

互联网平台滥用相对优势地位的规制理论与制度构成

刺 森

内容提要:是否规制互联网平台滥用相对优势地位的行为,自《反不正当竞争法》《反垄断法》修订之时就不断争论与探讨。互联网平台的相对优势地位主要包括平台内经营者对平台的依赖关系以及因网络效应、锁定效应以及数据获取能力的差异而具有优势。前者的依赖关系是因平台在规则制定和市场进入上拥有相对力量所致;而后者则体现为大型平台相对于中小型竞争者具有显著的优势市场力量。规制滥用相对优势地位具有保障个体的交易自由、防止私人主体的经济力量被滥用等效果。在功能定位上,禁止滥用相对优势地位构成禁止滥用市场支配地位的扩展与有效补充。在行为认定上,需要坚持以“界定相关市场—认定企业的相对优势地位—判定是否存在滥用行为”这一分析路径,结合互联网平台市场的竞争特性,综合考量行为的违法性。

关键词:互联网平台 滥用相对优势地位 相关市场 竞争损害

刺森,北京工商大学法学院讲师。

竞争法对于互联网平台的规制,近年来世界范围内都比较关注与聚焦。由于互联网平台竞争具有冒尖(tipping)和赢者全拿的特征,^[1]一旦企业获得市场支配地位,其滥用行为可能会对竞争造成损害或者破坏公平竞争。在传统垄断行为和不正当竞争行为的基础上,对于具有相对优势地位的互联网平台,是否以及如何对其进行规制,争论较多,观点也存在分歧。^[2]自《反垄断法》立法之时至2022年修订之际,对于“禁止滥用相对优势

[1] Vgl. Bundeskartellamt, B6-39/15; Bundeskartellamt, B-22/16; Bundeskartellamt, Working Paper: Market Power of Platforms and Networks, June, 2016, p. 45; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, 2018, S. 59-64.

[2] 参见王丽娟、梅林:《相对优势地位滥用的反垄断法研究》,《法学》2006年第7期;焦海涛:《反垄断法规制相对优势地位的基础与限度》,《时代法学》2008年第3期;龙俊:《滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理》,《法律科学》2017年第5期;王晓晔:《论滥用“相对优势地位”的法律规制》,《现代法学》2016年第5期;李剑:《论结构性要素在我国〈反垄断法〉中的基础地位——相对优势地位滥用理论之否定》,《政治与法律》2009年第10期;许光耀:《“相对优势地位”与“市场支配地位”的法理辨析——对〈反不正当竞争法(征求意见稿)〉第6条的不同阐释》,《价格理论与实践》2016年第5期。

地位”就始终在不断探讨。2022年11月,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》再次将“禁止滥用相对优势地位”纳入。^[3]在当前研究与立法背景的基础上,本文拟探讨互联网平台相对优势地位的构成、互联网平台滥用相对优势地位的规制理论以及其制度分析路径,以期从竞争法角度更为全面地理解该制度。

一 互联网平台相对优势地位的构成

界定相对优势地位的构成以及明确平台相对优势地位的来源是判定其滥用相对优势地位的基础和前提。具体来说,主要包括界定平台与平台内经营者之间是否存在依赖关系,以及平台相对于竞争者的优势力量。

(一) 相对优势地位的界定

相对优势地位(*superior bargaining power*),在德国《反对限制竞争法》(*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)中被称为“相对或者优势市场力量”(relative oder überlegene Marktmacht),在法国与比利时竞争法中被称为“经济依赖”(economic dependence),是指在市场缺乏替代的情况下,交易相对人因对某经营者具有特定的依赖关系,或者是中小型竞争者因为市场力量悬殊,而使该经营者在市场交易中具有特定的优势力量。因此,相对优势地位在德国法中被划分为纵向的基于依赖关系的相对市场力量,以及横向的相对于中小型竞争者的优势市场力量。衡量相对优势地位的基础仍然是经营者的市场力量,即经营者相对于特定企业拥有一定的市场力量。纵向的相对力量与横向的优势力量并非孤立存在的,经营者的优势力量往往来源于其对于纵向供应或者经销环节的控制。

相对优势地位与市场支配地位是两个不同的概念。市场支配地位是一种绝对的市场力量,意味着经营者在较长时期内能够稳定维持相对于市场中所有竞争者的垄断力量,分为单独市场支配地位与共同市场支配地位,其中单独市场支配地位又表现为独占、准独占以及绝对优势三种形态。^[4]经营者市场支配地位的认定是在分析市场结构的基础上进行的,尤其需要考量市场份额、市场进入障碍等因素,而相对优势地位则是一种相对的市场力量。相对优势地位的认定仅需要考量经营者与特定相对方之间的双边市场力量关系,而无需考虑市场中是否存在其他竞争约束。具体来说,对纵向相对市场力量进行分析,需要考量经营者与交易相对人之间是否存在依赖关系。而对横向优势市场力量的分析是基于经营者与特定竞争者之间的市场力量对比。

目前我国《反垄断法》和《反不正当竞争法》中尚未针对滥用相对优势地位制定专门条款。虽然《反不正当竞争法》第12条对网络不正当竞争行为进行了规制,但是从

[3] 我国《反不正当竞争法》曾经两次在修法过程中纳入禁止滥用相对优势地位条款,2016年2月,国务院法制办所发布的《反不正当竞争法(修订草案送审稿)》第6条引入“相对优势地位”条款,其中对相对优势地位的定义与滥用相对优势地位的行为类型进行了列举。该条款最终并未被纳入《反不正当竞争法》。2022年11月,国家市场监督管理总局发布的《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中规定了相对优势地位的定义(第47条)以及滥用行为的类型列举(第13条)。

[4] 独占是指市场中不存在竞争者。准独占是指虽然市场中存在竞争者,但是不存在实质竞争。而绝对优势是指相比竞争者,该经营者拥有压倒性的竞争优势。

第 12 条的规制对象和规制内容上来看,该条不具有规制平台滥用相对优势地位的目的。我国《电子商务法》第 35 条被视为对电子商务平台滥用相对优势地位的禁止条款,该条禁止平台经营者对平台内经营者施加不合理的限制、条件或者索取不合理的费用。^[5]但是事实上该条属于一般性禁止条款,在法律上直接推定双方存在依赖关系,因而无需界定相关市场,也不需要认定市场力量及依赖关系。

从世界各国对禁止滥用相对优势地位的立法上来看,主要有三种模式:一是以德国、日本、韩国、法国、比利时为代表,在竞争法中设置专门条款,禁止企业滥用相对优势地位;二是以美国、英国为代表,没有特定的条款规制滥用相对优势地位;三是通过适用其他竞争法条款或者非竞争法条款,规制滥用相对优势地位,主要代表性的国家包括意大利、加拿大及新西兰等。^[6]

以制定专门条款的国家来说,德国早在 1973 年第二次修订《反对限制竞争法》时就引入“禁止滥用相对市场力量”条款,并在之后的多次修法中逐步完善。目前规制滥用相对优势地位的条款为该法第 20 条“禁止企业滥用相对或者优势市场力量”。该条包括对企业间纵向依赖关系滥用的禁止,即“禁止滥用相对市场力量”(第 20 条第 1 款、第 1a 款与第 2 款),禁止企业对中小型竞争者滥用优势市场力量(第 20 条第 3 款、第 3a 款与第 4 款)以及特定协会拒绝企业加入(第 5 款)。在 2021 年第十次修订中,德国立法者在第 20 条中加入禁止互联网平台滥用相对优势市场力量的内容:一是认定平台经营者与平台内经营者之间具有一定的依赖关系,这种依赖关系源于平台经营者在双边市场所具有的中介力量(第 20 条第 1 款);二是对基于企业之间因数据访问所产生的依赖关系进行了规定,尤其在具有合理对价的情况下,拒绝访问数据可能构成第 20 条所禁止的“不公平的阻碍行为”(第 20 条第 1a 款);三是禁止拥有优势力量的平台阻碍其竞争者独立实现网络效应(第 20 条第 3a 款)。

