

数字经济时代企业市场 支配地位认定： 基于德国反垄断执法案例的评析*

张怀印

摘要：Facebook 作为全球知名的社交网络平台，收集、分析、融合和使用消费者数据以获取广告收入已成为其核心业务和主要运营模式。对数字驱动型企业而言，数据的融合创新产生的业务增长为其带来重大的发展机遇，同时也对如何经营企业提出了挑战。数字经济时代，企业收集、分析和使用消费者数据的合法性边界难以厘清，数据收集是否会构成市场支配地位难以判定。德国联邦卡特尔局的 Facebook 案是 2017 年《反限制竞争法》修订后的第一个案例，也是迄今为止针对数据收集、利用问题的唯一一个反垄断案例。其审查思路及其对市场支配地位的认定，对于研究数字时代德国的反垄断法适用及其规制理念具有重要的理论价值，对我国数字时代反垄断法的法律完善和执法实践也有很大的借鉴作用。

关键词：数据竞争； 数据收集； Facebook 案； 相关市场； 市场支配地位

作者简介：同济大学 上海国际知识产权学院 副教授 上海 200092

中图分类号：D951.6

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2019)04-0114-16

* 本文系国家社会科学基金重大项目“基于知识产权密集型产业的强国战略路径研究”(编号：17ZDA140)、同济大学中央高校基本科研业务费专项资金资助“‘一带一路’知识产权纠纷解决机制研究”(编号：22120180083)的阶段性成果。感谢匿名评审专家的修改意见，文中疏漏之处由作者自负。

一、问题的提出

Facebook (脸书)是全球运营社交网络的知名企业,开发和运行各种数字产品、在线服务和智能手机 APP,其核心产品是社交网络 Facebook.com。Facebook 在德国从 2008 年运行至今,其用户一直不断攀升,成为德国社交网络市场的主流企业。当前,数据驱动型企业以前所未有之势推动企业创新,为各国的消费者和公司带来巨大的利益。同时,数据也成为创新性数字企业参与市场竞争的重要资产。数字企业及其运营模式正在崛起,社交网络、云计算、大数据及分析对消费者的影响逐步加深。数据的收集、分析、融合已经成为数据驱动型企业的核心业务和主要运营模式。Facebook 是典型的依赖数据收集利用作为主要业务模式的企业。使用 Facebook.com 社交网络的前提是用户在注册时同意其提出的服务条款,因此用户不得不签订合同、同意该服务条款。根据服务条款规定,Facebook 可以收集各种用户数据,还可以通过诸如 Instagram 之类的商业服务收集用户数据。对数字驱动型企业而言,数据的融合创新带来业务增长为其带来重大的发展机遇,同时也对如何经营企业提出了挑战。数字化时代,企业收集、融合数据在何种程度上是其企业运营所必需,又在何种程度上会构成市场支配地位?这对数字时代的反垄断法执法提出了挑战。

2016 年 3 月,德国联邦卡特尔局(Bundeskartellamt)对 Facebook 展开调查,分析 Facebook 在数据收集、融合过程中是否构成了滥用市场支配地位。2019 年 2 月 6 日,德国联邦卡特尔局公布了其对 Facebook 数据收集行为为期三年的调查结果,认定 Facebook 在个人用户数据的收集、整合和使用等方面滥用市场支配地位,构成剥夺性滥用行为(Exploitative Abuses),即在未征得有效同意的前提下,将其自有平台(Facebook, WhatsApp, Oculus, Masquerade 与 Instagram)及其他第三方网站和软件收集的用户个人信息整合至 Facebook 账号,构成了滥用市场支配地位^①。

Facebook 案是 2017 年德国《反限制竞争法》(GWB)修订后的第一个案例,也是迄今为止针对数据收集、利用问题的唯一一个反垄断执法案例。德国联邦卡特尔局对 Facebook 的调查和滥用市场支配地位认定的主要依据是《反限制竞争法》。2017 年德国《反限制竞争法》进行的第九次修订,主要动因之一是应对数字市场对反垄断法的挑战。为了使反垄断法适应数字化时代的发展,第九次修订新增了一系列针对数字市场的反垄断法规则,即“数字市场反垄断法条款”,使德国成为世界

^① Bundeskartellamt, “Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?nn=3599398>, 访问日期:2019-09-26.

上第一个明文规定数字市场反垄断法的国家^①。数字时代“相关市场”如何界定?数字市场中企业市场支配地位认定的主要因素有哪些? Facebook 案审查的逻辑思路及其对市场支配地位的认定,对于研究数字时代德国的反垄断法适用及其规制理念具有极其重要的理论价值。当前,我国已经发生诸如“奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案”这样的诉讼案例,反垄断法也亟须应对数字时代的挑战。研究数字时代德国企业市场支配的地位的判定问题,对我国数字时代反垄断法的法律完善和执法实践也有很大的借鉴作用。

二、德国企业市场支配地位认定的规范基础及其改革

(一)德国企业市场支配地位认定的规范基础

《德国反限制竞争法》于1958年1月1日开始生效,六十余年来一直是德国规制企业反垄断行为的法律基石。规制滥用市场支配地位是现代反垄断法的三大支柱之一,在德国反垄断法中同样具有举足轻重的地位。《德国反限制竞争法》(2013年修订)第18条和第19条是规制企业滥用市场支配地位的基本法律规范。其第18条第1款对市场支配作出规定:如果一家企业作为某类商品或者工商业(gewerblich)服务的供应者或需求者,在相关产品市场和地域市场上符合了以下条件,即具有市场支配地位:1. 没有其他竞争者;2. 没有面临实质上的竞争;或者3. 相对于其他竞争者具有突出的市场地位^②。第3款以非穷尽性列举的形式规定了认定市场支配地位时应当尤其考虑的因素,包括:1. 市场份额;2. 财务实力;3. 供应或销售市场的进入;4. 与其他企业的联系;5. 其他企业构成的合法或事实上的市场进入壁垒;6. 本法适用地域范围内外企业的实际竞争或潜在竞争;7. 将其供应或需求转换到其他商品或者工商业服务的能力;8. 反向市场一方借助于其他企业的能力。第4款和第7款规定了市场支配地位的推定及其推翻:第4款规定,如果企业占据至少40%的市场份额,则被推定具有支配地位;第7款则规定,如果企业能够证明其满足一定的条件,第6款的推定将被推翻。第5款和第6款规定了两家以上企业或者企业整体市场支配地位的认定。其第19条第1款首先以一般性条款的形式禁止一家或多家企业滥用市场支配地位,第2款则以非穷尽列举的方式规定了五种尤其构成滥用市场支配地位的具体行为,并列举出5种具体情形。

(二)数字经济时代德国企业市场支配地位认定规范的革新

六十年来,德国反垄断法追求的雄心勃勃的目标一直是在经济各领域内维持

^① 参见周万里:《〈德国反限制竞争法〉的第九次修订》,载《德国研究》,2018年第4期,第78-89页,这里第80页。

^② 《德国反限制竞争法》(2013年修订),南京大学中德法学研究所译,载方小敏主编:《中德法学论坛》第14辑(上卷),北京:法律出版社,2017年版,第229-308页,这里第230页。