

2013 年第十一届“理律杯”模拟法庭比赛

书 面 代 理 意 见

第 17 号代表队

被告方：中华人民共和国国家发展和改革委员会

目录

第一部分 当事人基本情况	1
第二部分 基本事实	2
第三部分 答辩意见.....	3
一、我委不存在越权执法的情形.....	3
二、我委在做出该具体行政行为的过程中不存在违法行为.....	3
三、对绿馨公司参与达成变更商品价格的垄断协议的认定.....	4
(一) 绿馨公司是我国《反垄断法》所规制主体.....	4
(二) 对绿馨公司参与约定采用价格计算公式的认定.....	4
1、成本计算公式是计算价格的公式.....	4
2、约定采用计算价格的公式即达成价格垄断协议.....	4
3、绿馨公司违反《反垄断法》第十三条第一款第一项的规定.....	5
(三) 绿馨公司等油漆生产企业约定采用价格计算公式的行为严重限制相关市场竞争， 不适用《反垄断法》第 15 条的豁免情形.....	5
1、绿馨公司的该行为限制的相关市场.....	5
2、绿馨公司的该行为严重损害竞争的本质.....	6
四、对绿馨公司的行为构成联合抵制交易的判定.....	7
(一) 原告与其他具有竞争关系经营者具备联合抵制交易的合意.....	8
1、油漆行业协会提供信息交流的平台，促进合意的达成.....	8
2、原告未参与第三次会议、没有在行业自律宣言上签字不能论证其不具备与 其他经营者联合抵制的合意.....	8
(二) 原告与其他具有竞争关系的经营者实施了共同抵制的协同行为.....	8
(三) 原告与其他油漆生产商联合抵制交易，人为压低原材料价格的行为严重损害 了竞争秩序	9
1、对金顶公司的损害	9
2、对 WAB 市场竞争的损害	9
3、其他.....	9
(四) 原告不适用《反垄断法》第 15 条之规定的豁免情形.....	10
1、原告不适用提高质量的抗辩	10

2、原告和具有竞争关系的经营者抬高的行业标准不具备合法性	10
3、原告和具有竞争关系的经营者实施的联合抵制行为严重限制相关市场的竞争， 并且消费者未能从中分享由此产生的利益.....	10
五、我委就原告行为的违法性认定无误，处罚得当.....	11
1、对绿馨达成变更商品价格的垄断协议的处罚合理	11
2、对联合抵制行为的处罚合理	11
第四部分 总结.....	12
第五部分 附件.....	13
附件一：《行业自律宣言》（2011年12月30日）	13
附件二：蓝景公司提交的申请宽大的资料2份.....	14
附件三：《对北京市绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定》	15
四：油漆在中国境内的销售情况.....	16
附件五：授权委托书.....	17

第一部分 当事人基本情况

被告：中华人民共和国国家发展和改革委员会

通讯地址：北京市西城区月坛南街 38 号，100824

法定代表人：XXX，职务：主任

被告代理人：XXX，XXXX 律师事务所律师

律师事务所地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXX

被告代理人：XXX，XXXX 律师事务所律师

律师事务所地址：XXXX 联系电话：XXXXXXXX

原告：北京绿馨涂料有限责任公司

住址：北京市 XX 街 XX 号

通讯地址：北京市 XX 区 XX 街 XX 号，10XXXX

联系电话：1XXXXXXXXXX

尊敬的审判长、审判员：

就原告北京绿馨涂料有限责任公司（以下简称：绿馨公司）对被告中华人民共和国国家发展和改革委员会（以下简称：我委）作出的《对北京绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定》（发改办价监[2012]10 号）提起的行政诉讼一案，被告现作出如下答辩：

被告方认为，本案中双方当事人的争议焦点主要在于以下几个方面：

1. 被告对绿馨公司作出行政处罚的行为是否存在越权执法；
2. 被告的行政行为在程序上是否存在违法情形；
3. 本案原告等经营者使用价格公式控制原材料价格的行为是否构成价格垄断协议；
4. 本案原告等经营者的行为是否构成联合抵制交易；
5. 被告对原告的处罚决定是否合法、合理。

绿馨公司作为油漆行业内有口皆碑、具有较大影响力的企业，本应作为市场竞争的典范，维护市场竞争机制。但是原告绿馨公司却罔顾法理，与具有竞争关系的经营者约定采用价格测算公式，人为固定原材料价格，并参与联合抵制交易。不仅直接使金顶公司等 WAB 生产企业遭受了巨大损失，更直接破坏了正常的市场竞争秩序，企业的行为侵害了市场的公平竞争，不符合经济运行的效率，也损害了消费者的利益和社会公共利益，不利于社会主义市场经济的健康发展，因此企业的行为应受到我国《反垄断法》的制裁。

