

“互联网反垄断”研究专题

主持人:王先林(上海交通大学特聘教授,博士生导师,中国经济法学研究会副会长,国务院反垄断委员会专家咨询组成员)

目前在全球范围内呈现出反垄断不断强化的趋势,并且主要集中在互联网平台经济领域。在我国,近期召开的中央政治局会议、中央经济工作会议、全国两会和中央财经委员会第九次会议均明确要求强化反垄断和防止资本无序扩张,并且重点聚焦于互联网平台经济领域。国家明确提出坚持发展和规范并重,一方面国家支持平台企业创新发展、增强国际竞争力,另一方面互联网平台企业要依法规范发展,坚决反对垄断和不正当竞争行为。同时,《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》正式公布实施,国家市场监督管理总局陆续对互联网平台企业的垄断行为进行了调查处理,尤其是继2020年12月和2021年3月分别对阿里巴巴、阅文集团、丰巢科技等十几家公司未依法申报违法实施经营者集中行为进行处罚之后,又于2021年4月对阿里巴巴公司实施“二选一”等垄断行为处以2019年度销售4%的罚款,计182.28亿元,受到了国内外的广泛关注。可见,互联网领域尤其是针对平台企业的反垄断力度在不断加大。

为此,本专题特组稿2篇文章,对互联网领域的反垄断问题进行探讨,以期对我国目前正在大力强化的反垄断执法有所裨益。中国政法大学民商经济法学院焦海涛教授在《互联网平台最惠国条款的反垄断法适用》一文中认为,最惠国条款(MFN条款)是买卖双方的商业安排,平台最惠国条款(PMFN条款)则是一种“第三方协议”,PMFN条款会引发市场竞争中的共谋效应和排他效应,目前各国反垄断当局普遍在垄断协议制度下分析PMFN条款的竞争问题,但滥用市场支配地位制度也是规制PMFN条款的必要手段,在认定PMFN条款是否构成垄断协议时,需要注意代理关系的影响。上海交通大学凯原法学院的李剑教授在《互联网反垄断能促进数据隐私保护吗?》一文中认为,数据隐私通常被视为产品质量的一部分,可以通过反垄断法的实施来提升其保护程度,但竞争的加强会使得企业需要更多的数据来获得竞争优势,充分的竞争也难以让用户选择隐私保护程度更高的企业,因此通过反垄断法很难实现提升隐私保护的效果。

互联网平台最惠国条款的反垄断法适用

焦海涛

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要:最惠国条款(MFN条款)是买卖双方间的商业安排,平台最惠国条款(PMFN条款)则是一种“第三方协议”。平台不直接决定商品价格是PMFN条款的产生根源,所以不存在批发模式下的PMFN条款。PMFN条款会引发市场竞争中的共谋效应和排他效应,这会导致商品价格提高。目前各国反垄断当局普遍在垄断协议制度下分析PMFN条款的竞争问题,这是一种偏实用主义的做法,主要考虑的是法律适用的便利和传统,而非PMFN条款本身的性质。滥用市场支配地位制度也是规制PMFN条款的必要手段。在认定PMFN条款是否构成垄断协议时,需要注意代理关系的影响。欧美判例都在垄断协议的认定中确立了“代理例外”规则,不过该规则的本意是在代理关系中排除纵向垄断协议的认定,且只认可与代理业务直接相关的限制性内容。当PMFN条款构成横向垄断协议的一部分或者促成了卖方之间的横向共谋时,“代理例外”规则没有适用余地。而且,PMFN条款属于代理人(平台)对本人(卖方)的限制,不符合“代理例外”规则的适用范围。

关键词:平台最惠国条款;“代理例外”规则;纵向垄断协议;轴辐协议

中图分类号:DF411.91 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2021)05-0072-14

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2021.05.006

Application of Anti-monopoly Law of the Most Favored Nation Clauses on the Internet Platform

JIAO Haitao

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Most favored nation clauses (MFNs) are commercial arrangements between the buyer and the seller, while the platform most favored nation clauses (PMFNs) are third party agreements. In the agency model of sales, the platform does not directly determine the commodity price, which is the origin of PMFNs, so there are no PMFNs in the wholesale model. PMFNs will lead to collusion effects and exclusive effects in market competition, which will lead to the increase of commodity prices. At present, the anti-monopoly authorities in various countries generally analyze PMFNs under the system of monopoly agreements, which is a pragmatic approach, that is, they mainly consider the convenience and tradition of law application, rather than the nature of PMFNs. The system of abuse of dominance is also an essential approach to regulate PMFNs. When determining whether PMFNs are monopoly agreements, we need to pay attention to the influence of agency relationship. Both Europe and America have established the agency exception rule in the determination of monopoly agreements in case law. But the original intention of the rule is to exclude the determination of vertical restrictions in agency relationship, and only recognize the restrictions directly related to agency business. When the PMFNs constitute a part of a horizontal restriction or facilitate collusion between sellers, the agency exception rule has no scope of application. Moreover, the PMFNs are the restrictions of the agent (platforms) to the principal (sellers), which do not fall within the scope of the agent exception rule.

Key words: PMFNs; agency exception rule; vertical restrictions; hub-and-spoke conspiracies

收稿日期: 2021-02-12

基金项目: 北京市社会科学基金项目“反垄断法视野下的企业数据行为治理”(20FXC019)

作者简介: 焦海涛,男,教授,博士生导师,法学博士,主要从事反垄断法研究。

平台最惠国条款问题近年来引起多国关注,欧美反垄断机构对在线预定、电子书、比价网站等领域的多项最惠国条款启动了反垄断调查。在法律适用上,各国反垄断机构基本都在垄断协议的框架下分析平台最惠国条款,但有学者认为这类条款也可能构成滥用市场支配地位行为。在垄断协议的路径下,需要反思的问题是:互联网平台与商家之间多属于代理关系,这是否影响垄断协议的认定?在实践中,各国反垄断机构一方面承认代理关系,另一方面又直接将平台最惠国条款按垄断协议认定。已有学者对此提出批评,甚至认为这是一种法律适用错误。那么,代理模式下的平台最惠国条款是否构成垄断协议?

