

法律与法学

论互联网企业滥用市场 支配地位之认定

石英 尚芹

【提要】近年来我国有关互联网企业的一系列反垄断诉讼,特别是360诉QQ滥用市场支配地位的“中国互联网反垄断第一案”,表明互联网企业的垄断行为主要集中在滥用市场支配地位上。互联网企业的主要经济特性是网络效应,它决定了反垄断法在正确规制互联网企业的滥用市场支配地位时,照搬界定相关市场和认定市场支配地位的传统方法是不行的,在认定市场支配地位时除了考虑市场份额外还要考虑进入壁垒,在认定滥用市场支配地位的行为时要结合互联网企业的特殊性,运用合理原则本着谨慎的态度予以认定。

【关键词】相关市场界定 市场支配地位 滥用市场支配地位 互联网企业

【中图分类号】D912.29 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2014)01-0079-05

一、互联网企业与传统企业在 垄断方面的区别

互联网企业不同于传统企业,最主要原因在于互联网企业具有的鲜明经济特性是网络效应,网络效应造成互联网企业与传统企业的很大区别是市场均衡和市场结构等特征的不同。互联网企业一般是双边平台企业,它在平台的一边大多实行“免费”的经营模式,同时存在的网络效应导致市场价格机制失灵,价格高低不再决定市场的均衡状态,影响互联网市场达到和维持均衡状态的是网络规模,在到达临界容量之前(临界容量是维持市场均衡的最小网络规模),互联网企业会想方设法地吸引用户加入其网络,在达到临界容量以后,互联网企业往往通过提高平台另一边的价格来获取垄断利润。由于上述不同于传统企业的一些特点,互联网企业面临一些前所未有的反垄断问题:双边市场的特性、技术的快速升级、网络效应的存在等,使互联网企业的相关市场界定和认定市场支配地位不能照搬传统企业的反垄断方法。互联网企业中的某些限制竞争的行为可能具有提高

经济效率的功能,但是该行为却受到反垄断法的禁止,例如互联网企业掌握网络经济的竞争规律适用渗透定价的竞争策略,有时是一种促进竞争的行为,但对于反垄断法来说此行为属于掠夺性定价,应该予以禁止。

网络效应能够在互联网市场上造成正反馈、冒尖、锁定、转移成本等现象。使用某网络的消费者数量越多,该网络对其他消费者吸引力越大,“正反馈”机制形成。正反馈导致“冒尖”,冒尖是指进入该网络的用户突然增多,几乎全部用户会蜂拥进入该网络,其他竞争者落败,概言之,“赢家通吃”、“输家出局”。由于信息不对称,用户并不知道竞争中几种技术的优劣,若偶然因素导致更多消费者倾向于次优技术,那么最优技术就会被迫退出互联网市场。由于转向最优技术要付出“转移成本”,当被次优技术“锁定”的消费者发现了最优技术,也不会转向它。

二、互联网企业相关市场的界定

(一) 互联网企业相关地域市场的界定

对于在线竞争的互联网独有市场,互联网企业没有竞争的地理区域范围,所以,有人认为,对于网络

公司来说,一个可行的地域市场的界定范围便是互联网本身。^①对在线公司诉 GreatDeals. Net 案,美国法院便持有相关地域市场的范围应通过物理上的地理区域来界定的观点,它认为,“关于竞争发生的相关地域市场,法院发现互联网不能在外延上界定范围。它不是一个地点或位置。”^②随后,物理概念上的“位置或地点”成为法院界定互联网企业相关地域市场的原则性要求。关于互联网中的相关地域市场,还有一种观点认为:鉴于互联网本身的性质,有一种可能性是这个市场是全球性的。^③然而,由于各国政府有能力禁用或阻止访问互联网、语言障碍的存在以及反垄断法是促进各国国内竞争的总体目标,本文认为对于互联网独有市场来说,国内市场是互联网企业最适当的相关地域市场。

