

数字特许经营模式中转售价格维持的反垄断法规制进路

裴 轶

(北京理工大学法学院,北京 100087)

摘要:单纯的纵向垄断协议,本身不存在竞争关系,也不可能损害竞争,因此各国反垄断法对于纯纵向垄断协议实际常怀宽容态度。但其中的转售价格维持行为,作为非常典型的纵向垄断协议,在各国竞争法的规定中多呈负面评价而被禁止。然而在特许经营模式中,该行为长期合法存在,目的在于维持其中可能产生的效率,这种情况在数字特许经营中更为常见。2022 年新修订的《反垄断法》,对于其中转售价格维持行为的规定以及纵向垄断协议的规制都有大幅修改,明确提供了企业合理抗辩的理由并附加“安全港”规则,对于此后中国纵向垄断协议的行政执法、司法裁判以及转售价格维持行为的反垄断分析都有明显的态度转变,此次修订既关注转售价格维持行为可能产生的创新和效率结果,尊重企业的效率抗辩,也着力避免企业借效率抗辩而规避反垄断法规制。

关键词:纵向垄断协议;转售价格维持;特许加盟模式

中图分类号:D922.29

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)04-0029-08

2022 年 8 月生效的新《反垄断法》(以下简称《反垄断法(2022)》)对于纵向垄断协议的规制作出了大幅修改,就横向垄断协议与纵向垄断协议分别予以规制,并明确指出,只有“垄断协议排除、限制了竞争”才为法律所禁止。对于纵向协议,《反垄断法(2022)》第十八条赋予了经营者更多的抗辩空间。关于转售价格维持这一问题,国内外学者争议的核心在于判断转售价格维持合法与否时,应当采用“合理规则”还是“禁止+豁免”的法律分析模式。^[1]虽然亦有结合具体行业展开的讨论,如图书销售、酒店经营等,但聚焦到“特许经营模式中的转售价格维持规制”这一具体问题的研究较少。关于特许经营的法律性质,学界普遍认为其核心在于通过确立合同关系,对商标、专利等组合进行特许经营使用。^[2]常见的限制竞争行为主要包括:搭售、转售价格维持、地域限制等。实践中,反垄断法对于上述三种主要行为的规制方式不尽相同,其中,对转售价格维持这一行为的规制尤为严格。本文将首先对传统反垄断法就此的规制路径、违法性判断的争议作以回顾,之后分析数字特许经营模式中的特殊适用规则,以及修法前后此规则在司法、行政领域的变化,最后对如何完善特许经营模式的反垄断法规制提出建议。

一、教义分析:转售价格维持的传统反垄断法规制路径

(一)纵向垄断协议的一般分析步骤

我国将垄断协议定义为“排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”。这个“垄断协议”在欧盟竞争法上称作“限制竞争协议”(restrictive agreement),美国法将其称为“通谋”(collusion),德国法称为“卡特尔”(cartel)。垄断协议包含横向垄断协议和纵向垄断协议。横向垄断协议,即互为竞争者的当事人之间订立的垄断协议;纵向垄断协议,即位于生产、销售链条上不同环节的当事人之间订立的垄断协议,比

收稿日期:2022-12-10

基金项目:工业和信息化部 2022 年指导性软课题(GXZK2022-32)

作者简介:裴 轶(1986—),女,甘肃兰州人,北京理工大学法学院,助理教授、硕士生导师,法学博士。

如生产商与销售商订立的协议,双方当事人之间并无竞争关系。德国《反限制竞争法》此前只调整横向协议,直到1998年第六次修订时才增加了关于纵向协议的条款。严格来说,“垄断协议”首先得成立“协议”,其次须证明这一协议是“垄断”协议,而“垄断”的含义则是“排除、限制竞争”。只有对竞争的“排除、限制”本质上可能给当事人带来提高价格的能力时,“垄断协议”方可成立。

然而“垄断协议”不一定会损害竞争。即便可以证明被控方成立了垄断协议,该协议也不一定必然导致负面的法律评价,这时候就要用到反垄断法上常用的“竞争损害”分析。证明垄断协议成立只是意味着会启动反垄断调查程序,但不一定会直接作出处罚决定或承担法律责任,对该协议是否违法,执法机构还要经过“损益对比”的竞争分析。即,一方面考察该行为是否对相关市场内的竞争秩序造成了不可逆的损害、涉案行为在造成竞争损害的时候是否产生了效率(如为了维持品牌价值、避免恶性竞争、保证规模效益提高社会总产出等),另一方面对效率和竞争损害作以对比,如果效率大于竞争损害则可以豁免处罚,如果竞争损害大于效率且该限制竞争的行为并非必不可少,那么该行为才是违法的。这一分析过程体现在我国《反垄断法(2022)》的第十八条与第二十条之中,在美国法中称为“垄断协议的违法性判断”,在欧盟法上则称为“豁免制度”。

