

反垄断法相关市场界定中的双边性

理论适用的挑战和分化

赵莉莉*

摘要 学界研究成果和各主要司法辖区案例显示,双边市场理论尚不完善,适用可能产生偏离、分化甚至矛盾。在相关市场界定中考察双边性时,是否适用双边市场理论、界定几个相关市场以及采用何种方法都不是关键,关键在于准确认识和充分考虑市场各边的相互关联。要实现这一目标,必须准确认识和继续完善双边市场相关理论,依托反垄断基础框架和实务经验,深入调查和了解行业背景及其特征。

关键词 双边市场 相关市场界定 平台 SSNIP

随着信息技术和互联网产业的兴起,以双边平台为核心的商业模式迅猛发展,平台企业和社会经济和日常生活中的地位日益彰显,双边市场理论也因此越来越受到学界关注。由于双边市场包括两组不同的消费者且相互影响,对此种情形如何界定相关市场以及如何处理双边性成为理论和实务面临的重要问题。本文试图梳理各主要司法辖区在双边市场案件中界定相关市场的思路,就如何在相关市场界定中考察双边性问题提出思考和建议。

一、双边市场理论:理论革新还是政策泡沫

双边市场并非新生事物。从古时候就有的乡村媒人,到 17 世纪出现的以广告收益支撑经

* 对外经济贸易大学法学院博士研究生,任职于商务部反垄断局。

营的报纸,再到 20 世纪中叶才出现的支付卡……,传统行业对于多边平台的依赖可见一斑。^{〔1〕} 尽管学界对报纸杂志等媒体行业研究已久,^{〔2〕}但多边平台商业模式加速发展是现代信息和通信技术发展的结果,^{〔3〕}双边市场理论成为经济学研究热点也是近些年的事情。Rochet 和 Tirole 在《双边市场中的平台间竞争》一文中提出“双边市场”概念,引发了学界关于双边市场的理论研究。^{〔4〕} 2004 年,法国产业经济研究所 (IDEI) 和政策研究中心 (CEFR) 在法国图卢兹联合主办“双边市场经济学”会议,发布了诸多开创性文章,双边市场理论研究步入热潮。此后,Armstrong、Caillaud、Wright、Evans、Parker 和 Van Alstyne 等均致力于研究双边市场并贡献了重要成果。^{〔5〕}

双边市场理论的兴起源于快速发展的信息通信技术和新兴商业模式,也与执法和司法机构调查具有双边性的行业密切相关。20 世纪 70 年代末以来,多数发达国家的反垄断机构和市场监管部门都对支付卡行业的交换费设置提出置疑。例如,澳大利亚储备银行要求 Visa 和万事达卡降低交换费,基于发卡方成本计算交换费上限。美国、欧盟也遵循了相似路径。^{〔6〕} 一系列支付卡行业案件引起广泛的社会关注,当事方和执法机构的重大分歧也促使经济学家分析研究这种新经济现象。早期研究集中反映了经济学家对部分案例的质疑和建议。学者认为,僵化适用传统单边市场反垄断规则规制双边市场可能导致明显错误。例如,Evans 认为,在 United States v. Visa U.S.A.案中,司法部经济学家没有考虑商家一边对利润的影响,只关注持卡人一边,政府经济学家的分析至少忽略了故事的一半。^{〔7〕} Tirole 认为,支付卡行业的双边性及其他特性导致传统反垄断理论难以贯彻施行,因此构建健全的政策干预体系就必须

〔1〕 参见(美)戴维·S·埃文斯:《平台经济学:多边平台产业论文集》,周勤、赵驰、侯赞慧译,经济科学出版社 2016 年版,第 464 页。

〔2〕 多位学者对媒体市场进行了深入的研究,例如,Corden(1953),Reddaway(1963),Rosse(1967)。在对媒体市场研究中,Chaudhri 提出了报纸出版商“产品空间的双重性”,即出版商同时服务于广告主和读者。Gabszewics 在分析报纸市场时,提到了跨市场的网络效应。

〔3〕 See David S. Evans and Richard Schmalensee, *Matchmaker, The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, 2016, p.198.

〔4〕 See Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, “Platform Competition in Two-sided Markets”, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4, 2003, pp.990—1029.该论文约 2000 年完成,2006 年作者在此后的文章中对有关内容做了进一步完善。参见 OECD, *Policy Roundtables: Two-sided Markets*, 2009, p.23,也有学者指出,“双边市场”这一词汇出现的时间很早,不少早期文献都使用过(Böhm-Bawerk, 1923;Gale and Shapley,1962)。在这些文献中,“双边市场”主要用来揭示市场的交易形式,即买卖双方成对匹配交易。这一意义和现代理解并不完全一样。参见陈永伟:“平台经济学:一份个人学习笔记”,<http://opinion.caixin.com/2017-09-07/101141763.html>,最后访问日期:2018 年 3 月 18 日。

〔5〕 See OECD, *Policy Roundtables: Two-sided Markets*, 2009, p.23.

〔6〕 See Jean Tirole, “Payment Card Regulation and the Use of Economic Analysis in Antitrust”, *Animal Learning & Behavior*, Vol. 22, No. 3, 2011, pp.267—274.

〔7〕 See David S. Evans, “The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 20, No. 2, 2003, p.358.

引入新思维。^{〔8〕} Katz认为,在确定支付卡行业交换费时,将其与发卡方边际成本挂钩或设定为零并非社会最优选择。^{〔9〕} Wright分析了支付卡行业的特点,基于澳大利亚储备银行、澳大利亚竞争和消费者委员会以及英国公平贸易办公室对支付卡行业定价问题的调查报告,认为在双边市场中适用单边思维会产生8种谬误。^{〔10〕}

学界对双边市场研究越来越多,但这一研究热潮将演化成理论创新,还是变成政策泡沫,前景仍然不明。这些理论是否会颠覆既有的竞争政策和规则,如何将理论应用于反垄断政策和实务仍存颇多异议。尽管经济学理论和工具在反垄断中具有重要地位,但即使将成熟的经济学理论适用于反垄断实务仍面临巨大挑战,更遑论双边市场相关理论尚不成熟,未对现有经济学理论形成重大突破,也尚未提出可操作的解决方案。

双边市场相关理论中概念的泛滥和分化就是例证。尽管研究文献层出不穷,但对双边市场并未形成统一的名称和定义。^{〔11〕} Rochet和Tirole试图依据经济学公式严格界定双边市场,他们将双边市场定义为:在保持总价格不变的前提下,如果平台能通过向市场一边征收更高价格而对另一边征收更低价格来影响交易总量,这个市场就是双边市场。该定义着眼于价格结构的重要性和特殊性,认为平台需要设计价格结构使双边都加入市场。^{〔12〕} Armstrong将双边市场定义为:如果市场中交易平台通过一定的价格策略向交易双方提供产品或服务,并且一边所获得的效用取决于另一边参与者的数量,那么这样的市场便是双边市场。^{〔13〕} 该定义同样强调价格策略的特殊性。Evans的定义更为浅显,把平台视为核心和研究重点,认为双边平台为两组不同而又相互需要的消费者提供商品或服务,而这两组消费者相互需要并通过平台提供的中介服务完成交易。^{〔14〕} Rysman认为使用“双边策略”比“双边市场”可能更加合适,问题往往不是一个市场是否可以定义为双边的——几乎所有市场在某种程度上都可能是

〔8〕 See Jean Tirole, *supra* note 6, pp.267-274.

〔9〕 See Robert M. Hunt, “An Introduction to the Economics of Payment Card Networks”, *Review of Network Economics*, Vol. 2, No. 2, 2003, pp.80-96.

〔10〕 See Julian Wright, “One-Sided Logic in Two-Sided Markets”, *Review of Network Economics*, Vol.3, No.1, 2004, pp.42-63.

