**中华人民共和国最高人民法院**

**民事判决书**

（2013）民三终字第4号

上诉人（一审原告）：北京奇虎科技有限公司。住所地：北京市西城区新街口外大街28号D座112室（德胜园区）。

法定代表人：齐向东，该公司执行董事。

委托代理人：谢冠斌，北京市立方律师事务所律师。

委托代理人：金毅，北京市立方律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：腾讯科技（深圳）有限公司。住所地：广东省深圳市福田区赛格科技园2栋东403号。

法定代表人：马化腾，该公司总经理。

委托代理人：邹良城，该公司法律顾问。

委托代理人：黄伟，北京市天元律师事务所律师。

被上诉人（一审被告）：深圳市腾讯计算机系统有限公司。住所地：广东省深圳市南山区高新区高新南一路飞亚达大厦5-10楼。

法定代表人：马化腾，该公司总经理。

委托代理人：杨奇虎，该公司法律顾问。

委托代理人：徐炎，该公司法律顾问。

上诉人北京奇虎科技有限公司（以下简称奇虎公司）因与被上诉人腾讯科技（深圳）有限公司（以下简称腾讯公司）、被上诉人深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称腾讯计算机公司）滥用市场支配地位纠纷一案，不服广东省高级人民法院（2011）粤高法民三初字第2号民事判决，向本院提出上诉。本院依法组成由最高人民法院审判员王闯担任审判长、审判员王艳芳、代理审判员朱理参加的合议庭，于2013年11月19日、11月26日、11月27日公开开庭审理了本案。书记员刘海珠、曹佳音担任法庭记录。周丽霞担任法庭翻译。上诉人奇虎公司的委托代理人谢冠斌、金毅，被上诉人腾讯公司的委托代理人邹良城、黄伟，被上诉人腾讯计算机公司的委托代理人杨奇虎、徐炎到庭参加了诉讼。奇虎公司聘请余妍、大卫·斯塔利布拉斯（David Stallibrass）作为专家辅助人出庭就本案相关问题发表了意见，腾讯公司和腾讯计算机公司聘请姜奇平、吴韬作为专家辅助人出庭就本案相关问题发表了意见。本案现已审理终结。

2011年11月15日，一审原告奇虎公司向广东省高级人民法院提起本案诉讼称：一、腾讯公司和腾讯计算机公司在即时通信软件及服务相关市场具有市场支配地位。本案相关地域市场为中国大陆地区的即时通信软件及服务市场。腾讯公司和腾讯计算机公司的市场份额达76.2%，QQ软件的渗透率高达97%。由此可以推定腾讯公司和腾讯计算机公司具有市场支配地位。腾讯公司和腾讯计算机公司具有强大的财力和技术条件，可以有效提高价格，阻碍竞争对手的进入、发展与壮大，排除相关市场内的竞争。由于腾讯公司和腾讯计算机公司用户群庞大，其他潜在竞争者难以进入相关市场，即便进入也难以形成有效竞争。二、腾讯公司和腾讯计算机公司滥用市场支配地位，排除、妨碍竞争，违反了《中华人民共和国反垄断法》（以下简称反垄断法）的规定。2010年11月3日，腾讯公司和腾讯计算机公司发布《致广大QQ用户的一封信》，明示禁止其用户使用奇虎公司的360软件，否则停止QQ软件服务；拒绝向安装有360软件的用户提供相关的软件服务，强制用户删除360软件；采取技术手段，阻止安装了360浏览器的用户访问QQ空间，在此期间大量用户删除了奇虎公司相关软件。腾讯公司和腾讯计算机公司的上述行为构成限制交易。腾讯公司和腾讯计算机公司将QQ软件管家与即时通信软件相捆绑，以升级QQ软件管家的名义安装QQ医生，构成捆绑销售。三、腾讯公司和腾讯计算机公司应对其垄断民事侵权行为承担相应法律责任。腾讯公司和腾讯计算机公司共同实施滥用市场支配地位的行为，导致奇虎公司受到损害，应当承担连带责任。综上，请求判令：1. 腾讯公司和腾讯计算机公司立即停止滥用市场支配地位的垄断行为，包括但不限于限定QQ软件用户不得与奇虎公司交易、在QQ软件中捆绑搭售安全软件产品等行为；2. 腾讯公司和腾讯计算机公司连带赔偿奇虎公司经济损失1.5亿元；3. 腾讯公司和腾讯计算机公司向奇虎公司赔礼道歉，具体形式包括腾讯公司和腾讯计算机公司在其网站QQ.com连续十日刊登经奇虎公司认可的道歉声明，以及在《人民日报》《电脑报》等平面媒体连续三日刊登经奇虎公司认可的道歉声明；4. 腾讯公司和腾讯计算机公司承担奇虎公司为维权而支付的合理开支，包括调查费、公证费、律师费等共计100万元；5. 腾讯公司和腾讯计算机公司承担本案所有诉讼费用。

一审被告腾讯公司和腾讯计算机公司共同答辩称：奇虎公司对本案相关市场界定错误；腾讯公司和腾讯计算机公司在即时通信服务市场内不具有市场支配地位；被诉垄断行为不构成滥用市场支配地位的行为，也未产生排除、限制竞争的效果。请求驳回奇虎公司的全部诉讼请求。

广东省高级人民法院一审查明：

一、关于奇虎公司、腾讯公司和腾讯计算机公司的主体资格

奇虎公司系360安全卫士软件V1.4版本、7.1.0.1010版本、6.1.5.1009版本的著作权人及运营人。腾讯公司为QQ软件著作权人，腾讯计算机公司为QQ软件实际控制人，两公司共同运营QQ即时通信软件。

二、关于本案相关市场的界定

（一）奇虎公司认为：本案相关商品市场为集成了文字、音频及视频等综合功能的即时通信软件及其服务市场，相关地域市场为中国大陆地区综合功能即时通信软件及服务市场。依据是：

1．腾讯控股有限公司在香港证券交易所发布的中文招股说明书记载：作为一项增值通信服务，即时通信为用户提供独有的功能，与社交网络（SNS）、电子邮件和电话相比，即时通信服务具有以下功能：跨平台和跨终端设备的沟通；能够侦测并及时发布用户的在线状态；能够获取用户资料及保存好友名单；能够进行密切而隐秘的沟通。

2．RBB经济咨询有限责任合伙（RBB Economics LLP ，以下简称RBB经济咨询)所作的《关于奇虎360与腾讯反垄断纠纷的经济分析报告》记载：（1）短信服务和电话服务为收费服务，和即时通信相比，它们推广渠道不同，而且共同属性有限。电子邮件虽然通常免费，但是不具备即时交流的特性，而且以文字通信为主。初步分析，这三种通信产品和即时通信产品的区别很大，需求替代性可能偏低，消费者极有可能不把电话、电子邮件或短信视为满足他们即时通信需求的替代品。虽然电子邮件、短信或电话的存在可能对假定的即时通信服务垄断者构成微弱的竞争，但是该竞争不可能从实质上限制该假定垄断者的行为，电子邮件、短信或电话与即时通信产品并不处于相同的相关市场中。（2）根据整个时间段的每周有效使用时间数据，即时通信软件和社交网络软件没有明显的相关性。2009年至2011年每周即时通信软件有效使用时间和每周社交网络软件有效使用时间之间的相关系数为0.098，接近于零。根据2009年至2011年每月有效使用时间所测算的相关系数也很低，为-0.0248。这项分析表明社交网络软件在中国被使用的方式不同于即时通信软件，因此可能不是一个有效的替代品。（3）虽然没有关于微博产品的数据，但是报告制作者注意到欧盟委员会在Skype/Microsoft合并案中，没有考虑社交网络或微博是否构成即时通信产品的替代品。相反，欧盟委员会将其资源集中于考虑即时通信和语音及视频通信是否存在于一个相关市场中，以及即时通信产品是否可能在未来与其它在线沟通方式衔接。基于产品特征的区别，使用上缺乏相关性，以及欧盟委员会在Skype/Microsoft合并一案中的可借鉴结论，报告制作者认为：消费者不大可能把社交网络和微博看作即时通信服务的替代品。因此，社交网络和微博对于即时通信产品垄断者的行为约束有限，构成一个单独的相关市场。报告制作者还注意到社交网络以及微博产品的提供者可能会单独提供即时通信产品或者将其作为核心产品的一部分，故将此类的即时通信与社交网络产品或者微博产品区别对待，并将前者包含在文字、音频、视频的即时通信产品范畴。报告制作者作出此分析所依据的艾瑞报告，也将此类产品中的即时通信产品（例如人人桌面、微博桌面、新浪微博、新浪UC）统计在即时通信产品范围之内。（4）文字、音频及视频即时通信的唯一区别在于通信媒介。这三种即时通信方式有一些共同特征，并且往往可通过一个单一的集成前端来供给。报告者相信缺少任何一种功能的产品很难被多数的消费者视为好的替代品。因此三种即时通信产品很有可能构成一个单独的、重叠的相关市场。即便三种即时通信功能分开对待，由于替代的非对称性，消费者只会用综合功能的即时通信软件替代单一功能的即时通信软件而非相反，故后者也仅可能成为综合即时通信产品市场之外的市场。

3．中国互联网络信息中心（CNNIC）出具的《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）记载：（1）用户依赖程度较高。即时通信产品已经拥有巨大的用户资源，且用户流失率较低，与其他互联网服务相比，即时通信产品的及时性、便利性更为突出。中国即时通信用户联系人规模：联系人数量为101-300人与11-30人的用户群体比例最大，分别为28.1%和25.0%，51-100人与31-50人比例分别为19.2%和13.2%，10人以下与301人以上群体比例最低，分别为5.4%和9.1%。（2）文字聊天依然是即时通信用户使用最多的功能，使用的用户数占到93.2%。但随着即时通信软件功能的增多，这一比例较即时通信初期有所减少，而语音、视频等服务使用比例逐步增加。2009年即时通信软件调查显示，应用方面语音聊天、视频聊天、文字传输等方面应用比例均在50%以上。（3）从使用功能上看，即时通信软件的平台作用已经呈现，50.2%的即时通信用户通过即时通信软件登陆其他服务，这意味着即时通信已经成为其他服务推广的有效工具。（4）作为互联网三大基础服务之一的即时通信对于用户的粘性较高，近六成的即时通信用户上网就登陆即时通信工具，在有需求时登陆的用户比例为8%，33.2%的用户没有固定的登陆习惯。《中国即时通信用户行为研究报告简版》（2010-2011年）记载：艾瑞咨询的调研数据表明，无论是对整体网民，还是2010年的新晋网民，排名首位的互联网应用皆为网上聊天。数据显示，整体网民中，超八成网民常用网上聊天；新晋网民中，超六成用户常用网上聊天。

4．艾瑞市场咨询有限公司（以下简称艾瑞咨询）出具的《中国即时通信行业发展报告简版》（2009-2010年）记载：即时通信在中国已经历了11年的发展历程，目前已成为用户覆盖最为广泛、使用最为频繁的网络服务之一。

（二）腾讯公司和腾讯计算机公司认为：相关市场上提供即时通信服务的产品非常多，其他互联网产品和服务亦可实现即时通信服务功能，奇虎公司故意采用过窄的标准来划分和界定本案相关商品市场范围，使QQ软件产品的市场地位被明显高估。依据是：

1．登陆互联网，在计算机中下载安装“Windows Live Messenger 2009”、“百度Hi”、“人人桌面”、“网易POPO”、“新浪UC 2010 SP1版”、“网易CC”、“阿里旺旺”、“i Speak 7.1”、“嘟嘟1.1.15.38”、“沃友”软件后，演示上述软件的功能。其中，在计算机中安装“百度Hi”软件后，以huilin428登录“百度Hi”软件，该软件具有添加联系人、图片传输、音视频通话、文件传输、游戏中心、百度知道等功能。在计算机中安装“人人桌面”软件后，以帐号13717783120登录“人人桌面”软件，该软件具有添加好友、即时聊天、热门分享等功能。在计算机中安装“网易POPO”软件后，以帐号gh1980＠yeah.net登录“网易POPO”软件，该软件具有添加好友、今日资讯、即时聊天、文件传输、语音聊天、视频聊天等功能。在计算机中安装“新浪UC 2010 SP1版”软件后，以帐号hui-428＠163.com登录“新浪UC 2010 SP1版”软件，该软件具有添加好友、即时聊天、视频聊天、语音会话、文件传输、查看微博、查看博客、新浪游戏等功能。在计算机中安装“网易CC”软件后，以帐号gh1980＠yeach.net登录“网易CC”软件，该软件具有添加好友、即时聊天、文件传输等功能。在计算机中安装“阿里旺旺”软件后，以帐号hg1980910登录“阿里旺旺”软件，该软件具有查找会员、即时聊天、文件传输、语音聊天、发送手机短信等功能。在计算机中安装“i Speak 7.1”软件后，以帐号gh1980＠yeah.net登录“I Speak 7.1”软件，该软件具有添加好友、即时聊天、视频聊天、文件传输、语音频道等功能。在计算机中安装“嘟嘟1.1.15.38”软件后，以帐号gh1980910登录“嘟嘟1.1.15.38”软件，该软件具有添加好友、即时聊天、发送图片、语音会话等功能。在计算机中安装“沃友”软件后，以帐号2101572登录“沃友”软件，该软件具有查找联系人、添加好友、文字聊天、发送图片等功能。在计算机中安装“YY 4.6.0.2”软件后，以帐号guo889911登录“YY 4.6.0.2”软件，该软件具有查找好友、文字聊天、发送文件、语音聊天等功能。在计算机中安装“雅虎通”软件后，以帐号guo998811＠yahoo.cn登录“雅虎通”软件，该软件具有添加好友、文字聊天、语音通话、发送文件等功能。在计算机中安装“翼聊”软件后，以帐号13683091941登录“翼聊”软件，该软件具有添加好友、文字聊天、语音通话、发送文件等功能。在计算机中安装“TOM Skype”软件后，以帐号guo998811登录“TOM Skype”软件，该软件具有查找用户、文字聊天、视频通话、语音通话等功能。在计算机中安装“飞信”软件后，以帐号guo998811＠163.com登录“飞信”软件，该软件具有查找好友、文字聊天、视频对话、语音对话、文件传输等功能。

2．登陆互联网，在雅虎邮箱、163网易免费邮箱、139邮箱、Gmail邮箱中进行相关操作。其中，以帐号gguo84＠yahoo.cn登录“雅虎”邮箱，该邮箱具有即时发送信息等功能。以帐号gh1980910＠163.com登录“163网易免费邮箱”，该邮箱具有即时发送信息等功能。以帐号13717783120＠139.com登录“139”邮箱，该邮箱具有飞信聊天等功能。以帐号guo998811＠gmail.com登录“Gmail”邮箱，该邮箱具有聊天等功能。

3．在网址为www.kaixin001.com的网页，输入帐号“zouliangcheng82＠163.com”和密码，进入“在线好友”网页，具有“与在线好友聊天”的功能。在网址为www.renren.com的网页，输入帐号“zouliangcheng82＠163.com”和密码，进入“在线好友”网页，具有“在线好友”的功能。

4．登陆互联网，以帐号gh1980910＠sina.com登录新浪微博，具有即时聊天、发送图片、发送文件、发送语音消息等功能。

5．登陆互联网，以帐号pingpingan2012＠hotmail.com登录“Hotmail”邮箱后，该邮箱具有发送即时信息等功能。以帐号guo998811＠sohu.com登录“搜狐微博”后，该微博具有发送私信等功能。以帐号huilin428＠gmail.com登录“Google+”后，该产品具有视频聊天、文字聊天等功能。

6．运行两部iphone4手机中安装的“360口信”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“米聊”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“Youni”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“微友”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“飞聊”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“飘信V5”软件，该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“几米”软件，使用该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。运行两部手机中安装的“YY语音”软件，使用该软件可以在两部手机之间进行文字聊天、图片发送等。

7．登陆互联网，在地址栏中输入网址http://www.sxmobi.com，进入“深讯和科技有限公司”网站，网站有“视频聊天”产品的相关介绍。在网址为http://www.imichat.com.cn的“艾米视频聊天-茂碧信息科技有限公司”网站，有相关产品的介绍。在网址为http://www.weixin.qq.com的“微信，是一个生活方式”页面，网站中有下载、常见问题等页面。在网址为http://www.apple.com.cn的“apple”网站，有iphone4手机相关功能。在网址为http://www.room.9158.com的“视频聊天-同城聊天室-9158多人视频聊天室”页面，可以下载“9158chat.exe”文件。在“跳舞吧多人视频-跳舞吧下载-tiao58.com”页面，有相关产品的介绍并可以下载“T58chat.exe”文件。

8．在计算机中安装“新浪SHOW2.2正式版”软件，以帐号284303872登录“新浪SHOW2.2正式版”软件，在该软件聊天室中可以进行文字聊天、发送表情等。在计算机中安装“呱呱视频社区2010正式版”软件，以帐号100164543登录“呱呱视频社区2010正式版”软件，在软件的聊天室中可以进行文字聊天等。在计算机中安装“Doshow都秀”软件，以帐号33008721登录“Doshow都秀”软件，在软件的房间中可以进行文字聊天、添加好友、音视频通话等。

9．在手机中点击APP STORE图标，在APP STORE类别为社交的软件标签中分别查看收费项目排名和免费项目排名的软件列表，以及“QQ2011”和新浪“微博”的软件的详细信息。其中，“QQ2011”的主要功能包括：支持语音对讲和视频功能，支持查看附近的人、可能识别的人，支持手机与手机、手机与电脑之间互相收发文件，支持后台在线及推送好友消息通知，图片收发等。新浪“微博”的主要功能包括：分享文字和图片、私信聊天等。以此证明QQ和新浪微博、人人、YY、阿里旺旺等均属于社交类型的商品，具有竞争关系。

10．登陆互联网，在周鸿祎的新浪博客中有两篇文章。在百度网站中以关键词“周鸿祎360的未来是什么”、“谷歌Facebook终极PK”进行搜索。其中，腾讯公司和腾讯计算机公司认为：周鸿祎的博文“360的未来是什么”可以证明以免费软件平台推广产品和服务、获取盈利是互联网平台企业通行的商业模式，即时通信、搜索、安全都可以成为平台，平台之间存在竞争关系；《财富》封面文章“Facebook vs.Google Battle for The Future of The Web”，证明谷歌（Google）作为搜索领域的领导者，利用其搜索平台积累的用户迅速向SNS市场扩张，互联网企业的竞争实质上是平台的竞争。

三、关于腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场是否具有支配地位

（一）奇虎公司认为：腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场具有支配地位。

第一，腾讯公司和腾讯计算机公司具有控制交易的条件，依据是RBB经济咨询所作的《关于奇虎360与腾讯反垄断纠纷的经济分析报告》。其中记载：在奇虎360与腾讯纠纷发生的当月即2010年11月，腾讯的市场份额和前一月比较下降了1.1%，这和典型的季节性变化没有太大区别。此次纠纷对腾讯没有持续性的影响。相关图表显示，在事发两周内，腾讯的市场份额比2009年同期增长更快。这一现象表明：腾讯的竞争对手很难抢走腾讯的市场份额，这个市场中的拓展壁垒偏高。此外，腾讯能够降低产品/服务质量但是其使用量不受影响，说明腾讯可以自由运作，不顾及损失客户的威胁，这构成腾讯在即时通信服务市场具有支配地位的直接证据。

第二，腾讯公司和腾讯计算机公司能够阻碍、影响他人进入相关市场，依据是：

1．RBB经济咨询所作的《关于奇虎360与腾讯反垄断纠纷的经济分析报告》记载：腾讯特有的产品组合构成进入和拓展壁垒。在某种程度上而言，因为消费者认为腾讯的即时通信产品和服务与其它竞争对手的产品和服务有区别，竞争对手可能发现他们的产品难以吸引即时通信用户，从而拓宽市场占有率，这也进一步增强了腾讯的市场支配力。由于开发一系列具有竞争力的附加产品和服务组合既昂贵又费时，同时也需要大量用户形成网络效应，腾讯明显的市场领先地位构成了进一步的进入和拓展壁垒。从2006年7月至2011年12月有效使用腾讯和飞信的中国消费者小时数来看，飞信进入市场时的规模相对较小，在2007年8月只获得1100万有效使用小时，远少于腾讯同期的12.72亿有效使用小时。一直以来，飞信都没能将其有效使用小时数发展到与腾讯同等的规模。2010年12月，飞信拥有8500万有效使用小时，同一时期，腾讯的有效使用小时数为27.91亿，腾讯当时的有效使用小时数仍然是飞信的33倍。尽管飞信在2010年期间对软件做了改进，包括将其软件对非中国移动用户的开放，其2010年12月的有效使用小时数却减少了1300万，与2009年同期相比，下降了13.2%。2010年11月，腾讯与奇虎纠纷期间，飞信当月有效使用小时数与上月相比增加了1300万（17.1%），但是收益却是短暂的，该月度用量变化并不偏离标准的季节性变化。飞信活跃用户未能达到腾讯的同等规模说明了在即时通信服务市场新进入者所面临的明显困难。尽管飞信是由中国最大的一家通信公司推出的，其运行3年以来，一直无法突破其在市场中的小小立足点。飞信的规模虽然相对很小，但似乎无法在增长率上获得任何超过腾讯的竞争优势。虽然飞信成功进入了这个市场，但显然一直以来无法显著地扩大其活跃使用时间并赶超腾讯。阿里旺旺进入市场时的规模相对较小，在2006年7月只获得1800万有效使用小时，远少于腾讯同期的9.68亿有效使用小时。2010年12月，阿里旺旺拥有1620万有效使用小时，同一时期，腾讯的有效使用小时数为27.91亿。腾讯当时的有效使用小时数仍然是飞信的17倍。2010年11月腾讯与奇虎纠纷期间，阿里旺旺当月有效使用小时数和上月相比增加了100万，其月度用量变化不偏离标准的季节性变化。阿里旺旺的活跃用户未能达到腾讯的同等规模说明了在即时通信服务市场，新进入者要超越起步时的小规模面临明显困难。

2．腾讯控股有限公司2011中期报告记载：2011年6月30日即时通信活跃帐户7.019亿，即时通信最高同时在线帐户（季度）1.367亿。

3．用户与腾讯客服之间对话的录音内容表明，客服告诉用户如果用户电脑安装了360，QQ就无法正常使用。

4．艾瑞咨询出具的《中国即时通信行业发展报告简版》（2009-2010年）记载：即时通信软件之间实现互通无论是从用户需求，还是从市场发展的角度看都将是一个必然的趋势。首先，用户具有实现互通的需求，即时通信软件之间实现互通更多的是为了满足用户需求。在即时通信服务市场发展初期，即时通信厂商都把用户壁垒作为竞争的基本手段，所谓用户壁垒即各个即时通信软件用户都只能与本软件用户交流，无法跨软件沟通，这样可以有效阻止用户流失，但如今，这种用户壁垒却阻碍了用户更加方便、快捷地与朋友进行沟通。其次，随着即时通信服务市场的快速发展，为进一步方便个人以及企业用户的使用，打破即时通信软件之间无形的“电子围墙”是一种必然趋势，且目前实现互通在技术上是可行的。

5．CNNIC出具的《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）记载：随着网络游戏与虚拟物品的引入，即时通信帐号自身已经具有“货币价值”。腾讯QQ在用户使用率中占有绝对优势，渗透率以97.4%的比例占据第一位，虽然腾讯QQ在即时通信服务市场的地位很难被动摇，但并不意味着其他即时通信软件市场空间的缩小，恰恰相反，对于新兴的即时通信工具，其大多利用自身的软件特点在短时间内取得了较好的市场位置。从软件发展趋势分析，即时通信间的整合趋势也越发明显，对于软件产品及服务提供商而言，由于不同的产品技术及收益分割等因素限制，与其他服务提供商进行产品整合的可能性并不大，因此不同即时通信用户间相互交流受阻问题始终未能解决。目前服务提供商基于自身利益问题，仍将其他服务提供商视为对手，全面的软件互通短时间内还难以实现。

6．《羊城地铁报》于2010年11月9日刊登了一篇《QQ用户被挖角MSN下载量激增数十倍》的文章，内容为：腾讯与360的大战引发用户被“挖角”。MSN中国相关负责人日前透露，近期MSN新增用户数量出现较大增长，MSN软件的浏览和下载量增长幅度达几十倍之多。近日MSN中国推出了邀请QQ好友加入的功能。不过根据MSN中国公关负责人表示，尽管MSN中国推出了QQ好友加入的功能，但近期经过监测发现，MSN的这一功能遭到了屏蔽。

7．腾讯2011年年报预报记载：凭借我们独有的跨通信、SNS及社交媒体的多平台社交网络，我们继续树立在中国整个社交网络行业的领导地位。2011年，通过持续拓展即时通信、QQ空间、朋友网、腾讯微博和QQ邮箱等主要社交平台，我们巩固了行业领导地位。“微信”自2011年初推出以来，作为移动即时通信的延伸，其用户数取得显著增长，并成为一种社交现象，深化了我们在移动社交领域的领导地位，同时提高了我们对高端智能手机用户群的渗透率。此外，我们以不同平台间单一登录帐号、关系链共享、评论可跨平台同步来强化我们的社交基础建设。这为我们的用户在不同使用场景下提供无缝衔接的用户体验，以此凸显我们的差异化，并提高用户粘性。

