

# 论电商平台“二选一”行为的法律规制

王晓晔

(深圳大学法学院, 广东深圳 518060)

**摘要:** 与传统经济一样, 数字经济背景下的强制性“二选一”行为不是“本身违法”, 但如果行为人使用这种手段, 严重损害竞争对手实现最低规模经济的能力, 或者阻止新企业进入市场, 就会在很大程度上妨碍市场竞争。考虑到进入市场存在着经济、技术、数据等各种障碍, 特别是网络外部效应, 我国电商平台已经高度集中。为了维护市场的竞争性, 使商户和消费者充分感受电子商务的好处和便利, 竞争执法机关应当保证平台商户的多归属, 即任何平台经营者都无权强迫商户只能在一个平台上交易。同时, 考虑到电子商务的特点和中小商户对平台中介的依赖性, 我国有必要制定规范中介平台与商户之间交易关系的专门法, 并完善《电子商务法》第35条。

**关键词:** 数字经济; 电子商务; 平台“二选一”; P2B 条例



中图分类号: DF414 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2020.03.12 开放科学(资源服务)标识码(OSID):

电子商务是指卖方和买方通过互联网平台中介进行交易的活动, 实践中最常见和对消费者影响最大的电子商务是B2C, 即产品或服务的零售。<sup>①</sup> 电子商务可以使很多卖方同时在一个平台销售产品或服务, 消费者不仅可以有多种选择, 而且价格透明, 还可享受免费送货服务, 因此, 越来越多的消费者依赖电子商务购物, 互联网中介平台成为商户和消费者进入电子商务的准“看门人”。据媒体报道, 我国电子商务当前面临的一个大问题, 是有些电商平台强迫商户在平台之间“二选一”: 如果商户在A平台销售产品, 就不能进入B平台; 如果在B平台销售产品, 就得退出A平台。<sup>②</sup> 随着政府明确提出“严禁平台单边签订排他性服务提供合同, 保障平台经济相关市场主体公平参与市场竞争”,<sup>③</sup> 如何有效规制电商平台的“二选一”行为, 就成为我国竞争法学界和实务界当前白热化研讨的一个问题。本文第一部

收稿日期: 2020-01-18

作者简介: 王晓晔(1948), 女, 河北张家口人, 深圳大学法学院教授, 法学博士。

① 电子商务依交易对象分为多种类型, 本文仅讨论企业与消费者之间的B2C交易。

② 参见王健《电商“二选一”进入2.0时代》, 载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/08/id/4410102.shtml>, 2019年10月15日访问。

③ 参见国务院办公厅《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发[2019]38号)。

分讨论电商平台“二选一”行为对市场的影响;第二部分讨论当前对该行为进行法律规制的现状;第三部分结合国际案例,研讨电商平台“二选一”行为适用反垄断法的可行性;第四部分针对电商平台与商户间的争议,提出制定专门法的建议。本文想要强调的是,数字经济需要竞争和创新,反垄断法不仅没有过时,而且是分析电商平台“二选一”行为的基本法律制度。

## 一、电商平台“二选一”行为对市场的影响

“二选一”行为本质上是独家交易。独家交易是商事活动中广泛运用的纵向限制,即两个企业间订立协议,其中一方对另一方承诺,在某个市场或者某个领域只与对方进行交易,而不与对方的竞争对手进行交易。独家交易在很多情况下有助于提高企业的效率,如改善商品流通,扩大产品销售。对中小企业来说,独家交易在很多情况下是进入市场的有效方式,有时甚至是唯一方式。<sup>①</sup>但独家交易是排他性行为。根据反垄断主流观点,参与独家交易的一方或者双方在相关市场的份额占到30%以上,这种独家交易就会封锁相当大范围的市场,产生严重限制竞争的问题。<sup>②</sup>就我国电子商务现状来说,根据市场调研公司eMarketer 2018年6月的统计数据,我国已明显出现寡头垄断局面,即第1号企业阿里巴巴占58.2%的份额,第2号企业京东的份额为16.3%,第3号企业拼多多占5.2%。<sup>③</sup>这个结构说明我国电商平台巨头已经产生,且这几个巨头之间的经营规模不平衡。在这种市场结构条件下,如果真如媒体曝光的情况,即大平台实施强制性“二选一”,不仅严重影响平台两边的用户,即商家和消费者,而且鉴于互联网平台驱动着强大的间接网络效应和规模经济,还会严重影响平台之间的公平竞争。

### (一) “二选一”行为损害商家的多归属

电子商务离不开平台上销售产品或服务的商户。因为电子商务可以使进驻平台的商户与消费者直接进行交易,由此减少产品销售环节,降低销售成本,而且网络化的销售还可以扩大销售范围,平台商户对平台一般都有很强的依赖性。但是,即使这些商户对平台有很强的依赖性,它们一般也不会心甘情愿地接受平台经营者关于平台之间“二选一”的要求。第一,即使各个平台经营者都会认为自己的中介平台最好,商户一般还是希望通过多个平台的交易获得更多的交易机会。第二,在多个平台销售产品可以降低在一个平台销售产品的风险。例如,当一个平台出现网络中断或因管理不善出现网络故障时,使用多平台交易的商户可以继续维持其营业活动。第三,商户和平台经营者之间是合作关系,也是合同关系。在双方出现合同纠纷导致平台经营者拒绝提供服务的情况下,如果平台商户还有其他平台可以销售产品,就不会因为一家平台拒绝服务而失去与客户继续交易的机会。为了防范风险和扩大交易机会,互联网平台商户一般会尽可能连接多个平台开展经营活动,企业通过多平台开展经营活动的现象,也被称为“平台多归属”或者“多栖”。<sup>④</sup>

① 参见王晓晔《反垄断法》,法律出版社2011年版,第148-152页。

② 根据欧盟竞争法,独家交易双方或者一方的市场份额超过30%,协议原则上不能依据欧盟纵向协议集体豁免条例得到豁免。参见Art. 3.1, Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices.

③ 《报告称阿里占据中国电商市场58.2%份额 京东占16.3%》,载新浪科技网, <https://tech.sina.com.cn/i/2018-07-12/doc-ihfefkqr1657891.shtml>, 2019年12月10日访问。

④ 参见Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, OECD 2018, p. 114-121; Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, LSE Research Online Documents on Economics 2002.

