

平台最惠国条款的反垄断法规制纾困 ——以“全网最低价”条款为切入点

陈昊

江西财经大学, 法学院, 江西 南昌

收稿日期: 2024年4月7日; 录用日期: 2024年4月18日; 发布日期: 2024年5月31日

摘要

近年来, 互联网经济的繁荣催生了层出不穷的新经济业态, 由MFN条款(Most Favored Nation Clauses)发展而来的平台最惠国待遇条款(Platform Most Favored Nation, 以下简称“PMFN条款”)已经广泛应用于各种上游供应商与电商平台间的分销模式, 其中最具代表性的为双方订立的“全网最低价”条款。PMFN条款虽然可以降低交易成本, 带来低价福利。但它却可能抑制上游供应商之间的竞争, 导致平台之间的不法共谋, 最终损害消费者的合法权益。还可能阻却相关竞争对手进入市场扩张市场份额, 甚至出现恶性竞争。我国现有的反垄断法的构架下, 对于PMFN条款的规制主要有垄断协议和滥用市场支配地位的路径, 其中各自存在一系列困境。针对垄断协议规制PMFN条款的主体不适格等问题, 可以以安全港规则和轴辐协议填补漏洞。相关市场的界定作为滥用市场支配地位的规制路径中最大的难题, 应从需求主体和需求内容来明确。而对于网络效应下传统标准难以认定电商平台的市场支配地位的问题, 可以引入共同市场支配地位来加以解决。

关键词

平台最惠国条款, 反垄断法, 全网最低价条款

The Anti-Monopoly Regulation Relief of Platform Most-Favored-Nation Clause —Taking “the Lowest Price of the Whole Network” Clause as the Starting Point

Hao Chen

Law School, Jiangxi University of Finance and Economics, Nanchang Jiangxi

Received: Apr. 7th, 2024; accepted: Apr. 18th, 2024; published: May 31st, 2024

Abstract

In recent years, the prosperity of the Internet economy has spawned an endless stream of new economic formats, and the Platform Most Favored Nation treatment clause developed from MFN clause (Most Favored Nation Clauses). Hereinafter referred to as the “PMFN clause”) has been widely used in a variety of upstream suppliers and the distribution model between the e-commerce platform, the most representative of which is the “whole network lowest price” clause concluded by the two parties. Although PMFN provisions can reduce transaction costs, bring low benefits. However, it may inhibit competition among upstream suppliers, lead to illegal collusion between platforms, and ultimately harm the legitimate rights and interests of consumers. It may also prevent relevant competitors from entering the market to expand market share, and even vicious competition. Under the framework of China’s existing anti-monopoly law, the regulation of PMFN clause mainly includes monopoly agreement and abuse of market dominance, among which there are a series of dilemmas. In order to solve the problems such as the inadequacy of PMFN clauses regulated by monopoly agreements, the loopholes can be filled by safe harbor rules and hub-and-spoke agreements. As the biggest problem in regulating the abuse of market dominance, the definition of relevant market should be defined from the subject of demand and the content of demand. As for the problem that it is difficult for traditional standards to identify the market dominance of e-commerce platforms under network effects, common market dominance can be introduced to solve it.

Keywords

Platform Most-Favored-Nation Clause, Anti-Monopoly Law, Lowest Price Terms for the Whole Network

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2023年10月,有知情人士称李佳琦曾与海氏品牌商签“最低价协议”¹。但有消费者投诉京东上销售的海氏烤箱的价格比李佳琦直播间的价格更加优惠,导致海氏对李佳琦违约。而早在2021年“双十一”期间,欧莱雅与李佳琦和薇娅直播间也曾发生过“全网最低价”争议²。可见,这种“全网最低价”条款的适用正在电商经济中迅速扩展开来。

“全网最低价”条款是电商主播以电商平台为媒介,作为上游供应商的代理人与其签订的最低价保证协议。从反垄断法的视角来看,“全网最低价”条款属于典型的PMFN条款。该条款的适用可以为消费者带来低价福利,还能够在降低平台经营者、商家与消费者之间的交易成本的同时防止新进入市场的电商平台和上游供应商自建渠道“搭便车”的行为。然而,PMFN条款在促进竞争的同时可能也会引发共谋效应与排他效应,侵损市场竞争秩序,因而有必要在反垄断法上寻找PMFN条款的定位并进行规制。

目前我国立法并未就PMFN条款进行直接规制,也缺乏对于该条款的司法实践经验。本文将在阐述

¹ 参见澎湃新闻:双11底价大战:海氏“状告”京东,京东喊话李佳琦, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_25058628。

