

【国际私法】

中国方案:欧盟对数字平台 “守门人”监管革新的启示

李 本 徐欢颜

【摘 要】互联网平台在全球数字经济中的重要性不言而喻,但少数超级平台基于强双边连接性与强数据垄断性的特点,很容易滥用市场权力,成为设置市场进入壁垒的数字平台“守门人”,从而损害消费者权益与公平竞争的市场环境。作为一部专门针对互联网平台的行业立法,欧盟出台的《数字市场法》突破了传统竞争法下的监管框架,其中加强事前监管、对“守门人”施加数据可携带以及互操作义务等监管革新,在一定意义上体现了国际互联网平台监管新趋势。我国未来可适当借鉴欧盟立法经验,加强对互联网平台的事前监管及分类监管,并进一步探索平台数据可携带以及互操作的本土进路。

【关键词】《数字市场法》;“守门人”;竞争法;数字平台;事前监管

【作者简介】李本(1971-),女,陕西西安人,上海大学法学院教授,法学博士,研究方向:国际经济法、国际商法、知识产权法(上海 200444);徐欢颜(1996-),女,重庆潼南人,西南政法大学法学院博士研究生(重庆 401120)。

【原文出处】《上海大学学报》:社会科学版,2023.5.105~119

【基金项目】国家社会科学基金重点项目(22AFX020)。

大型数字平台在全球数字经济中愈发凸显重要地位,但较之数字经济发展的浪潮迭涌,目前全球相关数字平台监管立法明显滞后:这些大型数字平台通过自有网络生态系统的构建,担当着连接终端用户与商业用户的不可缺少的桥梁,并能够借助平台的强双边连接性以及强数据垄断性,增强其行业地位,巩固进入壁垒,不断实施自我优待、捆绑销售等损害市场公平竞争性和侵害消费者隐私的行为。运用传统竞争法工具对超级平台的不当实践进行监管存在重重困境,全球执法机关都在探索对其进行有效监管之道。

基于此背景,2020年12月,欧盟率先出台了监管互联网平台的两部新规,《数字市场法》(Digital Markets Act,简称DMA)与《数字服务法》(Digital Services Act,简称DSA),以求为用户打造一个更安全的数字空间。DSA主要与透明度以及消费者保护有

关,适用于所有的平台中间商,并对那些拥有超过百分之十的欧盟消费者的平台中间商,施加额外的要求。DMA则仅对构成“守门人”的超级平台适用,旨在实现公平、竞争的两大战略目标:其一,降低数字市场的进入壁垒,增强数字市场的开放性、竞争性;其二,维护商业用户与终端用户的利益,使数字市场更加公平。

DMA将提供核心平台服务,并借由其强大平台系统,而牢牢把控商业用户接触终端用户通道的超级平台定义为“守门人”,^①进而通过对“守门人”施加互操作等义务清单以及赋予欧盟委员会事前事后全链条式的监管权的全新方式,来建立对“守门人”的全方位监管框架,预防“守门人”实施反竞争性举措。DMA剑指GAFAM[®]等美国科技巨头公司,新规禁止数字平台“守门人”实施自我偏好、对外封闭系统、滥用商业用户数据和终端用户数据等不当行

为。作为对互联网平台进行专门监管的新竞争法工具, DMA 突破了以往传统竞争法下事后监管(ex-post)的模式, 确立了对互联网平台进行事前监管(ex-ante)的新内容。2022年10月12日, 欧洲联盟公报(Official Journal of the European Union)发布了DMA的最终正式版本, 并于2022年11月1日生效适用。^[1]

在DMA草案公布后, 引发了国外学者的讨论。有学者提出了“数据驱动”的有害理论, 指出数字市场具有数据驱动的网络强效应, 在对数字市场进行监管时, 经济政策的首要目标是通过事前监管来保证市场的准人和可竞争性, 这在DMA中有所体现。^[2]有学者对DMA的立法逻辑进行了分析, 认为由于传统竞争法不再是数字行业的万能药, 由此推动数字行业专门法的诞生。^[3]^[530]还有学者对DMA进行评价, 认为DMA与DSA两部法案改变了欧盟数字平台的监管范式。^[4]^[493]一些学者对DMA旨在“箍住”超级平台的监管创新予以肯定。^[4]^[493]^[51]^[644]但是, 对于DMA是否能够通过正负清单等事前监管的创新举措来实现公平与可持续竞争的立法目的, 部分学者也进行了质疑。^[3]^[531]^[651]

总体而言, DMA瑕不掩瑜, 被誉为“一部欧盟里程碑式的互联网反垄断专门法, 加上“布鲁塞尔效应”^③的不断升温发酵, 将开启“数字治理的新纪元”。^[7]习近平在中央财经委员会第九次会议中强调“推动平台经济规范健康持续发展”, ^[8]DMA可为我国肃清超级平台乱象、营造公平竞争的数字市场环境提供有益的借鉴经验。然而, 目前我国对于DMA的学术性研究还相对较少。本文以DMA为切入点, 通过对其政策动机、对“守门人”施加的法定化义务进行全面考察, 分析数字平台“守门人”的监管革新, 并借此探讨我国应对方案。

一、《数字市场法》监管“守门人”的政策动机

一方面, 互联网平台是数字经济创新必不可少的驱动器, 对经济增长、居民生活的改善贡献巨大; 另一方面, 成功的互联网平台会不断吸引更多的用户加入, 获取越来越多的数据, 使得少数超级平台具有决定市场准入和运作规则的垄断能力, 而成为强

大的互联网市场“守门人”。

如何在保持自由创新的互联网市场与公权力介入之间达致平衡是一个相当困难的任务, 欧盟率先出台DMA, 从欧盟体系内的主流经济学说理论、传统立法构架模式以及产业政策取向等角度可以发现其政策动机基于以下考量。

