

反垄断视角下网络平台企业独家交易行为的违法性认定

张 越

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2024年3月26日; 录用日期: 2024年4月8日; 发布日期: 2024年5月31日

摘 要

网络平台独家交易行为是否应受到反垄断法的规制, 需要把焦点放在该行为的违法性认定之上。在反垄断机构执法实践中, 通常将相关市场的界定作为前置程序, 而网络平台的独特属性给传统相关市场的界定方法带来一定的挑战, 但并不意味着传统方法的失灵。独家交易给网络平台的一系列主体造成了损害, 导致市场封锁、消费者福利减损。不过也不能否认该行为也存在抗辩理由, 为防止出现执法过度现象, 执法机构在执法过程中需要综合分析。

关键词

网络平台特性, 独家交易, 违法性, SSNIP分析法

Illegal Identification of Exclusive Trading Behavior of Network Platform Enterprises from the Perspective of Anti-Monopoly

Yue Zhang

School of Law and Politics, School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Mar. 26th, 2024; accepted: Apr. 8th, 2024; published: May 31st, 2024

Abstract

Whether the exclusive transaction behavior of the network platform should be regulated by the anti-monopoly law, we need to focus on the illegal identification of the behavior. In the practice of

antitrust enforcement, the definition of relevant market is usually taken as the pre-procedure, and the unique attribute of network platform brings some challenges to the traditional definition of relevant market, but it does not mean that the traditional method is invalid. The exclusive transaction has caused damage to a series of subjects of the network platform, resulting in market blockade and the loss of consumer welfare. However, it cannot be denied that there are also defense reasons for this behavior. In order to prevent excessive law enforcement, law enforcement agencies need comprehensive analysis in the process of law enforcement.

Keywords

Network Platform Characteristics, Exclusive Transaction, Illegality, SSNIP Analysis Method

Copyright © 2024 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. 问题的提出

目前,中国数字平台市场主要集中在电子商务和外卖这两个平台。现代信息网络作为数字经济平台的主要载体,其中一些企业利用网络,通过实施技术手段或者与商家达成“二选一”的独家交易的竞争策略来达到维持自身市场竞争优势的目的,从而不断提升自身的市场控制地位。独家交易,最早出现在经济学领域,又被称作“独占交易”、“排他性交易”等。2021年,“阿里巴巴垄断案”¹将平台经济“二选一”的独家交易行为带到大众的眼前。阿里巴巴利用其在国内零售平台的支配地位,要求在其平台注册的商家不得在其他的电商平台上线或者参与促销活动,同时利用技术手段,例如:将降权、减少向消费者推送、取消参与促销活动的资格等措施来惩罚违反此行为的商家。这种独家交易的竞争策略,在加强其自身竞争优势的同时,却排除和限制了统一市场内其他企业的竞争,损害了消费者的自由选择权,破坏了网络平台的创新。无独有偶,早前“360诉腾讯垄断案”、“饿了么诉美团案”²都是独家交易行为在网络平台中体现。

在我国,互联网行业的竞争限制问题已成为反垄断的焦点。而要有效地处理这些限制性的竞争问题,首先需要互联网领域的商品和服务做出科学且合适的市场划分。在域外经验中,网络平台领域的商品或者服务市场被界定为若干个独立的市场,比如搜索引擎、通讯、在线广告等。甚至有些案例根据其具体情况被进一步细分。从“360诉腾讯垄断案”不难发现,反垄断法应以新的视角来审视网络平台相关市场的界定和市场份额的认定,既要关注互联网行业双边市场的特征,也要考虑实体经济和网络经济的碰撞,不拘泥于传统的相关市场、市场份额的界定路径,加以结合网络领域的需求替代分析和供求替代分析,从而加强对独家交易行为的违法性认定的研究。

2. 网络平台独家交易行为的违法性认定

在反垄断执法中通常把相关市场的界定作为前置程序。也就是说如果想要证明网络平台的独家交易行为是否应受到《反垄断法》的规制,首先应该对该网络平台的相关市场进行界定。传统的界定相关市场的方法主要包括供给替代法和SSNIP³测试法,但是这两个方法都比较关注单一市场下相关产品的功能