² 参见腾讯新闻:李佳琦薇娅大战欧莱雅:渠道与品牌博弈,头部主播能否撼动品牌定价, <https://new.qq.com/rain/a/20211122A01L8P00>。

PMFN 条款概念的基础上对“全网最低价条款”进行界定，进而分析垄断协议和滥用市场支配地位对于规制 PMFN 条款存在的困境和优化的路径。

2. 反垄断法上的平台最惠国条款概述

PMFN 条款从 MFN 条款发展而来，指在平台经济中供应商向平台方承诺不会给予平台商的竞争对手更为优惠的交易条件，若有更为优惠的交易条件，将自动惠及该平台[1]。

目前，平台与上游供应商之间的产品分销主要有批发模式和代理模式。两者最主要的差别在于商品所有权是否转移。批发模式下，平台购买上游供应商的商品后再自行向消费者转售，商品的所有权发生转移。而在代理模式下，平台充当上游供应商的代理人身份，商品只是通过平台进行销售，所有权不发生移转。因此，批发模式下通常由平台自主定价，代理模式下则由上游供应商决定商品价格。此外，批发模式下平台主要通过其向上游供应商批发的价格和向消费者销售的价格的差价来赚取利润，而代理模式下，平台在收取相应佣金的前提下和上游供应商共享商品销售的利润。

因而，PMFN 条款也可分为两类：一类是以批发为目的的条款，另一类则是以代理为目的的条款。目前，PMFN 条款通常被选择“代理模式(Agency Model)”的在线平台所采用[2]。同时，PMFN 条款还可以根据限制的对象范围分为狭义和广义两种：狭义的 PMFN 条款指的是平台上产品的售价应当低于上游供应商自身平台的价格，广义的 PMFN 条款则要求平台上的价格低于其他任意平台的价格。

在“全网最低价”条款之下，上游供应商与电商平台之间并不是经销关系，而是一种委托代理和受托宣传的关系，因此该条款属于代理模式下的 PMFN 条款和广义的 PMFN 条款。

3. 电商平台实施 PMFN 条款的竞争损害

经由 MFN 条款发展而来的 PMFN 条款要求作为受益人的买方获得与其他买方一样或者更好的优惠条件。然而，在电商平台要求上游供应商签署相关跨平台最低价格保证条款时，容易诱发上游供应商之间、平台与平台之间的横向限制竞争效果，尤其表现在共谋效应与排他效应两个方面。

3.1. 共谋效应

共谋效应，主要指竞争者行为的一致性[3]。因为 PMFN 条款连接着上游供应商和平台两方，因此双方均有可能基于 PMFN 产生共谋行为。

首先，对于上游供应商来说，其向电商平台降价的可能性会减小。在 PMFN 条款的框架下，如果上游供应商想要向一家电商平台降价，则必须将此优惠给予所有与之有交易关系的电商平台，使得其的降价成本大幅提高。因此，一旦供应商与电商平台之间达成了 PMFN 条款，则意味着该供应商向其他竞争者表明其在短期内不会降价，导致不同供应商所提供的商品和服务价格的趋同化。

其次，电商平台之间横向共谋效应比上游供应商的共谋效应更加明显。PMFN 条款的实施将会削弱电商平台之间的竞争，因为它会使得所有商品的定价都保持一致。如此，电商平台就会认为自己无需再降低向上游供应商收取的佣金，以便让上游供应商设定更低的产品价格。然而，这种情况可能会减少电商平台的收入，如果电商平台提高佣金，上游供应商也就会随之提高零售价格，从而导致电商平台和上游供应商之间的利益冲突，最终损害消费者的利益。

3.2. 排他效应

反垄断法中的排他效应是一种强制性行为，它旨在阻止竞争者进入相关市场，给新兴且不具备较大影响力的电商平台带来不利影响，最终提高了相关市场的准入门槛。

在电商平台市场中，低价竞争是初创型电商平台获得市场份额的一种重要手段。而 PMFN 条款使卖

方与其他电商平台之间的价格保持一致，市场份额较小的电商平台难以通过低价竞争赢得竞争优势和市场地位。随着近年互联网平台产业的崛起，电商经济呈现出典型的网络效应，而基于网络效应的催化，具有市场支配力的电商平台的排他效应尤为强烈。大型电商平台利用其品牌效应在市场上拥有了更多的客户，而新进入市场的小型电商平台则难以通过低价竞争取得优势。