在日本《禁止私人垄断与维持公平交易法》(*Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade*)中,企业滥用相对优势地位构成“不公平的交易方法”(第 2 条第 9 款第 5 项),所规制的行为类型包括:第一,致使交易对象在持续的交易中购买与交易无关的商品或者服务;第二,致使交易对象在持续的交易中为自己提供金钱、服务或者其他经济利益;第三,在交易中拒绝接收交易对象的商品,在收到商品后退回商品、推迟向交易对象付款或者减少付款金额,或者以不利于交易对象的方式设置或改变交易条款。^[7]2019 年日本公平交易委员会(Japan Fair Trade Commission)发布《关于数字平台经营者在与提供个人信息等的消费者的交易中滥用相对优势地位的指南》(*Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Opera-*

[5] 参见全国人大财经委员会电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社 2018 年版,第 109-112 页。

[6] See Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, ICN Special Program for Kyoto Annual Conference - Report on Abuse of Superior Bargaining Position, 2008, pp. 5-13, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf, 最近访问时间[2023-01-05]。

[7] 日本《禁止私人垄断与维持公平交易法》第 2 条第 9 款为“不公平交易方法条款”,其中第 5 项明确提到“不公正地利用自己对交易相对方的优势地位”。

tors and Consumers that Provide Personal Information), 其中主要针对平台经营者获取与使用个人信息等方面所引发的滥用相对优势地位问题进行了规制。^[8]

法国、比利时、奥地利等国均禁止纵向经济依赖的滥用。法国《商法典》将“经济依赖”定义为,因技术或者经济等原因,企业难以以合理的成本及条件转换到其他企业。而比利时于2019年在其《经济法典》(*Belgian Code of Economic Law*)中引入“禁止滥用经济依赖”,禁止拥有经济依赖地位的企业从事拒绝交易、施加不公平的交易条件、差别待遇、剥削性滥用等行为。例如,法国《商法典》第L420-2条第2款对企业滥用经济依赖的行为进行了禁止,规定“一个企业或企业集团滥用其客户或者供应商对其在经济上的依赖状态,如果可能影响竞争的运行或者结构,也应予以禁止。这些滥用行为尤其可能包括拒绝销售、搭售、L. 442-1至L. 442-3条所述的歧视性行为或范围协议”。此外,奥地利《卡特尔法2005》(*Kartellgesetz 2005*)将企业相对于客户或者供应商的优越市场地位视为市场支配地位,尤其当后者为了避免处于经济劣势而依赖于前者(第4a条)。2021年,《卡特尔法2005》在修订时也将平台滥用因提供中介服务而产生的依赖关系视为滥用市场支配地位。^[9]此外,虽然国际竞争网(ICN)将美国列为缺乏专门条款规制滥用相对优势地位的国家,但事实上美国的《罗宾逊—帕特曼法》(*Robinson-Patman Act*)具有类似的功能。该法主要旨在防止大型零售商对中小企业的价格歧视,在认定行为违法时,无需考量企业是否具有垄断力量。

(二) 平台经营者与平台内经营者之间的依赖关系

1. “依赖关系”的界定

经营者之间的依赖关系一直是认定企业市场力量的关键因素之一。例如我国《反垄断法》将“其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度”列为认定市场支配地位的考量因素。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(下称“《指南》”)提出,认定对互联网平台的“依赖程度”应当考量“经营者之间的交易关系、交易量、交易持续时间、锁定效应、用户黏性、其他经营者转向其他平台的可能性及转换成本等”。市场支配地位并非企业之间存在依赖关系的唯一解释,其他原因也可能导致企业之间具有某种依赖关系。例如德国《反对限制竞争法》将相对优势地位中的“依赖关系”界定为“缺乏足够且合理转向第三方的可能性”并且“在对抗力量上存在明显的不平衡”。依赖关系也因此被划分为四类,包括:一是产品品种相关的依赖(*sortimentsbedingte Abhängigkeit*),即由于产品的地位或者声誉,诸如名牌产品,使市场中缺乏足够且合理的替代品;二是企业相关的依赖(*unternehmensbedingte Abhängigkeit*),包括因存在长期合同关系,销售商对生产商产生的依赖关系;三是紧缺相关的依赖(*knappheitsbedingte Abhängigkeit*),通常是指因出

[8] 参见日本公平交易委员会:《关于数字经济平台经营者在与提供个人信息等的消费者的交易中滥用相对优势地位的指南》,李胜利译,《竞争政策研究》2020年第1期,第73页。

[9] See Pranvera Këllezi, Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence, in Mark-Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego & Stefan Enchelmaier eds., *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms*?, Springer, 2008, pp. 55-88; Thomas Tombal, Economic Dependence and Data Access, 51 *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 70, 70 (2020).

现不可预见的突发状况而导致供应的紧缺,企业可能因紧缺丧失竞争力;四是需求相关的依赖(nachfragebedingte Abhängigkeit),这里特指卖方对于买方的依赖关系,这种依赖关系可能源自双方的长期合作关系,或者卖方缺乏其他销售渠道。平台经营者与平台内经营者不能用传统的上下游关系进行界定。双方的依赖关系可以被归纳为如下三种情况:平台经营者为平台内经营者提供一个直接或者间接达成交易的场所;平台所制定的规则或者采用的技术限制平台内经营者的经营活动;平台所具有的跨市场发展特征,使平台内经营者及其他用户群体对其具有较高的黏性。

2. 因市场进入而产生的依赖关系

互联网平台的一个重要功能是为其他经营者提供直接或者间接交易的场所,同时向平台两边的用户提供交易所需的信息。当平台具有一定的市场力量时,其就有权决定平台两边的用户能否进入市场。近年来,学者和立法者试图通过“必需设施”“中介力量”和“守门人”等概念来解释平台的这一特征。在认定平台是否构成必需设施时,《指南》第 14 条明确规定需要综合考量平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。拥有市场支配地位且控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易,排除、限制竞争的,构成滥用市场支配地位“拒绝交易”行为。在以往欧美的判例中,必需设施原则多被适用于“有形”的基础设施(诸如港口、铁路)以及“无形”的销售网络、知识产权等领域的拒绝交易案件中。传统必需设施的认定门槛较高,一般需要考量设施的可复制性,以及拒绝进入设施是否构成市场进入障碍,将商业的互联网平台认定为必需设施具有一定难度。美国法院在“MCI”案中提出适用必需设施原则的“MCI 测试”,包括:(1)必需设施被垄断者所控制;(2)设施是无法被复制的;(3)垄断者拒绝竞争者进入设施;(4)共享是可行的。^[10]持这种观点的学者认为,若平台难以阻止用户使用竞争对手的网站,就难以被认定为决定市场进入的必需设施。^[11]

除“必需设施”以外,国外的立法实践还提出了“中介力量”与“守门人”的概念。德国《反对限制竞争法》于第十次修订时,提出了多边平台“中介力量”(Intermediationsmacht)的概念,并将其定义为,为其他企业进入采购或者销售市场提供中介服务,这种中介服务包括为平台内经营者提供一个直接或者间接与用户交易的机会,也包括提供信息中介服务。^[12]一方面,互联网平台因具有规模经济和范围经济的优势,吸引了大量用户,这是传统交易渠道难以复制的。另一方面,平台经营者相对于平台内经营者或者其他用户具有明显的信息优势,平台所能够掌握的用户信息数量和质量是平台内经营者在其他销售渠道难以获得的,这种信息中介力量也导致两者之间存在依赖关系。德国《反对限制竞争法》第 20 条第 1 款因此规定,平台内经营者与平台之间基于这种中介服务而产生

[10] See MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

[11] 参见[美]杰弗里·A.曼恩:《作为关键设施的搜索引擎及其问题——一个经济学与法学的评估》,载时建中、张艳华主编《互联网产业的反垄断法与经济学》,法律出版社 2018 年版,第 113 页。

[12] See Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, 2018, S. 6-20.

