

2013 年第十一届“理律杯”模拟法庭辩论赛

---

答  
辩  
状

国家发改委呈递

第 19 号参赛队

2013 年 11 月 6 日

## 目录

第一部分 基本事实.....	2
第二部分 法律适用.....	3
第三部分 答辩意见.....	4
一、原告方存在与具有竞争关系的经营者达成变更商品价格垄断协议的行为.....	5
(一) 原告与多家油漆生产商的行为符合《反垄断法》规定的垄断协议的构成要件.....	5
1. 原告等油漆行业协会成员是变更商品价格垄断协议的主体, 且符合《反垄断法》所规制的主体要件.....	5
2. 原告等油漆生产商存在变更商品价格的协同行为.....	6
3. 原告等油漆生产商的行为造成了排除、限制竞争的效果.....	10
4. 原告等油漆生产商变更商品价格的垄断协议的主观目的具有违法性——通过转嫁危机获取不正当利益.....	11
(二) 原告等油漆生产商达成变更商品价格的垄断协议行为不适用《反垄断法》第十五条的抗辩.....	12
1. 原告等油漆生产商的行为不符合适用《反垄断法》第十五条豁免条款的前提条件.....	12
2. 原告等油漆生产商的垄断行为不适用第十五条第一款的规定.....	15
(三) 其他油漆生产商的自认.....	15
二、原告存在与具有竞争关系的经营者达成联合抵制的垄断协议的行为.....	15
(一) 原告与其他公司的行为符合《反垄断法》规定的垄断协议的构成要件.....	15
1. 原告等油漆生产商是联合抵制行为的主体, 且符合《反垄断法》所规制的主体要件.....	15
2. 原告等油漆生产商实施了联合抵制金顶公司的协同行为.....	16
3. 原告等油漆生产商的联合抵制行为排除、限制了竞争.....	19
4. 原告等油漆生产商设定标号和联合抵制行为的主观目的具有违法性——意图通过划分高低端市场限制竞争获取不正当利益.....	20
(二) 原告与具有竞争关系的经营者达成联合抵制的垄断协议的行为不适用《反垄断法》第十五条的抗辩.....	21
1. 原告等油漆生产商的联合抵制行为严重限制相关市场——油漆市场的竞争.....	21
2. 原告等油漆生产商的联合抵制行为不能使消费者分享由此产生的利益.....	22
三、我方对原告做出的处罚决定合理正确.....	22
(一) 关于销售额所适用地理市场的选择: .....	23
1. 价格垄断行为的处罚决定应针对全球市场.....	23
2. 联合抵制交易行为的处罚决定应针对大陆市场.....	23
(二) 处罚决定中对于上一年度销售额处罚百分比的适用标准: .....	23
1. 价格垄断行为的处罚适用 10%的处罚标准.....	23
2. 联合抵制交易行为的处罚适用 1%的处罚标准.....	24
(三) 处罚决定中对于上一年度销售额的界定问题.....	24
第四部分 结论.....	25
第五部分 立法建议和司法前瞻.....	25
一、对反垄断执法机构的立法建议.....	25
二、关于规范行业协会行为的立法建议.....	26
三、判断垄断行为原则的相关立法建议.....	28
四、对垄断行为相关处罚的立法建议.....	28
第六部分 附录.....	30

答辩人： 中华人民共和国国家发展和改革委员会

地址：

法定代表人：

职务：

被答辩人：绿馨公司

地址：

通讯地址：

联系方式：

尊敬的审判长、审判员：

就原告绿鑫公司对我方就其垄断行为做出的行政处罚这一行政行为的起诉，我方现作出如下答辩：

## 第一部分 基本事实

时间	事件内容
2009 年之前	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 绿馨（原告）、蓝景、白山公司均为绿色环保油漆生产商，在大陆占有的市场份额合计达到 40%。</li> <li>2. WAB 在诸多油漆原材料成本中所占的价格比例达到 75%，而且是油漆质量和环保标准的最为重要的因素。WAB 市场集中度非常低，市场结构分散。</li> <li>3. 油漆行业协会创办网站，每天更新包括原材料等在内的各种数据、信息，其在行业内影响力大，引起上下游企业、行业协会的高度关注。</li> </ol>
2009 年开始	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. WAB 的价格不断攀升，油漆行业出现销售难、回款率低的问题，行业发展出现困难。</li> <li>2. 油漆行业协会在企业的呼吁下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。</li> </ol>
2009 年 2 月 10 日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 第一次会议召开，所有会员单位全部与会。</li> <li>2. 行业协会会长即绿馨公司董事长（法定代表人）王瑞主持会议。</li> <li>3. 会议达成五点共识。</li> <li>4. 与会会员一致要求定期召开会议。</li> </ol>
2010 年 8 月 16 日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 第二次会议召开，有会员企业缺席。</li> <li>2. 行业协会研究部推出了适合行业计算成本的标准计算公式。</li> <li>3. 培训中，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%。</li> <li>4. 根据蓝景公司提供的会议纪要可知，与会企业同意该公式不在协会网站上发表。</li> <li>5. 会议后，WAB 出厂价有不同程度的降低。</li> </ol>
2011 年 12 月 30 日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 第三次会议召开，绿鑫公司缺席。</li> </ol>

	2. 会议通过《行业自律宣言》，除红海公司以外的与会企业签字表示支持。
第二次会议至 2012 年初订货会前	1. 新技术应用，WAB 生产企业面临新技术和市场挑战，导致 WAB 行业的市场格局出现巨大变化。 2. 金顶公司原为绿馨、蓝景、白山和红海四家公司的 WAB 供应商，其销售收入的 70%源于此四家公司。但是金顶公司因为缺乏新技术，只能维持生产标号 020 及更低标号的 WAB，行业领先地位每况愈下。
2012 年订货会	1. 订货会上，绿馨、蓝景、白山、红海均未与金顶公司签约。此次订货，不能保证 WAB 质量的一律没有进入招标名单，不仅金顶一家。四家公司分别建议金顶公司转向中低端市场，谋求更高的利润空间。 2. 绿馨、白山公司与金顶公司达成协议，其旗下生产中低端油漆的关联企业紫竹、黑晶公司以较同期分别下降 2%、2.1%的价格购买金顶公司的 WAB 产品。
2012 年上半年	1. 金顶公司多次试图以降低价格、提高应付帐款比例、甚至各种公关手法等方式说服以上四家公司与之签约，以体现其产品质量之优良，但均告负。 2. 金顶公司与同期、上期比较销售额大幅降低，在大陆的市场份额由 6%降至 2%。 3. 金顶公司实名向国家发改委、美国反托拉斯局举报前述四家公司实施了价格垄断行为和联合抵制行为。
2012 年 4 月 20 日	发改委正式启动调查程序。
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 采买价格行为主动向发改委、美国反托拉斯局报告，申请免除处罚。
2012 年 11 月 1 日	发改委对多个油漆生产厂商包括绿馨公司做出处罚决定并公告。

## 第二部分 法律适用

本案中我方认为包括原告在内的多家油漆生产厂商主要构成《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）所规制的两大行为：第一是与具有竞争关系的经营者达成变更商品价格的垄断协议，第二是与具有竞争关系的经营者达成联合抵制交易的垄断协议。

其中变更商品价格的垄断协议的形成主要发生在 2009 年 2 月至 2010 年 8 月，根据“法不溯及既往”原则，在此之后颁布实施的法律在原则上不得适用，但是由于油漆行业的垄断行为是一个持续性行为，该垄断行为一直延续至我方责令其停止违法行为，即 2012 年 11 月 1 日，所以对于油漆生产厂商达成变更商品价格的垄断协议行为，在 2012 年 11 月 1 日之前颁布实施的法律均得以在本案中适用。<sup>1</sup>故此，以下我方将对本案中可以适用的法条进行

<sup>1</sup> 在 2012 年，国家工商行政管理总局授权湖南省常德市工商局，对湖南相关市中保险行业涉嫌达成垄断协议案展开调查。经调查，自 2006 年 5 月开始，常德市保险行业协会先后组织 16 家保险企业签订相关《合作协议书》，并组织成立“常德市新车保险服务中心”。根据《合作协议书》，新车中心对 16 家保险成员单

详细列举：

法条名称	颁布时间	施行时间	是否适用	发文单位
《中华人民共和国反垄断法》	2007. 8. 30	2008. 8. 1	适用	全国人大常委会
《反价格垄断规定》	2010. 12. 29	2011. 2. 1	适用	国家发展和改革委员会
《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》	2009. 5. 24	2009. 5. 24	适用	国务院反垄断委员会
《中华人民共和国标准化法》	1988. 12. 29	1989. 4. 1	适用	全国人大常委会
《中华人民共和国价格法》	1997. 12. 29	1998. 5. 1	适用	全国人大常委会
《中华人民共和国标准化法实施条例》	1990. 4. 6	1990. 4. 6	适用	国务院
《中华人民共和国行政诉讼法》	1989. 4. 4	1990. 10. 1	适用	全国人大常委会
最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释	2000. 3. 8	2000. 3. 10	适用	最高人民法院审判委员会

根据《中华人民共和国行政诉讼法》第 32 条：被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。

以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 26 条：在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。

被告应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。

所以对于本案中处罚决定的举证责任由我方承担。

### 第三部分 答辩意见

我方关于原告变更商品价格和联合抵制交易垄断行为的认定合理正确，针对原告方做出的处罚决定合理正确，符合《反垄断法》的规定，具体理由我方将从以下三个方面进行详细论述：

法条依据：《反垄断法》第 13 条规定：

位的保费进行了调控，对各保险公司份额进行了划分，并且要求保险企业清理撤销与各专业代理和兼业代理人的原代理协议。这意味着，在常德市，除摩托车保险外，16 家保险成员公司的所有新车承保业务都必须集中在新车中心办理。对此，中国人民大学法学院副教授杨东指出，本案中《合作协议书》虽然在反垄断法出台之前签订，但在反垄断法实施后，《合作协议书》并没有终止有关市场份额分配的内容，属于反垄断法所禁止的“分割销售市场”行为。<http://finance.people.com.cn/n/2013/0730/c1004-22370531.html>, 2013 年 10 月 28 日最后一次访问。

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。

## 一、原告方存在与具有竞争关系的经营者达成变更商品价格垄断协议的行为

### （一）原告与多家油漆生产商的行为符合《反垄断法》规定的垄断协议的构成要件

#### 1. 原告等油漆行业协会成员是变更商品价格垄断协议的主体，且符合《反垄断法》所规制的主体要件

我国《反垄断法》第十一条和第十六条针对行业协会的不法行为进行了规制，但在本次案件中，我方认为原告等油漆行业协会成员是此次价格垄断协议的主体，油漆行业协会并非是该垄断行为的领导者，具体理由如下：

（1）油漆行业协会自 2009 年开始召开会议的行为是由于油漆行业发展困难，企业呼吁而导致的，油漆行业协会本身并无进行变更商品价格垄断协议的起意。

（2）在 2009 年 2 月 10 日召开的行业协会第一次会议上，与会企业一致认为“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”，此共识表明油漆行业协会不做出任何协议或决定的态度，而各个与会企业也对此表示了同意，所以原告等油漆生产商变更商品价格的垄断协议行为并不是由行业协会组织的。

