

腾讯音乐垄断案中中止调查的利与弊

焦海涛

- 在垄断案件调查中，被调查的企业可以向执法机构作出停止、修正或从事特定行为的承诺，执法机构认为承诺足以消除涉案行为可能产生的消极影响的，可以接受承诺并据此作出中止调查决定。它虽不是对涉案行为的合法性予以认可，但也不会对涉案行为作出否定性评价。
- 反垄断执法有时不单纯是一种法律适用过程，在面对特殊行业、特殊主体或在特殊阶段时，也可能是一种妥协过程。对此我们不应苛责执法机构，但从理论上仍需反思互联网垄断究竟是否存在，以及哪些案件才能以中止调查方式了结。
- 中止调查之后，案件便进入了义务履行阶段，只有企业所承诺的义务全部履行完毕，案件才真正终结。通常，企业履行义务的情况也需进行评估，包括必要的公开。只有这样，人们才会知道案件是否结束，以及企业承诺的措施是否得到了充分、及时的履行。

尽管早在 2013 年法院就已审查了“3Q 大战”这样的互联网垄断大案，但因执法机构迄今尚未对一起互联网垄断案件作出过正式的处理决定，而“3Q 大战”的判决结果亦未承认互联网垄断的成立，以致人们对互联网领域究竟有没有垄断、反垄断法应如何在互联网领域适用等基本问题仍莫衷一是。2019 年初，因与环球、索尼和华纳等唱片公司签署独家版权协议，国家市场监督管理总局正式对腾讯音乐展开反垄断调查。这似乎意味着由反垄断执法机构主导的“互联网垄断第一案”即将出现，但遗憾的是，今年 2 月，执法机构中止了对腾讯音乐的反垄断调查。

什么是中止调查程序？

中止调查是一种特殊的垄断行为处理程序，法律依据是《反垄断法》第 45 条。根据该条，在垄断案件调查中，被调查的企业可以向执法机构作出停止、修正或从事特定行为的承诺，执法机构认为承诺足以消除涉案行为可能产生的消极影响的，可以接受承诺并据此作出中止调查决定，之后企业应限期履行承诺，承诺履行完毕的，案件调查终止。

我国的中止调查程序源自欧盟的“承诺决定”，故又称承诺制度，它不仅是一种简便的案件处理方式，也是执法机构与企业之间的和解。中止调查决定的最大特点是对企业行为是否违法“保持沉默”，它虽不是对涉案行为的合法性予以认可，但也不会对涉案行为作出否定性评价。与处罚决定相比，它更像是一种“不了了之”的案件处理方式。对执法机构来说，适用承诺制度通常是基于节约执法资源的考虑，即没有必要将有限的执法资源放在那些无关紧要或难以查清的案件上。欧盟委员会认为，只有在轻微案件中才可作出承诺决定，如果涉案行为一旦认定违法就必须予以罚款的话，则承诺决定就不合适。此外，对那些即便投入极大执法资源也难以查清的案件，及早结束调查程序也不失为一种现实选择——我国台湾地区“公平交易法”实践中的承诺制度主要就是适用于这类案件。

中止调查是否合适的处理方式?

就此案来说，中止调查是否一种合适的处理方式？在互联网领域适用反垄断法必须慎之又慎，这是学界与实务界的一致看法。但包容审慎强调的是一种小心谨慎的执法态度和专业化精细的执法方式，绝不是对问题视而不见，更不是在问题出现之后竭力回避。相信执法机构对本案适用承诺制度肯定经过专业性考虑，如难以认定市场支配地位、不敢贸然确认垄断行为存在，但也有可能是一种无奈选择——尽管执法机构具有强烈的处理意愿，但在多方因素影响下最终也不得不接受了企业承诺。反垄断执法有时不单纯是一种法律适用过程，在面对特殊行业、特殊主体或在特殊阶段时，也可能是一种妥协过程。对此我们不应苛责执法机构，但从理论上仍需反思互联网垄断究竟是否存在，以及哪些案件才能以中止调查方式了结。

中止调查的主要好处是节约执法资源，但显然并非所有案件都要考虑节约执法资源

的问题。反垄断执法的更重要目的在于维护竞争秩序,如果执法资源的节约可能有损竞争秩序维护,中止调查就不是合适的处理方式。从这个角度看,对本案中止调查,总体上可能弊大于利。

