

识别“横向垄断协议”与防范相关法律风险  
——在 Duxes 第四届反垄断法研讨会上的演讲  
中伦律师事务所 合伙人 薛熠

(于 2009 年 9 月 25 日在北京港澳中心瑞士酒店召开)

今天我准备和大家分享的主题是“识别横向垄断协议与防范相关法律风险”，这个专题包含两个部分，“识别横向垄断协议”和“防范相关法律风险”，其中我会在第二部分会引入案例与大家讨论。在座的各位绝大多数都是法律界同仁，对于反垄断法与横向垄断协议的概念比较熟悉，因此，在识别横向垄断协议特别是介绍基本制度与内容的部分我会比较简略，而将重点放在第二部分的案例分析上。

### 第一部分 识别“横向垄断协议”

根据我国《反垄断法》的规定，“垄断协议”是指排除、限制竞争的协议、决定或其他协同行为。而横向垄断协议，指竞争者之间通过协议、决定或者其他协同方式限制竞争的行为。

垄断协议有很多分类方法，例如分为价格垄断与非价格垄断协议、协议型和默契性、经营者之间达成的或行业组织的决定或组织企业达成的等等。其中，从协议主体相互关系角度的分类，即横向与纵向垄断协议的分类比较合理。

一般认为，通常情况下横向垄断协议的反竞争效果要更甚于纵向垄断协议，是反垄断法要首先制止的垄断行为。

#### 横向垄断协议的定义与属性

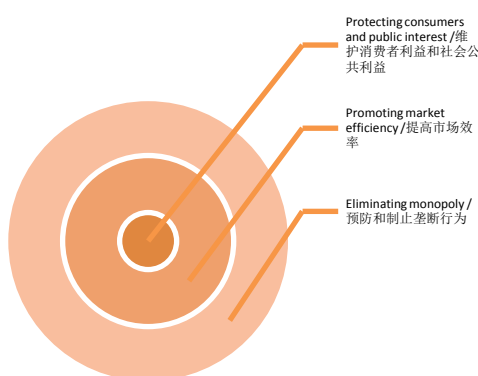


从图上可以看出，横向垄断协议具有以下属性：

- 1、协议、决定或其他协同行动；
- 2、竞争者之间达成的（既包括当前竞争者也包括潜在竞争者）；
- 3、不一定是具备合法约束力和可强制执行的合同；
- 4、在形式上可以是书面、口头形式或依法被推定存在。

此外，行业协会与其他企业联合组织，是横向垄断协议或达成横向垄断协议过程中的特殊主体。反垄断法规定“行业协会不得组织本行业的经营者从事任何反垄断法所禁止的垄断行为。”

### 制止横向垄断协议的原因：



垄断协议，特别是横向垄断协议被认为是严重违反“反垄断法”的行为。严厉制止横向垄断协议是反垄断法的立法目的所决定的。反垄断法的目的包括：

- 1、最核心，是维护消费者利益和社会公共利益；
- 2、其次，是提高市场效率；
- 3、直接目的，是预防和制止垄断行为。

识别与分析垄断协议也需要围绕着反垄断法的上述目的与核心价值进行。

### 对垄断协议的惩罚



反垄断法对垄断协议规定了严厉的惩罚措施，包括：

- 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；
- 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；
- 经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。

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。这条原则可以作为垄断协议参与方对反垄断执法机关准备施加的处罚措施提出的抗辩理由之一，我将在下面的案例分析部分详细讨论。

### 五种典型的横向垄断协议



反垄断法列明了五种，禁止具有竞争关系的经营者达成的垄断协议，也就是五种横向垄断协议：

- 1、固定或者变更商品价格；
- 2、限制商品的生产数量或者销售数量；
- 3、分割销售市场或者原材料采购市场；
- 4、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
- 5、联合抵制交易。

### 其他垄断协议



此外，在反垄断协议的类型上，反垄断法还设置了一项兜底条款“国务院反垄断执法机

构认定的其他垄断协议”目前还没有公开的资料得以确认,除了上述五种横向垄断协议之外,还有哪些行为构成“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。从发改委和国家工商局发布的征求意见稿上看,有一项比较明确,“串通投标”。对于横向垄断协议而言,主要指招标方之间相互串通,约定轮流中标的情形。对于,招标方与投标方的串通可以归入“纵向垄断协议”。

