

文章编号: 1671-6914(2004)05-0123-(06)

论新兴 B2B 电子商务市场的反垄断法规制

徐士英¹, 王 良²

(1. 华东政法学院, 上海 200042; 2. 上海对外贸易学院, 上海 200336)

[摘要] 新兴的 B2B 电子商务市场是新经济发展的重要体现。企业通过发展电子商务, 可以极大地提高运营效率, 建立企业的竞争优势。然而, 在 B2B 电子商务环境下, 垄断的产生、存在和发展出现了新的特征, 这将对各国现有的垄断法提出新的挑战, 由此引发了各国政府对这一市场的垄断关注。电子商务的独特技术化特征需要各国在对 B2B 电子商务市场进行反垄断法规制, 保持立法与政策上的灵活性, 平衡电子商务的发展与维护公平竞争之间的关系, 既要促进和鼓励电子商务中的竞争, 又要切实防范 B2B 企业滥用垄断地位, 破坏自由公平竞争的经济秩序。

[关键词] B2B 电子商务; 反垄断法; 效率; 规制

Abstract: The newly emerging B2B e-commerce market is an important embodiment of the new economy. By promoting e-commerce, enterprises may improve their operation efficiency and thus the competitive advantages of them are built up. Whereas, in the environment of B2B, the arising, existing and developing of monopoly has displayed some new features, which will challenge the present antitrust law in each country. Therefore much attention has been paid to this market by each government. When regulating the monopoly of the B2B e-commerce, the particular technological feature of e-commerce should be taken into consideration, in which much heed should be paid to maintaining the flexibility of legislation and policy and balancing the relationship between the development of e-commerce and safeguarding the fair play.

Key Words: B2B e-commerce; antitrust law; efficiency; regulation

中图分类号: DF96 文献标识码: A

一、B2B 电子商务市场概述

电子商务^①是指在网上开展的商务活动。当企业将它的主要业务通过企业内部网(internet)、外部网(extrane)以及 internet 与企业的职员、客户、经销商及合作伙伴直接相连时, 其发生的各种活动就是电子商务。^{[1](P1)} 法律意义上的电子商务是指各种具有商业活动能力的实体利用网络化和数字化技术, 在电子市场上进行的以电子交易和电子服务为核心的商务法律活动。参与电子商务的交易主体有企业、个人消费者、政府及中介机构; 客体包括以商品为主要对象的电子交易行为和以服务为主要对象的网上服务(web service)行为, 它们各自构成独立的电子商务行为, 又共同构建了电子商务的基础; 电子商务的媒介是现代电子信息技术。

电子商务最具发展潜力的是 B2B 电子商务模式^②, 无论是从参与企业的数量、实现的交易金额、交互信息量上来看,

还是从交易的地域范围、交易商品种类以及社会各界的关心和政府的重视程度等多方面来看, 都是电子商务的主体和重

① 电子商务是一个内涵和外延都不断发展的概念, 由于其产生的历史不长, 因而至今没有一个确切的定义, 许多专家和学者从不同的角度纷纷提出了各自的见解。电子商务最初仅仅是利用网络进行商品交易和资金转移的渠道, 但随着网络的普及和真正意义上的电子商务的实现, 电子商务的发展涉及到对整个商业活动的各个方面和环节的整合, 其对商业活动的影响是全方位的。因此, 从广义上来理解电子商务更为合适, 指一切以电子技术手段所进行的、一切与商业有关的活动。而商业界所称的电子商务, 一般是指以互联网为运行平台的商事交易活动, 即狭义的电子商务。

② 关于企业对企业(B2B)电子商务交易, 美国官方统计资料显示, B2B 交易在整个电子商务中占据突出位置。2001 年, 美国的年 B2B 在线销售额达 9,950 亿美元, 占美国电子商务交易总量的 93.3%。欧洲联盟的 B2B 交易值私营部门估计, 2002 年约为 1,850 亿美元至 2,000 亿美元。在中欧和东欧, 一些预计显示, 2003 年 B2B 电子商务交易额将达 40 亿美元左右。在亚太地区, 此种交易额将迅速增长, 由 2002 年的大约 1,200 亿美元增至 2003 年的大约 2,000 亿美元, 2004 年将增至 3,000 亿美元左右。在拉丁美洲, 2002 年的 B2B 在线交易额预测为 65 亿美元, 2003 年将达 125 亿美元, 还有人提出了要比这乐观得多的数字。根据 2001 年的预测, 非洲的 B2B 电子商务交易额 2002 年将为 5 亿美元, 2003 年将为 9 亿美元, 南非将在这两个数字中占 80% 至 85%。资料来源: 联合国贸易和发展会议《2003 年电子商务与发展报告》, <http://www.unctad.org/ecommerce>