¹参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处[2021]28号)。

²参见《国家市场监督管理总局行政处罚决定书》(国市监处罚[2021]74号)。

³SSNIP测试法:“假定的垄断者测试”(The hypothetical monopolist test),是一种思想试验,用于确定企业并购反垄断规制的相关市场范围。

和价格，而网络平台具有双边市场属性、零价销售模式的特征，如果适用此方法可能要面临许多难题。

2.1. 以界定相关市场为标准

2.1.1. 网络平台属性对相关市场界定的影响

互联网企业所处的市场被称为双边市场，在这个市场上有两边参与者通过中间层交易，一边的参与者的收益取决于另一边参与者加入中间层的规模与发展程度。这个中间层就是我们通常所说的“平台”[1]。对于网络平台这中双边市场，是选择其中一个市场进行界定，还是选择两边市场分别进行界定，又或者将两边市场划分为同一个市场范围，这些都是需要仔细思考的复杂问题。传统市场的界定方法从需求替代性本质出发，都只是在单边市场分析的框架下进行。但是在网络平台这个双边市场中，以一个网络平台为例，它可能存在多个竞争对手。有可能是在双边市场中和它具有类似功能的具有竞争关系的其他网络平台，也有可能是只在一边市场具有竞争关系的其他平台以及和它具有商品或者服务销售竞争关系的实体企业。再基于双边市场的网络效应，使整个框架内的各种要素一直处于动态发展中，再适用单边市场的分析框架显然就行不通。网络经济下的商品更新升级较快，很容易通过代码的模仿或者更新升级去增加新的功能，从而为用户提供新的服务，商品替代性分析的运用因此也遭受到了适用危机。

我国 2009 年 5 月出台的《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第十条对 SSNIP 测试方法做出了详细的规定。据此可以将 SSNIP 的测试步骤大致分为四步：确定初始市场 - 分析提价 - 调整初始市场 - 重新分析提价[2]。如果运用 SSNIP 的测试方式，应首先选择初始市场，但是在网络平台这种商品功能泛化、复杂的情况下，准确的划分出相关的可替代商品范围就存在很大的疑问。且 SSNIP 测试方法很注重分析商品的价格因素，通过判断价格的变化带来的相关商品需求量或收益的变化。然而在网络平台上，产品或者服务对一类客户的价值随着另一类客户的使用水平而增加(间接网络效应)，会导致网络平台可以以很低甚至是免费的价格向一边的用户开放，网络平台凭此对价格敏感度高的消费者实施价格补贴。如果在这种近乎零价的销售模式下，从短期来看，消费者是受益的，但是实践中又要怎么去分析价格因素对需求和收益的变化影响呢？除了价格因素对收益的变化影响，SSNIP 测试法中分析提价到调整初始市场到重新分析提价的机制又该怎么去操作也无从得知。对于实施垄断行为的企业来说，传统的相关界定方式也就不能反映价格变动给相关企业带来的竞争约束了，SSNIP 测试法也就失去了其效力。那么《反垄断法》又该怎么对网络平台的独家交易行为进行规制，值得进一步反思。

2.1.2. 网络平台的相关市场界定

从供给替代分析的角度来看，互联网平台相比于其他市场相比，仅通过书写代码就可以轻易完成模仿，在界定网络平台相关市场时这一点尤其重要。例如，新浪微博这一专长于某一类通信服务的网络平台，添加了类似其他通信平台的即时通信功能。再例如，阿里这种专长于不同类型互联网服务的平台，也将“阿里旺旺”作为其即时通讯工具。从合理界定市场的角度分析，应当充分考虑在假定垄断者提价后其他企业还能不能进入市场。这种企业进入在网络行业是比较容易的，现有企业可以运用软件和硬件的优势，通过增加新的功能来提高自己的竞争力。这在微博、通讯软件、电子邮件的竞争中都有所体现。这种各个互联网通过模仿其他平台的功能的方式向用户提供类似的服务，从而使自己成功进入别的平台领域，在别的领域也分得一杯羹。分析客户是否有多种选择，在面对某一平台涨价时是否有可替代的产品或服务，是评估平台之间竞争效果的重要标准。也就是说如果一个平台企业在一边市场提供无可替代的产品或者服务，而在另一边平台却竞争十分激烈，那么一边平台的涨价必定会被另一边平台阻止。网络平台的竞争就是一个动态市场，它既受到间接网络效应的影响，也受到任何一边的市场的竞争影响。