一、反垄断法上平台最惠国条款的界定

(一) 普通商业实践中的最惠国条款

起源于国际贸易中的“最惠国条款”(Most-Favoured-Nation Clauses,以下简称“MFN条款”),在日常商业实践中越发得到普遍适用,它主要发生于买卖双方之间,指卖方向特定买方承诺,不会向其他买方提供更好的交易条件,或者如果给了其他买方更好的交易条件,那么该条件也会同样给予当前买方。从结果看,MFN条款会使作为受益人的当前买方获得与其他买方一样的优惠条件(MFN-equal),或者获得更好的优惠条件(MFN-plus)^[1]。

商业实践中的MFN条款,更准确地说应该是MFC条款(Most-Favoured-Customer Clauses),即“最惠客户”条款,因为获得最惠待遇的并非国家,而只是行为人的客户。从内容看,MFN条款虽可能涉及各种优惠条件,但主要是价格承诺。这在结果上容易导致同一卖方的不同买方获得相同价格,所以MFN条款有时也被称为平价条款(Price Parity Clauses)^①。

典型的MFN条款仅涉及同一卖方的不同买方之间的价格比较,不同于实践中的最低价格承诺(Lowest-price Promises)或价格匹配保证(Price Match Guarantees)。两者的比较对象存在差异:前者比较的是同一卖方的不同买方之间的价格,即卖方不能给其他买方更优惠的价格;后者比较的是不同卖方收取的价格,即如果有其他卖方提供更优惠价格,则当前卖方也应以该价格供货^[2]。

MFN条款在实践中形式多样,内容复杂,可以按照不同标准进行多种分类。

从受益人角度看,大多MFN条款都是卖方对买方的承诺,即被限制方是卖方,受益人是买方,这被称为有利于买方的MFN条款(MFNs for Buyers)。偶尔也存在有利于卖方的MFN条款(MFNs for Sellers),即被限制方是买方,受益人是卖方,指买方承诺以最惠条件购买卖方的产品或服务,如果买方以更好条件购买了其他卖方(第三人)的同类产品或服务,则也将该优惠条件赋予当前卖方。第二种MFN条款在实践中并不常见,一个典型案件是欧盟委员会2002年调查的好莱坞电影制片厂案^②。

MFN条款中受益人的获益方式有两种,MFN条款由此也可分为两类:一是追溯性MFN条款(Retroactive MFN),即优惠条件具有追溯性,指卖方一旦向第三人提供优惠价格,买方不仅有权要求按同样价格从事当前

^①严格来说,MFN条款未必会导致所有买方的购买价格一致。只有MFN条款的受益人是所有买方时,价格完全一致的情况才会出现。当只有部分买方受益于MFN条款时,受益的买方就获得了最优价格(The Best Price),卖方仍可能对其他买方收取更高价格。所以,也有学者将MFN条款视为一种“最优价格”承诺。参见Jan Peter van der Veer, *Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses an Economic Analysis*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, 4(6): 501-505, p. 501.

^②2002年5月,欧盟委员会调查了各大好莱坞电影制片厂与欧盟境内一些付费电视广播公司之间的多项MFN条款。他们之间的协议被称为“输出协议”,主要内容是电影制片厂(卖方)在一定时期内将电影转播权出售给付费电视广播公司(买方)。合同中的MFN条款使得电影制片厂有权获得付费电视广播公司与其他任何电影制片厂达成的最优惠条件。欧盟委员会经初步评估认为,这些条款导致不同付费电视广播公司支付给电影制片厂的价格出现了反竞争性的一致,涉嫌违反《欧盟竞争法》。不过在2004年10月,6家电影制片厂决定从“输出协议”中撤回MFN条款后,欧盟委员会结束了对这几家企业的调查程序。具体内容可参见欧盟委员会的新闻报道: *Commission closes investigation into contracts of six Hollywood studios with European pay-TV's*, IP/04/1314, Brussels, 26 October 2004.

交易,对于之前已完成的交易,卖方也需按当前价格补偿差价——追溯期限越长,卖方向第三方提供低价所带来的“惩罚”效果越明显;二是即时性 MFN 条款(Contemporaneous MFN),即优惠条件不具有追溯性,只涉及多个买方当前交易价格比较,不比较之前的交易价格——在这种情况下,即便卖方曾经给予其他买方更低价格,只要当前交易价格一致,就符合 MFN 条款的要求。

MFN 条款既可以针对中间买方,即购买商品后仍参与市场竞争的企业买方,也可以针对终端消费者,即卖方对消费者作出 MFN 承诺。现实中大多 MFN 条款都针对中间买方,针对消费者的 MFN 条款较少,因为 MFN 条款是对卖方的限制,往往只有买方具有较大的市场力量或谈判能力时,卖方才会接受这种限制,而终端消费者一般不具备这种能力。不过,商家为了吸引或留住消费者,有时也会面向他们适用 MFN 条款,如现在有些商家承诺一定的保价期限——商品在保价期内降价的,商家退还差价。这就是一种典型的面向终端消费者的追溯性 MFN 条款。不过在实践中,针对消费者的 MFN 条款较少,且这类 MFN 条款对消费者有利,一般不会触发反垄断法的关注。

(二) 数字经济下的平台最惠国条款

MFN 条款进入反垄断法视野已有几十年时间^[3]。早在20世纪70年代,美国就处理过涉及 MFN 条款的案件。例如,1977年 GE 案就涉及“公开传播价格信息”和“与客户达成价格保护协议”两种行为,^①而所谓的“价格保护协议”实际上就是 MFN 条款。随着数字经济的迅速发展,MFN 条款开始与互联网平台结合,产生了所谓的“平台最惠国”(PMFN)条款问题。与普通 MFN 条款相比,后者在多方面具有较大不同,这需要反垄断法的不同关注。

第一,比较对象不同。普通 MFN 条款发生在买卖双方之间,对比的是从同一卖方获得商品的不同买方的购买价;PMFN 条款发生在卖方和平台之间,但对比的不是不同平台获得商品的价格,而是该卖方在各平台上销售商品的价格。

第二,限制的价格类型不同。普通 MFN 条款中的受益人主要是中间买方,所以它主要限制批发价,常被称为“批发价最惠国条款”;PMFN 条款直接限制了零售价,常被称为“零售价最惠国条款”。

第三,受益主体不同。普通 MFN 条款设定的是买卖双方的权利义务,限制的是双方交易价格,受益人是协议的一方当事人;PMFN 条款设定的内容指向第三人(消费者),限制的是卖方对第三人的销售价格,直接受益人为协议之外的第三人。普通 MFN 条款将同一卖方和不同买方的价格联系起来,让某些买方获得最优价格;PMFN 条款则将消费者从不同平台购买商品的价格联系起来,让消费者能从某一平台获得最优价格。正因如此,PMFN 条款常被视为一种“第三方协议”(Third-party Agreements)^[2]。

第四,被限制方不同。普通 MFN 条款中,被限制方虽然主要是卖方(受益人是买方),但也可能是买方,即买卖双方都有可能是被限制方;在 PMFN 条款中,鉴于平台拥有较大的市场力量,被限制方只能是利用平台销售商品的卖方,不可能是平台。

第五,类型不同。普通 MFN 条款的各种分类对 PMFN 条款也是适用的,除此之外,PMFN 条款在实践中还有一种更常见的分类,即广义 PMFN 条款和狭义 PMFN 条款。前者指卖方既不能在其他平台也不能在自建渠道(如卖方自己的网站)以更低价格销售商品;后者仅指卖方不能在自建渠道以更低价格销售商品,而在其他平台上的售价不受限制。广义 PMFN 条款的限制范围更广,卖方的经营自由受到更大限制。实践中之所以做这种分类,是因为狭义 PMFN 条款的限制竞争效果不明显,平台间的竞争仍然存在。反垄断法要不要禁止狭义 PMFN 条款的一个重要考虑因素是平台间竞争的充分程度。如果平台间的竞争激烈,那么狭义 PMFN 条款一般不被禁止,因为维持平台间竞争已经足够;如果平台间的竞争不足(如平台很少或各平台价格一致),则平台渠道与商家自建渠道之间的竞争就很重要,这时狭义 PMFN 条款也可能要被禁止。

^①United States v. General Electric Co., 1977 U. S. Dist. LEXIS 13977.