（3）在本案中油漆行业协会只是起到了信息平台的作用，原告与其他油漆生产商作为油漆行业协会的成员，多次通过油漆行业协会召开会议的方式就包括原材料信息在内的行业信息交换意见，最终达成了变更商品价格的垄断协议。我国《反垄断法》第十六条规定：“行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为”，但是在实践中对于行业协会的决议行为需要进行区分。在对有强制约束力的决议进行规制时，因为经营者为了求得生存而不得不遵守，此时经营者已丧失意思决定自由，垄断协议应认定为行业协会的行为，而不再处罚参与的经营者。<sup>2</sup>然而，欧洲许多学者认为，如果企业集团或者行业协会的推荐意见不具有法律约束力，且事实上也没有约束力，它们就不应当被视为《欧盟职能条约》101

<sup>2</sup> 王玉辉：《垄断协议规制制度》，法律出版社 2010 年版，第 45 页。

条意义上的决议。<sup>3</sup>在这种情况下，如果企业集团或者协会成员事实上遵守了推荐，这种推荐意见应当被视为企业成员的协同行为。<sup>4</sup>本案中就价格垄断协议而言，油漆行业协会的推荐意见并没有法律或者事实上的约束力，原告等油漆生产商的协同行为均是其自由意志的表示，行业协会对此并未进行组织或领导。

此外，原告与同一油漆行业的协会成员作为彼此之间具有竞争关系的经营者，符合我国《反垄断法》第十二条第一款对于经营者的界定：“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。”

综上所述，原告等油漆生产商是构成本案中价格垄断协议的主体，而非油漆行业协会。并且原告的法定代表人王瑞作为行业协会会长，原告本身作为油漆行业内有口皆碑的企业，非但没有发挥及时制止行业协会成员达成价格垄断协议、维护市场良好竞争秩序的模范带头作用，反而同意采纳标准计算公式，对其后价格垄断协议的达成和实施更是难辞其咎。

## 2. 原告等油漆生产商存在变更商品价格的协同行为

协同行为是我国《反垄断法》规定的垄断协议的形式之一，《反价格垄断规定》第六条对于协同行为的认定进行了规定：“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”。我方认为在本案中，原告等油漆生产商存在变更商品价格的协同行为。

### （1）原告等油漆生产商存在一致行为

#### ①第一次会议后原告等油漆生产商达成的不降价的共识是其后一致行为的基础

在本案中，2009 年由于油漆行业市场低迷，油漆行业协会响应企业的呼吁，于 2009 年 2 月 10 日召开了第一次会议，会议上集中讨论了行业面临的困境、未来发展趋势、可能的解决办法等问题。对于谋求行业发展出路解决方案，所有与会企业一致否认了降低商品价格的方案，而是选择了控制产品成本的方案，达成了不降价的共识。此次共识的达成为以后一致行为奠定基础，便于油漆生产商以后共识和一致行为的达成。

从经济学角度来看，价格围绕价值进行的上下波动是实现市场配置资源的基础性作用的重要方式，价格是反映市场供求变化的最直接因素。根据市场经济的发展常态来看，在市场萧条，产品供大于求的情况下，消费者的消费欲望疲软，经营者多会通过降价谋求出路，以求“薄利多销”，从而在消费低迷的情况下占领先机。但是在本案中，参加行业协会会议的油漆生产商各自企业现状、经营计划、市场份额不同，却统统反对降低商品价格，即便其声称此行为是有合理根据，也很难被认可。因为经营者作为市场经济所假定的“理性人”，在任何情况下其行为都是在满足自己最大利益的前提下做出的。而此次会议没有一个油漆生产商选择可见的可得利益，原因只有一个：抛弃这个短期的可见利益，是因为会有更大的长远

<sup>3</sup> 《欧盟职能条约》第 101 条第 1 款所禁止的企业集团或者企业联合组织所订立的限制竞争的决议或者决定一般是指企业集团关于其成员企业市场行为的法律文件，如行业协会的章程，一个经济联合体采用的交易条件，由此使一个集团的成员成为一个有组织的统一体。参见王晓晔：《反垄断法》法律出版社 2011 年版，第 100 页。

<sup>4</sup> 王晓晔：《反垄断法》法律出版社 2011 年版，第 100—101 页。

利益在等着他。

## ②第二次会议后原告等油漆生产商存在一致行为

在行业协会于 2010 年 8 月 16 日召开的第二次会议上,与会企业一致同意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,并要求对此进行培训。而对于该标准计算公式的效用,油漆企业在培训中普遍反映,该标准计算公式在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%。此次会议之后,WAB 产品的出厂价有不同程度的降低,由此我们可以判断油漆生产商在会议后作出了使用标准计算公式使 WAB 出厂价格下降的一致行为。

### (2) 原告等油漆生产商之间的一致行为存在意思联络

#### ①原告等油漆生产商利用行业协会网站进行信息交流

在本案中,油漆行业协会为了支持行业发展,创办网站,每天更新包括 WAB 在内的主要原材料信息、产品销售信息、行业供求状况、价格变动情况、产销数据等。虽然行业协会网站在醒目位置对信息的真实性进行了说明,指出“本网站仅为数据平台,对信息的真实性不承担任何法律责任”,但是该网站在行业内影响力大,更新及时,不仅本行业对此非常关注,其上下游企业、行业协会亦给予了高度关注。所以在此等情况下,由于该网站的强大影响力,本行业、上下游企业和行业协会对其发布的信息有着绝对真实性的预测,加之对其高度关注,所以本行业、上下游企业极易根据网站信息调整企业自身、甚至行业的经营行为。并且行业协会全体成员在 2009 年召开的第一次会议上就“行业内定期、及时跟进国际行情,企业应当同舟共济,改变之前在网站上时常存在的信息发布不实的现象……”达成了共识,此番行为使得各个企业对网站发布信息的真实性更持肯定态度,从而更会密切关注网站信息并根据其发布的各类信息调整自身企业的经营行为。

因此该行业协会网站上每天所公布的各种信息可以看作是以行业协会为媒介的油漆行业内的信息交流。在此种情况下,成员的有关信息在行业协会内部甚至整个市场上得以公开,经营者可以借此了解其他竞争者的相关经营信息乃至整个行业的生产经营状况,从而据此调整自身的经营计划。

#### ②原告等油漆生产商通过行业协会会议进行了信息交流

##### a. 原告等油漆生产商在第一次会议上的信息交流

在 2009 年 2 月 10 日召开的行业协会第一次会议上,油漆生产商彼此间就对方未来的市场行为——不降价达成了合意,有意识、有目的地将油漆生产商间存在的不确定的风险性竞争变成了事实上的合作关系,从而减少了市场竞争的不确定性。也就是说,油漆生产商通过第一次会议进行接触,对不降价达成了合意,丧失了一致行为所要求的企业的独立性,从而使得其后的一致行为转化为协同行为。

##### b. 原告等油漆生产商在第二次会议上的信息交流

在 2010 年 8 月 16 日召开的第二次会议上，与会企业根据各自提供的行业信息，包括原材料信息等交换意见。由此可见以原告为主的多油漆生产商之间始终存在事实上的经营信息交流和合作。

### ③原告等油漆生产商的意思联络是非法的信息交流

信息交换作为一把双刃剑对市场的良性发展有利有弊，那么研究本案中油漆生产商之间的信息交换合法与否是判断其行为是否合法的重要因素。通过对案件事实进行了解，并结合国外相关执法经验，我方认定本案中油漆生产商的信息交流是非法的，理由如下：

欧共体委员会在 1968 年曾就企业间的合作协议发布的一个通告中指出：企业原则上可以通过信息交换和在更加透明化的市场上得到好处，然而，信息交换必须得保证企业能够在市场上自由和独立地开展经营活动。如果信息交换成为企业间协调其市场行为的手段，这种信息交换就是违法的。紧接着在 1978 年，欧共体委员会在其关于欧共体竞争政策的第 7 个报告中划分了合法信息交流与非法信息交流的界限。报告指出，一个信息交流是合法还是非法，这取决于两个因素：一是交流的信息内容；二是与信息交流相关的市场结构。<sup>5</sup>而从当时油漆行业的市场情况以及行业协会成员的行为来看，油漆企业间的信息交流完全符合欧共体委员会对于企业间非法信息交流的界定。

#### a. 油漆生产商交流的信息内容非法

欧共体报告指出，企业间交流的当前或者今后的经营信息要比交流历史的或者统计性的数据对市场竞争的不利影响大得多。在本案中，不论是行业协会网站上每天更新的包括 WAB 在内的主要原材料信息、产品销售信息、行业供求状况、价格变动情况、产销数据等，还是油漆生产商在第二次行业协会会议上交换的包括原材料信息在内的行业信息，都是包括当前市场上油漆行业的具体经营信息。所以即便油漆生产商并未就经营行为达成协议或者决定，但是油漆生产商作为市场上的“理性人”，在掌握当前的包括原材料在内的行业信息和同行业经营者经营信息的基础上，极易把握市场未来发展趋势，形成就未来市场行为的一致意见，做出对经营者自身最有利的一致行为，从而限制油漆行业经营者之间的竞争。

欧共体报告还指出，一个关于某种产品、某个国家以及某个时期的市场综合信息包括成本和价格信息，只要这个信息不涉及具体的经营者，这种信息交流原则上是合法的。<sup>6</sup>但是在第二次会议上，与会油漆生产商根据各自提供的行业信息，包括原材料信息等交换了意见，此次会议上油漆生产商的信息交流明显涉及到了多个具体的经营者，更加凸显了其信息交流的非法性。

#### b. 油漆行业具有便于实施非法信息交换的市场结构<sup>7</sup>

首先，在本案中，油漆市场具有相对较高的集中度。原告与蓝景和白山公司不但在大陆占有 40%的市场份额，其所设定的企业标准，虽无法定约束力，但逐渐被业内公认为行业质

<sup>5</sup> 王晓晔：《反垄断法》法律出版社 2011 年版，第 102 页。

<sup>6</sup> 王晓晔：《反垄断法》法律出版社 2011 年版，第 103 页。

<sup>7</sup> 促进信息交换具有反竞争性的市场结构主要体现为以下几方面：第一，集中度较高的市场；第二，经营者间的产品差异性较小的市场结构；第三，有限需求的市场结构。参见王玉辉：《垄断协议规制制度》，法律出版社 2010 年版，第 212-213 页。

量标准。包括原告在内的三家公司的行为在整个油漆行业内具有一定的模范带头作用，从而在整个油漆市场上结成和维持垄断协议具有相对较低的交易成本；并且参加会议进行信息交流的是包括上述三家企业在内的诸多油漆行业协会成员，基于本行业在经济危机情况下的发展困境，有着协调行为的强烈愿望，加之行业协会网站在行业内影响力大，同行业对其给予了高度关注，因此其所发生的信息交流有极大的可能促进共谋，而不是均衡市场的需求和供给。

**其次，原告等油漆生产商的油漆产品差异性较小。**油漆生产商作为同行业具有竞争关系的经营者，其所生产的产品虽然有质量上的差异，但总体来看仍属于同一相关产品市场，所以其生产的油漆产品仍具有相对较高的替代性。基于此种情况，在正常市场条件下，油漆行业的竞争更主要地体现为激烈的价格竞争。为此，为了避免在经济危机、市场萧条的大环境下的恶性价格竞争，谋求全行业的共存，油漆生产商之间更易于达成垄断协议。

