

论信息交换违法性判定的进路和方法

王玉辉

摘要: 市场经济中的信息交换具有帮助经营者实现目标营销和标杆管理、增进消费者福祉、提高经济效率以及引发共谋、市场封锁的双重效果。对此,我国应在垄断协议制度中从以下两大方面构建科学的信息交换违法判断方法,以有效识别限制竞争的信息交换行为。一方面,经营者交换敏感信息并导致核心卡特尔发生的,应一并判定为原则违法;另一方面,经营者仅是单独信息交换的,则应根据信息要素、市场要素和交换方式要素进行合理分析。信息作为违法性判定的核心要素,应从信息类型、信息的时效性、针对性和公开性四个维度考量;市场要素应考量市场结构和参与者情况两大方面;交换方式要素须判定交换目的、频率、方式及是否附加建议性行为,进而构建出我国信息交换违法性判定的规则体系。

关键词: 信息交换;敏感信息;垄断协议

中图分类号: D922.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2023)02-0055-09

在市场经济中,与竞争手段密切相关的敏感信息已成为经营者占领市场、获得竞争优势地位的重要因素。为此,经营者收集、交换信息现象时常发生。尽管一些类型的信息交换会有助于经营者准确把握市场需求,降低生产成本,促进经济效率,帮助消费者辨别质优价廉的商品和服务;但在一定情形下,信息交换也会产生引发共谋的反竞争效果。由此,信息交换成为各国反垄断法规制的对象。最初,域外主要司法辖区并未将信息交换作为一种独立的通谋行为类型予以规制,而是作为认定通谋的一种间接证据。随着信息交换的广泛实施及危害性日益凸显,域外开始将信息交换作为一种独立的行为类型予以规制。2000年,美国联邦贸易委员会和反托拉斯局联合发布《关于竞争者间合谋的反托拉斯指南》^[1],明确将信息交换作为竞争者间一类典型的共谋行为予以禁止。2010年,OECD(经济合作与发

展组织,简称经合组织)发布《竞争法下的竞争者之间的信息交换》,明确了信息交换违法性判定的一般原则^[2]。2011年,欧盟修订的《关于对横向合作协议适用〈欧盟运行条约〉第101条的指南》,增加“信息交换”第2章,从以下7个方面明确信息交换限制竞争的违法性判断基准:策略性信息、市场覆盖率、整合的或个别的经营信息、信息的新旧、信息交换频率、信息的公开性、公开或秘密渠道的交换^[3]。在日本,公正交易委员会于1995年颁布的《关于经营者团体活动的反垄断法指南》^[4]第9条将经营者团体的信息交换行为细化为原则上不违法行为和可能违法行为。前者主要包括有关商品知识、技术动向、经营知识、顾客信用度等方面的信息,有关过去经营活动的信息,难以进行价格比较的商品或服务品质等信息。后者主要包括与重要竞争手段密切相关的具体企业信息。现今,域外在将信息交换作为

收稿日期: 2022-12-24

基金项目: 国家社会科学基金项目“数据共谋法律规制研究”(20FFXB066);河南省高校科技创新团队(21HIRTSTHN012)课题“数据共谋防控”。

作者简介: 王玉辉,女,郑州大学法学院教授、博士生导师,河南省特聘教授,郑州大学经济法治研究中心主任(河南郑州450001)。

独立的通谋行为类型予以规制之余,还从交换的信息类型、相关市场结构、信息交换方式等方面,进一步明确了信息交换的违法判定方法。

在我国,《反垄断法》第17条、第18条规定了横向垄断协议和纵向垄断协议的行为类型,但并未列明信息交换的行为类型。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第6条,明确禁止具有竞争关系的平台经济领域经营者通过平台收集并且交换价格、销量、成本、客户等敏感信息方式达成固定价格、分割市场、限制产(销)量、限制新技术(产品)、联合抵制交易等横向垄断协议。《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》第26条专利联营条款,明确专利联营能排除、限制竞争可以考虑“经营者是否通过联营交换商品价格、产量等信息”因素。现今,我国虽在两部相关领域指南中涉及信息交换,但尚未在《反垄断法》中设置信息交换的专门性条款,尚未建立起完备的信息交换限制竞争的违法性判定规则体系。因此,在反垄断法的垄断协议制度中如何系统构建信息交换违法性判断方法,从而识别出哪些信息交换排除、限制竞争,应受反垄断法规制,是我国反垄断法面临的一项重要任务。基于此,本文就信息交换限制竞争的违法性判定进路和方法展开系统探讨,以期对我国信息交换反垄断规制制度体系的建立有所裨益。

一、判断基础:信息交换的双重市场效果

“信息交换是一刀的两刃,可能促进竞争也可能带来反竞争效果。”^[5]信息交换在提高经营效率、降低成本的同时也常常会促成竞争者形成固定价格、划分市场等限制竞争的共谋。

