

论反垄断法上共同支配地位协调行为的认定要素 ——以欧盟为例

曾晶

(华东政法大学经济法学院, 上海, 201620)

摘要: 在经营者集中反垄断法控制中, 要判定经营者拥有共同支配地位, 关键是看该集中能否导致经营者们达成并维持协调行为。而这主要应从经营者之间的反复相互作用、贴现因素对协调行为的影响、经营者之间能否建立可靠的惩罚报复机制, 以及市场透明度高低与形成或维持协调性均衡之间的关系等方面来考察与分析。我国在反垄断法的实践中, 尚未完全准确地掌握这一分析方法与套路, 今后应借鉴欧美发达国家的成熟经验与做法, 以促进反垄断法对经营者集中的有效规制。

关键词: 共同支配地位; 协调行为; 贴现; 惩罚报复机制; 市场透明度

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)04-0076-07

除了产生单边效果外, 经营者集中的另一负面竞争影响是便于市场上现有经营者协调彼此之间的行为, 产生其共同支配市场的局面, 即反垄断法上的共同支配地位。它是指, 在寡头垄断竞争的市场结构中, 寡头经营者为了消除彼此之间的竞争, 而采取独立于其他竞争对手、顾客以及终端消费者的行动, 以共同实现其利润最大化。在经营者集中反垄断法控制实践中, 如果经营者集中将产生或加强单一支配地位, 则同时就排除了其产生共同支配地位的可能性, 因为后者要想拥有与前者一样的独立行事的能力, 需要寡头经营者之间的相互依赖程度高; 而如果经营者集中没有产生或加强单一支配地位, 则需要进一步考察其是否产生或加强共同支配地位。下面, 本文将对共同支配地位的反垄断法律认定要素进行探讨, 以期为我国今后经营者支配地位的反垄断法规制提供些许有益参考, 促进经营者集中反垄断控制的有效执法。

一、反复相互作用

在博弈论看来, 市场能否达成协调性均衡的条件有二: 一是经营者彼此之间能反复相互作用和影响; 二是该作用和影响必须是长期的、不间断地持续下去, 而且没有明确限定博弈的时间与次数。这两个条件必须同时具备, 缺一不可, 缺少任何一个均将导致协调

性均衡难以形成。如果市场上某个经营者很快就会退出市场, 则经营者彼此间的协调行为就不太可能会达成, 因为如果该经营者确能退出市场, 则它将有很大动力去背叛协调行为, 以获取更高更大的利润。只要该经营者退出了市场, 则它就无需担心其他经营者所实施的惩罚和报复措施。而如果其他经营者已意识到该经营者将会退出市场, 则其为了自身利益的最大化, 很有可能会提前背叛协调行为, 从而导致它们之间所达成的协调行为不可能形成一个真正的纳什均衡。如果由于技术的进步与发展, 某个市场逐渐走向衰退或消亡, 则该市场上经营者就很难达成协调行为, 并以此形成协调性均衡。如果市场上的资源稀少, 则经营者也很难达成协调行为。OPEC 卡特尔一个实证调查表明, 石油存储量有限是某些卡特尔成员背离卡特尔协议的主要原因。^[1]这时, 经营者均很有动力在市场衰退或消亡前, 背叛其所达成的协调行为, 并以此来获得更高额的利润。

正因此, 在实践中经营者彼此间很难达成协调行为, 市场也不可能形成一个真正的协调性均衡。同样, 如果经营者彼此间所实施的相互作用与影响没有持续性, 或每次实施相互作用和影响的间隔时间很长, 如旅游代理商所提供的包价旅游服务, 其目录表通常是每隔半年印刷一次, 而且这类服务还必须提前两年就进行设计与规划, 这意味着即便某个旅游代理商背叛了协调行为, 其他竞争对手要想对其进行报复和惩罚,

也必须等待一段相当长的时间之后方可进行。而如果经营者之间的行动和相互作用无法同时进行,则其也很难达成协调行为,尤其是与那些定时定期或经常持续发生相互作用和影响的市場相比,其通常更难达成协调性行为或均衡。^[2]