再者，小平台和新平台还会试图通过降低对上游供应商的佣金或提供更多的优惠政策和服务的方式来吸引上游供应商，但是这种做法也很难让它们获得更大的市场份额。因为在互联网的作用下，吸引消费者、增加消费者流量才是电商平台吸引卖家的主要推动力，其他方面的作用力已经逐渐减弱。

4. 反垄断法规制电商平台实施 PMFN 条款的路径及困境

依照《关于平台经济领域的反垄断指南》的规定³，PMFN 条款既可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位的行为。因而，目前对于 PMFN 条款的规制路径的讨论也主要集中在垄断协议和滥用市场支配地位上。而这两条规制的路径在存在一定合理性的同时也各有其规制的困境。

4.1. 纵向垄断协议规制说

该观点认为，根据《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 18 条⁴的规定，可以将 PMFN 条款认定为纵向垄断协议。但这也存在诸多解释论困境。

首先，PMFN 条款的行为主体不符合《反垄断法》第 18 条的要求。纵向垄断协议的协议双方应当是具有买卖关系但没有直接性的竞争关系的主体，在双方间直接发生买卖合同的订立，产生商品和服务所有权变更的法律效果。而本文所指讨论的 PMFN 条款的订立主体是上游供应商和电商平台，两者之间是一种委托代理和宣传的关系而非批发和转售的关系，因此不具有竞争关系，而具有竞争关系的经营者之间实际上又没有 PMFN 条款^[4]。

其次，以《反垄断法》第 18 条规制 PMFN 条款的难度较大。具言之，PMFN 条款之下不仅存在对于上游供应商的商品和服务的纵向价格限制，更存在非价格限制，因此其并不纯粹属于限定转售价格的行为，故而可能脱离《反垄断法》第 18 条第一款和第二款对于限定转售价格的规制。

最后，《反垄断法》第 18 条的兜底条款即“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。但目前尚无具体的适用规则。因而，在现有的法律框架下，使用“国务院办公厅反垄断执法机构认证的他人独占合同”的保护措施仍具有较大的挑战。

4.2. 滥用市场支配地位说

为，PMFN 条款可以被置于规制滥用市场支配地位的框架之中，因为只有行为人有足够的市场支配地位，PMFN 条款才可能引发垄断问题^[5]。

首先，PMFN 条款可能会被视为对《反垄断法》第 22 条⁵的一种违反。以滥用市场支配地位规制来规制电商平台实施 PMFN 条款的行为需要满足一定的前提，即 PMFN 条款中的行为主体需要达到市场支

³《关于平台经济领域的反垄断指南》第 7 条第 2 款：“平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位行为”。

⁴《反垄断法》第十八条：禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：(一) 固定向第三人转售商品的价格；(二) 限定向第三人转售商品的最低价格；(三) 国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。对前款第一项和第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。

⁵《反垄断法》第二十二条：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：(一) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；(二) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；(三) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；(四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；(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；(六) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；(七) 国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

配地位的势力并实施了滥用行为。其中，认定市场支配地位则首先要界定相关市场。相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品范围和地域范围。通常根据产品的特性、用途及价格等因素，将需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品确定为经营者竞争的产品范畴。

其次，考虑到互联网行业的特殊性，如果上游供应商是 PMFN 条款的受益人，则认定其滥用市场支配地位相对较易，但如果平台经营者是 PMFN 条款的受益人，则认定其滥用市场支配地位则相对较难^[6]。而当前实践中电商平台与上游供应商的 PMFN 条款多是上游供应商妥协的结果，电商平台成为更大的受益方。

最后，互联网技术的成熟使得电商平台具备强劲的网络传播能力，电商平台即使没有构成市场支配地位，也可能利用其信息传导的优势发挥相对垄断的效应，进而排除其他主体的竞争。因此，鉴于电商平台的网络交互属性，如果孤立地以单个电商平台的市场份额来认定电商平台是否具有市场支配地位，则很难将电商平台实施 PMFN 条款的行为归结为滥用市场支配力来加以规制。

5. 反垄断法规制电商平台实施 PMFN 条款的路径优化

虽然《关于平台经济领域的反垄断指南》提供了以垄断协议和滥用市场支配地位规制 PMFN 条款的路径，但两者的适用都存在着困难。垄断协议适用的主要问题在于《反垄断法》第 18 条下规制主体的不适格和规制的难度。滥用市场支配地位的适用的最大问题在于相关市场的确定以及如何衡量网络效应对于电商平台形成垄断地位的作用。针对两条路径各自存在的困境，该部分将有针对性地提出路径优化的意见。

