

## 《行业协会价格行为指南》律师点评

詹昊、宋迎、马成豪

2017年7月20日，国家发展和改革委员会（“发改委”）发布2017年第6号公告，公布《行业协会价格行为指南》（“指南”）。指南共十三条，涵盖指南制定的依据、制定目的、行业协会的主体范围、指南规制的行为类型、行业协会价格行为风险等级提示、行业协会及会员的法律责任等内容。

### 一、 指南制定之背景

《中华人民共和国价格法》（“《价格法》”）第十七条规定行业协会应当守法自律，然而对于行业协会如何加强价格自律，价格自律行为的合法与违法的边界和认定问题，没有详细的规定。同样，《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）第十一条、第十六条和第四十六条第三款分别规定了行业协会之倡导行为、禁止行为和法律责任，但每条一句而止，相关规定简洁概括，在反垄断执法实践中适用性不强。现阶段，我国的相关行业协会违反《反垄断法》者不在少数，原因主要有：第一、我国的许多行业协会具有浓郁的半官方色彩，在行业自律的名义下实施横向垄断协议等违法行为没有引起行业协会本身的警惕。第二、现行《反垄断法》没有对行业协会的主体概念、主体性质、法律行为等进行明确的说明，许多行业协会热衷于参与会员的经营管理，对《反垄断法》了解不够。第三、相对经营者来讲，行业协会的法律责任极低，以上立法现状是涉行业协会垄断案件多发的重要原因。

在过去九年中，发改委查结的行业协会违法相关案件有：浙江省富阳市造纸行业协会组织经营者达成价格垄断协议案<sup>1</sup>，上海黄金饰品行业协会及部分金店实施价格垄断协议案<sup>2</sup>，浙江省保险行业垄断案<sup>3</sup>，湖南娄底市保险行业垄断案<sup>4</sup>等。

<sup>1</sup>[http://jjs.ndrc.gov.cn/fjgld/201203/t20120306\\_465488.html](http://jjs.ndrc.gov.cn/fjgld/201203/t20120306_465488.html)

<sup>2</sup><http://www.shdrc.gov.cn/fzgggz/jggl/jggdt/12455.htm>

<sup>3</sup>[http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/201409/t20140902\\_624513.html](http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/201409/t20140902_624513.html)

<sup>4</sup><http://hnr.voc.com.cn/article/201212/201212282319146192.html>

与此同时，工商部门也查获了一些涉及行业协会违法的非价格垄断案件。

此外，发改委还查获了大量行业协会乱收费的案件，并开展专项整治行业协会乱收费活动<sup>5</sup>，同时向社会公开价格违法举报电话 12358，接受并处理各种价格违法举报和投诉，一定程度上遏制了行业协会乱收费的违法行为，维护了经营者的合法权益。

除《反垄断法》外，为了真正体现行业协会的作用，防止行政机关与行业协会之间政企不分的关联，2015 年 7 月 8 日，中央委员会办公厅、国务院办公厅颁发《行业协会商会与行政机关脱钩总体方案》；2015 年 7 月 16 日，国务院办公厅颁发《国务院办公厅关于成立行业协会商会与行政机关脱钩联合工作组的通知》。

综上，在现行立法规制不足、行业协会所涉垄断案件多发、国家顶层推动行政机关与行业协会职能分离的综合背景下，指南应运而生。

## 二、 指南规制的主体范围

### （一） 主体之构成要件

指南明确指出行业协会一般是指由同业经济组织和个人（“会员”）组成，实行行业服务和自律管理，在县级以上人民政府社团登记管理机关依法登记的社团法人。同时，虽然以“学会”、“商会”、“同业公会”、“联合会”、“促进会”、“联盟”等名称命名，但符合前述定义的社团法人，也属于指南所称的行业协会。

我们认为，指南的前述规定对于行业协会的主体范围进行了一定程度的明确，值得肯定。但是，对于宣称是行业协会但未依法登记的不合格的“行业协会”应当如何处理，指南并未涉及，尚需我国相关立法、执法进一步明确。