如果经营者的生产、技术及销售条件几乎相同,则只要寡头经营者之间能经常或反复地相互作用和影响,则其就很有可能会达成协调性或共谋行为,因为当经营者的条件相同时,其相互作用和影响将更加有利于协调行为的稳定。但在现实中,市場上经营者的条件很难完全相同。例如,在招投标市場上,招投标合同不仅很多,而且每次招投标的间隔时间均很长,因而每个竞标合同之间的竞争,意味着拥有更多合理的选择。在 *Pirelli/BICC* 案中,欧盟反垄断执法机构对这一问题进行了详细的阐释:“在高压和超高压市場上,并不是经常进行产品或服务的招投标,而且只要某个经营者中标,就意味着其能够获得巨大的利益,这将导致所有竞标者没有动力去协调各自的行为,因为中标所获得的利润,要远远超过达成协调行为所获得的潜在利润。”^①而该机构在 *MCI World Com/Sprint* 案中的做法却与之相反,认为集中后 *MCI World Com/Sprint* 和 *Concert-Allianz* 将形成双寡头局面,因为仅在 1999 年,这两个竞标者就参与了 70 个以上的招投标案件。^②因此,对于它们而言,通过默示协调行为所获得的利润,要远比背叛协调行为所获得的潜在利润大得多。但由于 *MCI World Com/Sprint* 和 *Concert-Allianz* 均有机会参与竞标,而且中标的机会也差不多,这更加便于它们达成协调行为。同时,这两个竞标者能否实施协调或共谋行为,在很大程度上要看它们任何一方背叛协调行为,是否会遭到另一方立刻有效的报复和惩罚。只要双方彼此间能相互作用和影响,则其中一方背叛协调或共谋行为,另一方就能立刻施加有效的报复和惩罚,这无疑又增加了其达成协调或共谋的动力。因此,该集中将与共同体市場不相容。^③

具体说来,经营者之间反复相互作用与影响的方式有:①一个经营者获得另一个经营者的投票表决权,甚至是多数投票表决权;②虽然只拥有少数股权,但该权利在法律上或章程上属于特殊性权利,如优先权、单独股权等,并能影响到经营者的商业决策或竞争方针;③签订购买或转换股票期权的法律协议,并约定该期权将在短期内行使,以至于能影响到经营者的日常管理活动;④共同成立合资公司,并约定拥有平等的表决权,或任命决策机构的权力平等;⑤对一个经营者拥有足以影响商业计划的通过、财政预算的批准、

高级管理人员的任免,以及投资等方面的否决性权利;⑥通过拆分、相互间的资产置换、连续交易、行使担保物权、以物抵债等方式对某个经营者施加决定性影响;⑦基于某一事实或行为而使经营者相互之间存在明显的共同利益,以至于彼此间将相互合作,而非敌对或竞争;⑧通过签订专有技术转让协议、商标许可使用协议、长期战略合作协议,以及产品供应销售协议等方式,在各自重大战略决定上互相达成一致。

总之,“反复相互作用”一词在实践中的内涵与外延非常广泛。如何正确判定经营者之间是否存在这一联系,应根据具体情况来具体分析,而不能机械地生搬硬套。虽然“反复相互作用”是判断经营者达成协调行为的先决条件,但它也不是充分必要条件,因而欧盟反垄断执法机构或法院在实践中,一般只要求证明存在这种联系的可能性,而不要求有充分有效的证据来证明经营者之间确实存在着该联系。

二、贴现因素

博弈论认为,为了达成或维持协调性均衡,经营者不得不非常重视未来所产生的利润。如果经营者认为这一未来利润并不重要,则其为了确保获得更高的短期利润,将更加倾向于背叛协调行为,或没有动力去维持协调性均衡。关于未来回报或利润对经营者是否重要,我们可以通过把贴现因素界定为比率 $1/(1+r)$ 来予以确认。在该公式中, r 表示的是经营者的利润率。当利润率非常高时,则贴现因素值将几乎等于 0,这意味着未来回报或利润对经营者来说根本不重要;而当经营者利润率非常低时,则贴现因素值将无限接近于 1,这意味着经营者在将来所获得的利润或回报,要比其现有利润大得多。理由是:如果利润率高,则未来的回报或利润也就高,哪怕经营者当前的投入非常小;而如果利润率非常低,则除非经营者对将来的投入与现在一样多时,才有可能在未来获得利润或回报,即经营者将来的利润或回报与现在同等重要。

