

平台掠夺性定价的反垄断思路

——以反垄断法预防功能的限度为视角

张晨颖

【摘要】依法规范和引导资本助力数字经济的健康发展是反垄断法的当代使命。掠夺性定价是典型的资本驱动型、资本资源型的垄断行为,就时序而言分为低价排他和高价补偿两个阶段;就经济逻辑来说,同时兼具排他性和剥削性。数字平台领域已经发生多起形式多样但实质为低价销售的行为,但我国没有关于要件的明确规定,在实践中也没有可依循的案例。主张废除补偿要件的观点,是从行为直接推断后果,完全超越了垄断行为通过侵权法认定的基础法理。忽略因果关系的分析,会极大提高假阳性的风险,有可能被低效的企业利用,干扰大企业的自主商业决策。在此背景下,应当构建以低于成本销售、补偿可能性为特征的要件规则,并经修正适用于数字平台经济领域的反垄断,以此作为反垄断法预防功能的限度。

【关键词】数字平台经济;掠夺性定价;低于成本销售;补偿测试;预防功能;反垄断

【作者简介】张晨颖,清华大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《东方法学》(沪),2023.2.61~72

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”(项目批准号:18ZDA149)、“互联网平台的社会影响与治理路径研究”(项目批准号:21&ZD196)的阶段性研究成果。

一、背景与问题的提出

伴随技术进步,平台经济、数字经济迅速成为一种新的经济模式和市场业态,其快速发展为经济注入全新活力。与此同时,资本的两面性也逐渐凸显:一方面,资本的逐利性是创新、竞争的重要驱动力,为了谋求长期的丰厚利润可以不计短期得失,使前期需要大量资金投入的研发、市场推广得以实现,助推经济增长和社会进步;另一方面,资本无序扩张又可能遏制创新、阻碍经济发展,最为典型的是平台低于成本销售的行为,特别是掠夺性定价。现实生活中,数字平台领域已经发生多起形式多样但实质为低价销售的行为。^①一方面,这是企业自主抢占市场的行为;另一方面,它的反竞争性集中体现为带有强

烈的短期逐利性,依靠资本优势挤压竞争者的生存空间,聚焦于流量变现,而非注重原创性和基础性创新,相反,还会扼杀其他竞争企业的创新意愿和可能性。有学者提出在平台经济领域适用反垄断法遏制掠夺性定价行为,^②以预防高价剥削消费者,并从不同角度提出了具体建议。^③

低于成本销售的违法行为在我国反垄断法禁止滥用市场支配地位的部分有原则性规定,在部门规章、指南中的规则也有所延伸,在学理上通常称为“掠夺性定价”,但两者并不相同。简而言之,低于成本销售是一种相对客观的描述,并不必然违法,而且有关法律规定可见于反垄断法、价格法、反不正当竞争法等法律,适用情形有所不同;而掠夺性定价在法

律上具有否定性的价值评价,是违反反垄断法的行为。为明确主题,本文对反垄断法视角下的低于成本销售行为称为“掠夺性定价”,将涉嫌其他违法的低价行为称为“低于成本销售行为”。

掠夺性定价是竞争法领域相对独特的行为。就原理而言,掠夺性定价要取得成功,需要经历两个阶段:一是以排挤竞争对手、阻吓新的市场进入者为目的的低价销售阶段;二是提高价格水平以获取垄断利润的补偿阶段。应当说,从掠夺性定价行为的经济逻辑来说,集排他性、剥削性为一身。但对掠夺性定价是否成立的判断即市场干预发生在第一阶段,也就是尚未开始补偿时,一旦开始高价补偿,基于市场价格机制的规则,很可能有新竞争者进入市场,导致无法实现补偿,掠夺者失败;一旦成功,就会攫取垄断利润。那么在第一阶段的市场干预是否应当定性为一种预防性的措施?是对排除限制竞争危险的预防还是对实际损害的矫正即制止?这两种不同的抉择所对应的要件有显著差异。我国没有关于要件明确规则,实践中也没有案例依循。根据欧盟、美国的案例,掠夺性定价的一般要件包括:主体具有市场支配地位、价格—成本关系、补偿分析,^④但近年来有美国学者提出在平台领域废除补偿要件。^⑤相较于传统商业模式,平台经济的诸多特性显著体现于价格上的特质,譬如单边的免费交易模式、价格补贴的多样性与隐蔽性等,在诸如销售价格是否低于成本、补偿可行性认定等方面具有很大的挑战,导致判断掠夺性定价的一般要件适用于平台领域要进行实质性修正。此外,鉴于平台经济对市场、经济社会的重要影响,从欧盟、美国、中国对数字市场的监管立法来看,呈现出不同程度、但方向一致的前置化监管的导向,^⑥反垄断“预防性监管”的正当性与合理性提上议事日程。为了适应对数字经济常态化监管的要求,依法规范和引导资本健康发展,需要正面回应反垄断法在价格限定行为中的有效性。如何对政府的监管手段、监管强度、监管时点划出合理边界是一个重要的命题。

二、掠夺性定价成就的二阶性

价格是市场竞争的显著指标,市场经济的基本逻辑构建是以供需关系为基础的价格形成机制。竞争法律规则的逻辑是,通过反垄断、反不正当竞争维护自由、公平的竞争秩序,从而有效发挥价格机制在市场经济中的决定性作用。由此,通过市场形成的价格就是均衡的;动态过程中供需要素发生变化,市场会就此作出反应,再度形成市场价格。换言之,竞争法的着眼点是竞争行为,只要行为合法,所追求的公平正义的结果水到渠成。因此,在竞争法视角下并不提倡执法机关或者司法机关直接干预价格。在我国反垄断执法实践中,仅有为数不多的涉及不公平高价销售的滥用市场支配地位案件,^⑦但尚无掠夺性定价案件。从域外实际情况来看,案件数量也是有限的,而且争议较大。其中最重要的原因,是掠夺性定价行为的二阶性所导致的认定难度极大。

(一)掠夺性定价的二阶性辩证

在充分竞争的情况下,当边际收益等于边际成本时的定价是企业利润最大化的交易价格。因此,通常情况下,^⑧企业低于成本销售就无法实现盈利,故而不具有商业上的合理性;而这种反商业逻辑的可能解释就是,企业通过第一阶段的低价销售吸引消费者或者交易相对人,从而排挤或削弱竞争对手并阻吓新的竞争者进入市场,继而进入第二阶段的补偿,通过抬高商品价格补偿前期损失并进而获得超额利润,最终损害市场竞争并降低消费者福利。无论第二阶段是否能够成功,这种二阶段架构符合掠夺性定价的经济理性,也是这种违法行为成立所必不可少的判定要素。从美国和欧盟的立法和实践案例来看,对是否要认定补偿可能性莫衷一是,但对于商业逻辑上掠夺性定价的两阶段理论并无异议。