被告方根据案件事实与相关法律，现将代理意见陈述如下：

1. 我委在该具体行政行为中不存在越权执法的情形；
2. 我委在做出该具体行政行为的过程中不存在违法行为；
3. 本案中绿馨公司参与约定采用计算成本价格公式，达成变更商品价格的垄断协议，为反垄断法所禁止；
4. 本案中绿馨公司等经营者不与金顶公司等 WAB 生产商交易的行为构成联合抵制交易，为反垄断法所禁止；
5. 绿馨公司等油漆生产企业的行为严重限制相关市场竞争，不适用《反垄断法》第 15 条之规定；
6. 发改委就绿馨公司行为的违法性认定无误，处罚得当。

第二部分 基本事实

根据案件材料及相关事实,本着尊重客观事实的原则,被告方提请合议庭采信以下事实:

1. 绿馨公司与其他具有竞争关系的经营者约定价格测算公式,操纵原材料¹产品的购买价格;
2. 绿馨公司与其他具有竞争关系的经营者共同拒绝与生产WAB标号为023生产商交易,使包括金顶公司在内的W A B供应商因此蒙受巨大损失;

¹在本案中主要是指WAB,鉴于WAB在诸多油漆原材料成本中所占的价格比例高,通常占到75%,而且它是油漆质量和环保标准的最为重要的因素,行文中会出现以WAB代指油漆原材料的情况,特此声明,不再赘述。

第三部份 答辩意见

一、我委不存在越权执法的情形

依《反价格垄断行政执法程序规定》第三条“国务院价格主管部门负责全国反价格垄断执法工作²”。且根据第十一届全国人民代表大会第一次会议批准的国务院机构改革方案和《国务院关于机构设置的通知》（国发〔2008〕11号），国务院设置国家发展和改革委员会，即我委。我委根据职权，内设28个职能机构，包括价格监督检查司，价格监督检查司依法查处价格垄断行为。因此，我委对价格垄断行为具有管辖权，实施反价格垄断执法工作。

根据《反价格垄断规定》第五条“价格垄断协议，是指在价格方面排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为³”。由此可知，我国对价格垄断协议采取广义的理解，即只要协议当事人达成的垄断协议涉及价格因素即可认定为价格垄断协议。本案中，绿馨公司与其他具有竞争关系的经营者约定采用成本价格公式，变相达成变更商品价格的垄断协议，并且实施了联合抵制交易行为，来操纵原材料产品的购买价格。无论是约定成本价格公式还是联合抵制交易，绿馨公司与其他经营者均是希望通过这两份协议，达到降低原材料WAB的价格的目的。是我国规定的价格垄断协议。

综合上述两点，我委有权对原告做出发改办价监〔2012〕10号《对北京绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定》，我委不存在越权执法的情形。

二、我委在做出该具体行政行为的过程中不存在违法行为

我委根据金顶公司的举报，依照职权启动反垄断调查程序，并且遵循相关的法律法规，在法律的规范下进行反价格垄断执法工作。根据调查的事实、证据，依照《反垄断法》的第十三条、第四十六条及其他有关法律规定，对绿馨公司的垄断行为做出了行政处罚决定，即发改办价监〔2012〕10号文件，并给与公告。我委在对绿馨公司做出行政处罚的决定的过程中不存在违法行为。

² 《反价格垄断行政执法程序规定》第三条 国务院价格主管部门负责全国反价格垄断执法工作。

国务院价格主管部门授权的省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门，负责本行政区域内的反价格垄断执法工作。

对跨省、自治区、直辖市发生的价格垄断案件，由国务院价格主管部门指定有关省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门进行查处，重大案件由国务院价格主管部门直接组织查处。

³ 《反价格垄断规定》第五条 本规定所称价格垄断协议，是指在价格方面排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

三、对绿馨公司参与达成变更商品价格的垄断协议的认定

(一) 绿馨公司是我国《反垄断法》所规制主体

根据我国《反垄断法》的立法体系，可以得知，《反垄断法》规制的主体是特定的，即经营者、行业协会、行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事物职能的组织。并且是在上述主体实施了《反垄断法》禁止的垄断行为时才予以规制。因此，并不是所有的自然人、法人或其他组织均受反垄断法的调整。

根据我国《反垄断法》的规定“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议⁴”，“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织⁵”。本案中，绿馨公司与其他油漆生产企业显然属于《反垄断法》可以规制的具有竞争关系的经营者。绿馨公司与其他具有竞争关系的经营者达成价格垄断协议的行为，为《反垄断法》第十三条所禁止。绿馨公司的行为发生在我国境内，对我国的油漆市场和WAB原材料市场的竞争造成了损害，侵害了我国油漆企业和WAB生产商的权益，应该受到我国《反垄断法》的规制。