(二) 互联网企业相关产品市场的界定

有人指出关于互联网中的相关产品市场,可以借鉴国外已有案例的界定方法,把涉及美国互联网企业如 ebay、facebook、谷歌等的产品领域主要分为互联网零售市场、互联网社交市场、互联网广告市场等几种互联网市场;还有人参考中国互联网经济景气指数系统(简称 CIIS)中对国内 5711 家网站的统计数据,选择网民应用普及率高、市场集中度较高的搜索引擎市场、即时通讯市场、电子商务市场(细分为 B2B、C2C)、第三方支付市场等领域来研究,虽然不全面,但是包括了中国互联网大型企业如百度、腾讯、阿里巴巴、淘宝、支付宝等的产品领域。这两个分析路径的相关产品市场是有交叉的,并且没有分清互联网独有市场和非独有市场。如搜索引擎市场与互联网广告市场即在线广告是否存在交叉,互联网广告是否与传统媒体广告构成独立的相关市场?在 person 诉谷歌一案中,法院认为,搜索广告与互联网广告的其他类别具有合理的替代性,把搜索广告市场从更大的互联网广告市场独立出来没有必要与理由。因此不能把基于关键词定位的互联网广告市场看成一个独立的相关产品市场,若把搜索广告市场作为一个独立的相关产品市场,界定得过于狭窄。某网站可能选用搜索广告,也可能选择在门户网站上做横幅广告的形式来进行宣传。法院认为不同形式的广告从功能角度来讲都是为了吸引公众的眼球,互联网广告和传统广告形式具有相互替代性,因此,广播、报纸、电视等传统广告方式都应该归属于本案的相关产品市场。^④而如 eBay、亚马逊与淘宝此类经营互联网零售业务或开展电子商务的企业,虽然不能否认网上零售市场具有一定的独特属性,如买方可以对特定的商品进行网络搜索,能得到销售同一商品的卖方的对比等,但是它们销售的产品或服务无异于传统市场上的产品或服务,因此,它们之间必然存在着相互替代关系。很显然,电子商务或互

联网零售市场不能作为一个独立的相关市场。

三、互联网企业市场支配地位的界定

(一) 市场份额

市场份额是各国或地区反垄断法衡量市场支配地位的重要指标,如我国《反垄断法》第十九条,我国台湾地区《公平交易法》等。适用市场份额这个结构性因素,对于确定互联网企业是否具有市场支配地位可以节省执法成本、提高执法效率,但是不能照搬传统方法。

1. 用户市场上的市场份额。测量互联网企业的市场份额的第一种方法是审查其在用户市场上的份额。在传统市场上一般用特定商品的销售额在相关市场所占的比重来计算特定商品的市场份额,但在互联网市场上,基于网络效应对互联网产品的影响,用户选择的是销售数量多的产品而不是销售金额多的产品,因此在互联网市场上要用销售数量的指标代替销售额来计算产品的市场份额。对于互联网产品,如应用软件、通信等,通常情况下销售数量就等于于用户数量,因为基于技术的设置一件产品就只能装一台设备,一台设备对应一个用户,那么就可以通过用户数来计算产品的市场份额。衡量总用户人数的一种简单方法是通过测量总网页浏览量,另一种方法是已注册的用户。对于大部分社交网站,这两种方法得出的数据往往是相等的,因为为了查看用户的完整内容(根据其他用户的隐私设置),必须注册。以 Facebook 为例,无论用哪种方法衡量,Facebook 都在市场势力的尖端上,2011 年 11 月一项调查显示 Facebook 的“市场份额”刚刚超过 63%,其次是 youtube 略低于 20%,第三是 Twitter,略高于 1%,一大批企业聚集在 1%或 1%以下。^⑤这些稍微有用的市场份额数据的缺陷

① See Charles Carson Eblen, Defining the Geographic Market in Modern Commerce: The Effect of Globalization and E-Commerce on Tampa Electric and Its Progeny, 56 Baylor L. Rev. 49, 53 (2004) .