法律规制垄断协议的目的很简单,就是预防具有竞争关系的竞争者通过协同行为控制市场、降低社会总产出,最终导致消费者福利受损。所以,反垄断法不论针对哪一类行为的规制,本质上都是为了维护社会效率与消费者福利。

(二)转售价格维持行为的一般分析步骤

当纵向协议有可能导致社会总产出减少,或有可能给当事人带来提高价格的能力时,则构成纵向垄断协议。转售价格维持行为,作为纵向垄断协议中一种常见的表现形式,是“上游企业对下游企业销售的产品价格保留控制权的一种合约安排”^[3]。一般分为四种:限制最高转售价格、限制最低转售价格、推荐转售价格、固定转售价格。由于限制最高转售价格一般不会损害消费者福利,推荐转售价格不具有强制力,二者都是可以带来效率的行为,故不在反垄断法所关注的领域内。因此,如无特殊情况,反垄断法中所提到的作为规制对象的“转售价格维持”指的就是固定转售价格和最低转售价格维持。

目前我国有关转售价格维持行为的法律规定,主要集中在《反垄断法(2022)》第十八、十九、二十条,以及2023年生效的《禁止垄断协议规定》(以下简称《规定》)第十四条。其中,《规定》是对《反垄断法》第十八条的进一步细化,详细列举了被禁止的纵向垄断协议类型。《规定》虽然细化了转售价格维持行为的表现形式,但也没有对此问题作出有效回应。由上述两部法律法规,目前,我国转售价格维持行为的规制步骤如下。

1. 前提条件:存在垄断协议

转售价格维持行为属于纵向垄断协议的一种表现形式,因此首先需要判断该行为是否构成纵向垄断协议。具体分析步骤如下^[4]:

第一,主体特定。纵向垄断协议是处于不同环节的经营者之间订立的协议。反垄断法关注的是生产商与批发商之间的关系,且在这一协议关系中,双方当事人须处于商业流程的上下游,因此终端消费者与零售商之间订立的纯消费合同不属于纵向垄断协议。

第二,内容固定。协议内容应当与产品的购买、销售、转售条件相关,即主要涉及产品的价格与售卖,而不涉及双方的生产与研发活动。如果涉及研发与生产等其他环节,那么两个经营者就构成平行的合作关系,则可能成立横向垄断协议。

第三,主观目的确定。需存在“意图提高价格的目的”,仅仅从协议外观看到“限制、消除竞争”就判断其为垄断协议,在司法实践中显然容易造成误伤。

第四,不包括代理协议。由于代理活动的后果由被代理人全部承担,同时还需要符合被代理人的合法合理利益,所以在这种协议中,代理人并非独立的竞争主体,被代理人与代理人之间不存在竞争关系。

这也是特许经营协议常常被豁免的理由之一。

2. 法律评价:效率分析

当认定转售价格维持行为成立后,还需进一步对该行为进行违法性分析,因为并非所有的转售价格维持行为都会导致竞争损害,只有那些限制、损害竞争的行为才会被纳入反垄断法的管辖。

(1)美国法的违反性判定:本身违法规则(illegal per se rule)与合理规则(the Rule of Reason)

本身违反规则肇始于美国的《谢尔曼法》,作为最早禁止垄断协议的法律,该法第1条即指出“任何合同、以托拉斯或其他形式的联合或共谋,如果妨碍州际或对外贸易,都得被视为违法。”^[5]可见,本身违法规则非常严格,只要判断一行为构成垄断协议即视为违法,后续不再进行效率分析。

1911年的Dr. Miles案^[6]^①是美国联邦最高法院第一次运用“本身违法规则”针对纵向市场的RPM行为作出判决。联邦最高法院在审理后认为:Miles公司与其销售商签订的RPM协议明确违反了《谢尔曼法》第1条的规定,因此判决Miles败诉。这一判例标志着“本身违法规则”的确立,而且在之后相当长一段时间内,美国在纵向市场转售价格维持的反垄断司法实践中反复引用此判例作为裁判规则,只要认定转售价格维持行为成立,则该行为“本身违法”。然而Miles案所呈现的问题在于:法院是否应该考虑该协议可能产生效率。仅考虑原告转售价格维持行为的违法性,即忽略制造商与消费者之间的利益,完全不考虑转售价格维持行为可能产生的正面效果,因此,该案所确立的规则具有先天缺陷,与反垄断法的根本目标(即前述的“为消费者谋利”)南辕北辙。

