

反垄断法中的协同行为

黄晓锦 叶高芬

【摘要】在市场行为一致的基础上依据间接证据推定“协同行为”这种垄断协议的存在对于任何司法区域而言都是一个复杂的问题。在中国,由于立法的不完善及执法经验的欠缺,对协同行为的认定应持审慎态度。市场结构及产品特性、被交流信息的特性及交流的方式、竞争者是否能够提出除“协同行为”之外的合理解释,是认定协同行为时应逐步分析的几个因素。与此同时,针对企业单方面通过信息交流进行的,而对方未接受的,从而尚未构成垄断协议的价格协同邀请,中国可以在计划起草的《反不正当竞争行为规定》中予以规制。为了降低企业的守法成本,立法者可在深入了解行业市场结构、产品特点及商业惯例等方面的行业特点的基础上,制定垄断协议豁免规定。

【关键词】反垄断 垄断协议 协同行为 豁免

【中图分类号】D922.29 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2012)06-0087-05

垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中是《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)规制的三种行为。而从1890年美国《谢尔曼法》开始,现代反垄断法无不将垄断协议作为三大垄断行为之首,给予严厉打击。^①《反垄断法》第十三条规定,“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”

没有直接证据证明明确的垄断协议存在时,在平行行为的基础上分析据以推断垄断协议存在的附加因素(plus factors)是现代反垄断法未解的和最复杂的问题之一。^②《反垄断法》实施后,负责反价格垄断的发改委已经查处了许多经营者之间明确达成的垄断协议和行业协会通过决议的方式实施的垄断协议行为;^③处理非价格相关垄断行为的工商总局也公布了针对行业协会垄断行为的调查案例。^④而这些案例中并没有正式的“协同行为”的案例——虽然在2011年查处联合利华(中国)有限公司散布涨价信息扰乱市场秩序一案中,发改委在其网站上公布的答记者问中援引了《反垄断法》及《反价格垄断规定》,并告诫经营者“不得恶意发布涨价信息试探市场反应,与竞争对手默契串通协同涨价”,但由于发改委最终是依据《价格法》处理该案的,^⑤这起案件并不能作为“协同行为”的案例看待——这一定程

- ① 王晓晔主编《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第89页。
- ② Kovacic, William E., Marshall, Robert C., Marx, Leslie M. and White, Jr., Halbert L., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law (December 1, 2011), Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1. Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=1980164>, p. 50. 在反垄断案例中,美国法院允许依据环境证据推断垄断协议的存在,但是要求环境证据能够证明企业的行为在单纯的平行定价行为之外,有可能违反了《谢尔曼法》第1条。这样的环境证据被称作“附加因素(plus factors)”。
- ③ 2011年国家发改委调查的垄断协议案件请见“2012年将进一步推进反垄断执法”,中国经济导报(国家发改委主管),<http://www.ceh.com.cn/ceh/jryw/2011/12/24/96301.shtml>。
- ④ 全国工商反垄断执法第一案办结——订立协议分割市场连云港一协会及5家企业受罚73万元,法制日报,http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2011-03/03/content_2493926.htm?node=20734。
- ⑤ 国家发改委有关负责人就查处联合利华(中国)有限公司散布涨价信息扰乱市场秩序的有关问题答记者问,http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20110506_410562.htm。

度上体现了协同行为认定的复杂性和中国执法机关对待这一特殊形式的垄断协议行为的谨慎态度。

中国相关法律中概括的语言和先例的缺少给执法机关带来了如何认定协同行为的难题,也为经营者守法带来了清晰认识法律的障碍。国家发改委副主任彭森在2011年全国价格监督检查与反垄断工作会议上提出将研究企业协同价格行为方面的反垄断指南作为2012年物价主管部门的工作目标之一。^①

一、平行行为与协同行为

根据寡占经济学理论,可以用三大类经济模型划分经营者的行为。第一,经营者按照竞争对手的市场行为独立地做出“单方面非合作性的最佳反应(unilateral non-cooperative best response)”,形成“纳什均衡(Nash equilibrium)”;第二,经营者有时认识到竞争者之间针对市场行为彼此进行调适才是最符合他们共同利益的选择。他们不通过交流达成明确(非法)的协议,而是通过市场行为中的互动理解什么是它们最佳共同利益;第三,经营者之间达成垄断协议或卡特尔。最常见的是经营者通过某种形式的交流,达成明确的垄断协议。^②

在以上三种经济模型下,经营者之间都有可能产生一致的或是平行的市场行为。因此,竞争者之间的平行市场行为在几乎任何一个司法区域都不足以证明垄断协议的存在。而分析平行行为的基本任务就是要合理地排除竞争者只是在单方地按照最有利于自己的方式参与市场竞争的可能性。^③

