

互联网领域经营者市场支配地位的认定

潘艳红

(中共江苏省委党校, 南京 210009)

摘要:互联网经济领域反垄断立法落后于互联网经济的发展已是不争之实,首要问题便是经营者市场支配地位的认定标准。《反垄断法》确立的单一市场结构标准面临市场份额计算的困境以及市场份额与市场支配地位关联度不高等难题,虽然《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》等规范性文件对互联网领域经营者市场支配地位的认定做了有益探索,将传统的市场结构标准与互联网领域的特殊考量因素相结合进行综合考察,但这种范式不可避免地增加反垄断调查工作量和举证难度。因此,通过改变计算对象和引入流量份额来完善市场结构标准,可以更准确地认定互联网领域经营者市场支配地位。

关键词:市场支配地位;互联网领域;市场结构标准;市场份额

中图分类号:D901

文献标识码:A

文章编号:2097-0625(2022)04-0007-05

一、问题的提出

随着人工智能、大数据等数字科技的飞速发展及广泛应用,世界已经进入数字经济时代。拥有技术优势或市场优势的互联网企业一旦掌握了海量数据资源,便可能利用市场支配地位攫取更大的利益,互联网领域垄断问题随之而来,这可以从 Facebook 垄断案和谷歌搜索比价购物案等互联网企业垄断案件中窥见一斑。

由于互联网产业与传统产业的运作方式具有极大差异,传统的《反垄断法》似乎对这种新兴的垄断行为缺乏规制的理论基础,因此互联网领域反垄断便作为一个独立的法律问题被提出。

互联网产业有其不同于传统产业的特殊性,所以在面对互联网产业的垄断行为时,需要针对其与传统产业垄断行为的差异制定不同的执法策略。具体来说,《反垄断法》规定的三种垄断行为在互联网领域均有出现,其中互联网经营者滥用市场支配地位情形是与传统行业差异最大的,同时也备受关注,使《反垄断法》在互联网领域的适用面临极大的挑战。诚然,互联网领域也存在垄断协议行为和经营者集中行为,针对此类案件,虽涉及提供互联网服务的内容,但其垄

断协议的本质与传统行业垄断协议是一致的,该垄断协议是否违法、是否有害的判断标准与传统行业的垄断协议并无不同,反垄断执法机构对此驾轻就熟。

互联网领域滥用市场支配地位的案件中,互联网经营者的“滥用行为”本身的认定并不会带来太多困境,因为案件的发端往往来自经营者的某些“滥用行为”对市场竞争或者消费者造成了实际损害,故此类案件处理的关键还是在于认定互联网经营者是否具有市场支配地位,对于其市场支配地位的认定往往决定了该垄断行为是否成立,进而影响到案件处理结果。因此,本文将围绕认定互联网领域经营者市场支配地位问题展开探讨。

二、《反垄断法》视野下互联网领域经营者市场支配地位的认定

对于传统行业,有三种认定市场支配地位的标准:市场结果标准、市场行为标准和市场结构标准^[1]。尽管这三种标准均可适用,但综观各国的立法及司法实践,市场结构标准通常占据了绝对的优先位置,其他两种标准由于可操作性不强,往往只是起到辅助认定的作用。目前,以市场份额为核心的市场结构标准是世界各国反垄断法认定市场支配地位的主要依据。

收稿日期:2022-04-06

作者简介:潘艳红(1975—),安徽望江人,博士,副教授。研究方向:公司法、竞争法及市场监管。

(一)我国《反垄断法》认定市场支配地位的标准

《反垄断法》第 18 条规定了认定经营者市场支配地位应当依据的因素,第 19 条也规定了可以利用市场份额来推定经营者具有市场支配地位的几种情形。这两条确立了以市场份额为核心的市场结构标准对经营者市场支配地位进行认定。

有学者认为我国《反垄断法》司法实践中认定市场支配地位是单一的市场结构标准,市场份额是认定市场支配地位的唯一因素,从而得出有标准无法适应我国互联网的发展现状的结论^[2]。这样的论证看似过于绝对,但逻辑上经得起推敲。在立法层面,根据《反垄断法》的有关规定,确立以市场份额为核心的市场结构标准来认定市场支配地位,同时吸收了市场行为标准和市场结果标准中的部分内涵,如引入了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以及其他经营者进入相关市场的难易程度等因素,所以基于立法层面,我国《反垄断法》采用的是复合型市场结构标准。在实践层面,我国的反垄断执法机构调查垄断案件的,主要调查方向侧重对经营者实施何种垄断行为及该垄断行为对市场造成的影响,而认定其具有市场支配地位的调查仅仅是滥用市场支配地位案件中一个前提性工作,反垄断执法机构对此投入的精力也十分有限,普遍做法是仅依据市场份额这一项因素认定其是否具有市场支配地位。此外,在反垄断案件审判中,针对市场支配地位的认定,法官会更加谨慎,首先采信证明经营者市场份额的证据,但在遇到证明其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度以及其他经营者进入相关市场的难易程度等证据时,由于此类证据无法量化,法官一般不予采信或者仅将其作为证明力较弱的证据予以考虑。故在法律实践层面,认定市场支配地位采用了单一的市场结构标准。

