

我国反垄断审查中协同行为的认定

——以 1945 年美国烟草案为例

贺慧文

华东政法大学, 中国·上海 201620

【摘要】本文主要通过介绍分析 1945 年判决的美国烟草公司、雷诺兹烟草公司和力干特烟草公司的市场行为中存在垄断力和共谋这一案例, 归纳出美国在认定协同行为时主要考察的因素。在此基础上, 探讨我国在《反垄断法》修订背景下如何准确认定各种场景下的协同行为, 并进一步总结出有利于完善《反垄断法》的建议。

【关键词】反垄断法; 垄断协议; 协同行为; 经济学分析

Determination of Coordinated Behavior in my Country's Anti-monopoly Review

—Taking the 1945 American Tobacco Bill as an example

He Huiwen

East China University of Political Science and Law, Shanghai, China 201620

[Abstract] This paper mainly introduces and analyzes the case of monopoly power and collusion in the market behavior of American Tobacco Company, Reynolds Tobacco Company and Liqante Tobacco Company judged in 1945, and concludes that the United States mainly investigates when determining cooperative behavior, the elements of. On this basis, this paper discusses how to accurately identify coordinated behaviors in various scenarios in my country under the background of the revision of the Anti-Monopoly Law, and further summarizes suggestions that are conducive to improving the Anti-Monopoly Law.

[Key words] anti-monopoly law; monopoly agreement; coordinated behavior; economic analysis

1 引言

随着我国经济和社会的迅速发展, 企业间的合谋行为日益复杂, 为逃避反垄断法的监管, 公司都会想方设法地销毁可以证明其相互串通共谋以排除、限制竞争行为的资料, 如会议资料、信函、传真、电子邮件等, 这种合谋手段的隐蔽性越来越强, 反垄断调查机关很难将其定性为协议、决议、协同行为。其中, 关于协同行为的认定更是困难。

为了使市场竞争不被企业之间的共谋行为扭曲, 我国反垄断执法机构将焦点聚集在“协同行为”。2020 年 1 月, 国家市场监督管理总局发布《〈反垄断法〉修订草案公开征求意见稿》(“《反垄断法修订草案》”), 其中第十四条第二款规定, “本法所称垄断协议, 是指排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为”。相比于现行《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”, 可以看出其中的细微差异——《反垄断法修订草案》将“协同行为”前的“其他”二字删除, 明确了“协同行为”与“协议、决定”的并行地位。由此也可以看出, 协同行为是垄断协议的三种形式之一, 但是反垄断法并没有对这三种形式做进一步的解释, 概念的界定没有进行说明。

国家工商总局 2010 年 12 月颁布的《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》, 将其他协同行为界定为“经营者虽未明确订立书面或者口头形式的协议或者决定, 但实质存在协调一致的行为”。《中华人民共和国反垄断法释义》对其他协同行为的解释为“企业之间虽没有达成书面或者口头协议、决议, 但相互进行了沟通, 心照不宣的实施了协调的、共同的排除、限制竞争行为”。比较《中华人民共和国反垄断法释义》和工商部门对“协同行为”界定的异同, 可以看出, 二

者皆认为协同行为是一种虽然没有书面或口头协议、决定, 但经营者之间的市场行为出现了协调一致的情形。此外, 《中华人民共和国反垄断法释义》对协同行为的限定更加严格, 除了行为的协调一致外, 还强调了经营者之间的一致行为进行了沟通, 形成了心照不宣的合意, 且一致行为造成的效果有排除、限制竞争。

2 案例介绍

2.1 案件背景

1911 年烟草托拉斯被最高法院指控违反了《谢尔曼反托拉斯法案》, 至此, 控制美国香烟生产的 90% 的烟草托拉斯被分解为 4 个公司: American Tobacco Co、RJ Reynolds Co、立干特烟草公司、Lorillard Co。第一次世界大战使香烟在男人中大受欢迎, 雷诺兹首次推出了高档香烟——骆驼牌香烟, 并大肆宣传这种香烟贵的有价值。两次世界大战期间, 烟草产业被 RJ Reynolds, American Tobacco 和立干特烟草公司控制着。

