



环球律师事务所
GLOBAL LAW OFFICE

环球反垄断法律专递（第五期）

2018年8月

环球反垄断法律专递 （第五期）

**GLO Antitrust Law & Policy
Newsletter**

Volume 5

环球反垄断团队

GLO Antitrust Practice Group

2018年8月

August 2018

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road, Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No.150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

环球反垄断法律专递（第五期）

2018 年 8 月

目录

➤ 反垄断专论.....	3
我国汽车行业反垄断监管政策的转变与发展.....	3
➤ 案例评析	7
“依视路国际与陆逊梯卡集团合并案”的几个看点	7
协同行为构成垄断协议的行政处罚首次得到司法确认.....	14
本期作者简介.....	20
环球反垄断招募信息.....	22

➤ 反垄断专论

我国汽车行业反垄断监管政策的转变与发展

作者：万江 | 郭程

中国汽车市场的高速发展起步于 21 世纪初，在发展初期面临着汽车经销商“小、散、乱”，流通环节不成体系，消费者权益难以得到切实保障等问题。为加强汽车销售管理，2005 年商务部会同国家发改委、国家工商总局顺应汽车产业专业化、品牌化的趋势，发布了《汽车品牌销售管理实施办法》（以下简称《品牌办法》）。《品牌办法》将汽车制造商单一品牌授权经销模式（即 4S 店模式）确立为唯一合法流通模式。该模式对汽车经销商的设立、分布、销售、售后服务等行为进行全面、彻底的整合，在提高汽车营销和服务水平、规范汽车市场秩序、维护消费者权益、扩大汽车消费等方面起到了积极作用，为中国汽车产业整体实现跨越式发展奠定了政策基础。

单一品牌授权的特征是企业纵向管理效率高，内控机制健全，意味着汽车供应商掌握全面控制汽车经销商的权力。由于供应商与经销商地位不平等，中国汽车经销和售后市场上普遍出现转售价格限制、地域限制、客户限制、搭售、售后原厂配件的排他供应、排他购买等各种纵向垄断行为。这客观上阻碍了汽车流通和服务领域应有的自由竞争的市场环境，在给汽车供应商带来丰厚利润的同时，也使中国消费者不得不为购买新车和售后维修保养服务支付高价。

2008 年 8 月 1 日，《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）正式实施。

《品牌办法》中的相关规定与《反垄断法》存在明显冲突。另外，传统 4S 模式下汽车供应商的强势地位，使授权经销商全面受制于汽车供应商，压缩了经销商之间的相互竞争也就是品牌内部的竞争空间，同时也不可避免的给汽车供应商压榨经销商创造了土壤。2011 年开始，国家发改委及各地发改委陆续对汽车及配件市场的垄断行为展开调查。2014 年至 2015 年，国家发改委及上海、湖北、江苏、广东价格主管部门先后对克莱斯勒（中国）汽车销售有限公司及其上海地区经销商、一汽大众销售有限公司及其湖北地区经销商、梅赛德斯奔驰销售有限公司及其江苏地区经销商、东风日产汽车销售有限公

司及其广东地区经销商固定价格的反垄断案做出处罚，其中对克莱斯勒罚款 3168 万元，对 3 家上海地区经销商罚款 214 万元；对一汽大众罚款 2.48 亿元，对湖北省内 9 家经销商罚款 2996 万元；对梅赛德斯奔驰罚款 3.5 亿元，对江苏地区 12 家经销商罚款 780 万元；对东风日产罚款 1.233 亿元，对广州地区 17 家经销商罚款 1912 万元。2016 年 12 月上海市物价局对上汽通用汽车销售有限公司的纵向价格限制行为罚款 2.01 亿元。

在反垄断执法过程中，多家被查企业均强调自己“遵纪守法”。这里的“法”就是《品牌办法》。国内汽车制造商面临反垄断调查时，往往会援引《品牌办法》作为其限制竞争行为的抗辩依据，并以此主张其行为不适用《反垄断法》的监管。这种情况不在少数。后来执法当局也注意到这种冲突所在，并在《汽车销售管理办法》（以下简称《管理办法》）颁布之前就出台相关文件进行引导，如 2009 年商务部、工业和信息化部等联合发布的《关于促进汽车消费的意见》，2011 年商务部《关于促进汽车流通业十二五发展的指导意见》等，均鼓励建立多元化的汽车经销模式。最终，2017 年 4 月，商务部颁布《汽车销售管理办法》（以下简称《管理办法》），《品牌办法》同时废止。

《管理办法》明确汽车供应商、经销商、消费者的“权责利”，促进汽车经销行业提质增效，旨在建立高效畅通的现代经销体系。《管理办法》最大的亮点是与《反垄断法》相协调，改变了《品牌办法》与《反垄断法》冲突严重的问题。《管理办法》有四大亮点：

（1）从根本上打破汽车销售品牌授权单一体制。实行授权销售与非授权销售并行，销售汽车不再必须汽车品牌商授权，汽车超市、汽车卖场、汽车电商等将会成为新的汽车销售形式。（2）标志汽车流通体系真正进入社会化发展阶段。《品牌办法》提出国家鼓励发展共享型、节约型、社会化的汽车销售和售后服务网络，鼓励经销商开展多品牌经营，不同汽车品牌企业可以共建共享销售网络和售后服务体系。（3）有助于更好发挥汽车消费的顶梁柱作用。助力汽车流通网络向三四线城市和农村地区下沉；消费者的选择权、知情权将得到更大程度的保护，消费更加透明、便捷、实惠，消费体验得到提升。（4）有利于促进汽车流通全链条协同发展。《品牌办法》积极推动汽车销售和售后服务分开，有助于促进汽车售后服务的专业化、社会化发展。同时也明确供应商不得限制配件生产商的销售对象，不得限制经销商、售后服务商转售配件。