8．腾讯网页记载：Q币免费送，领取条件：已安装QQ电脑管家风云版，并连续登录5天，第6天即可领取3Q币。

第三，腾讯公司和腾讯计算机公司具有市场支配地位，依据是：

1．腾讯控股有限公司2010年年报记载：收入从2006年的28.00441亿元到2010年的196.46031亿元，毛利从2006年的19.83379亿元到2010年的133.25831亿元，资产总额从2006年的46.50572亿元到2010年的358.30114亿元。

2．北京神州泰岳软件股份有限公司2010年度报告及2011年半年度报告记载：2010年公司实现营业收入8.41629亿元，飞信业务实现营业收入4.912076亿元；2011年上半年，飞信业务实现营业收入2.927111亿元。

3．腾讯网站记载：安装并登录QQ电脑管家风云版，即可领取管家定制QQ秀，还有3种游戏大礼包任选其一。11月28日至12月30日，每天登录QQ电脑管家风云版，连续登录5天后，即可在第6天登录活动网站领取Q币，每天限量30万Q币，先到先得。

4．国家知识产权局网站专利检索结果显示腾讯公司共有发明专利2136项、实用新型专利28项、外观设计专利6项。

5．蓝港在线（北京）科技有限公司在其网站上发表《蓝港就腾讯封杀<佣兵天下>广告一事发布7条愤怒声明》一文称：昨晚，腾讯公司发布声明，就我公司CEO王峰在微博所指腾讯封杀3D网游《佣兵天下》广告一事矢口否认，并谎称因“广告位紧”而不能安排《佣兵天下》的广告投放。对此，我司近千名员工表示强烈愤慨！我司正式向腾讯公司发出愤怒声明，请腾讯公司能够正视对蓝港在线的“歧视性竞争”，保持作为媒体平台的公正性，请还事实以真相！声明如下：……落款日期为2011年9月16日。2011年9月20日，蓝港在线（北京）科技有限公司在其网站上发表了“《佣兵天下》遭腾讯‘封杀’事件以和解告终”的报道。

6．在UC优视网站发表的《UC优视起诉腾讯打响反不正当竞争第一枪》的报道称：UC优视今日正式宣布，将以不正当竞争为由起诉腾讯。在此之前，UC优视曾发表《致广大合作伙伴及UC浏览器用户书》，列举UC所遭遇腾讯的种种不正当竞争行为，如捆绑、排他、绑架用户、数据造假等等，公开“四问腾讯”。11月4日上午，UC优视举行了以“我们的责任”为题的媒体沟通会。会上，UC公布了一份腾讯公司提供给手机厂商等的合作协议并认为其中具有排他条款：如要求合作伙伴需声明在推广腾讯产品时不推广其竞争对手产品，对应关系如下：QQ浏览器—UC浏览器；QQ安全助手—360安全助手；腾讯微博—新浪微博。UC声称腾讯签订排他性协议，表明腾讯对于交易者具有控制力。UC还声称自2009年腾讯的手机QQ浏览器发布后，UC浏览器就被列入了腾讯的“黑名单”，频频遭遇不正当竞争。UC方面曾与包括马化腾在内的腾讯高层多次主动沟通，但均告无效，而腾讯方面反而变本加厉，在缺乏自我创新能力，手机浏览器产品无法与UC竞争的情况下，利用QQ聊天的垄断优势强迫其他公司“二选一”，明目张胆地不正当竞争，UC最终“忍无可忍”，发表了正式声明，公开“四问腾讯”。

7．艾瑞咨询出具的《中国即时通信年度监测报告简版》（2010-2011年）记载：艾瑞咨询2010年即时通信服务市场监测数据显示，腾讯在整体市场的份额占到76.2%，保持绝对的领先地位。3Q大战进一步激化了市场竞争，不少互联网企业纷纷进入即时通信服务市场，寻找新机遇。阿里旺旺、飞信和MSN市场地位已重新排位，快速发展和新兴的垂直类即时通信软件不断崛起，竞争激烈。2010年即时通信软件总有效运行时间占比情况为：腾讯QQ87.6%、阿里旺旺4.4%、飞信2.6%、MSN2.3%、腾讯TM1.2%、歪歪/YY语音1.1%、其他1.0%。2010年移动即时通信用户中，91.9%使用过手机QQ，可见腾讯QQ在移动即时通信用户中也得到最广泛的认可。排在第二位的飞信，使用过的用户也达53.4%，大幅度超过阿里旺旺、MSN等。

8．CNNIC出具的《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）记载：即时通信（IM）软件用户渗透率中腾讯QQ/TM为97.4%，排在第二位的飞信为20.5%。

9．根据易观智库的分析，从市场格局来看，和前几个季度一样，累积帐户数前三名分别是手机QQ、手机飞信、手机MSN，手机QQ和手机MSN市场份额略有下降，分别为58.3%、9.5%。本季度手机飞信受益于节假日因素和营销力度加大，市场份额上升1%，达到27.7%；手机旺旺则基本持平，相比较上季度略有上升；以米聊、微信等为代表的新型移动IM发展迅速，提高了0.4%的份额，但移动IM前三所占的市场份额依旧达到95.5%，市场处于高度联合垄断的格局。

10．根据易观国际发表的《2008年第二季度中国即时通信服务市场季度监测报告》，腾讯QQ活跃帐户数达到3.41亿，以80.2%的市场份额排名首位。

（二）腾讯公司和腾讯计算机公司则认为：即时通信服务市场竞争激烈，可替代性高，进入门槛低。依据是：

1．发表于2008年9月25日的《从飞信到SNS，中国移动进军互联网之路，悬乎》文章认为：易观国际最新发布的第二季度即时通信服务市场季度监测报告显示，中国移动的飞信以15.7%的市场占有率一举超过MSN，仅次于腾讯QQ位居第二。在网址为http://tech.sina.com.cn/other/2009-08-14/21163354094.shtml的网站登载的报道称：2007年6月5日，中国移动推出了自己的即时通信工具——飞信，2008年5月，每日用户数量突破1亿。相关网站登载的《阿里旺旺带给您更畅快、随心的网上购物交流及好友沟通体验》报道称：历经8年，阿里旺旺已经成长为拥有2亿4千万注册用户。在网址为http://epaper.bjnews.com.cn/html/2011-01/13/content\_191253.htm?div=-1的网站登载的《新浪微博提升群功能挑战QQ》的文章称：新浪微博近日提升了其微博的群功能，使这一产品在性能上与QQ的差距进一步缩小。

2．在网址为http://www.donews.com/original/201101/342097.shtm的网站登载的《CNNIC解读网络社交市场：微博发展最为迅速》的文章称：微博客与即时通信、博客、社交网站用户的高度重合，将对其他社交网络应用市场产生较大影响。在网址为http://www.chinaz.com/news/2011/0124/156258.shtml的网站登载的《四大门户死掐微博360称新浪微博将颠覆腾讯（图）》文章称：在张朝阳看来，微博本身也是SNS（社交网络）的一种；周鸿祎称：“也许马化腾现在明白过来了，颠覆腾讯的原来是新浪微博。”在网址为http://www.it.com.cn/server/fwqtg/hydt/2009/06/11/10/537968.html的网站登载的《CNNIC：未来SNS或将取代即时通信？》的文章称：因为SNS网站的平台性，按照以往的研究也可以得出，用户之间的大部分消息也将通过SNS网站内部传递，非专业需求的即时通信、电子邮件、博客服务应用需求均进入SNS网站内部。在网址为http://game.people.com.cn/GB/48604/175992/16801360.html的网站登载的《多玩副总裁曹津：YY注册用户数已超过2亿》的文章称：YY用户从0到1亿只花费了34个月，腾讯QQ花费了37个月。在网址为<http://tech.ifeng.com/internet/detail_2012_01/11/11887612_0.shtml>的网站登载的《多玩游戏网YY语音2011用户破两亿》的文章称：截至2011年12月，多玩游戏网旗下的YY语音突破两亿用户。在“最新免费飞信官方下载”网站，显示飞信的下载量为374006936人次。

3．在“百度搜索＿微软MSN推出导入QQ好友功能”网页，点击页面上方“微软MSN推出导入QQ好友功能科技频道凤凰网”，链接进入下一页面，其中《微软MSN推出导入QQ好友功能网易科技》记载：11月7日凌晨消息，在QQ与360的冲突不断升级之后，微软Windows Live Messenger成为网友考虑的QQ替代品之一。

4．在网址为<http://news.zol.com.cn/2002/0509/40463.shtml>的网站登载的《如果QQ全员收费，81%的用户将不再使用》的文章称：为了解网民对腾讯QQ全员收费之后的反应，eNet在新闻首页进行了新闻调查，调查结果公布如下：在参与调查的人当中，6.69%的人表示将付费，继续使用腾讯QQ；81.71%的人表示将不交费，转用其它的即时软件；4.60%的人表示不交费，并且不再使用即时软件；7.00%的人表示现在就没有用QQ。从调查的结果来看，绝大多数的人不愿意付费使用腾讯QQ。从目前的状况而言，QQ并没有“不可替代”性。现在的即时软件，像MSN、ICQ等即时软件，在国外非常流行，它们比QQ开发得早，功能更齐全，技术更成熟，运行也更稳定。在网址为<http://ycdtb.dayoo.com/html/2010-11/09/content_1181398.htm>的网站登载的来源于2010年11月9日《羊城地铁报》的题为《QQ用户被挖角MSN下载量激增数十倍》的文章称：MSN中国相关负责人日前透露，近期MSN新增用户数量出现较大增长，MSN软件的浏览和下载量增幅达几十倍之多。在网址为http://news.sohu.com/20101106/n277188259.shtml的网站登载的《腾讯与360之争使移动新浪受益飞信UC借机发力》的文章称：自11月3日晚间，移动飞信、新浪UC开始纷纷发力争抢即时通信服务市场。新浪启用已废弃多年的新浪UC，并在首页做大规模市场推广。中国移动也推出新版飞信个人电脑客户端，3天内下载量猛增。据公开数据显示，目前新浪UC拥有约8000万注册用户，同时在线用户数最高达到20万左右。

5．在网址为<http://game.chinanews.com/mobile/09/201109/2715007.html>的网站登载的来源于2011年9月27日《南方都市报》的题为《三大运营商竞相推出新型IM软件欲夺回微信米聊粉丝》的文章称：继中国联通IM聊天软件“沃友”8月上线后，中国移动“飞聊”也宣布将于本月底上线。日前，知情人士透露，中国电信拟推出移动IM“翼聊”，并表示“该软件也将提供完全免费发送语音信息和多媒体信息等服务”。在网址为http://tech.163.com/mobile/11/1102/06/7HR8E04V0011309K.html的网站登载的来源于2011年11月2日的《中关村在线网站》的题为《微信米聊地位不保运营商入侵移动IM领域》的文章称：2011年9月28日，中国移动正式推出了即时通信类新产品“飞聊”。10月18日，中国电信也正式推出了移动IM产品“翼聊”。2011年8月5日，联通也已经顺利发布了“沃友”。一时间，跨平台、跨运营商、发送语音短信、视频、图片等模式更加清晰的展现在用户面前。在网址为http://www.enet.com.cn/article/2011/1206/A20111206945218.shtml的网站登载的《2011年十大即时通信产品盘点》的文章称：1月21日，腾讯推出微信工具；4月11日，盛大移动IM“Youni”发布；6月苹果公司推出即时通信软件iMessage；中国联通“沃友”8月5日上线；8月29日，360安全中心推出“口信”；9月28日，中国移动推出“飞聊”工具；10月18日，中国电信推出“翼聊”；4月20日，imo运营中心推出尚易imo；5月25日，互联网服务商Oray正式发布图度Talk2.0Beta版；10月20日，网易发布了“网易即时通”。

6．在网址为http://tech.sina.com.cn/i/2012-02-02/07256676406.shtml的网站中登载的《Facebook递交IPO申请：融资额创科技公司之最》文章称：Facebook上市将是美国历史上最大规模的科技公司IPO交易，市场预计Facebook估值可能会达到750亿-1000亿美元。2004年谷歌上市融资19亿美元，而当时市值为230亿美元。截至去年（2011年）年底，Facebook月活跃用户为8.45亿人，同比增长39%，日活跃用户4.83亿人，同比增长48%，移动月活跃用户超过4.25亿人，Facebook平台有1000亿对好友关系。去年推出的Google+目前用户数已经超过了9000万人，而按照目前的增长步伐，预计年底用户数将达到3.45亿人。在网址为http://tech.hexun.com/2012-02-02/137692346.html的网站登载的来源于《和讯科技》的《Facebook公司大事记》一文称：2008年4月，Facebook推出聊天服务Facebook Chat，Facebook发布翻译应用，支持21种语言。2011年7月，Facebook活跃用户数超过7.5亿。在网址为http://tech.ifeng.com/internet/detail\_2012\_01/31/12211111\_0.shtml的网站中登载的来源于2012年1月31日《凤凰网科技》的《Facebook成长历程》的文章称：（2008年）6月，Facebook推出简体中文版本，该页面由志愿者用户免费翻译而成，向中文用户开放，同时Facebook还向中国香港和中国台湾推出繁体中文版本。

7．在网址为http://tech.sina.com.cn/i/2011-08-18/05295944929.shtml的网站中登载的来源于2011年8月18日《新浪科技》的《新浪公布2011年第二季财报微博注册用户超2亿》的文章称：运营尚不到两年时间，新浪微博已经成为网络现象级应用，注册用户数不久前突破2亿。在“2011第四季度中国智能手机市场发展状况回顾\_终端研究\_艾媒情报\_艾媒网”记载：艾媒咨询（Iimedia Research）认为，手机即时通信发展速度快，用户数量快速增长，价格花费便宜，对电信运营商造成不少冲击。目前市场手机即时通信软件种类多，不管是电信运营商的飞信还是米聊或微信，其功能类似，商家应设计自有特色的应用，提升竞争力。

四、关于腾讯公司和腾讯计算机公司是否滥用市场支配地位

（一）奇虎公司认为：腾讯公司和腾讯计算机公司滥用市场支配地位。

第一，腾讯公司和腾讯计算机公司存在限制交易行为，依据是：

1．在网址为http://tech.qq.com/zt2010/360defameqq/index.htm的网站登载的《反对360不正当竞争及加强行业自律的联合声明》称：“我们特此发表本联合声明，一方面披露该公司恶意竞争的真相，同时也表明我们对此种恶意竞争行为予以坚决抵制的立场。在此，我们郑重承诺，并呼吁广大同行和我们一起做到：一、公平竞争，维护行业健康、良好的市场氛围；二、不与360发生任何形式的业务合作；三、共同推动及协助行业主管机构出台行业规范，有效约束市场竞争行为。……联合声明企业名单（排名不分先后）：金山公司百度公司腾讯公司傲游天下可牛杀毒2010年10月27日”。

2．在网址为http://im.qq.com/qq.shtml的网站登载的腾讯公司《致广大QQ用户的一封信》称：360公司停止对QQ进行外挂侵犯和恶意诋毁之前，我们决定将在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件。落款日期为2010年11月3日。该网页还记载以下内容：如果您选择QQ，请选择以下任一方式卸载360软件：工具卸载：下载360软件下载工具，手工卸载：查看360软件卸载指引。在进入QQ2010网页后，会弹出一对话框：致QQ用户的一封信：在装有360软件的电脑上将停止运行QQ软件。

3．在网址为http://im.qq.com/qq.shtml的网站登载的腾讯公司《难以承受之痛的背后——致QQ用户的第二封信》称：360打着“安全”的名义，以“恐吓”的方式胁迫不明真相的用户卸载掉360的竞争对手。过去两年，国内几乎所有浏览器都遭到了360“感染木马”名义的恐吓，国内几乎所有杀毒软件都遭到360发出的“过期”、“安全隐患”的打击，360杀毒因此一家独大。360作为安全软件控制了整个QQ的聊天入口。QQ的所有数据包括登录帐户、密码、好友、聊天信息都得被360过滤之后才送还给QQ用户。这相当于每个用户自家门口不请自来的“保镖”，每次进门都被“保镖”强制搜身才能进自家门。而且这个非法“外挂”在360安全软件的包庇下像病毒一样快速蔓延。万般无奈，我们只能用躲避360的方式，才能保护QQ帐号不被恶意劫持。

4．进入腾讯QQ2010网页后，可见以下内容：尊敬的QQ空间用户，QQ空间不支持360浏览器访问。并登载有“关于腾讯公司软件服务与360软件不兼容的声明”，内容为：近期360软件强制推广并胁迫用户安装非法外挂“扣扣保镖”，该外挂劫持了QQ的安全模块并严重破坏QQ的正常服务，近日来大量用户投诉反映360浏览器下QQ空间和空间应用无法正常使用，甚至空间内容被破坏。为保障用户利益，请您立即卸载360软件来保证QQ空间的正常运行。点击此处马上卸载。声明后附有《难以承受之痛的背后——致QQ用户的第二封信》以及《关于腾讯公司软件服务不兼容的声明全文》。

5．在网址为http://tech.sina.com.cn/i/2010-11-03/20164824450.shtml的网页登载的《腾讯QQ空间的公告截图》称：新浪科技讯：11月3日晚间消息，继腾讯宣布将在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件后，腾讯QQ空间宣布不支持360浏览器访问。……奇虎360董事长周鸿祎刚刚在新浪微博就此事表态，称对于腾讯举动早有预案，并推出WEB QQ客户端（下载）保证用户顺畅聊天。不过随后腾讯就关闭了WEB QQ入口。

6．在百度输入“QQ屏蔽360事件腾讯客服录音”进行搜索后，其中出现“QQ屏蔽360事件腾讯客服录音鬼云天新浪播客”的搜索结果，点击该搜索结果，屏幕弹出http//video.sina.com.cn/v/b/40940206-1781418604.htm-l新网页，该网页显示有“QQ屏蔽360事件腾讯客服录音”，并载明上传时间：2010-11-03 22：34：37。录音的主要内容是用户没有使用扣扣保镖，但也遭到QQ屏蔽。

7．在百度输入“QQ强行卸载360电视台主持人爆骂腾讯无耻”进行搜索后，其中出现“QQ强行卸载360，电视台主持人爆骂腾讯无耻军事星期六新浪播客”的搜索结果，点击该搜索结果，屏幕弹出http//video.sina.com.cn/v/b/40935181-1573653211.htm-l新网页，该网页显示有“QQ强行卸载360，电视台主持人爆骂腾讯无耻”，并载明上传时间：2010-11-04 00：10：43。

8．在http://service.qq.com/announce/53135.html网站，登载有“关于360事件问题的服务延长申请登记”一文，上传时间为2010-11-17。主要内容是：针对在11月3日到11月4日之间受影响的包月用户，您可以在现有开通的增值业务中任选一项，获得延长一个月的补偿。

9．奇虎公司还提交了用户对腾讯限制交易进行批评的相关证据。

第二，腾讯公司和腾讯计算机公司存在搭售行为，依据是：

1．安装腾讯QQ2010正式版SP2的过程显示：腾讯QQ2010安装向导：请选择自定义安装选项与快捷方式选项。其中自定义安装选项包括了安装QQ工具栏及中文搜搜、安装QQ拼音输入法、安装QQ音乐播放器，快捷方式选项包括桌面、快速启动栏，并没有QQ软件管理的提示，但QQ软件管理未经授权已经安装进入用户系统，该软件具有“系统清理、软件升级、卸载”等维护系统的功能。腾讯软件中心产品大全包括了IM、QQ电脑管家等软件。

2．输入http://tech.163.com/special/360vsQQ2010.html网址后，网页内容为：2010年春节前后，腾讯利用假期在二、三线及更低级别的城市强行推出“QQ医生”安全软件，界面及功能酷似360，但是这次尝试未成功。QQ电脑管家借力QQ捆绑，抢占桌面安全市场。2010年中秋节假期，众多QQ用户发现QQ软件附带的“QQ软件管理”和“QQ医生”自动升级为“QQ电脑管家”。

3．下载运行“腾讯QQ2010”、“360扣扣保镖”软件后，“QQ软件管理”会自动进入了“腾讯QQ2010”系统。

第三，腾讯公司和腾讯计算机公司的上述滥用市场支配地位行为不存在正当理由，依据是：

1．CNNIC出具的《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）记载：外挂软件仍然存在较大的发展空间，数据显示，26.1%的用户正在使用外挂即时通信软件。

2．艾瑞咨询《2003年即时通信服务市场研究报告》记载：对于即时通信软件里播放网络广告的问题，53%的用户表示不接受，而40%的用户则表示可以接受。

3．2010年11月2日10：20时至10：36时网址为http://bbs.360.cn/5470851/39923407.html?recommend=1的网页记载：北京市舜合律师事务所合伙人律师徐大圣认为，首先扣扣保镖是独立于QQ之外的产品，其目的是保护QQ用户的隐私不被侵犯，并且让QQ用户享有更安全更清爽的沟通体验；扣扣保镖与360安全软件的系列产品一样是永久免费的，不存在通过QQ来牟利的事实。360扣扣保镖的行为是通过用户主动选择和触发才产生的，作为一款为用户所用的工具，其主动操作权在用户的手中。所以，腾讯公司指责360扣扣保镖为外挂实际上是偷换概念。此外，上海大邦律师事务所知识产权律师游云庭也认为，360的行为和珊瑚虫有本质区别，360只是提供了一个工具，并非像珊瑚虫QQ那样直接修改了QQ软件，因此不会涉及侵犯著作权的问题。上海泛洋律师事务所高级合伙人刘春泉同样也认为，360的行为并不涉嫌侵犯著作权。360只是提供一种工具，是否操作是由用户决定，因此并不涉及违法问题。

4．下载运行“腾讯QQ2010”、“360扣扣保镖”软件后，360扣扣保镖提供了“阻止QQ查看用户隐私文件”的功能，这是对360隐私保护器功能的进一步完善，用户开启这个隐私保护功能后，就能自动阻止QQ聊天程序对电脑硬盘隐私文件的强制扫描查看。扣扣保镖的另一个重要功能是给QQ加速，通过提供灵活的禁用和开启QQ各种插件的功能，可以让QQ启动程序变小，让QQ聊天加速。扣扣保镖主要功能包括：隐私保护、QQ加速、清理垃圾、保护QQ安全、防止QQ帐号被盗号、过滤QQ广告、QQ体验、一切由您掌握。从安装后的界面来看，显示了360扣扣保镖的上述功能，并显示：总共有31个QQ插件，已禁用其中0个插件，每个插件“当前状态”栏均系“已启用”，下面有“提示：重启QQ后，被禁用的QQ插件将失败，不会影响您正常聊天，如果您想使用某个您已经禁用的插件，点击恢复即可”、“如果您修改了360扣扣保镖的设置，请重启QQ，即使退出扣扣保镖，这些设置依然有效”。而另外的界面则显示：总共有31个QQ插件，已禁用其中11个插件，对“当前状态”为“已启用”的插件“建议”一栏为“建议开启”。

（二）腾讯公司和腾讯计算机公司认为：奇虎公司在本案中指控腾讯公司和腾讯计算机公司实施的有关行为合理合法，不构成垄断，也没有给奇虎公司造成任何经济损失。依据是：

1．北京市朝阳区人民法院（2010）朝民初字第37626号民事判决书记载，腾讯公司、腾讯计算机公司指控奇虎公司、奇智软件（北京）有限公司、北京三际无限网络科技有限公司实施不正当竞争。北京市朝阳区人民法院审理认为，奇虎公司等通过“360隐私保护器”及网络言论对腾讯公司、腾讯计算机公司实施了不正当竞争行为，判决奇虎公司等侵权行为成立。奇虎公司、北京三际无限网络科技有限公司不服该一审判决，向北京市第二中级人民法院提起上诉，该院经审理后作出（2011）二中民终字第12237号民事判决，维持一审判决。该案系2012年1月6日《人民法院报》刊登的“2011年度人民法院十大典型案件”之一。

2．安装“腾讯QQ2010”软件、“360安全卫士”软件，在网址为http://news.baike.360.cn/fw/bbs/3237987.html?recommend=1的网页登载的来源于360安全中心、发布于2010年10月27日的《360为保护用户隐私遭腾讯打击报复》的文章称：通过360隐私保护器和微软的ProcessMonitor，我们掌握了充足的证据，可以证明QQ“安全模块”主要不是用于查杀木马，而是以内置近700款软件的“超级黑名单”方式，非法扫描和获取竞争产品的各种信息，形成对竞争对手的精确打击。实际上，腾讯是中国互联网业不正当竞争的鼻祖。

3．下载运行“腾讯QQ2010”、“360扣扣保镖”软件，在网址为http://360.cn/koukoubaobiao/index.html的网页登载的“360扣扣保镖简介”称：360扣扣保镖提供了“阻止QQ查看用户隐私文件”的功能，这是对360隐私保护器功能的进一步完善，用户开启这个隐私保护功能后，就能自动阻止QQ聊天程序对电脑硬盘隐私文件的强制扫描查看。扣扣保镖的另一个重要功能是给QQ加速，通过提供灵活的禁用和开启QQ各种插件的功能，可以让QQ启动程序变小，让QQ聊天加速。

