

迈向数字时代的单边行为规范

——OECD“数字市场的滥用支配地位”论坛介评

郝俊淇 / 中国社会科学院法学研究所

摘要：数字经济独特的运行机制和竞争特点，不仅使企业更易形成持久稳定的支配地位，而且滥用这种地位引发的竞争担忧更为普遍，而且使传统滥用支配地位制度在数字市场的适用面临诸多挑战。有鉴于此，经济合作与发展组织举行了“数字市场的滥用支配地位”论坛，着重探讨了滥用支配地位制度的立法与历史背景，数字市场中支配地位的证明和滥用行为的类型及损害理论，处理数字市场滥用支配地位案件面临的局限和解决方案等问题。本文对此次论坛的主要内容作了概要性介绍，并结合中国实际对其中富有启发性的观点进行了简要评论。

关键词：数字市场；滥用支配地位；损害理论

数字经济是继农业经济、工业经济之后的主要经济形态，是以数据资源为关键要素，以现代信息网络为主要载体，以信息通信技术融合应用、全要素数字化转型为重要推动力的新经济形态。数字经济在促进效率提升、经济结构优化、生产生活变革的同时，也夹杂着平台垄断、赢者通吃、价格歧视、算法霸权、泄露个人隐私、风险叠加积累等一系列问题。面对

数字经济勃兴及其迥异于工业经济的运行机制和竞争特点，传统反垄断法的滥用支配地位制度能否有效规范数字平台实施的各种单边行为？如果力有不逮，传统制度需要做出何种适应性改进甚或体系性转变？在这样的背景和关注下，作为全球竞争论坛的一部分，经合组织举行了一次圆桌论坛，讨论数字市场中的滥用支配地位问题。结合此次论坛的背景说明、¹执行摘要、²

基金项目：本文为中国社会科学院创新工程项目“数字经济法治创新研究”的阶段性研究成果。

作者简介：郝俊淇，中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士。

1. See OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets: Background Note, www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf.

2. See OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets: Executive Summary, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)7/en/pdf).

讨论纪要³等文献，本文尝试对其作概要性介绍和评论。

一、滥用支配地位制度的立法与历史背景

许多司法辖区的反垄断法规定了滥用支配地位制度，其核心目标相似，但往往存在术语上的差异。例如，欧盟、印度、南非称之为“滥用支配地位”（abuse of dominance），美国称之为“垄断（化）”（monopolisation），日本称之为“私人垄断（化）”（private monopolisation），墨西哥称之为“相关行为”（relative practices），澳大利亚称之为“滥用市场力量”（misuse of market power），巴西称之为“反竞争行为”（anticompetitive conduct）。尽管具有制度目标和构成的相似性，但这些规定的适用情况却存在很大差异，其主要原因在于：不同的历史背景和法律哲学，竞争主管机构的立场、观点和优先考虑事项不同，法院在解释法律时存在重大差异。⁴因此，面对不同司法管辖区处理的案件类型及结果的差异，“抽象地批评不一致的结果，不考虑不同的基础和目标，类似于拿苹果和橘子做比较”。⁵实际上，在涉及数字市场的案件中，不同司法管辖区对滥用支配地位案件的处理方式也有所不同。下文将探讨导致差异性的一些关键因素。

（一）形式主义的分析与基于效果的分析

一般来说，滥用支配地位行为不适用“本身违法”的分析。换言之，法律一般不会不分

情况地对某一类滥用行为予以概括禁止。然而，在不同司法辖区，分析的深入程度却不尽相同，有的只需要形式主义的分析，有的则需要基于效果的分析。在形式主义的分析中，一旦证明了一个企业具有支配地位，潜在的滥用行为在很大程度上将被视作违法。也就是说，竞争主管机构没有义务确定消费者受到实际损害。现今，使用形式主义分析框架的司法管辖区相对较少。⁶

形式主义的分析可能给竞争主管机构带来一些好处：一方面，可以减少滥用支配地位案件所需的资源，加快案件处理；另一方面，可以为市场参与者提供更大的确定性。然而，形式主义的分析仍需要进行复杂的相关市场界定，不能完全防止主观臆断；同时，也存在执法过度的风险，即错误地谴责实际上有利于竞争的行为。鉴于此，越来越多的人呼吁建立基于效果的滥用支配地位分析框架。实际上，形式主义和基于效果方法的差异，可以用人们对执法错误风险的不同看法来解释。⁷形式主义的方法之下，反垄断规则相对严厉，意在避免执法不足而错误宽赦或遗漏实际有害的行为（此类错误也称作假阴性错误、第二类错误、漏判错误）。基于效果的方法之下，反垄断规则相对宽松，意在防范执法过度而错误谴责或禁止实际有益的行为（此类错误也称作假阳性错误、第一类错误、错判错误）。换句话说，奉行形式主义方法的人，更介意反垄断法执行不足的问题；奉行基于效果方法的人，更担心反垄断法执行过度的风险。此外，形式主义的方法可以被视

3. See OECD (2020), Abuse of Dominance in Digital Markets: Summary of Discussion, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)8/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)8/en/pdf).

4. Eleanor M. Fox, Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe Is Different, 59 Antitrust Bulletin, 129-152 (2014).

5. Ariel Ezrachi, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766.

6. 例如，印度名义上采用了一种形式主义的方法，但在实际分析中，已在某些情况下包含了对效率的识别，因而趋向于效果主义的方法。再如，南非只对某些类型的行为采取形式主义的做法，如过高定价、拒绝接入必需设施等。

7. See Frank H. Easterbrook, Workable Antitrust Policy, 84 Michigan Law Review, 1696-1713 (1986).

为注重保护竞争过程，并间接地推断消费者将受到损害。相比之下，基于效果的方法侧重于证明对消费者的直接损害。

关于形式主义和基于效果的方法的辩论在欧洲特别活跃。作为对这一争论的回应，欧盟委员会在 2009 年发布了其滥用支配地位执法优先事项的指南，其中强调了效果的重要性和对消费者福利的关注。在美国，滥用支配地位案件通常是根据合理原则（即基于效果的方法）来分析的。但情况并非总是如此。20 世纪 40 年代至 70 年代，美国法院扩大了“本身违法”的适用范围，诸如搭售、独家交易等行为一度在形式主义的方法下受到禁止。然而，从 20 世纪 70 年代起，美国摆脱了这种形式主义的做法，因为受到“本身违法”禁止的行为也具有促进竞争的效果。现今，美国法院在应用合理原则时放弃了纯粹的合理原则（全面的合理原则），采用了一套举证责任转移机制（结构化的合理原则），并且任何潜在的滥用支配地位行为都不会被先入为主地推定具有反竞争效果。

（二）不同方法对分析数字市场中滥用支配地位案件的影响

欧盟和美国的方法差异，说明了不同的背景和框架如何影响数字市场中滥用支配地位案件的裁决。首先，与欧盟相比，美国更注重满足效果方面的举证责任。一些人认为，欧盟“尤其关心为竞争对手维持一个公平竞争环境，这在美国不是一个重要问题”；在美国，“垄断者的责任仅限于采取旨在维持或扩大其地位的行为，而这种行为在商业或效率方面是不合理

的”。⁸有人进一步认为，无论是传统市场还是数字市场，欧盟竞争法侧重于保护竞争对手，而美国竞争法侧重于保护竞争。更广泛地说，美国试图通过关注对价格和产出的影响（即关注市场结果而不是竞争过程）来管控执法过度的风险。⁹最后，剥削性滥用——企业利用支配地位向消费者强加不公平的价格或条件，在欧盟竞争法中是一个特别关注，最近也出现过一些案例，但在美国不存在这方面的关注和案例。

实际上，近年来欧盟委员会处理的数字市场滥用支配地位案件，没有一起与美国的案件类似。例如，为了回应欧盟委员会 2007 年对微软的裁决（关于美国当局尚未提起诉讼的质疑），美国负责反垄断事务的助理司法部长在一份新闻稿中强调了两个司法辖区之间的区别，“在美国，反托拉斯法的执行是通过保护竞争来保护消费者，而不是保护竞争对手”。¹⁰再如，2017 年，欧盟委员会对谷歌处以 24.2 亿欧元的罚款，原因是谷歌滥用其在综合搜索市场的支配地位，在搜索结果页面中偏袒自己的垂类比较购物服务。本案引用了欧盟法院在大陆罐案（Continental Can）中的裁决，认为没有必要表明对消费者的直接影响，就足以证明有关行为损害了竞争。相比之下，美国联邦贸易委员会（FTC）曾对谷歌的搜索业务展开调查，但后来终止了对其“搜索偏袒”指控的调查。FTC 认为，谷歌通过算法和设计调整展示内容的方式，改善了产品质量（搜索结果），既不妨碍竞争，也不损害消费者利益。¹¹尽管两个司法辖区处理的案件类型和结果存在明显差异，但近来，美

8. James Calder et al., A Review of Similarities and Contrasts between American Antitrust and European Union Competition Law, 2004 Columbia Business Law Review, 380-418 (2004).