〔11〕 See Dirk Auer and N. Petit, “Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy”, *Social Science Electronic Publishing*, Vol. 60, No. 4, 2015.文章总结了目前学者用来表示双边市场的多个词汇,例如,“multisided platforms”(Evans and Schmalensee, 2012), “two-sided networks”(Eisemann, Parket and Van Alstyne, 2006; Parker and Van Alstyne, 2005), “informational intermediation”(Caillaud and Jullien, 2003), “two-sided strategies”(Rysman, 2009), “two-sided markets”(Rochet and Tirole, 2003; Wright, 2003; Weyl, 2006; Rysman, 2009).

〔12〕 参见(法)让·梯若尔:《创新、竞争与平台经济——诺贝经济学奖得主论文集》,寇宗来、张艳华译,法律出版社2017年版,第104页。

〔13〕 See Mark Armstrong, “Competition in Two-sided Markets”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3, 2006, pp.668-691.

〔14〕 David S. Evans, *supra* note 7, pp.331-333.

双边的——而是双边性在确定利益后果方面有多重要。双边市场是：两组用户通过中介或平台互动，每组用户的决定通常通过外部性影响另一组用户的结果。^[15]这类定义极为关注市场各边间的间接网络外部性。OECD关于双边市场的研究报告将双边平台定义为：平台存在需要彼此交互的两个不同用户组，且在两个用户组间存在间接的正外部性。价格水平是根据交互情况向市场两边收取价格的总和，价格结构是价格水平在市场两边消费者之间的分解或分配，总福利是两个用户组和平台福利的总和。如果总福利随价格水平而不是价格结构变化，即总福利对总价格在两边的重新分配不敏感，则平台是单边的；如果总福利随价格水平和价格结构变化，则平台是双边的。^[16] OECD的定义吸收了学者们的研究成果，既强调了间接网络外部性，也重视价格结构的特殊性。

这些关于双边市场或双边平台的定义从不同角度分析双边市场，指向不同的内涵外延。根据定义的不同，文献研究中所包括的平台类型也有宽有窄。一方面，从经济学角度全面广泛的分析能够归纳和揭示双边市场的特性，有利于反垄断机构准确把握市场双边性特征。另一方面，基本概念的分化也导致双边市场相关理论的应用前景充满不确定性，难以转化为可适用的反垄断政策和法律。经济学家长于发现经济问题并提出解决方案，解决问题的路径具有创造性，但需要对经济学词汇的定义和概念达成一致。^[17] 法律适用对概念内涵的确定性要求更高，就像 Hadfield 和 Weingast 所说的，法治原则要求独特和清晰的分类，^[18]如果不能确定概念内涵，就难以在法律语境中适用。同时，面对纷繁复杂的理论学说，执法机构需要长期深入学习和全面了解才能正确适用，这也增加了理论适用的难度。

双边市场相关理论发端于既有经济学理论，其适用也依托于既有经济学理论。双边市场理论的发起者和推动者并非试图颠覆原有理论，只是反对将适用于单边市场的传统理论机械地适用于双边市场。无论是价格结构特殊性还是网络外部性都是经济学的老话题，例如，双边市场理论与网络外部性理论及市场交易或管制情况下的多商品定价理论密切相关。^[19] 甚至有学者认为，双边市场理论可能只是经济学家新瓶装旧酒。例如，Spulber 认为，在规范经济学中有两种市场，一种是分散化市场，买卖双方通过柜台交易，一种是集中式市场，公司为买卖双方提供中介服务。双边市场描述了上述两种情形。从这个意义上，早期的经济学家已经分析了双边市场，但 Rochet 和 Tirole 等学者没有对这些研究成果予以足够关注，尤其是关于中

[15] See Marc Rysman, "The Economics of Two-Sided Markets", *Journal of Economic Perspectives*, Vol.23, No.3, 2009, p.127.

[16] See OECD, *supra* note 6, p.28.

[17] See James R. Gale, "The Language of Economics", *Social Science Electronic Publishing*, 2003, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=468642>, 最后访问日期:2018年3月18日。

[18] Dirk Auer and N. Petit, *supra* note 11.

[19] 参见梯若尔,见前注[12],第75页。

介市场和媒介市场的大量早期文献。^{〔20〕} 总体来看,目前关于双边市场的相关理论只是对既有理论适用于双边市场的特殊性予以关注,例如,在网络外部性基础上形成的交叉网络外部性,因此,可以说双边市场的相关研究也是网络效应研究的一部分,只不过关于双边市场的文献更关注市场中介的行为,尤其是价格选择。大量文献还分析了双边市场对竞争政策的影响。有学者认为,双边市场理论适用范围非常广泛,涉及反垄断政策和执法的方方面面。有学者认为,双边市场理论主要与价格问题密切相关。但总体来看,大多数文献主要集中于为双边市场主体的行为提供合理的抗辩理由,避免反垄断执法出现积极失误,很少涉及双边市场的损害理论,也没有形成系统精确的分析结构和分析方法。价格结构分配方面没有配套的成型理论,反垄断审查难以有效判定。双边市场产业垄断和竞争动态定价研究刚刚起步,在双边市场相关产业中运用动态优化模型存在很大困难。^{〔21〕} 在这种情况下,反垄断机构仓促适用双边市场理论,反而可能偏离反垄断基本理论和个案情况,可能也不成熟。^{〔22〕}

双边市场相关的经济学理论研究仍处于自我测试和完善过程中,对反垄断机构处理双边性案件提供的理论支持有限。与此同时,现行反垄断理论和相关规则不断发展,具有极强的包容性。在双边市场理论缺失的情况下,各司法辖区处理了多起涉及双边市场的案件。在这些案件中,并未明确应用双边市场理论,甚至没有提到双边市场,但并未对执法实务造成明显障碍。双边市场理论迅速发展之前,反垄断机构在个案中已经认识到了市场的双边性。例如,在1953年 *Times-Picayune Publishing Co. v. United States* 案中,美国最高法院认为报纸是双重交易者,在两个独立但相关的市场运营,既服务于广告商,也服务于读者。因该案仅对其中一个市场有影响,法院最终围绕广告商的竞争界定了相关市场。^{〔23〕} 再如,在1986年美国 *National Bancard Corp. v. Visa* 案中,美国联邦地区法院和上诉法院均认识到银行卡组织具有双边性。上诉法院指出,Visa系统有两类收入来源:持卡人和商户,发卡银行和商户的签约银行间存在相互依赖关系。^{〔24〕} 2003年,美国司法部在对 *First Data* 公司收购 *Concord EFS* 提起诉讼时,对相关市场的双边性有明确阐述。美国司法部认为,PIN借记卡网络一边向商家提供服务,另一边向金融机构提供服务,金融机构又为其存款客户提供服务,该市场具有明显的网络效应。金融机构更有可能加入更多商家接受的网络,商家也更可能接受拥有许多大型金融机构成员的网络,因为特定PIN借记卡网络的价值在很大程度上取决于接受和使用的广度。^{〔25〕} 在2003年的 *United States v. Visa U.S.A., Inc.*案中,当事方和美国法院均认为向持

〔20〕 See Daniel F. Spulber, "Solving the Circular Conundrum: Communication and Coordination in Two-Sided Markets", *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, No.2, 2010, pp.537-591.

〔21〕 参见吴汉洪、孟剑:“双边市场理论与应用述评”,《中国人民大学学报》2014年第2期,第155页。

〔22〕 See Dirk Auer and N. Petit, *supra* note 11.

〔23〕 *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

〔24〕 *National Bancard Corp. v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir.).

