
第十一届“理律杯”全国模拟法庭辩论赛

原告代理意见书

绿馨公司呈递

第 12 号参赛队

2013 年 11 月 8 日

目 录

第一部分 基本事实	3
一、行业会议召开前	3
二、行业会议的召开及其内容	3
三、行业会议召开后	3
第二部分 法律适用	4
一、总述	4
二、本案适用的法律	4
（一）《中华人民共和国反垄断法》	4
（二）《中华人民共和国行政处罚法》	5
（三）《中华人民共和国行政诉讼法》	5
三、本案适用的行政规章	5
（一）国家发展和改革委员会颁布的行政规章	5
（二）国家工商行政管理总局颁布的行政规章	5
四、本案适用的其他规范性文件	6
国务院反垄断委员会颁布的“指南”	6
第三部分 焦点问题的发现与原告对焦点问题的论证结构	7
第四部分 代理意见	8
一、原告与竞争对手之间没有达成固定或变更价格的横向垄断协议.....	8
（一）原告与竞争对手之间没有达成固定或变更价格的垄断协议.....	8
（二）原告与竞争对手之间没有固定或变更价格的其他协同行为.....	9
1. 原告与其他经营者之间没有限制市场竞争的意思联络.....	9
2. 原告与其他经营者之间没有价格或市场一致性行为.....	11
3. 原告的行为是由其市场地位和市场变化情况共同决定的.....	13
二、原告与竞争对手之间没有达成联合抵制交易的横向垄断协议.....	13
（一）联合抵制行为的概念与构成要件	13
（二）《行业自律宣言》不构成联合抵制交易的决议.....	14
1. 宣言的内容不具有限制竞争的目的或效果	14
2. 宣言的通过对团体成员不具有事实约束力	14
（三）原告未与相关竞争厂商达成联合抵制的合意.....	15
（四）原告拒绝与金顶公司交易有正当理由	15
三、原告的行为符合《反垄断法》第 15 条的规定	16
（一）对《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件的理解.....	16
（二）原告的行为有利于油漆行业提高产品质量、保护环境、降低成本并增进效率.....	17
（三）原告的行为不会严重限制相关市场竞争，并能使消费者分享由此产生的利益.....	17
1. 原告的行为不会严重限制油漆市场的竞争	17
2. 原告的行为不会严重限制 WAB 行业的市场竞争.....	17
3. 原告的行为并没有严重限制金顶公司的市场竞争力.....	18
4. 消费者能够分享由此产生的利益	18
四、国家发改委做出处罚决定时证据不足，违背证据法则.....	18
五、国家发改委处罚决定违反《反垄断法》第 46 条的规定.....	19

第五部分 结语	20
第六部分 本案启示和立法建议	21
一、从立法层面讲，需提高《反垄断法》及相关制度的可操作性.....	21
（一）国务院应出台《反垄断法》的实施细则，并进一步明确反垄断执法机构的职能划分	21
（二）释明我国《反垄断法》中规定模糊的部分	22
二、从执法层面讲，需提高反垄断执法主体的执法水平，完善对市场主体的管理	22
（一）将我国的宽恕制度与国际接轨，避免部分企业滥用宽恕制度	22
（二）加强对行业协会的管理	23
第六部分 附件	24
附件一：授权委托书	24
附件二：相关证据	24
附件三：本状副本 8 份	24

原告代理意见书

第一部分 基本事实

为方便合议庭进行裁决，本着客观真实的原则，原告方现将本案涉及的重要案件事实按照时间顺序整理如下：

一、行业会议召开前

1. 原告与蓝景（美国公司）、白山（韩国公司）均为绿色环保油漆生产商。三家厂商在大陆占有的市场份额合计为 40%。三家公司各自设定的企业标准被业内公认为行业质量标准。

2. 三家厂商生产环保油漆的主要原材料是 WAB，它在油漆原材料中所占的价格比例达 75%，是影响油漆质量和环保标准的最为重要的因素。三家厂商为了保证产品质量，每年根据 WAB 的质量甄选 WAB 提供商，凡在名单以外的 WAB 企业不得参加投标。因每年企业都会制订新的招标名单，故该名单中的 WAB 企业每年会有变化。

3. 油漆行业协会为了支持行业发展创办网站，每天更新各类行业信息，包括主要原材料 WAB 的信息。但该网站仅为数据平台，对信息的真实性不承担任何法律责任。

二、行业会议的召开及其内容

1. 为应对 2009 年油漆行业的发展困难，行业协会向在协会注册的所有企业下发书面通知，召开会议讨论对策。

2. 2009 年 2 月 10 日，第一次会议召开，由行业协会会长即原告董事长（法定代表人）王瑞主持。会议上各企业一致认为降价不是出路；各企业应当坚持行业自律，严控产品质量；行业内定期、及时跟进国际行情；各企业应当在行业协会网站发布真实信息，同舟共济；各企业要苦练内功，控制成本。会议同时强调，行业协会仅提供信息交流平台和服务，不做任何实质性决定。具体经营战略由企业自行决定，行业协会决不引导。会议重新激发了与会企业的信心，与会企业要求定期召开会议。

3. 2010 年 8 月 16 日，第二次会议召开。行业协会的研究部推出适合行业计算成本的标准计算公式。经过培训，企业普遍反映经成本公式计算后，应支付的 WAB 成本价格较此前实际发生的价格普遍下降 5%-8%。这有助于管理水平落后的企业找到合理的管理成本、财务成本边际，改善管理水平。

4. 2011 年 12 月 30 日，第三次会议由蓝景公司召集召开。会议通过《行业自律宣言》，呼吁为提高产品质量各企业今后应不使用低于 023（含）的 WAB 产品。行业新锐红海公司未在《宣言》上签字，原告缺席此次会议。其后，该《宣言》被置于行业协会网站。

三、行业会议召开后

1. WAB 的生产商金顶公司原为原告与蓝景、白山、红海的 WAB 供应商，其销售收入的 70% 源于这四家公司。但在 WAB 行业的技术革新后，因为金顶公司缺乏新技术，只能维持生产标号 020 以及更低标号的 WAB，丧失行业领先地位。

2. 在 2012 年初的订货会上，因金顶公司的产品不符合行业的发展要求，特别是在环保检测中其产品含有的有害物质数相较于其他企业存在劣势，故原告和蓝景、白山、红海均未与金顶公司签约。此次订货会，不能保证 WAB 质量的企业一律没有进入企业的招标名单，不只金顶公司一家。后原告和白山公司建议金顶公司向中低端油漆市场转型，这一市场也有巨大的潜力。同时，原告与白山公司旗下的关联企业紫竹公司、黑晶公司（此两家企业均生产低端油漆）购买了金顶公司的 WAB 产品。

3. 此后，金顶公司试图以各种手段甚至公关手法说服原告、蓝景公司、白山公司和红海公司与之签约，但均未成功。2012 年第一季度，金顶公司在大陆的市场份额由 6% 降至 2%。

4. 2012 年 4 月 1 日，金顶公司实名向被告、美国反托拉斯局举报原告与蓝景公司、白山公司和红海公司涉嫌实施了价格垄断行为、联合抵制行为。

5. 2012 年 8 月 1 日，蓝景公司就行业内参照使用成本价格公式，降低 WAB 采买价格的行为向被告、美国反托拉斯局告发，申请免除处罚，并提供相关证据材料。

6. 2012 年 4 月 20 日，被告正式启动调查程序。2012 年 11 月 1 日，被告对包括原告在内的多个油漆生产厂商做出处罚决定并公告。在处罚决定中，被告认定原告与具有竞争关系的经营者使用价格测算公式变相达成变更商品价格的垄断协议，根据《中华人民共和国反垄断法》第 46 条第一款，责令停止违法行为，处上一年度销售额 10% 的罚款；认定原告通过商议制定《行业自律宣言》与其他具有竞争关系的企业联合抵制交易，根据同款规定，责令停止违法行为，处上一年度销售额 1% 的罚款。

7. 原告对被告的事实认定及处罚决定不服，遂向人民法院提起诉讼。请求人民法院依法判决撤销被告的处罚决定。

第二部分 法律适用

一、总述

根据《中华人民共和国反垄断法》第 2 条的规定：“在中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”原告是中国公司，被告是中国行政机关，蓝景公司虽然是美国公司，但本案涉嫌的垄断行为主要发生在中国。因此，本案适用中国法律。

二、本案适用的法律

（一）《中华人民共和国反垄断法》

《中华人民共和国反垄断法》由全国人大常委会于 2007 年 8 月 30 日通过，自 2008 年 8 月 1 日起施行。

本案中，原告与蓝景公司等于 2009 年开始召开行业会议，2013 年 11 月 1 日被告依据《中华人民共和国反垄断法》给予原告行政处罚。此时，以上两部法律均已生效，故在特别法没有相关规定的情况下，本案应适用《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）。

（二）《中华人民共和国行政处罚法》

本案中，被告为行政机关，所作的处罚属于行政处罚。应当适用 1996 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国行政处罚法》。

（三）《中华人民共和国行政诉讼法》

本案中，原告提起的是行政诉讼，被告亦是适格的行政机关。应当适用 1990 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国行政诉讼法》。