9. See Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710-805 (2017).

10. US Department of Justice, Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, issues Statement on European Microsoft Decision, https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

11. See Federal Trade Commission, Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statementcommission-regarding-google.

国立法和执法机构加强了对大型数字平台滥用支配地位行为的关注，并展开了多次反垄断调查。这似乎表明两个司法辖区之间的一些融合正在发生。

二、数字市场中支配地位的证明

反垄断法中的滥用支配地位条款，对具有支配地位的企业在其商业决策方面施加了特殊义务。这些特殊义务通常根植于关于市场力量的经济学见解。市场力量可以被定义为在相当长的一段时间内，“企业单方面将价格提高到高于竞争性水平的能力（或将价格压低到低于竞争性水平的能力）”。¹² 市场力量既可以表现为静态意义上的高价或低价，也可以表现为动态意义上的懈怠（减少努力）。一般来说，当一个企业不受竞争对手、消费者的约束而可以单方面地决定产品价格或质量时，便存在市场力量（重大 / 显著 / 实质性的市场力量）。市场力量可以是一系列因素的结果，包括创新、进入壁垒、知识产权和管制等。

虽然不同司法辖区的反垄断立法、判例和指南存在差异，但涉及支配地位，一般可被认为是一种特殊形式的市场力量，这种市场力量既持久（不是短暂的），又相对地不受实际和潜在竞争对手以及消费者的约束。换句话说，虽然一些反垄断立法和判例法考虑了市场份额等支配地位的指标，但它们仅仅是指标（indicators）。滥用支配地位的损害理论，其背后的核心经济原理与市场力量紧密相关。因此，

英国关于滥用支配地位的指南明确将支配地位等同于“实质性市场力量”（substantial market power）。¹³ 美国、日本等一些司法辖区的反垄断法，使用的是垄断（化）（monopolisation）的概念，而不是滥用支配地位。不过，基于市场力量的类似逻辑也同样适用：企业不必成为垄断者才受反垄断法约束，但必须拥有“巨大而持久的市场力量”。¹⁴ 市场力量（支配地位）的存在，可以决定一个给定的商业策略是促进竞争的还是反竞争的。

（一）相关市场界定

支配地位指的是一个企业在特定产品和地域市场中的地位。因此，滥用支配地位案件通常需要进行相关市场界定。在数字市场中，相关市场界定存在一些特别挑战。

1. 竞争的非价格维度

在数字市场中，相关市场界定的一个关键挑战是，需着重关注竞争的非价格维度，避免将价格作为竞争的单一维度。在数字市场，价格不是竞争的唯一因素，甚至不是最重要的因素。消费者可以通过零价格获取各种数字产品和服务，生动地说明了这一点。然而，如何考虑创新、质量等非价格竞争因素，颇具挑战性。经合组织指出，竞争主管机构需要根据消费者所看重的特征确定相关竞争维度；同时权衡不同竞争维度（如价格与质量）之间的关系。¹⁵ 由于数字市场零价格竞争的特点以及 SSNIP 测试方法难以使用，对消费者偏好、弹性和替代的充分理解——无论是使用调查还是公司内部关于预期消费者行为的文件，都可以用于建立非

12. OECD (2019), Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement: Background Note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf).

13. See Office of Fair Trading (UK) (2004), Abuse of Dominant Position: Understanding Competition Law, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf.

14. Federal Trade Commission Guidance, Monopolisation Defined, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

15. OECD (2018), Non-price Effects of Mergers: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf).

价格竞争的定性市场界定。

2. 界定一个还是多个相关市场

数字市场涉及将不同用户群体连接在一起的平台，属于多边市场。数字平台相关市场界定的一个主要问题是，应该界定一个市场还是多个市场？换句话说，竞争主管机构需要确定平台各边是相互关联的独立市场，还是在整体上属于一个市场？平台经济学表明，一个企业要么在一个多边市场的整体上拥有市场力量，要么没有市场力量；换言之，它不可能在平台的一边占据支配地位，却在另一边面临竞争压力。¹⁶ 因此，如果实务中选择界定多个独立的相关市场，可能难以对其中的市场力量给出有说服力的证明。也就是说，在其他条件相同的情况下，将数字平台界定为单一的相关市场更为可取。交易匹配类平台尤其如此，因为它们为不同的用户群体提供类似的服务（搜寻和匹配），两边用户都受益于跨平台的外部性（外部性是双向和对等的）。提供注意力的平台（如视频流服务平台）的情况要复杂一些，因为网络外部性可能不是双向的，但为了反映平台某一边累积的效率，仍可考虑单一的市场界定。即便如此，在竞争评估中也应留意平台双边之间的重要联系。

3. 界定数字市场的证据和分析工具

克服数字经济领域相关市场界定带来的挑战，竞争主管机构可考虑如下策略：一是向当事人收集证据。内部文件对于确定竞争的相关维度非常重要（例如高管陈述、关于竞争定位的电子邮件和战略规划），这些文件提供了企业如何看待竞争的清晰画面。二是从第三方和消费者调查中获取证据。消费者调查有助于了解平台在消费者心目中的可替代性。行业和投资分析报告能提供市场未来发展的有用信息，帮

助确定潜在的竞争参数。三是改进假定垄断者测试。在零价格的情况下，零价格一侧的SSNIP测试不会产生有意义的结果。要正确运用SSNIP测试，竞争主管机构需要在交易总成本的基础上进行，并对需求弹性和跨平台网络外部性的价值进行可靠地估计。当非价格竞争很重要时，另一种选择是“小而显著的非短暂性质量下降”测试（SSNDQ测试），但该测试对数据的要求也很高，很少被定量的应用。尽管如此，SSNIP和SSNDQ测试仍能为相关市场界定的定性分析提供有用的原则。

（二）市场支配地位的指标

一个企业需要多大的市场力量才能被认定具有支配地位？对此，没有简单的衡量规则，因为每个市场的特征和导致市场力量的因素是不同的。以下描述了数字市场中支配地位的一些潜在指标，包括直接指标（基于可替代性评估）和间接指标（基于进入壁垒、盈利能力和市场份额的评估）。

1. 可替代性

支配地位源于市场中缺乏合适的替代品。具体来说，消费者无法获得支配企业产品的替代品，而且没有潜在的竞争者有能力迅速进入市场，以约束支配企业。也就是说，在需求和供给两方面，对支配企业产品的替代都有局限性。当可替代性受到限制时，支配企业可以独立于其竞争对手、客户和最终消费者作出决策。

弹性的计算是评估可替代性的一种直接、定量的方法。需求弹性衡量的是消费者对产品价格变化的反应。这可能包括价格（需求价格弹性），但在许多数字市场，竞争的其他维度更相关，同时也更难量化。尽管这样，弹性的概念在任何情况下都应指导对支配地位的评估。¹⁷ 在难以对需求弹性进行完整地计量估计的情况

16. See OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.

17. See Gregory J. Werden, Demand Elasticities in Antitrust Analysis, 66 Antitrust Law Journal, 363-414 (1998).

下,事件研究(event studies)可以提供一种实用的替代方法。这些研究可以观察变化对市场的影响,例如搜索算法、数据收集政策或服务质量的某些方面的修改对消费者选择的影响。¹⁸

2. 进入壁垒与潜在竞争

支配地位可以是市场进入壁垒的结果,因此,对进入壁垒的分析可以提供一种间接的支配地位的指示。虽然这一逻辑很简单,但要准确地确定市场的进入壁垒却颇具挑战性。此外,虽然进入壁垒可以提供一些迹象,表明企业是否面临市场竞争的威胁,但进入壁垒本身并不能决定支配地位的存在。因为,即使在有进入壁垒的市场,一个足够强大的实际或潜在竞争者(比如一个小型的、破坏性的初创公司)也可能对在位企业施加约束。

究竟什么构成进入壁垒,何种成本应被列为进入壁垒,这些是经济学家争论不休的问题。然而,不论对进入壁垒采取何种认识,在数字市场中有几个特定的因素会影响市场进入。首先,数字市场通常具有显著的规模经济效应,固定成本高,可变成本低或为零。因此,未来进入市场的企业将比现有企业承担更高的成本,至少在它们能够吸引用户之前是这样。虽然该特征在长期内可能不是永久性的,因为过时的产品需要再次产生固定成本,但它们可能会减慢进入速度。例如,当市场中的用户表现出高度的品牌忠诚度,且存在较高的固定成本时,进入就会受到阻碍。其次,数字市场的另一个共同特征是网络效应。网络效应阻碍进入的程度取决于所涉及的市场。当用户不太可能更换供应商时,由于转换成本高、数据可移植性有限、使用习惯、学习新系统的成本以及需接受