从西方,特别是美国的经验看,其他可能被认定为横向垄断协议的情形,比较典型的包括:

- **生产协同**, 竞争者之间涉及联合生产一种向他人出售或可由参与者投入使用的产品的协议。
- **市场营销协同**, 竞争者之间共同出售、分销或者促销联合生产或单独生产的货物或服务的协议。
- **采购协同**, 竞争和之间共同采购必要的原料或半成品的协议。
- **研究与开发协同**, 竞争者之间从事联合研究与开发的协议。

这些合谋通常具有促进竞争的作用,但也有可能产生反竞争的效果并抵消其有利于竞争的一面。

## 第二部分 防范横向垄断协议的法律风险

防范横向垄断协议法律风险在于:

- 1、避免无意中卷入横向垄断协议;
- 2、在相关协议或协同涉及反垄断因素时,用科学、理性的方法认定与分析该协议或协同;
- 3、在不可避免被认定为构成横向垄断协议时,用符合反垄断法要求的方式提出抗辩与豁免请求。

### 注意事项

避免无意中卷入横向垄断协议,经营者在日常经营过程中

□ 应当:

- 对与竞争者协商的沟通方式保持警惕;
- 考虑反垄断执法机关可能会如何理解或误解文件的内容;
- 对在沟通过程中使用的非正式语言可能引起的反垄断问题保持警惕; 或
- 如果产生疑问,应同法务部门沟通咨询。

在披露的有关欧盟查处英特尔的案件中,欧盟竞争机构引用了英特尔雇员大量的电子邮件往来,特别是其中一些情绪化的、倾向明显的电子邮件作为证据,作为前车之鉴,这一点在企业经营过程中要尤其注意。

□ 不应当：

- 讨论定价，例如折扣政策、佣金、变更价格的时机等；
- 讨论市场分割（包括产品和地域的分割）；
- 讨论详细的合同条款、投资或技术研发；
- 讨论排斥或抵制特定竞争者或供应商；或
- 分享保密信息，例如客户数据。

□ 当参加行业协会会议时：

- 可以讨论哪些事项：影响行业的一般问题，如税收、健康、安全、环境等；
- 注意被允许的活动和可能引发反垄断争议的活动的界限；
- 不要讨论任何针对客户的一致行动或将任何针对全行业的一般方案变成特定的商业决策；
- 若会议内容涉及违法事项，立即提出异议，若该等讨论仍在进行，则离开会议并确保你的行动被记录在案；
- 参加任何新的行业协会前，先咨询法务部门。

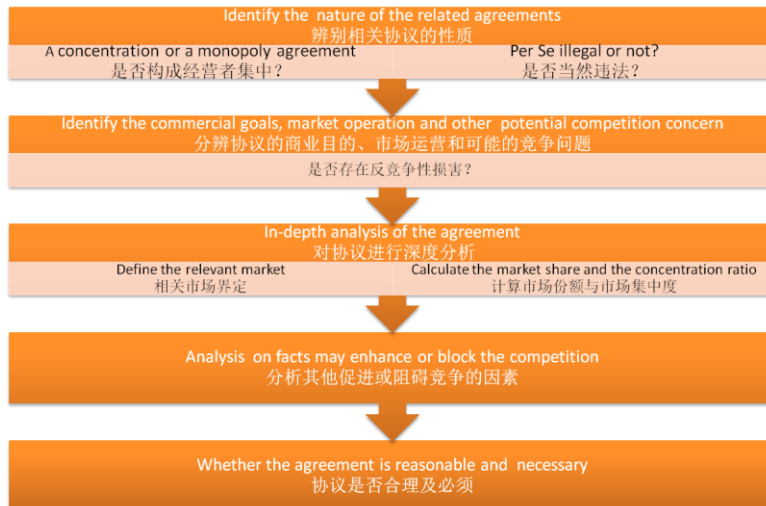
另外，也请各位关注反垄断法第 15 条，规定的可能给予豁免的情形：

经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用反垄断法第十三条、第十四条的规定：

- 1、 为改进技术、研究开发新产品的；
- 2、 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；
- 3、 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；
- 4、 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；
- 5、 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；
- 6、 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；
- 7、 法律和国务院规定的其他情形。