(一)数字平台“守门人”设置市场进入壁垒, 引发市场失灵

欧盟竞争规则旨在保证欧盟内部市场以一种有效竞争状态正常运转: 企业之间相互独立, 以平等的身份在欧盟市场进行竞争, 并相互承受同行之间的压力。但是, “守门人”的以下特性使它们天然具有破坏公平竞争环境、引发互联网行业系统性问题的倾向。

1. 强双边连接性

诺贝尔经济学奖获得者让·梯若尔(Jean Tirole)早在2014年就对互联网平台的双边性进行了阐述。^[9]他认为, 如果具有多归属(multi-homing)^④与网络外部性(network externalities)的市场能够有效通过对一项交易中不同的终端用户进行交叉补贴(cross-subsidize), 则构成双边市场。^⑤双边市场中平台的获利不仅包括向交易双方索取的费用, 还受到其自身分解能力的影响。正常的互联网商业模式中, 消费者、互联网平台以及商业用户三者之间应当形成稳固、互不干扰的三角关系, 也就是一端的消费者与另一端的商业用户在互联网平台上进行自由的选择匹配, 消费者与商业用户皆具有多归属的自由权, 互联网平台只收取平台中介费, 且不应限制消费者与商业用户的自由选择权。

但实践中, “守门人”通过自己的行业垄断能力, 扭曲了这种中性的三角关系, “守门人”向消费者提供免费的平台服务, 将这种成本转移到商业用户身上。随着越来越多的消费者被这种“隐形补贴”所吸引, “守门人”与商业用户的平衡关系逐渐失衡, “守门人”可以不断要求商业用户向其支付更高的费用而形成“守门人”对商业用户的单方剥削。“守门人”还可以利用其强大的平台地位构建隐形壁垒, 强行

将消费者和商业用户单一绑定在其平台之上,对消费者进行捆绑销售以及要求商业用户进行“二选一”。“守门人”借助强双边连接性的特质,形成了对消费者以及商业用户的压倒性的议价权,容易损害消费者权益,破坏市场的公平性。

2. 强数据垄断性

不同于传统行业以产品服务的质量在市场上进行竞争,数据被视为“21世纪的石油”,已经成为数字经济时代企业制胜的核心要素。对于海量数据的垄断性控制,构成了超级平台市场主导地位的关键。大数据与算法形成的网络效应和规模效应,可以帮助互联网平台不断汇集消费者的数据,并排他性地利用这些数据和强大的算法进行定位追踪,优化服务,而不断提高互联网平台的市场主导地位。当超级平台不断通过大数据与算法获取更多数据时,就成为具有垄断市场、引发市场失灵的“守门人”。与之相对应的,就是商业用户仅拥有极少的数据,并缺乏有效的互操作(interoperability)方式来取得在“守门人”平台上与终端用户交易所产生的数据访问权和使用权。“守门人”凭借越来越大的数据鸿沟不断优化服务,锁定用户,将其他中小平台或者初创企业阻挡在平台市场之外,造成互联网平台市场的封闭性、弱竞争性。

(二)对“守门人”不当行为的竞争法规制缺位

超级平台由于其强双边性和强数据垄断性而内在呈现结构性问题,个案评估的竞争法难以对所有的平台不当行为进行监管。另外,与数字经济日新月异的变化速度相比,竞争法的诉讼时间过长。竞争法的规制缺位给“守门人”留下了可乘之机,从而使其不断在平台市场上扩大霸权地位。

1. 欧盟传统竞争法调整范围有限

欧盟的反垄断法体现为《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)针对企业之间反竞争协议的第101条,以及企业滥用市场地位的第102条。欧盟传统竞争法只调整企业行为所导致的对市场竞争性的扭曲,而无法有效解决“守门人”平台基于自身强双边连接性和强数据垄断性

所造成的系统性问题。当“守门人”借助强大互联网生态平台,增强市场集中度,设置隐形进入壁垒时,执法机关就难以运用此两条对其进行干预,因为这并非“守门人”的具体行为,而是由超级平台本身的强双边连接性和强数据垄断性衍生的市场效应。

2. 缺乏统一立法框架,导致成员国碎片化立法

由于现有的欧盟竞争法规定无法解决或者无法有效解决对欧盟内部市场有效运行产生威胁的“守门人”行为,欧盟的一些成员国开始进行单一立法,以防止“守门人”滥用其权利,破坏数字服务市场的公平性与竞争性。2021年1月18日,德国通过《反对限制竞争法修正案》(GWB—数字化法案),法国、罗马尼亚也开始进行相应的国内立法活动。欧盟委员会认为,这种内部的单一立法会导致欧盟内部市场的法律冲突,并增加法律的不确定性,对所有的市场主体造成损害。DMA禁止成员国声称为了确保“可竞争性的自由市场”而进一步对“守门人”施加义务。

(三)寻求全球“数字主权”,扶持本土中小企业

92%的西方数据由美国控制的服务器把控:谷歌几乎占据了欧洲的整个搜索引擎市场,脸书(现改名为Meta)与其旗下的Instagram、WhatsApp成为欧洲大多数人必不可少的社交软件。^[10]伴随美国互联网巨头占领欧盟市场,掌控巨量欧盟域内数据的同时,欧盟本土互联网企业劣势明显,“全球前20家科技巨头公司榜单上无一家欧盟本土企业”。^[11]