在颁布《管理办法》的同时，《关于汽车业的反垄断指南》（以下简称《指南》）也在紧锣密鼓地制定中。2016年3月，国家发改委发布《指南》（征求意见稿）。2017年11月，在江苏苏州举办的中国汽车流通协会行业年会上，国家发展与改革委员会价格监督检查与反垄断局局长张汉东表示，《汽车业反垄断指南》也已完成，预计不久将按程序公布。如前文所述，在《指南（草案）》颁布之前，我国开展了一系列汽车反垄断调查，汽车行业反垄断调查成为一种常态。但对于汽车制造商而言，急需一套法规来给予指导，明确何种行为在市场会触碰《反垄断法》，给其划出红线禁区。

汽车行业由于与其他行业在横向垄断协议、经营者集中等方面并无明显差异，《指南（草案）》并没有进行进一步细化，其更多是关注在汽车业纵向限制行为领域。主要针对的是国内市场纵向垄断协议的常见形式“经销商协议”，即通过各种协议，达成固定转售价和限定最低转售价，并对经销商进行地域限制和客户限制。《指南（草案）》针对这一点进行细化。

关于纵向垄断协议的类型，《指南（草案）》突出关注固定转售价和限定最低转售价、建议价、指导价和限定最高价、地域限制和客户限制、通过保修条款对售后服务和配件流通施加间接的纵向限制，以及有关经销商和维修商销售与服务能力的其他纵向限制等五大方面。关于纵向垄断协议的豁免，《指南（草案）》细化为个案豁免和推定豁免两大方面。针对纵向价格限制的个案豁免，《指南（草案）》列举四种常见情形：

（1）新能源汽车推广期的固定转售价和限定最低转售价。（2）仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制。（3）政府采购中的转售价格限制。（4）汽车供应商电商销售的转售价格限制。针对地域限制和客户限制的退订豁免，《指南（草案）》也列举四种常见情形：（1）约定经销商仅在其营业场所进行经销活动，但不限制该经销商的被动销售，也不限制经销商之间交叉供货。（2）限制经销商对汽车供应商为另一经销商保留的独占地域或专有客户进行主动销售。（3）限制批发商直接向最终用户进行销售。（4）为避免配件被客户用于生产与汽车供应商相同的产品，限制经销商向该类客户销售配件。还有四种地域限制和客户限制情形不能直接适用推定豁免，但符合条件可以适用个案豁免：（1）限制经销商的被动销售。（2）限制经销商之间交叉供货。（3）限制经销商和维修商向最终用户销售汽车维修服务所需配件。（4）除代工协议的情形，

汽车制造商与配件、修理工具、检测仪器或其他设备供应商之间达成协议，限制此类供应商向经销商或最终用户销售有关配件、维修工具、检测仪器或其他设备。

我们相信，随着国家市场监管总局机构改革逐步到位，《关于汽车业的反垄断指南》也将很快正式颁布。这将完善我国汽车业反垄断规范体系，有利于增进执法透明度，给经营者以指引，科学有效实施反垄断监管，降低经营者的合规成本，提高汽车经销和售后社会的效率和消费者福利。另一方面，汽车市场在不断变化，“互联网+”将会带来渠道变革、汽车电商会重塑汽车销售渠道。大数据、云计算、车联网、无人驾驶、分时共享等技术的跨界融合对汽车市场的重塑和冲击已经是不可避免的趋势。期待着在未来汽车市场上《反垄断》如何对这些问题进行回应。

➤ 案例评析

“依视路国际与陆逊梯卡集团合并案”的几个看点

作者：任清 | 朱群飞

2018年7月25日，国家市场监管总局（“市场监管总局”）发布公告，附加限制性条件批准了法国依视路国际与意大利陆逊梯卡集团合并案。¹这是我国反垄断执法机构“三合一”之后作出的第一份附加限制性条件批准决定。该案在相关市场界定、竞争影响分析等方面有多处值得反垄断实务界留意。

以价格为标准划分相关商品市场

本案中，市场监管总局调查发现，集中双方依视路和陆逊梯卡在光学镜片、光学镜架、太阳镜批发和眼镜产品零售存在横向重叠。同时，光学镜片、光学镜架、太阳镜的批发与眼镜产品零售存在纵向关联；光学镜片、光学镜架和太阳镜各自的批发存在相邻关系。因此，市场监管总局围绕光学镜片批发、光学镜架批发、太阳镜批发和眼镜产品零售来界定相关商品市场。

眼镜产品（包括光学镜片、光学镜架和太阳镜等产品）零售市场暂且不论，值得注意的是，对于光学镜片批发、光学镜架批发和太阳镜批发，市场监管总局均以产品价格作为依据将市场划分为中高端市场和低端市场。在商务部此前附加限制性条件批准的36个案件中，尚未有这样的先例。但在我们办理经营者集中申报的实践中，商务部/市场监管总局的官员很关注商品的价格差异，经常要求申报方说明是否需要依据价格对相关商品市场进行细分。而在商务部/市场监管总局近年公布的简易案件公示表中，也有若干案例存在类似的市场划分，²例如：