大萧条时期, 三大公司利用自己的市场地位不仅对香烟进行高定价, 并且想法设法将廉价香烟挤出市场。美国烟草公司、立干特烟草公司、雷诺兹烟草公司共同占有美国卷烟生产市场至少 68%、常常高于 75% 的市场份额。这几家公司的销售模式很相似, 一般都是以批发价格卖给批发商, 然后再卖到像便利店这样的零售商。1923 年以来, 三个烟草公司的价目表和实际承诺的折扣都没有差别, 而且从 1928 年开始, 它们就一直保持着相同的状态。自 1928 年以来, 三个公司一共发生了七次价格变化, 而且在数额上都是一样的。

2.2 判定过程

联邦法庭的法官和巡回法庭的法官看法一致。法官首先确认, 巡回法庭有足够的证据来证实当事人间的垄断。同时, 提出了一种证据, 即证明了一方的垄断能力, 并且有蓄意实施的意图,

而实际上,这种排斥竞争的结果是没有必要的。此外,由于双方为达成垄断目的而采取的措施,不属于反垄断法的处罚范围,所以,不需要双方达成正式的协定,根据双方的整个行动,我们可以得出结论。接下来,案件的法官举出了大量的前例,以证明是否存在着垄断,这并非《谢尔曼法》的主要内容。

本案中的重点在于判定垄断的共谋或者协同行为主要考察的因素,法官根据美国铝业公司案的裁决,对该案的争论做出了评论,因为双方的争论几乎是一样的。美国铝业公司案的法官也同意,存在垄断能力和有意实施就是垄断,而事实上的排斥效应并不能构成垄断。最终,法官根据案情,认为三大烟草公司合谋形成了垄断,并且有能力和意愿建立并保持这种垄断,这是违反了《谢尔曼法》的第二条。

2.3 三大烟草公司存在协同行为的经济学证据

本案的焦点在于运用经济证据来证实合谋的存在,而本案的法官则采用了陪审团所找到的证据,以证实双方有共同的垄断行为。

2.3.1 共同采取的掠夺性定价

掠夺性价格是指具有一定市场优势的公司通过压低价格来排除竞争者。在这个案例中,三大烟草巨头为了应对10美分卷烟的竞争威胁,联合降低了他们的品牌,以此作为对竞争者的一种掠夺性价格。

2.3.2 共同定价和采用不正当价格的行为

就本案而言,自1928年以来,三个公司的每一次价格变化和金额都是相同的,由此可以推论出他们之间没有竞争,而且是合谋的。1931年六月,由于国家经济大萧条,生产费用大幅下降,雷诺兹等三家公司相继出现了没有根据的涨价,这就证明了这一阴谋。

2.3.3 共同采取的强制交易

强迫交易是由具有市场优势的公司以利诱、胁迫或其他非正当手段强迫其他公司与其进行贸易或强迫其他公司参与。美国烟草公司、雷诺兹烟草公司和力干特烟草公司为控制零售价对经销商采取了威逼利诱等手段,以达到排挤其他公司的目标。

雷诺兹公司和立干特公司都要求其代理商将10美分卷烟的价格定在3美分以下。降价之后,价格战愈演愈烈,上诉的人开始发放广告,声称他们的卷烟每包10美分,并且努力说服他们的销售商达到这个价位。他们采用了一种方式,即给予分销商直接销售价格,给予折扣,宣传板,现金补助,以及免费的商品。除了诱惑以外,上诉机构还通过恐吓和处罚的方式强迫代理商接受目标零售价格,其中包括:从直接销售中删除分销商、删除橱窗广告、改变信用支付条款、停止发放广告现金补贴、停止发放免费商品等等。

3 协同行为的构成要件

我国工商行政管理局、国家发改委等部门规章均对(定价)协调行为进行了界定,其中包括企业的利益联系与公司行为的一致性。从欧洲、美国的案例和实践来看,合作行为也包含两个要素,即:1、意思联络;2、市场行为;3、意思联络与市场行为的关系。这两个要件看似相似,但在漫长的判例积累下,欧盟和美国对这两个要件有了更深层次的认识。