(二)《反垄断法》市场结构标准在互联网领域的适用

在传统产业中,市场份额的计算以市场销售数据为依据、以货币金额为计算对象,进而得出的市场份额作为认定市场支配地位的证据;而在互联网经济领域,无论是市场份额的计算还是以市场份额证明其是否具有市场支配地位都会出现问题。

1. 市场份额计算的困境

市场份额的计算应当以销售金额数据为计算对

象,如果销售金额数据不全或不存在销售金额数据,该如何计算?互联网领域的企业大部分存在免费服务运作模式,在这种模式下,用户并不需要付钱,互联网服务提供商通过在互联网服务中插入广告的形式向广告投放者收取费用。在免费提供互联网服务的情形中完全不存在销售金额,依据传统方法就无法计算市场份额。或有互联网企业同时提供免费和付费服务,付费部分的销售金额数据是可获得的,但由于占提供服务中的很大比例的免费服务无法计算在内,仅有这部分数据参与计算则无法得出其准确的市场份额。如果通过改变市场份额计算方法将二者统一纳入计算,还会出现诸如二者能否纳入相关市场的新难题。另外,通过销售额计算市场份额在互联网领域可能无法反映市场的真实情况,互联网产业与传统产业的差异使得销售额到市场份额的直接传导作用不再明显,所以在互联网领域,市场结构标准在市场份额计算这一环节便会陷入困境。

2. 互联网行业市场份额与市场支配地位联结减弱

传统产业中市场份额在一定时间内波动是平缓的,销售额的变化传导至市场份额的增减,反映了该经营者在一定时间内市场支配地位的变化。互联网领域的市场份额变化则截然不同,很多时候市场份额会出现短时间暴增或暴跌的情形,较之传统产业表现出更强的动态特征。究其原因,可能与趋利与跟风这两种常见情况相关。趋利即指资金实力雄厚的互联网企业在投放产品的初期提供大量补贴、红包和优惠活动吸引用户使用,加上宣传得当,可能在几天之内,市场份额就能攀升到很高的位置。跟风是指某些互联网产品经过社交媒体的传播,在网络中形成了强大的影响力,导致大量用户在很短时间内集中下载使用。除此之外,可能还有其他情形会导致市场份额的剧烈波动,这种情形下虽有较大市场份额,但难以证明互联网领域经营者具有市场支配地位,因为使用类似方法获得的市场份额具有暂时性。所以在互联网领域,市场份额与市场支配地位的联结是稍弱的,某些情况下市场份额对于认定市场支配地位并没有重要意义。在认定市场支配地位的时候,不能仅仅关注市场份额,更重要的是考察企业是否具有维持巨大市场份额的能力。

3. 高市场份额与消费者福利

传统行业的高市场份额带来的是绝对的市场支配地位,且相关市场的生产、经营、销售的话语权牢牢掌握在拥有高市场份额的经营者手中。而互联网领域则不同,互联网企业的发展需要依靠庞大的用户群体进行支撑,因为互联网企业盈利的基础是用户数量及忠诚度而不是产品的销售。占有较高市场份额的互联网企业,不会因为其现有用户数量庞大就提高服务价格赚取利润,而会进一步向用户提供更多的福利和免费服务,以此培养用户的消费习惯,吸引更多的用户,这样才能不断降低边际成本,实现互联网企业的持续发展。另外,很大一部分互联网企业的盈利模式是通过向其占有的用户群体提供免费服务,在免费服务中插入广告,向广告的发布方收取费用从而获利。

综上所述,互联网企业的高市场份额非但不会损害消费者利益,甚至可能会给消费者带来福利,所以对互联网企业市场份额较高的情况,在认定其是否具有市场支配地位时需要有更宽容的态度或标准,或者如某些学者所认为,互联网领域的反垄断执法应具有谦抑性,才不违背《反垄断法》立法之初衷^[3]。

三、有关规章视野下经营者市场支配地位的认定

2021年中央经济工作会议将“强化反垄断和防止资本无序扩张”列为重点工作任务,政府有关部门相继出台了《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》(以下简称“规定”)、《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称“指南”)等规定,在一定程度上弥补了互联网领域经营者市场支配地位认定上的立法空白。