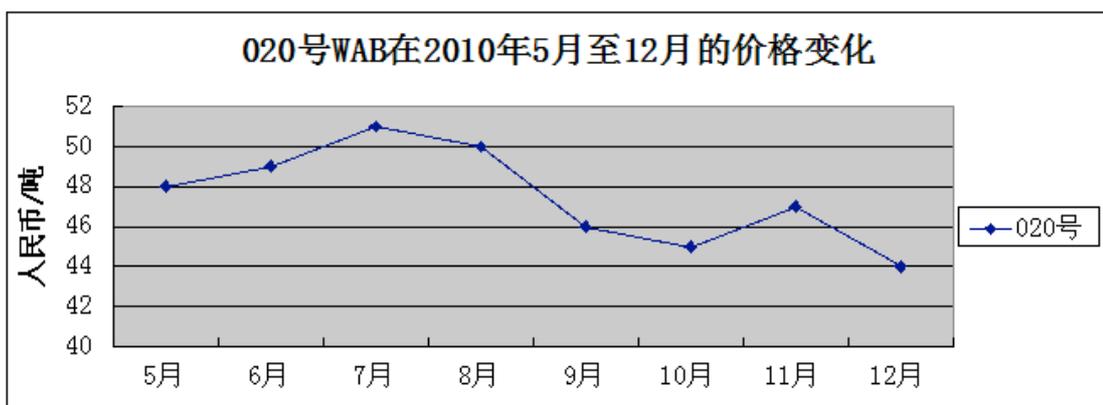
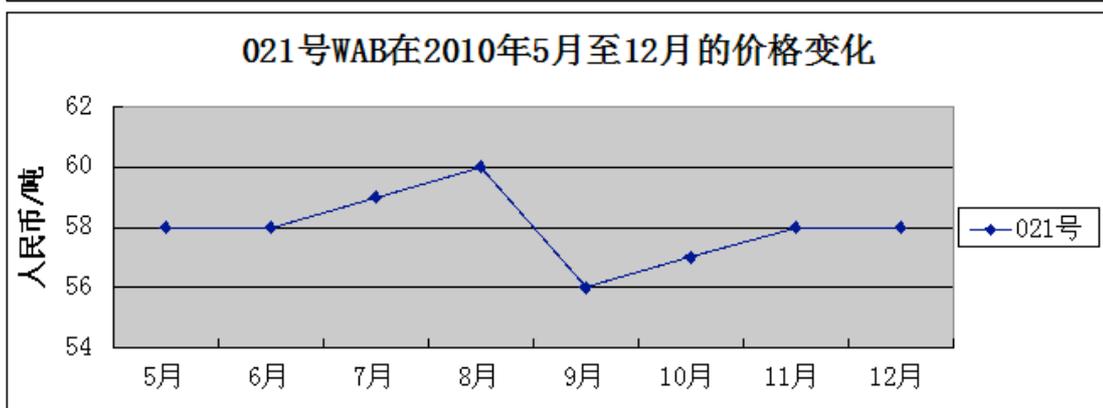
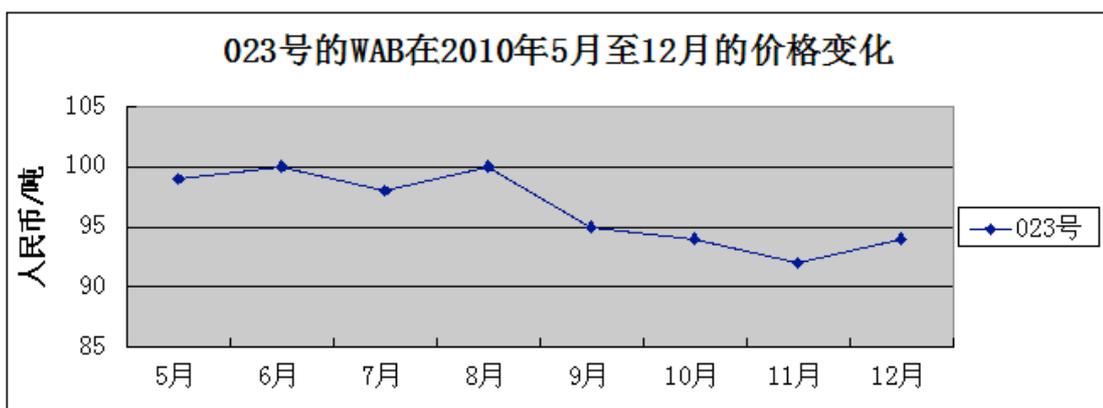
**最后，油漆市场上的产品需求有限。**油漆作为一种消费者只是基于即时的、短期的需要而订购的商品，属于需求弹性缺乏的商品，其总体需求在市场上具有相对稳定性。在有限需求的市场结构下，经营者间的低价竞争并不能在总体上增加市场的总需求，使降价的经营者从中受益，并且经营者的单独削价往往会促使其他竞争对手实施相应的报复性削价行为。因此在有限需求的市场结构中，市场内的各经营者实施共谋行为，会促使各经营者都能从中获得比维持现有行为或进行恶性竞争更多的好处。由此，该市场结构易于垄断协议的形成。<sup>8</sup>此种情况下，其经营者实施共谋行为，会促使各经营者都能从中获得比进行恶性竞争更多的好处。

综上所述可以看出，包括原告在内的多家油漆生产商之间进行的信息交流是非法的，所以其一致行为是以意思联络为基础的，这是我国法律所禁止的。

### (3) 原告等油漆生产商存在变更油漆商品价格的协同行为

2011 年 8 月 16 日的第二次会议，经所有与会企业同意采用成本标准计算公式，自此油漆企业的行为符合《反价格垄断规定》第七条第五项：“约定采用据以计算价格的标准公式”，达成了变更价格的垄断协议。另一方面该公式有着“将公司实际发生数据输入，得出的应支付 WAB 成本较此前实际发生的普遍下降 5%—8% “的普遍现象”，并且“此次会议以后，WAB 产品的出厂价有不同程度的降低”，来源于油漆行业协会网站的“WAB 在 2010 年 5 月至 2010 年 12 月的价格变化”也可以很明显的看出，油漆原材料 WAB 的价格自 5 月至 8 月整体保持在 98 元/吨以上，但自 9 月起突然跌至 95 元/吨以下，最低达到 92 元/吨，（具体变化详见各个标号的 WAB 在 2010 年 5 月至 12 月的价格变化曲线图）WAB 出厂价的突变与油漆行业一致同意采用计算成本的标准计算公式的时间是完全相符合的，而在此期间我们也没有掌握 WAB 市场自身发生了能够引起价格变化的因素，自此我们完全有理由相信 WAB 产品出厂价的下降从很大程度来说是由油漆行业的协同行为所引起的。而 WAB 在油漆的成本中始终占有较大比重，以至于油漆的销售价格随 WAB 的价格波动，WAB 的出厂价格自 9 月份开始下降的情况也必然导致油漆的价格下降，自此油漆生产商通过其协同行为最终对油漆的价格实现了变更。

<sup>8</sup> 王玉辉：《垄断协议规制制度》，法律出版社 2010 年版，第 213 页。



### 3. 原告等油漆生产商的行为造成了排除、限制竞争的效果

商品价格是市场竞争中至关重要的、最为活跃的因素之一。在市场经济的各种指标中，价格最能反映市场的供求关系、竞争程度等，是市场的“晴雨表”。同时，价格可以起到调节市场供应和合理分配社会资源的作用，也是刺激生产者改进技术和改进生产管理的原始动力。<sup>9</sup>正因为价格对于整个市场有着如此重要的作用，所以就多数国家而言，凡涉及固定价格、价格构成、最低限价或者最高限价的垄断协议，反垄断执法机关一般会直接认定其为严重限制竞争的行为，而不会去考虑其市场构成以及行为实施的市场效果等其他因素，即适用本身违法原则。但是我国《反垄断法》并未对垄断行为适用的原则进行区分，第十五条的豁

<sup>9</sup> 张穹：《反垄断理论研究》，中国法制出版社 2007 年版，第 113 页。

免条款原则上可以适用第十三条、第十四条的所有垄断行为；此外为了论证原告变更商品价格垄断协议的行为具有严重违法性，在此我方将对其行为的效果进行进一步分析。

#### (1) 原告等油漆生产商的垄断行为对 WAB 市场的影响

原告等油漆生产商对油漆产品价格的变更主要是通过降低油漆原材料 WAB 产品的出厂价而实现的。在经济不景气的情况下，多家油漆生产商为了自身和行业的发展，通过成本标准计算公式达到了降低原材料出厂价格的效果，使得 WAB 生产商失去了对自身产品价格的控制权和经营自主权，不利于 WAB 市场的发展。

#### (2) 原告等油漆生产商的垄断行为对油漆市场的影响

市场上存在良性竞争是一个市场蓬勃发展的最原始动力，并且在产品差异性较少、可替代性较强的市场中，价格是同一市场上经营者竞争的最主要因素。在本案中，原告等油漆生产商就变更油漆价格达成了合意，实施了协同行为，并且其对油漆价格的变更远远超过企业的自主定价权的范围，从而在市场上引起了限制竞争的效果。

原告等油漆生产商对油漆价格的一致行为构成了事实上的合作关系，从而在实质上排除了油漆市场上的具有风险的竞争关系，减少了油漆市场的发展活力，限制了市场决定价格的规则和优胜劣汰的市场规律发生作用。另一方面，瞬息万变的市场竞争，价格是市场经济中变化最快的因素。在经济不景气时，优先降价者要比后降价者获得较大的利益，而多家油漆生产商通过采用标准计算公式的协同行为达到了实际上掌控油漆产品价格的效果，使得价格被人为所控制，限制了其他油漆生产商与其进行竞争的潜在可能性，从而有利于这些油漆生产商实现对油漆市场的掌控，对于油漆市场的长远发展是极其不利的。（关于原告等油漆厂商的行为对油漆市场的严重限制，我方将在对原告适用豁免条款的抗辩上进行详细论述。）

### 4. 原告等油漆生产商变更商品价格的垄断协议的主观目的具有违法性——通过转嫁危机获取不正当利益

原告等油漆生产商的行为发生在经济不景气，行业发展困难的背景下，其行为的根本目的在于求得自身在整个行业的生存，而诸多油漆生产商为了避免由单纯降价带来的行业内的恶性竞争而选择通过降低产品成本的方式来降低油漆产品的价格，从而其行为对原材料 WAB 市场的产品价格产生了重大影响。油漆行业行为的实质是利用 WAB 市场结构分散，市场集中度极低等特点，将经济危机由本行业转嫁给了原材料 WAB 市场，同时又据此控制了油漆商品的价格，具有一定程度上的恶意。此外，即便原告等油漆生产商的行为目的在行为发生之前和发生之时并不明确，但是其造成了变更商品价格的效果，排除并限制了相关市场的竞争。而不管企业或企业联合组织订立协议以限制竞争的共同目的是否从一开始就十分明确，如果该协议的订立对同一行业产品的产销市场关系产生了实质性的限制竞争的影响，此协议即可被认定为限制竞争协议。<sup>10</sup>