特别是，属于前款第 1 项至第 5 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

如何证明？目前，反垄断法和配套法规都没有明确的规定，参考美国与欧盟的实践，可以考虑运用下列步骤分析：



● 辨别相关协议的性质

- 是否构成经营者集中？
- 是否当然违法？

应用合理原则分析相关协议需进一步：

● 分辨协议的商业目的、市场竞争状况和可能的竞争问题

- 是否可能存在反竞争性损害？或存在竞争性利益？ 例如对生产协同、营销协同、采购协同以及研究开发协同可能的反竞争效果的分析。
- 能否促进经营效率？

● 对协议进行深度分析

- 相关市场界定
- 计算市场份额与市场集中度
- 市场进入壁垒
- 排他性
- 协同参与者的财务利益
- 协同的期间
- 竞争利益与效率提升能否证实

如果根据任何可能的市场定义，都不可能得出协同方获得或具有一定的市场支配能力，则到底哪个市场界定是否准确就没有意义了。

● 分析其他促进或阻碍竞争的因素

例如：进入障碍、市场成熟度、产品性质与可替代性等。容易进入的市场也可证明经营者难以获得足够的市场支配能力，并产生足够的反竞争效果。

- 协议是否合理及必须，如果参与者可以用实际可行的、限制较小的方法获得横向协议所意图获得的竞争利益，例如经营效率与消费者利益的提升，这种协议就应当被认为是不是合理与必须的。

分析核心在于比较实施该协议与不实施该协议对竞争的影响，目的是要分辨对竞争的积极影响和消极影响，并比较总体竞争效果。

如果经过上述分析，不幸发现相关协议或协同是“横向垄断协议”无疑，则最后还有一根救命稻草，“宽大制度”。

根据国家工商局有关制止垄断协议行为的规定（征求意见稿）第十二条，经营者第一个主动向工商行政管理机关报告所达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，工商行政管理机关可以免除对该经营者的处罚。第十三条进一步规定，实施免除或者减轻处罚，应当根据经营者主动报告的时间顺序、提供证据的重要程度、达成并实施垄断协议的有关情况以及配合调查的情况确定：

- 1、第一个主动报告者，免除处罚；
- 2、第二个主动报告者，减轻 50%处罚；
- 3、第三个主动报告者，减轻 30%处罚。

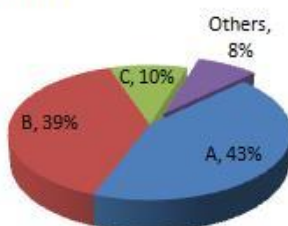
宽大制度，也是西方竞争法实践中广泛采用，一项被证明卓有成效的制度。当然，除宽大制度还可以考虑向反垄断执法机构作出“承诺”以终止调查。对此，我想在之后工商局领导的讲演中会做介绍。

## 案例分析

### 事实与假设

### Case Study / 案例研究

- Company A, B and C are majority manufacturers of "Car Seats" in mainland China /A、B、C三家公司是中国大陆汽车座椅主要生产商
- Their market shares are as follows /他们各自的市场份额如下：



出于简化案例便于分析的考虑，我们假设各种类型的汽车座椅都属于一个产品市场，中国大陆为一个地域市场，不考虑进口或其他境外竞争者。虽然 A、B、C 加起来的市场份额已经超过 90%，在做案例分析时暂不考虑可能涉及的“滥用市场支配地位”的问题。