收稿日期: 2004-04-26

作者简介: 徐士英(1948—), 女, 浙江江山人, 华东政法学院教授, 法学硕士。

王良(1974—), 男, 河南南阳人, 上海对外贸易学院硕士研究生。

点。^{[2](P87)} B2B 电子商务市场(B2B e- marketplaces) ①是指通过计算机网络将买方和卖方的信息、产品和服务联系起来,来提高买卖双方商务活动的效率的市场。这一市场构筑在交易主体之间高度信任的基础上,通过供应的集中、采购的自动实现、供应配送系统的整合,从而在更大程度上改善企业的竞争条件,建立企业的竞争优势。B2B 电子商务市场被认为能在高度分割且没有统一秩序市场上发挥重要作用,在这一市场上,买卖双方都能通过需求的聚合获取较好的价格^②。

(一) B2B 电子商务市场法律意义上的分类

目前,无论是传统企业还是新兴的电子商务企业,都在努力通过网络实现企业与企业之间的电子商务。根据这些企业开展 B2B 电子商务的目的、方式、参与交易主体的特点,对 B2B 电子商务市场可以做出多种分类。具有法律意义的一种分类方法是按照参与 B2B 电子商务市场的参与交易主体的地位来划分,B2B 可分为三类:买方企业拉动型企业间电子商务,卖方企业推动型企业间电子商务、中立交易平台型企业间电子商务^③。

买方企业拉动型企业间电子商务市场主要是由规模较大的买方企业,联合一些网络技术服务商共同组建起来的。它主要服务于买方企业,使之以比传统的采购渠道更有效的方式采购自己所需的商品。卖方企业推动型企业间电子商务市场主要是由供应商组建的,它主要服务于卖方企业,使它们的产品和服务推销给各个地区、各个行业的用户。中立交易平台型企业间电子商务市场一般是由买卖双方之外的第三方建立的,它给许多买方企业和卖方企业提供共同聚集的场所,买卖双方通过第三方企业提供的中立交易平台寻找自己的交易伙伴。卖方和买方在这一市场上是“多对多”的关系,企业可以以此来增加市场机会,比较供货渠道,进行更有效的价格发现,实现最优化交易结果。

按照电子商务交易平台的业务范围和它在价值链上的地位来划分,电子商务市场又可分为“横向交易市场”和“纵向交易市场”两类。这种分类方法对 B2B 电子商务的垄断分析很有意义。“横向交易市场”的组织者并不单一地经营一种产品或服务,而是注重于广度,往往跨越各种行业,为参与这种市场的交易者提供网络的维护、修理、运营(MRO)等各种类型的产品或服务。“纵向交易市场”往往整合了某一行业内不同生产商、批发商、零售商的一种市场,该市场的专业性强,通常拥有该行业资源的背景,更容易集中行业资源,吸引行业系统内多数成员的参与。以交易为主的“纵向市场”是未来电子商务的发展趋势。

(二) B2B 电子商务市场对效率的促进

20 世纪 90 年代中期以来,B2B 电子商务得到越来越广泛的应用。在 B2B 电子商务市场中,买卖双方的交易是通过虚拟网络市场进行的。整个交易以互联网为基础,利用先进的通讯和计算机软件技术,为买卖双方提供市场信息、商品交易、仓储配送、贷款结算等全方位服务。与传统商务活动相比,B2B 电子商务具有如下的竞争优势:

(1) 降低交易中的信息成本,使传统交易中存在的信息不对称和信息搜索成本高的问题得以解决。^{[3](P103)} 买卖双方通过网络使信息交流成本变得低廉、方式变得快捷。

(2) 降低企业运营成本。电子商务可以降低企业的促销

成本、采购成本、库存成本、营销成本、组织管理费用等。对企业来说,成本的降低就意味着收益的增加。

(3) 缩短企业生产周期。企业通过电子商务可以为产品的开发与设计提供快捷的服务,改善许多业务流程,缩短产品开发和制造周期,以同等或较低的费用生产出更多的产品。

(4) 创造新的市场机会。B2B 电子商务打破时间和空间的界限,建立了一个新的企业营销渠道,可以吸引更多的新顾客,并能使企业之间加强合作,形成规模经济。

(5) 提高顾客满意程度。企业利用网络可以提高对顾客的服务效率,为顾客提供满意的产品和服务。

另外,B2B 电子商务能够实现企业业务的整合,即实现企业内部业务系统的集成、协作和流程自动化,提高企业的运作效率,并通过供应链整合来实现供应商、生产商和分销商之间的紧密联系,最终实现标准化数据的流畅和无缝传输。B2B 也可以将自己的不具有比较优势的业务外包,自己只进行核心价值的生产。

