

## 2016 年国际反垄断典型案例精要评析系列

### 导读

由全国律师协会竞争小组和北京律协竞争与反垄断专业委员会 11 位同仁联合撰写的《2016 竞争法年度报告》于近期完成印刷，并在律商联讯 LexisNexis 网站首发。安杰律师事务所创始合伙人和反垄断业务部主要合伙人顾正平律师及其团队（成员包括孙思慧律师、向文磊律师助理、吴桂慈律师助理）负责完成了该报告的一《反垄断国际篇》（以下简称“《国际篇》”）的撰写。本《2016 年国际反垄断典型案例精要评析系列》是基于《国际篇》的微信改编版。《国际篇》选取域外多个重量级的司法辖区作为“相关地域市场”，从中精选了八个典型的案例进行总结与分析。这些案例的执法/司法机构横跨欧亚大陆及美洲，案件类型覆盖垄断协议、滥用市场支配地位、滥用知识产权的垄断、并购等，力图为读者提炼勾勒出 2016 年国际反垄断执法的关键进展及重要趋势。

限于篇幅，本辑微信推送的《2016 年国际反垄断典型案例精要评析系列》对《国际篇》进行了适当删减（删除了全部脚注和部分详细的分析），在保留分析的完整性的同时，更照顾了读者的阅读体验。

总体而言，世界各国反垄断机构在 2016 年呈现出较为激进的执法风格：不仅频频开出大额乃至创纪录罚单，而且敢于向一些商业巨头习以为常的商业模式“亮剑”。典型案例所触及的主题诸如 MFN 条款、反向支付和解、大数据与竞争等均属于全球反垄断领域的热点和前沿问题。案例中体现出的各国执法机构的价值取向和执法理念以及分析方法等势必对未来反垄断规制的发展产生深远的影响。因此，这些案例在调查处理的复杂程度、竞争分析的深度和前瞻性以及对我国执法实践的启发意义方面均具有代表性。

他山之石，可以攻玉。《国际篇》的案例选取尤其考虑到不同司法辖区间协同执法的效应以及个案的普适性，试图为我国反垄断执法/司法实践提供可贵的借鉴。各国反垄断执法机构在汽车、医药、芯片等重点领域的关注和执法思路上的趋同，也说明了我国反垄断执法工作日益走在了世界的前沿。因此，笔者希望通过对这些案例的整理、分析与介绍，为我国反垄断领域的实务工作和理论研究带来更多启发与思考。

注：本系列全文首发于律商联讯 LexisNexis，如需阅读全文，请订阅律商联讯或按文末作者联系方式发邮件索取。

## 2016 年国际反垄断典型案例精要评析系列之一

### 亚马逊电子书涉嫌滥用市场支配地位案

#### 一 兼评最惠国待遇条款的竞争分析

顾正平、吴桂慈、向文磊

#### 一、 案件概要

亚马逊是目前欧盟市场上最大的电子书发行商。欧盟委员会（以下简称“欧委会”）于 2015 年 6 月份开始对亚马逊电子书销售业务启动了反垄断调查。

欧委会发现在亚马逊和相关出版社签订的协议中的最惠国待遇条款（Most Favored Nation Clause，简称“MFN 条款”）会使得其他电子书销售商难以与亚马逊展开竞争。根据亚马逊协议中的 MFN 条款，如果出版商和亚马逊的竞争对手签订更优惠的条款时，必须通知亚马逊并且也给予亚马逊类似的优惠，以确保亚马逊可以获得和其他竞争者一样优惠的条款<sup>1</sup>。

由于亚马逊是欧盟市场中最大的电子书销售商，因此欧委会担心该 MFN 条款会导致其他竞争者很难与亚马逊竞争，并且会限制购买电子书的消费者选择的空间<sup>2</sup>。如果欧委会的疑虑成立，则亚马逊和出版商签订 MFN 条款的行为违反欧盟竞争法中滥用市场支配地位及限制性商业行为的规定<sup>3</sup>。

2017 年 1 月，亚马逊向欧委会委递交和解承诺，亚马逊承诺：（1）不再强迫出版商遵守 MFN 条款相关规定；（2）允许出版商终止有折扣池条款<sup>4</sup>（Discount Pool Provision）的合同；以及（3）不再将 MFN 条款相关规定以及折扣池条款放入新的电子书协议中。亚马逊上述的承诺将适用于 5 年内欧盟区的电子书协议。社会公众以及亚马逊的竞争者可以在 2017

<sup>1</sup>Press release, European Commission, *Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements* (11 June 2015), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5166\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm), 访问时间：2017 年 2 月 21 日。

<sup>2</sup>Press release, European Commission, *Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements* (11 June 2015), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5166\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm), 访问时间：2017 年 2 月 21 日。

<sup>3</sup>Press release, European Commission, *Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements* (11 June 2015), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5166\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm), 访问时间：2017 年 2 月 21 日。

<sup>4</sup>折扣池条款是指，亚马逊和出版商协议，让出版商分别列出出版商给予亚马逊和其他电子书商的价格，以方便亚马逊与出版商议价。

年 2 月 24 日之前对亚马逊的承诺提出建议<sup>5</sup>。

## 二、 竞争关注

亚马逊电子书案中,欧委会主要关注的竞争问题在于亚马逊通过 MFN 条款要求出版商:  
(1) 提供给竞争者更优惠条件时必须通知亚马逊;(2) 必须给予亚马逊相同或更优惠的条件。