合理规则与本身违法规则相伴而生,主要由后期的司法实践发展而来。1911年美国美孚石油案提出了“合理规则”来解释适用《谢尔曼法》,并经Leegin案^②确定,此后《谢尔曼法》只是禁止“不合理的垄断行为”,即当一个涉嫌垄断的行为出现时,如果这一行为同时有限制竞争和促进竞争的效果,那么法院应当接受当事人的证据而对正负效果进行综合衡量,即便已经判定“垄断行为”成立,但仍需要反复比较正负效果再考虑是否需要法律干预,只有那些负面效果大于积极影响的垄断行为才最终被纳入反垄断法的管辖。^[7]目前的美国判例法中,已经很少有单纯适用本身违法规则的情形,即便对于那些明显限制竞争的协议,也会斟酌其是否可能产生效率。

(2)豁免制度:我国《反垄断法》中的效率分析

我国《反垄断法(2022)》第十六条对横向垄断协议的构成和“垄断协议”的概念都作出了具体规定,第十八条则采取“一般列举+兜底条款”的方式对于纵向垄断协议的具体形式进行了详细规定,但并未对纵向垄断协议的构成要件给予明确规定。依照我国法律的规定,首先要证明当事人的行为是否构成转售价格维持,其次应根据第十六条纳入管辖权“一律禁止”,最后再根据第二十条所规定的豁免条件考察能否得到豁免。

而能够启动豁免制度的一个条件就是“可能产生效率”,即该行为能否产生积极后果。第二十条列举了六种可以产生效率的情形,包括研发创新、改进产品、保护中小经营者、社会公益、经济危机救市以及对外贸易中为保障正当利益的情形,还有兜底条款“法律和国务院规定的其他情形”。这种借鉴德国“一般列举+兜底条款”的表述方式,最大的问题在于:列举不穷尽,但又会因为列举条文的存在而限制司法人员的裁判能动性,“法无禁止即可为之”,那么没有纳入列举的绝大多数情况反而可以逍遥法外;同时该兜底条款也无法起到完全兜底的作用,如果没有相关的配套法律法规,那么禁止类似行为时就无法可依。因此必须改为更为具体的表述来明确什么是“效率”,否则在个案判断中就无法认定效率。

转售价格维持行为所产生的效率就是典型代表。根据第二十条的规定,“研发创新”和“改进产品”两种情况通常发生在经营者的生产、研发环节,而转售价格维持行为则发生在销售尤其是再次销售环节;

^① Dr. Miles案也被称为迈尔斯案,参见Dr. Miles vs. John D. Park & Sons, 220, Supreme Court of the U. S. A., 2007.

^② Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc, 127, Supreme Court of the U. S. A., 2007.

“社会公益”“经济不景气救市”以及“对外贸易中的保障手段”更是与转售价格维持行为毫无关系,“保护中小经营者效率”这一条则限制于中小微企业之间,但是转售价格维持行为的发生与企业的规模并无联系,甚至许多实施该行为的上下游企业都会是该行业的领军企业。而通说认为的转售价格维持行为产生效率的可能性更多在于促进品牌间的竞争,^[8]因此,这一理由难以纳入第二十条所列的六种豁免范畴。

所以,如果严格遵循我国目前的《反垄断法》,转售价格维持行为的成立与否有法可依(如《反垄断法(2022)》第十八条的明确列举),但是可以得到豁免的情形却无迹可寻;第二十条虽然规定了豁免条件,但其中第一款仅是对其一种效率的列举,并未提到“增加产量”或“提高销售效率”此类更典型的情形。该款第七项表明这些列举并非穷尽的,并不排除产出最大化、销售效率等类型,那么这种无法做到毫无遗漏的概括,就会导致事实上对其实施“本身违法”的判断。所以一旦该行为被判定成立,就会失去分析是否产生效率的机会,更不符合豁免的条件,因而导致直接被禁止。这样的规制模式显然过于严厉,也忽略了RPM行为可能产生的效率,甚至误伤本可以促进竞争的经营者,最终与反垄断法的初衷背道而驰。

