

数字市场中滥用经济依赖地位的法律推定：意大利 《2021年度市场与竞争法》第33条述评^{*}

[意] 马里奥·利贝蒂尼
温博宇 译 翟远见 校

摘要：对意大利《2021年度市场与竞争法》（意大利2022年8月5日第118号法律）第33条进行了解读，该条引入了在与终端用户或供应商的联系中起到决定性作用的数字平台具有经济依赖地位的法律推定。作者指出，对于重要的数字平台，由于欧盟《数字市场法》规则具有普遍性，禁止滥用经济依赖地位的国家规则的适用将受到限制，因为这些规则往往规定了内容相同的行为规则。

关键词：数字市场法；经济依赖地位；法律推定；意大利

[中图分类号] D954.6; D912.29 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2023) 05-0140-19

一、新的法律规范

意大利《2021年度市场与竞争法》（意大利2022年8月5日第118号法律）第33条修订了意大利《滥用经济依赖地位法》（意大利1998年6月18日第192号法律）第9条。

为便于阅读，首先援引《2021年度市场与竞争法》第33条的原文。

第33条（加强打击滥用经济依赖地位）

1. 针对1998年6月18日第192号法律第9条，修改如下：

a) 在第1款末尾增加以下语句：“除非另有证明，否则应推定企业在使用数字平台提供的中介服务时存在经济依赖地位，前述数字平台在接触终端用户或供应商方面，包括在网络效应或数据可用性方面具有决定性作用。”

^{*} 为了公平起见，我想指出的是，本文是对当时一家企业就后来成为法律的草案文本所要求的支持性意见的扩写。我衷心感谢 Marisaria Maugeri 教授阅读了本文的早期版本，并提出了一些重要建议。当然，文中出现错误的责任完全属于作者本人。

【作者简介】马里奥·利贝蒂尼（Mario Libertini），意大利罗马第一大学法学院商法学荣休教授。原文出处 Mario Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 22 della l.5 agosto 2022, n. 118, in Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo 1/2023*, p. 9-38.

【译者简介】温博宇，中国政法大学比较法学研究院硕士研究生；翟远见，法学博士，中国政法大学比较法学研究院副教授。

b) 在第2款末尾增加以下语句：“第1款所述数字平台的滥用行为也可能包括：对所提供服务的范围或质量提供不充分的信息或数据；要求提供与所开展活动的性质或内容不相称的单方面服务；采取抑制或阻碍使用不同提供商提供相同服务的做法，包括采用现有合同协议或许可证中没有规定的单方面条件或额外费用。”

c) 在第3款末尾增加以下语句：“涉及本条规定的民事诉讼应提交至2003年6月27日第168号法令第1条规定的专属管辖法院。”

2. 第1款规定自2022年10月31日起适用。

3. 内阁和司法部商定并与竞争和市场管理局（Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM）协商后，可专门通过指导方针，旨在促进第1款所述规定的适用，与欧洲立法的原则保持一致，同时旨在防止产生诉讼案件并且促进在市场竞争、自由开展经济活动方面的良好实践。^[1]

我们很容易注意到，该条引入了：第一，使用数字平台提供的中介服务的企业具有经济依赖地位的法律推定机制，前述数字平台在接触终端用户或供应商方面具有“决定性”作用；第二，数字平台可能实施的滥用行为的新典型实例；第三，滥用经济依赖地位相关诉讼的司法管辖权的更改；第四，授予意大利政府在与司法部达成一致并与竞争和市场管理局协商后，通过旨在促进适用新的法律推定机制的指导方针（*linee guida*）的权力。

《2021年度市场与竞争法》第33条的目的显然是提高国家权力机关对大型数字平台的市场力量进行干预的可能性。^[2]为此，禁止滥用经济依赖地位的规则（《滥用经济依赖地位法》第9条）的适用范围被扩大，还创造了新的特别针对数字平台的滥用经济依赖地位的实例。最初的评论者

[1] 因此，现行意大利《滥用经济依赖地位法》第9条如下：【滥用经济依赖地位】

1. 禁止一个或多个企业滥用客户企业或供应商企业对他们的经济依赖。经济依赖地位是指一个企业在与另一个企业的商业关系中能够造成权利和义务过度失衡的情况。在评估经济依赖地位时，还应考虑遭受滥用的一方在市场上找到令人满意的替代品的实际可能性。除非另有证明，否则应推定企业在使用数字平台提供的中介服务时存在经济依赖地位，因为数字平台在接触终端用户或供应商方面，包括在网络效应或数据可用性方面起着决定性作用。

2. 滥用行为也可能包括为拒绝销售或拒绝购买、强加不合理的苛刻或歧视性合同条款或任意终止现有业务关系。第1款所述数字平台的滥用行为也可能包括：对所提供服务的范围或质量提供不充分的信息或数据；要求提供与所开展活动的性质或内容不相称的单方面服务；采取抑制或阻碍使用不同提供商提供相同服务的做法，包括采用现有合同协议或许可证中没有规定的单方面条件或额外费用。

3. 滥用经济依赖地位的约定无效。主管普通法院应审理滥用经济依赖地位的诉讼，包括禁止之诉和损害赔偿之诉。涉及本条规定的民事诉讼应提交至2003年6月27日第168号法令第1条规定的专门管辖法院。

3-2. 在不影响适用1990年10月10日第287号法律第3条的前提下，竞争和市场管理局如果认为滥用经济依赖地位与保护竞争和市场有关，也可在接到第三方举报并启动行使初步调查和问询权后，根据1990年10月10日第287号法律第15条的规定，对滥用经济依赖地位的一个或多个企业进行警告和制裁。

如果违反2002年10月9日第231号法令规定的行为普遍存在且屡次发生，损害了企业的利益，尤其是中小企业的利益，则无论是否存在经济依赖地位，均构成滥用行为。

[2] V., per tutti, V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione “non dominante” delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 39 ss.