三、本案适用的行政规章

（一）国家发展和改革委员会颁布的行政规章

国家发展和改革委员会（以下简称国家发改委）是我国主管价格垄断的行政机关。国家发改委颁布、自 2011 年 2 月 1 日起施行的《反价格垄断规定》第 2 条规定：“中华人民共和国境内经济活动中的价格垄断行为，适用本规定；中华人民共和国境外的价格垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本规定。”同时施行的《反价格垄断行政执法程序规定》第 2 条规定：“政府价格主管部门实施反价格垄断执法，适用本规定。”

本案中，被告在 2013 年 11 月 1 日给予原告的行政处罚中认为，原告于 2009 年开始参与的行业会议涉嫌价格垄断行为。因为原告参与的行业会议的举办时间跨越了被告颁布规定的实施之日，故被告给予原告的行政处罚适用《反价格垄断规定》和《反价格垄断行政执法程序规定》。

（二）国家工商行政管理总局颁布的行政规章

国家工商行政管理总局（以下简称国家工商总局）是主管除价格垄断之外的垄断行为的行政机关。国家工商总局颁布、自 2009 年 7 月 1 日起施行的《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》第 2 条第一款规定：“国家工商行政管理总局统一负责垄断协议、滥用市场支配地位方面的反垄断执法工作。”自 2011 年 2 月 1 日起施行的《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第 8 条规定：“本规定未明确规定的其他垄断协议，除价格垄断协议外，由国家工商行政管理总局依法认定。”同时施行的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》第 9 条规定：“本规定未明确规定的其他滥用市场支配地位行为，除价格垄断行为外，由国家工商行政管理总局依法认定。”

本案中，被告对原告的行政处罚包括价格垄断协议、联合抵制行为等垄断行为。国家工商总局和被告属本案中的反垄断执法机关，故本案应适用故本案适用《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》。

四、本案适用的其他规范性文件

国务院反垄断委员会颁布的“指南”

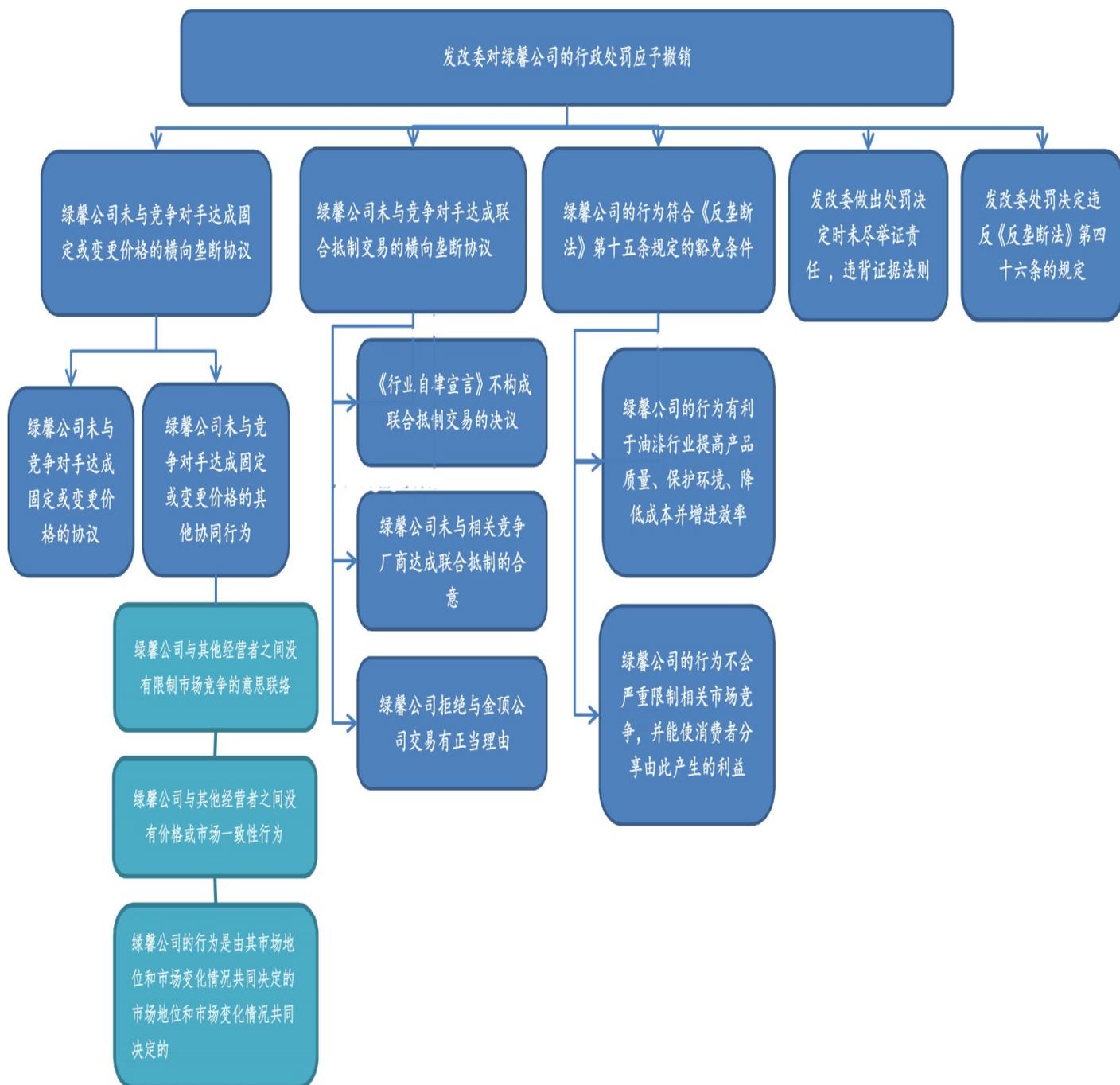
法律中要以大量的不确定概念、裁量等方式授权给行政机关，就是希望后者有发展政策的空间，以适应快速发展、变化不拘的社会。而行政机关起草指南、手册等规则便可以在实践的基础上不断试错、不断调整，具有灵活性¹。在讨论这类规则的效力时，学术界有较多争议，有的学者认为具有法律效力，有的学者认为不具有法律效力，但具有事实效力。原告认为对这类规则要进行具体分类，不能一概而论。

2009年5月24日，国务院反垄断委员会颁布了《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》（以下简称《指南》）。其中第1条规定：“为了给相关市场界定提供指导，提高国务院反垄断执法机构执法工作的透明度，根据《中华人民共和国反垄断法》，制定本指南。”可见，该《指南》是以提高执法工作的透明度为目的的公开规则，同时也未与现行的法律规章发生抵触。因此，该《指南》虽然不是司法实践中的法律依据，但也应该承认其具有理性依据的效力，可以在司法活动中进行适用。

本案中，被告对原告做出的行政处罚需国务院反垄断委员会进行审核，故适用该《指南》。

¹ 余凌云：《现代行政法上的指南、手册和裁量基准》，载《中国法学》2012年第04期。

第三部分焦点问题的发现与原告对焦点问题的论证结构



如上图所示，原告将通过以上五方面十个焦点问题的论证，证明原告未与竞争对手订立《反垄断法》第 13 条规定的固定变更价格和联合抵制交易的横向垄断协议，且原告的行为符合反垄断法第 15 条规定的豁免条件。被告的处罚决定主要证据不足，违反法定程序，违反《行政诉讼法》第 54 条的规定，应予撤销。

第四部分 代理意见

一、原告与竞争对手之间没有达成固定或变更价格的横向垄断协议

我国《反垄断法》第 13 条第二款规定：“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。”垄断协议又分为横向垄断协议和纵向垄断协议，其中横向垄断协议又称卡特尔，是指相互独立且有竞争关系的经营者之间制定的限制竞争的协议。²一般认为，认定企业间达成横向垄断协议须同时满足以下条件³：

1. 两个或两个以上具有竞争关系的独立主体。达成垄断协议的行为人必须是两个或两个以上，各行为人都是独立的主体且彼此有竞争关系，这是构成横向垄断协议的基础要件。

2. 当事人具有限制竞争的目的并达成合意。垄断协议是具有限制竞争目的的共谋。鉴于垄断组织的隐秘性，在认定当事人具有排除、限制竞争的合意时，可以采用间接证据，并综合考量各种因素。但无论法律如何肯定间接证据的效力，仍坚持证据必须达到足以证明经营者之间存在排除限制竞争的合意的标准。无合意，即不构成垄断协议。

3. 当事人采取了限制竞争的行为，且该行为具有法律或事实上的约束力，能产生限制竞争的效果。法律不关注垄断协议的形式，只要对当事人有约束力，并在事实上能产生限制竞争的效果，即构成垄断协议。

《反垄断法》第 13 条禁止具有竞争关系的经营者达成固定或变更价格的横向垄断协议。固定或者变更价格，又称为价格卡特尔，是生产或者销售同类商品的企业相互商定价格的行为。固定或者变更价格的协议通常是在卖方之间订立的，也可以在买方之间订立。竞争者之间通过各种方式达成明示或者暗示的价格协议，是固定价格最基本的方法。价格协议除了直接约定价格标准内容的形式之外，还有其他许多表现形式，如关于提价的协议，关于据以计算价格的标准公式的协议等。⁴

一般而言，固定或变更价格的横向垄断协议的表现形式主要包括协议、决议和其他协同行为（如一致性行为）。下面，我方将依据前述三点构成要件分别论证原告的行为不构成与竞争企业达成固定或变更价格的垄断协议和其他协同行为。

