

· 数字经济与社会 ·

数字经济背景下的反垄断应对：欧盟经验与中国路径

杨洁

华东政法大学国际法学院 上海 200050

摘要: 在国际竞争日趋激烈、数字经济迅猛发展、公平竞争成为时代潮流的现实背景下, 如何实施反垄断治理, 实现公平竞争, 是数字经济时代必须破解的课题。随着数字经济的发展, 可能引发的垄断典型问题有价格平价协议、算法合谋、拒绝数据开放等。针对这些问题, 欧盟形成了一些反垄断经验, 包括制定反垄断协议规则、对算法合谋和数据开放进行规制等。借鉴欧盟经验, 我国可以从以下路径出发进行反垄断治理: 完善数字经济领域竞争政策、建立算法合谋识别机制、明确竞争要素数据的法律地位、加强对数字平台的反垄断监管。

关键词: 反垄断法; 数字经济; 数据开放; 反垄断监管

中图分类号: F49; D922.294 文献标志码: A 文章编号: 1672-8505(2021)04-0068-08

doi: 10.12189/j.issn.1672-8505.2021.04.009

Anti-monopoly Response in the Context of Digital Economy: EU Experience and China Path

YANG Jie

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai, 200050, China

Abstract: With increasingly fierce international competition, rapid development of digital economy and fair competition becoming the trend of the times, how to implement anti-monopoly governance and achieve fair competition is the issue that must be resolved in the digital economy era. With the development of digital economy, the typical monopoly problems that may arise include price parity protocol, algorithm conspiracy, denial of data opening and so on. In response to these problems, EU has formed some anti-monopoly experiences, involving formulating anti-monopoly agreement rules, regulating algorithm collusion and data opening, etc. Learning from EU experiences, China can conduct anti-monopoly governance by taking the following approaches: improving competition policies in the field of digital economy, establishing a mechanism for identifying conspiracy algorithms, clarifying the legal status of competition element data, and strengthening the anti-monopoly regulation of digital platforms.

Key words: anti-monopoly law; digital economy; data opening; anti-monopoly supervision

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)自2008年8月1日施行以来, 为社会主义市场经济的健康发展提供了法律依据, 也为我国经济融入全球市场发挥了关键作用。伴随着数字经济的迅速发展, 全球经济模式发生了重大变化, 大数据技术给反垄断法带来的挑战问题已经成为世界反垄断法研究的前沿问题, 同时也促进我国《反垄断法》迎来首次修订。2020年1月2日, 国家市场监督管理总局官

收稿日期: 2021-05-10

作者简介: 杨洁, 女, 硕士研究生, 主要从事国际经济法、国际反垄断法研究。

引用格式: 杨洁. 数字经济背景下的反垄断应对: 欧盟经验与中国路径[J]. 西华大学学报(哲学社会科学版), 2021, 40(4): 68-75.

网公布《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》,向社会公开征求意见。此次修订旨在完善反垄断的立法目标,确立竞争政策的基本地位,统一反垄断执法的标准和程序,增强执法能力,并确保在数字经济中有效进行反垄断执法。

我国学界已意识到《反垄断法》的司法实践将面临数字经济的挑战。如李苑(2020)指出,学界对互联网时代反垄断问题的研究还不够深入,需加强对大数据和人工智能时代新经济形态下的反垄断研究^[1];许光耀(2020)围绕“大数据产业是否给反垄断法带来真正意义上的挑战”展开讨论,指出大数据给反垄断法带来的挑战仍停留在概念层面,需对相关市场的界定、垄断行为的识别及竞争下效果的考察等问题予以澄清^[2];王先林(2020)指出,反垄断法的修订应对垄断协议、数字经济规制进行完善^[3]。很显然,明确数字经济对《反垄断法》带来的挑战并提出解决之策,是数字经济时代学界必须破解的课题。