二、PMFN 条款中平台的身份定位

在对 PMFN 条款进行反垄断法分析时,必须注意到平台身份的特殊性。正因为平台的介入,才导致了 PMFN 条款存在诸多不同。平台的身份定位,不仅影响 PMFN 条款的性质认定,也影响法律适用的选择。目前人们对 PMFN 条款有一种比较流行的分类,即批发模式下的 PMFN 条款和代理模式下的 PMFN 条款^[4]。这种分类表面上立足于平台的两种销售模式,即批发分销和代理分销,但实质上着眼于平台的身份差异,即在 PMFN 条款中,平台是独立分销商还是卖方的代理人。不过,这种分类可能是对 PMFN 条款的误解。

平台可以通过多种方式参与卖方的商品分销,但主要是批发模式和代理模式两种。二者核心区别有以下三点:一是商品所有权是否转移,批发模式下平台和卖方之间是买卖关系,平台购买商品后用于转售,商品所有权发生转移,代理模式只是一种“寄售”,商品所有权仍属于卖方;二是零售价由谁决定,批发模式下平台决定零售价,代理模式下卖方决定零售价;三是利润如何分配,批发模式下平台利润来自零售价与批发价差额,代理模式下商品销售利润在平台和卖方之间分成,平台收取一定比例的佣金。^①

实践中,平台主要以代理模式参与商品分销,但批发模式也有存在。例如,亚马逊在线上主要使用代理模式经营各类商品,这被称为“亚马逊市场”(Amazon Marketplace)^[5],但在电子书领域,亚马逊曾使用批发模式。两种模式下都可能存在 MFN 条款的使用,但就 PMFN 条款而言,其主要指代理模式下的 MFN 条款。因为在批发模式下,平台根本不需要使用 MFN 条款来控制商品价格。

在批发模式下,平台和卖方之间是买卖关系,平台获得了商品的定价权,可以直接降价,无须使用 MFN 条款。而在代理模式下,卖方保留了定价权,平台无法直接确定商品价格,所以才需要使用 MFN 条款。从现有文献看,所谓批发模式下的 PMFN 条款,指的就是平台要求上游卖方给自己提供最优价格,与商品在平台上的零售价无关。这当然也是 MFN 条款,但显然就是普通的 MFN 条款,和平台身份已经没有关系,也就不属于 PMFN 条款。所以严格来说,将 PMFN 条款的适用区分为批发模式和代理模式是没有意义的。

实践中,将 MFN 条款与平台销售模式结合起来的途径,主要源于苹果电子书案。不过该案恰恰说明了只有在代理模式下,PMFN 条款才有意义。本案的背景是,亚马逊一直采用批发模式销售电子书,并将直接将电子书的价格确定为9.9美元,苹果公司在2010年推出 iPad 并凭借内置 iBooks 程序进入电子书市场时,亚马逊已通过低价策略占据电子书市场90%份额。在这种情况下,苹果公司要想对抗亚马逊,只有两种选择。第一种选择是,也采用批发模式,然后自己定价,以更低的价格对抗亚马逊。但这样做显然不划算,亚马逊甘愿电子书亏本的原因,是为了激励消费者购买其 Kindle 产品,而苹果公司没理由这样做。第二种选择是,采用代理模式,让电子书出版商自己定价,但定价不能过高,尤其不能高于亚马逊上的售价。于是,MFN 条款出现了——苹果公司在给电子书出版商的合约中都施加了这样的约定,只要某电子书在其他平台售价更低,电子书出版商就必须在苹果 iBooks 中以该低价销售。这时,如果亚马逊仍然低价销售电子书,出版商显然无法承受,于是它们联合起来向亚马逊施压,迫使后者也从之前的批发模式转为代理模式,出版商获得了零售价的决定权。苹果公司的一系列操作,使得各出版商的电子书价格随后出现了一致的上涨。其中,MFN 条款起到了重要作用,苹果公司也因此被美国政府起诉。^②

^①严格来说,将平台与商家之间的关系界定为代理可能不太准确,就像线下商场和商场内卖方的关系一样,前者只是提供柜台及相应服务(如搜索、比较、支付、物流及部分售后),并不直接参与商品销售,所以谈不上是后者的代理人,二者之间并非民法意义上的代理关系。不过,目前反垄断法文献都将这种卖方保留商品所有权和定价权的平台销售模式称为代理,这里的“代理”只是一种模糊说法,不具有民法上代理的严格意义,或者说是一种“准代理”。

^②*United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (2013). *United States v. Apple, Inc.*, 791 F. 3d 290 (2015).

总的来说,PMFN条款之所以成为一个新问题,重要原因之一在于平台身份的特殊性。如果平台就是批发商,其实施的MFN条款和普通MFN条款就没有差别,也就无需反垄断法的特别关注。不过,PMFN条款本质上还是MFN条款,而非全新的商业行为,所以大多数时候人们提及PMFN条款时,仍使用“MFN”的概念,未必会具体化到“PMFN”,本文有时也这么用。但无论如何称呼,当谈及平台实施的MFN条款时,指的都是具有“第三方协议”性质的MFN条款,也即代理模式下的MFN条款。

三、PMFN条款的竞争损害与分析路径

(一) PMFN条款的竞争损害

PMFN条款的竞争损害,直观看就是直接或间接导致零售价的提高,即卖方在不同平台的售价大致相同,且基本没有降价动机。在行为表现上,PMFN条款和反垄断法上的转售价格维持(RPM)类似,即都由卖方设定下游零售价,且各零售渠道价格基本一致。行为表现的相似性使得二者也有类似的经济效果,以至于很多学者认为有关RPM的文献可用于分析PMFN条款的竞争损害,并将这两种行为放在一起讨论。有学者甚至认为,PMFN条款相当于“最坏情况下的RPM”^[6],并因此不应受到比RPM更宽松的对待。更具体来说,PMFN条款之所以导致零售价提高,源于其以下两种具体的反竞争效应。

第一,共谋效应(Collusion)。反垄断法上的共谋效应,主要指竞争者行为的一致性。PMFN条款涉及卖方和平台两端,两端都可能因PMFN条款而发生共谋效应。卖方端的共谋效应,体现为不同卖方产品价格的一致性。PMFN条款本身不涉及不同卖方向的价格比较,但如果某个卖方和平台之间达成MFN条款,无疑在向竞争对手传递未来不会降价的信号,其他卖方也就可能因此提高价格,尤其在其他卖方也与平台存在交易甚至MFN条款的情况下。平台端的共谋效应更为明显,PMFN条款会直接软化平台间的竞争。一方面,PMFN条款使得不同平台的价格基本一致,且大大地提高了卖方的降价成本,进而削弱卖方的降价动力;另一方面,平台间的竞争不仅体现在产品价格上,还体现在向卖方收取的佣金上,PMFN条款会削弱平台在佣金方面的竞争——因为各个平台价格一致,也就没必要通过降低佣金来换取卖方在自己平台设定更低价格。PMFN条款甚至会变相诱导平台提高佣金,而佣金的提高又会促使卖方设定更高的零售价格。