4．在网址为http://www.baidu.com的“百度网”首页页面的搜索栏中输入“360宣布扣扣保镖72小时内用户量突破千万”，并进入相关页面，有一篇来源于2010年11月1日360安全中心的“360宣布扣扣保镖72小时内用户量突破千万”的文章称：11月1日消息，360安全中心今日发布消息称，刚刚推出72小时的360扣扣保镖软件下载量突破千万。

5．在网址为http://www.360.cn的“360安全中心”网站首页页面，在360论坛中的360安全卫士版块中输入搜索关键词“高级工具扣扣保镖”，输入完毕后再点击“帖子搜索”按键，进入“360论坛搜索结果页”相关页面，其中反映了360安全卫士软件中嵌入了扣扣保镖软件。

6．网址为http://bbs.360.cn/3229787/39931625.html?page=、http://news.hsw.cn/system/2010/11/02/050669636.shtml、http://news.cnfol.com/10102/101,1587,8719193,00.shtml、http://economy.southcn.com/e/2010-11/02/content\_17234082.htm的网页页面显示360安全卫士软件中嵌入了扣扣保镖软件。

7．在网址为http://www.360.cn/的“360安全中心”网站首页页面，点击“360安全卫士”，进入“360安全卫士”页面，在计算机中安装“360安全卫士”软件，弹出“360安全卫士”对话框，内容主要是：360隐私保护器曝光QQ涉嫌偷窥用户隐私后，腾讯谎称QQ是用“安全模块”进行安全扫描，同时用假新闻和多次QQ全网弹窗打击报复360。360为此公布最新证据：QQ所谓“安全模块”只是一个借口，实则是按“超级黑名单”方式，偷偷扫描用户硬盘，监控竞争对手，进而获取巨额利益。在“话题搜索新浪微博”页面，进入“cola\_park的微博新浪微博”页面。其中cola\_park评论：在我拒绝了2次之后，360还是坚持不懈的弹窗推荐扣扣保镖，而且这介绍，怎么看怎么都像是为了腾讯好。

8．在网址为www.360.cn的网页，显示360安全卫士捆绑360软件管理。

9．在“美股首页\_新浪财经\_新浪网”页面，点击页面左侧的“奇虎360”，进入相应页面，点击“财务数据”中的“更多>>”，其中记载：奇虎360最新价17.11，涨跌额+0.03，涨跌幅+0.18%。

广东省高级人民法院一审认为，本案争议焦点主要是：相关市场如何界定；腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场上是否具有支配地位；腾讯公司和腾讯计算机公司是否滥用市场支配地位排除、限制竞争以及其应承担何种民事责任。

一、关于相关市场如何界定的问题

（一）关于相关商品市场

1．本案界定相关商品市场应采用的方法。根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》的规定，一审法院认为本案相关商品市场的界定可以采取下列方法：根据需求者对QQ软件及其服务的功能用途需求、质量的认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素，从需求者的角度定性分析不同商品之间的替代程度；同时亦结合考虑供给替代的影响。

关于是否可以采用假定垄断者测试分析方法的问题。一审法院认为，“免费”成为互联网产业通行的、基本的因而也才是可行的服务模式。本案证据显示，用户对即时通信产品及服务具有很高的价格敏感度。消费者在确定某类即时通信产品的使用量时，虽然会将获取该产品所消耗的机会成本作为考虑的因素之一，但是一旦该产品开始收费，他们的第一选择是改用其他免费产品，即使免费产品所消耗的机会成本比收费产品要高。即便在缺乏完美数据的实际情况下，本案依然可以考虑如果腾讯公司和腾讯计算机公司持久地（假定为一年）从零价格到小幅度收费后，是否有证据支撑需求者会转向那些具有紧密替代关系的其他商品，从而将这些商品纳入同一相关商品市场的商品集合。

2．关于双方无异议认为属于同一相关市场商品集合的三类即时通信软件。奇虎公司在起诉状中确认：根据CNNIC提供的《中国即时通信用户调研报告》（2009年度），即时通信软件及服务可细分为综合性即时通信服务如腾讯QQ和微软的MSN、跨平台即时通信服务如中国移动推出的飞信产品、跨网络即时通信服务如Tom集团公司提供的Skype软件服务等三类。该三类产品彼此之间联系紧密，技术上、服务上可彼此替代。腾讯公司和腾讯计算机公司对该主张无异议，一审法院确认该三种类型的即时通信产品及服务属于同一相关商品市场的商品集合。

3．关于综合性的即时通信与文字、音频以及视频即时通信之间的可替代性。一审法院认为，考虑到需求替代，消费者能够轻易、立刻、免费的在文字、音频和视频即时通信三种服务间转换；从供给替代出发，大部分服务商都能够同时提供该三种功能的服务。故不应当依据功能来区分文字即时通信、语音和视频通话，从而将该三种产品和服务分别视为独立的通信服务，而应当把它们作为更广阔市场的一部分。同时，本案证据显示消费者对即时通信产品及服务具有很高的价格敏感度，不愿意为使用即时通信的基础服务支出任何费用，如果腾讯公司和腾讯计算机公司持久地（假定为一年）从零价格改为小幅度收费的话，有理由相信需求者完全有可能转而选择免费的文字即时通信、音频或者视频通话中的任何一种服务，从而使腾讯公司和腾讯计算机公司的收费行为无利可图。综合性的即时通信与文字、音频以及视频等单一的即时通信之间具有紧密的可替代性，属于同一相关市场的商品集合。

4．关于QQ与社交网站、微博服务之间的可替代性。

（1）从功能用途上来看，微博、SNS社交网站等产品均提供网页形式的即时通信服务和单独的即时通信软件服务。奇虎公司的专家辅助人认为微博和SNS社交网站提供的网页形式的即时通信服务和单独的即时通信软件服务与QQ之间构成很强的竞争关系和产品需求替代关系，属于同一相关市场的商品集合，腾讯公司和腾讯计算机公司对此无异议，一审法院予以确认。

（2）当微博和SNS社交网站提供网页形式的即时通信产品服务，即将即时通信产品作为其核心产品的一部分时，QQ与微博、SNS社交网站服务之间是否具有可替代性的问题，在本案中争议较大。奇虎公司的专家辅助人认为,即时通信产品与社交网站的关键区别是后者主要针对大量用户之间的群体交流，对即时的功能要求偏低，前者则专注于为相对少的用户群提供即时交流；两种产品有效使用时间的相关系数接近于零，故社交网站软件在中国被使用的方式不同于即时通信软件，可能不是一个有效的替代品。对此，一审法院认为：首先，RBB经济咨询作出上述结论所依据的数据中缺乏微博产品的数据，而本案证据显示正是在这个时间段内新浪、腾讯和搜狐等微博产品兴起并迅速发展，有合理的理由相信微博产品市场份额的迅速扩大对社交网站的每周或每月的有效使用时间会产生较大影响，从而最终影响社交网站与即时通信产品的相关性分析。其次，从功能和用途来看，当微博将即时通信产品作为其核心产品的一部分时，微博和QQ都具有传递信息的即时性和信息载体的多样性，均可实现少部分群体之间的点对点私密的即时通信，微博的微群和QQ群均可进行2人以上即时互动。而SNS社交网站所具有的即时通信工具服务于其社交功能，SNS和QQ都具有社交属性，两者所具有的关系链均系锁定用户的重要手段，两者之间也具有紧密的替代性。再次，从价格因素出发考虑，有理由相信如果腾讯公司和腾讯计算机公司持久地（假定为1年）从零价格改为小幅度收费的话，需求者完全有可能转而选择微博和SNS社交网络服务，从而使腾讯公司和腾讯计算机公司的收费行为无利可图。最后，奇虎公司的专家辅助人认为本案仅需界定在“3Q大战”发生的2010年年末包括即时通信产品在内的合适的相关市场，而当时的中国即时通信产品和社交网络、微博之间有很大区别，不属于一个相同的反垄断意义上的相关市场。一审法院认为，竞争是一个动态的过程，在一个滥用市场支配地位的反垄断诉讼中对相关市场进行界定时，必须考虑本案商品或者服务所在产业的发展现状及未来一段时间的趋势，总体上应当对那些有可能延续一段时间的滥用市场支配地位的行为予以制止，以有效维护市场竞争机制。在认定本案相关市场时，仅仅考虑2010年双方纠纷发生时一个较小周期内的情况来分析相关市场状况，并不能起到科学合理的、有效制止滥用市场支配地位的效果。对于奇虎公司专家辅助人的证言，不予采纳。综上，QQ与社交网站、微博服务属于同一相关市场的商品集合。

5．关于传统电话、传真与即时通信服务之间的可替代性。一审法院认为，QQ产品服务本质上依然是一种通信服务，与传统的电话、手机、短信等通信服务之间存在一定的竞争关系。但其与传统的电话、手机、短信等通信服务相比，不仅在技术上存在较大差异，更为重要的是固定电话、手机及短信均进行收费服务，而即时通信则进行免费服务，因此QQ与传统的短信、手机通话、固定电话通话之间不存在较为紧密的产品替代关系，相互之间不构成可替代商品。

6．关于QQ软件与电子邮箱是否属于同一相关商品市场的商品集合。一审法院认为电子邮箱产品虽然也以网络通信为核心功能，具备文本、图像、音频、视频文件的传输功能，但不具有即时性。虽然目前各电子邮箱服务商大多开发了好友聊天等即时通信功能并将其内嵌在电子邮箱界面上，但该功能在语音通信、视频通信、外挂游戏、截图等功能方面和工具操作的便捷性方面与即时通信软件还存在巨大差异。由于功能和用途的差异较大，即使后者开始长期小幅收费，消费者也很难转向选择使用前者，因此电子邮箱与QQ不属于同一相关商品市场的商品集合。

7．关于应否将本案相关市场确定为互联网应用平台。一审法院认为：（1）互联网应用平台经营模式逐渐普及，导致客户资源、点击量和用户停留时间成为互联网竞争的主要焦点。以免费的服务吸引大量用户，再利用巨大的用户资源经营增值业务和广告以实现盈利，然后以增值业务和广告的盈利支撑免费服务的生存和发展，已经成为互联网行业目前典型的经营模式。在这种经营模式下，各服务商之间真正竞争的是客户数量、点击量和客户有效使用时间，以维持经营的生存和发展。（2）本案证据显示平台之间的竞争已不是未来的发展趋势，而是目前互联网企业之间客观存在的竞争状况。互联网行业发展至今，选择何种免费产品或服务吸引用户只是搭建平台的手段不同，但竞争的实质就是互联网企业相互之间在各自的应用平台上开展增值服务和广告业务的竞争。这也正是本案双方当事人虽然各自经营即时通信和安全杀毒产品，却会爆发“3Q大战”的真正原因所在。虽然在本案中尚不能确定安全软件平台与即时通信平台之间存在紧密的替代关系，但在界定本案的相关商品市场时，应充分考虑目前互联网行业的产品竞争状况和市场格局。（3）互联网行业是一个动态市场，行业内成功的产品、服务及商业模式很容易被其他企业模仿，市场进入门槛极低，因此除以需求替代来界定相关市场外，亦应从供给替代的因素出发，将其他企业的潜在产能考虑在相关市场范围内。

综上，一审法院认为奇虎公司关于综合性的即时通信产品及服务构成一个独立的相关商品市场的主张不能成立，不予支持。

（二）相关地域市场的界定

首先，即时通信服务的经营者及用户并不局限于中国大陆地区。由于互联网的开放性和互通性，经营者和用户均无国界，本案证据显示境外经营者可向中国大陆地区用户提供即时通信服务，腾讯公司和腾讯计算机公司也同时向世界各地的用户提供服务。有一定数量的境外中文用户和外文用户在使用腾讯公司和腾讯计算机公司提供的中文或者外文版本即时通信服务。其次，用户的语言偏好和产品使用习惯不能作为划分地域市场的唯一依据。经营者通常都会提供多个语言版本的即时通信软件来满足不同语言需求的使用者。中国大陆地区用户经常会选择境外经营者提供的即时通信服务（例如 MSN、ICQ、雅虎通、Skype等），用户语言偏好不会导致国外即时通信服务的经营者无法与中国大陆地区经营者进行竞争。在产品使用习惯上，由于全球范围内的用户在接受即时通信服务方面的习惯是相同的，故不会导致用户因使用习惯差异带来经营者产品和服务的地域局限。最后，即时通信产品和服务的市场参与者在全球范围内提供和获得即时通信服务时，并无额外运输成本、价格成本或者其他成本。目前也尚未出现法律或技术上的标准来限制这些服务在全球范围内的提供和使用。综上，一审法院认为本案相关地域市场应为全球市场。

二、关于腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场上是否具有支配地位的问题

（一）奇虎公司界定本案相关商品市场和地域市场过窄

一审法院认为，奇虎公司对本案相关商品市场和相关地域市场的界定过于狭窄，据此来计算腾讯公司和腾讯计算机公司的市场份额，不能客观、真实地反映该两公司在相关市场的份额和地位。尤其是，艾瑞咨询报告统计的产品范围与一审法院认定的相关商品的范围有差异：1.艾瑞咨询对于即时通信软件的监测只针对个人电脑端产品，并未包含手机和平板电脑产品即移动端即时通信软件。2.将即时通信产品作为核心产品一部分的微博和SNS社交网站产品未计入相关市场商品集合；同时奇虎公司本身认为应当属于即时通信相关市场范围的微博和SNS社交网站以网页形式提供的即时通信产品也未列入。3.艾瑞咨询和CNNIC研究的范围仅限于中国大陆地区，不包含港澳台地区和世界范围内其他使用QQ产品的国家，等等。因此，艾瑞咨询监测的腾讯在2010年中国即时通信整体市场的份额中占到76.2%，并不能真实反映腾讯QQ在本案相关商品市场中的份额。综上，一审法院对奇虎公司以市场份额来推定腾讯公司和腾讯计算机公司在相关市场上具有垄断地位的主张，不予认可。

（二）市场份额不是认定是否具有市场支配地位的唯一依据

一审法院认为，即使在奇虎公司所主张的最窄的相关市场即中国大陆地区的综合性即时通信产品和服务市场上，亦不能仅凭腾讯公司和腾讯计算机公司在该相关市场上的市场份额超过50%而认定其具有市场支配地位。理由如下:

第一，腾讯公司和腾讯计算机公司不具有控制商品价格、数量或其他交易条件的能力。

1. 腾讯公司和腾讯计算机公司不具备控制商品价格的能力。几乎所有的即时通信软件及服务都是免费向用户提供的，用户不愿意为即时通信软件的基础服务支付任何费用，腾讯公司和腾讯计算机公司的市场领先地位不能使其拥有超越其他竞争者的产品定价权。

2. 腾讯公司和腾讯计算机公司不具备控制商品数量和其他交易条件的能力。互联网上的即时通信软件种类众多，用户选择余地较大。一旦一款即时通信软件出现问题，用户马上就可以用另一款即时通信软件替代，没有证据显示腾讯公司和腾讯计算机公司敢于轻易拒绝向用户提供产品和服务或改变交易条件。

3. 从其他经营者对腾讯公司和腾讯计算机公司的依赖程度来看，交易相对方可以轻易地选择与其它企业进行交易，对腾讯公司和腾讯计算机公司的依赖性较弱。

第二，腾讯公司和腾讯计算机公司不具备阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力。

1．该市场的进入门槛低，扩张阻碍小。（1）经营者进入即时通信服务市场的门槛低。即时通信服务对资金和技术要求不高，无论是互联网厂商、终端厂商还是软件商，三大运营商都普遍看好该市场，每年都有大量经营者进入该领域。随着互联网其他服务用户规模的不断增长，一批依托于其他互联网服务的新兴即时通信工具得到迅速发展。（2）新进入者的市场扩张能力强，大量成功案例证明该市场扩张阻力小。如2006年中国移动推出的飞信、2007年阿里巴巴公司推出的阿里旺旺、2008年百度公司推出的百度Hi和2008年多玩游戏网推出的YY语音等即时通信软件，虽然进入市场运营时间不长，但均依靠各自的用户细分在短期内迅速地占领了一定的市场。

2．关于“客户粘性”与网络效应。奇虎公司在本案中强调即时通信领域具有明显的网络效应和用户锁定效应，由于上述效应的存在，其他经营者一般难以进入这个市场，即使进入也难以生存下去。一审法院认为：（1）由于大多数用户都通过即时通信服务与亲朋好友即“核心圈”进行联系，网络效应的作用被大大减弱。根据脸书（Facebook）的数据，用户通常只与四到六人保持双向互动。（2）在Skype/Microsoft案中，欧盟委员会发现很多用户均在多家消费者通信服务供应商间自由地进行访问转换，本案中QQ软件的情形也与此相同。对用户而言QQ软件并非“必须具备”的产品，满足用户即时通信需求的替代产品多种多样，腾讯公司和腾讯计算机公司无法控制用户对即时通信软件的选择。同时，由于用户可以在数款即时通信软件中同时构建具有高度重合性的社交网络，如此他们就可以在更换即时通信软件时将用户锁定效应即“客户粘性”的影响减至最低。（3）在腾讯公司和腾讯计算机公司开发经营QQ产品之初，MSN是国内市场份额最大的即时通信服务提供商。但腾讯公司和腾讯计算机公司依靠具有特色的产品和优质的服务迅速扩大经营规模，吸引用户数量，最终在较短时间内在市场份额上超过MSN。由此可见，网络效应和用户锁定效应对于即时通信产品和服务来说并非不可逾越的壁垒。

3．相关市场竞争充分。即时通信服务市场处于高度竞争和高度不稳定状态，新技术、新商业模式层出不穷，没有证据显示有任何一家企业可能长期操纵市场。即使没有外力介入，这个市场也能够很好地实现充分竞争和自我更新。（1）从本案证据来看，传统即时通信软件产品之间竞争激烈，飞信、阿里旺旺、YY语音等产品的用户量近几年来发展迅猛，用户规模均已过亿。（2）新兴的社交网站（SNS）、微博、电子邮箱等产品在整合了即时通信服务功能后，相关市场竞争进一步加剧，新兴的即时通信服务产品对传统的即时通信产品带来了巨大的竞争压力和市场冲击。（3）开心网、人人网等SNS网站的发展以及用户粘合度的增加，用户对于社交网站的信息传递使用频率增多，也对即时通信工具的使用造成一定的影响。因此，即时通信服务市场是一个高度创新、高度竞争的动态市场。经营者在该市场内要保持竞争优势，必须具有持续创新的能力。在这样的竞争状态下，经营者不敢降低产品质量，或者不顾消费者感受而肆无忌惮的投放影响用户体验的大量广告。因此，一审法院认为腾讯公司和腾讯计算机公司并不存在大量的、长期的如奇虎公司专家辅助人所称通过降低产品质量或非暂时性的小幅度提高产品的隐含价格而获取利润的情况。

4．腾讯公司和腾讯计算机公司的财力和技术条件并不具有实质性地排除新的竞争者进入市场或者扩大产能的能力。（1）本案证据显示中国移动、中国联通、中国电信、阿里巴巴、百度等后于腾讯进入即时通信领域的竞争者财力和技术能力都很雄厚，这些大型企业都有足够实力对腾讯公司和腾讯计算机公司在该领域的领先地位造成巨大冲击。（2）在互联网领域存在大量的风险投资基金，只要有好的产品和用户，风险投资机构会积极进入市场为经营者提供强有力的资金支持，大多数互联网公司均依靠风险投资基金迅速扩大经营规模。

综上，腾讯公司和腾讯计算机公司在该市场不具有支配地位。

三、关于腾讯公司和腾讯计算机公司是否滥用市场支配地位，排除、限制竞争的问题

（一）关于腾讯公司和腾讯计算机公司实施的“产品不兼容”行为（用户二选一）的实质

本案中，腾讯公司和腾讯计算机公司强迫用户“二选一”，表面上赋予用户选择权，但假如腾讯公司和腾讯计算机公司是一个具有市场支配地位的经营者的话，用户极有可能放弃360而选择QQ。腾讯公司和腾讯计算机公司采取“二选一”的目的不是要拒绝与用户交易，而在于逼迫用户只能与其进行交易而不与360进行交易。上述该行为实质上仍然属于限制交易的行为。

腾讯公司和腾讯计算机公司抗辩认为，QQ软件对360安全卫士采取不兼容措施是源于奇虎公司实施侵权行为所致。为了保证QQ的正常运作，腾讯公司和腾讯计算机公司不得已采取不兼容技术措施来阻止和排除奇虎公司产品对自身产品的破坏，是一种正当的自力救济行为。一审法院认为，我国民法上的自力救济不能超过必要限度。奇虎公司通过“360隐私保护器”及网络言论对腾讯公司、腾讯计算机公司实施了不正当竞争行为。由于互联网行业的特殊性，通过网络实施的侵权行为具有蔓延速度快、范围广、后果难以挽回等特点，因此腾讯公司和腾讯计算机公司的合法权益在当时的确处于危险状态之中。但即便如此，腾讯公司和腾讯计算机公司采取自力救济的直接反击对象也必须是不法侵害人即本案奇虎公司本身，而不得涉及网络用户。同时，我国知识产权侵权诉讼的诉前禁令制度赋予当事人权利，在其合法权益可能遭受紧急或无法逆转的侵害时，有权向人民法院申请采取临时措施，及时、快捷、有效地制止不法侵害行为发生或继续。在法有明文规定的情况下，腾讯公司和腾讯计算机公司没有依法行使诉讼权利寻求制止不法侵害行为的途径，转而单方面采取“二选一”的行为，致使“3Q大战”范围扩大波及用户，其行为缺乏正当性。另外，腾讯公司和腾讯计算机公司强迫用户采取“二选一”的行为也超出了必要的限度。本案中，无论奇虎公司是否存在胁迫用户使用扣扣保镖的行为，是否劫持了QQ的安全模块并导致QQ失去相关功能，腾讯公司和腾讯计算机公司都无权逼迫用户对QQ帐户安全采取行动，腾讯公司和腾讯计算机公司的权利范围在于对此作出相应的风险提示，是否卸除360软件是用户自身固有的权利，腾讯公司和腾讯计算机公司不能代替用户做出选择，强迫用户“二选一”的行为超出了必要的限度。

（二）关于腾讯公司和腾讯计算机公司是否存在反垄断法所禁止的无正当理由搭售的问题

一审法院认为，腾讯公司和腾讯计算机公司的行为不构成反垄断法所禁止的搭售行为。理由是：第一，腾讯公司和腾讯计算机公司在即时通信服务市场中不具有市场支配地位。第二，腾讯公司和腾讯计算机公司没有限制用户的选择权。腾讯公司和腾讯计算机公司在QQ软件打包安装QQ软件管理时，为用户提供了QQ软件管理的卸载功能。腾讯公司和腾讯计算机公司向用户提供QQ软件服务并非以用户必须使用QQ软件管理为先决条件，对用户没有强制性。另外，腾讯公司和腾讯计算机公司在将QQ软件管理与QQ医生升级为QQ电脑管家时，向用户发出了升级公告，已尽了明示用户并给予用户使用选择权的义务。第三，腾讯公司和腾讯计算机公司的相关行为具有经济合理性。QQ软件管理与QQ软件的打包安装作为产品的功能整合，有利于用户通过使用辅助性工具软件更好地管理QQ，保障用户QQ软件的帐号安全。相反，若腾讯公司和腾讯计算机公司在提供QQ即时通信软件时不提供安全产品，则可能会有损于QQ软件产品的性能或使用价值。第四，腾讯公司和腾讯计算机公司的相关行为未产生限制或排除竞争的效果。奇虎公司没有任何证据证明腾讯公司和腾讯计算机公司相关的打包安装行为导致了奇虎公司同类商品的市场占有率显著下降；也无证据证明该行为对同一市场内其他竞争者产生了限制或排除竞争的后果。第五，奇虎公司没有提供证据证明腾讯公司和腾讯计算机公司QQ软件打包安装QQ软件管理以及QQ软件管理、QQ医生升级为QQ电脑管家的行为已经造成或者将会造成消费者的损害。因此，奇虎公司所诉腾讯公司和腾讯计算机公司实施了滥用市场支配地位的搭售行为不能成立。

综上所述，由于奇虎公司对本案相关商品市场界定错误，其所提供的证据不足以证明腾讯公司和腾讯计算机公司在相关商品市场上具有垄断地位，故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，一审法院判决：驳回奇虎公司的全部诉讼请求。一审案件受理费796800元，由奇虎公司负担。

奇虎公司不服一审判决，向本院提起上诉称：一审法院认定事实不清，适用法律错误，程序违法，请求本院撤销一审判决，将本案发回重审或者改判支持其诉讼请求；判令本案一、二审诉讼费均由腾讯公司和腾讯计算机公司承担。其主要上诉理由为：