我国的反垄断规则体系形成了抽象加具体的立法模式,现行反垄断法、《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》以及《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台经济反垄断指南》)在滥用市场支配地位规则部分对低于成本销

售行为作了规定。首先,反垄断法第22条第1款第(2)项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由,以低于成本的价格销售商品。其次,《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第15条进一步规定,认定低于成本的价格销售商品,应当重点考虑价格是否低于平均可变成本。涉及互联网等新业态中的免费模式,应当综合考虑经营者提供的免费商品以及相关收费商品等情况。最后,依据《平台经济反垄断指南》第13条的规定,分析是否构成低于成本销售,一般重点考虑平台经济领域经营者是否以低于成本的价格排挤具有竞争关系的其他经营者,以及是否可能在将其他经营者排挤出市场后,提高价格获取不当利益、损害市场公平竞争和消费者合法权益等情况。在计算成本时,一般需要综合考虑平台涉及多边市场中各相关市场之间的成本关联情况。2022年11月,最高人民法院发布《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定(公开征求意见稿)》(以下简称《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》)^⑨,其中第38条规定了判断标准,第1款提出以平均可变成本或平均可避免成本作为重要的参照价格;^⑩第2款指出,在互联网平台领域,“还应当考虑该互联网平台服务所涉及的多边成本及其相互关系”。

由此可见,上述四部法律关注的重点在于价格与成本的关系,关于掠夺性定价的规定由原则到具体:除反垄断法第22条关于主体要件的通用规则,仅原则性规定了认定掠夺性定价行为“低于成本”的要件,但未提及成本的内涵或其他行为要件。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》明确了重点考虑成本的内涵采用“平均可变成本”,但并未对可变成本的适用标准和具体要素进行详细解释,在实践中难以量化实施。而《平台经济反垄断指南》从平台经济的特征出发,列明平台经济条件下成本计算因素,但没有体系化揭示成本的判断标准与方法。《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》首次补充了“平均可避免成本”作为参照价格,并认可即使高于参照价格,但如果可以叠加排除、限制竞争的“意图”也可以

认定违法。综上所述,就行为要件而言,我国目前对掠夺性定价的规定仍主要依据反垄断法所建立的“成本—价格”的单一要件标准,但具体规则空白;只有《平台经济反垄断指南》提及掠夺性定价行为的二阶属性,也就是“可能”在将其他经营者排挤出市场后提高价格获取不当利益、损害市场公平竞争和消费者合法权益等情况,也就是具有补偿的可能性。鉴于《平台经济反垄断指南》的适用范围和效力的局限性,现行立法对于掠夺性定价行为的二阶属性并没有明确的具有普适性的规定,这直接影响了对于该种特定行为构成要件的认识;加之我国的反垄断执法或司法中尚无掠夺性定价的案例,对于构成要件亦没有实践性规则可循。特别是发布时间最晚的《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》未提及价格补偿考量,可以理解为不支持将补偿作为要件。可见,在此问题上,立法态度是摇摆的。

(二)掠夺性定价的一阶段表达方式

在判定掠夺性定价行为时,几乎所有的执法机构均表示只有当价格低于成本时才可能构成违法,但各执法机构对于成本的类别选择是不同的,对于合理竞争价格与掠夺性价格之间的关系,从阿里达—特纳规则^⑪开始不断发展、争论、修正。^⑫因此,不同法域在认定掠夺性定价时的成本内涵及其标准存在差异。^⑬但无论采用何种成本概念,成本测试都是最重要的分析步骤。

如前所述,我国反垄断法对于掠夺性定价的价格认定,采用“低于成本”的抽象表述,《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》明确重点考虑价格是否低于平均可变成本,从文义解释的角度,优先适用平均可变成本,但并不排斥其他成本测试方式。从当前的研究成果来看,有以下几种成本概念:短期边际成本、平均可变成本(Average Variable Cost, AVC)、^⑭平均可避免成本(Average Avoidable Cost, AAC)、^⑮长期平均增量成本(Long Run Average Incremental Cost, LRAIC)、^⑯平均总成本(Average Total Cost, ATC)。^⑰

不同的成本概念必然影响对掠夺性定价一阶段的行为要件是否成就的定性。其中,平均可变成本、

平均总成本是最常见的标准。^⑧平均可避免成本是以平均可变动成本为基础的修正,在大部分情况下两者是一致的;但在具有支配地位的企业为了抢占市场必须扩大产能增加固定成本投入的情况下,平均可避免成本相对于后者更能够清晰反映可能出现的亏本出售,也就是从经济理性的角度更能证明其排挤竞争对手的意图。欧盟委员会认为,如果一个支配性企业对其产品的全部或部分收取的价格低于平均可避免成本,这表明此企业正在遭受本来可以避免的损失。因此在多数情形下低于平均可避免成本定价通常被委员会视为亏本销售的一个明确指示。^⑨2009年版《适用欧共体条约第82条查处市场支配地位企业滥用排他行为的执法重点指南》(2009/C 45/02)中,将平均可避免成本作为评估支配性企业是否遭受或正在遭受可避免损失的成本标准。也有国内学者提出分阶段适用平均可避免成本的观点。^⑩

掠夺性定价所实施的价格排他行为的表现是多样的,既可能是以低价销售,也可能是高价购买,如腾讯音乐通过高额预付金等方式变相提高竞争对手成本,^⑪其目的都是通过主动的损失——低价卖或高价买这种有利于交易相对方的方式扩大自身交易量,以达到排挤竞争对手的目的。而所谓定“价”既可能表现为价格,也可能表现为非价格形式,比如在数字平台背景下的产品品类等。

掠夺性定价还可能与其他滥用市场支配地位行为发生竞合,比如低于成本的价格歧视行为,构成掠夺性定价与差别待遇的竞合。掠夺者可能被指控在掠夺市场之外的其他市场收取垄断高价,以其他市场的超竞争利润补贴掠夺市场的损失,即通过价格歧视实现交叉补贴。美国的“犹他派集团诉大陆烘焙案”(以下简称优他派案)即为一例。^⑫原被告在冷冻甜食派市场上是竞争者,因为地理位置优势,犹他派公司能够以更低的成本进入盐湖城市场,定价低于对手。之后,包括大陆烘焙公司在内的其他冷冻派生产商开始在盐湖城以低于成本的价格销售产品,而其他地区的定价仍等于或高于成本。犹他派公司以掠夺性定价为由起诉了大陆

