

完善监管工具箱: 澳大利亚竞争与消费者委员会批准图特斯有关限定最低转售价的申请

1. ACCC 裁定, 批准许可号 A91433, 2014 年 12 月 5 日。在本次申请中, RBB 经济顾问公司向图特斯及其法律顾问 Minter Ellison 提供了咨询。

2. 在欧盟, 《欧盟运作条约》第 101(3) 条为 RPM 提供了一项与市场效率相关的辩护理由: 前提是 RPM 协议有助于改善商品的生产或销售, 或促进技术或经济发展, 同时又让消费者能在由此产生的利益中获得合理份额, 而且不需要对涉案企业附加对实现上述目标“并非不可或缺”的限制, 也不会严重削弱涉案产品的市场竞争力。

3. 见 Filippo Amato, “欧盟的 RPM: Leegin 案以来有任何发展吗?”, 《CPI Antitrust Chronicle》2013 年 11 月 (1) 号刊。

2014 年 12 月, 澳大利亚竞争与消费者委员会 (简称“ACCC”) 有条件批准图特斯系统 (澳大利亚) 私人有限公司 (Tooltechnic Systems (Australia) Pty Ltd, 简称“图特斯”) 在销售该公司费斯托品牌 (Festool) 高级电动工具时限定最低转售价 (resale price maintenance, 简称“RPM”) ¹。

RPM 在澳大利亚竞争法中是一种“本身违法” (per se prohibition) 的行为, 但企业可以向 ACCC 申请批准采取 RPM 行为。虽然允许企业申请的规定自 1995 年以来就存在, 但图特斯是第一家成功获得 ACCC 批准的企业。

ACCC 承认 RPM 会消除费斯托产品经销商之间的价格竞争, 从而提高某些消费者需要承担的零售价格。但 ACCC 同时判定, RPM 消除“搭便车”行为、促进竞争的积极影响大于上述消极影响。ACCC 附加了要求图特斯提供价格和其他经营信息的限制条件, 以便能够在四年的 RPM 许可期内成功监控该行为的影响。

本文研究了 ACCC 的相关分析, 并探讨了本案对希望效仿图特斯取得 RPM 授权的企业可能造成的影响。

RPM 的商业原理

在最简单的竞争模型中, 供应商没有理由希望他们的零售商取得高额零售差价, 反而更倾向于通过降低价格来促进产品销售, 让消费者由此获益。如果零售价格竞争能够带来经济效率、增加消费者福利, 供应商就没有必要通过设定最低转售价格来保护零售商免受零售价格战的影响。

但众所周知, 在涉及复杂和差异化程度高、需要高水平售前和售后服务的产品的时, 这种非常简单的竞争模型可能会失效。这种情况下, 与其让零售商竞相压价来增加各自的销量, 供应商可能更倾向于零售商投入更多时间和资源向消费者展示其产品所能带来的好处。

但是如果并非所有的零售商都遵守同样的规则, 问题就会出现。有些零售商非但不会通过在零售服务上投资 (比如产品展示或其他信息服务) 来拓展消费者对品牌的需求, 反而可能以比提供全方位销售服务的零售商更低的价格销售同类产品。这样的话, 消费者可以利用全方位服务零售商的服务, 但同时以更低的零售价格向另一些不提供上述服务的零售商购买产品。这是因为那些零售商不用承担与提供上述服务的相关的成本, 因而得以用更低的价格销售同类产品。

这种“搭便车”行为会造成市场扭曲, 导致零售服务和支持的水平低于对供应商、消费者和整体经济效率最有利的水平。因此, 生产商可能更希望压制品牌内部的竞争, 以便向出资提供消费者所看重的零售服务的零售商提供较强的保护。RPM 是达成这一目标的一种办法。

然而, 世界上主要的竞争法律制度普遍反对 RPM。澳大利亚竞争法基本上迎合了欧盟在这一方面的规定, 将 RPM 推定为一种反竞争行为, 而这本身违法的推定只有在特定例外情形下才能被推翻²。在美国, 2007 年最高法院在 Leegin 案判决中明确指出, 应当采用一种更为开放的合理原则检验 RPM³, 这一判决终结了美国长期以来对 RPM 的完全禁止。