(一)信息交换的积极效果:提升效率

1.促进经营者实现目标营销和标杆管理,提高经营效率

首先,信息交换有助于经营者明确市场需求,实现高效的目标营销^[6]。在现代市场经济中,了解潜在的客户及客户需求并组织生产经营活动,有助于降低经营成本,使经营者获得竞争优势。目标经营因此成为经营者主要的经营手段。与经营者自行收集市场信息相比,信息交换的成本更低、效率更高。为此,经营者常常致力于信息交换,依托其识别出消费者的消费偏好和市场的潜在需求,确认交易机会,实现目标经营,进而降低经营成本,提高经营效率。

其次,信息交换可以促进经营者实现标杆管理,提高经营者内部效率。标杆管理,是指经营者对标行业中领先经营者在商品及服务、作业流程、机构管理等方面的先进要素,对自身存在的不足进行改进。现代经营者越来越意识到,竞争对手不仅是与自己争夺市场的对手,还可以成为评估和改进自身经营的标杆。经营者间的信息交换有助于经营者了解行业竞争对手在生产、经营、管理等方面的先进经验,促进经营者实现标杆经营,改进自己的经营不足,提高经营效率。

最后,信息交换有助于解决市场信息不对称的问题,促进产品供给和需求的精准匹配,提高资源配置效率。在市场经济领域,尤其是稀有资源、易腐产品领域,通过信息交换能够促使有采购需求的经营者和有商品存货的经营者有机结合,化解供需两侧的信息不对称难题,加快商品流通速度,提高市场经营效率^[7]。在库存积压明显的商品领域,信息交换可以帮助经营者及时发现商机,进而节约运营成本,盘活经营困局。

2.使消费者等买方享受到质优价廉的产品,提升消费者的福祉

首先,信息交换有助于市场信息透明,减少消费者等买方的商品搜寻成本。同时,信息透明使得卖方处于消费者等买方的比价压力之下,不得不按照竞争价格定价销售商品,从而使消费者等买方获得质优价廉的商品。

其次,客户信用方面的信息交换,有助于市场主体更便捷地了解消费者信用,减少消费者个人信息重复提交的负担,使信用良好的消费者享受更便利的服务。“美国消费者可以从更多渠道、更为快捷和经济地享受更多经营者的服务,根本性的原因,就在于美国经营者间建立的信用报告制度。”^[8]

最后,建立在信息交换基础上的目标营销,还可以抑制经营者滥发邮件、短信等不当广告行为,从而有效减少对消费者及其隐私权的不当侵害。由此可见,信息交换一定程度上有助于改善消费者的消费环境,提升消费者的消费质量和个人信息保护水平。

3.促进市场竞争,提高经济效率

经营者间的信息交换不但给经营者及消费者带来巨大好处,也会对整个市场的竞争秩序产生重要影响。

首先,经营者间的信息交换有助于避免因信息不对称而产生的盲目竞争,建立理性的市场竞争环境,避免市场过度竞争和资源过度浪费。经营者基

于有限的信息做出决策,常常会造成整体市场中的重复竞争或竞争缺位。信息交换在一定程度上有助于经营者在获取充分信息、掌握市场全貌的情况下做出决策,从而克服重复竞争和无效竞争。

其次,信息交换带来的目标经营有助于提升经营者的管理能力和经营水平,进而增强经营者的竞争能力和市场有效竞争主体的数量,促进市场竞争。因为,信息交换有助于经营者对标优质企业的经营活动,改善经营,优化生产流通环节,提高产品质量,进而优化市场的竞争力量,为市场更高质量的有效竞争奠定基础。

最后,信息交换有助于中小经营者和新进入市场者获取免费的消费信息,扩展客户资源,增强中小经营者和新进入者的竞争力,促进市场充分竞争。技术、进货渠道、客户资源等因素是新进入者或中小经营者参与市场竞争的壁垒或障碍。因此,交换技术、供货商和消费者等方面的信息,有助于解决中小经营者和新进入者的市场进入障碍,增加市场的新兴竞争力量,增进市场的有效竞争。

(二) 信息交换的消极效果:引发共谋

1. 促进竞争者间达成共谋

众所周知,垄断协议先天面临着达成的困难。通谋者只有就通谋对象的价格、产量、质量甚至于附加服务等各个环节、各个要素达成一致,通谋才能实现。然而,经营者间的信息交换,有效地增加了市场的透明度,使得经营者原本困难的协商过程变得容易,经营者之间更容易把握需要协商的要素和共同的利益点。因此,信息交换使得信息交换者之间易于实施共谋行为。

2. 增强共谋的稳定性

经营者价格或产量的变化,将会影响竞争对手的利润。信息交换增强了市场信息的透明化,经营者主动降价或增产的行为极易被察觉并受到惩治。因此,在信息透明化的市场中,经营者之间更倾向于维持业已达成的共谋。此外,信息交换也是检测通谋者是否遵守垄断协议的重要手段和措施,可以由此发现“违规”经营者,并对其采取惩戒措施,以维持通谋行为的稳定性。