烘焙公司并胜诉。

(三)掠夺性定价二阶段的排他、剥削二重性

从目的解释的角度来看,滥用市场支配地位是指具有市场支配地位的经营者凭借该地位,在相关市场上不正当地限制竞争,损害其他经营者与消费者的利益和社会公共利益的行为。^⑬根据通说,构成滥用市场支配地位行为的要件包括适格主体、法律禁止的行为、排除和限制竞争的后果。^⑭据国际竞争网络组织(International Competition Network, ICN)2012年的报告,^⑮掠夺性定价主要有两种表现形式:一是标准场景,即掠夺性企业进行“掠夺性投资”,以短期“过低价格”将竞争对手逐出市场或通过低价行为宣示,导致潜在竞争对手不敢进入市场,然后再通过超出竞争水平的价格弥补损失。二是非标准场景,即使竞争对手未在第一阶段的低价销售中被逐出市场,但其竞争意愿和竞争能力大大减弱,此时,掠夺者就能够制定比之前更高的价格。从行为性质上看,以上两种均属于反垄断法应当规制的掠夺性定价行为。

聚焦一个完整的掠夺性定价行为,从可能性而言,有以下三种情况:一是经营者完成第一阶段低价销售并成功排挤竞争者,但在第二阶段高价补偿时由于市场价提高,有竞争者进入市场,导致高价补偿失败。二是在第一阶段排挤竞争者,第二阶段实施并且完成高价销售以实现补偿。三是第一阶段采取了低价销售行为但未能排挤竞争者。第三种情况下,并未实现我国反垄断法第7条所称的排除、限制竞争,不构成滥用市场支配地位的违法。在第二种情况下,或者是因为第一阶段没有发现低价行为,或者即使发现了,但因为没有充分的证据认定其违法不得不听之任之,一旦进入第二阶段的高价补偿期,应当适用“以不公平的高价销售商品”更为恰当:一方面,从行为发生时的表征来看,确实是高价销售行为;另一方面,相对于第一阶段的低价行为,第二阶段的价格上涨非常显著,从证明的可操作性来看,更有利于主张者。第一种情况的竞争损害分析相对复杂,在第一阶段实现了排挤竞争者的目的,但在进入

补偿阶段时市场恢复了竞争。在这种情况下是否应当认定掠夺性定价的垄断行为成立,其核心就要回到对排除、限制竞争效果的认定上。

在学理上,通常将滥用市场支配地位的行为分为两类,一类是剥削性滥用,另一类是排他性滥用。^⑧剥削性滥用是指拥有市场支配地位的企业可以不受竞争的制约,从而向交易相对人提出不合理的交易条件,特别是不合理的价格;排他性滥用是指拥有市场支配地位的企业为了排挤竞争对手,或者为了将市场力量不合理地扩大到相邻市场而实施的限制竞争行为。^⑨两者关系密切,从消费者福利的角度来看,排他性滥用行为是通过排挤或者封锁其他竞争对手从而提高向消费者提价的能力,是发生在中间市场的对消费者的损害,以间接的方式损害消费者利益。^⑩从支配企业的角度而言,两者相互联系,剥削性滥用是排他性滥用之目的,排他性滥用则是剥削性滥用的手段。^⑪有时还可能同时发生。仔细分析掠夺性定价行为,可以发现其特征:

首先,掠夺性定价是一种排他性滥用行为。前文已经论证,降价是参与市场竞争的常用手段,但通常情况下,在第一阶段的低于成本销售超出了正常竞争的范畴,无法从商业和理性上找到合理解释。但在这个阶段竞争对手会遭受损害:如果跟进掠夺者的价格,他们可能会在每次销售中都遭受损失。如果拒绝跟进,他们就可能丧失销售额。^⑫无论哪种情形,竞争者或早或晚会停止产品供给,或表现为ICN报告中所言的非标准情景,即掠夺者在第一阶段实现了排他效果。其次,掠夺性定价是难度相对更大的排他行为。就排他阶段而言,掠夺性定价则是通过一种确定性的利益牺牲来实现的,从金钱意义而言是受损的,这就提高了在第二阶段维持市场支配地位的难度。再次,掠夺性定价是一种特殊的剥削性滥用行为。根据掠夺性定价的二阶段逻辑,在排挤竞争对手成功后,掠夺者将滥用其市场支配地位,通过收取超高的价格来剥削消费者,将消费者剩余转化为生产者剩余。即使掠夺者未完全能够补偿由于低价销售造成的损失,但只要开始第二阶段,就

会或多或少有直接或者间接高价购买商品的消费者支付垄断价格。这些消费者可能与第一阶段低价购买的消费者相同,也可能相异。最后,掠夺性定价是一种特殊的兼具排他性和剥削性的行为。这种特殊性是相对于其他滥用行为而言的。^⑬二重性是在一个行为里完成的,不分阶段,此时反垄断法所纠正的是一个已经显现损害后果的滥用市场支配地位行为,也就无所谓预防。但掠夺性定价的低价排挤、高价剥削只能在两个时间或者空间,分阶段完成,是否能够完成补偿具有不确定性。综上所述,预判的准确性必然有赖于要件构成是正当、合理的;从一个更宏大的视角来看,与预防限度的认识密不可分。

三、掠夺性定价所引发的反垄断法预防性功能的省思

掠夺性定价的特殊性就在于由手段而至目的,是分开进行的,相对于第一阶段的排除、限制竞争后果,第二阶段的剥削性是一个假想的可能的情况。申言之,如果不能够实现高价补偿,说明市场已经恢复了有效竞争,价格机制已发挥出应有的作用。从既有的对滥用市场支配地位的法律规则来看,无论掠夺者在第二阶段是否补偿成功,若要对掠夺性定价行为进行监管,应当在第一阶段即掠夺性定价行为尚未完整实施的情况下介入。由于我国尚无掠夺性定价的案例,不妨研究域外的有关理论和案件的发展历程,分析对于补偿、有关掠夺性定价垄断行为预防的思路变迁,以为镜鉴。