普遍认为，这一规则是“在逐步加强数字市场合同正义的道路上向前迈进的一步”。⁽³⁾

然而，这一规则的目的与将于2023年5月2日生效的关于数字领域公平和可竞争市场的欧洲新条例（《数字市场法》，Digital Markets Act, 2022年9月14日欧盟第2022/1925号条例）的目的相冲突。因此，在直接讨论《2021年度市场与竞争法》第33条所带来的解释论问题之前，有必要询问这一新规则如何与旨在确保数字市场“公平性和可竞争性”的欧洲新条例相协调。

二、与《数字市场法》的协调

为了简洁起见，下文理所当然地介绍了《数字市场法》的总体规范内容，并且我们将只尝试阐明其中最直接影响上述协调问题的几个要点。

首先，必须强调的是，《数字市场法》规定的行为规则并不适用于所有“发挥决定性作用”的数字平台（这些平台是《2021年度市场与竞争法》法律规则的适用对象），而只适用于那些被欧盟委员会正式指定为“守门人”（gatekeeper）的大型平台，因为它们超过了《数字市场法》第3条规定的某些规模门槛。因此，只有在数字市场中这一有限但非常重要的部分，才可能出现两个规则之间发生冲突的问题。⁽⁴⁾

（一）《数字市场法》规则与一般反垄断法规则的并存

《数字市场法》的既定目标之一是“避免内部市场碎片化”（因此，根据《数字市场法》第1条第5款以及“鉴于条款”第6、7、9、91段，“欧盟委员会是唯一有权实施本条例的机构”）。因此，欧洲立法机关希望将监督“网络巨头”遵守《数字市场法》规则的权力和监管、实施制裁的权力集中在欧盟委员会。这是因为考虑数字市场的全球性，旨在控制数字平台的规则在不同成员国之间有所区别是不合适的，这是可以理解的⁽⁵⁾。⁽⁶⁾

然而，这一政策选择在制定该条例的预备阶段中遭到了一些成员国的抵制，这些成员国在此

(3) A. Moliterni, *La legge annuale sul mercato e la concorrenza ai tempi del PNRR*, in *GDA*, 2022, 586: 同样如此认为，这是普遍性的意见。V. Falce, *Rapporti asimmetrici fra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 200: 改革实现了“对企业采取良性行为的强大激励机制”。

此外，人们还注意到，相对而言，意大利最近的改革是得到各国反垄断机构支持的广泛趋势中的一部分，即加强适用关于滥用经济依赖地位的国家规则的可能性，因为这些规则被认为比禁止滥用支配地位的规则更容易执行。（Cfr. R. Alimonti, M. Johnson, *Abuse of Economic Dependence and Its Interaction with Competition Policy: the Economics Perspective*, in *Competition Law Journal*, 2022, 87 ss.; A. Licastro, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, reperibile in *Federalismi.it*, 4 maggio 2022; M.W. Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2021, 919 ss.）

(4) 如须更广泛地了解文中接下来提及的主题，参见 M. Libertini, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1069 ss.

(5) Cfr. P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets. A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review*, 2022 (4 della versione disponibile su <https://eprints.whiterose.ac.uk/181328/>).

(6) 关于这一政策选择背后的原因，请参见更广泛的内容：G. Monti, *The Digital Markets Act-Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper No. 2021-04, February 22, 2021, reperibile al seguente indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3797730, 5-6.

期间依靠广泛使用一般反垄断规则对大型数字平台果断地加以干预，并认为在《数字市场法》生效后，这些一般规则有可能因特殊性原则而不再适用。在这一点上，欧盟成员国达成了折中的解决方案，其理论前提在《数字市场法》“鉴于条款”第11段中有所表述，即一般反垄断规则所保护的利益与《数字市场法》所保护的利益不同，因此它们是互补的，而不是重叠的。在此基础上，《数字市场法》第1条第6款规定，新条例不影响《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第101条和第102条的适用（即禁止反竞争协议和滥用支配地位的反垄断规则，国家机关可以分散适用规则），也不影响禁止反竞争协议和滥用支配地位的国家竞争法规则的适用。

这种规定并不能完全自治：《数字市场法》“鉴于条款”第11段确认了所谓的反垄断规则和数字市场管理局所保护利益的多样性，但在该条例的整体内容中既没有展开也没有澄清。《数字市场法》宣称的既定目标（数字市场的公平性和可竞争性）不能被视为与反垄断规则的目标无关。⁽⁷⁾该条例的既定目标还包括促进创新、价格竞争力和消费者的选择自由（《数字市场法》“鉴于条款”第25段）。因此，这两种规则的既定目标之间的干涉是不可避免的，它们之间真正的互补性不在于所追求的目标，因为这些目标在本质上是相同的，而在于救济机制：《数字市场法》的结构与一般反垄断规则不同；事实上，它规定了详细的行为规则（而不是一般反垄断规则中典型的宽泛网状结构），并规定了预防性的公共执法（public enforcement）。这两种手段在一般反垄断规则中都不存在。只有在这个意义上，才可以说反垄断法规则和《数字市场法》规则既有区别又相互补充。

然而，就一般反垄断规则和《数字市场法》规则累加适用的可能性而言⁽⁸⁾（理论上，欧盟委员会也可以在同一程序中适用⁽⁹⁾），《数字市场法》的选择是明确的。因此，出现了这样一种情况，根据欧盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）的最新判例⁽¹⁰⁾，可以说，基于立法政策的合理选择，两项相互干涉的行为规则的累加适用是符合一事不再理（ne bis in idem）原

〔7〕 Rinvio a M. Libertini, (nt. 4), ove altre indicazioni, cui adde A. Ezrachi, *EU Competition Law and The Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No.17/2018, June 6, 2018, reperibile al seguente indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766.

〔8〕 V., per tutti, P. Akman, (nt. 5), 26. 关于这一点参见 G. Monti, (nt. 6), 15 ss. 该文章合理地预测，实践中将朝着只辅助适用一般竞争法规则的方向发展。

〔9〕 Cfr., p.e., P. Baschenhof, *The Digital Markets Act: A Procompetitive Recalibration of Data Relations?*, in *Journal of Law, Technology & Policy*, 2022, 101 ss., spec.148; e già G. Contaldi, *La proposta della Commissione europea di adozione del “Digital Markets Act”*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, 86 ss.

〔10〕 CGUE, Grande Sez., 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*; CGUE, Grande Sez., 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*.

与文中的观点一致, A. Andreangeli, *The Digital Markets Act, EU Competition Enforcement and Fundamental Rights: Some Reflection on the Future of ne bis in idem in Digital Markets*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Dec. 22, 2022, 43 ss.

