

互联网+行业相关市场界定的困境及应对

郑晓晶

(安徽广播电视大学, 合肥 230022)

摘要:互联网+行业的双边市场属性、产品免费、弱价格性、数据获取难等特点,对通行的相关市场界定方法——假定垄断者测试(SSNIP)提出了挑战。为此,应明确模糊化处理原则的适用条件及范围,加强供给替代分析,引入技术创新、产品表现等因素在市场界定中的作用。

关键词:互联网+行业;相关市场界定;假定垄断者测试;供给替代分析

中图分类号:D912.294

文献标识码:A

文章编号:1008-6021(2017)03-0016-04

近年来,随着互联网+技术的飞速发展,互联网+企业越来越多。不可避免的竞争伴随而来,由此导致的诉讼也越来越频繁。如:著名的“3Q”之争、欧共体诉谷歌滥用市场支配地位等。然而,由于互联网+行业自身的特点,以及我国《反垄断法》本身起步较晚,相关理论研究及实务操作经验均有限等原因,对于以互联网+这种新型市场为背景的垄断诉讼,在相关市场性质界定、相关市场界定法律适用选择及尺度标准等方面均存在问题。也引发竞争法学界的广泛关注。目前,学界与实务界对互联网+行业相关市场界定存在的问题已然达成共识,普遍认为互联网+行业相较于传统商品市场具有双边性、网络外部性等新的特点,导致传统的相关市场界定方法在互联网+行业相关市场界定中的不适,如何应对这一情况,目前有采用模糊化处理原则、供给替代分析等方法。然而对于这些观点的研究,均处于起步阶段,其操作规则均需细化。比如模糊化处理原则的程度如何把握;在运用供给替代分析时,除了考虑现实的供应商之外,是否还需要考虑潜在供应商;SSNIP作为目前界定相关市场较为成熟的方法,在运用到互联网+行业时,有没有变通的方法;等等,都是目前理论界与实务界在深入探讨的问题。

一、相关市场界定的一般方法

对于大部分垄断诉讼案件来说,进行相关市场界定是其垄断行为判定的第一步。所谓相关市场是

指某一产业的市场集中度,即某一企业开展生产经营活动、进行市场竞争的商品和地域范围^[1]。相关市场的概念最早出现于美国反托拉斯案件判决书中,后被引入到立法。时至今日,各国在其反垄断立法中,均已对其做出明确定义。我国国务院反垄断委员会在《关于相关市场界定的指南》中明确规定:相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。这里主要有时间和地域两个要素,也即“相关商品市场”和“相关地域市场”。

目前,对于相关商品市场界定各国普遍的做法是“假定垄断者测试”方法。

(一)假定垄断者测试(SSNIP)的概念

所谓假定垄断者测试,即SSNIP,其实质是“小幅但显著的非临时性的涨价”,当一个商品进行了一个数目不大但很重要且非临时性价格上涨,各国通行的涨价幅度标准为商品在充分竞争市场下价格的5%~10%,涨价时间周期1年左右。在这个涨价周期内,观察客户是否愿意转而购买可以得到的其他替代品。

如果客户转而去购买其他替代商品,那么便认为这两种商品处于同一市场^[2]。如此反复进行,直至消费者不会因为涨价转而购买其他商品,以此来确定相关市场的边界。虽是SSNIP建立在模拟分析基础之上,然而其科学性也是不言而喻的,其为相关市

收稿日期:2017-05-03

基金项目:安徽省高校优秀拔尖人才培养资助项目“互联网+背景下对相关市场界定的再认识及应对思路”(项目编号: gxyq2017166)。

作者简介:郑晓晶(1984-)女,安徽六安人,讲师,硕士。研究方向:经济法学。

场边界的界定提供了较为科学的方法。在此之前市场界定方法都是以定性分析法为基础,其缺陷是市场的外延无法界定准确,而SSNIP却是建立在定量分析基础之上的,其精确的数据分析能够很好地弥补这一缺陷^[3]。