平台多归属对商户还有一个明显好处,即它一旦和一个平台建立了交易关系,就有信心为进入另一个平台讨价还价。这即是说,在商户有条件进入多平台开展经营活动的条件下,因为平台之间有竞争,商户进入平台的成本会比较低,进入的条件会比较公平。相反,如果商户进入平台没有可选择性,即使短期看它支付的费用可能比较低,或者可以得到某些奖励,但从长远看,考虑到企业都有趋利动机,独家平台设置的交易条件与竞争性平台相比会不公平,商户向平台支付的费用会上涨。

### (二) “二选一”行为损害消费者的选择权

平台经营者强迫商户“二选一”不仅损害商户的利益,从长远看也会损害消费者的利益。有人认为,消费者使用APP可以轻而易举地从一个平台进入另一个平台,而且即使只有一个平台,考虑到平台内部存在很多商户之间的竞争,消费者总是可以在平台上买到产品,“二选一”对消费者没有影响。这种观点不全面。应当考虑的是,如果商户可以在多个平台开展经营活动,平台的多归属可以激发平台之间的竞争。这种竞争不仅会降低商户使用平台的成本,改善平台服务质量,提高平台经营者创新的动力,而且毫无疑问也会增加消费者选择产品的机会,增加选择平台的机会,提高消费者的社会福利。电商平台“二选一”行为对消费者的影响已有所闻。例如,格兰仕的声明指出,它在拼多多的平台销售产品以来,天猫平台的产品销售受到影响。<sup>①</sup>该事实不仅说明“二选一”对商家不利,而且也说明“二选一”对消费者不利。

### (三) “二选一”行为损害平台的公平竞争

在传统零售业,生产商或者销售商可能通过很多场所销售产品,如超市或者百货店。在企业有多个销售场所可选择的情况下,超市或者百货店一般不会要求一种产品只能在自己的店铺销售。如果一个店铺强制商家只能在自己的场所销售,商家可能会拒绝供货。然而,电商平台的“二选一”与传统零售店铺的“二选一”有很大不同。电商平台的“二选一”一般由经济体量和技术条件占优势地位的平台实施,因为电商平台极其有限,在多个平台有多归属的商户会无奈地放弃小平台销售商品的机会。出于以下考虑,这种“二选一”会严重损害平台之间的公平竞争:

第一,互联网平台明显存在网络外部效应。这即是说,平台一边聚集的商户数量越多,另一边聚集的消费者或买方的数量也越多,平台的价值就越大;相反,平台一边的商户数量越少,另一边消费者的数量也越少,平台的价值就越小。互联网平台的网络效应存在一种潜在的矛盾后果:一方面,它可以把许许多多用户聚集在一起,由此创造不曾有过的产品、服务和市场,大大提高企业生产效率,促进高技术产业的快速增长和创新;另一方面,网络效应可以迅速增强平台市场占优势地位企业的市场势力,竞争中处不利地位的平台的价值会越来越小,甚至退出市场。<sup>②</sup>一旦市场对一家企业有利,网络外部效应就可以推动这家企业占据市场支配地位。

第二,网络外部效应会影响平台两边的规模经济。一方面,如果平台A实施的“二选一”行为减少了平台B的商户数量,不仅会削弱平台B获得交易机会的能力,而且会提高平台B的边际成本,平台A由此受益;另一方面,平台B的消费者边同样也存在规模经济,即消费者数量的减少同样会提高平台B

<sup>①</sup> 《格兰仕发声:拜访拼多多以来,在天猫搜索出现异常》,载新浪科技网, <https://tech.sina.com.cn/i/2019-06-17/doc-ihvhiqay6245528.shtml>, 2019年12月10日访问。

<sup>②</sup> 参见 Nicholas L. Johnson, What Are Network Effects? Indirect and Direct Network Effects, <https://www.applicoins.com/blog/network-effects/>, 2019年11月10日访问。

的边际成本,削弱平台B的竞争力。这说明,如果平台之间的规模严重不对称,占优势地位的平台通过“二选一”可以获得更大的好处。道理很简单,大平台意味着更多的交易机会,这种“二选一”就意味着本来可以多归属的商户只能与其进行交易,由此就容易把小平台排挤出市场。<sup>①</sup>退一步说,即使经济实力比较弱的平台仍然留在市场上,因为强势平台的“二选一”会大大提高弱势平台提供服务的边际成本,两者之间的竞争力差距会越来越大。

美国《谢尔曼法》作为反垄断母法,执法机构据此惩罚过很多中介平台强行实施“二选一”的行为,特别是在平台规模严重不对称的情况下。美国联邦最高法院1951年判决的“《洛雷恩日报》案”(Lorain Journal)就是一个著名案例。<sup>②</sup>该案件涉及洛雷恩地区的两家媒体,一个是《洛雷恩日报》,另一个是WEOL电台。这里称它们为平台,因为它们一方面分别为用户提供报纸和广播服务,另一方面都可为广告商提供广告服务,双方是竞争对手。该地区的广告商原来都在报纸上刊登广告,随着WEOL电台进入市场,有些广告商开始通过电台发布广告。《洛雷恩日报》便对广告商提出“二选一”的要求,即如果他们在WEOL发布广告,就必须与《洛雷恩日报》终止合同关系。《洛雷恩日报》还对WEOL进行监听,以了解与其有业务关系的广告商是否在WEOL发布广告。因为这些广告商都是以《洛雷恩日报》作为广告基本方式,以WEOL作为广告辅助方式,《洛雷恩日报》的强制性“二选一”行为对WEOL的广告业务产生了严重不利影响。<sup>③</sup>美国司法部指控《洛雷恩日报》谋求垄断,违反了《谢尔曼法》第2条。1951年,联邦最高法院作出终审判决。在该案的调查和审理中,美国司法部、联邦地方法院、联邦上诉法院和联邦最高法院的观点完全一致,即考虑到《洛雷恩日报》和WEOL的广告经营规模极不相称,前者的强制性“二选一”会把后者从广告市场排挤出去。<sup>④</sup>考虑到广告是WEOL获取收入的主要来源,“二选一”直接威胁到WEOL的生死存亡,美国法院将《洛雷恩日报》的“二选一”描述为“大胆、无情和掠夺性的商业行为”。<sup>⑤</sup>该案件告诉我们,健康的市场竞争应当是比价格、比质量、比售后服务、比新的和更好的产品,而不能允许任何经营者通过恶意排除竞争的方式谋求垄断。

## 二、电商平台“二选一”行为的规制现状

电商平台“二选一”问题在我国由来已久。从理论上说,执法机关处理这方面的案件,可以选择适用《电子商务法》《反不正当竞争法》《反垄断法》,但目前这些法律的适用都存在一定问题。

### (一) 适用《电子商务法》

从逻辑上讲,电商平台“二选一”问题首先应考虑适用2019年生效的《电子商务法》,因为这是针对电子商务的特别法。该法第22条规定“电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的,不得

<sup>①</sup> 参见 Michael L. Katz, Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets, in OECD: Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms 2018, p.117-118, <http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>, 2019年10月20日访问。

<sup>②</sup> 参见 Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)。

<sup>③</sup> 参见 Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 144-157 (1951)。

<sup>④</sup> 参见 Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 152-155 (1951)。