### （二） 主体之转换（“行业协会”至“经营者”）

指南第二条、第十二条强调行业协会在开展某些价格活动时等同于经营者，包括：（1）向会员或者会员以外的公民、法人、其他组织提供有偿的咨询、培训、信用评价、展览等服务；或者（2）有偿提供协会创办的报刊、出版物以及其他商品。

---

<sup>5</sup><http://www.bjczj.gov.cn/news/root/tzgg/2017-06/124009.shtml>

根据《反垄断法》第四十六条，“行业协会”和“经营者”的法律 responsibility 相差悬殊。该制度的设计可谓是一个创新，是对《反垄断法》的进一步完善，规制了利用行业协会主体资格从事违法垄断行为但是承担较小法律责任的漏洞，同时将从事有偿服务的“非营利性”的行业协会视为“经营者”从实质讲并无不当。

### 三、 指南规制的价格违法行为和行为的风险等级提示

#### (一) 交换价格等敏感信息

指南多处提及“交换价格信息”，并在第九条明确行业协会“组织交换会员之间的价格信息，将价格信息在会员或者行业内其他经营者之间相互通报”，具有明显的排除、限制竞争效果，法律风险极高。

我们理解，此处的价格信息为：(1) 非公开可获取的（保密信息）；(2) 非历史性信息；(3) 行业或产品（服务）相关的；(4) 具有价格导向或暗示意义的。

除了价格信息、成本信息之外，客户信息、产量信息、库存信息、研发信息等，以及其他与研发、生产和销售密切相关的非价格敏感信息，指南并未做明确规定，该问题有待立法和执法实践进一步完善。

另外，指南规定，不同行业协会共同组织各自会员之间采取价格上的一致行动，极可能触犯法律法规的规定。行业协会之间在组织会员行动时，应当注意避免指南第九条、第十条提示的法律风险。上述规定涉及到目前不同行业协会共同违法的情形，是现有法律规定之外的一个亮点。

#### (二) 行为之风险等级提示

风险等级	风险提示	具体行为
1	一般不会有法律风险，并且对于促进市场竞争、维护行业利益有积极	行业协会在维护行业和行业内经营者的合法权益过程中，从事以下行为： （一）向政府价格主管部门反映涉及行业利益或者行业内经营者利益的意见和建议。 （二）向政府价格主管部门反映行政机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织（“行政机关”）或者其他经营者侵害会员自主定价权的行为。 （三）向省级以上政府价格主管部门举报行业上下游经营者或者同行业其他经营者达成价格垄断协议、滥用市场支配地位等行为。 （四）向省级以上政府价格主管部门反映行政机关滥用行政权力排除、限制竞争的行为。 （五）代表会员或者行业，就政府价格主管部门及其工作人员的不当行为提出批评和建议。 （六）拒绝行政机关要求行业协会实施指南第九条所列行为的指示，并将上述情况向省级以上价格主管部门报告。 （七）在价格监督检查和反垄断执法过程中，在会员向政府价格主管部门陈述、申辩时，依法向会员提供帮助。

