

《平台反垄断指南》中“必需设施”条款的解读

高冷月

上海大学, 上海

收稿日期: 2022年9月8日; 录用日期: 2022年10月27日; 发布日期: 2022年11月3日

摘要

2021年7月国务院反垄断委员会出台了《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称“《指南》”), 其中第十四条提到了“必需设施”一词, 但这并不意味着我国在面对平台经济的反垄断法规制问题上已经引进了必需设施原则。《指南》中的“必需设施”条款是滥用市场支配地位中拒绝交易行为所包括的一种情形, 遵循的是竞争影响的违法性认定标准; 而必需设施原则本身与拒绝交易条款并不存在上下位的概念, 并且该原则遵循的是“拒绝提供必需设施”的违法性认定标准。在解读和适用“必需设施”条款时, 应当坚持基于竞争影响的违法性认定标准, 可以参考必需设施原则进行市场支配地位的认定。

关键词

必需设施, 竞争损害, 反垄断, 违法性

Interpretation of “Necessary Facilities” in Platform Anti-Monopoly Guide

Lengyue Gao

Shanghai University, Shanghai

Received: Sep. 8th, 2022; accepted: Oct. 27th, 2022; published: Nov. 3rd, 2022

Abstract

In July 2021, the Antitrust Committee of the State Council issued “Guidelines for Anti-Monopoly in the Field of Platform Economy”, the article 14 mentioned the word “Essential Facilities”. But this does not mean that in the face of the platform of anti-monopoly law regulation of the economy in our country has introduced the essential facilities on the question of principle. The “essential facilities” clause in the Guide is a situation included in the refusal to trade in the abuse of dominant

market position, which follows the illegality determination standard of competitive impact. There is no low or lower concept between the principle of essential facilities and the terms of refusal of transaction, and the principle follows the illegality determination standard of “refusal to provide essential facilities”. When interpreting and applying the clause of “Essential Facilities”, we should adhere to the illegality determination standard based on competition influence, and can refer to the principle of essential facilities to determine the dominant market position.

Keywords

Essential Facilities, Competition Damage, Antitrust, Illegality Determination

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来随着平台经济的迅猛发展，出现了一系列新兴的竞争法领域的问题。面对平台所具有的网络外部性、交互性等特点，我国传统的《反垄断法》在相关市场的界定以及市场支配地位的认定等问题上都显得有些束手无策。因此，有学者主张将必需设施原则¹引入到我国平台经济领域，以此来解决对于界定相关市场等问题的难度[1]。2021年7月国务院反垄断委员会出台了《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)，其中第十四条拒绝交易条款中也包含了必需设施的内容²。但该《指南》中的“必需设施”条款，并不等同于必需设施原则，二者之间在解读与适用问题上存在着一定的区别。

2. 必需设施原则概述

2.1. 缘起和基本内涵

必需设施原则可以概括为，如果一个经营者所拥有或控制的某项产品、设施或者服务被认定为是该行业内的必需设施，那么这个经营者就有义务向其他经营者提供该必需设施，否则将违反反垄断法³。

必需设施原则最早起源于美国反垄断法判例“终端铁路案”，在后续的反垄断司法实践中，虽然美国第七巡回法院在1983年的MCI案中提出了判断拒绝提供必需设施的条件⁴，但是美国联邦最高法院对必需设施原则却一直保持着回避的态度，甚至在判决中明确说其从未认可过必需设施理论⁵。

与美国相比，欧盟在其反垄断实践中对于必需设施原则的运用则更加丰富[2]。欧盟不仅在《欧盟竞争法》中吸收了必需设施理论，而且在必需设施原本的基础概念上进行了扩大，将原本指的港口、机场、铁路等物理基础设施扩展到包括知识产权在内的无形资产领域⁶。

¹ 本文中的“必需设施”指的是世界各国反垄断立法与实践中的“Essential Facilities (Doctrine)”一词，由于翻译不同，也有学者称之为“必要设施”。本文采用“必需设施”这一翻译是参考了《关于平台经济领域的反垄断指南》中的称谓。

² 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)第十四条：“……(五)控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易。”；“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”

³ See Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (5th ed.), West Academic Publishing, 2015, p. 410.