如上所述,B2B 电子商务市场的形成能够极大地增进效率,加剧市场的竞争。当商业运作具有更高的效率和竞争性,会有助于产品价格降低、质量提高、更新加快,这会有利于消费者。但是 B2B 的结构及设计模式,营运商制定的营运规章、规则,和参与者之间的合同安排,电子商务的所有权与管理,以及电子商务运营的市场的特征和产生的效果等一系列因素,也引发了广泛的反垄断问题关注。

二、B2B 电子商务市场的垄断法规制

(一) 各国有关 B2B 电子商务垄断现象的立法回应

电子商务作为先进生产力代表的技术工具,蕴藏着巨大的利润和财富。这些前所未有的利益和机会将成为整个社会追逐和争夺的新目标。而新的竞争模式也应运而生,这必然需要一套新的竞争规则与之适应,否则无序的竞争最终只会导致社会的失控和冲突的不断发生。随着电子商务的快速发展和广泛应用,现行的法规与电子商务实践不相适应的矛盾越来越突出。因为竞争在网络经济中扮演的角色不同于传统的市场经济,竞争的表现形式与规则有所修正。不正当竞争及垄断行为的认定及价值判断随着社会对利益、效率、公平的需求变化而改变。在网络经济中,反垄断在规范标准、操作权限及程序、效能范围等方面都会有前所未有的改变。经济形态和经济需求的改变必然引起制度上的变迁,许多国家已经从立法入手对网络经济中的不正当竞争行为、垄断行为进行规制,来回应网络经济的变化。^{[4](P209)}

① 有各种不同的名称,像 B2B 交易平台、B2B 网络、B2B 交易市场、B2B 虚拟市场等等。但它们都指的是由供应商、分销商、商业服务提供商、网络基础设施提供商及消费者构成的一种独特的系统,他们利用该系统进行信息共同与商业交易。Tapscot, Virtual Webs will Revolutionize Business, WALL ST. J., Apr. 24, 2000, at A38. See also W. Blumenthal, B2B Internet Exchanges: The Antitrust Basics, ANTI-TRUST REPORT 34(May 2000).

② Hansell, Assessing the Online Exchanges: From One Expert, a Mixed Grade, New York Times (June 7, 2000). 参见 <http://www.nytimes.com/library/tech/00/06/biztech/technology/07hans.html>.

③ Kinnery S. An overview of B2B and purchasing technology[Z], Response to Call for Submissions, Federal Trade Commission, June 2000.

早在 2000 年 6 月,美国联邦贸易委员会就建立了一个研究机构,专门来研究和解释电子商务中的竞争法问题。美国联邦贸易委员会于同年 10 月发布了该机构的研究报告^①。公平贸易局也曾委托经济前沿(Frontier Economics)杂志社进行了一项名为“电子商务与竞争政策的建议”的研究,并于 2000 年 8 月发布^②。2000 年 10 月,OECD 举行了关于电子商务的小型多边会谈,并向 10 个主权国家的竞争机构提出了书面的建议^③。欧盟委员会也不甘步其后尘,他们对有关电子商务市场的评估原则进行了发展和完善,并在一系列的会议上发布^④。与此同时,他们也通过适用欧盟竞争法第 81 条和欧盟并购条例(ECMR),以通告的形式来获取对这一新兴市场的实践性认识。并且欧盟委员会已经准备制定一项针对 B2B 电子商务商业交易的反垄断法案^⑤。

现在,如果我们去分析一家 B2B 电子商务市场时,就会比较容易判断某一国家的当局对之所持的一般立场。而这些观点、立场会逐步发展成为这些国家对电子商务的竞争政策。当企业在某一行业建立电子商务交易平台的时候,就会注意其行为可能会产生的竞争法后果,从而防患于未然。

(二) 新兴电子商务中的垄断行为能否纳入传统的垄断法中进行规制?