一、数字经济时代可能引发的垄断典型问题

作为新经济业态,数字经济展现出强大的生命力。以我国为例,随着移动互联网的快速普及以及互联网与各行各业垂直领域产生深度融合,数字经济持续保持良好的发展态势。据中国信息通信研究院监测,截至2019年底,我国价值超10亿美元的数字平台企业达193家,比2015年新增了126家;从价值规模看,2015—2019年我国数字平台价值由7957亿美元增长到2.35万亿美元,年均复合增长率为31.1%^[4]。2020年新冠肺炎疫情暴发以来,数字经济开创的新技术、新业态、新模式,体现出较强的适应能力,成为新的经济增长点,在一定程度上缓解了经济下行趋势。数字经济在为全球经济注入活力的同时,也引发了一些垄断问题,即数字经济竞争所具有的独特商业形式,将不可避免地造成一家企业或几家企业独大的局面。数字经济竞争“赢家通吃”、“二选一”、网络效应、规模经济、快速创新及高水平投资的特点,强化了通过竞争获得市场支配地位的趋势。这给反垄断法的司法实践带来了挑战,如大数据技术可能引发网络安全、违约、侵权、侵犯商业秘密及不正当竞争等法律问题,还会产生“杀熟”“寡头市场共同支配”等问题。本文根据目前全球数字经济发展的现状及趋势,将可能引发的垄断典型问题概括如下。

(一) 价格平价协议

2013年,在OECD举行的“在线销售的纵向限制”论坛上,“价格平价协议”或“零售最惠国”(online retail most favored nation)条款引起了各界的广泛关注。价格平价协议意指卖方与某电子交易平台达成纵向协议,卖方承诺在该电子交易平台上收取的价格不会超过其与其他平台上收取的价格。价格平价协议确实有阻止“搭便车”、克服信息不对称的作用,但对于价格限制的约定可能导致平台采取收取较低佣金的竞争方式,从而阻止竞争平台进入市场。此外,透明的价格机制会引发平台之间或者消费者之间的共谋,人为地抬高消费品的价格^[5]。2020年3月,亚马逊遭到美国西雅图市律师提起的集体诉讼,原因就是亚马逊强加于第三方卖家身上的“价格平价协议”违反了《谢尔曼反垄断法案》,削弱了平台之间的竞争。

价格平价协议是供应商与平台之间的协议,规定了竞争产品的价格或竞争零售商收取的价格之间的相对关系。这是一类特殊的价格关系协议,包含广泛的合同条款,其中卖方的价格与其他相关价格捆绑在一起,该价格可以是其他卖方为相同产品或类似竞争产品提供的价格,也可以是同一卖方为产品提供的价格。价格平价协议具有两个要素:一是纵向要素,因为它们涉及价值链中不同层次的公司;二是水平要素,因为它们将竞争商品的价格与竞争零售商的价格联系起来。适用跨平台平价协议,意味着不同平台无法为了提升销量或者预定量而实行差异化定价,消除了不同平台之间在向生产商收取佣金方面开展竞争的动机,进而抬高佣金及消费者最终支付的价格。价格平价协议可能阻碍新的低成本平台进入市场,减少创新性竞争,且缺乏价格差异化,妨碍了消费者在价格与质量之间作出取舍。价格平价协议极有可能导致共谋。该类协议往往通过创设一种针对共谋佣金平台背离行为的自动惩罚机制,促进各运营平台之间达成共谋,产生潜在的反竞争效果。

(二) 算法合谋

算法合谋是指竞争对手之间实施的可能损害消费者利益的共同利润最大化策略行为。目前,算法广泛运用于互联网企业,企业依赖于算法进行预测分析、优化业务流程、支持商业决策。算法可以基于历史数据评估用户需求、预测价格变化、预测客户行为和偏好等,以达到预测分析的目的。算法也可以用于优化业务流程,通过降低交易成本,区分消费者群体以获得竞争优势。在这种环境下,算法可以让企业之间在不需要明确沟通或者互动的前提下相互依赖,提升默示合谋的风险^①,使消费者承担更高的消费代价。由于涉及算法,发现并举证企业的违法性可能非常复杂,这就要求执法部门提高执法准确度,发现上述垄断行为。此外,基于算法达成的默示合谋,可能无法被现有的反垄断规则所规范。