从某种角度而言,欧盟的“数字主权”就是在“数据治理”国际统一法律规则缺失的情形下,通过立法加强域外法的辐射效应,要求域外企业将数据流动到欧盟域内,与欧盟个体以及欧盟中小企业共享,帮助欧盟中小企业提升数字技术以及数据的利用率,使其尽量受益于数据产生、处理的所有价值增值环节。DMA里对“守门人”设置的数据可携带以及互操作义务构成了其核心内容,而中小企业得以豁免。^⑥

考虑到如今欧盟尚无强劲的本土互联网平台企业,并且欧盟本土在线平台大多数都是中小企业,构成DMA“守门人”的主要是GAFAM等美国大型跨国互联网企业,我国互联网企业阿里巴巴在未来也可

能构成“守门人”。DMA里的数据可携带以及互操作义务具有促使平台数据及技术向欧洲中小企业流动的单向性,其实质是帮助欧盟中小企业获取域外大型互联网平台企业数据及技术的政策性工具。从此义务规定中可以看出,欧盟意欲将新的法律作为政策性工具,把寻求对全球数据的管控权作为其发展域内互联网技术的突破口,以在数字市场上助力中小企业,实现欧洲的“数字主权”。

二、“守门人”义务法定化:内容重构与责任承担

数据是数字经济最为重要的一项资产,是企业进行算法优化、发展人工智能的枢纽。商业用户借助于大型平台这一中介,与消费者进行交易,需要利用平台中消费者的贸易数据来制定市场战略。但是,“守门人”却可以阻止商业用户获取前述数据,并将其服务于自身利益,通过两者之间的数据鸿沟而设置市场的进入屏障。由于数字市场与传统行业的巨大差别,DMA通过对“守门人”施加包括数据共享、数据可携带以及平台互操作等正负清单群,^⑦来重构“守门人”的义务与责任,实现“平台中立”的公平竞争环境,让平台算法在阳光下运行。

(一)开放平台访问权:消除平台的数据垄断地位

1. 数据可携带义务

数据可携带权(portability)是允许用户从平台下载其数据,并能够在其他服务器兼容使用这些数据的权利,通常被视为一种抵消大型平台力量的有效工具。一个强大的数据可携带系统能够帮助监管机构遏制大型平台的力量,而避免将其进行拆分的最后手段。此前,《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)第20条就已经规定了个人数据可携带权,DMA强化了GDPR中的数据权规定,将这一权利主体扩展到商业用户,以减少消费者在平台之间进行转换所产生的成本,消除由平台数据垄断构建的行业进入壁垒,增进消费者福利与社会福利。

DMA第6.9条规定了“守门人”的数据可携带义务,要求“守门人”须应终端用户和被终端用户授权的第三方请求,免费向其提供终端用户在相关核心

平台服务中产生的数据,包括免费提供工具来促进此类数据可携带性的有效实施,以及为其提供连续的、可实施的数据访问权。欧盟官员还明确表示,商业用户可以通过此条款,在取得终端用户的同意后,代表终端用户,将用户在“守门人”平台产生的数据转移到其旗下的新平台之中,以此促进用户在不同平台之间的转换、流动,而防止商业用户在迁移到一个新的平台时,丧失了先前在“守门人”平台上产生的数据。

为了保护消费者的合法权益,此项义务的运用需要符合GDPR的相关规定。但是,有观点认为,DMA与GDPR对于平台数据可携带权的双重监管规定是模糊混乱的,容易导致对“守门人”的重复性监管,并加重其合规成本,最终将有损其创新活力。^[11]

2. 互操作义务

欧盟竞争法中,企业向竞争者关闭平台的互操作性属于滥用市场主导地位的情形,^⑧将触发欧委会的反垄断调查。传统行业里,具有市场主导地位的企业所实施不公平的反竞争实践,往往侵害的是特定的其他企业,因此执法机关通常采取“不告不理”的被动介入,互操作义务是执法机构采取的一种事后救济方式。数字市场中,“守门人”具有设备制造商与运营系统开发商的双重身份,^⑨这意味着,除了以中介身份提供平台服务,“守门人”还提供大量的广告刊登、音乐软件、网络支付、应用商城等业务,此时,“守门人”就成了商家,与其他商业用户形成了竞争关系。

为了偏袒自己的商品服务,“守门人”倾向于在其把控的整个平台生态系统中,限制其他商业用户对某些功能或者数据的访问权,将此类访问权排他性地赋予自己的同类产品。长此以往,凭借其强大的、一体式的生态系统,“守门人”会变相挤压掉其他商业用户的服务,减少消费者的选择。当“守门人”自行开发了一个设备时,可以直接在设备中限制第三方访问该设备的某些功能,让消费者只能选择“守门人”自行开发的、在设备里默认设置的软件服务。“守门人”凭借其双重身份形成的压制性数字市场主

导权尤为明显,一个典型的例子就是苹果拒绝对外开发近场通信功能,来维持 Apple Pay 在苹果手机支付系统中一家独大的地位。

数据互操作义务由以往竞争法下的事后救济举措变成 DMA 中“守门人”的事前义务。“守门人”应免费允许服务和硬件的供应商以有效的方式与“守门人”提供的服务或者软件进行交互操作。^⑩此外,“守门人”应免费允许商业用户以及替代服务的供应商以有效的方式与“守门人”的系统进行互操作。^⑪为了维护“守门人”的适当权利,避免外部商户与“守门人”进行互操作时,损害“守门人”平台的软件设施、数据的完整性,“守门人”可以采取极其严格的、必要的、相称的举措,来确保平台互操作性的开放不会损害“守门人”提供的操作系统、虚拟助手硬件或者软件功能的完整性,但“守门人”必须证明这些举措具有充分的合理性。^⑫2022年3月24日,欧盟议会、欧委会以及欧盟成员国三方会谈后,对 DMA 的数据可操作义务作了较大调整,重点对信息服务的可操作性进行设计,将“守门人”对独立电话号码的人际通信服务(number-independent interpersonal communications services)的互操作义务单独设为第7条,要求“守门人”确保其提供的独立电话号码的人际通信服务的基本功能与其他供应商提供的该服务具有互操作性。