(二) 对绿馨公司参与约定采用价格计算公式的认定

1、成本计算公式是计算价格的公式

计算价格的标准公式，是指通过该计算公式，带入变量，即可得出所要的计算结果。通过计算价格的标准公式，可以使使用该公式的主体得到一个统一的结果，据此，达到固定或者变更价格的目的。本案中，油漆行业协会研究部推出的适合行业计算成本的标准计算公式是计算价格的标准公式。该标准计算公式由定量、变量组成，将油漆出厂单价、管理成本等作为变量数据输入，即可合成得出各项原材料成本。在该公式应用培训中，参与培训的油漆生产企业普遍反映，将公司实际发生数据输入，得出的应支付WAB成本价格较此前实际发生的普遍下降5%—8%。通过该成本计算公式，油漆生产企业们可以得到一个比较统一、并且比原来价格更低的WAB的价格。该成本计算公式能够计算出所应购买的WAB的价格，并且也能计算出油漆的出厂价格。因此，行业协会研究部推出的成本计算公司是计算价格的公式。

2、约定采用计算价格的公式即达成价格垄断协议

根据《反价格垄断规定》第七条明确规定“禁止具有竞争关系的经营者达成约定采用据以计算价格的标准公式⁶”，由此可知，当事人约定采用据以计算价格的标准公式的行为，就

⁴ 第十三条 【垄断协议及横向垄断协议】禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易；（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

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。

⁵ 《反垄断法》第十二条 本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

本法所称相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

⁶ 《反价格垄断规定》第七条 禁止具有竞争关系的经营者达成下列价格垄断协议：（一）固定或者变更商品和服务（以下统称商品）的价格水平；（二）固定或者变更价格变动幅度；（三）固定或者变更对价格有影响的手续费、折扣或者其他费用；（四）使用约定的价格作为与第三方交易的基础；（五）约定采用据以

是达成了价格垄断协议。本案中，绿馨公司与其他油漆生产商，在2010年8月16日第二次召开的会议中，约定采用行业协会研究部推出的适合行业计算成本的标准计算公式，来降低原材料WAB的采买价格。绿馨公司与其他具有竞争关系的经营者之间的该约定行为，实际上就是达成了横向的价格垄断协议。

3、绿馨公司违反《反垄断法》第十三条第一款第一项的规定

《反垄断法》第十三条第一款第一项规定“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格”。根据前面两点，我们可以清楚的确定：绿馨公司与其他油漆生产商约定采用成本计算公式，就是达成了价格垄断协议。在本案中，该公式在实际上提供了绿馨等油漆生产企业们一个变更商品价格的渠道。使用该公式需要输入油漆的出厂单价，和管理成本，这些本来是企业的商业秘密，是企业之间竞争的优势所在。但是通过培训，油漆生产企业之间互相可以知道对方的商品的出厂单价和企业管理成本。从某种角度而言，是对商品价格信息的交换，这种交换容易使经营者之间形成价格联盟，即固定或者变更商品的价格。另外，通过该成本计算公司，参与使用该公式的油漆生产商们能够直接得出油漆原材料WAB的购买价格，在他们之中形成了这样一种合意：即只要用这样的价格就能够购买到该质量的WAB。WAB的采购价格本来是油漆生产商与WAB供应商之间的谈判焦点，也是其商业秘密，但是通过该公式，大家统一了采购原材料的购买价格，并且是比原来的价格来得低。使得WAB供应商在买卖谈判中处于劣势地位，只能被迫降低价格⁷。绿馨公司与其油漆生产商约定采用计算成本的公式变相的变更了WAB商品的价格。违反了《反垄断法》第十三条第一款第一项的规定。

（三）绿馨公司等油漆生产企业约定采用价格计算公式的行为严重限制相关市场竞争，不适用《反垄断法》第15条的豁免情形

1、绿馨公司的该行为限制的相关市场

相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围⁸。

本案中，绿馨公司与其他就有竞争关系的经营者约定采用计算价格公式的行为不仅限制了其上游原材料WAB市场的竞争，也限制了油漆市场的竞争。

价格在市场资源配置中发挥着极其重要的作用。在价格的引导和激励下，经营者总是不断地通过提高技术、改善管理等方式提高经济效率，降低成本，并尽可能降低价格，以求在竞争中胜出。在这个过程中，经济效率得以不断提高，整个社会和广大消费者都会从中受益⁹。

成本是竞争者之间据以竞争的关键要素，多数竞争者都将成本的计算作为自己的企业秘密加以保护，不愿为其他企业所知悉。就成本方面达成合意，证明了竞争者之间放弃竞争，相互妥协。并且通过价格方面的合作，联手打压了上游企业，使得上游企业与联手之后的下游油漆企业之间无法展开公开的价格谈判。