算法合谋问题涉及法学、经济学、大数据科学等多个领域,全球对于该问题的研究仍处于初步阶段。人工智能和机器学习的最新发展,推动算法上升到了一个新的高度。计算机较之人类可以更迅速地作出预测及决策,这也是算法合谋产生的技术基础。算法在企业层面的运用是时代的必然,但也极有可能被用于各类反竞争行为,这种行为的反垄断责任在很大程度上取决于是否依赖算法与其他公司进行合谋^②。在实践中,为了达成持续维系合谋的平衡,竞争对手往往会设定一定的惩戒机制或监督机制去维系算法合谋的平衡。

(三) 拒绝数据开放

在数据驱动的商业模式下,每个人的习惯、偏好等都可通过数据分析被挖掘和呈现,线上平台利用交易数据,分析用户需求,优化价格展开营销,驱动了企业的发展。数据日渐成为企业的竞争性要素,直接帮助企业在相关市场上拥有更强的竞争力,甚至帮助企业拥有控制商品或者服务的价格、数量或者其他交易条件的能力,深化企业市场力量,锁定消费者以及提高市场进入门槛^③。这有可能给企业带来实施先发制人、排他行为甚至新型合谋等反竞争行为的动机,由此引发一系列问题。比如,拥有市场支配地位的数据持有主体,如果拒绝开放其持有的特定数据,是否构成《反垄断法》意义上的拒绝许可,构成滥用市场支配地位?大数据是否会给企业带来竞争优势,对采用数据驱动型商业模式的企业的市场力量会带来何种影响?在认定特定企业是否拥有市场支配地位时,大数据扮演着何种角色?

运营数字平台的互联网企业的特征之一是在大量不同的市场中运营,通过创建完整的数字生态系统,将自己的市场力量从一个市场转移到邻近的甚至是遥远的市场。因此,平台在一个相关市场中积累的用户数据具有多种用途。数据赋能竞争成为数字经济时代的重要特征,结合多边市场、网络效应等其他特点,大数据在互联网行业中对于特定企业市场力量的促进作用越来越突出,数据的收集和使用可能加强这些市场上领头企业的市场力量^④。不同体量的企业所能获取的市场数据存在差异,大型企业可以获取更大规模的数据、提供更好的服务、吸引更多的消费者,从而产生更多的数据。在市场竞争中,企业会基于法定要求或者商业目的对其所获取的数据实施保护,在一定程度上降低了竞争对手的数据可获取性,使其处于不利地位或阻止其进入新的市场。

二、数字经济时代欧盟的反垄断实践及经验

数字经济对反垄断法中垄断协议、滥用市场支配地位与经营者集中等方面的制度都提出了诸多挑战,需要在一些具体规则与分析工具上作出调整。2019年,欧盟委员会已将数字经济下的反垄断政策作为工作的重点事项,致力于塑造一个“适合数字时代的欧洲”^⑤。其后欧盟继续保持高压监管态势,完成了谷歌反垄断执法的第三案,并尝试将隐私保护、平台规则透明化、数字安全等更多事项纳入反垄断监管范畴,在全球范围内处于领先地位。针对数字经济时代可能引发的垄断典型问题,欧盟形成了一些反垄断经验。

(一) 制定反垄断协议规则

欧盟的竞争管理机构和法院一直致力于处理“价格平价协议”或“零售最惠国”条款,产生了 Apple 电

子书价格垄断案、Booking.com案以及德国HRS案。欧盟竞争管理机构的执法部门对于“价格平价协议”或“零售最惠国”条款的合法性看法不一。以德国为例,其竞争管理机构的执法部门按照“零售最惠国”条款的适用范围和影响不同,将“零售最惠国”条款分为广义和狭义两种,前者指该条款限制供应商在其他销售渠道上提供更低的价格或者更优惠的条款,后者指该条款限制供应商在其自有网站上提供更低的价格或者更优惠的条款,但是不包括在其他平台上。

