

奇虎诉腾讯反垄断案中的经济分析

丁亮

2014年10月8日,奇虎科技有限公司诉腾讯反垄断案宣判,最高人民法院二审判定腾讯不构成垄断。本案是中国较多运用经济学分析一个垄断民事纠纷案,其做法对未来垄断民事纠纷将产生深远影响。其中有许多反垄断经济分析问题仍然值得进一步研究与探讨。

如何界定本案中的相关市场

问题 1: 是否适合运用假定垄断者测试方法界定本案相关产品市场及一审法院对该方法的运用是否正确?

对此,最高法院认为,“基于相对价格上涨的假定垄断者测试并不完全适宜在本案中适用。一审法院在本案中未作变通而直接运用基于价格上涨的假定垄断者测试方法,有所不当,本院予以纠正。上诉人有关一审法院错误地运用假定垄断者测试的上诉理由部分成立,本院予以支持。应该说明的是,尽管基于相对价格上涨的假定垄断者测试难以在本案中完全适用,但仍可以采取该方法的变通形式,例如

基于质量下降的假定垄断者测试。由于质量下降程度较难评估以及相关数据难以获得,因此可以采用质量下降的假定垄断者测试进行定性分析而不是定量分析。”

最高法院的判决明确了以下两点:首先,假定垄断者测试具有普遍适用性。其次,假定垄断者测试并不一定要计算,它可以作为定性分析工具。该结论为未来假定垄断者测试方法在互联网免费模式下的适用提供了指引和依据。

问题 2: 关于移动端即时通信服务是否应纳入本案相关市场范围?

最高法院在判决中并未对电脑端即时通信以及移动端即时通信之间的需求替代关系进行分析,而是假定了电脑端即时通信与移动端即时通信服务是相同的,差异仅在硬件。然后对同时使用电脑端即时通信用户和移动端即时通信用户数量进行了大致推算,并对2013年移动端即时通信用户规模进行了展望。在此基础上得出结论,认为移动端即时通信服务应纳入本案相关市场范围。

奇虎360在上诉中没有提供电脑与移动端即时通信之间的需求替代分析。这是因为在2010年“二选一”发生时,移动端即时通信还不存在一个有效的市场。如果认为在2010年时移动端即时通信可以对电脑端即时通信构成需求替代,则需要做需

求替代分析。

我们注意到移动端与电脑端之间的差别并不仅仅在于操作系统、输入方式、屏幕大小等硬件方面,用户在使用移动端与电脑端产品时也存在行为特征以及使用偏好上的差异。

正是由于移动端即时通信市场与电脑端即时通信市场具有完全不同的市场特征,腾讯才在QQ之外推出了适用于移动端的微信。如果最高院能够按照国务院相关市场界定指南,依据2010年的数据做需求替代分析,其分析结论将更加具有说服力。

我们理解,由于最高法院现有的分析过于简单,认为电脑端与移动端上同时出现了一款产品就将二者界定为同一个相关市场是欠妥的。

问题 3: 是否将本案相关市场界定为互联网应用平台?

最高法院认为判断本案相关商品市场是否应确定为互联网应用平台,其关键在于,网络平台之间为争夺用户注意力和广告主的相互竞争是否完全跨越了由产品或服务特点所决定的界限,并给经营者施加了足够强大的竞争约束。最高法院认为相关市场界定阶段将不主要考虑互联网平台竞争的特性。

实际上这里探讨的是互联网中存在的双边市场问题。很多互联网产品或服务都具有双边市场特征。一边市场是免费的,用来吸引用户,例如,搜索引擎;而另一边市场是收费的,例如,广告。互联网企业通常通过收费端获取利

润。当互联网企业提高产品价格时,两边市场都会产生反映:免费端市场的客户会向其他同类产品的转移,例如,由百度转向其他搜索引擎;由于客户数量下降,收费端客户也会考虑转向其他平台,例如,广告商将广告由该搜索引擎转向电视、报纸等媒体。

由于双边市场很难界定边界,根据最高法院的判决,这些双边因素的影响将被放入竞争分析中进行考虑。在界定相关市场时,会主要考虑体现产品主要特征的免费端的部分,对于本案而言就是中国大陆的即时通信市场。该判决对于处理复杂的双边市场问题具有指导意义。

问题 4: 本案相关地域市场是中国市场还是全球市场?