3. 导致反竞争的市场封锁

如果是具有竞争关系的经营者就所在相关产品市场的价格、产量、技术、设备等敏感信息进行交流,会使信息交流者处于有利的竞争优势地位,对未参与信息交换者形成排他的信息封锁,从而使未参与者处于不利的市场地位。如果是竞争者就其上游

原材料市场的相关信息进行交流,则会对未参与者形成上游投入品市场的封锁效果,增加未参与者的原材料采购成本。如果竞争者就下游的客户信息进行交流,则会对未参与的竞争对手在下游客户市场形成封锁效应,使其在客户信息获取方面处于人为不利的地位。

二、判断原则:原则违法与合理分析

(一) 原则违法:敏感信息交换并引发核心卡特尔发生

原则违法,通常适用于具有严重排除、限制市场竞争效果的横向固定价格、限制产量、市场分割、串通投标等核心卡特尔行为。由于信息交换对市场具有天然的双重属性,因此不应当对单纯的信息交换适用该原则。从域外的立法规定和执法实践来看,只有当信息交换具有明确的限制竞争效果,且导致经营者实施核心卡特尔行为,才会对该情形的信息交换一并适用本身违法原则。如美国《关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》规定:“如果信息交换极有可能损害竞争且没有明显的促进竞争效果,以至于不必花费时间和成本来详细分析其效果,将被视为本身违法。”^[1]同时,美国的信息交换案例也呈现了该种违法判定方法:信息交换后经营者间存在核心卡特尔行为,适用本身违法原则。例如1923年美国亚麻油案,法院基于亚麻油生产商交换价格、销售、运输及生产方面的信息,且亚麻油价格被固定,认定其信息交换行为违反《谢尔曼法》第1条^[9]。1975年美国菲利普斯诉皇冠石油公司案中,汽油销售商交换价格信息且导致固定价格协议,该信息交换一并被认定为违反《谢尔曼法》第1条^[10]。1925年美国枫木地板制造商协会案中,法院认定虽然行业协会要求成员就成本、运费、销售额、价格等信息进行交流,但由于并未引发共谋协议,故对该信息交换未当然认定为违法^[11]。

综上所述,如果经营者之间就与市场竞争核心要素密切相关的敏感信息进行交流,如交换产品价格、客户、供应商、经营领域、商业计划等信息,并因信息交换促成信息交换者之间达成了固定价格、限制产量、市场分割等明示协议或者默示的协同行为,则上述敏感信息交换行为应当被认定为原则违法,予以禁止。

具体来说,信息交换被认定为原则违法应当满足以下两方面的条件:一是交换的信息应为对市场

调节机制具有基础性影响作用的敏感信息,如现今或未来商品的价格、产量、技术、设备投资情况等战略性信息。二是参与信息交换的经营者间事后实施了固定价格、限制产量、市场分割方面的明示的垄断协议或默示的协同行为。若参与信息交换的经营者间事后没有实施垄断协议行为,则不能依据本身违法原则认定信息交换行为必然违法。

(二)合理分析:单纯的信息交换

合理分析,是判断单独的信息交换行为的主要违法性判断方法。经营者之间仅存在单独的信息交换,尚未实施或尚未来得及实施垄断协议行为,则执法机关应当根据信息类型、交换方式、市场结构等相关要素情况进行合理分析,判定信息交换的违法性。在日本,《关于经营者团体活动的反垄断法指南》明确规定了信息交换的规制原则。该指南规定:对于信息交换行为原则上依据合理原则进行判断,并将其划分为可能违法的信息交换和原则不违法的信息交换两大类。在美国,第一次利用合理原则分析信息交换违法性的是1969年的美国纸箱公司案^[12]。该案件中,瓦楞纸箱行业处于寡头垄断的市场结构,瓦楞纸箱的销售商协议交换最近的价格信息。法院根据经营者所处的特殊市场结构,认定该信息交换有助于导致固定价格,具有明显的反竞争效果,即使没有明示的固定价格协议,也应当被认定为违法。而在1978年美国石膏公司案中,法院根据特定的市场结构对信息交换进行合理分析,指出“竞争者之间的信息交换,并不总具有反竞争效果,在特定的市场环境下会提高市场效率,使市场更具竞争性”^[13]。

综上所述,在信息交换行为中,若不存在适用原则违法的情形,即经营者虽然进行了信息交换,但没有引发后续的固定价格、限制产量、市场分割等核心横向垄断协议行为的发生,则对于单纯的信息交换行为,应当适用合理分析原则进行违法性判断。即使经营者或行业协会进行的是价格、产量、技术等与市场竞争手段密切相关的敏感信息交换,只要没有引发相关的垄断协议行为的发生,对于该种单独的信息交换行为,也应当适用合理分析原则,根据信息要素、市场要素、交换方式要素进行综合的违法性判断。