〔25〕 See *U.S., et al. v. First Data Corp. and Concord EFS, Inc.*

卡人和向商户提供的服务是相关但相互独立的市场。^[26] 在这些案件中,尽管没有明确运用双边市场理论,但反垄断机构认识到这类市场与众不同的特点,并在传统反垄断规则和方法框架下考察了其双边性。在一些案件中,反垄断机构通过分析类似因素或采用经验法则,得出了与运用双边市场理论近似的结论。因此,双边市场理论在实务中并不具有不可替代性,有时候,反垄断机构凭借传统理论工具和经验基本能够替代双边市场理论的大部分贡献。此外,从成本角度考虑,适用双边市场理论对理论研究、数据收集等要求较高,也可能提高决策成本。

因此,有学者强调:分析双边市场不需要采用与分析标准市场不同的办法。老规则在双边市场中不适用这种观点是不正确的。^[27] 事实上,双边性对不同行业及案件竞争分析的重要性并不完全一样:有时候至关重要,有时候只是考虑的一个方面,有时候则可能无关紧要。双边市场理论并非颠覆原有产业经济学而是既有理论的改进。要更好地将双边市场理论适用于反垄断实践,可行的做法是在现有反垄断规则框架下,考虑双边市场的特征,完善具体操作规则和方法,而非单纯强调其特殊性。正如波斯纳 2001 年论述新经济问题时指出的那样:反托拉斯规则是足够灵活的,也借助经济学理论获得了足够依据,完全能够有效地解决新经济提出的那些貌似特殊的反托拉斯问题。^[28]

二、市场界定的路径:一个还是多个相关市场

相关市场界定通常是反垄断分析的起点和基础,任何竞争行为均发生在一定市场范围内,界定相关市场就是明确经营者竞争的市场范围。^[29] 在涉嫌反竞争行为的案件中,市场界定有助于确定被告是否有足够市场力量从事反竞争行为,这些反竞争行为是否会增加或维持市场力量。在经营者集中案件中,市场界定有助于确定约束集中后公司涨价行为的公司范围,从而有助于判断经营者集中是否会导致市场力量的显著增长。^[30]

相比于单边市场,双边市场包括两组不同的消费者,两组消费者之间存在交叉网络效应,平台采用的定价机制不同,企业面临的竞争约束更加复杂,^[31] 界定相关市场也更加复杂。学界已认识到市场的双边性特征:双边市场中存在两组(或者多组,下同)相互需要并通过平台完

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

[27] 参见(英)西蒙·毕晓普:《欧盟竞争法的经济学:概念、应用和测量》;董红霞译,人民出版社 2016 年版,第 98 页。

[28] 参见(美)理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 302 页。

[29] 《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》第 2 条。

[30] David S. Evans, *supra* note 7, p.356.

[31] 关于双边市场中相关市场界定的困难在多篇文献中均有涉及,参见林平、刘丰波:“双边市场中相关市场界定研究最新进展与判例评析”,《财经问题研究》2014 年第 6 期,第 22—30 页;OECD, *Policy Roundtables: Two-sided Markets*, 2009.

成交互的不同用户,双边平台同时向两组用户提供商品或服务。不同群组的用户之间存在间接网络效应,且平台的价格结构具有非中立性。^[32]现实生活中,有些平台的两边用户能够感受到这种联系与互动,例如,买家和卖家直接通过平台交易的交易型双边平台,如淘宝或ebay;也有些平台的两边用户对此感受不明显,例如,索尼 PlayStation 的两边分别是游戏开发者和游戏用户。考察存在双边的市场,对平台一边行为产生影响的竞争约束来自市场另一边,因此审查是否会引起平台一边价格上涨,必须考虑该边需求减少以及由此对另一边带来的负反馈效应。^[33]双边市场依靠平台使多组消费者交易或交互,存在多方参与主体,包括提供中介服务的平台,也包括两组不同的用户群体。中介平台通过牵线匹配,培育客户群基础,最小化成本,使平台参与方从交易中获利或者降低交易成本。^[34]平台参与方既可以通过平台实现互动,也可以直接互动,不同的平台可以向不同的参与方提供服务,平台也可以选择通过纵向一体化自行提供服务。

参与主体的多边性和多样性使涉及双边市场的竞争分析更加复杂。双边平台企业的竞争约束主要来自三类竞争者:一是为同类用户提供服务的差异化双边平台企业;二是仅向一边用户提供服务的单边企业;三是仅在一边市场竞争的双边平台企业。此外,还有两类竞争约束:一是三边平台企业,三边平台企业可能利用在第三边获取的利润补贴其他两边;二是纵向一体化的企业,如苹果坚持自己为其操作系统提供应用软件。^[35]以分享经济为例,分享经济平台既和行业内其他平台竞争吸引买方和卖方,也和提供相似商品或服务的传统供应商竞争。例如,Uber 和 Lyft 与传统的出租车公司竞争乘客,也相互争夺司机和客户。平台的商业成功依赖于吸引用户和获取利润的能力,例如,通过收取交易费用获取利润。^[36]竞争约束的复杂性导致在竞争分析中难以确定相关市场范围。在案例中,需要分析竞争约束来自哪个市场,判断不同边市场之间的竞争约束程度。最凸显的问题是,市场各边分别构成独立的相关市场,还是各边共同构成一个相关市场,抑或在界定分析各边独立市场的同时,也界定分析各边组成的整体市场。

学者们试图通过分析双边市场的类型或特征,对相关市场界定中的路径选择形成相应的判断规则。Filistrucchi 等把双边市场分为非交易型双边市场和交易型双边市场,认为前者应界定两个相互关联的市场,后者应界定一个整体市场;无论是界定两个市场,还是界定一个市

[32] See OECD, *supra* note 5, p.11.

[33] David S. Evans, "Two-Sided Market Definition" (November 11, 2009), *ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies*. available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1396751>,最后访问日期:2018年3月18日。

[34] 埃文斯,见前注[2],第464页。

[35] See David S. Evans, *supra* note 33.

[36] See FTC Staff Report, *Sharing Economy Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, p.3.

场,都应考虑市场的双边性。^[37] Wright 提出,界定一个还是多个市场取决于平台收取预定费还是交易费,如果平台仅收取交易费,当交易发生时,平台同时向双方收取费用,那么界定两个彼此独立的市场意义不大。^[38] Evans 认为,只有一边存在网络外部性的特殊非交易型双边市场,可以只关注不存在网络外部性的一边并在该边界定相关市场。^[39] Luchetta 则认为,非交易型双边市场均不属于双边市场,这类以媒体为主的双边市场可以从纵向产业组织角度观察,即企业在上游以服务为对价购买用户注意力,经加工整理之后,将注意力出售给广告主。^[40] 有学者指出,因为平台的特殊性,平台所面临的竞争者、消费者各不相同,分别处于不同市场中,只界定任何一边相关市场或者单独界定双边相关市场,都难以判断平台经营者所实施的行为对市场秩序造成的影响。因此,在具体操作中,既需要界定平台两端市场,也需要界定平台市场。^[41] 有学者认为,对平台企业相关市场的界定,必须关注平台的双边,考察平台交叉网络外部性正负。如果平台的交叉网络外部性为正,这时就有必要借助对平台盈利模式的确定及平台利润来源的剖析来划定相关市场的边界。^[42] 有学者认为,界定相关市场仍应以“需求替代性”为标准,双边市场情形下由于存在三种需求,需同时界定三个市场。^[43] 总体来看,学界的建议可以粗略分为两类,第一类是根据平台类型选择不同的市场界定方式,其中,交易型双边市场可以界定为一个包括各边的整体市场,非交易型双边市场的界定则需要根据实际情况选择,可以界定几个相关联的市场,也可以只着重分析其中一边。另一类建议则是全面分析,既界定整体市场,也界定各边市场。

随着双边市场理论研究的不断深入,反垄断机构越来越关注市场的双边性,双边市场在案例中出现的频率越来越高。实务界已开始普遍关注界定一个市场、多个市场,还是界定相关联的几个市场等不同做法对调查结论的影响。但各司法辖区针对个案界定的思路并不相同,同一司法辖区在不同案件中的界定思路也不完全一致,对此尚无明确的规则。实践中,既有界定某一边市场的,也有界定多个关联的相关市场的,还有界定为包括双边或多边的单一市场的情形。

[37] See Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme, Pauline Affeldt, “Make Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, No. 2, 2014, pp.293-339.

