with the characteristic of two-sided market, influencing multiple subjects and markets in terms of its economic impact. The efficiency effects of resale price maintenance (RPM) are mainly reflected by overcoming the problem of “free riding” in distribution, achieving network effects, proving high quality, stimulating creativity, etc. The anti-competitive effects of resale price maintenance (RPM) are mainly reflected by facilitating price collusion, market foreclosure, and exploitative pricing. Therefore, it is appropriate to apply rule of reason in specific case review. In platform economy, the application of rule of reason in resale price maintenance (RPM) cases should focus on the analysis of its impact on non-price factors, strengthen algorithm investigation, and fully consider the unique features of platform economy, such as network effects, multi-homing, etc.

Despite the fact that the anti-monopoly authority conducts a prudent enforcement and some economic analysis, according to the Antimonopoly Law of China, the antimonopoly rule for resale price maintenance (RPM) cases is *per se* rule. The judicial practice of China anti-monopoly enforcement demonstrates that multiple reasons can affect enforcement quality and increase the risk of enforcement fault, and that is the simple application of *per se* rule, the follow-up enforcement of local anti-monopoly authorities, the different principles applied between administrative and judicial authorities, and the inconsistency of punishment standards. It is necessary to stick to rule of reason as the basic principle for vertical restraints and construct the system by strengthening the core of rule of reason to guarantee the high-quality enforcement of Anti-monopoly Law.

Key words: resale price maintenance (RPM); *per se* rule; rule of reason; platform economy; antitrust enforcement system

(责任编辑: 倪建文)