

欧洲法视角下的数据相关滥用行为

[德] 托马斯·韦克 菲利普·莱因霍尔德
王子妍 何永金 译

摘要：海量非结构化数据（大数据）的收集和分析给竞争法和数据保护法领域带来了新的问题。这两个领域的关联在 Facebook 案中得到了明显的体现。在该案中，德国联邦卡特尔局最初没有就《欧盟运行条约》第 102 条进行更深入的审查，而是依据数据保护法进行了审查并以此为基础确立 Facebook 在德国法下的滥用行为。该案的审查过程显示了依据《德国竞争法》规制数据相关滥用行为的可能性。然而，正如欧洲法院所解释的那样，如何在 Facebook 案适用《欧盟运行条约》第 102 条还是一个未决的问题。鉴于欧盟内部建立了具有可预见性的关于滥用行为的统一标准，接下来的诉讼过程中有必要对可能违反《欧盟运行条约》第 102 条的行为进行更深入的审查。尽管像 Facebook 案中这种数据相关滥用行为通常涉及对其他市场参与者的排斥或剥削，但竞争与数据保护之间的关系也引发了另外一个问题，即市场参与者是否有权以提供新的服务并创造新的竞争为由主张访问数据。对此，迄今为止欧盟法采取的是限制性进路，这使得出于竞争性目的获取数据非常困难。欧盟委员会在其最近提出的《数字市场法》中尝试解决此问题。这项立法提议旨在规制具有强大力量的平台守门人以防止滥用行为。然而，该法案最终能否以及何时转变为法律仍然不确定。也就是说，在未来几年，竞争与数据保护之间的复杂关系仍将是欧盟竞争政策的重要议题。

关键词：反垄断；在线平台；滥用行为；数字市场法；数据保护

[中图分类号] D952.294 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2021) 05-0136-23

引言

在现代经济中，在线平台不仅是信息、产品和服务的重要门户，其本身也是强大的市场参与者。最大的在线平台生态系统通过对其他市场参与者的吸引力（即网络效应）、服务组合以及收集

【作者简介】托马斯·韦克（Thomas Weck），法学博士，德国垄断委员会首席分析师；菲利普·莱因霍尔德（Philipp Reinhold），德国萨尔大学博士研究生。本文仅反映作者的个人观点，德国垄断委员会的观点请参考其官方声明。本文系中德同步发表，德语版本发表于 *Wirtschaft und Wettbewerb* 2/2021。

【译者简介】王子妍，对外经济贸易大学法学院经济法专业硕士研究生；何永金，对外经济贸易大学竞争法中心研究人员。

和分析其用户数据来获得市场力量。目前，在欧盟运营的最大在线平台可根据消费者的喜好提供服务，并通过销售消费者导向的广告使平台服务变现。换言之，平台的商业模式建立在对海量非结构化数据（大数据）的收集和分析之上，从而平台可以推断出消费者可能愿意购买的产品和服务。因此，似乎可以公平地说，从消费者处收集的个人数据是驱动在线商业的重要原料，其重要性甚至超出了平台本身。

多年来，相关平台已经获得了市场支配地位，这也意味着它们成为竞争执法机构的关注焦点。同时，鉴于数据保护在过去十年已发展成为对其自身权利的全面监管，相关平台的业务已在欧洲数据保护机构的观察名单中。在这一背景下，产生了仍待探索的竞争法和数据保护法如何相互作用的问题。这一问题也与欧盟委员会（下称欧委会）专门为了加强对在线平台运营商的竞争控制而新提出的《数字市场法》有关。⁽¹⁾

平台公司的市场支配地位引发了许多竞争问题，这些问题涉及反垄断与数据保护，在一定程度上，还涉及知识产权法。在过去的几年中，一个备受争议的问题是平台是否通过收集和使用数据来滥用市场支配地位。依据《欧盟运行条约》（下称《条约》）第 102 条，如果具有市场支配地位的企业积极地排斥竞争者或剥削消费者，那么就可能存在滥用行为。就这一点而言，德国联邦卡特尔局对 Facebook⁽²⁾ 进行调查一案（下称 Facebook 案）极为重要，其在该案中发现 Facebook 通过收集和来自第三方的有关消费者偏好数据实施了滥用行为。该案目前正在杜塞尔多夫高等地区法院（下称高等法院）上诉。联邦卡特尔局仅依据国内滥用规则——《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款作出禁止令。然而，这并不意味着不能将该案归入《条约》第 102 条的审查范围。⁽³⁾ 笔者认为，为确保对欧盟竞争法的解释考虑到对在线市场数据相关滥用行为方面的发展，就《条约》第 102 条进行审查是更为可取的。在上诉中，高等法院于 2021 年 3 月决定中止诉讼程序，并请求卢森堡的欧洲法院作出初步裁决，该法院可以对欧盟法问题作出初步裁决，但提交的确切问题仍然不得而知。尽管如此，

(1) EU Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM(2020) 842 final.

(2) 该案时间线如下：(1) 德国联邦卡特尔局于 2016 年 2 月 3 日开始对 Facebook 涉嫌违反《通用数据保护条例》(GDPR) 的规定收集、整合用户信息及数据行为进行调查。(2) 2019 年 2 月 6 日，联邦卡特尔局作出决定，认定 Facebook 未经其用户同意而收集其用户在集团旗下其他平台 (WhatsApp、Oculus、Masquerade、Instagram) 的用户信息及设备关联数据，以及通过技术手段收集其用户访问第三方网站及手机 App 的相关数据，并将该等用户信息及数据与 Facebook 直接取得的用户信息进行整合的行为不仅违反 GDPR，同时也违反《德国反限制竞争法》，构成滥用市场支配地位行为，要求 Facebook 在 4 个月之内提出整改方案并在 12 个月之内完成整改。(3) 随即，Facebook 就该决定向杜塞尔多夫高等地区法院提起上诉，该法院对联邦卡特尔局的调查决定存在不同意见，于 2019 年 8 月 26 日同意了 Facebook 的申请，就本案先行作出了暂停执行前述限时整改决定的暂缓令裁定。(4) 随即，联邦卡特尔局就该等暂缓令裁定上诉至德国联邦法院。该院在审理后于 2020 年 6 月 23 日作出裁定，确认了德国联邦卡特尔局的调查决定，支持限时整改决定的执行。(5) 此后，杜塞尔多夫高等地区法院继续开展本案审理工作，于 2021 年 3 月 24 日召开了听证会，并决定将就案件法律问题请求欧洲法院作出裁决。根据 2021 年 4 月 23 日的最新消息，该等裁决请求已正式形成并向欧洲法院递交，该等案件的进一步推进将受限于欧洲法院就该案作出的初步裁决。法院的裁决可能会在 2022 年下半年作出。——译者注

(3) 有关这一点参见在该文中对联邦卡特尔局主席 Mundt 的引述: Acton, *Facebook's Antitrust Order in Germany "Easily" Replicated in EU Law*, Mundt says, MLex v. 17.04.2019, MLex (4 November 2020), <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1083996&siteid=190&rdir=1>.

欧洲法院判例法对在《条约》第 102 条下大致理解 Facebook 案仍具有很强的指导意义。

Facebook 案引发了对大型平台运营商使用数据使用的关切。超越该案本身的一个重要问题是，拥有消费者偏好数据（正如本案中的数据）的市场支配地位企业是否可以为自身保留这些数据。换句话说，在何种条件下必须允许愿意提供其他服务的市场进入者访问这些数据。依据欧盟和各成员国的竞争法，市场进入者可以基于所谓的必需设施规则（essential facilities doctrine）来要求获得在下游市场上提供服务所必需的上游资源。然而，这一规则尚未就消费者数据进行检验。由于需要考量竞争法、知识产权法和数据保护法之间的相互作用，这似乎是一项特别具有挑战性的工作。

本文将深入研究欧盟竞争法下的数据使用和访问：首先，将解释在欧盟成员国机构调查的国内案例中依据《条约》第 102 条审查数据相关滥用行为（如 Facebook 案）的必要性；随后，将讨论《条约》第 102 条所涉欧洲判例法实际上能为针对 Facebook 的滥用指控提供依据的程度；接下来，将阐述基于必需设施规则获得消费者数据访问权的具体规则；之后将简要讨论欧委会最近提出的《数字市场法》中酝酿的变革；最后一章为结论。

一、在《条约》第 102 条下进行评估的可取性

欧盟竞争规则（《条约》第 101—109 条）在实体和程序上均构成了一个多层次的体系。程序方面，欧委会是唯一有权在整个欧盟范围内适用欧盟竞争法的机构。在欧盟成员国的层面上，国家竞争执法机构有权（并被要求）适用欧盟以及国家竞争法。这引发了两个竞争执法层面之间关系的许多问题，本文中不能全部解决这些问题。至于禁止滥用市场支配地位，需要指出的一点是，只要欧委会尚未采取任何行动，国家竞争执法机构就可以启动调查程序。

实体方面，欧盟竞争规则适用于能对欧盟内部市场产生影响的竞争违法行为。对于影响单一成员国的违法行为，欧盟与相应成员国的竞争规则同时适用。在这样的背景下，德国联邦卡特尔局在国内对 Facebook 启动了调查程序，尽管该案对整个欧盟内部市场都有影响。调查中，该局仅在国内法下对 Facebook 的行为予以审查，没有考虑《条约》第 102 条。因此，该案尚未受到《条约》第 102 条下的正式审查。⁽⁴⁾ 然而，鉴于高等法院决定请求欧洲法院作出初步裁决，这一点可能会改变。

事实上，第 1/2003 号条例第 3 条第 1 款第 2 项规定，成员国的竞争执法机构和国内法院在针对《条约》第 102 条下禁止的滥用行为适用国内竞争法时，也应同时适用《条约》第 102 条。⁽⁵⁾ 这一规则背后的理念是为了确保欧盟法可以在实践中得到发展，并得到有效的、无歧视的执行。⁽⁶⁾ 依据《条约》第 267 条第 1 款，《条约》第 102 条或第 1/2003 号条例第 3 条第 1 款第 2 项的解释权归属

(4) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 914.