一、一审判决对本案相关商品市场未作认定，属于案件基本事实认定不清。相关市场的界定通常是对竞争行为进行分析的起点。一审法院以“上诉人对相关商品市场界定错误”作为否认被上诉人具有市场支配地位的理由，却未对本案相关商品市场作出明确认定，属于对案件基本事实认定不清。

二、一审判决在分析相关商品市场时基本方法错误，本案相关商品市场应界定为综合了文字、语音、视频的个人电脑端即时通信软件和服务。（一）一审判决在本案中直接适用假定垄断者测试（即“SSNIP测试”）界定相关市场是错误的。假定垄断者测试是针对一般定价产品适用的测试方法。在本案中，由于产品是免费的，无法进行有效的“相对”价格比较。即使以SSNIP方法分析本案相关市场，也应该采用质量相对下降作为分析指标。（二）一审判决在运用SSNIP方法进行分析时也是错误的。1. 一审法院在运用SSNIP方法进行分析时，使用了从“零价格”到“小幅收费”的价格增长测试，这种方式在本案中是错误的。2.一审判决在适用SSNIP方法时仅仅考察了QQ即时通信产品的价格变动，这种方法也是错误的。SSNIP方法必须假定有一个假定垄断者垄断了全部目标产品，才能进一步分析是否有其他产品与其具有紧密替代关系。3. SSNIP测试必须用假定垄断者的数据，而不能使用现有经营者在不充分竞争状况下形成的垄断价格数据，在此基础上实施小幅度的额外价格增长，会导致相关市场比实际界定得更加宽泛。一审判决将腾讯QQ的当前价格作为基准价格，必然导致相关市场界定的结果不合理。（三）本案相关商品市场应界定为综合了文字、语音、视频的个人电脑端即时通信软件和服务。1. 综合性即时通信产品与单一功能即时通信产品不构成同一产品市场。（1）一审判决出发点错误。分析本案相关市场应以综合性即时通信产品作为出发点，并在此基础上分析其他产品与综合性即时通信产品之间的可替代性。对于用户而言，当其因某种原因无法使用某一综合性即时通信产品时，首先考虑的必然是转而使用其他综合性即时通信产品，而非单一功能的即时通信产品。（2）一审判决认为，考虑到需求替代，消费者能够轻易、立刻、免费的在文字、音频和视频即时通信三种服务间转换，这一认定缺乏事实依据。（3）一审法院关于综合性/单一功能即时通信产品的替代性分析，前后自相矛盾。2. 即时通信产品与社交网站、微博不构成同一产品市场。（1）界定相关市场要以目标产品市场作为出发点，对可能存在替代关系的其他产品逐个进行分析。一审法院在分析过程中跳过上述步骤，直接把即时通信产品与社交网站、微博三种产品划入同一产品市场，没有考虑微博与社交网站之间是否具有紧密替代关系的问题。（2）微博、社交网站中提供了即时通信的功能，并不能理解为微博、社交网站整体与即时通信产品形成替代关系。从消费者角度来看，并不因为经营者一并提供了一系列产品，其中部分产品存在相互替代性，就认为经营者提供的全部产品之间均存在替代性。（3）考察时间市场应着重分析当时的情况，即发生诉争行为当时及此前的市场竞争态势，而非未来的市场变化。本案证据表明，诉争行为发生时，微博、社交网站并非即时通信产品最紧密的替代品，因而不应将上述几种产品划入同一相关市场。3.“互联网应用平台”与本案的相关商品市场无关。所谓“互联网应用平台”只是一个笼统的商业概念，无法构成反垄断法意义上的相关市场。

三、一审判决对相关地域市场的认定明显错误，本案中相关地域市场应为中国大陆地区。（一）一审判决在相关商品市场界定不清的情况下对相关地域市场进行了认定，颠倒了相关市场界定的顺序，导致一审判决对地域市场的界定明显错误。（二）一审判决对相关地域市场的认定不符合客观事实。如果本案相关地域市场为全球市场，那么现实中一定存在大量的中国大陆地区用户选择使用中国大陆地区之外的即时通信产品，客观事实恰恰相反。（三）一审判决分析相关地域市场的出发点错误，应从受到本案纠纷影响的消费者角度来分析地域市场。一审法院的分析是以海外消费者作为考察对象进行需求替代分析，明显脱离了本案应当考察的目标地域，存在方法错误。（四）一审判决没有考虑境外即时通信经营者进入中国市场的实际障碍。中国互联网产业的政治和社会环境与其他国家不尽相同，使用的法律架构也十分复杂，这对于境外即时通信供应商进入中国市场并进行业务扩张而言是一种显著的障碍。（五）本案相关地域市场应界定为中国大陆地区。主要根据是：2009-2011年期间，被上诉人市场份额逐年上升，境外即时通信产品市场份额逐年下降；为保证通信质量，尤其是视频质量，要求即时通信经营者在中国大陆地区安装服务器；2010年中国大陆地区消费者使用国际即时通信产品的时间低于3%，2006-2013年期间中国用户对中国公司提供的即时通信服务的需求逐年增长，对境外企业的需求逐年下降；受中国大陆地区的法律、政策限制，境外供应商在中国开展业务受到阻碍；中国大陆地区消费者使用即时通信产品的语言为中文，大多数中国大陆地区即时通信产品消费者的联系人身在中国。

四、一审判决认定被上诉人在相关市场不具有支配地位是错误的。（一）无论采用何种市场定义，被上诉人在相关市场的市场份额均超过二分之一，应当推定其具有市场支配地位。1.一审证据显示，2009 -2011年，被上诉人在中国大陆地区综合性即时通信产品市场上的市场份额一直在88%-90%之间，应当推定其具有市场支配地位。2.即使按照一审法院的观点，认为相关商品市场包括即时通信、微博和社交网站，被上诉人的市场份额仍接近80%，应当推定其具有市场支配地位。（二）被上诉人没有提供相反证据证明其不具有市场支配地位。1. 一审判决关于被上诉人不具有控制商品价格或其他交易条件的能力的认定缺乏证据支持。被上诉人的“零价格”策略，有效地阻碍了新晋企业进入即时通信服务市场，“零价格”实际上是一种极强的价格控制。2. 一审判决关于被上诉人没有阻碍竞争对手进入相关市场的能力的认定缺乏证据支持。即时通信服务市场是一个高度集中的市场，缺乏有效竞争约束和市场进入。同时，即时通信产品具有很高的客户粘性，消费者转换成本极高。（三）被上诉人有能力控制交易条件。被上诉人敢于并成功强迫其用户进行“二选一”，原因就在于其明知自身的市场支配力很强，其相信绝大多数用户会选择腾讯QQ而放弃奇虎公司的安全软件。统计数据显示，在被上诉人实施“二选一”的时间段内，其用户数量并无显著下降，而其竞争对手的用户数量也没有显著上升。这表明被上诉人可以无视其他竞争对手的存在而控制交易条件，显然具有市场支配地位。

五、被上诉人实施了滥用市场支配地位的行为，依法应当承担法律责任。（一）被上诉人的“二选一”限制交易行为构成滥用市场支配地位。被上诉人没有正当理由，强制其用户停止使用并卸载上诉人的软件，否则便停止向用户提供QQ及相关软件服务。一审判决已经认定上述行为缺乏正当性，且被上诉人具有明显的市场支配地位，上述行为自然构成滥用市场支配地位的违法行为。（二）被上诉人的行为构成搭售且没有正当理由。1. 被上诉人在即时通信产品市场上具有支配地位，其将QQ软件管家与即时通信软件捆绑搭售，并且以升级QQ软件管家的名义安装QQ医生，没有提供任何证据证明这种搭售行为符合交易惯例、消费习惯或者商品的功能。2. 消费者选择权受到了限制。用户的选择权体现在安装软件时，而不是安装以后的卸载行为。用户的卸载行为属于购买产品后的抛弃行为，其不能否认用户已被强制安装了被搭售的软件产品的事实。3. 被上诉人的行为没有合理性。这种搭售只对被上诉人有利，使被上诉人以极低的成本将其在即时通信产品市场上的支配地位传导到安全软件市场，损害了安全软件市场上的竞争，且对消费者而言没有任何好处。4. 一审判决关于被诉搭售行为产生排除、限制竞争效果的举证责任分配错误。上诉人无需证明该行为是否具有排除、限制竞争效果，被上诉人提出行为正当性抗辩的，应当对此承担举证责任。5. 被上诉人如主张其搭售行为具有正当理由，其不仅应证明消费者没有受到损害，还应进一步证明其搭售行为使消费者获益。一审中被上诉人未提供证据证明上述主张，应承担不利后果。

六、被上诉人应该承担赔偿责任。被上诉人滥用市场支配地位的行为，尤其是“二选一”限制交易的行为，造成上诉人的软件产品被用户大量卸载、删除，给上诉人造成了巨大的经济损失，理应承担赔偿责任。

七、一审法院程序违法，损害了上诉人的合法权益。（一）一审法院未按照其重新界定的相关市场组织双方当事人重新计算市场份额，违反法定程序。（二）一审法院在认定被上诉人是否具有支配地位时，引入未经质证的证据，程序违法。（三）一审法院违背听证原则，大量认定未经质证的证据与事实，显属不公。（四）一审法院怠于履行《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第三十五条规定的告知义务，存在程序错误。

被上诉人腾讯公司和腾讯计算机公司共同答辩称：一审法院认定事实清楚，程序合法，适用法律正确，判决结果公平公正，请求本院驳回上诉人的全部诉请，维持一审判决。其主要理由是：

一、上诉人奇虎公司应当对相关市场的界定承担举证责任。（一）一审判决已对本案相关商品市场进行了认定，认为上诉人关于综合性的即时通信产品及服务构成一个独立的相关商品市场的主张不能成立。（二）上诉人实际上混淆了“原告应界定本案相关市场”与“法院对原告所界定的相关市场是否成立进行认定”之间的区别。上诉人应当依法对本案相关市场的界定承担全部举证责任，法院的职责是对上诉人所界定的相关市场根据反垄断法进行认定。

二、一审判决严格依法分析界定本案相关商品市场。（一）上诉人关于“一审判决在本案中直接适用假定垄断者测试界定相关市场是严重错误的”主张没有法律依据，也与其自身陈述不符。1. 一审法院采用需求替代为主并适当结合供给替代的基本分析方法，通过定性适用假定垄断者测试方法，对需求替代和供给替代的分析结果进行了补充验证。上诉人对一审判决的这一审理思路视而不见，将假定垄断者测试曲解为本案认定相关市场的基本方法。2. 上诉人认为在免费产品上直接通过提高价格的方法来适用假定垄断者测试是错误的，这一主张没有法律根据。（二）一审判决运用SSNIP方法时的基本思路、运用方法和结论是正确的。1. 一审法院从QQ软件产品开始进行SSNIP测试是正确的。2. 上诉人认为，消费者所获取QQ软件产品及服务的零价格是偏离了竞争价格基础之上的垄断价格，这一主张是荒谬的。（三）上诉人所界定的相关商品市场缺乏事实和法律依据。1. 综合性即时通信产品和单一功能即时通信产品属于同一相关市场的商品集合。（1）只要能实现文字、语音或视频中的任何一种信息传输格式的实时在线沟通服务，就属于即时通信服务。（2）上诉人的主张自相矛盾。上诉人在一审证据中将YY语音、人人桌面列入即时通信产品范畴，然而证据显示当时YY语音不能进行视频聊天，人人桌面不能进行语音和视频聊天。上诉人一审中确认飞信产品属于本案同一产品市场，然而飞信从2006年产品上市到2009年还是一个文字聊天工具，没有视频及语音功能。2. 社交网站、微博属于本案同一相关市场的商品集合。（1）即时通信是一种以互联网或移动互联网为传输基础提供多人实时沟通的通信服务，既包括软件形式的即时通信服务，又包括网页形式的即时通信服务如微博及社交网站。微博和SNS社交网站提供的网页形式的即时通信服务与QQ之间存在很强的竞争关系和产品需求替代关系。（2）从需求替代的角度出发，大量证据表明，使用社交网站、微博中的聊天服务的用户比例非常高。从供给替代的角度出发，人人网等社交网站和新浪等微博都从2009、2010年开始就推出了即时通信功能。（3）互联网的竞争是高度的、动态的竞争，区别于传统市场，对于本案的相关市场需要对动态竞争约束进行分析。3. 移动端即时通信服务、电子邮箱、手机及短信属于本案同一相关市场的商品集合。（1）移动端即时通信服务与个人电脑端使用习惯基本一致，价格均为零，获得渠道基本一致。移动即时通信随时可以方便使用，完全可以轻易替代个人电脑端即时通信。（2）QQ软件具有收发离线消息和离线文件的异步通信功能，该功能与电子邮箱收发邮件的功能及用途并无差别，存在较为紧密的需求替代关系。（3）手机及短信属于本案同一相关市场的商品集合。QQ软件的即时通信服务与手机通话及短信均属于通信服务。QQ软件可以向手机发送短信及QQ语音的功能，与短信、电话的功能并无差异。根据CNNIC报告，即时通信用户中使用与手机进行通信功能的占32.1%。4. QQ软件是一款集成了各种互联网应用的综合服务平台，本案相关商品市场远远大于上诉人所界定的相关商品市场。

三、本案相关地域市场应为全球市场。（一）一审判决在对上诉人所界定的相关商品市场进行正确认定后，进一步认定本案的相关地域市场应为全球市场，完全正确。（二）上诉人关于一审判决对相关地域市场的认定不符合客观事实的主张缺乏依据。以境内外产品“使用时间”作为标准来确定相关地域市场没有法律依据。对于相关地域市场的界定应当充分考虑互联网产业动态竞争的特点，不能以某一孤立的时点进行判断。（三）一审判决从需求者获取较为紧密替代关系产品的角度出发，适用需求替代和供给替代的方法来界定相关地域市场，这与上诉人关于应从受到本案纠纷影响的消费者角度来分析地域市场的主张并无矛盾。（四）大量境外即时通信经营者早已进入中国开展竞争。上诉人关于中国的政治社会环境及法律架构的复杂是境外即时通信经营者进入中国互联网市场的障碍的主张没有任何证据支持。

四、被上诉人在相关市场不具有市场支配地位。（一）上诉人关于市场份额的理解与我国反垄断法的相关规定不符。1.上诉人对相关市场界定错误，据此计算出的市场份额毫无意义。2.上诉人无视互联网平台的双边性，直接将第三方机构针对免费端平台的“有效使用时间”替换为反垄断法上的市场份额，且对评估市场能力有重大意义的收费端平台没有进行任何举证和数据分析，这种方法是错误的。（二）本案大量证据证明被上诉人完全不具有市场支配地位。1. 被上诉人不具有控制商品价格、数量或其他交易条件的能力。上诉人所称即时通信产品市场上现有的“零价格”是被上诉人的一种极强的价格控制没有事实依据。即时通信用户对即时通信产品及服务具有高度价格敏感度，几乎所有的即时通信软件及服务都是免费向用户提供的。2. 被上诉人并不具有阻碍、影响其它经营者进入相关市场的能力。（1）即时通信软件及服务市场是一个完全开放且充满竞争活力的新兴行业，市场进入壁垒和扩张阻碍较小，市场参与者众多，市场竞争十分激烈。（2）上诉人所称“网络效应”也没有任何事实依据。新进入经营者完全可以通过在原有产品上增加即时通信功能等方式迅速转化、积累海量用户。用户也从来不会因为所谓“网络效应”被绑定在一款即时通信软件上。

五、被上诉人的行为不构成滥用市场支配地位。（一）被上诉人 “二选一”行为并非限制交易的行为。1. 被上诉人实施的“二选一”行为具有合理性。（1）被上诉人合法权益当时的确处于危险状态之中，通过公力救济手段无法及时防止损害的进一步扩大，有必要采取正当防卫手段。（2）被上诉人实施的“二选一”行为在合理的限度之内。“二选一”行为实际只有一天，被上诉人在上诉人召回其侵权产品的同时即恢复了产品的兼容。（3）被上诉人实施的“二选一”行为也是为了维护广大用户的权益。上诉人所推出的扣扣保镖是一个侵权软件，影响QQ用户正常使用QQ相关服务，且危及QQ软件安全。为了维护用户的权益，被上诉人不得不实施了“二选一”行为。2. 被上诉人实施的“二选一”行为不会产生反垄断法下反竞争效果。如果一种行为在反垄断法下是反竞争的，那么它必须使得实施该行为的企业能够在市场中可以排斥其大部分竞争对手。被上诉人的“二选一”行为没有损害安全软件提供商之间的竞争，却客观上促进了即时通信服务提供商之间的竞争。3. “二选一”行为目的和实质是为了促进QQ用户的最终福祉、维护互联网产业的公共利益。（1）扣扣保镖具有多种破坏功能并影响软件安全，可通过底层功能和云计算功能快速扩散，如果不在短时间内实施“二选一”行为，扣扣保镖将会给广大用户造成无可挽回且难以估量的损失。（2）扣扣保镖系针对互联网平台竞争者所实施的不正当竞争行为，如果放任其存在，将会迅速毁掉QQ平台，并将严重破坏互联网平台的竞争秩序，最终导致互联网用户无从获取优质互联网服务。（二）被上诉人不存在反垄断法所禁止的无正当理由搭售行为。1. 被上诉人没有限制用户的选择权。被上诉人在QQ软件打包安装QQ软件管理时，为用户提供了QQ软件管理的卸载功能，对用户没有强制性。QQ软件管理与QQ医生升级为QQ电脑管家的行为也不构成搭售，对用户电脑中已安装的软件进行功能升级，符合行业惯例，且被上诉人已经告知用户并给予了用户选择权。2. QQ软件管理与QQ软件的打包安装作为产品的功能整合具有经济合理性，符合互联网平台竞争的特点，是业内通常做法。3. 上诉人没有任何证据可证明被上诉人相关的打包安装行为导致了上诉人同类商品的市场占有率显著下降，也无证据证明该行为对同一市场内其他竞争者产生了限制或排除竞争的后果。

六、上诉人没有任何证据证明其遭受了所谓的巨大损失。上诉人声称有8.25亿元的经济损失并主张1.5亿元的损失赔偿，却没有提交任何证据。

七、一审法院对本案的审理程序合法。上诉人对被诉“二选一”的行为属于《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称反不正当竞争法）下的争议还是反垄断法下的争议理解混乱，错误指责一审法院没有履行告知义务。至于上诉人所主张的一审法院程序违法和违反听证原则，均没有任何事实和法律依据。

在本院二审期间，上诉人奇虎公司为支持其上诉主张，向本院提交了五组共16份证据。本院对这些新的证据，结合被上诉人质证意见，分别作如下认证：

第一组证据为证据1-3，用以证明一审判决在界定相关商品市场时，运用假定垄断者测试的方法违背了经济学原理；一审判决关于本案相关商品市场的界定方法在理论上存在错误，本案相关商品市场应界定为个人电脑（PC）端综合性即时通信产品和服务；一审判决对本案相关地域市场界定错误，本案相关地域市场应界定为中国大陆地区；被上诉人具有市场支配地位。其中，证据1为《奇虎360诉腾讯：对广东省高级人民法院判决书的经济评论》。该证据系RBB经济咨询针对本案一审判决出具的经济分析报告，报告署名人为Derek Ridyard。证据2为RBB经济咨询网页简介，用以证明RBB经济咨询具有出具经济分析报告的能力与资质。证据3为《关于360和腾讯反垄断诉讼案件的经济分析报告》。该报告的作者是Charles River Associates（CRA）的特别顾问David Stallibrass，并由Sharon Pang、Weiye Li协助完成。

对于证据1，被上诉人质证认为：１．该报告附件中，缺少附件11、附件12及附件14。对于该附件缺失部分以及对应在报告中所引用的部分，不予确认。２．该报告名义上为经济分析报告，却多处涉及一审法院对中国反垄断法的法律适用及证据采信标准等法律问题，超越了经济分析范畴，明显属于提供法律服务，不具有合法性。３.该报告并非建立在详实数据基础之上的严谨的经济学分析和论证，部分数据错误且忽略互联网基本事实，对本案没有任何经济学上的参考意义。对于证据２，被上诉人对该证据的真实性、合法性、关联性均不予认可。对于证据３，被上诉人质证认为，David Stallibrass的最高学位是业余取得的伦敦大学理科硕士，其所谓的竞争法研究生是业余远程授课的，并没有取得学位，更没有在经济学领域权威刊物上发表过较有影响力的学术成果，其专业性和可信度缺乏保障。对于另外两位协助者的身份与资质，上诉人没有提供任何证据予以证明。该报告对中国反垄断法的解释和适用、证据采信、审判逻辑、审理思路等发表意见，显然超出经济分析范畴，属于提供法律服务，不具有合法性。该报告关于本案相关市场的认定混乱，结论不具有可靠性。

对于第一组证据（证据1-3），本院审查认定如下：证据１实为RBB经济咨询的Derek Ridyard出具的专家意见。作为专业经济咨询机构的专家，Derek Ridyard应根据自身的专业知识对本案所涉及的经济事实等专业问题发表意见，但是其却完全针对一审判决发表评论，认为一审判决的分析存在漏洞且相关举证不符合相关经济测试所要求的基本标准，实际上是提供法律意见。同时， Derek Ridyard未出庭接受质询，而RBB经济咨询的另一位专家余妍接受上诉人的委托出庭发表了专家意见。鉴此，本院以余妍当庭发表的专家意见为准，对证据１不再予以考虑。证据2系RBB经济咨询的宣传网页，通过公开渠道可以查询，真实性可以确认，并可反映RBB经济咨询的业务范围和专长，与本案有关联性，本院予以采纳。证据3实为CRA特别顾问David Stallibrass出具的专家意见，David Stallibrass本人也已经出庭接受质询，本院将结合证据3以及David Stallibrass的庭审发言对其专家意见予以考虑。对于被上诉人所提David Stallibrass的教育背景、工作经历、研究成果等问题，本院认为，对于专家意见应重点审查该意见是否具有充分的事实或者数据基础；是否运用了合理、可靠的市场调查或者经济分析方法；是否考虑了可能改变市场调查或者经济分析结果的相关事实；专家是否尽到了专业人员所应具有的谨慎和勤勉。因此，对于专家的教育背景、工作经历、研究成果应适当留意而不必苛求。

第二组证据为证据4-6，用以证明移动端即时通信软件不属于本案相关商品市场范围。其中，证据4为苹果公司iMessage官网截图，用以证明iMessage功能在本案纠纷发生时尚未推出。证据5为腾讯软件中心截图，用以证明腾讯QQ可以在Windows、Mac等不同操作系统上安装。证据6为三星ChatOn官网截图，用以证明ChatOn聊天软件在本案纠纷发生时尚未推出，且主要适用于移动终端。

对于证据4，被上诉人质证认为：该证据为网络打印件，未经公证，对其真实性、合法性和关联性均不予认可；即便该证据是真实的，恰恰证明苹果公司iMessage应纳入本案相关市场。对于证据5，被上诉人对其真实性和合法性予以认可，但对其关联性不予认可。对于证据6，被上诉人认为：该证据为网络打印件，未经公证，对其真实性、合法性和关联性均不予认可；即便其是真实的，恰恰证明ChatOn应纳入本案相关市场。

对于第二组证据（证据4-6），本院审查认定如下：证据4和6为网页打印件，可通过公开渠道获取和核实，被上诉人仅以未经公证为由否定其真实性，但未提供相反证据，其真实性可以确认。同时，该两份证据可以反映互联网即时通信领域的竞争情况，予以采纳。证据5亦为网页打印件，被上诉人对其真实性无异议，且可以反映QQ软件的相关情况，与本案具有关联性，予以采纳。

第三组证据为证据7-9，用以证明微博不属于本案相关商品市场范围。其中，证据7为新浪微博截图，证据8为搜狐微博截图，分别用以证明新浪微博和搜狐微博推出私信功能，仅能够即时传输有限长度的文字，而无法即时传输图片、文档、语音或视频。证据9为腾讯微博截图，用以证明腾讯微博推出私信功能，仅能够即时传输文字、图片、语音，无法即时传输文档或视频。

对于证据7和证据9，被上诉人认可其真实性与合法性，但对关联性不予认可，认为该两份证据恰恰证明新浪微博和腾讯微博推出的私信具有即时通信功能，应纳入本案相关市场。对于证据8，被上诉人质证认为：该证据为网络打印件，未经公证，对其真实性、合法性和关联性均不予认可；即便其是真实的，恰恰证明了搜狐微博推出的私信具有即时通信功能，应纳入本案相关市场。

对于第三组证据（证据7-9），本院审查认定如下：证据7和证据9为新浪微博和腾讯微博截图，被上诉人对其真实性无异议，且其可以反映新浪微博和腾讯微博的即时通信功能，与本案具有关联性，予以采纳。证据8为网页打印件，可通过公开渠道获取和核实，被上诉人仅以未经公证为由否定其真实性，但未提供相反证据，其真实性可以确认。同时，该证据可以反映搜狐微博的即时通信功能，与本案具有关联性，予以采纳。