在“360 诉腾讯垄断案”一审法院在认定相关市场时，并没有认定 360 和腾讯所处的市场是相关市场，但是该案也给了网络平台相关市场的界定起了十分重要的参考作用。该案强调互联网行业的进入门槛较低，成功的商业模式很容易被模仿，因此需要将其他企业潜在的供给替代考虑到相关市场的界定中。

从 SSNIP 测试法分析的角度来看，虽然零价销售是网络平台的一种特征，但是即便产品或者服务免费提供，SSNIP 测试法仍可以发挥其效用，因为 SSNIP 测试法是通过分析一个细微但可观价格数据来判断相关产品是否具有可替代性的。当价格为零时，SSNIP 考虑的是价格总量的增加而并非百分比的增加。还是以“360 诉腾讯垄断案”为例，在该案中我们需要考虑多大程度的提价会导致消费者将通讯方式从此种方式替换到另一种方式？当消费者从提价平台转到其他平台后，假定垄断者平台因此造成的损失有多少？以及多大的提价会导致供给提价的发生？对于像 360 和腾讯这样的即时通讯和社交网站，消费者从其中一个平台转到诸如微博、电子邮件这样的平台的成本几乎为零，所以 SSNIP 不可能通过提价的方式去获得较大的竞争优势[3]。也因此，在“360 诉腾讯垄断案”中，相关市场大概可以包括和腾讯一样具有类似或相同功能的其他具备此功能的平台，如微博、e-mail 等。如果腾讯平台的独家交易行为，在这类相关市场中达到排除、限制竞争的效果就会受到反垄断法的规制。

2.2. 以界定网络平台市场支配地位为认定标准

传统认定一个企业是否具有市场支配地位，主要采取两种方式。一种是《反垄断法》第十九条规定的以相关市场中的市场份额作为认定标准的，即定量分析标准。另一种是不单纯从市场份额的占比来分析是否具有市场支配地位，而是通过分析判断该企业是否对相关市场的经营者进行全面控制作为认定标准的，即定性分析标准。但是针对网络平台的上述特征，照搬传统的市场支配地位的认定方式也是行不通的，必须结合市场结构的分析，进行适当调整。

2.2.1. 从市场份额(定量分析法)认定违法的角度

在认定网络平台独家交易行为是否触犯《反垄断法》，应当加入对除了市场份额以外的其他因素进行分析。在网络平台的交易过程中很多产品的销售方式是不同于传统经济的，很难仅通过基本的算数公式来计算商品的销售额，而销售额的无法确定又谈何界定相关市场和认定市场地位呢？于是，加入如用户注册量、网站点击率等其他因素进行进一步分析。在“360 诉腾讯垄断案”中，原告奇虎公司就提出对腾讯公司的通信软件用户的占有率、时间占有率等指标进行认定，从而加强对其具有市场支配地位证据的证明力。即便两审中，法院没有明确支持此诉求，但是对于当下社会认定网络平台企业的市场支配地位具有实践意义。

2.2.2. 从定性分析认定违法的角度

可以从多角度分析网络平台企业是否能控制相关市场。比如：商品的数量和价格、支付方式或支付条件、消费者对于该平台的依赖程度、产品的售后保障等。

总体来说，网络平台经济的特有属性给独家交易违法性的传统认定方式带来了一定影响。但是相关市场界定的一般技术方法在对网络平台的界定是基本适用的，应该具体情况具体分析。以社交为主要目的的 QQ 为例，用户的主要需求就是聊天、传递信息，那么这一类的平台就可以用传统的需求、供给替代法进行相关市场的认定。前述的网络平台还是属于功能比较单一的平台，对于功能属性较为复杂的网络平台，其属于双边市场，我们首先应该明确争议的商品符合消费者的功能属性到底是什么，属于哪一边的市场，对于网络效应比较明显的，我们应该对多个相关市场进行界定。所以，网络平台独家交易行为违法性认定标准应当在秉持传统违法认定标准的基础上，更加关注长期和动态的竞争过程和市场的可参与性、可竞争性、市场的多样性以及平台用户转向其他互联网平台的成本等。相关市场的界定对于确