(一)掠夺性定价二阶段补偿测试的立场

美国最早的掠夺性定价案例是1911年的标准石油公司案。标准石油公司采取分类的商业策略,在没有竞争对手的市场上制定垄断价格;在有竞争对手挑战标准石油的支配地位时,就通过大幅降价来将对方逐出市场,并在不同市场之间实行交叉补贴。美国政府认为包括这种掠夺性定价行为在内的多个行为违反了谢尔曼法第2条,联邦最高法院支持原告的观点,作出拆分标准石油公司的判决,指出“低价销售可能已经成为大企业最有效的武器”。^⑭1914年,国会通过了克莱顿法作为谢尔曼法之补充,

该法第2条为了防止大企业通过竞争对手无利可图从而摧毁对手,主要对价格歧视问题作出了专门性规定。此后,1936年的罗宾逊—帕特曼反价格歧视法禁止实质上减少及弱化竞争或旨在形成垄断的行为,其中第2条规定“为了破坏竞争、消灭竞争,以低于其竞争者的价格出售、或以不合理的低价出售是违法的”。^⑧还规定了一旦违法将被单处或者并处罚金和监禁,即刑事责任。可见,在美国成文法上掠夺性定价与价格歧视密不可分,甚至可以理解为源于价格歧视的规则。因此,沃德·鲍曼反对前文提到的犹他派案所认定的构成掠夺性定价的结论,他的论证逻辑是“罗宾逊—帕特曼法依赖的前提是价格歧视可以或可能成为谋求垄断的工具。根据经济学的最新研究,这至少是备受质疑的”。^⑨

由此,在掠夺性定价违法性认定上形成了以下几个问题:第一,是否需要将掠夺性定价进行规制。芝加哥学派认为掠夺性定价不符合经济理性,这种两阶段构成要件,意味着巨大的前期成本和后续成功的巨大挑战,因而实际发生的概率较小,法律不应当过多规制。^⑩与之相反,“新布兰代斯学派”代表人物、现任联邦贸易委员会主席莉娜·汗认为掠夺性定价是经济领域一种常见的排挤竞争对手的反竞争行为,尤其在平台经济中发生的可能性更大、危害更大,更应当受到规制。而数字平台的掠夺性定价问题同样受到美国立法机关的重视。2020年10月,美国众议院司法委员会下属的反垄断小组委员会正式颁布《数字市场竞争调查报告》,^⑪并从美国对数字平台的掠夺性定价进行专门调查的立法现状趋势以及理论研究来看,掠夺性定价依然是一种垄断行为。第二,如何确定成本标准以及对价格“掠夺性”的判断。“阿里达—特纳”标准依然是掠夺性定价成本的基石性准则,在此基础上衍生出平均可变成本、平均可避免成本等来代替理论上的边际成本。此外,2018年经济合作与发展组织报告指出,在平台领域,高于成本的价格也可能具有掠夺性,低于成本的价格也有可能构成良性的“绩效竞争”。故此,成本规则的适用并未取得一致,甚至放松了“低于成本”的

要求。第三,是否需要引入“补偿”要件,是目前双方最大的争论焦点。

谢尔曼法第2条规定垄断或者试图垄断均为违法行为,因此,从美国判例法的演进过程来看,最初法院并没有以“补偿”作为要件。而在“日本松下电器公司诉詹尼斯无线电公司案”(以下简称松下案)^⑫中,法院多数意见认为如果原告的观点成立,那么要求被告集体同意在数年内低价销售并承受损失,然后再提高价格补偿损失。由于与合谋密切相关,所以怀疑原告诉称的掠夺性定价并不符合经济理性,实现补偿是不大可能的,因此无法推断共谋的存在。而后,在A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.案中,^⑬法官歪曲了松下案的适用基础,错误地将其用于单独滥用市场支配地位的场景,并提出在掠夺性定价案件中应当引入“补偿”要件。^⑭继而,联邦最高法院通过“布鲁克有限公司诉布朗与威廉姆森烟草集团”案(以下简称布鲁克案),^⑮将“补偿”作为掠夺性定价行为的构成要件。在欧盟,法国电信公司诉欧盟委员会案(以下简称瓦纳杜案)^⑯中,欧盟法院支持了初审法院的观点,驳回了瓦纳杜公司的上诉,认定该公司构成掠夺性定价行为,明确适用损失补偿要件。

(二)风险叠加与假阳损害的权衡

从美国的司法实践来看,自布鲁克案引入“补偿测试”以来,提起的掠夺性定价案件及原告胜诉的案件数量都急剧下降,^⑰其原因在于原告难以就“补偿”这种可能性举证。简言之,补偿要件之存废极大程度影响了掠夺性定价案件的认定。为此,有观点认为应当废除补偿要件,主要理由如下:

首先,降价与提价的两个阶段的时间窗口难以观察,可能在排除竞争后数年才提价;其次,交叉补贴可能发生于同一产品的不同销售区域,或者不同产品,甚至是非关联产品,也就是说,既可能发生在单一产品市场也可能出现在多产品市场的情景中,比如互补品市场、替代品市场和替换品市场。对于产品丰富的掠夺者而言有多种选择,原告难以预知并举证。据此,有学者提出只要具有市场支配地位

的数字平台行使低于成本定价的行为,即可以推定为掠夺性定价。适用推定规则,可以降低执法成本、易于执行,降低错误风险,有利于应对数字平台的垄断行为。^④再次,低于成本销售的目的与反竞争性是两个独立的问题,前者的最终意图是获得垄断利润;补偿行为与掠夺性定价的损害后果之间缺乏必然的因果关系,因此,无论掠夺者是否能够实现补偿,该行为在第一阶段的排他性都是确定的。^⑤

笔者认为,事实上,分析第二阶段亦即补偿是否可能成功的意义,并不在于剥削或者补偿本身,这之间缺少了一个环节,那就是:补偿情况是市场损害程度的一个客观反映。反垄断法的关注点是因低价而失序的市场,是否有可能恢复竞争状况,也就是第一阶段的排除、限制竞争的效果在第二阶段是否得以维持,价格是一个最为显著的指标。换言之,是通过补偿水平考察在第二阶段竞争正向或者负向效果的可能性及其程度。如果补偿性价格不能维持,说明市场竞争恢复,掠夺政策失败。