网络技术会如何影响市场的结构和市场的特性还未能完全定论,而电子商务未来发展的不确定性更使人们难以预测其对竞争产生的可能影响。一方面,电子商务的一些特征会有助于市场进入和成本降低,这种市场竞争加剧的结果会有利于消费者。电子商务能够促进竞争的表现很多。例如,当搜索成本、菜单和交易成本降低,买方选择供应商的机会很多时,卖方之间的竞争会趋于剧烈。但另一方面,“先发效应”、“网络的外部性”、“转换成本”及其他的进入障碍可能会影响市场力(market power),使得市场力仅仅在为数不多的大商家之间发挥作用,因此也会减损竞争。例如,电子商务会助长某类不正当竞争行为的发生,使竞争当局监管此类行为的能力降低。

但是,新兴的 B2B 市场中的反垄断问题并没有超出传统反垄断法规制的范围,当垄断行为出现时,借助传统反垄断法中相类似的规则是能够解决问题的。对 B2B 市场垄断问题的分析,和企业并购的垄断分析是一样的^⑥。从反垄断法的角度来说,B2B 市场竞争者之间的共谋行为和一般市场上竞争者共谋行为并没有很大差异。反垄断法和反垄断分析模式不会随着经济发展的成功、失败的演进而失去作用,反垄断法的基本价值和对消费者保护的原则会一直得到适用。事实上,B2B 的建立者通过设计一套完善的 B2B 运营规则,有可能会消除反垄断问题的发生。但在电子商务运营的有些方面,已经证实有违反反垄断法的实质可能性。B2B 的所有者因此也应该意识到,其建立起来的电子商务平台的结构模式、运营的章程规则、所有权关系和管理会引发潜在的反竞争效果。

虽然说电子商务的发展不会造就新类型的不正当竞争行为,传统意义上的竞争法律框架足以解决新的问题。但是很多领域需要竞争当局审慎的监管,一些领域的法律适用规则需要调整,或者需要进一步的调查研究。每个国家的竞争执法当局应该确保市场竞争力在电子商务的飞速发展进程中自由地运转,一方面要保护好消费者的利益不受不正当竞

争行为的侵害,另一方面还不能窒息电子商务发展中形成的这种新的竞争形式。因此,各国要制定出适当的竞争政策来迎接这种挑战。

三、对 B2B 电子商务市场的垄断分析

(一) B2B 电子商务市场垄断产生、存在和发展的新特征

电子商务市场内在的网络特性使得这种市场容易形成经营者的市场支配地位,并使 B2B 市场容易具有“排斥性”特征。随着电子商务使用者的数量增多,网络价值的增大、“网络的外部性”^⑦使得对网络市场的支配问题也伴随而生。如果“网络效应”很强,就会使所有的市场参与者使用网络的机会减少,导致市场支配地位的形成。随着在同一个交易平台上的需求方和供应商数量增多和利益增大,在电子商务环境下的垄断问题就会出现。但电子商务环境的垄断更具有暂时性,垄断并不必然抑制和排斥竞争;相反,垄断者仍然面临着各式各样和不同程度的竞争。这种垄断不但没有“高价低质”的垄断产品侵害消费者的利益,造成社会经济效率低下,也没有消灭竞争,遏制创新。技术创新、竞争、垄断这三者在网络经济时代将始终是交融互促地发展的。这就对传统经济学中的反垄断观念提出挑战。^{〔5〕}P136-140

电子商务市场中“网络效应”的扩大,让竞争政策的制定成为两难。一方面需要考虑到只有庞大的商务网络市场才能实现实质性的效率。实践中,每一个交易平台都在尽可能多的吸引各个行业的参与者,这或许不应该视为是竞争问题;另一方面,竞争政策需要确认“网络效应”会产生市场失灵的效果,将会实质性的提高市场准入标准、阻碍市场扩张,这就会使得规模很大的交易平台的经营者具有实质性的市场力量。

(二) B2B 电子商务的市场界定

与传统的商务活动相比,电子商务具有虚拟性、跨越时空性和高效性等特征。并且由于信息的开放性,电子商务市场与传统市场的主要区别在于其较低的进入障碍、较低的管理

① Federal Trade Commission, *Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces* (Washington, 2000). 参见 <http://www.ftc.gov/>.

② Office of Fair Trading, *E-Commerce and Its Implications for Competition Policy*, prepared by Frontier Economics (2000, OFT Report 308).

③ OECD, *Competition issues in electronic commerce* (DEFFEE/CLP(2000)32).