[38] See Julian Wright, *supra* note 10, p.62.

[39] See David S. Evans, “Antitrust Economics of Free”, *Competition Policy International*, Spring 2011. available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1813193>, pp.1-26,最后访问日期:2018年3月18日。

[40] See Giacomo Luchetta, “Is the Google Platform a Two-Sided Market”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, No.1, 2014, pp.83-118.

[41] 参见张晨颖:“平台相关市场界定方法再造”,《首都师范大学学报(社会科学版)》2017年第235期,第47页。

[42] 参见蒋岩波:“互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件”,《法学家》2012年第6期,第74页。

[43] 参见许光耀:“互联网产业中双边市场情形下支配地位滥用行为的反垄断法调整——兼评奇虎诉腾讯案”,《法学评论》2018年第1期,第108-119页。

执法机构在有些案件中对各边分别界定相关市场,同时在竞争分析中考虑各边间关系。例如,在 GIMD/Socpresse 和 SIPA/Pole Socpresse 案中,欧委会和法国竞争委员会对各边分别界定了相关市场。^[44]以 GIMD /Socpresse 案为例,欧委会围绕杂志读者和广告商分别界定了不同市场。^[45]澳大利亚竞争主管机构通常对每个客户群体分别界定相关市场,竞争分析时考虑双边间的间接网络效应,该做法尤其适用于媒体并购案。在媒体并购案中,澳大利亚竞争主管机构一般界定三个独立的产品群体:向广告商提供广告机会;向消费者提供内容;从内容提供商购买内容。如果各产品市场间的关系会防止或加强竞争损害,则需要体现在竞争分析中。因此,只有市场的双边特征可能影响竞争分析时才会影响到市场界定。^[46]

对一些涉及报纸等媒体型双边市场案件,有的执法机构重点分析了一边市场,没有界定两个相关市场。例如,在 Google/DoubleClick 案中,欧委会界定了三个相关产品市场:“在线广告空间供应”、“在线广告中介”以及“在线展示广告技术”。其中“在线广告空间供应”和“在线广告中介”都涉及双边市场,但欧委会只在“在线广告中介”中明确提到了市场的双边特征。^[47]在 Archant/Independent News and Media 案中,英国竞争委员会从广告商角度界定了报刊广告市场,包括免费及付费周刊等,没有界定两个不同的市场,即读者市场和销售广告空间的市场。^[48]在 Spir/Schibsted 案中,法国竞争主管机构认为互联网不存在读者市场,但应在竞争评估阶段考虑对受众的影响,受众对确定运营商在相关市场上的市场力量必不可少,受众减少既会影响销售收入,也会影响广告收入,从而限制其提高发行价格的动机。^[49]

尽管学界有共识认为在交易型双边市场中界定一个整体市场更为合理,但有执法机构曾对典型的交易型双边市场两边均界定了相关市场。例如,在 Ebay/Gmarket 案中,韩国公平交易委员会认为在线交易市场是典型的双边市场,市场上存在两组不同的用户:卖家和消费者,两组用户群体间存在间接网络效应,卖家和消费者无法直接进行交易,需要通过平台对接。但委员会对在线交易市场两边分别界定了相关市场。eBay 承认市场具有双边特征,但认为合并审查只需分析对消费者的影响,对卖方的影响从本质上说是对消费者影响的反映,因此无需对两边分别分析。韩国公平交易委员会认为,市场两边显著不同,在卖家一边,在线交易市场需要通过竞争吸引更多卖家,展示更多商品,使卖家间充分进行价格竞争;在消费者一边,则需提供更加便利的购物体验。因此应分别界定市场两边的相关市场并进行竞争评估。^[50]

[44] Lapo Filistrucchi, et al., *Mergers in Two-Sided Markets-A Report to the NMa*, p.57, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_download/documenten/nma/NMa_Two-Sided_Markets_-_Report_-_16_July_2010.pdf, 最后访问日期:2018年3月15日。

[45] COMP/M.3420-GIMD / SOCPRESSE (4064).

[46] See OECD, *supra* note 5, pp.81-83.

[47] COMP/M.4731-Google/ DoubleClick.

[48] Archant Limited / Independent News and Media PLC merger inquiry.

[49] Lapo Filistrucchi, et al., *supra* note 44, p.58.

[50] See OECD, *supra* note 6, p.111.

近年来执法机构通常参考平台提供的产品或服务界定市场,认为交易型双边市场构成单一市场。在交易型双边市场中,存在且可以观察到交易发生,可以选择根据交易收费,或者选择对加入平台收费的同时对使用平台收费,即可以分成两部分收费,应该界定一个单一的市场。^[51]我国也有学者认同这种做法并指出,以交易方式为依据将双边市场划分为交易型双边市场和非交易型双边市场,进而分别判断竞争约束的方向,是较为科学和可行的方法。^[52]在 Bloemveiling Aalsmeer/FloraHolland 案中,花卉拍卖和其他销售渠道为种植者和买家提供了交易平台,荷兰竞争执法机构认为相关市场包括平台的两边,把相关产品市场界定为观赏园艺产品交易市场。^[53]同样,在 Travelport/Worldspan 案中,欧委会将相关产品市场界定为通过 GDS 提供的电子旅行分销服务市场,没有为旅行服务提供者和旅行社界定单独的市场。^[54]在 Google/DoubleClick 案中,欧委会明确界定了一个中介市场,即在线广告代理市场。欧委会认为,提供中介服务的广告网络是一个双边市场,一边服务于希望刊登广告的发行商(网站),另一边服务于希望在网站上运行广告的广告者。这种平台不能让受众和广告商交易,而是通过扩大受众群体获得更多广告收入。^[55]美国联邦贸易委员会也曾分析过交易型双边市场的特点,在 2007 年的 Realcomp 案中,美国联邦贸易委员会认为房屋经纪服务市场存在显著的网络效应和双边特征,平台上的买方或者其经纪人越多,对售房人或经纪人就越有价值,因为这有利于获得更高价格或在更短时间内出售房屋;同理,平台上的卖方或经纪人越多,对买方来说也更有价值,因为他们可以在更短时间内找到更合适的房屋。^[56]

在这方面,观点最为明确的是德国。德国竞争执法机构在研究报告和案例中明确指出交易型双边平台应界定为一个包含双边的单一市场。在 2016 年发布的《平台和网络的市场力量》报告中,德国竞争执法机构把平台区分为匹配平台和受众提供平台。匹配平台连接两个用户组以进行特定交互,如果两边用户需求一致,那么界定一个相关市场就是合理的。相关产品平台提供的中介服务,因为平台将市场两边聚集到一起,实现匹配,市场两边都必不可少,同时也没有必要区分上游和下游,因为平台向两边提供的服务一样。^[57]2015 年德国两个合并案也明确体现了这一观点。在 Immonet.de/Immowelt.de 案中,德国联邦卡特尔局认为,网上

[51] Lapo Filistrucchi, et al., supra note 37, pp.293-339.

[52] 参见宁立志、王少南:“双边市场条件下相关市场界定的困境和出路”,《政法论丛》2016 年第 6 期,第 127-128 页。

[53] See Lapo Filistrucchi, et al., supra note 44, p.55.

[54] COMP/M.4523-Travelport/Worldspan.

[55] See OECD, supra note 46, pp.17-23.

[56] 参见 Realcomp II, Ltd.案 FTC 初步决定书, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/061-0088/realcomp-ii-ltd-matter>, 最后访问日期:2018 年 3 月 17 日。

[57] Bundeskartellamt, Working Paper-Market Power of Platforms and Networks, June 2016, available at <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-publishes-working-paper-market-power-platforms-and-networks>, Lant visited Mar.19, 2018.