3. FRAND(13)义务

“必需设施理论”(essential facilities doctrine),又被称为第三方访问权理论和瓶颈设施理论,是一种传统的反垄断责任认定理论。这种理论认为一个关键或者瓶颈设施的所有者,负有以合理价格对外提供该设施使用权的义务。^⑬“必需设施理论”包含在《欧盟运行条约》第102条之中,是欧盟传统竞争法的有效救济手段。^⑭当一家综合性企业拒绝向下游市场的企业提供其必需但难以生产的上游投入要素或者关键设施时,欧盟执法机构将施加 FRAND 条款作为一种竞争法的救济手段,即要求关键设施的所有企业以公平、合理以及非歧视的方式对外提供关键设施或者投入要素的使用权,来平衡相关市场参与

各方的经济利益。此前,FRAND 被广泛地运用于欧盟的传统行业立法中,如化学品、电子通信、公共部门信息以及信用评级机构等。

平台经济中,“守门人”把控的平台生态系统构成了互联网的关键设施, DMA 纳入了 FRAND 条款作为“守门人”的义务,来防止“守门人”实施自我偏袒等滥用平台地位的不当行为。DMA 要求“守门人”在搜索引擎结果排名、软件应用商店方面应当适用透明、公平以及非歧视的条件。^⑮此外,由于软件应用商城是软件开发商接触终端用户的必要通道, DMA 第6.12条要求“守门人”以公平、非歧视的通用条件,向商业用户提供访问“守门人”软件应用商店的访问渠道,“守门人”应自行发布通用的访问条件并对 FRAND 条款在其平台的具体适用方式做出解释,包括设计一个替代性的争端解决机制。欧盟行政官员将检查“守门人”设置的通用访问条件的合规性。

(二)事先申报与审计披露:防止“扼杀式收购”,揭开算法黑箱

1. 事前申报义务

有学者将互联网巨头公司频繁地对初创同类公司的收购活动视为“碾压式策略”,即以最小成本直接粉碎竞争,或者将未来潜在竞争者扼杀在摇篮里的“扼杀式收购”(kill acquisition),如 Meta 在 2011 年对成立仅 18 个月的社交软件 Instagram 进行霸权式收购,以防止 Instagram 在未来成长为其竞争对手,其他更多的大型平台更是在成功实施扼杀并购后的短期内,积极关停或封存了原初创企业的业务。^⑯这种阻挡潜在新竞争者进入的“扼杀式收购”行为,不仅有损互联网市场的创新活力、中小企业的健康发展,还将不断提高科技巨头的市场份额与集中度,使其成为“大而不倒”的行业“守门人”,或会堵上进入该行业的大门。

基于以上原因, DMA 通过加强欧委会对“守门人”兼并活动的事前知情权,进而对其兼并活动是属于正常的商业活动还是“扼杀式收购”进行评估,以维护公平的互联网市场秩序。当“守门人”意图与另一家提供核心平台服务或者在数字行业提供其他服

务,或者能够收集数据的企业合并时,无论这种集中度是否属于国家兼并规则(national merger rules)下的通知事项,“守门人”均负有在兼并前通知欧委会的义务。^⑥这项规定体现了由于数字经济在国民经济中举足轻重的地位,国家公权力机关对“守门人”的兼并活动的监管呈现专门性、针对性的态势。“守门人”在兼并活动进行前,需要就与集中相关企业的年营业额、活动领域、协议的交易额或估值、集中的概要以及相关核心平台的年度活跃商业用户数量,月度终端用户数量等信息向欧委会进行申报说明。^⑦

2. 审计报告义务

诚然,“守门人”利用收集的数据进行用户的追踪和分析活动可视为正常的商业行为,但其对数据的利用过程应当符合透明度原则,尊重个体隐私。为了保护消费者权益,避免“守门人”滥用消费者数据,DMA第15条规定了“守门人”的审计报告义务,要求“守门人”向欧委会提交一份独立的审计报告,来描述其作为“守门人”在提供核心平台服务时使用的用户追踪技术(consumer profiling techniques),通过“守门人”对公权力机关的信息披露来解决算法黑箱、信息不对称而造成的监管难题。该条可视为对GDPR第13条和第14条^⑧透明度要求的进一步深化,体现了DMA与GDPR对于个体信息保护的互补协同性。另外,DMA第19条还赋予欧委会访问公司数据库和算法的权利。这种能力不仅包括对数据库和“守门人”算法的访问,还包括对其他公司的访问。

(三)不履行清单义务的违规责任:柔性谈判与刚性处罚

首先,若“守门人”没有履行以上法定义务,欧委会将根据DMA第20条的规定,在开启诉讼的12个月内通过其违规决定。^⑨决定中,欧委会应命令“守门人”在适当的期限内停止或终止其违规行为,并要求“守门人”对其合规计划进行说明。^⑩但在采用违规决定前,欧委会应向“守门人”通报其初步调查结果,并对“守门人”解释它正在考虑采取的措施或它认为“守门人”应采取的措施。^⑪