计算价格的标准公式：（六）约定未经参加协议的其他经营者同意不得变更价格；（七）通过其他方式变相固定或者变更价格；（八）国务院价格主管部门认定的其他价格垄断协议。

⁷ 参见 案件材料 第二页 第六段

⁸ 参见 《关于相关市场界定的指南》第三条

⁹ 参见 游钰 《论价格卡特尔的界定》载《法学评论（双月刊）》2001年第四期

通过价格测算公式，使用该公式的油漆企业能够得出一个基本的 WAB 采购价格。这些企业均以该价格为基础，作为与 WAB 生产商的谈判价格。一个企业的行为或许没有办法造成限制 WAB 市场竞争的效果，但是若多个油漆生产企业均以该价格为基础，来进行 WAB 交易，则会严重限制 WAB 的市场竞争。理由为：WAB 生产商无法通过与油漆生产商在价格上进行讨价还价，无法找到替代的交易企业（油漆生产企业统一了采买的价格，且油漆是 WAB 的唯一下游企业），只能根据油漆生产企业所定的采买价格进行交易。这样变相的 WAB 的价格被油漆生产企业所固定。绿馨公司等油漆生产企业的该行为，迫使 WAB 生产企业降低 WAB 的销售价格。WAB 生产企业的降价行为并不是基于其提高了技术、改善了管理使自身的成本降低，而是由于其下游购买企业约定采用价格计算公式，统一购买价格，为不得不为的降价行为。绿馨等油漆生产企业的该行为，严重限制了 WAB 市场的竞争。

另外，在第一次会议中，会议一致认同“降价不是出路”，要求油漆企业不得以降低价格来进行竞争。在第二次会议中，与会的油漆企业根据各自的行业信息，包括原材料信息等交换意见。通过价格测算公式，绿馨等油漆生产企业能够交换各自油漆产品的出厂单价等信息。经过这样一系列的行为，油漆行业的油漆生产企业之间容易达成价格共识，形成价格联盟，这严重限制了油漆市场的竞争。

2、绿馨公司的该行为严重损害竞争的本质

《反垄断法》第十五条是对垄断协议豁免的规定。垄断协议的豁免，是指经营者之间的协议、决议或者其他协同行为，虽然有排除、限制竞争的影响，但该类协议在其他方面所带来的好处要大于其对竞争的不利影响，因此法律规定对其豁免，即排除适用反垄断法的规定。豁免制度是利益衡量的结果，即从经济效果和对限制竞争的影响进行利益对比，在“利大于弊”时，对该垄断协议排除适用反垄断法。

第十五条第二款明确规定“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¹⁰”本案中，绿馨公司与本行业具有竞争关系的经营者约定采用价格测算公式，变相达成变更商品价格的垄断协议，操纵原材料产品的购买价格的行为，严重限制了原材料 WAB 市场和油漆市场的竞争。

绿馨公司参与达成变更商品价格的垄断协议，控制 WAB 的采购价格，有以下恶劣影响：

第一，会阻碍油漆和 WAB 企业创新进取。这主要基于以下原因：油漆行业固定、变更 WAB 价格的行为，在某个特定水平会从心理上阻碍革新观念的生存和发展。因为标准公式一旦被普遍采用，一方面，它极易在油漆企业心理上形成一个成功典范的模式。经营者可以通过该成本计算公式得到一个低价的 WAB 采购价格，用此来控制自己的企业经营成本，提高销售利

¹⁰ 《反垄断法》第十五条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：（一）为改进技术、研究开发新产品的；（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；（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；（七）法律和国务院规定的其他情形。

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。

润。经营者不必通过苦练技术，研究开发新技术就可以降低油漆生产成本，将成本转嫁给WAB生产商，从而获得高额利润。这样一来，油漆生产企业就会对此形成依赖，不愿意苦练内功，花费资金进行新技术研发。长久以来，会导致油漆生产企业技术停滞不前，无法开发新产品，促进社会的发展。另一方面，由于WAB企业一直被其下游油漆生产商的价格联盟打压，在价格谈判中长期处于劣势，WAB企业长期无法获得合理的利润，会降低其研发新产品的动力，从而使WAB产品处于停滞或者是低速发展的状态。不利于相关技术的进步发展。价格谈判没有公正性，也可能导致WAB企业没有充分的资本来从事技术研发，对技术的进步，对社会公共利益都可能会有损害。

第二、会损害消费者的利益。WAB企业被下游企业的价格联盟打压，在价格谈判上长期处于劣势，为了追求利益最大化，很可能将降低产品的质量。而WAB是油漆质量和环保标准的最为重要的因素。若WAB质量降低了，则油漆的质量也无法提高，消费者就无法获得优质、健康、环保的油漆。这对于消费者的利益是有损害的。