德国竞争管理机构认为广义的“零售最惠国”条款是反竞争的,这是因为:第一,广义的“零售最惠国”条款限制了价格竞争,使市场进入者难以建立市场地位,希望进入市场的平台可以向各国提供较低的中介服务佣金来吸引销售商进入其平台,但是销售商无法以较低的价格将节省的成本转嫁给消费者;第二,生产商在某一平台设定的价格,与消费者在其他平台或通过其他销售渠道获得的产品价格相同,可能会导致品牌内零售价格竞争的消除。而关于狭义的“零售最惠国”条款是否具有反竞争的效果,则存在一定的争议。在德国,传统上认为,广义和狭义的“零售最惠国”条款具有相同的反竞争效果,但在Booking.com案中,杜塞尔多夫高级区域法院改变了传统的观点,坚持认为狭义的“零售最惠国”条款原则上限制了竞争,但是不违反德国或欧盟的竞争法。客观来说,狭义的“零售最惠国”条款是确保供应商和平台之间公平、平衡关系的必要条件。通常情况下,平台会为了推广产品或向消费者提供更有价值的信息而增加投资,否认狭义的“零售最惠国”条款则会损害上述投资。而且,狭义的“零售最惠国”条款只要求供应商在自己的网站与平台之间实现平等,限制了供应商与某平台之间的品牌内竞争,仍然维持了平台之间一定程度上的价格竞争,平台之间的潜在品牌内竞争依然存在,同时避免了“搭便车”行为的产生。但是从竞争的角度,其他欧盟成员国对于狭义的“零售最惠国”条款是否具有反竞争的效果持有不同意见。2015年,法国、意大利和瑞典接受了使用“承诺”来实现市场从广义的“零售最惠国”条款到狭义的“零售最惠国”条款转变的许可。在瑞典,专利法院禁止狭义的“零售最惠国”条款的裁决,但此后被废止。而在有些成员国中^③,则明确禁止广义的“零售最惠国”条款和狭义的“零售最惠国”条款。

(二) 对算法合谋的规制

2020年6月,欧盟委员会就可能的新竞争工具咨询利益相关者,明确将“基于算法的技术解决方案”及其默示合谋倾向作为潜在的调查对象^[9]。欧盟竞争事务专员玛格丽特·维斯塔格强调,企业有义务遵循数据保护与反垄断方面的法律去设计算法^[10]。欧盟将作为合谋便利工具的算法分为以下四类进行规制。

1. 明示算法合谋

算法是“人类意志的技术扩展”,而明示算法合谋意指竞争对手通过书面或者口头等明确的协议方式,共同实施的可能损害消费者利益的共同利润最大化的策略行为。2017年欧盟电子商务部门的一项调查显示,大多数在线零售商使用算法来监测竞争对手的价格,大约2/3的用户使用算法来自动调整价格以作出响应^[11]。算法自动定价功能可以使那些出于恶意目的执行价格协议的在线零售商更容易进行交易。典型案例是2016年英国的GB-Eye Trod案,在线海报销售商因使用预先编程的定价算法来协调差异化且不稳定的市场中的价格而被指控。由于明示算法合谋价格及其他交易条件仍由人类协商,故该类算法合谋可通过传统的反垄断执法工具予以规制。

2. 默示算法合谋

算法可以发挥企业间媒介的功能,通过收集与处理市场数据,快速应对竞争对手的行为。欧盟更关注的是:随着算法的进步,默示算法合谋在数字经济中是否更为普遍;基于默示算法合谋的隐蔽性,执法部门需要如何调整和规范默示算法合谋的法律方法。

3. 轴辐合谋^④

轴辐合谋意指一个共同的供应商(“枢纽”)协调下游竞争者(“轮辐”)的价格,而无需具有竞争关系

的下游经营者彼此之间制定具有横向垄断效果的协议。围绕“枢纽”和“轮辐”共谋的指控通常比对明示横向共谋的指控更难,因为它需要证明彼此竞争的“轮辐”在意识到相互之间的合谋后果时提高了定价自主权,这种证明难度较大,因此“轴辐合谋”的概念较少被引用。被欧洲学者认为最具有代表性的轴辐协议案件——英国“Replica Football Kit案”的裁决就体现了这点。在该案中确实存在限定最低转售价格的协议,但是英国公平贸易办公室没有直接运用轴辐协议的概念,而是认定该案属于转售价格维持的行为^[12]。