⁴ 法院认为，必需设施理论包含四个要件：1) 必需设施为一个垄断者所控制；2) 竞争对手无法实际或合理等复制必需设施；3) 拒绝竞争对手使用该设施；4) 提供设施是可行的。

⁵ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

⁶ 在Magill案中，欧洲法院首次将必需设施原则应用于著作权领域的拒绝许可中。Cases C-241/P&C-242/91P, RTE and ITP v Commission, [1995] ECR 743.

2.2. 违法性认定的逻辑

必需设施原则从理论上来说,其认定行为违法性的关键就在于经营者拒绝提供的产品或者服务是否构成必需设施,可以说这是一种基于特殊资产的违法性判断标准[3]。综合世界上各国反垄断法的立法与实践,有关必需设施原则的适用虽然存在着差异,但也可以从中抽象出共通的三大适用要件:第一,经营者控制着某项关键的设施、产品或服务,而该设施、产品或服务是在相关市场上开展经营与竞争的必要条件,即该关键设施、产品或服务具有不可或缺性;第二,其他经营者复制、重建该项关键的设施、产品或服务几乎是不可能的,即该关键设施、产品或服务具有不可复制性;第三,经营者开放该关键设施、产品或服务是可行的,且没有拒绝开放的正当理由。在满足上述三个条件之后,控制该关键设施、产品或服务的经营者却拒绝开放该必需设施时,就会被认为违反了反垄断法,即“控制必需设施——无正当理由拒绝开放——构成垄断行为”[4]。

3. 我国《平台反垄断指南》中“必需设施”条款概述

3.1. 基本内涵

《指南》的第十四条第一款⁷第五项中“控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”提到了必需设施一次,并将这种情形认定为是滥用市场支配地位拒绝交易的一种表现形式。此外第十四条的第二款又规定如何认定构成必需设施,需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台和可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的额影响等因素⁸[5]。

《指南》并非是我国首次在法律法规中使用“必需设施”一词,早在原工商总局2010年颁布的《工商行政管理机关滥用市场支配地位行为的规定》(已废止)第四条⁹,以及市场监管总局2019年颁布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十六条¹⁰中都曾提到过“必要设施”。

3.2. 违法性认定的逻辑

由于在《指南》中,是将“必需设施”条款放在拒绝交易这一条款的框架之下的,因此要讨论“必需设施”条款违法性认定的逻辑问题,就要回归到我国反垄断法中有关拒绝交易的违法性认定标准中来。

首先,我国反垄断法合法干预竞争行为的前提是该竞争行为产生了排除、限制竞争等损害竞争的影响。而拒绝交易行为在我国反垄断法中是属于滥用市场支配地位的行为,拒绝交易可能会产生的损害竞争的影响是,处于市场支配地位的经营者通过拒绝交易的行为来封锁竞争对手,使得行为人的产品价格能够被提高到竞争水平之上,提高竞争对手的成本,市场中的竞争就可能因此被排除或者限制。

即《指南》中的“必需设施”条款的违法性认定逻辑是,该经营者处于市场支配地位,在控制着必需设施的情况下拒绝交易或提供设施,属于滥用市场支配地位的拒绝交易行为,从而对竞争产生排除或限制的效果,从而构成垄断行为。

⁷《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)第十四条第一款。

⁸《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(国反垄发〔2021〕1号)第十四条第二款。

⁹《工商行政管理机关滥用市场支配地位行为的规定》第四条规定:“禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由,通过下列方式拒绝与交易相对人进行交易:……(五)拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。”“在认定前款第(五)项时,应当综合考虑另行投资建设、另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。”

¹⁰《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十六条规定:“禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由,通过下列方式拒绝与交易相对人进行交易:……(五)拒绝交易相对人在生产经营活动中,以合理条件使用其必需设施。”“在依据前款第五项认定经营者滥用市场支配地位时,应当综合考虑以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。”