④ Conference. *The e-Economy in Europe: Its potential impact on EU enterprises and policies*. on 1-2 March 2001 in Brussels, Conference. *E-marketplaces: new challenges for enterprise policy, competition and standardization*. on 23-24 April 2001 in Brussels.

⑤ 欧盟的有关机构针对在现阶段 B2B 交易有可能对于商业竞争构成的潜在威胁,包括商业垄断尚未能做出详细判断。但欧盟反垄断官员马瑞尔蒙蒂的发言表示:“其中一项肯定被视作垄断行为的做法就是参与网上交易的公司交换产品的价格或其他敏感信息,因为这有可能导致产生某种意义上的托拉斯,我们对此持反对态度。”资料来源参见 <http://www.sina.com.cn>.

⑥ 参见 <http://www.ftc.gov/bc/b2bleary.htm>.

⑦ 网络外部性决定了网络的一个重要特征是,网络产品的用户越多,该产品的价值就越大,由此形成的正反馈效应会促进用户网络的自我扩张。最终该产品市场的天平发生偏离,市场结构不断的向垄断方向转变。

成本和得到完全的产品与需求信息的机会。从经济学角度看,电子商务有着完全竞争市场的很多特征^①。这是我们认识 B2B 电子商务市场的一个重要方面。

竞争必须与市场相联系,因为只有在具体的市场条件下,才能认定一个竞争行为是有助于竞争还是限制竞争。可以说界定出相关的市场是反垄断分析的第一步。虽然说并非每一个竞争法案件都需要界定出相关市场,但在很多案件中,从产品市场和地域市场两个方面去界定相关市场,对评价一个竞争案件常常有着决定性的影响。^{[6](P75-82)}在电子商务环境下,以电子商务平台为基础而产生的产品和服务不断出现,很多情况下很难从产品的性能、价格、使用目的以及消费者的喜好来界定相关产品市场。而相关地域市场的界定也具有较大的不确定性。笔者认为,电子商务市场的发展没有从实质上改变传统的市场界定理论,SSNIP 测度标准和一系列有关市场界定的原则仍将是有效的市场界定分析工具。

1997 年欧共体委员会提出的界定相关市场的 SSNIP (small but significant non-transitory increase in prices, 简称 SSNIP) 标准,用这种标准去界定一个相关市场时,“需要回答的问题是,作为对一定产品和地域内假设的数目不大(其幅度在 5%—10% 之间)但长期性的相对价格上涨的反应,当事人的客户是否愿意转向购买可以得到的替代品,或者转向其他地区的供货商。”^②SSNIP 标准的经济学原理是:需求替代可以对一定产品的卖方造成最直接和最有效的制约力,特别能对卖方的定价行为产生重大的影响。在使用这个标准界定相关市场时,重点要考虑需求替代。然而,在新兴电子商务市场中,中立性交易平台上会有数量众多的卖方和买方同时进场交易。此时,价格不能由卖家或买家单独控制,而是通过市场调节,由电子商务市场的供求双方的相互作用而确定出的。另外一种是通过竞价和拍卖来实现产品的动态价格,最终的价格是竞出的高价或是可以使成交量最多的价格。这都不同于工业经济中卖方通过发布产品目录来行使定价的权利的方式。因此,这会要求对 SSNIP 测度标准进行相应的修正,让 SSNIP 测度标准同等适用一个数额不大但却有意义的限制供应,而不仅仅是非临时性的涨价。另一方面,由于在电子商务市场中,缺乏可信度较高的销售记录和价格数据,电子商务市场当前的变化速度又非常迅猛,这将会导致 SSNIP 测度标准适用的复杂化。特别是在买卖双方转换市场行为的过程中,电子商务市场日新月异的变化将会影响到电子商务服务和传统服务的竞争程度,进而会影响产品市场的合理布局。因此在界定目前或未来市场范围时,历史数据的适用性受到了限制。同时,市场参与者与竞争机构在评估相关市场时对历史数据的依赖程度也会限制。这是电子商务发展在短期可能会发生的情况,就长期而言,如果企业的交易都得到了电子化,竞争机构虽然可能会获取更多的可用数据,但数据没有被例行保存的情况也极有可能发生。鉴于此,各国的法院或政府机构必须要为保存特定类型交易(例如在线市场)的电子记录程序做出规定。

有关电子商务市场引发的市场界定问题还有以下三个方面:一是电子商务是否创造了一个符合竞争政策的新市场,还是仅仅构成了一条能和传统销售渠道相竞争的新的销售渠道。二是价格歧视范围的增加或电子商务市场在搜索成本、