三、违法性判定的核心要素: 信息要素分析

信息既是经营者进行交换的核心内容,也是执

法机关判定信息交换行为违法性的关键要素和核心要素。信息类型、信息的时效性、针对性、获取方式的差异化,均将直接影响信息交换对市场竞争产生的不同影响。

(一)信息的类型

信息类型是信息交换违法性判定至关重要的因素。美国《关于竞争者之间合谋的反托拉斯法指南》指出:一些类型的信息交换会大力促进相关市场竞争,如交换有关技术、商业秘密及其他知识产权信息等。反之,所交换的市场信息涉及竞争者的主要竞争手段,则可能引发有关价格、产量等敏感性竞争要素的共谋,构成违法^[14]。在日本,《关于经营者团体活动的反垄断法指南》根据交换的信息类型,将信息划分为可能违法的信息和原则不违法信息。

1.可能违法的信息

通常而言,各国反垄断法执法机构认为,交换与重要的竞争手段紧密相关的信息,属于可能违法的信息,比较容易引发反垄断审查和制裁。一些国家或地区把该类信息称为敏感信息,或者战略性信息。如我国台湾地区有学者认为,策略性信息具体包括价格、顾客名单、生产成本、数量、营业额、质量、营销计划、风险、投资、技术以及和研发相关的信息^[15]。

具体来看,以下几方面的信息交换,可能涉嫌构成违法:(1)产品的价格信息。主要包括商品或服务的实际价格、折扣、涨价或者降价幅度等。价格交换是现今最为危险的信息交换,因为价格信息的交换极易引发固定价格行为的发生。(2)交换生产成本、劳动力工资方面的信息。与水平价格相比,交换生产成本、劳动力工资方面的信息虽然风险相对较小,但同样会引发反竞争风险。其原因在于,生产成本、工资与产品的最终销售价格密切相关,会间接影响到水平价格,同样会引发价格通谋。(3)有关产量、销量等数量信息。经营者交换有关各自产量方面的信息,是一种极其危险的行为,该种信息交换易于导致限制产量协议的发生,同固定价格一样,也会对市场调节机制造成严重破坏。与价格和产量相关的信息交换,是对市场危害最大的信息交换行为。(4)预期投资情况、客户需求等方面的信息。客户需求、预期投资情况等经营计划属于经营者的核心商业秘密,是自主竞争的重要因素,上述信息交换的反竞争风险较大。(5)有关设备和技术研发方面的信息。技术创新和研发、采购新设备是企业竞争的重要内容和支撑,经营者如果就技术和设备进行信

息交换,有助于经营者之间达成限制技术创新方面的共谋,故该类信息分享成为反垄断执法重点关注的要素。(6)有关营销计划等方面的信息。这些信息的分享与交换如果发生在高度集中、产品差异性不大的行业中,且附带有明确的反竞争目的(或后果),则易于引起反垄断机构的审查。(7)其他与交易条件密切相关的敏感信息。

2. 原则不违法的信息交换行为

与上述与竞争手段密切相关的敏感信息不同,下列信息交换行为具有促进市场竞争及保障消费者福祉的作用,通常不具有限制竞争效果,原则上不违反反垄断法:(1)为了使消费者的消费活动更便利,向消费者提供合理使用商品知识的信息。(2)交换由国家机关或者相关研究机构提供的有关技术动向、经营知识、市场环境、国家立法、行政执法趋势、相关领域社会经济条件等一般性信息。(3)交换与专业化、合理化与规格化有关的生产技术信息。(4)交换难以进行价格比较的商品质量方面的信息。该类信息有利于竞争,尤其在同质化的商品领域,有利于商品价格的竞争^[16]。同时,在异质化的商品领域,该类信息交换难以导致共谋发生,故不违法。(5)交换企业财务评级信息、违反相关规定的黑名单企业信息等有关客户信用度的信息。该类信息有利于保障市场交易安全,一般不会产生限制竞争的风险。(6)交换维护社会公共利益的信息,如交换防范网络攻击的技术信息。对此,美国联邦贸易委员会和司法部反托拉斯局专门发布《关于分享网络安全信息的反托拉斯政策声明》,提出分享技术性网络威胁信息不引起反垄断问题,并有可能提高国家信息系统的安全性、可用性、完整性以及效率性。该声明表明,反垄断法不是合法信息共享的障碍^[17]。

综上所述,原则上不违法的信息交换活动所交换的信息往往是关于行业商品、技术、立法、社会形势等方面的客观信息,该类信息交换有利于各类市场主体准确把握行业的实际情况以及社会公共需求,增加市场透明度,有助于维护社会公共利益。同时,原则上不违法的信息交换活动所交换的信息多属于消费知识方面的信息,除对经营者公开外,还向消费者公开,该类信息交换有助于增加消费者福祉。因此,上述类型的信息交换不构成违法。

