

# 《德国反限制竞争法》的 第九次修订\*

周万里

**摘要：**2017年6月9日，《德国反限制竞争法第九次修订法》生效，该法明文规定了数字经济下认定多边市场经营者市场力量的方法，并且在经营者集中控制制度中新增了“交易额条款”，使德国成为世界上第一个明文规定“数字市场反垄断法”的国家。新法还细化了反垄断民事赔偿规则，填补了反垄断处罚法中有关企业集团责任的法律漏洞。2018年恰逢我国反垄断法生效十周年，这次德国的修法为我国正在进行中的反垄断法修订提供了最前沿的比较法材料，值得借鉴。

**关键词：**反限制竞争法；数字市场反垄断法；反垄断民事赔偿

**作者简介：**华东师范大学法学院讲师 上海 200241

**中图分类号：**D951.6

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2018)04-0078-12

六十年前生效的《德国反限制竞争法》(GWB)在2017年成功完成了第九次修订。<sup>①</sup>《德国反限制竞争法》作为德国反垄断法的基本法，自1958年1月1日生效以

---

\* 本文为中央高校基本科研业务费项目“华东师范大学人文社会科学青年跨学科创新团队项目”(项目编号:2018ECNU-QKT013)的阶段性成果。

① 该法第六次修订的情况，参见王晓晔：《德国〈反对限制竞争法〉的第六次修订》，载《德国研究》，2000年第1期，第33-36页。该法第七次修订后的版本，参见方小敏、李淳、杨娟：《德国〈反限制竞争法〉》，2005年第七次修订，2005年7月15日公布，载《中德法学论坛》，2006年11月第四辑，第261-314页。

来,历经九次修订,最近一次修订于2017年6月9日生效。<sup>①</sup>推动本次修订的三大动力是应对数字化市场的挑战、落实欧盟反垄断民事赔偿指令以及填补反垄断处罚法中存在的法律漏洞。<sup>②</sup>本次修订涉及市场支配地位的认定、滥用优势地位行为、经营者集中、反垄断民事赔偿和行政处罚、出版业的除外规定以及消费者保护的行业调查等方面。最值得关注的是数字市场反垄断法、反垄断民事赔偿法、反垄断处罚法的新规定,尤其是大数据和人工智能等新事物对反垄断法提出的挑战,在本次修法中有了明确的规定。

我国自2008年8月1日起施行《反垄断法》,十年后的今天已启动了《反垄断法》的修订工作。<sup>③</sup>在数字市场反垄断法和反垄断民事赔偿等方面,我国的《反垄断法》几乎没有任何的规定,在反垄断执法中,执法者缺少明确的法律依据和理论支撑,突显了立法的滞后性。德国的这次法律修订直接为我国提供了直观的比较法材料,因此把握这次德国反垄断法的发展动向,对我国反垄断立法和执法都具有重大的理论和实践意义。有鉴于此,本文总结《德国反限制竞争法》第九次修订的主要内容和创新之处,为我国正在进行的《反垄断法》修法提供借鉴。

## 一、数字市场反垄断法

数字化商品和服务深刻地影响着每个人的生产和生活,数字经济给市场竞争环境带来了巨大变化。在该背景下,体现数字市场特征的垄断行为也频繁出现,“双边市场”、大数据和人工智能等新现象给反垄断法适用带来了诸多难题。为此,德国垄断委员会(Monopolkommission)在2015年做出了专门的鉴定报告,针对数字市场的反垄断法为德国政府提供了政策咨询意见。<sup>④</sup>之后,德国联邦卡特尔局(Bundeskartellamt)举办数字经济反垄断法研究会<sup>⑤</sup>,与法国联合发布《数据保护和

<sup>①</sup> 2017年3月9日,德国联邦议院通过了《反限制竞争法第九次修订法》,联邦参议院在2017年3月31日也通过该法案。最新版本的《德国反限制竞争法》参见<http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>,访问日期:2018-06-08。

<sup>②</sup> 参见 Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, A. Problem und Ziel, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), 01.07.2016; Bundeskartellamt, Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 25.07.2016. Mundt, Die 9. GWB-Novelle, WRP 2017, I. Petrasincu, Überblick über die 9. GWB-Novelle, WRP 2017, 921.