（一）原告与竞争对手之间没有达成固定或变更价格的垄断协议

我国《反垄断法》并未规定垄断协议中“协议”的概念，国务院反垄断委员会、国家发改委和国家工商总局也没有对此概念做出定义，只是在国家工商总局在《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》里规定了协议包括口头协议和书面协议。

一般认为，所谓“协议”，是指多方当事人之间达成的，具有法律上或者事实上约束力的书面或口头的合意，要求所有当事人意思表示一致。⁵要构成反垄断法所称的“协议”，其内容必须具有法律或事实上的约束力。本案中，与会企业虽然在第一次行业会议上达成了包括不降价在内的五点主张，但我方认为这种不降价的主张只是一项倡议而非协议，不具有法律或事实上的约束力，不属于垄断协议的范畴，理由如下：

² 中国社会科学院法律研究所《法律词典》编委会编：《法律词典》，法律出版社 2003 年版。

³ 曹康泰主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，中国法制出版社 2007 年版，第 45 页

⁴ 吴振国主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，人民法院出版社 2007 年版，第 201 页。

⁵ 商务部条法司编，尚明主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》，法律出版社 2007 年版，第 58 页。

第一，不降价主张没有限制竞争的目的。此次油漆行业会议是在原材料成本不断攀升、企业销售出现困难，行业发展面临危机的情况下召开的，这就决定了会议负有提振企业信心，凝聚行业力量的作用。在这样的背景下，与会油漆企业提出的不降价主张，只是行业共同体面对市场危机而自我提振信心的宣言，仅具有形式意义而不具有形成垄断的功能，也不存在该种可能性。

第二，不降价主张没有事实约束力。在这种不降价的主张提出后，行业协会或与会企业并未采取任何配套措施监督企业落实，也没有对进行降价的企业有任何包括口头谴责在内的惩罚措施。这足以说明包括原告在内的与会企业并未期待该主张会产生任何的约束力，没有约束力便不能产生限制竞争的效果。

第三，不降价主张没有产生限制竞争的效果。被告和蓝景公司都未提供反映油漆行业第一次会议后（即 2009 年 2 月后），近三年内油漆价格的变动情况的证据。被告在无法确定油漆价格变动情况的条件下，将包括原告在内的与会企业提出的一项不降价倡议认定为原告与相关竞争者达成的固定价格的垄断协议，忽视了这项倡议的事实约束力和实际上是否能产生限制竞争的效果，不具有说服力。

（二）原告与竞争对手之间没有固定或变更价格的其他协同行为

根据国家发改委发布的《反价格垄断规定》第 6 条⁶和国家工商总局发布的《工商行政管理机关禁止垄断协议的规定》第 3 条⁷，可以看出，在认定“其他协同行为”时应考虑的要素包括：是否进行了意思联络，是否有价格或市场一致性行为，以及市场结构、市场变化等情况，三个要素缺一不可。下面，我方将基于以上三个要素逐一论证原告的行为不构成其他协同行为。

1. 原告与其他经营者之间没有限制市场竞争的意思联络

（1）信息交换平台未传递垄断的意思

本案中，原告董事长为油漆行业协会会长，原告也确实通过行业协会的会议、信息交流平台等多种渠道与相关竞争厂商就包括原材料在内的信息交换过意见。但原告认为，相关竞争厂商相互间的信息交流并不必然导致限制市场竞争的意思联络的产生。与共谋定价不同，竞争者间的信息交换虽有促进共谋达成的可能，但对于良好竞争机制的形成却是必不可少的，且有利于市场运作效率的提高，因此这种信息交换行为本身并不为反垄断法所禁止。即使在对信息交流平台给予极大关注的美国“硬木生产商协会案”中，最终认定参加协会的硬木生产商构成垄断的原因也不是具有信息交流平台性质的“公开竞争计划”本身，而是通过“计划”实施后硬木价格波动的高度一致性推定这些生厂商间通过这种类似于信息交流平台的“公开竞争计划”达成了限制市场竞争的合意。⁸

简而言之，对有关信息所做的公开而公平的搜集、传播以及所做的讨论只要“没有达成或企图达成任何关于价格或生产或限制竞争的共同行动，就不构成意图限制市场竞争的意思

⁶ 《反价格垄断规定》第 6 条：认定其他协同行为，应当依据下列因素：（一）经营者的价格行为具有一致性；（二）经营者进行过意思联络；认定协同行为还应考虑市场结构和市场变化等情况。

⁷ 《工商行政管理机关禁止垄断协议的规定》第 3 条：认定其他协同行为，应当考虑下列因素：（一）经营者的市场行为是否具有一致性；（二）经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；（三）经营者能否对一致行为做出合理的解释。认定其他协同行为，还应当考虑相关市场的结构情况、竞争状况、市场变化情况、行业情况等。

⁸ [美]理查德.A.波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 189-193 页。

联络”⁹。因此，要证明原告违反《反垄断法》的规定，就必须证明原告借助信息交流平台与相关竞争厂商达成了固定或变更油漆价格的合意。而在没有直接证据的情况下，要证明这一点一般要证明各相关厂商在油漆的出厂价格上存在一致性外观，并证明合意为造成该一致性外观的唯一合理解释¹⁰。而本案中，行业协会所收集的信息只针对过去，并没有收集诸如各企业对未来的预期等信息，因此这些信息并不会对将来的油漆产品的价格产生任何直接或间接的暗示。同时，由于行业协会所收集的信息都是公开的，因此若是这些信息交流具有垄断的意图的话，那么 WAB 企业也同样能够发现，同样能够采取联合拒绝交易等方式对抗油漆企业的垄断。综上所述，本案中间接证据并不足以佐证合意存在，自然也无法认定原告借助信息交换平台以及行业协会传递垄断意思。

（2）行业协会推广成本计算公式不具有垄断的意思

在 2010 年 8 月 16 日召开的第二次会议中，行业协会研究部推出的成本计算公式只能合成得出包括 WAB 在内的各项原材料成本。原告认为，应当正确看待成本计算公式在相关市场竞争中的作用，合理判断原告参与推广成本计算公式的动机。

首先，成本计算公式的推广有利于全行业发展。油漆行业协会包括油漆行业大部分企业，并非仅有包括原告在内的行业领先企业。原告参与成本计算公式的推广，事实上有助于提高中小企业的管理水平，帮助他们降低成本，渡过难关，从而促进行业尽快摆脱危机而非产生限制竞争效果，这一点从该公式受到与会企业的热烈欢迎并主动要求推广中就可以得到佐证。

其次，成本计算公式并非价格计算公式。WAB 在油漆的原材料成本中始终占 75%，即油漆产品的销售价格随 WAB 的价格发生波动。但原告方认为，在市场竞争中，决定企业产品定价的因素有很多，具体包括企业的经营战略、生产成本、市场结构、经济环境等，生产成本尤其是原材料成本只是其中的一种因素，而且有时并非最重要的因素。企业很难通过成本计算公式逆向推导出厂产品的实际价格，更无法据此达成合意。退一步说，即使原告与其他企业合谋通过成本计算公式使 WAB 产品价格降低，但由于油漆价格随着 WAB 产品价格波动，所以这种情况下油漆价格会随之下降，也无法实现调涨油漆价格的目的，反而能使消费者受益。因此，在没有其他证据的情况下，认定原告通过成本计算公式间接与其他经营者达成固定或变更油漆价格上的合意欠缺说服力。

再次，卖方市场条件下买方固定或变更商品价格的合意难以达成。尽管固定或变更价格的横向垄断协议通常由卖方达成，但实践中也存在买方达成的固定或变更价格的横向垄断协议。它通常表现为，在买方市场的情况下，下游企业通过共谋合意压低上游企业的产品价格。可根据经济学一般原理，这种垄断协议必须在买方市场的前提下才有可能达成。¹¹而成本计算公式推广时 WAB 产品价格正在不断上涨，无证据表明此时处于买方市场，也就很难说明包括原告在内的与会企业有意图压低 WAB 产品价格的合意，因为卖方市场情况下这种合意根本无从实现。同时，对于 WAB 市场而言，成本计算公式的推广会导致 WAB 产品出厂价格有一定程度的下降，WAB 企业的市场竞争压力将会增加。但在先前 WAB 产品的价格一直处于上涨状态的前提下，从 WAB 企业在成本计算公式公布的第一时间，与会油漆企业并未拒绝按原价购货或要求降价就主动调低价格的行为中可以推断，这种降幅并不会导致 WAB 企业的利益严重受损（详见图 1），甚至说明之前 WAB 产品的价格本身就有不合理的因素。“如果企业理智的顺应竞争现实或者潜在的市场行为，这种行为就不是协调行为。”¹²因此，在 WAB 企业可以承受的范围内，通过这种外部压力，反而会倒逼 WAB 企业提高产品质量、节

⁹ See, Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925).