4. ACCC 裁定第 47 页表明, 图特斯销售的五个品牌合起来占到澳大利亚市场份额的 10%。

5. 根据就几个方面向费斯托所作承诺的不同, 经销商被分为“高级经销商”、“合作经销商”与“专业经销商”。这几个方面包括铺面大小、产品系列、产品展示设施和向顾客提供的其他服务等相关要求。

6. 见 ACCC 裁定第 16 段。裁定第 113-114 段具体强调了零售折扣是怎样对售后服务的提供造成威胁的。

7. 分别见裁定第 86 段和 93 段。

8. 见裁定第 99 段。

因为鲜有企业选择质疑这种 RPM 本身违法的推定, 各国执法机构的默认立场是: RPM 本质上是一种绝对的违法行为。即便纵向价格限制和横向价格限制有着本质的差异, 应当进行完全不同的分析, 但是给 RPM 贴上“纵向定价协议”的标签, 无疑强化了“RPM 等同于横向价格协议”的理念。

图特斯使用 RPM 的理由沿用了传统的搭便车理论。虽然该公司在澳大利亚从事各种电动工具和相关产品的进口和批发, 但 RPM 安排仅仅针对在电动工具细分市场上只占很少份额⁴的高端品牌“费斯托”产品。图特斯通过澳大利亚 200 多家品牌零售商销售产品, 这些零售商中有很多也在线销售产品⁵。

费斯托产品非常复杂, 产品特性和功能的水准很高, 其目标顾客主要是专业用户。图特斯认为提供零售服务(比如售前技术咨询、产品展示、“先试后买”以及顾客培训、提供易耗品及配件等售后服务)有助于拓展消费者对该品牌的需求, 即便这意味着需要提高零售价格来提供足够的利润空间, 以弥补零售商为了提供这些服务所产生的额外成本⁶。

但是, 提供这些服务的零售商在竞争中不断败给只提供基本服务的竞争对手, 而在线销售普及率增加也使搭便车问题愈加恶化。考虑到其他方法(如对零售商附加更详细的合同义务, 划定独占零售区域、限制对在线销售的许可等)在促进销售的效果有限, 甚至很差, 图特斯选择将 RPM 作为解决方案。

ACCC 的评估: 损害理论

由于该案的新颖性, 而且竞争监管机构对于任何看起来像 RPM 的行为都持有深度怀疑, 因此 ACCC 在评估中采用了谨慎的方法。ACCC 考虑了两种消费者损害理论: 第一种竞争关注是: 有些消费者(即基本或完全不看重零售服务, 而且愿意向打折的零售商购买产品的消费者)会因为 RPM 的实施利益受到损害; 第二种竞争关注是: RPM 安排有助于合谋定价或其他削弱竞争的行为, 造成上下游层面的价格上升、产出下降、创新减弱⁷。

总体上, 第二种竞争关注(即合谋定价)对消费者福利造成不利影响的实质风险更大, 但是 ACCC 很快就认定这些关于合谋定价行为的竞争关注并不重要。ACCC 发现, 不管在电动工具供应市场还是零售市场, 都不存在任何可能推动合谋定价行为的市场特点⁸。这些特征包括高度市场集中、进入和扩张壁垒偏高、产品同质化, 以及市场中缺乏“搅局者”(maverick firms)。

相比之下更让 ACCC 感到困扰的是, RPM 对基本或完全不看重零售咨询和服务的消费者(比如经验丰富的回头客)可能造成不利影响, 这些消费者将无法再从打折零售商那里买到便宜的费斯托产品。ACCC 的决策反映了其对以下两种考量的权衡, 第一, 对上述消费者的不利影响是显而易见的; 第二, 存在另一种积极影响(可能不如上一种明显), 即通过实施 RPM 来提供利润保护, 使零售商出资提供高品质零售服务, 从而增强消费者对费斯托品牌的产品选择和用户体验。