的依赖关系,可以用于认定平台具有相对市场力量。

欧盟在《数字市场法》(*Digital Market Act*)中提出了“守门人”(gatekeeper)的概念,守门人是指对欧盟内部市场有重大影响的核心平台服务提供者,其构成企业与终端用户之间接触的重要通道,且在业务中享有稳固持久的地位,或者可以预见在不久地将来会享有这种地位。^[13] 欧盟制定《数字市场法》就是考虑到,作为守门人的互联网平台对数字市场的准入有实质性控制力量,部分企业用户对其存在较大的依赖关系。守门人可能凭借这种依赖关系而从事某些不公平行为,使平台内经营者与其他用户承受竞争损害。《数字市场法》对守门人施加了一定的义务,在不认定市场支配地位的前提下,守门人从事特定的“限制可竞争性或者不公平的行为”,可以直接被认定为违法,例如禁止守门人阻碍商业用户以不同的价格通过第三方平台或者自营在线销售渠道提供商品(最惠客户待遇条款),或者阻碍商业用户通过核心平台服务或者其他渠道向最终用户进行营销。

3. 因平台规则制定权而产生的依赖关系

《电子商务法》第35条所规定的平台内经营者对平台经营者的依赖关系,是基于平台经营者在制定服务协议、交易规则以及采用技术方面的权力,而服务协议、交易规则以及技术在很大程度上决定了平台内经营者参与自由竞争的可能性。

首先,平台经营者可能滥用这种规则制定权,影响平台上的交易行为,强迫平台内经营者接受不合理的交易条件,从而限制其自由竞争和自由定价的权利。克雷默(Jacques Crémer)等曾提出平台作为规则制定者,其对个人、企业和社会的影响超出了“纯粹”的市场力量。^[14] 在德国“亚马逊滥用支配地位”案^[15]中,德国联邦卡特尔局认定亚马逊制定了不公平的平台规则,向平台内的卖家实施了剥削性滥用行为,其所制定的商业条款严重缺乏透明度,并且亚马逊单方面修改商业条款时也不会通知卖家。依据该商业条款,亚马逊可以在缺乏合理理由的情况下随时终止与卖家的合同关系,甚至关停其账户。亚马逊还强迫卖家承担所有退款退货的费用,即使退款退货的请求明显不合理,甚至存在欺诈的情形。消费者无法对亚马逊的自营产品进行评价,相比之下平台内经营者可能因差评而处于竞争劣势。在发生争议后,依据该商业条款,卖家必须选择位于卢森堡的法院进行诉讼。

再者,平台在规则制定上还可能表现出一种自我偏好的特点,即通过制定规则使自己或者关联企业的某项业务获得竞争优势。平台内经营者普遍缺乏议价能力,难以获得与平台进行公平竞争的机会。欧盟“Google Shopping”案^[16]就是一个明显的例子。在搜索排名上,Google将其自身的比较购物服务置于更有利的地位。与竞争对手的比较购物服务相比,一方面Google的比较购物服务不受其搜索专用算法的影响,不会被降低排名;另

[13] Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), OJ L265/1.

[14] See Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era: Final Report*, Publication Office of the European Union, 2019, p. 6.

[15] Bundeskartellamt, B2-88/18.

[16] Case AT. 39740 - Google Search (Shopping), OJ 2018/C 9/11.

一方面,Google 的比较购物服务被展示在第一个搜索页面的顶部或者附近位置,这种特殊的展示方式使其获得较大搜索流量,欧盟最终认定 Google 的行为构成排他性滥用行为。

4. 平台的跨市场特征对依赖关系的加强效果

大型互联网平台竞争具有明显的跨市场特征,即生态竞争,平台往往通过投资、收购等方式,扩充其服务类型,为用户提供一站式服务。埃文斯(David S. Evans)提出平台的跨类进入行为应被纳入市场力量的评估中,即平台通过整合不同类型的服务以吸引用户加入。^[17] 德国《反对限制竞争法》将这一特征概括为“显著的跨市场意义”(überragende marktübergreifende Bedeutung),并将针对此类企业滥用行为的监管列为一个单独的条款(第 19a 条)。具有“显著的跨市场意义”意味着企业在一个或多个市场中占据市场支配地位。一旦企业被确定具有“显著的跨市场意义”,对该企业行为的监管就不限于其所支配的市场,还包括尚未取得支配地位但已经活跃经营的其他市场。

在评估平台内经营者对平台的依赖关系时,不能忽略平台生态系统本身的优势。一方面,互联网平台通过多元化的服务,吸引更多的客户,当用户对平台的依赖性提高,用户的转换成本也会上升。平台竞争之下,新的市场进入者需要进入一个综合性的市场,竞争性的平台如果无法提供同等或类似规模的多元化服务,就难以获得同等规模的用户数量。甚至在单归属的市场中,缺乏构建生态圈能力的平台无法存续,也难以被视为足够且合理的替代渠道。而网络效应又加强了“范围经济”所带来的竞争优势,当一边用户数量增多时,平台内经营者对平台的依赖程度会加强。另一方面,平台的跨市场发展促使其可以从多种渠道收集用户数据,这些数据可能来自不同的用户群体,将汇集起来的数据用于优化经营策略或改善算法,使平台进一步获得竞争优势。与之相比,提供单一服务的平台无法实现此类由数据带来的优势,其所收集的数据无论数量还是种类都难以和大型互联网平台相比。因此,“范围经济”在这一意义上构成市场进入障碍的加强因素。

(三) 平台经营者相对于中小型竞争者的优势地位

互联网平台相对于中小型竞争者的优势地位可能源于二者在规模和财力上的差异,也可能源于平台竞争本身的特性。首先,对于互联网平台来说,规模经济、财力、网络效应与锁定效应相互交织,共同发挥作用。平台达到一定规模就必然具有成本优势,而平台规模的形成受到平台的财力、网络效应与锁定效应的影响。一方面,平台用户数量的增长符合正间接网络效应的特点,一边用户数量的上涨会导致另一边用户获得更大利益,由此形成一个自我加强的反馈循环。对于市场的新进入者来说,这种网络效应与正向反馈循环构成一个严重的市场进入障碍。平台市场具有先发优势的特征,新进入者要想进入市场并实现盈利,需要在短时间内将用户数量扩展到一定规模,在创立初期缺乏一定财力的企业难以完成这一目标。另一方面,不同类型的平台可能对用户的锁定效果不同。从用户多牺牲与转换成本的角度进行分析,当用户习惯于同时使用两个或者两个以上相同或者