<sup>10</sup> <http://baike.soso.com/v28540302.htm>, 2013 年 10 月 28 日最后一次访问。

## （二）原告等油漆生产商达成变更商品价格的垄断协议行为不适用《反垄断法》

### 第十五条的抗辩

#### 1. 原告等油漆生产商的行为不符合适用《反垄断法》第十五条豁免条款的前提条件

我国《反垄断法》第十五条规定了经营者构成垄断行为的豁免条款，其中第二款“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”从而构成了垄断行为适用豁免条款的前提条件，而本案中油漆行业的行为不符合豁免条款所要求的前提条件。

##### （1）本案中相关市场的界定

根据《反垄断法》第十五条和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第三条规定，“相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。”

本案中的相关商品市场是油漆市场。根据反垄断第十二条关于经营者的界定，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。本案中，绿馨（中国公司）是被界定相关市场的经营主体，其作为绿色环保油漆的生产商，它的商品为绿色环保油漆，属于油漆类商品。结合美国、欧盟及根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第三条关于“相关商品市场”的界定：“相关商品市场，是根据商品的特性、用途及价格等因素，由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。”这些商品表现出较强的竞争关系，在反垄断执法中可以作为经营者进行竞争的商品范围。美国最高法院在 1962 年的布朗鞋公司案中认为：产品市场的外部界限由产品用途的合理可互换性或该产品及其替代品需求交叉弹性决定；欧共体委员会在 1997 年发布的《关于界定共同体竞争法中的相关市场的通告》认为：相关产品市场包含所有基于产品的特性、价格和预期用途而被消费者认为可互换或者可替代的产品和服务。在本案中可以很明显的看出，原告等经营者在油漆商品市场上具有竞争关系，其产品从特性、价格和用途来看被消费者认为具有较为紧密的替代关系，所以我方认定本案中的相关商品市场为油漆市场。

本案中的相关地域市场是中国市场。本案中，原告绿馨（中国公司）其所生产的绿色环保油漆产品在全球范围内均有销售，更被数个国际有关机构评为“绿色产品”，它的经营活动的地理范围为全球市场。根据联邦卡特尔局和法院的司法实践，地域市场是根据经营者经营活动的地理范围确定的。<sup>11</sup>除此以外，地域市场的界定还需经营者的经营活动在此区域的竞争条件基本一致。虽然原告等油漆生产商生产油漆的地理范围为全球市场，但因为运输成本的差异使得中国的油漆市场与其他地区的油漆市场相区别。根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第三条对于“相关地域市场”的界定，应认定本案中的相关地域市场为中国市场。

综上，我方认为本案中油漆行业垄断行为的相关市场应认定为中国油漆市场。

<sup>11</sup> 王晓晔：《德国竞争法中的卡特尔制度》，载于《法学家》，1995 年第 4 期。

## (2) 垄断协议严重限制了油漆市场的竞争

### ①原告等油漆生产商的行为严重限制了其他油漆生产商的竞争

本案中的与会油漆企业在第二次会议中就包括原材料信息在内的行业信息进行交换,虽未达成有关价格的明确协议,但是他们都同意并采取了利用该价格公式控制企业成本的价格行为,是价格合谋意义上的价格信息交换。除与会的油漆行业会员企业了解该价格共谋外,其他企业并不知情,对其他企业与与会企业间的竞争产生了影响。

#### a. 限制未与会行业协会成员的竞争

在油漆行业协会的第二次会议中,与会企业就包括原材料信息在内的行业信息进行了交换,使与会企业彼此了解对方竞争者的相关信息,并通过计算公式降低成本的做法达成了价格共识,据此作出最有利于与会企业的价格策略。

对于未与会的协会成员而言,与会企业间达成的价格共识由于其私密性,不可能将与会企业交换的行业信息以及其所达成的价格共识告知未与会企业。同时,在第二次会议中与会企业据以达成共识的基础——成本标准计算公式也并未在行业网站公布,极其不利于未与会的行业协会成员对该价格共谋的了解,使其难以及时据此做出合理的应对。市场竞争本身应该是在经营者之间平等地展开,这种平等包括地位平等、机会平等、信息平等。<sup>12</sup>经营者只有通过商品的价格、数量、质量、服务标准等方面广泛地展开公平竞争,才能使优秀的企业胜出。与会企业通过信息交流、成本计算公式达成了价格共识,而未与会的经营者没有合理的途径知晓他们所交流的行业信息、成本计算公式以及据此所形成的价格共识,从而在市场竞争中处于不利的竞争地位。

#### b. 限制非行业协会成员的竞争

和未与会行业协会成员相类似,由于其既非油漆行业协会的成员,油漆行业协会对于第二次会议的有关内容也并未公开,所以非行业协会成员难以了解第二次会议中与会企业所交流的行业信息、成本计算公式以及据此达成的价格共识,信息的不平等使其在市场竞争中处于不利地位。

根据《中华人民共和国价格法》第三条第二款的规定:“市场调节价,是指由经营者自主制定,通过市场竞争形成的价格”,所以市场经营者具有通过市场竞争自主制定价格的权利。但由于原告与蓝景、白山公司在大陆所占的市场份额合计达到 40%,除此以外,与会企业还包括众多在行业协会登记的其他油漆企业,其在油漆市场上占据着较大的市场份额,从而他们的行为可以给油漆市场带来巨大的影响。所以他们所达成的价格共识在市场上造成了变更油漆商品价格的后果,使非行业协会的油漆企业难以通过正常的价格竞争充分行使自己的自主定价权。同时,油漆行业协会成员达成的变更油漆商品价格的共识使得原告等油漆生产商之间的竞争风险大大降低,也使得非行业协会成员在与其竞争中处于不利地位。

### ②原告等油漆生产商的行为严重影响了油漆市场的良性健康发展

<sup>12</sup> 包锡妹:《反垄断法的经济分析》,中国社会科学出版社,2003 年第 1 版,第 159 页

### a. 破坏了油漆价格的市场形成机制

价格是传递市场信息的媒介，也是市场主体行为的指南，还是调节市场供求的要素，但这一切只能在价格能够随行就市的前提下才有可能。如果价格被人为地固定或者变更，不能反映市场的供求，就不能有效地引导生产和资源的配置，最终使得价格的市场形成机制被破坏，价格也不再具有传递市场信息的作用。

原告等油漆生产商通过标准计算公式使得 WAB 价格较之前下降 5%—8%，试图通过压低 WAB 产品的价格来实现其变更油漆商品价格的目的。无论该变更后的油漆商品价格是否合理，还是该行为是否有利于油漆企业免于恶性竞争，由于该价格的形成并非是市场竞争的结果，该价格就无法被认定为是合理的。通过未经科学认定的计算公式压低 WAB 产品的价格，并进一步变更油漆商品的价格，这种行为不仅导致了与会企业所变更的价格的不合理，也破坏了原本油漆市场正常的价格形成机制。

### b. 限制了不同油漆生产商之间价格竞争

正如哈耶克所说的，“竞争之所以有价值，完全是因为它的结果不可预测，并且就全部结果而言，它不同于任何人有意想要达到或能够达到的目标。”<sup>13</sup>原告等油漆生产商达成了变更商品价格的协议，降低了油漆市场的价格竞争风险，但价格竞争作为市场竞争的核心，没有了价格竞争就没有了市场竞争。这使得生产者和经营者面临的竞争风险大大降低，那么其改善管理、降低成本、进行技术创新的主动性、积极性和创造性将大大减少，而经营者的竞争意识的下降会损害整个行业的技术发展和经济效率，极大地不利于油漆市场的良性健康发展。

### (3) 原告等油漆生产商变更商品价格的行为不能够使消费者分享由此产生的利益

表面看来，原告等油漆生产商通过标准计算公式压低 WAB 产品价格并进一步变更油漆的价格，并因此导致了 WAB 出厂价格的下降。在市场原材料 WAB 价格不断攀升的背景下，该价格共谋有利于消费者以相对低廉的价格享受与之前一样的油漆商品，消费者似乎是能够从这样的价格中获益的。但是，今天看似合理的变更价格，也许由于经济贸易变化，明天就变得不合理了。<sup>14</sup>原告等油漆生产商今天为了应对油漆市场的低迷而进行价格共谋，人为变更油漆的价格，明天也许就会为了获得更高的垄断利润而再次变更商品价格。从现在看来消费者虽然能买到低价商品，但是从长远来看，这只是短暂的。因为这些进行价格共谋的油漆生产商一旦以降价手段将行业协会外的竞争对手排挤出去，占据更多的市场份额，就会以更高的价格捞回其在降价时所受的损失甚至获取更多的利润。<sup>15</sup>

此外，原告等油漆生产商变更油漆商品价格的垄断协议使得油漆的价格被人为地控制，使得市场选择与市场竞争不能有效地对价格进行调整，从而使“消费者失去了在价格上对商品的选择权，并且需支付比有效竞争状态下高的多的价格”。<sup>16</sup>

<sup>13</sup> [英]弗里德里希·冯·哈耶克：《经济、科学与政治》，冯克利译，江苏人民出版社 2000 年版，第 120-121 页。

<sup>14</sup> 游钰：《卡特尔规制制度研究》，法律出版社，2006 年 10 月第一版，第 85 页

<sup>15</sup> 瞿静：《论我国价格卡特尔及其法律规制》，载于《浙江海洋学院学报（人文科学版）》，2003 年 3 月第 20 卷第 1 期

<sup>16</sup> 江雪梅、包迪鸿：《对我国价格卡特尔规制的法学研究》，载于《浙江大学学报》，2005 年 7 月第 35 卷第

## 2. 原告等油漆生产商的垄断行为不适用第十五条第一款的规定

### (三) 其他油漆生产商的自认

两次均参加行业协会会议并作出相关决定和行为的油漆生产商——蓝景公司在我方对包括原告等油漆生产商启动调查程序之后，就行业内参照使用成本价格公式，降低 WAB 采买价格的行为主动向我方报告，并请求免除处罚。蓝景公司的此番行为符合我国《反垄断法》第四十六条第二款关于宽大处理的规定：“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚”，从蓝景公司此行为我们可以得知，与会油漆生产商对自身行为的不法是明知的，就此点我们从第二次会议“与会企业同意该公式不在协会网站上发表”的合意中可以窥见一斑，但是即便如此原告方却对其不法行为并无表态，更显示出其未认识到自身行为之恶劣。

## 二、原告存在与具有竞争关系的经营者达成联合抵制的垄断协议的行为

### (一) 原告与其他公司的行为符合《反垄断法》规定的垄断协议的构成要件

我方认为原告和其他三家公司对金顶公司的联合抵制行为构成了垄断行为。联合抵制交易又称为联合拒绝交易。关于该概念的含义，美国法律学者认为，联合拒绝交易是指两个以上的企业，以协议方式不与特定第三人进行交易的行为。或者认为联合拒绝交易是指竞争者之间以协议方式拒绝交易。<sup>17</sup>我方认定原告等几家公司的行为符合联合抵制交易的构成要件，理由如下：

#### 1. 原告等油漆生产商是联合抵制行为的主体，且符合《反垄断法》所规制的主体要件

根据我国《反垄断法》第十二条规定：“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。”我方认定《反垄断法》中所说的经营者有以下几个要素：