② Am. Online, Inc. v. GreatDeals. Net, 49 F. Supp. 2d 851, 858 E. D. Va. 1999, quoting Cyber Promotions, Inc. v. Am. Online, Inc., 948 F. Supp. 456, 459 E. D. Pa. 1996.

③ Spencer Weber Waller, antitrust and social networking, North Carolina Law Review, June 2012.

④ Am. Online, Inc. v. GreatDeals. Net, 49 F. Supp. 2d 851, 858 (E. D. Va. 1999) .

⑤ Priit Kallas, Top 10 Social Networking Sites by Market Share of Visits [December 2011], DreamGrow (Jan. 16, 2012), <http://www.dreamgrow.com/top-10-social-networking-sites-market-share-of-visits-december-2011/>.

是：随着时间的推移这些数据相当不稳定，2011年5月报告显示 Facebook 在美国的市场份额下跌超过 5%。^① 仅就在 2009 年 5 月，Facebook 和 MySpace 约有大致相同的份额 30%，而目前 myspace 吸引的总网页浏览量少于 1%。^②

2. 广告市场上的市场份额。测量互联网企业的市场份额的第二种方法是审查其广告收入的份额。仍以 Facebook 为例，2011 年 4 月网络发布者估计 Facebook 的在线显示广告份额刚刚超过 30%。^③ 2011 年第一季度的数据也在类似的范围。虽然这种类型的市场份额令人印象深刻，但是仅仅这些不足以满足美国的垄断或企图垄断、欧盟或大部分其他司法管辖区的适用类似标准判断滥用市场支配地位，导致市场势力要求的反垄断责任。很明显，在线和线下的广告间有一定的替代性，但是广告企业不断变化的性质意味着可能没有完全回答取代度这个问题，即什么构成反垄断目的的相关市场。然而，就在线显示广告的相关市场来说，目前包括搜索广告或更传统的线下印刷业和媒体广告，某些互联网企业的较大的市场份额急剧收缩，其反垄断担忧甚至可能进一步消退。

(二) 进入壁垒

1. 由网络效应导致的进入壁垒。该进入壁垒造成的一种现象是，具有市场支配地位的企业往往占据很高的市场份额，如微软在软件产业中的市场份额。一个新进入的互联网企业要想生存，首先要有一定的用户安装基础，这就会威胁在位企业的用户安装基础，在位企业特别是有市场支配地位的企业就会通过提高转移成本，把用户锁定在自己的产品上，同时由于网络效应导致的用户偏好，要想用户自主接受新进入的互联网企业也很困难，除非新进入者有足够的理由让用户转向它。直接或间接的网络效应都可以创建有意义的进入壁垒，虽然有人提出间接网络效应通常不是排他的，但最近，在涉及微软市场势力的诉讼中发现了一种间接网络效应的新形式，即应用程序进入壁垒，所谓应用程序进入壁垒是指：因为新进入者（或现有边缘公司）无能力获得软件应用程序开发人员为新的或竞争的操作系统编写程序的承诺，这些新进入者被有效地阻止进入操作系统市场。这种现象通过边缘竞争对手和支持微软作为计算机操作系统的垄断供应商的势力，以阻碍有效的新的进入或扩张。

2. 关键设施的知识产权导致的进入壁垒。因为互联网企业中的产品主要是知识产品，互联网企业要想获得技术领先的先发优势，就必须在研发产品的同时申请知识产权，所以互联网企业通常对关键设施拥有知识产权。由于受到知识产权法的保护，这些对关键

设施拥有知识产权的互联网企业自然地具有了合法的市场支配地位。这些企业拥有的知识产权数量越多或对关键设施拥有了知识产权后，为了更好地维持自己的市场支配地位，在知识产权许可协议谈判中作为强势主体不断地压榨弱势一方的利益，从中获得垄断利润，也同时阻碍了技术的创新，阻碍了其他企业进入该市场。