(5) See Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, paras. 415, 417.

(6) See ECJ, Judgment of 15-Jul-1964, 6/64 – Costa/E.N.E.L., Rec. 1964, 585, 1269 – 1270, ECLI:EU:C:1964:66; Judgment of 3-Apr-2019, C-617/17 – Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, ECLI:EU:C:2019:283, para. 37, 关于欧盟成员国有效适用欧盟法的要求。

于欧洲法院。而至今没有任何欧洲法院判例法表明,《条约》第 102 条的实施只要满足国内滥用法在该条适用范围内得到检验与适用就够了。此外,欧洲法院甚至允许就国内立法进行初步裁决的请求,为了“防止未来的解释差异,应给予欧盟法中的条款或概念统一解释,而不论其适用于何种情况”。⁽⁷⁾

笔者认为,鉴于《条约》第 102 条和国家滥用规则的实质内容相似,无论如何对 Facebook 案进行《条约》第 102 条的审查及适用(如有必要)是可取的。在欧盟的多层次程序体系中,这一点并不会影响监管竞争和分散实施这一广泛适用和发展欧盟竞争法的重要前提。⁽⁸⁾但是,从实体方面来看,《条约》第 102 条的直接适用对发展欧盟范围内统一的滥用行为法律标准是必不可少的。《条约》第 101 条及后续条款的首要目标是为整个欧盟内部市场的发展提供规则,其中包括确保竞争不会被扭曲的规则体系。⁽⁹⁾而单独审查是否违反德国滥用法无法实现此目标,且无法提供任何有关如何在其他欧盟成员国中评估此种行为以及对成员国之间贸易所产生的影响的可靠解释。同样地,从市场参与者的角度来看,统一的规则也很重要。这些规则使欧盟和非欧盟企业可以按照相同的规则在整个单一市场中运营,在商业交易中带来法律上的确定性从而降低成本。综上,在 Facebook 案中同样有必要就《条约》第 102 条进行审查,以形成与数据相关滥用市场力量有关的统一标准。

因此,《条约》第 102 条是否会在当前的 Facebook 案中再次发挥作用很值得关注。在最近的一次口头听证中,高等法院质疑滥用行为是否会受到违反消费者保护标准的影响。该法院也对联邦卡特尔局结合数据保护规则构建竞争法的损害理论方法提出了质疑。依据欧盟法的规定,只有数据保护机构人员具有数据保护法的执法权。因此,该法院对竞争执法机构是否可以“最终充当数据保护机构”存有很大的疑问。另外,该法院认为 Facebook 案中的相关数据是否属于数据保护规则下“敏感”数据的问题还存在不确定性。因此,该法院将有关欧洲数据保护法的适用问题提交给了欧洲法院。⁽¹⁰⁾尚不能知悉各个问题的措辞,但这些问题的答案将直接影响数据保护法与竞争法之间的关系。依照欧洲法院先前的判例法,预计法院会就国家竞争执法机构在有关案件中对欧洲反垄断法的适用发表意见。

二、《条约》第 102 条和排斥/剥削 (Facebook 案)

《条约》第 102 条的规定为审查 Facebook 的涉嫌滥用行为提供了充分的法律依据。在欧盟法

(7) ECJ, Judgment of 7 July 2011, C-310/10 - Agafitei and others, Rec. 2011, p. I-5989, ECLI:EU:C:2011:467, para. 39; Judgment of 10 December 2009, C-323/08 - Rodríguez Mayor and others, Rec. 2009, p. I-11621, ECLI:EU:C:2009:770, para. 27.

(8) See on this idea e.g. the contributions in Meessen/Bungenberg/Puttler (eds.), *Economic Law as an Economic Good, Its Rule Function and Its Tool Function in the Competition of Systems*, 2009.

(9) See Art. 3(3)(1) TEU in conjunction with Protocol No (27) to the Treaties.

(10) CPI, *Dusseldorf Court Asks ECJ To Review Facebook Data Case*, CPI (24 March 2021), <https://www.competitionpolicyinternational.com/dusseldorf-court-asks-ecj-to-review-facebook-data-case/>.

下,可以用损害理论来阐述由联邦卡特尔局和德国法院审查的 Facebook 行为的潜在滥用表现。就损害理论下的因果关系问题,《条约》第 102 条与德国法的适用原则略有不同,但并不影响最终结果。此外,《条约》第 102 条所规定的表面滥用无疑可以通过消费者利益方面的效率来抵消。然而,在该案中此种效率抗辩是否适用依然存疑。

(一) 损害理论

在 Facebook 案中,几个紧密关联的事实争点与滥用指控相关。其中主要争点是 Facebook 是否通过收集数据或允许该等收集的标准条款,以牺牲其社交网络服务的私人用户的利益为代价实施剥削性滥用。另一个争点是 Facebook 对所收集数据的排斥性经济利用,一方面是否阻止了潜在的替代性社交网络服务提供商进入市场,另一方面是否阻碍了在线广告领域的竞争者。

关于德国法(《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款)下可能的剥削性滥用,在企业寻求诉讼中止的临时程序中,应由法院对 Facebook 案发展出一种可持续的损害理论。联邦卡特尔局在其 2019 年 2 月 6 日作出的决定中将使用不合法的数据处理标准条款归类为一种滥用市场支配地位行为。⁽¹¹⁾ 高等法院不认同这一观点,指出该行为既未达到《德国反限制竞争法》第 19 条第 2 款第 2 点的要求,也没有造成该法第 19 条第 1 款规定的损害消费者的反竞争市场后果。⁽¹²⁾ 德国联邦法院(下称联邦法院)认为高等法院在法律适用上有误。依据联邦法院的裁决,联邦卡特尔局至少有一点是正确的,即 Facebook 通过滥用条款和条件强迫其网络服务的私人用户接受其使用个别 Facebook 服务期间产生的数据被整合,且随后被用于改善 Facebook 整体服务产品。该法院还注意到,“对社交平台典型服务范围……的扩展”被强加于用户身上。⁽¹³⁾ 因此在该法院看来,服务侧搭售伴随着“以消费者数据作为支付对价”的剥削性整合。⁽¹⁴⁾

通过搭售实施滥用市场支配地位行为在欧洲滥用法中很典型。然而,这些都是通过两个独立产品之间的搭售使替代提供商处于竞争劣势,从而损害替代提供商的排斥性滥用行为。⁽¹⁵⁾ 这并不排除搭售可能导致购买搭卖品的消费者遭受剥削的可能性。然而,不能假定每个搭售的案件中都存在剥削,除非具有市场支配地位的企业和消费者之间的关系满足剥削性滥用的条件。依据欧洲法院的判例法,“与所供应产品的经济价值没有合理联系”的过高定价可能构成剥削性滥用。⁽¹⁶⁾ 该判例法原则上可以类推适用于评估大型在线平台企业数据相关商业模式的案件中。⁽¹⁷⁾ 所需的是将提供服务的成本与消费者提供的对价之间进行比较,这也是《德国反限制竞争法》第 19

(11) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 522 ff.

(12) Higher Regional Court of Düsseldorf, Order of 26-Aug-2019, Kart 1/19 (V), paras. 27, 28 ff.

(13) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 58.

(14) See Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 64.

(15) See, e.g., General Court of the EU (GC), Judgment of 17-Sept-2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, ECLI:EU:T:2007:289.

(16) European Court of Justice (ECJ), Judgment of 14-Feb-1978, 27/76 – United Brands, Rec. 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22, paras. 248–257; Judgment of 11-Dec-2008, C-52/07 – Kanal 5 and TV 4, Rec. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, para. 28; Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 101.

(17) Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 102.

条第 2 款第 2 点中所预见的。⁽¹⁸⁾ 另外，必须要审查的是市场支配地位企业的要价是否过高，即该价格是否以绝对条款的方式或与竞品相较而言显得“不公平”，这一点只有在规范性评估的基础上才能得以确认。⁽¹⁹⁾

在有关不合法的一般条款和条件案件中，联邦法院依据《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款与滥用条款和条件行为相关的判例法偏离了欧盟法。但是，这并不意味着会导致不同的结果。联邦法院是基于条款和条件与法定价值判断不符，而不是依靠合同履行情况与所支付价格之间不合理的关系来推断出存在滥用。⁽²⁰⁾ 该法院遵循“法律体系的一般标准”，尤其是宪法标准作出的相关价值判断。⁽²¹⁾ 依据《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款分析滥用行为的构成要件时通常要求考虑一般利益平衡，而该法院在一般利益平衡中嵌入了该等价值判断。具体来说，联邦法院确认，由于社交网络服务的用户无法选择使用带有或不带有更大程度“用户体验个性化”的社交网络，Facebook 的相关条件与法律价值不相符。⁽²²⁾ 并且，利益平衡结果对 Facebook 不利，因为其数据处理条款可用于确保甚至增强其市场支配地位从而损害消费者。⁽²³⁾

依据欧洲法院判例法，妨碍其他网络运营商和阻碍在线广告市场可能与《条约》第 102 条下剥削消费者的单独滥用行为平行产生。但是，在此值得注意的是——正如联邦法院依据德国法所强调的⁽²⁴⁾——由于 Facebook 的平台业务模式，滥用行为影响的是多边市场。其中，各边市场会相互影响。这有利于只能证明某边市场上支配地位存在时，运用杠杆理论来适用《条约》第 102 条。欧洲法院认为，在某一市场具有支配地位的企业至少可以在一些“特殊情况”下将其市场力量传导至不具有支配地位的市场。例如，某企业在一个市场上具有准垄断地位，并使得其在另一市场上也成为“受青睐的提供商”。⁽²⁵⁾ 欧盟普通法院已经在涉及平台市场搭售的微软案中应用了该原理。⁽²⁶⁾

在 Facebook 案中，至少可以假定 Facebook 在社交网络服务市场上处于准垄断地位。⁽²⁷⁾ 且可以基于以下事实来认定存在市场力量杠杆，即社交网络服务以及在线广告领域的替代性提供商

(18) Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 101; in this context, see again Higher Regional Court of Düsseldorf, Order of 26-Aug-2019, Kart 1/19 (V) – Facebook, paras. 27, 30 ff.