4. 《指南》“必需设施”条款的解读与适用建议

4.1. “必需设施”条款并不等于直接适用必需设施原则

从上述对于必需设施原则与“必需设施”条款的分析，我们可以看出二者虽然都用了“必需设施”一词，但是还是存在的一定的差别。首先，二者在竞争法中的地位不同。《指南》中的“必需设施”条款是拒绝交易条款下的下位条款，是滥用市场支配地位的一种表现形式；而必需设施原则在竞争法上的地位问题虽然在学界有所争议，但是普遍认为必需设施原则与拒绝交易之间并不存在可以替代的包含关系。一方面，必需设施原则在某种程度上是从供给替代的角度来界定市场支配地位的一种方式，它所要求的市场支配程度往往要高于传统的一定比例的市场份额这一要求，它还要求必须达到“不可复制”与“必要投入”等条件。另一方面，必需设施原则并不以实施交易活动为前提，因此有可能会只出现适用必需设施原则而无法适用拒绝交易条款的情形[6]。

其次，二者的违法性认定逻辑不同。“必需设施”条款的逻辑是我国反垄断法下一以贯之的滥用市场支配地位拒绝交易产生排除、限制竞争的影响的竞争影响标准，即类似于“产生损害——基于损害行为与结果承担后果”的侵权标准；而必需设施原则则是给掌握控制必需设施的经营者以开放必需设施的法定义务，不开放就是违反法定义务，即类似于“违反法定义务”的认定标准。

综上，《指南》中的“必需设施”条款的设定并不等于直接适用必需设施原则。

4.2. “必需设施”条款的适用应当坚持排除、限制竞争的认定标准

《指南》中“必需设施”条款的适用仍应当一以贯之地适用我国传统反垄断法的排除、限制竞争的认定标准。虽然“必需设施”条款“控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”的表述似乎与必需设施原则的认定标准如出一辙。但是，从立法体系上来说，如果该行为在满足《指南》第十四条第一款第五项描述的情况下就可以直接构成违反反垄断法的行为的话，那么同一款下列举出来的其余四项情况也应当直接被视为违反反垄断法。但是实际上其余四项情况只是列举了行为对于交易相对人的不公平性，并未直接构成排除、限制竞争的影响，如果强行将其解释为拒绝交易排除、限制竞争，将会违反反垄断法的基本目的。

因此，《指南》第十四条第一款包括“必需设施”条款在内的五项内容，都只能被解释为拒绝交易的表现形式，而不能被误读为直接构成反垄断法意义上的排除、限制竞争的行为。对于“必需设施”条款的适用，仍旧应当坚持基于排除、限制竞争的竞争影响的违法性认定标准，而非必需设施原则[2]。

4.3. 必需设施可以作为认定市场支配地位的因素之一

必需设施原则在规制平台经济领域内的垄断问题时所显现出的最大优点就是，可以在某种程度上绕过传统规制中对于相关市场的界定和市场支配地位的认定问题，而是可以直接以“满足必需设施原则条件－拒绝开放－构成垄断行为”这样的逻辑来规制。

因为在平台经济领域内，由于平台本身的双边甚至多边性，会使得争议行为所处的相关市场难以界定。此外，由于平台经济领域内的动态性和不确定性，导致了“高市场份额不一定指向市场支配力量”¹¹，使得对于市场支配地位的认定也存在极大的困难和不确定性。而必需设施原则则可以在一定程度上解决这个问题[7]。

虽然“必需设施”条款并不意味着必需设施原则已经被引入到我国反垄断法的规制之下，但是“必需设施”条款设立提醒司法者与执法者在实践中可以考虑依据必需设施的存在与掌控来认定是否处于市

¹¹Case No COMP/M. 7217-Facebook/WhatsApp, 3 October 2014.