面对这种不确定性,“补偿”要件是一种将假阳性风险最小化的手段。发现并调查掠夺性定价行为的起点是价格异常,但是,价格是经营者参与市场竞争的重要方法,必须随着竞争状况实时调整,因此通常是被动性适应和主动性竞争的混和。根据市场供需原理,经营者会通过降价追求产品销量,此时,掠夺性定价与竞争性降价形成行为外观上的一定相似性。当然,两个行为的目的和行为效果存在着本质差异,但在第一阶段通过行为推断两者目的之异同是难以准确界分的。首先,“意图”不等同于效果,可否实现受市场环境变化、竞争者反应等多因素制约;其次,我国反垄断法的滥用市场支配地位的规则并不认为意图垄断是违法行为,不仅如此,更是以经营者具有市场支配地位作为主体要件;再次,从美国法来看,即使根据谢尔曼法第2条“意图”垄断被认为是违法的,但通过分析有关掠夺性定价的判例,已然将认定思路从“主观意图+成本检验”标准转变为“成本检验+损失补偿”,弱化了意图要素;最后,竞争者有一个获得垄断地位的梦想

并为之付诸实践不当然具有可责性,获得垄断地位的方法不一而足:创新、提高效率、降低成本减少社会资源损耗,都应当被鼓励和提倡。作为中小经营者,即使是为了扩大市场份额而低于成本销售,也不能直接认定是垄断行为。因此“掠夺性定价应受谴责,并不是因为其现在的价格更低,而是因为,如果它成功了,则会导致产出减少,价格上涨”。^⑥据此,行为效果是相对客观的认定依据,而这种排除、限制竞争效果的表征——补偿可能性是判断低价行为违法与合法的分水岭。

综合评估掠夺性定价的要件,它的法律标准过于模糊。首先,行为主体具有市场支配地位认定上的不确定性。平台经济业务类型复杂、竞争动态多变,相较于传统经济下支配地位认定的既有难题,各种参考因素的不确定性更强。其次,如前文所述,成本标准并不确定,特别是在数字平台领域,成本标准更加多样。这种灵活性导致极大的不确定性,因此掠夺性定价极容易与出于竞争目的的低价格相混淆;此外,在平台语境下,非价格竞争因素复杂多变,这不仅体现在成本端,在销售价格方面也是如此,导致成本、价格的内涵和度量更加模糊。再次,从排除、限制竞争的效果来看,竞争损害是指对竞争秩序带来的实际损害,这种损害是实害的,而不是危险的;这种失序也需要通过合理的时间区间来确认。因此,无论是第一阶段的低价排他行为,还是第二阶段的高价补偿行为,都需要维持足够的时间,那种一过性的低价或者高价很容易为市场修复,并不足以造成竞争格局的变化乃至破坏,因此不具有反垄断法上的可责性。^⑦就掠夺性定价这种在逻辑上只能预判第二阶段的竞争状况的行为,排除、限制竞争的效果必然存在不确定性。

通过以上分析可知,认定掠夺性定价的每一个要件都存在风险,特别是在数字平台领域,上述风险叠加,系数相乘,误判的可能性是非常大的。补偿标准是一个筛选机制,是验证这种排他性的标准,具有不可取代的制度功能。而且,如果忽略补偿可能性,也就是从行为直接推断后果,完全越过了垄断行为

通过侵权法认定的基础法理,忽略因果关系的分析,会极大提高假阳性的风险。这就有可能被低效的企业利用,无疑将导致大企业在进行商业决策时受到更多的干扰。

毫无疑问,如果在第一阶段制止低价行为,后续就不会发生剥削行为,这是由行为特质决定的。至此,形成了一个链条,即低价销售行为发生—预判补偿成立—排除、限制竞争—剥削消费者。适度的反垄断应当始于论证“预判补偿成立”环节,以确信该行为排除、限制竞争。就数字经济、平台企业的反垄断而言,预防功能的限度外化于法律标准划定,具体呈现在两个方面:一是成本的标准。成本参照值越高,低于成本的可能性越大,要充分考虑到平台内部的细分领域特征、测试方法和成本观测值;二是补偿测试的定性、定量相结合的方法。考虑到具有支配力的平台体量大、进行交叉补贴和吸引投资能力强,因此补偿延迟会超出传统领域。这就意味着干预因素多,预判难度更大。

四、数字平台领域掠夺性定价的判定要件之适用修正

前文提及的平台经济领域低于成本的销售之所以频繁发生,在经济层面的原因主要有吸引流量以抢占市场、吸引投资,还有消灭竞争对手,再就是推动资本迅速扩张。2014年,滴滴通过天价补贴活动在一年的时间内把一个创业公司拉到市值100亿美元的规模;^⑩2019年岁末,阿里巴巴、京东、拼多多纷纷推出“百亿补贴”,对电商平台提高吸引力起到了正面作用。^⑪

低价销售是资本推动的扩张行为,短期的、有限度的舍利还可以理解为变相的推广、以低价换市场;如果超出合理程度,就可能削弱中小经营者的竞争力,令价格失真,扰乱市场公平竞争秩序,损害创新能力,最终损害消费者权益。并且,长期低于成本的销售缺乏可持续性,还会导致资源错配和效率低下。从反垄断法的公法属性来讲,对掠夺性定价行为进行干预具有正当性,问题是如何认定、何时干预。

(一)数字平台下认定掠夺性定价性质的再认识

在反垄断法的体系建构中,无论以预防或制止为直接手段,都是以维护反垄断法法益为合理限度。放纵则导致竞争失序,效率损失;干预过度就会产生新的系统性风险,同样影响经营自主权,致使市场缺乏活力和创新动能,所谓过犹不及。因此,应当充分认识掠夺性定价行为的独立性及其与后续剥削行为的关系,特别是认识到在数字平台领域的适用性局限,并作出相应的修正。

结合掠夺性定价行为的二阶属性在平台经济领域的应用,笔者提出以下观点:

第一,就掠夺性定价的完成过程而论,第一阶段的排他是手段,第二阶段的剥削^⑫是结果,完成排他才可能实现剥削,所以排他性是必要条件。排他、剥削的目的或意图仅作为认定其他要件的参考要素但不宜作为独立的构成要件,就这点,笔者不认同《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》的相关规则。第二,从反垄断法的规则 and 实际案例来看,排他的手段和剥削的方式都是多样的,前者不限于低价销售,后者不限于高价销售。就行为外观而言,掠夺性定价与自由竞争过程中的自主降价行为是难以准确辨别的,叠加数字平台的网络效应、跨平台效应、信息数据价值实现等因素,单纯以“低于成本”推定违法性是不足取的,需要有其他证明违法性的要素。第三,在分析掠夺性定价行为是否排除、限制竞争要件时,二阶段观点至关重要,需要区分认识。第一阶段的排他行为应当是实际发生的排除、限制竞争效果,是切实的、实然的,而非“可能性”,需要由主张者举证证明。因为对掠夺性定价的调查和矫正发生于第一阶段,从时序角度来说,第二阶段的高价剥削行为因尚未发生而不可知,只能通过推定标准验证。这种推定可以通过涨价实现损失补偿的可能性,也可以是其他替代性方案,形式不一而足,其目的是反证第一阶段的排除、限制竞争后果的严重性及其违法性、可责性,而非消费者剩余转化为生产者剩余的多寡。这种可能性要达到“必然”或者极高的程度。鉴于其在论