(19) ECJ, Judgment of 14-Feb-1978, 27/76 – United Brands, Rec. 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22, paras. 248 – 257; see also Monopolies Commission, Biennial Report XXII, Competition 2018, 2018, para. 222.

(20) See Federal Court of Justice, Judgment of 06-Nov-2013, KZR 58/11 and 61/11 – VBL Gegenwert, para. 65; Order of 06-Nov-1984, KVR 13/83 – Favorit, para. 31 (citation after Juris).

(21) See now: Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, paras. 75, 98 ff., especially paras. 103 ff.

(22) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, paras. 58, 64.

(23) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, paras. 75, 97 ff.

(24) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, paras. 79, 92 – 96, 120.

(25) ECJ, Judgment of 14-Nov-1996, C-333/94 P – Tetra Pak, Rec. 1996, I-5951, ECLI:EU:C:1996:436, paras. 27 – 29; 同样地，Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 76.

(26) GC, Judgment of 17-Sep-2007, T-201/04 – Microsoft, Rec. 2007, II-3601, ECLI:EU:T:2007:289, paras. 901, 920 ff., 1339.

(27) 关于这一点，see FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 165 ff.; 部分不同意见: European Commission, Decision of 03-Oct-2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, paras. 45 ff.; Jochen Mohr, Konditionenmissbrauch durch soziale Netzwerke: Facebook, WuW 70 (2020), S.506, 509 f.; Thomas Weck, Fusionskontrolle in der digitalen Welt, NZKart 2015, S.290, 293 ff.

不可能越过 Facebook 向消费者提供其产品，原因是 Facebook 对各种服务进行了捆绑。⁽²⁸⁾ 该捆绑未经消费者同意，且利用了因此产生的消费者依赖性。⁽²⁹⁾ 由于 Facebook 服务能适应用户偏好从而进一步增加用户依赖性（锁定），捆绑将导致消费者很难同时使用多个服务（多归属）或转换提供商。迄今为止，依据联邦法院的陈述和联邦卡特尔局的认定，对于 Facebook 服务的搭售指控是否正当仍然无法确定。⁽³⁰⁾ 然而，即使 Facebook 没有向消费者提供搭售的服务，也可能存在利用市场力量杠杆来损害社交网络服务和在线广告领域其他提供商的情况。

此外，联邦法院在认定排斥性滥用行为时未援引相关的欧洲判例法。但是，该法院的推理本质上反映了上述解释。⁽³¹⁾

（二）因果关系标准

因果关系标准在《条约》第 102 条下的适用在过去引起了一些曲解。⁽³²⁾ 首先是滥用的概念。依据欧洲法院的定义，滥用行为是：“所涉企业的存在影响了市场结构因而削弱了竞争，且其通过采取不同于商业运营商开展交易所采用的提供产品或服务的正常竞争方法，从而影响市场之中既有竞争程度的维持或者增长的行为。”⁽³³⁾

综上，滥用行为具有两个构成要件，在因支配地位企业的存在而被削弱的市场结构下，该企业必须实施：（1）偏离正常竞争的行为；（2）通过进一步削弱其他市场参与者以限制竞争。⁽³⁴⁾

相反，这里没有显著度（微量不计（*de-minimis*））要求。⁽³⁵⁾ 确实，在评估“在某一市场具有支配地位的企业的……行为时，由于该市场竞争结构已经被支配地位企业的存在而削弱，……任何进一步削弱竞争结构的行为都可能构成对市场支配地位的滥用”。⁽³⁶⁾

此外，滥用行为是否以支配地位为基础（严格或行为因果关系）并不重要，只要该行为会进一步削弱竞争就足够了（结果因果关系）。⁽³⁷⁾ 在这方面，应参考以下关于《条约》第 102 条下的市场支配地位与剥削性滥用行为之间联系的两点陈述。

首先，“某企业具有市场支配地位的认定本身并不会被谴责，而仅意味着，不论该地位出于何

(28) See Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 43.

(29) See Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 58.

(30) See Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 58. 据此，“这属于两个独立产品间的搭售行为还是——在本案中具有更大性可能的——仅仅是服务范围的扩展”仍是一个未决问题。

(31) See Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, paras. 92 ff.

(32) See in detail: Monopolies Commission, Biennial Report XXII, Competition 2018, 2018, paras. 676 ff.; Monopolies Commission, Policy Brief No. 4, 10th amendment to the Competition Act – meeting challenges in digital and regional markets!, January 2020, p. 4–5.

(33) ECJ, Judgment of 13-Feb-1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche (constant jurisprudence), Rec. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, para. 91.

(34) Monopolies Commission, Special Report No. 68, Competition policy: The challenge of digital markets, 2015, para. 493.

(35) 显著度测试由欧洲法院在 *Völk* 案中确立，认为对市场影响微不足道的协议不属于《条约》第 101 条的规制范围内。详见 ECJ, Judgment of 9-July-1969, 5/69 – Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35, paras. 5–7 ——译者注。

(36) ECJ, Judgment of 13-Feb-1979, 85/76 – Hoffmann-La Roche (constant jurisprudence), Rec. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, para. 123.

(37) Monopolies Commission, Biennial Report XXII, Competition 2018, 2018, paras. 677–678.

种原因形成，相关企业都有责任来防止其行为损害共同市场上原来真实的未受扭曲的竞争”。⁽³⁸⁾

其次，孤立地来看，支配地位在法律上的无害性“并不意味着企业的力量与……依据《条约》第 102 条对 [其] 行为的合法性评估无关。一般而言，……市场力量的大小与相关企业行为影响的程度显著相关，而对于滥用行为是否确实存在则没有显著影响”。⁽³⁹⁾

简而言之，支配地位与滥用指控无关，而与行为的竞争影响有关。支配地位的程度最多对滥用行为的影响范围起作用，从而影响违反《条约》第 102 条的行为严重性。

在德国继受欧洲判例法的过程中，因果关系问题的焦点传统上集中在上述滥用行为的第二构成要件上，即对竞争的额外限制。然而，依据第一个构成要件，所涉行为还必须偏离正常竞争行为（“产品或服务的正常竞争”）。至于其含义，欧洲法院已裁定《条约》第 102 条“禁止支配地位企业对被认为与其有同等效率的竞争者采取具有排斥效果的行为，以及通过使用实质上不利于竞争的方法来增强其支配地位的行为”。⁽⁴⁰⁾

关于偏离“正常竞争”的含义，依据欧洲判例法必须将两组案件进行区分。⁽⁴¹⁾

数量上来说最常见的排斥性滥用案件所涉及的行为原则上任何企业都可以实施，但支配地位企业的实施则伴随着特定的封锁效应。这使得整体考虑涉案行为并对其进行竞争评估成为必要，即有必要审查行为目的以及该行为是否会限制竞争。⁽⁴²⁾ 据此，可以推断出在欧委会关于执法重点的通告所列案件中存在此种滥用行为。⁽⁴³⁾

对于更为少见的剥削性滥用案件，其特殊之处在于，支配地位企业具有长期无法被竞争对手挑战（例如，通过降低价格）的地位。因此，重点是“支配地位企业是否利用了其支配地位所带来的机会获得了在正常和充分有效的竞争下本来无法获得的交易利益”。⁽⁴⁴⁾ 所以在剥削性滥用案件中，除了额外的竞争限制，还必须以例外的方式审查滥用行为是否基于支配地位。

联邦法院相关判例法大体上并未偏离这些原则。在排斥性行为案件中，联邦法院甚至明确遵循与《条约》第 102 条相关的判例法。⁽⁴⁵⁾ 在与条件（条款）相关的剥削性滥用案件中，与欧洲法

(38) ECJ, Judgment of 09-Nov-1983, 322/81 – Michelin, Rec. 1983, 3461, ECLI:EU:C:1983:313, para. 57; confirmed in: ECJ, Judgment of 27-Mar-2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, paras. 23, 40.

(39) ECJ, Judgment of 17-Feb-2011, C-52/09 – TeliaSonera, Rec. 2011, I-527, ECLI:EU:C:2011:83, para. 81.

(40) ECJ, Judgment of 27-Mar-2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, paras. 21 ff., especially para. 25.

(41) See Monopolies Commission, Biennial Report XXII, Competition 2018, 2018, para. 678; Policy Brief No. 4, 10th amendment to the Competition Act – meeting challenges in digital and regional markets!, January 2020, p. 4–5.

(42) Monopolies Commission, Policy Brief No. 4, 10th amendment to the Competition Act – meeting challenges in digital and regional markets!, January 2020, p. 4–5, with reference to ECJ, Judgment of 27-Mar-2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172; Judgment of 06-Sep-2017, C-413/14 P – Intel, ECLI:EU:C:2017:632, para. 39; Judgment of 19-Apr-2012, C-549/10 P – Tomra, ECLI:EU:C:2012:221, para. 79.

(43) European Commission, Communication – Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24-Feb-2009, p. 7.

(44) ECJ, Judgment of 14-Feb-1978, 27/76 – United Brands, Rec. 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22, para. 249; Judgment of 11-Dec-2008, C-52/07 – Kanal 5 and TV 4, Rec. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, para. 27.