3. 标准导致的进入壁垒。互联网运营的过程中，标准化发挥了重要作用，如果一个公司能够控制一个标准，或相反受益于重要的网络效应，标准化很可能产生进入壁垒。^④ 标准可分为法定标准、正式标准和事实标准。法定标准是指由国家法律、法规规定的标准；正式标准是指由制定标准的专门组织包括国内组织和国际组织设定的标准；事实标准是指在互联网经济中，没有事先制定技术标准，拥有标准的互联网企业间展开激烈的标准竞争，最终在被广泛认可的一种占市场主导地位的标准成为事实标准。标准虽然增进了兼容性的功能，扩大了网络效应的作用，增加了网络的规模效应，为用户增加了更大的价值和福利，但是在正式标准制定后或事实标准形成后，掌握或控制标准的互联网企业就借着标准化过程获得了市场支配地位，其他新的互联网企业要想再进入该市场就很可能被该占有市场支配地位的互联网企业阻止。

四、互联网企业滥用市场支配地位行为的认定

(一) 搭售

1. 互联网市场与传统市场上搭售行为的区别。与搭售相近的概念是捆绑销售，本文将其统一称为搭售。从形式上看，互联网市场上的搭售和传统市场上的搭售相同，但是从实质上看，二者的区别如下：

首先，经济效果不同。互联网市场上比传统市场上

^① Eyre, Facebook Losing Ground in US, Brothersoft (June 14, 2011), <http://news.brothersoft.com/facebook-losing-ground-in-us-13536.html>.

^② Priit Kallas, Top 10 Social Networking Sites by Market Share of Visits [December 2011], DreamGrow (Jan. 16, 2012), <http://www.dreamgrow.com/top-10-social-networking-sites-market-share-of-visits-december-2011/>.

^③ Ken Burbary, Facebook's Market Share of Display Advertising [Statistics], Ken Burbary's Lifestream (Apr. 4, 2011), <http://kenburbary.posterous.com/facebook-market-share-of-display-advertising>.

^④ See M. A. Lemley, Antitrust and the Internet Standardization Problem, 28 Conn. L. Rev. 1042-75 (1996).

的结卖品和搭卖品互补性强很多,如电脑和操作系统的互补性明显大于复印机和复印纸的互补性。互联网市场上的搭卖品往往是耐用商品或关键设施,如微软在Windows操作系统上搭售的IE浏览器,但是传统市场上搭售的商品往往是易耗商品或次要的设施,如复印纸。与传统市场不同的经济效果是互联网市场上的搭售会阻止新进入者在搭卖品市场上的进入,或排除其他企业在搭卖品市场上的竞争,这也是开发浏览器的网景公司起诉微软公司的原因之一。其次,对技术效率的影响不同。如Windows和IE浏览器的源代码的直接整合就比单独安装浏览器系统性能要好很多,可以利用互联网市场上结卖品和搭卖品互补性强的特点,研发过程中将结卖品和搭卖品集合起来能提高二者的系统性能,因此与传统市场的搭售相比,互联网市场中的搭售有提高技术效率的功能。最后,网络效应对两个市场的影响不同。前文讲到互联网市场不同于传统市场的最显著特点是前者具有而后者不具有网络效应,具有市场支配地位的互联网企业有可能利用网络效应的影响,通过搭售行为把其在结卖品市场的支配地位传递到搭卖品的市场上。如微软的Windows操作系统具有绝对的市场支配地位,它曾经利用这种在操作系统市场上的支配地位,捆绑销售媒体播放器Media Player,只要用户购买Windows操作系统,就同时买了Media Player播放器,随着使用Windows操作系统的用户数量的增加,使用Media Player的用户也不断增加,Media Player不久就在播放器市场上“冒尖”,微软在Media Player播放器市场上逐渐占据了市场支配地位。这样就会排除或限制其他公司在播放器市场上的竞争,Media Player的竞争产品Real Player处于非常不利的竞争地位,这就是开发Real Player播放器的公司对微软提起反垄断诉讼的原因。