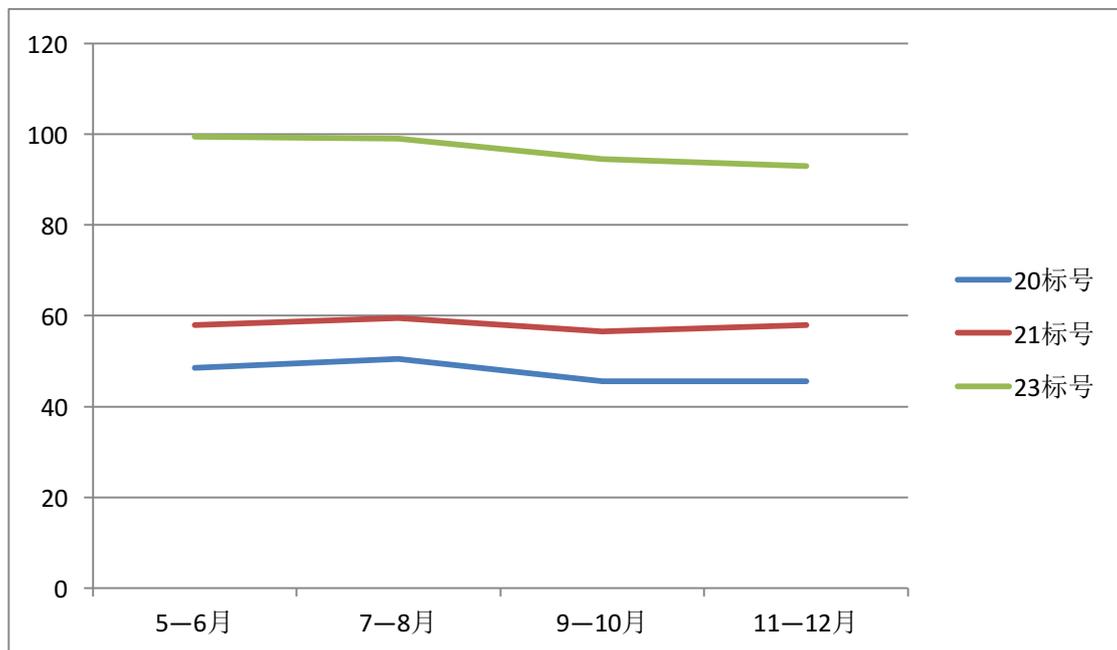
¹⁰ 侯领：《联合行为合意证明之论证》，台湾世新大学法学院硕士论文，第 342 页。

¹¹ [美]赫伯特·霍温坎普：《反垄断事业原理与执行》，吴绪亮、张兴、刘慷译，东北财经大学出版社 2011 年第 1 版，第 12-28 页。

¹² ECGH, 16.12.1975 "Zucker" slg.1975, 1663; ECGH, 3.7.1985 "binon" sig.1985, 2015.

约生产成本，促进 WAB 市场的竞争从而实现市场竞争的优化。

图 1：2010 年 5 到 12 月部分 WAB 产品价格变动情况



综上所述，成本计算公式的推广并不会产生限制竞争的效果，不具有垄断的意思。

2.原告与其他经营者之间没有价格或市场一致性行为

原告与白山、蓝景等公司属于独立的公司法人，且公司人员不存在交叉，各自独立经营。虽然在 2009 年 2 月 10 日召开的油漆行业会议达成了不降价的共识，但该共识达成后，**没有证据表明油漆产品的价格出现了一致性的市场变化**。在 2010 年 8 月《行业自律宣言》通过后，包括原告在内的与会企业也并未对 WAB 企业采取拒绝按原价订货或要求降价等压低 WAB 产品价格的一致性行为，WAB 产品出厂价格有所降低是 WAB 企业在了解到成本计算公式后主动采取的行为，甚至无法排除其先前的定价本就不合理的可能。

通过对比原告、白山、蓝景和红海四家公司 2010—2012 年间，油漆在中国境内和国外的销售情况可以看出，四家公司的销售额虽然都有增加，但增加的幅度差异很大（详见图 2、图 3）。以下两点值得合议庭特别注意，一是白山公司的销售额增幅，尤其是 2010 年后的销售额增幅十分有限，所占市场份额甚至可能出现下降（假定三家企业 2010 年到 2012 年所占的市场份额总额不变，且均为 40%的前提下）。二是并未参与成本计算公式推广，也没有在《行业自律宣言》上签字的红海公司销售额增幅却达到了 1100%。如果在行业协会的促成下，三家公司采取了市场一致或价格一致行为，那么他们之间的销售额增幅不会出现如此之大的差异。更重要的是，在此条件下，白山公司的市场份额不可能出现下降，未被认定采取市场一致性行为的红海公司的销售额也不可能出现如此大幅度的上升。虽然这可能有红海公司在技术和管理存在优势的因素，**但如果三家限制市场竞争的行为果真存在，必然会设置市场准入障碍，红海公司的销售额还能实现如此大幅的上升显然有悖常理**。综上所述，足以说明四家公司的经营是完全独立的，原告与其他经营者之间并没有价格或市场一致性行为，更没有利用这种行为设定市场进入障碍，排除、限制油漆市场竞争。

图 2：2010 年到 2012 年绿馨、蓝景、白山、红海公司在中国大陆地区油漆销售额变化情况（单位：千万元）

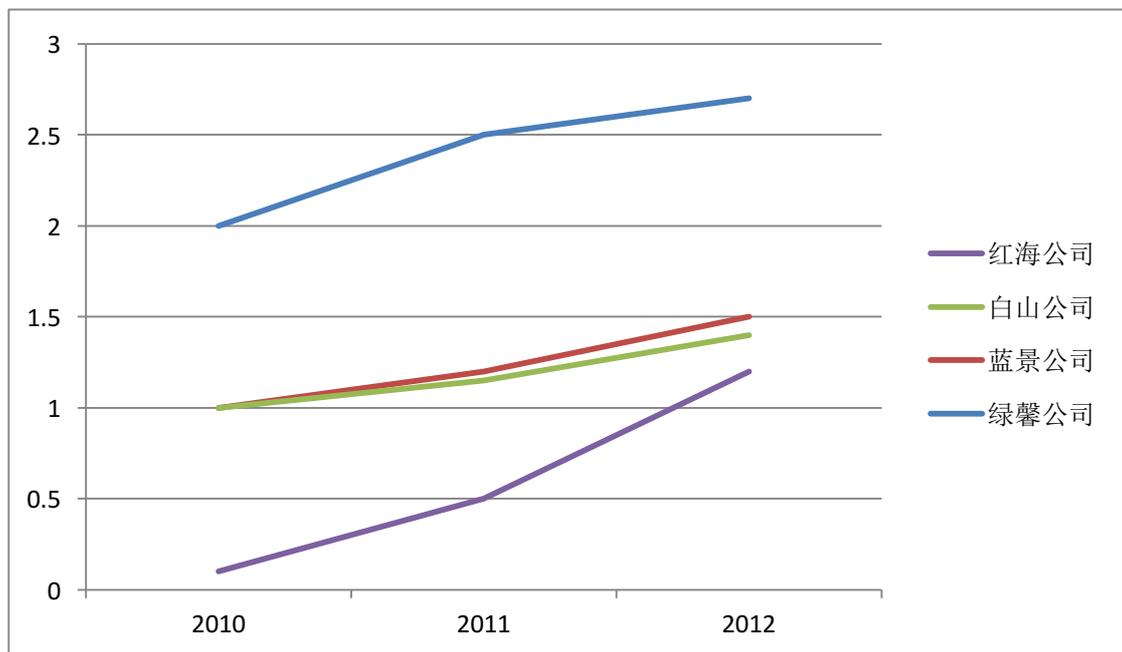
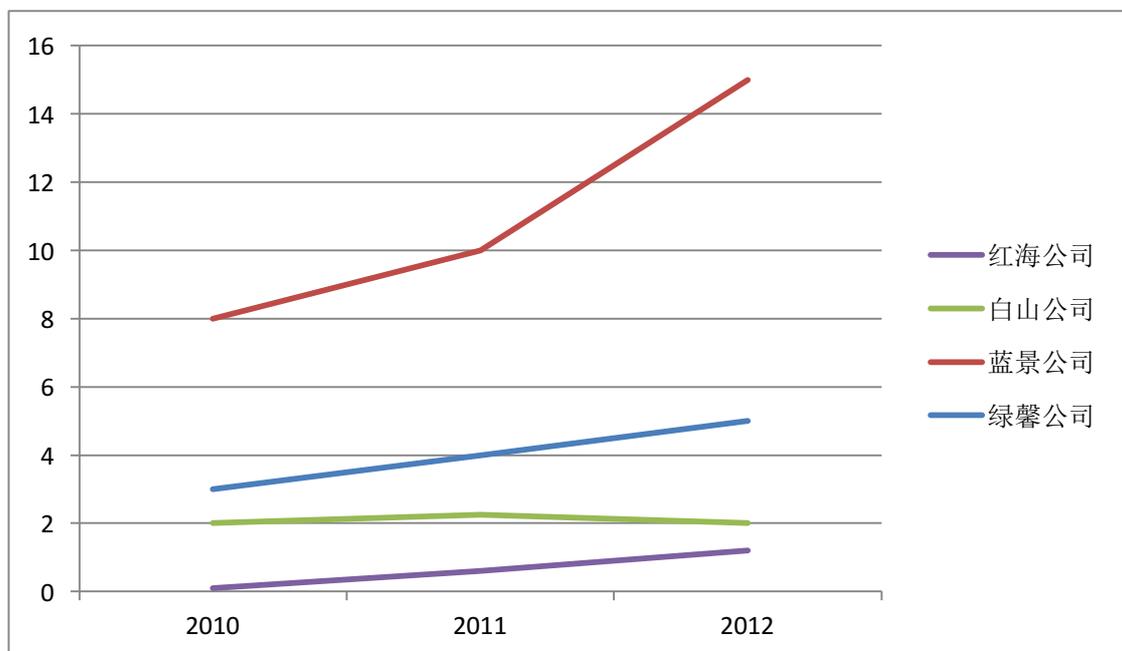