其次,除了前述软性的违规责任,欧委会还可以在违规决定中要求“守门人”承担硬性的违规责任,即罚款。如果“守门人”不遵守DMA设定的义务,欧委会有权对其处以上一财政年度全球总营业额的10%作为最高罚款值,^⑫出现屡次违规的情形,则会被处以上一财政年度全球营业额总额的20%作为最高罚款值。^⑬在罚款的认定中,欧委会不考虑“守门人”的主观意图,只要客观层面没有遵守DMA所设定的义务,欧委会就有权对其进行罚款。若“守门人”系统性破坏DMA的规则,^⑭欧委会还可以对其施加包括拆分在内的行为或者结构性的救济方式。

最后,当“守门人”的违规行为损害了消费者的共同利益时,消费者可以按照欧盟议会和欧盟理事会的2020/1828号指令^⑮提起代表人诉讼。^⑯

三、数字平台“守门人”的监管革新

过去,欧委会通过传统的反垄断法对实施反竞争性行为的企业进行个案调查,以事后救济来修复其行为对同行造成的不利影响。但是传统竞争法的事后监管行为却无法有效解决因“守门人”强双边连接性和强数据垄断性属性而引发的系统性问题。DMA体现了由传统竞争法下的事后监管到事前监管的转变:通过全方位的加强执法机关的事前监管权,而在“守门人”对市场造成不可挽回的有害影响前进行干预。DMA对“守门人”进行监管革新的理论重构和范式强化体现如下。

(一)从竞争法的一元规制到行业法与竞争法的二元共治

此前,对互联网平台的反垄断调查主要适用《欧盟运行条约》第102条,采取传统竞争法一元规制模式,以事后审查为主,并通常需要以因案而异(case-by-case)的方式对个案复杂的事实进行广泛的调查认定。欧委会需要自行收集信息,证明企业具有主导地位是认定其滥用行为的前置条件。与传统行业相比,互联网具有非常不相同的行业特点,这使得相关市场的认定存在争议,欧委会获取证据的过程存在大量困难。

这种模式下的调查过程也过于冗长、缓慢。例

如,欧委会早在2010年就对谷歌商店进行反垄断调查,2017年判定谷歌违反欧盟竞争法。随后,谷歌上诉至欧洲普通法院,直到2021年,欧洲普通法院才裁定支持欧委会的处罚决定。从欧委会开启对谷歌商店的调查到最终谷歌接受处罚,整个周期长达11年。

因此,DMA这部专门的互联网平台监管法规作为竞争法的补充,与《欧盟运行条约》第102条互补适用,通过行业法与竞争法的二元规制,将“守门人”的不当行为都纳入规制中。如果欧委会能证明受调查的互联网平台具有市场主导地位,那么可以适用第102条进行监管;否则就适用DMA,以避免对市场主导地位的论证,直接将其推定为具有市场渗透(marketing tipping)的“守门人”而进行监管。

(二)从事后监管到事前监管

DMA监管的亮点就是对互联网平台的监管模式由以往反垄断法下侧重救济修复的事后审查,转为预防为主的事前监管模式。事后审查的弊端在于因案而异的方式无指导性的普适效力,也无法从源头上解决系统性的问题。有些受调查企业的不当行为虽然略微有差异,但总体上相似,这时使用个案分析意味着很多流程都会重复出现,而大量消耗有限的行政资源。事前审查框架的引入能够赋予欧盟公权力机关更广泛的监管权与执行权,使得公权力机关能够在“守门人”的不当行为损害市场的有效竞争前及时介入。

1. 比例性原则下的“干涉主义”

DMA通过赋予欧委会事前、事中以及事后的全方位权力来对“守门人”的不法实践进行预防和救济,体现了比例性原则下的“干涉主义”。事前,欧委会有权认定“守门人”、在对具体的实践进行深入的调查后增加义务清单,拥有对DMA文本进行解释的自由裁量权;^⑧事中,欧委会可以明确清单的具体义务,对涉嫌违规的“守门人”进行市场调查,并且要求其进行信息披露;在认定“守门人”具有违规情形后,欧委会可以决定对“守门人”处以罚款或者进行制裁。

为了防止因公权力的无限扩张而使其成为打击

企业创新性、破坏市场正常运作的负作用发生,DMA要求执法机关始终运用比例性原则作为公权力行使的警戒线:^⑨干涉是否能够真正实现市场的公平、可竞争性;干涉行为带来的福利是否大于干涉的成本,如DMA确立的预防性提前干涉方式是对“守门人”进行监管的灵丹妙药,但此类干涉只限于执法机关在为了确保“守门人”提供的具有争议的服务削弱市场竞争性时,才对其施加义务。^⑩比例性原则下的积极干涉主义色彩在DMA中表现得最为突出的,是欧委会对企业的救济方式决定权。虽然欧委会有权要求企业进行任何方式的救济,如行为救济方式、结构救济方式,但需遵从比例性原则,^⑪以对企业的正常生产运营活动产生最小限度的妨害来实现DMA的立法目的。

2. 举证责任倒置

传统竞争法下的反垄断调查将执法机构置于举证难的窘境,由于数字平台充斥着算法等专业技术的运用,更是使这一问题愈发复杂。于是,DMA改变了责任认定方式,使用责任倒置的方式将举证责任施加于“守门人”。在对“守门人”进行定义时,DMA采用的一种方式就是可驳回的推定,即预设企业为“守门人”,受调查公司能够通过自行举证的方式来证明其不满足DMA中“守门人”的条件来驳回欧委会对其“守门人”的认定。^⑫DMA第10条规定,“守门人”在具有基于公共卫生或公共安全的合理理由时,可以向欧委会请求豁免部分义务,但“守门人”须自行向欧委会提供一份合理说明,来证明具有此两种情形,这两条同样体现了举证责任的倒置。