(45) Federal Court of Justice, Order of 04-Mar-2008, KVR 21/07 – Soda Club II; Judgment of 07-Dec-2010, KZR 5/10 – Entega, para. 55.

院一样，联邦法院通常要求证明行为因果关系，正如其在 VBL Gegenwert II 案中的主张。联邦卡特尔局作出的 Facebook 案决定也是基于这一主张：“……的确，并非规范受约者每次在一般条款和条件中制定无效条款都会构成滥用市场支配地位。但尤其是无效条款的同意是制定者的市场力量或因其力量产生的巨大优势的结果，则存在滥用。”⁽⁴⁶⁾

行为因果关系要求仅适用于“特殊”情况，即同意争议条款是制定者的市场力量或该力量的巨大优势造成的结果。这可能源于以下事实：正如联邦法院所强调的，在审查《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款时，有必要考虑根据《德国民法典》第 307 条及后续条款对标准条款进行内容审核所依据的价值判断。然而，在其 2020 年 6 月对 Facebook 案的裁决中，联邦法院出于其他原因现已假定行为因果关系为基本要求的例外情况。依据该裁决的第一点指导原则，在有关滥用条款和条件的案件中：“如果由于特殊的市场条件，支配地位企业的行为导致了正常竞争下不会出现的市场结果，而且该行为不仅被认为构成了剥削，还有可能阻碍竞争，则认定市场支配地位存在与市场结果之间的因果联系（结果因果关系）[可能]就足够了。”⁽⁴⁷⁾

这种司法发展对于像 Facebook 案中的平台群集（“特殊市场条件”）来说似乎是合理的。⁽⁴⁸⁾然而，不应将该标准扩展到这些群集之外。排斥性和剥削性行为的重合并并不意味着该行为必须符合统一的法律标准。相比之下，参与招投标卡特尔的相关企业成员可能同时受到欺诈（《德国刑法典》第 263 条第 1 款）和违反信托义务（《德国刑法典》第 266 条）的刑法指控。但是，这并不意味着刑法上的评估就得基于统一标准。尽管如此，因联邦法院本身确认了有关 Facebook 滥用行为的剥削性构成要件中的行为因果关系，这一关于因果关系标准的进展着实令人惊讶。在它看来“毫无疑问，受到质疑的使用条款会导致反竞争的市场结果，因为在正常竞争的条件下不会预见该结果”。⁽⁴⁹⁾

联邦法院的推理逻辑或许应当归因于历史上的程序因素。⁽⁵⁰⁾但是，无论如何，在欧洲法院的解释中，《条约》第 102 条下剥削性滥用标准似乎更具可预测性。这是因为该因果关系标准独立于法定（或司法）价值判断，并且相对严格地着眼于竞争方面。其决定性因素是相关行为的竞争相关性及其排斥或剥削效果，具体评估可以从之前的判例中获得指引。但是必须逐案权衡的基本权

(46) Federal Court of Justice, Judgment of 24-Jan-2017, KZR 47/14 – VBL Gegenwert II, para. 35; equally previously Federal Court of Justice, Judgment of 06-Nov-2013 KZR 58/11 and 61/11 – VBL Gegenwert, Rn. 65; FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 874 with fn. 725 – 726.

(47) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, headnote 1; paras. 72 ff.

(48) 关于 Facebook 案，类似地参见 Monopolies Commission, Biennial Report XXII, Competition 2018, 2018, para. 678: “另一方面，在非法处理数据的潜在滥用行为案件中，剥削和阻碍的效果皆存在。虽然违法行为是以剥削用户的形式表现，但可能是伴随着对竞争对手的阻碍效果建立起必要的因果关系。”

(49) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 84; see also the following paras. 85 – 91.

(50) FCO 在其决定中对因果关系进行了很长的讨论; FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 871 ff. 但是，高等法院驳回了这些考虑，其中参考了以下案件中适用的因果关系标准: ECJ, Judgment of 14-Feb-1978, 27/76 – United Brands, Rec. 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22, para. 249; see Higher Regional Court of Düsseldorf, Order of 26-Auf-2019, Kart 1/19 (V) – Facebook, paras. 57, 59.

利或其他法律特征是不相关的。⁽⁵¹⁾

(三) 效率

在当前诉讼阶段，尚无法回答 Facebook 的行为是否属于《条约》第 102 条下的滥用。依据欧洲判例法，如果具有支配地位的企业能“证明其行为在客观上是必要的……，或能使消费者受益的效率优势可以抵消甚至超过所产生的排斥效果”，滥用指控可能无效。⁽⁵²⁾

这一审查是对通过收集和整合用户数据实施的剥削性滥用案件中关于数据收集和整合的“公平性”审查的补充。在此，举证责任分配会根据所援引的欧洲法院判例法有所不同。然而，在反垄断诉讼中，支配地位企业最终仅负有证明其效率优势的自身义务。⁽⁵³⁾ 这是因为，依据《行政程序法》第 24 条下的官方调查原则，联邦卡特尔局无论如何都必须审查经济效率。如果企业没有提交任何此方面的意见，鉴于在《条约》第 102 条下执法机构没有积极调查效率的义务，审查只会更简短。

在其基于《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款作出的决定中，联邦卡特尔局并未审查 Facebook 行为的客观必要性或有利于消费者的效率。相反，在损害理论基础上，其审查了可能与德国滥用法相关的数据保护法下的合理理由。⁽⁵⁴⁾ 在审查客观必要性时，该局必须基于支配地位企业以外的因素来审查 Facebook 的数据收集和整合行为。⁽⁵⁵⁾ 在审查效率时，其必须考虑是否任何声称的经济效率都有可能通过该行为来实现，在受影响的市场中效率是否大于对竞争和消费者福利的负面影响，以及该行为是否消除了有效竞争。⁽⁵⁶⁾ 在以上审查中，公平对待消费者及保护竞争过程尤为重要。这是因为数据收集和整合带来了优化，使 Facebook 的社交网络和广告服务更紧密地贴合用户喜好，而且这种优化是 Facebook 商业模式所固有的。

然而，尤其是在像本案的剥削性案件中，对表面滥用行为至少进行效率抗辩的可能性是存疑的。毕竟，在市场结构永久性受损且第三方实施竞争违法行为可能性不大的情况下，依据相关判例法，市场支配地位企业不应有能力“随意决定哪些（服务）可以在市场上提供，……从而将自身置于相较其他竞争对手明显的优势地位”。⁽⁵⁷⁾

(51) 详细讨论参见 Lepsius, WuW 2020, 566 关于基本权利视角下的 Facebook 案。

(52) ECJ, Judgment of 27-Mar-2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, paras. 21, 25, 41 ff. (关于排斥性滥用); 同样地参见 Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 55 with fn. 21 关于平台服务提供商的特例。

(53) 关于滥用行为诉讼背景下对自身的法律义务 (*Obliegenheiten*) 参见 Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 110; 关于欧盟法下第 1/2003 号条例第 2 条相关条款参见本条例第 4 页 recital 5 以及下文部分章节: Langen/Bunte, Kartellrecht, Europäisches Kartellrecht, 12th ed., 2018, Art. 2 Reg. 1/2003 paras. 4–5.

(54) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 629 ff.; 然而，被以下判决驳回: Higher Regional Court of Düsseldorf, Order of 26-Auf-2019, Kart 1/19 (V) – Facebook, para. 75.

(55) European Commission, Communication – Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24-Feb-2009, p. 7, para. 29 (关于排斥性滥用).

(56) European Commission, Communication – Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24-Feb-2009, p. 7, para. 30 (关于排斥性滥用), cf. also Art. 101(3) TFEU.

(57) ECJ, Judgment of 13-Dec-1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Rec. 1991, I-5941, ECLI:EU:C:1991:474, para. 25.

因此存在一个外部限制，据此，为了后续市场进入，市场结构不得受到永久性破坏。⁽⁵⁸⁾ 这一限制可能与永久性倾向于一个平台的多边市场尤为相关。⁽⁵⁹⁾ Facebook 案的问题在于长期来看，至少在社交网络服务市场中，竞争将不复存在。⁽⁶⁰⁾ 这与欧委会的调查结果类似。据调查，即使从长期来看，也不能再期望相互竞争的在线提供商进入通用搜索服务市场。⁽⁶¹⁾ 在此市场状况下，《条约》第 102 条下额外限制竞争行为通常会消除竞争。

(四) 救济

联邦卡特尔局在其决定中禁止 Facebook 以使用其服务为条件要求用户接受自动收集、整合和使用数据的特别使用条款。联邦卡特尔局主席表示，其采取的救济方案旨在实现“内部解绑”，以及确保只有当用户自愿同意，数据才能被整合到 Facebook 用户账号下。⁽⁶²⁾

欧盟对反垄断救济的要求似乎没有美国等国那么严格。波斯纳法官指出，“反垄断案件中寻求的救济措施的本质通常是……反垄断主张可靠性的主要反映”。⁽⁶³⁾ 因此，执法机构和法院必须确保所采取的救济措施是适当的，并且能达到恢复竞争的目的。事实上，在美国最高法院看来，反垄断案件中的救济令必须寻求“使市场免受反竞争行为的影响”。⁽⁶⁴⁾ 它必须“终止非法垄断，否定被告的法定违法行为所得，并确保不存在任何未来可能导致垄断的行为”。⁽⁶⁵⁾ 因此，不适用允许相关企业参与救济措施设计的比例测试。

欧盟的救济方法在根本上有所不同。欧洲法院裁定，依据欧盟法规则，只能“对有关企业施加与所实施的违法行为相称且为有效结束违法行为所必需的任何行为性或结构性救济措施”。⁽⁶⁶⁾

基于此，欧盟普通法院裁定，欧委会无权将其在符合欧洲条约的各种潜在行动方案中的选择强加给当事方。⁽⁶⁷⁾ 成员国法院的判决也与之一致。因此，欧盟法下执法机构和法院主要关注的风险是，所采取的救济措施是否对有关企业的自由限制超出了恢复竞争所绝对必要的程度。

但是，欧盟路径下的救济措施并不总能有效地终止实际违法行为。在 Facebook 案中，依据联邦卡特尔局的审查方法，（救济措施的）条件与 Facebook 的一般条款和条件的结构相关联，因此

(58) European Commission, Communication — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, OJ C 101, 27-Apr-2004, p. 97, para. 105: “当竞争被消除，竞争过程就结束了，市场在位者为了保持其地位的支出（寻租）、资源的不当分配、创新减少以及更高的价格等长期损失超过了短期效率收益。”

(59) Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 87.