房地产平台市场属于双边市场中的交易型平台,无需单独界定市场各边。因为在线房地产平台的产品不可分割,必须包含两组用户,市场两边都使用房地产中介服务,当转换到替代中介时,两个用户组将再次聚集在一起,由于双边存在积极的间接网络效应,两组之间具有密切的相互依赖关系,无需对市场各边分开单独评估。^[58] 德国联邦卡特尔局在交友平台 Parship/Elitepartner 案中也作出了类似分析。^[59]

法院对市场双边性的关注度也不断提高。在法国 *Bottin Cartographes v. Google* 案中,巴黎商事法庭无视搜索引擎的多边平台特征,直接适用单边市场分析方法。^[60] 巴黎上诉法院驳回了下级法院判决并指出,多渠道市场运营商在市场上提供免费产品或服务,不是要遏制竞争对手,而是要增加另一个市场的用户数量,这种商业模式在数字市场中相当广泛,可能也是合理的。即使在双边平台各边均界定相关市场,鉴于平台各边的相互关系,至少在评估是否存在掠夺性行为时,有必要对市场双边均加以考虑。^[61] 在欧盟万事达卡案和法国银行卡联盟案中,欧洲法院也明确了类似要求。在 *MasterCard, et al. v. Commission* 案中,欧洲法院指出,发卡边和收卡边相互依存,双方之间存在相互作用和间接网络效应,因此,在判断一项行为是否限制竞争时必须充分考虑支付体系的双边性。双边市场的效率分析应考虑市场两边客户所获利益,而不仅是受到限制竞争行为影响一边的客户的利益。只在双边平台的一边分析限制竞争行为的目的或效果是错误的,只在双边平台的一边分析效率也是错误的。^[62] 同一天公布的 *Groupement des Cartes Bancaires v. Commission* 案判决也指出,不能仅对双边市场的一边适用竞争规则,而完全不考虑市场另一边,必须考虑发卡边和收卡边的互动以及双方的间接网络效应。^[63] 在 *United States v. Am. Express Co.* 案中,美国第二巡回上诉法院明确应用了双边市场理论,认为尽管都是支付卡行业案件,但地区法院在该案中采用 *United States v. Visa U.S.A., Inc.* 案相关市场界定的做法是不恰当的。地区法院将两个市场分开界定,分析美国运通的纵向限制对网络服务市场的影响,忽略了它们对通用卡市场的影响,忽略了两个市

[58] 案件内容及调查结论参见德国联邦卡特尔局案件 B6-39/15, Case Summary, Clearance of Merger of Online Real Estate Platforms,最后访问日期:2018年3月18日。

[59] 案件内容及调查结论参见德国联邦卡特尔局案件 B6-57/15, Case Summary, Clearance of Merger Between Online Dating Platforms.

[60] 参见苏华:“多边平台的相关市场界定与反垄断执法发展”,《价格理论与实践》2013年第8期,第30页。

[61] See David S. Evans, “The Emerging High-Court Jurisprudence on the Antitrust Analysis of Multi-sided Platforms”, *Social Science Electronic Publishing*, 2017.

[62] C-382/12 P-MasterCard and Others v Commission.

[63] Frederic Pradelles and A. Scordamaglia-Tousis, “The Two Sides of the Cartes Bancaires Ruling: Assessment of the Two-Sided Nature of Card Payment Systems Under Article 101(1) TFEU and Full Judicial Scrutiny of Underlying Economic Analysis”, *Cpi Journal*, Vol. 10, No.2, 2014, available at <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Autumn2014PradellesScordamagliaTousis.pdf>, 最后访问日期:2018年3月18日。

场的相互依赖。^[64]

综上所述,目前关于双边市场的理论研究对界定一个还是多个市场提供了具有参考价值的建议,尤其是对交易型双边平台的相关市场界定达成了一定共识。但反垄断实践差异仍然较大,主要原因:一是理论研究转化为法律适用有较长的渐进过程,需要通过“裁判和学术研究之间的试错,判例—解释—批评—检讨—理性化的互动过程”^[65]实现;二是双边市场理论需要进一步完善,对相关市场界定的指导需要进一步深入;^[66]三是在缺乏完善的双边市场经济学理论时,即使认识到双边性特点,反垄断机构对是否以及如何考量双边性有较大的自由裁量权。但是,学界研究成果和执法实践充分体现了如下共识:相关市场界定只是一种工具,不是一成不变的。相比于精确界定相关市场,考虑市场两边的关联性以及不同用户群体相互关系的复杂性更重要。^[67]例如,在近年各司法辖区的法院判例中,尽管市场界定并不相同,但法院都强调要对双边均加以考虑。无论是界定一个包含双边的相关市场,还是把市场各边单独界定为相关市场,抑或不对相关市场做精确界定,关键是充分认识市场两边的相互影响。这种考量可以体现在相关市场界定中,也可以体现在竞争分析中。反垄断机构可以基于特定案件的数据和需求作出务实的路径选择,没有必要也难以对相关市场作出完全一致的认定。

三、考察双边性的方法:尝试与局限

传统的相关市场界定方法主要包括需求和供给替代分析,以及 SSNIP 测试(假定垄断者测试)等。尽管很多学者提出,在市场具有双边性时,相关市场界定的具体方法应有所调整,但现有研究主要集中于对传统方法的调整和补充,尚未针对双边市场提出新的解决方案。

在替代性分析方面,一种方式是在相关市场界定中增加分析时考虑的替代性因素。这有利于减少相关市场界定中的误差项,提高结论的准确性和可预期性。^[68]研究提出需要特别关注的因素包括:一是平台的盈利模式。平台的收费模式不同,可能导致在不同的相关市场竞争。例如,在 TPS 案中,欧委会批准了设立 Télévision Par Satellite (TPS)平台的协议。在界定相关市场时,欧委会指出,付费电视和免费电视构成不同的产品市场。其中,免费电视的交易关系主要发生于节目播放商与广告商之间,付费电视的交易关系主要发生于节目播放商与订阅电视节目的观众之间。二者所面临的竞争条件因此也是不同的。^[69]这种方法以收费主

[64] United States v. Am. Express Co., 838 F.3d 179 (2nd Cir. 2016).

[65] 邓峰:“同源分化和同案异判——Intel 忠诚返利案的国际比较”,《北大法律评论》2013 年第 14 卷第 2 辑,第 268 页。

[66] 参见宁立志等,见前注[52],第 127 页。

[67] See OECD, supra note 5, p.11.

[68] 参见张晨颖,见前注[41],第 48 页。

[69] See case IV/36.237-TPS.