定独家交易行为是否违法、是否应受到反垄断法的规制起到关键作用，避免相关市场界定的范围不当，可以规避网络平台领域怠于执法或者过度执法的风险。

3. 网络平台独家交易行为的竞争损害分析

在实践中，网络平台企业为了减少交易成本、集中优势资源，通过与注册其平台的商家签订“二选一”独家交易协议的方式以获得排他性竞争。此种协议大多数以各种优惠措施以及短期内提升与企业签约的用户的经济利益的方式掩盖背后排除、限制竞争的目的。

3.1. 从电商平台商家的角度

电商平台的商家虽然因独家交易行为短期获得了一定的经济利益，但是也损失了其在其他平台注册后预期可获得的利益，还有此前在其他平台所积累的好评、店铺等级、销量等无形资产也不复存在。这些电商平台用表面给予商家自由选择的外衣，掩盖了实质上的不平等。如果签约的商家一旦违约或者不同意签订独家交易协议，可能面临支付违约金，或者平台通过技术手段对企业通过降级、减少向客户推送等手段予以惩戒。电商平台一旦通过这种独家交易的方式建立起利于自己优势地位，过度的集中优势资源很容易导致一家独大的现象出现，长此以往，获得优势的企业就将更容易取得市场支配地位，从而形成市场封锁效应。

3.2. 从平台的竞争者角度

网络平台使用户在不得已情况下只能加入自己的平台，导致同意市场的竞争对手无法获得足够的客流量，从而无法挤进现有的竞争市场。如在美团与饿了么的竞争中，美团就实施了平台“二选一”的独家交易行为，该行为利用排除竞争的方式提高了其他平台的交易成本，减少了它们可以获得交易机会，形成市场封锁状态，从而使新的竞争者或者小型竞争者很难进入市场参与竞争。

3.3. 从消费者的角度

以消费者福利为认定标准来判断某个独家交易行为是否应该收到规制，在反垄断实践中仿佛成了一种共识。《联邦反托拉斯政策》一书中，把消费者福利总结为“产出尽可能多，价格尽可能低”[4]。只要最终的竞争效果是好的，那么就可以得出结论竞争过程也是不错的。但是竞争效果有长期和短期之分，竞争过程也有动态和静态之分。但是产出和价格只能反映出静态和短期的过程和效果，这与网络平台经济的动态特征并不相符。因此我们只能将产出和价格作为反映消费者福利的一种手段。网络平台经济更加注重的是一个长期的利益。一个网络平台的用户规模是反映一个网络平台是否有其独特的价值的具体体现。所以，网络平台会使用各种给予消费者福利的手段去吸引用户，从而获得网络平台的竞争力。但是这种给予消费者福利的手段，从长期来看，可能产生一种假阴性的错误认识。仍是以美团采取“二选一”策略为例，随着美团外卖平台的市场地位不断提高，市场份额也越来越大，市场竞争减弱，此刻美团平台就会提高对商家的收费水平，据有的研究显示 2015 年到 2019 年第三季度的人均客单价从十几元增加到了 43.5 元[5]。至 2023 年该数据仍在不断增长。由此可知平台的大部分收费就转嫁到消费者身上，提高了消费者的订餐成本。剥夺了消费者选择其他平台的权利。除了消费者花销成本的提高，消费者的损害可能还反映在获得商品或者服务的质量的下降。在“360 诉腾讯垄断案中”，法院在审理案件时，把关注点投放到了 QQ 平台服务质量对消费者的影响。若用户的注意力被大量的广告占用，或者用户隐私、个人信息被平台肆意地收集、利用，一定程度上可以视为服务质量下降。以上两个案例均体现了独家交易行为对消费者福利的损害。