图 3：2010 年到 2012 年绿馨、蓝景、白山、红海公司在全球市场油漆销售额变化情况（单位：千万元）



3.原告的行为是由其市场地位和市场变化情况共同决定的

原告、蓝景、白山三家公司坚持生产高品质的绿色环保油漆，产品的市场占有率达到40%，其制定的企业标准更是为各油漆企业所认可，成为行业标准。三家公司作为业界有口皆碑的企业，深受其他油漆经营者的信赖。因此，在2009年整个油漆行业都面临发展困难的情况下，原告作为行业的领跑者，董事长又兼任行业协会的会长，原取一定的措施来解决行业困难是理所应当的。应当注意，原告在行业上的这种重要地位本身并不为反垄断法所禁止，而是要看其利用这种地位所为的行为是否限制了市场竞争，是有利于全行业还是仅仅有利于自身。在油漆行业协会三次召开会议后，行业的经营状况有了明显的好转，且没有证据表明原告借此取得了额外的利益。同时，若原告不采取这些行为促使行业度过危机，那么可以预见诸多中小企业会受到更为严重的冲击，反而能够促使原告的市场支配力的增强，不利于行业的健康发展。综上，原告的行为是由其市场地位和市场变化情况共同决定的，具有正当性。

二、原告与竞争对手之间没有达成联合抵制交易的横向垄断协议

（一）联合抵制行为的概念与构成要件

联合抵制交易，又称为共同交易拒绝（boycott）。¹³我国《反垄断法》及配套部门规章中虽然多处规定了“联合抵制交易”，但并未对何为联合抵制交易做出具体明确的界定。学者们给联合抵制下了许多不同的定义，一般认为，联合抵制交易，是指具有竞争关系的经营者之间联合起来，共同拒绝与其他竞争对手、供货商或者客户进行交易的行为。¹⁴包括同业竞争者之间的抵制和上下游经营者之间的抵制。

我国反垄断法明确禁止具有竞争关系的经营者达成联合抵制交易的垄断协议。联合抵制交易的构成要件包括以下三方面的内容¹⁵：

1.联合抵制交易的主体必须是两个或两个以上具有竞争关系的经营者。在通常情况下，商品或服务的提供者是有权决定是否将商品或服务卖给相对人，这属于意思自治的范畴，不受反垄断法的管辖。但是如果两个或两个以上的供应者采取共同的行动，拒绝将其商品提供给某一第三方，这种行为就可能受到反垄断法的追究。

2.两个或两个以上经营者有拒绝与某一第三方交易的合意。如果经营者之间没有合意，而是独立决策但同时做出不与某一第三方交易的决定，也并不构成联合抵制交易。

3.这种拒绝与某一第三方交易的行为没有正当理由。法律规定经营者基于价格、产品质量和安全、维护品牌形象或提高服务水平等正当理由可以依法拒绝与某一第三方进行交易。

¹³ Boycott 来自于 1880 年爱尔兰的一个经常受到排斥的土地支配人的姓名，之后，凡是有组织性的、集团性的不购买特定商品，或拒绝某种交易的行为就被成为“交易拒绝”。[日]铃满木著：《日本反垄断法解说》，武晋伟、王玉辉译，河南大学出版社 2004 年版，第 170 页。

¹⁴ 商务部条法司编，尚明主编：《反垄断法理论与中外案例评析》，北京大学出版社 2008 年 4 月第 1 版，第 117 页。

¹⁵ 商务部条法司编，尚明主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》，法律出版社 2007 年 10 月第 1 版，第 59 页。

（二）《行业自律宣言》不构成联合抵制交易的决议

《反垄断法》第 13 条明确规定决议是垄断协议的一种重要类别，但《反垄断法》和其他相关法律法规都没有对决议的概念做出规定。一般认为，所谓“决议”，指行业协会等企业团体以多数决的方式形成的对企业具有约束力的限制竞争的共同意思。其构成要件有三：一是决议的主体是行业协会或其他企业团体；二是决议的内容具有限制竞争的目的或效果，这里的限制竞争是指市场竞争状态相较于该决议不存在的情况下被妨碍、排斥或扭曲；三是决议的结果对团体成员有事实约束力。行业协会的决议虽然是以一个法律主体的名义做出的，但集中的是团体成员的意思，它的构成不要求全部成员同意，但必须对全部团体成员有事实上的约束力。决定的约束力不仅是决定的构成要件之一，而且是决定的本质特征之一。¹⁶

综合决议和联合抵制行为的构成要件，我方认为《行业自律宣言》（以下简称《宣言》）不属于决议，理由如下：

1. 宣言的内容不具有限制竞争的目的或效果

主观上，行业协会通过《宣言》不具有限制 WAB 相关产品市场行业竞争的目的。协会通过该宣言是在行业发展困难的背景下，力图提升产品质量，实现逆势发展的及时决策。从宣言的内容看，制定提高原料采购环保标准的行业规范既是借鉴绿馨、蓝景等公司的先进经验，顺应行业发展趋势的必然选择，也是为提升油漆产品质量、满足消费者需求所采取的必要手段。**通过对《宣言》做整体解释，宣言中制定这样的行业规范，其最终目的恰恰是为了实现提高产品质量、生产安全产品的行业宗旨。**同时，行业协会提高该标准没有确定的针对对象，也没有限制 WAB 行业整体发展的意图。

客观上，没有证据表明该《宣言》通过后 WAB 行业的整体发展受到严重影响。《宣言》通过后 WAB 行业发生了技术革新，可以适应油漆企业提高原料采购标准的变化。虽然从现有证据无从判断完成技术革新、有能力生产高标准的 WAB 企业的数量范围，但既然可以满足油漆行业的生产需求，可以推定这一数量不会太少。更为重要的是，由于 WAB 的市场集中度非常低，生产 WAB 的厂商众多，油漆企业按一定标准对 WAB 企业进行筛选是不可避免的，选择符合行业发展趋势的环境和技术标准也无可非议。

综上，《宣言》的通过至多只是助推了 WAB 行业市场格局发生变化，加速了完成技术革新的企业获得 WAB 行业领先地位的进程，这是市场竞争优胜劣汰的自然结果，而非《宣言》本身具有限制竞争的效果。反垄断法的宗旨是保护市场竞争，而非保护无效率的竞争者。¹⁷借反垄断之名维系生产技术陈旧的金顶公司的行业领先地位，既是对其他致力于科研创新的 WAB 企业劳动成果的不尊重，也是对《反垄断法》本身的莫大讽刺。

2. 宣言的通过对团体成员不具有事实约束力

《宣言》虽然规定了不使用标号低于 023（含）的 WAB，但该规定仅具有倡议的性质，因为其并没有明确规定违反该《宣言》的后果，行业协会也没有对该《宣言》的事实情况进行实际的监督检查，甚至对违反该规定的与会企业的舆论或道德谴责也未在该案件中体现。

年初订货会只是给上游企业一个集中与下游企业沟通洽谈的机会，并不存在统一的招标行为，各企业仍是自主选择下游企业订货。虽然原告、蓝景、白山和红海公司在订货会上并

¹⁶ 刘继峰：《横向价格卡特尔法律规制研究》，中国政法大学出版社 2010 年第 1 版，第 24 页。

¹⁷ 曹康泰主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，中国法制出版社 2007 年第 1 版，第 15 页。

未选购标号为 023 以下的 WAB，但考虑到这四家公司一向坚持使用高品质的原材料，在市场上已有环保与技术标准更高的新型 WAB 产品的情况下，这四家公司选择弃用标号为 023 以下的 WAB 产品也属坚持其固有经营战略的理性选择，是自主经营权的体现，并非受《宣言》的影响。原告并未参加行业协会的第三次会议，不了解《宣言》的制定和通过时的具体情况，红海公司也未在《宣言》上签字，可见这两家公司并未参与甚至反对《宣言》的通过，而行业协会在之后也并未进行任何监督检查或采取强制措施要求这两家公司执行《宣言》的内容。在此前提下，国家发改委仅依据四家公司在订货会上同时拒绝采购标号低于 023 的 WAB 产品这种一致性外观就认定其为执行《宣言》的行为，存在客观归罪的倾向。

除此之外，由于国家发改委未证明其他与会油漆企业在订货会上也拒绝采购标号低于 023 的 WAB 产品，因此难以得出该宣言内容得到全部或大部分与会企业执行的结论。事实上，结合只能生产标号 020（含）以下的 WAB 产品的金顶公司截至 2012 年底在大陆地区尚有 2% 的市场份额（上一年度为 6%）这一证据，不难推定有相当一部分与会企业并未执行宣言的内容。综上所述，该《宣言》对团体成员不具事实约束力。

（三）原告未与相关竞争厂商达成联合抵制的合意

在 WAB 行业生产技术革新之前，金顶公司的产品质量符合原告、蓝景、白山等三家公司的要求，一直参与到产品的投标竞标之中。但是，随着新技术的应用，金顶公司未能及时掌握新技术，产品质量下降，不能满足上述三家公司和红海公司的质量要求，因此不能进入招标投标名单。同时，凡质量不达标企业一律不能进入该名单，不止金顶公司一家。显然，四家公司是基于自身的企业标准和选择高品质原料这一固有的经营战略做出拒绝向金顶公司订货的决定。