体和对象为依据,按照不同盈利模式界定市场,具有相同盈利模式的企业可能属于同一市场。盈利模式测试法简单易行,避开了复杂的专业技术问题,但有效性仍有待检验。^[70]二是用户数量。无论是直接从用户获取利益,还是基于网络正外部性,经营者都会因用户群体的庞大而获得更多利益,故而,控制用户是平台的核心所在。欧盟《关于在电信部门的接入协议中适用竞争规则的通知》中指出,接入的经济重要性取决于被连接的网络的覆盖面。^[71]对用户数量的关注,实际上是通过考虑网络效应使替代性分析更有效。三是供给替代分析作用增强。有学者强调,在双边市场中不能将供给替代分析方法仅作为需求替代分析方法的补充,应充分重视其应用价值。^[72]典型代表是互联网行业,在奇虎诉腾讯案中,法院指出,在界定相关商品市场时,应充分考虑互联网行业的竞争状况和市场格局;互联网行业是动态市场,业内成功产品、服务及商业模式很容易被其他企业模仿,市场进入门槛极低。因此,除以需求替代来界定相关市场外,还应考虑供给替代,将其他企业的潜在产能考虑在相关市场范围内。^[73]

替代性分析方法侧重于在界定相关市场时进行定性分析。在分析时,考虑的因素众多。例如,在判断需求替代性时,常用的判断因素包括功能、质量、价格、获取的难易程度等。而在界定相关市场时,必要时也应当进行供给替代分析。事实上,即使是在单边市场中,对不同行业不同案件进行替代性分析时,所考虑的主要因素及所占比重也各不相同。因此,增加考量因素并非对原有相关市场界定方法的改变,甚至也不算改进,而只是在传统分析框架内针对具体案件的具体分析。例如,付费方式其实是价格的体现,用户数量也反应了网络的不同性能。这些因素并未脱离替代性分析中常用的判断因素。

一些文献试图对相关市场界定中常用的经济学方法进行梳理和改进。目前,SSNIP测试是界定相关市场的标准方法。^[74]但双边平台必须协调两组不同而又需要彼此交互的用户之间相互依赖的需求,要内化两个群体间的间接网络外部性,平台定价策略可能非常不同。为了吸引两边的用户,双边平台既要确定价格水平,也要选择价格结构。如果不能合理设计价格,则难以达到临界规模,不会赚钱,也无法长久生存下去。^[75]平台可以通过提高一边价格,在另一边降低同样价格,来影响交易规模。交叉网络外部性的大小、收费方式和单归属与多归属特征也会影响价格结构。^[76]而且,平台的价格结构还可能随着市场情况不断变化。即使一个平台起初的定价机制没问题,也不能确保不同用户群之间的平衡会一直保持最优,因为市场

[70] 参见林平、刘丰波:“双边市场中相关市场界定研究最新进展与判例评析”,《财经问题研究》2014年第6期,第25页。

[71] 参见张晨颖,见前注[41],第48页。

[72] 参见宁立志等,见前注[52],第130页。

[73] 参见苏华,见前注[60],第30页。

[74] 参见毕晓普,见前注[27]。

[75] See David S. Evans, et al., supra note 3, p.96.

[76] See Mark Armstrong, supra note 13, p.668.

情况会不断发生变化。^[77] 因此,在适用 SSNIP 测试时就更加困难。单边市场价格单一,而多边市场存在多重价格,这多个价格之间还会相互影响、不断变化。这导致在进行相关市场界定时,价格等数据的选择更加困难,需要考虑的因素更多,计算公式更加复杂。例如,如何确定基准价格,如何确定利润,如何在各边对价格上涨进行分配等。经济学家普遍认为,传统单边市场的标准 SSNIP 测试不能直接应用于双边市场,需要进行相应调整,但目前学界并未就如何改进形成一致且完善的建议。

有学者指出,不同类型的双边市场可以用不同方法来改进 SSNIP 测试。在交易型双边市场中,双方存在可观测交易,可以按交易量收费,SSNIP 测试应以总价格为基准价格。对于非交易型双边市场,由于双方不存在可观测的交易,仅能收取预定费,应分别就市场两边的价格进行 SSNIP 测试,但要对相关公式进行修改以反映双边的交叉网络外部性。对存在单向交叉网络外部性的非交易型双边市场,可以直接应用 SSNIP 测试,但是只针对不存在外部性的一边进行测试。^[78]

一些学者建议,可以应用 SSNIP 测试的思路,但需对考察因素进行调整。例如,在合并审查中,由于双边市场定价结构复杂,通过竞争分析判断合并对价格的影响非常困难,一个替代选择是判断合并对交易总量的影响。^[79] 多个双边市场经济分析模型显示,当合并后平台提高价格时,交易量就会下降。即使市场一边价格有所下降,平台交易量仍可能因为市场另一边价格上涨而下降。^[80] 因此,交易总量可以反映出双边的价格变化,比某一边价格更全面地反映竞争影响。同时,交易总量数据容易获取和观测,也便于具体操作。一种是产品性能测试法。产品性能测试法运用 SSNIP 测试的原理,以产品性能变化取代价格变化来测试需求弹性,进行相关市场界定。如果某一产品性能显著降低,使得消费者转移到其他替代产品,或者新产品性能显著提高,能够把足够多的其他产品的用户吸引过来,那么替代产品就应该被划入所分析产品的相关产品市场。^[81] 一种被称为性价一体化测试法。有学者认为,能体现兼顾双边市场“总价格”的只有产品质量本身,而产品质量不仅包括产品性能,还应考虑影响双边市场交易平台的定价策略,如网络效应、用户数量、产品差异化、网络产品的兼容性、用户锁定效应强弱、信息传播度、设置排他性使用限制以及产品与辅助工具的综合匹配度等。通过将产品质量量化为多个衡量指标,与产品竞争价格结合,构造一个以性价一体化为核心的综合评价体系。如果目标产品性价指标下降后,即使假定垄断者销售量下降,但其仍然有利可图,则目标

[77] See David S. Evans, et al., supra note 3, p.98.

[78] 参见林平等,见前注[70],第 25 页。

[79] See OECD, supra note 5, pp.150—157.

[80] 例如,Rochet 和 Tirole 等经济学家提出的经济分析模型就显示了这一特点。See Jean-Charles Rochet and Jean Tirole supra note 4, pp.990—1029.

[81] 参见叶明:“互联网对相关产品市场界定的挑战及解决思路”,《社会科学研究》2014 年第 1 期,第 9—16 页。

产品就构成相关产品市场。^{〔82〕}后两种测试方法听上去比较合理,但事实上很难操作。产品性能难以量化,包括多个因素的产品质量更难衡量。这些方法中指出的各项因素事实上就是相关市场界定替代性分析的考虑因素,SSNIP采用价格作为考量标准就是希望能够将各种不能量化的因素以价格变化的形式反映出来。这两种方法在具体案件中如何操作、需要什么数据等,目前尚无具有可操作性的建议。实践中,可能根本无法将性能、质量等进行量化,导致无法采用SSNIP测试方法,或量化数据差异较大,使同一案件出现不同分析结果。

经济学家也尝试对SSNIP测试的具体方法进行调整和改进。例如,Evans和Noel根据双边市场的特征,基于单边市场的临界损失分析公式,提出双边市场的计算公式和分析过程。Filistrucchi研究认为,运用修正的SSNIP模型,充分考虑到两个市场中的联系,在非交易市场中,SSNIP可以测试平台两端市场价格同时进行微小但有意义的上涨,测试盈利情况;在交易型双边市场中,需要测试交易价格的上升和平台盈利的影响。他进一步指出,在非交易型双边市场中,SSNIP可以作为更小边界的相关市场的证明。同时他给出了非交易型双边市场(媒体)美国版和欧盟版的临界损失分析公式。他的改进之一在于允许同时改变市场两边的价格,其中一边的价格是内生的,是由另一边的提价幅度和双边之间的关联性决定的。Emch和Thompson的研究认为,进行SSNIP测试时选取的基准价格应为充分竞争的当前市场价格。他们重点研究了在交易型双边市场中应该选取的基准价格。通过对银行卡的研究,他们认为只有总价格才是SSNIP测试唯一合理的基准价格,交换费、向商户和发卡行收取的价格都存在问题。但欧委会认为他们对银行卡市场的分析过于简化。^{〔83〕}

在一些涉及双边市场的案例中,执法机构采用了SSNIP测试,但这种运用往往是在各相关市场的应用,而并非对SSNIP方法的调整。例如,在First Data/Concord EFS案中,美国司法部称,因为PIN借记卡市场是双边的,就不能使用SSNIP分析方法这种说法并没有法律或经济学上的支持。^{〔84〕}最终,美国司法部主要采纳了商户一边的测试结果,因为First Data和Concord公司的合并对商户一边影响最大,最有可能对平台两边市场产生排除或限制竞争的效果。^{〔85〕}

由于双边市场中相关市场界定的复杂性,也有学者提出可以淡化相关市场界定的作用。例如,根据案情需要选择合适的方法进行相关市场界定,或者使用更为直接的证据。尤其是在判断企业是否具有支配地位的情形中,如果有直接证据显示企业具有市场支配

〔82〕 转引自宁立志等,见前注〔52〕,第127页。

〔83〕 该部分根据林平、张晨颖文章内容整理。参见林平等,见前注〔70〕,第22—30页;张晨颖,见前注〔41〕,第41—51页。

〔84〕 See U.S., et al. v. First Data Corp. and Concord EFS, Inc. Plaintiff United States' Reply to Defendants' Pretrial Brief [Redacted Version].