欧委会初步调查的重心主要放在亚马逊是否通过上述 MFN 条款滥用其市场支配地位和从事限制性商业行为。欧委会担心 MFN 条款会增加其他电子书销售商通过创新产品和服务与亚马逊进行竞争的难度,进而限制消费者的选择权利<sup>6</sup>。

## 三、 竞争分析

MFN 条款一般指的是交易一方承诺给予另一方不差于其他竞争者的最优惠条件或价格。MFN 条款既有促进竞争、增进消费者福利的方面,也有阻碍竞争、减少消费者福利的方面。

MFN 条款促进竞争的方面,包括以下四个方面:(1) MFN 条款使得供应商的折扣普遍适用,压低价格惠及消费者;(2) 趋同的售价降低了消费者的搜索成本;(3) 激励各竞争者展开有特色的、非价格的竞争<sup>7</sup>;(4) 减少投机者搭便车,通过降低售价来抢占市场<sup>8</sup>。

MFN 条款也有可能造成限制竞争的效果,主要包括以下三点:(1) MFN 条款强化了大企业的议价能力与定价能力,导致小企业难以和大企业竞争;(2) MFN 条款会压缩供应商的利润空间,从而减少供应商提供折扣的动力;(3) 考虑到对有 MFN 条款的签订方都要给予最优惠的价格,造成供应商可能不敢或不愿向其他竞争者降低价格,则将导致价格凝固,甚至会有签订 MFN 条款双方共谋,协议提高价格等情形<sup>9</sup>。

## 四、 简评

<sup>5</sup>Press release, European Commission, *Commission seeks feedback on commitments offered by Amazon in e-book investigation* (24 January 2017), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-137\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-137_en.htm), 访问时间: 2017 年 2 月 21 日。

<sup>6</sup>Press release, European Commission, *Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements* (11 June 2015), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5166\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5166_en.htm), 访问时间: 2017 年 2 月 21 日。

<sup>7</sup> Martha Samuelson, Nikita Piankov & Brian Ellman, *Assessing the Effects of Most-Favored Nations Clauses*, ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting 2012, at 2 (28 March, 2012).

<sup>8</sup> Francisco Enrique González-Díaz, *The law and economics of most-favoured nation clauses*, Competition law and policy debate, Vol. 1 (August 2015).

<sup>9</sup> Martha Samuelson, Nikita Piankov & Brian Ellman, *Assessing the Effects of Most-Favored Nations Clauses*, ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting 2012, at 2 (28 March, 2012).

MFN 条款是否造成限制竞争或促进竞争的效果需进一步对案件事实进行分析并适用合理分析原则 (Rule of Reason)。分析 MFN 潜在竞争影响的主要因素包括 (1) MFN 条款涉及的产品和市场; (2) MFN 条款是买方要求还是卖方要求的; (3) MFN 条款的类型和签订的动机; 以及 (4) MFN 条款订立是否为该行业的惯常形式等<sup>10</sup>。同时, 适用合理原则分析时还应考虑要求签订 MFN 条款方是否占有较大的市场份额。一般认为, MFN 条款通常情况下并不会造成限制竞争的影响, 只有在买方或卖方有能力影响产品价格时才会造成限制竞争的效果<sup>11</sup>。本案中亚马逊电子书经销业务在欧盟拥有最大的市场份额, 符合上述限制竞争判断的标准。

无独有偶, 在 2015 年美国政府诉苹果案 (United States v. Apple, Inc) 中, 苹果为打破亚马逊独占美国电子书市场而要求出版商与苹果签订 MFN 条款的行为, 也遭到了美国政府的反垄断起诉。该案中, 法院的关注点在于苹果和出版商之间是否存在横向共谋控制价格的情形。尽管苹果和出版商是上下游的代理关系, 而且涉案时苹果进入市场不久, 并不具有市场支配地位, 但美国法院仍认为苹果和出版商之间的协议促使出版商和苹果横向共谋提高电子书的价格, 产生了限制竞争的效果<sup>12</sup>。

和上述美国政府诉苹果案不同的是, 本文讨论的亚马逊电子书已经在欧盟地区拥有最大市场份额, 而欧委会的关注则在于亚马逊是否利用其电子书销售市场的支配地位不合理地限制了出版商的交易条件, 限制不同电子书销售商之间的竞争, 限制了消费者的选择, 进而损害出版商、销售商及消费者的利益。亚马逊的整改承诺是否有利于欧洲电子书市场的竞争与发展, 有待进一步观察与检验。

MFN 条款对于市场竞争为一体两面的条款, 我们不应视其为洪水猛兽, 需综合考量签订协议双方的关系以及最后对市场的影响, 方能断定是否有限制竞争的情形。

我国《反垄断法》对于 MFN 条款并未有明确的定义和条文。但若本案发生在中国, 或可适用《反垄断法》第 17 条第 5 款来规范: “禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为: (五) 没有正当理由搭售商品, 或者在交易时附加其他不合理的交易条件。”MFN 条款在我国是否会被认定为构成限制竞争以及判断标准还有待执法机关明确或在实务案例中检验。

<sup>10</sup> W. Stephen Smith, *When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNs*, Antitrust, Vol. 27, No. 2, (Spring 2013).

<sup>11</sup> W. Stephen Smith, *When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNs*, Antitrust, Vol. 27, No. 2, (Spring 2013).

<sup>12</sup> *United States v. Apple, Inc.*, No.13-3741 (2d Cir. 2015), “A horizontal conspiracy can use vertical agreements to facilitate coordination without the other parties to those agreements knowing about, or agreeing to, the horizontal conspiracy's goals.”