3. 事前规制的正负清单群

DMA第5-7条规定了32种事前义务,分为“应为”以及“勿为”两类正负清单群。^⑬为了在保持创新与公权力介入之间达到平衡,这些义务的设置参考了欧盟近年的竞争法案例,来对“守门人”重复性出现的有损市场可竞争性以及B2B公平性的不当举措进行事前规制,包括对“守门人”直接适用的、确定的、自动执行的禁止事项以及义务事项。除了极少数的中止及豁免情况,^⑭企业必须遵守正负清单的所

有义务。这体现了DMA一以贯之的预防性事前监管模式。

考虑到数字市场的动态性特征,为了使DMA的义务清单具备灵活的前瞻性,当“守门人”的行为不被义务清单群覆盖时,DMA赋予了欧委会委托性权利,使其有权在追逐可竞争性以及B2B业务公平性目的下,在持续两年的市场调查后,对“守门人”增加新的义务要求。此外,欧委会在进行市场调查后,有权向欧盟立法机构提出修改DMA的建议,以将新的数字服务义务增加到针对数字核心服务“守门人”的清单之中。

作为DMA的孪生法案,DSA在2022年10月4日由欧盟理事会批准通过,^[14]于2022年11月16日生效。^[15]较之DMA仅监管构成“守门人”的超级平台,DSA将适用于大多数的互联网大型平台,其针对相关在线平台非法和有害内容事宜制定了新的追责标准。继欧盟出台DMA以及DSA提案,构建全球互联网平台竞争监管新规后,各国均进行效仿,纷纷加强公权力机关的介入引导。2021年4月,英国设立了专门负责监管大型互联网科技企业的数字市场部门(Digital Markets Unit)。随着美国对互联网平台的监管态度逐渐由宽松放任走向强化审慎监管,2021年6月,美国出台了《平台竞争和机会法案》(Platform Competition and Opportunity Act)等五个针对互联网的法律草案,2022年继而出台《美国创新与选择网络法案》来加大对涉嫌从事歧视行为的网络平台的执法力度。

综而论之,鉴于近年全球互联网平台发展过程中的平台垄断、不正当竞争、数据滥用等乱象愈发严重,全球对互联网平台的监管思想也由以往芝加哥学派新自由主义放任的监管理念,演变为维持市场公平、效率目的下的政府介入主义理念,加强公权力介入的监管模式已是当今世界的主流。过去,我国对互联网行业采取包容审慎的弱监管,但在实践中可能容易将包容异化成“不执法”“选择性执法”,致使互联网平台经过多年的野蛮生长,滋生自我偏袒等平台乱象。数字行业的特殊性、动态性和传统竞

争法应对平台经济的不足,都表明我国应有所应对,对数字平台的监管方式进行革新。

四、数字平台监管的中国方案

2021年是我国互联网领域反垄断监管历史上极具里程碑意义的一年,我国执法机关改变过去弱监管、被动监管态度,对不正当竞争的互联网企业采取了强有力的反垄断调查措施。但数字行业具有动态性、服务免费化的特点,传统竞争法下的监管模式主要侧重于事后监管,以之界定数字平台相关市场、平台市场支配地位以及经营者集中审查时容易陷入僵局,无法有效应对互联网平台实施的反竞争行为。我国可以适当借鉴DMA,从以下几个方面对我国的数字平台监管内容进行革新。

(一)依托比例性原则实施分类监管,提高罚款上限

当前,数字行业的动态性特点和传统竞争法应对平台经济的不足,促使我国执法机关完成从被动监管到主动监管的角色转换。比例性原则应当作为我国反垄断本土立法进路的根本原则,即我国未来在加大执法机关的作为力度的同时,需要兼顾效率与公平:在加强监管、维持市场公平性的同时,不损害市场的活力、创新性;在监管成本与获得利益之间达到合适的平衡。比例性原则的确立有助于避免执法机关滥用自由裁量权,同时也是维护平台企业合理权利的保障。

首先,执法机关应对平台进行分类,重点监管超级平台,^[16]超级平台与DMA的“守门人”有着异曲同工之效,是监管的重中之重。其次,执法机关应重点监管平台的数据活动,通过定期听取企业数据、算法活动的合规报告来加强企业信息的披露,让阳光照进算法黑箱。另外,未来应建立清晰具体的问责机制,厘清监管各部门的具体分工,统筹跨界监管,减少企业面对多重繁杂监管产生的合规成本。最后,加强企业的救济渠道,为企业搭建有效的对话抗辩通道,坚持比例性原则下的谦抑性理念行权,避免权力成为企业门口的“野蛮人”,如先要求企业在一定期限内进行整改,否则再处以罚款。若企业长期系

统性的违规已经严重影响行业环境,那么对该业务进行拆分,但拆分这种对企业运营影响较大的结构性救济方法应作为执法机构最后的手段而谨慎行使。较于DMA最高为财政年度全球总营业20%的罚款上限,我国现行《反垄断法》的罚款上限仅为上一年度销售额的10%,因罚款金额过低而不能实现震慑企业的立法效果,未来应在反垄断法修订中对此标准有所提高。

(二)强化事前监管:实施预防性的正负清单,举证责任倒置

我国可借鉴DMA,设立分级的正负义务清单群对超级平台进行预防性规制。负面清单明确绝对禁止超级平台实施具有危害性的、反复性的不法实践,如算法合谋、自我偏袒、捆绑销售等;明确企业严格禁止的事项,杜绝其不法行为,遏制资本的无序扩张。正面清单的制定则要考虑到数字市场动态性的特点,以保护消费者和商业用户的权益作为依据,前瞻性地列出企业应为之事项。这些事项可能在我国还缺乏足够的经验,故较于负面清单的确定性,正面清单的义务规定应主要为概括性事项,如数据可携带性、互操作性,以及要求超级平台在与用户的合同中纳入FRAND条款以防止超级平台滥用其强双边连接性的市场地位来不公平对待商业用户及消费者。正面清单的义务需要执法机关调查并与企业沟通后,以因案而异的方式进行具体阐明。正面清单具有较强的灵活度与变通性,给予执法机构一定的自由裁量权来应对数字市场的变化,这些原则的确立也表明,对平台企业的执法是以“呵护健康成长为主,鼓励其自由创新发展,干涉为例外”的态度。

