

中国监管机构加大医药行业反垄断执法力度

—评首例协同行为反垄断处罚案

顾正平合伙人¹

背景

自 2008 年 8 月实施《反垄断法》以来，一些涉及民生的行业一直是中国反垄断执法机构的重点关注领域，例如汽车、快消品、保险、建材、旅游、烟草、电信、公用事业等。尤其是最近两年来国家发展改革委（“**发改委**”）对汽车行业展开的一轮轮反垄断执法风暴，引起了社会的广泛关注。然而同样为民生焦点的医药行业反垄断执法似乎是“雷声大、雨点小”。尽管在过去几年有各种调查的报道或传闻，无论是国家工商总局（“**工商总局**”）还是发改委都没有在医药行业开出罚单。但自 2015 年年底到 2016 年初的一个多月内，工商总局和发改委相继公布了两起医药领域的反垄断行政处罚案件，即重庆青阳药业有限公司滥用市场支配地位案²和重庆青阳药业有限公司及上海信谊联合医药药材有限公司等四家别嘌醇片生产商垄断协议案³。两家执法机构几乎同步的执法行动标明医药行业的反垄断正在加速。

2016 年 7 月底，发改委再次重拳出击医药行业，公布了对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**”）和常州四药制药有限公司（“**常州四药**”）等三家公司达成并实施垄断协议的处罚决定，合计罚款 260 余万元。该案涉及上下游两个相关市场的两类垄断行为，即三家公司在艾司唑仑原料药市场达成并实施了联合抵制交易的垄断协议，并在艾司唑仑片剂市场达成并实施了固定或变更商品价格的垄断协议。值得注意的是该案为中国反垄断监管机构公布的第一例以协同行为方式达成垄断协议的案件。同时本案也是继广州番禺动漫游艺行业协会垄断协议案⁴后中国第二例联合抵制交易的垄断协议案件。该案既标志着中国反垄断监管机构在医药医疗行业的执法力度逐渐加大，也体现了发改委在处理复杂的反垄断案件方面越发成熟和专业。

违法事实和“协同行为”的认定依据

¹顾正平律师是北京安杰律师事务所的创始合伙人，专长于竞争法及并购业务。联系顾正平律师可通过电邮：michaelgu@anjielaw.com 或致电（8610）85675959。

²该案执法公告详见国家工商总局网站：http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201512/t20151222_165152.html

³该案执法公告详见发改委网站：http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/201607/t20160727_812589.html

⁴该案执法公告详见国家工商总局网站：http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201512/t20151208_164680.html

艾司唑仑具有镇静、催眠和抗焦虑疗效，是国家严格管控的二类精神药品，艾司唑仑片属于国家基本药物目录中的神经系统用药，同时列入国家低价药目录。由于中国对二类精神药品原料药的准入和生产实行严格管制，全国获得艾司唑仑原料药生产批文的企业只有 4 家，实际在产的只有华中药业、山东信谊和常州四药，这 3 家企业同时也是艾司唑仑片的生产厂家。根据发改委的调查结论，三家企业在 2014 年 9 到 10 月间在河南郑州举行会议（“**郑州会议**”），协商艾司唑仑原料药和片剂的有关安排。三家企业达成以下共识：一是各自生产的艾司唑仑原料药仅供本公司生产片剂使用，不再外销；二是对艾司唑仑片剂集体涨价形成默契。之后不久，三家企业分别实施了停止供应原料药和调高艾司唑仑片剂价格的垄断协议。

《反垄断法》第 13 条第 2 款规定，“本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”本案中华中药业和山东信谊通过会面、电话和短信等方式多次就停止供货和调价进行沟通，其构成垄断协议的行为比较明显。而常州四药虽没有积极参与协商，但其对参会期间讨论内容没有提出异议，并在事后跟随采取了一致行动，因此与其他两家企业构成了协同行为。本案成为反垄断法实施 8 年以来，反垄断执法机关公布的首例以协同行为方式达成和实施的垄断协议案件。发改委制定的《反价格垄断规定》第六条和工商总局制定的《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第三条分别对如何认定协同行为进行了具体规定（详见下表一）。尽管两家执法机构在协同行为规定的文字表述上略有不同，但基本的考察因素是类似的，即行为的一致性、经营者之间的意思联络、一致行为是否有合理解释以及市场结构和市场变化等情况。

| 执法机构 考察因素 | 工商局 | 发改委 |
|--------------|-------------------------------------|-------------------|
| 行为一致性 | 经营者的市场行为是否具有 一致性 | 经营者的价格行为具有一致 性 |
| 意思联络 | 经营者之间是否进行过意思 联络或者信息交流 | 经营者进行过意思联络 |
| 合理解释 | 经营者能否对一致行为作出 合理的解释 | —— |
| 其他因素 | 相关市场的结构情况、竞争状 况、市场变化情况、行业情况 等 | 市场结构和市场变化等情况 |