(一)《规定》与《指南》中相关条文关系之厘清

《规定》和《指南》尽管不具有严格的法律约束力,但其较为全面地梳理了互联网领域反垄断的执法思路与特殊考量因素,体现了执法部门对相关问题的理解,故将其纳入讨论范围极具现实意义。

《指南》第11条对互联网平台经济市场支配地位认定延续了《规定》的思路,在内容上做了一定的补充。《规定》中认为应考虑的因素分散在《指南》第11条6款的条文中,《指南》中新增了用户黏性、用户多栖性及数据获取的难易程度,同时考虑该市场份额持续的时间,平台影响或者决定价格、流量或者其他交易条件的能力,活跃用户数、点击量、使用时长或者其他指标在相关市场所占比重等因素。从这些补充因

素可以看出,《指南》中认定互联网平台是否具备市场主体地位的核心是平台的规模效应与数据收集、处理及整合能力,因为平台往往会通过网络效应及对用户附加较高的锁定效应实现市场份额的占有,进而达到规模效应,同时通过抓取、处理、整合用户数据形成该平台最核心的垄断能力,这是互联网经济有别于传统行业的显著特征。与实体经济相比,数字经济更多地体现为一种“注意力”经济的特点。数字经济由于其轻资产化的成本优势以及技术创新的关键内核,其对用户的信息服务大多都是免费的。而互联网平台则依托海量用户群,为平台内的其他经营者创造大量交易机会。平台企业最终的盈利来源于产品或服务的差价、网络广告营收、商户销售抽成、收取会员费、代理商代理的销售利润、间接利润^[4]。这是执法部门将互联网平台经济的特点纳入考量,作为对传统行业市场主体认定因素的有效补充,此举弥补了《规定》在认定市场主体过程中过于简单及缺乏可操作性等不足。

互联网经营者滥用市场支配地位的认定具有特殊性,但同样也具有滥用市场支配地位的共性。《指南》中补充因素不仅应适用于平台经济的市场主体认定,也应适用于互联网领域中具备同样特征但呈现不同样态的互联网企业。

(二)《规定》与《指南》融贯语境下的探讨

《指南》第11条是《规定》第11条在实践层面的铺展延伸,二者共同形成了一种关于认定互联网领域经营者支配地位之因素的融贯语境。在这种融贯语境下,认定互联网领域经营者市场支配地位的因素除了传统的市场结构标准之外,主要还应考虑互联网领域的一些典型特征。针对Facebook搜集用户数据案,在市场结构标准之外主要考察Facebook掌握和处理相关数据的能力,同时综合考虑Facebook的锁定效应和用户数量,综合认定该企业是否具有市场支配地位,从而根据其滥用市场支配地位的事实证成该企业实施了垄断行为。谷歌搜索旗下比价购物服务案亦可通过同样的方法进行反垄断调查。

在这种融贯语境下,《规定》与《指南》为解决互联网领域滥用市场支配地位垄断行为的认定提供一种可能的范式,即通过将传统的市场结构标准与互联网领域的特殊考量因素相结合,对互联网领域经营者进行综合考察,进而判断其是否具有市场支配地位。这种范式不可避免地会增加反垄断调查的工作量和举

证难度,为今后的法律实践带来更多的挑战。因此,在认定企业市场支配地位过程中,应以实现高效监管和精准监管为目的,坚持范式分析与个案分析相结合的原则,维护消费者福利以及平台市场竞争效率^[5]。

四、互联网领域经营者市场支配地位认定标准之完善

基于《规定》和《指南》探索的认定市场支配地位的可能范式,仅针对现有单一的市场结构标准下来展开讨论,无法适应互联网领域的新问题所提出的修补方案,未对目前的市场结构标准进行根本的革新或重构,而是在市场结构标准之外增补新的影响因子,故其应用效果仍需实践检验。此外,这种范式由于考量因素范围过大,各种考量因素所占比重无法确定,在实践中容易造成认定标准的不统一。基于此种担忧,笔者认为增补考量因素的修正方案可应对当下互联网领域的反垄断问题,但考虑到互联网领域及新经济领域的快速发展,不断增补新的考量因素并非长远之计,完善传统的市场结构标准才是解决之道。

首先,可以通过改变市场份额的计算对象来完善市场份额计算问题。原先的市场份额以销售金额作为计算对象在互联网领域遭遇了困境,因互联网领域存在大量免费服务与付费服务交织、低档次付费服务与高档次付费服务混合的情形,计算销售金额既无法体现免费服务对用户的锁定,也无法体现低档次付费服务与高档次付费服务对于市场份额的不同影响。新的市场份额计算方法可以将服务产品的消费数量作为计算对象,将免费服务、各档次付费服务均以数量的形式统一于互联网同类服务产品总数量之下,这种方法计算出的市场份额才能较为真实地反映经营者的市场支配地位。另外,消费数量的计算简单便捷、易于操作。计算某种商品的市场份额只要统计其销售单位即可,尤其是在大数据背景下,这种统计简单易行。