第二,排他效应(Exclusion)。反垄断法上的排他效应,主要指对竞争对手的排斥效果,如提高竞争对手的成本,或者造成反竞争性封锁(Foreclosure)。PMFN条款的排他效应,体现为抑制竞争对手的市场进入或扩张,这会对新平台或小平台造成较大损害。对新进入者或小平台来说,低价竞争是争取或扩大市场份额的常见方式,但如果卖方和别的平台间存在MFN条款,则卖方不会给其他平台更低价格,哪怕其他平台愿意提供各种优惠条件。这时,其他平台的市场进入或扩张成本就会被提高,甚至产生封锁效果。平台领域中网络效应的存在,更会放大这种效果。网络效应意味着大平台更容易获得客户,刚进入市场的小平台要想立足,要么吸引足够的消费者,要么吸引足够的卖方,但这两方面都十分困难。在吸引消费者方面,小平台往往只能通过低价方式,但PMFN条款已让低价变得不可能;在吸引卖方方面,主要方式是降低佣金或提供更多、更好的服务,但新平台的这种努力也基本不会成功,因为网络效应的存在,只要小平台无法给卖方提供足够的消费者,其他方面的好处都没有足够的吸引力。所以总的来说,PMFN条款会强化在位平台的市场地位,对新平台的市场进入或小平台的市场扩张造成不利影响。

(二) PMFN条款的分析路径

在反垄断法中,不同的竞争损害有不同的分析路径。共谋效应涉及多方主体行为,主要依靠垄断协议制度解决,尤其是横向垄断协议制度。排他效应大多源自单一主体行为,所以滥用市场支配地位制度是主要选择;有些排他效应来自上下游企业间的协议安排,如针对原料或客户的独家供应或独家分销协议,会产生原料封锁或客户封锁效果,这些行为可以在纵向垄断协议制度下得以规范。所以从理论上讲,对既产

生共谋效应又产生排他效应的 PMFN 条款,垄断协议制度与滥用市场支配地位制度可能都是必要的规制路径。目前学界对 PMFN 条款的反垄断法分析,基本是从这两个角度展开的。

两种分析路径的主要差异在于对平台市场力量的要求不同。一般来说,市场力量是决定 PMFN 条款是否在多大程度上损害竞争的核心因素,对排他效应来说尤其如此。PMFN 条款会限制卖方的定价自由,进而影响其利润。如果平台不具有足够的市场力量,卖方对其依赖性有限,也就未必会接受这类限制,或者说就只会有一部分卖方受到限制。例如,假设 A 是一个销售端的大型平台,B 平台正欲进入该市场,并试图通过低价方式从 A 那里赢得市场份额,但因 PMFN 条款的存在,A 平台上的卖方无法在 B 平台上以更低价格销售。这时,B 平台只能转向那些没有被施加 PMFN 条款限制的卖方,而 A 平台的市场力量越大,这类卖方的数量就越少,B 平台获得足够卖方的可能性也就越低。此外,即便单个平台不具有市场支配地位,但如果多个平台同时使用 MFN 条款,只要这些平台覆盖的市场份额总和足够大,也能对市场进入产生封锁效果,因为潜在竞争者仍无法获得足够的未被施加 MFN 条款限制的卖方。

不过,PMFN 条款的竞争损害还体现为共谋效应,而这种效应的产生不必要求平台具有较大的市场力量,如同在垄断协议的违法性认定中,市场份额不再是一个决定性因素一样。之所以如此,是因为共谋效应的产生,往往使各行为人都能从中获益(如大家都提价),它通常来自行为人的主动选择,并不需要特别的市场力量来维持这种行为的存在。在 PMFN 条款中,共谋效应来自不同卖方或不同平台间的相互诱导,即在一方提价后,另一方有意识地跟随提价。在这一过程中,PMFN 条款往往被作为竞争者间传递价格信息的重要工具,是大家心照不宣的共同选择。

上述分析表明,对 PMFN 条款的反垄断法规制,仅依靠滥用市场支配地位制度或是垄断协议制度是不够的。这两种路径在分析不同的 PMFN 条款时各有不可替代的作用,实践中应根据 PMFN 条款的市场环境及不同竞争影响来选择适用。但如果将目光转向实践,我们就会发现,各国反垄断机构几乎不约而同地选择了用垄断协议制度来规范 PMFN 条款,滥用市场支配地位制度基本被“束之高阁”。这是一种理性选择,还是实用考虑?

四、PMFN 条款的反垄断法实践及其引发的问题

(一) PMFN 条款的反垄断法实践

目前全球范围内,进入反垄断调查或诉讼程序的 PMFN 条款案件主要有以下四类:

1. 在线预订市场。2010年以来,欧盟成员国陆续对在线预订领域的 MFN 条款展开调查,调查对象都是欧洲境内大型在线旅行社平台(OTAs),包括 HRS、Booking.com 和 Expedia 等,但各国的调查结果不完全一样。

(1) 2013年11月20日,德国联邦卡特尔局(Bundeskartellamt)作出决定,认定德国境内酒店和酒店预订平台 HRS 之间的 MFN 条款违法。禁止决定的法律依据是《德国反对限制竞争法》第1条和《欧盟运行条约》第101条,即认定 MFN 条款构成垄断协议。^①

(2) 法国、意大利和瑞典曾联合发动对 Booking.com 的调查。调查期间,Booking.com 于2015年4月承诺将其实施的广义 MFN 条款改为狭义 MFN 条款,于2015年7月又决定将承诺扩展至整个欧盟。三国竞争执法机构接受了上述承诺并据此作出了承诺决定。爱尔兰也曾启动对 Booking.com 的调查,最后也作出了承诺决定。上述调查及决定都是基于《欧盟运行条约》第101条而作出的。

(3) 在前述国家都接受了在线预订领域狭义 MFN 条款的情况下,德国联邦卡特尔局于2015年12月22

^①Bundeskartellamt, *HRS-Hotel Reservation Service*, 9th Decision Division, B9-66/10, 20 December 2013.

日作出决定,禁止了 Booking.com 的狭义 MFN 条款。^①这样一来,德国反垄断机构分别通过 HRS 案和 Booking.com 案,宣布广义 PMFN 条款和狭义 PMFN 条款均构成反竞争协议。这种严厉态度与其他接受狭义 MFN 条款的欧盟成员国形成强烈对比。

(4) 2010年9月,英国公平贸易办公室(OFT)也曾调查 Booking.com 和 Expedia 的 MFN 条款,并于 2014年1月接受了它们的承诺。^②在承诺决定中,OFT 同样将 MFN 条款认定为违反《欧盟运行条约》第101条的垄断协议。

2. 电子书市场。(1) 苹果公司。美国与欧盟都对苹果公司2010年进入电子书市场时与出版商间签订的 MFN 条款展开调查。美国法院认定苹果公司与电子书出版商共同实施了固定价格的横向共谋行为,MFN 条款为价格共谋提供了便利。欧盟委员会于2011年11月正式对本案展开调查,同样将 MFN 条款视为为出版商提高电子书价的一项便利措施,通过该便利措施,各出版商可以独立(而非共同地)向亚马逊施压,要求后者接受代理模式。随后,几家当事人向欧盟委员会作出承诺,承诺内容包括终止当前的代理模式、5年内不采用 MFN 条款等,欧盟委员会于2012年12月12日和2013年7月25日就本案作出两份承诺决定。^③