	作用	(八) 协助政府价格主管部门调解会员或者本行业其他经营者与消费者之间产生的价格纠纷。
2	一般不会有法律风险或者风险较小	<p>行业协会制定行业规则、标准，实施行业自律，从事以下行为：</p> <p>(一) 在不违反明码标价有关规定的情况下，倡导会员增加明码标价标示的内容，或者在行业内推广运用电子标价签、电子价目表等新的明码标价形式。</p> <p>(二) 公布会员所提供服务项目和服务范围和服务标准，防止经营者拆分服务项目或者降低服务标准。</p> <p>(三) 提示会员不得利用行业协会作为平台，相互之间交换价格、成本信息或者协调价格政策。</p> <p>(四) 在组织会员活动的过程中发现会员之间相互商讨价格、交流价格信息时，及时予以制止。</p> <p>(五) 对会员违反价格、反垄断法律法规规定的行为，采取告诫、行业内通报、公开谴责等手段予以制止。</p>
3	法律风险较大	<p>行业协会发布价格信息，可能对社会公众的价格预期和正常的市场价格秩序产生影响。通常情况下，可以按照以下原则，来衡量行业协会发布价格信息的行为面临法律风险的程度：</p> <p>(一) 社会公众对相关信息来源的获取途径越少，行业协会发布价格信息可能对公众的价格预期影响越大。</p> <p>(二) 相关市场集中度越高，行业协会发布相关市场内市场份额较大的企业将要执行的价格、价格政策或者定价策略，对公众的价格预期影响越大。</p> <p>(三) 相关商品的需求弹性越小，行业协会发布价格信息对公众的价格预期影响越大。</p> <p>(四) 行业协会对行业内经营者管控能力越强，行业协会发布关于价格必将或者极有可能上涨或者下跌的趋势分析，对公众的价格预期影响越大。</p>
4	法律风险很大	<p>行业协会发布价格信息，容易引导行业内经营者之间达成价格垄断协议。相比发布历史的、行业综合性、公开收集到的价格信息，发布现行的或者将来的价格信息，发布某一经营者、某一产品的价格信息，发布经营者难以收集的价格信息，导致行业内经营者达成价格垄断协议的法律风险更大：</p> <p>(一) 行业内生产经营成本越稳定，行业集中度越高，越可能受到行业内经营者近期发生的成本、价格信息的影响。行业协会发布行业内经营者近期发生的生产成本、销售报价、成交价格等价格信息，容易引发价格垄断协议的达成。</p> <p>(二) 行业协会发布市场份额较大的企业将要执行的价格，容易引发价格垄断协议的达成。</p> <p>(三) 行业的生产经营与上下游联系越紧密，行业内经营者越容易对上下游成本、价格波动采取一致性的应对措施。行业协会发布上下游成本、价格的变化信息，越容易引发价格垄断协议的达成。</p> <p>(四) 行业协会掌握的行业管理权限越大，收集和发布行业内经营数据越全面，发布的价格、成本变化趋势分析越具体，对会员的影响和管控能力越强，其所发布的价格趋势分析越容易引发价格垄断协议的达成。</p>
5	法律风险极大——《反垄断法》	<p>行业协会从事以下价格行为，具有明显的排除、限制竞争效果：</p> <p>(一) 组织本行业的经营者达成价格垄断协议。</p> <p>(二) 组织交换会员之间的价格信息，将价格信息在会员或者行业内其他经营者之间相互通报。</p> <p>(三) 通过统一优惠条件或者期限的方式组织本行业的经营者达成价格垄断协议。</p> <p>(四) 发布行业内指导价、基准价、参考价、推荐价等具有引导性的价格。</p> <p>(五) 以公布价格计算公式的方式对成本构成、利润率等因素予以限定。</p> <p>(六) 制定具有排除、限制价格竞争的规则、决定、通知、标准等。</p> <p>(七) 通过行业内惩戒机制保证或者促进经营者实施价格垄断协议。</p>
6	法律风险极大——《价格法》等	<p>行业协会从事以下价格行为，将严重扰乱市场价格秩序：</p> <p>(一) 捏造、散布本行业的涨价信息，推动本行业商品或者服务价格过快、过高上涨。</p> <p>(二) 捏造、散布本行业的上下游行业的涨价信息，间接推动本行业商品或者服务价格过快、过高上涨。</p> <p>(三) 捏造、散布本行业的生产经营成本上涨信息，推动本行业商品或者服务价格过快、过高上涨。</p> <p>(四) 组织或者引导会员或者本行业的其他经营者在生产自用外，超出正常存储数量或者存储周期，大量囤积市场供应紧张、价格发生异常波动的商品；或者通过制定行业标准等方式对会员的商品库存数量、存储周期等库存管理作出规定，推动本行业商品或者服务价格过快、过高上涨。</p>