其次,可以引入流量份额解决市场份额与市场支配地位联结减弱的问题。将流量份额与市场份额分

别以一定权重加权平均,得出一组综合份额数据,以此数据作为认定市场支配地位的依据。流量是用来描述一个网站或网络软件用户访问量、用户在线数量及用户浏览数据量等信息的数据,常见的数据指标有独立访客(Unique Visitor,是将访问网站或软件的一台电脑客户端作为一个访客计数,以该客户端的 IP 地址作为其身份证明,00:00—24:00 内相同的 IP 地址只计算一次)、总访问量(含重复访客)、点击量及访客停留时间等。当下,流量不仅是一组单调的数据,它是互联网经营者商业模式的载体,更是企业能否盈利的关键。有学者认为,由于流量在经济领域蕴含了巨大的财产价值,还应当将其作为一种特殊的财产利益加以法律保护^[6]。可见流量对于互联网领域经营者的重要性。网站拥有相应的流量,根据互联网经济特性,大流量一定会带来大概率商业转化率,高转化率的流量就成为有经济价值的流量。当然流量除了其经济价值之外,其作为数据的本质属性与市场份额之间具有紧密的联结关系,流量数据能直观地反映某一种互联网产品在一定时间内被一定数量的用户使用情况,只要相关市场界定得当,便能准确计算出该产品的流量份额。

互联网领域经营者市场支配地位的认定采用何种标准需要进行综合考虑,认定标准中的考量因素既要能够准确严谨地证明市场支配地位,又需在法律实践中具有操作性。由于现有研究成果大部分是传统的工业经济背景下的成果,而根据平台、算法、数据以及数字竞争环境的新特点应要求对反垄断法既定的概念、理论以及执法进行调整和完善^[7]。随着互联网领域反垄断案件数量的增多,反垄断执法机构和法院将会面临更多与现行反垄断法律体系不相适应的疑难案件,对反垄断立法的效率和质量提出了更高的要求。因此,在面对此类涉及互联网领域的反垄断问题时,法律人应打破传统产业模式下的思维定式,积极吸取新领域的相关知识,才能让法律的革新跟上时代发展的步伐。

参考文献:

- [1] 叶明. 互联网行业市场支配地位的认定困境及其破解路径[J]. 法商研究, 2014(1): 32.
[2] 胡丽. 互联网企业市场支配地位认定的理论反思与制度重构[J]. 现代法学, 2013(2): 95-101.

- [3] 焦海涛. 论互联网行业反垄断执法的谦抑性:以市场支配地位滥用行为规制为中心[J]. 交大法学, 2013(2):31-48.
- [4] 邹开亮, 王霞. 互联网平台市场支配地位的认定障碍与路径优化[J]. 价格理论与实践, 2021(4):27.
- [5] 路文成, 魏建. 互联网平台企业市场支配地位认定逻辑与流程[J]. 浙江学刊, 2021(5):123.
- [6] 季境. 互联网新型财产利益形态的法律建构:以流量确权规则的提出为视角[J]. 法律科学, 2016(3):182-191.
- [7] 胥智仁. 共同市场支配地位制度的理论演变与发展[J]. 探索, 2022(1):92.

Identification of Market Dominant Position of Operators in the Internet Field

PAN Yanhong

(Party School of Jiangsu Provincial Party Committee, Nanjing 210009, China)

Abstract: It is an indisputable fact that anti-monopoly legislation in the field of the Internet economy lags behind the development of the Internet economy, and the primary issues is the identification standard of the operator's dominant market position. The single market structure standard established by the "Anti-Monopoly Law" faces the dilemma of market share calculation and the low correlation between market share and market dominance. Although the "Interim Provisions on Prohibition of Abuse of Dominant Market Position" and the "Anti-monopoly Guidelines of the Anti-Monopoly Commission of the State Council on the Platform Economy" and other normative documents have made useful explorations on the identification of market dominance of operators in the Internet field, combining traditional market structure standards with special considerations in the Internet field for a comprehensive examination, this paradigm inevitably increases the workload of antimonopoly investigations and the difficulty of producing evidence. Therefore, by changing the calculation objects and introducing traffic shares to improve the market structure standards, we can more accurately identify the market dominance of operators in the Internet field.

Keywords: market dominant position; Internet field; market structure standard; market share

[责任编辑 朱振]