根据《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》和《反价格垄断规定》,合法的一致行为与协同行为的区别在于此前竞争者之间是否有过意思联络或信息交流,^④以及综合结构情况、竞争状况、市场变化情况、行业情况等因素判断,一致的行为是否有协同行为以外合理的理由。

二、协同行为中的信息交流

除中国之外的其它主要司法区域比如美国^⑤和欧盟^⑥也将竞争者在采取一致性的或平行的市场行为之前进行过信息交流作为利用间接证据推定垄断协议的重要因素,但是考虑到信息交流对促进市场运行效率的作用,都并不禁止竞争者之间的信息交流,而是按照合理性原则进行个案分析。^⑦

1. 信息交流兼具促进市场效率及妨碍竞争的可能

信息交流能够提高市场的透明度,因而能够帮助参与市场的供需双方做出明智的决策。具体而言,它能够帮助供应商更好地了解市场的供需状况,以制定出有效

的研发、生产和营销策略,又能够帮助潜在的市场进入者更好地评估市场机会,进入更有商机的市场;受众面广泛的信息交流也能够帮助消费者减少搜索目标商品的成本,而且在供应或价格不稳定的时候,帮助消费者提前做好采购或存货准备。

然而,信息交流也有利于竞争者之间达成并实施垄断协议,因为它可以帮助竞争者在即使没有明确协议的前提下协调市场行为,监督参与协调的竞争者是否遵守承诺,并有效地惩罚背叛者。交流对于形成和维护垄断

① 2012年将进一步推进反垄断执法,中国经济导报(国家发改委主管),<http://www.ceh.com.cn/ceh/jryw/2011/12/24/96301.shtml>。

② Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, Policy Brief, June 2007, pp. 5-6.

③ 同上, p. 5.

④ 《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》用“意思联络或者信息交流”表述竞争者在采取一致行为前进行过沟通的要件,而《反价格垄断规定》则仅用了“意思联络”。在刑法和侵权法中,“意思联络”指的是数人在实施犯罪行为或侵权行为之前就所要采取的行为进行过主观意图上的沟通。而协同行为与明确的垄断协议之间的区别就在于竞争者之间是否有明确的不竞争意思表示(即“意思联络”)。使用“意思联络”表述认定协同行为的一个要件可能会因概念不清而造成误解。纵观国外关于协同行为的研究成果,关于此要件的表述方法只有“communication”和“information exchange”两种,而更有多个司法区域(比如欧盟和澳大利亚)以及国际性组织(比如经济合作与发展组织)专门就“information exchange”制定了反垄断指南。因此,本文将统一使用“信息交流”表述上述要件。

⑤ Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, OECD Journal of Competition Law and Policy, “Volume 9 Issue 3, available at http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/prosecuting-cartels-without-direct-evidence-of-agreement_clp-v9-art11-en, p. 17.

⑥ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, para. 59.

⑦ Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, OECD Policy Roundtables, 2010, p. 41. 请注意澳大利亚政府于2011年底通过了禁止银行业的竞争者私下互相披露价格信息(不论其目的或效果如何),或以充分抑制竞争为目的私下或公开地披露其价格、经营能力或经营策略的法案 Competition and Consumer Amendment Bill (No. 1) 2011(参见<http://www.australiancompetition-law.org/legislation/2011pricesignalling.html>),但“本身违法”原则的运用遭到了大量的批评(请见公众对澳大利亚政府于2010年底公布的该法案征求意见稿的评论意见,<http://www.australiancompetitionlaw.org/reports/2011pricesignal.html>)。

协议的作用可以在实证研究中得到印证。“在没有交流的情况下不可能合作的试验对象一旦被允许交流进行合作的承诺，他们的合作机率便显著地增长，交流似乎与信任呈线性关系。试验对象交流的次数越多，他们之间的合作就越多。交流的信息越多，合作也越多。而且，当交流变得更明确的时候，合作也明显地增加。”^①

2. 评估信息交流反竞争效果的核心因素

信息交流产生反竞争效果的可能性取决于若干核心因素，比如被交流信息的类型和相关市场的结构特征。经济合作与发展组织（以下简称 OECD）总结了其成员国竞争执法机构在评估信息交流的合法性时考量的三个主要因素：^②（a）相关市场的结构：仅有少数竞争者、集中程度高的市场中更容易形成和维持垄断协议。（b）被交流信息的属性：交流商业敏感信息（比如价格、数量及商业策略）更有可能产生反竞争效果，而关于成本或需求的交流具有反竞争效果的可能性很小；与目前的或未来的市场信息相比，历史信息的危险性小得多；与整合的信息相比，单个竞争者的信息具有更大的反竞争隐患，而且并不是经营者通过信息交流获得效率所必需的。^③（c）信息的交流方式：与公开的信息交流相比，执法机构更关注竞争者之间私下的信息交流；信息交流的越频繁，越有利于竞争者之间及时和有效地彼此协调市场策略。^④