5.1. 垄断协议规制路径的优化

5.1.1. 安全港规则的适用

反垄断法上的安全港规则是指，在一国反垄断法的规范上对某种垄断行为划定一个违法门槛的标准，不符合上述标准的，视为不构成违法或者违法风险低，不予审查^[7]。我国 2022 年《反垄断法》正式规定了安全港规则，其第十八条第三款⁶对其作出了明确规定。于 2022 年 6 月发布的《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第十五条⁷《反垄断法》中规定的安全港规则进行了细化。

从相关立法来看，安全港规则目前仅适用于纵向垄断协议。如果以纵向垄断协议的形式来规制电商平台实施的 PMFN 条款，则可以对规制电商平台和上游供应商之间的 PMFN 条款设置一个建立在安全港规则基础之上的 15% 的市场份额“起始点”。此外，《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》还规定，以安全港规则计算相关主体的市场份额时，交易相对人为多个的，应当合并计算其在同一相关市场的市场份额，因而对于电商平台与多个供应商签订 PMFN 条款的情形，需要共同计算其市场份额。另外，“安全港”规则的适用除了要达到相关的市场份额，还要符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件，从《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》来看，“其他条件”主要指“无相反证据证明其排除、限制竞争”。

5.1.2. 轴辐协议的适用

“湖南娄底保险行业价格垄断案”⁸是我国首例“中心辐射型”垄断案例，由于该案的保险经纪公司与财险公司之间并无竞争关系，无法将其行为定性为横向垄断协议；且由于保险经纪公司与财险公司的协议内容为限制财险公司产品的优惠和折扣、销售方式，并非固定转售价格，因此也无法归于纵

⁶《反垄断法》第十八条第三款：“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止”。

⁷《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第十五条：“经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：(一)经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；(二)无相反证据证明其排除、限制竞争”。

⁸参见湖南日报：“湘首例价格垄断案查处娄底保险业被罚 229 万”，<https://hnrbc.voc.com.cn/article/201212/201212282319146192.html>。

向垄断协议。综上，保险经纪有限公司却不承担当时《反垄断法》上规定的责任，而是“移交有关部门处理”[8]。

因此，我国 2022 年《反垄断法》第 19 条⁹对“轴辐协议”做出了相关规定。以“轴辐协议”来对此种既不具有竞争关系，也没有上下游关系的市场主体进行规制。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[9]。

轴辐协议的框架下，需要有一个市场经营者充当“轴心”的角色，其与其他多个经营者签订纵向协议，并在这些经营者之间形成了实质上的横向垄断。在电商平台分销的模式中，电商平台与具有竞争关系的多个上游供应商订立纵向协议，在电商平台与一方供应商进行 PMFN 条款的谈判时，可能会与其他与其谈判的上游供应商串通，即上游的每个供应商都有可能得知整个市场中的价格信息，可能在供应商之间形成一种实质上的“横向共谋”。在此种情形下，基于电商平台与上游供应商的多份纵向协议，如若产生了组织、促进供应商之间的横向共谋的作用，则可以适用轴辐协议对 PMFN 条款进行规制。

5.2. 滥用市场支配地位规制路径的优化

5.2.1. 界定相关市场

相关市场的界定是判断 PMFN 条款是否滥用市场支配地位的前置条件，要确定电商平台与上游供应商之间的 PMFN 条款之下的相关市场，可以需求主体和需求内容的确定出发。

确认需求主体可以从获利来源、交互密切程度和争议的发生领域来考量。首先，PMFN 条款中电商平台通过宣传上游供应商的商品和服务来获取其坑位费和佣金，并不从消费者处直接获利。因此，上游供应商应当是电商平台的获利来源。其次，消费者主要通过浏览电商平台网页、观看直播的方式与电商平台建立关系，其购买的商品和服务直接由上游供应商直接提供而非由电商平台转售。而电商平台与上游供应商是 PMFN 条款的双方当事人，交互关系更为密切。最后，当供应商出现违约行为时，电商平台作为 PMFN 条款的当事人直接向供应商追究违约责任，因而有关 PMFN 条款的争议主要发生在供应商与电商平台之间，而不包括消费者。

综上，在界定相关市场时，宜以供应商为需求者分析其需求的替代关系。而在讨论应以上游供应商何种需求为基准分析其替代关系前，需解决一个前提性问题：宣传推广与消费劝诱这两种需求是否能够分离？若不能分离，则应取两需求替代关系中重合的部分[1]。