(二) 信息的时效性

交换信息的时效性,是指交换的信息是过往的、目前的还是未来的。信息的时效性与经营者相关经

营活动的发生时间密切相关,对信息交换的违法性认定影响重大。经营者交换的是现在或未来的信息,则信息交换的反竞争风险较大。因为信息交换者能够通过未来或现在的信息推测出竞争对手的经营活动,易于引发一致性的市场行为(共谋)。欧盟《横向合作协议指南》明确规定,交换未来价格信息是促进联合行为最重要的工具^[18]。反之,如果经营者之间或行业协会组织成员交换历史性信息,则反竞争风险较小。这是因为历史性信息具有显著的阶段性,无法暗示竞争对手未来的经营活动,或是作为经营者现在及未来的合作基础,不能协助信息交换参与者达成共识或形成有效的监督默示性协议^[7]。此外,交换历史性信息还有助于业内经营者判断产业发展趋势,避免产销失衡,在一定程度上具有提升市场效率的积极效用。在日本,经营者团体可以向用户提供有关成员经营者过去经营活动的信息。具体而言,行业协会被允许自行收集有关经营者过去的经营业绩等一般性资料,如过去的生产、销售和厂房投资的数量或商品价格的数据等。

对于信息的时效性判定,一些国家在相关判例中以1年为限,规定时间超过1年的为历史性信息^[19],不超过1年的则为最近的信息^[20]。就我国而言,判定所交换信息的法律性质,应当结合信息的内容、形式、行业特点等标准灵活研判。如与经营者的具体信息相比,行业需求信息对时效性的要求更高,更容易过时;涉及价格要素的信息越新,对市场竞争的危害越大。

(三) 信息的针对性

信息的针对性,是指信息的形成方式以及信息内容的具体化程度,即信息是整合后的概括性信息,还是针对具体经营者的个别性信息。具体而言,如果交换的信息是个别性信息,则反竞争风险较大;如果信息是经过汇总后形成,且不针对特定的经营者,则该类整合性信息交换行为限制竞争风险较小。因为,信息的具体化程度与信息主体的可识别性密切相关。如果是个别性信息,经营者可以通过这些信息预测特定竞争者的商业行为,从而形成经营活动的共识,实施共谋一致行为;或者识别出共谋行为的偏差者,形成惩罚方案的共识。由此可见,个别性信息交换限制竞争的风险较大。相反,如果是经过汇总处理后的整体性信息,实质上是对信息进行了脱敏化、去标识化处理,弱化了信息主体的可识别性,经营者难以从中判断特定竞争对手的商业行为,诱发固定价格或其他限制竞争行为的可能性会随之降

低。此外,交换产业整体产能、技术与未来发展趋势等信息,将有助于行业发展,具有提升市场竞争效率的意义。对此,各国一般均认定,收集、整合、交换产业供需趋势的一般性资料,并不违反反垄断法禁止性规定。如在欧盟纸板案中,欧盟委员会认定经营者利用信息交换进行了违法的联合行为,应当予以处罚;但欧盟普通法院却认为,经营者所交换的信息多为整体产业信息,并不必然限制市场竞争,因而撤销了委员会的裁定^[21]。

(四)信息的非公开性

交换的信息是公开信息还是非公开信息,对判定信息交换至关重要。一般来说,交换公开的信息不太可能违反反垄断法。因为,对于公开的信息,市场中的经营者和消费者均可以平等地获得,并且公开的信息一般不会涉及经营者的具体商业策略、商业机密等。所以,一方面,部分经营者不会退而求其次,选择交换该种从市场上就可以获得的公开信息;另一方面,即使交换该种信息,一般也不会引发反竞争的问题。与之相反,如果经营者之间交换彼此未向市场公开的信息,因为该类信息多为具有重要商业价值的经营信息,该类非公开信息的交换,使得交换者处于信息优势,对未参与信息交换者形成信息封锁,进而使市场出现进入障碍。同时,该类非公开信息的交换,也易于使信息交换者之间达成共谋,排除限制竞争风险较大。

四、违法性判定的背景要素： 市场要素分析

(一)市场结构

信息交换既有可能利于经营者组织生产,也可能促进共谋。信息交换之所以产生不同的市场效果,在一定程度上取决于一定的市场结构。具体而言,促使信息交换具有反竞争性危害的市场结构主要体现为以下特征:

一是市场的集中度较高。相关市场集中度越高,经营者或是行业协会进行信息交换促进共谋的概率越高,均衡行业市场供给和需求、提升竞争效率的可能性会逐渐弱化。这是因为,寡头经营者通过信息交换形成涨价、限制产量共识或是直接分割市场等共谋,会减少彼此的交易成本,攫取更多寡占利润。同时,在高度集中的市场中,寡头经营者信息交换引发的目标经营和标杆管理,更有助于寡头垄断经营者采取明确的一致行为。正因为如此,各国反

垄断法对信息交换认定时,多注重市场结构对信息交换违法认定的影响。

二是市场进入存在障碍。相关市场如果存在进入的制度或技术障碍,会使得潜在竞争者的数量锐减。此时,信息交换的实施更容易引发、维持共谋。因为相关市场越是存在进入的障碍,潜在竞争者进入相关市场的可能性就越小,该市场中的竞争者越少,竞争越不充分,现有竞争者之间的信息交换越容易引发彼此间实施共谋行为。与此同时,被引发的共谋行为也不易被外部的不充分竞争所抵销。