(1) **参与者之间具有独立性。**原告等油漆生产商都具有独立法人的地位，相互之间不存在关联企业关系，能够独立自主地进行决议。

(2) **参与者之间具有竞争关系。**原告等油漆生产商同为绿色环保油漆的生产商，属于同一交易阶段，在油漆市场上具有竞争关系。

(3) **本案的另一个特征是原告等油漆生产商具有市场优势地位。**

案件事实中原告与蓝景和白山三家公司的市场份额合计占 40%，它们是行业内有口皆碑

---

4 期

<sup>17</sup>文学国：《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》，法律出版社，第 437 页。

的企业，它们制定的企业标准虽无约束力，但是逐渐被认为是行业质量标准。这些事实均表明原告等几家公司是具有市场优势地位的。并且金顶公司原为原告与蓝景、白山、红海公司的供应商，其销售收入的 70%来源于此四家公司。因此，我方认定这四家公司对于金顶公司来说具有绝对的优势，所以，他们的拒绝交易会在实质上剥夺金顶公司的交易机会，限制市场竞争。

## 2. 原告等油漆生产商实施了联合抵制金顶公司的协同行为

联合抵制交易是多个经营者之间的共同约束性行为，它不是单方面进行的，而是行为主体间相互实施的一种限制措施。根据我国《反垄断法》第十三条第二款的规定：“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。”此处的“协议”一般是指经营者之间达成的合同，“决定”主要是指行业协会的章程决议等，“协同行为”一般是指共谋行为，这些书面或是口头行为即是垄断协议的表现形式。本案中，在油漆行业协会发表了《行业自律宣言》之后，原告等油漆生产商同时拒绝与金顶公司交易，我方认为这两个行为之间有一定的联系，对于判定原告等油漆生产商是否采取了联合抵制交易的垄断行为有重要的影响，所以需对这两个行为进行分析，分析如下：

### (1) 《行业自律宣言》是原告等油漆生产商抵制金顶公司协同行为的基础

#### ① 《行业自律宣言》具有事实上的约束力

我方认为油漆行业协会在 2011 年 12 月 30 日所做出的《行业自律宣言》是原告等油漆生产商实施联合抵制金顶公司协同行为的基础。但是《行业自律宣言》究竟在多大程度能够对原告等限制竞争的行为产生影响，需要依据具体的规定进一步论证，然而目前我国并没有出台对于企业联合组织的“决议”的解释细则，因此我们只能从国外的一些理论中汲取经验。

在欧盟竞争法中，《欧盟职能条约》第 101 条第 1 款所禁止的企业集团或者企业联合组织所订立的限制竞争性的决议或者决定一般是指企业集团关于其成员企业市场行为的法律文件，如行业协会的章程，一个经济联合体所采用的交易条件等，由此使一个集团的成员成为一个有组织的统一体。集团“决议”或者章程不仅可以表现为有法律效力，也可以通过经济的、社会的或者道德方面的压力表现为事实上的约束力。这种决议的效力是否得作为限制竞争协议的内容，欧盟法院并没有明确指出。但是其在 1987 年的一个案件中指出，一个决议如果是协会意愿的真实表述，即作为行业的推荐意见协调其成员的市场行为，在这种情况下，即便这个决议是作为没有约束力的推荐提出的，它也不应当按照决议的字句视为“无约束力”。<sup>18</sup>

在本案中，《行业自律宣言》的通过是除红海以外与会企业一致同意的，可以视为是协会真实意愿的表达。同时，红海公司不愿参加第三次会议但最终不得不参加，可以看出行业协会对于油漆企业具有事实上的约束力，那么它通过的《行业自律宣言》也可以认为是对协会成员具有事实上的约束力。特别是作为行业协会重要成员的蓝景、白山和原告，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，所以由它们主导制定的《行业自律宣言》应当具有事实上的约束力，并且它对其后原告、蓝景、白山和红海公司

<sup>18</sup>王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 100 页。

拒绝与金顶交易的协同行为起到了信息交流的作用。

**②原告等油漆生产商通过的《行业自律宣言》中关于标号的设定标准不合理。**

在本案中,《行业自律宣言》规定:“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。”此处,可以明显地看出,油漆行业协会为油漆行业制订了一个原材料的采购标准。这个采购标准是极其不合理的,由案件事实可以看出,“不使用标号低于 023(含)的 WAB”的意思是所有与会油漆公司都不得使用低于 023(含)的 WAB,看似是为了严控原材料的质量,但是从以下几方面可以看出其不合理性:

**a. 金顶公司 WAB(低于 023)的产品质量符合国家和国际的标准。**行业协会规定的标准过于严格,不符合市场的实际需要。

**b. 我国并没有相关的规定要求不得使用低于 023(含)的 WAB。**《中华人民共和国标准化法》第六条规定:“对需要在全国范围内统一的技术要求,应当制定国家标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求,可以制定行业标准。行业标准由国务院有关行政主管部门制定,并报国务院标准化行政主管部门备案,在公布国家标准之后,该项行业标准即行废止。……”以及《中华人民共和国标准化法实施条例》第十九条规定:“制定国家标准,行业标准和地方标准的部门应当组织由用户、生产单位、行业协会、科学技术研究机构、学术团体及有关部门专家组成标准化技术委员会,负责标准草拟和参加标准草案的技术审查工作。未组成标准化技术委员会的,可以由标准化技术归口单位负责标准草拟和参加标准草案的技术审查工作。”本案中,油漆行业协会的标准超出了国家和国际的标准,也未有证据显示充分听取了归口单位和科学技术研究机构的意见,即其设定也没有依据相关的法律。虽然我国鼓励企业追求高品质,但是行业协会没有权力制定新的更高的标准,在实际上排除符合国家标准的企业进入市场,限制其竞争。

**c. 行业协会提高油漆产品质量的理由不能成立。**在《行业自律宣言》颁布之前,原告、蓝景、白山等绿色环保油漆公司使用的仍然是金顶公司的 WAB,并没有不良反响,这说明在《行业自律宣言》出台时,金顶公司的产品(低于 023 的 WAB)仍然是符合原告等油漆生产商的质量要求的。值得注意的是,WAB 市场新技术的产生是在《行业自律宣言》出台后,但是原告等几家公司是在《行业自律宣言》出台之前就制定了相应的原材料的采购标准,当时的市场上金顶公司的 WAB 仍然是高质量的,符合这四家公司的要求。所以,我方认定行业协会的标号设定是极其不合理的,提高油漆质量的说法也是不成立的。

**③原告未参加第三次会议且未签署《行业自律宣言》的行为不影响其联合抵制行为的认定**

2011 年 12 月 30 日,由蓝景公司召开第三次行业协会会议,原告缺席,未在《行业自律宣言》上签字,但是我方认为原告仍有足够的条件与蓝景、白山和红海公司进行意思联络,共同实施抵制行为,理由如下:

**a. 油漆行业协会会长由原告董事长王瑞担任,且王瑞即为原告的法定代表人,所以,原**

告可以极其简单方便地获得第三次会议的会议纪要，了解第三次会议所做出的决定。

b. 在第三次会议通过《行业自律宣言》后，该《行业自律宣言》被置于行业协会网站首页的醒目位置，并且该网站由于在行业内影响力大、更新及时，不仅油漆行业对该网站非常关注，其上下游企业、行业协会亦给予高度关注。由此可以判断，原告能够且已经知道《行业自律宣言》的内容。所以，我方认定原告与蓝景、白山、红海等公司存在信息交流的情况。

c. 原告公司未签署《行业自律宣言》不影响其效力，也不影响原告与其他几家公司实施联合抵制行为的效力。行业协会限制竞争的决议不要求全体成员的一致意思表示，可能只需要多数成员同意即可，某些决议还可以由行业协会决策机构直接做出。<sup>19</sup>所以，原告虽未签署《行业自律宣言》，但是这一行为不影响其效力的认定。因为这种情况下，只要企业集团或者协会成员事实上遵守了推荐意见，这种推荐意见应当被视为具有事实上的约束力。同时，从案件事实可以看出，其后原告与蓝景、白山、红海等公司拒绝与金顶签约，是联合抵制交易的实施者之一，其未签署《行业自律宣言》不影响其联合抵制行为的认定。

## (2) 原告等油漆生产商拒绝与金顶公司交易的行为是协同行为

垄断除了表现为竞争者之间的协议或者联合组织的决定，还可以表现为竞争者之间的协同行为。当然企业之间如果只有事实上的一致行为而没有一致意见，即相互合作，这种行为至多算是一致行为。从一致行为转化为协同行为，至少满足两个条件：一是两个或者两个以上的企业存在一致行为；二是这些企业为了实现一致的行为相互间存在合作。同时还要求这些企业是相互独立的。

在本案中，这四家公司并没有签订联合抵制金顶公司的相关书面协议，也没有口头协议，但是，根据相关的案件事实，我方认为原告等油漆生产商的行为构成了联合抵制交易的协同行为，理由如下：

### ①原告等油漆生产商之间存在一致行为

在 2012 年初的订货会上，原告、蓝景、白山、红海均未与金顶公司签约，这四家公司分别建议金顶公司可以考虑向中低端油漆市场转型，作为中低端企业的原材料供应商。金顶公司多次试图以降低价格、提高应付帐款比例、甚至各种公关手法等方式说服原告、蓝景、白山公司与之签约，以体现其产品质量之优良，但均告负。从这些案件事实中，可以很明显地表明原告等油漆生产商存在拒绝与金顶交易的一致行为，甚至这种一致行为有极强的约束力，难以被金顶公司突破。

### ②原告等油漆生产商之间存在为了降低竞争风险而合作的意思联络

原告等油漆生产商具有独立的法人地位，相互之间是独立的，他们以几次会议为平台进行了接触，同时通过《行业自律宣言》将他们的经营信息暴露给了彼此，利用行业协会进行了信息交流。根据以往情况而言，金顶公司原为原告、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。在 2011 年 12 月 30 日召开的第三次行业协会会议上通过了《行业自律宣言》，之后，在 2012 年初的订货会上，这四家公司均未与金顶公司签约，在

<sup>19</sup> 孙晋：《反垄断法——制度与原理》，武汉大学出版社 2010 年版，第 76 页。

金顶与该四家企业的交流中,该四家企业均表示金顶的产品陈旧,不符合行业协会的发展要求,特别是在环保监测中,含有的有毒物质虽然勉强符合国家、国际标准,但相比较于其他企业存在劣势。从此处可以明显地看出,这四家独立的法人企业,通过行业协会共享了关于 WAB 的相关信息,制定出针对 WAB 原材料的相应的行业标准。在此后 2012 年初的订货会上,这四家几乎是用相同的理由拒绝与金顶公司签约。而且,这四家公司分别向金顶公司提出同一种建议,即考虑向中低端油漆市场转型。这就好比几家银行都拒绝向某人发放贷款,在检查请求时,都回答“不”,而且提供了一个详细的解释,不是一个标准程序的结果,该解释与其他银行的解释一致,那么共谋推断就有一些说服力了。<sup>20</sup>

美国最高法院处理的 *Eastern States*<sup>21</sup>案中也有类似的观点,法院对于零售商观点,即进行直接销售的批发商侵犯了他们“排他的交易权利”的处理态度。法院认为,每个零售商都有权出于任何原因停止与任何批发商的交易;但是当他们结合起来这么做的时候,他们就会被认为以损害公共利益的方式而共谋。<sup>22</sup>所以,即使这四家公司有自由选择权,但是他们却基于几乎相同的理由在同一时间拒绝与金顶公司交易,故原告等油漆生产商的行为可以被合理地推定是具有意思联络的针对金顶公司的协同行为。