转换成本和规模经济方面的可能变化,导致产品市场范围的缩小还是扩张。三是买卖双方交易所处地理位置重要性的削弱是否会拓宽相关的地域市场。因此,如何区别电子商务与传统的商业模式,如何根据电子商务本身的特点合理地界定出相关市场将值得关注。另外,在国际贸易的障碍还依然存在的今天,参与电子商务交易的贸易障碍会变的越来越少,这会使产品地域市场变得越来越大,司法管辖问题会进一步的复杂化。这更需要增强不同国家竞争机构之间的相互合作,来协调反垄断法的域外管辖权的冲突。

四、B2B 电子商务市场引发的反垄断问题

尽管电子商务市场能够创造出高效率并能提高生产力,但这种市场也会出现竞争者间的共谋、排他性交易等一系列反垄断法所规制的问题。因此,公司在建立 B2B 电子商务市场的时候,要充分了解传统的反垄断规则在新兴网络市场中是如何适用的,尽可能避免引发反垄断问题。B2B 的建立者必须考虑:(1)电子商务企业和竞争对手之间交换信息,或者允许竞争对手使用敏感性的竞争信息是否会导致价格的提高而损害消费者的利益;(2)电子商务企业设置的一些“排他性”规则,限制竞争者使用其设立的交易平台,或阻止企业设立人与交易的参与者使用竞争对手的交易平台,是否会不适当的阻碍竞争对手 B2B 业务的正常发展。

(一) 竞争者之间的信息交换协议

网络技术使信息的收集与传播变得更加便捷,从反垄断法的角度来说,这会对市场竞争产生重大的影响,特别是竞争者之间交流经营信息的行为。竞争者之间的信息共享协议一方面会有利于竞争,并可能是企业赢得利益的合理的和必要的途径。但在 B2B 市场中,信息共享安排会助长企业间的协调行为,例如企业之间的价格协调和其他竞争条件的协调等,因而也会损害竞争。但是,何种信息交换协议会有助于竞争,何种协议会损害竞争,很难形成统一的判断标准。

依据美国的《谢尔曼法案》第 1 款的规定,运用“合理原则”(Rule of Reason)可以判定竞争者之间的信息交换协议是否违法。在卖方垄断市场的条件下,欧盟竞争法第 81 条也可以适用,去判断竞争者交换敏感商业信息行为的合法性。对竞争者之间信息交换协议的反垄断分析首先要考虑其是否产生了反竞争法的效果。这种分析可以通过调查市场结构、市场份额、信息交换者之间的关系以及交换的是何种信息等途径。只有当垄断分析显示存在有反竞争的损害时,才会转入对信息交换协议对效率所起促进作用的分析,进而判断如果不严格限制信息交换协议是否对效率起到同样的促进作用。

当评估信息交换协议对竞争是否存在潜在的影响时,除了要考虑上述市场结构等因素外,还包括:交流的是何种类型

① 完全竞争市场是指一种竞争不受任何阻碍和干扰的市场结构,它的条件包括:(1)市场上有众多的商品供应者,且每一个商品的供应者只能是价值的接受者;(2)市场上的产品是完全同质的,没有差别的;(3)各种生产要素可以不受限制地自由流动;(4)市场上的信息是完全的、充分的。

② Bekanntmachung der Kommission zur Definition Relevanten Markets in Wettbewerbsrecht, ABL. c. 372 vom 9.12.1997, S. 5; WuW 3/1998, S. 2 欧共体竞争法中界定相关市场的通告,第 17 节。

的信息,谁将会了解或接触到这类信息,交流信息的更新程度及和交易的关联程度,信息是否在平台之外也可以获取等。首先,B2B的所有者和运营者必须仔细考虑谁将会了解到信息。他们必须审查B2B技术下的信息传播渠道并决定能否让竞争者获取此类敏感性的信息,并且应该明确规定禁止哪类竞争者获取此类信息。特别是那些涉及产品的价格、生产成本、产量、销售、市场份额及战略计划等信息,它们在本质上更能够让竞争者用来固定价格。其次,对于那些有关企业情况的过时信息通常对企业“固定价格行为”帮助不大,而发布的企业当前或今后的经营信息最有可能引发垄断关注,它可能使竞争者之间交换未来交易的信息,导致企业间的价格竞争受到窒息。因此通过B2B平台交换的信息如果容易获取的话,这类信息也不大可能会影响市场,也不易引起反垄断关注。