宣传推广可以发生在电商平台的任何地方和消费者浏览电商平台的任何阶段，而消费劝诱则要求发生在消费者对特定商品或服务产生兴趣后，且通常要求电商平台与消费者之间的互动行为，主要表现为电商平台的直播和客服的私信。在此种电商平台宣传上游供应商的服务和商品的模式下，其他经营者想要与电商平台建立紧密替代关系，则其必须同时具备宣传推广和消费劝诱的能力。因此，电商平台与上游供应商之间的 PMFN 条款之下的相关市场应当是交互式的营销市场。

5.2.2. 共同市场支配地位的引入

共同市场支配地位是指多个企业共同采取的独立于竞争对手以及其他各方的一致市场策略[10]，是市场支配地位的一种重要形式。我国《反垄断法》第 24 条也以不同标准将两个以上经营者的相关市场的市场份额推定为共同市场支配地位。

互联网的网络效应一方面加剧了市场占有率大的电商平台对限制新兴电商平台进入相关市场的排他作用，另一方面也促进了不同电商平台之间的不法共谋。基于此，电商市场中不同电商平台存在享有共同市场支配地位的可能性。

⁹《反垄断法》第十九条：经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。

根据欧盟的司法实践,共同市场支配地位的认定可以从“经济联系”和“对市场的经济分析”入手。“经济联系”是指将在特定市场上共同占据支配地位的独立实体联合起来的联结,这种联结能够使经营者们像一个经济体一样一致行动;¹⁰“对市场的经济分析”则需要证明不同经营者所处的市场具有“寡头垄断”的市场结构特征。¹¹首先,如上文所述,电商平台一端的共谋效应往往比供应商一端更为强烈。在众多电商平台都与上游供应商订立 PMFN 条款的前提下,电商平台之间形成了一种共同保持低价和一致调整价格的横向共谋,减弱了头部电商平台之间的价格竞争,满足了认定不同电商平台的共同市场支配地位的“经济联系”要件。其次,由于电商平台的网络效应,消费者通常更出于从众心理而选择在头部电商平台上交易,电商平台的用户粘性程度大大提高,使得电商平台市场容易形成寡头垄断的市场结构,符合认定共同市场支配地位的市场结构特征。

6. 结语

随着电商经济的发展,电商平台充当上游供应商代理人身份参与商品和服务的分销的模式已经成为常态。在肯定 PMFN 条款提供低价福利、降低交易成本等积极作用的同时,也要注意防范该条款下可能产生的垄断行为。垄断协议、滥用市场支配地位都有对电商平台实施的 PMFN 条款进行规制的可能性。对于垄断协议规制路径存在的主体不适格、适用难度大等问题,可引入安全港规则和轴辐协议来弥补规制的缺口。滥用市场支配地位的规制路径主要存在相关市场的界定的问题,对此可以从需求主体和需求内容出发加以确认。针对电商平台的网络效应下传统方式难以认定电商平台的市场支配地位的困境,可以通过共同市场支配地位来予以纾困。同时,相关的司法实践可以学习国外的相关反垄断法规制的范例,同时结合我国电商经济发达的国情来探索出一条具有中国特色的 PMFN 条款的反垄断规制路径。

参考文献

- [1] 吴太轩,张梦.直播带货模式下 PMFN 条款的反垄断法规制困境及对策[J].重庆理工大学学报(社会科学),2023,37(9):114-124.
- [2] 鲍磊,张进.平台市场中的最惠国条款及其反垄断规制问题刍议[J].宁波开放大学学报,2021,19(4):36-40.
- [3] 焦海涛.互联网平台最惠国条款的反垄断法适用[J].商业经济与管理,2021(5):72-84.
- [4] 孙晋,宋迎.数字经济背景下最惠国待遇条款的反垄断合理分析[J].电子知识产权,2018(12):12-19.
- [5] 孙林玉.平台经营者实施最惠国待遇条款的反垄断法规制[D]:[硕士学位论文].合肥:安徽大学,2019.
- [6] 何琴.移动互联网垄断协议界定之疑难问题——以“苹果电子书定价垄断”一案为例[J].哈尔滨学院学报,2014,35(7):54-57.
- [7] 刘继峰.“中心辐射型”卡特尔认定中的问题[J].价格理论与实践,2016(6):33-36.
- [8] 金珍珍.平台最惠国待遇条款的反垄断法规制[D]:[硕士学位论文].上海:华东政法大学,2022.
- [9] 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院报,2020(1):25-36+2.
- [10] 侯利阳.共同市场支配地位法律分析框架的建构[J].法学,2018(1):141-155.

¹⁰ 参见 See Case T-228/97 Irish Sugar plc v. EC Commission, 1999.

¹¹ 参见 See Cases T-68/89 etc Società Italiana Vetro SpA v. Commission, 1992.