4. 自我学习算法

这是算法能够实现合谋结果最为复杂的方式,即利用机器深入学习定价技巧,在优化利润的任务中发现最佳协调策略,甚至不需要经营者之间设置达成合谋的具体算法,便可以达成合谋结果。自我学习算法非常容易确定合谋者之间利润最大化的价格,在最大程度上损害了消费者的合法利益。但是欧盟尚未明确经营者之间如何达成自我学习算法,这一点亟待深入研究。玛格丽特·维斯塔格曾强调“公司无法通过隐藏计算机程序来逃避合谋责任”。同样,欧洲法院在 Etura 案判决中明确指出,“在通过自动系统实现共谋和执行合谋的情况下,公司不能逃脱责任”^[13]。

(三) 对数据开放的规制

欧盟较早地对该问题予以高度重视,并产生了一系列具有影响力的判例:IMS Health、Bronner 以及微软等案^⑤。在对该问题的处理上,欧盟法院创造性地引入了“必要设施”理论^⑥。个人信息即被认为是一个特定市场的重要设施,是有效竞争客观上必需的产品或者服务,且是无可替代的。具有市场支配地位的企业对这些信息拥有控制权,而竞争对手缺少重建服务所依赖的框架或者体系的技术手段,因此将有效阻止竞争对手进入相关市场。拒绝数据开放会削弱竞争,甚至在一定程度上排除竞争对手,但是这并不意味着具有市场支配地位的企业必须向竞争对手提供数据。依据欧盟法院对 IMS Health、Bronner、微软等案的判决,只有在位企业所拥有的数据独一无二,且竞争对手无法获取相关数据去开展自己的经营活动时,才能适用“必要设施”理论。当数据被有效地概念化为一种基本要素,要求企业承担与竞争对手共享数据的义务时,必要设施理论的适用标准则会非常高^⑦,其包括以下四个要件。一是数据对于下游产品是必不可少的;二是上游与下游市场不存在有效的竞争;三是拒绝共享数据会妨碍产品的更新迭代;四是不存在拒绝数据开放的正当理由。欧盟对于“必要设施”理论的适用主要聚焦于适用要件一和要件二。欧盟法院在 Magill 案中明确,只有具市场支配地位企业在下游市场活动且拒绝提供必要设施时,才可能被视为滥用市场支配地位。这一点对于当前中国互联网企业的开放数据之争,具有较强的借鉴意义。

但是上述欧盟对于“必要设施”理论的适用,不能成为强迫具有市场支配地位的企业开放数据的原因。在市场竞争中,支持数据开放,共享“必要设施”可能不利于企业的创新性发展,也有违背合同自由原则之虞。正如欧洲法院在 Bronner 案中强调的,强制交易的义务可以在短期内促进竞争,但是会在一定程度上减损竞争对手开发必要设施的积极性,也会挫败拥有市场支配地位的企业投资开发必要设施的主动性。因此,欧盟在处理涉及具市场支配地位企业的案件时,也会综合衡量各种利益。这一点同样值得我国法院和执法部门在数据适用“必要设施”理论中加以借鉴。

三、数字经济时代我国反垄断治理的路径

我国反垄断法以传统实体行业为主要调整领域,各种对垄断行为的规定、相关市场的界定、市场支配地位的认定等等,均难以适应数字经济时代的发展趋势。针对当前数字经济发展的需要,结合上述对欧盟反垄断经验的分析,本文认为我国可以从以下路径出发进行反垄断治理。

(一) 完善数字经济领域竞争政策

目前各国发布的有关数字经济对反垄断法影响的调研报告以及相关论文,均表明数字经济的发展并

未对本国反垄断法的监管框架造成太大影响,如2019年4月英国政府发布的《数字时代的竞争政策》报告指出:“欧盟竞争法理论在坚实的经验基础上不断发展,逐案演变并应对各种挑战和不断变化的情况。同时,欧盟竞争规则的稳定核心原则被确保一致地执行。”^[14] 欧盟运行条约 TFEU 第 101、102 条所包含的竞争法基本框架将继续为在数字时代保护竞争提供一个充分且足够灵活的基础。Pinar Akman (2019)也提出:“目前的竞争规则和工具足以处理涉及在线平台等的竞争案件,竞争规则不需要全面修订,因为世界各地竞争规则的实质性规定都是广泛的、开放的、灵活的,可以被解释成为涵盖以前未被发现的违反法律的做法。”^[15]