在上述论述中,我们已经证明了原告等油漆生产商主体要件和行为要件符合《反垄断法》关于联合抵制交易的垄断协议的相关规定。若是适用本身违法原则,则足以证明其违法性;但是在联合抵制交易的判定上,我国并无联合抵制交易行为适用本身违法原则的相关规定,国外关于此行为的判断也是在本身违法原则和合理原则之间摇摆。所以,为了充分证明处罚决定的合理性,我方将以合理原则为基础,在此进一步论证原告等油漆生产商该垄断行为的违法性。

### 3. 原告等油漆生产商的联合抵制行为排除、限制了竞争

自 2012 年初原告等油漆生产商联合抵制与金顶公司交易后,2012 年第一季度,金顶公司与同期、上期比较,销售额大幅降低,其在大陆的份额由 6%降至 2%。在此期间,造成金顶公司销售额大幅下降的原因可能会有许多,例如缺乏新技术,管理不善等,但是在这短短的 3 个月之内,最为重大的变故是原告等油漆生产商联合拒绝与金顶公司签约,并且金顶销售收入的 70%源于原告、蓝景、白山和红海四家公司,所以这才是导致其销售额下降的重要原因。在四家公司实施联合抵制之前,金顶公司一直是作为四家公司的供货商,而这几家公司一直坚持使用高品质的原材料,金顶也处于 WAB 行业的领先地位,所以可以认定在新技术产生之前金顶公司生产的 WAB 在市场上具有很强的竞争力,而《行业自律宣言》的出台是在新技术产生之前,此时的金顶公司仍具有很强的竞争力。但是,之后却由于原告等油漆生产商的联合抵制行为使其在 WAB 市场上的领先地位每况愈下,严重限制其自由竞争。

同时,WAB 存在市场集中度非常低,市场结构分散的情况,这一方面会导致 WAB 生产商的个体竞争力相差无几;另一方面会导致其下游市场——油漆市场对 WAB 市场的影响更为巨大,而 WAB 市场上难以形成一个可以和油漆行业相抗衡的力量。另外,虽然 WAB 的市场集中度低,油漆行业的抵制行为并不会对 WAB 的市场价格和产量造成显著的影响,即表面上看来似乎不会造成任何反垄断的损害。但是,这也就意味着在一个存在上千供货商的市场上,排

<sup>20</sup>基斯.N.希尔顿:《反垄断法—经济学原理和普通法演进》,北京大学出版社,第 110 页。

<sup>21</sup> *Eastern States Retail Lumber Dealers' Assn v. United States*, 234 U.S. 600 (1914).

<sup>22</sup>基斯.N.希尔顿:《反垄断法—经济学原理和普通法演进》,北京大学出版社,第 134 页。

他计划的实施者能够消灭高达 800 多家竞争者，而不存在任何反垄断诉讼的威胁。<sup>23</sup>所以，油漆行业协会的行业标准和原告等油漆生产商的联合抵制行为对 WAB 生厂商产生极其不利的影 响，人为地排除了 023 以下的 WAB 生产商自主进入市场的可能性，这将严重影响 WAB 市场的竞争。由此我方认定原告等油漆生产商联合抵制交易的行为对金顶公司造成了严重的负面影响，使得金顶在 WAB 市场上处于极其不利的竞争地位，甚至极有可能被排除，也就是说原告等油漆生产商的联合抵制行为严重限制了金顶公司的市场竞争自由。（原告等油漆生产商的联合抵制交易行为对相关市场——油漆市场的具体影响我们将在下面进行详细论述。）

#### 4. 原告等油漆生产商设定标号和联合抵制行为的主观目的具有违法性——意图通过划分高低端市场限制竞争获取不正当利益

##### （1）原告等油漆生产商人为干涉进入市场的 WAB 型号，扮演“超政府机构”的角色

此处，美国的 *FOGA*<sup>24</sup>案可以给我们提供有益的借鉴。它涉及一个联合抵制行为，行为的目的是消除出售盗版服装的竞争者，并鼓励遵从州不公平竞争法。原创服装设计的制造商拒绝向同时出售仿制联合会成员的服装的零售商出售，意图寻求停止“风格盗版”。<sup>25</sup>在本案中共谋抵制并不是案件的关键，因为联合会承认他们实施了共谋抵制的行为，但是他们辩称行为的目的是合理的，是为了鼓励革新，打击盗版。因而这就带来了目的作为联合抵制调查案件中的一个重要因素的讨论。本案，美国法院裁决被告的行为是违反了《联邦贸易委员会法》和《谢尔曼法》，并且提出了两个原因。第一，抵制限制了产量，压制了竞争。第二，法院谴责了联合会的那些努力，称其就像一个“超级政府机构”一样来规制交易。<sup>26</sup>被告企图以他们通过限制一个滥用行为而增加了社会福利来说服联邦贸易委员会，但是失败了。法院主张“联合所追逐的方法的合理性……并不比不合法联合所固定的价格的合理性更具说服力”。<sup>27</sup>

在本案中，同样涉及到一个目的要素的重要性问题。原告主张其宣言规定不使用 023 标号以下的 WAB 是为了保证油漆的质量，同时更是为了保护环境，这样的辩解是难以成立的。就如 *FOGA* 案中法院所判决的那样，油漆行业协会在扮演着一个“超政府机构”的角色。因为油漆行业使用何种型号的 WAB，以及何种型号的 WAB 才能进入市场，市场是可以自我调节的，市场可以通过自身的规律和标准将不符合行业发展要求的 WAB 淘汰，并不需要人为地干涉，油漆协会的行为是对交易的规制，限制了相关市场的竞争。目的的合法合理并不必然意味着手段的合法。同时，通过下面的论述可以看出原告等油漆生产商主观目的上也是违法的。

##### （2）拒绝交易概念不仅包括纯粹的拒绝，而且也包括交易相对方在不合理条件下接受优势地位企业的交易。<sup>28</sup>

<sup>23</sup>基斯.N.希尔顿：《反垄断法—经济学原理和普通法演进》，北京大学出版社，第 140 页。

<sup>24</sup> *Fashion Originators' Guild of America v. FTC (FOGA)*, 312 U.S. 457 (1941).

<sup>25</sup>基斯.N.希尔顿：《反垄断法—经济学原理和普通法演进》，北京大学出版社，第 136 页。

<sup>26</sup>基斯.N.希尔顿：《反垄断法—经济学原理和普通法演进》，北京大学出版社，第 137 页。

<sup>27</sup>基斯.N.希尔顿：《反垄断法—经济学原理和普通法演进》，北京大学出版社，第 137 页。

<sup>28</sup>文学国：《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》，法律出版社，第 429 页。

《行业自律宣言》中有明确规定，“不得使用标号低于 023（含）的 WAB”，原告等油漆生产商也是依据此标准以及保证质量为由而拒绝与金顶公司签约。但是，最终原告和白山公司与金顶公司达成协议，使其旗下关联公司紫竹公司、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%，从中可以看出金顶公司是在不合理的条件下接受与两家关联企业的交易，理由如下：

①原告和白山公司代替两家关联企业与金顶公司签约，购买低于标号 023 的 WAB 这一做法本身就违反了《行业自律宣言》的相关规定，据此推定原告等油漆生产商有借《行业自律宣言》之名对金顶实施联合抵制之实。原告等油漆生产商在 WAB 市场上，通过联合抵制交易划分原材料市场，进而人为设定何种标号的 WAB 可以进入市场，而这应该由市场自己来调控，也应该通过市场自身的规律来淘汰不符合行业发展要求的 WAB。原告等油漆生产商却利用自己在市场中的优势地位人为地左右了市场的选择。

②通过联合抵制金顶公司——023 标号以下的 WAB 原材料供应商，使得金顶的 WAB 价格较同期下降 2%、2.1%，间接地强制金顶降价。原告等油漆生产商联合抵制与金顶公司交易，使得金顶公司处于劣势，被迫低价销售 WAB，原告等油漆生产商得以以低价购买原是高端油漆原材料的 WAB，有利于其旗下关联企业在油漆市场上的竞争。

所以，我方认定原告等油漆生产商通过联合抵制交易的行为谋求不正当利益，有主观上的恶性。

通过上述的分析论证，可以看出无论是适用本身违法原则还是适用合理原则，原告等油漆生产商都符合我国《反垄断法》第十三条关于联合抵制交易垄断协议的规定。所以，我方认定原告等油漆生产商对金顶公司实施了联合抵制交易的行为，违反了我国《反垄断法》的规定。

## （二）原告与具有竞争关系的经营者达成联合抵制的垄断协议的行为不适用《反垄断法》第十五条的抗辩

（注：关于相关市场的界定参见价格垄断协议的具体论述）

我国《反垄断法》第十五条规定了经营者达成垄断协议的豁免条款，其中第二款“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”。所以要适用第十五条必须满足这两个前提条件。但是，原告的行为不能满足这两个条件，因此不能适用第十五条的规定，理由如下：

### 1. 原告等油漆生产商的联合抵制行为严重限制相关市场——油漆市场的竞争

原告等油漆生产商以金顶公司的 WAB 质量低下为由拒绝与其交易，我方认为原告等油漆生产商主导的行业协会设定的行业标准（不使用低于 023（含）的 WAB），通过对一些不必要的技术指标和原料的标准化设定，提高市场竞争者的生产成本，不利于中小企业在市场竞争中的生存和发展，进而减少了大企业所面临的竞争威胁，最终降低了市场的充分竞争程度。

<sup>29</sup>原告等油漆生产商采用不合理的原料标准，利用其市场优势地位，人为地提高油漆市场的原料标准，使得一些中小油漆企业的成本增加，不利于其在油漆市场的生存和发展。同时，它们还利用金顶公司销售收入的 70% 源于此四家公司的有利条件，使得金顶处于弱势地位，迫使金顶低价出售 WAB，从而使其旗下关联企业获利，通过不正当方式增强了旗下关联企业的竞争力，严重破坏了油漆市场的自由竞争秩序。

## 2. 原告等油漆生产商的联合抵制行为不能使消费者分享由此产生的利益

消费者获利这一条件是各国适用合理原则的共有要件。《欧盟条约》规定垄断协议可以豁免的条件之一就是使消费者能公平分享由此产生的利益。该条件要求协议在整体效果上能够使消费者取得转移的利益 (pass-on of the benefit) 来补偿协议对竞争造成的消极影响。<sup>30</sup>根据欧盟法院的判决，消费者得到相应的利益，不仅表现为经营者通过限制竞争可以降低产品价格，改善产品的质量，或者增加新品种从而扩大消费者的选择，而且还表现为从因保护环境进行的产品开发中得到好处。<sup>31</sup>

### (1) 缩小了消费者的选择权

经营者间联合起来，通过同谋行为限制产量、固定价格，使价格背离价值，或使价格背离消费者的生活水平，或实施市场分割、进行独家交易，或联合限制新技术等，这些行为往往导致消费者选择机会的减少，从而支付更高的价格，严重侵害消费者的正当权益。<sup>32</sup>原告等油漆生产商限制了油漆市场的竞争，减少了进入市场的 WAB 种类，当一种油漆的价格提高时，消费者就很难找到另一种功能相似的油漆进行替代，即限制了消费者的需求替代。所以，消费者的选择范围受到了限制，减少了消费者的选择机会，损害了消费者的利益。