(60) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 432 – 521.

(61) Monopolies Commission, Biennial Report XXIII, Competition 2020, 2020, para. 409 (in the context of the Google Android case, AT.40099).

(62) FCO President Mundt, 转引自: FCO, press release of 7-Feb-2019; Facebook FAQ of 7-Feb-2019.

(63) 转引自:Erika Douglas, *Monopolization Remedies and Data Privacy*, 24 Virginia Journal of Law and Technology 1, 10 (2020).

(64) Ford Motor Co., 405 U.S. at 577; see also *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

(65) *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 391 U.S. 244, 250 (1968); see also *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 577 (1966); see also *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

(66) ECJ, Judgment of 29-Jun-2010, C-441/07 P – Alrosa, Rec. 2010, I-5949, ECLI:EU:C:2010:377, para. 39.

(67) GC, Judgment of 18-Nov-2020, T-814/17 – Lietuvos geležinkeliai, ECLI:EU:T:2020:545, para. 312 以及其中引用的判例。

甚至不与 Facebook 收集和使用数据的情况存在关联。

此外，本案的棘手之处在于救济令可能不适合有效地扭转 Facebook 行为对市场结构的影响。依据联邦卡特尔局自身的事实调查结果，除 Google 外，大多数竞争对手都无法收集到与 Facebook 详细程度相当的个人数据。这加强了与源于 Facebook 产品的直接网络效应相关的锁定效应。⁽⁶⁸⁾ 只有在与网络效应相匹配时，产品创新才能帮助实现用户转换。⁽⁶⁹⁾ 在联邦卡特尔局发布命令之时，没有迹象表明这种创新的存在。⁽⁷⁰⁾ 在这种情况下，用户自愿同意的目标不太可能实现。无论采取何种救济措施，鉴于当前的市场结构，用户仍然会依赖 Facebook。强制修改使用条款不会改变这种事实上的依赖性。因此，竞争状况的改善几乎无望。

作为对于联邦法院的损害理论的回应，假定救济令如联邦卡特尔局所预期的进行，高等法院还提出了进一步问题。该局是依据不同于联邦法院的损害理论来设计救济令的。基于“强制”服务扩展的假设，该违法行为也可以通过该局设想的“内部解绑”以外的其他方式来救济。例如，Facebook 也可以请求消费者同意扩展服务范围，或者在其使用条款中提供收集和使用少量还是较多数据的选择。⁽⁷¹⁾ 因此，高等法院对所施加救济措施的必要性及相称性提出了质疑。

高等法院的保留意见与一般的欧盟救济方式一致。Facebook 案将如何在救济措施问题上进一步发展，还有待观察。然而，其他因素也可能导致联邦卡特尔局的决定无效，从而法院实际上甚至不必就本案中所施加的救济措施作出裁决。

（五）与滥用指控无关的数据保护评估

Facebook 案中最初极具争议的一个问题是，假定 Facebook 使用的数据处理条款违反了数据保护规则，该违法行为是否与《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款下的滥用指控有关。联邦卡特尔局在禁止令的推理部分用了约 105 页的篇幅来解释此问题。⁽⁷²⁾ 但是，联邦法院在 2020 年 6 月的判决中阐明，依据数据保护法对数据处理条款的评估仅在必要的利益平衡中才重要，并且——在这方面，与联邦卡特尔局不同——本身不应被视为损害理论的决定性因素。⁽⁷³⁾ 在上诉的口头听证会上，高等法院甚至认为联邦卡特尔局可能在法律上无权“最终充当数据保护机构”。但是，数据保护法与依据《条约》第 102 条对本案进行评估的相关性问题仍未解决。

欧盟判例法没有像联邦法院那样，基于考量法定价值判断的利益平衡，从而实质上认定了通过标准条款实施的滥用行为。欧洲法院曾裁定，违反消费者保护规则可以证明也违反了竞争规则这一假设是合理的。⁽⁷⁴⁾ 此外，在某滥用案件中，欧洲法院已经“依据所涉相关行为的实施背景，

(68) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 482.

(69) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 519.

(70) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 521.

(71) Higher Regional Court of Düsseldorf, press release of 24-Mar-2021, sub 2.

(72) FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, paras. 522 – 870.

(73) Federal Court of Justice, Order of 23-Jun-2020, KVR 69/19 – Facebook, para. 99.

(74) ECJ, Judgment of 14-Mar-2013, C-32/11 – Allianz Hungária Biztosító and others, ECLI:EU:C:2013:160.

审查了[所涉]相关行为……是否会导致公共执法机构的不当监管从而造成竞争障碍，例如，非法授予支配地位企业排他性权利”。⁽⁷⁵⁾

但是，上述审理涉及的是支配地位企业通过非法行为人为地创造了相对于其竞争者的竞争优势的滥用行为。⁽⁷⁶⁾因此，欧洲法院指出，依据下级法院的推理：“经过具体审查的误导性陈述构成了一种完全基于实质上非竞争性方法的行为，且其唯一目的是，通过采用违反了[补充保护证书]相关监管框架的收购[补充保护证书]的方式，而非基于绩效进行竞争，不当地将竞争者排除在市场之外。因此，法院（正确地）裁定了欧盟委员会在上诉人滥用其市场支配地位这一认定上没有错误，从而驳回了第二点主张。”⁽⁷⁷⁾

依据该判例法，是否还可以基于相关行为的绝对非法性认定《条约》第102条下剥削性行为的问题仍然未知。但是，就评估Facebook行为而言，可以基于以下理由提出反驳：数据保护法的要求仅仅确定了Facebook运营所依据的法律框架。不能仅从违反数据保护要求的行为中推断出Facebook利用了其支配地位所带来的机会获得在实质充分有效的竞争中无法获得的商业优势。⁽⁷⁸⁾与此相反的联邦卡特尔局的方法引起了很大争议，因为Facebook使用非法数据处理条款的行为与其他互联网服务提供商的行为并没有明显的不同。⁽⁷⁹⁾

欧洲法院的判例法也反映了这一方面的问题。确实，如果没有满足偏离正常产品或服务竞争的行为条件，则非竞争性违法行为就不相关。因此，欧洲法院对数据保护问题作出了以下判决（尽管该案件是关于第101条下的禁止卡特尔）：“由于……与个人数据的敏感性有关的任何潜在问题都不属于竞争法的问题，可以依据数据保护有关规定予以解决。”⁽⁸⁰⁾

（六）小结

Facebook案是竞争法适用于实施数据相关滥用行为平台公司的一个里程碑式案例。欧洲法院判例法表明，也可以依据《条约》第102条对成员国的案件进行评估，这将为进一步发展欧洲竞争规则开辟前景。

(75) ECJ, Judgment of 06-Dec-2012, C-457/10 P – AstraZeneca/Commission, ECLI:EU:C:2012:770, para. 105.

(76) On this, see also Monopolies Commission, Special Report No. 68, Competition policy: The challenge of digital markets, 2015, paras. 326 ff., 515 ff.

(77) ECJ, Judgment of 06-Dec-2012, C-457/10 P – AstraZeneca/Commission, ECLI:EU:C:2012:770, para. 68.

(78) See again Judgment of 14-Feb-1978, 27/76 – United Brands, Rec. 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22, para. 249; Judgment of 11-Dec-2008, C-52/07 – Kanal 5 and TV 4, Rec. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, para. 27.

(79) See FCO, Order of 06-Feb-2019, B6-22/16 – Facebook, para. 880, 严格因果关系是从根据数据保护法Facebook的个人责任推断出来的；这一点受到了批判：e.g., by Reinhard Ellger, Facebook und das Kartellrecht — ein Drama in drei Akten, WuW 69 (2019), S.446, 450; Torsten Körber, Die 10. GWB-Novelle als “GWB-Digitalisierungs-Regulierungs-Gesetz”, NZKart 7 (2019), S.187, 193; previously Torsten Körber, Ist Wissen Marktmacht? Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, “Datenmacht” und Kartellrecht, NZKart 2016, S.303, 307, 348, 354; 另外参见：Andrea Lohse, Facebook und die Verarbeitung der off-Facebook-Daten nach der DSGVO: Ein Fall für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht?, NZKart 2020, S.292, 293, 298; Jens-Uwe Franck, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, S.137, 153 ff.

(80) ECJ, Judgment of 23-Nov-2006, C-238/05 – Asnef-Equifax, Rec. 2006, I-11125, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 63.