三是经营者间产品的差异性较小。在相关市场中,产品的差异性与可替代性呈负相关的关系。经营者生产的产品的差异性越小,彼此间的可替代性越高,经营者之间的竞争越侧重于体现为价格竞争。此时,经营者间利用信息交换达成价格协议的可能性越大。反之,在产品差异性较大的市场中,经营者间的竞争要素更为多元化,信息交换引发共谋的风险较小。因为产品的差异化越大,竞争要素就越多,产品价格、质量、交易条件等均可成为产品竞争的变量,由此经营者合谋的要素更为多元,更不容易就利益进行分配、达成合谋。

除此之外,市场结构还会受到其他要素的影响。如生产过剩的市场结构、经营者过剩的生产能力、经营者之间相近的生产成本、相关市场较为容易进入等要素,都将使得信息交换易于促成共谋的达成,产生排除限制竞争的危害。

现今,域外主要司法辖区的反垄断执法机关在认定信息交换的限制竞争属性时,都要考虑不同市场结构所带来的不同影响。如欧盟委员会在认定信息交换涉嫌违反《欧盟运行条约》第101条时,会重点考虑市场结构因素。因此,我国反垄断法执法机关在对信息交换的违法性进行判断时,也应当从具体的市场结构入手,将其作为判定信息交换产生反竞争效果的间接证据。

(二)参加者情况

一是参加者之间的相互关系。信息交换如果发生在竞争者之间,或者是由行业协会组织成员竞争者实施,那么这种行为排除、限制竞争的风险较大。经营者之间关于价格、运输费用、劳动力成本、市场定位、杠杆标准等信息的交流和分享,大多数发生在直接竞争者之间。通常而言,他们以垄断市场为目的,或通过信息交换实现共谋,或监督共谋实施。在少数情形下,非竞争者之间也会开展信息交换。如特许经营中,既有经销商之间的信息交流,也有不同

特许商之间的信息交流。一般来看,竞争者之间的信息交换反竞争风险更大,而其他主体间的信息交换限制竞争的风险相对较小。这是因为,前者可以通过信息交换实现固定价格或是限制产量等垄断利益的分配,非竞争者之间的逐利目标与实现方式难以统一。另外,需要注意的是,如果是具有竞争关系的经营者,分别与共同的交易相对方进行信息交换,那么这种信息交换行为极易引发“轴辐共谋”。具有竞争关系的经营者(辐条竞争者)借由与共同的交易相对方(轴心经营者)的信息交换,间接实现辐条竞争者之间的横向共谋。这种非竞争者间的信息交换,需要执法机关予以重点关注。

二是参加者的市场力量。一般而言,在相关市场中,经营者的市场力量对经营活动的竞争效果会产生重大影响。事实上,信息交换参与者的市场力量越强,反竞争性的风险越大。同时,当参与信息交换的经营者数量较多时,累积拥有的市场力量也会引发较大的排除、限制竞争可能。这是因为,参与者的数量越多、市场力量越强,未参与信息交换的竞争者抑制、抵消其反竞争行为的力量就越弱。例如,未参与信息交换的经营者定价低于协调价格的水平,则会从外部消解该信息交换及其引发共谋结果的稳定性和有效性。

五、违法性判定的形式要素： 交换方式分析

交换是行业协会或是经营者进行信息互通的首选路径。通常信息交换的目的、频率、方式等方面,对判定信息交换行为的市场竞争危害性具有一定的影响力。

(一) 信息交换的目的

信息交换的目的,是判断该类行为违法性的主要因素。如果信息交换的直接目的在于排除、限制竞争,那么该类信息交换反竞争风险比较大;如果信息交换的主要目的在于提高效能等正当诉求,那么该类信息交换反竞争风险比较小。如20世纪20年代美国在判例中阐明的“明显目的理论”。在美国硬木案中,信息交换的主要目的就在于劝诱成员经营者联合限制生产、减少市场供应,以维持高价……根本目的是谋求各个经营者在生产、价格上的协调一致,因此被认定违法^[22]。美国水泥制造商保护协会案中,法院认定被告信息交换的目的在于防止交货时受欺诈而非反竞争目的,故没有认定为违

法^[23]。

(二) 信息交换的频率

信息交换的频率,主要是指信息交换发生的时间频度是常规性的还是偶发性的。经营者信息交换的频率越高,反竞争风险就越大。因为信息的频繁交换有助于经营者更加了解彼此的经营情况,明确通谋的要点,或者监测通谋者的“偏离或退出行为”。频繁的信息交换有助于增加通谋实施的成功性和长期维持的稳定性。在不稳定的市场中或者市场主体众多的市场中,经营者之间更需要频繁的信息交换,这样经营者才能就共同利益和合谋内容进行协商并达成一致。也就是说,信息交换的次数越多,越有助于促成经营者就利益进行分配,实施协调行为。例如,定期进行信息交换,甚至建立专门的信息交换机制或系统,会使经营者之间不间断地就固定的价格水平或产量水平等关键竞争要素进行协商,并最终确定各方均满意的共同利益点,进而达成共谋。与之相反,偶发性的信息交换,难以保障经营者达成合意或是监督彼此间的共谋行为,因此其反竞争风险较小。