最高法院主要考虑了多数需求者选择商品的实际区域、法律法规的规定、境外竞争者的现状及其进入的及时性等因素,认定本案相关地域市场应为中国大陆地区市场。

对于认为互联网服务可以低成

本、低代价到达或者覆盖全球,并无额外的、值得关注的运输成本、价格成本或者技术障碍,从而简单地认为互联网服务市场是全球市场的观点,最高法院的判决做了明确的驳斥,对规范未来审判具有重大指导意义。

腾讯是否具有市场支配地位

问题 1: 市场份额在认定市场支配地位中的作用

最高法院认为,一般而言,市场份额越高,持续的时间越长,就越可能预示着市场支配地位的存在。在市场进入比较容易,或者高市场份额源于经营者更高的市场效率或者提供了更优异的产品,或者市场外产品对经营者形成较强的竞争约束等情况下,高的市场份额并不能直接推断出市场支配地位的存在。特别是,在互联网环境下,动态竞争、市场边界模糊,更不能高估市场份额的指示作用,而应更多地关注市场进入、经营者的市场行为、对竞争的影响等有助于判断市场支配地位的具体事实和证据。

最高法院通过竞争分析来评价市场份额在认定市场支配地位中的作用,

该分析是积极的,对于未来反垄断诉讼具有指导意义。同时我们注意到,最高法院考察的指标,例如市场进入的难易程度、市场效率、产品优异、市场外的竞争约束等,都缺乏客观可测量性。在反垄断法发展的初期,削弱市场份额这一客观标准而强调非客观标准,有矫枉过正之嫌。

更深层次的问题是互联网行业往往涉及“双边市场”问题,而在本案中由于缺乏收费端相关市场数据,因此无法展开对双边市场进行全面的竞争分析。而仅仅考虑免费端的市场份额似乎并不完整,因此最高法院对一边市场中的市场份额进行认定的同时,对其作用做了淡化处理。

问题 2: 腾讯是否在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件的能力?

在该问题上最高法院认为,“关于被上诉人是否具有控制质量的能力。由于即时通信领域的竞争具有高度创新、动态竞争的显著特征且用户对于服务质量、用户体验极为敏感,因此,如果被上诉人降低服务质量,则会有大量用户转而使用其他即时通信服务。MSN市场份额在短时间内的大幅下滑就说明了这一点。”我们注意到,虽然MSN的即时通信服务整合了必应搜索、翻译、邮箱、网购、游戏等一系列互联网应用服务的平台,但是一旦MSN的质量下降,其市场份额也会随之下降,这证明MSN在相关市场中不具有市场支配地位。是否可以用不具有市场支配地位的企业无法控制价格和交易条件的事实,来证明另一个企业必然不能控制价格和交易条件?

最高法院进一步分析认为,“互联网平台竞争的特点也制约了被上诉人控制质量的能力。为了获取广告业务和增值业务的盈利,即时通信服务经营者必须在用户端持续吸引大量的用户。为了吸引更多的用户,经营者必须不断提高服务质量,不断开发新的服务。”我们理解来自于双边市场中收费端的竞争威胁确实可能对企业的行为产生约束。但是,这一分析必须建立在证据的基础上。

最高法院认为,“由于功能用途差异不明显,即时通信产品的替代性较高,即时通信服务经营者通常不敢轻易拒绝提供服务或者变更交易条件。因此,被上诉人控制商品价格、质量、数量或者其他交易条件的能力较弱。”我们理解替代性较高的市场应当观察到每个企业的市场份额经常性地发生波动,特别是在动态竞争显著的互联网市场上