博弈论中的“贴现因素”与金融学或财政学中的“贴现率”不同,它是指以经营者未来的收益贴现到现在的价值,从而使其能与现在所获得的收益进行比较,是讨价还价博弈模型中的一个关键性概念。“贴现因素”影响经营者达成或维持协调行为的主要情形有:①如果经营者没有任何贴现,则只有在协调行为符合各方利益时,才有可能达成或维持该类行为,否则即便勉强达成,也不能维持下去。②如果存在贴现,而且贴现对于每个经营者是均等的,则其更容易达成

协调行为,但能否维持下去以及能维持多长时间,需看该行为对每个经营者的回报是否恒定;如果恒定,则该行为就能不断持续下去,不然回报少的经营者就会立刻实施背叛行为,导致该协调行为瓦解。③如果有贴现,但对各个经营者不均等,则其能否达成或维持协调行为,要看该行为是否符合其所期待的利益或回报;如果符合,则该行为不仅能轻易达成,也能不断维持下去,否则经营者基于自身利益最大化的诉求,要么选择各自为战,要么选择背叛行为。④虽然存在贴现,但如果该贴现将转化成经营者达成或维持协调行为的成本,则只有该成本将均摊到每个经营者身上,才有可能达成或维持该行为,否则经营者既不可能达成也不可能维持这一行为。⑤如果协调行为需要长时间地维持下去,则贴现不存在或很低,均便于经营者实现或有动力继续维持这一目标。但如果某个经营者效率很低,或固定成本比较高,以至于没有贴现或贴现过低均不足以弥补其现有利益或回报,则它将更加倾向于背叛协调行为,而不是遵守或维持,反之亦然。

博弈论的最新研究成果进一步表明,如果消费者能长期使用某一产品,或对其拥有很高的品牌忠诚度,则即便贴现因素值极其低,经营者也可通过采用长期产品捆绑策略——如与消费者签订长期的产品供应购买合同——来达成或实现协调行为或均衡。^[3]一般而言,消费者在选择购买某一产品时,其往往是希望得到该产品的所有效用,并最大化其期望效用值。因而当产品存在差异时,每个经营者不仅关心其产品价格与效能的变化对消费者选择将产生何种影响,而且也更加关心该影响将给其他竞争性经营者的行为产生什么样的影响。如果所选择的产品不能满足消费者的预期效用,则其就会考虑选择其他经营者所提供的产品来予以弥补。只要该预期效用没有达到最大化,这一转换选择过程就将不断持续下去,直至这一目标得以实现为止。但在现实中,消费者在选择产品时,往往会受到自身认知能力限制、心理偏差、情感影响等因素的作用,而偏离其最优理性选择,故经营者要想培养起消费者对其产品的品牌忠诚度并不容易。这时,如果贴现难以弥补达成或维持协调行为所造成的损害,则其往往会选择以相互竞争的方式来争夺消费者,以实现其利润最大化,而非协调相互之间的行为,反之亦然。

如果一个经营者能自由进出到资本市场,则贴现因素中的利润率 r 将与资本市场的利润率相对照。但如果该经营者不能确定竞争或博弈能否继续进行下去,则贴现因素值将会降低,而且经营者对待市场风险的态度也会影响到这一数值。在这种情况下,如果

利润率非常高,则未来利润或回报对经营者来说,将变得不再那么重要,因而它们之间很难达成或维持协调行为。^[4]同时,未来利润率越高,经营者所面临的市场风险就越大。例如,在创新比较活跃的市场上,经营者能否获得可预期的利润,往往取决于其所研发的产品或技术是否能够成功。这时,如果该经营者研发所面临的风险大,则其贴现因素值就比研发风险小的经营者低。而如果经营者的财力不足,或当前财务状况不够理想,急需获得现有利润来予以改善,则对该经营者而言,现有回报或利润要远比将来回报或利润重要,此时经营者们通常更愿意去背叛协调行为,而不是遵守或维持它。^[5]此外,由于每个经营者对什么时候可以获得利润,以及背叛协调行为将面临何种风险的预期与态度各不相同,故其贴现因素值也将不尽相同,这也将阻碍它们达成或维持协调行为或均衡。^[6]