但应注意的是，根据意大利宪法法院的立场，两项制裁规则的累加适用必须仅限于规则本身之间发生干涉的情况，而不能扩展到两项制裁规则之间完全重叠的情况，在后一种情况下，应当诉诸解决法律矛盾的各项标准，包括特殊性原则。（参见意大利宪法法院2022年6月16日第149号判决。关于这一点，请参见相应的评论，对欧洲人权法院和欧盟法院的立场持极力批判的态度，两法院的立场倾向于在将比例原则适用于累加制裁时解决一事不再理原则的问题：J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2022.）

则的,即使在确定制裁时必须适用比例原则。此外,欧洲判例法还规定了累加制裁的进一步要件,即所适用规则的清晰性和准确性、累加本身的可预见性、存在保证遵守比例原则的立法或判例⁽¹¹⁾,可以说这些要件在此情形中是存在的。特别是,最后一项要件可以说得到了相关规则的规范性保障,这些规则规定,在国家机关启动反垄断制裁程序时,该机关有义务将启动行为通知欧盟委员会,然后与欧盟委员会进行协调(《数字市场法》第1条第7款规定:“委员会和成员国应根据第37条和第38条规定的原则展开密切合作,并协调相互的执法行动。”)。

特别需要指出的是,《数字市场法》第37条规定了欧盟委员会与成员国之间就《数字市场法》本身的适用问题进行信息合作的恒定义务,而如前所述,《数字市场法》第38条要求“成员国国家主管机关”将其根据竞争法规则对“守门人”提起诉讼或对“守门人”采取某种措施的意图通知欧盟委员会。

《数字市场法》的条文足够明确,即规范协调只涉及公共执法,并不延伸至国家法院的诉讼程序:欧盟委员会与国家法院之间的合作在《数字市场法》第39条中另行规定。

只有实际应用的经验才能揭示这些协调标准是否适合于防止在诉讼后“合比例”的累加制裁所固有的不确定性,因为诉讼的时间尺度和趋势各不相同,而且还要考虑行政措施后的司法审查阶段。

(二)《数字市场法》与禁止滥用经济依赖地位的国家规则之间的协调

可以说,《数字市场法》规则与一般欧洲和国家反垄断规则之间的关系明确适用累加制裁这一解决方案,除此之外,《数字市场法》第1条还规定了另外两种情形。

1.《数字市场法》第1条第5款规定:“本条例的任何规定均不妨碍成员国就不属于本条例范围的事项对企业(包括提供核心平台服务的企业)施加义务,前提是此类义务符合欧盟法律,且并非因相关企业具有本条例意义上的守门人地位而产生。”

2.《数字市场法》第1条第6款b)项规定:“本条例不妨碍禁止其他形式单方面行为的国家竞争法规则的适用,只要这些规则适用于守门人以外的企业或者等同于对守门人施加进一步的义务。”

首先,《数字市场法》第1条第5款的规定显然是指与市场良好运作无关的规则(尽管“不属于本条例范围的事项⁽¹²⁾”这一表述并不是最恰当的)。这就证明了两项法律规范的并行适用是合理的,甚至无须根据《数字市场法》第38条进行协调,因为该条规定了国家机关的反垄断程序。然而,有关规定可能涉及不同类别的规则,如技术规则、税收规则、版权保护规则等。其次,数据保护规则的独立并行适用似乎被排除在外,因为《数字市场法》第5条第2款明确涉及这一问题。因此,根据《数字市场法》第29条,欧盟委员会可能作出的“关于不遵守”这些规则

(11) V., da ultimo, CGUE, sez. I, 5 maggio 2022, causa C-570/20, BV.

(12) “事项”在《数字市场法》英语文本中称为“Matters”,法语文本中称为“points”,德语文本中称为“Angelegenheiten”,西班牙语文本中称为“cuestiones”,意大利语文本中称为“questioni”。

的决定应当排除数据保护机关的单独制裁程序（这是一个可以广泛讨论的解决方案，但我们在此不再赘述）。

此外，《数字市场法》第1条第6款b)项对“其他形式单方面行为的国家竞争法规则”即滥用支配地位以外的单方面行为进行了特殊规定（但是对于后一种情形，正如我们所看到的，欧洲和国家规则的适用仍然完全不受影响，但应当遵守《数字市场法》第38条规定的协调义务）。

在这一法律框架内，产生了关于滥用经济依赖地位的国家规则的地位问题。⁽¹³⁾ 这些规则的特点是，它们不像滥用市场支配地位那样，是指企业在整个市场中的权力地位，而是指企业在与“依赖性”企业双边关系中的权力地位。⁽¹⁴⁾ 因此，可以假设这些规则是为保护合同公平而制定的，是有别于市场有效竞争的法益。由此可见，这些规则属于《数字市场法》第1条第5款的范畴，因此可由国家机关独立适用⁽¹⁵⁾，甚至不负有与欧盟委员会进行协调的义务，因为协调义务只涉及“保护竞争的国家规则”。

与此相反，根据一种似乎正在发展的思路⁽¹⁶⁾，禁止滥用经济依赖地位的规则也是旨在保护市场效率的规则，因为这些规则旨在防止强势企业对经济优势（“额外利润”）的不合理占有（即从基于自身优势而实施的竞争（**competition on the merits**）的角度看是不合理的）（类似于禁止滥用支配地位中的“剥削性滥用”），还因为这些规则将激励依赖性企业实现高效投资。

〔13〕对于 V. Falce, (nt. 3), 200, 《数字市场法》第1条第6款b)项会以同样的方式处理《数字市场法》与关于保护竞争和禁止滥用经济依赖地位的国家规则之间的关系。在我看来，《数字市场法》第1条第6款b)项的措辞否定了这两类规则完全同化的论点。

〔14〕目前的通说观点基于《滥用经济依赖地位法》第9条的文本，其中将滥用经济依赖地位定义为“在与另一企业的商业关系中”发生的行为。参见 S. Scalzini, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, 140.