[17] See David S. Evans, *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753, 2016, p. 27, <https://ssrn.com/abstract=2746095> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2746095>, 最近访问时间[2023-01-05]。

类似功能的平台,这种锁定效应就较弱,反之对用户的锁定效应就会较强。多栖性在很大程度上取决于用户偏好的差异,而这种用户偏好又与产品功能的异质性紧密相关。在转换成本方面,平台之间的兼容性、数据的可携带性等会构成竞争者的市场进入障碍。

再者,大型互联网平台相比中小型竞争者的优势地位还源于大型平台的数据收集与分析能力,这些数据可能来自于平台内经营者在经营过程中获得的数据,也可能来自用户所提供的个人信息以及来自第三方网站的数据。部分数据对竞争至关重要,本身构成市场进入障碍。同时数据还具有较强的时效性,竞争者很难通过从第三方购买数据而弥补这一竞争劣势。

二 互联网平台滥用相对优势地位的规制理论

对平台滥用相对优势地位进行规制,需要分别考量规制滥用相对优势地位本身的必要性,以及平台滥用相对优势地位所产生的排除、限制竞争效果。

(一) 规制滥用相对优势地位的理论基础

针对是否有必要规制企业滥用相对优势地位,以及是否要将禁止滥用相对优势地位纳入反垄断法,根本上取决于一国反垄断法所追求的立法目标。

德国法中的“禁止滥用相对或者优势市场力量”条款具有保护自由竞争过程的效果,这一点与弗莱堡学派的秩序自由主义(Ordo-Liberalismus)所强调保护自由竞争的过程与私人的经济自由是相一致的。对自由竞争过程的保护并不是否定对效率的追求,反之秩序自由主义认为二者必须是统一的,在考量效率的同时也必须保障自由竞争的过程。^[18]德国《反对限制竞争法》的立法宗旨包括经济目标与社会政策目标,其中经济目标包括提升市场效率、优化资源配置以及保障技术进步,而社会政策目标的核心就是保障市场参与者的个体交易自由以及对经济力量的限制。^[19]私人的经济自由有可能受到其他私人主体滥用市场力量的侵害。在此过程中契约自由也可能被滥用,诸如企业之间达成垄断协议,或者企业利用其市场力量强迫另一方接受不合理交易条件,这些行为都可能损害私人的经济自由并且排除、限制竞争。秩序自由主义的代表人物欧肯(Walter Eucken)持有此种观点,认为契约自由能够促进竞争,也能消灭竞争。契约自由意味着个体能够通过契约议定价格,价格不再受到国家或者法律的统一控制,竞争也才有存在的可能性。但是当一方拥有优势力量,就需要明确契约自由的边界,使其服从于竞争秩序。^[20]这一理论对德国《反对限制竞争法》在内的竞争政策产生了极大影响,德国的立法者认为,市场力量的滥用可能来自于拥有市场支配地位的企业,也可能来自于拥有相对优势力量的企业。^[21]

[18] See Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 4 Rn. 9–10.

[19] See Lettl, Kartellrecht, 3. Aufl. 2013, S. 220.

[20] 参见[德]瓦尔特·欧肯著:《经济政策的原则》,李道斌、冯兴元、史世伟译,中国社会科学出版社2014年版,第284–287页。

[21] Vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 1; Bueren/Wolf-Posch/Picht, Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung, ZWeR 2021, 173, 206 f.

这种影响又被扩展到欧盟竞争法上,虽然欧盟竞争法并未明确禁止企业滥用相对优势地位,但其并不禁止成员国对企业滥用行为进行更严格的规制与处罚。^[22]

虽然美国反托拉斯法同样将企业拥有“垄断力量”作为认定滥用行为违法的前提,但是回溯美国反托拉斯法的立法历史可以发现,《谢尔曼法》(*Sherman Act*)和《克莱顿法》(*Clayton Act*)的制定初衷都包含对多元立法目标的追求,包括经济权力的分散化、企业的交易自由、消费者福利、分配效率以及公共利益等。^[23]长期以来美国反托拉斯法受到芝加哥学派的影响,而芝加哥学派认为“提升经济效率”应当成为反托拉斯法的唯一价值目标,博克(Robert Bork)曾在其经典的《反托拉斯悖论》中提出:美国反托拉斯法的唯一合法目的是消费者福利最大化。^[24]但是,这一观点并非不存在挑战,如霍温坎普(Herbert Hovenkamp)认为,反垄断政策的制定不应完全依赖于新古典市场效率模型中的“效率”这一概念,因为这不仅夸大了效率模型在解决现实问题中的作用,也低估了多元政策目标选择的复杂性。^[25]

与德国类似,我国《反垄断法》第 1 条所确立的立法目标也可以被划分为经济性目标与非经济性目标,其中“提高经济运行效率”和“鼓励创新”构成经济性目标,而“保护市场公平竞争”“维护消费者利益和社会公共利益”可以被归为非经济性目标。规制滥用相对优势地位与《反垄断法》的非经济性目标是相契合的。其一,规制滥用相对优势地位具有“保护市场公平竞争”的效果。虽然“公平竞争”与“自由竞争”不能完全等同,但是公平的竞争过程与结果需要法律保障各类市场主体拥有自由竞争的机会。这一点与“禁止滥用相对优势地位”条款所追求的经济自由、自由的竞争过程具有一致性。其二,有观点认为,禁止滥用相对优势地位过度重视保护竞争者,难以实现维护消费者利益以及社会公共利益。^[26]事实上,禁止滥用相对优势地位确实具有保护处于弱势地位企业的效果,特别是具有保护中小企业的倾向,例如德国法将该条款的损害对象限定为“在对抗力量上存在明确不平衡”的交易相对人和中小型竞争者。但是这一制度并非是直接保护中小企业,而是通过防止拥有相对优势市场力量的企业采取侵略性的竞争手段,扰乱自由竞争秩序,营造一个自由的竞争环境来保护中小企业。针对这一点,德国联邦卡特尔局在“Edeka”案^[27]中有所论述。该案涉及《反对限制竞争法》第 20 条第 2 款“被动歧视”(passive Diskriminierung),即拥有相对市场力量的买方 Edeka 通过对上游供应商索取不正当的“伙伴费”,使供应商没有能力再向其他买方提供更优越的交易价格。德国联邦卡特尔局确认,这种“被动歧视”行为具有排除竞争的效果,导致中小型零售商处于竞争劣势,同时 Edeka 在零售市场中的市场力量也会通过此类行为被进一步加强。因此,对企业滥用相

[22] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L1/1, 1 Jan 2003, Article 3 (2).

[23] See Maurice Stucke, Reconsidering Antitrust's Goals, 53 *Boston College Law Review* 551, 560-562 (2012).

[24] See Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, Inc., 1978, p. 51.

[25] See Herbert Hovenkamp, Antitrust Policy after Chicago, 84 *Michigan Law Review* 213, 284 (1985).

[26] 参见李剑:《相对优势地位理论质疑》,《现代法学》2005 年第 3 期,第 104-105 页;龙俊:《滥用相对优势地位的反不正当竞争法规制原理》,《法律科学》2017 年第 5 期,第 57-58 页。

[27] Bundeskartellamt, B2-58/09; BGH, 23.01.2018 - KVR 3/17.