请大家注意的是：

- 1、各方在会议上交换了有关价格的敏感信息；
- 2、各方在会后发表了意味模糊的声明；
- 3、协会成员根据协商结果采取了具体行动。

### 需要讨论的问题

#### 1、A、B 间的协议是否违法？

- 有关 A 享有向南方客户销售的优先权，B 相应享有在北方的优先权的条款

这项约定是否构成“分割市场协议”？

分割市场协议，往往作为固定或变更价格协议的替代方式，通过在一定的地域市场、顾客市场或产品市场内消灭竞争来间接达到控制价格的目的。比较典型的分割市场的协议通常约定，对特定的产品市场或者地域市场进行分割，某一个或某几个经营者分割到特定的地域市场或者产品市场，并且根据该协议，其他经营者不进入该产品市场或地域市场，分割到特定产品市场或地域市场的一个或多个经营者实际上在该市场具有垄断地位，可以控制市场的产品价格，获取垄断利润。

分割市场的协议往往比固定或变更价格协议对竞争的危害性更大，因为通过市场划分可以在一定类型的市场范围消灭竞争对手，使特定经营者在某一产品市场或地域市场内形成垄断。参加市场划分的经营者在特定市场内不但产品价格不受影响，而且在产品质量、售后服务和技术创新等方面也没有竞争压力。

就本案而言，A 与 B 分别在南方与北方市场上享有的优先权的约定是否已构成了“分割市场”协议？

我个人认为，这一条款构成了分割销售市场的协议，但具有抗辩的理由，并且如涉及处罚亦应当根据反垄断法有关“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”的原则从轻处罚。

基于达成该协议的背景，A 与 B 是在分享了对方的销售数据基础上，为避免“竞争”而达成本协议的。结合之前提到的分析思路，以排除或削弱竞争为手段变相实现固定价格获取垄断利润的协议条款无疑具有反竞争性，这一点无需深度分析即可得到结论。而就本条款而言，其影响程度却比较有限，主要体现在：

- (1) 优先权未明确排除竞争；各方在产品质量、性价比或品牌或其他方面还存在竞



争关系，而且如果客户未选择有优先权的一方的产品，另一方仍具有参与竞争的可能；

- (2) 在操作层面，该条款难以得到严格实施，每一方均有可能在对方市场行使“次”优先权，因此优先权一方必须要考虑潜在的“竞争可能”而不能放手制定垄断价格；
- (3) 难以核查该条款的履行情况，协议即便履行也容易破裂。

因此，我认为虽然该协议具有反竞争效果，限制了用户选择的权利，应已构成分割市场的横向垄断协议，但在程度上，具有所谓的“从轻情节”。如果协议规定，对方不得进入划分给自己的市场或不得向分配给各方的客户销售产品，则情形完全不同。

- 有关向同一客户供货时不进行价格竞争的条款

这条规定的涵义并不明确。不进行价格竞争是否意味着还有其他方面的竞争？比如品质？或性价比？不进行价格竞争，如何操作？这一条没有明确规定。

如果这一约定意味着，各方在销售产品时固定或协商确定或变更价格。这项约定会被视为是典型的固定价格的横向垄断协议。一般认为，固定价格的横向协议具有最直接的反竞争效果，应当以“当然违法”原则确认其违法性，而无需不作深入分析。

如果实践中，真实存在类似本条款，不但需要“查其言，也要观其行”，以消费者利益和提高效率为出发点做深入分析。

- 有关限定每年生产的皮座椅的数量以维持产品档次

什么是档次？指品牌形象？产品质量？还是价格？

无论限产的动机是“档次”或其他别的什么，竞争者之间达成协议限制生产或销售数量都违背了反垄断法的规定，应当被认定为构成“横向垄断协议”。因此，从根本上讲，限制销售生产数量是一种变相固定产品价格，排除竞争的行为。含混不清的表述，并不能排除对反垄断法的适用。

从上述三个问题的分析，我们可以看出反垄断协议内容与形式的复杂性。操作中，很多横向协议往往同时具有促进与排除竞争的两种效果，是否构成垄断协议，应当受到何种处罚有赖于作出详细的分析。