(二)SSNIP的适用条件

SSNIP适用条件包括以下两个方面。

首先,市场是单边市场。所谓单边市场是指由买卖双方构成的市场。在单纯的单边市场中,企业的利润仅仅与企业产品的价格总水平有关,而无须考虑不同消费者之间的定价比。也即单边市场不具有双边市场的典型特征——网络外部性。在单边市场中,消费者是同一类型,比如航空公司根据消费者的不同需求来设定不同的舱位及价格,供不同的消费群体选择,但是不同消费群体对舱位的需求本身是互不影响的,例如经济舱的票价并不影响消费者对头等舱的需求,反之头等舱价格的正常波动也不会对经济舱票价的需求量产生影响。显然,航空服务就是典型的单边市场。

其次,市场上不存在价格歧视。《关于相关市场界定的指南》明确规定,在运用假定垄断者测试方法界定相关市场时,其基准价格应以市场充分竞争的价格为准,否则的话可能导致相关市场被技术性的放大。即SSNIP模型适用的前提条件是充分竞争市场环境,其原始数据有效与否,取决于相关企业产品是否处于充分竞争的市场环境中。如价格本身已经是垄断价格,则会导致市场范围被技术性的扩大,即所谓的“玻璃纸谬误”^[4]。

二、互联网+行业对SSNIP的挑战

(一)互联网+行业的双边市场属性

目前互联网+行业大多是典型的双边或多边市场。所谓双边市场是指有两组独立参与者通过同一平台进行交易,其中一组参与者在平台的收益取决于另一组参与者的数量的市场,也即这两个参与者具有交叉网络外部性,双边市场的网络外部性是指一个商场中产品的效用会随着另一个市场产品需求数量的变化而变化^[5]。如淘宝网、百度等。在双边市场中,存在免费和收费两个市场。比如百度,消费者是免费使用百度搜索服务的,而广告投放商却要支付相应的费用,广告投放商之所以选择在百度平台做广告,是基于百度庞大的消费者数据这一前提,也即如没有用户再使用百度搜索引擎,也就没有广告投放商再选择百度做广告。

(二)互联网产品多是“免费”的

用户使用百度搜索,从不需要付费。然而,SSNIP的核心内涵即是“对相关产品进行小幅但显著的非临时性的涨价,其核心是根据消费者对这一涨价的反应,来确定相关市场边界”。对于互联网+行业零收费的现象,有学者提出应厘清互联网+行业免费现象的本质,认识到虽然用户没有支付金钱,但是用户在使用免费互联网产品和服务的时候,支付了时间和注意力成本。主张时间和注意力成本即是互联网+行业价值流通的媒介。笔者也认为,世上没有免费的午餐,客户在使用互联网+行业免费服务的同时,支付了时间和注意力成本^[6]。然而,对这种以消费者时间和支付注意力作为对价的市场,如何适用SSNIP来界定相关市场的边界,学界却莫衷一是。

(三)互联网+行业的弱价格性

互联网+行业有别于传统行业的一大特点是其主要依靠产品的性能来吸引客户,而非主要依靠价格。比如:苹果手机在智能手机市场上价格一直居高不下,然而消费者仍然对其热情高涨,相反小米等其他品牌智能机虽价格低廉,却难以撼动苹果机的市场地位。另外互联网+行业的客户粘性,也即互联网+行业的用户锁定效应。比如网络游戏转移的高成本性,导致玩家一般不会选择转移。又如用户大多会选择使用人数多的聊天工具,而不会去选择用户人数少的聊天工具,即便它的功能再强大。因此,互联网+行业用户这种对价格免疫的情况,导致SSNIP传统的分析手段对互联网+行业并不适用,因为相较于价格,互联网用户更关注产品的性能、特征、使用效果、固定用户等因素^[7]。