- 中高端、豪华品牌乘用车的经销市场³

¹ 市场监管总局网站：http://samr.saic.gov.cn/gg/201807/t20180726_275250.html。

² 需要说明的是，公示表中的相关市场界定往往只反映申报方的观点暂时地得到审查官员的认可，在后续审查过程中市场界定可能会调整。

³ 上海申华控股股份有限公司收购上海申华晨宝汽车有限公司股权案（2017年公示）。

- 高档中餐正餐服务市场、中档中餐正餐服务市场⁴
- 10 类产品的高端家用电器市场⁵
- 高档验配眼镜框架市场、高档太阳镜市场⁶
- 高端乘用车的制造和供应、高端乘用车的 4S 经销商的销售⁷
- 四星级/高档酒店市场⁸

价格竞争是市场竞争最重要的表现形式，价格在相关市场界定中具有十分重要的作用。“假定垄断者测试”方法就是直接基于持续、小幅的价格上涨会否导致销量减少进而无利可图来界定相关市场。而在《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》中，界定相关商品市场需要考虑的主要因素之一正是“商品之间的价格差异”，即“通常情况下，替代性较强的商品价格比较接近，而且在价格变化时表现出同向变化趋势”。此外，价格还与该指南中所列举的其他因素，如商品的外形、特性、质量和技术特点以及需求者偏好等相关联。因此，依据“价格”进行市场划分并非没有依据，只是近年来更多出现在实务中。

在本案中，市场监管总局决定依据“价格”进行市场划分的理由与通常的相关市场界定并无实质性差异，即也是进行替代性分析。市场监管总局审查发现，中高端光学镜片和低端光学镜片在“材质、制造工艺、应用技术、价格和目标客户”等方面存在区别，中高端光学镜架和低端光学镜架在“设计、材质、品牌、制造工艺、价格和目标客户”等方面存在区别，中高端太阳镜和低端太阳镜在“设计、材质、品牌、制造工艺、价格和目标客户”方面存在区别，因此在“供给替代和需求替代”上不具有可替代性，应属于不同的相关商品市场。

至于以哪个标准来划分中高端市场和低端市场，市场监管总局考察了申报方提供的市场份额和产品价格分布区间，并结合行业协会、竞争者、下游零售商观点和两次市场调查结论，最终确定以零售价（而非批发价）作为划分标准。显然，为确定合理的划分标准，

⁴ 华侨城集团公司收购西安饮食股份有限公司股权案（2017 年公示）。

⁵ 广东美的微波炉制造有限公司与伊莱克斯（杭州）家用电器有限公司新设合营企业案（2017 年公示）。

⁶ 历峰集团国际股份公司收购开云眼镜股份公司股权案（2017 年公示）。

⁷ 保时捷（北京）汽车销售有限公司收购北京捷成汽车服务有限公司股权案（2016 年公示）。

⁸ 上海锦江国际酒店发展股份有限公司收购维也纳酒店有限公司股权案（2016 年公示）。

申报方和市场监管总局需要做大量工作。仅以市场调查而言，商务部/市场监管总局一般认为调查问卷需在数千份以上，调查结果才有代表性。

不足 40%的集中后市场份额也可能具有市场控制力

本案中，市场监管总局依照《反垄断法》和《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》，从市场份额、品牌影响力、集中双方之间的竞争关系、市场进入、买方力量等方面评估了本次集中对相关市场竞争的影响，认为集中后实体在光学镜片、光学镜架和太阳镜批发市场有能力和动机进行捆绑或搭售，从而排除、限制竞争，在眼镜产品零售市场有能力和动机通过增加自有零售店数、封锁热销产品、对非自有零售店设置不合理交易条件等手段排除、限制竞争。其中，有三点值得留意。

第一是，不足 40%的集中后市场份额也可能具有市场控制力。

欧盟、美国等国家或地区的反垄断执法机构发布了“关于经营者集中竞争影响评估的指南”，指出何种水平的集中后市场份额通常可能产生何种竞争影响。例如，在欧盟，25%以下的集中后市场份额被认为处于“安全港”，通常不会产生排除、限制竞争效果；50%以上的集中后市场份额通常被视为取得市场支配地位，可能产生排除、限制竞争效果的直接证据；而对于 40-50%的集中后市场份额，则仅在少数案件中认定其产生或加强了支配地位，对于 40%以下市场份额作出此类认定的更为罕见。

我国反垄断执法机构尚未发布类似的指南。但从商务部此前附限制性条件批准或禁止的 38 个案件来看，不存在集中后市场份额低于 25%⁹的案例，有超过三分之二案件集中后市场份额超过 50%，其余案件的集中后市场份额一般在 40%到 50%之间，仅两个案例有所例外：

1. 在“日月光半导体收购矽品精密股权案”（2017 年）中，集中后实体在全球和中国半导体封测代工服务市场的市场份额为 25%-30%。

⁹ “英博集团公司（INBEV N.V./S.A.）收购 AB 公司案”、“可口可乐收购汇源案”以及“通用汽车收购德尔福案”等部分 2008 年、2009 年公告的早期案例中未公布市场份额数据。

2. 在“拜耳收购孟山都股权案”（2018 年）中，集中后实体在中国长日照洋葱种子市场、全球玉米、大豆、棉花、油菜性状市场等相关市场的份额超过 50%，但在中国大果番茄种子市场的份额低于 30%¹⁰。