捆绑和搭售等因素,网络效应可能是进入的一个重大障碍。¹⁹对多归宿的限制会阻碍用户选择新产品,同样构成进入的重大障碍。再次,一个相关的潜在因素是数据收集。在位企业可能会积累大量的数据集,并利用这些数据集进入其他市场。鉴于数据收集可能涉及在位企业的重大成本,而进入者可以购买相同或替代的数据集,因此在个案分析时,应考虑数据的构成以及是否在市场进入中发挥重要作用。

3. 盈利能力的衡量

如果一家企业与市场上的其他企业相比,表现出较高的利润水平,这可能是一个潜在的支配地位指标。但需要进一步的证据来说明这一点,比如结果是否反映了某一特定成本计量中未包括的研发投资的回收。还应注意,这里采用的是经济而非会计的利润衡量方法。来自Tremblay的调整后的勒纳指数(Lerner index)是一个很好的替代选择,有助于避免数据限制和业务绩效会计定义的问题,其计算方法为:平台总利润+平台固定成本除以平台总收益。²⁰

4. 市场份额

市场份额本身并不是市场力量或支配地位的可靠指标,因为其未能捕捉到企业因替代而面临的动态竞争压力,特别是在产品存在差异的情况下。例如,一些拥有较大市场份额的企业,可能由于竞争对手即将进入而拥有十分有限的市场力量。再如,一些数字市场可能会表现出“为市场而竞争”(competition for the market)的动态,即企业将在有限的时间内激烈竞争,以成为特定产品或服务的主要提供者。²¹

尽管如此,市场份额经常被认为是评估支配地位的一部分和分析起点。若干司法辖区还

18. See OECD (2018), Non-price Effects of Mergers: Background Note by the Secretariat [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf).

19. See Kenneth A. Bamberger, Orly Lobel, Platform Market Power, 32 Berkeley Technology Law Journal, 1051-1092 (2017).

20. See Mark J. Tremblay, Market Power and Mergers in Multi-Sided Markets, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972701.

21. 市场份额指标特别适用于用户不太可能多归属、存在显著的网络效应、竞争产品之间的差异相对较小的情况。

制定了以市场份额为基础的标准，向企业明确说明不被视为具有支配地位的情况。例如：欧盟委员会表示，市场份额低于40%的企业不太可能具有支配地位；美国反垄断执法机构认为，虽然一些法院要求更高的市场份额，但垄断案件中的企业通常至少拥有50%的市场份额；日本公平交易委员会表示，将优先处理涉及市场份额至少达到50%的供应商的案件；巴西反垄断法规定，当一个企业或一群企业能够单方面或共同改变市场状况，或当其控制了20%或更多的相关市场时，就被推定具有支配地位，但该份额比例可由竞争管理局针对特定经济部门进行调整。

数字市场的市场份额同样需要根据正确的衡量标准来判断。平台的多边性意味着，需要考虑多种衡量标准。例如，衡量以零价格提供的服务的市场份额，可以采取用户份额、互动份额、交易份额等标准。

三、数字市场中滥用支配地位行为的类型

以往的反垄断执法案例和相关文献，勾勒出了数字市场中可能构成滥用支配地位的主要行为类型，例如拒绝交易、掠夺性定价、利润挤压、排他交易与忠诚折扣、搭售与捆绑、不公平高价等。²²然而，这些行为类型不是详尽无遗的，考虑到数字市场已经形成的新商业模式和竞争策略，对新型滥用行为持开放态度尤为重要。²³此外，数字市场的共同特征，如多边市场、网络效应、低可变成本等，可能会增加损

害理论构建和经济分析的复杂性。

（一）拒绝交易

拒绝交易是数字市场中发现的主要竞争担忧之一。这些担忧集中于获得对竞争至关重要的投入、原料、技术或分销网络（以下统称“投入”），有时被称作“必需设施”（essential facility）。其损害机理在于，一个拥有关键投入的支配企业，可以通过拒绝竞争对手获得这种资源，剥夺其参与竞争的权利。拒绝交易一般分为三种情形：一是无条件地拒绝交易（unconditional refusal），即在任何情况下一概拒绝供应；二是有条件地拒绝交易（a conditional refusal），即除非买方接受某些条款，否则拒绝供应；三是实质性地拒绝交易（constructive refusal），即供应商表面上同意交易，但给出的条件使买方处于重大竞争劣势。实际上，拒绝交易的损害理论是有争议的，在违法认定上也存在一些操作和概念上的挑战。

第一，秉持单一垄断利润理论的人认为，一个企业封锁与它竞争的下游企业没有任何好处。换句话说，如果企业拒绝与下游竞争对手交易，那一定是出于效率考量或与排斥竞争对手无关的商业原因。因此，任何强制提供投入的执法措施都不可能降低价格或为消费者带来好处。然而，由于数字市场的某些特征，如平台竞争、跨界竞争等，单一垄断利润理论很可能具有误导性。因为，数字市场的拒绝交易可以是支配企业提升竞争对手成本的有效措施（例如当交易相对人在多个市场与支配企业进行竞争），即一种防御型拒绝交易，而不一定意味着支配企业试图扩张市场力量、垄断两个市场

22. 根据国际竞争网络（ICN）的一项调查，数字市场中最常被调查的行为是拒绝交易（在30个司法管辖区的调查中有12个），其次是搭售（在30个司法管辖区的调查中有11个）和独家交易（在30个司法管辖区的调查中有5个）。See ICN (2020), Report on the Results of the ICN Survey on Dominance/Substantial Market Power in Digital Markets, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>.

23. 这些行为大多涉及排他性滥用，但收取过高价格或过度恶化质量等剥削性滥用行为，在数字市场上受到越来越多的关注。

(进攻型拒绝交易)。²⁴

第二,一些人指出,即使拒绝交易可能会导致竞争封锁,但为救济这种情况而采取的过度执法行动也存在风险。因为,强制要求向竞争对手分享重要投入的义务,可能会削弱企业开发此类投入的动机,甚至在更大范围减损其他企业(包括竞争对手自身)创新和投资的激励。²⁵

第三,在数字市场,边际成本很低或为零,此时只关注同等效率的竞争对手可能不太合适,因为即使效率较低的竞争对手也可以给支配企业施加竞争约束。然而,应用这一方法的精确机制目前尚未开发出来。²⁶

第四,与拒绝交易案件有关的一个概念上的重大挑战,是需要确定所涉投入的不可或缺性(indispensability)。如果投入存在有效的替代品,或者复制具有可行性,拒绝交易就不可能封锁竞争。在数字市场上,确定哪些投入是不可或缺的,以及这些投入是否可以被竞争对手复制,存在很大难度。数据通常被认为是数字市场的重要投入,可以用来获取网络效应、争夺目标客户、制定个性化定价、提高产品质量、推出新产品,以及实施一系列商业战略。甚至,在一些人看来,一些支配企业所掌控的数据集是其他企业能够在特定市场上竞争的先

决条件。²⁷一些研究表明,数字平台可能“将自己定位为合作伙伴和客户之间的强制性瓶颈(mandatory bottleneck)”,换言之,数字服务本身可能构成不可或缺的投入。然而,很难断言拒绝向竞争对手提供数据是否构成反垄断法背景下的拒绝交易。²⁸数据集是单个数据点的集合,很难判断什么时候数据集将变得不可或缺,也很难判断从中获得的见解(知识)或价值是否可以其他来源获得。在某些情况下,数据可以从第三方数据聚合者处购买,不同的数据集可以用来生成相同的见解。此外,数据的大部分价值来自其组织和分析方面的处理方式,这需要大量投资,因此,尚不清楚获得原始数据是否对竞争对手有帮助,也不清楚获得数据的救济措施是否会造成数据处理投资方面的障碍。²⁹此外,数据可以用来提高质量或提供附加功能,不总是构成企业竞争中不可或缺的投入。因此,在拒绝交易案件中,区分“有就好”的数据和“必须有”的数据也很重要。³⁰

第五,拒绝交易案件也可以根据“交易”是否可行(feasibility)来作出评估。换言之,必须在技术上和操作上存在获得投入的可行途径。例如,在搜索引擎提供给消费者的数字产品的视觉位置方面,某客户要求获取搜索结果排名的顶部位置,这可能很难建立可行的救济

24. See OECD (2007), Competition Policy Roundtables: Refusals to Deal, <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>.

25. See Damien Geradin, Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefonica Exceptions" are Wrong, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1750226.

26. See OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sidedplatforms-2018.pdf>.

27. See OECD (2016), Big Data: Bringing Competition Policy into the Digital Era: Background paper by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).