3. 几种特别的信息交流形式

（1）纵向信息交流

生产商和零售商之间的纵向交流如果只涉及该生产商的销售数据则一般来说问题不大。可是，如果这样的交流导致该生产商了解了其竞争对手的销售数据（比如零售价格），那么则有可能帮助促成生产商之间的垄断协议。

另外，如果买卖双方约定，卖方给买方的价格要保证不高于任何其它供应商的价格。这样的约定就增加了市场的透明度（因为买方为了拿到有竞争力的价格，会第一时间告诉卖方其它供应商更低的售价），从而有助于供应商之间协调价格，并察觉到协议的背叛者。

（2）通过行业协会的信息交流

例如，了解当前存货水平或者原材料的供应状况可能有助于企业计划生产，制定营销策略，从而降低成本，提高利润，甚至促进竞争。经营者加入一些行业协会有时是为了通过共享信息而提高技术水平，为了促进产品标准化或者为了享受大规模组织的好处。^⑤

根据美国判例的经验，出于限制竞争方面的负面影响，行业协会组织的信息交换应当遵守几项法律原则。例如，对于价格信息而言，信息交换应当：^⑥（a）只涉及过去的价格，并且是经过汇总的价格信息；（b）避免指向具体的某笔交易或某个交易主体；（c）不应当要求其成员坚持已公布的价格；（d）此外非常重要的一点

是，这些信息交换不是秘密进行的，公众必须有机会得到这些成员内部互换的信息。

（3）通过独立第三方的信息交流

独立第三方机构（比如提供市场情报的咨询公司）在行业内信息交流方面也起着重要作用。这些机构通过长期跟踪行业发展动态，搜集、整理和编辑行业整体及行业内企业的发展状况，然后向现有竞争者或潜在进入者提供市场调研报告。这些报告的数据来源既包括公开信息又可能包括第三方机构与相关竞争者的一对一调研。

独立第三方提供的市场调研报告能够帮助现有竞争者更好地了解市场供求、存货、技术发展、成本等方面的状况，提高运营效率，也可以帮助潜在进入者把握商机，促进市场竞争，最终有利于消费者。

然而，同时需要注意的是市场调研报告具有传递商

^① Christopher R. Leslie, Trust, Distrust, and Antitrust, 82 TEX. L. REV. 515 (2004), p. 538 - 539, 转引自 Page, William H., Communication and Concerted Action (October 22, 2006). Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 38, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939427>, p. 129.

^② 以下概括的规则并不代表存在区分合法或违法的信息交流明确界限，判断信息交流具有的潜在反竞争效果时，还应根据个案背景及被指控的反竞争风险做个案分析。比如交流向客户的交货信息看似无可厚非，但却可能帮助竞争者达成分割客户的协议；在高度集中的市场中（比如只有两个供应商），即使是整合的销售数据也有可能使单个竞争者据此推断出其他竞争者的敏感销售数据；交流历史的价格虽然不能帮助竞争者达成，但却可以帮助他们监控已达成的垄断协议的实施情况；虽然公开的信息交流（比如通过媒体）会增加被执法机构关注的风险并且也会帮助消费者做出最佳的采购策略，但这并不会降低其帮助竞争者达成垄断协议的可能性；间接的通过第三方（比如行业协会或供应商和客户）进行的交流与竞争者之间直接的信息交流一样可以帮助竞争者达成垄断协议；在价格调整频率较低的行业中，即使是小频率的信息交流也足以使竞争者达成垄断协议。

^③ 除此之外，还有其它值得考虑的因素，比如在竞争者披露未来的价格策略时表现出的确定程度和该策略的可证实性。

^④ Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, OECD Policy Roundtables, 2010, pp. 11, 48-50.