(三) 信息交换的方式

信息交换方式影响信息交换限制竞争的效果,主要体现在两个方面。

其一,信息交换是经营者之间的秘密交换,还是公开的信息交换。如前文所述,信息交换促进市场竞争效果必须以公开交换信息为前提。公开的信息交换有助于减轻买方的搜索成本,有利于买方比价。相反,如果是经营者之间的秘密信息交换,排除买方参与信息交换,必然使得买方无法得知市场信息,增加商品搜寻成本,无法有效识别最低价格,因而影响市场交易的效率。同时,个别经营者之间的秘密信息交换,还有可能通过信息透明化,增强卡特尔监督与惩罚成员背弃卡特尔的能力,不利于市场竞争。因此,秘密的信息交换反竞争风险更大。

其二,信息交换是经营者之间的直接交换,还是经由社会或者第三方进行的间接交换。直接的信息交换,是指竞争者之间直接进行的信息交换。竞争者之间,尤其是个别竞争者之间的信息交换,易于引发共谋,排除限制竞争的风险大。间接的信息交换,是指经营者通过第三方或者向社会公众公开信息等方式来实现信息交换。

间接信息交换的违法性判定较为复杂,需要根据具体情况分别判定:(1)如果经营者经由政府或行业协会、第三方独立机构汇总并公开信息的,多为

交换整体产业发展与投资环境的公共信息,这样的信息交换有助于公共利益,较少产生反竞争效果。(2)如果经营者经由他们共同的上下游交易商进行信息交换,则可能引发轴辐型协议,这种信息交换排除限制市场竞争的风险比较大。在一般情况下,间接信息交换比直接交换方式引发的反竞争风险小。因为间接方式有利于避免竞争者之间的直接接触,减少共谋机会,降低合意形成的可能性。但是,在经由他们共同的上下游交易者进行的信息交换的情况下,性质则有所不同。在该种情形下,经营者通过与他们共同的上下游交易者的信息交换,可以间接地实现经营者之间直接交换信息的效果,辐条上的经营者可以通过轴心经营者(他们共同的交易者)实现信息交换,从而达成横向共谋。因此,如果经营者借由他们共同的上下游交易者进行信息交换时,反垄断机构应当予以重点关注,以防范轴辐协议的出现。

(四)是否附加实施垄断协议的建议性行为

在市场经济中,市场主体自由选择、自主判断、独立决策是市场自由竞争的前提和基础^[24]。经营者之间如果在信息交换中附带固定价格、限制产量、限制技术创新等建议性行为,则会在一定程度上影响经营自主权,并极大地增加信息交换诱发通谋行为的概率,增大反竞争结果出现的可能性。

这是因为经营者之间如果在信息之外,额外附加有实施垄断协议的建议性行为,一方面可以对交换者起到明确的行为引导,暗示经营者间信息交换的主要目的在于被建议的垄断协议的达成,从而排除限制竞争;另一方面,这种附带有实施垄断协议的建议性行为,在客观上会引导经营者就信息交换的内容朝着价格卡特尔、数量卡特尔等共谋行为的方向不断修正,使得共谋结果更可能发生。因此,附带有建议性行为的信息交换,会使得原本就可能促导共谋发生的情形进一步被明确,发生的概率进一步被提升,反竞争结果更可能出现。因此,我国法律对于附带有垄断协议建议性行为的信息交换,应当持有更加严格的规制态度。对于未附有垄断协议建议性行为的信息交换,则可以持有谦抑审慎的规制态度。

结 语

经营者间交换商业信息兼具提升经营效率、促进市场竞争,以及增强共谋稳定性、封锁相关市场的

双重效果。为了科学认定信息交换的法律性质,合理规制垄断协议行为,我国应当科学、体系化构建信息交换的违法性判定路径和方法。

从判断原则角度而言,经营者间交换相关市场敏感信息,并依据信息内容促成核心卡特尔的达成和实施,这种信息交换属于原则违法;反之,信息交换未引发相关垄断协议行为的,应当适用合理分析方法进行违法性判断。

从判定要素角度来看,应当以信息要素、市场要素、交换要素为主要标准,确立可操作性较强的违法判定规则。首先,在信息要素层面,信息的类型化、时效性、针对性、公开性等,均会影响交换行为的反竞争效果。关乎特定经营者现在或未来的重要竞争手段,且未向市场公开的信息,排除、限制竞争的风险较大。其次,在市场要素层面,相关市场结构、参与者情况都可以作为判定信息交换是否产生反竞争效果的间接证据。最后,在交换要素层面,信息交换目的、交换频率、交换方式、是否附加垄断协议的建议性行为等,均对信息交换行为的市场危害性具有影响力。经营者以排除、限制竞争为目的,通过常规性、秘密性、直接性等方式进行信息交换,并附加建议性行为的,应当认定为违法。构建科学的信息交换违法性判定规则,是完善反垄断法垄断协议规则制度的重要内容,对保障执法机构精准认定信息交换行为的违法性,有效规制通谋行为具有重要意义。