在本案中，依视路和陆逊梯卡在中国中高端光学镜片市场的合计份额为 40%-45%，但在低端光学镜片批发市场的合计份额为 30%-35%，在中国中高端太阳镜批发市场的合计份额为 35%-40%。

市场份额是市场控制力的表征之一，但远非评估竞争影响的唯一因素。在集中后市场份额低于 40%甚至 30%的情况下，综合考虑其他因素，例如其他竞争者的市场份额远小于集中各方、集中各方互为紧密竞争者、集中各方的利润率显著高于其他竞争者、市场进入门槛较高、买方力量弱小等，该集中仍可能被认为可能排除、限制竞争。

竞争影响评估既看集中双方当前的竞争关系，也看双方的潜在竞争关系

对于产品差异化市场，仅凭市场份额较难准确反映集中可能产生的竞争影响。执法机构往往会进一步考察集中双方之间是否为紧密竞争者。所谓紧密竞争者，是指如果 A 企业的产品提价，其损失的销量将有较大部分被 B 企业获得，则 B 是 A 的紧密竞争者。如果 A 与 B 合并或者收购 B，则集中后实体涨价的能力和动机较大，原因是由于客户在 A、B 之间的内部转移，尽管涨价导致销量有所减少但集中后实体的总利润将增加。因此，紧密竞争者之间的集中导致不利竞争影响的可能性大于非紧密竞争者之间的集中。

在此前的多个附加限制性条件批准的案件中，商务部认定集中可能排除、限制竞争的重要理由之一均是集中双方互为紧密竞争者。例如，

- 在“联发科技收购开曼晨星股权案”（2013 年）中，商务部指出交易将“消除主要竞争对手”：“双方均是液晶电视主控芯片的主要供应商，两者的产品可比性强，客户重叠度高。交易前，联发科技与开曼晨星在相关市场中处于第一和第二的位置，双方在液晶电视主控芯片的创新、服务和价格等方面具有相互制约的能力。”

¹⁰ 孟山都为 10-20%，市场份额第一；拜尔的具体份额数据未公布。

- 在“恩智浦收购飞思卡尔股权案”（2015 年）中，统计数据显示，“飞思卡尔与恩智浦在射频功率晶体管市场上一直是位于前两位的竞争对手，双方采用相似的流程技术，具有相同的产品客户群，在相关商品市场上展开激烈竞争，互相制约”。交易将消除“该领域最领先的两个紧密竞争者之间的竞争”。
- 在“百威英博收购南非米勒股权案”（2016 年）中，调查数据表明，“在中国，无论在大众化啤酒市场，还是在中高端啤酒市场，百威英博和华润雪花一直是最紧密的竞争对手，双方具有相近的产品客户群和相似的销售渠道，在啤酒品牌、分销商和消费者等方面展开激烈竞争，互相制约。交易将减少相关市场最领先的两个紧密竞争者之间的竞争。”
- 在“雅培收购圣犹达医疗股权案”（2016 年）中，审查表明，“在中国小腔血管闭合器市场，雅培和圣犹达是最紧密的竞争对手，双方的产品性能相似，具有相近的客户群和相似的销售渠道，竞争激烈、互相制约。本次交易将消灭相关市场最领先的两个紧密竞争者之间的竞争。”
- 在“日月光半导体收购矽品精密股权案”（2017 年）中，经济分析显示日月光和矽品“二者在中国市场是紧密竞争者。集中消除了日月光和矽品之间的紧密竞争关系，减弱了矽品对日月光的定价约束，集中后市场力量进一步增强。”

本案与前述案件的区别在于，双方目前并非紧密竞争者，但存在潜在的竞争关系，市场监管总局认为本次集中将消除两家领先竞争者的潜在竞争，进一步加强集中后实体在各相关市场的控制力。市场监管总局指出：“依视路和陆逊梯卡在中高端光学镜片、低端光学镜片、中高端太阳镜批发市场横向重叠有限，但双方作为各自潜在的竞争者，均投入大量的研发资金进入彼此占据领先地位的产品市场。调查表明，2016 年依视路用于中国整体品牌建设投入中，超过 80% 的投入用于光学镜架和太阳镜的研发和品牌建设。2017 年陆逊梯卡在光学镜片领域的研发投入远远高于光学镜架和太阳镜。从长远和动态分析，依视路和陆逊梯卡作为光学镜片和光学镜架市场的领先竞争者，未来可能成为彼此的重要竞争约束。本次集中将消除这一约束，进一步强化双方在各相关市场的控制力，实质性减少市场竞争。”

从现在的竞争关系延伸至未来可能的竞争关系，反映了执法机构的竞争影响评估更加全面、周延。

经济分析日益获得广泛应用

经济分析是经营者集中审查的重要工具。从商务部/市场监管总局公布的附加限制性条件批准案件和禁止案件来看，并结合我们办理案件的经验，中国经营者集中审查实践中已经越来越多的使用经济分析工具。对于较为复杂的案件，申报方在提交申报材料或者后续提交补充材料的过程中，会主动提交经济分析报告；执法机构在审查中自行进行经济分析，或者聘请第三方咨询机构开展深入的经济分析；有的时候，其他竞争者也会提交经济分析报告，论证集中可能对竞争产生的不利影响等。从涉及的内容来看，经济分析既运用于界定相关市场，也运用于评估竞争影响和拟订附加限制性条件的方案。¹¹