二、数字特许经营中转售价格维持的表现与调整

“数字特许经营”是指上游公司和经销商之间就联合活动达成的协议,其中的协议联合使用的权利包括使用商标、营销活动、技术和特许权人的广告机会,以实现一定比例的销售额。^[9]数字特许经营模式的特点是特许权人与受许人在数字空间内持续性的合作关系,特许权人提供技术秘密、用户数据等,维持其对专营权业务活动的利益。在这种模式中,特许权人允许特许经营商在合同之后使用数字权利和数字产品。通过这种方式,数字特许经营者允许在类似的销售网络空间中形成一定共存且竞争的关系。

数字特许经营模式允许上游许可者获得对特许经营商的额外控制权,并通过减少金钱成本和管理时间来提高业务模式的有效性。一些数字化工具还会对特许经营产生重大影响,比如物联网可以帮助改善特许经营系统的业务模式,并利用特许经营人的数字产品开展工作。大数据有助于收集和處理信息,以增加用户粘性,并可用于提高数字广告的有效性,人工智能作为数字特许经营中使用的新工具,则可以提高和改善客户的体验。与此同时,特许经营中的数字工具可用于商业技术和流程复制,创建在线商店和电子商务,以及多层次的网络营销。数字特许经营意味着公司将不得不改变其商业模式,如向数字特许经营的转变将导致“新的”特许经营合同出现,以反映业务流程的差异和数据要素在其中的作用。

相比于传统的特许经营模式,商业环境向电子商务和全渠道经营的改变为特许经营带来的最重要变化是,需要修改特许经营协议以应对这些商业模式的发展。新的协议需要澄清所包含的各方在新的数字经济应用中的责任和作用,并且要注意利用算法来达成垄断协议的可能性,即所谓算法合谋的问题。

就传统的特许经营模式而言,基于维护统一经营模式的需要,许可人可能对被许可商施加各类限制。如欧盟《纵向限制指南》认为,如果该类限制是实施特许网络所严格必要的,则可以主张构成垄断协议的豁免。在这种商业模式中,许可人按照合同约定将注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源许可给加盟商使用,被许可人则承诺会在统一的经营模式下开展经营活动。对于此类特许经营模式,我国长期以来并没有案例适用过反垄断法,而仅限于学理范围的讨论,将这种为了维护统一质量标准、品牌价值的固定协议视为反垄断法的豁免。

2022年7月27日,国家市场监督管理总局反垄断执法一司发布公告称,芝麻街英语中国代理商——北京凯瑞联盟教育科技有限公司因与加盟商达成固定课程价格的垄断协议,被罚94.24万元。具体的处罚理由为,凯瑞联盟2014年至2021年在全国范围内与交易相对人达成并实施了固定课程价格的垄断协议,排除、限制了市场竞争,损害了消费者利益。这是《反垄断法(2022)》生效前最后一一起纵向协议垄断行政执法案件,也是北京市市场监管局作出的首起就“特许经营协议”适用转售价格维持规则的案例。在该案中,当事人主张其作为英语教育行业商业特许经营经营者,价格控制条款属于2008年版《反垄断法》第十五条第(七)项“法律和国务院规定的其他情形”豁免情形。北京市市场监督管理局认为,本案中特许经营模式

并不是其转售价格维持行为的豁免理由:第一,不存在现行有效的法规及部门规章规定固定转售价格条款是特许经营统一商业模式中的必要组成部分;第二,当事人未能证明价格限制行为是为了维护其统一经营模式以及品牌一致性的必要因素;第三,当事人就其达成的协议不会严重排除、限制相关市场的竞争且会使消费者可共享其利益的论证不充分。

由本案可知,即便特许经营协议包含大量固定价格、固定销售条件的内容,该协议也不一定属于纵向垄断协议,是否构成垄断协议仍需要结合具体情况进行分析。如果特许经营者与特许人之间的合作存在价格歧视、区域限制、输出限制等行为,才可能由于限制市场竞争、损害消费者利益而构成纵向垄断协议,此时反垄断行政执法机构会采取以下措施:首先,禁止垄断协议。如果特许经营协议中,许可人对于被许可人的销售价格进行固定,或限制加盟商的最低销售价格,很可能被认定为构成转售价格维持的纵向垄断协议而受到反垄断法的禁止。此时,许可人需避免采取固定或限制最低转售价格的价格政策,对强制实施统一的价格策略应更加谨慎。其次,针对知识产权授权条款等特定非价格限制,企业可以主张推定不构成垄断协议。《反垄断法(2022)》规定“如经营者能够证明其相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准,并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的,则其相关纵向协议不予禁止”。目前《禁止垄断协议规定》将安全港的市场份额标准设定为15%,因此,对于特许经营模式下的特定非价格限制,如知识产权授权条款、区域限制条款、排他经营条款、搭售条款等,如果许可人和加盟商满足低于15%的市场份额标准的,可以主张推定不构成垄断协议。最后,如果许可人具有市场支配地位,对被许可人的店铺装修、供应链配套体系进行限制还可能构成搭售或限定交易行为。对于此类限制性规定,需要结合许可人市场份额情况、相关市场结构、加盟商对许可人的依赖程度等因素,评估对市场竞争的影响。尽管此类限制存在一定的商业合理性,但如果许可人相对于加盟商具有极强的市场力量,考虑到该类限制对市场竞争可能造成排除、限制竞争风险,相关许可人作出搭售限制应更为谨慎,否则仍然有可能触犯反垄断法。