(2) 亚马逊。亚马逊将电子书销售从批发转为代理模式后也和出版商签订了 MFN 条款。2015年6月11日,欧盟委员会对亚马逊展开正式调查,主要调查 MFN 条款是否会限制不同电子书出版商之间的竞争,是否会减少消费者的选择机会。本案最后也以亚马逊承诺放弃 MFN 条款结案。在承诺决定书中,欧盟委员会认为,亚马逊 MFN 条款主要涉嫌违反《欧盟运行条约》第102条,即滥用市场支配地位规定,并且认定亚马逊具有市场支配地位。^④

3. 在线零售市场。除电子书市场外,亚马逊也在线上零售市场(Online Retail)实施了广义 MFN 条款。2012年10月,英国 OFT 和德国联邦卡特尔局同时依据《欧盟运行条约》第101条对亚马逊启动调查。2013年3月,亚马逊决定在欧盟市场放弃 MFN 条款(在美国没有放弃),之后英国和德国终止了调查程序。^⑤

4. PCWs 市场。比价网站(Price Comparison Websites, PCWs)在欧盟比较常见,对商家来说这是一个重要的推广与销售渠道,它们具有典型的平台属性。2011年8月,英国 OFT 提议竞争委员会对私人汽车保险(PMI)市场上的 MFN 条款展开调查。这类条款由汽车保险比价网站施加给 PMI 供应商,目的在于确保 PCWs 利益。之后,英国竞争委员会的职能划归竞争与市场管理局(CMA),后者接管了调查活动。2014年9月24日,CMA 发布了最终调查报告,详细分析了这类 MFN 条款的竞争影响。最后,CMA 根据《欧盟运行条约》第101条禁止了广义 MFN 条款,但允许狭义 MFN 条款存在。^⑥

上述案件是比较典型的与 PMFN 条款直接相关的反垄断案件,随着平台经济向各个领域渗透,涉及 PMFN 条款的案件还会不断增多。这些案件的法律适用具有较大的相似性,除欧盟委员会对亚马逊电子书案的调查依据是《欧盟运行条约》第102条外,欧盟及其成员国的调查依据都是《欧盟运行条约》第101条或成员国的相应规定,也即 PMFN 条款主要被当作一种垄断协议来指控。美国法院在苹果公司电子书案的判决中,也将 MFN 条款视为横向垄断协议的一部分。

(二) 当前反垄断法实践引发的问题

1. PMFN 条款究竟是垄断协议还是滥用市场支配地位行为?反垄断机构之所以更青睐垄断协议的分析路径,除了便利性之外,还可能与 MFN 条款的法律适用传统有关。虽然 PMFN 条款是一个新现象,但

^①Bundeskartellamt, *Booking.com B. V.*, 9th Decision Division, B9-121/13, 22 December 2015.

^②Office of Fair Trading, *Hotel online booking: Decision to accept commitments to remove certain discounting restrictions for Online Travel Agents* (31 January 2014).

^③Case COMP/AT.39847-E-Books.

^④Case AT.40153 *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

^⑤Competition and Markets Authority, *Amazon online retailer: investigation into anti-competitive practices*, <https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-online-retailer-investigation-into-anti-competitive-practices>, last access on April 17, 2021.

^⑥CMA, *Private motor insurance market investigation*, Final report, 24 September 2014, para. 12. 17, para. 12. 65.

MFN 条款进入反垄断法视野已有几十年时间。早期 MFN 条款的反竞争效果主要体现共谋效应,基本按垄断协议来认定。从 MFN 条款到 PMFN 条款,一个重要变化是它们不仅被竞争对手用作达成合谋的工具,还被大型平台用于排挤竞争对手,但基于法律适用传统,各国反垄断当局还是习惯用垄断协议的思路来分析 PMFN 条款的竞争问题。

着眼于长远考虑,对 PMFN 条款的性质认定应当立足于其行为表现与竞争损害。都按垄断协议来认定,可能会忽略一些重要事实,也未必符合不同法律制度的设立逻辑。例如,PMFN 条款的形成原因可能多样,性质认定时需要考虑这个因素。平台上的卖方之所以接受 MFN 条款,可能有两个原因:一是平台拥有较大的市场力量,卖方没有足够的替代性平台可以选择;二是这样做对卖方也有利,例如提高价格所带来的利润可能在平台和卖方之间分配。第一种情况下的 PMFN 条款可以认定为滥用市场支配地位行为,仅处罚平台;第二种情况下的 PMFN 条款则宜认定为垄断协议,平台与卖方双方都是违法行为的实施者。平台之所以设置 MFN 条款,也可能是基于多种考虑,如为了与竞争性平台协调价格,或者排挤竞争性平台。前者的实施者一般是小型平台,而后者通常只有大型平台才能做到,所以两种情况下 MFN 条款的性质认定也会有所差异。

可见,在 PMFN 条款的规制上,滥用市场支配地位制度并非一个可有可无的路径。有学者就对欧盟过度依靠《欧盟运行条约》第101条来分析 PMFN 条款的做法提出批评,认为这会导致法律适用的不确定性,影响人们对商业行为的判断,甚至造成错误的认定结果,更适合用来评估 PMFN 条款的法律依据应当是《欧盟运行条约》第102条而非第101条^[7]。至于适用滥用市场支配地位制度时可能面临的一些难题,如相关市场的界定、市场支配地位的认定等,它们本身不应构成执法机构选择法律适用的主要考虑因素,更何况目前的 PMFN 条款案件都针对大型平台,市场支配地位的认定未必困难。

2. 将 PMFN 条款认定为垄断协议是否需要考虑代理问题?即便在垄断协议路径下分析 PMFN 条款的性质,仍有一个问题需要解决:代理模式下的 PMFN 条款能否被认定为垄断协议?垄断协议是联合行为,至少要有两个以上的独立主体才可能达成垄断协议。PMFN 条款是平台和卖方之间的安排,虽然表面看也有两个主体,但 PMFN 条款是代理分销模式的产物,在商品销售上平台不具有独立决策能力,所以被视为卖方的代理人。在反垄断法上,本人和代理人往往构成“单一经济体”。既然是一个主体,就不大可能达成垄断协议。

在规范层面,将代理关系明确排除在垄断协议之外的,主要是欧盟《纵向限制指南》(以下简称《指南》)。^[8]《指南》列举了三类通常不适用《欧盟运行条约》第101条的协议,其中就包括“代理协议”。之所以这样规定,主要原因是代理人的销售或购买行为构成了本人活动的一部分,即代理人行为就是本人行为。在反垄断法理论中,“代理人仅代表其委托人行事,不可能与后者合谋限制贸易或商业活动”,这构成了一项长期存在的反垄断原则^[8]。