〔85〕 参见张晨颖,见前注〔41〕,第49页。

地位,那么可以使用直接证据进行分析,无需界定相关市场。^[86]但是,一般来说,相关市场界定仍然是反垄断调查中的基础程序。有学者指出,淡化相关市场概念要符合严格的条件:一是其他作为论证依据的事实证据充足、逻辑清晰;二是在特定案件中,“具有市场支配地位”成为唯一合理解释,其他合理原因均已被排除;三是误判并造成损失的可能性已远远小于任由竞争损害持续下去造成更大损失的可能性;四是相关市场界定过于困难或不可能完成。^[87]需要注意的是,淡化相关市场界定并非针对市场双边性的特殊解决方案,学界和执法机构早就认识到相关市场界定只是市场评估的方法而非目的。美国《横向合并指南》指出:执法机构的分析不需要从市场界定开始,尽管评估客户可获得的竞争性替代产品在分析中的某些时刻是必需的,执法机构使用的一些评估竞争效果的分析工具并不依赖于市场界定。^[88]有学者指出,严格界定相关市场的重要性正在下降。一是对部分案件的竞争评估并不需要精确界定相关市场。二是假定垄断者测试方法有其适用局限性。三是在需要精确界定相关市场的案件中,应当灵活运用界定相关市场的方法。^[89]在很多案件中,精确界定相关市场本身是很困难的。在现实生活中,产品的替代品可能很多,替代程度有强有弱,相关市场界定并不一定完全确定,而且可能不断变化。例如,欧委会在多起合并案中,就对相关市场界定持开放态度。

在相关市场界定中考察双边性的具体方法方面,理论研究没有形成重大突破,也尚未提出较为明确和有操作性的计量分析工具。这一研究状况和困局反映了双边市场相关理论目前难以对反垄断政策和实务分析产生明显指导和制约作用。尤其是,考虑到双边市场及其价格结构、间接网络外部性程度的多样性,短期内试图通过理论研究提供一个统一且完善的操作性方法极不现实,要确定一个适用于所有案件的 SSNIP 方法也没有必要。随着商业模式的不断创新,各种具有双边性特征的市场会不断涌现。最现实的解决方案是,在界定相关市场时,应当充分考虑市场的双边性,适用 SSNIP 思路时,也要考虑市场各边以及它们之间的间接网络效应。^[90]总体来看,相关市场界定的基本方法仍没有改变,研究和执法仍需在现有反垄断理论框架内对市场的双边性问题进行考察。只要在执法中充分考虑市场的双边性特征,目前的反垄断规则和方法也能够应对这一挑战。

[86] 参见林平等,见前注[70],第29页。

[87] 参见黄勇、蒋潇君:“互联网产业中‘相关市场’之界定”,《法学》2014年第6期,第99页。

[88] U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, August 19, 2010.

[89] 参见吴振国、刘新宇:《企业并购反垄断审查制度之理论与实践》,法律出版社2012年版,第77—78页。

[90] See Gönenç Gürkaynak, et al., “Multisided Markets and the Challenge of Incorporating Multisided Considerations Into Competition Law Analysis”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.5, 2017, p.110.

四、市场界定中的双边性问题:思考与启示

关于双边市场的理论研究不断发展,对学界和实务界认识和理解不断出现的新商业模式具有重要意义,但总体来看,这一理论仍不成熟,实务适用也可能产生偏离、分化甚至矛盾。因此,在相关市场界定中考察双边性时,要更多地回归反垄断基础理论和经验,回归案件的行业背景和特点。

(一)理论适用的现状和反思

理论研究和执法实践相互促进,也存在偏离。一方面,双边市场理论研究的兴起得益于执法机构对双边市场行业的关注和调查,理论发展又不断影响执法机构和法院的思路和选择,为执法提供更好的参考,德国的《平台和网络的市场力量》报告就是一个例证。另一方面,实务和理论研究之间仍不可避免地存在滞后和偏离。理论研究转化为执法实践要求有更成熟完善的研究成果,有实务操作的资源和基础,还要考虑到个案的具体情况和争议重点。因此,要更好地考察双边性特征,理论研究者和实务界均需不断学习、反思并相互促进。

理论适用依赖于对双边市场相关理论的准确把握。实务的不同做法反映出对双边市场特征和相关理论认识程度的差异。有的案例考虑了双边市场理论,但并未得出经济学家期待的结论。有的案例没有明确考虑双边市场理论,但对案件结果没有造成影响。^[91] 理论适用不是简单的过程,判断失误也难以避免。但理论的价值必须通过正确的适用才能体现,否则仍会产生执法失误。与单边市场不同的是,在考察双边市场时需要确定界定一个或几个相关市场,但这不是一个基础理论问题,而是路径选择问题,执法机构和法院选择界定几个相关市场并不重要,关键在于准确识别并充分考虑市场各边间的相互关联。因此,理论适用不是简单机械地引用研究成果,而要通过对相关理论的学习了解,更加准确地认识市场的双边性及其对竞争分析的影响。

同时,对双边市场的理论研究不应脱离现有反垄断规则与分析框架。双边市场具有特殊性,但任何行业、任何案件都具有特殊性,单纯强调双边市场的特殊性可能导致对反垄断基本理论和目标的偏离。目前学界对双边市场中的相关市场界定方法的建议只是对传统思路的调整,而非颠覆。以对 SSNIP 方法为例,这种调整并非意味着该方法在双边市场中不再适用,恰恰表明即使是在双边市场中,这仍然是相关市场界定的基本思路。因此,要充分利用现有反垄断理论、规则和分析框架应对实际案件中的挑战。对双边市场的研究要在现有反垄断理论和规则基础上,提出更加系统具体的分析框架和方法。执法和司法机构也需要利用反垄断调查的一般性方法,包括行业调研、市场测试等,来考察双边性问题。

[91] See Dirk Auer and N. Petit, *supra* note 11, pp.426—461.

(二) 市场界定的基础是对行业背景的深入认识

对行业的了解是准确界定相关市场的前提,双边市场更是如此。不同行业的双边市场可能具有不同特征,也对市场界定有不同影响。具体而言,对行业的了解有两个方面。一是双边市场的共同特征是如何在具体案件中体现的。例如,具体案件涉及的经营者在双边市场中处于什么地位,是双边市场中的平台还是平台的两边;市场各边的交叉网络外部性是如何体现的,程度如何;市场的价格结构是如何确定的,定价结构是否存在显著不均衡,是否存在免费产品或服务,补贴端和被补贴端分别是谁;市场发展是否已经成熟,经营者是否已解决“鸡蛋相生”问题;市场上各边用户选择平台的偏好如何;是否具有明显的单归属或多归属情形等。二是要对案件所涉及的具体行业及其发展背景、运营模式、核心竞争点等有深入全面的了解。双边市场有多种类型,涉及多个行业,每个行业的商业模式和发展特点都各不相同。既有高风险的金融业,也有更接近民生的交通业;既有营利性的,也有非营利性的;既有政策完善监管复杂的,也有新兴行业监管缺位的。简单的双边市场和复杂的双边市场存在很大区别;软件平台和电子商务平台也存在显著区别。有的行业成熟度较高,市场结构趋于稳定,行业研究比较充分,例如,学界和各司法辖区对支付卡行业、媒体等已有比较成熟的经验;而有的行业比较新,市场发展变化很快,各方面政策和研究尚处于初步阶段,例如,近年来兴起的分享经济代表 Uber、Airbnb 等。