参考文献

- [1] U.S. DEP'T OF JUSTICE, FED. TRADE COMM'N. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors [EB/OL]. (2000-04-07) [2022-10-19]. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.
- [2] OECD. Information Exchanges Between Competitors under Competition Law [EB/OL]. (2010-10-12) [2022-06-19]. <https://www.oecd.org/daf/competition/48379006.pdf>.
- [3] European Commission. Guideline on the Applicability of Article 101 TFEU to Horizontal Co-operation Agreements [EB/OL]. (2011-01-11) [2022-06-19]. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN).
- [4] 日本公正交易委员会. 事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針 [EB/OL]. (1995-10-30) [2022-02-05]. <http://www.jftc.go.jp/dk/jigyoshadantai.html>.
- [5] BENNETT M, COLLINS P. The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly [J]. European Competition Journal, 2010(6):336.
- [6] ANDERSON C C, PEARCE T P. The Antitrust Risks of Information Sharing [J]. Franchise Law Journal, 2003(17):18.

- [7] 施锦村, 马秦成, 单骥, 等. 竞争法规范有关事业间交换敏感资讯与联合行为之研究[J]. 公平交易季刊, 2018(2):90-102.
- [8] BARRON J M, STATEN M E, The value of comprehensive credit reports: lesson from the U.S. experience. Credit reporting systems and the international economy[M]. The MIT Press, 2003:27.
- [9] United States v. American Linseed Oil Co., 262 U.S. 371 (1923).
- [10] Phillips v. Crown Central Petroleum Corp., 395 F. Supp. 735, 757-758 (1975).
- [11] Maple Floor Manufacturers' Association v. United States, 268 U.S. 563 (1925).
- [12] United States v. Container Corp. of Am., 393 U.S. 333(1969).
- [13] United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422, 441 n.16 (1978).
- [14] U.S. DEP'T OF JUSTICE, FED. TRADE COMM'N. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors[EB/OL].(2000) [2022-10-19]. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.
- [15] 施锦村. 竞争法规范有关事业间交换敏感资讯与联合行为之研究[M]//公平交易委员会. 第24届竞争政策与公平交易法学术研讨会论文集. 2018:86.
- [16] HAN J. Antitrust and Sharing Information about Product Quality [J]. University of Chicago Law Review, 2006(73):1008-1100.
- [17] U.S. DEP'T OF JUSTICE, FED. TRADE COMM'N. Antitrust Policy System on Sharing of Cybersecurity Information[EB/OL]. (2014-4-10)[2022-01-19]. <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/04/10/305027.pdf>.
- [18] European Commission. Guideline on the Applicability of Article 101 TFEU to Horizontal Co-operation Agreements [EB/OL]. (2011-01-11) [2022-06-19]. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN).
- [19] Commission Decision of 17 February 1992 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty IV/31.370 and 31.446 - UK Agricultural Tractor Registration Exchange [EB/OL]. (1992-02-17) [2022-03-19]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992D0157>.
- [20] Commission Decision of 26 November 1997 relating to a proceeding pursuant to Article 65 of the ECSC Treaty (Case IV/36.069 Wirtschaftsvereinigung Stahl [EB/OL]. (1997-11-26) [2022-03-19]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31998D0004>.
- [21] Commission Decision, Cartonboard, in[1994] OJ L243/1.
- [22] Am. Column, Lumber v. United States, 257 U.S. 377, 411 (1921).
- [23] Cement Mfrs. Protective Ass'n v. United States, 268 U.S. 588 (1925).
- [24] 王玉辉. 滥用优势地位行为的违法性判定与规制路径[J]. 当代法学, 2021(1):106-116.

On the Approach and Method of Determining the Illegality of Information Exchange

Wang Yuhui

Abstract: Information exchange in the market economy has the dual effect of helping operators achieve target marketing and benchmarking management, promoting consumer welfare, improving economic efficiency, and triggering collusion and market blocking. In this regard, China should construct a scientific method of judging the illegality of information exchange in the monopoly agreement system from the following two major aspects in order to effectively identify information exchange behaviors that restrict competition. On the one hand, if operators exchange sensitive information and cause hard-core cartels to occur, they should be judged as illegal in principle. On the other hand, if operators only exchange information separately, it should be reasonably analyzed according to the information elements, market elements and exchange mode elements. As the core element of the determination of illegality, information should be considered from four dimensions: information type, timeliness, pertinence and openness. Market elements should consider market structure and participants. The elements of exchange mode should determine the purpose, frequency, mode of exchange and whether to add suggestive behavior, and then construct the rule system for determining the illegality of information exchange in China.

Key words: information exchange; sensitive information; monopoly agreement

责任编辑:一鸣