更应如此。但是,我们注意到腾讯多年来市场份额持续超过80%,这似乎表明腾讯的QQ与其他数量庞大的即时通信产品之间没有较高的替代性。

“二选一”事件实际上是腾讯单方面变更交易条件,降低产品质量。如果腾讯不具有市场支配地位,则会出现其市场份额大幅下降,盈利减少的情形。但是,最高法院提供的统计数据显示,腾讯可以不顾及竞争对手的竞争和用户的反对变更交易条件,且不受损失。这一事实充分证明了其具有控制交易条件的能力,进而具有市场支配地位。

对于上述观点,最高法院分析认为,如果一个行为导致竞争对手市场份额增长则证明该行为人不具有市场支配地位。最高法院认为,“在被上诉人实施‘二选一’行为当月,其主要竞争对手MSN、飞信和阿里巴巴等的用户数量均有较高增幅……这一事实比较有力地说明被上诉人在即时通信服务市场上并不具备显著的市场支配地位。”

实际上,滥用市场支配地位的行为,例如收取不合理的高价、拒绝交易、搭售,都会损害消费者利益,致使消费者选择其他产品,进而导致竞争对手市场份额提高。竞争对手市场份额增长是与滥用行为相伴而生的现象。如果认为竞争对手市场份额增加就表明行为人不具有市场支配地位或该行为是促进竞争的,这种观点是值得反思的。

人们真正需要关注的不是竞争对手市场份额增加,而是行为人的损失在正常波动范围内(本案中为用户数下降3%),或者没有实质损失,则证明行为人有能力控制交易条件,具有市场支配地位。

问题 3: 腾讯是否具有能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力?

最高法院认为,“首先,对于认定是否具有市场支配地位而言,重要的是市场进入以及扩大市场占有率的容易性。低市场份额并不当然意味着较弱的市场竞争约束力,只要能够迅速进入并有效扩大市场,就足以对位竞争者形成有效的竞争约束。其次,本案证据表明,在被上诉人占有较高市场份额的时间里,每年都有大量的符合行政许可条件的境内经营者进入即时通信领域,且不少经营者在很短时间就迅速建立起足以支撑其发展的市场份额。”

如果把QQ比作一个覆盖中国的电网,则其他即时通信产品好比覆盖局部市的小电网。如果一个发电企业能在一个局部区域建立一个电网并能存活下来并不能对全国电网产生竞争约束。最高法院仅仅从技术角度考虑了即时通信市场的进入,并未考虑竞争上即

时通信产品是否进入相关市场并能有效扩张。

实际上,在中国即时通信不能实现互联互通。即MSN等产品不能直接与QQ用户对话,因此除非其他即时通信服务提供商能够建立一个独立的、用户有效使用时间与QQ相匹敌的即时通信网络,否则无法对QQ产生实质性的竞争约束,即腾讯仍然将在即时通信市场上占据市场支配地位。

3Q大战历时四年尘埃落定。其中展示出丰富多彩的经济分析,为未来垄断民事纠纷提供了很多有益的思路和分析框架。其中存在的缺陷与遗憾也与中国反垄断法的发展阶段相对应。但是应当看到最高法院已经开始深入分析与行为相关联的一系列竞争问题,为未来法院审判垄断民事纠纷案件提供了很好的示范。

手记



一场“输”出伟大意义的诉讼



一审判决后赵焯律师接受记者采访

赵焯

四惠桥西南角的一间开了暖气而燥热的屋子里塞满了人。不过,一眼可知,第一排位子的正中间空了个位子。会议已近热烈,但显然等待着某个重要人物的到来。

一次会议的意义

会议室的门毫无预兆地打开了,一个平头的男生轩昂地走了进来。我不禁心想,互联网公司的文化倒也不错,法务助手在老总都在的场合也都如此不拘小节。

随后的几秒钟,一定没有人注意到我脸上掠过的一丝尴尬。那个平头的“男生”,径直走向了中间的空位,坐了下来。听了几秒钟后,开始了他不容置疑的讲演。我知道,那个“男生”,才是会议的主角,周鸿祎。