28. See OECD (2020), Consumer Data Rights and Competition: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf).

29. See Michael L. Katz, Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy, 54 Review of Industrial Organization, 695-716 (2019).

30. See Greg Sivinski, Alex Okuliar & Lars Kjolbye, Is big data a big deal? A Competition Law Approach to Big Data, 13 European Competition Journal, 199-227 (2017).

措施。³¹ 实践中,判断可行性的最直接的方法是确定企业是否已经向一些客户提供了投入。此外,一直存在的交易关系,后来突然终止了,这也有助于说明交易的可行性。不过,即使提供投入具有可行性,在判断施加交易义务是否相称以及是否有利于消费者之前,也需十分谨慎。

第六,即使明确了拒绝交易的封锁效应,竞争主管机构还面临制定适当救济措施的挑战。潜在的解决方案包括结构性的业务拆分、设置获取投入的条件等。这些救济措施不仅异常复杂、难以定义,而且对创新和投资激励构成潜在的威胁。在无条件拒绝交易的情况下,设置救济措施须更为谨慎。因为,考虑获取投入的价格、数量、时长、根据哪些条款、如何解决争议等事项,对竞争主管机构来讲是特别繁琐的任务,其制定和监测需要大量资源,并且有很高的出错风险。这样做,实际上让竞争主管机构充当了行业监管者的角色,创制了新的行业规范。因此,作为救济措施的一种替代选择,竞争主管机构可以考虑倡导(advocacy),即思考行业监管是否比反垄断执法更有效?如果更有效,则可以动议向现有的行业监管机构赋予额外权力,或者建立新的行业监管机构。也就是说,在某些情况下,基于竞争原则的行业监管,比滥用支配地位案件中实施复杂的获取投入的救济措施更容易实施。

(二) 掠夺性定价

掠夺性定价是企业采取的一种封锁策略,

通过牺牲短期利润将竞争对手逐出市场,并寻求后期更高的价格来弥补损失。这种行为的一种典型形式,被称为低于成本的掠夺性定价(通常是低于平均可变成本的定价),这意味着与支配企业同等效率的竞争对手将无法与之竞争。³² 但是,在高于成本的掠夺性定价的情况下,需要从更广泛的角度来确定这种行为是否具有封锁竞争对手以外的商业理由。在美国等一些司法管辖区,正当的低价竞争与掠夺性定价的区别在于,该策略是否能够使企业在竞争对手被驱逐后通过更高的价格来弥补其损失。

在数字市场中,掠夺性定价案件涉及几个概念上的挑战。第一,数字市场的边际成本通常非常低,确定正确的成本衡量标准并不容易。此外,许多数字企业以零价格提供产品,在这种情况下,机械的应用价格—成本测试难免会产生假阳性错误。³³

第二,数字平台通常涉及不同业务之间的交叉补贴。平台一侧的低价格或零价格可能是一种最大化网络效应的策略,即吸引用户群来增加平台对另一侧用户群的价值(一侧的损失可以在另一侧弥补)。因此,平台一侧低于成本的价格可能是一种促进竞争的策略。³⁴ 进一步讲,这里对掠夺性定价的分析,需要考虑市场各方面的总体成本和价格水平。有学者主张将平台的总体价格水平与总体平均可变成本进行比较。³⁵

第三,在多边市场中,仅仅基于支配企业自身的成本—价格展开分析,恐怕无有助于掠

31. See Marina Lao, Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal, 11 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 275 (2013).

32. See OECD (2004), Competition Policy Roundtables: Predatory Foreclosure, <https://www.oecd.org/competition/abuse/34646189.pdf>.

33. 零的价格可能反映了一系列商业策略,例如“免费增值”(freemium)策略,即企业既提供零价格版本的产品,也提供付费版本的产品。在这些情况下,低于成本的定价可能不会产生掠夺性封锁效应。

34. See OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.

35. See Stefan Behringer, Lapo Filistrucchi, Areeda-Turner in Two-Sided Markets, 46 Review of Industrial Organization, 287-306 (2015).

夺性定价的发现。³⁶ 因为，在平台经济领域，用户基础、规模效应、网络效应对于竞争至关重要。有效的竞争压力可以源自尚未产生临界规模的新竞争对手，尽管其效率不如在位支配企业。此时，支配企业的低价策略，可能妨碍新竞争对手争取用户以实现最低有效规模，进而封锁市场竞争。换句话说，掠夺性定价可能对数字市场造成损害，即使它损害的企业在效率上低于支配企业。这使得确定何种效率水平应该用于价格—成本测试成为一项挑战。此外，有学者提出了“削弱—收购”的损害机制，并认为其本质是掠夺性的：平台使用一种定价算法，以低于竞争对手的价格销售，待竞争对手的实力被削弱后将其收购。³⁷

第四，证明弥补损失的潜力也是一项挑战。这除了与多边市场的复杂性有关外，在价格波动迅速和频繁的在线市场，评估是否可能或已经发生了损失补偿是非常困难的。实际上，数字企业的特点是看重长期增长而非短期利润，投资者也认为短期和中期的损失是合理的。因此，考虑到许多数字企业的商业战略和投资动态，在掠夺性定价案件中考虑弥补损失的潜力时，要有更长远和更广阔的（多市场）视野。

（三）利润挤压

利润挤压的损害理论，主要集中在能源、广播、电信等网络产业，涉及在上游或下游具有重大市场力量的纵向整合企业，其通过交叉补贴或歧视性待遇来挤压、减损竞争对手的利润。事实上，在平台经济领域，利润挤压的损

害理论亦可适用。³⁸ 主要包含以下两种机制。

1. 交叉补贴

利润挤压的一种损害机制，是具有支配地位的供应商对上游重要投入收取高价，而对下游产品收取低价，这意味着竞争对手将面临过高的投入成本和过低的产品价格（产品价格甚至无法弥补成本）。对支配企业而言，下游市场产品低价带来的损失，可以通过在上游市场收取高昂的投入价格来弥补，但竞争对手却无法做到这一点。因此，此种情形的利润挤压可以被认为是一种掠夺性定价策略。³⁹ 同等效率竞争者测试可以应用于这种类型的利润挤压。此项测试的核心在于：如果支配企业的下游业务是独立的，且必须支付与竞争对手相同的投入价格，它是否有利可图？

2. 歧视性待遇

利润挤压的另一种损害机制，是具有支配地位的供应商在重要投入的价格或交易条件上，优待自己的下游业务（获取投入的价格较低），劣待竞争对手的下游业务（获取投入的价格较高）。⁴⁰ 这种行为提升了竞争对手的成本，迫使其提高产品价格，从而减轻了支配企业自家下游产品的竞争压力，最终导致消费者价格上涨或质量下降、创新减少。其实，歧视性待遇还可能以非价格条款的形式出现，例如对投入采取差异性交易条件，或对投入采取差异性质量，等等。欧盟的滥用支配地位案件对此种类型的利润挤压有所关注，而美国的垄断案件则没有。不过，美国执法机构在纵向并购的背景下考虑

36. See OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sidedplatforms-2018.pdf>.

37. See Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale Law Journal, 710-805 (2017).

38. See Friso Bostoen, Online Platforms and Vertical Integration: the Return of Margin Squeeze? 6 Journal of Antitrust Enforcement, 355-381 (2018).

39. See OECD (2020), Lines of Business Restrictions: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2020)1/en/pdf).

40. 也可以是具有支配地位的下游分销商，在接入分销网络的价格或条件上，优待自己的上游业务，劣待竞争对手的上游业务。

了类似的损害理论。⁴¹ 一般来说,企业有权选择其交易对象和商业伙伴;企业收取歧视性价格也可能具有正当理由,例如为了收回投资成本。因此,竞争主管机构可以把重点放在损害迹象明显的案件上:其一,所涉及的投入是不可或缺的,在这种情况下,利润挤压可以被视为一种实质性拒绝交易;⁴² 其二,这种行为导致竞争对手退出市场,而不是简单地减损其利润;其三,这种情况导致竞争对手的利润率为负,而竞争对手在效率上与支配企业相当。

上述利润挤压的两种损害机制,在数字市场同样具有适用性。实际上,欧盟委员会在谷歌比较购物服务案中提出的歧视性杠杆理论(discriminatory leveraging theory),⁴³ 本质上就是利润挤压损害理论的变体,只不过换了一种说法而已。

(四) 排他交易和忠诚折扣

实际上,数字市场中的滥用支配地位案件,大多与支配企业获取排他性(购买较高的客户市场份额)相关。这些条款既可以针对供应商或平台一侧的商户,也可以针对消费者或平台另一侧的用户;既可以采取合同中明确地排他条款的形式,也可以基于某种激励安排,比如允诺达到一定购买量或购买份额可获得的折扣,即所谓的忠诚折扣。