三、新法修订:《反垄断法(2022)》实施后的认定规则

(一)修法前的矛盾:行政执法与法院司法标准不同

《反垄断法》实施十五年以来,我国反垄断执法机构从中央到地方均查处了多起转售价格维持案件,在其中的论证中,大多数行政机关都认为转售价格维持行为不会产生效率,所以不符合豁免条件,进而严格按照原《反垄断法》第十三、十四条直接推定行为成立即违法。但司法机关在部分判决中还是认可了转售价格维持行为所产生的效率。

上述分歧在一系列典型案例中均有明显体现。比如国家发改委先后处理的“五粮液案”^①“茅台案”^②等,还有2016年江苏省查处的江苏百盛电子有限公司 vivo 手机(江苏总经销)转售价格维持案^③、2016年的美敦力医疗器械固定价格案^④。上述案件的处罚决定书,遵循的基本逻辑是“指出存在转售价格维持行为→认为符合《反垄断法》第十四条→得出排除限制竞争的结论并予以禁止”,均没有实质性地考虑转售价格维持行为可能产生的促进竞争的效果,而是一再重复同样的论证:转售价格维持行为通过纵向价格限制导致经销商无法对商品进行自由定价,同时使品牌内部的竞争无法发挥作用,由此被认定违法而予以禁止。此种认定障碍,首先源于维持转售价格与市场竞争的复杂关系,同时“移植自不同机体的‘立法’与‘执法’之间产生的生理排斥”亦是重要成因^[10]。

① 川发改价检处(2013)1号。

② 贵州省物价局关于茅台反垄断的处罚公告(2013年第1号)。

③ 参见江苏省物价局行政处罚决定书([2016]苏价反垄断案1号)。

④ 国家发展与改革委员会行政处罚决定书(2016)8号。

而司法机关此前判决的一系列案件分析中都一定程度上进行了效率的合理性分析。以“强生案”^①为例,上海高院认为根据原《反垄断法》第十三条第二款的规定,对纵向垄断协议的分析不能仅以经营者与交易相对人是否达成了固定或转售价格的协议为准,还需要结合第十三条第二款的规定,对比考察该协议是否具有排除限制竞争的效果。而在“东莞国昌电器案”^②中,广东省高级人民法院认为国昌电器不用承担法律责任的理由是“由于相关市场上竞争仍然充分,消费者仍然有选择权”,所以不构成垄断行为,并在其中考虑了转售价格维持协议的效率因素,即该协议产生的积极效果(如统一管理、进入市场等)显然大于负面效果(如消除竞争等),且最终结果是市场上仍然存在充分竞争,因而可以得到豁免,这种豁免制度的分析过程恰恰是我国判断垄断协议合法性标准时运用正负效果比较的体现。

2018年的“海南裕泰案”^③以及之后由最高院对此案做出的“驳回裁决”,则是两种判断标准第一次在同一个案件中的短兵相接。最高人民法院对在“海南裕泰再审申请”的裁定中详细阐释了《反垄断法(2008)》对转售价格维持行为的规制规则,首次以裁判文书的形式肯定了应当对转售价格维持行为采取效率分析的路径。首先,认定转售价格维持行为一律构成垄断协议,纳入反垄断法管辖;其次,考察其中是否可以产生足以抵消竞争损害的效率,即比较限制竞争和促进竞争的双面效应;最后,作出该行为是否违法的判决。这既非行政机构原有的“本身违法”判断,也不完全等同于司法机关之前采用的“合理性判断”,更类似欧盟一直施行的豁免制度的分析路径。