<sup>⑤</sup> 参见 United States v. Lorain Journal Co., 92 F. Supp. 794 (N.D. Ohio 1950)。

滥用市场支配地位 排除、限制竞争。”该条款明显借鉴了《反垄断法》第 17 条。<sup>①</sup>对原告来说,要适用该条款,一方面与适用《反垄断法》第 17 条一样,需要界定相关市场,认定被告占市场支配地位,进而证明被告存在滥用行为,即原告的举证责任与适用《反垄断法》第 17 条一样很沉重;另一方面,该条款没有就违法行为规定任何法律责任。

《电子商务法》第 35 条规定“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用。”该规定也可适用于电商平台的“二选一”行为,但该条款存在明显缺陷:一方面,就其规定的“不合理限制”“不合理条件”以及“不合理费用”均缺乏明确的解释,即它们只是表明立法者对这些“不合理”持反对态度,在实务中可操作性不够;另一方面,考虑到平台商户大多数是中小企业,它们对平台有很强的依赖性,因为害怕失去交易机会,一般不敢把平台经营者的不公平交易行为诉诸法律程序。在这种情况下,我们迄今尚未看到该条款适用于电商平台“二选一”或者其他不公平交易行为的案例。

## (二) 适用《反不正当竞争法》

我国出现了《反不正当竞争法》适用于“二选一”行为的案件,如浙江省金华市市场监督管理局 2017 年 6 月查处的“美团网”不正当竞争案。<sup>②</sup>需要指出的是,金华市市场监督管理局处理该案未适用《反不正当竞争法》,而是适用了《浙江省反不正当竞争条例》。因为该条例 2000 年发布时《反垄断法》尚未颁布,该条例有很多反对限制竞争的条款,如根据其第 17 条的规定,“经营者不得采取下列不正当手段,操纵市场,妨碍公平竞争:(1) 胁迫他人与自己进行交易,或者放弃与自己竞争;(2) 胁迫他人放弃与竞争对手交易;(3) 阻碍他人与竞争对手正常交易;(4) 干扰或者妨碍竞争对手的正常经营活动。”这说明,金华市市场监督管理局依据上述第 17 条的规定,很容易把“美团网”强迫商户实施的“二选一”定性为不正当竞争行为。

在《中国市场监管报》公布的《市场监管部门 2018 年查处不正当竞争行为典型案例》中,有一个涉及外卖平台“二选一”的案例——浙江省海盐县市场监督管理局对嘉兴市洞洞拐网络科技有限公司作出的处罚决定,<sup>③</sup>执法机关对该案适用了修订后的《反不正当竞争法》。决定书指出“当事人为维持其市场占有率,采用修改商家配送范围等不当技术手段,强迫其平台商家关闭或停止‘闪电小哥’平台经营的行为,违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第十二条。”<sup>④</sup>国家市场监督管理总局对该案的处罚决定予以充分肯定,指出“这是全国第一例网络不正当竞争案,具有里程碑式的重要意义”。<sup>⑤</sup>

上述两案涉及外卖平台的“二选一”行为,均被认定为不正当竞争行为,违反了《反不正当竞争法》的规定,但它们与传统不正当竞争行为有差别。传统不正当竞争行为一般都是直接侵权行为,如窃取商业秘密、诋毁竞争对手、假冒商标,即行为人是通过不正当手段攫取他人的竞争优势,从而直接损害

<sup>①</sup> 依据《反垄断法》第 17 条第 4 款,具有市场支配地位的经营者不得“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”。

<sup>②</sup> 参见金华市市场监督管理局《浙江 2017“红盾网剑”十大案例:金华查处“美团网”不正当竞争案》,http://www.jhsc.gov.cn/13003.htm,2019 年 10 月 20 日访问。

<sup>③</sup> 参见《市场监管部门 2018 年查处不正当竞争行为典型案例》,载《中国市场监管报》2018 年 11 月 1 日。

<sup>④</sup> 参见《海盐县市场监督管理局行政处罚决定书》(盐市监处字[2018]160 号)。

<sup>⑤</sup> 参见《海盐成功办结全国首例网络不正当竞争案》,载《嘉兴日报》2018 年 9 月 14 日。

其他经营者的合法权益。虽然电商平台的“二选一”行为明显损害其他平台的利益,但其表现方式是限定平台商户只能与其进行交易,不能与其他平台进行交易,即间接提高了其他平台的交易成本,减少了它们的交易机会,本质上是一种排除、限制竞争的行为。考虑到《反垄断法》第17条禁止具有市场支配地位的经营者“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”,电商平台的“二选一”行为明显与《反垄断法》有着更直接和更密切的联系。

同时,虽然对电商平台“二选一”行为适用《反不正当竞争法》的门槛比较低,因为不需要认定企业的市场支配地位,但是根据该法第12条,涉及互联网的不正当竞争行为是通过“技术手段”影响用户的选择,<sup>①</sup>执法机关需要对相关“技术手段”进行调查取证。还有一个问题,是违反《反不正当竞争法》的法律责任,即如果电商平台的“二选一”行为被认定为不正当竞争,其后果是监督检查部门责令停止违法行为,处10万元以上50万元以下罚款;情节严重的,处50万元以上300万元以下罚款。<sup>②</sup>我国电商平台处于寡头垄断状态,最小平台的市值也高达数百亿美元,<sup>③</sup>大平台的市值则达到数千亿美元。在这种经济规模条件下,300万元的最高罚款对“二选一”行为不会有实质性的威慑力。

### (三) 适用《反垄断法》

电商平台的“二选一”行为可以考虑适用《反垄断法》,但并不是说所有的“二选一”行为都违反了《反垄断法》。根据《反垄断法》第17条的规定,认定电商平台“二选一”行为是滥用市场支配地位,违反了《反垄断法》,其前提条件是平台经营者占市场支配地位;要认定平台经营者占市场支配地位,就需要界定相关市场。<sup>④</sup>竞争法学界当前有一种观点,即数字经济作为推动全球经济增长的新动能,因为具有跨界竞争、网络效应、平台竞争等特点,适用于传统经济的反垄断分析在互联网行业无法予以适用,反垄断执法机构需要调整执法工具和执法思路,处理好竞争执法与保护创新之间的关系。学术界还掀起了“互联网平台是否涉嫌垄断”的大讨论。有人认为“占优势地位的平台是消费者用脚投票投出来的,人们不应该滥用反垄断法干扰竞争。”<sup>⑤</sup>还有人认为“互联网企业具高度动态性,再大的‘店’也不敢随便‘欺客’,再加上互联网领域相关市场界定远不如传统行业那样清晰,在该行业不能高估市场份额的指示作用,不可轻言反垄断。”<sup>⑥</sup>