（表一：认定协同行为的具体规定）

以下结合发改委在本案中认定的事实和分析思路来具体阐述协同行为的认定标准和考虑因素。

行为的一致性

本案中的行为一致性主要体现在以下几个方面：1. 三家企业在郑州会议后一个月内相继下发艾司唑仑片调价函，调价（涨价）时间基本一致；2. 三家企业的艾司唑仑片涨价幅度接近，与郑州会议协商的涨价目标基本一致；3. 三家企业均在相同的时间段拒绝向下游片剂生产企业供应原料药。

意思联络

三家企业在郑州会议上就不向三家企业外的其他企业供货和片剂的涨价事项进行了讨论。尽管对片剂涨价的具体价格水平没有达成确切意见，但华中制药提出了涨价幅度提议，其他两家参会企业没有明确反对。郑州会议后华中制药与山东信谊又多次以电话、短信、邮件等方式沟通调价信息。发改委认为，常州四药参加了不对外供货的会议协商，且没有就不对外供货的决定表示明确反对，也没有就这一事实向反垄断执法机构主动报告，因此与其他两家企业存在意思联络。由此可见，经营者只要参与了相关会谈，即使没有积极表态，默认方式也可能会被推定为一种意思联络，从而构成协同行为的重要证据。

一致行动缺乏合理的理由

常州四药在发改委调查过程中，提出了其停止供应原料药是由于产能限制，出于保证自身片剂生产的抗辩理由。常州四药还辩称艾司唑仑片涨价是基于其在市场上搜集到的信息作出的决定，根据国家政策和市场竞争状况独立做出的。考虑到常州四药与其他两家停止供货和涨价的企业存在事先的沟通并达成了默契，发改委对常州四药的抗辩理由未予采纳。

市场结构和市场变化

发改委调查认为，本案中的艾司唑仑原料药市场是典型的寡头垄断市场。艾司唑仑原料药生产实行严格的注册审批制，市场准入门槛高，在相关市场长期以来只有三个经营者，其他经营者较难进入。同时，艾司唑仑原料药是制剂生产的关键投入品，片剂生产企业对原料药生产企业高度依赖，并只能向其已经备案的原料药厂家采购，在交易过程中处于弱势地位。三家企业很容易在艾司唑仑原料市场达成默契。2015年在三家企业通过联合抵制交易控制原料药市场后，14家艾司唑仑片剂企业被迫停产，在较短时间内片剂市场竞争状况恶化。发改委认为联合抵制交易为三方进一步实施联合涨价行为扫除了竞争障碍。

综上所述，发改委认为华中药业、山东信谊、常州四药针对艾司唑仑原料药达成并实施的联合抵制交易的垄断协议，使其他片剂生产企业由于缺少关键投入品而被迫退

出市场，严重排除、限制了片剂市场的竞争；同时三家企业达成并实施的提高艾司唑仑片剂价格的垄断协议，直接导致 2015 年以来艾司唑仑片剂价格的大幅上涨，损害了消费者利益。

处罚尺度和严格的宽大政策适用标准

本案中发改委对三家企业根据其各自行为的性质、程度、持续时间，以及当事人在垄断协议中的不同作用、对调查的配合程度及立功表现等因素，区别对待进行了处罚（详见下表二）。

| 经营主体 | 从重或从轻处罚情节 | 处罚金额(人民币:万元) | 占艾司唑仑片销售额百分比(2015年) |
|------|---|--------------|---------------------|
| 华中药业 | 在垄断协议的达成、实施过程中起组织和主导作用，属于从重情节、且无从轻或减轻情节 | 157.1829 | 7% |
| 山东信谊 | 垄断协议的参与者、具有配合调查且有立功表现的从轻情节 | 54.7563 | 2.5% |
| 常州四药 | 垄断协议的跟随者、违法程度较轻且能积极主动整改 | 48.4431 | 3% |