3.1 意思联络

意思联络有多种不同的定义。德国经济委员会的报告将“两家或多家公司意图让其行为相互依存,但不受契约约束”。欧洲法庭将其解读为,意思联络是指公司“故意促成的真正合作”,而非与风险相关的相互竞争。在学术上,“意思联络”是“完全无法律约束力的协定”,或者“多家公司为了协调今后的市场行为而面临的无约束力的互相知会”。

综上所述,各国对意思联络的理解,参加的公司必须“有

意识地 and 自觉地”协调其今后的行动,该定义尤其着重于主观上的协调一致。

3.2 相应的市场行为

市场行为是指企业的一切行动和不行动,这些行动可以影响到市场的关系。例如产品的供应,服务的提供,价格的调整,也包含投资的行为,发展的决策等等。尽管大多数情况下,参与合作的公司都有同样的行为,但在现实中,公司对于其执行的具体方式是否一致,却无关紧要。重要的是他们的市场行为反映了意思联络的内容。

3.3 因果关系的推定

要认定企业之间的协同行为,还必须确定意思联络与企业的市场行为之间是否存在因果关系。

对于这种因果关系的推定,最初是根据各企业定将在其未来的行为中考其所获得的信息的论断。因为这种因果关系的推定类似于法律推定,所以企业根本无法对此进行反驳。

4 协同行为认定的程序标准

4.1 认定标准

按照《欧盟运行条约》第101条第一款的规定以及《第1/2003号条例》的规定,卡特机构、欧洲联盟委员会或联邦卡特管理局负责证明。证明的标准有两种:形式的标准和实体的标准。所谓形式标准,就是反托拉斯法的职责是证明一切构成要件,包括企业之间的意思联络、相应的市场行为和因果关系。特别是,反垄断检查机构证实了公司之间的意图联系,比如不定期的私下会晤,以及被怀疑的公司在会见后将继续进行有关市场的经济活动,随后,被怀疑的公司表明他们的行动没有考虑到交换的信息,这是寡头市场经济的强迫结果。而实体标准应该是根据“自治准则”这一基本原理来理解的,也就是“公司主动地排除与不一致的行动相关的危险”。诸如经济证据之类的间接证据,必须充分明确和互相支持。

4.2 认定方法

除了要考虑可能导致构成协同行为的意思联络场景,更要结合市场结构、竞争状况、企业在市场中的一系列经济活动等附加因素。

在有些情况下,公司的意思联系被用文字的方式记录。在这种情况下,卡特机构可以通过诸如会议、通信等商业活动中的文件,来证明合作的存在。但是,大部分的情况不是这样的,企业之间的卡特越来越难以察觉,这也就导致了协同行为的认定越来越依靠间接证据,尤其是经济学分析来佐证。对于不同的个案,间接证据的收集、作用机理以及价值又是完全不同的。但总的来说,间接证明的判定应当基于以下几点:搜集相关市场中所有支持和反对意思联络的事实和证据并进行分析。

在学术文献中插入的证据又被称作附加因素或者辅助行为。本文将其分为三大类:(1)与市场环境不符的一致行动;(2)违背自己的利益;(3)相关企业存在结构性联系或者合同上的联系。实际上,这三个方面可能会有交叉,且主要是用来推断公司间有实现的意思联系。

4.2.1 不符合市场条件的一致行为

提及间接证据,应以连贯的行动为前提。并行的行为也是多个公司的共同行动。一旦卡特机构发现了这些公司的联合行动,卡特机构就会着手进行调查。在调查过程中,反托拉斯检查机关需要确认,公司的一致行动是否并行的,或是否进行预先意思联系。

由于产品种类、参与企业的重要性和所涉及的市场的规模,企业间的协作会产生这种竞争的情况,因此,企业间的一致行动被认为是重要的间接证据。在寡头市场中的合作行为,在欧洲法庭裁决的基础上,有两种情况,一是价格控制产业中的主导价