<sup>③</sup> 参见国家发展改革委价监局竞争政策处:《国家发展改革委价监局局长张汉东出席〈反垄断法〉修改研究课题结题会》,载《中国价格监管与反垄断》,2017年第9期,第11页。

<sup>④</sup> 参见丹尼尔·齐默尔著,刘旭译:《互联网经济领域的竞争:德国垄断委员会2015年6月的调研报告》,载《中德法学论坛》,2017年第14辑,第81-87页,这里第83页;宋迎、周万里:《德国〈竞争政策:数字市场的挑战〉调研报告介评》,载《数字市场竞争政策研究》,法律出版社,2017年版,第91-92页。

<sup>⑤</sup> 参见 Jürgen-Peter Kretschmer, „Tagungsprotokoll des Arbeitskreises Kartellrecht vom 01.10.2015 in Bonn“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 04, 2016, S. 171-174.

竞争法》的官方报告<sup>①</sup>,发布《平台和网络的市场力量》工作文件<sup>②</sup>,专门成立了“互联网智囊团”(think tank internet)<sup>③</sup>,这些都证明了联邦卡特尔局非常重视反垄断法在数字市场适用的问题,在不断地探索数字经济下的反垄断法问题。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”,使德国成为世界上第一个明文规定数字市场反垄断法的国家。数字市场反垄断法条款主要适用于具有网络平台特点的市场,但不限于此,它由相关市场界定条款、市场力量认定条款和交易额条款组成。

### (一) 免费商品与相关市场界定

商品价格能够反映商品的市场稀缺程度,是市场经济中最基本的竞争因素。只要商品明码标价,就可以以价格为起点界定相关商品市场和地域市场。在数字市场或互联网市场中,比如网络广告市场、搜索引擎市场和电子商务市场,免费提供商品或服务是常见的现象。在德国,按照传统的反垄断法理解,成为反垄断法意义上的市场的前提条件是:买卖双方存在交换关系。在数字市场中,免费的表象,让人认为这类商品不能构成相关市场。比如德国杜塞尔多夫高等法院2015年在“网络旅馆预订平台案”中,认为只有付费的平台一方才能构成相关市场,<sup>④</sup>而欧盟委员会和德国联邦卡特尔局等执法机关在多起涉及网络平台的案件中,认为免费的市场也可以构成反垄断法意义上的市场。<sup>⑤</sup>

在数字市场中,双边市场运作机制决定了用户的“数据”和“注意力”可以被视为用户的给付,因此,数字市场中并不存在免费的商品或服务。基于这样的理解,新法明确规定“无偿给付与认定市场不矛盾”<sup>⑥</sup>,也即免费商品可以构成相关市场。该规定与网络经济学的研究成果以及上述联邦垄断委员报告的建议一致,给反垄断执法机关界定双边或多边市场提供了明确的法律依据,得到了学界的认同。<sup>⑦</sup>

<sup>①</sup> 参见 Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10. 05. 2016.

<sup>②</sup> 参见 Bundeskartellamt, Bundeskartellamt veröffentlicht Arbeitspapier zum Thema „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“, 09. 06. 2016.

<sup>③</sup> 参见 Andreas Mundt, „Kartellrecht 4.0‘ — Das Bundeskartellamt und die Digitalisierung“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 06, 2016, S. 269.

<sup>④</sup> 参见 OLG Düsseldorf, 9. 1. 2015-VI-Kart 1/14 (V)-Hotelbuchungsportale, BB 2015, 593 m. BB-Komm. Galle, NZKart 2015, 148.

<sup>⑤</sup> 参见 Europäische Kommission, 01. 10. 2014-COMP/M. 7217-Facebook/WhatsApp; BKartA, 25. 06. 2015-B6-39/15-Online-Immobilienplattformen; BKartA, 22. 10. 2015-B6-57/15-Online-Datingplattformen.

<sup>⑥</sup> 《德国反限制竞争法》第18条第2a款。

<sup>⑦</sup> 参见 Max Klasse/Lars Wiethaus, „Digitalisierungsvorschriften in der 9. GWB-Novelle“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, Heft 07-08, 2017, S. 354-362, hier S. 354, 358.