此后直到《反垄断法(2022)》通过,有关价格协议的执法案件尤其是纵向垄断协议的案件也有一些论述,但都没有“芝麻街案”这般详细地分析竞争损害与效率间的关系。如2022年6月24日的“海南伊顺药业有限公司垄断协议案”^④,当事人限定最低转售价格的产品为莲芝消炎滴丸为其独家产品,当事人在全国范围内的药品零售渠道与部分交易相对人达成并实施限定最低转售价格的垄断协议,排除、限制了市场竞争,损害了消费者利益,因而受到处罚。

(二)修法后的变化:能否解决标准不一的问题

有关纵向垄断协议规定的变化主要体现在,《反垄断法(2022)》将原第十四条的规定扩展为三款,增加第二款“纵向垄断协议的抗辩理由”以及第三款“纵向垄断协议的安全港制度”。具体表现为:

1. 新增纵向垄断协议的抗辩理由

《反垄断法(2022)》第十八条第二款规定,“对前款第一项和第二项的协议,经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”。这种有关行为效率的经济分析方法的引入,相较于之前执法机构对纵向垄断协议的分析方法是一大进步,意味着至此可以允许企业进行“效率抗辩”。

然而,上述规定考察的是单个的转售价格维持行为,《反垄断法(2022)》第二款将其推定为垄断协议,但允许当事人进行抗辩,而以前的第十四条则不允许这种抗辩。与原第十四条一样,第二款仍然注重于考察转售价格维持行为本身,如果协议会达到“排除、限制竞争”的效果,则构成垄断协议。这个垄断协议的双方当事人,即为转售价格维持行为的双方当事人。转售价格维持天然限制“品牌内部竞争”,这是当事人无法推翻的“限时竞争”,因此该款所说的“竞争”,只能是指经销商“所在市场的竞争性”,即该市场的竞争性结构,而“品牌内部竞争”中的“竞争”只是该市场上竞争者间的竞争活动。某个相关市场的经销商之间的竞争,既可以存在于某个品牌内部的经销商中,也可以存在于其他品牌的经销商即外部经销商中;品牌内部竞争只是该市场竞争的组成部分,而非全部。因此第二款的真正含义是:转售价格维持被推定

① “中国第一起纵向垄断协议民事诉讼案”,参见(2010)沪一中民五(知)初字第169号判决书、(2012)沪高民三(知)终字第63号判决书。

② 参见(2015)粤知法商民初字第33号、(2016)粤民终1771号。

③ 本案历经三审,被称为“中国第一起纵向垄断协议的行政垄断案件”。参见2017年海南省物价局行政处罚决定(琼价监案处2017(5)号)、(2017)琼01行初681号判决书、(2017)琼行终1180号判决书、(2018)最高法行申4675号裁定书。

④ 海南省市场监督管理局行政处罚决定书(琼市监处罚〔2022〕32号)。

为垄断协议,但如果生产商能够证明其行为并不破坏相关市场的竞争性结构,则可以将上述推定推翻,从而证明不构成垄断协议。

此次修法赋予了企业以效率抗辩的权利,明确指出了对于转售价格维持应当进行效率分析,这对于平息此前司法与行政“同案不同判断”的争议显然大有裨益。

2. 新增纵向垄断协议的安全港制度

此前的《反垄断法修正草案(征求意见稿)》中,纵向垄断协议和横向垄断协议都可以统一适用安全港规则,但事实上横行垄断协议适用安全港规则并不符合国际惯例,因此有诸多学者专家对此提出了异议。《反垄断法(2022)》相关规定表明,仅有纵向垄断协议适用安全港规则,从而排除了横向垄断协议的适用。

此前一些国家和地区设立“安全港规则”的原因在于需要一定程度上平衡垄断企业和消费者之间的利益,同时保护公共利益。“安全港规则”允许垄断企业在遵守某些条件的情况下制定纵向协议,而不会被认为是违反反垄断法。我国的“安全港规则”适用条件非常严苛,主要出于对中小企业的保护,体现了国家促进国民经济全面发展的决心,同时也更符合反垄断法的法理:作为结构调控的经济宪法,如果一个经营者或部分经营者的行为对市场的整体竞争秩序影响较小,此时就不需要反垄断法介入,同时也有利于节约执法成本、符合经济效率。但这样的表述仍然只关注单个的转售价格维持行为,而忽视了多个竞争者同时采用转售价格维持行为时的情况,必须将多个竞争者看作为一个整体进行考察。如果若干生产商同时采用转售价格维持限制,那么其中每个生产商的市场份额都不大,如果直接套用新法的“安全港”规定认定其合法,则可能会使“一揽子”垄断行为都逃脱监管。