证因果关系上的重要性,补偿的可能性证明是必不可少的独立要件。第四,补偿作为要件确实提高了认定掠夺性定价的难度,但综合数字平台领域的复杂性、多变性考虑假阳性和假阴性的风险,假阳性的风险大于假阴性。这是因为:首先,前文已经详细论证了平台模式下各构成要件的不确定性和叠加的假阳性风险;其次,掠夺性定价具有确定的补偿价值和确定的剥削后果,即在第一阶段的低价行为客观上提高了消费者福利水平,^⑤二者相权衡至少不是最坏的结果;复次,如果销售价格明显过低、^⑥违法概率极高,可以实行举证责任倒置,由涉嫌垄断者证明不具备第二阶段的补偿可能性;最后,即使出现了假阴性错误,在我国反垄断法框架下,还可以依据禁止高价销售、附加不合理交易条件等成文法规则在剥削阶段进行干预。

综上所述,在数字平台经济领域,掠夺性定价行为包括以下四个要件:主体具有市场支配地位、有低于成本销售的行为、具有高价补偿的可能性、该行为产生了排除限制竞争的效果。与其他滥用市场支配地位的行为相比较,主体要件、效果要件并无特别之处,此外,相较于传统领域的掠夺性定价行为,平台语境下具有显著特征,故本文以下仅讨论低于成本销售、补偿可能两个要件。

(二)成本—价格测试

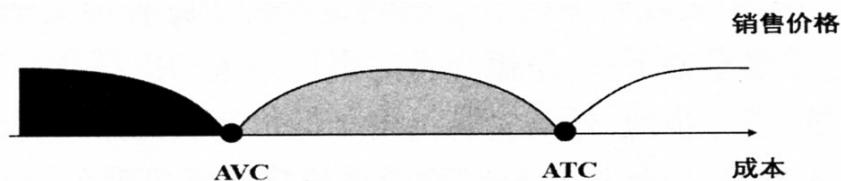
区别于传统经济模式,平台经济的双边市场属性是其最显著的特征,与之相应的是具有交叉网络效应,常采用对价格需求弹性较大的一边免费的商业模式,而对另一端收取高价作为补偿。由于双边市场中的价格和成本是相关联的,某一边市场上降价到成本以下也可能是一种利润最大化的行为,在做成本—价格分析时,要同时考虑两侧市场中的加权成本和加权价格进行比较。^⑦在成本—价格测试中有几个方面需要注意。基于这种相互依赖和交叉

补贴,双边市场的成本价格测试需要同时考虑三个因素:两侧市场的价格、两侧市场的成本和交叉网络效应。

第一,区分平台类别与测试方法适用。由于交叉网络效应是成本测试的重要前提,根据交叉网络效应强度,将平台分为强交叉网络效应平台和弱交叉网络效应平台两种。弱交叉网络效应的情况下与传统单边市场的商业模式没有本质区别,而对于有强交叉网络效应的平台,则需要采用修正方法。第二,采用分类分步测试的方法。由于存在平均固定成本,平均总成本(ATC)高于平均可变成本(AVC),即 $AVC < ATC$ 。表现为平均总成本(ATC)总是位于平均可变成本(AVC)的上方。同理,由于平均可避免成本(AAC)也包含固定成本,因而,平均可避免成本高于平均可变成本(AVC),低于平均总成本(ATC),即 $AVC < AAC < ATC$ 。

在经营者销售单一产品或者多产品时情况有所不同,后者需要考虑共同成本分担的问题。由于平台既有的双边、多边特征,本文讨论的多产品情形适用于数字平台领域。在多产品的情况下,长期平均增量成本不考虑前期成本投入,更多考虑为了实施掠夺行为多生产所总计的成本,并且长期平均增量成本需要按照比例摊销共同成本。因而,长期平均增量成本(LRAIC)低于平均总成本(ATC),即 $LRAIC < ATC$ 。此外,根据前文定义,在计算平均可避免成本(AAC)时包括固定成本,在多产品情况下,长期平均增量成本(LRAIC)低于平均可避免成本(AAC),即 $LRAIC < AAC$ 。

据此,可以参考欧盟在Akzo案^⑧中采用的区间划分法,将成本由低到高做成数轴,选取AVC(或AAC)^⑨和ATC两个观测点,将数轴分为三个区间。根据价格与成本的关系分为合法的白色区间、待定的灰色区间和违法的黑色区间。



在弱交叉网络效应平台依然适用前文所述的“阿里达—特纳”规则中的“成本—价格”检验方法。当价格高于平均总成本(ATC)时为白色区间;当价格低于平均可变成本(AVC)或平均可避免成本(AAC)时为黑色区间;位于两者中间时为灰色区间,需要通过补偿要件进一步判断。在强交叉网络效应平台则采用修正的“阿里达—特纳”规则,^⑤考虑到数字平台双边的收入和成本,两个观测点分别为平均可变成本和加权平均成本。当价格的加权平均值(由边际网络效应给出的权重)高于总成本的加权平均值时,为白色区间;当平台在某一侧的价格低于平均可变成本,且通过修正的“阿里达—特纳”规则检验时,该定价大概率构成严重损害竞争的掠夺性定价,由民事诉讼被告或者行政相对人举证证明在第二阶段不具有补偿可能性;当平台两侧市场的总价格介于两个观测点之间时,需要原告或执法机构进一步论证补偿可能并参考其他要素。

参考谷歌案^⑥的经验,左侧观测点的选取在两类市场上有所区别:在单一产品的情况下,优先采用平均总成本(ATC);在企业生产多种产品的情况下,优先采用长期平均增量成本(LRAIC)。在支配企业实施掠夺没有显著扩大产能的情况下,反垄断审查优先采用平均可变成本(AVC);在支配企业实施掠夺时进行了扩大产能投资的情况下,反垄断审查应优先使用平均可避免成本(AAC)。