大部分竞争法学者认为,反垄断法在数字经济领域仍具有可适用性,因为任何经济领域都需要反对垄断和保护竞争。但是,考虑到互联网经济的特点,很多人认识到反垄断法的适用存在难度。一个比较大的疑惑,是电商平台界定相关市场除了考虑平台之间的竞争外,是否还应当考虑产品或服务线上零售与线下零售之间的竞争。考虑到很多零售商同时在线上和线下销售产品,如果同一零售商以同

① 根据《反不正当竞争法》第12条的规定,经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为:(1)未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(2)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务;(3)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;(4)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

② 参见《反不正当竞争法》第24条。

③ 参见《拼多多市值超越京东:成中国第四大互联网公司》<https://news.mydrivers.com/1/653/653755.htm>, 2019年10月20日访问。

④ 参见王晓晔《论相关市场界定在滥用行为案件中的地位和作用》载《现代法学》2016年第5期,第57-69页。

⑤ 参见《反垄断专家:要处理好反垄断与保护创新的关系》载环球网,<https://tech.huanqiu.com/article/9CaKrnK4YJy>, 2019年10月20日访问。

⑥ 参见《传统反垄断工具不适用互联网等新经济》[http://news.cnr.cn/native/gd/20170831/t20170831\\_523927711.shtml](http://news.cnr.cn/native/gd/20170831/t20170831_523927711.shtml), 2019年10月20日访问。

一价格销售的同一产品在线上和线下的销售被界定为两个不同的产品市场,是否存在不合理性。<sup>①</sup>因此,很多人的想法是,反垄断法禁止滥用市场支配地位的规定过于抽象,特别是界定相关市场非常复杂,界定的标准或者方法不可避免地存在主观性,这就使反垄断法禁止滥用市场支配地位的规定犹如“屠龙之术”,遏制电子商务诟病已久的“二选一”心有余而力不足。<sup>②</sup>

笔者赞成学术界的主流观点,即如果电商平台的“二选一”行为严重排除限制竞争,反垄断执法机关应当出手。同时,即使我们遇到了新问题,执法机关缺乏处理这方面案件的经验,我们总可以通过学习和研究美国、欧盟以及其他地区反垄断执法的相关案例,积累智慧和经验,提高我们处理复杂案件的能力。

### 三、电商平台“二选一”行为的反垄断分析

如果对电商平台的“二选一”行为适用反垄断法,作为排他性行为 and 单边行为,这种行为应当依《反垄断法》第17条进行竞争分析。考虑这种行为是否构成滥用市场支配地位时,执法机关首先应当界定相关市场,测度行为人在相关市场的份额;如果行为人占市场支配地位,执法机关应当分析这种行为是否构成对市场竞争的严重损害。这里结合美国法院21世纪初判决的“司法部诉Visa和MasterCard案”(简称Visa案)进行分析。该案涉及交易性双边市场,<sup>③</sup>其核心内容是Visa作为美国信用卡网络服务市场上占支配地位的企业,它强制发卡银行在信用卡支付网络之间进行“二选一”。这里还讨论“Google并购DoubleClick案”,虽然该案涉及非交易性双边市场,<sup>④</sup>但对于判断电商平台“二选一”案件中线上零售与线下零售是否属同一相关市场,仍有重要参考价值。

#### (一) 界定相关市场

##### 1. 美国“司法部诉Visa和MasterCard案”

美国法院21世纪初判决的“司法部诉Visa和MasterCard案”是一起涉及银行信用卡网络服务平台的案例。<sup>⑤</sup>美国有四家信用卡网络服务企业:Visa、MasterCard、American Express和Discover,其中,Visa和MasterCard属同一金融集团(以下合称Visa)。Visa要求其网络平台发行信用卡的银行不得在American Express和Discover(以下合称Amex)的网络平台发行信用卡,并提出如果发卡行存在多归属,即同时在Amex的网络发行信用卡,就必须退出Visa网络服务平台。Visa的强制性“二选一”行为是否构成违法,是该案的核心内容。

法院处理的第一个问题是界定相关市场。法院认为,该案涉及两个相互关联又相互独立的产品市场:一是作为通用支付工具的信用卡市场;二是运营信用卡的网络服务市场。界定相关产品市场需要从消费者的角度考虑各种相互具有可替代性的产品。法院听取了专家和消费者的大量意见后认定,虽

<sup>①</sup> 参见仲春《互联网行业反垄断执法中相关市场界定》,载《法律科学》2012年第4期,第127-139页。

<sup>②</sup> 参见《格兰仕状告天猫涉嫌“滥用市场支配地位”》,载海峡网,http://www.hxnews.com/news/cjpd/cjxw/201911/05/1824874.shtml, 2019年12月20日访问。

<sup>③</sup> 交易性双边市场指平台两边用户存在直接交易关系的双边市场。参见OECD, Market Definition 2012, http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf, 2019年11月1日访问。

<sup>④</sup> 非交易性双边市场是指平台两边用户不存在直接交易关系的双边市场。

<sup>⑤</sup> 参见United States v. Visa U.S.A., Inc., 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001); United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003)。

然现金、支票、借记卡和商店发行的购物卡都可作为支付手段购买商品,但它们与信用卡有很大的差别。例如,现金是商品的等价物,信用卡则是发卡行对信用合格的消费者作出的信用证明,持卡人可在规定的额度内进行透支。<sup>①</sup>美国司法部的专家证人还指出,基于消费者偏好,即使信用卡的费用上涨,持卡人还是愿意支付增加的费用,不愿意放弃信用卡而使用现金支付。这说明,在支付手段方面,信用卡与现金、支票、借记卡等支付手段构成相互独立的市场。初审法院和上诉法院对该问题的看法完全一致。<sup>②</sup>

除了界定信用卡构成独立的相关产品市场,法院还认定四家信用卡企业提供的信用卡网络服务也构成独立的相关产品市场。判决指出,信用卡网络“提供信用卡交易的基础设施和信用卡服务的各种功能,包括授权、结算和清算”。<sup>③</sup>判决还指出,在信用卡市场,发卡行是相关服务的销售方,持卡人是服务的购买方;在信用卡网络服务市场,四家网络公司是相关服务的销售方,发卡行和商户是相关服务的购买方。这说明,四家信用卡网络服务商一方面争夺发卡银行,另一方面还争夺收卡商户。法院还强调指出,四家信用卡企业提供的网络服务应构成相关产品市场:一是因为信用卡服务网络的设置成本很高,发卡行和收卡商家自己不能提供这种服务,而且也找不到可替代的其他服务;二是信用卡网络服务的费用比较低,即使该费用大幅提高,与收取现金或者其他支付方式相比,发卡行和收卡商户仍会认为发行信用卡和接受信用卡最为有利可图。<sup>④</sup>