此处提到的双方关系不一定是现有合同关系的内部关系，可能是一种事实上的关系，或者是当事人之间合同存在之前、附随或之后的关系。（V., per tutti, V. Minervini, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 516 ss.; nonché V. Bachelet, *Abusi "contrattuali" fra imprese: per una rilettura dell'art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, 612 ss.）

〔15〕L. Idot, *Introductory Remarks-Digital Market Act: Competition Law and Digital Giants*, in *Concurrences*, 3/2022, §§ 27 e 28, 似乎如此认为。该文章认为《数字市场法》第1条第6款a)项的规定适用于滥用经济依赖地位（同时从政治—立法层面批评了这一解决方案）。然而，在我看来，这一解决办法与第1条第6款的文本不相适应，因为第1条第6款将滥用支配地位与国家规则禁止的其他单方面行为区别开来。

关于充分适用有关滥用经济依赖地位的国家规则，还可参见 M. Behar-Touchais, *Articulation avec les autres textes existants*, *ivi*. 在此基础上，对《数字市场法》规则的解释值得商榷，因为这些规则是关于不公平贸易做法的特别规则，与禁止滥用经济依赖地位的规范无关。

〔16〕S. Lee, *A Theoretical Understanding of Abuse of Economic Dependence in Competition Law*, (June 24, 2022), 17th ASCOLA Conference, Porto, June 30-July 2, 2022, reperibile al seguente indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4134583; P. Bougette, O. Budzinski, F. Marty, *Exploitative Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From the Industrial Organization Approach?*, in *GREDEG Working Papers Series*, No. 2017/37.

在意大利，参见 P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006; C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 18.

倾向于反对的意见：R. Alimonti, M. Johnson, (nt. 3).

无论这一普遍问题的解决方法如何，似乎都还没有最终的答案。⁽¹⁷⁾在我看来，当前问题恰恰可以在意大利有关滥用经济依赖地位的法律规范中找到合理的解决途径。这项规范被某些学者称为比较法层面上“独一无二”的规范⁽¹⁸⁾，但是在我看来，它在比较法层面上也提供了一个有意义的范式，区分了当前问题在两个层面上的价值。

第一个层面的价值，我们可以称之为“核心价值”，即通过提供各种司法救济措施来规范强势企业与依赖性企业之间的双方关系。第二个层面的价值涉及的情况是，滥用经济依赖地位不仅影响两个企业之间（合同前或合同后）的合同关系，而且“与保护竞争和市场有关”（《滥用经济依赖地位法》第9条第3-2款）。在第二种情形中，众所周知，意大利竞争和市场管理局可通过适用一般反垄断规则启动制裁程序（但不影响诉诸为所有滥用经济依赖地位案件提供司法救济措施的可能性）。

对于滥用经济依赖地位的竞争法的解释可能存在疑问，我们将回到这个问题（见下文第三部分）。然而，毫无疑问，意大利立法机关已经确定了一种滥用经济依赖地位的情况，不仅出于合同公平的原因，而且出于保护竞争的一般原因，都有理由制止这种滥用经济依赖地位的情况。

因此，没有理由怀疑《滥用经济依赖地位法》第9条第3-2款的规定属于《数字市场法》第1条第6款b)项所述的“禁止其他形式单方面行为的国家竞争法规则”（即滥用支配地位以外的单方面行为）。⁽¹⁹⁾因此，这一国内法规则可以完全适用于未被欧盟委员会指定为守门人的平台，而对于指定的守门人，只可以适用那些在《数字市场法》已规定义务之外规定了“进一步义务”的规则。从字面上看，这一表述是指不同于《数字市场法》已有规定的行为规则（“进一步的行为规则”）。在我看来，另一种不同的解释，如规定“进一步义务”的规则是指追求不同于《数字市场法》目标的所有规则，似乎与第1条的措辞相冲突，因为追求不同目标的规则属于第1条第5款的范围，而不是第1条第6款的范围。⁽²⁰⁾

(17) 在我看来，关于滥用经济依赖地位和剥削性滥用反垄断规则之间类推适用的观点是有道理的。根据“活着的”欧洲反垄断法，我很难否认剥削性滥用是反垄断禁令不可分割的实质部分，那么我们就不得不承认，经济依赖中经常出现的不平衡的合同关系（也包括将市场风险转移给依赖性企业的条款）构成对基于自身优势而实施的竞争（*competition on the merits*）的扭曲，因此应受到一般反垄断规则的制裁（在适用最低限度规则的前提下；但这是适用于整个反垄断规则范围的一般规则，不适用于有关经济依赖地位的规则）。

依我所见，关于依赖性企业的有效投资水平的观点存在更大问题。如果说，一方面，对依赖性企业的高水平保护可以促进后者进行投资的倾向，使其活动更有效率；另一方面，一个整体有效的市场也应该促进从属性企业向独立企业的转变（这种现象是可能的，而且是经过考验的，如果我们想一想有多少“第三方”企业能够实现飞跃并直接面对市场）。从这个角度看，旨在尽可能稳定一个企业相对于另一个企业的依赖地位规则的效率可能会受到质疑。

(18) P. P. Ferraro, *Dipendenza tecnica e dipendenza economica nella subfornitura industriale*, Napoli, E.S.I., 2022, 91.

(19) Conf. V. Bachelet, (nt. 2), § 8. V. anche V. Minervini, (nt.14). 其中赞同地认为，具有竞争相关性的滥用经济依赖地位属于2017年1月19日第3号法令第2条第1款b项所规定的“竞争法”的广泛定义范围，该法令对反垄断损害赔偿作出了规定。这一假设的一个重要结果是加强了行使所谓后续行动的规则，即在反垄断机构实施非法行为之后采取的行动，也将适用于具有竞争相关性的滥用经济依赖地位行为。

(20) 对《数字市场法》的评论意见尚未突出这一点。O. Brook, M. Eben, *Who Should Guard the Gatekeepers: Does the Replicate the Unworkable Test of Regulation 1/2003 to Settle Conflicts Between EU and National Laws?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Dec. 2022, 37 ss. 这篇文章中指出《数字市场法》第1条（以及其前身欧盟第1/2003号条例第3条）所列标准的模糊性。该文章作者对《数字市场法》所带来问题的观点并不确定：他们指出，首先，国家规则可以适用于“与《数字市场法》不同的范围”；其次，国家规则可以适用，“只要它们不破坏在内部市场中统一和有效地适用《数字市场法》规定的义务”；最后，《数字市场法》第1条的基本区分标准体现了不同规则之间的目标差异，该标准是从第1/2003号条例第3条沿用过来的，因其模糊性而受到批评。

鉴于欧盟条例在法律渊源中具有优先地位，国内规则所规定的义务与《数字市场法》所规定的义务相一致的部分，由于缺乏权限而变为不生效（这不是一个简单的不适用于具体案件的问题，而是一种解决法律规范矛盾的方式）。