## 2、汽车座椅协会是否违反中国反垄断法？

如果 A 与 B 的协议最终被认定为已构成横向垄断协议，A 与 B 需要承担反垄断法项下法律责任。除此之外，行业协会是否需要为此承担责任？

对于如何在特定案件中分辨行业协会对其成员所达成的垄断协议承担责任，还没有明确的法律规定，总体来收有两种思路：

**一种思路：**是否承担责任要看，协会对于垄断协议的达成起到了什么样的作用。例如：比较典型的情况，协会主动将价格信息的交换以及达成所谓行业“价格自律”作为会议议题，并在相关协议达成后督促企业实施某项垄断协议，甚至对不履行该协议的成员企业采取处罚（例如：抵制）措施，则协会亦应当受到处罚。

**另外一种思路：**行业协会或行会作为同业经济组织以及相关单位自愿组成的非营利性社团法人，在其章程范围内作出的决议和实施的行爲，应当可以被视为已经得到了行会成员的同意。因此，无需区分是行会决议还是竞争者之间的协议，行会与行会成员应当对垄断协议对外承担连带责任，而行会与行会成员责任的分担则根据个案的情况具体分析。如果有证据表明行会成员对参加行会或在相关决策时没有自主权而只能服从行会的命令，则应该由行会来承担主要责任。

**就本案而言，我个人的意见，**是行业协会虽然没有直接组织成员达成垄断协议但听任成员在行会会议上交换敏感信息。这种赤裸裸地交换敏感信息的做法，使协会会员之间的销售情况透明化，排除了当事人生产行为的不稳定性和机密性，而正是这种市场行为的不稳定性和机密性才迫使这些在一个集中度较高的市场上的竞争者能够独立行为，开展价格竞争。另外，行业协会也在会后发布了具有垄断协议意味的共同宣言，表明了行业协会作为企业组织完全了解成员企业在达成垄断协议方面的努力，并促成了这样的结果。

另外一方面，如果没有证据表明协会年会是为达成垄断协议而召开的，并且在相关协议达成后没有进一步督促企业实施垄断协议或处罚、抵制该协议的会员，其在反垄断法项下责任也应当适当减轻。

### 3、是否可能获得豁免？

实践中，企业一般会提到的抗辩理由：“其他竞争者采取低价倾销的目的在于排挤竞争对手，属于不正当竞争。这种恶性价格竞争的最终结果是扰乱市场，损害消费者利益。”或者，“现有的恶性竞争局面是历史原因造成的，目前全行业面临产业升级的压力，竞争者众多，发展水平低，现阶段应当保护竞争者利益，使企业做大做强，以促进行业的长远发展。”

这些是不是好的抗辩理由？能否获得豁免？——我的意见，不是！按照竞争法的理论，竞争首先带来的是自然的、直接的和立即的影响是更低的价格，促进人们对产品的需求，增加产品供给，繁荣商业。这里所说的所谓“恶性竞争”很大程度上是一种不确定的竞争后果，它的出现取决于很多偶然的因素，并非竞争最直接的结果。从本案所提供的事实上，很难得出竞争是毁灭性的结论。

那有没有现实可行的抗辩理由呢？答案是肯定的。

竞争法核心价值取向是促进竞争与保护消费者利益。合理分析原则以及反垄断法所规定的可豁免的情形，也是以此为核心的。

对于 A、B 以及行业协会组织的协同行为，可以考虑援引“因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩”的豁免规定，我理解此项豁免的意义在于如果因为外在经济形势的原因，导致大量竞争者退出市场，从长远看也将不利于促进竞争，提高效率并最终保护消费者的利益。

对于 A、B 限制皮座椅的安排能否援引“节约能源、保护环境”的豁免情形，比如：特殊“皮革的鞣质与加工”过程将适用导致大量化工原料，并间接造成特定区域的水源污染。当然，无论上述那种豁免要求，都需要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。反过来说，“严重限制”，也就意味着并不严重的反竞争效果是可以接受的。是否严重，需要运用之前提到的思路，运用经济分析的手段具体看待。