对优势地位的干预前提仍然是该行为构成对市场力量的滥用,损害了市场竞争,而不仅仅是为了保护特定企业的利益。

此外,即使涉及对交易相对人或者中小型竞争者的直接保护,也并非反垄法所绝对排斥的价值。反之,直接保护中小企业一直以来都是我国《反垄法》的重要价值目标,例如将“为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力”等列为垄断协议的豁免条件(第20条第1款第3项),就是考量到了中小企业在竞争中往往处于弱势地位的事实。一项能够提高中小企业竞争力或经营效率的协议具有一定的合理性,应当予以豁免。而新修订的《反垄法》在纵向协议中引入安全港制度(第18条第3款),同样具有直接保护中小企业的效果,对其达成的纵向协议进行豁免。在目前的互联网市场竞争中,通过反垄法加强对中小企业的保护更具有现实意义,中小企业是市场创新的重要来源之一,其往往可能带来颠覆性的创新,包括商业模式以及技术上的创新。同时,中小企业的存在也为消费者提供了更加多元化的选择,有助于降低市场集中度,构成竞争约束的来源。

(二) 互联网平台滥用相对优势地位的竞争效果分析

对滥用相对优势地位进行规制的基础仍然应当是该行为产生了竞争损害,即我国《反垄法》所确立的“排除、限制竞争效果”,并且没有其他正当理由能够使这一损害合理化。在竞争效果的分析上,平台滥用相对优势地位与滥用市场支配地位具有很大程度上的共通性,也存在一定的差异。

首先,滥用相对优势地位所造成损害在类型上与滥用市场支配地位具有一定的相似性,其损害也表现为剥削性和排他性的损害。平台通过规则制定强迫平台内经营者承受不合理的交易条件,可能产生剥削性的损害效果。而平台的自我优待可能产生排他性损害效果。这种损害可能表现为价格损害和非价格损害,诸如要求平台内经营者支付不合理的费用,或者在数据收集、使用等方面施加不合理的限制。

滥用相对优势地位的损害是源于市场中的替代不足,这种替代不足导致了纵向的依赖关系,也导致了经营者拥有横向的优势力量。引发这种替代不足的原因与滥用市场支配地位不同。市场支配地位意味着经营者在市场中拥有绝对的市场力量,其他竞争者无法进入市场或者无法提供(或购买)足够数量的商品以满足交易相对人。因市场支配地位所导致的替代不足是一种绝对的替代不足。相比之下,因相对优势地位所导致的替代不足是一种相对的替代不足,是基于经营者与交易相对人之间的依赖关系而产生。这种相对的替代不足意味着交易相对人难以转向市场中的其他竞争者,因为转向其他竞争者会导致其处于极大的竞争劣势中,甚至无法在市场中继续经营。德国“Kfz-Vertragshändlerverträgen”案^[28]中,被告和原告分别是雪铁龙汽车的德国进口商和其授权经销商。在双方三十多年的合作过程中,原告作为经销商投入了大量成本,这种投入难以在短时间内转换到其他品牌的经销业务中。同时汽车经销行业的长期授权经销模式,也是原告难以在短时间内转换其他品牌继续经销业务的重要原因。类似的依赖关系也突出表现在数据密集型领域中,例如互联网、机动车维修与物联网等领域。在机动车售后市场

[28] BGH, 21.02.1995 - KZR 33/93.

中,维修商因对维修技术信息及数据的需求而依赖于汽车制造商。如果维修技术信息及数据难以被获得,维修商的市场地位就会受到挤压,甚至被迫退出市场。为此我国《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》以及欧盟《关于建立机动车及其拖车以及用于此类车辆的系统、零部件和独立技术元件的批准与市场监管条例》都规定了汽车制造商负有强制共享数据的义务。^[29]

其次,与传统行业的经营者滥用相对优势地位相比,平台滥用相对优势地位不仅会导致竞争损害,还会加快其获得市场支配地位的速度,这也是反垄断法干预平台滥用相对优势地位的另一个重要意义。平台竞争具有冒尖和赢家全拿的特点。冒尖是指由于网络效应所导致的正反馈循环,一旦平台的用户规模或者市场份额越过某个临界点,就会产生“滚雪球效应”,在较短时间内达到市场支配地位。而平台所在市场的单归属特征会加强这种冒尖效应,使平台能够在短时间内吸引并锁定大量来自竞争对手的用户,最终实现赢家全拿。虽然冒尖可能是竞争的必然结果,但也有可能是拥有市场力量的平台通过实施排除、限制竞争行为所促成的。对于拥有相对优势地位的平台来说,增强市场力量与实施排除、限制竞争行为可能是互为因果的。拥有相对优势地位是行为产生排除、限制竞争效果的前提。反之,平台通过实施排除、限制竞争行为又进一步加强了其市场力量,从而缩短触发临界点的期限。一旦垄断的市场结构形成,就很难仅凭事后的行为性救济手段(如责令停止违法行为、罚款等)进行扭转,而对滥用相对优势地位进行干预则有助于减缓这种冒尖的过程。

三 规制平台滥用相对优势地位的功能定位与分析路径

基于平台滥用相对优势地位所可能产生的排除、限制竞争效果,需要考虑从竞争法角度规范此类行为,包括在制度层面明确治理目的、制度的功能定位以及具体分析路径。

(一) 平台滥用行为治理理念的转变

各国反垄断法的治理理念在近年来发生了较大的转变。在我国反垄断法中,这种转变始于 2017 年针对新产业、新业态、新模式监管提出的“包容审慎”原则。“包容审慎”监管强调包容与审慎并重,在守住新业态发展底线的前提下,创造宽松的创新环境。2020 年 12 月召开的中央经济工作会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”,具体表现为通过“完善数字规则”以及“提升监管能力”,坚决反对平台领域的垄断行为。2021 年《指南》中提出四项监管原则,将“防止资本无序扩张”与“支持平台企业创新发展”纳入“保护市场公平竞争”原则中。2022 年新修订的《反垄断法》在总则中明确引入禁止经营者利

[29] 我国《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》要求具有市场支配地位的汽车供应商无正当理由,不得限制维修技术信息的可获得性。欧盟《机动车批准及市场监管条例》第 61 条要求制造商向独立运营商提供不受限制、标准化和非歧视性的车辆车载诊断信息(车辆 OBD 信息)和车辆维修保养信息,此类信息应以机器可读的和电子可处理的数据集形式和易于获取的方式呈现。Regulation (EU) 2018/858 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 on the Approval and Market Surveillance of Motor Vehicles and Their Trailers, and of Systems, Components and Separate Technical Units Intended for Such Vehicles, Amending Regulations (EC) No 715/2007 and (EC) No 595/2009 and Repealing Directive 2007/46/EC, OJ L151/1, 14 Jun 2018, Article 61.