原告并未参加油漆行业的第三次会议，对与会企业通过内容包含拒绝购买标号低于 023（含）的 WAB 产品的《宣言》制定时的背景、目的知情度有限。最关键的是，会议召开时 WAB 产品的新一轮技术革新尚未开始，与会企业并不知晓哪些企业能够生产出高质量的 WAB 产品，通过这样内容的《宣言》并没有具体的抵制对象，当然无法产生联合抵制金顶公司的合意。除此之外，红海公司作为行业新贵，与原告、蓝景、白山公司的联系并不紧密，红海公司参与第三次会议也是囿于情面，也没有签署《宣言》，在这种情况下其依然以类似的理由拒绝采购金顶公司的产品，说明金顶公司的产品本身存在问题。因此，原告拒绝购买金顶公司产品的行为是根据自身需要独自做出的，与相关竞争厂商之间不存在合意。

（四）原告拒绝与金顶公司交易有正当理由

本案中，原告是绿色环保油漆的生产商，产品质量上乘，是国际闻名的绿色产品。为保证产品质量，原告一向坚持使用高品质原材料。在这种背景下，当技术型企业生产出更高质量的新型 WAB 产品时，原告选择使用新型 WAB 产品既是维护品牌形象、提高产品质量的正确选择，也符合原告一向的经营战略。虽然金顶公司生产产品在环保检测中，含有的有害物质数勉强符合国家、国际标准，但相较于其他企业存在明显的劣势，且不符合原告依法设立的企业标准。同时由于 WAB 产品的替代性非常高，原告可选择的产品很多，作为一个理性的经营者，当然可能自主决定提高选择标准。

事实表明，金顶公司通过包括公关手法在内的各种方法企图让原告与其签订合同，目的是为了证明其产品的质量高，维持其市场地位。如果金顶公司的产品质量真的达到原告的标准的话，那么在金顶公司提出降价、提高应付款比例等优惠条件的情况下，按照一般理性经济人的思维，原告是应该与其签约的。而四家企业在此条件下仍拒绝与金顶公司签约，更说

明了其产品确实无法达到企业的标准，如果被迫使用会严重影响产品质量，损害品牌形象。另外，金顶公司的做法也从侧面反映了其自身对产品质量的信心就严重不足，原告与金顶公司交易并无不当。反垄断法保护的是竞争而非无效率的竞争者，原告维护产品质量、促进行业竞争的正当理由拒绝使用金顶公司产品的行为，非但不应受到反垄断法的制裁，恰恰符合其立法目的，应当受到保护。

综上所述，原告方认为不与金顶公司签约是四家公司依据自身生产经营战略独立做出的决定，具有正当性。联合抵制行为的构成要求行为人间必须有合意存在，国家发改委不能仅依据该行为具有联合抵制的外观就认定四家公司达成了联合抵制的垄断协议，这与客观归罪无异。

三、原告的行为符合《反垄断法》第 15 条的规定

我国《反垄断法》第 15 条第一款规定：“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的”。第 2 款规定：“属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，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。”下文将分别从这两个方面证明原告的行为符合《反垄断法》第 15 条的规定，应该得到豁免。

（一）对《反垄断法》第 15 条规定的豁免条件的理解

判断一个排除、限制竞争的协议是否属于垄断协议，根据协议对竞争的影响程度，从法律适用上分别适用本身违法原则和合理原则。在反垄断法适用初期，本身违法规则的适用范围更大，固定价格和联合抵制行为一经证实就视为违法，不必对其是否限制或促进竞争进行分析。但随着经济的发展以及反垄断法理论的变化，某些过去认为对市场结构和自由竞争产生巨大危害的本身违法行为，改为适用合理原则进行分析，绝对的本身违法原则已很少见。¹⁸本法第 13 条对于禁止垄断协议的规定只是一个概括性的规定，其目的在于使反垄断机关对一切排除、限制竞争的协议都有管辖权；具体判断该协议是否属于垄断协议，还要看是否符合《反垄断法》第 15 条的规定豁免条件。

合理性的真正标准，并不是看有无限制，而是看所加的限制是调节或促进了竞争，还是压制甚或消除了竞争。¹⁹在此过程中，要考察企业在达成某项协议或做出某个具体行为时的动机。正因如此，包括我国在内的绝大部分国家都规定了垄断协议的豁免制度，我国《反垄断法》规定，以提高产品质量、减低成本、增加效益为目的，且事实上能达成上述效果的协议，如果不会严重限制相关市场竞争，并且能使消费者分享由此产生的利益，就在豁免的范围之内。

结合本案，原告方认为，原告的行为满足《反垄断法》第 15 条第一款第二项规定的豁免条件，即：

第一，原告的行为以提高产品质量、保护环境、降低成本、增进效率为目的且事实上能够产生上述效果。

第二，原告的行为不会严重限制相关市场竞争，反而能使消费者分享到由此产生的利益。

¹⁸ 商务部条法司编，尚明主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》，法律出版社 2007 年 10 月第 1 版，第 68 页。

¹⁹ 曹康泰主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉解读》，中国法制出版社 2007 年 10 月第 1 版，第 89 页。

（二）原告的行为有利于油漆行业提高产品质量、保护环境、降低成本并增进效率

原告参与制定行业标准、推广成本计算公式的行为以提高产品质量、保护环境、降低成本、增进效率为目的且事实上能够产生上述效果，理由如下：

第一，原告作为国际知名的绿色环保油漆的生产商，根据企业自身发展需要的考虑，设定了企业标准，该标准仅适用于原告公司内部，对其他企业并没有约束力。由于原告的行业声誉，其他企业在生产过程中为提高产品质量往往自觉采用这种标准。这是其他企业为了自身更好的生存发展而做出的经营选择，**原告主观上没有推行企业标准的意图，客观上也未采取推行的行为**，不能说明原告试图借助该企业标准达到垄断的目的。相反，这些标准被业界广泛采纳恰恰说明这些标准符合油漆产业的生产水平，采用更高标准的原材料有助于企业提高产品质量，生产绿色产品，进而起到保护环境的作用。

第二，原告并未参加油漆行业的第三次会议，对与会企业通过内容包含拒绝购买标号低于 023（含）的 WAB 产品的《宣言》知情度有限。原告方提请合议庭注意，宣言本身只是在油漆行业提高产品质量的大背景下号召拒绝使用低标号的 WAB 产品，并未针对任何油漆企业和 WAB 企业。在没有证据表明处于行业领先的企业有任何强制行为的情况下，《宣言》被与会企业普遍接受并获得通过，也说明了该内容适应油漆行业的生产条件，并不会对中小企业造成严重的冲击。在一定意义上，这种以高品质、绿色环保为导向的行业标准恰恰可以促使与会企业逐步提高技术，提高环保标准，改良产品质量。

第三，原告参与推广的成本计算公式适用全部与会企业，而非仅适用于原告、蓝景、白山等处于行业领先地位的公司。同时，成本计算公式并非价格计算公式，公式的推广，目的在于降低企业的生产成本，提高管理水平，是面向生产的，不是为了销售经营，也并不能决定油漆产品的价格。因此该行为非但不会产生价格上的协调一致行为，反而会促进与会企业降低成本，增进效率，行业会议后大部分 WAB 产品的出厂价格都有所降低就很好的佐证了此点。

（三）原告的行为不会严重限制相关市场竞争，并能使消费者分享由此产生的利益

1.原告的行为不会严重限制油漆市场的竞争

首先，如前所述，原告参与制定的行业标准是由其自身的企业标准被行业公认而来，原告并没有限制市场竞争的目的。同时，该标准能被业界普遍接受也说明了其适应油漆企业的生产水平，并非仅服务于原告在行业处于领先地位的公司。该《宣言》的倡议性质、有限的事实拘束力以及该标准被普遍认同的情况也决定了其不会严重限制相关市场竞争。其次，成本计算公式并非价格计算公式，企业很难通过成本计算公式逆向推导出出厂产品的实际价格，更无法据此达成限制竞争的合意。再次，在三次行业会议均已召开，且行业宣言已经颁布、成本计算公式已经推广完毕的 2012 年，原告、蓝景、白山公司的销售额增幅十分有限甚至出现下滑，而行业新贵红海公司的销售额和市场份额却大幅度攀升，更佐证了这些行为不会起到严重限制油漆市场竞争的效果。

2.原告的行为不会严重限制 WAB 行业的市场竞争

第三次行业会议是蓝景公司绕开行业协会会长（即原告董事长）的情况下主持召开的，

原告并未参加也并未在此次会议上通过的《宣言》上签字，对《宣言》制定的目的、背景、过程和预期效果的知情度有限。即使其他企业在主观上有通过《宣言》抵制包括金顶公司在内的 WAB 生产企业的意图，原告也并未参与。同时，前已详细阐明，即使对 WAB 市场而言，该标准也会促进 WAB 生产厂商提高技术或改变经营战略，更好的适应市场竞争。