从某种意义上说，竞争法与产业政策并不当然冲突。

进一步假设：B 和 C 在 A 调高产品价格后以类似幅度“不约而同”的调高其产品价格。该行为是否构成价格垄断协议？

在反垄断法颁布之前，经媒体披露了很多现在看来同而皇之的横向垄断协议，例如彩电显像管限产案，拉面协会协调方便面集体提价案等。从西方的经验看，在反垄断法实施一段时间后，这类明显的垄断协议会明显减少，取而代之的将会是相对隐秘的经营者协同来实现，表现为会议、信息共享、行会决定甚至某种默契来实现。

不可否认，经营者具有自主定价的权利，如果一个经营者从其自身情况考虑，跟从其他竞争者涨价，甚至以相同的幅度涨价是否一定构成协同或者说横向垄断协议呢？答案很明确，“显然不是”。

经营者很可能为逃避竞争风险而选择在经营过程中“默契合作”而并不达成符合“合同法”项下合同要件的合作。证明存在这样一种协同或垄断协议，要看（1）企业间是否存在着一致意见？（2）他们在实践中是否存在合作。决定性的因素，在于企业采取这种行为是否具有独立性。企业行为的相似不能当然表明存在着协同，但如果结合产品的性质、价格构成、市场竞争情况，则可以符合逻辑的推论出企业行为的相似是“不谋而合”还是协同的结果。

就本案例而言，首先，超过 90% 的市场已经被控制在 A、B、C 三家企业手中，这个产品市场已经是一个寡头控制的市场。其次，A、B、C 三家产品的价格构成完全一致吗？案例事实描述部分所表明的 A、B、C 三家所显示出的反对“恶性竞争”的愿望从某种意义上恰恰，三家产品在产品上进行过或正在进行价格竞争，换言之是有价格竞争的空间的。除非有确切的相反证据，A、B、C 三家产品的价格构成很可能有一定的差异，例如在生产成本、销售成本、运输成本上的差异。再次，他们在行业协会的年会上进行了敏感数据的交换。因此，统一的提价幅度，可能只能用这样的原因解释，（1）经营者 A、B 和 C 有共同的调价愿望，（2）目的是避免因涨价引起的竞争风险。正是这种协同窒息了他们之间的价格竞争。

根据以上的分析，我们可以得出结论，A、B、C 的先后提价很可能已经构成了一项横向

垄断协议，很可能就此招致严厉的惩罚。

如果 B 和 C 签订联营协议。根据该协议由 B 指导 C 的日常经营，并且 C 的产品由 B 独家包销，是横向垄断协议亦或经营者集中？

为什么会有这样的问题？因为根据《反垄断法》经营者集中包括“经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”。按照反垄断法，符合条件的经营者集中需要事先申报后才能实施，否则要承担相应的法律责任。并且，商务部和国家工商局以及发改委是不同反垄断行为的执法机构。

对于本案例，如果 C 的日常经营由 B 控制，产品由 B 包销，能否认定 B 取得了对 C 的控制权或可施加决定性影响？如果是，该行为能否构成经营者集中？如果不是经营者集中，是不是横向垄断协议？

如果 C 和其他汽车座椅制造商之一（“D”）签署协议，约定 C 仅提供价格高于 1000 元人民币的产品，而 D 仅提供价格低于 1000 元人民币的产品，构成垄断协议？如何申请豁免？

毫无疑问，按照之前的分析思路，上述条款已经构成了分割市场的垄断协议。但我请各位关注的是，该协议能否得到豁免？运用之前的分析思路，在 C 和 D 的市场份额较低，c: 10%，D: 不到 8% 的情况下，C 与 D 的协同所产生的经营效率是否可以抵消其反竞争影响？虽然，中国反垄断法没有规定“集体豁免”或称安全港的制度，但依然可以援引 15 条有关“为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的”的规定，经过理性的分析主张豁免。

因为时间的关系，我有关横向垄断协议的演讲暂时就到这里，谢谢大家！如果有任何问题或需要讨论欢迎提出，也可以在会后与我联系。我的联系方式是：

薛熠 合伙人  
中伦律师事务所  
电话：010 59572057  
邮件：[xueyi@zhonglun.com](mailto:xueyi@zhonglun.com)

下面将由我的合伙人顾正平律师为大家带来：题目为“纵向垄断协议分析”的讲演，再次感谢大家！