然而，同时 Facebook 案也说明了欧盟竞争法在影响消费者个人数据权利案件中的局限性。本案的核心问题是保护竞争及其对于社会的积极效应。与此相反，数据保护法的目的在于保护个人的自由及私域。因此，从本质上讲，该案要求规范的利益平衡：一方面，数据利用体现了企业家精神，整个消费者群体都可能从中受益。另一方面，个人也有权按自己意愿处置私人数据并且阻止未经同意的数据使用行为。

尽管欧盟竞争法可以考虑到这些利益，但无法实现个人权利和这些利益之间的平衡。数据保护法至少在保护数据控制权的个人利益方面更加有效。然而，数据保护法也不能代替竞争性市场分析，其并不具备保护竞争的目标。

尽管如此，《条约》第 102 条为与个人数据相关的竞争问题提供了一个解决办法，即对从中衍生出行为义务的支配地位企业施加了特殊的责任。如果通过收集和使用数据对市场具有消极影响从而损害了其他市场参与者的利益，企业也可能违反这些义务。

三、必需设施规则下的消费者数据访问权

原则上，拥有消费者偏好相关数据的支配地位企业有义务以公平、合理和非歧视（FRAND）条款准许其他服务提供商访问数据。这项义务源于所谓的必需设施规则。具有支配地位的企业的这项义务在《条约》第 102 条和德国竞争法（《德国反限制竞争法》第 19 条第 1 款和第 2 款第 4 项）中都有规定。在国内法中（《德国反限制竞争法》第 19 条第 2 款第 4 项、第 19a 条第 2 款第 4 项、第 20 条第 1a 和 3a 款），该项义务扩大至非支配地位企业，并且如果欧委会提出的《数字市场法》通过，其有可能进一步扩大。

然而，如仔细观察，事情很复杂且在改革后的规则下也将如此。这是因为 Facebook 从第三方来源获得的原始数据通过与其他数据（例如，在 Facebook 社交网站上收集的数据）的整合以及建立用户资料来获得它们的信息价值。但是，一方面，这些资料与“已识别或可识别的自然人”有关。背后的自然人可以根据《通用数据保护条例》（GDPR）来主张数据保护权利。⁽⁸¹⁾ 另一方面，反映用户偏好的数据的信息价值可以被商业化，因此可以被视为商业秘密。在欧盟法下，商业秘密的保护限于不为公众所知悉、具有商业价值并且在特定情况下需要采取合理措施来维持其保密性的信息。⁽⁸²⁾ 此外，任何具有战略竞争价值的商业数据共享行为也必须经过有关禁止卡特尔的评估（《条约》第 101 条、《德国反限制竞争法》第 1 条和第 2 条）。

多方面相互作用使得必需设施规则的应用具有挑战性。以下各节列出了其他企业可以主张相

(81) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1.

(82) Article 2 (1) of Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, OJ L 157, 15-Jun-2016, p. 1.

关数据访问权的条件，以及如要利用数据访问权，支配地位企业和其他企业自身必须满足的条件。

（一）访问权

必需设施规则禁止支配地位企业为其自身保留基础设施、商品或其他资源（“设施”），如果这些资源对二级市场上向消费者提供产品和服务是必需的。多年来，其在控制相关资源的支配地位企业受到特殊权益法律保护的案件中尤为重要。该保护可能出于历史原因（例如，运营港口或铁路网的国家许可）或者因商标权和其他知识产权而存在。⁽⁸³⁾ 这种通过先前授予的排他性商业权利的法律保护可能有利于企业支配地位的形成。尽管如此，必须基于一般原则认定支配地位的存在。仅仅拥有诸如知识产权等所有权并不意味着具有市场支配地位。⁽⁸⁴⁾

相比之下，在评估权利持有人的行为时，排他性商业权利的存在是相关的。在此需要指出的是，必需设施规则根植于欧洲法院长期以来关于拒绝交易的判例法。欧洲法院裁定，作为一般原则，控制二级市场上制造商使用的投入品供应的支配地位企业不能仅因为其自身决定要活跃在该二级市场就实施消除该市场上现有竞争的行为。⁽⁸⁵⁾ 其中，二级市场制造商是否仍然有足够数量的投入品来及时改组其生产并不重要。⁽⁸⁶⁾

然而，在投入品资源受排他性商业权利保护的情况下，适用更加严格的标准。事实上，欧洲法院认定：“依据《条约》……的规定，在行使（排他性）权利的合法范围内，如果……权利并未被用作滥用市场支配地位的工具，不能仅依据相关行为由市场支配地位企业实施就认为行使该权利违反了第 102 条。”⁽⁸⁷⁾

到目前为止，法院尚未确定这项限制是适用于所有的财产权还是只适用于诸如商标和版权等排他性商业权利。⁽⁸⁸⁾ 但是，对于 Facebook 这样的企业，必须假定评估须在更严格的法律标准下进行。当此类企业收集和整合有关用户偏好的数据时，其内部建立的任何数据库都可以受到版权保护。⁽⁸⁹⁾ 此外，正如前文所述，从数据中获得的商业相关信息可能会作为商业秘密受到保护。

【83】 See, e.g., ECJ, Judgment of 3-Oct-1985, 311/84 – CBEM/CLT and IPB, Rec. 1985, p. 3261, ECLI:EU:C:1985:394, paras. 25 – 26 (电视服务运营); EU Commission, Decision of 21-Dec-1993, 94/119/EC – Port of Rødby, OJ 1994 L 55, 52, para. 12, 以及随后的脚注 85 及下文中的判例法。

【84】 ECJ Judgment of 6-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP / Commission, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 49.

【85】 ECJ, Judgment of 6-Mar-1974, 6 and 7/73 – Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents / Commission, Rec. 1974 p. 223, ECLI:EU:C:1974:18, para. 25.

【86】 ECJ, Judgment of 6-Mar-1974, 6 and 7/73 – Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents/Commission, Rec. 1974 p. 223, ECLI:EU:C:1974:18, para. 26.

【87】 ECJ, Judgment of 23-May-1978, 102/77 – Hoffman-La Roche/Centrafarm, Rec. 1978, p. 1139, ECLI:EU:C:1978:108, para. 16; 类似地: ECJ, Judgment of 5-Oct-1988, 53/87 – CICRA/Renault, Rec. 1988 p. 6039, ECLI:EU:C:1988:472, para. 15.

【88】 ECJ, Judgment of 26-Nov-1998, C-7/97 – Bronner, Rec. 1998, p. I-7791, ECLI:EU:C:1998:569, para. 41; Judgment of 6-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP / Commission, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 49.

【89】 See ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 10, 关于必需设施规则下数据库相关知识产权的相关性。

原则上，只有在“例外情况下”，知识产权和类似排他性商业权利的行使才可能涉及滥用行为。⁽⁹⁰⁾ 例如，如果知识产权的持有人在与其他市场参与者交易时奉行专制的策略，将价格提高至不公平的水平，或当消费者需求持续存在时却直接停止对其他服务的支持。⁽⁹¹⁾ 相比之下，权利持有人仅拒绝授予许可不能构成支配地位滥用。⁽⁹²⁾ 因此，在拒绝获取受知识产权保护的原料的案件中，滥用的认定取决于对原料感兴趣的市場参与者打算如何利用它。⁽⁹³⁾ 对此有两个条件：首先，这种接入对于其他市场参与者是必不可少的；其次，如果没有这种接入，竞争必然受损从而损害消费者。

关于第一个条件，欧洲法院认为，“具有决定性的因素是：两个不同的生产阶段可以被识别，并且它们是相互关联的，以至于上游产品对于下游产品的供应来说必不可少”。⁽⁹⁴⁾

因此，当像 Facebook 这样的企业依赖于其排他权时，拒绝对受这些权利保护的数据资源的访问可能会违反《条约》第 102 条的前提是这种拒绝排除了其他在线服务提供商。

然而，在此有几点要注意。一是 Facebook 是否曾经打算主动出售其数据资源并不重要。欧洲法院已经明确表示，“只要能识别这种资源的一个潜在市场或甚至假定市场就足够了”。⁽⁹⁵⁾

另一点是，请求访问的市场参与者必须证明上游产品对于其打算提供的下游产品来说是必不可少的。也就是说，须证明不存在上游产品的“实际或潜在替代品”。⁽⁹⁶⁾ 不可或缺性的标准很严格：终端客户（消费者）最终能从大量数据共享中受益是不够的。相反，相关市场参与者必须面临“技术、法律或……经济障碍使其不可能，或……不合理地难以……单独或与他人合作建立（上游替代品）并利用它来分销自己的（下游产品和服务）”。⁽⁹⁷⁾

就消费者偏好数据而言，这种证明可能会很困难。具体来说，请求访问的市场参与者将需要用商业案例来证明该访问是必不可少的。然而，数据的信息价值可能因主张数据访问权的时间点而截然不同：社交网络上的用户在此刻表达的旅行愿望和其不久前表达的同样愿望意义不同。这种时间上和语境上的相关性可能使得主张访问的市场参与者更难以在其尚未获取此种权限的情况下，提出一个能够证明访问合理性的商业案例。而且，如果该市场参与者无法解释其需要访问具

(90) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 35; Judgment of 6-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP / Commission, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 50.

(91) ECJ, Judgment of 05-Oct-1988, 53/87 – CICRA/Renault, Rec. 1988 p. 6039, ECLI:EU:C:1988:472, para. 16; similarly: ECJ, Judgment of 05-Oct-1988, 238/87 – Volvo/Veng, Rec. 1988, p. 6211, ECLI:EU:C:1988:477, paras. 51, 54.

(92) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 34.

(93) 关于寻求获得权利与原料之间的区别，see ECJ, Judgment of 6 April 1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP, Rec. 1995, p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, paras. 51, 54; 关于其他市场参与者在原料方面的利益，see ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 34.

(94) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 45.

(95) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 44.

(96) ECJ, Judgment of 26-Nov-1998, C-7/97 – Bronner, Rec. 1998, p. I-7791, ECLI:EU:C:1998:569, para. 41; Judgment of 06-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 52.

(97) ECJ, Judgment of 26-Nov-1998, C-7/97 – Bronner, Rec. 1998, p. I-7791, ECLI:EU:C:1998:569, para. 44.