(二)“排他性”协议与“排斥性”协议

在电子商务环境下,网络支配地位难以形成。运营者要想获取支配地位,必须借助于网络的“正反馈机制”作用并采取“锁定”战略^①。实践中,一些B2B电子商务市场的参与者会制定规则,去排挤其他的竞争者使用或者共同参与B2B交易平台的建立,此时会使交易平台明显具有“排他性”(exclusivity)特征。如果这个交易平台对竞争来说非常必要,就会导致那些被排挤在外的竞争者丧失可能的商业利益,当他们再与B2B建立者进行竞争时,就不具有竞争力了。如果B2B交易平台的所有者采用一些规则,禁止已经参与的交易者与其他平台的所有者或参与者联系,此时会使交易平台具有“排斥性”(exclusion or foreclosure)特征。如果B2B的首批建立者已经控制相当的市场份额,竞争对手或许就不会再有可能去发展自己的交易平台,从而使B2B的首批建立者避免了竞争。

不适当的排除外来竞争的“排他性”规定表现形式很多,最典型的是通过协议禁止特定的竞争对手投资或利用其他的B2B交易平台。在企业设立的对参与者的排他性条款与网络效应共同作用下,造成了市场进入的实质性障碍。如果网络的使用者想转换到另一家交易平台上,网络的“外部性”和“排他性”条款的作用会造成一种“禁止性机会成本”,使他们远离其他的网络^②。有些歧视竞争者的规定虽然表现的不太明显,但同样起到排除竞争的效果。例如,限制竞争者使用平台具有的特定功能,这种限制性的运营规则无疑会增加交易成本,减损有效竞争。在买方企业拉动型的电子商务市场上,会出现买方的联合购买或联合贸易行为。这种商业行为能够通过购买的规模效应来降低交易成本,减少制造费用而产生效率。在本质上,它和传统的联合购买或贸易行为没有不同。但如果买方控制充分的市场份额并滥用优势地位,通过压低购买量来影响交易价格,可能会有损竞争。在欧盟国家,可以通过把“欧盟竞争法第81条关于横向合作协议的适用指南”对该种行为进行规制适用到电子商务中去。该指南规定:如果联合购买或联合贸易行为所达到的交易量不超过相关市场的15%份额的话,这种行为就不认为是限制竞争的行为,或者被认为是符合豁免的行为^③。

同样,不适当的运用“排斥性”规定排除竞争的表现形式也是多样的。例如,在卖方推动型的电子商务市场上,B2B交易平台的建立者通过协议来限制向竞争对手的交易平台投资,禁止使用竞争对手的交易平台的运营规则;要求平台的建

立者或使用者必须在B2B交易平台进行一定数量的交易,这一规定也会达到限制竞争的同样效果。如果对必须进行交易量的要求过高,交易者就没有足够业务去参加竞争对手的交易平台,从而平台与平台之间就不会存在有效竞争。

对何为“排他性”行为和“排斥性”行为,目前还没有明确的界限。虽然这两种行为并不必然会导致反垄断法适用,B2B的所有者还是应该谨慎评估相关市场,进而去判断它们可能会产生的竞争效果。对市场进行评估是一个复杂的过程,需要搜集大量的数据和资料。在判断B2B市场是否具有“排他性”特征时,很重要的一点是看适用B2B交易平台对有效竞争是否有重要意义。如果被排挤在外的竞争者参加交易平台还有很多种选择,这基本上不会产生对反垄断问题的关注。在判断B2B市场是否具有“排斥性”特征时,B2B的所有者要审查很多种因素,包括B2B的建立者和使用者控制的市场份额大小以及能与交易平台相竞争的份额。到目前为止,大部分的B2B交易平台还处于新兴的发展阶段,还不具有市场影响力或市场影响力还很小,不会影响对市场的垄断分析。当交易平台逐渐发展而成为行业标准时,那些看似轻微的条款就会产生垄断问题了。另外,对B2B交易平台的评估不但要从反垄断的后果上分析,而且还要注意其发展的全过程。

很多B2B交易平台已经建立并取得快速发展,这才引起了人们对建立这种平台的反垄断关注。而实质上,B2B类似于竞争者之间建立起的合营企业,和传统的合营企业区别之处在于,网络技术的发展使得信息的搜集、传播、交流与使用在合营企业内部出现了新的方式。另外,B2B交易平台如果具有“排他性”或“排斥性”特征时,对竞争产生损害是无疑的,这难免会引发反垄断审查。笔者认为企业在设计电子商务交易平台的同时,制定出一套和反垄断法律相一致的B2B交易规则,通常会无损于建立交易平台的商业目标。故而,在建立B2B交易平台之初,企业如果能够注意可能会引发的反垄断问题,就会对其今后的商业发展充满信心。