## 2. “Google 并购 DoubleClick 案”

Google 是世界上最大的搜索引擎运营商,其主要收入源于向广告商提供的在线广告服务。DoubleClick 是一家技术公司,主要从事在线广告策划、监控、追踪等广告管理方面的软件开发。<sup>⑤</sup>美国联邦贸易委员会和欧盟委员会分别在 2007 年 12 月和 2008 年 3 月批准了该并购,主要理由是并购当事人之间不存在横向竞争关系,该并购没有明显损害竞争。美国和欧盟的批准书中都有相关市场界定的分析,尽管它们的分析有一些差别,但基本上都是“线上广告中介”或者“线上广告服务”。<sup>⑥</sup>欧盟委员会在这方面的分析更为详尽,明确指出了与并购申报方的不同意见。<sup>⑦</sup>

根据欧盟委员会关于“Google 并购 DoubleClick 案”的决定书,并购申报方指出该案相关产品市场应包括提供广告空间的所有媒体,即除了互联网平台,还包括电视、报纸以及其他媒体,理由是广告商通过任何中介媒体都可以购买广告服务。在这个相关市场上,广告发布者(广告服务的卖方)是广告服务的买方。<sup>⑧</sup>但是欧盟委员会认为,这个过于宽泛的相关市场界定是不能被接受的,因为社会调查结果显示,绝大多数受访者认为,线下广告和线上广告应分属两个不同的相关市场。<sup>⑨</sup>欧盟委员会还在这个并购决定的注释中指出,在其他涉及数字经济的并购案中,欧盟也是将线上和线下分别

① 参见 Visa U.S.A., 163 F. Supp. 2d, at 335-38.

② 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003); Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, at 335-38.

③ 参见 Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, 338.

④ 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003); Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, 338-39.

⑤ 参见王晓晔《反垄断的相关市场界定及其技术方法》,法律出版社 2019 年,第 287-288 页。

⑥ 参见 The Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf>, 2019 年 12 月 10 日访问; Case No COMP/M.4731-Google/DoubleClick, p.19-20, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731\\_20080311\\_20682\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf), 2019 年 10 月 30 日访问。

⑦ 参见 Case No COMP/M.4731 - Google/ DoubleClick paras.44-47.

⑧ 参见 Case No COMP/M.4731 - Google/ DoubleClick para.44.

⑨ 参见 Case No COMP/M.4731 - Google/ DoubleClick paras.44-47.



界定为不同的相关产品市场。<sup>①</sup>

上述案例给我们的启示是,市场界定应当有证据证明其合理性。作为证据来源,除了专家证言,还应当考虑用户和消费者的意见。例如,虽然美国法院在 Visa 案中考虑到现金、支票、借记卡等可以作为支付手段,但是基于信用卡的特点,认定信用卡在该案中应当被界定为独立的相关市场。<sup>②</sup> 欧盟委员会在“Google 并购 DoubleClick 案”中也征询过很多人的意见,认定线上广告服务与线下广告服务不属于同一相关市场。

随着电子商务实践的发展,消费者已经体会到了电子商务与实体店购物的不同特点:第一,电子商务可以让消费者足不出户,还可享受免费送货服务;第二,电子商务可以不受地域和营业时间的限制,消费者不仅可以在全国甚至全球挑选商品,而且可以半夜下订单;第三,电子商务有多种商品进行平台竞争,消费者不仅有很多选择,而且价格透明,可比性极强;第四,电子商务与实体店购物的最大区别是大型平台可提供“一站式”购物服务,即消费者可以在平台上买到几乎所有想买的商品,实体店却没有能力提供“一站式”购物服务。对供货商而言,虽然他们可以就相同产品同时进行线下销售和线上销售,但这两种不同的销售渠道不仅有着不同的销售成本,<sup>③</sup>而且也会使用不同的销售技术。例如,根据“Google 并购 DoubleClick 案”的信息,线上零售有条件通过线上广告方便快捷地定位潜在消费者,从而实现精准营销。这些事实说明,电商平台的线上零售与实体店的线下零售有着巨大的差异,在电子商务“二选一”问题上,它们应当被界定为不同的相关市场。

## (二) 认定市场势力

界定了相关市场后,执法机关就有条件测度相关企业是否占市场支配地位。世界主流反垄断观点认为,市场势力或者市场支配地位是指企业在相关市场上控制价格或者排除竞争的经济实力,最重要的认定因素是企业的相关市场的份额。<sup>④</sup>

在上述美国法院审理的 Visa 案中,法院通过两个因素认定 Visa 在相关市场拥有市场势力。一是市场份额,即根据 1999 年美国消费者使用信用卡的交易额,法院测算出 Visa 的市场份额约占 47%, MasterCard 约占 26%, Amex 约占 20%, Discover 约占 6%。<sup>⑤</sup> 考虑到 Visa 和 MasterCard 属同一个金融集团,是合营企业,在市场竞争中一体化,法院认定它们的信用卡网络服务在相关市场共计占 70% 以上的份额。另一个因素是发卡银行对 Visa 信用卡网络服务的依赖性。法院的证据有两方面:一是发卡行的证言,有些发卡行指出,它们其实很想使用 Amex 的网络服务,但因为 Visa 要求它们在信用卡网络服务平台之间进行“二选一”,考虑到 Visa 网络服务平台的规模,即使 Visa 提高其服务费,它们也不敢在 Amex 网络平台发行信用卡;<sup>⑥</sup>另一个是 Amex 的证言,Amex 曾经做过很多努力来说服美国境内的发卡银行使用 Amex 的信用卡网络服务,但因为 Visa 与这些银行订立了排他性协议,如果它们使用 Amex 的网络服务,必须放弃在 Visa 网络发卡的资格,因此不敢使用 Amex 的服务网络。<sup>⑦</sup> 这些证据表明,

① 参见 Note 36, Case No COMP/M.4731 - Google/ DoubleClick.

② 参见 Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, at 335-38.

③ 参见 Herbert J. Hovenkamp, Antitrust and Information Technologies, [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1810](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1810), 2019 年 11 月 5 日访问。

④ 参见《反垄断法》第 17 条、第 18 条和第 19 条。

⑤ 参见 Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, at 340-342.

⑥ 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003).

⑦ 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003).