第三、人为的提高市场壁垒。计算公式的普遍采用淘汰了未采用公式控制成本的生产厂商，而这部分厂商的存在客观上将增加竞争的活跃性；另外，计算公式的使用会阻碍潜在的生产商进入油漆市场。特定的WAB价格幅度提升了WAB市场的市场壁垒，进而不适当地提高了市场新进入者的竞争成本。同时打击了不能充分利用规模效应使WAB价格低于由公式得出的WAB价格的企业，进而减少了大企业所面临的竞争威胁，最终降低了市场的竞争程度。

综上所述，绿馨公司参与达成价格垄断协议严重破坏了市场竞争，不符合《反垄断法》豁免条件。

四、对绿馨公司的行为构成联合抵制交易的判定

联合抵制交易，是指两个或两个以上经营者约定不与第三方进行业务交往，一般分为横向联合抵制和纵向联合抵制。横向联合抵制，是指具有竞争关系的经营者之间通过直接或间接的方式实行的联合抵制。纵向联合抵制，是指处于产业链上下游之间具有垂直关系的经营者之间实行的联合抵制。《反垄断法》十三条规定“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（五）联合抵制交易……本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决议或者其他协同行为。”据此可以得出：以协同行为达成并实施联合抵制交易，即达成横向垄断协议。

根据我国《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第三条“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 consistency；（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作出合理的解释。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。”我委查明的事实真相：原告与蓝景、白山等公司的市场行为具有一致性，并且彼此之间拥有意思联络和信息交流，虽然绿馨以是为了提高产品质量、让利消费者为试图解释自己的违法行为，但是我委经过调查，发现并没有证据证明：绿馨公司生产的油漆在质量上有所提高，并且消费者没有从中分享到利益，其行为构成联合抵制应为法律所规制具体理由如下：

（一）原告与其他具有竞争关系经营者具备联合抵制交易的合意

1、油漆行业协会提供信息交流的平台，促进合意的达成

行业协会是同行业企事业单位在自愿基础上为增进行业共同利益，维护会员合法权益而依法组织起来的非营利性、自律性的经济类社会团体法人，具有民间性、非政府性、非营利性、行业代表性等特征。行业协会的功能之一就是收集并向成员企业提供信息，这对企业及时了解行业动态以及市场的需求，促进企业技术革新起到积极的作用。然而，信息交换在提高成员企业效率的同时也导致企业因信息的互相通报而形成同盟。因而行业协会往往转而选择一种较为隐蔽的方式，即行业协会仅是为成员企业信息交换搭建一个平台，如在行业协会网页上或电子出版物上为成员企业显示自己的价格提供一个载体，成员企业可以在这种平台上显示自己产品或服务的价格变化，并告之消费者和其他成员企业，从而形成相互之间默契一致的协同行为。

本案中油漆行业协会创办了相关网站，每天在网上更新包括在 WAB 在内的主要原材料信息、产品销售信息、行业供求状况等，提供了一个广泛而全面的信息交流平台。自 2009 年开始，油漆原材料 WAB 的成本不断攀升，油漆生产企业出现销售难、回款率低的问题。09 年 2 月到 2012 年初的订货会止，油漆行业协会多次组织召开会议。案件事实表明第二次会议中与参会企业就企业内部真实的原材料信息等提供交换意见。在第三次会议上，与会企业共同签订了《行业自律宣言》，其中规定不适用标号 023（含）的 WAB。该协议明确抵制与生产标号 023（含）WAB 生产商进行交易。原告与其他油漆生产商一直借助行业协会网站、开会等契机交换原材料价格、产销情况、供求情况等信息，能够认定原告与其他油漆生产商面对 WAB 成本价不断上升的窘境中，利用原本便利的交流平台易达成联合抵制交易协议，人为压低 WAB 价格，这样的合意在其后的行为中也可以得到印证。

2、原告未参与第三次会议、没有在行业自律宣言上签字不能证明其不具备与其他经营者联合抵制的合意

共同行为并非各自独立决策行为的偶然结果，而是在预计其他竞争者都会采取相应行动的共识下所采取的协同行为¹¹。绿馨与其他经营者同为油漆行业协会会员，其中绿馨公司董事长王瑞是行业协会会长，对行业协会的动态必定了如指掌。且第三次会议签订的行业宣言《行业自律宣言》被置于行业协会网站的醒目位置，事实表明行业协会网站影响力大，包括原告在内的油漆生产商都给予网站高度关注。未与会或者未签字的企业完全可以知道自己的竞争对手将采取什么行动，并与竞争对手行动上保持一致以避免损失、避免被同行排挤。本案中绿馨公司完全能通过《行业自律宣言》上的企业签字，预计到其他油漆生产企业都会采取相同的行为，联合抵制与标号 023（含）以下的 WAB 生产商进行交易。在 2012 年初的订货会上绿馨、蓝景、白山以及红海公司一致抵制与金顶公司交易正是体现对这一合意的实现。