（三）《数字市场法》中滥用经济依赖地位之规则优先于国内法规则的假设

然而，由于以下两个原因，适用这一标准应该相对容易。首先，《数字市场法》规定的义务是强制性的（不允许守门人从效率增益的角度提出相反的证据^{〔21〕}）。因此，除了不可避免地解释问题之外^{〔22〕}，界定什么是符合《数字市场法》规定的义务，什么是“进一步义务”就变得容易多了。其次，在任何情况下，（如前文所述）国家机关都必须将滥用经济依赖地位的诉讼启动情况通知欧盟委员会，以便进行“协调”。而“协调”则意味着在出现分歧时有可能作出具有约束力的决定。就目前的问题而言，所作出的决定必然是欧盟委员会所希望的决定。

但这一标准并不适用于涉及滥用经济依赖地位的私人执行（private enforcement），即由国家法院执行的案件。在这些案件中，协调所要求的严格程度较低，因为信息合作只涉及判决，而不涉及提起诉讼的行为。然而，欧盟委员会可以介入国家法院的诉讼程序，最重要的是，针对干扰《数字市场法》规则的私人执行^{〔23〕}，规定了与周知的第1/2003号条例第16条相似的规则：国家法院不得作出与欧盟委员会（已作出或“所涵盖”）的决定相冲突的决定，并可中止已经启动的司法诉讼程序（《数字市场法》第39条第5款）。

鉴于此，应当承认的是，在滥用经济依赖地位的私人执行方面可能存在法律适用上的不确定性，我们可以认为，根据上述《数字市场法》第1条第6款b)项的规定，在许多情况中国家机关对守门人的干预是被排除在外的，因为《数字市场法》第5条和第6条明确提到了这些情况，针对守门人规定了明确的行为义务。下文将列举这些情况，同时考虑《数字市场法》第6条规定的行为规则与第5条规定的行为规则的不同，欧盟委员会可能会根据《数字市场法》第8条规定的程序对其进行澄清或补充。

鉴于此，在我看来，以下是可能发生举报的情况：

〔21〕 这是一个备受诟病的政治—立法选择，以至于德国官方要求对《数字市场法》进行修订，以允许例外情况的存在（Cfr. Monopolkommission, *Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act*, Sondergutachten 82/2021, 47 ss.）。但事实是，现行法律规范在执行的确定性方面得到了加强。

〔22〕 P. Akman, (nt. 5), 26. 其中强调了这些问题的复杂性，并预测该法律规范的适用并不容易，有可能无法实现对大型数字平台的市场行为进行快速干预的既定目标。

〔23〕 在对《数字市场法》的评论中，还提出了违反条例规则是否会引起民事诉讼的问题（Cfr. C. Ritz, B. Weiss, T. Kleinschmitt, *The Digital Markets Act: Towards a Compliance Concept for Gatekeepers*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Dec. 2022, 35）。人们似乎理所当然地认为，《数字市场法》的实施仅限于公法领域：V. Falce, (nt. 3), 200.

然而，在我看来，即使撇开其他原则性的考虑不谈，《数字市场法》第39条在提及可能的“与本条例的适用有关的（司法性质的）事项”，并重复欧盟第1/2003号条例第16条关于司法决定在私人执行程序中的约束性规则之后，不允许提出这一疑问。

此外，G. Monti, (nt. 6), 12–13, 强调了私人执行对于实施《数字市场法》规则的重要性。

1. 在未经数据所有者同意的情况下使用个人数据（《数字市场法》第5条第2款所涵盖的情况）；
2. 禁止商业用户使用替代渠道或自己的在线销售服务（《数字市场法》第5条第3款、第4款）；
3. 禁止终端用户使用非守门人提供的替代软件访问特定内容（《数字市场法》第5条第5款）；
4. 禁止对用户采取司法或行政救济措施（《数字市场法》第5条第6款）；
5. 强加一系列额外给付，即搭售合同（tying contracts）（《数字市场法》第5条第7款、第8款）；
6. 拒绝提供在线广告服务信息（《数字市场法》第5条第9款、第10款）；
7. 在与商业用户竞争的情况下，使用商业用户生成的数据（《数字市场法》第6条第2款）；
8. 阻止卸载守门人操作系统中的应用软件（《数字市场法》第6条第3款）；
9. 妨碍安装和使用替代软件（《数字市场法》第6条第4款）；
10. 相较于第三方经营者更优惠地对待自己的产品，即所谓的自我优待（self preferencing）（《数字市场法》第6条第5款）；
11. 防止终端用户订购不同的软件服务和应用软件（《数字市场法》第6条第6款）；
12. 拒绝向服务和硬件提供商提供有效的互操作性（《数字市场法》第6条第7款）；
13. 阻碍使用独立核实广告空间报价的工具（《数字市场法》第6条第8款）；
14. 拒绝终端用户提供数据的可携带性（《数字市场法》第6条第9款）；
15. 拒绝向商业用户免费提供由其生成的数据（《数字市场法》第6条第10款）；
16. 拒绝向提供在线搜索引擎的企业提供以公平和非歧视的条件获取终端用户生成的数据的机会（《数字市场法》第6条第11款）；
17. 拒绝以公平和非歧视的条件向商业用户提供自身服务（《数字市场法》第6条第12款）；
18. 在终止提供核心平台服务的关系时采用不相称的条款和条件（《数字市场法》第6条第13款）。

在滥用经济依赖地位的诉讼中，上述行为与双方关系相关，而不是与整个市场相关，但这并不影响《数字市场法》所规定的“义务”与禁止滥用经济依赖地位相关规范所规定的“义务”的一致性（此外，《数字市场法》甚至不要求违反上述行为规则必须是多重的）。

正如我们所看到的，在许多情况下，《数字市场法》规定的行为规则都会干预可能出现的滥用经济依赖地位的情况（当滥用经济依赖地位对依赖性企业造成损害是间接的，因为是由针对终端用户的条款引起的，也属于这种情况，例如上文第11点）。然而，这并不影响这样一个事实，即由于《数字市场法》规定的强制性，仍有一些领域可以直接适用有关滥用经济依赖地位的国家规则，例如在搭售合同（上文第5点）的情况下，强加额外给付的行为不同于《数字市场法》第5条第7款和第8款明确规定的行为；或者在信息不足的情况下，《数字市场法》规定的情况只集中于广告关系。