同样,目前我国禁止垄断协议、滥用市场支配地位以及经营者集中这三大支柱性制度体系整体上仍具有可适用性,数字经济发展带来的诸如算法合谋、拒绝数据开放等新问题仍处于《反垄断法》及相关反垄断规则规制的范围内。但面对我国数字经济的发展情况及反垄断执法现状,有必要完善数字经济领域的竞争政策,紧密结合中国数字经济发展需求和发展阶段设定反垄断目标,探索推进包容审慎监管。从短期来看,对于处在发展初期具有较大潜力的新业态、新模式,应当给予适当的自治权限,对数字经济的重点行业、重点平台和重点问题应加强关注。同时,处理好市场和政府之间的逻辑关系,把握政府监督态度。国家市场监督管理总局应当把握审慎监管与反垄断调查之间的关系,将科技反垄断作为工作的重点。阿里巴巴集团因涉嫌垄断,被国家市场监督管理总局处以其2019年销售额的4%计182.28亿元罚款^⑧、美团因在支付渠道中取消支付宝支付相继遭受反垄断诉讼,均是数字经济时代我国反垄断工作常态化的体现。从中长期来看,反垄断治理和数字经济的发展应同步规划、同步实施,加强反垄断的经济学分析,增强反垄断规制体系对数字经济新问题的适应性,并提高反垄断执法方式的灵活性,加强反垄断执法的国际交流与合作。同时,我国国家市场监督管理总局应当适时启动相关市场调研,厘清大数据和算法等在我国互联网产业中的实际应用情况,重视开展相关竞争理论研究,重点关注数字经济反垄断新议题,并将隐私保护度竞争、创新竞争、强迫披露定价算法等前沿问题纳入反垄断研究范畴,为未来的反垄断执法奠定基础。

(二) 建立算法合谋识别机制

算法可以让企业之间在不需要事先达成协议或者明确沟通互动的前提下相互依赖,提升了默示合谋的风险,导致更高价格水平的出现,对竞争执法机关现有的合谋识别机制提出了挑战。针对算法的直接管制措施,各司法管辖区正关注如何确保算法更为透明,并对作为合谋便利工具的算法如何承担责任展开研究。目前我国头部数字平台运用算法频繁。基于算法的运用,平台模式越来越多地向垂直行业领域延伸,形成了由数字平台驱动的跨界创新浪潮。当前,我国反垄断执法部门工作的重点是建立算法合谋识别机制,并将头部数字平台算法合谋类型化。在当前的监管模式下,建立内部击破机制和外部监管机制具有一定的紧迫性与正当性。第一,针对内部击破机制的建立,需贴合我国现实发展需要,进一步拓展宽恕政策的执法范围,落实透明确切的相关政策规定,加大对于算法合谋的处罚力度进而提升“自首”的可能性,借助反向博弈推动“囚徒困境”瓦解算法合谋的垄断行为。第二,对于外部监管机制,有必要建立市场调查机制、举报人奖励制度。一方面通过监督市场结构和市场行为决定是否采取救济措施,另一方面有效落实举报人奖励制度,鼓励举报并防止滥用举报制度^[16]。此外,妥善应对算法合谋带来的竞争问题,可借鉴欧洲委员会竞争总局的成功经验,由国家市场监督管理总局成立专门的算法研究小组,对与算法有关的技术原理和发展趋势进行深入研究,从法律角度去审视算法合谋的类型和商业模式,确保有效执法。

(三) 明确竞争要素数据的法律地位

目前,数据驱动已成为数字经济背景下企业竞争行为的特征,数据亦成为重要的竞争要素,并成为认定案件竞争效果以及认定平台力量的重要因素。在数据驱动型并购交易中,数据控制与开放将是今后反