场支配地位。因为平台经济领域中,许多网络平台经营者的市场支配地位不能仅靠所占市场份额来确认,因为行业的动态特征使得消费者能够轻易转换到充足替代的供应商。此外,平台经济领域还有着急速动态发展的竞争状况,其中所蕴含的数据与信息也是瞬息万变的。如果一个网络平台掌控了某个设施或数据,该设施与数据涉及到了整个行业经营者的生死,对这个行业的竞争产生了根本性的影响,构成了这个行业生存的必要设施,那么在这种情况下,可以考虑直接将这个网络平台认定为居于市场支配地位[8]。

但最终关于是否构成反垄断法上的垄断,则还要回到排除、限制竞争的违法性认定标准上去。

4.4. 参考必需设施原则时需要秉持谨慎态度

必需设施原则自诞生以来也遭受了学界的很多批评,在国外的反垄断实践中的运用也是极为严格和谨慎的。一方面是因为必需设施原则本质上是对于那些控制着必需设施的经营者交易自由的一种限制,为其设定公开的法定义务,这与契约自由精神存在着背离;另一方面,在关于如何定义某些设施、产品或服务是否构成必需设施、拒绝开放设施是否存在正当理由等方面,都具有很强的不确定性,有可能会被滥用[9]。

除此而外,还有学者认为一项设施、产品或服务即使构成必需设施,在本质上仍旧是属于对市场地位的认定范畴,是以供给替代的方法去界定出一个在相关市场中具有市场支配地位甚至垄断地位的经营者。且必需设施的不开放一般只会意味着该领域存在着很高的市场进入壁垒,但是存在着市场进入壁垒并不必然意味着该市场的竞争机制已经遭受到了损害。因此基于必需设施原则的违法性认定标准,本质上反对的其实只是基于独特资产形成的市场进入壁垒和垄断地位,而不是反对排除、限制竞争[10]。

5. 结语

平台经济的发展由于其产生时就独有的技术特征与经济特征而充满了矛盾,一方面,平台经济在技术发展与创新中都画出了浓墨重彩的一笔;另一方面,平台经济的迅猛发展与扩张也给反垄断法的适用带来了很大的挑战。在这样的背景之下,必需设施原则被提出用来解决平台经济领域中的垄断问题。在《指南》“必需设施”条款出台之后,更多的学者开始关注必需设施原则在平台经济领域可以发挥的作用,如数据能否被认定为必需设施等,但由于必需设施原则本身就具有一定的不确定性,以及我国反垄断法立法体系不协调等矛盾,这些问题都仍需要理论学界与实务界进行充分的讨论,保持理智谨慎的态度,以必需设施原则为新思路,将其作为认定市场支配地位的因素之一,坚持我国反垄断法中排除与限制竞争的认定标准,探索出一条符合中国国情特征的平台经济领域反垄断规制之路。

参考文献

- [1] 段宏磊,沈斌. 互联网经济领域反垄断中的“必要设施理论”研究[J]. 中国应用法学, 2020(4): 49-63.
- [2] 宁立志,喻张鹏. 平台“封禁”行为合法性探析——兼论必需设施原则的适用[J/OL]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2021(5): 1-7[2021-11-07]. <https://doi.org/10.16822/j.cnki.hitskb.2021.05.005>
- [3] 宁度. 拒绝交易的反垄断法规制——兼评《关于平台经济领域的反垄断指南》拒绝交易条款[J]. 法治研究, 2021(4): 148-160.
- [4] 曾彩霞,朱雪忠. 必要设施原则在大数据垄断规制中的适用[J]. 中国软科学, 2019(11): 55-63+73.
- [5] 王健,吴宗泽. 论数据作为反垄断法中的必要设施[J]. 法治研究, 2021(2): 102-114. <https://doi.org/10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.20210303.005>
- [6] 李世佳. 数据访问限制行为的拒绝交易认定——以必要设施取代市场支配地位作为规制的前端要件[J]. 科技与法律(中英文), 2021(2): 22-31.

-
- [7] 刘欣. 互联网行业反垄断中“必需设施理论”的适用[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2018.
 - [8] 秦玉琦. 必要设施原则在数据垄断规制中的适用性研究[J]. 中国市场监管研究, 2021(7): 59-62.
 - [9] 薛尔江. 必需设施原理在互联网反垄断领域的适用问题研究[D]: [硕士学位论文]. 合肥: 安徽大学, 2020.
 - [10] 李世佳. 论数据构成必需设施的标准——兼评《关于平台经济领域的反垄断指南》第十四条之修改[J]. 河南财经政法大学学报, 2021, 36(5): 75-85.