Visa 在美国信用卡网络服务市场有效地排除了竞争对手,法院由此认定 Visa 拥有“控制价格和排除竞争的能力”。

也许有人认为,Visa 案的法院把现金和信用卡作为不同支付手段分别界定为不同的相关市场,依据 Visa 和 MasterCard 共计 70% 以上的市场份额,比较容易认定它们共同占市场支配地位。但是,考虑到进入支付卡网络服务市场的门槛远高于进入电子商务平台服务的门槛,即使在电子商务“二选一”问题上把线上零售和线下零售界定为不同的相关市场,也难以在这个领域依据市场份额认定占市场支配地位的企业。<sup>①</sup>然而,这里应当考虑的是,即使因为银行业的特殊监管,进入支付卡服务系统的难度比进入电商平台市场的难度大很多,我们也不能因此就认为进入电商平台服务领域很容易。与潜在的进入者相比,在位电商大平台存在两个巨大的竞争优势:一是互联网平台的间接网络效应,即平台一边的价值会随着另一边用户数量的增加而增加,商户一般都选择在消费者众多的平台上销售商品。二是用户锁定效应,即由于大数据的优势,即使消费者喜欢多归属,考虑到“点击”后的购物平台会保留其付款和交货明细,消费者一般愿意在多次访问的平台进行购物,大平台由此也可以吸引大批消费者和广告商。与大平台相比,新的进入者一般难以获得消费者的大数据,大平台对客户的锁定效应会成为平台竞争的关键因素。这说明,即使大平台累积的数据不应被视为不公平的竞争优势,但在某些情况下,大数据确实构成了进入市场的壁垒。<sup>②</sup>

简言之,建立新的平台在理论上比较容易,建立商业上比较成功的平台却是不同的问题。如果建立平台真的很容易,人们就可以期待出现更多的亚马逊或者阿里巴巴,实际情况却与此相反,所以我们应当维护互联网平台之间公平和有效的竞争。为了保护竞争,对限制竞争案件应当进行合理和科学分析,特别应当从长远的眼光看问题,考虑消费者获得替代性产品或者服务的可能性。如果界定市场时不恰当地放大范围,甚至以互联网平台的动态性和跨界性为由,将平台一边的服务放大到平台多种服务和多边范围,甚至放大到线下产品和服务,不仅导致相关市场界定增加了太大的主观因素,而且会导致后续竞争分析失去合理的基础。

### (三) 认定竞争损害

反垄断法的目的是反对垄断和保护竞争,因为市场竞争可以给消费者带来最低的价格、最好的质量和最大的物质进步。<sup>③</sup>因此,反垄断法不仅反对卡特尔,还反对占市场支配地位的企业不合理排除和限制竞争的行为。在 Visa 案中,法院认定 Visa 在信用卡网络服务市场拥有市场势力并且实施了排他行为之后,认定该排他行为对竞争构成损害。法院认为,该排他行为减少了消费者和发卡行使用信用卡网络服务的数量,妨碍了几家网络服务企业之间的价格竞争,总体上“减少了信用卡发行数量,降低了信用卡应当发挥的效能”。<sup>④</sup>法院指出,Visa 的排他行为损害竞争最有说服力的证据是:一方面,美国境内有两万多家银行发行信用卡;另一方面,美国只有四家企业提供信用卡网络服务。就在这种条件下,Amex 和 Discover 还在相当大范围内被排挤出这个网络服务市场之外。简言之,法院的观点

<sup>①</sup> 参见《反垄断专家:要处理好反垄断与保护创新的关系》,载环球网, <https://tech.huanqiu.com/article/9CaKmK4YJy>, 2019 年 11 月 5 日访问。

<sup>②</sup> 参见 David A. Balto, *Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce*, Antitrust Institute, *Distribution Practices: Antitrust Counselling in the New Millennium*, Columbus, Ohio, November 12, 1999, <http://www.ftc.gov/speeches/other/ecommerce.htm>, 2019 年 11 月 20 日访问。

<sup>③</sup> 参见 *Northern Pacific Railway Comp. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 4 (1958)。

<sup>④</sup> 参见 *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003)。

是,Visa 网络上的发卡行不能成为 Amex 网络上的发卡行,该事实就无可争议地说明,Visa 的排他行为产生了损害竞争的后果。

需要指出的是,这个案件中的被告 Visa 和 MasterCard 同属一个金融集团,但它们相互间存在竞争,而且都对它们网络上的发卡行支付了数百万美元的价格折扣,目的是通过降低服务费获取更多的交易机会。<sup>①</sup> 法院指出“两个竞争者之间的价格竞争和服务竞争的程度毕竟有限。如果四家企业都能够充分参与竞争,它们为吸引发卡行的价格竞争和服务竞争的程度会大幅提高。”<sup>②</sup> 因此,法院认定 Visa 强制其会员银行实施“二选一”行为,削弱了支付卡网络服务市场的竞争,违反了《谢尔曼法》第 2 条。<sup>③</sup> 被告不服,提起上诉。2003 年,美国联邦第二巡回法院对该案作出终审判决,判决作出之后,Visa 网络服务平台上两万多家发卡行进入了 Amex 的网络平台。<sup>④</sup>

反垄断法应保护竞争,不应保护竞争者。但是,如果竞争者退出市场不是因为其高价、低质或者令消费者不满意的售后行为,而是因为大平台强制实施的“二选一”减少了其用户数量,这显然是一种扭曲的竞争,这种竞争不公平。根据 2019 年 6 月的统计数据,我国网民数量已达 8.54 亿。<sup>⑤</sup> 可以想见,相当数量的网民参与了电子商务,可以说,我国电商平台的需求侧和供给侧都是用户数量巨大。另一方面,我国提供电商中介服务的平台主要有三家,且经营规模不平衡。在这种条件下,如果任凭某些平台依仗商户对其极强的依赖性,强迫它们在平台之间进行“二选一”,公然损害它们的经营自主权,损害平台间的公平竞争,这不禁会使人想到美国法院曾将这种强制性“二选一”行为描述为“大胆、无情且具有掠夺性”。<sup>⑥</sup>

#### 四、电商平台的不公平交易适用专门法

电商平台“二选一”的核心问题是平台竞争。由于这种行为的表现方式是平台经营者强迫平台商户实施“二选一”,这自然会引发平台经营者与其商户之间的争议,如格兰仕向法院起诉了天猫。就平台经营者与商户之间的关系来说,如果商户认为单平台销售比多平台销售更有效率,它当然可以与某个平台进行独家交易。但是,如果平台与商户间的独家交易违背商户的意愿,考虑到商户对平台一般都有很强的依赖性,即平台经营者占优势地位,商户占弱势地位,禁止这种不公平交易的核心问题是禁止滥用相对优势地位。反垄断法禁止滥用市场支配地位的规定,也适用于滥用相对优势地位的行为。但是,考虑到原告需要界定市场,以证明被告占市场支配地位,然后才能举证证明被告存在滥用市场支配地位的行为,这个举证责任对一般商户负担太重,因此应当考虑其他法律手段。

##### (一) 反垄断法引入“相对优势地位”

① 参见 Visa U.S.A., 163 F.Supp.2d, at 382.

② 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003).

③ 参见 United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003).

④ 参见 Michael L. Katz, *Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, p. 119.

⑤ 参见《我国网民规模达 8.54 亿 手机上网比例达 99.1%》,载中国政府网, [http://www.gov.cn/xinwen/2019-08/30/content\\_5425888.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-08/30/content_5425888.htm) 2019 年 12 月 20 日访问。

⑥ 参见 United States v. Lorain Journal Co., 92 F. Supp. 794 (N.D. Ohio 1950).