3.原告的行为并没有严重限制金顶公司的市场竞争力

第一，金顶公司由于技术原因不能生产高端 WAB 产品，这是市场竞争的结果，与原告无关。第二，在金顶公司未获签约时，原告及时建议其转向生产低端 WAB 产品，并没有堵死金顶公司的生存之路，且凭借金顶公司的生产能力、营销能力依然可以在市场上占据一席之地。这说明，原告拒绝与其交易的行为并没有严重限制金顶公司在 WAB 市场的竞争力，最后金顶公司销售额出现较大幅度的下降很大程度上是因为其没有及时改变经营战略，生产低端 WAB 产品，而是寄希望于公关等非正当手段获取订单。第三，对于金顶公司在向紫竹公司与黑晶公司出售 WAB 产品时，产品价格出现了不同程度的下降这一情况，我们认为这更有可能是金顶公司在竞争力减弱的情况下，为获取订单而主动采取的行为，不存在原告为使其关联企业获益而强迫金顶公司降价。况且，参考《合同法》等民事法律的规定，2%的降幅并不构成“不合理的低价”。²⁰

综上，原告的行为无论是对油漆产品市场还是 WAB 产品市场而言，都未严重限制其市场竞争，不应受到反垄断法的制裁。

4.消费者能够分享由此产生的利益

原告方认为，原告提高原料采购标准、改进生产技术、增强管理水平的行为必然会使消费者分享到利益，这种利益首先体现在环境利益方面。WAB 作为生产油漆的重要原料，其质量事关油漆产品的质量，原告采用更高品质的原料，能够让消费者获得更环保、更安全的产品。除此之外，由于油漆价格随 WAB 价格波动，WAB 产品价格的下降在一定程度上会降低油漆产品的价格，从而使消费者也获得一定的经济利益。

四、国家发改委做出处罚决定时证据不足，违背证据法则

我国《行政诉讼法》第 32 条规定：“被告对做出的具体行政行为负有举证责任，应当提供做出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”据此，本案作为行政诉讼案件，应当由被告承担举证责任。即使考虑到现代垄断协议的隐蔽性，反垄断执法取证存在困难，但**反垄断执法的“取证难”并不能成为发改委减轻举证责任的理由，仍然应当按照行政诉讼的框架来进行。**依据《反垄断法》第 15 条的规定“申请垄断协议豁免的，申请者应对其符合的情形以及行为不会严重限制相关市场竞争并能使消费者分享到利益承担举证责任。”同时，在本案中，执法机关需对原告与其他有竞争关系的经营者存在固定或变更价格和联合抵制交易的横向垄断协议的事实承担举证责任，如不能证明，则须承担不利后果。

认定垄断行为时，在没有直接证据证明涉嫌企业有限制竞争目的的共谋或产生限制竞争效果时，实务中允许行政机关依间接证据推定行为存在，原告对此不持异议。但是，采用间接证据的一方必须证明间接事实存在，并且为导致一致性外观的唯一合理解释。**行政机关对**

²⁰ 《合同法》第 54 条对显失公平合同进行了界定，实践中对显失公平合同的确认十分谨慎，而且只是作为可撤销合同的一种，并不当然无效。

于内容明显相互矛盾的证据或与当事人有利害关系者提供的证据应尽严格检视义务,交叉对比求证,以确定其真伪。²¹

本案中,国家发改委直接采信了原告的竞争对手和利害关系人,即宽恕政策的申请者蓝景公司和举报者金顶公司的证言,而对其真实性并未审慎考证。作为本案中的直接利害关系人,无法排除蓝景公司为达到适用宽恕政策的效果和金顶公司为报复原告拒绝订货而刻意夸大甚至捏造事实的可能。事实上蓝景公司提交的证据严重不足,且主观性较强,不能全面真实的反映案件情况。蓝景公司仅提供了第二次会议的会议记录,并未提供其主持的第三次会议的记录和相应年份油漆产品的价格以及《宣言》通过后两年中 WAB 产品的价格变化情况。依据蓝景公司提供的这些证据无法客观判断原告在行业会议中所起的作用,也无法全面了解原告的行为对油漆市场和 WAB 市场的影响。

对于蓝景公司和金顶公司在陈述记录中出现的可疑争点,国家发改委未予合理说明,也未进行交叉对比求证,即直接采信两家公司的证词,有违证据法则。事实上,虽然本案相关各方都会以自己的利益为出发点阐述事实,进而导致原告的行为是否具有限制竞争的目的或效果难以认定,但仍有近三年油漆和 WAB 产品的每月出厂价格、原告和蓝景公司以外的其他与会企业的证词、行业协会全部三次会议的会议记录等多种证据可以采集并用以查清事实。如果国家发改委有意就双方证词的矛盾之处问询其他与会企业,再结合每月油漆和 WAB 产品的出厂价格、行业协会的会议记录等,进行交叉对比求证,虽有一定难度,但仍有相当可能查清三方证言的真伪,从而判断原告的行为是否具有限制竞争的目的或效果。因此,发改委在有进一步调查取证必要性和可能性的情况下,轻易采信了与原告有利害关系的企业的证言,处罚时依据的证据不足,违反证据法则。

五、国家发改委处罚决定违反《反垄断法》第 46 条的规定

《反垄断法》第 46 条第 1 款规定:“经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”本案中,根据国家发改委的行政处罚决定书,国家发改委对原告的处罚由两部分构成:一是对达成固定或变更商品价格的垄断协议的处罚,处罚额按照原告的全局销售额计算;二是对联合抵制与金顶公司的交易的处罚,处罚额按照原告的国内销售额来计算。

界定相关市场是反垄断执法的一个重要前提,在具体案件中,竞争关系或限制竞争行为都在相关市场上发生²²,在界定相关市场时应当考虑合理替代性、需求交叉弹性、消费者购买习惯等。值得讨论的是,在计算原告的销售总额时,应当认定的是企业的销售总额还是行政机关认定的垄断行为发生地的销售总额。原告方认为,应认定为企业在垄断行为发生地的销售总额,即在中国大陆地区的销售总额。

本案中,虽然油漆的地理市场为全球市场,但原告涉嫌的垄断行为却仅能在中国大陆市场发生作用。油漆行业协会的影响力只及于中国大陆,参与国家发改委认定的横向垄断协议的大部分企业也都来自中国大陆,很难对其他国家的厂商产生影响。同时,考虑到全球范围内的需求交叉弹性,即使原告等四家公司真的实施了垄断行为,利用成本计算操纵原材料购买价格,压低生产成本,对全球市场的影响也不外乎有两种情况:

其一,这四家企业的油漆产品价格下降。考虑到其主要成本 WAB 的降幅只有 5%到 8%,再考虑到产品在全球范围内销售可能涉及的运费、税收等成本,这种降幅必然非常有限。这种有限的降幅即使有利于原告在全球范围内的竞争,程度也是十分有限的,不致限制全球范

²¹ 侯领:《联合行为合意证明之论证》,台湾世新大学法学院硕士论文,第 386 页。

²² 王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 164 页。

围内的市场竞争；

其二，这四家企业的油漆产品价格不下降甚至上升，这种情况下会促使消费者购买其他厂商生产的油漆，由于这四家企业尤其是原告在全球市场所占的份额要远低于中国大陆，因此也不会严重限制消费者的选择，影响市场竞争秩序，损害消费者的利益。

由此可见，无论哪种情况，原告等四家企业在大陆涉嫌的垄断行为也不致影响全球市场竞争，因此将原告去年的销售额认定为全球市场的销售总额不符合过罚相当的原则²³，也与我国《行政处罚法》第5条所规定的惩罚与教育相结合的原则相悖²⁴。

第五部分 结语

《反垄断法》的立法目的在于预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展。由此可见，我国《反垄断法》关注对消费者福祉的保护，致力于整体市场竞争秩序的维护。原告的行为能够使消费者分享到其提高原材料采购标准、降低成本的益处，有利于消费者购买到安全环保的高质量产品，能够有效保护消费者合法权益。必须强调，政府只有在竞争行为降低了全社会的福利时才能对其进行规制，通过保护竞争提高整体效率，不能出于单独保护某一竞争者或竞争团体的利益而对竞争行为进行制裁。²⁵金顶公司借反垄断之名试图在产品陈旧的情况下维系其行业领先地位的企图如果得到实现，不仅不利于保护创新，还会扰乱优胜劣汰的正常市场竞争秩序，更是对《反垄断法》立法目的的违背。

自1992年党的十四大确立了社会主义市场经济的地位以来，我国经济获得了迅速发展，但与之相配套的法律制度依然严重滞后，计划经济时期行政干预万能的思维依然根深蒂固。具体到《反垄断法》的执行上，表现为执法机关不自觉的扩大《反垄断法》的适用范围，试图将其变成无所不包的“市场交易法”，从而扩大自身行政权力。原告方认为，反垄断法只应关注宏观的东西，关注行为对整个市场竞争的影响。而对微观的交易，反垄断法则应当审慎介入，因为还有《合同法》、《侵权法》、《担保法》等法律在发挥作用。一旦反垄断法的适用范围不当扩大，随意介入私法意思自治的领域，反而会破坏法律体系之间的协调性，对市场形成过多的、不必要的干预，影响市场的资源配置效率，最终偏离其立法目的。具体到本案，既然原告的行为未产生限制市场竞争的效果，也并未损害消费者的合法权益，那么《反垄断法》也不应介入，如果金顶公司认为原告侵犯了其合法权益，则可以通过合同法或侵权法的途径解决。