格，二是划分市场。

在美国烟草案中雷诺兹烟草公司就起着价格领导作用。在经济大萧条期间，雷诺兹首先提高他的品牌香烟——骆驼的价格。在当时市场萎靡的大环境下，它的提高价格行为无疑是违反市场规律的，并且还带动其他寡头一起提高价格。而分割市场的经典案例是焦糖燃料案，本案是对“协同行为”概念第一次进行解释的经典案例。在本案中，来自欧洲5个不同国家的10家焦油染料生产商在1964、1965及1967年实施了三次涨价行为，且这三次涨价的时间及涨价幅度基本相同。因为这几家公司占有欧洲80%的染料市场，而且在同一时期内也有同样的价格上涨，因此德国联邦 Cartel 管理局判定它们之间有秘密的定价协定，并予以惩罚。欧洲法院在本案中首次廓清了“协同行为”和“协议”的概念：即协同行为是指行为人之间协调一致的方式，尚未达到名副其实的协议的程度，为了避免相互竞争，行为人有意识进行了实际合作，并且这种合作产生了与正常市场条件不相符合的竞争条件。

4.2.2 违反自身利益

如果公司的行为与其自身的利益相违背，则这种事实就会产生间接的证明效果。按照“经济理性”的经验规律，企业通常不会违背其自身的经济利益而进行业务活动。当然，公司有时候也会采取不理智的行动。若仅有一项企业违反其自身的利益，也应谨慎地进行核查；若多个公司在同一时间内违反各自的利益，则其中的证据效果会加强。

4.2.3 相关企业存在结构性联系或者合同上的联系

企业很容易通过结构关系或契约关系来建立意向联系。所以，这种关联在证明间接证据时起到了很大的作用。公司可以很容易地了解彼此的业务战略。附属公司如果也这么做，很可能会引起卡特尔机构的猜疑。比如说，一个人在公司里当了一名管理者，或者是一名监督管理人员，两家公司都有同样的行为，那么，这种人员的交叉就是一个重要的间接证据。作为两家公司的联合经理，他从一个公司获得消息，再把这个消息传递给另外一个公司，这就不可避免地使两个公司之间的相互间产生了一些

有竞争性的敏感信息。再比如，三个制造商组成了一家公司，控制着三个制造商的出口，三个制造商互相合作，保证各自的市场份额，这样就不会有任何的竞争，而这个公司则可以通过三个厂商的合同关系和他们的行为来判断他们之间的关系。又如，多个公司采用同一中间商，其行为若相同，则有可能产生协同效应。

4.3 启示

垄断协议是排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为，其中协同行为具有兜底属性。在执法机构发现经营者之间存在敏感信息交流以及一致行为时，即使经营者交流的内容以及行为的一致性没有达到协议或者合同一般的明确和相同程度，也可认定构成协同行为。此时，经营者需要举证证明其行为是独立做出的，属于平行行为。之后，执法机构视情况可能需要证明附加因素，如市场结构、竞争状况、市场变化等。总体而言，经营者应避免进行敏感信息交换，否则被认定构成协同行为的可能性很高。而且，欧盟拉脱维亚旅行社案以及我国艾司唑仑药品案说明，经营者即便未主动交换信息而只是被动接收信息，也应主动采取行动明确拒绝信息交流和一致行动，否则也会被认定为存在协同行为。

参考文献：

- [1] 许光耀. “经济学证据”与协同行为的考察因素(J). 跨界. 2015年第6期.
- [2] 靳静. 反垄断法价格协同行为的认定研究——以艾司唑仑药品垄断案为例(J). 中国价格监管与反垄断. 2016年第1期.
- [3] 许光耀. 协同行为的认定——欧盟、德国以及中国相关法律与实践的比较研究(D). 南京大学硕士论文. 2017年10月.
- [4] 滕云啸, 王岩洲. 市场竞争中算法合谋的反垄断规制(J). 企业与法治. 2017年第6期.
- [5] 崔华. 浅析药品行业垄断——以原料药垄断典型案例为主要视角(J). 法制与社会. 2020年第11期.
- [6] 马敬. 论反垄断法协同行为证明中的推定(J). 政治与法律. 2009年第10期.