从公开案例来看，除了 CRn 指数、HHI 指数等较为简单的经济分析外，商务部还使用了以下经济分析工具：¹²

- 在“变更希捷科技收购三星电子硬盘驱动器业务限制性条件”决定（2015 年）中，商务部用利润率来分析经营者所收到的竞争约束：“独立第三方分析显示便携式应用领域的产品毛利率低于其他领域，侧面证实了固态硬盘对该领域形成更大的竞争约束。”
- 在“日月光半导体收购矽品精密股权案”决定（2017 年）中，商务部使用了“利润率相关系数”这一经济指标来验证集中双方间的竞争密切程度：“经济分析表明，日月光和矽品对中国客户的利润率比较接近，在中国的利润率相关系数是 0.72（1 为完全相同），且双方利润率随时间变化有很强的关联性，说明二者在中国市场是紧密竞争者。”
- 在“马士基航运公司收购汉堡南美船务集团股权案”决定（2017 年）中，商务部采用了综合涨价压力指数（GUPPI）和并购模拟，论证集中后马士基航运有能力和动机实施单方面涨价。商务部指出：“综合涨价压力指数（GUPPI）对集中后马士基航运涨价可能性的量化评估表明，集中后，马士基航运在该航线上为获取高额利润具有较强的进一步涨价动机，其他竞争者难以对其形成有效的竞

¹¹ 董红霞：谈经济分析在反垄断中的应用，<http://finance.sina.com.cn/meeting/2016-11-10/doc-ifxxsmic5900228.shtml>。

¹² 一些案件的审查决定，如禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告、变更西部数据收购日立存储限制性条件等，也提到商务部聘请独立第三方机构进行了经济分析，但审查决定未明确援引、使用经济分析结果。

争约束。并购模拟也表明，集中后，在该航线马士基航运冷藏集装箱班轮运输服务的涨价幅度有可能达到 **10%**以上，从而产生排除、限制竞争的效果。”

在本案中，市场监管总局在分析集中后实体可能将中高端光学镜片、低端光学镜片和中高端光学镜架、低端光学镜架进行捆绑或搭售时，对依视路光学镜片和陆逊梯卡光学镜架产品的批发价格、毛利率等进行了临界转移比率分析，表明捆绑或搭售可以增加集中后实体的利润，集中后实体存在捆绑或搭售的动机。在分析集中后实体可能将中高端光学镜片、低端光学镜片和中高端太阳镜进行捆绑或搭售时，对此捆绑和搭售行为进行了经济分析，显示两种产品捆绑或搭售是可行的销售策略。

商务部/市场监管总局对经济分析工具的熟练运用对申报方及其代理律师提出了更高要求。一方面，反垄断律师应掌握相当的经济学知识，并善于与经济学家团队协同配合；另一方面，由于经济分析的基础是数据，如何从申报方内部及外部快速、有效的搜集、整理数据构成挑战，很多时候需要开展专门的行业调研或市场调查。

协同行为构成垄断协议的行政处罚首次得到司法确认

作者：刘淑珺 | 赵兰学

我国《反垄断法》第 13 条第 2 款规定，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。与通过书面或口头形式订立垄断协议的方式相比，“其他协同行为”（以下简称“协同行为”）具有隐蔽性强、难以定性的特点。在《反垄断法》施行后的相当长一段时间内，反垄断执法机构并未以“协同行为”为理由进行过行政处罚。

我国第一例以协同行为为理由的反垄断行政处罚出现在 2016 年 7 月 27 日。在国家发展和改革委员会（以下简称“国家发改委”）认定常州四药制药有限公司（以下简称“常州四药”）与华中药业股份有限公司（以下简称“华中药业”）、山东信谊制药有限公司（以下简称“山东信谊”）之间就艾司唑仑原料药达成并实施“联合抵制交易”的垄断协议、就艾司唑仑片剂达成并实施“固定或者变更商品价格”的垄断协议的案件（以下简称“艾司唑仑垄断协议案”）中，国家发改委认为，相关市场为寡头垄断或有限竞争的市场，常州四药同华中药及山东信谊进行了意思联络，常州四药联合抵制交易及涨价的行为同华中药及山东信谊具有一致性，国家发改委以上述情况和事实为理由，认定常州四药达成并实施了上述垄断协议，对常州四药作出处罚。这实际上是认定常州四药达成并实施了协同行为。因此，该案件也被视为协同行为反垄断行政处罚第一案，由此拉开了中国反垄断执法机构针对协同行为这一垄断协议类型进行处罚的序幕。

不过，值得注意的是，国家发改委针对常州四药作出的处罚决定书，只是采取了认定协同行为的思路，但并未明确提及“协同行为”的概念。

反垄断执法机构明确提到“协同行为”的概念是有关协同行为的第二例处罚案件，同时也是工商部门查处的首例协同行为垄断协议案件，即上海海基业高科技有限公司（以下简称“海基业公司”）、北京兆日科技有限责任公司（以下简称“兆日公司”）以及信雅达系统工程股份有限公司（以下简称“信雅达公司”）之间达成并实施“分割安徽省支付密码器销售市场”的垄断协议案件，该案于今年 5 月尘埃落定。在该案件中，反垄断执法机构明确提到了“协同行为”的概念，并明确将“协同行为”作为了处罚的理由。此外，该案还进入

了行政诉讼阶段，我国法院首次在行政诉讼中确认了协同行为构成垄断协议的行政处罚。正因为上述理由，笔者认为，该案在有关协同行为的反垄断执法与司法实践中，具有重要的意义。以下将对该案进行介绍与评述。