排他协议和忠诚折扣对竞争的影响需结合个案来分析。在一些情况下,这些措施通过防止供应商在分销过程中进行免费投资,或实现

更有效的定价,或加强品牌之间的竞争,或刺激对每个客户和消费者的激烈竞争,可以提高效率。换言之,这是一种企业为了成为市场的主导者而积极竞争的趋势,即“为排他而竞争”(competition for exclusivity)。⁴⁴ 然而,排他协议和忠诚折扣可能不是实现这些目标的唯一手段,也就是说,可能存在对竞争损害更小的替代措施。比如,基于客户购买数量的折扣比基于客户购买份额的折扣(个性化折扣),在客户诱导效应和竞争封锁效应上更小,因而更合理。⁴⁵ 实际上,排他协议和忠诚折扣可以产生类似的限制竞争效果,特别是涉及下列情形。

第一,支配企业签订独家供应协议,以提高竞争对手的成本,削弱其竞争能力。例如,支配企业与上游重要供应商签订独家供应协议,从而封锁竞争对手获得关键投入的渠道,或者使竞争对手仅能获得质劣价高的替代性投入,推高竞争对手的成本,最终产生与拒绝交易类似的反竞争效果。⁴⁶

第二,支配企业可能会与客户签订独家协议或提供忠诚折扣(特别是个性化的追溯折扣),以削弱竞争对手的规模效应或网络效应,提升其经营成本。然而,很难在概念上区分企业只是在积极进取的竞争还是在滥用支配地位。事实上,一些排他协议和忠诚折扣可以被更有效地视为掠夺性定价,即一种暂时的低价策略,以逼迫竞争对手退出市场,此后支配企业可以利用其增强的市场力量收取更高的价格。然而,

41. See Carl Shapiro, Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure (Note for OECD Roundtable), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)75/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)75/en/pdf).

42. See OECD (2009), Competition Policy Roundtables: Margin Squeeze, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>.

43. See European Commission Decision in Case AT.39740. 27 June 2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

44. See OECD (2018), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.

45. See OECD (2016), Fidelity Rebates: Background Note by the Secretariat, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En).

46. See Thomas G. Krattenmaker, Steven C. Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale Law Journal, 209-294 (1986).

在以多边市场为特征的平台经济领域，排他协议和忠诚折扣不必涉及短期的利润牺牲。例如，一个平台企业可以在市场的一边使用排他性的折扣来削弱竞争对手的规模、提升其成本，同时在市场的另一边弥补损失（交叉补贴）。⁴⁷这意味着，即使有任何利润牺牲，也会实时得到补偿。更普遍地说，在数字市场中，排他性策略是一个特别值得关注的问题。其形式多样，不限于排他协议和忠诚折扣，还包括以免费附加服务的形式提供的折扣，限制数据的可移植性，限制用户多归属或者降低使用多种服务的便利性，等等。⁴⁸在这当中，限制用户多归属，尤其需要引起高度重视，因为这种排他性策略可以显著地加剧市场“倾斜”并成为垄断的趋势。

第三，支配企业可以利用忠诚折扣对竞争对手的销售“征税”。假设A公司为其客户提供一种全部产品的购买折扣，条件是该客户从A公司购买其产品需求的至少90%。也就是说，如果客户打算购买100个单位的产品，只要从A公司购买90个单位，就可以享受折扣。但是，如果客户考虑从A公司的竞争对手那里购买第101个产品，这个产品的成本将相当大，不仅包括产品的价格，还包括从A公司购买的

90个产品所丧失的折扣。这类似于对竞争对手的销售征税。这种逻辑是美国两起垄断案件的基础，其中一起涉及数字行业的英特尔公司。⁴⁹

（五）搭售和捆绑

数字产品，无论是硬件、软件还是网络服务，通常以模块化或与其他产品的连接为特征。这些联系可以来自需求方面，如两个在功能上互补的产品；也可以来自供应方面，如专利技术、配件、程序等投入的组合。一般来说，当两个以上数字产品的现有或潜在消费者重叠时，企业具有将这些产品予以搭售（tying）⁵⁰或捆绑（bundle）⁵¹的动机。搭售和捆绑在生活中十分常见，并且在很多情况下是以效率为依据的，即有助于企业实现规模经济、范围经济、网络效应，防止劣质产品搭便车而损害商誉等。⁵²因此，搭售和捆绑不应被视作当然违法。然而，如果企业在至少一个产品市场拥有市场支配力，搭售或捆绑可能会损害消费者和竞争。具体来说，企业可以利用一个市场的市场力量来妨碍另一个市场的竞争，造成反竞争的封锁效应。这些情况在数字市场中很常见，包括但不限于：（1）当被搭售或捆绑产品所在市场存在不完全竞争，表明搭售或捆绑可以获得额外利润。尤其当被搭售或捆绑产品所在市场存在重

47. 有学者建立了一个模型来分析欧盟谷歌 Android 案的条件，这个模型展示了一个支配企业如何利用排他性支付来阻碍竞争对手的规模，然后在平台其他侧使用“分而治之的策略”（a divide and conquer strategy）来最小化排他性支付的代价。See Federico Etro, Cristina Caffarra, On the economics of the Android case, 13 European Competition Journal, 282-313 (2017).

48. 这些排他性策略可用于阻止竞争对手获得足够的用户基础从而产生网络效应，提高竞争对手的成本，降低市场的可竞争性。

49. See OECD (2016), Fidelity Rebates: Background Note by the Secretariat, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En).

50. 搭售是指一个企业要求客户购买其产品的同时也购买其另一种产品，并把购买第二种产品作为允许其购买第一种产品的条件。搭售分为协议型搭售和技术型搭售。全线强制（full line forcing）是搭售的一种情形，即客户想要购买一种产品，却被迫购买一整套产品。

51. 捆绑是指一个企业将多种产品作为一个整体打包出售。它既可以通过纯捆绑的方式销售，也可以通过混合捆绑的方式销售。纯捆绑即搭售；混合捆绑即产品可以单独出售，同时也以折扣的方式打包出售。

52. See Federico Etro, Cristina Caffarra, Tying and Bundling in the Digital Era, 14 European Competition Journal, 342-366 (2018).

大进入壁垒时，搭售或捆绑更加有利可图。⁵³ 这种策略有时候也被称为“平台包抄”（platform envelopment），即利用一个市场的支配地位切入另一个市场，随后封锁该市场的竞争。⁵⁴（2）被搭售或捆绑的产品是垄断产品外部用途（outside uses）的补充。在某些情况下，这意味着竞争对手没有足够的规模在被搭售或捆绑产品所在的市场上盈利，甚至被迫退出市场。当垄断产品本身是一个系统时，搭售或捆绑可能导致竞争对手的产品无法兼容于系统，由此产生的反竞争风险更大。（3）当存在对被搭售或捆绑产品的重复购买时（通常是耐用品售后市场的配套产品），比如当用户倾向于购买新版本或升级版本时，搭售或捆绑会提升用户的转换成本，造成用户锁定效应，使竞争对手的产品难以接触到用户。⁵⁵（4）当网络效应对于竞争至关重要时，搭售或捆绑可以是巩固或扩展支配企业自身产品网络效应，从而阻碍竞争对手产品形成网络效应的重要手段。⁵⁶

事实上，数字市场的某些特征，比如规模经济、范围经济、低边际成本、网络效应、反馈循环（feedback loop）等，使搭售和捆绑策略更具吸引力。数字产品的性质使技术型搭售和捆绑相对容易实现，也就是说，产品设计可以用来限制互操作性，并在不同产品之间创建

一个生态系统或无缝界面。众所周知，搭售或捆绑的损害理论要求存在两种相互独立的不同产品。然而，在数字市场上，产品之间的联系如此普遍，以至于很难区分什么是搭售或捆绑，而什么不是。例如，当一个新的特性或功能被添加到一个数字产品时，这是否属于一个单独的产品被捆绑到原来的产品上？解决这个问题的一种方法，是确定新特性或功能是否由市场上的其他企业独立提供。也可以采访调查消费者，以确定相关产品是否存在未被搭售或捆绑而独立提供的情形。⁵⁷ 此外，在一些人看来，搭售和捆绑在数字市场上不限于通过协议或技术来实现产品联系，还会呈现出新形式，比如借助消费者的认知偏差形成事实上的搭售和捆绑。⁵⁸ 例如，企业在其手机操作系统中预先安装互补性的应用软件，消费者通常会保留默认选项，这可能对市场产生与搭售和捆绑同样的实际效果。⁵⁹ 不过，也有人质疑，这种策略是否真的可以被称为“没有强制”的搭售或捆绑。⁶⁰ 换句话说，单纯地利用消费者的认知偏差或者没有尊重消费者的知情权、选择权，是否就满足了违法搭售或捆绑所需的“强制”要件？其实，这种策略更接近于混合捆绑，其反竞争效果和违法性很大程度上取决于个案情况。

最后，关于搭售和捆绑的救济措施，可

53. See OECD (2020), Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf).

54. See Thomas Eisenmann, Geoffrey Parker, Marshall Van Alstyne, Platform Envelopment, 32 Strategic Management Journal, 1270-1285 (2011).