学者们对双边市场中相关市场界定的建议,无论是调整或增加定性分析因素,还是改进 SSNIP 测试,都基于对行业的充分了解,对行业竞争特点的调查和把握。例如,对行业充分了解才能判断市场两边的间接网络效应,才能判断其盈利模式等。对行业充分了解才能判断其发展阶段,采取合适的干预方式,例如,多边平台必须达到临界规模才能发展起来。必须解决“鸡蛋相生”的问题,让市场的两边都有足够的参与者才能创造价值。^[92] 对行业充分了解,知道哪些数据容易获得,哪些数据无法获得,才能确定可以采用的定量分析方法。有执法官员指出,新经济行业是比较复杂的,只有了解行业的运营和发展的特征,才能找到企业竞争的核心所在,在竞争评估时,才能切中要害,真正发现竞争问题。^[93] 从各司法辖区实践经验来看,对行业的深入调查也是相关市场界定的基础。例如,欧委会进行相关市场界定时,都会对案件涉及的交易方和产品或服务进行非常详细的介绍。在 Travelport/Worldspan 案中,欧委会用了 40 余段对 GDS 服务及其面临的市场竞争状况进行详细介绍与分析。^[94] 在 Google/DoubleClick 案中,欧委会在界定相关市场前,在第 8—43 段用大量篇幅对市场状况进行了概述。^[95] 在 United States v. Am. Express Co. 案判决中,美国第二巡回上诉法院也用大量篇幅介绍了

[92] David S. Evans, et al., supra note 3, p.36.

[93] 参见董红霞:“谈经济分析在反垄断中的应用”,2016 年中国竞争政策论坛发言, http://finance.sina.com.cn/focus/5th_zgjzzelt/, 最后访问日期:2017 年 11 月 16 日。

[94] See OECD, supra note 55.

[95] See supra note 48.

支付卡行业发展历程、主要模式和竞争状况等。^[96]

(三) 界定单边市场的作用不可忽略

双边市场并非新生事物,尽管有一些新特点,但传统相关市场界定方法仍然具有重要价值,在数据和执法资源有限的情况下,界定单边市场也能发挥一定作用。

一是分别在各边界定相关市场可以作为竞争分析的起点。由于市场双边性程度不同,在一些情况下,单边的相关市场界定具有重要价值。例如,在非交易型双边市场的情况下,当一边对另一边没有外部性时,可以不考虑另一边,仅对该边界定相关市场。^[97] Luchetta 认为,非交易型双边市场均不属于双边市场,可以从纵向产业组织的角度进行观察。^[98] 有学者认为,在对非交易型双边市场进行分析时,可以采取如下步骤:先在平台两边分别界定两个市场;确定具体案件的争议焦点所在的一边市场,在竞争分析时将该边市场作为重要参考依据;兼顾另一边市场的竞争约束,综合起来为相关市场界定提供判定依据。^[99] 这些建议充分体现了界定单边市场在一些案例中可以发挥重要作用。

二是通过界定单边相关市场分析筛选案件。经济学家批评在双边市场中界定单边市场或适用单边市场分析方法的主要原因是:这忽略了双边市场中面临的竞争约束更多,会放大企业的市场力量。例如, Filistrucchi 认为,在大多数情况下,界定单边市场,包括针对单边的 SSNIP 测试,会导致市场界定过窄。因此,只有依据该市场界定导致禁止合并或认定滥用市场支配地位等时,才会出现错误。^[100] 所以,在合并审查或涉嫌垄断的案件调查中,可以通过对单边相关市场的分析来对案件进行初步筛查。尤其是合并审查时限要求较高,如果精确界定相关市场需要大量数据或耗费大量精力或存在较大争议,通过对单边市场分析是进行案件筛选的一种替代出路。在界定更窄市场的情况下,如果交易不会对市场竞争造成影响,那么在更大的相关市场中存在问题的可能性更低。因此,就可以不再对一些案件开展进一步调查,这也利于执法机构集中更多资源和精力处理其他重大案件。

(四) 对双边性的研究和考察应着眼于中国语境

近年来,我国互联网模式不断创新、线上线下服务融合加速以及公共服务线上化步伐加快。数字经济繁荣发展,电子商务持续快速增长,中国上市互联网企业超百家,市值接近九万亿元。^[101] 中国互联网产业快速发展,对双边市场、平台以及反垄断规制研究的现实需求不断

[96] United States v. Am. Express Co., 838 F.3d 179 (2nd Cir. 2016).

[97] Lapo Filistrucchi, et al., supra note 37, pp.293-339.

[98] See Giacomo Luchetta, supra note 40, pp.83-118.

[99] 参见宁立志等,见前注[52],第128页。

[100] Lapo Filistrucchi, et al., supra note 37, pp.293-339.

[101] 参见中国互联网络信息中心(CNNIC):《中国互联网络发展状况统计报告》(第41次),http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwjbg/201801/t20180131_70190.htm,最后访问日期:2018年2月18日。

扩大,也提供了良好的背景和素材。BAT的扩张与竞争、“二选一”问题、平台的竞争策略与反垄断等,既是学界关注的话题,也是社会经济中的热点问题。

因法系、法治完备程度、市场体制发展水平等因素的不同,各国反垄断法实践中所遭遇的问题亦会有所差异。因此,在论题选择上,应立足本国市场运行中反垄断问题的法治研究。^[102]与欧美不同,中国《反垄断法》实施以来,并未对支付卡行业、大型互联网企业等具有双边性的行业展开大规模反垄断调查。面对互联网的蓬勃发展,中国整体上保持着更加开放包容的态度。对于具有双边性的商业模式,产业主管部门坚持鼓励和包容原则。^[103]法院也对认定平台垄断地位非常慎重。在唐山人人诉百度案、奇虎360诉腾讯案中,法院均采纳了开放的态度。舆论往往强调平台经济的特殊性,寻求给予互联网行业更加宽松的发展环境。可见在中国语境下,双边市场中的反垄断执法中并不像欧美那样,存在明显的“积极失误”现状。因此,双边市场理论的研究基础和重点也与欧美存在显著差异。如前文所述,双边市场理论尚不成熟,希望通过比较研究和参考域外理论与制度来解决中国问题非常困难。同时,作为成文法国家,法律规范和条文的适用与解释仍在执法中占有核心地位。中国《反垄断法》及其配套规定较为原则,在较长时间内会保持相对稳定,因此,在考察市场的双边性问题时,研究和执法更需要把握一个要点,即要在既有制度框架和理论范畴内去考察新的商业模式带来的问题与挑战,而非另起炉灶甚至创设“法外之地”。

Abstract: The literature and antitrust practices show that the theory of two-sided market is not unified and its application may cause diversity, divergence and even contradiction. When considering the two-sidedness in relevant market definition, the core issue is not whether to apply the theory of two-sided market or how many markets to define or what kind of method to use, but to correctly identify and fully consider the relationship between different sides of the market. To reach that goal, there shall be correct understanding and further progress of the theory of two-sided market, reliance on the basic antitrust framework and practical experiences, and deep investigation and knowledge of the industry background and features.

Key Words: Two-sided Market; Relevant Market Definition; Platform; SSNIP

(责任编辑:邓峰)

[102] 参见金善明:“中国反垄断法研究进路的反思与转型”,《法商研究》2017年第4期,第71—80页。

[103] 例如《关于促进分享经济发展的指导性意见》指出,要按照“鼓励创新、包容审慎”的原则,支持和引导各类市场主体积极探索分享经济新业态新模式。