德国《反对限制竞争法》不仅禁止“滥用市场支配地位”,<sup>①</sup>还禁止“滥用相对优势地位”。根据该法第20条第1款,如果中小企业作为商品或者服务的供应商或者购买商对具有相对优势地位的企业或者企业联合组织有依赖性,即它们没有足够或者可能的机会转向其他企业,就应当适用禁止滥用市场支配地位的条款;如果商品或服务的买方不仅按照惯例可以得到供货商予以的折扣及其他经济利益,而且还可长期获得其他买方得不到的特殊优惠,就可推断该买方存在相对优势地位。<sup>②</sup>这说明,《反对限制竞争法》禁止“滥用相对优势地位”是禁止“滥用市场支配地位”的发展和衍生。

但是,世界上绝大多数反垄断法都没有禁止“滥用相对优势地位”的规定。<sup>③</sup>这可能出于以下两个考虑:一方面,“相对优势地位”在市场交易中普遍存在。例如,大型超市与供货商、著名品牌生产商与零售商、汽车品牌生产商与零配件生产商或者售后服务商、便利店或快餐店业主与被许可人等关系中,都有相对优势地位的存在。另一方面,“滥用优势地位”的概念存在很大不确定性。例如,日本公平交易委员会在2009年关于“7-Eleven案”的决定中指出,7-Eleven加盟业主禁止加盟店通过打折方式处理即将过期的食品,是滥用优势地位;7-Eleven业主则认为,禁止打折促销既是维护连锁店标准化经营的商业模式,又有助于维护连锁店的声誉。<sup>④</sup>这说明,对不确定性较大的案件,如果政府干预过度,其执法效果不仅会受到社会质疑,还会加大合同谈判特别是与中小企业合同谈判的成本。

也许有人认为,认定相对优势地位比较容易,这种规定有助于保护市场交易中处于弱势地位的经营者。然而,对执法机关来说,专门针对弱方当事人的保护可能也有很多难处:第一,如果认定违法行为的门槛比较低,会导致大量合同纠纷进入政府部门,政府因此需要投入很多执法资源;第二,执法机关认定违法行为应当解释“滥用”的存在,然而纵向协议当事人之间的利益和风险往往是相互的,解释“滥用”行为的难度有时会很大;第三,政府应将其有限的资源投入与消费者和社会公共利益相关的案件中,减少处理合同当事人之间争议的案件。

## (二) 合同法或者侵权法

在大多数国家,滥用相对优势地位的行为可以依据合同法或者侵权法予以解决。<sup>⑤</sup>根据合同法的规定,如果平台经营者与商户间的争议源于前者滥用其相对优势地位,由此产生的强制交易或者不公平交易行为可能无效。适用合同法或者侵权法解决不公平交易问题的理念在于,市场能够解决的问题应留给市场去解决。然而,即使合同法或者侵权法能够为解决某些滥用相对优势交易地位的行为提供可能性,在实践中,因为处于弱势地位的经营者对处于优势地位的经营者在经济上依赖性很大,即市场上难以找到可替代优势地位交易对手的其他企业,他们自然对处于优势地位的交易对手存在“恐惧”心理,既不敢中断与其建立的交易关系,又不敢把对方的强制交易或者其他不公平交易行为诉诸法律,甚至不敢向社会公开他们的不公平遭遇。就电商平台“二选一”问题来说,因为这些商户难以找到可替

① 参见 Section 19, German Act against Restraints of Competition (GWB) – last updated in October 2017.

② 参见 Section 20, German GWB, updated in October 2017.

③ 关于“相对优势地位”的一个重要研究成果,是国际竞争网络(ICN)对32个司法辖区的调查。参见 Report on Abuse of Superior Bargaining Position, 7<sup>th</sup> Annual Conference of the International Competition Network (ICN), April 14–16, 2008, Kyoto Japan. 报告指出,32个司法辖区中24个没有“相对优势地位”的概念,有些司法辖区依据反垄断法禁止滥用市场支配地位的规定处理滥用相对优势地位的案件。

④ 参见 Toshiaki Takigawa, *Restraining Bargaining Power through Competition Law: Superior Bargaining Position Regulation in Japan as Compared with the EU*, in Fabiana Di Porto and Rupprecht Podszun, *ASCOLA Competition Law Series: Abusive Practice in Competition Law*, Edward Elgar 2018, p. 265–282.

⑤ 参见 ICN Report on Abuse of Superior Bargaining Position, p.13.

代电商大平台的其他中介平台,即使社会上关于“二选一”的讨论沸沸扬扬,除了格兰仕起诉天猫,人们很少听到商户将强制性“二选一”行为诉诸法律,显然,在这个问题上,合同法或者侵权法的作用不是很大。

### (三) 制定专门法

如果某领域确有必要保护某些经营者的特殊利益,就有必要制定专门法。这种立法之所以必要,是因为在存在相对优势地位的情况下,弱势当事人一般不敢把交易相对人的不公平交易行为诉诸法律。在这种情况下,法律对优势地位企业作出约束性规定,有助于保护弱势当事人的正当权益。世界上很多国家和地区制定了这种专门法,如商务部、国家发展和改革委员会等五部委2006年发布的《零售商供应商公平交易管理办法》<sup>①</sup>以及英国2013年《杂货店行为裁决法》<sup>②</sup>等,主要针对零售商和供货商之间的某些交易关系作出规定,包括供货商派员到零售场所提供服务、零售商退货、促销服务费、延迟付款等。

前文已经指出,我国《电子商务法》第35条也是一条禁止滥用相对优势地位的规定,因为它禁止电商平台对商户实施不合理的限制或者附加不合理的条件。但是,与合同法或者侵权法的问题一样,考虑到商户对电商平台的依赖性和电商平台对商户的锁定效应,电商平台的入驻商户一般不敢将平台经营者的不公平交易包括“二选一”行为诉诸法律。在这个方面,笔者建议我国借鉴欧盟《为商户提供互联网公平和透明中介服务的条例》(以下简称《P2B条例》),就电商平台对其商户的不公平交易行为制定专门法。

#### 1. 欧盟《P2B条例》概况

为了避免和减少平台经营者与商户之间的不公平交易,提高争议解决方案的公平性、透明度和效率,保护依赖互联网平台销售产品或服务的商户,欧盟议会和理事会2019年6月20日通过了《P2B条例》。<sup>③</sup>《P2B条例》对互联网平台与其商户之间的交易作出很多强制性规定,如合同条款应通俗易懂;合同条款适用于商户在平台的全部交易;合同条款修改应至少提前15天通告商户;合同应说明商户销售产品的所有渠道,如其他网址、APP或其他在线中介服务;合同中应就商户所属知识产权如徽标、商标或商品名称等作出说明。