然而，协调的问题不会缺失。最微妙的一点可能是守门人根据公平和非歧视性条款和条件提

供服务的义务（上文第16点）与《滥用经济依赖地位法》第9条第2款规定的禁止强加不合理的繁琐合同条款和条件之间的干扰。关于《滥用经济依赖地位法》第9条第2款规定的“任意中断正在进行的商业关系”的假设，也可能产生疑问，这也是依赖性企业请求反对滥用保护的最常见原因。事实上，《数字经济法》在此处并没有明确提到商业关系的中断，而是（“在上游”，可以这么说）采用不合比例性的一般条款和条件从而终止提供服务的关系（上文第16点）。不过，可以合理地认为，无论如何，任意中断都属于《数字市场法》第6条第13款的范畴，因为“不合比例性”的条款和条件在执行时就已存在，守门人在争议案件中也默示使用了这些条款和条件。

因此，可以肯定的是，条款适用的问题不会缺失，特别是如前所述，在禁止滥用经济依赖地位规则的司法适用中，根据《数字经济法》第38条与欧盟委员会进行协调是不能进行的。在这种情况下，无论如何都必须在整体体系层面上优先考虑欧洲统一对待守门人的原则，这也是《数字经济法》的核心政策选择⁽²⁴⁾（其体系性参照点是关于内部市场规则协调措施的《欧盟运行条约》第114条，该条构成《数字经济法》本身颁布的法律基础⁽²⁵⁾）。因此，在存在疑问的情况下，应当承认国内法规则不可适用，并且承认欧盟委员会在针对守门人行为的公共执法方面的专属管辖权。

因此，对于被宣布为《数字经济法》下“守门人”的大型数字平台而言，针对滥用经济依赖地位的国内法规则的适用仅具有剩余性。在这方面，如果改革的目的是加强国家竞争管理机构在所谓“网络巨头”面前的作用，那么人们可能会质疑改革的适当性。事实上，针对它们的主要干预手段仍然是关于禁止滥用支配地位的反垄断法规范，这些规范的适用已被证明具有可观的潜力。⁽²⁶⁾此外，各国法院在对这些大公司适用禁止滥用经济依赖地位的一般规则时也没有遇到困难。⁽²⁷⁾

相反，改革保留了其潜在的决定性功能，即促进对未达到《数字经济法》规定的守门人门槛的数字平台进行干预。无论如何，应当记住的是，根据《数字经济法》第39条的规定，《数字经济法》的行为规则即使可能导致国内法规则中关于滥用经济依赖地位的大部分义务对守门人无效，仍可由私人执行。

(24) Cfr. A. P. Komminos, *The Digital Markets Act: How Does It Compare with Competition Law?*, in *Portale di diritto europeo e internazionale*, 2022.

(25) 根据 P. Akman, (nt. 5), 26 nt. 118, 《数字经济法》没有充分实现其协调的功能，正是因为给各国的不同规则留出了空间，这些规则规定了企业负有的进一步义务。

(26) 这种适用潜力取决于行政和司法决策者是否愿意对禁止滥用市场支配地位的传统规则进行广泛和渐进的解释（这是一个无法在此深入探讨的话题）。应当考虑到，大量文献对所谓的网络巨头拥有不可撼动的市场力量提出了质疑（V. da ultimo, J. Barnett, *Fragile Giants: Reassessing Market Power in Platform Ecosystems*, reperibile in www.competitionpolicyinternational.com, Jan.18, 2023. 根据该文章的观点，数字市场通常会产生自然寡头垄断，但在数字市场中的地位仍然是完全可以竞争的）。然而，目前仍然盛行的思路倾向于放大大型数字平台的市场力量，并确认有必要（甚至出于保护基本权利的原因）对这种力量进行法律控制（V. da ultimo, nella dottrina italiana, F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, E.S.I., 2022）。这一思路为《数字经济法》提供了启发，同时也为传统反垄断规则的广泛解释提供了支持。

(27) Trib. Milano, 18 novembre 2021, *Guard c. Facebook*, in *Società*, 2022, 705 ss., con nota adesiva di O. Cagnasso.

（四）另论：与欧盟第 2019/1150 号条例（《P2B 条例》）的协调

在此必须立即补充的是，《2021 年度市场与竞争法》第 33 条与“关于促进在线中介服务企业的公平性和透明度”的欧盟第 2019/1150 号条例（即所谓的《P2B 条例》）出现了协调问题，部分类似于前文所述的问题。《P2B 条例》并不适用于所有数字平台，而仅适用于提供在线中介服务或在线搜索引擎服务的平台（即仅适用于《数字经济法》第 2 条所列十项“核心平台服务”中的前两项）。此外，适用范围仅限于向企业提供的服务（第 1 条第 2 款）。然而，这是数字市场中非常重要的一部分。《P2B 条例》规定了详细的信息要求，包括企业用户在平台中将获得的定位，以及可能规定的差别待遇条件；《P2B 条例》还规定了在中止或终止关系时的透明度和激励义务，以及禁止某些合同条款。

至于与国内法的关系，《P2B 条例》第 1 条第 4 款规定：“本条例不妨碍根据欧盟法律禁止或制裁单方面行为或不公平商业行为的国家法律，只要本条例未涵盖相关方面。本条例不妨碍各国的民法。”与《数字市场法》类似，《P2B 条例》也规定，在出现重叠的情况下只适用欧洲规则，而《P2B 条例》“未涵盖”方面的相关国家规则仍然有效（在第 10 条第 2 款中，对于限制商业用户使用替代供应渠道的条款作了不同规定：在这一问题上，对此类条款作出禁止性或限制性规定的国家规则不受影响，因此，我们似乎又回到了累加适用的假设，就像上文提到的反垄断规则一样）。

然而，《数字市场法》与《P2B 条例》之间的主要区别在于，后者规定由成员国分散实施。

这一点不言而喻，首先，对于私人执行，“各国民法”的规则被明确排除在外（即使对于某些条款，《P2B 条例》第 3 条第 3 款规定其“无效或缺乏效力”）。《P2B 条例》第 14 条还规定，可以单独或集体提起诉讼。

对于公共执行，成员国也有广泛的自主权。在这方面，意大利《2021 年预算法》（意大利 2020 年 12 月 30 日第 178 号法律）第 1 条第 515 款作出了规定，赋予意大利通信保障局（*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, AGCom*）制裁权。^{〔28〕}后者还通过了《充分和有效实施欧盟第 2019/1150 号条例的指导方针》（2022 年 11 月 24 日第 AGCom 406/22/CONS 号公告附件 A）。