协调行为维持的时间越长,是否存在贴现以及贴现的高低就变得越重要,因为这时贴现将对经营者是否背叛该行为产生直接的影响。但这也同时取决于是否存在以下两个方面的因素:一是经营者实现贴现时间的长短,如果贴现延期时间很长,以至于不能弥补由此产生的时间成本,则贴现对维持协调行为就变得不再重要;二是经营者均没有背叛所达成的协调行为,否则在短期利益最大化的刺激下,各经营者要么选择相互竞争,要么重新达成新的协调行为,这时我们应考察贴现对后者的影响,而非原有协调行为。

三、可靠的惩罚报复机制

经营者之间能否建立既稳定又可靠的惩罚报复机制,与其能否反复实施相互作用与影响,以及未来回报或利润是否重要密切相联,因而经营者能否构建稳定且可靠的惩罚报复机制,是其能否达成或维持协调行为或均衡的另一个关键性条件。通常,如果某个经营者背叛了已达成的协调行为,则该行为的其他经营者为了自身利益的最大化,将会积极采取极具有攻击性或侵略性的竞争方式来予以报复或惩罚。比如说,当经营者主要是以产品数量来竞争时,考虑到市场上产品数量众多,经营者为了应对激烈的市场竞争,避免使其处于不利竞争地位,就必须想尽千方百计来降低产品价格。这时,经营者要想使其惩罚报复措施变得及时有效,彼此间就必须频繁地施加相互作用与影响,不然这一目标将无法实现而流于形式。但如果将来回报或利润对经营者来说非常重要,则经营者之间的惩罚报复措施将会变得有效。除此之外,经营者之

间的惩罚报复措施还必须是可靠的——即经营者所实施的惩罚报复措施确能使背叛者利益受损——否则协调行为或均衡也难以达成或维持。例如，当一个经营者通过扩大其产出，就能轻易避免遭受其他经营者对其背叛行为的报复和惩罚，则意味着达成协调行为的经营者之间没有建立可靠的惩罚报复机制，因为前者只需扩大其产出，就能有效地弥补其遭受后者报复或惩罚所造成的损失。此时，即便前者确实背叛了所达成的协调行为，后者也无法对其实施具有威慑力的惩罚或报复。可见，没有效力的空洞威胁或措施，难以保证协调行为的达成或维持。而如果其他经营者通过降低产品价格或扩大产出，就能使背叛者的长远利益受到损害，则其所实施的报复惩罚措施就是有效的、可靠的。^[7]如果其他经营者因惩罚或报复背叛者而遭受的损失，将比不实施这类行为所遭受的损失更大，则意味着经营者之间的惩罚报复措施也不可靠。这时，即便某个经营者背叛了协调行为或均衡，也不会因遭受其他经营者的惩罚或报复而丧失所得利润，那么，以实施利润最大化为目标的经营者往往会选择背叛协调行为或均衡，而不是遵从或维持它。同时，其他经营者也能预见到前者的背叛行为，因而它们之间无法达成或维持协调行为或均衡。^[8]

如果其他经营者所实施的攻击性惩罚或报复措施，足以使背叛者所遭受的损失远远高于所获得的好处，则该惩罚报复措施就是稳定可靠的，此时经营者不仅更容易达成，而且也容易维持协调性均衡。而如果经营者可选择的惩罚报复措施非常少，则其就很难完全协调各自的行为。这并不意味着经营者压根不会达成协调行为，相反其会达成某种程度上的协调行为，即便该行为没有垄断市场所获得的利润多，但至少要比没有达成任何协调行为所获得的好处多。在这种情况下，经营者所能获得的最大利润要比垄断利润低，因而它们没有足够的动力去维持协调行为，这表明其惩罚报复措施不太严厉，难以有效阻止背叛行为的发生。^[9]在经济学理论与研究中，所谓惩罚报复措施是指，经营者回归到正常的竞争性行为，达成短期的纳什均衡，即纳什回归。但这种惩罚报复措施在现实中往往难以有效阻止经营者对协调行为的背叛。即便对背叛者有一定的威胁力，也只能促使经营者达成或维持不完全性协调行为或均衡。因此，在共同支配地位的判定实践中，反垄断执法机构通常要求经营者之间存在更有效的惩罚报复机制，才能达成或维持一个完全的协调性均衡。^④