《P2B条例》指出,欧盟成员国应鼓励在线中介服务商、代表性组织或协会根据该条例制定P2B行为准则,制定时应咨询相关利益方,并充分考虑互联网行业和网上中小商户的特点。《P2B条例》还规定,该条例不影响欧盟以及欧盟成员国其他法律制度如民法、竞争法、消费者权益保护法以及涉及不公平交易的其他法律制度的适用。条例强调,为保护商户的利益,提高平台中介交易双方法律关系的稳定性,交易双方过去订立的不合规条款和条件得被视为自始无效,除非它们出于强制性规定,或者有利于商户的利益。该条例于2020年6月20日生效。

#### 2. 《P2B条例》的核心内容

<sup>①</sup> 参见《零售商供应商公平交易管理办法》,商务部、国家发展和改革委员会、公安部、国家税务总局、国家工商行政管理总局令第17号,2006年10月12日发布。

<sup>②</sup> 参见Grocery Code Adjudicator Act 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/19/contents/enacted>, 2019年11月10日访问。

<sup>③</sup> 参见Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150>, 2019年10月20日访问。

《P2B 条例》的核心内容是要求平台经营者对其商户的业务予以中止、终止或者限制时必须说明理由。平台服务商有合法的理由对其商户的业务作出限制、中止以及终止决定。例如,商户的个别商品或者服务退出平台或者彻底删除了搜索结果;在产品排名产生负面影响的情况下,平台服务商也可以限制商户在平台上的业务。但是,因为这些决定对商户的业务有重大影响,平台服务商的决定应当是书面的,且应当陈述其预先在合同中约定的理由。在特殊情况下,还应当向第三方通告。平台服务商决定终止服务或者彻底删除商户的信息时,应在决定生效前至少 30 天以书面方式向商户陈述理由。

《P2B 条例》的另一项核心内容,是提高平台服务商对其商户的产品或服务进行排序和算法的透明度。产品排序是根据产品在平台上销售的重要性程度,由平台服务商或搜索引擎服务商使用算法,通过评级或者审查,并关注消费者偏好以及其他应当考虑的因素后最终组合的序列。《P2B 条例》规定,出于公平和透明度考虑,平台服务商应在合同中明确约定产品排序的主要参数,包括影响商户名次的所有因素及其解释。平台服务商或搜索引擎服务商无须向商户详细披露其排序机制和算法功能,但商户应当可以预期该排序既与商户提供的商品或服务正相关,又取决于消费者的特殊偏好。

《P2B 条例》还考虑到了平台服务商可能存在的差别待遇。如果平台服务商通过平台直销自己的商品或服务,它与平台上销售同类商品或服务的其他商户就存在竞争关系,从而有动机对自销的商品或服务提供技术或者经济上的好处。考虑到这种行为会损害公平竞争,限制消费者的选择,平台服务商应以透明的方式,就这些商品的销售在法律上、业务上或技术上的差别待遇作出恰当说明。

《P2B 条例》还有一项重要内容,是关于争议解决的规定。鉴于电子商务在欧盟内部大市场已经成为商品零售的基本方式,考虑到平台商户大多是中小企业,投诉和司法调解一般需要的时间冗长而且费用高昂,条例建议平台服务商建立争议内部调解机制,以解决大多数的商户投诉。平台服务商的内部投诉和争议解决机制应当透明,应在与商户订立的合同中提供这方面的信息。条例也指出,可以通过司法程序,根据条例中的条款,制止平台服务商的违规违法行为。

欧盟《P2B 条例》在 2020 年 6 月生效,目前还没有相关的案例。但是,该条例作为规范电商平台与商户之间关系的专门法,对完善我国《电子商务法》第 35 条有重要的借鉴意义:一是该条例充分考虑互联网中介平台和入驻商户的特点,明显具有保护中小商户的性质;二是要求平台中介就其与商户之间的法律关系作出明确规定,这在双方出现争议后比较容易理解什么是不合理限制,什么是附加不合理条件,什么是不合理的费用,从而大大提高了平台经营者“合规”或者“不合规”的透明度;三是在平台内部建立争议解决机制,既有助于提高平台经营者的自律性,自觉避免和减少针对商户的不公平交易行为,包括强制性“二选一”,又有助于提高中小商户的自律性,帮助他们在心理上防范平台经营者滥用市场势力的行为。

## 五、结语

法学界当前热议的电商平台“二选一”是一种排他行为。与传统经济一样,虽然数字经济条件下的排他行为不是“本身违法”,但在某些情况下,行为人利用这种手段很容易排除竞争对手,阻止新的企业进入市场,从而会严重损害市场竞争。进入电商平台中介服务市场存在经济、技术、数据等各种障碍,特别是因为网络外部效应,该市场已经高度集中。为了维护市场的竞争性,使消费者和商户充分感

受数字经济带来的好处和便利,竞争执法机关应当维护平台商户的多归属权利,任何平台经营者都无权强迫商户只能在一个平台上进行交易。同时,考虑到电子商务平台的特点和中小商户对平台的依赖性,我国有必要制定规范平台中介与商户之间交易的专门法,完善《电子商务法》第35条,提高中介平台与商户之间交易的公平性和透明度。简言之,市场经济几百年来经验证明,不管什么市场,也不管什么行业,推进经济发展和技术创新的动力源于市场竞争。为了保证电子商务在我国的健康发展,我们需要在该领域反垄断,需要保护公平和自由竞争。■

## The Legal Regulation of Either-or Choice of Online Platforms in E-Commerce

WANG Xiao-ye

( Law School of Shenzhen University , Shenzhen 518060 , China)

**Abstract:** As in the traditional economy , exclusive conducts in the digital economy should also not be deemed per se illegal. However , in some cases , it may seriously impede competition if the conducts substantially undermine the competitors' ability to achieve minimal economies of scale , or to prevent new one from entering the market. Compulsory “either-or choice” for selecting only one platform is a conduct that seriously damages competition. Because of the various economic , technical and data barriers , especially because of the network externalities , the e-commerce platforms have been highly concentrated. In order to keep market competitive and to enable consumers and users to fully enjoy the benefits and convenience of the digital economy , competition law authorities should ensure users' multi-homing through law enforcement. No platform operator has right to force users to conduct transactions only on its own platform. On the other hand , considering the characteristics of e-commerce and the heavy dependence of small and medium-sized businesses on the platforms , it is necessary for China to formulate special laws regulating the transactions between intermediary platforms and the users , in order to improve Article 35 of the existing E-Commerce Law.

**Key Words:** digital economy; e-commerce platform; either-or choice; platform to business regulation

本文责任编辑:邵海

青年学术编辑:李满奎 万江 肖顺武