

## 2016 年国际反垄断典型案例精要评析系列之二

### Booking.com 涉嫌利用 MFN 条款限制竞争案

#### 一 再评 MFN 条款的竞争分析

顾正平、向文磊

##### 一、 案件概要

2016 年 7 月 12 日，欧盟委员会和欧盟成员国法国、比利时、捷克、德国、匈牙利、爱尔兰、意大利、荷兰、瑞典和英国的竞争执法机构对在线旅游机构/平台（Online Travel Agency，以下简称“OTA”）Booking.com 和 Expedia.com 展开了继各相关成员国在 2015 年分别启动的反垄断调查后的联合调查，以评估这两家旅游平台在 2015 年所承诺的取消与酒店签署的合同中使用的“广义最惠国条款”（Wide MFNs，以下简称“广义 MFN 条款”）等价格一致性条款（Price Parity）的履行情况。同时该调查中的另一项重点是评估“狭义最惠国条款”（Narrow MFNs，以下简称“狭义 MFN 条款”）是否存在反竞争效果。截止目前，该调查结论尚未公布。

事实上，这项联合评估是 2015 年各成员国分别进行的调查结论公布后的延续。在 2015 年的调查结论中，法国与德国的调查结果比较具有代表性。以法国为例，在 2015 年的承诺措施决定中，法国竞争管理局 Autorité de la concurrence（以下简称“ADLC”）要求 Booking.com 等在线旅游平台承诺放开一系列关于价格一致性条款的限制，其中包括了禁止酒店向其他 OTA 提供更优惠的价格等广义 MFN 条款、禁止酒店在其自身线下宣传和忠诚计划中提供更优惠的价格等<sup>1</sup>。由此，Booking.com 等在线旅游平台承诺放弃使用广义 MFN 条款等价格一致性条款，仅保留了对于酒店不得在其自身网站上公布并适用更优惠价格的限制，即狭义 MFN 条款<sup>2</sup>。

与 ADLC 主张保留狭义 MFN 条款的决定不同的是，德国联邦卡特尔局 Bundeskartellamt（Federal Cartel Office，以下简称“FCO”）则在 2015 年 12 月 23 日的公告中，认定狭义的

<sup>1</sup>Press Release, Autorité de la concurrence, *Online hotel booking sector* (21 April 2015), [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=607&id\\_article=2535](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2535), 访问时间: 2017 年 2 月 13 日。

<sup>2</sup>Press Release, Autorité de la concurrence, *Online hotel booking sector* (21 April 2015), [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=607&id\\_article=2535](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2535), 访问时间: 2017 年 2 月 13 日。

MFN 条款也是损害竞争的<sup>3</sup>，仅仅缩小 MFN 条款适用的范围不足以充分消除 FCO 的竞争顾虑。Booking.com 于 2016 年 1 月 22 日与 2016 年 2 月 1 日，向杜塞尔多夫高等法院分别提起上诉并申请临时救济以中止 FCO 的处罚决定之执行，于 2016 年 5 月 9 日被法院裁定驳回临时救济的申请<sup>4</sup>。目前，上诉仍处于审理阶段。

## 二、 竞争关注

目前，欧洲各国的竞争执法机构及司法机构的竞争关注主要集中在 MFN 条款的限制竞争效果的问题上。然而，各执法机构并没有形成较为统一、体系化的竞争损害理论（Theory of Harm）。总的来说，各执法机构认为 OTA 所使用的 MFN 条款可能对品牌内竞争（一家酒店挂在多家 OTA 网站上）、品牌间竞争（各 OTA 网站上的不同酒店之间）均造成损害，同时构成其他新的 OTA 进入相关市场的壁垒。目前核心焦点可归纳如下：