（二）原告与其他具有竞争关系的经营者实施了共同抵制的协同行为

2011 年 12 月 30 日，行业协会第三次会议召开，并通过了《行业自律宣言》。该宣言中

¹¹ 参见 郭宗杰 《反垄断法上的协同行为研究》载《暨南学报》2011 年第 6 期

明确规定油漆生产商不使用标号低于 023（含）的 WAB。其后该宣言被置于行业协会网站

首页的醒目位置。基于网站的影响力油漆生产商主观上明知其他竞争对手即将采取的行动，达成了联合抵制的合意。事实表明，在 2012 年初的订货会上，原告与蓝景、白山等公司均未与金顶公司签约，在行动上表现出高度的一致性。而在此之前，金顶公司（生产标号 020 以及更低标号的 WAB）原为绿馨、蓝景、白山、红海的 WAB 供应商，其销售收入的 70%源于此四家公司。原告、蓝景、白山等公司联合抵制行为履行了《行业自律宣言》中企业达成的合意，即不使用标号低于 023（含）的 WAB。除此之外，绿馨公司、白山公司一致与金顶公司达成协议，其旗下关联企业紫竹公司、黑晶公司（此两家企业均生产低端油漆）购买金顶公司的 WAB 产品，但价格较同期分别下降 2%、2.1%。因此，整个过程中原告以及蓝景等其他具有竞争关系的经营者达成合意、实现合意、最终实现压低 WAB 原材料价格的一系列行为具有连贯性和因果关系，构成联合抵制交易的协同行为。

（三）原告与其他油漆生产商联合抵制交易，人为压低原材料价格的行为严重损害了竞争秩序

1、对金顶公司的损害

2012 年初的订货会上绿馨、蓝景、白山以及红海公司一致抵制与金顶公司交易。此后绿馨公司、白山公司又引导金顶公司与其旗下关联企业紫竹公司、黑晶公司交易，但价格较同期分别下降 2%、2.1%。鉴于金顶公司原为绿馨、蓝景、白山、红海的 WAB 供应商，其销售收入的 70%源于此四家公司。遭遇联合抵制后，金顶公司失去了在市场中进行有利竞争的条件。2012 年第一季度，金顶公司与同期、上期比较，销售额大幅降低，其在大陆的市场份额由 6%降至 2%，市场份额大大缩水。金顶公司的重大损失与原告等联合抵制交易行为具有直接因果关系。

2、对 WAB 市场竞争的损害

原告与蓝景、白山此三家厂商在大陆占有的市场份额合计达到 40%，且坚持使用高品质原材料，采用优秀的生产工艺，它们所设定的企业标准，虽无法定约束力，但逐渐被业内公认为行业质量标准。另外，在加上行业新锐红海公司的市场占有份额，则四家公司的实际市场占有份额远远高于 40%。此事实表明原告与蓝景、白山等公司具备市场优势地位。而 WAB 的市场集中度非常低、市场结构分散。从金顶的例子可以得出结论：油漆生产商们形成统一意见，以其一致行为在谈判中占据优势并且是强势地位，迫使其上游企业 WAB 降价与之交易，如此一来缩小了标号低于 023（含）WAB 生产商的利润空间，使其企业的生存环境恶化，经济实力下降从而丧失竞争力，而后可能被排除在相关市场的竞争之外。

3、其他

首先，原告与其他具有竞争关系的经营者之间通过联合抵制形成了统一的经济利益联盟，本身就人为地削弱了彼此之间的竞争，违背经济发展的规律。

其次，原告与其他竞争者共同实施的联合抵制交易，实际上为油漆行业重新设定了一个行业标准。价格本是市场竞争中最重要的竞争手段，也是导致资源优化配置的基础性力

量，然而在标准化体制下，由于原料的统一性和生产工序的一致性致使竞争者的产品的外观和产品质量趋同，在竞争者之间竞争削弱从而会降低市场活跃性。原告与其他具有竞争关系的经营者以设置标准的方式不适当地提高 WAB 市场新进入者的竞争成本进而形成市场壁垒，这些都极大地降低了市场充分竞争的程度。

再者，原告与其他竞争者共同实施的联合抵制严重影响了消费者的选择权。在正常竞争状态下，消费者可同时自由选择所有油漆企业所提供的不同种类和档次的产品。而在联合抵制的状态下，消费者不得不选择使用较高端的油漆产品，损害了消费者的选择权。

（四）原告不适用《反垄断法》第 15 条之规定的豁免情形

本案的争议点之一在于：原告的行为是否使用《反垄断法》第十五条第二款“为提高产品质量、降低成本、增进效率的”情形。依据《反垄断法》第十五条规定“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”。