有特定信息价值的数据的原因，该访问则是非必不可少的，原因是消费者偏好数据通常而言是非排他性的，因此可以被所有的市场参与者不受任何限制地进行收集。

最后一个要点是，符合消费者利益的法律义务当然可以减轻这一要求。具体来说，《通用数据保护条例》第20条赋予消费者有权获得“经过整理的、普遍使用的且机器可读的，已提供给相关控制方的（如社交网络服务运营商）关于其自身的个人数据，并且有权在不受原来提供数据的控制方的阻碍下将这些数据传输给另外一个控制方”。这一权利以其他服务提供商能够获得数据访问为前提条件，否则该权利对消费者来说将毫无价值。但是，第20条只能由消费者自己主张。因此，不论消费者是否同意，该条规定并不能帮助市场参与者获取相关数据访问权。

除了不可或缺性的要求，第二个条件是，上游市场的拒绝接入必须对下游市场产生排斥效果，从而损害消费者。具体而言，欧洲法院判决：“为了使拥有版权的企业拒绝对开展特定业务活动所必不可少的产品或服务的提供被认定为滥用行为，……需要满足三个累积性条件，即该拒绝行为将阻止符合潜在消费者需求的新产品的出现、是不合理的，并且将消除二级市场上的所有竞争。”⁽⁹⁸⁾

第一个子条件是该行为阻止“新产品的出现……（权利持有人自身）并不提供该等产品，且该等产品符合潜在消费者需求”。⁽⁹⁹⁾这意味着请求许可的市场参与者不能仅仅是复制权利持有人已有的产品或服务，否则拒绝行为就不会构成对消费者获取新产品的有效剥夺。⁽¹⁰⁰⁾第三个子条件是下游市场上的“所有竞争”都被“消除”。⁽¹⁰¹⁾这两个子条件似乎比传统的拒绝交易案件更为严格。但是这一点并不完全清晰。例如，欧盟普通法院在对微软的一个重要判决中认为，只要新产品质量更好以及“有效”竞争被消除了（即市场上仅存的边际或无利可图的竞争大打折扣）就足够了。⁽¹⁰²⁾

然而，在此最为相关的子条件是第二个。该子条件意味着不存在客观考量因素足以阻碍允许上游或下游市场接入的决定。⁽¹⁰³⁾在寻求访问有关消费者偏好数据的案件中，该子条件尤为重要。这是因为有另外两套规则可以证明权利持有人拒绝其他人访问数据的合理性。

第一套规则由《通用数据保护条例》下的数据保护规则组成，通常要求个人数据共享须经用户同意。⁽¹⁰⁴⁾这些义务具有法律约束力并且可以通过罚款来强制执行，从而限制权利持有人的市

(98) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, paras. 37 – 38.

(99) ECJ, Judgment of 6 April 1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 54; ECJ, Judgment of 29 April 2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 37.

(100) ECJ, Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, paras. 48 – 49.

(101) ECJ, Judgment of 06-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 56; Judgment of 26-Nov-1998, C-7/97 – Bronner, Rec. 1998, p. I-7791, ECLI:EU:C:1998:569, para. 41.

(102) GC, Judgment of 17-Sep-2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, p. II-3601, ECLI:EU:T:2007:289, paras. 229, 563 – 564, 593 (“有效竞争”); paras. 971, 1057 (“更好的质量”).

(103) ECJ, Judgment of 06-Apr-1995, C-241/91 P and C-242/91 P – RTE and ITP, Rec. 1995 p. I-743, ECLI:EU:C:1995:98, para. 55 (上游和下游市场都有关); Judgment of 29-Apr-2004, C-418/01 – IMS Health, Rec. 2004, p. I-5039, ECLI:EU:C:2004:257, para. 51 (“客观考量因素”).

(104) Art. 6 of Reg. 2016/679 (fn. 77). 出于履行合同，遵守法律义务，或者“为了合法权益目的有必要”的数据处理不要求经过同意。但是，这些例外情况的范围尚不确定，因此本文暂且未考虑这些情况。

场行为。⁽¹⁰⁵⁾ 尽管权利持有人被要求保证消费者的数据可携性，其并不能按照自身意愿随意处置消费者个人数据。话虽如此，不排除如果消费者被告知其他市场参与者的请求以及访问其数据对提供符合其潜在需求的新产品来说是必不可少的，消费者会同意数据共享。

第二套规则由禁止卡特尔的规则组成（《条约》第 101 条，《德国反限制竞争法》第 1 条、第 2 条）。禁止卡特尔（的规则）禁止战略信息的交换，即能推断出竞争对手未来行为的信息。⁽¹⁰⁶⁾ 尽管与消费者偏好相关的数据不能当然地精确描绘竞争对手的行为，但还是可以从中推断出收集和分析这些数据的企业未来可能的行为。因此，数据共享行为可能会违反禁止卡特尔的规则。唯一的例外情形并无二致，共享能带来消费者福利，原因是此种行为能为消费者提供符合其潜在需求的新产品（《条约》第 101 条第 3 款、《德国反限制竞争法》第 2 条）。

（二）访问条件

原则上，必须基于 FRAND 条款准许对消费者偏好数据的访问。在确定这些条款时，有必要平衡自由竞争利益和保护权利人知识产权要求。欧洲法院尚未确定如何在数据访问主张的背景下实现这种平衡。但是，该法院已经对类似的关于获得受标准必要专利保护的技术问题作出裁决。⁽¹⁰⁷⁾

对此，法院指出标准必要专利意味着其权利人可以阻止竞争对手产品出现或持续存在于市场上。⁽¹⁰⁸⁾ 那么基于 FRAND 条款授予许可的义务使第三方产生了合理预期，即实际上将依据此类条款授予许可。⁽¹⁰⁹⁾ 权利持有人负有相应义务“遵守旨在确保相关利益之间的公允平衡的条件”。⁽¹¹⁰⁾

这意味着与其他市场参与者进行磋商的义务，并且在这些市场参与者表达其有就 FRAND 条款达成许可协议的意愿之后，有义务向他们提供：“一份基于 FRAND 条款的详细书面许可要约 [……] 特别明确说明专利使用费的数额及其计算方法。”⁽¹¹¹⁾

据此，另一市场参与者可以“依据该领域公认的商业惯例，本着诚意，勤勉地……回应该要约，……这尤其意味着不存在拖延战术”。⁽¹¹²⁾

如果市场参与者不接受向其提出的要约，“只有在向权利持有人及时以书面形式提交了符合 FRAND 条款的具体反要约后，才可以确认该要约的滥用性质”。⁽¹¹³⁾

(105) 关于罚款，see Art. 83 (5) (b) of Reg. 2016/679 (fn. 77).

(106) ECJ, Judgment of 19-Mar-2015, C-286/13 P – Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe, ECLI:EU:C:2015:184, para. 122; EU Commission Communication – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14.-Jan-2011, p. 1, paras. 72 ff.

(107) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, paras. 42 ff.

(108) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 52.

(109) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 53.

(110) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 55.

(111) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, paras. 60, 63.

(112) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 65.

(113) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 66.

因此，欧洲法院判例法只是原则性地并未详细地说明应遵循的协商程序，且它未对究竟什么是 FRAND 条款作出详细说明。对此，法院仅判决“必须适当考虑案件中的特定法律和事实情况”，并且如果权利持有人适用“不同条件于与其他交易方的同等交易，从而使它们处于竞争劣势，或者通过扭曲竞争来加强其市场支配地位”，则会构成滥用行为。⁽¹¹⁴⁾

在市场参与者请求访问数据集合（或者更准确地说，该集合的信息价值）的案件中，合理的条款将至少要求具有支配地位的权利持有人告知消费者该访问请求，以请求消费者同意数据共享。权利持有人还有可能被要求向消费者提供由访问申请人准备的解释，使他们能够就是否同意该请求作出知情的决定。另外，该访问的授予必须是非歧视的并且为数据支付的报酬相对于其提供的价值而言不能过高。

（三）小结

实质上，正如前文所述，欧盟竞争法已经允许访问类似 Facebook 案中的数据。但是访问权获取标准尤其苛刻。另外，消费者的惰性可能会使得《通用数据保护条例》下获取消费者同意的要求难以满足。因此，请求访问的市场参与者需要向消费者证明存在明显利益，以吸引消费者将自身利益的目光放到其计划提供的新服务上。如果它计划提供的产品尚不存在，能否完成这样的证明仍然令人怀疑。如果未能证明，与支配地位企业的产品相竞争或互补的产品的开发将被有效地排除。

四、《数字市场法》带来的变化

平台经济的发展导致大型平台生态系统的出现，包括基于数据的业务模型平台。欧洲的平台生态系统中最大的运营商通常简称为 GAFAM，即谷歌（Google）、亚马逊（Amazon）、脸书（Facebook）、苹果（Apple）、微软（Microsoft）。它们的平台生态系统都受益于结构优势。因此，这些企业可以使单个市场一个接一个地永久性地倾向于它们的利益，更甚者，可能形成无懈可击的生态系统。由此整个市场的竞争结构可能会永久性地恶化，因为整个生态系统都被屏蔽于竞争之外。⁽¹¹⁵⁾

过去的事实证明欧盟法对于阻止建立此种无懈可击的生态系统无效。一个潜在的原因是竞争执法机构对于依据事前并购控制规则进行干预十分踌躇。这给予了相关企业通过合并交易来扩大其生态系统的机会。Google/Double-Click 交易就是其中一个案例。⁽¹¹⁶⁾ 在该交易中，Google 收购了一家领先的在线广告服务提供商，使其可以在通过其所有服务收集的消费者偏好数据的基础上显

(114) ECJ, Judgment of 16-Jul-2015, C-170/13 – Huawei Technologies, ECLI:EU:C:2015:477, para. 56; Judgment of 27-Mar-2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, para. 26.