然而，《2021 年预算法》第 1 条第 516 款并未影响意大利反垄断机构（意大利竞争和市场管理局）对于不公平商业行为的管辖权。这就产生了一个与《P2B 条例》第 1 条第 4 款兼容性的微妙问题，该条款限制了国家规则对于该条例本身所涵盖事项的效力（关于不公平商业行为的规则仍然是国家规则，即使是根据非常详细的欧洲指令通过的）。这就导致这样一种假设：即使对于可以被定性为违反《P2B 条例》的不公平行为，也应当根据《2021 年预算法》第 1 条第 515 款的规定，意大利通信保障局的制裁权限应为有效。然而，为了不对《2021 年预算法》第 1 条第 516 款进行废除性解释，一种“保守”的解决方案是，如果《P2B 条例》（其规则仍是唯一直接适用于案件的规则）所禁止的行为也包含了意大利《消费法典》所规定的不公平商业行为的极端情况，则

〔28〕 关于意大利通信保障局的某些规定与《P2B 条例》的兼容性问题，已提交欧盟法院进行初步裁决（T.A.R. Lazio, sez. IV-bis, 10 ottobre 2022, n.12834）。在此无须赘述。

可以允许意大利竞争和市场管理局的累加制裁权限。根据前文所述欧洲判例法规定的标准，任何累加制裁都应当遵循比例原则。

在此不再赘述《P2B 条例》的解释和适用问题，但可以明确的是，通过直接适用禁止滥用经济依赖地位的规则，该条例也对各国针对数字平台进行公共执法的可能性施加了明确的限制。

三、“经济依赖地位”与法律推定

在对欧洲数字平台规则与禁止滥用经济依赖地位的国内法规则之间的界限进行了这些冗长铺垫之后，我们现在可以着手研究《2021年度市场与竞争法》第33条所提出的注释问题。

一个核心问题是：涉及经济依赖地位的法律推定，适用于出现“在接触终端用户或供应商方面，包括在网络效应或数据可用性方面具有决定性作用”的数字平台。

（一）司法机关对规则的适用

首先，应当研究法院（而非行政机关意大利竞争和市场管理局）对该规则的适用问题。

在司法程序中，问题是线性的，即原告和被告之间的双方关系（尽管原则上不能排除根据意大利《民事诉讼法典》第840-2条为多个依赖性企业的利益提起集体诉讼的可能性）。

在庭审中，原告将主张经济依赖地位的法律推定。与所有法律推定一样（意大利《民法典》第2727条），为了适用法律推定，在逻辑上需要经历可分为两个阶段的程序：在第一阶段，应当在诉讼中提出构成法律推定前提的“已知事实”；在第二阶段，根据“推定事实”（即一旦取得已知事实的法律推定前提，即得以在法律上间接证明）作出判决。反过来，也可由相关当事方提出相反的证据证明推定事实。

但是，推定的已知事实本身必须得到证明，除非其构成《民事诉讼法典》第115条所指的“常识”。

因此，在正常情况下，原告有责任证明被告平台发挥了“决定性作用”。从字面上看，“决定性作用”是指如果没有这些基本的平台服务，原告企业就无法接触到终端用户或供应商，或者无法以经济上令人满意的条件接触到终端用户或供应商。这一表述对原告企业具有（经济）“必要性”的含义。《滥用经济依赖地位法》第9条第1款指出，经济依赖地位的一个典型构成要件是不可能市场上找到令人满意的替代品。⁽²⁹⁾

在这方面，应当记住的是，学术界普遍认为，市场上没有具体的替代品——相应地存在一个“强制性”的伙伴——实际上仍然是经济依赖地位的基本构成要件。⁽³⁰⁾因此，《2021年度市场与竞

〔29〕前文脚注〔27〕中提到的案例十分重要，在该案中，意大利法院在没有新的法律推定制度的协助下，对一个大型数字平台适用了禁止滥用经济依赖地位的法律规范。

〔30〕V., p.e., A. Musso, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2003, 496; A. Di Biase, *L'abuso del potere negoziale nel contratto di distribuzione della stampa quotidiana e periodica*, in *Contr.*, 2015, 717 ss.

争法》第33条中提到的“决定性作用”似乎与构成经济依赖地位的核心要件相吻合。

从这个角度看，本条规定自相矛盾：已知事实（进行推定的前提）最终会与推定事实（确切地说就是经济依赖地位）相吻合，本条规定在实质上显得没有用处。

为了打破这一僵局，并遵守法律规范的维护原则（*principio di conservazione delle norme*）⁽³¹⁾，笔者认为，出路可能在于认定《2021年度市场与竞争法》第33条所述的“决定性作用”指的是以综合方式在整体市场中处于决定性地位（因此无须证明个别的经济依赖地位，而这正是推定事实）。因此，对于（以一般和典型的方式）合理有效率的企业来说，需要证明的是，使用数字平台的相关服务是一种经济上必要的选择（即使这并不排除诉诸其他市场占有率较低的替代平台，或在其自己的网站上进行在线销售，或采用其他商业方法的可能性）。此外，被告平台在诉讼中可能提供的相反证据应当涉及与原告的双方关系，并因此涉及原告在市场上寻找替代品的具体可能性。换句话说，被告平台提供的相反证据应当与“考虑到市场上的替代品，不存在议价从属关系”的具体情况有关。⁽³²⁾

原告企业的举证责任并不繁重，但也并不简单，因为无论如何都需要对相关市场进行分析。因此，这仍然是一个复杂的证据⁽³³⁾，而且在任何情况下都不会比证明事实上处于经济依赖地位容易得多。在某些情况下，如果存在司法措施或意大利竞争和市场管理局的相关措施，将被告平台定性为在依赖性企业声称遭受滥用行为的市场中具有支配性的企业，则可能有助于举证。

被告平台方面的相反证据则更加困难（尽管后者通常比原告拥有更多的技术和金融工具）。⁽³⁴⁾事实上，虽然被告平台方面掌握着更多关于市场整体动态的信息，但是被要求提供侧重于原告企业具体市场地位的证据，而这需要了解一系列要素（财务可用性、专有技术、战略计划等），这些往往构成商业机密信息。⁽³⁵⁾

以上所述内容适用于针对未被欧盟委员会指定为守门人的数字平台提起诉讼的情况。此外，如果被告已被指定为守门人，则应当询问这是否足以适用法律推定，因为“决定性作用”已构成《民事诉讼法典》第115条意义上的“常识”。

可能会产生疑问的是，《数字市场法》在指定某一平台为守门人时，要求该平台（第3条第1款）为商业用户提供“重要”的通道，以便与终端用户联系。从字面上看，“重要”地位不如“决

(31) V., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2022, n.12387: “法律规范的维护原则，即不能因引入这些规范而使其失去任何新的具体规定范围，因此在重构的基础上，并在不影响上述宪法一致性的情况下，赋予有关条款以规范价值……”

(32) V. Falce, *Abuso di dipendenza esteso alle grandi piattaforme digitali*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 aprile 2022, 37.