与执法机构反对 RPM 的主流势力相悖, ACCC 的裁定中明确认可弱势的顾客群体需要支付更高零售价格, 这一点是需要勇气的。此外, 意识到图特斯实施 RPM 的动机、以及市场中存在的竞争约束, 又进一步证明这一裁定的正确性。

9. 见裁定第 109 段。

10. 在裁定第 125 段中, ACCC 提到费斯托全方位服务经销商报告指出, 虽然在每个顾客身上花的时间最多达到一个小时, 但结果却是顾客离开店面, 向在线打折经销商购买产品 (或要求全服务经销商比照打折经销商的售价)。全服务经销商还报告说, 他们不得不接待已经向在线打折经销商购买过产品的顾客。

11. 见裁定第 74 段。

就动机而言, 除了保证提供 (图特斯对销售费斯托产品最有利的) 零售服务水平所必需的零售利润以外, 该公司没有商业动机向零售商提供更高零售利润。更重要的是, 在该品牌面临严峻的品牌间竞争的情况下 (即消费者可以在不同品牌之间有效选择), 图特斯做出的任何错误商业决策, 都很容易被消费者惩罚——消费者只需转而购买其他不限制零售折扣的电动工具品牌供应商的产品。ACCC 在裁决中承认了这些要点, 但对这些要点的重要性并未给予应有的强调。这或许可以理解, 毕竟批准 RPM 的裁定不同寻常。

实践中, 在类似于本案的市场中, 竞争本身会实现利益的权衡, 并不需要监管机构的介入。比如, 假设费斯托选择在其一款电动工具中安装高成本配件从而增加该工具在高强度使用下的可靠性, 而不去选择提供另一种只在更低强度下使用时才具备可靠性的、成本更低的替代配件, 这将意味着所有的费斯托用户将会面临更高的产品价格, 而其中一部分用户 (比如只需要在低强度条件下使用该工具, 因此完全支持使用低成本配件的用户) 可能被“剥夺”享受更低价产品的选择权。这实质上就是 ACCC 在图特斯案中考虑的权衡问题。但是, 在没有市场支配地位的情况下, 消费者在不同品牌间的选择提供了一种惩罚供应商的机制: 如果供应商误判消费者的偏好, 其销售额就会遭受损失。毫无疑问, 监管机构没有必要介入, 并对此类商业决定的价值进行间接的审慎评估。

促进竞争理论、以及 RPM 的替代方案

当然, ACCC 的评估考虑到图特斯提出的搭便车问题, 并对经济效率促进竞争的理论进行了评估。ACCC 的市场调查反映, 费斯托产品非常复杂, 质量/价位方面的定位也很高。ACCC 也认同, 由于费斯托产品的复杂性, 而且消费者缺乏对该品牌产品潜在用途和益处的了解, 销售时的服务明显有助于增加消费者对该品牌产品的需求⁹。

因此, ACCC 认同图特斯的观点, 即搭便车问题会对很多费斯托品牌全方位服务零售商产生负面影响, 由此而产生的市场扭曲很有可能使费斯托产品零售服务供应不足的问题愈演愈烈¹⁰。

尽管如此, 在评估是否存在应对因搭便车问题的其他替代方案之前, ACCC 仍然不愿批准这一 RPM 安排。ACCC 考虑了两种替代方案, 即附加合同约定、以及纵向非价格限制。对于第一种方案, ACCC 表示, 虽然图特斯可以在与零售商的协议中加入零售服务标准、并监控这些标准的具体实施情况, 但是在合同中很难明确解释“高水准服务”的含义, 而且很难对类似合同条款的遵守情况进行有效监督。ACCC 还注意到, 零售商一般更了解其顾客看重哪些服务, 这一认知非常关键, 而事实也的确如此¹¹。