一、案件简介

根据安徽省工商行政管理局（以下简称“安徽省工商局”）于 2016 年 9 月 18 日作出的行政处罚决定，2010 年 10 月 20 日，人民银行合肥中心支行（以下简称“人行合肥支行”）牵头组织召开安徽省支付密码产品选型评审会议，从 6 家参选供应商中确定海基业公司和兆日公司、信雅达公司作为安徽省范围内推荐使用支付密码器供应商。

2010 年 12 月 7 日，海基业公司和兆日公司、信雅达公司、安徽省 20 家银行业金融机构共同参加人行合肥支行组织召开的安徽省支付密码推广工作会议。会后，人行合肥支行下发通知，确定了在安徽省内 20 家银行业金融机构支付密码产品市场分配方案。海基业公司按照市场分配方案划分的销售对象，与相对应的 6 家银行业金融机构签订协议，供货由其代售。实施过程中，海基业公司与兆日公司、信雅达公司向相对应的银行业金融机构不交叉供货，在安徽省分割了支付密码器销售市场。

二、反垄断执法机构及法院的认定

在处罚决定作出前的听证过程中，海基业公司曾提出申辩：其与兆日公司、信雅达公司没有就在安徽省分割支付密码器销售市场进行意思联络，更没有达成分割销售市场的垄断协议，其“一致行动”是中标后响应人行合肥支行统一要求的结果。

但是，安徽省工商局认定，虽然海基业公司与兆日公司、信雅达公司之间没有直接签订书面协议，但在实际经营活动中，共同参加了人行合肥支行组织召开的相关会议进行意思联络，一致按照分配方案划分的对象对应销售且不交叉供货。安徽省工商局援引上述《反垄断法》第 13 条第 2 款以及《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》（国家工商行政管理总局令第 53 号，以下简称“工商总局令第 53 号”）第 2 条第 4 款“其他协同行为是指经营者虽未明确订立书面或者口头形式的协议或者决定，但实质上存在协调一

致的行为”的规定，认定海基业公司与其他两家公司采取协调一致的行为在安徽省分割支付密码器销售市场，构成达成并实施垄断协议行为，对海基业公司处以没收违法所得19,854,770.81元以及相当于2014年度销售额8%的罚款75,913.85元的处罚。

此后，海基业公司不服上述行政处罚决定，向国家工商行政管理总局（至本案二审判决作出时，该局职权已由国家市场监督管理总局行使，以下简称“原国家工商总局”）提起行政复议。原国家工商总局于2017年1月13日作出复议决定，认定海基业公司与兆日公司、信雅达公司虽未直接订立书面或口头协议，但构成分割销售市场的协同行为，决定维持安徽省工商局所作上述行政处罚决定。

海基业公司不服上述行政处罚决定及复议决定，诉至北京市朝阳区人民法院（以下简称“朝阳法院”）。朝阳法院于2017年10月30日作出判决，认为海基业公司的诉讼请求缺乏事实及法律依据，判决驳回海基业公司的诉讼请求。但朝阳法院在该判决中并未对海基业公司达成并实施协同行为的理由进行详细的阐释。

最终，海基业公司不服一审判决，向北京市第二中级人民法院（以下简称“北京二中院”）上诉。在二审中，北京二中院将包括海基业公司在内的三家企业在安徽省支付密码器销售市场是否存在协同垄断行为作为审理的重点之一，并就此进行了及其详尽的论证，最终认定海基业公司与另外两家企业达成并实施了协同行为类型的垄断协议行为，于2018年5月7日判决驳回海基业公司的诉讼请求。以下将介绍北京二中院认定协同行为的标准并进行评述。

三、北京二中院认定协同行为的标准及评述

如上所述，我国《反垄断法》第13条第2款规定，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。此外，工商总局令第53号第3条规定，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。

北京二中院结合上述规定，认为以协同行为方式达成垄断协议的认定标准和考虑因素主要有以下五点：

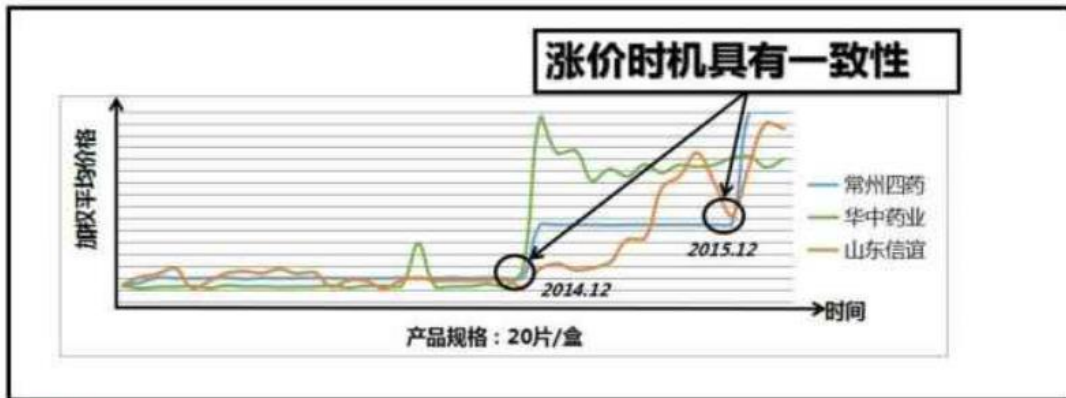
1. 是否符合达成垄断协议行为的主体要件。北京二中院认为，根据《反垄断法》第 13 条的规定，垄断协议系在两个或者两个以上有竞争关系的经营者之间达成。在本案中，海基业公司及兆日公司、信雅达公司属于《反垄断法》第 12 条所规定的经营者，且上述公司彼此之间具有横向竞争关系，属于《反垄断法》第 13 条所规定的具有竞争关系的经营者，符合达成垄断协议行为的主体要件。