(三)补偿测试

由于数字平台具有跨界性,并常常对消费者采取免费模式,相对于传统经济,补偿的手段也更加灵活多样,不仅在价格补偿方面形式多样化,还出现了多种非价格补偿形式。

价格补偿常见的有提高平台内经营者的费用、减少消费者补贴、大数据杀熟、^⑦交叉补贴等方式;非价格补偿主要有降低产品或服务品质、减少产品品类、限制或降低消费者的选择权、通过获得个人信息和注意力的方式获得补偿。^⑧此外,还可能通过收购竞争对手的方式实现补偿。在平台经济领域,平台还可以通过烧钱吸引流量,以低价换市场以实现快

速扩张,当市场占有率达到一定规模以后,可以提高估值,平台便据此通过在资本市场融资的方式获得前期的损失。这种新的投资是“深口袋”,^⑨又可以循环往复,继续扩大市场占有率。

在进行补偿测试时可以采用定量和定性方法。^⑩定量方法,是用短期利润损失与长期利润收益相比较。^⑪其中,影响两个指标的要素包括在第一阶段掠夺期的利润损失、第二阶段补偿期成功的概率、预期利润、补偿期限等,不仅要素多,而且不确定性高。

定性方法,是通过考察定性因素确定补偿是否可能发生。如前所述,对掠夺性定价的调查发生在第一阶段,此时处于补偿启动之前的时点。因此,补偿分析需要执法机构通过各种证据预测补偿是否可能发生。结合布鲁克集团案中法院列举的七个影响企业能否弥补损失的考察因素^⑫以及经济合作与发展组织报告,归纳总结要素如下:一是掠夺者的市场力量和提高产能的可能性。掠夺者必须有能力弥补竞争对手的供应量,进一步地,还需要满足由于低价产生的市场需求增加的部分。二是该产品或服务市场有较高的进入壁垒,以保证在补偿阶段被排挤的竞争者或潜在竞争者难以成为有效供给者。三是掠夺者的实力,这既包括现金储备和调度能力,也可以用于交叉补贴的能力。四是产品属性方面,需求弹性低的在提价后需求量下降幅度有限,相对容易实现补偿,平台企业的交叉网络效应是考量要素。五是市场结构,在掠夺者之外,如果其余市场份额分散,竞争者的对抗能力相对较弱,反之则强。六是市场份额趋势。如果掠夺者在低价期间市场份额没有变化,甚至份额有所下降,那么补偿可能性较小。但如果掠夺者在实施降价前市场份额下降,而在低价期间份额有所上升,则成功的可能更大。七是企业文件,执法机构可以通过掠夺者对市场的综合评估、商业计划、预计的掠夺期限来预测补偿可能性。

综上,成本—价格关系认定和补偿可能性是认定掠夺性定价行为的代表性要件。此外,从实践来

看,尽管各国执法机构逐渐弱化了对主观意图的认定和证明,但并不意味着完全排除意图证据的使用。主观意图也可以作为辅助因素,用以表明掠夺者充分认识到掠夺性定价行为的短期牺牲利益和将来获得超额利润路径,知悉行为对竞争者和市场的影响,并制定了相应的行动计划,以此作为补偿可能性的参考因素。

注释:

①参见深圳某科技公司不正当价格行为案,载国家市场监督管理总局网, http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/jjjzj/202103/t20210311_326698.html;北京某科技公司不正当价格行为案,载国家市场监督管理总局网, http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/jjjzj/202103/t20210311_326699.html。

②参见于左、张二鹏:《对数字平台企业掠夺性定价判定规则的探讨》,载《理论学刊》2022年第1期。

③参见叶明:《互联网企业掠夺性定价的认定研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第5期。

④参见于左、张二鹏:《对数字平台企业掠夺性定价判定规则的探讨》,载《理论学刊》2022年第1期。

⑤参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。

⑥See Regulation(EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives(EU) 2019/1937 and(EU) 2020/1828(Digital Markets Act); Ending Platform Monopolies Act, American Choice and Innovation Online Act, Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021, Platform Competition and Opportunity Act of 2021, Merger Filing Fee Modernization Act of 2021.我国国家市场监督管理总局2021年10月发布《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》(以下简称《分类分级指南》)、《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下简称《落实主体责任指南》),针对符合条件的超大型平台经营者提出要求。

⑦案涉行业相对有限,如芯片领域、能源领域等。

⑧参见《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第15条。本文讨论的是这种特殊情况以外经营的情形,以下行文都指通常情况。

⑨与之相对应,2012年6月1日开始施行的《最高人民法

院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》是有关反垄断民事诉讼的司法解释一。司法解释二虽尚在征求意见中,但仍可用于分析立法和司法的认定思路。

⑩参见《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》第38条第1款。

⑪Philhp Areeda and, Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of The Sherman Act". Harvard Law Review, vol.88, 1975, pp.697-733.

⑫有关各种成本在经济学视角下的批评、认识,参见于左、张二鹏:《对数字平台企业掠夺性定价判定规则的探讨》,载《理论学刊》2022年第1期。

⑬ICN. Report on Predatory Pricing(2008). p.3. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-predatory-pricing/>.

⑭参见高鸿业:《西方经济学》,中国人民大学出版社2011年版,第131页。

⑮参见许光耀:《掠夺性定价行为的反垄断法分析》,载《政法论丛》2018年第2期。

⑯是可变成本和特定产品固定成本之和除以生产的单位数量。

⑰是总成本除以生产的单位,等于平均可变成本加上平均固定成本的总和。

⑱根据ICN的报告,使用平均总成本的执法机构包括:巴西、捷克共和国、丹麦、欧盟委员会、法国、德国、匈牙利、爱尔兰、意大利、日本、泽西岛、拉脱维亚、墨西哥、新加坡、南非、土耳其和英国。法国在单一产品公司的情况下也会选择这一标准。ICN. Report on Predatory Pricing(2008). p.3. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-predatory-pricing/>.

⑲欧洲法院在一份判决书中指出:“如果每次出售都产生损失,那么其目的除了排除竞争对手以便随后利用独占优势提高价格之外,一家占支配地位的企业适用此价格没有任何利益。”Case 62/86 AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities[1991] ECR I-3359.