2. 认定互联网企业的搭售行为。学者们对于反垄断法如何规制互联网企业搭售行为大致提出了以下观点:

第一,对搭售持有效率观点。芝加哥学派认为搭售本身是一种合法行为,在搭卖品市场存在竞争的前提下,搭售是无利可图的,并没有为企业带来垄断利润。相反,搭售作为一种很普通的企业市场行为,可以带来很多效率收益,如节省成本、提高质量、降低价格非效率(价格歧视等)。因此芝加哥学派认为应该着重考虑搭售行为的效率效应,反垄断法应该不干预或尽可能少地干预搭售行为。

第二,认为需要干预的观点。此观点还可划分为两种,一是认为互联网企业的搭售行为能够阻碍技术创新,限制或排除竞争,应该对其采用较高的严厉标准进行规制。传统搭售理论一直对搭售持否定态度,认为搭

售是具有市场支配地位的企业将其在一个市场上的支配地位传递到另一个市场的一种方法,反垄断法应当对具有市场支配地位企业的搭售行为运用“本身违法”原则予以规制。还有一种比上述观点较温和的观点,以Michael L. Katz为代表,他们认为应当对具有市场支配地位企业的搭售行为进行全面地分析,其搭售行为既存在有效率的时候,也有限制、排除竞争的时候,应该根据具体案件的具体情况运用合理原则进行分析是否以及如何干预。

(二) 掠夺性定价

一般来说,掠夺性定价有两个要件:初始销售低于边际成本(或以平均可变成本为替代),以及随后的通过超过竞争价格的增加对先前利润补偿的可能性。^①就首个测试而言,尽管在互联网上提供商品的策略很广泛,这可能是也可能不是一个初始销售低于边际成本的标志。首先,在互联网上额外分发的软件副本的边际成本可能是非常小的。此外,一个公司可能会产生其他收入,如必须考虑可能从分发的商品那获得广告收入。^②其次,补偿可能也存在概念上的以及实际上的困难。如果进入就像在互联网上通常发生的那样是相对容易的,新进入者将有望削弱任何提高价格的企图。但是,这并不意味着,在互联网市场上掠夺性定价的可能性就消失了,相反,企业在互联网市场上实施掠夺性定价的可能性更高。在互联网市场上更容易实施价格歧视使企业实施掠夺性定价的成本降低。例如,企业为了吸引网络外的用户,对网络外的用户采取低于成本的掠夺性定价方式,而为了补偿因实施掠夺性定价而导致的利润流失,该企业对网络内的用户收取高于成本而低于转移成本的价格,这就是价格歧视,这种情况下企业既能阻止竞争对手建立用户安装基础,还能获得利润。因此反垄断执法机构将必须密切审查每个案件的事实。例如,互联网运营的过程中,标准化发挥了重要作用,如果一个公司能够控制一个标准,或相反受益于重要的网络效应,标准化很可能产生进入壁垒。^③这样的进入壁垒就可以使补偿变得可行。那么怎么认定互联网企业的掠夺性定价的行为呢?在互联网行业中,边际成本很低,如在软件产业中,除了开发软件的成本,复制软件的边际成本几乎为零,要判断企业是否低于边际成本销售软

① See F. M. Sherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 472-79 (3rd ed. 1990).

② See J. W. Gurley, *How the Net is Changing Competition*, *Fortune*, Mar. 15, 1999, at 168.

③ See M. A. Lerner, *Antitrust and the Internet Standardization Problem*, 28 *Conn. L. Rev.* 1042-75 (1996).