### (2) 提高质量、保护环境是原告拒绝签约的借口

原告等油漆生产商以产品质量为由拒绝与金顶公司签约，但是原告和白山公司仍然与金顶公司达成协议，低价为其旗下关联企业紫竹公司、黑晶公司购买金顶公司的 WAB 产品，所以其保护环境的理由不能成立，消费者就更不能从其保护环境进行的产品开发中的得到好处。

基于以上分析，原告不符合第十五条豁免条款的规定，所以，原告关于《反垄断法》第十五条的抗辩无效。

## 三、我方对原告做出的处罚决定合理正确

**法条依据：《反垄断法》第四十六条第一款规定：**

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；尚未实施所达成的垄断

<sup>29</sup>孙晋：《反垄断法——制度与原理》，武汉大学出版社 2010 年版，第 79 页。

<sup>30</sup> Guideline on the effect on trade concept contained in Article 81 and 82 of the treaty (2004/C101/07), paragraph 85 and 87. 转引自王玉辉：《垄断协议规则制度》，法律出版社 2010 年版，第 172-173 页。

<sup>31</sup>王玉辉：《垄断协议规则制度》，法律出版社 2010 年版，第 173 页。

<sup>32</sup>王玉辉：《垄断协议规则制度》，法律出版社 2010 年版，第 80 页。

协议的，可以处五十万元以下罚款。”

### （一）关于销售额所适用地理市场的选择：

我方对原告等油漆生产商做出处罚的销售额基准的确是依据其垄断行为的受益范围，关于对两种垄断行为的处罚销售额基准，我方将在下面进行具体论述：

#### 1. 价格垄断行为的处罚决定应针对全球市场

通过以上分析可知原告等油漆生产商的价格垄断行为使其在全球油漆市场上获利，从而我方认为对原告的处罚应以全球范围内的销售额为基准。根据本案事实以及《反垄断法》第四十六条第一款的规定，我方决定对原告处上一年度销售额 10%的罚款，即  $4000 \times 12 \times 10\%$ ，计 4800 万元。

#### 2. 联合抵制交易行为的处罚决定应针对大陆市场

原告等公司设定的标准是针对 WAB，并且其联合抵制的对象是金顶公司——WAB 生产厂商，而 WAB 的地理市场是中国大陆市场，因此其垄断行为在中国市场上获利，影响范围仅限于中国大陆。所以我方认为对原告的处罚应以中国大陆的销售额为基准。根据案件事实以及《反垄断法》第四十六条第一款，我方决定对原告处上一年度销售额 1%的罚款，即  $2500 \times 12 \times 1\%$ ，计 300 万元。

### （二）处罚决定中对于上一年度销售额处罚百分比的适用标准：

#### 1. 价格垄断行为的处罚适用 10%的处罚标准

我方在事实认定部分认为原告已达成并实施了垄断协议，根据《反垄断法》第四十六条第一款规定对原告做出处上一年度销售额 10%的处罚。10%为最高处罚标准，我方做出此处罚决定的依据如下：

（1）《反垄断法》第四十九条规定：“对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”经营者实施的不同性质的垄断行为、不同程度的垄断行为、不同持续时间的垄断行为，其结果不同，对竞争秩序造成的损害也不同，反垄断执法机构应当根据经营者实施的垄断行为的性质、程度、持续时间等来确定具体的罚款数额。反垄断法规定了三种垄断行为，其中固定或者变更商品价格、限制商品的生产数量或销售数量和分割采购、销售市场的行为和串通投标行为，一般被认为严重限制市场竞争，属于性质恶劣的垄断行为，对这类行为，应予严惩。<sup>33</sup>

（2）从竞争法实践来看，对卡特尔的经济处罚逐渐加重，特别是 20 世纪 90 年代以来，经济处罚出现了严厉化的趋势。例如，美国司法部通常按照销售额的 20%来计算罚金数额，作为非法收益或损失的两倍的参考数据。美国 2004 年《反托拉斯刑事处罚增进和改革法》<sup>34</sup>

<sup>33</sup> 全国人大常委会法制工作委员会经济法室：《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年版，第 315 页。

<sup>34</sup> Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act.

将公司违反《谢尔曼法》第一条的最高罚金从 1000 万美元增加到一亿美元，将个人违反《谢尔曼法》第一条的最高罚金额从 35 万美元增加到 100 万美元。<sup>35</sup>法律的修改以及处罚依据的调整使美国大大增加了对于卡特尔的经济处罚力度。根据美国国际竞争政策咨询委员会所提交的报告，近年来，对卡特尔特别是国际卡特尔征收的罚金占刑事罚金总额的很大一部分，而罚金总额更是出现了明显的增长。1987 年至 1996 年，美国对所有反卡特尔征收的罚金总额超过了 2.95 亿美金，而单单在 1999 年，刑事罚金总额却超过 11 亿美元。

结合《反垄断法》第四十九条对于罚款数额应考虑的因素的规定，并参考欧委会决定罚款轻重的判决因素，<sup>36</sup>我方认定原告实施价格垄断协议的行为严重扰乱了市场经济秩序。原告的董事长（法定代表人）王瑞是油漆行业协会会长，并且原告本身作为油漆行业高品质的代表，其在价格垄断协议的形成和维持过程中起着主导作用。其该行为时间长、范围广、影响大。在蓝景公司申请宽大处理的情况下，原告方却对其不法行为并无表态，更显示出其未认识到自身行为之恶劣，所以我方基于以上情况对其做出处以 10% 的处罚决定。

## 2. 联合抵制交易行为的处罚适用 1% 的处罚标准

我方在事实认定部分认为原告等公司已达成并实施了联合抵制交易的垄断协议，根据《反垄断法》第四十六条第一款规定对原告做出上一年度销售额 1% 的处罚。1% 为最低处罚标准，我方做出此处罚决定的依据如下：

在本案中，原告方在联合抵制交易行为方面针对的对象只有金顶公司。从全行业来看，该行为波及对象少，持续时间短，涉及数额与影响力都比较小。根据《反垄断法》第四十九条的规定，对原告作出 1% 的处罚决定。

### （三）处罚决定中对于上一年度销售额的界定问题

罚款制度是为了剥夺因垄断协议带来的不正当利益，抑制垄断协议的好处，防止其再发而设立的一种制裁制度，如果没有产生不正当利益而进行罚款，这是不符合其设置目的的。

垄断协议的实施期间是从实施垄断协议内容的经营活动开始之日起（始期）至停止该经营活动之日的期间。始期是具体实施垄断协议内容的经营活动的日期。终期是指垄断协议的合意（共同意思）消失之日，通常情况下是根据规制机关发布的排除措施命令对协议毁弃之日。<sup>37</sup>我方在对原告做出的处罚决定中，“上一年度”的基准是协议毁弃之日即我方作出处罚决定之日，也就是 2011 年。所以我方截取 2010 年 9 月—2011 年 12 月的月销售额，以此作为对原告进行处罚的基准。

<sup>35</sup> OECD, United States-Report on Competition Law and Institution (2004), DAF/COMP (2005) 13.

<sup>36</sup> 罚款的轻重程度取决于案情。欧委会所考虑的因素是：1. 违法的性质，对于涉及分割市场或者限制价格的卡特尔，罚款重；2. 违法企业的市场地位；3. 损害竞争的期限；4. 是否蓄意损害竞争；5. 是公开还是秘密地限制竞争；6. 当事人是否已经认识到其违法行为。王晓晔《欧洲共同体竞争法及其新发展》中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=347> 2013 年 11 月 5 日最后一次访问

<sup>37</sup> 王玉辉：《垄断协议规制制度》，法律出版社 2010 年版，第 250 页。

## 第四部分 结论

综上所述，原告与具有竞争关系的经营者通过行业协会进行信息交换，并实施了变更油漆商品价格的一致行为，排除、限制了油漆市场的竞争，且不能适用我国《反垄断法》第十五条规定的豁免条款。此外，我方根据《反垄断法》第四十六条规定对其进行处罚的决定合理正当。

原告等油漆生产商通过《行业自律宣言》进行意思联络，并实施了联合抵制与金顶公司进行交易的一致行为，限制了 WAB 市场和油漆市场的自由竞争与良性发展，且不能适用我国《反垄断法》第十五条规定的豁免条款。此外，我方根据《反垄断法》第四十六条规定对其进行处罚的决定合理正当。

## 第五部分 立法建议和司法前瞻

### 一、对反垄断执法机构的立法建议

我国目前反垄断执法主要由三个行政机构分管，显然属于多元机构设置。就反垄断执法的具体工作而言，国家工商总局只要负责除价格垄断协议以外的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权利排除限制竞争方面的垄断行为；国家发展与改革委员会的主要职责是依法查处价格违法行为和价格垄断行为；依法对经营者集中行为进行反垄断审查则是商务部反垄断执法的主要职责。但是基于我国《反垄断法》颁布时间较短和市场经济还不发达的社会背景，此种并行的执法机构设置分工本身不尽合理；加之，各个机构管辖权的分工时常与反竞争法领域中的其他法律、行政法规规定的相冲突，对于执法机构切实落实法律实施有着很大的负面影响。

基于此种情况，现就完善我国反垄断执法情况提出以下建议：

#### （一）减少反垄断执法机构设置紊乱，管辖权冲突的情况

虽然根据国务院的“三定”方案，对反垄断执法的管辖权进行具体划分并由三个机构分别负责，但是在实践中，由于《反垄断法》的公布，经营者更倾向于选择更加隐蔽的方式实施垄断行为，对排除、限制市场竞争的影响也并非显而易见；加之价格垄断协议和非价格垄断协议本身的界限往往不是很清晰，经营者可能同时实施了包括价格垄断协议和非价格垄断协议的垄断行为等情况的存在，使得国家发展与改革委员会和国家工商总局在反垄断案件的管辖权方面时常发生交叉甚至冲突的可能，进而有可能发生执法机构面临棘手的案件时相互推诿的情况，从而大大增加了反垄断执法的成本与复杂程度，降低了国家反垄断的执法效率；同时也增加了单位和个人向反垄断执法机构举报垄断行为的难度。此外，《反不正当竞争法》中涉及到很多关于价格垄断行为的规定如搭售、串通招投标等行为，国家工商行政管理总局作为《反不正当竞争法》的执法机关应对此具有管辖权，但是同时国家发展与改革委员会负责查处涉及价格的垄断行为，这种情况下，国家发展与改革委员会与国家工商行政管理总局便有可能产生直接的管辖权冲突。

所以就反垄断执法而言，我国目前应该将三个机构之间的管辖权进行彻底的细化，并使之与反竞争法的其他法律和行政法规所规定的各机构的管辖权相一致，使各个机构在执法时权责分明，分工明确，最大效率的发挥作用。