用数据和算法、技术、资本优势以及平台规制等从事垄断行为的原则性条款。监管原则的转变是为了应对近年来平台市场竞争态势的变化,也是基于我国平台市场普遍进入集中化程度较高的发展阶段,反垄断监管有必要重点关注大型平台滥用市场力量的问题。

横向比较世界主要国家及地区针对平台经营者单边行为的治理理念,可以发现类似的发展趋势,即从放任主义到加强监管。美国反托拉斯法近年来也开始反思传统的芝加哥学派理论在治理互联网领域垄断问题上的不足。新布兰代斯运动(The New Brandeis Movement)的兴起就是一个标志性的现象。新布兰代斯运动的支持者认为,芝加哥学派将消费者福利标准作为评价垄断行为的唯一指标,事实上扭曲了反垄断立法的原意,使美国执法者和法院只关注消费者能否享受低价这一问题,而忽视了滥用市场力量所造成的其他损害,包括对劳工、供应商、创新者以及独立企业的损害。^[30] 传统的芝加哥学派更加关注竞争结果,而布兰代斯运动更加强调对竞争结构和过程的关注。伴随着这种思潮的转变,2020年美国众议院司法委员会《数字市场竞争调查》(Investigation of Competition in Digital Markets)报告中建议针对互联网平台垄断所导致的诸多利益冲突,采取结构性分拆、限制业务范围等工具进行强力干预,通过加强平台互操作性和数据迁移来保障创新,对平台通过经营者集中而获得市场力量进行更严格的审查。^[31] 同时,该报告还特别提出,平台滥用相对优势地位以获取更多的利润和数据,或者强迫交易相对人接受不合理的交易条件,都会导致长远的损害,因此建议通过立法禁止平台滥用相对优势地位,包括对反竞争协议进行限制,或者引入合理程序以保护依赖于大型平台的企业或个人。2021年,美国众议院先后通过《终止平台垄断法案》(Ending Platform Monopolies Act)与《2021年平台竞争与机会法案》(Platform Competition and Opportunity Act of 2021),其中《终止平台垄断法案》提出对大型平台滥用市场力量的行为进行特别监管。

自20世纪90年代起,欧盟竞争法在适用《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of European Union)第102条时采取“更为经济学的路径”(more economic approach),即在认定滥用行为违法性时,以提升消费者福利为主要目标,采取“合理原则”,以效果分析为基础,进行竞争损害分析,并且允许包括效率在内的正当理由抗辩。^[32] 但是,近年来欧盟的立法者对这种基于效果分析的治理模式也进行了一定的调整,一项重要的立法行动是2022年生效的《数字市场法》。与布兰代斯运动的治理理念类似,《数字市场法》回归结构主义的分析范式,以平台的规模以及在市场中的重要性作为适用本身违法原则的前提,直接禁止达到一定规模且从事核心业务的平台实施特定行为。《数字市场法》中的守门

[30] See Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018, pp. 167-174; Lina Khan, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, 9 *Journal of European Competition Law & Practice* 131, 131-132 (2018); Mark Glick, *The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust*, 63 *The Antitrust Bulletin* 455, 455-493 (2018).

[31] See U. S. House of Representatives, Jerrold Nadler & David N. Cicilline, *Investigation of Competition in Digital Market: Majority Staff Report and Recommendations*, U. S. Government Publishing Office, 2022, pp. 318-330.

[32] See European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), *An Economic Approach to Article 82*, July 2005, pp. 6-8, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf, 最近访问时间[2023-01-05]。

人义务条款与禁止平台滥用相对优势地位具有类似的治理思路。一是两者均降低了法律干预的门槛,均无需认定平台具有市场支配地位。二是两者对于市场冒尖都具有一种事前的预防性效果,《数字市场法》通过明确列举守门人的禁止性义务来实现预防性效果,而禁止滥用相对优势地位有助于预防平台通过滥用行为,提升市场力量并最终获得市场支配地位。虽然降低干预门槛可能会提高执法中“假阳性错误”的风险,即把不会产生竞争损害的行为认定为违法行为,但是鉴于平台竞争所具有的冒尖特点以及大型平台的中介地位,有必要采取更为积极主动的治理手段。

(二) 禁止平台滥用相对优势地位制度的功能定位

在制度的功能定位上,禁止滥用相对优势地位与禁止滥用市场支配地位并不完全重合,二者也不存在冲突或者替代关系,前者构成后者的扩展与有效补充。首先,禁止滥用相对优势地位对于维护平台经济领域的公平竞争具有现实意义。平台与平台内经营者之间的依赖关系是现实存在的,滥用依赖关系所产生的排除、限制竞争的后果也是客观存在的且具有一定普遍性。这种后果本质上是基于二者之间特定的依赖关系而产生,并非是基于滥用绝对的市场力量,因此难以通过“禁止滥用市场支配地位”予以规范。从救济的角度来看,反垄断法有必要为承受损害的经营者或者竞争者提供必要的救济途径,无论是通过行政执法,还是民事诉讼。以德国经验来说,相比行政执法,禁止滥用相对优势地位在提供民事救济上意义更为显著。

其次,两项制度在功能定位上并不冲突,两者本质上都是针对滥用市场力量的规制,在规制目的和基础上具有一致性。两项制度都是以“保持市场开放”和“防止市场力量滥用”为最终目标,在认定上都是基于特定的市场结构。但是,两项制度也并不完全重合,不应相互替代。虽然市场支配地位可以通过界定一个狭窄的相关市场来认定,但是用市场支配地位来替代相对优势地位并非最合理的解决方案。主要因为,一是市场支配地位与相对优势地位存在客观差异,前者难以替代后者。相对优势地位是基于特定的交易关系或者路径依赖而产生的一种依赖关系,而市场支配地位则是基于整体市场结构的绝对市场力量。二是相关市场存在客观的界定标准与方法。通过操控相关市场界定,强行将相对优势地位的企业认定为市场支配地位,反而会导致法律实施过程中假阳性错误风险的提升。

最后,除了降低干预门槛和加强事前预防性效果,禁止滥用相对优势地位的补充意义还表现在其可以降低平台市场支配地位认定不确定所带来的影响。因平台类型和商业模式的多元化与复杂性,以及动态竞争、跨市场经营等特征,传统的市场支配地位认定方法难以准确地提供一个认定结果。而相对优势地位是基于双方相对市场力量的比较判断,在认定上相对较为简单。

(三) 平台滥用相对优势地位的分析路径

德国《反对限制竞争法》第 20 条针对企业滥用相对或优势市场力量有一个较为成熟的分析与认定路径,即“界定相关市场—认定企业拥有相对或者优势市场力量—对滥用相对或优势市场力量的行为进行认定”。相比《电子商务法》中直接推定平台与平台内经营者之间的依赖关系,这种基于界定相关市场、分析市场力量、认定滥用行为的分析路径更具合理性。

1. 界定相关市场

无论是纵向的相对市场力量,还是横向的优势市场力量,在认定时都以界定相关市场为起点,包括对商品市场和地域市场的界定。将界定相关市场作为一个必要步骤,反映了相对优势地位本质上就是一种市场力量。在德国法中,传统的相关市场界定标准和方法仍然可适用于相对优势地位的市场界定中。但是,由于相关市场界定对于认定相对优势地位与市场支配地位的意义有所不同,因此二者界定的目标与精准程度也有所不同。

首先,对于相对优势地位与市场支配地位的认定来说,界定相关市场的目标不同,界定的内容也有所区别。市场支配地位是一种绝对的市场力量,相关市场界定是划定目标企业的竞争边界、计算市场份额以及识别竞争者的前提条件。然而,鉴于相对优势地位是一种双边相对关系,界定相关市场的主要目标是识别竞争者。对于纵向相对市场力量的认定来说,竞争者的识别是为了判定是否存在足够且合理的替代;而对于横向优势市场力量的认定来说,相关市场界定对于判定中小企业是否构成竞争对手,以及一方是否拥有优势力量具有重要意义。^[33] 在“房屋中介平台”案中,柏林州高等法院将相关商品市场界定为“房屋中介电子平台市场”,从替代的角度对潜在竞争者进行了识别,对具有中介功能的广告平台、社交媒体平台、传统广告、元搜索引擎(Meta-Suchmaschine)是否构成替代品进行了分析与认定。^[34]