可以说,垄断协议认定中的“代理例外”(Agency Exception)规则已成为学界共识。国外有学者据此反对将 PMFN 条款认定为垄断协议。根据《指南》,判断某个主体是独立主体还是代理人,决定性因素是行为人从事相关活动所承担的财务或商业风险。有学者指出,在当前的平台销售模式中,平台不承担与商品销售、合同履行有关的任何财务或商业风险,因此属于竞争上的合法代理人。这样一来,平台与卖方的 PMFN 条款就不能包含在《欧盟运行条约》第101条之中,欧盟及其成员国最近关于 PMFN 条款的调查都是基于“错误的法律理由”,违反了欧盟竞争法适用的基本要求^[7]。

我国学界也基本认可“代理例外”规则。有学者认为,代理分销模式下的 PMFN 条款中,“卖方与作为代理人的平台之间不是纵向关系,不可能构成纵向协议”^[9];在线预订领域的 MFN 条款要想适用《欧盟运行条约》第101条,酒店和平台在法律上应该是“两个不同的企业,而非本人和代理人的关系”^[10]。

总体而言,将 PMFN 条款置于垄断协议的分析框架下,可能会面临一种法律适用冲突。代理关系下的 PMFN 条款究竟能否构成垄断协议,需要结合“代理例外”规则的源头及其本意来进行分析。

五、“代理例外”规则与 PMFN 条款的垄断协议认定

(一) “代理例外”规则的产生

反垄断法上的“代理例外”规则,确立于美国联邦最高法院1926年判决的 GE 案。本案被告 GE 公司对其白炽灯拥有独家专利,并试图固定白炽灯零售价,如果直接设定经销商的转售价,则明显违反《谢尔曼法》第1条,于是 GE 公司将所有的经销网点转为自己的代理商,采用了保留所有权的“寄售”模式,然后统一设定了零售价。最高法院在判决中指出,“真正的代理合同”无论其整体效果如何,都不违反《谢尔曼法》,因为任何物品的所有人,都有权决定是直接将物品转让给消费者,还是通过其代理人转让并设代理人的转让价格。^①代理关系构成了本案被告实施转售价格维持行为的有效辩护。

GE 案也明确表示,这里的代理关系必须是“真正的代理”。最高法院1964年判决的 Simpson 案重申了这一要求。本案中,石油公司(Union Oil Co.)和经销商间也采用所谓的“寄售”模式,前者设定价格并保留所有权。经销商 Simpson 因没有遵守石油公司设定的零售价而被取消经销资格,随后向法院提起反垄断诉讼。地区法院和上诉法院均支持了原告。道格拉斯大法官(Justice Douglas)代表多数派意见在判决书中指出,如果“寄售”协议实现了转售价格维持,它就违反了《谢尔曼法》,因为它剥夺了独立经销商的自由判断权。本案“寄售”模式之所以被否定,重要原因是像 Simpson 这样的经销商都是独立主体,除了天灾之外,汽油损失的风险都在他们身上。法院承认“寄售”安排本身并不违法,但同时指出,当“寄售”被用于“覆盖一个庞大的汽油分销系统,通过许多零售店固定价格”时,反垄断法不会将这种“寄售”称为代理。^②

在《指南》正式规定“代理例外”规则之前,欧盟法院已在多个判例中直接或间接地确认了这一规则。《欧盟运行条约》第101条不适用于构成“单一经济体”的两个或多个企业之间的协议,该条所指的协议必须由具有经济上独立性的企业达成。具有控制关系的母子公司,本人和代理人,均构成典型的“单一经济体”。例如,在1971年的 Béguelin Import Co. 案中,法院指出,母子公司之间的独家销售安排不构成反垄断法意义上的协议,因为子公司虽然具有单独的法人资格,但不享有经济独立性。^③

在1975年的 Suiker Unie 案中,欧盟法院正式提出了代理人的独立性问题,即“如果代理人为委托人工作,则在履行委托人指示义务时,原则上可被视为委托人的辅助机构,构成委托人不可分割的组成部分,并像一个商业雇员一样,和委托人一起构成同一个经济体”。^④本案确立的“辅助机构”标准,在后面多个案件中被不断引用并进一步发展。例如,在1995年的 Volkswagen 案中,法院指出,“只有代理人不承担委托人与第三人合同中的任何风险,且作为委托人的辅助机构,构成委托人不可分割的组成部分时,才丧失独立经营者的身份”。^⑤在2006年的 CEPSA 案中,法院除重申“辅助机构”标准外,同时还指出,代理人因法人资格而形成的形式上的独立性不是决定性因素,只有当经营者被视为具有经济上独立性的主体时,《欧盟运行条约》第101条才能适用。^⑥

^①United States v. GE Co.,272 U. S. 476 (1926), p. 488.

^②Simpson v. Union Oil Co.,377 U. S. 13(1964), p. 16,p. 20, p. 21.

^③Case 22-71, Béguelin Import Co. v. S. A. G. L. Import Export, Judgment of the Court of 25 November 1971, para. 8.

^④Joined cases 40 to 48,50,54 to 56,111,113 and 114-73, Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA and others v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 16 December 1975, para. 539.

^⑤Case C-266/93, Bundeskartellamt v. Volkswagen AG and VAG Leasing GmbH., Judgment of the Court of 24 October 1995, para. 19.

^⑥Case C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía Española de Petróleos SA, Judgment of the Court (Third Chamber) of 14 December 2006, paras. 38,41,43.

（二）“代理例外”规则的例外

在代理关系中排除垄断协议的认定,主要基于以下两个原因。第一,垄断协议主体必须是两个以上独立企业。这里的独立性,不是指法律人格,而是指经济人格,即能够独立参与市场竞争,具体是指具备独立的决策能力。之所以坚持经济标准,是因为如果某个主体的经济活动被他人控制,其行为就是他人的行为,控制者与被控制者间的所谓“协议”,实质上就是单一主体行为。第二,代理协议中的限制性内容是代理活动的必然要求。代理关系的本意就是本人对代理人的限制,代理人按本人指示从事相关活动,这属于代理的固有内容。将这种限制认定为垄断协议,否认这种限制,就等于否认了代理本身。

“代理例外”规则的确立,主要基于上述“主体”与“内容”的两方面要求。这同时也意味着,如果认定垄断协议不会与上述两个要求产生冲突,也就没有必要在代理关系中排除垄断协议的认定。这主要包括以下三种情况,它们构成“代理例外”规则的例外:

1. 代理人因从事非代理业务而具有了经济独立性。在履行代理义务时,代理人被视为本人的一部分,但如果代理人的行为超出了代理业务的范围,那么在超出部分,它就不再是本人的代理人,而具有了经济上的独立性。换句话说,在履行代理职责之外,代理人还独立从事了其他经济活动,且在这部分活动中以协议方式限制了市场竞争,那么这时不能因为代理关系的存在,就否定它在其他活动中作为垄断协议当事人的身份。在实践中,这种情形的典型表现是,代理人和本入共同达成了横向垄断协议。代理关系是一种纵向关系,只有在纵向关系中,代理人才是被代理人的一部分。所以,“代理例外”规则主要排除的是代理人和本入之间的纵向垄断协议认定。如果代理人和本入的活动已经涉嫌构成横向垄断协议,则“代理例外”规则也就没有了适用余地。