1. 禁止 MFN 条款的法理依据是什么？
2. 广义 MFN 条款与狭义 MFN 条款的损害理论是否存在差别？
3. MFN 条款是否存在豁免的合理性？

## 三、 竞争分析

本案中涉及的 MFN 条款分为广义 MFN 条款和狭义 MFN 条款。就该案而言，广义 MFN 条款是指一家 OTA 要求酒店给予其最优惠的交易条件（如价格、房型、房间数等）的条款，即该 OTA 确保其获得相较于其他 OTA 所能获得的最优惠交易条件，如果酒店给予其他 OTA 更优惠的交易条件，则必须享受至少同等优惠的交易条件；狭义 MFN 条款是指一家 OTA 要求酒店给予其不低于酒店自身网站上所公布的最优惠的线上交易条件（主要是价格）的条款，即该 OTA 所获得的交易条件将不得低于酒店自身网站上所公布的线上交易条件。

一般而言，广义 MFN 条款限制了不同 OTA 平台之间的竞争。FCO 认为，虽然广义 MFN 条款所确保的最优价格看似给消费者带来了福利，但实际上却最终限制了不同酒店预订平台之间的竞争，因为那些收取较低佣金的 OTA 无法提供更优惠的酒店价格；而且，这样的最优价格条款也增加了新的 OTA 进入相关市场的壁垒<sup>5</sup>。ADLC 也持有类似主张，认为一方面广义 MFN 条款可能减少 Booking.com 与其他 OTA 之间的竞争，另一方面使得较小的 OTA

<sup>3</sup>News, Bundeskartellamt, *Narrow 'best price' clauses of Booking also anticompetitive* (23 December 2015), [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23\\_12\\_2015\\_Booking.com.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html), 访问时间：2017 年 2 月 13 日。

<sup>4</sup>Press Release, German Hotel Association (IHA), *Parity Clauses: Dusseldorf Higher Regional Court Rejects Booking.Com'S Application For Interim Injunction In Rate Parity Case*(09 may 2016),<http://www.hotellerie.de/en/ratenparitaet-olg-duesseldorf-laesst-bookingcom-einstweilig-abblitzen>, 访问时间：2017 年 2 月 13 日。

<sup>5</sup>News, Bundeskartellamt, *HRS's 'Best Price' Clauses Violate German And European Competition Law - Dusseldorf Higher Regional Court Confirms Bundeskartellamt'S Prohibition Decision* (9 January 2015), [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09\\_01\\_2015\\_hrs.html;jsessionid=F06B0D800D16783F12CE4DA2B92A231E.1\\_cid371?nn=3591568](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html;jsessionid=F06B0D800D16783F12CE4DA2B92A231E.1_cid371?nn=3591568), 访问时间：2017 年 2 月 13 日。

平台或其他刚刚进入在线酒店预订**中介**市场的 OTA 平台难以展开有效的竞争，因为即使它们用更优惠的分成吸引酒店入驻其平台，但是由于 Booking.com 所实施的广义 MFN 条款，这些较小的竞争者也无法提供（相较于 Booking.com）更优惠的酒店价格<sup>6</sup>，因此难以与 Booking.com 形成有效竞争。杜塞尔多夫高等法院在 2015 年初关于广义 MFN 条款的判决中，也认可了不同 OTA 平台缺少降低佣金以吸引酒店给出更低价格的激励，以及广义 MFN 条款的适用对于潜在的新竞争者的市场封闭效应<sup>7</sup>。

狭义 MFN 条款的反竞争效果则存在一定的争议。FCO 认为<sup>8</sup>，狭义 MFN 条款既限制了现有酒店预订门户之间的竞争，也限制了酒店之间的竞争。首先，狭义 MFN 条款侵犯了酒店在自己的在线销售渠道上定价的自由。如果它在自己的酒店网站上的在线销售也必须采用更高的价格，那么酒店将没有降低在 OTA 上的价格的激励；其次，狭义 MFN 条款仍然使得新的 OTA 平台的市场进入相当困难。但是，ADLC 倾向于认为，尽管存在明显的反竞争效果，但是完全禁止 MFN 条款可能导致搭便车的行为，因为消费者可以轻松地在在一个 OTA 平台上获取关于酒店的信息，然后以更便宜的价格在酒店的网站上预订。