其次,市场份额不是认定相对优势地位的一个必要指标,因此对相关市场界定的精准性要求也有所降低,这有助于缓解因平台相关市场界定不准确所导致的错误风险。在市场支配地位的认定中,市场份额是一个重要指标,市场份额计算的准确性取决于相关市场界定的准确性。但是,对于相对优势地位来说,计算绝对的市场份额不再必要,相对而言目标企业与特定竞争者之间的“相对市场份额比”则更为重要。^[35] 在“沃尔玛”案中,德国联邦最高法院明确指出,在认定横向的优势市场力量方面,计算(绝对的)市场份额是没有必要的,市场中可能存在市场力量更强大的企业,但这些企业所带来的竞争压力仅构成判定行为合理性的一个考量因素,并不能影响对优势力量本身的判定。^[36] 回顾以往德国判决中绝对市场份额的计算可以看出,即使企业具有较低的市场份额,也可能被认定具有相对优势地位。在“Fernsehgeräte II”案中,10%左右的市场份额在消费电子市场就被认定为拥有相对市场力量。^[37] 在“JPG Le Male”案中,拥有3%-7%市场份额的企业被认定具有相对市场力量。^[38] 而“相对市场份额比”可以降低相关市场界定偏差所带来的影响,尤其在横向优势力量的认定中,目标企业与中小型竞争者的市场份额都是基于同一相关市场而计算。

[33] See Westen, Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis, 1987, S. 69 f.

[34] KG, 11. 02. 2022 – U 4/21 Kart, Rn. 18–28.

[35] 这种相对市场份额比也曾被欧盟委员会适用于经营者集中审查中,用以评价参与集中的经营者与市场中主要的竞争者之间市场力量的差距。例如在 Cementbouw 案中, CVK 的市场份额是其最大竞争者的市场份额的 14 倍, 欧盟法院指出这一事实构成认定 CVK 拥有支配地位的强有力证据。Case T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie v Commission, ECR 2006 II-00319, para. 202.

[36] BGH, 12. 11. 2002 – KVR 5/02, Rn. 9.

[37] BGH, 23. 10. 1979 – KZR 19/78, Rn. 15.

[38] LG Nürnberg-Fürth, 21. 05. 2010 – 4 HK O 2611/09, Rn. 18.

2. 认定相对优势地位

在认定相对优势地位时,应当区别对待纵向的相对地位与横向的优势地位。相对地位的认定需要基于经营者与交易相对人之间的依赖关系,而优势地位则是经营者与中小型竞争者因市场力量差异而导致的控制与被控制关系。

在涉及平台的依赖关系认定上,需要考量依赖关系的构成要件,通过对依赖关系进行分类、设置推定来辅助认定。首先,依赖关系是由于市场中缺乏足够且合理的替代而产生的,在平台与平台内经营之间依赖关系的认定上,需要考量市场中替代渠道存在的可能性,以及两者之间的对抗力量。具体的考量因素要根据依赖关系的客观情况进行判断。一方面,替代渠道必须是足够且合理的,即平台内经营者转换到替代渠道,不仅能够满足其销售的需求,同时也不会增加不合理的成本或者损失。转换替代渠道的经济成本与风险应当被考量,若转换需要支付过高成本或者带来过度风险,那么这种替代就是不合理的。另一方面,平台内经营者与平台之间需在对抗力量上处于明显的不平衡。在认定平台内经营者的对抗力量时,需要考量诸如企业规模、用户忠诚度等因素。

其次,对依赖关系进行分类有助于细化依赖关系的认定标准和考量因素。基于平台竞争的特殊性,应当重新审视依赖关系的分类标准。在平台竞争的场景中,现有的依赖关系类型仍然适用,但应进行必要的扩张解释。例如平台经营者与平台内经营者基于长期合作关系而形成一种锁定效应,这种锁定效应可能源于平台内经营者的交易信息与数据(如用户评价信息和销量数据)难以迁移到其他平台,也可能源于因长期合作而形成的稳定用户群体和流量。因长期合作关系而形成锁定效应可以被纳入“企业相关的依赖”中,在认定时需要考量平台内经营者转向其他平台是否会导致其处于竞争劣势。此外,德国在 2021 年修法时对“企业相关的依赖”以及“需求相关的依赖”进行了扩张解释,确立了“数据相关的依赖”(datenbedingte Abhängigkeit)这一新类型,即经营者为开展经营活动而依赖于控制数据访问的另一经营者。数据相关的依赖关系可能发生在两种情况中,一是供应链上下游的企业为开展业务所产生的访问数据的需求,常见于售后市场和物联网市场中;二是市场的新进入者为进入上下游市场而需要访问数据。^[39]

再次,通过特定商业行为来推定双方依赖关系的存在,也是一个常用的判定方法。如德国法在“需求相关的依赖”上设定了一个可反驳的推定(第 20 条第 1 款),即“当供应商定期向购买者提供惯常折扣或者其他服务费用以外的特殊优惠,而其他类似购买者无法获得此类优惠,就可以推定该供应商依赖于该购买者”。衡量本条款中的“特殊优惠”以效率和商业习惯为标准,符合效率或者商业习惯的折扣或服务费用不构成特殊优惠,例如基于销量而给予的折扣。涉及平台内经营者与平台的依赖关系,同样可以通过推定来辅助认定,例如平台内经营者向平台支付不合理的费用或者在损害自身利益的情况下仍然与平台签订独家交易协议,可以被视为平台内经营者依赖平台的表征。

[39] Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), Drucksache 19/23492, S. 80 ff., <https://dserver.bundestag.de/btd/19/234/1923492.pdf>, 最近访问时间[2022-10-12].

在横向的优势地位认定上,主要的判定标准是经营者是否拥有未受竞争约束的行为空间。传统的考量因素如相对市场份额比例、市场进入障碍、企业的财力和技术条件等仍然适用。^[40] 基于平台的特性,还应当考量诸如网络效应所带来的规模经济、多归属或单归属、平台的同质性、访问数据的能力以及创新等因素。但是,与认定市场支配地位不同,在认定优势地位时,分析的范围仅涉及经营者与特定或特定类别竞争者之间的双边力量差异。这种双边力量失衡必须基于具体行业与个案情况进行分析,难以通过一个事前确定的市场份额标准进行判定。例如在“独立加油站”案中,德国联邦卡特尔局是通过分析财力与进入采购市场的难易程度来认定优势地位。^[41] 在“Fotoarbeiten”案中,企业财力、产品范围的广度以及进入采购市场的能力被视为判定优势力量的重要因素。^[42] 在“房屋中介平台”案中,柏林州高等法院评估了市场份额、成本面的规模经济与策略、多归属、平台异质性、创新与潜在竞争、访问数据的能力以及市场进入限制等因素。^[43]