第四组证据为证据10，该证据为人人网截图，用以证明截至2013年11月12日，人人网的聊天功能仅能传输文字与图片，因而社交网站不属于本案相关商品市场范围。

对于证据10，被上诉人质证认为：该证据为网络打印件，未经过公证，对其真实性、合法性和关联性不予认可；即便其是真实的，恰恰证明了人人网具有即时通信功能，应纳入本案相关市场。

对于第四组证据（证据10），本院审查认定如下：证据10为网页打印件，可通过公开渠道获取和核实，被上诉人仅以未经公证为由否定其真实性，但未提供相反证据，故其真实性可以确认。同时，该证据可以反映人人网的即时通信功能，与本案具有关联性，予以采纳。

第五组为证据11-13，用以证明新进入的即时通信产品所具有的导入、移植好友关系链的功能在本案纠纷发生时尚不存在。其中，证据11为易信发布会截图；证据12为陌陌官方网站截图；证据13为新浪微博WP客户端截图。

对于证据11-13，被上诉人质证认为：上述证据均为网络打印件，未经过公证，对其真实性、合法性和关联性均不予认可。

对于第五组证据（证据11-13），本院审查认定如下：上述证据均为网页打印件，可通过公开渠道获取和核实，被上诉人仅以未经公证为由否定其真实性，但未提供相反证据，其真实性可以确认。同时，上述证据可以反映互联网即时通信领域的竞争情况，与本案具有关联性，予以采纳。

第六组证据为证据14-16，用以证明全球经济咨询集团（Global Economics Group（GEG），以下简称全球经济咨询）的经济分析报告对于本案相关市场的界定、市场支配地位认定及滥用行为的评估均存在错误。其中，证据14为RBB经济咨询的Derek Ridyard出具的《奇虎360诉腾讯：RBB对GEG经济分析报告的评论》；证据15为CRA特别顾问David Stallibrass出具的《对GEG的反驳报告》；证据16为CRA简介，用以证明CRA具有出具经济分析报告的能力。

对于证据14和证据15，被上诉人质证认为：证据14形成于境外，未办理公证认证手续，对其真实性不予认可；证据15是否在中国大陆境内形成无法确认，未办理公证认证手续，对其真实性不予认可。该两份证据实为针对GEG的相关报告发表的质证意见，已超出了经济分析范畴，明显属于提供法律服务，不具有合法性。同时，该两份证据缺乏事实基础和严谨的经济学论证，不能实现上诉人的证明目的。对于证据16的真实性、合法性、关联性均不予认可，认为仅凭该证据无法证明CRA的能力及资质。

对于第六组证据（证据14-16），本院审查认定如下：证据14和证据15实为RBB经济咨询的Derek Ridyard和CRA的特别顾问David Stallibrass分别针对GEG出具的《关于奇虎 360相关市场界定、市场力和滥用市场支配地位指控的经济报告》发表的专家质询意见。其中证据14形成于境外，虽未办理公证认证手续，但该报告与证据1均由RBB经济咨询的Derek Ridyard出具，两者的签名与印章一致，而证据1已经办理公证认证手续，因此证据14的真实性可以确认。办理公证认证手续的主要目的在于确认证据的真实性，在有其他渠道确认证据真实性的情况下，不必一律强求办理公证认证手续。鉴此，本院将该证据作为分析评估本案相关专业问题的参考。证据15系在中国境外形成，且David Stallibrass亦已出庭发表专家意见和接受质询，本院亦将把该证据作为分析评估本案相关专业问题的参考。证据16为网页打印件，可通过公开渠道获取和核实，被上诉人虽否认其真实性，但未提供相反证据，其真实性可以确认。该证据可以反映CRA的业务范围和专长，与本案有关联性，本院予以采纳。

在本院二审期间，被上诉人腾讯公司和腾讯计算机公司为支持其抗辩，向本院提交了四组共37份证据。本院对这些新的证据，结合上诉人质证意见，分别作如下认证：

第一组证据为证据1-11，用以证明上诉人关于本案相关商品市场的主张错误。其中，证据1为（2013）京方圆内经证字第13355号公证书；证据2为（2013）京方圆内经证字第13356号公证书；证据3为（2013）京方正内经证字第10690号公证书；该三份证据用以证明移动端即时通信设备拥有庞大的用户基数，移动端即时通信应纳入本案相关商品市场；智能手机全球销售数量已超过个人电脑，上诉人关于相关商品市场及市场份额的数据不正确。证据4为（2013）京方正内经证字第10694号公证书；证据5为（2013）京方正内经证字第10691号公证书；该两份证据用以证明微博属于本案相关商品市场。证据6为（2013）京方正内经证字第10692号公证书，用以证明社交网站属于本案相关商品市场。证据7为（2013）深盐证字第3988号公证书；证据8为（2013）深证字第116573号公证书；证据9为（2013）深证字第3989号公证书；该三份证据用以证明QQ软件、电子邮件、电话、手机短信属于本案相关商品市场。证据10为（2013）深证字第115070号公证书；证据11为（2013）深证字第115067号公证书；该两份证据用以证明互联网行业的竞争实质为平台竞争，本案相关市场范围远远大于上诉人主张的相关市场。

针对证据1-3，上诉人质证认为：对证据1-2的真实性和合法性予以认可，对证据3的形式真实性和合法性予以认可，对其内容的真实性不予认可。该三份证据与本案不具有关联性，不能实现被上诉人的证明目的，移动端即时通信软件不属于本案相关市场范围。此外，证据3不具有证明力且与本案无关联性。该证据公证的是两篇网络媒体报道，其真实性与准确性存疑。《中国智能手机出货量超个人电脑对亚太地区影响力增强》发表时间晚于本案纠纷发生时间二年，且智能手机销量出货量超过个人电脑不能说明智能手机能够取代个人电脑，与本案相关市场界定不具有关联性。对于证据4-5，上诉人质证认为：对于证据4-5的真实性和合法性予以认可，但认为与本案不具有关联性，不能实现被上诉人的证明目的。对于证据6，上诉人质证认为：对证据6的形式真实性和合法性予以认可，对其内容的真实性和关联性不予认可，认为不能实现被上诉人的证明目的。对于证据7-9，上诉人质证认为：1. 一审法院已经认定QQ与电子邮件、电话及手机短信均不属于同一相关商品市场，被上诉人对此未提出上诉，上述事项不属于二审的审理范围。2. 对证据7-9的真实性与合法性予以认可，但认为与本案不具有关联性，不能实现被上诉人的证明目的。对于证据10-11，上诉人质证认为：1. “平台竞争”属于商业概念，与反垄断法意义上的相关商品市场的概念不同。2. 对证据10的形式真实性和合法性予以认可，对其内容的真实性不予认可，对证据11的真实性和合法性予以认可。该两份证据与本案不具有关联性。

对于第一组证据（证据1-11），本院审查认定如下：证据1-2可以反映互联网即时通信领域的竞争情况，与本案具有关联性，上诉人认可其真实性，予以采纳。证据3系以公证方式固定的两篇网络媒体报道，分别来自于凤凰网和环球网。虽然该两篇报道均系转引域外媒体报道，但是该报道的消息主要涉及智能手机销量超过个人电脑销量的时间这一事实，且凤凰网和环球网作为业内知名网络媒体，具有一定可信度，在没有相反证据的情况下，予以采纳。证据4-6涉及微博和社交网站的功能与用户偏好，与本案相关市场界定具有关联性，且其真实性可以确认，予以采纳。证据7-9涉及腾讯QQ软件与电子邮箱、手机短信的功能对比，与本案相关市场界定具有关联性。虽然一审判决已经认定腾讯QQ软件与电子邮箱、手机短信不属于本案相关商品市场，且被上诉人并未对此提出上诉，但因相关市场的认定本质上是一个事实问题，对该事实的查明是本案的关键问题之一，故本院将此问题纳入事实查明范围。因证据7-9与本案具有关联性，当事人对其真实性无异议，故予以采纳。证据10系以公证方式固定的网络文章，该文章总体系作者对Facebook上市对互联网企业竞争的影响发表的个人观点，被上诉人并未提供作者身份及其能力、资质等方面的证据，本院对证据10不予考虑。证据11系以公证方式固定的网络报道，总体上是对姜奇平发表的关于互联网竞争问题的观点摘录。姜奇平已经作为被上诉人一方的专家证人出庭发表意见并接受质询，本院对证据11不再予以考虑。

第二组证据为证据12-21，用以证明本案相关地域市场应为全球市场。其中，证据12为（2013）深证字第115055号公证书；证据13为（2013）深证字第115064号公证书；证据14为（2013）深证字第115069号公证书；证据15为（2013）深证字第115068号公证书；该四份证据用以证明用户的母语以及即时通信服务商的国籍并不影响其在全球范围内获取或者提供即时通信服务。证据16为（2013）京方正内经证字第10928号公证书；证据17为（2013）京方正内经证字第10927号公证书；证据18为（2013）京方正内经证字第27562号公证书；证据19为（2013）京方正内经证字第27563号公证书；证据20为（2013）深盐证字第4102号公证书及中文翻译件；证据21为（2013）京方正内经证字第13817号公证书；该六份证据用以证明被上诉人多年来致力于推出并不断更新QQ国际版，向全球用户提供即时通信服务，QQ海外用户数量不断攀升。

对于证据12-15，上诉人质证认为：对证据12-15形式上的真实性、合法性予以认可，对内容的真实性和关联性不予认可。证据12仅为媒体报道，引用了OPSWAT的统计结论，但未提供OPSWAT的背景信息、数据来源及统计方法，不具有证明力。证据13所公证的网页资讯提到LINE从2011年6月开始提供服务，晚于本案纠纷发生时间，与本案无关联性。同时，该资讯显示LINE只能在智能手机上使用，且尚未进入中国大陆市场。证据14-15分别为Facebook和Twitter的用户情况，由于社交网站与即时通信产品之间不具有紧密替代性，该两份证据与本案不具有关联性。对于证据16-18，上诉人质证认为：对证据16-18的真实性、合法性予以认可，对其关联性不予认可。对于证据19-21，上诉人质证认为：对证据19-21形式上的真实性、合法性予以认可，对内容的真实性和关联性不予认可。证据19-20的网站来源不明，不具有公信力。证据21仅能证明境外用户使用腾讯QQ主要是用于与中国互联网用户进行即时通信。

对于第二组证据（证据12-21），本院审查认定如下：证据12系以公证方式固定的网络资讯，其引用了市场调研机构OPSWAT的统计报告，但未提供OPSWAT的背景信息、数据来源及统计方法，其证明力较弱，本院将结合其他证据和事实对其证明力进行认定。证据13-15系以公证方式固定的网络新闻，主要内容涉及日本通信软件LINE、社交网站Facebook以及Twitter的用户使用情况等事实，可以反映即时通信领域竞争状况，当事人对其真实性无异议，予以采纳。证据16-18主要涉及腾讯QQ推出专门针对港澳台地区用户的繁体版及针对外国用户的多个外文版本情况，与本案地域市场界定具有关联性，当事人对其真实性无异议，予以采纳。证据19-20系以公证方式固定的相关外文网站提供QQ English 版的下载情况，证据21系以公证方式固定的关于腾讯QQ作为海外华人维系情感的纽带的通讯报道。证据19-21均未披露QQ English 版的下载数量、用户数量以及海外华人使用数量，难以作为界定本案相关地域市场的依据，但是其可以辅助证明腾讯QQ外文版及海外用户情况，予以采纳。

第三组证据为证据22-37，用以证明被上诉人在本案相关市场上不具有支配地位。其中，证据22为（2013）京方正内经证字第10693号公证书；证据23为（2013）深盐证字第4101号公证书；该两份证据用以证明即时通信用户十分关注即时通信产品的功能和创新，客户粘性并不会阻碍用户因用户体验下降、产品功能不佳等原因更换即时通信服务。证据24为（2013）京方正内经证字第13816号公证书，用以证明即时通信软件的好友关系链可通过多种方式导入、移植，互联网技术的发展为用户更换即时通信服务提供了诸多便利，客户粘性不构成即时通信服务进入和发展的壁垒。证据25为（2013）京方正内经证字第13818号公证书；证据26为（2013）深证字第115062号公证书；证据27为（2013）深证字第115060号公证书；证据28为（2013）深证字第115059号公证书；证据29为（2013）深证字第115061号公证书；证据30为（2013）深证字第115065号公证书；证据31为（2013）深证字第115058号公证书；证据32为（2013）深证字第115057号公证书；证据33为（2013）深证字第115066号公证书；证据34为（2013）深证字第115056号公证书；该十份证据用以证明近三年来互联网经营者成功进入通信服务市场，并迅速获得远远高于中国互联网网民增长率的快速发展。证据35为（2013）京方正内经证字第13839号公证书；证据36和证据37分别为全球经济咨询出具的《关于奇虎360相关市场界定、市场力和滥用市场支配地位指控的经济报告》和《关于奇虎360和腾讯反垄断诉讼案件中STALLIBRASS先生对广东省高级人民法院判决结果批判的经济分析报告》；该三份证据用以证明上诉人主张的相关市场界定错误，被上诉人在上诉人所称的相关市场中不具有市场支配地位，被上诉人的行为并未限制相关市场的竞争。

对于证据22-23，上诉人质证认为：对证据22-23形式上的真实性、合法性予以认可，对内容的真实性和关联性不予认可。对于证据24，上诉人质证认为：对证据24的真实性、合法性予以认可，对其关联性不予认可。对于证据25-34，上诉人质证认为：对证据25-34的真实性、合法性予以认可，对其关联性不予认可。对于证据35，上诉人质证认为：对证据35的真实性、合法性予以认可，对其关联性不予认可。该报告的分析基于2012年6月至2013年6月的监测数据，不能反映本案纠纷发生时的相关市场竞争状况。对于证据36，上诉人质证认为：对证据36的真实性、合法性和关联性均予以认可，但认为其不具有证明力。该报告在本案相关市场界定、被上诉人市场支配地位认定、滥用市场支配地位行为的认定等问题上存在错误。对于证据37，上诉人质证认为：对证据37的真实性、合法性和关联性予以认可，但认为其不具有证明力。

对于第三组证据（证据22-37），本院审查认定如下：证据22系以公证方式固定的四篇网络资讯，主要涉及MSN在全球及中国的发展和变化历程的介绍，与本案即时通信领域的竞争状况有关联，予以采纳。证据23系以公证方式固定的腾讯QQ软件的更新情况，反映了被上诉人参与市场竞争的情况，予以采纳。证据24系以公证方式固定的易信、陌陌等即时通信软件以多种方式导入好友关系链的情况，与本案具有关联性，予以采纳。证据25-34系以公证方式固定的网络资讯，涉及中国互联网用户及部分即时通信软件用户数量，与本案具有关联性，予以采纳。证据35为以公证方式固定的艾瑞咨询发布的《中国即时通信年度监测及用户行为研究报告》（2012-2013年），与本案具有关联性，予以采纳。证据36和证据37系全球经济咨询的David Evans出具的专家意见，本院将结合案件具体事实对其予以考虑。

本院审理查明，一审法院查明的事实基本属实，本院予以确认。结合上述证据，本院补充查明如下事实：

（一）关于本案相关商品市场认定方面的事实

2011年6月6日，苹果公司推出iMessage功能。iMessage系苹果手机（iPhone）、平板电脑（iPad）及iPod touch的内置即时通信软件，激活后可发送iMessage信息，包括文字、照片、视频、位置信息和联系人信息等，且可实现与短信的灵活转换。2012年5月21日三星公司的ChatOn在三星应用商店首次注册。ChatOn系三星手机内置的即时通信软件，是一款用于移动设备和其他互联网设备的应用软件，用户可通过该软件发送/接收消息、信息和内容（包括图片、视频、语音、文件、联系人等），不仅支持三星的操作系统，同时也兼容iPhone/iPad、Blackberry、Windows手机、Windows8个人电脑、Web等。腾讯QQ有适用于Windows、Mac等系统的不同版本。

凤凰网《全球智能手机销量同比增长97% 首次超过个人电脑》(2011-02-09) 报道：据国外媒体报道，研究公司IDC近日发表研究报告称，去年（注：2010年）四季度全球[苹果](http://app.tech.ifeng.com/enterprise/index.php?name=%E8%8B%B9%E6%9E%9C)iPhone等智能手机的销售数量首次超过个人电脑。IDC公司称，去年四季度全球消费电子产品制造商共出货了1亿零90万部智能手机，比上年增长87%。全球个人电脑出货数量则低于预测，同比增长率仅为3%，共计9210万台。21CN科技《中国智能手机出货量超个人电脑对亚太地区影响力增强》（2012-12-07）报道：来自美国媒体的消息，今年（注：2012年）第三季度，中国智能手机的出货量已经轻易地超过了个人电脑。智能手机的出货量已经创下了历史新高，超过了6000万台。

2009年9月，新浪微博推出私信功能，能够即时传输文字（300字以内），用户可以在微博上聊天。之后，私信不断更新功能，可以即时传输文字、图片和文档等。搜狐微博、腾讯微博均具有私信功能，其中搜狐微博私信能够即时传输文字，腾讯微博私信能够即时传输文字、图片、语音。搜狐网《瑞信：新浪微博核心用户70%为女性盈利靠广告》（2011-05-19）报道：在功能的用户喜好方面，新浪核心用户最喜欢的功能是“获取最新消息”，占所有功能的23.24%，排名第二位的是“状态更新”和“好友聊天”功能。这表明新浪的“私信”功能（类似于即时消息）策略是正确的。人人网在2010年1月前推出“网页即时聊天”功能，能够传输文字与图片。

根据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的《2012年中国网民社交网站应用研究报告》，移动社交网站用户使用的功能中，使用率排名分别为：浏览好友的新鲜事物或动态（89.6%）；使用聊天功能和好友聊天（77.2%）；发布个人状态（74.4%）；发布日志或者日记（57.6%）；玩游戏（54.8%）；手机拍照并上传（52.7%）；发布个人所在位置（33.4%）；通过手机定位和附近的陌生人交友（28.7%）；寻找周边的优惠和团购信息（23.1%）。

2008年，腾讯QQ软件向普通用户推出免费使用向离线好友传文件的功能。腾讯QQ软件还具有进行语音聊天、发送QQ短信等功能。

（二）关于本案相关地域市场认定方面的事实

和讯科技《微软MSN占全球IM即时通信服务市场4成份额》（2011-6-16）报道：市场调研机构OPSWAT近日发布的统计报告显示，微软Windows Messenger(MSN)占据了全球即时通信服务市场40.67%的市场份额，Skype为27.39%紧随其后，雅虎的Yahoo Messenger则是名列第三。该报道附图显示，腾讯QQ占有4.35%的市场份额。

国际在线《日本通信软件LINE两年用户破2亿增速超脸谱推特》（2013-7-24）报道：国际在线专稿：据日本《朝日新闻》7月24日报道，日本通信软件LINE（连我）23日公布用户已突破2亿的消息。LINE是一款可以在智能手机进行免费通话的应用。该软件从2011年6月开始提供服务，短短的两年间就突破2亿用户，其增速超过了Skype和Facebook。2013年1月用户突破1亿，当时日本国内用户约4000万人，日本以外国家用户有约6000万人。现在，日本以外国家用户达到近80%，遍及全球约230个国家和地区。

新浪科技《三分之一法国人是Facebook用户》（2011-2-1）报道：法国《费加罗报》1日报道，社交网站Facebook在法国已拥有超过2000万用户，占法国总人口的近三分之一。报道说，法国的Facebook用户中，60%的人每天登录这一网站。

网易科技《调查称Twitter用户突破5亿多数位于美国之外》（2012-7-31）报道：截至2012年7月1日，Twitter上的帐户数已达5.17亿，其中1.418亿位于美国本土。由于Twitter的用户大部分位于海外，所以调查得出结论，发布帖子条数最多的三大城市分别是雅加达、东京与伦敦。

腾讯公司和腾讯计算机公司推出了多个语言版本的QQ软件并不断更新，包括QQ 2009繁体版正式版、QQ2012Beta繁体版、QQ外文版。多语言腾讯 QQ国际版可提供6种语言的版本：英语、法语、日语、德语、韩语、西班牙语。腾讯 QQ国际版还加入了一个嵌入式实时翻译，使得用户可以使用超过50种语言聊天。eNet、LAWYERMENT等网站分别提供Tencent QQ2004II、QQ English 1.1 等软件下载，上述软件均处于相应网站热门下载排行前列。

新浪网《QQ：海外华人维系情感的纽带》(2007-3-13)报道：腾讯QQ这种网上沟通平台凭借无可比拟的实用性，已经成为越来越多海外华人之间维系情感的纽带。……现在，腾讯QQ已经不仅仅是普通的网络工具，它已经成为人们的一种生活方式，成为联系全球华人的一条火红的“中国结”。

中国经济网《腾讯QQ国际版上线外国人QQ上“聊”中国》（2009-10-19）报道：QQ海外用户注册数和活跃数一路攀升，越来越多的外籍人士通过QQ和中国人交朋友，QQ正逐渐成为他们认知中国、了解中国的最好窗口。

美中国际《海外留学生家长谨防QQ诈骗》（2012-12-31）报道：由于电话等通信手段费用比较昂贵，QQ等网络聊天工具是留学生与国内亲友保持联系的最常用手段。

（三）关于本案被上诉人在相关市场的支配力方面的事实

证券之星新闻《MSN大败局：创业者应学到什么？》（2013-4-7）报道：MSN在2002年、2003年的时候就已经很流行，北上广深的白领都用MSN，我感觉这个情况一直持续到2008年。后来它就没落了。它最明显的问题在于产品越来越僵化，停滞不前。……最鼎盛的时候，QQ还是承载一个备选工具的作用，后来所有人都用QQ传文件了，尤其是比较大的文件。这些都是用户体验的细节，但它们让MSN慢慢地丧失了白领用户群体。

人民网《MSN遭Skype替代揭秘为何独存中国业务》（2012-11-10）报道：就在11月7日，美国微软公司证实，MSN服务将在2013年第一季度停止使用（除中国内地外）。这意味着，这一用户量曾超过3亿、被誉为世界上最大的即时通信软件将成为历史。……MSN刚刚起步的时候，因为其与微软系统有着良好的兼容性，使用起来方便快捷，因而受到用户(特别是商务人士)的热捧，成为在全球IM (即时通信)市场的霸主，占据了40%的份额。然而，由于微软的互联网业务一直停滞不前，面对Facebook、Twitter等社交网络的兴起，微软MSN的用户体验越来越差，很多海外用户纷纷选择用Facebook、Twitter取代MSN，Facebook、Twitter公司也因此成为互联网新贵。……去年，市场调研机构OPSWAT发布的统计报告显示，微软MSN占据了全球IM即时通信服务市场40.67%的份额，Skype为27.39%紧随其后。今年尚未结束，MSN的活跃用户数量竟然下滑至1亿左右，远低于Skype的2.8亿月底活跃用户，而早在2003年时，MSN Messenger的活跃用户就已经达到了1亿人。显然，这些消失的用户，正变成Facebook、Twitter、Skype的用户。

凤凰网《退市——MSN无法承受之殇》（2011-11-8）报道：但理性分析MSN这几年的疲态，我们也许不得不说，MSN真的是“自作孽、不可活”，微软终于为其不重视中国市场和用户体验付出了沉重的代价。

新浪网《MSN不说再见欲借Win8扩展市场空间》（2012-3-27）报道：市场份额的迅速流失是Messenger 被取代的最大原因。这款曾经被命名为MSN Messenger 的IM 软件在高峰期曾一度占有全球超60%以上的市场份额。2012 年，MSN 的活跃用户数量竟然下滑至1 亿左右，远低于Skype 的2.8 亿月度活跃用户，这一反差巨大的数字意味着已有数以亿计的用户从中流失。……在Windows8时代，MSN没有说再见，反而是脱胎换骨，以全新的面貌展现在中国众多新老用户面前。

QQWhatsnew记事本记载了腾讯QQ软件质量改进和功能更新的情况。根据该记事本的记载，自QQ2009 Preview至QQ2013 Beta6，腾讯QQ软件功能不断更新。2009年累计功能更新14次，涉及项目98项，包括全新的设计用户界面、全面优化的程序性能、新增查找联系人功能、个人形象功能、网络硬盘、个性化服务设置、离线文件传输、多人语音等方面。2010年累计功能更新8次，涉及项目39项，包括皮肤引擎、用户资料支持设置隐藏、划词搜索、消息记录同步、安全达人成长体系等。2011年累计功能更新5次，涉及项目44项，包括QQ短信、窗口截图和放大镜、多帐号同时登陆、多人视频等。2012年累计功能更新4次，涉及项目27项，包括全新界面、会话窗口支持合并、巧遇卡、视频秀、视频留言等。2013年1月份至7月份累计功能更新8次，涉及项目63项，包括QQ闪登、视频道具、讨论组功能升级、支持删除离线文件、传文件助手等。

2013年8月19日，中国电信与网易公司发布新一代移动即时通信产品“易信”。通信世界网（CWW）《易信功能详解：免费给手机发短信电话留言》（2013-8-19）报道：易信可以与翼聊好友免费发送语音、图片、文字进行聊天。……易信可以通过手机通讯录导入好友，支持查找手机号、易信号和二维码扫一扫添加。新华网《易信新版本正式上线称用户过千万》（2013-9-12）报道：9月11日消息，“易信”今日正式更新至V1.1版，目前用户已可在苹果AppStore和各大Android商店下载。与此同时网易称，易信的用户在8月底已经突破千万大关，并保持了日增百万的速度。