1、原告不适用提高质量的抗辩

原告和具有竞争关系的经营者实施的联合抵制行为，与为提高产品质量、降低成本、增加效率的目的不具有唯一性和合理性。事实表明，原告在行业自律宣言签订后不久的订货会上，即作出不与金顶公司交易的行为。原告以新技术的革新为抗辩理由，解释因为金顶公司无法给原告提供高质量的 WAB，而拒绝与之交易，是在行使拒绝交易权，是合法行为。但是案件事实证据中附件 2 的第二份证据显示，023 标号的 WAB 在 2010 年 5 月份以前便已存在。而且绿馨、白山等四家公司在此之前一直与金顶公司有着长期合作，若是按照原告所作出的解释是基于其对自身产品的要求，就应该在此之前就不使用金顶公司的产品。另外，一项新技术的应用，应当有一段时间的适应期。即使是为了企业自身的利益考量，一家企业也不会贸然采用。最后，原告也没有证据证明其实施联合抵制交易的行为在实际上提高了油漆的质量。

2、原告和具有竞争关系的经营者抬高的行业标准不具备合法性

原告和具有竞争关系的经营者通过《行业自律宣言》设定一个不合理的行业标准，根据《中华人民共和国标准化法》第五条：国务院标准化行政主管部门统一管理全国标准化工作。国务院有关行政主管部门分工管理本部门、本行业的标准化工作。事实表明，国家制定了标准来管理 WAB，标号为 020 的 WAB 是完全符合国家和国际标准的。而本案联合抵制行为中，人为划高的标准并未行政检测，而是由在相同市场中的竞争者进行划定的，因彼此之间具有经济利益关系，因此其评价缺乏客观性与真实性，无法作为其抗辩联合抵制交易的无理由。

3、原告和具有竞争关系的经营者实施的联合抵制行为严重限制相关市场的竞争，并且消费者未能从中分享由此产生的利益

关于对相关市场竞争的影响，我方已经在前面做了充分的论述。事实表明 2009 年始，市场原材料 WAB 的价格不断攀升，而油漆行业发展出现困难的情况。为此，2009 年 2 月 10 日，油漆行业协会召开第一次会议，由行业协会会长即绿馨公司董事（法定代表人）王

瑞主持，所有会员单位全部与会。与会企业一致认为，降价不是出路，这样只会形成恶性竞争，导致产品质量低下，损害行业形象。原告作为与会企业，赞同不降价的做法。在其后WAB原材料价格被人为压低的情况下仍坚持不降价。这其中说明了原告始终保持高利润而没有采取降价等惠于消费者的措施，消费者并没有从中得到价格上的优惠。另外，由于绿馨等油漆生产商也没有提高油漆的质量，消费者亦没有从中获得更高质量的商品。综上，油漆企业的联合行为，并没有使消费者分享由此产生的利益。

五、我委就原告行为的违法性认定无误，处罚得当

根据我国《反垄断法》第四十六条第一款之规定“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；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。”上一年度销售额，是指上一会计年度的销售额。应该以立案调查之日的上一年的销售额为准。

1、对绿馨达成变更商品价格的垄断协议的处罚合理

本案中原告违反《中华人民共和国反垄断法》第13条之规定，与具有竞争关系的经营者达成变更商品价格的垄断协议，根据《反垄断法》第46条第一款之规定，责令其停止违法行为，并处上一年度销售额10%的罚款，即 $4000 \times 12 \times 10\%$ ，计4800万元。价格是市场中最为重要的竞争因素，变更商品价格的垄断协议是反垄断法所规制重点，因为这直接限制甚至是排除了竞争，对市场竞争机制的影响最为严重。因此，适用处罚10%的上限并不为过。由于原告的销售市场遍布全球，案件事实表明全球范围内的销售额十分巨大。其变更商品价格的垄断协议，既压制了上游的WAB原材料企业发展，又限制下游的销售商，而这些销售商遍布全球。其行为的影响力不仅限于境内，用上一年度全球销售额4000万来评估其影响具有合理性。

2、对联合抵制行为的处罚合理

本案中原告与其他企业联合抵制交易，根据《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1%的罚款，即 $2500 \times 12 \times 1\%$ ，计300万元。原告与具有竞争关系的经营者实施的联合抵制交易行为，是针对其上游无法生产标号高于O23WAB的WAB原材料提供商的，所涉及的相关产品WAB的地理市场是中国大陆市场。因此应当用上一年度原告在中国境内的销售额作为基数，对其处以300万元的罚款是合情合理的。

根据《反价格垄断规定》第七条第四款¹²的相关规定，我委在和工商总局的联合执法中认定绿馨公司的行为属于使用约定的价格作为与第三方交易的基础的典型情况，故在职权范围内给予处罚，以维护市场竞争之秩序，捍卫《反垄断法》之权威。