ACCC 还研究了地域限制、禁止图特斯官方网站以外的互联网销售等纵向非价格限制是否能够有效解决搭便车问题。ACCC 承认, 这些措施有可能会降低费斯托产品的市场覆盖度、并削弱其整体销量。这种后果不仅对消费者不利, 而且中长期来看对图特斯也没有商业可行性。

尽管如此, ACCC 没有无条件批准图特斯的 RPM 申请, 而是决定附加一些限制条件, 以便在四年许可期内对图特斯 RPM 行为的影响进行评估。根据这些限制条件, 图特斯需要每年提供以下几个方面的信息: 最低零售价格、平均批发价格、销售总额、费斯托品牌零售商数量 (和级别) 的变化、零售商专用于费斯托产品的建筑面积的变化详情、以及顾客或零售商投诉的详细信息。

ACCC 的裁定是否堪比打开泄洪闸?

在澳大利亚出现首个成功挑战 RPM 禁忌、并获得 RPM 授权之后, 有没有后继者效仿图特斯的先例? 虽然 ACCC 在本案中基于市场竞争影响的评估得出了正确的结果, 但是我们有理由怀疑, 其他企业希望获得 RPM 批准仍然面临很大挑战。

首先, 未来的申请人可能会发现, 要消除关于 RPM 有助于合谋定价的竞争关注很难。即便采用“检查清单”式的竞争关注评估, 图特斯在每一个风险因素上都能够满足 ACCC 的要求, 但在更为复杂的事实背景下, 对这些风险因素的评估结果如何还有待观察。在理想的状态下, ACCC 会采用稳健立场, 并只在存在合理的价格合谋危害理论的情况下才提出有关竞争关注。但当申请方在涉及的上下游市场中市场份额偏高时, 或者当多个 RPM 申请来自同一行业时, ACCC 很有可能采取更审慎的立场。

其次, ACCC 在本案中高度强调 RPM 对当前向打折零售商购买产品的消费者可能造成的危害, 而在采纳有关品牌间竞争带来的竞争约束的依据时, 采取了审慎态度, 这些都为将来的申请提出警示。ACCC 是否会更有信心地将品牌间竞争的有效性作为消除 RPM 申请不利影响的解毒良药? 这还需要时间来证明。

更令人担心的是, ACCC 对图特斯附加了持续性限制条件, 这一决定可能造成企业监管成本持续上升, 其带来的不确定性可能吓跑正当的、有利于竞争的 RPM 申请。这些监管成本有可能抵消 RPM 提高市场效率所带来的积极影响。而舆论也会聚焦于 ACCC, 评估其是否合理调整对图特斯的监管力度, 以避免这种令人不寒而栗的影响。吊诡的是, 如果图特斯认为它能够履行 ACCC 设定的附加条件, 监控并实施零售服务标准, 很可能就不需要选择 RPM, 而是通过与其零售商的合同实施这些标准了。

考虑到 ACCC 对 RPM 采取了一种与其他主要竞争监管机构相悖的立场, 可能就不难理解 ACCC 为什么在其 RPM 许可决定中附加持续监管条件。在今后的案件中, 一旦有关合谋定价的竞争关注被解除, 并且随着有效的品牌间竞争可以有效弥补 RPM 行为不利影响的信心提升, 可能会摒弃这些繁重的限制条件。

在工具箱中挑选合适的工具

为什么监管机构不欢迎 RPM? 这并不难理解。上游供应商限定最低转售价的行为会限制下游零售商的定价自由、以及向终端用户提供折扣的自由。

虽然竞争监管机构很有可能对 RPM 持有固有的怀疑态度, 但是 ACCC 在图特斯案中采用的方法为在澳大利亚和其他国家监管机构评估 RPM 促进竞争和反竞争的效应提供了很好的范例。本案中采纳的务实和基于竞争影响的评估方式表明: 在相关各方不具有市场支配力的情况下, 与 RPM 相关的很多竞争关注基本上不可能发生。相比监管机构的介入, 有效的品牌间竞争可以更有效地保护消费者福利。

ACCC 在图特斯案中表现出值得钦佩的独立性, 表明其具备冷静处理这一争议问题的监管工具。