2011年8月，陌陌科技推出基于地理位置的移动社交产品“陌陌”。TechWeb《陌陌升级3.4版：支持多人语音群聊打通新浪微博关系》（2013-4-15）报道：陌陌3.4版本与新浪微博打通，陌陌用户可以绑定新浪微博，系统会给该用户推荐已经开通陌陌的微博好友，好友验证通过即可进行对话。此前，陌陌3.3版本引入添加手机通讯录功能，在原有陌生人交友的基础上加入了熟人关系链，此次陌陌3.4版本又引入了用户微博关系链，可以说进一步拓宽了陌陌用户交友的模式。

2011年6月29日，新浪微博推出WP版。网易《支持通讯录查找好友新浪微博WP版更新》（2012-9-24）报道：通讯录查找好友其实就是将通讯录中好友的电话与已绑定微博的电话号码进行比对，如果对方的微博已经绑定了手机号码，但微博中没有互加关注，这时对方的微博就会在列表中显示出来。

中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的相关数据显示：中国互联网网民数量（以12月31日数据计算）2009年为3.84亿人，2010年为4.57亿人，2011年为5.13亿人，2012年为5.64亿人。据此可知，2010年比2009年增长19.01%，2011年比2010年增长12.25%，2012年比2011年增长9.94%。

新浪科技《欢聚时代第四季度净利润530万美元同比增730%》（2013-3-8）报道：在2012年第四季度中，公司净营收同比增长136%以上，注册用户帐号增加至4.57亿人以上，比去年同期增长72%。此外，YY移动应用在第四季度中的下载次数超过980万次，比第三季度增长26%以上，将2012年的移动应用总下载量提高至2780万次以上。

凤凰网《神州泰岳：飞信未没落2012年活跃用户同比增42%》（2013-4-15）报道：最新数据显示，2012年飞信的活跃用户从7000多万增长到1亿左右（凤凰科技注：同比增长约42%），这是在去年一年内发生的事，所以说飞信“没落”非常牵强。

新浪网《新浪微博用户数量过亿》（2011-3-4）报道：2010年，……新浪微博用户在2010年扩大了25倍多，注册用户总数超过1亿，已建成中国最大的社交媒体平台。新浪科技《新浪微博注册用户突破3亿2012年微博商业化提速》（2012-2-28）报道：新浪近日公布了截至2011年12月31日的第四季度及2011年度未经审计的财务报告。财报显示，新浪微博注册用户已经突破3亿大关，用户每日发博量超过1亿条，日活跃用户比例为9%。新浪首席执行官兼总裁曹国伟[(微博)](http://weibo.com/001?zw=tech)指出，过去一年内，新浪微博用户总量、每日发博量、日活跃用户总数等同比上一年增长了约300%。中国经济新闻网《去年新浪微博总收入6600万美元注册用户超5亿增74%》（2013-2-21）报道：新浪公布了微博用户的最新数据，截至2012年12月底，新浪微博注册用户已超5亿，同比大幅增长74%。

网易《人人网透露在校大学生用户占整体用户20%》（2012-3-16）报道：据人人最新的数据显示，人人公司激活用户由2010年12月31日的1.1亿增至2011年12月31日的1.47亿。月独立登录用户由2010年12月的2600万增至2011年12月的3800万。雅虎网《人人公司2012年净营收1.77亿美元》（2013-3-11）报道：用户数据方面，人人公司的激活用户由2011年12月31日的1.47亿增至2012年12月31日的1.78亿。月独立登录用户由2011年12月的3800万增至2012年12月的5600万。

网易《网易邮箱用户突破4.8亿同比增长33％》（2012-5-17）报道：网易发布2012财年第一季度未经审计的财务报告显示：在过去的一季度，网易邮箱有效用户总数已超过4.8亿，同比2011年一季度的3.6亿，用户增长达33%。网易邮箱在移动互联网领域持续发力，旗下的手机号码邮箱用户已突破5000万。网易《网易邮箱用户破5.1亿同比净增8000万》（2012-11-15）报道：截至2012财年第三季度，网易邮箱有效用户总数已超过5.1亿，环比2012年第二季度的4.95亿，净增1500万，增长率为3%；同比2011年第三季度的4.3亿用户，净增8000万，增长率为18.6%。

艾瑞咨询《中国即时通信年度监测及用户行为研究报告》（2012-2013年）调查显示：HTML5等网页技术的进步使即时通信服务实现网页化。社交网站的聊天功能与微博客中的私信、电子邮箱中的聊天（短消息）服务以及即时通信软件网页版等服务已在2009年起陆续出现，由于用户关系链的拓宽，也逐步改变用户依赖一款即时通信客户端的使用习惯。桌面向移动端迁移，电信运营商、终端厂商虎视眈眈，移动即时通信服务走向成熟。终端生产商、电信运营商的即时通信服务持续渗透，终端生产商随手机等终端出厂时深度植入自己的即时通信服务，企图绑定用户。电信运营商通过合作、外包等方式逐步推动自身即时通信业务的发展。新技术激发用户新需求，拓宽即时通信的应用范围及使用场景，为新进竞争者带来机遇。新进竞争者发展迅速，为行业带来新的局面与机遇。近年来，即时通信行业的迅速发展，用户的使用需求持续膨胀，同时只使用一款即时通信服务已不能满足用户互联网生活不同场景的需要。7成以上用户使用即时通信服务超过6年，超9成用户同时使用2款以上的即时通信服务。仅使用一个即时通信服务的用户占比为7.8%，只用一个即时通信服务已不能满足用户的需求。从月度覆盖人数同比增长来看，YY语音与阿里旺旺发展迅速。腾讯QQ增长速度放缓，发展较平稳。2013年5月，阿里旺旺月度覆盖人数为1.83亿，同比增长率为17.6%。YY语音同期月度覆盖人数达4800万，同比增长28.2%。根据欢聚时代官方数据，YY语音用户规模在2013年3月已突破5亿。YY语音目前已实现较好的盈利方式，并向多种互动模式发展，未来用户规模有望得到进一步提升。

结合当事人在一审过程中提交的证据及双方的质证意见，本院另查明如下事实：

（一）关于相关市场界定方面的事实

根据CNNIC统计, 2006年底中国互联网网民为1.37亿，2012年底中国互联网网民为5.64亿。

CNNIC《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）的调查显示，根据CNNIC第24次《中国互联网络发展状况统计报告》的调查，中国网民即时通信服务使用率达到72.2%，成为继网络音乐、网络新闻服务之后第三大网络服务。2009年即时通信用户主要使用的功能如下：文字聊天（93.2%）、语音聊天（57.2%）、视频聊天（54.1%）、聊天表情/窗口背景(52.7%)、文件传输(52.4%)、登录其他服务（50.2%）、多人群聊（42.2%）、聊天室（35.3%）、个性图像或角色装扮（34.7%）、与手机通信（32.1%）。该报告还显示，随着07年前后一批新兴即时通信工具的发展，同时使用2-3款即时通信软件的用户比例逐步增大，已经超过了50%。半年内只使用1款即时通信软件的用户比例为36.6%。在即时通信好友添加方面，熟人（亲戚、朋友、同事、同学）告知最多，比例为94.7%。8.7%的即时通信用户在半年内更换过聊天工具，且更换用户多集中在新型即时通信工具。2009年即时通信调查显示，软件帐号安全成为用户使用过程中最关注的因素，用户认可比例高达75.5%，软件性能以61.6%的比例成为第二关注因素，其他依次为：软件的功能多少（47.2%）、用户界面的友好性（44.0%）、常用联系人的多少（37.7%）、软件增值服务的多少（33.7%）。2009年即时通信用户调研数据显示，在即时通信方面有付费意愿的用户占到32.7%，6.7%的用户表示无所谓。

艾瑞咨询《中国即时通信用户行为研究报告简版》（2010-2011年）的调研显示，51.2%的中国即时通信用户不曾为即时通信软件提供的服务付费。该报告附图显示，2009年64.9%的中国即时通信用户不愿意为即时通信付任何费用。

艾瑞咨询《中国即时通信年度检测报告简版》（2010-2011年）的统计数据显示，2010年中国电脑端即时通信用户规模为3.5亿人，在整个互联网网民中占比77.2%；中国的移动即时通信用户规模超过2亿人，同比增长11%。艾瑞咨询预测，随着移动互联网技术的成熟、终端的普及，2011年至2014年移动即时通信的用户规模将加速增长，并在2013年超过个人电脑端。

艾瑞咨询《中国SNS和微博用户行为研究报告》（2011-2012年）的调查显示，2011年用户使用社交网站的主要目的为：了解朋友动态(74.3%)、联系老朋友(73.1%)、记录心情/生活经历(67.5%)、交流感兴趣的话题(60.0%)、用照片/日志等展示自我(52.0%)、结交新朋友(45.5%)、寻找兴趣相同的群体(39.8%)、玩游戏/应用(28.2%)、寻找打折促销信息(16.7%)、其他(0.7%)。用户使用微博的主要目的为：了解新信息(58.1%)、记录心情/生活经历(57.6%)、关注感兴趣的名人(53.2%)、讨论热点话题/个人心得(52.3%)、扩展知识面(48.8%)、结交新朋友/联系老朋友(41.0%)、同事/朋友/亲人都在用(38.7%)、消磨时间(33.6%)、寻求志趣相同的群体(31.9%)、分享/交流消费经历(30.2%)。

（二）关于被诉垄断行为方面的事实

360安全中心《360驳斥腾讯有关扣扣保镖的谣言》（2010-11-4）记载：在国家有关部门的强力干预下，目前QQ和360软件已经实现了完全兼容。

2010年1月，腾讯公司推出QQ医生3.2版本。2010年5月，QQ医生升级并更名为QQ电脑管家。2010年9月，腾讯QQ即时通信软件与QQ软件管理一起打包安装，安装过程中并未提示用户将同时安装QQ软件管理。2010年9月21日，腾讯发出公告称，电脑管家作为QQ软件管理和QQ医生整合后的产品，功能更强大，正在使用的QQ软件管理和QQ医生将自动升级为QQ电脑管家。

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 月份 | QQ | MSN | 飞信 | 阿里旺旺 |
| 月覆盖人数（万人） | 变化率%(相对上月) | 月覆盖人数(万人） | 变化率%(相对上月) | 月覆盖人数（万人） | 变化率%(相对上月) | 月覆盖人数（万人） | 变化率%(相对上月) |
| 2010.8 | 34,111.07 | -0.75% | 4,083.32 | -9.53% | 7,775.75 | -2.03% | 11,876.58 | 3.73% |
| 2010.9 | 34,381.24 | 0.79% | 3,856.62 | -5.55% | 8,343.78 | 7.31% | 11,511.97 | -3.07% |
| 2010.10 | 33,304.14 | -3.13% | 3,801.64 | -1.43% | 8,222.19 | -1.46% | 11,633.90 | 1.06% |
| 2010.11 | 34,012.55 | 2.13% | 6,155.88 | 61.93% | 9,039.95 | 9.95% | 12,233.49 | 5.15% |
| 2010.12 | 34,408.88 | 1.17% | 4,252.15 | -30.93% | 9,054.83 | 0.16% | 12,807.60 | 4.69% |
| 2011.1 | 34,925.61 | 1.50% | 3,819.31 | -10.18% | 8,657.74 | -4.39% | 12,852.34 | 0.35% |
| 2011.2 | 35,449.85 | 1.50% | 3,692.07 | -3.33% | 8,881.41 | 2.58% | 12,095.02 | -5.89% |

根据被上诉人所委托专家出具的《关于360和腾讯反垄断诉讼案件的经济分析报告》所附的来源于艾瑞咨询的即时通信软件月数据，可以分析得出腾讯公司与奇虎公司发生纠纷前后相关即时通信软件每月覆盖人数变动情况。详见下表：

**2010年8月-2011年2月相关即时通信软件每月覆盖人数变化表**

（三）关于其他事实

在本院审结的奇虎公司、奇智软件（北京）有限公司与被上诉人腾讯公司、腾讯计算机公司不正当竞争纠纷案【（2013）民三终字第5号】中，本院认定，奇虎公司、奇智软件（北京）有限公司专门针对腾讯QQ软件开发、经营扣扣保镖软件，以帮助、诱导等方式破坏QQ软件及其服务的安全性、完整性，贬损QQ软件及其服务，并借此推销自己产品，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，构成不正当竞争行为。奇虎公司、奇智软件（北京）有限公司于2010年10月29日发布扣扣保镖软件，2010年11月4日宣布召回该软件，360安全卫士恢复与QQ软件兼容。

本院认为，综合上诉人的上诉请求、理由和被上诉人的答辩意见，并结合本案相关证据和事实，本案二审过程中的争议焦点集中在五个方面：第一，如何界定本案中的相关市场；第二，被上诉人是否具有市场支配地位；第三，被上诉人是否构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为；第四，一审法院审理程序是否违法；第五，本案相关民事责任的承担。

一、如何界定本案中的相关市场

该争议焦点可以进一步细化为九个具体问题，本院逐一分析如下：

（一）一审法院未对本案相关商品市场作出明确界定是否属于基本事实认定不清

第一，并非在任何滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场。竞争行为都是在一定的市场范围内发生和展开的，界定相关市场可以明确经营者之间竞争的市场范围及其面对的竞争约束。在滥用市场支配的案件中，合理地界定相关市场，对于正确认定经营者的市场地位、分析经营者的行为对市场竞争的影响、判断经营者行为是否违法以及在违法情况下需承担的法律责任等关键问题，具有重要意义。因此，在反垄断案件的审理中，界定相关市场通常是重要的分析步骤。尽管如此，是否能够明确界定相关市场取决于案件具体情况，尤其是案件证据、相关数据的可获得性、相关领域竞争的复杂性等。同时，本院认为，在滥用市场支配地位案件的审理中，界定相关市场是评估经营者的市场力量及被诉垄断行为对竞争的影响的工具，其本身并非目的。即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估。因此，并非在每一个滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场。

第二，在滥用市场支配地位案件中，主张他人滥用市场支配地位的当事人对相关市场的界定承担举证责任。法院根据案件证据、当事人主张及专家意见等对当事人所主张的相关市场是否合理作出判断。如果认定当事人所主张的相关市场界定并不合理，则应尽可能根据案件具体情况对相关市场进行重新界定。但是，受证据、数据以及竞争复杂性的局限，在某些具体案件中对相关市场作出清晰界定是极为困难的。

第三，关于一审法院对本案相关市场的界定。本案中，一审法院对本案相关市场进行了如下分析和界定：首先，认定综合性即时通信服务、跨平台即时通信服务、跨网络即时通信服务属于本案相关商品市场范围，单一的即时通信、社交网站、微博服务属于本案相关商品市场范围；然后，将传统电话、传真以及电子邮箱排除在本案相关商品市场之外；最后，考虑了互联网领域平台竞争的特点对本案相关商品市场界定的影响。在此基础上，一审法院认定上诉人奇虎公司关于综合性即时通信产品及服务构成一个独立的相关商品市场的主张不能成立。可见，一审法院实际上已经对本案相关商品市场进行了界定，只是由于本案相关市场的边界具有模糊性，一审法院仅对其边界的可能性进行了分析而没有对相关市场的边界给出明确结论。

有鉴于此，上诉人关于一审法院未对本案相关商品市场作出明确界定，属于本案基本事实认定不清的上诉理由不能成立，本院不予支持。

（二）关于本案是否适合运用“假定垄断者测试”方法界定相关市场以及一审法院对该方法的运用是否正确

第一，作为界定相关市场的一种分析思路，假定垄断者测试（HMT）具有普遍的适用性。假定垄断者测试的基本思路是，在假设其他条件不变的前提下，通过目标商品或者服务某个变量的变化来测试目标商品与其他商品之间的可替代程度。实践中，假定垄断者测试的分析方法有多种，既可以通过数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨（SSNIP）的方法进行，又可以通过数量不大但有意义且并非短暂的质量下降（SSNDQ）的方法进行。同时，作为一种分析思路或者思考方法，假定垄断者测试在实际运用时既可以通过定性分析的方法进行，又可以在条件允许的情况下通过定量分析的方法进行。

第二，在实践中，选择何种方法进行假定垄断者测试取决于案件所涉市场竞争领域以及可获得的相关数据的具体情况。如果特定市场领域的商品同质化特征比较明显，价格竞争是较为重要的竞争形式，则采用数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨（SSNIP）的方法较为可行。但是如果在产品差异化非常明显且质量、服务、创新、消费者体验等非价格竞争成为重要竞争形式的领域，采用数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨（SSNIP）的方法则存在较大困难。特别是，当特定领域商品的市场均衡价格为零时，运用SSNIP方法尤为困难。在运用SSNIP方法时，通常需要确定适当的基准价格，进行5%-10%幅度的价格上涨，然后确定需求者的反应。在基准价格为零的情况下，如果进行5%-10%幅度的价格增长，增长后其价格仍为零；如果将价格从零提升到一个较小的正价格，则相当于价格增长幅度的无限增大，意味着商品特性或者经营模式发生较大变化，因而难以进行SSNIP测试。

第三，关于假定垄断者测试在本案中的可适用性问题。本案中，被诉垄断行为是腾讯公司与腾讯计算机公司滥用在网络即时通信服务市场上的支配地位，损害奇虎公司的利益；涉及的商品是QQ即时通信软件，被上诉人通过该软件、基于互联网提供免费网络即时通信服务。在被诉垄断行为发生之时，利用免费的基础服务吸引和凝聚大量用户，利用巨大的用户资源经营增值业务和广告以实现盈利，然后以增值业务和广告的盈利支撑免费服务的生存和发展，已经成为互联网服务提供商通行的商业模式。因此，互联网服务提供商在互联网领域的竞争中更加注重质量、服务、创新等方面的竞争而不是价格竞争。在这一商业模式下，如果互联网服务提供者针对广大用户提高基础服务价格即价格从免费提高到较小幅度收费，则可能引起大量用户的流失，进而影响其增值服务和广告服务的收入。在本案被诉垄断行为发生之时，腾讯QQ、飞信、阿里旺旺、百度Hi、MSN等即时通信服务都是免费的。根据CNNIC《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）的调查结果，不愿意为使用即时通信服务付费的用户比例高达60.6%。根据艾瑞咨询《中国即时通信用户行为研究报告》（2010-2011年）的调查结果，2009年中国即时通信用户不愿意支付任何费用的比例为64.9%，2010年51.2%的中国即时通信用户从未支付任何费用。eNet的新闻调查也显示，如果腾讯QQ即时通信服务收费，只有6.69%的用户表示将付费并继续使用；81.71%的用户将转而使用其他即时通信软件。可见，在免费的互联网基础即时通信服务已经长期存在并成为通行商业模式的情况下，用户具有极高的价格敏感度，改变免费策略转而收取哪怕是较小数额的费用都可能导致用户的大量流失。同时，将价格由免费转变为收费也意味着商品特性和经营模式的重大变化，即由免费商品转变为收费商品，由间接盈利模式转变为直接盈利模式。在这种情况下，如果采取基于相对价格上涨的假定垄断者测试，很可能将不具有替代关系的商品纳入相关市场中，导致相关市场界定过宽。因此，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。

（三）关于文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务是否应纳入本案相关商品市场范围

第一，关于相关市场界定的一般方法。相关市场的界定，主要从需求者角度进行替代分析，辅之以经营者角度的供给替代分析。在实践中，界定相关市场既可以采取定性分析的方法，又可以采取定量分析的方法。定性分析通常是相关市场界定的起点。在定性分析足以得出明确的结论时，不必要进行复杂的定量分析。下面，本院在对相关商品市场的界定中，首先从需求替代的角度出发，基于商品的特性、用途、质量、获取的难易程度等因素进行替代分析；在必要的时候，从供给替代的角度进行分析。

第二，关于非综合性即时通信服务是否应纳入本案相关商品市场范围。本案中，被诉垄断行为涉及的腾讯QQ即时通信服务是一种可以提供文字、音频以及视频三种通信功能的综合性即时通信服务。非综合性即时通信服务包括文字、音频、视频单一功能即时通信以及包括了文字、音频两种功能的即时通信。在即时通信服务领域，既存在只具有一种功能或者两种功能的即时通信服务，又存在集成了以上三种功能的综合性即时通信服务。例如，新浪微博桌面、人人桌面有文字聊天功能，但是没有视频和语音聊天功能；YY语音、翼聊、雅虎通有文字和语音通信功能，但没有视频聊天功能；腾讯QQ、百度Hi、网易泡泡、阿里旺旺等则同时具有文字、音频和视频三种通信功能。首先，从商品特性的角度来看，只具有一种功能或者两种功能的即时通信服务与综合性即时通信服务具有几乎完全相同的特性：基于互联网、可以检测用户在线状态、即时交流、隐秘交流、免费等。其次，从商品的可获得性角度来看，三种服务均可以非常容易地从互联网上免费取得。复次，从商品功能用途的角度看，它们均具有至少一种完全相同的功能，但在能否实现音频或视频通信上存在区别通信。不过，用户对不同功能的使用频度或者偏好实际上可能弱化了综合性即时通信服务与非综合性即时通信服务的功能用途差异。CNNIC《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）的调查显示，文字聊天是即时通信用户使用最多的功能，使用的用户数占到93.2%，语音聊天和视频聊天使用的用户数则分别为57.2%和54.1%。文字聊天的极高使用度说明用户对文字聊天功能的需求度更高，对音频或者视频聊天的需求度则相对低得多。最后，从供给替代的角度看，提供综合性即时通信服务并不存在较大的技术困难，提供非综合性即时通信服务的经营者可以非常容易地转而提供全方位、综合性的即时通信服务。基于上述理由，本院认为，单一文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务应纳入本案相关商品市场范围。

上诉人委托的专家主张，仅提供文字聊天的即时通信服务比同时提供语音聊天的即时通信服务品质要低，仅提供文字和语音聊天的即时通信服务也比同时提供视频、语音和文字聊天的即时通信服务品质要低，用户只会用综合功能的即时通信软件替代单一功能的即时通信软件而非相反，因此单一文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务很可能构成一个单独的、重叠的相关市场，且该市场仅可能是综合性即时通信产品市场之外的市场。对此，本院认为：首先，该分析忽视了用户对文字、音频、视频聊天功能的使用频度或者偏好实际上存在很大差异，进而夸大了因功能差异所形成的产品差异。其次，这一分析也没有从供给替代的角度考虑非综合性即时通信服务经营者对竞争因素变化的可能反应。最后，按照上述主张，则会存在单一文字、单一音频、单一视频即时通信服务市场、文字和音频即时通信服务市场、综合性即时通信市场等单独的相关市场，而这些市场却至少存在部分功能重叠。因这种过度细分的市场对本案分析并无益处，故对于上述专家意见，本院难以认同。

综上，一审法院对此问题的认定正确，上诉人关于文字、音频、视频单一功能即时通信服务不应纳入本案相关商品市场的主张不能成立，本院不予支持。

（四）关于移动端即时通信服务是否应纳入本案相关商品市场范围

即时通信服务可以在个人电脑、智能手机、平板电脑等各种平台上实现。判断智能手机、平板电脑等移动端即时通信服务是否应纳入本案相关商品市场范围，关键在于本案被诉垄断行为发生时，智能手机、平板电脑等移动端即时通信服务是否对个人电脑端即时通信服务构成紧密替代，并对个人电脑端即时通信服务的经营者形成有效的竞争约束。对此，本院分析如下：

第一，在本案被诉垄断行为发生时，移动端即时通信服务与个人电脑端即时通信服务在商品特性、质量、功能用途、获得渠道等方面已经趋向于基本一致。艾瑞咨询《中国即时通信年度检测报告简版》（2010-2011年）指出，随着移动互联网技术的成熟，智能手机与平板电脑不断普及，用户终端平台系统多样化而且性能也在不断攀升，个人电脑已不再是唯一的联网设备，运营商加大对各种移动设备平台上即时通信应用的开发力度。而且，移动端即时通信使得沟通更加方便便捷，对个人电脑端即时通信服务具有较强的替代性。

第二，在本案被诉垄断行为发生时，移动端即时通信服务正在蓬勃发展并已经形成较大规模。艾瑞咨询《中国即时通信年度检测报告简版》（2010-2011年）的统计数据显示，2010年中国电脑端即时通信用户规模为3.5亿人，在整个互联网网民中占比77.2%；中国的移动即时通信用户规模超过2亿人。CNNIC《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）记载，根据CNNIC第24次《中国互联网络发展状况统计报告》调查显示，中国网民即时通信服务使用率达到72.2%。上述数据已经足以大致推算既使用移动端即时通信服务又使用个人电脑端即时通信服务的网民数量。根据上述数据可知，2010年中国互联网网民数约为4.5（3.5/0.772）亿人，电脑端和移动端即时通信用户合计为5.5亿人。假定2010年网民对即时通信服务的使用率比2009年提高20%左右，即以2010年使用率为85%计，那么既使用移动端即时通信服务又使用个人电脑端即时通信服务的网民数量为1.7（5.5-4.5×0.85）亿人，占个人电脑端即时通信服务用户总数的约48.6%。因此，已有近二分之一左右的用户可以用移动端即时通信服务替代个人电脑端即时通信服务。艾瑞咨询还预测，随着移动互联网技术的成熟、终端的普及，2011年至2014年移动即时通信的用户规模将加速增长，并在2013年超过个人电脑端。IDC的研究报告也指出，2010年第四季度全球智能手机的销售数量首次超过个人电脑。可以合理预见，用户用移动端即时通信服务替代电脑端即时通信服务的可能性和比例将进一步增大。因此，本院认为，移动端即时通信服务应纳入本案相关商品市场范围。