^⑤ Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins, Antitrust Law and Economics, 5th edition, 2004 Thomson/West, p. 283, 转引自 [美] 欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯《反垄断法与经济学》（第5版），任勇、邓志松、尹建平译，法律出版社2009年版，第283~284页。

^⑥ Wilcox v. First Interstate Bank of Oregon (9th Cir. 1987); Tag Mfrs. Institute v. FTC (1st Cir. 1949), 转引自《反垄断法与经济学》（第5版），第290页。

业敏感信息的可能,比如若干竞争者共同委托一家独立第三方做调研,而竞争者分别把各自的信息提供给第三方,那么第三方此时就具备了与行业协会相似的功能,受到竞争执法机关关注的可能性则会提高。^①

(4) 单方信息披露

根据欧盟的相关指南,^②一个经营者向其竞争者披露战略性商业信息,而后者接受了该信息,则可以构成一个协同行为。根据欧盟先例 *Joined Cases T-25/95 and others, Cimenteries*, [2000] ECR II-491,“协同行为的概念事实上已经隐含了协同行为的成立需要存在双向联络。当一个竞争者应其他竞争者的要求向其披露未来要采取的市场行为,或者虽然其他竞争者之前没有要求,但是却接受了他人披露的信息时,双向联络就存在了。”在美国,法院允许在平行行为的基础上将附加因素作为环境证据推断垄断协议的存在。^③然而,美国对认定卡特尔一向采取谨慎态度,由于一旦被认定实施了卡特尔行为,被告除面临巨额罚款和可能的三倍民事赔偿外,根据《谢尔曼法》第一条,对卡特尔行为负有责任的个人还将可能面临刑事处罚。但是,为了打击可能妨碍竞争的单方信息披露,美国联邦贸易委员会(以下简称FTC)可以适用《联邦贸易委员会法》(FTC Act)第五条来打击共谋邀请(invitation to collude)行为——一个经营者向其竞争者发出彼此不竞争的邀请,而后者未给予答复或予以拒绝。^④虽然共谋邀请尚未构成垄断协议,对竞争未造成实际的损害,但是如果加以制止,则有可能在未来妨碍竞争。鉴于此,FTC可依据《联邦贸易委员会法》将其认定为“不正当竞争”而予以制止,还可向法院申请民事罚款。^⑤

但是,为了防止不正当地限制对市场竞争并无损害作用的信息交流,《联邦贸易委员会法》规定只有在一项行为给消费者带来了或可能带来实质性的损害,而消费者自身无法合理地避免这种损害,并且损害超出了此种行为给消费者或竞争所带来的利益时,FTC才能认定该项行为是不正当的。^⑥

三、促成协同行为的市场结构

市场上的竞争者越少,越容易形成共谋。高度集中的市场结构和同质化的产品不仅能够促使企业产生与竞争对手共谋的动机,形成企业通过信息交流能够相互清楚地传递市场计划的客观条件,还能够帮助共谋成员较容易地发现和惩罚背叛者,阻吓背叛,维持共谋的稳定。

然而,在有些市场条件下,^⑦无论市场的透明度如何,共谋都难以维持。这些市场条件包括:^⑧(a) 相关企业的成本结构、市场份额、产能水平、和/或它们的

垂直一体化程度不平衡,这些因素降低了企业间协调市场行为的动力;(b) 创新是非常重要的竞争力,可能使企业与竞争对手相比获得重大的优势;(c) 市场供需条件变化大,企业之间形成共谋的可能性小;(d) 其它未参加信息交流的企业可以破坏共谋成员所期望达到的结果;(e) 市场进入门槛低,潜在的市场新进入者对共谋有威慑作用;(f) 客户有充分的买方实力,足以破坏共谋的稳定;(g) 对背叛者的报复行为不可能成功,使成员有很高的动机背离共谋。

四、经营者对一致性行为的合理解释

各国法律都不剥夺企业根据其它竞争者所采取的或预计将要采取的市场行为调整自己行为的权利;如前所述,这种企业间的调适过程与垄断协议一样都可以产生一致的市场行为。由于与明确的垄断协议不同,执法机

- ① Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. OECD Policy Roundtables, 2010, p. 33.
- ② Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01).
- ③ Kovacic, William E., Marshall, Robert C., Marx, Leslie M. and White, Jr., Halbert L., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law (December 1, 2011). Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1. Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=1980164>, p. 4.
- ④ Reeves, Amanda P., Conduct Specific Tests? How the Federal Trade Commission Can Reframe the Section 5 Debate. CPI Antitrust Journal, Vol. 2, February 2010. Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=1562734>, pp. 1, 5.
- ⑤ Sec. 5 of Federal Trade Commission Act.
- ⑥ Sec. 5 (n) of Federal Trade Commission Act about standard of proof and public policy consideration.
- ⑦ 然而,需要注意的是,市场结构的证据价值也是有瑕疵的,因为既有在高度集中的市场上竞争者面临激烈对决的例子;相反也有在竞争者数目众多,而且产品差异化显著的行业中存在卡特尔,并且保持多年的例子。同时,经济学家指出,在有些情况下,产品差异也会促进共谋,因为除非价格被降得很低,共谋成员不能指望通过背叛获得更大的市场份额,因此背叛带来的利益比遵守共谋更低。See Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, OECD Policy Roundtables, 2010, p. 47.
- ⑧ Page, William H., Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act (May 1, 2008). Antitrust Law and Economics. Available at SSRN; <http://ssrn.com/abstract=1117667>.