### (三) 行业协会发布价格信息的风险

指南在第七条和第八条对于如何衡量行业协会发布价格信息的风险进行了指引，考虑因素包括信息的性质、类型、范围、收集难度和公开程度，行业集中度，相关商品的需求弹性，行业与上下游的紧密度以及行业协会的管理权限等。

值得注意的是，价格构成与产品、服务内容的多元化是自由竞争的保证，也是自由竞争的结果。如果，行业协会公布会员所提供服务项目和服务范围和服务标准，但不公布具体价格相关信息，或者仅公布“政府指导价”、“项目服务最高价”或者以“详情请咨询会员”的方式提示需求方，可能有利于需求方尽快找到目标供应者且更好地了解市场内价格情况，同时可以避免会员单位进行价格跟随或者价格协同等违法行为，违法风险较低。

但是，对于行业协会公布行业或某些经营者的具体价格的行为，则可能影响公众以及行业内其他经营者对价格的预期，有可能引发价格垄断协议的达成。具体而言，社会公众对相关信息来源的获取途径越少，相关市场集中度越高，相关商品的需求弹性越小，行业协会对经营者管控能力越强，行业协会发布价格信息可能对公众的价格预期影响越大，相关反垄断风险越大。

应当承认，对价格信息的公布在某些情况下可能有利于买方进行商品议价，同时在某些市场结构下有可能促使卖方下调价格，但需要进行个案分析。总体而言，行业协会公布价格信息的行为具有相对高的反垄断风险，建议行业协会慎重行事，如确有必要，在公布前咨询反垄断专业律师的意见。

#### **四、 违反指南之法律责任**

##### **(一) 行业协会之法律责任**

行业协会从事了指南提示的具有法律风险的行为，执法部门会依法开展调查并实施行政处罚。根据《中华人民共和国行政处罚法》第八条，行政处罚种类包括：（一）警告；（二）罚款；（三）没收违法所得、没收非法财物；（四）责令停产停业；（五）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；（六）行政拘留；（七）法律、行政法规规定的其他行政处罚。此外，对于存在违反价格、反垄断法律法规情节严重的行业协会，政府价格主管部门可以将其纳入失信黑名单，由各有关部门依法对其采取联合惩戒措施。

“纳入失信黑名单”并“采取联合惩戒措施”这样的处罚可谓是一个创新，

是《反垄断法》第四十六条之外的新的处罚方式，提高了行业协会的违法成本，具有较强的震慑、惩戒功能。

“纳入失信黑名单”一般是人民法院向被执行人做出的，通过限制被执行人的高消费及非生活和工作必需的消费行为，达到被执行人履行生效法律裁判的目的，一定程度上限制了被执行人的出行、消费选择，但是本质上仍是一种信用惩戒。根据《立法法》第二章、第一节立法权限等，我们认为，“纳入失信黑名单”本质上不属于限制人身自由的强制措施和处罚，指南对此的规定不违反上位法。同时根据《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》、《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要（2014-2020 年）的通知》“褒扬诚信、惩戒失信”的总体要求和《社会信用体系建设规划纲要（2014-2020 年）任务分工》以及《失信企业协同监管和联合惩戒合作备忘录》，我们认为将违法行业协会“纳入失信黑名单”并“采取联合惩戒措施”并无不当。

## （二） 经营者之法律责任

经营者在行业协会组织下从事了指南提示的具有法律风险的行为的，其法律责任不因行业协会承担法律责任而减轻，其中起牵头、组织作用的经营者还将面临从重处罚。

本款明确了“在行业协会组织下参与”不能成为经营者“免责、减责理由”，与当前执法实践相一致。

## 五、 结论

综上，在现行立法不完善、行业协会身份转型前期、行业协会价格违法风险较高的背景下，该指南的出台提升了法律的透明性和预期，对行业协会、经营者、执法部门具有重大的指导意义。至于行业协会交换非价格敏感信息，具体行为法律风险的识别认定问题，行业协会等同经营者情况下的处罚问题，行业协会的民事法律责任问题需要在今后的立法、执法和司法活动中进一步完善。