美国在多个判例中确认,当本人和代理人之间的协议涉及横向共谋时,“代理例外”规则不能排除《谢尔曼法》第1条的适用。在1942年的 *Masonite* 案中,美国联邦最高法院指出,以代理方式来维持横向价格是无效的。本案当事人 *Masonite* 是一种建筑材料“硬纸板”的生产商兼销售商,其与多个竞争对手(同为建筑材料生产商或销售商)签订了所谓的“代理协议”,且和每个企业签订协议时都会告知之前签订协议的事实和内容。根据协议,*Masonite* 将硬纸板运输至代理人处“寄售”,硬纸板的所有权在售出前留在 *Masonite*, 售价则由 *Masonite* 确定;代理人只能向建筑行业销售硬纸板,工业市场留给 *Masonite* 自己。地区法院将本案中的代理认定为“真正的代理”,因而主张适用1926年 *GE* 案确立的“代理例外”规则。从表面看,本案协议内容似乎符合代理的特点,如本人保留所有权和定价权,但这些所谓的“代理人”,本身就是被代理人的竞争对手,且相互之间清楚地知晓代理协议的内容(也就知道了各品牌建筑材料的销售价格)。基于此,联邦最高法院认为,*Masonite* 和代理人之间的协议显然已经超越了代理本身,是一种本身违法的价格固定合谋行为。^①本案特殊性在于,这些代理人本身也是建筑材料的生产商或销售商,所以在销售 *Masonite* 的硬纸板之外,要么自己也在生产及销售同类建筑材料,要么同时销售其他品牌的建筑材料。很显然,同为 *Masonite* 的代理人和竞争对手的双重身份,使得所谓的代理协议本身就是一种价格固定的方法,很难想象这些不同品牌的建筑材料之间还会存在实质上的竞争。

在最近的 *In re Local TV Adver* 案中,法院再次解释代理协议涉及横向限制时的法律适用问题。本案原告是一家广告公司,被告是十多家出售电视插播广告的广播公司和广告销售公司,原告指控被告秘密策划了一个统一计划,通过达成固定价格和交换销售数据的协议来提高电视插播广告的价格。被告 *Katz* 称其不应应对共谋行为负责,因为其只是代表委托人行事的代理人而不是独立的共谋者。但是,法院明确指出,横向协议不适用“代理例外”规则,而本案中,原告有力地指控了 *Katz* 在价格操纵和信息共享合谋中扮演了重要角色,因此“代理例外”规则不适用。^②

2. 存在两个以上其他独立主体。代理关系中如果只有本人和代理人两个主体,则因代理人不具有独立

^①*United States v. Masonite Corp.*, 316 U. S. 265 (1942), p. 276.

^②*In re Local TV Adver. Antitrust Litig.*, 2020 U. S. Dist. LEXIS 208215, p. 52, p. 54, p. 55.

性而无法成立垄断协议,但如果还存在其他独立主体,则垄断协议就有可能成立。这主要指多个具有竞争关系的主体使用同一个代理人的情形,如多个生产商将商品交由同一代理人销售。这时,无论销售商和生产商之间是批发关系还是代理关系,生产商之间都很容易发生共谋。在代理关系下,每个生产商都是委托方,都可以决定销售商转售商品的价格、地域和客户,虽然他们之间不构成纵向垄断协议,但不同生产商都是独立主体且相互存在竞争关系,在同一代理人的帮助下,生产商之间很容易获知彼此的敏感性商业信息和经营策略,并借此实现共谋。这种共谋不需要生产商之间的直接联络,而是借助于不同生产商分别与同一代理人的交流,基本都是默示共谋。这也就是反垄断法上的“轴辐协议”(Hub-and-Spoke Conspiracy)。

3. 代理双方之间的限制性内容与代理业务无关。代理协议必然包含本人和代理人之间的限制性内容,这是完成代理业务的基本需要,也是代理关系的原本之义,但这些限制只有与代理业务直接相关时,才能被视为反垄断法上的合法限制。欧盟1975年的 Suiker Unie 案虽将代理人视为委托人的辅助机构进而否认其独立性,但亦明确指出,代理人仅“在履行委托人指示义务时”才构成代理人不可分割的一部分。如果他们之间的限制性内容已经超出代理业务范围或者与代理业务无直接关联,则这种限制就不是代理协议的固有内容,并有可能构成垄断协议。这主要涉及以下两种情况:

第一,代理协议限制的是代理关系本身,而非代理业务的履行。每个代理协议都有特定的代理业务,代理关系所包含的限制应当与代理业务直接相关。就商品分销代理来说,代理人的职责就是按本人指示销售商品,本人对代理人销售商品的各种限制,如限制销售的价格、数量、地域、客户等,都是这类代理协议的固有内容,不应被认定为垄断协议。不过,代理协议可能涉及限制代理关系的条款,这就与代理业务无关,可以按照垄断协议来处理。对代理关系的限制包括两种情况:一是代理人对本人的限制,如要求本人不得再委托他人担任代理人,或者虽然可以委托但委托的对象、业务等范围受到限制,代理人由此获得一定的排他地位;二是本人对代理人的限制,如要求代理人不得再担任他人(主要是本人竞争对手)的代理人,或者虽然可以代理但代理的对象、业务等范围受到限制,本人由此获得一定的排他地位。这两种情况都属于反垄断法上的排他交易,是实践中比较典型的纵向垄断协议。

第二,代理协议中涉及代理人对本人的限制。在代理关系中,代理人为完成任务,需要接受本人指示,所以代理协议中的限制应该是本人对代理人的限制。如果相反,代理协议包含了代理人对本人的限制性内容,如商品分销代理中代理人要求本人按其指定价格或地域销售商品,这种限制就超出了代理业务的范围,很可能构成纵向垄断协议。

(三) 代理模式下 PMFN 条款的垄断协议认定

代理关系下的垄断协议认定,既要考虑“代理例外”规则的限制,也要考虑例外的例外。就 PMFN 条款来说,承认平台和卖方之间的代理关系并不是说这类条款不构成垄断协议,恰恰相反,目前的 PMFN 条款基本属于上述几种“代理例外”规则的例外情形。

1. PMFN 条款可能涉嫌构成横向价格协议。当代理人和本人之间同时存在代理和竞争关系时,代理关系就可能会演变为横向共谋,这种共谋还容易被合法的代理关系所隐藏。美国 Masonite 案中的情形在平台分销模式中也可能出现。平台是卖方的代理人,它们之间是纵向关系,但平台也可能参与卖方所在市场的竞争,这时平台又是卖方的竞争对手。这种情形在当前平台经济算不上普遍,但有些平台的确存在“自营”业务。这时,通过 PMFN 条款,平台和卖方很容易协调各自经营的商品价格。虽然 PMFN 条款并非直接让卖方设定一个固定价格,但在谈判中,平台可能会刻意向卖方披露自营商品的未来定价,卖方随即据此调整自己商品价格,这会排除或限制平台自营商品和卖方商品之间的价格竞争。在 PMFN 条款的作用下,不仅平台自营商品和卖方商品价格相似,而且不同平台上的价格也基本一致。

2. PMFN 条款有助于促成卖方达成轴辐协议。在平台分销模式中,平台同时担任具有竞争关系的多个卖方的代理人,这些卖方借助 PMFN 条款很容易实现价格的一致。在 PMFN 条款谈判中,平台非常适合充当“轴心”角色:一方面,卖方间的直接意思联络很容易给共谋行为留下证据,而借助每个卖方与同一平