而在 *Airtours v. First Choice* 案中，欧盟反垄断执法机构并没有认可这一做法。它认为，经营者之间是

否存在严厉有效的惩罚报复机制，并不是判定其是否存在共同支配地位的必要条件。即便经营者不能有效地惩罚背叛者，我们也能够根据其他相关因素来确定其是否有动力去协调各自行为，并据此判定 *Airtours* 与 *First Choice* 集中是否会产生共同支配地位。但是，欧盟法院在其判决书中断然拒绝了这一观点。它指出：首先，要根据经营者集中控制的目的，对市场发展进行前瞻性分析，就必须从集中发生时和集中发生后两个方面来评估是否会产生共同支配地位。其次，还应重点考察共同支配地位的内部均衡是否稳定，以及基于共同支配地位所实施的各种反竞争性行为究竟能持续多长时间。因此，评估每个主要旅游服务提供者的自身利益，是否比共同支配地位所产生的共同利益重要，就变得尤为关键。

如果每个主要旅游服务提供者相互竞争所获得的最大利润，要比基于共同支配地位而限制产出、提高价格所实现的垄断利润更大，则它们就不会有动力来达成或维持协调行为或均衡，反之亦然。而如果拥有共同支配地位的旅游服务提供者，不能有效地惩罚报复背叛者，或虽有惩罚报复措施或机制，但仍不足以防止背叛行为的发生，则每个旅游服务提供者的自身利益，就比协调行为所产生的共同利益更为重要。事实上，旅游服务市场上的寡头垄断者，已经采取了一些防止背叛行为发生的惩罚报复措施，以避免其长时间地相互竞争。^⑤

Airtours 案后，欧盟反垄断执法机构在评估共同支配地位时，已经开始全面考虑惩罚报复机制对协调行为达成或维持的影响^⑥：一是当一个经营者背叛协调行为时，其他经营者能够轻易发现该背叛行为，并随时能够对该背叛者进行惩罚和报复；^⑦二是该惩罚报复机制不仅具有切实可行性，而且还稳定可靠；^⑧三是即便某个经营者背叛了协调行为，其他经营者也未必一定要在同一相关市场进行惩罚和报复。^⑨因此，市场之间的关联性以及经营者在结构上的相似性，对能否实施有效可靠的惩罚报复措施也非常重要。

此外，欧盟法院在 2006 年 *Sony/BMG* 案中还指出，要判定共同支配地位存在与否，并不要求经营者确已实施过惩罚报复行为或措施，相反只需能证明这种惩罚报复措施足以威胁到经营者不敢背叛协调行为，即可判定其存在共同支配地位。^⑩

四、市场透明度

如果经营者彼此间能相互了解各自的竞争实力与

方略,则它们之间不仅很容易达成协调行为,而且还能确保其及时发现背叛者或背叛行为,并有效实施惩罚背叛措施,以维持一个长时间的协调均衡。^[10]

当经营者是市场价格的接受者,而不能自主确定其产品价格时,则其就有非常大的动力秘密地向消费者提供产品价格折扣。如果经营者秘密向大量消费者提供产品价格折扣,则其他经营者发现该行为的概率将明显增大,因而前者将面临着被后者惩罚报复的风险。当市场上的消费者繁多时,经营者往往更倾向于去协调它们的行为。而如果某个经营者能突然间向市场上投放大量产品,而又不会被其他经营者所发现,或需要很长时间才会察觉到,则该经营者往往会选择背叛协调行为,而不是达成或维持协调性均衡,反之亦然。

当经营者以产品数量来竞争时,则其就可以通过改变产品质量或服务水平的方式来背叛协调行为。如果经营者通过这一方式,而非提高或降低产品价格来实施背叛,则其他经营者一般不太可能会发现该背叛行为。如果该背叛方式透明度很低,则经营者背叛协调行为的动力就很大,反之则很小。因为其他经营者只能根据销售额的多少,或利润的高低以及变化发展态势,以判断该经营者是否背叛了协调行为。如果市场上产品品种众多,而且每个经营者的生产方式亦不相同,则也会降低经营者之间的透明度,尤其是当产品价格不尽相同时。^[11]但如果经营者之间联系非常密切,而且相互间频繁互动,则其就更容易达成或维持协调性均衡。

可见,市场透明度的高低,是经营者能否达成协调性均衡的必备条件。市场透明度越高,经营者达成或维持协调行为的可能性越大,反之亦然。但它也并不是先决条件,因为即便市场不是完全透明的,经营者也有可能达成暂时性协调均衡。^[12]只要经营者之间的竞争不够充分,则即便其发现市场上产品价格比之前低了,也无法确定这是由于市场需求量减少所引起的,还是由于其他经营者背叛协调行为所造成的,这将促使其倾向于达成暂时性的协调均衡。