(四)互联网+行业数据获取较难

上文提到SSNIP分析是建立在对市场各项数据的精确获取基础之上的,而互联网+行业是刚刚发展起来的新兴行业,相关数据的来源、采样分析的模式及其有效性都有待考证,从而影响SSNIP的分析结果。另外,由于互联网+行业之间存在平台技术兼容性、网络效应等问题,导致互联网+行业很容易出现价格歧视,而破坏数据收集的有效性。

三、互联网+行业相关市场界定的应对思路

(一)明确“模糊化处理原则”的适用条件及范围

在本文第二部分,笔者指出由于互联网+行业技术革新的快速及强大的网络效应等原因,导致其相关市场界定相较于传统行业更为困难。针对这一问题,目前司法实务中,有操作采取“模糊化处理规则”。所

谓“模糊化处理规则”是指即使在认定没有市场支配地位的情况下,当相关市场边界模糊、市场支配地位不明确时,可以进一步分析行为对竞争的影响效果。也即在当我们无法判断企业是否具有支配地位的时候,可以考虑跳过相关市场认定的环节,直接适用《反垄断法》的一般原则,对企业行为进行评价,看是否存在限制竞争的效果。这一做法可从最高院在审理“奇虎诉腾讯公司滥用市场支配地位纠纷上诉案”中可见端倪。法院判决书中写道: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,以检验其是否具有市场支配地位^[8]。

综上,法院认为“模糊化处理原则”适用的依据是:垄断行为对市场竞争秩序的影响效果。由于“模糊化处理原则”存在不确定性,很难操作,实务中应严格界定其适用条件。笔者认为在我国反垄断法实施时间较短的大背景下,对于“模糊化处理原则”的适用一定要慎之又慎,以免造成执法者无所适从。且在适用“模糊化处理原则”时,应综合考虑被告是否有强大的市场力量,这种力量是否足以阻碍市场有序竞争并损害消费者利益,而不仅仅是考虑被诉行为对其他竞争者的影响。

(二)在互联网+领域加强供给替代分析

由于“模糊化处理原则”中模糊的标准很难界定等因素,为便于实务操作,有学者提出在互联网+领域,可采用“供给替代分析”来进行相关市场界定。供给替代是依据其他企业为进入市场而进行的改造生产设备的投入、所承担的经营风险以及进入相关市场所需时间等因素,从经营者的角度来确定不同商品之间的替代程度^[9]。一般来说,企业为进入某行业所投入的资金、设备、人力越少,为此行为承担的风险越小,那么供给替代程度就较高。也就意味着,该行业竞争状况良好,企业滥用市场支配地位的可能性较小。相对于“模糊化处理原则”而言,进行“供给替代分析”具有更好的实务操作性,因而也更被实务界所接受。

笔者也认为,在互联网+行业适用供给替代分析,应注意以下两个方面:首先,不仅应考虑现实的竞争者,也应考虑潜在竞争者。因为互联网+行业是以快速创新为其生命力的行业,创新意味着不确定性,今天的“龙头”明天就可能变成“龙尾”;快速意味着市场界定时效性的降低,今天无交叉的两个企业,明天可能就是竞争对手。因此如果在进行相关市场

界定时,只考虑现实中的竞争者,会导致市场边界界定过窄。相反如果考虑潜在竞争者,肯定互联网+行业的高速创新性,可以给互联网+行业提供更加宽松的竞争环境。

其次,互联网+行业供给替代主要受知识产权门槛和技术门槛的掣肘。这两点对“被告”的竞争约束存在明显的潜在性和极大的不确定性。如果无条件地考虑所有潜在的竞争者,会导致“低估”被告市场份额和市场势力。因此,“供给替代分析”中的潜在竞争者,是指有效竞争者。所谓有效的潜在竞争者,笔者认为是指经营者市场进入行为或其将来可能实施的市场进入行为是有效且可行的,即经营者在进入某一市场的时候,不存在明显的进入障碍;并且其进入市场之后,能迅速有效地从竞争者手中夺得大量市场份额。笔者认为应在借鉴欧盟、美国立法的基础之上,分析供给替代分析的基本模式、适用条件、具体操作细则等参数,来甄别市场中有效的潜在竞争者。