三十年来，中国企业跋涉在一条独具特色的市场化道路上，它们缔造了伟大的经济奇迹，但一个不争的事实同样无法回避——伟大的经济奇迹没有产生伟大的企业，至今它们中没有一家世界级的企业。企业自主权缺乏、创新力不足、缺乏逆势而上的决心与战略正是造成这一尴尬事实的重要原因，它们太习惯依赖与模仿，太习惯推敲政策而非研究市场。本案中，原告积极行使企业经营自主权，努力提高产品质量和自主创新能力，适应消费者日益提高的品质要求，是致力于建设世界级企业，提高民族竞争力的应有举措，应得到社会的鼓励和赞誉而非受到《反垄断法》的制裁。

²³ 我国《行政处罚法》第4条第2款规定：“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”

²⁴ 我国《行政处罚法》第5条规定：“实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。”

²⁵ 商务部条法司编，尚明主编，《反垄断法理论与中外案例评析》，北京大学出版社2008年4月第1版，第35页。

综上所述法理与情理上的依据，原告方认为其行为并不构成固定或变更价格、联合抵制行为的垄断协议，原告的行为能够促使全行业降低成本、提高产品质量、增进效率，不会产生严重限制市场竞争的效果并能使消费者从中分享到利益，应该得到《反垄断法》第 15 条的豁免。国家发改委对于原告的利害关系人蓝景公司、金顶公司提供的证据未尽严格检视义务，违背证据法则。

最后，希望法庭以公平、正义的价值追求为导向，充分尊重市场经济条件下企业的自主经营权，判决撤销被告的行政处罚。

第六部分 本案启示和立法建议

一、从立法层面讲，需提高《反垄断法》及相关制度的可操作性

（一）国务院应出台《反垄断法》的实施细则，并进一步明确反垄断执法机构的职能划分

2008 年 3 月 21 日，国务院根据第十一届全国人民代表大会第一次会议的决议发布《国务院关于机构设置的通知》，确定国家发改委、商总局、商务部为反垄断法的执法机构。其中，国家发改委负责价格垄断行为；国家工商总局负责非价格相关的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争行为；商务部负责审查经营者集中行为。同时根据《反垄断法》第九条的规定，国务院在反垄断执法机构之外设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。这基本沿袭了我国历史上反垄断执法工作分工的格局，但可能会面临以下两点困难：

1. 三个部门之间的执法权限存在交叉。在实践中，有一些卡特尔是无法将价格因素和非价格因素完全剥离的，这时便容易出现“多头管理”的局面。

2. 三家机构分割执法的格局使我国反垄断执法机构很难真正成为一个独立机构，即不能独立地执行国家的竞争政策。如附属于国家发展改革委员会的机构便很难执行国家的竞争政策，因为它的主管部门，国家发改委是一个维护市场竞争秩序的机构。

本案中，金顶公司和蓝景公司向国家发改委申请的关于原告涉嫌变相达成固定或变更商品价格的垄断协议和与其他公司联合抵制交易的市场行为中，便既有关于价格的成本计算公式，也有无关价格的拒绝购买金顶公司产品的行为。我国的法律法规针对这类案件该由哪个机关处理没有给出具体的方案。

故原告建议国务院应出台行政法规，如《反垄断法实施条例（办法、细则）》。借鉴美国的经验，明确反垄断执法机构的职权²⁶，或者借鉴台湾地区的经验即成立专门单一的机关——“公平交易委员会”²⁷。此外，国务院还需要加强国务院反垄断委员会的领导作用，协调好三个反垄断执法机构的关系。

²⁶ 美国的反垄断执法机构司法部和联邦贸易委员会为减少摩擦，达成了备忘录——即双方一致同意，在一方启动反托拉斯调查之前，需通告另一方，以避免管辖权的冲突或民事诉讼冲突；同时，双方还设置了“联络官”，负责疏通双方之间的关系。参见 *The FTC as an Antitrust Enforcement Agency : Its Structure, Powers and procedures* Vol. II, 1980, p. 16-19.

²⁷ 该机关是“公平交易法”的最高主管机关，独立行使职权。虽然其隶属于“行政院”，但“行政院”对该委员会处理的具体案件也不得干预。此外还规定“公平交易委员会”享有准立法权、执法权、调查权等。参见覃有土、常茜奕：《论我国反垄断机构的设置》，载《法学论坛》2004 年第 1 期。

（二）阐明我国《反垄断法》中规定模糊的部分

我国《反垄断法》实施逾五年，充满坎坷，其原因主要是《反垄断法》的部分规定不够明确，给实践操作带来了一定的困难。

该现象在本案中亦有体现，如被告处罚原告所依据的《反垄断法》第 13 条 6 款“国务院反垄断机构所认定的其它垄断协议”。该兜底条款，并不具有概括性的禁止功能。它意味着除了典型列举之外的其他协议，并不当然被禁止，只有经过反垄断执法机构认定方能被禁止。此外，《反垄断法》第 46 第一款²⁸关于销售额处罚的规定也不够明确，无法分辨是指在中国境内的销售额还是全球市场上的销售额，是该企业涉案产品的销售额还是该企业所有产品的销售额，留给反垄断执法机构的自由裁量空间过大。

故原告建议，经由全国人大及其常委会对《反垄断法》进行小幅度修改，明确一些模糊的规定。

二、从执法层面讲，需提高反垄断执法主体的执法水平，完善对市场主体的管理

（一）将我国的宽恕制度与国际接轨，避免部分企业滥用宽恕制度

宽恕制度最早产生于美国，是指在执法机关调查垄断行为之前或之中，考察检举揭发垄断行为的经营者的态度、目的等要素，根据自由裁量权决定是否起诉或是否对其减轻处罚的制度。诚然，宽恕制度具有重要的作用，但也存在一些弊端，如有学者便指责这种引诱卡特成员进行告发的制度是一种鼓励违背诚信原则的不道德行为。我国 2008 年颁布的《反垄断法》虽然采纳了该制度，但仅在第 46 条第 2 款进行了规定，仍有以下两点不足：

第一，未指明可适用宽恕制度的经营者的范围。纵观我国法律、法规和规章，仅在《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》第 20 条进行了但书式的规定²⁹。本案中，原告方认为，因为蓝景公司主持召开了第三次行业会议，在国家发改委认定的垄断行为中起到了领导作用，所以国家发改委应当认定蓝景公司是垄断协议和拒绝购买行为的发起者、组织者，不能适用宽恕制度。

第二，反垄断执法机构的自由裁量权过大。《反垄断法》第 46 条第 2 款的规定：“对垄断协议成员的主动揭发，反垄断执法机构可以酌情减轻和免除对其处罚。”这里的“可以”赋予了反垄断机构过大的自由裁量权。处罚减轻的程度、什么时候可以减轻都没有具体的规范可以遵循，那么背离宽恕制度宗旨的现象就有可能发生。

故原告建议，我国借鉴欧美和台湾地区的宽恕制度，反垄断执法机构在对申请者适用宽恕制度时，应明确宽恕的标准和适用的程序。例如进一步细化企业得以宽恕的积极条件和不得宽恕的消极条件。这样既能避免部分企业为规避被国家发改委审查的风险而主动要求宽恕的投机行为，减轻国家发改委核查证据的负担，又能真正保护社会主义市场经济的合法竞争。

²⁸ 经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。

²⁹ 《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》第 20 条，“工商行政管理机关对主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据的经营者，可以酌情减轻或者免除处罚。对垄断协议的组织者，不适用前款规定。重要证据应当是能够启动调查或者对认定垄断协议行为起到关键性作用的证据。”

（二）加强对行业协会的管理

行业协会有其不可替代的积极作用，但如果缺乏合理的管理，则可能阻碍竞争，增加社会成本。虽然我国《反垄断法》在第 16 条、第 46 条对行业协会的行为规范和违法责任有所规定，但相关规定不够明确，难以充分调动行业协会的组织者和参与者的积极性。

本案中，行业协会在国家发改委调查的市场行为中扮演了重要的角色。原告的董事长虽是行业协会的会长，但行业协会的诸多行为还是由行业协会的全体成员决定的，如第三次行业会议就由蓝景公司主持召开，并通过了《行业会议宣言》。故在本案的责任承担方面，行业协会与其成员的关系为何，也是我国《反垄断法》没有解决的问题。

故原告建议，完善对行业协会的管理，由主管部门对其行为进行指导，避免行业协会直接参与到企业的生产活动。同时，也应当保护参与行业协会的企业的合法权益，避免其因被动执行垄断协议而受到处罚。

此致

XX 市人民法院

具状人：北京市绿馨涂料有限责任公司

法定代表人：王瑞

2013 年 X 月 X 日

第六部分 附件

附件一：授权委托书

授权委托书

委托人：绿馨公司

受委托人：姓名：XXX，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师，联系电话：*****

现委托上列受委托人在绿馨公司诉国家发展和改革委员会一案中，作为绿馨公司的诉讼代理人。代理权限为：代理应诉或答辩、代为参加法庭调查和法庭辩论、代为调查取证、代为签收法律文书。

本委托书有效期限自本授权书签署之日起至本案一审判决送达之日止。

委托人：北京市绿馨涂料有限责任公司

法定代表人：王瑞

_____（签章）

2013年X月X日

附件二：相关证据

1. 《行业自律宣言》（2011年12月30日）；
2. 蓝景公司提交的2010年8月16日会议纪要（复印件）；
3. 蓝景公司提交的2010年5月到12月部分WAB产品的价格变化情况表；
4. 被告国家发展和改革委员会对北京市绿馨涂料有限责任公司的行政处罚决定书；
5. 2010年1月到2012年12月油漆在中国境内和全球的销售情况表。

附件三：本状副本8份