在 *Airtours* 案中,欧盟法院强调了市场透明度对经营者达成或维持协调行为的重要性。它指出,拥有共同支配地位的经营者要想拥有查明其成员将如何行动的能力,仅认识到其利润的多少与协调行为互为依存是远远不够的,而必须拥有确定成员是否会采用并维持协调性均衡的手段。因此,它们既要在相关市场上建立完全充分的透明度,又必须能根据生产能力及时精确地判定整个市场的发展变化,以及所有成员的具体行动。该法院在 *Sony/BMG* 案中进一步指出,判

断经营者是否存在共同支配地位,并非一定要有关于市场透明度的直接性证据,尤其是当该价格高于竞争性价格水平时。尽管产品需求量下降和贸易价格列表交流方式导致五个主要供应商在过去一段时间内,对其价格进行了较大幅度的调整,但仍高于竞争性价格水平——即可证明市场透明度的满足条件。

(一)与协调机制有关的市场透明度

在欧盟实践中,市场透明度在以下两种情形中非常重要。第一,如果市场非常透明,以至于寡头垄断者均能认识到,其彼此间的竞争策略互为依存,这时即便其不存在明确的协议,也能协调其各自的行为,因而市场透明度是这个阶段的一个因素。第二,市场透明度对经营者维持协调行为或均衡也非常重要,这时市场透明度是经营者达成协调行为的先决条件,应予以重点关注。

当市场上只有几个寡头经营者时,则该市场透明度将比竞争者众多的市场更高,因为经营者的数量越少,彼此间的交流渠道与途径也就越少,反之亦然。而如果经营者之间相互联系紧密,且结构非常相似,则会提高其信息透明度,便于达成协调行为或均衡,或更有动力达成这类行为。同时,经营者之间披露的产品价格表、公共价格发布机构所公布的价格报告、任何人都能公开访问的市场统计、市场研究机构每月定期发布的价格信息,以及行业协会或利益集团定期会议所交换的信息等,均能增强经营者之间关于产品价格或数量的透明度,便于达成或维持协调行为。^⑩

但经营者既没有必要也不可能去完全了解相关市场上所有可能的行为信息,故只需特别关注与协调行为或均衡有关的信息是否透明即可。不过,如果其他因素是考察能否达成协调行为或均衡的参数指标,则也必须评估其是否足够公开透明。例如,在 *BP/E.ON* 案中,集中后 *BP* 和 *E.ON* 将根据产品的连续性以及在地理上的接近性来分享整个市场,而这又不太可能通过单独订立明确合同的方式来实现,因此该市场必须是透明的。^⑪而在 *REWE/ADEG* 案中,由于存在一个每月定期提供产品价格信息的研究机构,因而该方面的市场透明度是非常高的。如果 *ADEG* 退出市场,则市场领导者 *REWE* 和 *Spar* 将更加容易达成或维持协调行为或均衡。^⑫

(二)市场透明度是经营者维持协调行为的因素

市场透明度不仅有利于寡头垄断经营者获得达成协调行为所需要的相关信息,而且还有利于其维持协调行为或均衡。经营者通常之所以选择背叛协调行为,无非就是为了单独提高其市场份额。而只有当经营者彼此间能及时发现并有效可靠地惩罚报复背叛者,才

能防止其他经营者背叛协调行为。因此，市场必须透明到足以使拥有共同支配地位的经营者，能有效地监督成员是否背叛了协调行为，并知道在什么时候采取惩罚报复措施最为可靠。^⑭

除了能帮助经营者达成协调行为，市场透明度还能帮助其稳定均衡该行为。在 *Airtours* 和 *Sony/BMG* 案中，欧盟法院指出，如果市场透明度仅使共同支配地位的经营者意识到达成或维持协调行为是利可图的，这显然不足以打动其实施协调行为。相反，市场透明度还必须使每个经营者均拥有发现其他经营者，是否采取了相同的竞争策略以及是否还将继续实施这一策略的能力或手段。因此，该法院单独考察了市场透明度标准，而没有根据原先所预设的阻吓作用来对其进行分析。