“举证责任难”使我国执法机关在进行反垄断调查时陷入沼泽之地,最典型的例子就是对中国知网的反垄断调查。中国知网的垄断地位一直受到诟病,但运用传统竞争法下的《反垄断法》对中国知网进行调查时,存在相关市场的认定、取证难等问题,导致对中国知网的反垄断调查进程缓慢,效用甚微。因此,我国应在未来反垄断的规制进路中,由点到面的运用举证责任倒置的方式进行责任认定,倘

若受调查企业满足行业超级平台的认定条件,那么应由超级平台自行提交相关证据,进行辩护。一方面,这有利于推动我国反垄断实践进程,减少执法机关的监管成本,规范超级平台的不当行为,建立健康的营商环境;另一方面,随着海外对企业的跨境法律监管不断复杂化、多重化,举证责任倒置已经成为一种国际趋势,采用举证责任倒置也有利于强化我国企业的海外合规能力,帮助其未来走向世界。

(三)打破平台封闭性

数据可携带以及互操作是当前各国打破平台的封闭性,为传统竞争法赋予活力的重要手段,这在澳大利亚、欧盟、日本、荷兰、英国以及美国的专家报告中均有所体现。数据可携带与互操作可解决“守门人”与消费者以及商业用户的权力不对称问题。数据可携带能够减少消费者的平台转换成本,增加消费者选择;同时,也有利于降低“守门人”设置的市场进入门槛,让消费者可以携带数据进入中小企业、新的创业公司提供的平台,以增强市场的可竞争性。互操作则有利于打破不同平台的相互封闭状态,赋予消费者更多归属权。平台数据可携带以及互操作不仅可作为完善我国反垄断法的一大利器,也有利于推动网络的互联互通以及全国统一大市场的建设。

我国现行《反垄断法》对于平台数据可携带性以及互操作性的规定尚存缺口。2021年11月1日正式实施的《个人信息保护法》第四十五条第三款首次规定个人信息可携带权,这可以视为探索数据可携带权本土化道路的一个良好开端,但我国对于可携带权的规定仅为原则性表述,具体的实现方式还需执法机关在实践中出台指导案例加以明确。此项规定借鉴了欧盟GDPR第20条,考虑到欧盟立法的“布鲁塞尔效应”,全球其他地区或予以借鉴,我国也应抢发先机,进行本土化的规制进路探索。

诚然,数据可携带能够加速数据的流转,充分释放数据的活力,最大化发挥数据的经济价值,平台互操作是解决平台“二选一”“自我优待”等不法实践,实现互联网生态系统开放共享、健康运行的一剂良方。然而,两者在实际运用时都存在着较大的难题,

若运用不得当,可能会成为企业的负担:如数据传输的安全性、隐私性,导致系统开放容易让其他企业“搭便车”,进而抑制超级平台的研发投入和创新。故对于数据可携带性、平台互操作性,应以渐进式的、因案而异的方式进行:前期主要通过执法机关行政性引导超级平台之间自愿探索平台数据可携带以及互操作的实现路径,或者由执法机关自由裁量将平台数据可携带以及互操作,作为超级平台滥用平台地位造成市场损害后的一种救济办法,等经验足够时可以再纳入正负清单作为事前规制举措。考虑到欧盟在反垄断调查方面已经积累了丰富的经验,并且DMA确立的义务的约束对象几乎均为域外企业、对其本土企业影响较小,我国不可操之过急,一味模仿DMA。2021年7月《华尔街日报》报道,阿里与腾讯考虑相互开放生态系统,这体现了我国平台互联互通的一个良好方向,执法机关也应保持积极的角色,督促、鼓励平台之间互相开放数据、系统。对于禁止外部链接等反竞争行为,以“必需设施理论”为依据,强制其开放系统作为事后的救济,并通过发布典型指导案例,以“先试点,再铺开”的方式打造符合我国国情的平台互联互通模式。

注释:

①DMA第3.1条规定了构成“守门人”的三项条件:(1)对内部市场有重大影响;(2)其所提供的核心平台服务是商业用户接触消费者的重要中间渠道;(3)已经或即将在其业务领域享有稳固且持久的市场地位。由于前述的规定主要采用定性的标准,较为抽象,DMA第3.2条继而采用定量的“可驳回的推定”方式,将满足以下门槛条件的企业推定为第3.1条的“守门人”:(1)若企业最近3个财务年度每年在欧盟的营业额至少达到75亿欧元或其市值在最近一个财务年度至少达到750亿欧元,并且在至少3个欧盟成员国提供相同的核心平台服务,则该企业可以被推定为满足第3.1条中的条件(1);(2)提供的核心平台服务在上一个财务年度拥有超过4500万的欧盟月度活跃终端用户以及至少有1万家设立在欧盟的年度活跃商户,则该企业可以被推定为满足第3.1条中的条件(2);(3)过去三个财务年度均能达到(2)的要求,则该企业可以被推定为满