55. See Dennis W. Carlton, Michael Waldman, Tying, Upgrades, and Switching Costs in Durable-Goods Markets, NBER Working Paper No. 11407, <https://www.nber.org/papers/w11407>.

56. See Marc Bourreau, Alexandre de Streel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf>.

57. See Pinar Akman, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, 2017 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, 301-374 (2017).

58. See Federico Etro, Cristina Caffarra, Tying and Bundling in the Digital Era, 14 European Competition Journal, 342-366 (2018).

59. See Mary Steffel, Elanor F. Williams, Ruth Pogacar, Ethically Deployed Defaults: Transparency and Consumer Protection through Disclosure and Preference Articulation, 53 Journal of Marketing Research, 865-880 (2016).

60. See Pinar Akman, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, 2017 University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, 301-374 (2017).

以根据所施加的是消极义务（如停止对产品的搭售和捆绑）还是积极义务（如采取措施以实现互操作性）来区分。例如，欧盟委员会对 Windows 与 Windows Media Player 搭售案的处理，最初采取的救济措施是施加消极义务，即要求提供一个没有 Windows Media Player 的 Windows 版本，但其市场效果并不理想。随后，各方同意了另一种救济办法，即把确保竞争对手的媒体播放器能够访问 Windows 这一积极义务纳入进来。⁶¹

（六）剥削性滥用

在一些司法管辖区，支配企业利用市场力量向消费者强加不公平价格或其他条件的情形，构成反垄断法禁止的剥削性滥用支配地位。⁶²这反映了特定的政策理念和取向。⁶³特别是，具有支配地位的企业负有特殊义务，不仅不应当从事反竞争行为（排他性行为）来损害竞争，也不应当滥用支配地位为其带来的商业机会和交易优势，采取不公平价格或其他条件（剥削性行为）来直接损害消费者。⁶⁴

事实上，对数字市场上的某些行为感到担忧的竞争主管机构，已经开始使用或考虑使用剥削性滥用的损害理论。传统市场的剥削性滥用行为，更多表现为支配企业向消费者或客户

收取过高价格或者施加不合理的交易条款。在数字市场，剥削性滥用可能呈现出其他形式，比如恶化向消费者提供的隐私条款和数据收集条款，⁶⁵明确限制消费者将其数据或内容携带到其他平台等等。这些情形都意味着服务质量的降低，而非收取的价格过高。也就是说，剥削性滥用还可以被定义为支配企业向消费者收取过高的非货币价格，如过度的数据收集或广告曝光等。⁶⁶此外，数字市场也可能充斥着个性化定价或其他定制化的服务条款，在某些情况下，可能符合价格歧视或歧视待遇的违法要件，从而构成对支配地位的剥削性滥用。⁶⁷

处理剥削性滥用案件，最核心的挑战在于如何确定有关行为是否“不公平”。从经济角度看，非价格效应与价格效应都会对消费者福利产生影响。然而，数字市场中剥削性滥用行为包含的非价格因素，可能会给市场参与者带来显著的不确定性和模糊性。⁶⁸因此，需要确保案件关注的非价格竞争维度，是那些对消费者实际很重要的维度，而不是仅仅反映消费者“应该”关心什么的主观判断。为了说明这种复杂性，有学者将 Facebook 的数据收集行为，置于欧盟法院的判例要旨下进行考量，即“价格过高，因为它与所提供的产品的经济价值没有合

61. See Pablo Ibáñez Colomo, Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3502519.

62. 然而，也有一些司法管辖区（如美国）未采取剥削性滥用的损害理论及制度，而是使用一些替代工具，包括市场研究、行业监管等。

63. See Michal Gal, Abuse of Dominance - Exploitative Abuses, in Lianos and Geradin eds., Handbook on European Competition Law, Edward Elgar, 2013, pp. 385-442.

64. See Wolf Sauter, A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law, TILEC Discussion Paper No. 2019-002, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3353280.

65. See Maurice E. Stucke, Should We Be Concerned about Data-Opolies? 2 Georgetown Law Technology Review, 275-324 (2018).

66. See Aleksandra Gebicka, Andreas Heinemann, Social Media & Competition Law, 37 World Competition, 149-172 (2014).

67. See OECD (2018), Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

68. See Michal Gal, Abuse of Dominance - Exploitative Abuses, in Lianos and Geradin eds., Handbook on European Competition Law, Edward Elgar, 2013, pp. 385-442.

理的关系”。⁶⁹ 分析发现，用户对 Facebook 的重视超过了该公司平摊到每个用户身上的广告营收。然而，这些发现并不完全可靠，因为用户对他们数据被收集、使用的情况可能缺少了解，而且当前的收益可能并不是未来数据价值的可靠指标。尽管这样，它确实说明亟须更好的分析工具和框架来评估一个支配企业是否提供了过高的价格或其他不公平的条件。德国联邦卡特尔局对 Facebook 数据收集行为的调查，以不公平交易条款而不是过高价格为突破口，实际上回避了此类分析的挑战。⁷⁰

此外，查处数字市场的剥削性滥用案件，还面临救济措施方面的挑战。关键在于，得出一个企业的数据收集是过度的结论，需要判断什么水平是不过度的。这往往会使竞争主管机构处于作为行业（或隐私）监管机构的困难境地。尽管存在挑战，一些潜在的救济措施包括：实施某些标准，如欧盟《一般数据保护条例》确立的若干数据保护原则和规则；施加数据可移植性的要求；为消费者提供有意义的选择机会，如在数据收集方面为消费者提供更多程序选项；等等。

（七）数字市场滥用支配地位的新形式

上述滥用支配地位案件的类型和公认的损害理论，可以帮助竞争主管机构对手头的事实进行类比，并对案件作出处理。实际上，在许多司法管辖区，滥用支配地位的立法也适用于上述具体情况之外。鉴于数字市场的独特的市场条件和行为形式，发展新的损害理论的建议层出不穷。但这些新的损害理论并非没有争议。在有些人看来，它们不符合既定的理论和分析

框架，特别是背离了传统基础（芝加哥学派），给市场参与者带来了很大的不确定性。不过，在某些情况下，所谓新的损害理论，实际上与传统损害理论之间具有紧密联系，因而可借此来理解和评价新的损害理论。

1. 强制性搭便车

强制性搭便车（forced free riding）的损害理论，侧重于数字平台所扮演的独特角色——既是平台（特别是交易和内容类平台）的经营管理者，又是平台内的企业，即与依赖该平台的其他企业开展竞争。“当一个平台挪用了其他依赖该平台获取消费者的企业的创新时”，⁷¹就会出现强制性搭便车的现象。也就是说，具有支配地位的平台可以利用其中介的角色，获取平台上卖家和消费者的创新、数据或者内容，进而做出有利于自身利益的策略安排。例如，在数字平台上匹配和促进交易的一个支配企业，利用买家和卖家的数据来推销（跟卖）类似的自营产品。⁷² 这种策略不仅免费搭乘了平台内竞争对手创新及其他收益的便车，而且还可能严重封锁平台内相关市场的竞争。

强制性搭便车的损害理论还处于探索阶段，出现损害的必要条件也不明确。不过，该损害理论与拒绝交易有一些相似之处，即都涉及到一项重要资产（在本例中是一个平台），没有这一资产，下游企业或平台内的企业将很难接触到消费者。因此，一些与拒绝交易案例相同的标准似乎可以适用，比如关于平台的不可或缺性的标准。实际上，在某些情况下，强制性搭便车的损害理论与利润挤压的损害理论更加接近，用后者来处理强制搭便车的情形可能更加

69. Friso Bostoan, Online Platforms and Pricing: Adapting Abuse of Dominance Assessments to the Economic Reality of Free Products, 35 Computer Law & Security Review, 263-280 (2019).

70. See Marco Botta and Klaus Wiedemann, Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision, 10 Journal of European Competition Law & Practice, 465-478 (2019).

71. See Howard A. Shelanski, Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, 161 University of Pennsylvania Law Review, 1663-1705, (2015).