对于采用什么样的标准来考察市场透明度，应结合假设隐性协调行为机制来具体分析。在 *UPM-Kymmene/Haindl* 案中，欧盟反垄断执法机构指出，行业协会和纸张供应者所发布的公告，是有效了解纸张供应者生产能力、产品销售与投递，以及扩大产出等相关信息的主要途径。但由于纸张供应者和客户或消费者均是通过单独订立合同的方式来确定纸张的供求，因而前者往往会给予后者可追溯性的秘密价格折扣，这意味着纸张价格方面的信息并不透明。^⑮而在其他几个案件中，该机构亦同样将经营者和消费者频繁进行价格与折扣谈判，作为考察市场透明度高低以及协调行为稳定与否的主要标准。^⑯

首先，拥有共同支配地位的经营者之间缺乏足够的市场透明度。通过对最终消费者进行市场调查，发现消费者与经营者之间的所有谈判均是私下秘密进行的，因而前者一般不会对其竞争者的价格水平进行关注。而且，由于经营者与消费者的买卖均是一揽子交易，而这种交易所包含的产品元素不尽相同，以至于难以充分比较消费者需要的总价格，这也降低了经营者达成协调行为的可能性。^⑰

其次，其他因素对市场透明度第二个功能的作用与意义也是双重的。市场结构上的密切联系与互动，以及产品的相同或同质，将有利于经营者及时发现背叛行为，进而促进其协调行为的稳定。^⑱而如果经营者的产品不相同或差异比较大，则市场透明度就会很低，其就很难有效地监督所达成的默示性价格协议行为，不利于长时间达成或维持默示性协调行为。^⑲最后，从理论上，讲尽管经营者能搜集到市场上所有的相关信息，但如果这方面成本过高，则其就不会去收集所有的信息。^⑳

五、结语

上文已述，在判定共同支配地位的过程中，反复相互作用、贴现因素、可靠的惩罚报复机制以及市场透明度四个要素并不是孤立存在的，而是构成一个立体的且密切联系的有机整体。只有当这四个条件均已满足时，我们才能推定经营者集中将便于竞争者达成协调行为或均衡，进而判定其产生或加强共同支配地位。反之，缺少任何一个要素，这一结论均难以成立，或没有足够的说服力。我国运用反垄断法来审查经营者集中案件已有六年有余，但对于共同支配地位的判定与分析，不论是学术界还是实务部门均未形成完整有效的思路与方法，这显然不利于我国对经营者集中的控制。因此，我国今后应充分借鉴国外相关经验，并结合我国实际情况，在具体案件中探寻出一套科学有效的共同支配地位的规制路径，从而促进我国经营者集中的反垄断执法。

注释：

- ① 参见 Commission Decision of 19.7.2000 in Case No COMP/M.1882-Pirelli/BICC, OJ2003L70, p 35, recital 82.
- ② 参见 Commission Decision of 28.6.2000 in Case No COMP/M.1741-MCI WorldCom/Sprint, OJ 2003 L300, p 1, recital 279.
- ③ 对于这个结论，欧盟反垄断执法机构参照了 *AGFA Gevaert/Lastra* 和 *Syniverse/BSG* 案的做法，参见其裁决书第 110 页和第 108 页的内容。
- ④ 对于这方面的具体实践，参见 Abreu D, *Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames*, *Journal of Economic Theory* Vol139, 1986, 191-225; Hackner J, *Optimal Symmetric Punishments in a Bertrand Differentiated Product Duopoly*, *International Journal of Industrial Organization* Vol 14, 1996, 611-630,等
- ⑤ 参见 Case T-342/99 *Airtours v Commission* [2002] ECR II-2595, para 192,193, 195, 196et seq.
- ⑥ 参见欧盟横向合并评估指南第 52 到 55 段的内容。
- ⑦ 参见 Commission Decision of 28.6.2000 in Case No COMP/M.1741-MCI Worldcom/Sprint, OJ 2003L300, p1, recital280.
- ⑧ 参见 Commission Decision of 19.7.2000 in Case No COMP/M.1939-Rexam/American National Can, recital 24.
- ⑨ 参见 Commission Decision of 9.3.1999 in Case No IV/M.1313-Danish Crown/ Vestjyske Slagterier, OJ 2000 L20, p 1, recital 177.
- ⑩ 参见 Commission Decision of 28.7.2006 in Case No IV/M.367-Sony/ BMG, OJ 2006 L18, p 23, recital 178.
- ⑪ 参见 Commission Decision of 23.6.2008 in Case No COMP/M.5047-REWE/ADEG, recital 74.
- ⑫ 参见 Commission Decision of 20.12.2001 in Case No COMP/M.2533-BP/E.ON, OJ 2001 L276, p 31, recital 103.
- ⑬ 参见 Commission Decision of 23.6.2008 in Case No COMP/M.5047-REWE/ADEG, recital 73.