通过上述分析可知，网络平台通过各种手段限制甚至禁止平台内的商家与其他电商平台进行合作，就“减少向客户推送、降低”等手段已经超出合理竞争的范围，达到了排除、限制竞争，该行为受到《反垄断法》的规制确有必要。

4. 网络平台独家交易行为的正当理由抗辩

有独家交易行为的违法性认定，自然经营者也有其抗辩的权利。独家交易行为具有损害竞争的效果，但是这种行为如果具有正当理由，就会落入“安全港”的保护范围。《反垄断法》设置“安全港”制度主要是为了保护经济效率、促进竞争维护市场的动态平衡。也就是说，如果独家交易行为的积极效果大于消极效果，也可以不必受到反垄断法的规制。在实践中和域外经验总结出的正当理由大致有以下几点：

4.1. 自然垄断抗辩

效率主导性是自然垄断的基本特征之一。如果一家企业生产多种产品的成本低于多个企业分别生产它们的成本，那么效率就会大大降低，这时自然垄断就会形成，为了社会市场的效率，自然垄断自然会成为反垄断的抗辩理由。

供水、电力、煤气、热力供应、电信、铁路、航空等为公共利益的行业是存在自然垄断的主要产业。从中我们可以发现，这些采取自由垄断的产业一般都依赖一定产业网络为市场提供商品和服务，因此网络平台具备自然垄断属性，网络平台利用自然垄断这一抗辩思路具有一定的可行性，可以被称为新自然垄断。为了实现社会效率公平，这些产业如果离开网络平台，企业所生产或者提供的商品或者服务就很难流转向社会消费领域，毕竟在网络高速发展的当下，很少有人会浪费时间和精力去线下排队缴费或者购票。一个平台的成长需要消费者参与，参与的消费者数量越多，网络平台的价值越大。因此网络平台会为了留住消费者需要提供多功能的产品和服务，在此期间所付出的固定成本并不比实体经济投入的低，但是每增加一单位的成本投入，在网络平台边际成本上激起的涟漪可以说是很小很小的。例如：原材料、工人工资等可变成本的变化很小。网络上的流量是网络平台评估网络产业的标准之一。网络节点的数量越多，边际投资的收益就越高。所有用户加入同一平台，这种平台的垄断行为可以避免重复建设的资源浪费，提高资源利用效率，平台的价值也随之提高，经济效益也随之提高，而最终的福利能够由用户直接分享。因此这些为了公共目的的产业实行垄断更有利于效率的提高和价格的控制，上述这些行业的独占现象大多是行政管制约束的结果，其他没有受到行政管制约束的行业在网络领域仍然会实施独家交易行为的竞争策略。无论如何，同上述受行政管制约束的行业在网络平台呈现出一样的效果，也可以从边际成本的角度来分析其他领域在网络平台的独占行为，甚至网络平台别的领域的独家交易行为比行政管制来的更温和一些，毕竟网络平台垄断过程中仍然存在竞争效果。

综上，经济效率的提高不失为独家交易行为有利的抗辩理由，但是独家交易行为所带来的限制竞争的消极影响和自然垄断的抗辩理由二者之间的关系仍需要在具体案件中具体分析。

4.2. 独家交易持续时间短的抗辩

独家交易行为的合同时间也是评估独家交易行为是否形成市场封锁的关键因素。独家交易行为的持续时间越长，更容易形成市场封闭的效果，相反持续时间短并不完全达到封闭效果，且更容易激发激烈竞争。在美国《反托拉斯法》中，法院通常把假定短期限的或可以通过简短通知终结的独家交易协议是合理的，比如在 *Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc* 案中，第七巡回法庭把不到 1 年就终结的独家协议视作“假定为合法”[6]。除此之外，欧盟委员会对于有关独家交易协议期限的规定更为明确。它的《纵向限制指南》中提出，对于不具有市场支配地位的主体，期限不超过 1 年的独家交易行为通常不