上诉人主张，移动端即时通信服务是否属于本案相关商品市场的问题在一审过程中没有涉及，不属于二审审理范围。本院认为，相关市场的界定本质上属于案件事实认定问题，也是本案据以裁判的基础事实。对于一审法院没有查明的基本事实，当事人在二审过程中发生争议，本院理应予以补充查明。

上诉人还主张，个人电脑用户必须持有能够接入移动互联网的移动终端设备才能使用移动端即时通信服务。对于消费者而言，智能手机、平板电脑等移动终端设备的购置成本及移动上网的费用是显著的转换成本，且移动端即时通信服务在2010年仍是一个相对新的交流媒介，仅向用户提供有限功能，因此在本案被诉垄断行为发生时不可能是个人电脑端即时通信服务的紧密替代品。本院认为：首先，对于移动端即时通信服务是否应纳入本案相关商品市场范围这一问题，重要的是判断已经同时拥有移动终端设备和个人电脑设备的用户以移动端即时通信服务替代电脑端即时通信服务的可能性，而移动终端设备的购置成本并非需要考虑的因素。其次，移动上网费用对相关市场界定的分析亦无多大影响。众所周知，无线网络传输技术在本案纠纷发生之前早已发展和普及，可以方便地将有线网络信号转换为无线信号，供支持该技术的个人电脑、智能手机、平板电脑等终端接收，在此情况下利用移动终端设备不需要付出额外的流量费用。最后，本案证据显示，2010年中国的移动即时通信用户规模已经超过2亿人，且增长速度很快。上诉人关于移动端即时通信服务在当时尚是相对新的交流媒介等主张缺乏证据支持，本院难以认同。

（五）关于社交网站、微博服务是否应纳入本案相关商品市场范围

本案中，当事人对于一审法院认定的社交网站、微博单独提供的即时通信服务应纳入本案相关商品市场无争议，仅对社交网站、微博本身是否应纳入本案相关商品市场存在争议。对此，本院分析如下：

第一，社交网站、微博与即时通信在商品特性上存在明显差异。虽然社交网站、微博与即时通信具有一些共同的商品特性，例如基于互联网、通知在线状态、用户档案管理、免费等，但是前两者与后者之间仍存在非常重要的特性差异。社交网站、微博主要针对大量用户之间的开放性的群体交流，对即时性的要求偏低，而即时通信更注重双边私密交流或者小群体的内部交流，具有一定封闭性且对即时性的要求很高。

第二，社交网站、微博与即时通信的主要使用功能不同。用户对不同商品的使用行为可以较为准确地反映不同商品之间的功能差异。根据CNNIC《中国即时通信用户调研报告》（2009年度）的调查结果，文字聊天（93.2%）、语音聊天（57.2%）、视频聊天（54.1%）是用户最关注和最经常使用的功能，其获取信息、交友等社交属性并不非常明显。而艾瑞咨询《中国SNS和微博用户行为研究报告》（2011-2012年）显示，了解朋友动态（74.3%）、联系老朋友（73.1%）、记录心情/生活经历（67.5%）、交流感兴趣的话题（60.0%）、用照片/日志等展示自我（52.0%）、结交新朋友（45.5%）等是用户使用社交网站的主要目的；了解新信息（58.1%）、记录心情/生活经历（57.6%）、关注感兴趣的名人（53.2%）、讨论热点话题/个人心得（52.3%）、扩展知识面（48.8%）、结交新朋友/联系老朋友（41.0%）是用户使用微博的主要目的。可见，用户使用社交网站和微博的目的更加广泛，更加注重联系朋友、分享信息、展示自我、结识朋友等社交功能，社交网站和微博的社交属性更加突出。即时通信与社交网站、微博实际上满足了用户的不同需求。从需求者的角度看，即时通信与社交网站、微博之间更多的是互补关系，而非彼此替代关系。

被上诉人主张，根据CNNIC《2012年中国网民社交网站应用研究报告》，移动社交网站用户使用的功能中，聊天功能的使用率很高（77.2%），新浪微博的聊天功能也深受新浪微博用户喜欢，说明微博应纳入本案相关商品市场范围。本院认为，微博和社交网站单独提供的即时通信服务已经被纳入本案相关商品市场范围，用户对社交网站或者微博聊天功能的使用率并不能说明社交网站和微博本身应该被纳入本案相关商品市场范围。对于被上诉人的前述主张，本院不予支持。

第三，社交网站、微博与即时通信的相关性可以辅助说明社交网站、微博不太可能与即时通信形成较为紧密的替代关系。相关性分析是分析相关商品市场所可能包含的商品集合时常用的、直观的经验方法，其依赖于相互替代的商品的价格会一起变动这一经验假设。本院认为，尽管相关性分析由于多种原因有导致误判的可能性，但是只要对其应用环境保持足够的谨慎，其仍具有一定的参考价值。根据上诉人所委托专家的分析数据，自2009年至2013年上半年，即时通信的使用情况总体呈上升趋势，其总有效使用时间自2011年起普遍保持在每周8-9亿小时左右；而社交网站的使用时间在2010年年中达到顶峰，其后呈现不断下降的趋势；微博（数据从2010年3月开始）的使用时间自2010年开始呈上升趋势，但在2012年前后趋向平稳；社交网站和微博的每周有效使用时间之和约为1亿小时。上诉人所委托专家将社交网站和微博合计的每周有效使用时间与即时通信的每周有效使用时间的相关性进行了分析，结论为其相关系数是-0.07。本院认为，这一分析选择了本案被诉垄断行为发生前后各1-2年左右的时间段进行考察，并无明显的不合理性。-0.07的相关系数表明，至少没有明显迹象显示社交网络和微博与即时通信之间存在密切的关联性。

被上诉人所委托专家认为，应该在一个更长时间段里考虑社交网站与即时通信的相关性，并根据2006年7月至2011年12月期间中国所有即时通信和社交网站的月有效使用时间得出两者相关系数为0.7574，进而认为社交网站应纳入本案相关商品市场范围。本院认为：首先，被上诉人所委托专家关于社交网站与即时通信相关度的分析可能存在更大的误差。根据CNNIC的统计数据计算，从2006年到2012年，中国的互联网用户增加了312%。网民数量的巨大增长引发了对社交网站与即时通信的整体需求的快速增长，因而可能导致本不存在较密切关联性的社交网站与即时通信呈现出正相关性。其次，在远离被诉垄断行为所处时点的过长的时间段里考察商品的相关性，发生误判的可能性更大。故对于前述主张，本院不予认同。

第四，一审法院关于社交网络和微博与即时通信之间存在可替代性的分析存在欠妥之处。首先，一审法院在分析社交网络和微博与即时通信的功能与用途时，忽视了前两者针对大量用户之间的开放性的群体交流与后者针对双边私密交流或者小群体的内部交流的关键差异，夸大了即时通信的社交属性。其次，一审法院将社交网络和微博单独提供的即时通信功能对即时通信服务形成的替代威胁等同于社交网络和微博本身对即时通信服务的替代威胁，在一定程度上混淆了判断对象。再次，一审法院运用基于价格上涨的假定垄断者测试考察需求者在即时通信软件从零价格到小幅度收费后用户的市场反应，高估了社交网络、微博与即时通信之间的可替代性。最后，一审法院以个别商业人士或者机构缺乏严谨分析和证据支持的商业观点作为论据，有欠严谨。在相关市场界定方面，商业人士所谈论的相关市场或许可以为确定相关市场提供线索，但其不能替代对于相关市场界定的严谨分析。

综上，一审法院关于社交网络和微博应纳入本案相关商品市场范围的认定欠妥，上诉人的相应上诉理由成立，本院予以支持。

（六）关于手机短信、电子邮箱是否应纳入本案相关商品市场范围

一审法院认定手机短信、电子邮箱不应纳入本案相关商品市场范围，被上诉人对此提出异议。本院对此分析如下：

第一，手机短信与即时通信在商品特性、功能用途、价格等方面存在较大差异。即时通信的特点在于基于互联网、通知在线状态、用户档案管理，而手机短信并不基于互联网、无法通知在线状态，两者在技术上存在重大差异。更重要的是，即时通信是免费服务，而手机短信是收费服务。假定即时通信的假定垄断者一定程度地降低即时通信质量，恐怕也不会有足够的用户愿意改用付费的手机短信作为替代。因此，手机短信与即时通信之间不存在较为紧密的替代关系，不应纳入本案相关商品市场范围。

被上诉人主张，即时通信用户使用与手机进行通信功能的占了32.1%，手机短信与腾讯QQ短信之间具有很强的替代性，因而即时通信与手机短信之间存在较紧密的替代关系。本院认为：首先，相关商品市场界定关注的是商品之间的紧密替代性，即时通信与手机通信在技术上的互通并不意味着两者之间存在紧密替代性。其次，手机短信与腾讯QQ短信均是收费服务，而本案相关市场界定关注的是免费的基本即时通信被替代的可能性及其程度，作为收费增值服务的腾讯QQ短信与手机短信之间的替代性与本案相关商品市场界定并无实质关联性。因此，被上诉人的上述主张不能成立。

第二，电子邮箱与即时通信在商品特性、功能用途等方面存在较大差异。虽然电子邮箱与即时通信具有某些类似的特性和功能，例如基于互联网，具备文字、图像、音频、视频等文件传输功能，且均免费，但是在核心功能和特性上存在较大差异。电子邮箱不具有通信的即时性，也不具备通知用户在线状态的功能，而通信的即时性是即时通信服务最核心和最受用户关注的功能。假定即时通信的假定垄断者一定程度地降低即时通信质量，相信也不会有足够的用户转向电子邮箱作为替代。因此，电子邮箱与即时通信之间不存在较为紧密的替代关系，不应纳入本案相关商品市场范围。

被上诉人主张，电子邮箱的即时聊天功能对腾讯QQ具有很强的替代性；电子邮箱发送邮件和附件的功能和腾讯QQ发送离线消息和文件的异步通信功能具有很强的替代性，因而即时通信与电子邮箱之间存在较紧密的替代关系。本院认为：首先，一审法院已经指出，目前电子邮箱服务商在电子邮箱界面上内嵌的好友聊天功能在语音通信、视频通信、截图等功能方面以及工具操作的便捷性方面与即时通信存在巨大差异，且使用率较低，难以形成对即时通信的有效替代。其次，腾讯QQ所附加的异步通信功能与电子邮箱的紧密替代性不能等同于即时通信与电子邮箱之间的紧密替代性。因此，被上诉人的上述主张不能成立。

综上，一审法院关于手机短信、电子邮箱不应纳入本案相关商品市场范围的认定正确，本院予以确认。

（七）关于本案相关商品市场是否应确定为互联网应用平台

上诉人认为，互联网应用平台与本案的相关市场界定无关；被上诉人则认为，互联网竞争实际上是平台的竞争，本案的相关市场范围远远超出了即时通信服务市场。对此，本院分析如下：

第一，互联网竞争一定程度地呈现出平台竞争的特征。本案被诉垄断行为发生时，互联网的平台竞争特征已经比较明显。互联网经营者通过特定的切入点进入互联网领域，在不同类型和需求的消费者之间发挥中介作用，以此创造价值。在平台的一端，互联网经营者提供的服务通常是免费的，以此吸引用户的注意力；在平台的另一端，互联网经营者利用用户资源和注意力提供收费增值服务或者向广告主提供广告服务。中国大陆地区的大型互联网企业已经日益平台化。以被上诉人所在的即时通信领域为例，即时通信除了基本通信功能外，还逐渐集成了电子邮件、博客、音乐、电视、游戏和搜索等多种功能，成为具有交流、娱乐、商务办公、客户服务等特性的综合化信息平台。在这种环境下，互联网经营者为了获取广告业务和增值业务的盈利，既在争夺用户注意力方面存在竞争，又在争夺广告主方面存在竞争。

第二，判断本案相关商品市场是否应确定为互联网应用平台，其关键问题在于，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者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。这一问题的答案最终取决于实证检验。在缺乏确切的实证数据的情况下，本院注意到如下四个方面：首先，互联网应用平台之间争夺用户注意力和广告主的竞争以其提供的关键核心产品或者服务为基础。例如本案中，上诉人提供的核心产品和服务是互联网安全服务，被上诉人则主要提供即时通信服务。其次，互联网应用平台的关键核心产品或者服务在属性、特征、功能、用途等方面上存在较大的不同。虽然广告主可能不关心这些产品或者服务的差异，只关心广告的价格和效果，因而可能将不同的互联网应用平台视为彼此可以替代，但是对于免费端的广大用户而言，其很难将不同平台提供的功能和用途完全不同的产品或者服务视为可以有效地相互替代。一个试图查找某个历史人物生平的用户通常会选择使用搜索引擎而不是即时通信，其几乎不会认为两者可以相互替代。再次，互联网应用平台关键核心产品或者服务的特性、功能、用途等差异决定了其所争夺的主要用户群体和广告主可能存在差异，因而在获取经济利益的模式、目标用户群、所提供的后续市场产品等方面存在较大区别。最后，本案中应该关注的是被上诉人是否利用了其在即时通信领域中可能的市场支配力量排除、限制互联网安全软件领域的竞争，将其在即时通信领域中可能存在的市场支配力量延伸到安全软件领域，这一竞争过程更多地发生在免费的用户端。如果把搜索引擎、新闻门户、互联网安全等平台均纳入本案相关商品市场范围，可能会夸大其他网络平台对被上诉人的即时通信所形成的潜在竞争约束，弱化被上诉人实际的市场力量。鉴于上述理由，本院在本案相关市场界定阶段将不主要考虑互联网平台竞争的特性。

第三，本案中对互联网企业平台竞争特征的考虑方式。相关市场界定的目的是为了明确经营者所面对的竞争约束，合理认定经营者的市场地位，并正确判断其行为对市场竞争的影响。即使不在相关市场界定阶段主要考虑互联网平台竞争的特性，但为了正确认定经营者的市场地位，仍然可以在识别经营者的市场地位和市场控制力时予以适当考虑。因此，对于本案，不在相关市场界定阶段主要考虑互联网平台竞争的特性并不意味着忽视这一特性，而是为了以更恰当的方式考虑这一特性。

第四，关于一审法院对此问题的处理。一审法院并未明确认定本案相关市场应界定为互联网应用平台，但其指出本案相关商品市场界定应考虑互联网领域平台竞争的特点。本院认为，这种一般性的分析思路对于互联网领域竞争问题的处理是适当的，但在本案的特定情况下，由于缺乏明确的实证数据，网络平台竞争在本案中的影响并不明显，在相关市场界定阶段过多地考虑互联网应用平台，可能放大其他网络平台对被上诉人所形成的竞争约束。

（八）关于本案的相关地域市场界定

上诉人主张，本案的相关地域市场是中国大陆地区的即时通信服务市场；被上诉人主张，本案的相关地域市场应为全球市场。对此，本院分析如下：

第一，关于相关地域市场界定的一般方法。相关地域市场的界定，同样遵循相关市场界定的一般方法。通常认为，在假定垄断者测试的框架下，相关地域市场界定需要考虑的主要因素是：在价格、质量等竞争因素发生变化的情况下，其他地区经营者对目标区域的假定垄断者是否会构成有效的竞争约束。从需求替代的角度，主要考虑需求者因商品价格或者其他竞争因素的变化而转向或考虑转向其他地域购买商品的证据、商品的运输成本和运输特征、多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布、地域间的贸易壁垒、特定区域需求者偏好等因素。从供给替代的角度，则主要考虑其他地域的经营者对商品价格等竞争因素的变化作出反应的证据、其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性等因素。

第二，关于本案相关地域市场的界定。本院将从中国大陆地区的即时通信服务市场这一目标地域开始，对本案相关地域市场进行考察。因为基于互联网的即时通信服务可以低成本、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，所以在界定相关地域市场时，本院将主要考虑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。由于每一个因素均不是决定性的，因此，本院将根据上述因素进行综合评估。首先，中国大陆地区境内绝大多数用户均选择使用中国大陆地区范围内的经营者提供的即时通信服务。上诉人所委托专家根据艾瑞咨询的数据计算得出，在2010年中国消费者花费在即时通信的时间中，用于国际即时通信产品的时间低于3%且呈逐步下降趋势，用于国内即时通信产品的时间则高于97%。这至少表明，中国大陆地区境内用户对于国际即时通信产品并无较高的关注度。其次，我国有关互联网的行政法规规章等对经营即时通信服务规定了明确的要求和条件。即时通信服务属于增值电信业务，经营即时通信服务需要遵守一系列行政法规或者规章的规定。《中华人民共和国电信条例》第七条规定，国家对电信业务经营按照电信业务分类，实行许可制度。经营电信业务，必须依照本条例的规定取得国务院信息产业主管部门或者省、自治区、直辖市电信管理机构颁发的电信业务经营许可证。未取得电信业务经营许可证，任何组织或者个人不得从事电信业务经营活动。该条例第十三条规定，经营增值电信业务，应当具备下列条件：（一）经营者为依法设立的公司；（二）有与开展经营活动相适应的资金和专业人员；（三）有为用户提供长期服务的信誉或者能力；（四）国家规定的其他条件。工业和信息化部《电信业务经营许可管理办法》第六条进一步细化了许可条件，要求经营者具备一定的注册资本（在省、自治区、直辖市范围内经营的，注册资本最低限额为100万元人民币；在全国或者跨省、自治区、直辖市范围经营的，注册资本最低限额为1000万元人民币）、有必要的场地、设施及技术方案、公司及其主要出资者和主要经营管理人员三年内无违反电信监督管理制度的违法记录等。国务院《互联网信息服务管理办法》第六条规定，从事经营性互联网信息服务，除应当符合《中华人民共和国电信条例》规定的要求外，还应当具备下列条件：（一）有业务发展计划及相关技术方案；（二）有健全的网络与信息安全保障措施，包括网站安全保障措施、信息安全保密管理制度、用户信息安全管理制度；（三）服务项目属于本办法第五条规定范围的，已取得有关主管部门同意的文件。国务院《外商投资电信企业管理规定》对境外经营者进入中国电信市场的条件作了规定。该规定第二条规定，外商投资电信企业，是指外国投资者同中国投资者在中华人民共和国境内依法以中外合资经营形式，共同投资设立的经营电信业务的企业。该规定第五条规定，外商投资电信企业的注册资本应当符合下列规定：（一）经营全国的或者跨省、自治区、直辖市范围的基础电信业务的，其注册资本最低限额为10亿元人民币；经营增值电信业务的，其注册资本最低限额为1000万元人民币；（二）经营省、自治区、直辖市范围内的基础电信业务的，其注册资本最低限额为1亿元人民币；经营增值电信业务的，其注册资本最低限额为100万元人民币。由以上行政法规、规章等规定可知，我国对即时通信等增值电信业务实行行政许可制度，外国经营者通常不能直接进入我国大陆境内经营，需要以中外合资经营企业的方式进入并取得相应的行政许可。再次，位于境外的即时通信服务经营者的实际情况。在本案被诉垄断行为发生前，多数主要国际即时通信经营者例如MSN、雅虎、Skype、谷歌等均已经通过合资的方式进入中国大陆地区市场。因此，在被诉垄断行为发生时，尚未进入我国大陆境内的主要国际即时通信服务经营者已经很少。如果我国大陆境内的即时通信服务质量小幅下降，已没有多少境外即时通信服务经营者可供境内用户选择。最后，境外即时通信服务经营者在较短的时间内（例如一年）及时进入中国大陆地区并发展到足以制约境内经营者的规模存在较大困难。境外即时通信服务经营者首先需要通过合资方式建立企业、满足一系列许可条件并取得相应的行政许可，这在相当程度上延缓了境外经营者的进入时间。综上，本院认为，本案相关地域市场应为中国大陆地区市场。

第三，关于一审法院对本案相关地域市场的界定。一审法院以境外经营者可向中国大陆地区用户提供即时通信服务、被上诉人也向世界各地用户提供服务、有一定数量的境外用户在使用被上诉人提供的即时通信服务等作为重要论据，认定本案相关地域市场应为全球市场。对此，本院认为：首先，境外经营者可向中国大陆地区用户提供即时通信服务并不等于其能够及时进入并对境内经营者形成有力的竞争约束。其次，相关地域市场界定关注的是境外经营者能否及时进入并对境内经营者形成有力的竞争约束，境内经营者是否向境外用户提供服务以及境外用户是否使用境内经营者提供的服务与此并无直接关联性。况且，本案证据表明，境外用户使用腾讯QQ即时通信服务的数量较小且多为与国内亲友保持联系。因此，一审法院关于本案相关地域市场的界定欠妥，本院予以纠正。上诉人的相应上诉理由成立，本院予以支持。

（九）关于本案的相关市场界定是否应考虑本案诉争行为发生之后的相关市场状况及技术发展趋势

上诉人主张，界定相关市场应着重分析被诉垄断行为发生时的市场竞争态势，而非未来的市场变化，一审法院关于考虑被诉商品或者服务所在产业的发展现状及未来趋势的市场界定方法错误。被上诉人则认为，界定本案的相关市场应当考察一段时间内的相关市场状况，而不能仅仅界定一个时间点。本院认为，相关市场界定的目的是为了明确被诉垄断行为发生之时经营者所面对的竞争约束，合理评估被诉经营者的市场力量。由于竞争尤其是互联网领域的竞争呈现出动态竞争的特征，在界定相关市场时，需要考虑在可预见的未来具有现实可能性的市场反应和变化，例如需要考虑假定垄断者的行为持续适当的一段时间后（例如一年）的市场反应和变化，以正确判断其是否受到来自其他方面经营者的竞争制约。如果经营者缺乏一定时期内较为持久的市场支配力，难以对竞争产生影响。仅仅在某个时间点上考虑相关市场界定，而不在一个相对长的时间内考察市场反应和变化，则可能会过窄地界定相关市场，并夸大经营者在相关市场上的市场力量。如果这种市场反应和变化被事后发展所证实，则可以进一步证明这种考虑的正当性。本案中，一审法院在分析微博和社交网站是否属于本案相关商品市场范围时，考虑了微博和社交网站的发展现状及未来趋势，这种思路本身是合理的。上诉人的前述上诉理由不能成立，本院不予支持。

综上，本院认为，本案相关市场应界定为中国大陆地区即时通信服务市场，既包括个人电脑端即时通信服务，又包括移动端即时通信服务；既包括综合性即时通信服务，又包括文字、音频以及视频等非综合性即时通信服务。

二、关于被上诉人是否具有市场支配地位

上诉人主张，一审法院认定被上诉人在相关市场内不具有市场支配地位，认定事实错误。对此，本院分析如下：

（一）关于市场支配地位认定的一般方法

第一，市场支配地位是经营者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，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。根据反垄断法第十八条的规定，市场支配地位的认定是综合评估多个因素的结果，包括但不限于如下因素：该经营者在相关市场的市场份额以及相关市场的竞争状况、该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力、该经营者的财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等。上述因素需要根据个案情况具体考量，每一个均不一定具有决定性作用。此外，反垄断法第十九条规定了市场支配地位的推定规则，即经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，可以推定其具有市场支配地位，但是这一推定可以被推翻。可见，市场支配地位是多因素综合评估的结果。

第二，市场份额在认定市场支配力方面的地位和作用必须根据案件具体情况确定。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。尽管如此，市场份额只是判断市场支配地位的一项比较粗糙且可能具有误导性的指标。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，互联网环境下的竞争存在高度动态的特征，相关市场的边界远不如传统领域那样清晰，在此情况下，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。

（二）关于被上诉人是否具有市场支配地位

结合上述思路，本院将从市场份额、相关市场的竞争状况、被诉经营者控制商品价格、数量或者其他交易条件的能力、该经营者的财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度、其他经营者进入相关市场的难易程度等方面，对被上诉人是否具有市场支配地位进行考量和分析。