四、中国进路:数字特许经营中转售价格维持规制的完善路径

对于特许经营行业内的固定价格维持行为,无论是传统的垄断协议还是利用算法达成的垄断协议,即便产生了法律规定的抗辩理由,亦不足以当然获得《反垄断法》的豁免,必须对相关行为进行个案的效率分析。

首先,从转售价格维持行为对行业内部的作用来看,该行为并不会实质性地保护传统特许经营行业。该行为之所以早期在各国的特许经营行业大行其道,无非是因为彼时的特许经营模式中的一系列限制性条件可以明确地带来效率:如有利于维护产品质量与经营水平的统一性,有助于树立统一的品牌形象以及稳定的质量标准,以及有助于维持生产商的稳定性。然而此类为“统一品牌标准”而设立的协议往往意味着垄断由此形成,如果因此导致竞争者减少、竞争结构受损,反而会不利于保证竞争市场的充分性,所以并不会给予特许经营行业本身实质性的保护。

其次,从体系性适用法律的角度而言,如果零售商确实以低于成本的价格转售商品,可以适用《反不正当竞争法》第十一条中关于禁止低于成本价格销售的规定来进行规制,此条足以制止该种行为,所以无需以单行规定去推翻现有法律,也无需动用反垄断法的相关规则,更不用通过市场份额等计算方式来预先判定市场地位,如此更有利于节约法律适用成本,提高法律适用效率。

第三,要正确适用反垄断法规则就应当厘清“转售行为”的范畴。品牌限制市场最低价的行为是否构成纵向垄断协议,首先要看是对谁发出的“限价令”,即首先判断是否有法律禁止的“转售行为”存在,如果是品牌限制直营价格就不在本文讨论范围内,因为单纯的纵向垄断协议中根本没有竞争关系存在,自然也不存在损害竞争的事实。在前文所讨论的芝麻街案件中,北京市市场监督管理局首先认定许可人与被许可商之间存在纵向上下游关系,因为许可人向被许可商收取许可使用费、履约保证金、管理费,授权被许可商转售其课程资源开展培训活动,许可人为其提供管理咨询、教学材料、人员培训等支持服务,而且许可人的课程资源大部分通过被许可商销售至终端消费者,许可人与被许可商之间明确存在纵向上下游关系。同时该案中被许可商的课程销售价格被视为“转售价格”,因为当事人授权被许可商转售其课程资源开展培训活动,其课程通过被许可商销售至终端消费者。就此北京市市场监督管理局认定该案被许可

商与许可方之间存在转售关系,被许可商的课程销售价格被视为转售价格,这一分析过程就比较周延。

而同样是“统一”定价的麦当劳、肯德基等大型餐饮连锁品牌,其经营模式显然与“芝麻街案”不同。此类品牌采取直营模式,本质上销售商与许可商是同一经营实体,根本不涉及“向第三方转售”这个环节,所以这类固定价格的行为本质上是企业内部的自主定价,不涉及相关市场内的竞争,只要不违反价格监管部门的指导性定价,法律对此类行为无需干涉。

由此可见,无论是从保护经营模式多样性的角度,还是从保护特许经营行业竞争充分度的角度,固定转售价格行为既没有合理性、合法性,也缺乏必要性和可行性。2018年最高人民法院就“海南裕泰案”的再审裁定已经为转售价格维持行为的效率分析做了背书,明确了司法与执法标准存在“差别”,但并不“冲突”,认定了“排除、限制竞争”是纵向垄断协议的构成要件,并且明确“排除、限制竞争”不等同于“排除、限制竞争的效果”,强调了司法审判中需要考察竞争效率。所以,对于特许经营模式下的固定转售价格与一般的经销模式下固定转售价格的竞争损害分析应当采取相同的思路,即如果损害品牌内竞争、损害品牌间竞争、损害消费者利益的,都应当被视为对于反垄断法的违反。

结论

单纯的纵向垄断协议,由于本身不存在竞争关系,因而也不可能损害竞争,因此各国反垄断法对于纯纵向垄断协议实际常怀宽容态度。我国反垄断法之所以明确将其中的转售价格维持行为视为需要规制的对象,主要在于很多情况下转售价格维持提高了产品的销售价格,对消费者福利构成了损害。转售价格维持行为本身之所以会对竞争产生影响,真正起作用的是其中的横向垄断协议或者支配地位滥用,而且转售价格维持负面作用的发挥还依赖特定的市场结构条件。因此,反垄断法在规制转售价格维持时,不应当全面严格禁止转售价格维持,而应当构建以市场结构为标准的筛选机制来防止负面效应。