(115) See EU Commission, New Competition Tool, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)2836004 – 02/06/2020, p. 2; Monopolies Commission, Biennial Report No. XXIII, Competition 2020, 2020, para. 57, also see Monopolkommission, https://www.monopolkommission.de/images/HG23/Main_Report_XXIII_Control_of_abusive_practices_in_the_digital_platform_economy.pdf.

(116) EU Commission, Decision of 11-Mar_2008, M.4731 – Google/DoubleClick.

著改善其定向广告服务。尽管如此，欧委会还是批准了该合并。另一个案例是涉及收购一家快速成长的即时通讯服务商的 Facebook/WhatsApp 案。⁽¹¹⁷⁾ 尽管在并购控制过程中就有警告说，Facebook 将可能把基于某项服务而收集的用户数据用于其他服务⁽¹¹⁸⁾，但是，欧委会仍然通过了这项交易。

另一个原因反映在对滥用市场支配地位无效的事后控制中。比如，欧委会对搜索引擎运营商 Google 采取了行动，因其给予与搜索引擎捆绑在一起的自家价格比较购物服务更优惠的待遇（所谓的自我优待）。⁽¹¹⁹⁾ 在另一项调查中，欧委会采取行动反对：Google 基于其在安卓应用商店市场上的支配地位而强加给安卓设备制造商搭售协议，以此来巩固其在通用网页搜索服务市场上的支配地位并确保其在移动网页浏览器市场上的竞争优势。⁽¹²⁰⁾ 在上述两件案例中，重塑竞争性市场结构都需要剥夺 Google 从平台各边的非法行为中获得的所有优势。然而，欧委会的决定主要聚焦在滥用行为发生的市场。因此，最终并没有完全抵消滥用带来的所有竞争优势。⁽¹²¹⁾

欧委会最近通过启动一项新立法文件的程序来应对这些已察觉到的缺陷，即《数字市场法》，该法案将更好地适应于解决数字经济中竞争问题。⁽¹²²⁾ 针对无懈可击的生态系统运营商，《数字市场法》给其打上了“守门人”的标签。该法案并非旨在终结滥用行为。相反，它将成为一项新的事前工具，允许欧委会对“守门人”施加行为义务，以防止滥用市场支配地位行为并促进市场“公平”。此外，当“守门人”的行为被报告通过进一步评估可能构成滥用行为时，该法案有望使欧委会可以更快地进行干预。2020年12月发布的《数字市场法》提案在当前广受讨论。讨论围绕新法规的目标（可竞争性/公平性）、“守门人”的认定、行为义务、允许效率辩护的必要性以及《数字市场法》与《条约》第102条以及成员国法律之间的关系。

这些讨论大部分与当前的案子无关。但相关的是，该法案预期用何种方式防止“守门人”如前文所述滥用市场支配地位。就此，第5条特别禁止“守门人”“将源自其核心平台服务的个人数据与来自守门人提供的任何其他服务或第三方服务的个人数据进行整合，或将终端用户登记到守门人其他服务名下以便整合个人数据”。第5条第e至g项禁止“守门人”“要求商务用户使用、提供或互操作”由“守门人”提供的服务。此外，第6条还包括了重要规定。依据第6条第1款a项和第2款，“守门人”有义务允许访问第三方网站生成的数据，以使这些网站的运营者受益。对于其他商业用户在“守门人”的核心平台服务下产生的数据，i项也规定了类似的访问权。此外，第6条第1款f项规定了互操作性的要求，g项要求向广告商和出版商提供访问绩效衡量测量工

(117) EU Commission, Decision of 03-Oct_2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp.

(118) Monopolies Commission, Special Report No. 68, Competition policy: The challenge of digital markets, 2015, para. 321, retrievable at https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf.

(119) EU Commission, Decision of 27-Jun-2017, AT.39740 — Google Search (Shopping).

(120) EU Commission, Decision of 18-Jul-2018, AT.40099 – Google Android.

(121) 关于 Google Android 案的批判性评估参见：Monopolies Commission, Biennial Report No. XXIII, Competition 2020, 2020, paras. 409, 410 ff.

(122) EU Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM(2020) 842 final.

具的权限。最后，依据第6条第1款h项的规定，“守门人”必须确保源于商务用户和终端用户活动生成的数据可携性。第6条规定的义务可以直接适用（于守门人），但仍待欧委会进一步的说明。

假定被认定为“守门人”的企业一般都自愿遵守规则，那么该法案第5条和第6条允许快速干预，从而提供了在滥用行为实质性损害市场之前就能确保合规的一种工具。然而，在欧洲范围内目前尚未讨论的问题是，如果相关企业不愿遵守规则，该法案可以发挥什么作用。目前较难就此对该法案进行评估。一方面，第5条和第6条规定的行为义务是依据先前的案例设计的。⁽¹²³⁾另一方面，该法案同样也是对单个平台端施加行为义务，并没有具体解决整合或使用数据以进一步整合和扩展平台生态系统提供服务的问题。此外，《数字市场法》没有对救济方案作出详细规定。第16条第1款和第2款仅授权欧委会对“守门人”施加任何“与已实施的违法行为相称且为确保符合本条例规定而有必要的行为性或结构性救济方案”。这与欧委会在现有规则下的职权相匹配。

围绕《数字市场法》的讨论仍将继续。最终的立法文本将是什么样子，以及一旦通过后该法案是否能够对防止数据相关滥用行为提供有意义的干预还有待观察。

五、结语

在欧盟法下，竞争保护和数据保护可能发生重合，但在某些案件中也可能会发生冲突。在这种背景下，了解各自的前提和相关规则之间的相互作用非常重要。

Facebook案说明了何种条件下数据相关滥用行为可以受到竞争法的规制。在此案中，德国联邦卡特尔局发挥了先锋作用，其影响范围远远超出了德国，将德国滥用规则应用于涉嫌数据相关滥用行为的具有支配地位的在线平台运营商。通过其对Facebook案的干预，联邦卡特尔局推动了一场关于数据相关滥用行为与竞争法和数据保护规则之间关系的重要辩论。这尤其反映在不同上诉法院的审查意见中。

直至今日，联邦卡特尔局以及德国法院的法律分析仅基于德国法。尽管如此，联邦法院提出的损害理论与欧洲法院关于通过利用市场力量杠杆来进行的剥削性和排斥性滥用的判例法是一致的。这能够弥合德国法和欧盟法，因此可以依据《条约》第102条评估此案。然而分歧依然存在。联邦法院显著依赖于法定价值决策和利益平衡，这通常必须在《德国反限制竞争法》第19条第1款框架下进行。相比之下，欧洲法院的标准通常聚焦于竞争方面，因此省去了德国法中常见的规范性评估。无论如何，在进一步的诉讼程序中对Facebook的行为进行《条约》第102条下的审查是可取的，这不仅是为了发展欧盟范围内滥用法的统一标准，也是为了这些标准的可预测性。

欧洲法院将在何种程度上就初步裁决中提到的问题对《条约》第102条的适用作出裁决仍然不得而知。该裁决可能会在2022年下半年作出。话虽如此，欧洲法院对Facebook案的裁决肯定将在整个欧洲范围内进一步澄清竞争与数据保护法之间的关系。

(123) See Cristina Caffarra & Fiona Scott Morton, *The European Commission Digital Markets Act: A translation*, VOXEU (5 January 2021), <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

除了围绕排斥性和剥削性滥用的问题，对数据访问的请求也可能引起一些欧盟法下的复杂问题。然而，竞争法和数据保护法对于此种访问的严格限制使得实践中获得此种访问变得棘手。通过《数字市场法》，欧委会正通过一系列影响深远的市场干预措施来应对改革的需要，这些措施旨在控制大型平台运营商的市场力量。《数字市场法》将会由本文未涉及的其他规则来补充，其中有一些已经生效。⁽¹²⁴⁾ 其旨在为使用平台的商家利益以及平台相关基本权利的特殊保护确保透明度。关于《数字市场法》的讨论最近才开始。《数字市场法》最终的法律文本为何，以及其对数字经济的影响还有待观察。

Data-related Abuses under European Law

Thomas Weck Philipp Reinhold (Author)

WANG Ziyang HE Yongjin (Translator)

Abstract: The collection of large amounts of unstructured data (big data) and its analysis poses new questions in the areas of competition as well as data protection. The linkage of the two areas has become apparent in the Facebook case, in which the German Federal Cartel Office initially refrained from a closer examination of Article 102 TFEU and instead carried out an examination under data protection law, in order to establish an abuse under German law on this basis. The procedure in this case shows possibilities of sanctioning data-related abuses based on the German Competition Act. However, the application of Article 102 TFEU, as it is interpreted by the European Court of Justice, has remained open so far in the Facebook case. In view of the development of uniform standards of abuse law throughout the European Union and the predictability of these standards, it would be desirable that a possible violation Article 102 TFEU be examined more closely in the further course of the proceedings. Whereas data-related abuses like in the Facebook case concern the exclusion or the exploitation of other market participants, the relationship between competition and data protection also raises the question whether market participants may have a right to claim access to data in order to provide new services and to create new competition. In this context, a restrictive approach is governing European law to this date,

(124) 最重要的有: 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 (“Platform-to-Business Regulation”), OJ L 186, p. 57 (in force); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final.

which makes access for competitive purposes very difficult. The European Commission is addressing this issue in its recently proposed Digital Markets Act (DMA). This legislative initiative aims to regulate powerful platform gatekeepers in order to prevent abuses. It is still open whether and when the DMA will become law. That being said, the complex relationship between competition and data protection will stay high on the agenda for European competition policy in the coming years.

Keywords: Antitrust; Online Platform; Abuses; Digital Markets Act; Data Protection

(责任编辑: 江山 汪友年)