## （二）提高执法机构权威，增强其独立性

我国目前并行负责反垄断执法的“三驾马车”同时隶属于国务院部委，这不仅使得反垄断执法的级别不高，权威不大，而且由于其主管部门特别是国家发展与改革委员会是制定和执行国家宏观经济政策的重要机构，其下属的反垄断执法机构就很难保持其独立性。<sup>38</sup>而反垄断执法所处理的是市场力量膨胀所产生的反竞争势力以及具有独占优势和特殊影响力的资源独占者，这些主体掌握着相当规模的经济甚至政治资源，具有很大的影响力，如果规制他们的机关不具备相当的权威性和独立性，就可能无法有效的反对垄断、恢复市场的内在竞争活力，也就无法满足法律所预期的效果和要求。<sup>39</sup>故此，为确保反垄断执法机构的独立性和权威性，促使其更好的发挥反垄断执法的功能，有必要在立法中做出完整的设计以保证其更好的执行法律的基本精神、维护良好的市场竞争秩序、贯彻政府的竞争政策。

## （三）提高执法机构的专业化

反垄断法具有政策性、灵活性和行政主导性的特点，更加偏重事前管制和行政手段，如调查市场结构，掌握和公布市场垄断情况，认定某些交易方式的合法与否，核准企业兼并和卡特尔协议等，因此执法机构的专业性不可或缺。<sup>40</sup>此外反垄断执法要求执法机构对市场竞争状况进行评估、对相关市场进行划定、对市场支配地位进行判断、对进入市场的难易程度进行分析等等，这些都要求执法部门以及执法人员具有较高的法学专业素养和丰富的经济学知识。所以促进执法机构的专业化对于提高行政执法质量具有重要意义。

# 二、关于规范行业协会行为的立法建议

从本案中可知，油漆行业协会虽然非此次垄断行为的组织者，但是其仍在其中扮演者重要的角色，而且就近几年各行业内的垄断行为而言，行业协会在其中发挥着越来越重要的作用，甚至成为垄断行为的“推手”<sup>41</sup>，而行业协会的行为在欧盟、美国等国家一直是反垄断规制的重点。但我国目前对行业协会的行为并未进行具体规制，仅在《反垄断法》中对其进行原则性的限制，故在此对行业协会行为的限制提出相关立法建议。

## （一）制定《行业协会法》

正如美国学者 Pellman 所言：社会团体在先天上即具有反托拉斯法的“爆发力”。<sup>42</sup>随着

<sup>38</sup> 王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 335 页。

<sup>39</sup> 张穹：《反垄断理论研究》，中国法制出版社 2007 年版，第 245 页。

<sup>40</sup> 王先林：《关于中国反垄断执法机构的设置和职责问题的探讨》，载于《中国行政管理》2000 年第 8 期。

<sup>41</sup> 2013 年 7 月 29 日，国家工商行政管理总局反垄断案件公布平台正式开通运行，并公布了 12 起垄断案例，其中 9 起案件系有关行业协会组织本行业经营者达成垄断协议，而涉案领域则包括保险、旅游等于民生息息相关的行业。<http://finance.people.com.cn/n/2013/0730/c1004-22370531.html>，2013 年 10 月 25 日最后一次访问。

<sup>42</sup> 孟雁北：《反垄断法视野中的行业协会》，载于《云南大学学报法学版》，2004 年第 3 期。

市场经济的建立和发展，我国行政管理正朝着行业管理的方向发展。为规范行业协会，有必要借鉴先进国家相关法律制订《行业协会法》。这也是杜绝协会限制竞争行为的根本所在，以达“正本清源”之功效。该法应对行业协会的基本原则、会员的加入、协会与会员的关系、协会机构及其运作、协会职员职权和职责、经费来源及运用、协会的定期会议和临时会议、对协会的监督、法律责任等进行规范。

## （二）细化行业协会的限制竞争行为

《反垄断法》虽然将行业协会纳入其调整对象，但主要还是对经营者的垄断行为进行规制，但对行业协会组织实施的排除、限制竞争的行为如何适用未做出明确具体的规定。<sup>43</sup>在《反垄断法》中关于行业协会的法条仅有三条，分别是第十一条、第十六条和第四十六条。但无论是第十一条中的行业自律、引导竞争，还是第十六条的“不得组织”，这些对于行业协会的规定都过于原则，不利于实践中对于行业协会形成的限制竞争的行为进行认定或规制。

同时涉及行业协会的反垄断法规定主要是《反垄断法》的第 16 条通过垄断协议而形成的垄断行为，而对于行业协会形成的其他具体限制竞争行为未作规定。据此，在制定全国性的《行业协会法》时，应在坚持反垄断法精神的基础上细化行业协会的限制竞争行为，如统一定价、限制产量、划分市场等。

## （三）引入行业协会活动和制定竞争规则的审查程序

为明确行业协会的宗旨，规范其行为，应建立其业务范围内的竞争规则。其作为所属企业在竞争中所应遵守的行为规则广泛地涉及到统一使用标准合同、共同交货条件、付款条件、统一商品的规格、型号；涉及到降低成本、提高质量等。同时，鉴于该规则不涉及商业秘密，为确保竞争规则与行业协会的宗旨相符，应建立竞争规则的登记和公开制度。

为了更好地防止行业协会通过决议、建议、宣言等活动形式限制竞争，应对行业协会的活动规定相应的内容审查程序，审查内容的真实性由行业协会负责。鉴于这些决议可能涉及不欲为外人所知晓的经营秘密，经营者如有证据表明内容涉及经营秘密，可申请备案仅进行形式审查。

## （四）对行业协会的协议做细则解释

我国反垄断法目前并没有关于企业联合组织“决定”的细则性解释。而在反垄断法中，行业协会限制竞争的表现方式为决议。该决议不同于经营者间的协议，其不以协会成员的一致同意为要件只要大多数成员意思表示一致即可。对于行业协会的强制性决议，一般认为是垄断性协议。但是对于行业协会作出的任意性决议——建议，是否是垄断性协议并没有特别规定。有学者认为此时不应当认定为垄断协议，因为被建议者保有完全的自主决定权，只是由于单方顺从导致了限制竞争。<sup>44</sup>目前各国都同意将行业协会的强制性决议认定为是垄断协议，但是对于任意性决议的效力如何认定，不同的学者有不同的观点，而我国对于这方面并没有详细的解释。

<sup>43</sup> 王祥军：《行业协会的限制竞争行为分析及法律规制》，载于《争鸣园地》，2008 年第 72 期。

<sup>44</sup> 廖义男：“公平交易法修改之重点与理由”，载《公平交易季刊》1993 年第期，第 98 页。

### 三、判断垄断行为原则的相关立法建议

我国《反垄断法》第十三条和第十四条规定了横向和纵向的垄断协议，而第十五条作为以上两条的抗辩，并没有具体区分本身违法原则和合理原则的适用，从法条来看，似乎第十三条和第十四条规定的所有垄断行为都只要满足第十五条的规定都可以得到豁免。从各国反垄断立法情况来看，其对垄断行为的判断多通过本身违法和合理原则判断，而通过对我国《反垄断法》的研读则发现，我国第十五条的豁免条款原则上可以适用第十三条、第十四条所规定的所有垄断协议，即我国仅规定了合理原则，而缺乏对本身违法原则的相关适用。对此种情况，我们认为应在立法和执法上对垄断协议的判断进行本身违法和合理原则的区分。

在我国，有学者认为我国《反垄断法》第十三条规定了五种禁止具有竞争关系的经营者达成的垄断协议，因为使用了“禁止”二字，被禁止的协议应当被视为原则上违法。然而，《反垄断法》第十五条又提出上述协议在某些情况下可以被视为合法，这说明我国反垄断法没有“本身违法”的规定。通过经济学分析，并结合其他国家的反垄断实践，我们可以认为，《反垄断法》第十三条列举的前三种协议应被视为本身违法，后两种协议则应当适用合理原则。<sup>45</sup>《反垄断法》第十三条对于横向垄断协议的规定过于简单，没有表明各项协议是否全部适用第十五条的豁免规定。若是全部适用则不符合国际做法，同时，最新的各国案件也表明对于某些协议也不能简单的适用某一固定的原则，例如，几个竞争者联合起来，抵制购买某企业的产品。纵向抵制可能适用合理原则，也可能适用本身违法原则。例如，在被抵制企业存在产品质量问题的情况下，买方企业的联合抵制行为就具有正当性。但是如果买方企业联合抵制的目的是要求交易对手降价销售，这个联合抵制在性质上就是一个价格卡特尔，从而也是违法的。<sup>46</sup>综合各国立法例，基于我国的现状，对于我国存在的价格协议、市场分割协议等严重危害市场竞争的垄断协议应该采取严格禁止的态度。这既有利于司法成本的下降，也会对经营者欲达成上述严重限制市场竞争的行为造成威慑。对于除外制度，我国第 15 条的共性要件只是规定了不会严重限制相关市场的竞争和能够使消费者分享由此产生的利益，基于各国的考量，建议我国《反垄断法》除外共性要件中增加“未对经营者施加额外的限制，而是必不可少的限制”的规定。<sup>47</sup>

### 四、对垄断行为相关处罚的立法建议

我国《反垄断法》第 46 条（对垄断协议的处罚）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。经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。与其他国家、地区的规定相比，我国对垄断行为规定的法律责任比较轻，不能体现法律对垄断行为采取的明确反对和严厉禁止的态度，这样卡特尔的参与者的违法成本就很低。为了有效制裁垄断行为并防止垄断行为的大量发生，可以从以下几个方面进行改进：

<sup>45</sup> 王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 109 页。

<sup>46</sup> 王晓晔：《反垄断法》，法律出版社 2011 年版，第 115 页。

<sup>47</sup> 王玉辉：《垄断协议规则制度》，法律出版社 2010 年版，第 191 页。

（一）对于违反反垄断法的达成垄断协议行为，反垄断执法机关除了根据情节处以一定数额的罚款以外，行政责任中也可设计一种类似欧共体委员会的日罚款制度的行政制裁，来强化执法措施。

（二）经营者违反反垄断法的规定，损害他人权益的，受害人可以向人民法院起诉并要求违法行为人承担损害赔偿责任。我国民事损害赔偿一般以造成的实际损害为限，但我国《消费者权益保护法》对经营者的欺诈行为规定了惩罚性的双倍赔偿制度，实践中这项制度对于保护消费者合法权益，打击欺诈行为发挥了积极的作用。参考美国反垄断法的“三倍损害赔偿”在实施反垄断法中的积极作用，也可以考虑在我国反垄断法的民事责任中，规定对经营者实施达成垄断协议的行为处以惩罚性加倍赔偿。一方面提高实施违法行为所可能产生的成本，促使经营者加强自律；另一方面也有利于调动竞争者、消费者同垄断协议行为斗争的积极性。

（三）在罚款额度的算定方面，我国和欧盟采取的是浮动罚款比率（10%范围内），同时法律规定反垄断执法机构在确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> 《中华人民共和国反垄断法》第四十九条：“对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。”

## 第六部分 附录

附件一：《行业自律宣言》复印件

附件二：蓝景公司提交的申请宽大的资料 2 份

附件三：油漆在中国境内和全球的销售情况

附件四：对南方省绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定

### 附件一：《行业自律宣言》复印件

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

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：油漆在中国境内和全球的销售情况**

**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

**附件四：对南方省绿馨涂料有限责任公司行政处罚的决定**

对南方省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

你公司存在以下违法事实：

第一、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