第一，本案与承诺制度的适用范围不太吻合。正因为承诺制度是一种和解，它必然包含执法机构的“让步”，甚至涉及公共利益保护问题，所以凡规定承诺制度的国家和地区都严格限制其适用范围。

欧盟将其适用于轻微案件，我国台湾地区只允许调查活动陷入僵局时才能接受企业和解。腾讯音乐垄断案显然不属于轻微案件，它不仅涉及大型互联网平台，也事关整个在线音乐市场，该项调查可以说是史上对音乐平台规模最大的一次调查。该案也不存在案件事实难以查清的问题，腾讯音乐与唱片公司的版权协议明确，国家市场监督管理总局在调查中业已完成了对相关事实的确认，剩下的基本都是法律适用的问题。

第二，本案所涉行为的合法性亟需执法机构表态。在线音乐市场的排他授权行为在互联网领域并非个例，而是具有相当大的普遍性，它和电商领域的“二选一”本质相同，都是一种排他交易。这种行为为近年来在我国市场上尤其是互联网领域层出不穷，也引发了实务界与理论界的大量争论。这种行为是否为违反反垄断法，企业基于自身立场有着针锋相对的观点，学界讨论虽相对理性但也不乏避重就轻甚至左右摇摆。可以说，互联网排他交易的合法性，已经到了不容回避、必须表态的阶段了。在这方面，学术讨论固然重要，但再全面、再完善的学术讨论也只是是一种理论化的设想，不如查处一个案子的效果好。在互联网垄断的认定上，我们太需要实现从0到1的突破，这种重任只能交给执法机构。腾讯音乐垄断案原本是一个很好的契机，但现在也基本失去了。

第三，本案处理结果具有重要的示范效应。反垄断法对规范企业行为具有重要意义，一种行为到底能不能做，企业主要盯着执法机构。即便是法律明确禁止的行为，只要还没执法机构的处罚决定，企业就可能不断地试探。

合理的处理决定不仅在向市场释放信号，也会威慑人们不敢再犯，而不合理的处理决定可能是对违法行为的放纵，甚至产生潜在的鼓励违法效应。诸如“二选一”这类行为近年来之所以在互联网领域如此普遍，重要原因之一是企业间的不断效仿，而执法机构对这类行为的合法性又未明确表态甚至不自觉地回避，企业实施“二选一”的顾虑由此也就大大降低，“二选一”现在似乎已经成了普遍性做法——从一开始的遮遮掩掩到后来的堂而皇之，甚至有的企业一方面在指责别人实施“二选一”，另一方面自己也同样在实施“二选一”。

第四，本案处理结果具有重要的普法价值。反垄断法实施效果的提升不仅依赖于企业遵守反垄断法，也依赖于全社会相信反垄断法。认同是法律实施的基础，也是法律实施的保障。对一个影响范围较大或者社会普遍关注的案件，适当的处理决定事关人们对反垄断法的信任。尽管我国反垄断法十年来实施效果良好，反垄断法的影响力日渐增强，但对特殊主体或在特殊领域实施乏力也是不争的事实。2011年的中国电信、中国

联通垄断案，被认为是国有企业垄断第一案，而如今的腾讯音乐垄断案也被认为是互联网垄断第一案。前案中止调查后的直接结果就是，随后一系列涉及电信行业的垄断案基本都以承诺整改告终，似乎电信行业已经没有了垄断行为了，而本案似乎又在走当年的旧路，中止调查的结果是否又以若干年内互联网领域无垄断为代价呢？

当然，说本案不宜中止调查，不是说腾讯音乐一定构成垄断。是否构成垄断是一种法律评价，必须严格依据反垄断法的规定进行分析。任何案件的处理都需经过事实认定与法律分析两个阶段，而发生在事实认定阶段的中止调查，已经阻断了后续法律分析的可能性。对当前互联网领域的“二选一”来说，执法机构的法律分析太重要了，这不仅关系到互联网行业的健康发展，也关系到反垄断法在互联网领域的更好适用。

建议公开履行情况

就中止调查程序本身来说，它也不是对涉案行为不管不问——虽然执法机构不会对涉案行为的合法与否作出评价，但仍要判断企业提出的承诺措施是否适当。只有承诺的内容足以消除涉案行为可能产生的消极影响，执法机构才能接受该承诺。要想实现这一效果，企业往往需要承诺终止或修正之前的行为，或者采取其他补救措施。这与经营者集中审查中的行为救济或结构救济的原理是一致的。所以一定程度上说，中止调查程序也能解决垄断问题。只不过，它是以一种对企业影响最小的方式实现的，不仅没有违法决定，企业也不会受到任何处罚；相应地，反垄断法的威慑力也难以充分地体现出来，对涉案企业以及其他企业的警示效果十分有限。一般来说，企业之所以愿意作出承诺，是想尽快结束案件调查程序，以免拖下去对自己声誉或其他方面产生不利影响，同时也因或多或少对其行为的合法性把握不准、底气不足。