五、对我国反垄断立法的建议

电子商务市场是新经济发展的重要标志,其作为一个相对独立的市场,也必然要遵循市场经济法制化的基本原则,鼓励竞争、防止垄断、维护公平的经济运行秩序。B2B企业作为这一市场的主体,同样也面临着竞争等问题。同时由于B2B企业所体现的特殊技术化特征,使得这种新的企业模式参与下的竞争秩序又呈现出特殊性。^{(7)(P214)}我国B2B电子商务的发展状况与发达国家相比,还存在较大的差距。已经采用B2B的企业在资本投放、经营模式、经营理念、技术创新等方面,都还有很多问题尚待研究和解决。但是,我国B2B电子商

① “锁定”是网络经济中的普遍现象,其本质是让你将来的选择受到现在的约束,它是和“转移成本”联系在一起的。引发锁定的原因主要有市场规模和技术。

② C. Shapiro, . Exclusivity in Network Industries. (1999) 7 Geo. Mason L. Rev. 673.

③ Guidelines on the applicability of Article 81 of the Treaty to horizontal co-operation agreements (OJ C3, 06. 01. 2001, p. 2), paras. 130 and 148. 8 该指南明确指出联合购买引发垄断问题的两个理由:(1)它形成了卖方力量的汇聚;(2)它导致下游市场上的协调行为的产生。

务市场的发展,除了要解决技术层面的问题之外,还要对与商务活动有关的法律的问题进行规范。我国的电子商务环境中的垄断问题并不因为我国电子商务所处较低的发展阶段而不存在。因此,必须对我国现有维护市场公平竞争秩序的法律框架进行相应变革,才能促进电子商务交易的正常进行。

正如上文所述,B2B 电子商务市场上的垄断问题并没有很多独特之处,发达国家以现有的反垄断法是可以解决这一市场上的垄断问题的。然而,我国在反垄断方面尚未形成一个系统完整的反垄断法律体系,对电子商务领域中的垄断现象更是缺乏明确的规制。因此,我国应当加快建立基本的反垄断法律制度,这种制度也应适用于电子商务领域,即适用于与电子商务有关的垄断或限制竞争行为。考虑到电子商务的虚拟性交易环境和交易方式与现实交易环境下的交易规则存在的差异,可以在反垄断法中设置专门的条款,既明确将电子商务中的正当行为予以豁免,又明确对与电子商务有关的垄

断或限制竞争的行为加以必要的规制。核心问题在于平衡电子商务的发展与维护公平竞争,既要促进和鼓励电子商务中的竞争,不能阻碍电子商务的发展,又要切实防范竞争者滥用垄断地位,破坏自由公平竞争秩序,使消费者的利益免受不正当竞争行为的侵害。

对电子商务中的反垄断立法还应借鉴美国、欧盟等国的立法经验,与国际立法相协调。各国在电子商务领域普遍适用“私法自治”的原则,所以我国在针对电子商务市场的反垄断法规制时需要审慎,避免公法的过度干预而阻碍电子商务的发展。在电子商务反垄断问题上,保持立法和政策上的灵活性,在维护市场竞争和促进这一新兴商务模式发展之间取得一种平衡。只有从立法上解决电子商务发展的法律障碍,合理地对这一新兴市场进行管理和规制,才能够平衡市场各方的利益,消除矛盾和冲突,从而维持一个竞争有序、健康发展的网络经济。

参 考 文 献

- [1]方美琪. 电子商务概论[M]. 北京:清华大学出版社,2002.
- [2]张福德. 电子商务网络市场[M]. 北京:机械工业出版社,2001.
- [3]黄敏学. 电子虚拟市场的演进与交易[M]. 武汉:武汉大学出版社,2002.
- [4]齐爱民,刘颖. 网络法研究[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [5]张小蒂,倪云虎. 网络经济[M]. 北京:高等教育出版社,2002.
- [6]王晓晔. 欧共体竞争法[M]. 北京:中国法制出版社,2001.
- [7]刘鸿雁. 论电子商务的反垄断法规制[A]. 网络法律评论(第三卷)[C]. 北京:法律出版社,2003.

(本文责任编辑 付玉明)