被认为具有反竞争效果；1至5年期限的独家交易协议，需要衡量该协议促进竞争的效果和反竞争的效果；5年以上的独家交易协议通常被认为具有反竞争效果[7]。从域外经验不难推断出，如果独家协议期限持续短，在1年左右的时间的，很有可能成为实施独家交易行为企业的抗辩理由。在我国网络平台司法实践中，也存在不少案例是从独家交易协议期限来获得抗辩的理由。如在“360诉腾讯垄断案”⁴中，因为腾讯实施的独家交易行为仅持续了一天，所以最高法院认为该行为并未明显排除或者限制安全软件的市场竞争。

综上，如果达成独家交易协议的平台企业并不具有市场支配地，且协议期限较短，在此期间别的企业仍可能面临重新的谈判、缔约，仍是充满着竞争，独家交易行为的竞争损害就大大降低了，网络平台企业以此为抗辩理由似乎也有一定的依据。

4.3. 防止“品牌间搭便车”的现象的抗辩

从供应商的角度来看，独家交易协议可以防止“品牌间搭便车”的现象。预防搭便车是供应商实施限制转售价格和纵向非价格垄断行为的重要原因。在网络平台中，如果其中一个平台为开展某种促销活动，前期做了许多的广告宣传和预热活动，而此时别的平台的搭便车行为与此类似——当A平台的注册商户在同一时间地点可以利用A平台的设施或者商誉来销售B平台的产品，搭便车的情况由此产生[8]。例如，“智联三珂、网聘公司诉魔方网聘案”⁵魔方网聘开发了一款浏览器插件，当用户浏览智联网站时，使用这个软件便可以获得比从智联网下载更低价格的阅读简历的权限。除此之外，魔方网聘还在它的微信公众号使用“智联招聘”字样，擅自使用智联的企业号，使用户产生混淆，以此将原本在智联网站的用户引流到自己的平台，从而减少了智联招聘网站的交易量，降低了智联网站提供服务的质量。显然魔方网聘公司的行为属于典型的搭便车，智联公司所提供的设施、福利以及商业信誉将免费成为促进其竞争对手魔方网聘的销售便利条件。因此，如果某平台如果考虑到未来市场的不可预知性而作出长期交易的安排以减少风险并以防止“搭便车”为抗辩理由是极有可能的。

5. 结语

有效竞争是反垄断的核心。反垄断法的作用就是规制经济市场的迫害竞争的行为，还经济市场良好的竞争环境。而对于独家交易行为是否应该受到《反垄断法》的规制的关键在于对该行为违法性的分析，网络平台企业实施独家交易行为屡见不鲜，给在该市场中活动的主体都带来了一定的损害。在网络平台这样一个技术复杂、技术发展迅速的领域，虽然界定清晰的相关市场固然重要，但是反垄断执法机构不应只执着于此，当独家交易行为既产生损害竞争又具备抗辩理由时还需要结合各项要素综合评估，防止执法过度。

参考文献

- [1] 张利飞, 张运生. 智能手机产业操作系统平台竞争战略研究[J]. 中国软科学, 2013(4): 148-158.
- [2] 赖思行, 钟铭川. 数字平台相关市场界定刍议[J]. 中国价格监管与反垄断, 2022(2): 17-21.
- [3] 徐炎. 互联网领域相关市场界定研究——从互联网领域竞争特性切入[J]. 知识产权, 2014(2): 68-75.
- [4] 杨文明. 网络平台独家交易的违法性分析[J]. 现代法学, 2021, 43(4): 156-167.
- [5] 于左, 张芝秀, 王昊哲. 交叉网络外部性、独家交易与互联网平台竞争[J]. 改革, 2021(10): 131-144.
- [6] 卫鑫, 戴建华. 反垄断视阈下独家交易的违法性认定[J]. 经济问题, 2021(3): 9-15.
- [7] 方达律师事务所. 国际重大反垄断案件追踪——美国近期一起“独家交易”反垄断案件的观察和启示[EB/OL].

⁴最高人民法院(2013)民三终字第4号民事判决书。

⁵参见北京知识产权法院(2021)京73民终1092号。

<https://mp.weixin.qq.com/s/zhWYVUzgrw85iUeTzyf7bQ>, 2024-03-04.

- [8] [美]赫伯特·霍温坎普. 美国反垄断法原理与案例[M]. 第 2 版. 陈文焯, 杨力, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2023.