垄断执法部门关注的核心之一。具有市场支配地位的企业能否拒绝对其持有的特定数据库向不特定的第三方开放,该种拒绝行为是否构成反垄断法上的滥用市场支配地位,是否违反反垄断法上的必要设施原则等问题,亟须我国立法予以回应。建议我国在《反垄断法》的修订中应适当体现数据这一竞争要素在竞争分析中的地位,对于利用数据认定企业是否构成滥用市场支配地位这一问题,应当明确其具体详细的分析路径,以准确及时地判断企业是否存在滥用市场支配地位这一垄断行为^[17]。

对于数据在适用“必要设施”理论时,应考虑到该理论的适用确实会抑制数据持有主体创新的积极性。现阶段我国反垄断执法中,在处理涉及具市场支配地位企业的案件时,要充分借鉴欧盟经验,综合权衡企业创新与市场竞争等多种因素,只有在间接竞争环境下才考虑对数据适用“必要设施”理论,且须充分证明拒绝行为符合反垄断法承载的多元价值。对于该理论的适用,应充分把握适用要件一“数据对于下游产品是必不可少的”以及要件二“上游与下游市场不存在有效的竞争”,即只有在具有市场支配地位的企业已经在下游市场开展经营活动的状况下,拥有特定数据集的经营者拒绝开放数据集才构成滥用市场支配地位。此外,数据开放的持续性及实时性特征对今后的数据开放提出了更高的要求,技术的快速发展也为数据开放提供了新的可能。如当前的应用程序编程接口访问技术,有利于使用者快速访问站点的服务和资源,从而实现数据的快速更新,并且能很好地保护企业程序源代码和商业秘密^[18]。我国政府相关部门应推动更多的互联网企业以及银行等金融机构开放自身数据接口以及数据库端口,打造共享数据、算法、交易以及其他业务功能的商业生态系统。

(四) 加强对数字平台的反垄断监管

目前欧盟持续保持反垄断高压态势,不断加强对于互联网企业的反垄断监管。2017~2019年间,谷歌受到了欧盟委员会超过93亿欧元的反垄断处罚。2020年,欧盟监管机构拟定了一份“打击名单”,名单覆盖20家科技公司。同年,再次指控美国科技业电子商务龙头亚马逊公司滥用在线市场的掌控地位,扭曲市场竞争,涉嫌违反了反托拉斯法。为了实现数字经济领域的公平竞争,欧盟还将推出新的数字服务法案,进一步强化平台责任,明确在线市场运行规则。

而当前我国针对互联网领域的反垄断调查,是反垄断执法常态化的重要体现。强化反垄断监管是规范和发展平台经济、促进平台经济健康发展的核心保障,是推动经济高质量发展的内在需要。对此,建议大力加强我国对数字平台的反垄断监管,将以往宽松的市场监管转为审慎的反垄断执法调查。坚持以经济分析为核心的反垄断监管框架,加大力度开展反垄断执法,强化并购审查。在《禁止反垄断协议暂行规定》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》的基础上,对数字经济领域的问题作出进一步规定,为执法监管提供更为科学的评估标尺。

注释:

- ① 国内也有隐性共谋、默示合谋、默示共谋、默示合意、默契合谋、默契共谋、默契合意等译法。本文为行文方便,统一采用“默示合谋”的表述。
- ② 德国联邦卡特尔局2017年发布的《大数据与竞争》报告指出,收集和利用数据能够提高经济效率,有助于竞争,不过收集和利用数据也有可能限制竞争。第一,数据是市场力量的促进因素。第二,数据有助于提高市场透明度,进而有助于企业达成反垄断协议。第三,数据是企业实施限制或者排除限制行为的根源。该报告还指出,具有市场支配地位的经营者阻碍或者拒绝其他经营者获得数据,可能构成排他性的滥用行为。
- ③ 明确禁止广义的“零售最惠国”条款和狭义的“零售最惠国”条款的国家有:比利时和奥地利。
- ④ 在现有的反垄断司法实践中,美国是明确把“轴辐协议”或“轴辐合谋”作为一种单独的合谋行为进行分析的,但欧盟各国则更习惯于用横向协议和纵向协议来解构轴辐协议。为行文方便,本文使用“轴辐合谋”这一用语。
- ⑤ 欧盟相关案例为: Judgment in Telefis Eireann and Independent Television Publication Ltd V. Commission of the European Communities (Magill), Joined cases C-241/91 and C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98; Judgement in Oscar Bronner GmbH & Co.KG v. Mediaprint Zeitungs, C-7/97, ECU:EU:C:1998:569; Judgment in IMS Health GmbH & Co.OHG v.NDC Health GmbH & Co.KG,C-418/01, ECU:EU:C:2004:257; Judgment in