（表二：艾司唑仑垄断协议案处罚一览表）

发改委在本案处罚的一个突出之处是对宽大政策的适用采取了较为严格的认定标准。在调查期间，山东信谊主动陈述关于郑州会议的基本情况和达成的口头协议内容。但由于其主动陈述行为发生在发改委发现关键证据之后，发改委认为其不属于对认定价格垄断协议具有关键作用的证据，因此不适用宽大政策。但发改委适用《行政处罚法》第二十七条第一款第（三）项“配合行政机关查处违法行为有立功表现的”依法对山东信谊进行了从轻处罚。根据发改委现行有效的《反价格垄断行政执法程序规定》，主动报告达成垄断协议的情况并提供重要证据的前三名经营者都能适用宽大政策，即得到减轻或免除处罚。该规定并没有区分经营者的主动报告是在发改委调查前还是调查后。而且在此前的发改委执法实践中，亦有经营者在调查启动后主动交代违法行为而得到减轻处罚的先例（例如浙江机动车保险行业价格垄断案⁵）。发改委于 2016 年 2 月公布的《横向垄断协议案件宽大制度适用的指南》（“宽大制度适用指南”）征求意见稿规定，在执法机构启动调查后，参与垄断协议的经营者仍有机会向调查机构申请宽大处理。根据该征求意见稿第六条，在执法机构已经启动调查程序后，经营者申请宽大处理的，其向执法机构提交的证据标准要求很高，应该是“对最终认定垄断协议行为具有显著增值作

⁵该案处罚公告详见发改委网站：http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/201409/t20140902_624513.html

用的证据”（如：对垄断协议的达成和实施方面具有更大证明力或具有强化、补充证明价值的证据）。与以往在适用宽大政策方面的灵活态度相比，本案反映了发改委在宽大政策的运用上已倾向于更为严格的标准。尽管宽大制度适用指南尚未生效，但发改委在本案处罚决定中体现的原则与宽大制度适用指南征求意见稿相符。

总结

医药行业是涉及生命健康和安全的重点民生领域，医药行业的反垄断可谓任重道远。根据相关媒体报道，发改委今年已经向各大医药、医疗器械生产和销售商发放了两轮行业调查询问函，对全行业涉嫌垄断行为进行深入全面的调查摸底。本案揭开了医药行业反垄断执法的序幕，发改委很有可能将在近期掀起一轮比汽车行业反垄断更猛烈的执法风暴。根据发改委于 2016 年 5 月发布的《关于在全国开展药品价格专项检查的通知》（发改价监[2016]1101 号），发改委在全国范围内重点检查价格出现异常波动的原料药、药品品种，旨在维护医药市场公平竞争秩序，保护广大患者的合法权益，规范药品价格行为。

根据笔者的观察和分析，发改委在医疗行业的调查将具有以下特点：1. 涉及企业主体多样，包括外企、国企和民营企业；2. 涵盖各种垄断行为，包括滥用市场支配地位的拒绝交易、不公平高价、搭售等行为，横向串通涨价和分割市场、纵向维持转售价格等，而且一些隐蔽的默契行为（如本案中的协同行为）和更为复杂的有偿延迟（Pay for Delay）行为等也都在发改委监管视野内；3. 处罚力度进一步加强，很有可能出现一些天价罚单。

为防范和应对此轮行业调查的反垄断风险，建议医药和医疗器械相关企业加强反垄断合规建设，尤其需注意以下几个方面：

1. 及时展开反垄断风险排查，必要时聘请专业律师协助进行反垄断内部审计，对可能涉嫌违法反垄断法的行为进行风险评估；
2. 对高管和员工（尤其是销售部门）进行反垄断合规培训，加强合规和守法意识；
3. 对公司产品的定价政策、销售政策、经销商合同等从反垄断法的角度进行审查，以确保合法；
4. 警惕本案中反映出的协同行为，审慎对待敏感信息交换。任何时候都要避免与竞争对手讨论、交换涉及价格和产量、产能等方面的敏感信息，即使是参加行业协会也不能触及这些“禁区”。一旦涉及这些敏感话题，公司参会人员应该态度坚决表示异议，并可要求将不同意见记录在相关会议记录中。态度暧昧会导致公司像本案中常州四药一样在日后的反垄断调查中陷入不利局面；

5. 如发现存在涉嫌违法行为，则更应尽早咨询专业律师意见，及时研究、制定可行的整改方案。在全面权衡相关商业利益和法律风险的基础上，可主动向执法部门报告，以争取得到宽大处理。