(三)充分认识 SSNIP 的局限性,考虑引入技术创新、产品表现等因素在市场界定中的作用

正如哈德曼等所描述的“在以互联网+为代表的高科技产业中,非价格竞争比价格竞争更加重要,价格变化在短期内对真正的创新产品需求没有影响”^[10]。针对这种情况,有学者提出依据付费端市场来界定互联网+行业相关市场,但是对于为何只考虑付费端,并没有权威的解释。

笔者认为,虽然其他国家的执法经验告诉我们,在反垄断法执法过程中,可不依据相关企业的市场份额来判断其是否实施了垄断行为,然而我国反垄断法制定到实施毕竟只有10年,相较于反垄断法实施比较成熟的国家,尚处于起步阶段,对于用企业所占有的相关市场份额来判断其是否具有市场支配地位,仍有较强的依赖性。而SSNIP作为确定相关市场范围较为成熟的方法,在现阶段仍应被大量采用。而针对互联网+行业与传统SSNIP方法相冲突的事实,笔者认为,可以考虑对互联网+行业进行相关市场界定时,弱化价格这一因素,取而代之产品性能、特征、使用效果、市场上竞争者数量等多种要素来进行界定。比如在计算市场份额时,可以考虑该产品的用户数量、网民覆盖率、网络安全等因素,综合进行测量。

总之,随着互联网+行业的普及,诉争也不可避免的随之增多。可以预见未来互联网+行业反垄断

案件将层出不穷。因此,理论界与实务界应互为支撑,积极探索适合我国国情的互联网+行业相关市场界定的理论和方法,从而保证互联网+行业经营者既

不被“误杀”,也不被“错放”,为反垄断法公正执法服务,以维持市场经济秩序,保证市场经济有序运行、维护消费者合法权益。

参考文献:

- [1] 尚明.对企业滥用市场支配地位的反垄断法规制[M].北京:法律出版社,2007:34.
- [2] 张志伟.传统反垄断规则在互联网行业适用的冲突与协调:基于奇虎诉腾讯案件的思考[M].南昌:江西人民出版社,2014:68.
- [3] 李剑.双边市场下的反垄断法相关市场界定:百度案中的法与经济学[J].商法研究,2010(5):38.
- [4] 徐骏,苏银珊.互联网行业反垄断面临的新难题:基于腾讯QQ与奇虎诉讼案[J].财经问题研究,2012(9):346.
- [5] 于左,高建凯,周红.互联网经济学与反垄断政策研究新进展:“互联网经济学与反垄断政策研讨会”观点综述[J].中国工业经济,2013(12):65.
- [6] 蒋岩波.互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路:基于双边市场条件[J].法学家,2012(6):58.
- [7] 吴宗法,陈伟.互联网反垄断规制的难点及应对思路[J].经济理论与实践,2016(6):38.
- [8] 谢冠斌.奇虎诉腾讯滥用市场支配地位纠纷上诉二审判决的评析[J].中国人民大学书报资料中心,2015(4):27.
- [9] 仲春.互联网行业反垄断执法中相关市场界定[J].法律科学(西北政法大學學報),2012(4):126.
- [10] 王先林.中国反垄断法实施热点问题研究[M].北京:法律出版社,2011:36.

The solutions to the Challenges of the Internet + Industry Related Market Definition

ZHENG Xiao-jing

(Anhui Radio and TV University, Hefei 230022, China)

Abstract: Attributes of bilateral market, products for free, weak prices, data acquisition difficulty and other characteristics of Internet+industry challenge the prevailing market definition method—the hypothetical monopolist test(SSNIP). The application conditions and scope of the principle of fuzzy treatment should be clearly defined, and the role of the supply of alternative analysis, the introduction of technological innovation, product performance and other factors in the market definition should also be strengthened.

Key words: Internet + industry; related market definition; the hypothetical monopolist test; the supply of alternative analysis

[责任编辑 叶甲生]