⑳参见王玉辉、汪晓贺:《掠夺性定价行为要件的制度困境及破解进路》,载《社会科学》2021年第9期。

㉑《腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案行政处罚决定书》(国市监处[2021]67号),参见焦海涛:《滥用市场支配地位的定性定位与规范修正》,载《中

国政法大学学报》2022年第1期。低价销售和高价购买是掠夺者根据不同市场交易情况的商业行为,其目的是相同的,分析思路别无二致。为了本文论证简洁,仅以低价销售的情形为代表。

② Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. 386 U.S. 685 (1967).

③ 参见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2018年版,第246页。

④ 参见焦海涛:《滥用市场支配地位的性质定位与规范修正》,载《中国政法大学学报》2022年第1期。

⑤ ICN: Unilateral Conduct Workbook (2012), Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/uc-workbook-predatory-pricing>.

⑥ Moritz Lorenz, An Introduction to EU Competition Law, Cambridge University Press 2013, <http://ebooks.cambridge.org/refid/CBO9781139087452>.

⑦ 参见王先林:《竞争法学》,中国人民大学出版社2018年版,第246页。

⑧ OECD, Excessive Prices, DAF/COMP(2011) 18, 2011, p217. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/49604207.pdf>.

⑨ 参见承上:《数字平台剥削性滥用的反垄断规制》,载《电子政务》2022年第4期。

⑩ 参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。

⑪ 非高价搭售的情况下,剥削性滥用不成立,但具有排他性。

⑫ Lina M. Khan. Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 2017(1).

⑬ Robinson-Patman, Anti-Discrimination Act, June 19, 1936. Sec. 2(b).

⑭ Ward S. Bowman, Restraint of Trade by the Supreme Court: The Utah Pie Case, 77 Yale Law Journal 70, 86(1967).

⑮ 参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。

⑯ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets, 2020, p.396.

⑰ Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574(1986).

⑱ A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc. 881

F.2d 1396, 1399(7th Cir. 1989).

⑲ 参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。

⑳ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209(1993).

㉑ Case C-202/07 P, France Télécom vs. Commission, JUDGMENT OF THE COURT(First Chamber), 2 April 2009.

㉒ Lina M. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 2017(1).

㉓ Lina M. Khan. Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 2017(1).

㉔ 参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。

㉕ [美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀等译,法律出版社2009年版,第373页。

㉖ 根据《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》第38条关于参照价格的规定,特别强调是“经营者在相当长期限内持续以……价格销售商品”。

㉗ 《滴滴打车天价补贴后的惊人内幕:为什么越烧钱越有钱?》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/116492482_475919, 2016年9月20日访问。

㉘ 《电商新一轮“烧钱大战”试图烧出什么?》,载光明网, https://politics.gmw.cn/2019-12/25/content_33427992.htm。

㉙ 剥削性的具体行为表现是多样的,包括高价销售、低价购买、附加显著不合理的交易条件等。本文为行文简洁,仅以高价销售为代表。

㉚ 有观点认为,在低于成本定价时期会导致过度消费,从而造成低效率。参见[美]克里斯托弗·R.莱斯利:《掠夺性定价与补偿》,时建中、时武涛译,载《经济法研究》2019年第1期。但无论我们分析掠夺者发起垄断行为,还是消费者根据价格信号决定需求量,都是建立在经济理性基础上的。故,上述结论有待商榷。

㉛ 参见后文有关价格—成本测试的黑色区间。

㉜ 参见任力:《网络经济条件下掠夺性定价问题的构成标准研究——以美国法上的实践和理论为视角》,载《河北法学》2017年第5期。

㉝ Case 62/86 AKZO Chemie BV v. Commission of the European Communities[1991] ECR I-3359.

㉞ 《反垄断民事诉讼司法解释二(征求意见稿)》第38条规定了平均可变成本和平均可避免成本两个参考价格,两者没

有优先顺序。

⑤⑤ See Stefan Behringer & Lapo Filistrucchi, Areeda-turner in Two-sided Markets, Review of Industrial Organization, 2015, Vol.46, No.3, pp.287-306.

⑤⑥ Bottin Cartographes v. Google France and Google Inc. Court of Appeal of Paris, 5th Pole, 5th Chamber, 20 November 2013. 该案选取了长期平均增量成本、平均可避免成本两个观测点。http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3942.

⑤⑦ 例如, 支付宝平台通过提高淘宝上商户的费用得到补偿。参见黄勇、杨利华:《第三方支付平台企业掠夺性定价的反垄断法分析》,载《河北法学》2016年第4期。

⑤⑧ 参见张晨颖:《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》,载《法学研究》2021年第4期。

⑤⑨ 参见马泰成:《掠夺性定价与有效资本市场》,载《制度经济学研究》2020年第3期。

⑥⑩ Unilateral Conduct Working Group, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 11th Annual ICN Conference Rio de Janeiro, Brazil. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc828.pdf. 2012.

⑥⑪ Kaplow L. Recoupment, Market Power, and Predatory Pricing, Antitrust Law Journal, 2018, Vol.82, p.167.

⑥⑫ 掠夺期、价格低于成本的幅度、掠夺者与目标企业的财务力量对比、掠夺者和被掠夺者的“动机和意志”、相关市场中企业的规模分布及进入条件、掠夺者吸收目标企业产出的能力。See Elzinga K G, Mills D E, Trumping the Areeda-Turner test: the recoupment standard in Brooke Group, Antitrust Law Journal, 1993, 62: 559.

The Antitrust Approach to Predatory Pricing in Platforms

Zhang Chenying

Abstract: Regulating and guiding the capital to boost the healthy development of digital economy is the mission of the Antitrust Law. The predatory pricing is a typical monopolistic act driven by capital or capital-resource. In terms of chronology, it can be divided into low-price exclusion and high-price compensation. In terms of economic logic, it is exclusionary and exploitative. There are many cases of low-price sales in various disguises in the digital platforms. However, China has no express legal provisions on the conditions for determining them and no cases to follow in practice. The idea of advocating the abolition of the conditions for compensation is a simple deduction of consequences from actions, which ignores the basic jurisprudence that the monopolistic acts should be determined by the tort liability law. The ignorance of causal analysis will greatly increase the risks of making mistakes, which can be taken advantage by lower-efficiency companies and interfere the independent decision-making of large companies. In this context, a set of rules for the conditions featured by sales below the cost prices and the possibility of compensation will be set out and adjusted for the antitrust regulation in the digital platforms as the limit of the preventive function of the antitrust law.

Key words: digital platform economy; predatory pricing; sales below cost prices; compensation test; preventive function; antitrust