3. 滥用行为的规制范围与认定

从条款结构来说,目前有专门立法的国家大多采取两种模式,德国、法国、比利时采取的是“一般性禁止+具体列举”的立法模式,而日本法采取的是“具体列举”的立法模式。德国法中滥用相对市场力量的行为类型主要是“不公平的阻碍、歧视”。对“不公平的阻碍、歧视”的解释较为宽泛,包括一切对其他市场主体的竞争自由造成不利影响的行为或者差别待遇。滥用优势市场力量的行为类型也同样被规定为“不公平的阻碍”,《反对限制竞争法》第20条明确列举了三种表现形式,包括:(1)低于进货价销售;(2)价格挤压;(3)阻碍竞争者独立获得网络效应。法国法禁止一切可能影响竞争运作或结构的滥用经济依赖行为,行为类型包括拒绝交易、搭售以及歧视性行为。比利时也采取同样的立法结构,将拒绝交易、采取不公平交易条件、限制技术发展、附加限制性条件等行为列举为滥用经济依赖行为。日本法中没有一般性禁止条款,所列举的滥用行为包括搭售、索取不公平的利益以及实施不利于交易对象的交易条件。对行为进行列举有助于为执法和司法实践提供明确的指引。

从各国立法来看,滥用相对优势地位的规制范围较为宽泛,行为类型与滥用市场支配地位的行为类型存在一定的重叠。相比之下,平台领域的滥用相对优势地位可能会表现出新的行为类型,例如我国《电子商务法》第35条所设置的行为类型包括不合理限制、附加不合理条件或者收取不合理费用,其中附加不合理的条件涉及迫使平台内经营者签订独家协议、接受不合理的人驻条件、削减活动资源、搜索降权或屏蔽等。^[44] 德国法将“阻碍竞争者独立获得网络效应并以明显的方式限制有效竞争”也认定为“不公平的阻碍”。因此,对平台滥用相对优势地位行为的规制范围应当基于平台竞争特点,对新类型的滥用

[40] Vgl. Markert, in: Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 20 Rn. 81-84.

[41] Bundeskartellamt, B8-77/00.

[42] Bundeskartellamt, B9-9/03.

[43] KG, 11.02.2022 - U 4/21 Kart, Rn. 66-168.

[44] 参见全国人大财经委员会电子商务法起草组编著:《中华人民共和国电子商务法条文释义》,法律出版社2018年版,第109-112页。

行为进行分析和认定。

在滥用行为的认定上,需要考量行为对公平竞争的阻碍影响,包括自由竞争的目标以及行为是否存在正当理由。具体来说,需要对可能对立的价值目标进行权衡。这种价值权衡包含两个层次,一是权衡考量维持市场自由竞争与保障企业契约自由、意思自治;二是权衡考量行为所涉及不同主体的利益,确保各类主体自由参与竞争的机会。这种利益权衡有助于降低反垄断法干预过度或干预不足的风险。在德国 Edeka 案中,德国联邦最高法院提出,在判定是否存在正当理由时,需要全面考量有关各方的利益以及自由竞争的目标。^[45] 基于自由竞争的立法目标,涉及平台滥用相对优势地位的利益权衡,应当综合考量平台、平台内经营者、竞争者、消费者以及其他用户的利益,只有当行为的效果客观上具有不公平性,并且使企业处于竞争上的不利地位,这种行为才会构成相对优势地位的滥用。如在数据相关的依赖下,认定“不公平”必须考量数据持有方与需求方两方的利益。当获取并使用数据所带来的利益超越对数据进行独家控制所产生的利益,阻碍访问就可能构成不公平。一方面是基于数据获取的角度,考量数据访问对上下游市场竞争和商业模式创新的影响,以及需求方对数据生成、数据价值增值的贡献等。另一方面是基于数据持有和保护的角度,考量提供数据访问的可行性以及数据访问的成本,包括数据生成、匿名化以及移除商业秘密所带来的成本。

四 法 结 语

平台经济的发展对反垄断法规制平台经营者滥用市场力量提出了新的挑战。传统的“禁止滥用市场支配地位”在应对平台经营者滥用市场力量方面存在一定困境。互联网平台本身的特性使其相对于平台内经营者或者中小型竞争者具有相对优势地位。平台基于这种相对优势地位所实施的滥用行为,诸如不合理的价款或交易条件等,同样可能导致排除、限制竞争效果。美国反托拉斯法与德国《反对限制竞争法》对禁止滥用相对优势地位制度,都存在多元目标价值追求。我国《反垄断法》与德国法相似,也构建了多元的价值目标,其中保护市场公平竞争、维护消费者利益与社会公共利益能够为禁止滥用相对优势地位提供价值基础。近年来,各国在针对平台滥用行为的治理理念上,存在从单一地关注消费者福利增长到强调事前预防、降低干预门槛的发展趋势。我国是否应在反垄断法中构建平台滥用相对优势地位的规制制度,存在一定价值选择,即便构建,亦应坚持基于市场力量的分析方法,考量平台经济领域的竞争特性,权衡行为对不同价值与利益的影响。在竞争法体系之中,应全面考虑禁止滥用相对优势地位制度的价值、定位与认定方式,以更好地保护竞争、实现公平竞争以及消费者保护。

[本文为作者参与的 2021 年度北京市社会科学基金重点项目“网络平台企业横向集中的市场势力及其反竞争行为治理”(21GLA014)的研究成果。]

[45] BGH, 23.01.2018 – KVR 3/17, Rn. 9.

[**Abstract**] The development of the platform economy poses new challenges to the Anti-Monopoly Law in regulating the abuse of market power by platforms. The traditional “prohibition of abuse of market dominant position” is ineffective in dealing with the abuse of market power by platforms. The superior bargaining power of Internet platforms stems from the particularity of platform competition. On the one hand, due to the role played by platforms in rule-making and market entry and the specific nature of cross-market competition, on-platform undertakings are dependent on platforms. On the other hand, compared with small and medium-sized competitors, platforms have certain advantages in terms of scale and users’ data. The abuse of superior bargaining power by platforms may also lead to the effect of eliminating and restricting competition. Therefore, it is reasonable to introduce a clause of “prohibition of the abuse of the superior bargaining power” in the Anti-Monopoly Law. The Chinese Anti-Monopoly Law establishes multiple goals, among which protecting fair competition in the market and safeguarding consumer interests and social public interests can provide a value basis for prohibiting the abuse of superior bargaining power. To regulate the abuse of the superior bargaining power by platforms, it is necessary to clarify the idea of the governance, the functional positioning and the analysis approach of this clause at the institutional level. In terms of governance ideas, there has been a trend of development in recent years from focusing solely on consumer welfare growth to emphasizing prevention and lowering the threshold for intervention, and prohibiting platforms from abusing their superior bargaining power is consistent with this trend. In terms of functional positioning, the prohibition of abuse of the superior bargaining power and the prohibition of abuse of a dominant market position have certain commonalities and differences. Both aim to safeguard the free competition opportunities for undertakings. The prohibition of abuse of the superior bargaining power can be regarded as an extension and effective supplement to the prohibition of abuse of a market dominant position. Superior bargaining power implies that it is difficult for transaction counterparties to find alternatives in the market, or small and medium-sized competitors lose the opportunity of free competition and are excluded from the market due to the aggressive commercial behavior of platforms. This problem cannot be solved through the prohibition of abuse of the dominant position. Moreover, the determination of the superior bargaining power of enterprises is based on the comparison of the two parties’ market power, which reduces the impact of uncertainty in the determination of the dominant position of a platform. To introduce a clause in the Anti-Monopoly Law that prohibits platforms from abusing their superior bargaining power, China should adhere to an analysis method based on market power, follow the approach of “defining the relevant market - determining that the undertaking has relative or superior bargaining power - identifying the abusive behavior”, consider the characteristics of competition in the platform economy, and weigh the impact of the behavior on different values and interests.