不过，北京二中院提到的上述主体要件，实际上属于所有横向垄断协议的共同要件，而非协同行为的专属要件。

2. 客观上经营者之间是否存在一致性市场行为。北京二中院认为，经营者之间的外在市场行为表现出相同性，是发现协同行为的基本前提和初步证据。认定一致性市场行为，应当注意两个基本条件：一是行为的同时性，二是行为的相同性。其中，“相同”应当作广义理解，既包括完全相同，也包括基本相同或者相似。

关于“一致性”的要求，在艾司唑仑垄断协议案中，国家发改委也对这一点进行了详尽的论证。有关该案的行政处罚决定书中提到，常州四药 2015 年以来停止了艾司唑仑原料药的正常供货，与垄断协议内容一致，与华中药业、山东信谊的行为一致。郑州会议结束后，常州四药和其他两家企业一个月内相继下发调价函，调价时间基本一致；常州四药的销售数据显示，2014 年 12 月以来通过两次调价，常州四药两种规格的艾司唑仑片出厂均价与会议协商的 1 毛/片的涨价目标基本一致（具体请参考下图¹³）。

¹³ 图片来源于国家发改委微信公众号 2016 年 7 月 28 日文章《一张图读懂艾司唑仑药品垄断案》。



3. 主观上经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流。北京二中院认为，协同行为与排除、限制竞争的协议、决定一样，属于一种垄断协议。协同行为与协议、决定的区别之一在于行为人之间合意形成的过程及形式不同，而任何合意的形成，必然依赖一定形式的意思联络，因此，经营者之间存在意思联络或者信息交流是协同行为的必备要件。

关于意思联络的必要性，日本公正交易委员会在 1949 年就“汤浅木材工业案件”作出的决定中指出，“仅仅具有行为结果在外观上相一致的事实是不充分的，还应更进一步，即行为人之间应该存在某种意思联络”。而关于“意思联络”的含义，东京高等法院在 1995 年就“东芝化学案件”作出的判决中指出，“意思联络是指，数个经营者之间相互认识到或预测到对方将会实施价格的上涨，并具有与对方步调一致的意思。仅有一方认识并听任另一方的价格上涨是不充分的，但经营者之间也无须明确同意进行相互间的约束，只要相互间通过默示的方式听任彼此的行为就足够了”。

4. 经营者能否对一致性行为作出合理解释。北京二中院指出，协同行为的相同性或相似性以及同时性等问题，实际涉及到协同行为与平行行为、跟随行为的区别问题。所谓平行行为，是指市场主体之间在没有任何沟通的前提下做出的相同或相似的市场行为，这种相同的市场行为通常被称为平行行为，不受《反垄断法》等法律法规关于垄断协议的规制。而跟随行为，是指市场主体根据竞争对手的市场行为，在特定竞争条件下为适应竞争环境的变化，后续采取的相同或者相似的策略性应对措施。跟随行为是正常市场竞争过程的自然反映，亦不宜将其纳入《反垄断法》范畴进行规制。

如北京二中院所指出的，行为的一致性仅仅是发现协同行为的基本前提和初步特征。协同行为的目的是为了排除未来行动的不确定性。通过事先的协调安排，以事实上的默示合作来避免竞争风险，排除自由竞争所引发的未来行动的不确定性，来确定未来行为的发展方向。¹⁴而平行行为及跟随行为则不涉及经营者之间以合作代替自由竞争的问题，因此不属于反垄断法的规制对象。区分协同行为与平行行为、跟随行为的关键则在于经营者之间是否存在意思联络。

5. 相关市场的结构情况、竞争状况、市场变化情况、行业情况等因素。北京二中院指出，本案中，海基业公司与兆日公司、信雅达公司协议分割安徽省支付密码器销售市场，导致相关市场长期以来只存在三个经营者，其他经营者基本难以进入，竞争状况恶化，且涉案三家企业相互之间不交叉供货，扰乱市场竞争秩序，影响经济运行效率，既剥夺了消费者自主选择权，又加重了消费者负担，对消费者的合法权益造成损害。

四、本案对企业合规的启示

从本案以及艾斯唑仑垄断协议案来看，反垄断执法机构在查处协同行为这种隐蔽的垄断协议类型方面已经越发成熟和专业。从反垄断合规的角度来看，经营者在其日常的商业运营中，需慎重对待与自身具有竞争关系的经营者之间的信息交换。

此外，国家发改委于2017年7月20日发布的《行业协会价格行为指南》第9条亦规定，行业协会组织交换会员之间的价格信息，将价格信息在会员或者行业内其他经营者之间相互通报的，具有明显的排除、限制竞争的效果，法律风险极高。这也能够反映反垄断执法机构对信息交换行为的密切关注，并且可能与协同行为的查处密切相关。