因为那一丝没有人觉察的尴尬,才让我对那次与360公司会议记忆良久。翻看那一次的会议笔记,显示信息量巨大,同时决策重要。正是那天的选择决定了一个中国互联网标志性案件的开始。这个案件也成为我律师生涯中或许最为戏剧化的案件之一。

2014年10月16日,那次会议三年后,最高人民法院公开宣判,终审驳回360公司针对腾讯滥用市场支配地位的指控。360并没有等到那个期待已久的胜诉判决。

吴晓波写过《大败局》,从失败中可看到的教训远比研究成功来得醒目与深刻。作为这个案件的一审代理人及二审参与者,我仅从自己的视角,分享一下案件,聊做谈资与回忆。

360为什么会输?

360选择了一流的律所、聘请了顶级的反垄断法专家,还重金聘请了国际经济学机构。这个腔调和档次在国内的诉讼中已然是黄金战队。更重要的是,腾讯二选一事件的恶劣性质毋庸置疑。不仅工信部曾经下文文谴责,民间也是骂声一片。一审证据中,我们特地准备了一组证据,搜集各地的电台、广播在事件当晚针对腾讯的“骂娘”,嬉笑怒骂,畅快淋漓,至今听起来仍然过瘾。然而,就是在革命形势这么大的情况下,360一审、二审却怎么就是赢不下这个案子呢?

答案既简单又复杂。第一,遇到了神级对手;第二,遇到了两个世界级难题;第三,代理人策略局限。

案件败了,遗憾而不意外。我想,或许就是360求仁得仁的方式了,案件缘起、展开和结局都充分符合了360的气质和风格。其实专业人士明白,如果360选择“反不正当竞争”而不是“反垄断”提起这个诉讼,案件可能会有很大的机会胜诉。甚至广东高院的一审判决,在毫不必须的情况下也把腾讯行为的不法性严肃斥责了一番。

反不正当竞争是个安全的选择,是一个为了获胜而获胜的选择,但这不是个互联网公司的选择,不是互联网精神的选择。活着就为了改变世界,为了社会的微小但确实的可能的改变而勇敢尝试,这才是选择。

选择有错么?

我们看到,虽然案件败诉,但反垄断这把达摩克利斯之剑的威慑力已经不言而喻。腾讯收起了“抄袭—搭售—限制”的三板斧,以投资人身份含情脉脉地关注起创业者的生活。

我们看到,高品质的司法造就了中国互联网的繁荣,互联网的繁荣又促进了司法的进步,两者相伴相生,良性循环。

我们看到,互联网大、小佬们的争斗已经越来越文明,“用户至上”已经奉为圭臬,不大可能再做一个“艰难决定”的借口。

我们看到了3Q案所引发的反垄断学术文章的铺天盖地,看到了互联网投资生态的天翻地覆,看到了互联网所代表的自由与热情的深入人心。

弗朗西斯培根说过,人,不是因为不败,而是因为选择,而成就其伟大。

记忆有些模糊,但依稀记得三年前的会议是在一番温暖而动情的演讲中结束的:“腾讯是个伟大的公司,多少中国人因为QQ而接触了互联网。腾讯开启了一个时代,他为中国人打开了一扇通向互联网的窗。我们感谢腾讯。但,不能因为腾讯的伟大,而扼杀下一个伟大的公司。同样,下一个伟大公司也没有理由扼杀下一个伟大的公司。生生不息,这就是互联网,这就是我们的选择。”

(本版作者单位均为德恒律师事务所)