72. 欧盟委员会对亚马逊展开的反垄断调查，其中就包括这类损害理论。

适合。因为，具有支配地位的平台，可以选择为平台内的竞争对手提供不同的接入价格或服务、质量等其他条件，使其经营处于重大劣势甚至难以为继，从而造成反竞争的封锁效应。

2. 滥用杠杆或自我优待

滥用杠杆或自我优待（abusive leveraging or self-preferencing）的损害理论，涉及活跃在多个相关市场的支配企业（无论这些市场是纵向相关的，还是横向相关的）。与挪用竞争对手的创新等强制性搭便车的情形相比，滥用杠杆或歧视性杠杆损害理论侧重于支配企业如何将一个市场的支配力量辐射或传导到另一个市场，并偏袒该市场上自家的产品或服务。⁷³ 由于数字平台在多个相关市场运营，其商业模式通常以从另一个市场收回投资为前提，因而此类案例可能会越来越频繁。欧盟委员会查处的谷歌比较购物服务案即为一例。

该损害理论与拒绝交易也有一些相似之处，因为它们都涉及一项重要的投入。一个支配企业可能使用杠杆来事实上封锁竞争对手，而不必明确地拒绝供应投入从而触发拒绝交易案件。例如，一家企业可能会利用消费者的行为偏差，或选择更明显选项的倾向，以封锁竞争对手。在欧盟的谷歌购物案中，执法机构并未考虑“不可或缺性”的条件。其认为，由于救济措施是基于总体原则，不包含谷歌分享资产或与其他企业达成协议的积极义务，因而拒绝交易案件的相关要件并不适用。

滥用杠杆的损害理论也可能与搭售和捆绑表现出一些相似之处。两者都专注于利用一个市场的支配力量来封锁另一个市场的竞争。一方面，搭售和捆绑行为本身就表现出“自我优待”的倾向。另一方面，滥用杠杆可以被视为

搭售或捆绑的一种形式，比如通过平台设计进行技术捆绑或者混合捆绑，以实行折扣和其他激励措施。此外，利润挤压也可以被看作是一种滥用杠杆或自我优待。也就是说，从事滥用杠杆的企业在提供关键投入，或在接入平台的交易条件上，优待自身业务而劣待竞争对手业务，造成竞争封锁。

3. 隐私政策搭售

有学者指出，数字市场中可能出现的一种特殊类型的包抄策略（envelopment strategy），即隐私政策搭售（privacy policy tying），亦即一家支配企业向消费者强加数据收集条款，允许其在多种情况下使用消费者数据。这种策略可以利用在具有支配地位的市场（原始市场）中收集的数据，切入一个具有重叠用户基础的新市场。此际，支配企业可以在新的目标市场上积极竞争，如通过原始市场的补贴将目标市场的产品价格设定为零。反过来，企业可以使用在新市场收集的数据，巩固或加强其在原始市场的支配地位。

考虑到这种行为对目标市场的封锁和对原始市场支配地位的强化，其可以被视为排他性滥用；考虑到这种行为对消费者强加广泛的不公平的数据使用条款，其也可以被视作排他性滥用和剥削性滥用的结合。对于隐私政策搭售的救济，确保消费者对数据的可移植性或可携带性是一种适当的工具。⁷⁴

四、数字市场上的滥用支配地位案件：面临的局限与可能的应对

如上所述，数字市场中的滥用支配地位案件涉及一系列分析挑战。近年来，竞争政策界

73. See Pablo Ibáñez Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 World Competition, 417-446.

74. See Daniele Condorelli, Jorge Padilla, Harnessing Platform Envelopment Through Privacy Policy Tying, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3504025.

就以下问题展开了积极的辩论：一是如何修改滥用支配地位规则，以考虑数字市场的特征；二是滥用支配地位规则何时是解决特定竞争问题的正确工具。有代表性的建议如下。

（一）改进滥用支配地位的调整方法

针对目前滥用支配地位的规范程序和立法，人们提出了一系列改变，以解决数字市场特有的问题。

1. 发布更多的指引

大多数人指出，滥用支配地位规则在数字市场如何适用，需要竞争主管机构发布更明确透明、更具可预见性的指引。在某个司法辖区未就某一损害理论作出过既定判例的情况下，这种需要尤为明显。指引可以采取发布指南的形式，甚至可以通过修改立法来明确关键概念在数字市场如何应用。市场参与者将受益于这种确定性。例如，“德国竞争法 4.0 委员会”（Competition Law 4.0 Commission）概述了什么是数字市场中的市场力量，并就该主题发布了指导意见。⁷⁵

2. 应用新的经济工具并修改现有的经济工具

一些建议则侧重于竞争主管机构用来评估行为效果的经济工具。例如，在案件评估中通过分析质量调节价格（quality-adjusted prices），更广泛地考虑竞争的非价格方面；又如，在评估市场力量和行为效果时，更多地利用行为经济学的见解；等等。

3. 重新平衡执法过度和执法不足的风险

如上所述，滥用支配地位的规范框架和

案件裁决反映了对假阳性和假阴性之间平衡的判断。一些人认为，在某些司法管辖区（如美国），目前的做法过分偏向于避免假阳性，即存在执法不足。有观点进一步指出，长期以来，美国的反垄断执法更情愿在“宽赦潜在的反竞争行为方面犯错”，而欧盟的反垄断执法则更情愿在“禁止潜在的反竞争行为方面犯错”。⁷⁶

4. 更多地使用临时措施来保护竞争

由于数字市场的快速演变，以及滥用支配地位案件可能需要花费大量时间（特别是在诉讼模式下），有人指出，竞争主管机构有必要迅速采取行动，防止市场受到损害。因为一旦竞争者被挤出市场，可能很难消除滥用行为造成的损害。例如，英国数字竞争问题专家小组建议更多地使用临时救济措施（interim remedies）来应对潜在的滥用行为，从而避免损害在案件裁决期间扩大。⁷⁷

5. 立法完善

一些关于滥用支配地位规则的立法完善建议，主要包括：（1）取消界定相关市场的要求，允许通过不受竞争压力约束的反竞争行为的存在来推断市场力量。（2）实行举证责任倒置，使某些行为被推定为反竞争行为。这可能特别适用于具有强烈网络效应市场中的拒绝互联互通的行为（互操作性问题），以及当平台充当“中介基础设施”（intermediation infrastructure）时的自我优待行为。（3）对于尚未占据支配地位，但由于具有市场“倾斜”趋势而可能成为支配地位的企业，可以适用支配地位滥用的禁止性规定。

75. See Competition Law 4.0 Commission (2019), A New Competition Framework for the Digital Economy: Report by the Commission 'Competition Law 4.0', https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

76. See Jacques Cr  mer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

77. See Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

（二）滥用支配地位的替代性解决方案

滥用支配地位规则并不能解决数字市场中可能出现的所有竞争问题。其实，即便滥用行为的损害理论是确凿无疑的，也不一定要发起滥用支配地位案件，因为其他竞争政策工具可以更有效地解决问题。例如，相较于通过事后调查来解决市场力量的滥用问题，并购审查可以从源头上防止市场力量的出现，因而更能从根本上解决竞争担忧。考虑到数字市场上不断涌现的颠覆性创新以及新进入者迅速改变市场的可能性，支配企业对新兴竞争对手的收购（掐尖式并购）需要引起特别关注。⁷⁸

竞争主管机构也可以利用其倡导职能（advocacy powers），进行市场研究，解决数字市场中的竞争问题。市场研究可以对市场竞争进行更结构性的分析，而不局限于以行为为中心的分析，因而有助于从更全面的视角来确定竞争问题。此外，通过市场研究可以做到未雨绸缪，即在滥用支配地位行为出现之前寻求促进竞争的方法。⁷⁹ 不过，目前只有少数司法辖区有权在市场研究后实施救济措施。欧盟委员会已经为新竞争政策工具制定了一项提案，以使市场研究能够解决市场中的结构性竞争问题。

最近的几份专家报告更进一步，建议建立新的数字市场监管机构，以促进数字市场的竞争。这样的监管机构将促进竞争作为主要任务之一，但其工具和方法有所不同。例如，对竞争主管机构而言，监测和执行复杂的行为救济措施是一项挑战，但数字市场监管机构可以通过事前规则更好地承担这一任务。此外，数字市场监管机构可以更好地将可能与支配企业的行为相关但不符合滥用支配地位框架的替代性

政策目标纳入考虑。概括来讲，数字市场监管机构可以解决以下问题：（1）对具有支配地位或战略性市场地位的平台（“瓶颈”平台或“看门人”平台）制定规则，如与公平、歧视、自我优待、互操作性有关的规则。（2）针对可能巩固市场力量的竞争问题制定相关措施，如建立数据可移植性规则，建立“用户友好型”的数据托管人制度，等等。

五、启示与简评

当前，全球正处于新一轮科技革命和产业变革的历史交汇期，数字经济方兴未艾、加速演进，其迥异于工业经济的运行机制和竞争特点，不仅放大了企业滥用支配地位的风险，而且给传统滥用支配地位制度带来了一系列挑战。OECD“数字市场的滥用支配地位”论坛，对这些风险、挑战以及应对举措作了富有启示性的阐发，有助于我们从事实、规范、价值等维度重新认识、定位、完善滥用支配地位制度。

第一，把握数字经济的运行机制和竞争特点，是更好改进滥用支配地位制度的前提。数字经济的蓬勃发展，离不开数据要素、网络载体与ICT技术动力，具有支撑技术化、经营平台化、程序刚性化、行为数据化、数据数字化、平台生态化、营销精准化等特征。⁸⁰ 在数字经济，市场竞争的维度极大拓展，不仅包括传统企业注重的价格、产量竞争，还包括更能决定企业成败的数据、质量、算法（技术）、创新、流量、注意力、以及个人信息保护等方面的竞争。⁸¹ 数字经济中的竞争行为通常以实现和巩固多边架构、规模效应、范围经济、网络效应、

78. See OECD (2020), Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control: Background Note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf).