- ⑭ 参见欧盟横向合并指南第49段的内容。
- ⑮ 参见 Commission Decision of 21.11.2001 in Case No COMP/M. 2498-UPM-Kymmene/Haindl, OJ 2002 L233, p 38, recitals 82, 87etseq.
- ⑯ 参见 Commission Decision of 21.12.1993 in Case No IV/M.358-Pilkington- Pilkington-Techint/SIV, OJ 1994 L158, p 24, recitals 486,525, 588.
- ⑰ 参见 Commission Decision of 9.8.2004 in Case No COMP/M. 3439-AGFA-Gevaert/ Lastra, recital 108.
- ⑱ 参见 Commission Decision of 24.4.1996 in Case No IV/M.619-Gencor/Lonrho, OJ 1997 L30, p 1, recital 158.
- ⑲ 参见 Commission Decision of 14.2.1995 in Case No IV/M.477-Mercedes-Benz/ Kassbohrer, OJ 1995 L211, p 1, recital 104.
- ⑳ 参见 Commission Decision of 3.10.2007 in Case No COMP/M.3333- Sony/BMG, OJ 2007 L 94, p 19, para 546.
- University Press, 2008: 78-79.
- [4] Dal-Bo P. Tacit collusion under interest rate fluctuation [J]. RAND Journal of Economics, 2008, 38(3): 533-540.
- [5] Levenstein M C. Price wars and the stability of collusion: A study of the Pre-World War I bromine industry [J]. Journal of Industrial Economics, 2006, 45(5): 117-137.
- [6] Harrington J E. Collusion among asymmetric firms: The case of different discount factors [J]. International Journal of Industrial Organization, 1989, 7(1): 289-307.
- [7] Selten R. A re-examination of the perfectness concept for equilibrium points in extensive games [J]. International Journal of Game Theory, 1975, 4(3): 25-55.
- [8] McCutcheon B. Do meetings in smoke-filled rooms facilitate collusion? [J]. Journal of Political Economy, 1997, 105(2): 321-350.
- [9] Church J, Ware R. Industrial organization: A strategic approach [M]. Boston: Boston Press, 2000: 334.
- [10] Schultz N. Market transparency on the consumer side and tacit collusion [J]. European Economic Review, 2005, 49(4): 279-297.
- [11] Schultz Ch. Market transparency and product differentiation [J]. Economics Letters, 2004, 83(1): 173-178.
- [12] Harrington J E, Skrzypacz A. Collusion under monitoring of sales [J]. RAND Journal of Economics, 2007, 38(6): 314-331.

参考文献:

- [1] Griffin Xiong. The incentive to cheat: an empirical analysis of OPEC [J]. The Journal of Industrial Economics, 1997(4): 289-316.
- [2] Ivaldi M, Jullien B, Rey P. The economics of tacit collusion: interim report for DG competition [J]. Journal of Law and Economics, 2003, (6): 19-21.
- [3] Dana J D, Fong Y F. Long-lived consumers: inter-temporal bundling and tacit collusion [M]. Boston: Northeastern

The identified elements of collective dominance and coordinated behavior in anti-monopoly law: taking EU as an example

ZENG Jing

(School of Economic Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: In the anti-monopoly law of concentration control, the key to judge whether an undertaker has the collective dominant position, is to see whether the concentration could lead all the undertakers to achieve and maintain the coordinated behavior. This mainly comes from the undertakers' repeated interaction, the influence of discount factor on coordinated behavior, the reliable punishment retaliation mechanisms among the undertakers, and the relationship between market transparency and maintaining the coordinated behavior. In the practice of anti-monopoly law, our country has not fully and accurately grasped the analyzing methods and routines, so we should learn from the mature experience and practice of the developed countries in Europe and America in order to promote the anti-monopoly law in regulating concentration effectively.

Key Words: collective dominance; coordinated behavior; discount; punishment retaliation mechanism; market transparency

[编辑: 苏慧]