第一，关于被上诉人在相关市场的市场份额及其影响。由于互联网即时通信领域的竞争更多地是争夺用户注意力的竞争，经营者以免费的基础即时通信服务吸引用户，并利用用户资源和注意力通过增值服务和广告来获取收益，因此用户的有效使用时间、使用频度、活跃用户数等通常是考察市场份额较为恰当的指标。根据上诉人所委托专家的计算结果，在2009年至2011年间，以中国大陆地区用户的有效使用时间计算，被上诉人在中国大陆地区个人电脑端即时通信服务市场每年的份额均超过80%，与其最接近的竞争者同期的市场份额平均仅为4.2%。2010年，以中国大陆地区用户的有效使用时间、使用频率计算，被上诉人在中国大陆地区个人电脑端即时通信服务市场的份额均分别为89.3%和80.2%，与其最接近的竞争对手阿里旺旺的市场份额则分别为4.4%和6.8%。在移动端即时通信服务市场中，2012年8月开始，以每月有效使用时间计算，被上诉人在中国大陆地区移动即时通信的每月市场份额均超过90%。同时，根据艾瑞咨询《中国即时通信年度监测报告》（2010-2011年度）的数据，使用过腾讯QQ移动即时通信的中国大陆地区用户的比率为91.9%。因此，被上诉人无论是在个人电脑端还是在移动端即时通信服务市场的市场份额均超过80%。但是，前已述及，高的市场份额并不当然意味着市场支配地位的存在，在动态竞争较为明显的即时通信领域更是如此。因此，仅仅依据市场份额证据还不能得出结论，尚需考察市场进入难易程度、被上诉人的市场行为、互联网平台竞争所形成的竞争约束等因素。

第二，关于中国大陆地区即时通信领域的竞争状况。首先，在被诉垄断行为发生时，中国大陆地区即时通信领域存在腾讯QQ、阿里旺旺、飞信、MSN、人人桌面、阿里旺旺-淘宝版、Skype、百度Hi、腾讯TM、天翼Live、彩虹、飞鸽传书、腾讯通、新浪UC、iSpeak、阿里旺旺-贸易通版、谷歌Talk、E话通、YY语音、Teamspeak、Globe7、51挂挂、校内通、网易泡泡等数十款即时通信工具。这些产品和服务的稳定性日趋成熟，用户可以利用其实现文字、音频或者视频即时通信功能。从发展速度上看，飞信、阿里旺旺、YY语音等的用户发展很快，用户规模均已过亿。其次，在被诉垄断行为发生前后，越来越多不同背景和技术的企业纷纷进入即时通信领域。传统的即时通信服务商如腾讯、MSN致力于产品更新换代，互联网商如盛大Youni、360口信也在利用互联网的背景积极开拓市场，手机厂商如苹果iMessage、三星ChatOn等也加入了竞争。特别是，移动即时通信发展迅猛，新的移动即时通信服务经营者不断进入，为即时通信产业带来了新的推动力。再次，即时通信领域的竞争呈现出创新竞争、动态竞争的显著特征。经营者为在市场竞争中站稳脚跟，需要在质量、服务、用户体验等方面持续创新，产品创新周期较短。以被上诉人为例，腾讯QQ软件功能不断更新，2009年累计功能更新14次，涉及项目近百项； 2010年累计功能更新8次，涉及项目近40项；2011年累计功能更新5次，涉及项目40余项；2012年累计功能更新4次，涉及项目近30项；2013年1月份至7月份累计功能更新8次，涉及项目60余项。这些更新项目主要集中在提供新功能、提升用户体验、提高服务质量等方面。最后，即时通信领域平台化竞争日趋白热化。例如，被上诉人在腾讯QQ即时通信服务上整合了广告、资讯、交友、微博等服务；MSN的即时通信服务则整合了必应搜索、翻译、邮箱、网购、游戏等一系列互联网应用服务的平台；阿里旺旺、飞信等同样也整合包括即时通信在内的各种互联网应用。同时，一些社交网站和微博也在积聚大量用户的基础上提供即时通信、广告、游戏、微音乐、微数据等多种应用入口。可见，即时通信领域的竞争格局正在日渐多元化，创新较为活跃，正处于蓬勃发展时期，市场竞争比较充分。

第三，关于被上诉人控制商品价格、数量或者其他交易条件的能力。前已述及，由于即时通信服务经营者向广大用户提供的基础即时通信服务均为免费，用户也缺乏付费意愿，任何即时通信服务经营者均不可能具有控制用户端价格的能力。因此，需要重点考虑的是被上诉人是否具有控制质量、数量或者其他交易条件的能力。首先，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、用户体验等极为敏感，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。此外，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。其次，被上诉人也不具有控制商品数量以及其他交易条件的能力。互联网即时通信软件有数十种之多，均可免费便捷获得且占用空间较小，获取和转换即时通信服务不存在显著的经济和技术障碍，用户拥有较大的选择余地。由于随着新兴即时通信工具的发展，同时使用2-3款即时通信软件的用户比例逐步增大并在2009年即已超过50%，有8.7%的用户在半年内更换过聊天工具。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。

第四，关于被上诉人的财力和技术条件。首先，虽然被上诉人具有较为强大的财力和技术条件，但是在中国大陆地区即时通信领域的多个竞争者均有雄厚的财力和技术条件，例如阿里巴巴、百度、微软、中国移动等。这些大型企业拥有足够的实力对被上诉人的市场领先地位形成冲击。其次，即时通信领域的创新活跃，对技术和成本的要求则相对较低，技术和财力条件对市场力量的影响并不显著。因此，被上诉人的财力和技术条件对其市场力量的影响非常有限。

第五，其他经营者对被上诉人在交易上的依赖程度。首先，被上诉人的腾讯QQ软件并非用户使用即时通信服务的必需品。用户可选择的即时通信软件种类较多，且获取即时通信软件和服务的成本很低，不存在妨碍用户选择和转换即时通信服务的显著经济和技术障碍。在此情况下，即使被上诉人拥有较高的市场份额，也难以形成用户对被上诉人的较大依赖。其次，即时通信领域的客户粘性并未显著增强用户对被上诉人的依赖程度。上诉人认为，即时通信服务具有明显的网络效应和客户粘性，用户越多，越能吸引其他用户使用该技术通信服务，且用户经过长期使用并建立社交圈后，形成很高的客户粘性，转换即时通信服务的成本极高。对此，本院认为：1. 前述主张预设的前提是错误的。前述主张预设的前提之一是用户转换即时通信服务时会一次性地涉及所有联系人。这一预设前提显然难以成立，因为用户在转换新的即时通信服务时完全可能仅涉及个别或者少数的联系人。前述主张预设的前提之二是用户的所有联系人都是重要的且经常联系。这一预设前提也是高度可疑的。2. 用户同时使用多款即时通信服务的现象非常明显。根据CNNIC的调查，半年内用户使用超过两款以上的即时通信软件的比例达到63.4%；根据艾瑞咨询的调查，超过90%的用户使用2款以上即时通信服务。用户可以在不同的即时通信服务上逐步建立具有高度重合性的社交网络，网络效应和客户粘性的影响被大大减弱了。3.即时通信服务商可以通过手机通讯录导入、不同产品间用户互通导入等方式导入好友关系链，用户可以轻易地将更大范围的好友转移到其他即时通信软件上。可见，新技术的发展进一步减弱了客户粘性的影响力。4.MSN在短时间内经历的用户大量流失，进一步说明客户粘性并不足以形成对特定经营者的较强依赖。MSN在2011年的时候在全球占有40%的市场份额，但至2012年用户下滑至1亿人，多达数亿用户流失。5. 常用联系人的多少并非用户选择使用特定即时通信服务的主要考虑因素，网络效应和客户粘性所形成的对用户的吸引力极为有限。CNNIC报告显示，即时通信用户在使用过程中关注的要素排在前三位的是软件帐号安全、软件的性能、软件的功能多少等产品质量因素，对常用联系人多少的关注度仅有37.7%。因此，网络效应和客户粘性等因素并没有显著提高用户对被上诉人提供的即时通信服务的依赖性。

第六，其他经营者进入相关市场的难易程度。一审法院已经指出，即时通信服务市场经营者进入的门槛较低，且进入该市场的途径多样化。上诉人对此未提出异议，但认为即时通信服务市场是一个高度集中的市场，新进入的即时通信服务商的市场份额较低，不足以对被上诉人形成有效竞争约束。本院认为：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，就足以对在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，且不少经营者在短时间内就迅速建立起足以支撑其发展的市场份额。例如2011年中国大陆地区共有盛大Youni、苹果iMessage 、中国联通“沃友”、上诉人的“口信”、中国移动“飞聊”、中国电信“翼聊”、尚易imo、图度Talk2.0Beta和“网易即时通”等即时通信产品进入市场。2007年6月5日，中国移动推出飞信，不到一年时间其每日用户数量就突破1亿。2012年飞信的活跃用户数同比增长42%。2012年1月，YY语音的用户超过1亿，其用户数量从0到1亿只花费了34个月，腾讯QQ则花费了37个月。2012年，YY移动应用总下载量超过2780万次。人人公司的激活用户由2011年12月31日的1.47亿增至2012年12月31日的1.78亿；月独立登录用户由2011年12月的3800万增至2012年12月的5600万。飞信、YY语音、人人桌面的用户增长率均远超同期中国互联网网民的增长率。这些实际发生的成功进入实例有力地证明，被上诉人所在的即时通信服务市场进入较为容易。

第七，关于被上诉人实施不兼容行为、迫使用户进行“二选一”行为本身是否意味着其具有市场支配地位。上诉人主张，被上诉人强迫其用户进行“二选一”，是因为其相信绝大多数用户会选择腾讯QQ而放弃360；同时统计数据显示，在被上诉人实施“二选一”的时间段内，其用户数量并无显著下降，而其竞争对手的用户数量也没有显著上升。这表明被上诉人显然具有市场支配地位。对此，本院认为：首先，认定经营者是否具有市场支配地位需要结合具体事实和证据，经营者的主观认知如何对认定其是否具有市场支配地位并无直接关联性。其次，被上诉人实施“二选一”行为所造成的实际影响。被上诉人实施“二选一”行为仅仅持续了一天。腾讯公司于2010年11月3日发布《致广大QQ用户的一封信》，宣布实施“二选一”不兼容行为。根据360安全中心的消息，11月4日腾讯QQ和360软件在有关部门的干预下已经实现了完全兼容。虽然无法获知当日其竞争对手用户数量的变化，但是可以通过其竞争对手在当月用户数量的变化进行大致的推测。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。以月覆盖人数计算，其中MSN较上月增长61.93%；飞信较上月增长9.95%；阿里巴巴较上月增长5.15%；均显著超出前三个月平均变化幅度。尤其是MSN，在月覆盖人数长期呈负增长的情况下，该月覆盖人数出现异乎寻常地增长，增长率高达61.93%，实际比上月增长2300多万人。移动飞信、新浪UC也开始争抢市场。新浪启用废弃多年的新浪UC，并在首页做大规模推广。中国移动推出新版飞信个人电脑客户端，3天内下载量猛增。上诉人关于在“二选一”的时间段内，被上诉人竞争对手的用户数量没有显著上升的主张与事实不符。最后，被上诉人实施“二选一”行为仅仅持续一天即导致其竞争对手MSN当月覆盖人数增长2300多万，多个竞争对手争抢即时通信服务市场。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。

综上，本案现有证据并不足以支持被上诉人具有市场支配地位的结论。一审法院认定被上诉人不具有市场支配地位，并无不当，上诉人的相应上诉理由不能成立，本院不予支持。

三、被上诉人是否构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为

原则上，如果被诉经营者不具有市场支配地位，则无需对其是否滥用市场支配地位进行分析，可以直接认定其不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为。不过，在相关市场边界较为模糊、被诉经营者是否具有市场支配地位不甚明确时，可以进一步分析被诉垄断行为对竞争的影响效果，以检验关于其是否具有市场支配地位的结论正确与否。此外，即使被诉经营者具有市场支配地位，判断其是否构成滥用市场支配地位，也需要综合评估该行为对消费者和竞争造成的消极效果和可能具有的积极效果，进而对该行为的合法性与否作出判断。为此，本院认为有必要对被诉垄断行为对竞争的影响及其合法性与否进行分析认定。

（一）关于被上诉人实施的“产品不兼容”行为（用户二选一）是否构成反垄断法禁止的限制交易行为

根据反垄断法第十七条的规定，具有市场支配地位的经营者，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的，构成滥用市场支配地位。上诉人主张，被上诉人没有正当理由，强制用户停止使用并卸载上诉人的软件，构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位限制交易行为。对此，本院分析如下：

第一，关于被上诉人实施的“产品不兼容”行为对消费者利益的影响。需要注意的是，被上诉人实施的“产品不兼容”行为是专门针对上诉人的产品和服务实施的。这一行为表面上是要求用户在使用腾讯QQ和360安全软件之间做出选择，实质上是被上诉人限定了自己的腾讯QQ软件的使用环境。虽然这一限制可能对消费者使用腾讯QQ或者360安全软件造成不便，但是由于在即时通信市场和安全软件市场均有充分的替代选择，腾讯QQ软件并非必需品，这种不便对消费者利益并无重大影响。当然，这并不意味着被上诉人实施“产品不兼容”行为无可指责。

第二，关于被上诉人实施“产品不兼容”行为的动机。在被上诉人实施“产品不兼容”行为之前，被上诉人的即时通信软件与上诉人的安全软件长期兼容共存。本案中，没有充分证据证明被上诉人实施“产品不兼容”行为是为了排除潜在的竞争对手进入被上诉人占有领先地位的即时通信服务市场。特别应注意的是，被上诉人实施“产品不兼容”行为的背景是，上诉人及其关联公司专门针对腾讯QQ软件开发、经营扣扣保镖软件，实施不正当竞争行为，被上诉人被迫对此作出回应。可见，被上诉人为排除、限制即时通信服务市场的竞争而采取“产品不兼容”行为的动机并不明显。

第三，关于被上诉人实施“产品不兼容”行为对竞争的实际影响。首先，对被上诉人所在的即时通信服务市场的影响。尽管被上诉人实施“产品不兼容”行为仅持续一天，却给该市场带来了更活跃的竞争。在被上诉人实施“产品不兼容”行为后2-3周，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。MSN更是在月覆盖人数长期负增长之后实现局势逆转，增长率高达61.93%，实际比上月增长2300多万人。新的竞争者移动飞信、新浪UC等乘机进入市场，下载量猛增。同时，根据被上诉人所委托专家的计算结果，被上诉人自身的市场份额降低了约1%。结合竞争对手的市场变化，有理由相信，如果 “产品不兼容”行为持续更长时间，被上诉人的市场份额将大幅下滑。而被上诉人的市场份额实际未发生较大变化更可能是由于“二选一”行为持续时间太短、用户迅速回流所致。其次，对上诉人所在的安全软件市场的影响。被上诉人实施的“产品不兼容”行为的确对上诉人的市场份额造成一定程度的消极影响。但是，反垄断法所关注的重心并非个别经营者的利益，而是健康的市场竞争机制是否受到扭曲或者破坏。根据上诉人所委托专家的计算结果，在“二选一”行为期间，360安全卫士和360杀毒软件的周用户数量比上周降低了10%，360保险箱的周用户数量降低了12%。如果转换成市场份额，根据被上诉人专家的计算结果，则上诉人在安全软件中的市场份额下降了3.3个百分点，即从74.6％下降至71.3％。在同一时期，被上诉人的市场份额则仅仅增长了0.57个百分点，即从3.89％增长至4.46％。可见，被上诉人实施的“产品不兼容”行为对安全软件市场的影响是极其微弱的，并未显著排除或者限制安全软件市场的竞争。

综上，虽然被上诉人实施的“产品不兼容”行为对用户造成了不便，但是并未导致排除或者限制竞争的明显效果。这一方面说明被上诉人实施的“产品不兼容”行为不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为，也从另一方面佐证了被上诉人不具有市场支配地位的结论。

（二）被上诉人是否构成反垄断法所禁止的搭售行为

根据反垄断法第十七条的规定，具有市场支配地位的经营者，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的，构成滥用市场支配地位。上诉人主张，被上诉人将QQ软件管家与即时通信软件捆绑搭售，并且以升级QQ软件管家的名义安装QQ医生，不符合交易惯例、消费习惯或者商品的功能，消费者选择权受到了限制，不具有正当理由；一审判决关于被诉搭售行为产生排除、限制竞争效果的举证责任分配错误。对此，本院分析如下：

第一，关于反垄断法所禁止的搭售行为的构成要件及其对竞争的可能影响。搭售应当符合如下条件：搭售产品和被搭售产品是各自独立的产品；搭售者在搭售产品市场上具有支配地位；搭售者对购买者实施了某种强制，使其不得不接受被搭售产品；搭售不具有正当性，不符合交易惯例、消费习惯等或者无视商品的功能；搭售对竞争具有消极效果。搭售行为本身既可能产生积极效果，也可能造成消极效果。搭售的积极效果是在特定情况下可以提高产品质量、降低成本、促进销售、确保安全，从而提高效率，其消极效果是搭售可能使得在搭售产品上市场具有支配地位的经营者将其竞争优势延伸到被搭售产品市场上。

第二，本案没有可靠的证据表明被诉搭售行为使得被上诉人将其在即时通信市场上的领先地位延伸到安全软件市场。尽管被上诉人实施了所谓的“二选一”以及被诉搭售行为，上诉人在安全软件中仍是占领先地位的经营者，其市场份额不低于70%，而被上诉人的市场份额则没有超过5%，仅增加了0.57个百分点。本案没有证据显示被上诉人的被诉搭售行为导致上诉人在安全软件市场的市场份额发生显著下降，或者对安全软件市场内的其他经营者产生了排除或者限制竞争的效果。

第三，QQ即时通信软件与QQ软件管理打包安装具有一定的合理性。CNNIC的调查显示，软件的帐号安全是即时通信用户使用过程中最关注的问题。通过将QQ即时通信软件与QQ软件管理打包安装，实现QQ即时通信软件的功能整合，用户可以更好地管理和使用QQ即时通信软件，保障帐号安全，从而提高QQ即时通信软件的性能和价值。

第四，被诉搭售行为的强制性并不明显。首先，虽然QQ即时通信软件与QQ软件管理打包安装时并未提示用户将同时安装QQ软件管理，但是被上诉人提供了卸载QQ软件管理的功能。用户可以方便地自主选择卸载。这表明，被上诉人向用户提供即时通信服务并不以用户必须使用QQ软件管理为条件，对用户没有实质的强制性。其次，在将QQ软件管理和QQ医生升级为QQ电脑管家时，被上诉人通过公告的方式向用户告知了选择权。

第五，关于举证责任的分担问题。在滥用市场支配地位案件中，被诉垄断行为的受害人对被诉经营者具有市场支配地位承担举证责任，被诉经营者对其行为正当性承担举证责任。被诉垄断行为是否具有正当性与其是否具有排除、限制竞争的效果并不完全一致，两者既有联系，又存在区别。对正当性承担举证责任并不等同于对行为不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。还需说明的是，被诉垄断行为排除、限制竞争效果的存在有助于证明被诉经营者具有市场支配地位。一审法院在现有证据不能证明被上诉人具有市场支配地位的情况下，要求上诉人举证证明被诉搭售行为产生了排除、限制竞争的后果，并无明显不当。

综上，上诉人关于被上诉人实施了滥用市场支配地位行为的上诉理由不能成立，本院不予支持。

四、一审法院审理程序是否违法

（一）一审法院未按照其重新界定的相关市场组织双方当事人重新计算市场份额是否违反法定程序

上诉人主张，一审法院重新界定相关市场后，未组织双方当事人按照重新界定的相关市场计算市场份额，违反法定程序。本院认为：

第一，并非任何滥用市场支配地位案件均需要确定被诉经营者在相关市场的市场份额。滥用市场地位案件的关键在于确定被诉经营者是否在相关市场内具有市场支配地位。市场支配地位的认定是综合评估多个因素的结果，需要根据个案情况具体考量，每一个因素均不一定具有决定性作用。在特定情况下，即使不确定市场份额，仍可以基于其他证据认定经营者是否具有市场支配地位。因此，在认定经营者是否具有市场支配地位时，确定其在相关市场的市场份额并非必经步骤。

第二，关于一审法院对此问题的处理是否正确。一审法院在认定上诉人所界定的相关市场不正确后，未组织当事人重新计算市场份额。由于确定被诉经营者在相关市场的市场份额并非本案审理的必经步骤，一审法院的上述作法并不违反法定程序。还应注意到，一审法院虽未组织当事人重新计算市场份额，但其从被上诉人是否具有控制商品价格、数量或其他交易条件的能力以及是否具备阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力两个方面进行分析，得出被上诉人不具有市场支配地位的结论。这一处理并无不当。

综上，上诉人的相应上诉理由不能成立，本院不予支持。

（二）一审法院在认定被上诉人是否具有支配地位时，是否违背证据规则而引入未经质证的证据

上诉人主张，被上诉人没有引用欧盟委员会Skype/Microsoft案决定中有关即时通信工具用户核心圈的结论和Facebook用户通常只与四到六人保持双向互动的结论，一审法院在判决中将其作为论据使用，违反证据规则。一审卷宗中有全球经济咨询出具的《关于奇虎相关市场界定和滥用市场支配地位指控的经济分析报告》，一审法院大量采纳与该报告相同的观点和事实，但未组织质证，违反证据规则。本院认为：

第一，关于欧盟委员会Skype/Microsoft案的决定。该份决定在一审中由被上诉人提交，并经双方当事人质证。对于已经质证的证据，根据当事人的质证意见，结合证据本身对其整体内容予以审查判断，并将之运用于裁判之中，属于审理法院的职权范围。上诉人的上述主张过分机械地理解证据的质证与认定，本院不予支持。

第二，关于全球经济咨询出具的《关于奇虎相关市场界定和滥用市场支配地位指控的经济分析报告》。被上诉人在一审过程中将该份报告提交审理法院作为参考，并非作为证据使用。一审法院亦未援引该份报告作为裁判依据。一审判决的部分事实和观点与该份报告有相同之处，并不能说明一审法院采信该报告。由于一审法院并未将该份报告作为裁判依据加以采信，对于该份报告无需组织双方当事人质证。

综上，上诉人的相应上诉主张不能成立，本院不予支持。

（三）一审法院是否违反听证原则而大量认定未经质证的证据与事实

上诉人主张，一审过程中当事人并未就相关市场界定中使用假定垄断者测试方法进行辩论、质证，一审法院自行决定适用该方法；在判定QQ与社交网站、微博之间存在替代性时，一审法院认为微博产品的出现会否定上诉人所委托专家对腾讯QQ与社交网站的相关性分析，该观点并未在法庭上提出，亦未经双方辩论；一审法院以腾讯QQ成功进入MSN占较高市场份额的早期即时通信服务市场为例，证明网络效应和用户粘性并非不可逾越的障碍，但是即时通信服务市场的竞争环境已经发生重大改变且MSN在QQ进入市场之初是否具有支配地位没有证据支持，上述做法直接影响判决结果，违反了听证原则。本院认为：

第一，假定垄断者测试是界定相关市场的一种分析思路，法院可以根据案件具体情况决定采用何种分析思路，并不必然需要当事人辩论。

第二，一审法院以微博产品的出现作为依据，否定上诉人所委托专家对腾讯QQ与社交网站的相关性分析，实质上是一审法院根据具体证据认定相关案件事实，属于法院职权范围，无需在对相关证据进行质证之外再行听取当事人意见。

第三，一审法院以腾讯QQ成功进入MSN占较高市场份额的即时通信服务市场为例，论证网络效应和用户粘性对于市场进入的阻碍并不明显。本案一审证据中，并无相关证据可以直接证明MSN在腾讯QQ进入市场时在中国大陆地区即时通信市场具有市场支配地位，且与当时的市场状况相比，市场环境已经发生变化。因此，一审法院的这一论证缺乏扎实的事实基础和说服力。但是，一审法院并非仅以此认定即时通信服务市场的进入比较容易，而是综合分析多种因素作出最终判断。这一论据本身存在的问题并不影响其最终结论的正确性。

综上，上诉人的上述主张不能成立，本院不予支持。

（四）一审法院是否怠于履行《民事诉讼证据规定》第三十五条规定的告知义务

上诉人主张，一审法院认定了被上诉人实施的“产品不兼容”（用户二选一）行为属于限制交易行为，该行为即使不构成反垄断法下的违法行为，亦应构成反不正当竞争法下的不正当竞争行为。一审法院应履行《民事诉讼证据规定》第三十五条规定的告知义务而未履行，违反法定程序。本院认为：反垄断法和反不正当竞争法各有其不同的规制对象和法律要件。被上诉人实施的“产品不兼容”行为是否违反反垄断法或者反不正当竞争法，需要根据相关法律规定分别判断，并不是非此即彼。况且，一审法院在认定被上诉人实施的“产品不兼容”行为不违反反垄断法之后，并未认定该行为构成不正当竞争，因此不属于《民事诉讼证据规定》第三十五条规定的情形。

鉴于被上诉人的行为不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位行为，本院对本案的法律责任问题不再进行评述。

综上，本院认为，一审判决认定事实基本属实，适用法律正确，裁判结果适当。上诉人的上诉理由虽部分成立，但不足以影响本案裁判结果。依照《中华人民共和国反垄断法》第十七条、第十八条、第十九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

一审案件受理费人民币796800元，按照原判决执行；二审案件受理费人民币796800元，由上诉人北京奇虎科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长王闯

审判员王艳芳

代理审判员朱理

二〇一四年十月八日

书记员刘海珠

书记员曹佳音