同时,《反垄断法(2022)》规定了“经营者能够证明固定转售价格和限定最低转售价格的纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果的,将不予禁止”,从包括“芝麻街案”“海南裕泰案”在内的以往的行政执法实践来看,执法机构倾向于认为只要转售价格维持行为成立,就理所当然地具有排除、限制竞争的效果,不再对其中的效率展开进一步论证。《反垄断法(2022)》生效后,企业对于纵向垄断协议竞争效果将有更多的法律基础进行抗辩,但是要成功证明其转售价格维持行为具有效率仍然具有极大的难度,执法机构应给予企业更明确的行为指引,以保障市场竞争的充分性和有效性,共同服务于数字营商环境的改善。

参考文献:

- [1] 李剑. 转售价格维持规制中的单方逻辑迷思[J]. 法学, 2022(3): 146-162.
- [2] 王勇. 试析特许经营及其反垄断问题[J]. 法学家, 2002(5): 94-95.
- [3] 张骏. 转售价格维持反垄断法规制路径之争的化解[J]. 法学, 2017(7): 68-77.
- [4] 裴轶. 纵向垄断协议的构成要件和违法性判断——兼评纵向协议垄断“光明诉韩泰案”[J]. 澳门法政杂志, 2018(2): 32-43.
- [5] 霍恩坎普著, 兰磊译. 论反垄断法上的合理原则[J]. 竞争政策研究, 2018(6): 18-48.
- [6] 兰磊. 论垄断行为分析模式的配置逻辑[J]. 经贸法律评论, 2021(2): 23-48.
- [7] BORK R H. The rule of reason and the per se concept: Price fixing and market division[J]. The Yale law journal, 1965(5): 775-847.
- [8] 许光耀. 转售价格维持的反垄断法分析[J]. 政法论丛, 2011(4): 98-103.
- [9] AREEDA P, KAPLOW L. Antitrust analysis: Problems, text, and cases[M]. 北京: 中信出版社影印版, 2003: 178.
- [10] 丁茂中. 现行《反垄断法》框架下维持转售价格的违法认定困境与出路[J]. 当代法学, 2015(5): 91-101.

Property Rights of Sports Events and Their Legal Protection Under the Newly Revised Sports Law

ZHOU Ying

(Faculty of Law, Qingdao University, Qingdao, Shandong 266071, China)

Abstract: Theoretically, it should be clarified that property rights of sports events are superordinate to hosting rights and copyrights of sports events. Their property rights, including those of both specific sports events and abstract sports events, cover all rights that the organizers enjoy for sports events, including the rights to host sports events, the rights to communicate, the rights to trademark, the rights to sell tickets, the rights to develop business, etc. They are a combination of property rights composed of a whole set of rights. Property rights of sports events can be acquired by the organizers of sports events either through the creation of new sports events or through the transfer transaction. Like other property rights, property rights of sports events are entitled to be traded in the market. The form of market transaction includes not only the overall transfer transaction of property rights including hosting rights, but also the franchise licensing transaction based on property rights of sports events. However, the newly revised *Sports Law of the People's Republic of China* does not clearly stipulate property rights of the organizers. In practice, various sub-rights of sports events should be protected respectively according to the departmental laws and regulations on real rights, creditor's rights and intellectual property rights.

Key words: property rights of sports events; the organizers of sports events; newly revised Sports Law

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 36 页)

Regulatory Approach to Resale Price Maintenance by Antimonopoly Law in the Digital Franchise Model

PEI Yi

(School of Law, Beijing Institute of Technology, Beijing 100087, China)

Abstract: Resale price maintenance, as such, is often negatively evaluated and prohibited in national competition laws. However, in the franchise model, it has long been legal to maintain the efficiencies that may arise from it. The new 2022 amendments to the *Antimonopoly Law* have significantly amended the provisions on resale price maintenance and the regulation of vertical monopoly agreements, providing reasonable efficiency defenses and a “safe harbour” rule for enterprises, and have resulted in a significant shift in attitude towards the enforcement of vertical monopoly agreements and the regulation of resale price maintenance thereafter, which not only recognizes the potential innovative and efficient outcomes of such act and respects efficiency defenses of enterprises, but also avoids the use of efficiency defenses by enterprises to circumvent the regulation of the antimonopoly law.

Key words: vertical monopoly agreements; resale price maintenance; the franchise model

(责任编辑:董兴佩)