足第3.1条中的条件(3)。

②即谷歌(google)、苹果(Apple)、脸书(Facebook,现改名为Meta)、亚马逊(Amazon)以及微软(Microsoft)。

③布鲁塞尔效应(Brussels effect)一词最早由哥伦比亚大学法学院教授阿努·布拉德福德(Anu H. Bradford)于2012年提出,主要指欧盟在国际规则尚存空缺的领域出台新法,对市场实施单边管辖,并通过法律外部化示范效应进而将欧盟标准延伸为全球标准。

④在产业组织中, multi-homing 可翻译为“多归属”或“多方持有行为”,如果平台不是独占的,那么买者和卖者就可能会选择同时和两个以上的平台建立连接,由此也就产生了多归属问题,比如消费者可以同时在了么和美团上面注册用户,进行挑选;商家也可以同时在了么和美团上提供产品。

⑤此处的双边市场主要指供应端与需求端,比如苹果市场上提供大量的游戏app,这些游戏app的提供者是供应端,可以称之为商业用户;而另一方就是需求端,即消费者。

⑥参见DMA引言部分第(14)段以及据欧洲理事会的官方报道,除非极少数情况,中小企业将不会被认定为“守门人”,参见 European Council. Digital Markets Act(DMA): Agreement Between the Council and the European Parliament. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/25/council-and-european-parliament-reach-agreement-on-the-digital-markets-act/>, last visited on April 1, 2023.

⑦参见DMA第5-6条。

⑧参见TFEU第102条。

⑨参见DMA引言部分第(46)段。

⑩参见DMA第6.7条。

⑪参见DMA第6.7条。

⑫参见DMA第6.7条。

⑬即 Fair, reasonable and non-discriminatory, 公平、合理以及非歧视。

⑭欧盟普通法院(EU General Court)和欧洲法院(European Court of Justice)在判决中并没有直接使用“必需设施理论”,而是使用“拒绝提供”(refusals to deal)和“拒绝替代”(refusals to supply)的替代性表达。参见 Albers-Llorens A. The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law, *The Cambridge Law Journal*, 1999, 58(3): 490-492。

⑮参见DMA第6.11-6.12条。

⑯参见DMA第14.1条。

⑰参见DMA第14.2条。

⑱此两条的透明度原则体现为与处理个人数据有关的任何信息或通信都应易于获取和理解,并使用清楚明白的语言。此外,在适当情况下还应以可视化的方式提供。鉴于儿童值得特别保护,任何信息和通信,如果处理是针对儿童的,应以儿童能够容易理解的清晰和简单语言进行。

⑲参见DMA第29.2条。

⑳参见DMA第29.5条。

㉑参见DMA第29.3条。

㉒参见DMA第30.1条。

㉓参见DMA第30.2条。

㉔欧委会在8年内对“守门人”发出了至少3个不合规决定,参见DMA引言第(75)段。

㉕Directive(EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council.

㉖参见DMA第42条。

㉗如DMA第10条规定,在基于公共卫生或公共安全的考量时,可以对“守门人”的义务进行豁免,但DMA对公共卫生或公共安全的具体内涵却并未予以澄清。

㉘参见DMA引言部分第(29)段、第(75)段、第(86)段以及第8条。

㉙参见DMA引言部分第(28)段。

㉚参见DMA引言部分第(75)段。

㉛参见DMA第3条。

㉜参见DMA第5-6条。

㉝参见DMA第9-10条。

㉞2021年10月,国家市场监督管理总局发布了《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,将平台分为超级平台、大型平台、小型平台三大类。

参考文献:

[1]European Commission. Digital Markets Act: Rules for Digital Gatekeepers to Ensure Open Markets Enter into Force[EB/OL].(2022-10-31)[2023-04-01]. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6423.

[2]Krämer J, Schnurr D. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies[J]. Journal of Competition Law & Economics, 2022(2): 255-322.

[3]Petit N. The Proposed Digital Markets Act(DMA): A Legal and Policy Review[J]. Journal of European Competition Law &

Practice, 2021(7): 529-541.

[4]Chirico F. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective[J]. Journal of European Competition Law & Practice, 2021(7): 493-499.

[5]Larouche P, de Stree A. The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions[J]. Journal of European Competition Law & Practice, 2021(7): 542-560.

[6]Cennamo C, Kretschmer T, Constantinides P, et al. Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act[J]. Journal of European Competition Law & Practice, 2023(1): 44-51.

[7]林秀芹.论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟《数字市场法》为镜鉴[J].知识产权,2022(7):3-19.

[8]求是网.求是网评论员:推动平台经济规范健康持续发展[EB/OL].(2021-03-16)[2023-04-01]. http://www.qstheory.cn/wp/2021-03/16/c_1127218636.htm.

[9]Jean-Charles Rochet, Jean Tirole. Twosided Markets: A Progress Report [J]. The Rand Journal of Economics 2006 (3): 645-667.

[10]World Economic Forum. What is Digital Sovereignty and Why is Europe so Interested in It?[EB/OL].(2021-03-15)[2023-04-01]. <https://www.weforum.org/agenda/2021/03/europe-digital-sovereignty/>.

[11]ITIF. The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation over Innovation[EB/OL].(2022-03-30)[2023-04-01]. <https://itif.org/publications/2022/08/24/digital-markets-act-a-triumph-of-regulation-over-innovation/>.

[12]OECD. The Essential Facilities Concept[EB/OL].(2022-04-14)[2023-04-01]. <https://www.oecd.org/daf/competition/1920021.pdf>.

[13]王伟.平台扼杀式并购的反垄断法规制[J].中外法学,2022(1):84-103.

[14]European Council. Digital Services Package[EB/OL].(2022-10-26)[2023-04-01]. <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-services-package/>.

[15]European Commission. Digital Services Act: EU's Landmark Rules for Online Platforms Enter into Force[EB/OL].(2022-11-16)[2023-04-01]. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6906.