79. See OECD (2020), Using Market Studies to Tackle Emerging Competition Issues, <https://www.oecd.org/competition/globalforum/using-market-studies-to-tackleemerging-competition-issues.htm>.

80. 参见时建中：《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》，载《中国法学》2020年第2期。

81. 参见焦海涛：《个人信息的反垄断法保护：从附属保护到独立保护》，载《法学》2021年第4期。

平台生态为导向,并呈现出投资活跃、产融结合、并购频繁、创新密集、动态循环、赢者通吃等特征。这意味着,我国《反垄断法》以及滥用市场支配地位制度,应充分纳入数字市场相关考量因素。⁸²

第二,数字经济的上述运行机制、竞争特点,使企业更易获得持久且稳定的支配地位,且数字商业模式的独特性质放大了支配地位被滥用的风险。一方面,规模经济、范围经济、网络效应在数字市场上扮演着至关重要的角色,它们可以帮助一个企业率先锁定消费者,培育用户基础;规模、范围、网络等方面的壁垒,加之消费者的某些行为偏见,使潜在进入者很难在市场上获得立足点,遑论打入多个市场与在位者竞争。这意味着,数字市场上的支配地位具有趋于持久和稳定的特点。另一方面,尽管基于效能竞争(competition on the merits)的支配地位本身无可厚非,⁸³但数字平台纵向整合、跨业混合经营的独特商业模式,使支配企业更容易滥用其“中介基础设施”“强制性瓶颈”或“守门人”的地位,实施拒绝交易、利润挤压、掠夺性定价、搭售、捆绑、排他交易(“二选一”)、自我优待、强制性搭便车、隐私政策搭售(过度收集使用数据)、大数据杀熟、不公平交易等滥用行为。这意味着,数字市场上的滥用支配地位行为更为纷繁复杂,也更为普遍。

第三,全面看待和准确把握滥用支配地位的损害效果,对于滥用支配地位的损害理论,既不过度保守、也不过度开放。其一,基于效果的分析是当前各司法辖区处理滥用支配地位

案件的通行做法。我国《反垄断法》所禁止的滥用支配地位行为,多限定为“没有正当理由”的情形,这实际上包含了对行为正反两方面效果予以考量的要求。换言之,在我国反垄断法上,不存在“本身违法”的滥用支配地位行为。其二,以美国为代表的一些司法辖区,长期以来把滥用支配地位行为的损害效果局限于某种效率损失,并通过经济学的福利概念加以量化。⁸⁴然而,在数字经济,这种狭隘的视角和方法恐怕更加不敷适用。就其本质来看,数字经济是“促进公平与效率更加统一的新经济形态”,⁸⁵这意味着,对滥用支配地位损害效果的考量,起码有效率和公平两个视角。⁸⁶相应地,滥用支配地位的损害理论起码有两大分支:一是基于效率的损害理论,如排斥理论、掠夺理论、杠杆理论、提升竞争对手成本的封锁理论等限制竞争理论;二是基于公平的损害理论,如直接损害交易相对人(中小微企业、消费者)利益的不公平定价理论、歧视性待遇理论、隐私政策搭售理论、不公平交易理论等剥削理论。其三,数字经济的特点虽然使滥用支配地位行为更加纷繁复杂,但很多时候我们可以穿透行为的表象,运用传统的损害理论对其作出处理,而不必一味地寻求新的概念语词和开发新的损害理论。例如,当下被一些媒体炒得火热的平台“封禁”行为,实际上可以通过拒绝交易的规范模型来加以处理;平台“二选一”行为也可以通过排他交易(限定交易)的规范模型来做出分析。换言之,数字经济虽然有很多新的商业模式和策略行为,但从反垄断法和滥用支

82. 参见江山:《美国数字市场反垄断监管的方法与观念反思》,载《国际经济评论》2021年第6期。

83. 参见郝俊淇:《基于不同成因的市场支配地位及其反垄断法关注与应对》,载《岭南学刊》2020年第4期。

84. 参见李剑:《平台经济领域的反垄断法实施——以经济效率目标为出发点》,载《中外法学》2022年第1期。

85. 国务院:《“十四五”数字经济发展规划》,http://www.gov.cn/zhengce/content/2022-01/12/content_5667817.htm,最后访问日期:2022年1月17日。

86. 参见郝俊淇:《竞争政策和法律中的公平考量——OECD“竞争何以促进社会公平”论坛介评》,载《中国价格监管与反垄断》2021年第10期。

配地位制度的视角看，其损害机理与传统行为的损害机理可能别无二致。⁸⁷ 总之，在损害理论和制度规范的发展上，既不能顽固保守，也不能盲目求新。其四，在滥用支配地位规则运用的技术细节上，论坛提供了诸多富有启发性的见解。比如，更多考虑竞争的非价格维度，不过分执着于相关市场的界定，利用行为经济学的见解来评估支配地位和行为效果，更多地使用临时救济措施来应对潜在的滥用行为，将滥用支配地位制度拓展适用于试图获取支配地位的不当单边行为，等等。

第四，对滥用支配地位制度在数字经济领域的整体定位，不能脱离具体的国情和政策环境。正如论坛所言，由于不同的历史背景、国内环境、法律哲学、执法（司法）政策，滥用支配地位制度在不同司法辖区的适用情况有很大差异。就我国而言，反垄断法是保障社会主义市场经济体制的重要法律制度，因此无论是在传统经济还是数字经济领域，滥用支配地位制度都具有普遍适用性。同时，考虑到近年来我国资本、数据等生产要素的体量规模不断增

大，向头部企业加速集聚，逐利冲动和扩张势能日益高涨，平台垄断、竞争失序、野蛮生长等乱象逐步凸显，给经济社会的持续健康发展带来重大威胁。因此，国家做出了“强化反垄断和防止资本无序扩张”等战略部署。在这样的宏观背景下，我们更应当着力完善滥用支配地位制度，深入推进该制度在数字经济领域的实施，以维护公平竞争、创新活力、中小企业和消费者利益，保障公平正义和经济社会安全稳定。⁸⁸ 但必须强调的是，强化反垄断、深入推进滥用支配地位制度的实施，须把握好时度效：一方面，要加强统筹协调，坚持系统观念，稳定市场主体预期，提振市场主体信心，平衡好法律执行过度和执行不足的风险，更好统筹效率与公平、活力与秩序、创新与保护、发展与安全，促进经济高质量发展；另一方面，要认识到滥用支配地位制度的限度，它只是数字经济风险治理体系的一种机制，不能“越俎代庖”，也无法“包治百病”。⁸⁹ 因此，我们必须紧扣反垄断法的立法目的，清醒认识滥用支配地位制度的功能边界和适用范围。

Unilateral Conduct Norms for the Digital Age: Overview of OECD Forum on Abuse of Dominance in Digital Markets

Abstract: The unique operation mechanism, competition characteristics of digital economy make it easier for undertakings to form a lasting and stable dominant position, and the competition concerns caused by abusing this position are more common; meanwhile, the application of the traditional rules of abusing dominance in the digital market faces many challenges. In view of this, OECD held the "abuse of dominance in digital market" forum, which focused on the legislative and historical background of the system of abusing dominance, the proof of dominance and the types and harm theories of abusive conducts in digital market, as well as the limitations and solutions to the cases of abuse of dominance in digital market. This paper gives a brief introduction to the main contents of the forum, and makes a brief comment on the enlightening viewpoints according to China's reality.

Keywords: Digital Market; Abuse of Dominance; Theories of Harm

87. 参见金善明：《中国平台经济反垄断监管的挑战及其应对》，载《国际经济评论》2022年第2期。

88. 参见黄勇：《强化平台经济反垄断监管 促进数字产业经营者合规》，载《中国市场监管报》2021年4月15日，第5版。

89. 参见时建中：《反垄断法不是治理平台的唯一机制，无法“包治百病”》，<https://xw.qq.com/cmsid/20211220A0BH8V00?f=newdc>，最后访问日期：2022年1月17日。