¹² 价格垄断规定》第七条：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列价格垄断协议：（一）固定或者变更商品和服务（以下统称商品）的价格水平；（二）固定或者变更价格变动幅度；（三）固定或者变更对价格有影响的手续费、折扣或者其他费用；（四）使用约定的价格作为与第三方交易的基础；（五）约定采用据以计算价格的标准公式；（六）约定未经参加协议的其他经营者同意不得变更价格；（七）通过其他方式变相固定或者变更价格；（八）国务院价格主管部门认定的其他价格垄断协议。”

综合上述，发改委对绿馨公司处罚正当合理，没有错误。

第四部分 总结

一个刚刚引进反垄断法的国家所面临的挑战是如何使工商界、政府部门和消费者提高对反垄断法的目的认识，我们通常把这种挑战称为培育竞争文化的必要性，竞争文化表现为两个方面：一是不断的发明创造，提高效率和降低价格，这可以提高人们对于“竞争使社会最终受益”竞争理念；二是使人们了解和认识另一种损害竞争行为必须予以遏制。发改委已经依法履行法定职权内的职责，并且不越权行使依法属于其它有权机关的职责，严格遵循职责分明原则和依法行政原则。

鉴于上述事实和法律依据，被告请求法庭支持我方的答辩意见，依法驳回原告的诉讼请求，并且判定承担本案诉讼费用。

此致

敬礼！

答辩人：国家发改委（签名/盖章）

代理人：***A（***律师事务所律师）

B（律师事务所律师）

第五部分 附件

附件一

《行业自律宣言》（2011年12月30日）

第一，我们的宗旨：提高产品质量，生产放心产品；严格行业纪律，恪守行业准则。

第二，行业规范：

1. 严控原材料质量，杜绝使用不符合行业标准的产品，特别要关注WAB产品质量，不使用标号低于023（含）的WAB；
2. 严控操作程序，保障生产安全；
3. 杜绝商业贿赂，维护公平竞争秩序。

附件二

蓝景公司提交的申请宽大的资料2份：

1. 2010年8月16日会议纪要。（复印件）

第一，与会单位：北京绿馨涂料生产有限责任公司、美国蓝景涂料生产有限责任公司、韩国白山涂料生产有限责任公司等等。

第二，会议主持人：绿馨董事长王瑞先生。

第三，各公司代表对行业动态、各企业产销情况进行了通报和深入分析。

第四，与会企业对协会研究部提出的成本计算公式反响积极，一致同意采用此公式，并一致要求对此进行培训；与会企业同意该公式不在协会网站上发表。

第五，下次聚会由蓝景公司召集。

2. WAB在2010年5月至2010年12月的价格变化，来源自油漆行业协会网站信息（每吨价格，人民币元）

产品标号	5月	6月	7月	8月	9月	10月	11月	12月
023号	99	100	98	100	95	94	92	94
021号	58	58	59	60	56	57	58	58
020号	48	49	51	50	46	45	47	44

附件三

《对北京市绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定》
发改办价监[2012]10号

经发改委调查，你公司存在以下违法事实：

第一，与本行业具有竞争关系的经营者约定价格测算公式，变相达成变更商品价格的垄断协议，操纵原材料产品的购买价格。

第二，商议制定《行业自律宣言》，绿馨公司与其他具有竞争关系的企业联合抵制交易。

你公司的上述行为违反《中华人民共和国反垄断法》第13条之规定，严重损害了其他经营者和消费者的合法权益。

根据《反垄断法》第46条第一款，应当立即停止垄断行为，另处罚款，合计5100万元。

2012年11月1日

附件四

油漆在中国境内的销售情况：

公司名称	2010年1月-8月 月销售额（万元）	2010年9月-2011 年12月 月销售额（万元）	2012年1月-2012 年12月 月销售额（万元）
绿馨	2000	2500	2700
蓝景	1000	1200	1500
白山	1000	1250	1300
红海	100	600	1200

油漆在全球的销售情况：

公司名称	2010年1月-8月 月销售额（万元）	2010年9月-2011 年12月 月销售额（万元）	2012年1月-2012 年12月 月销售额（万元）
绿馨	3000	4000	5000
蓝景	8000	10000	15000
白山	2000	2250	2000
红海	100	600	1200

附件五：授权委托书

授权委托书

委托人：国家发改委

受委托人：姓名：XXXXA，工作单位：XXX 律师事务所

职务：律师，联系电话：*****

姓名：XXXB，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北京绿馨涂料有限责任公司诉发改委的诉讼代理人。

代理人 XXXA 和 XXXB 的代理权限为：特别授权代理。包括代为应诉或答辩、代为参加诉讼开庭审理、代为调查取证，代为签收法律文书。

委托人：国家发改委
(签字 / 盖章)