¹⁴ 林丽清：“协同一致行为及其法律规制的研究”，载《经济问题》2009年第11期。

本期作者简介



万江为环球律师事务所常驻北京的合伙人。万江律师自 2005 年开始执业。曾长期就职于国家发改委反垄断局，主要从事反垄断执法、立法和国际交流工作，先后主办、承办数十起反垄断案件，主笔起草关于反垄断宽大制度、承诺和解制度的反垄断指南草案。2012 年 2 月至 7 月期间万江律师获派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作。万江律师著有《中国反垄断法——理论、实践与国际比较》（第二版，中国法制出版社 2017 年 6 月出版）、《<企业国有资产法>释义》、《劳务派遣法律实务操作指引》等专著。

邮箱: wanjiang@glo.com.cn

Dr. Wan is a partner of Global Law Office in Beijing. Dr. Wan has extensive experience with complex antitrust and competition law issues. Prior joining Global Law office, he served as a senior case handler at Price Supervision and Anti-monopoly Bureau(PSAB) of National Development and Reform Commission(NDRC) participating in a number of significant anti-trust & cartel investigations and leading the draft of Leniency Program and Commitment Rules under China's Anti-monopoly Law. Dr. Wan received an intensive training in both DG Competition of the European Commission and Irish Competition Authority in 2013. He acquired Ph.D. in law in 2010 at China University of Political Science and Law.

Email: wanjiang@glo.com.cn



任清律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，主要执业领域为反垄断、国际争议解决、WTO/国际贸易。任律师代表国内外企业办理了数十起经营者集中申报案件，涉及非简易案件、简易案件和未依法申报案件等。任律师还代理反垄断调查和民事诉讼，并提供反垄断合规服务。任律师受聘为北京仲裁委、上海国际经贸仲裁委、重庆仲裁委仲裁员，并代理投资仲裁和商事仲裁案件。任律师担任中国世贸组织法研究会常务理事，在 WTO 法、301 调查、出口管制、经济制裁等领域具有丰富的实务经验。

邮箱: renqing@glo.com.cn

Mr. Ren is a partner of Global Law office and specialized in anti-trust, dispute resolution and international trade. Mr. Ren has represented international and domestic clients in dozens of merger filings, including simple cases, non-simple cases and "gun jumping" cases. He also represents clients in anti-trust investigations and litigations, and provides anti-trust compliance advices. Mr. Ren is arbitrator of Beijing Arbitration Commission, Shanghai International Arbitration Center and Chongqing Arbitration Commission, practicing investment arbitration and commercial arbitration. Mr. Ren is member of the board of executive directors of China WTO Law Society, with rich experiences in WTO disputes, Section 301 investigations, export control and economic sanctions.

Email: renqing@glo.com.cn



刘淑珺为环球律师事务所常驻北京的合伙人，同时也是所内日本业务团队的负责合伙人。刘律师除了长年为众多在华投资的日本企业和赴日投资的中国企业提供外商投资和并购、公司重组和解散清算、劳动、外汇、海关、争议解决等全方位的法律支持之外，主要专注于反垄断和反不正当竞争、网络安全及数据、环境、广告等监管合规以及危机处理业务。

邮箱: liushujun@glo.com.cn

Shujun Liu is a partner of Global Law Office based in Beijing, as well as the partner in charge of the Japanese practice. For more than a decade Shujun has been providing to a large number of Japanese companies in China and Chinese companies in Japan a comprehensive range of legal services regarding foreign investment, mergers & acquisitions, corporate restructuring, dissolution and liquidation, labor, foreign exchange, customs, dispute resolution, etc. Shujun also specializes in antitrust, anti-unfair competition, cybersecurity and data, environment, advertisement, and other regulatory compliance and risk management.

Email: liushujun@glo.com.cn



赵兰学为环球律师事务所常驻北京的律师助理，其主要业务领域为外商投资、反垄断和其他监管合规、一般公司事务。

邮箱: zhaolanxue@glo.com.cn

Lanxue Zhao is an associate of Global Law Office based in Beijing specializing in foreign investment, antitrust and other regulatory compliance, general corporate affairs.

Email: zhaolanxue@glo.com.cn

环球反垄断招募信息

环球反垄断团队近期拟招募以下人员：

1、实习生

要求：国内外知名大学法学院竞争法方向研二、研三年级硕士研究生，通过司法考试，英文流利者优先，要求每周至少保证三天以上工作时间。

2、初级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，通过司法考试或已经取得律师执业资格，具有 1-2 年反垄断法律实务工作经验，英文流利，30 岁以下，男女不限。

3、高级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，从事反垄断法律实务工作 3 年以上，具有中国律师执业资格，可以英文为工作语言，男女不限。

有志加入环球反垄断团队者，可将个人电子简历等资料投递到环球人力资源部电子邮箱：
hr@glo.com.cn，并注明“反垄断业务申请”。

环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户 就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构 评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有近 300 名的法律专业人才。我们的律师 均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作 于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，多数合伙人还拥有美国、英国、德 国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微 和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

环球反垄断团队介绍

环球反垄断团队由十余名合伙人和律师组成，其中一些合伙人和律师既有实务操作经验也有丰富的执法经验，已为医药、互联网、汽车、电器、IT、食品、化工、航运、零售等行业的众多境内外客户提供一站式反垄断专业服务，服务范围包括经营者集中申报、反垄断调查、反垄断诉讼、反垄断风险防范与合规等。我们对中国反垄断法律法规及其实践具有深刻认识和专业理解。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本文任何受版权保护的内容。

免责. 本报告不代表环球律师事务所对有关问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路81号华贸中心1号写字楼15层&20层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地5号楼26层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心5号楼26层 B/C 单元 邮编：518055

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987