根据各国法律规定，调查程序的中止，基本以企业主动申请为前提。一旦企业提出申请，能否中止调查的关键，就是判断承诺内容的适当性如何，即企业承诺是否足以解决涉案行为可能存在限制竞争影响。这种判断主要由执法机关进行，但为免执法机构了解的信息不足，或存在其他影响独立判断的因素，大多国家立法规定了所谓的“市场测试”要求，即将企业的承诺内容向社会公开，由利害关系人和社会公平判断承诺是否合适。这是制约执法裁量的重要手段，也是确保中止调查程序妥当适用的必要措施。很可惜，我国当前《反垄断法》中尚无这类规定，所以本案中，执法机构也就未将腾讯音乐的承诺内容公开，我们无从判断腾讯音乐究竟作出了哪些承诺以及这些承诺措施是否足够。

中止调查之后，案件便进入了义务履行阶段，只有企业所承诺的义务全部履行完毕，案件才真正终结。通常，企业履行义务的情况也需进行评估，包括必要的公开。只有这样，人们才会知道案件是否结束，以及企业承诺的措施是否得到了充分、及时的履行。腾讯音乐垄断案中的承诺内容没有公开已是既定事实，我们希望履行情况能够公开，别再重蹈中国电信、中国联通垄断案的覆辙——该案就因其公开性不足而饱受批评。

(作者系中国政法大学民商经济法学院教授)

最新国际法律动态>>>

意大利实施

《流动性法令》应对疫情

今年4月6日，意大利决定通过《流动性法令》，补充此前生效的《关怀意大利法令》，法令的主要内容包括：

一是暂停征收税费。政府将于今年的4月、5月停止向企业和自由工作者征收四月份至五月份的税费，停征税费约共计100亿欧元(约合人民币766亿元)。

二是保障教育活动。该法令为中小学校拨款 8500 万欧元(约合人民币 6.5 亿),为家境贫困的学生购买电子设备以便开展网络学习,还将修改高考计划以确保教学计划正常进行。

三是保障经济安全。意大利将“黄金权力”政策适用行业扩展到金融、信贷、保险、能源等涉及国家安全的领域,阻止外资的恶意收购。意大利还将向企业提供4000亿欧元的流动性支持,并为25000欧元内的贷款提供担保。

(意大利语编译: 苏宣任 信息
来源: 意大利《共和国报》网站)

俄罗斯完善

应对疫情的法律制度

今年以来，俄罗斯国家杜马通过了数十项法律修正案，以应对新型冠状病毒疫情。这些修正案的主要内容包括：

一是调整财政预算。政府有权在不修改预算法案的前提下,临时划拨特别款项用于新冠病毒的防治,俄罗斯将新设名为“预算拨款分配委员会”的机构,监督特别款项的划拨与分配。

二是落实隔离措施。俄罗斯已落实严格的隔离规定，违规个人最高可被处以4万卢布（约合人民币3865元）的罚款，违规企业最高可被处以50万卢布（约合人民币48313元）的罚款，严重违法的企业还可被吊销营业执照最长90日。如果个人违反隔离规定造成他人感染新型冠状病毒的，最高可被处以2年有期徒刑；违反规定造成他人感染并死亡的，最高可被处以5年有期徒刑；违反规定造成两人或两人以上感染并死亡的，最高可被处以7年有期徒刑；散布疫情虚假信息引起社会恐慌的，最高可被处以3年有期徒刑。

三是维护社会稳定。禁止个人或企业哄抬物价，尤其是药品价格。个人或企业哄抬药品价格谋取利益的，将被处以违法收入两倍的罚款。允许个人和企业申请延长贷款的还款期限，如个人和中小企业月收入降低 30% 以上，可申请延期六个月。法律修正案还规定了个人病假期间工资标准、有子女家庭的社会补助标准等事项。

(俄语编译: 张俊雪 信息来
源: 俄罗斯国家杜马网站)

上海法治报理论学术部
上海外国语大学法学院

合作主办