件就是一件很难的事情。本文认为首先应该判断实施掠夺性定价的企业是否具有市场支配地位，因为与传统市场不同的是，在竞争的初期，所有的互联网企业包括新进入者都会实施低价，这是互联网企业的常用策略，认定任何一家企业违法都不合理，并且不利于消费者的利益。即使有企业在竞争中脱颖而出成为占有市场支配地位的企业，它实施掠夺性定价的行为并不一定能有效地限制相关市场上的竞争或阻止新进入者的进入，因此应当对此行为适用合理原则进行分析。

结语：反垄断法要正确认定互联网企业的滥用市场支配地位行为，应该做到以下几点：

1. 基于网络效应等特点的影响，在互联网市场中界定相关市场的方法和思路要区别于传统市场。第一，可能不再适用一些传统的考虑因素。例如，界定传统企业的相关市场时要考虑产品之间的价格差异因素，因为互联网企业中大量存在免费服务模式而不能适用。第二，充分考虑互联网商品的供给替代性非常必要。经营不同业务的互联网企业基本都是由服务器、互联网接入宽带和软件及网络技术人员构成，存在明显的人力资源和硬件设施趋同的特征，企业间不同业务的转换成本很低。另外，即使一种互联网商品在相关市场中的市场份额很高，但是由于互联网技术快速创新升级的特点，如果在先企业不迅速进行技术创新，很快就会被潜在竞争者取代，互联网市场是一个动态竞争性非常强的领域。

2. 在互联网市场上，拥有“先行优势”^①的企业利用互联网产品或服务的网络效应，造成对消费者的“锁

定”，消费者的转换成本会造成需求弹性很低，一个企业即使拥有较低的市场份额，仍可以拥有市场支配地位。所以对于互联网市场来说，不能照搬传统市场上市场支配地位的界定仅看市场份额的判断标准，在考虑市场份额时，还要考虑进入壁垒。

3. 互联网企业中的搭售等行为依然要用反垄断法来规制，并且分析方法没变，虽然互联网企业中的搭售等行为较传统企业的搭售等行为有一定的促进经济效率的作用，但是不能证明互联网企业中的搭售等行为就是合法行为，因为搭售行为有时候还具有排除、限制竞争，把结卖品市场上的垄断力量传递到搭卖品的市场上，降低竞争对手的创新激励等反竞争效应，鉴于互联网市场上搭售等行为在有些情况下符合反垄断法促进经济效率的目标，因此不能用本身违法原则来规制，而只能用合理原则来分析。

本文作者：石英是辽宁大学法学院教授、博士生导师、法学博士；尚芹是辽宁大学法学院2011级经济法博士研究生
责任编辑：赵俊

① 所谓“先行优势”是指在高科技产品市场中，先行开发的新产品，将会创造的竞争优势。换句话说，在经营者成功掌握独创技术时，他们同时取得了先行优势。参见杨东《互联网信息服务市场支配地位的认定及法律调整》，《政法论坛》2012年第1期。

The Definition of Abuse of Dominant Market Position by the Internet Enterprises

Shi Ying Shang Qin

Abstract: In recent years, a series of antitrust lawsuits about Chinese internet companies, especially the case of 360 V. QQ, for its abusing of market dominant position, which was “the first Chinese case of internet antitrust”, indicated that the internet enterprises’ monopolistic behaviors mainly focused on the abuse of a dominant position. The main economic characteristic of the internet enterprises is network effects. It determines that when the antitrust law regulates the abuse of a dominant position by internet enterprises, the direct copy of the traditional way to define the relevant markets and the market dominance is not suitable. When we define a dominant position, in addition to market share, we should take into account barriers to entry. When we define the abuse of market dominance by the internet enterprises, we should take into account the particularity of the Internet enterprises, should keep a cautious attitude and apply the reasonable principle.

Keywords: the definition of the relevant market; market dominance; abuse of dominant position; internet enterprises