台的分别联系,卖方之间无须直接沟通;另一方面,每个卖方都知道,竞争对手也在和同一平台进行价格谈判,平台也可能将与其他卖方的谈判情况告知当前谈判的卖方。在这一系列看似独立的单边谈判中,PMFN条款起到了重要的“价格信号”作用。卖方接受了即时性PMFN条款,就意味着承诺各个平台上统一定价,即不会在某个平台降价;卖方答应了追溯性PMFN条款,则意味着不仅承诺各个平台定价一致,还承诺将来一段时期内都不会降价。

当然,轴辐协议本质上是“辐条”之间达成的横向共谋,虽然“辐条”之间没有直接沟通,但轴辐协议的成立同样以它们之间存在意思联络为前提,只不过这种联络是以比较间接和隐蔽的方式实现的^[11]。如果平台上的卖方之间没有任何合谋意愿,并未借助PMFN条款来协调各自价格,则不应认定存在轴辐协议。当前实践中,卖方接受平台的各种限制,包括MFN条款,往往都是平台单方要求甚至威胁的结果,卖方之间未必存在意思联络,也不大乐意接受这种限制,这时认定为滥用市场支配地位行为可能更加合适。

3. PMFN条款限制因超出代理范围而构成独立的纵向垄断协议。PMFN条款是平台与卖方之间的限制性内容,但这种限制与代理业务无关,不属于代理协议的必要内容,因而可以认定为独立的纵向垄断协议。如前所述,如果代理协议限制了代理关系本身,或者属于代理人对本人的限制,则应认定为与代理业务无关。PMFN条款主要属于第二种情形。

首先,PMFN条款不涉及代理关系的限制。在当前平台与卖方的关系中,限制代理关系的情况比较常见。实践中主要是平台限制卖方,即要求卖方只能将商品放在自己平台销售,平台由此获得排他代理的地位。平台“二选一”就是这种行为的典型表现。

其次,PMFN条款属于平台对卖方的限制。如果将平台和卖方的关系理解为代理,则卖方是本人,平台是代理人,代理协议中的限制性内容就应当是卖方对平台的限制。卖方不允许平台随意降价,卖方能限制商品在平台上的销售对象,这都是代理协议的固有内容,卖方完全有权利这么做。但PMFN条款显然不是卖方对平台的限制,恰恰相反,是平台限制了卖方的定价权,这就超出了代理协议的内容,认定为垄断协议是没有问题的。

六、结 论

我国近年来数字经济发展迅速,数字经济不仅构成了我国创新驱动战略的重要载体,还是推动经济高质量发展的重要保障^[12]。与此同时,数字经济中的垄断行为也引起了人们的密切关注,PMFN条款就是其中比较典型的垄断行为之一。

买卖合同中规定MFN条款是比较常见的商业实践,是买方保护自身利益的重要手段。普通MFN条款一般不会直接产生竞争损害,但其与平台结合时会引发新的反垄断问题。PMFN条款本质上是“第三方协议”,它限制了卖方向第三方销售商品的价格,这种属性使其在批发分销模式下没有存在价值,因此PMFN条款是平台代理模式的产物。对PMFN条款竞争影响和规制路径的分析,都应以平台作为卖方代理人的身份定位为基础。

PMFN条款会导致产品价格提高,这种影响产生于PMFN条款的共谋效应和排他效应。两种效应在反垄断法上有不同的规制路径和分析方法。目前学界基本主张,PMFN条款既可以构成垄断协议,也可以构成滥用市场支配地位行为。但实践中,各国反垄断当局普遍选择垄断协议制度来解决PMFN条款的竞争问题。理论与实践的鲜明对比,反映了执法机构的务实态度,即更多考虑法律适用的便利和传统,而非PMFN条款本身的性质。法律适用的选择,既要立足于不同案件中PMFN条款的行为表现和竞争损害,也要顾及制度设立本意和法律适用逻辑。单一的垄断协议制度不足以解决PMFN条款的竞争问题。

就垄断协议制度适用来说,理论与实践的冲突也较为明显。一方面是大多学者主张代理关系中应排除垄断协议的认定,另一方面是执法机构认定垄断协议时基本没考虑代理关系。代理关系之所以影响垄断协

议认定,是因为垄断协议必须由独立主体达成,而代理人和本人往往被视为“单一经济体”,且代理关系中必然包含限制性内容。美国与欧盟都在判例中确立了垄断协议认定中的“代理例外”规则。不过,该规则的本意是,代理关系中仅排除纵向垄断协议的认定,与横向垄断协议无关,且代理关系中的限制性内容必须与代理业务直接相关时才能被视为合法限制。所以,“代理例外”规则本身也存在各种例外情形。当PMFN条款构成横向垄断协议的一部分,或者促成卖方之间达成轴辐协议时,行为人不能援引“代理例外”规则来抗辩。而且,代理关系中的必要限制是本人对代理人的限制,而PMFN条款属于代理人(平台)对本人(卖方)的限制,不符合“代理例外”规则的适用范围。

参考文献:

- [1] SMITH W. When most-favored is disfavored: a counselor's guide to MFNs[J]. *Antitrust*, 2013, 27(2): 10-14.
- [2] LABORATORIO D E. Can 'fair' prices be unfair? A review of price relationship agreements[EB/OL]. (2012-09-09) [2020-03-20]. <https://www.learlab.com/publication/1145/>.
- [3] BAKER J B, SCOTT M F. Antitrust enforcement against platform MFNs[J]. *Yale Law Journal*, 2018, 127(7): 2176-2202.
- [4] EZRACHI A. The competitive effects of parity clauses on online commerce[J]. *European Competition Journal*, 2015, 11(2-3): 488-519.
- [5] JUSTIN P. The agency model and MFN clauses[EB/OL]. (2017-01-25) [2020-03-20]. <https://ssrn.com/abstract=2217849>.
- [6] FLETCHER A, HVIID M. Broad retail price MFN clauses; are they RPM "at its worst"? [J]. *Antitrust Law Journal*, 2016, 81(1): 65-98.
- [7] AKMAN P. A competition law assessment of platform most-favored-customer clauses[J]. *Journal of Competition Law and Economics*, 2016, 12(4): 781-833.
- [8] ZHANG A. Toward an economic approach to agency agreements[J]. *Journal of Competition Law and Economics*, 2013, 9(3): 553-592.
- [9] 谭晨. 互联网平台经济下最惠国条款的反垄断法规制[J]. *上海财经大学学报*, 2020(2): 138-152.
- [10] 周丽霞. 在线酒店预订平台运营模式引发的限制竞争问题研究——基于欧盟各国对酒店预订行业最惠条款(MFN)存在争议的分析[J]. *价格理论与实践*, 2016(7): 38-41.
- [11] 焦海涛. 反垄断法上轴辐协议的法律性质[J]. *中国社会科学院研究生院学报*, 2020(1): 25-36.
- [12] 邢会强. 数字经济视角下的新《证券法》——修订解读、实施支撑与未来展望[J]. *浙江工商大学学报*, 2020(4): 67-75.



(责任编辑 张伟 郑英龙)