Microsoft, T 167/08, ECLI:EU:T:2012:323。

- ⑥ 必要设施理论源自美国判例法, 该判例即 1912 年的 U.S. 诉 Terminal Railroad Association of St. Louis 案。该理论目前尚未得到美国联邦最高法院的认可, 但是欧盟对于该理论的使用更为积极。
- ⑦ 必要设施理论的传统适用要件为: (1) 必要设施对市场竞争具有必要性; (2) 拒绝许可必要设施, 将消除下游市场的竞争; (3) 拒绝许可没有正当理由。欧盟在 Magill 案中, 新增了“阻止新产品产生”这一要件。
- ⑧ 国家市场监督管理总局:《市场监管总局发布阿里巴巴集团控股有限公司在中国境内网络零售平台服务市场垄断案行政处罚决定书和行政指导书》, http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html, 最后访问时间: 2021 年 4 月 10 日。

参考文献:

- [1] 李苑. 反垄断法研究的热点、演进与展望——基于Citespace的文献计量分析[J]. 价格理论与实践, 2020(7): 48 - 52.
- [2] 许光耀. 反垄断法前沿问题的研究进展[J]. 价格理论与实践, 2020(1): 52 - 56 + 177.
- [3] 王先林. 我国反垄断法修订完善的三个维度[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(2): 17 - 28.
- [4] 中国信息通信研究院.《平台经济与竞争政策观察(2020)》报告发布[EB/OL]. (2020-05-30) [2021-04-10]. https://www.sohu.com/a/398692364_354877.
- [5] 韩伟. 迈向智能化时代反垄断法演化[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 57.
- [6] ARIEL Ezrachi, MAURICE E Stucke. Virtual competition[J]. Journal of European competition law & practice, 2016(9): 585 - 586.
- [7] 詹馥静. 大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开[J]. 上海财经大学学报, 2020, 22(4): 138 - 152.
- [8] 欧洲战略: 塑造欧洲的数字未来[EB/OL]. (2020-02-09) [2021-04-10]. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_en.
- [9] Antitrust: Commission consults stakeholders on a possible new competition tool[EB/OL]. (2020-06-02) [2021-04-11]. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_977.
- [10] 玛格丽特·维斯塔格在第18届国际竞争大会的致辞[EB/OL]. (2017-03-16) [2021-04-11]. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.
- [11] European Commission. Final report on the e-commerce sector inquiry[R]. Brussels: Council of Europe, 2017.
- [12] 侯利阳. 轴辐协议的违法性辨析[J]. 中外法学, 2019, 31(6): 1598 - 1616.
- [13] GUPTA P. Competition policy in the age of "Big Tech": Assessing the EU's approach[J]. Cambridge journal of science and policy, 2020(1): 1 - 10.
- [14] Digital Competition Expert Panel. Unlocking digital competition: Report of the digital competition expert panel[R]. London: UK Government, 2019.
- [15] PINAR Akman. An agenda for competition law and policy in the digital economy[J]. Journal of European competition law & practice, 2019(10): 589 - 590.
- [16] 吴太轩, 谭娜娜. 算法默示合谋反垄断规制困境及其对策[J]. 竞争政策研究, 2020(6): 63 - 74.
- [17] 杨东. 论反垄断法的重构: 应对数字经济的挑战[J]. 中国法学, 2020(3): 206 - 222.
- [18] 孙晋, 钟原. 大数据时代下数据构成必要设施的反垄断法分析[J]. 电子知识产权, 2018(5): 38 - 49.

[责任编辑 燕朝西]