构是依据间接证据推定协同行为的，允许涉嫌协同行为的企业为一致行为提供合理解释是避免将合法的企业竞争行为错误地推断为协同行为的必要手段。

在被称为“教科书”似的美国 2004 年的平板玻璃一案中，法院发现如果在竞争的市场条件下，被告应该不会涨价。价格的上涨并不是由成本或需求的增长而造成的，反而吸引了市场的新进者。法院认为如果不是存在共谋，那么被告的行为就是有悖于自身利益的。^① 在没有合理的经济理由的情况下拒绝与供应商或客户交易，竞争者之间交流可能会被对手利用的并且普遍会被作为保密信息看待的成本或价格信息，或采取不符合经济合理性的行为都是违背自身利益行事的表现。^②

另外，虽然某企业在接到了竞争对手披露的市场策略后采取了与其一致的市场行为（比如涨价），但是能够证明其在对方披露信息前已经决定涨价的，也可以作为抗辩协同行为推定的合理理由。

结论：在市场行为一致的基础上依据间接证据推定垄断协议的存在是一个复杂难解的问题。在中国，由于立法的不完善及执法经验的欠缺，执法机关对协同行为的认定应持审慎态度。

综合其他先行的司法区域的立法及执法经验，认定协同行为可以分为几个步骤。第一，根据涉嫌协同行为相关的市场结构及产品特性分析竞争者之间通过信息交流提高行业的透明度是否会增加共谋的风险；第二，如果是，接着分析被交流的信息的特性以及交流的方式是否会带来共谋的可能性；第三，如果是，再分析经营者是否能够根据竞争状况、市场变化情况、行业情况等提出除协同行为以外的合理的解释。这其中要考虑的一个重要因素是信息交流和一致性的市场行为间是否有因果

关系；换句话说，要认定协同行为，则有必要证明没有信息交流，则不会有一致性的市场行为，一致性的市场行为不是经营者单方的独立的经营决策所产生的结果。

与此同时，针对企业单方面通过信息交流进行的，而对方未接受的，从而尚未构成垄断协议的价格协同邀请，借鉴 FTC 的经验，中国可以在计划起草的《反不正当竞争价格行为规定》^③ 中予以规制。此外，《反垄断法》第 15 条是中国目前的反垄断立法体系中唯一涉及垄断协议豁免的规定，但是不够明晰；借鉴国外立法和执法经验，在深入了解行业市场结构、产品特点及商业惯例等方面的行业特点的基础上，制定更为明确和具体的垄断协议豁免规定将会为企业提供必要的有效避免协同行为风险的指引。

本文作者：黄晓锦是中国社会科学院研究生院法学系 2011 级博士生；叶高芬是浙江理工大学政法学院讲师、中国社会科学院研究生院 2011 届法学博士

责任编辑：赵俊

①② Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement, OECD Journal of Competition Law and Policy, Volume 9 Issue 3, available at http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/prosecuting-cartels-without-direct-evidence-of-agreement_clp_v9_art11-en, pp. 23, 24.

③ 全国价格监督检查与反垄断工作会议日前召开——国家发展改革委彭森副主任出席会议并做工作报告，http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20120105_455065.htm.

Concerted Practice under the Antimonopoly Law

Huang Xiaojin Ye Gaofen

Abstract: For each jurisdiction, the existence of “concerted practice”, which is some kind of monopoly agreements, indirectly based on consistent market activities is a complex issue. In China, due to its imperfect legislation and lack of law enforcement experience, a prudent attitude is recommended on concerted practice. Market structure and product characteristics, characteristics of the exchanged information and the way of information exchange, and whether the competitors in question can provide reasonable explanations of the consistent market behavior other than concerted practice are all factors which should be analyzed step by step. In the meanwhile, regarding the invitation to collude which is sent by one competitor unilaterally but not accepted by the recipient of the invitation, which therefore doesn't constitute a monopoly agreement, China can make it regulated in the Rules on Anti-Unfair Price Behaviors which is already on the legislation agenda. In order to reduce firms cost in complying with the law, it is suggested that Chinese legislators formulate exemption rules on monopoly agreements, based on the industry structure, product characteristics and business practice.

Key words: antimonopoly; monopoly agreement; concerted practice; exemption