#### 四、 简评

Booking.com 案确实挑战了在线酒店预订市场上广泛采用的 MFN 条款的商业模式的合法性与合理性。在欧盟内部不同成员国的执法机构对此认识尚有很大分歧，直至近十个成员国的执法机构相继对在线酒店预订市场涉及 MFN 条款的商业模式进行调查后，欧盟才开始介入进行联合调查，但欧盟也迟迟没有得出最终的结论，由此可见网络 MFN 条款的复杂性和特殊性。笔者认为，除上述竞争分析中所述的相关竞争问题外，目前至少还有两个问题值得进一步探讨。

第一，MFN 条款的反竞争效果的程度取决于 Booking.com 等大型 OTA 的市场份额。如果 Booking.com 不具有较大的市场份额，或者相关市场上有很强的供给替代，酒店可以选择不接受 Booking.com 的商业条款，而转移到其他 OTA 平台。同时，相关市场的结构决定了 Booking.com 并不能通过提供关键设备以封锁酒店对其的依赖，Booking.com 的预定功能并不是相关市场的必需品；但是如果 Booking.com 具有较大的市场份额，具有很强的品牌效应，酒店考虑到 Booking.com 能够为其带来数量可观的交易机会，无法轻率地结束与 Booking.com 的合作，这种锁定效应可能带来反竞争的效果。因此，较大的市场份额是引起竞争关注的重要因素之一。值得一提的是，ADLC 与 FCO 都对 Booking.com 的市场份额做

<sup>6</sup>Press Release, Autorité de la concurrence, *Online hotel booking sector* (21 April 2015), [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=607&id\\_article=2535](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2535), 访问时间：2017 年 2 月 13 日。

<sup>7</sup>Düsseldorf Higher Regional Court, VI-Kart 1/14 (V) – HRS margin no. 99, 109 et seqq (January 9, 2015).

<sup>8</sup>News, Bundeskartellamt, *Narrow 'best price' clauses of Booking also anticompetitive* (23 December 2015), [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23\\_12\\_2015\\_Booking.com.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html), 访问时间：2017 年 2 月 13 日。

了测算，分别为 70%和 50%。

第二，清晰地界定 Booking.com 等 OTA 平台与酒店之间的关系对竞争损害理论的构建会带来一定的影响。一般而言，酒店是上游的线下客房供应商，Booking.com 是下游的线上客房代理商，因此，MFN 条款应构成纵向限制。但是，本案存在特殊之处，以狭义 MFN 条款为例，酒店自己的网站是线上的客房供应商，其与 Booking.com 的关系同时呈现横向竞争关系，即酒店自己的网站也是在线酒店预订市场中的参与者，选择在线订房的用户既可以在酒店本身的网站上预订，也可以在 Booking.com 上预订。因此，若单从消费者需求替代的角度来看，相关市场可以界定为在线酒店预订市场，由此导致 Booking.com 的市场份额可能减少。然而，这种看法可能夸大了本案的特殊之处。Booking.com 除了提供在线预订功能外，还包括了在线搜索功能、在线比较功能等，因而形成了“搜索、比较和预订”的打包服务<sup>9</sup>，而这是单个酒店的网站难以做到的。

欧盟于 2016 年 9 月颁布了《电子商务领域初步报告》(Preliminary Report On The E-Commerce Sector Inquiry)<sup>10</sup>，在报告中也提及了 MFN 条款，但暂无定论。目前，各方仍持续关注并期待欧盟介入后的联合调查结论，相信欧盟的调查结论将在欧盟的单一市场司法辖区内，形成统一的法律适用与规则，为各成员国规制网络 MFN 条款提供指引，促进在线酒店预订行业的市场竞争与创新。

---

<sup>9</sup>Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision, (2015), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2)[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2)，访问时间：2017 年 2 月 16 日。

<sup>10</sup>European Commission, *Preliminary Report On The E-Commerce Sector Inquiry* (15 September 2016), [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_preliminary\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf)，访问时间：2017 年 2 月 16 日。