(33) Conf. V. Bachelet, (nt. 2). 其中谈到“这一证据远非理所当然”，并由此批评了那些担心“法律推定机制所蕴含的易自触发风险”的媒体观点。

(34) Cfr. G. Colangelo, *Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, reperibile in *eticaeconomia.it*, 14 dicembre 2021（作为对本文所考察的全部改革措施的更加广泛批评的一部分）。

(35) V. Bachelet, (nt. 2), 17-18 批判了这一观点：被告企业对其自身商业模式和参考市场的了解应足以在满足条件的情况下提供相反证据。但在我看来，被告企业掌握的这些信息可以在“上游”论证中被有效地利用，作为反驳原告提供的关于存在决定性地位的假设的证据，而不是在获得法律推定前提后作为反驳法律推定的证据。

定性”地位。然而，回顾前文所述，“决定性”地位并不要求平台存在绝对垄断或绝对技术上的不可替代性，而是指强势市场地位，这反过来又产生了合理有效率地使用数字平台服务的必要性。从这个角度看，《数字市场法》中的守门人之所以被定义为守门人，是因为他们拥有强大的市场支配力，而且这种支配力具有稳固并持久的性质。守门人似乎满足了《2021年度市场与竞争法》第33条法律推定机制运作的所有必要条件。此外，值得注意的是，《数字市场法》的文本本身也多次提到了企业用户对于守门人的经济依赖（“鉴于条款”第2、40、75段）。

尽管存在上述种种困难，但是这并不妨碍守门人企业反驳这一法律推定。守门人企业可以证明，在对方经营的特定细分市场（例如在特定地区），或者由于原告企业的具体市场地位，原告企业在经济上没有必要使用被告平台的服务。

所有这些在法律规范层面上都是正确的，但对原告企业来说，直接以守门人违反《数字市场法》相关规范为由提起民事诉讼，往往比以滥用经济依赖地位为由提起诉讼更方便，因为根据《数字市场法》第33条，守门人的推定会被触发。事实上，选择第一种途径可以避免因《数字市场法》规定的欧洲行为规则与国家行为规则之间的重叠而产生的所有问题（上文第二部分第（三）节已讨论）。事实上，有观点似是而非地认为，在意大利法律制度中，守门人任何违反《数字市场法》规定的行为都可能产生违反职业正确性原则的不公平竞争诉讼。⁽³⁶⁾

（二）意大利竞争和市场管理局对规则的适用

当不再考虑司法机关，而是考虑意大利竞争和市场管理局在行政程序中适用法律推定时，上述思考需要进行一些调整。

首先需要指出的是，意大利竞争和市场管理局在启动滥用经济依赖地位的行政程序时，应当确定指控假设“与保护竞争和市场相关”。事实上，《滥用经济依赖地位法》第9条第3-2款并未被法律改革触及，仍然完全适用。⁽³⁷⁾迄今为止，这一规则的适用似乎并不容易，以至于意大利竞争和市场管理局多年来一直避免适用该规则，但在近年来的一系列行政程序中，该规则突然重新得到重视。⁽³⁸⁾

对意大利竞争和市场管理局的案例研究尚未明确经济依赖地位的竞争相关性的构成要件。有观点认为，案例不具有足够的指导意义。⁽³⁹⁾另一种观点认为⁽⁴⁰⁾，在我看来较为中肯，对于意大利竞争和市场管理局而言，竞争相关性存在于经济依赖不限于双方关系，而是涉及一系列的平行

[36] M. W. Monterossi, (nt. 3), 951 ss.

[37] 相反，关于这一点，V. Bachelet, (nt.2), 4 e 26 认为，数字平台市场的特征意味着经济依赖地位通常反映在全部市场中，而不是在双方关系中。因此，法律推定的对象最终也将包括经济依赖地位的竞争相关性。

然而，笔者认为法律文本似乎很清楚，即法律推定的对象是经济依赖地位，而不是其竞争相关性。可以承认的是，与数字市场运作有关的共同经验有助于证明后者，但这并不排除原则上这两个要素在概念上仍然是不同的。

[38] V. Minervini, (nt.14)和 S. Scalzini, (nt.14)对这些先例进行了认真研究。

[39] S. Scalzini, (nt.14).

[40] V. Minervini, (nt.14).

关系的情况中。此外，这一解决方案还让人们认识到，对具有竞争意义的经济依赖地位的认定基本上与对某一市场典型的“纵向”支配地位的认定相吻合⁽⁴¹⁾，唯一不同的是，前者允许简要举证。

在任何情况下，意大利竞争和市场管理局都不是一个在法院与相对方对峙的主体，而是一个被赋予调查权的主体，可以依职权启动其制裁程序。因此，意大利竞争和市场管理局实施制裁权所依据事实的证明责任，转化为其本身对这些事实进行充分调查并为其措施提供充分理由的责任。这就意味着，启动行政行为的行为应当充分证明平台的“决定性作用”（以及如上所述，案件本身与竞争的一般相关性），否则违法。在这些证据材料的基础上，可以立即形成一种程序性论证，其中，行政程序的启动所针对的平台可以充分利用其所掌握的所有市场知识要素。⁽⁴²⁾

另外，应当注意的是，一旦“决定性作用”被认定，鉴于法律推定的相对性，平台仍可证明在具体情况下不存在双方关系中的经济依赖地位。但是，平台可能无法提供关于经济依赖地位的相反证据。事实上，意大利竞争和市场管理局提起的程序并非各方当事人之间的对峙（可能有一名或多名举报人，但这些举报人在技术上并非民事诉讼中的当事人）。在实践中，当程序是根据特定人的举报启动时，相反证据可能会集中在举报人的地位上。然而，可能会出现这样的情况，而且在实践中也确实发生过，即没有（实质意义上的）当事人，因为程序是依职权启动的，举报人的姓名是保密的。在这种情况下，就不可能按照法律规定以缺乏谈判从属关系为由提出相反证据。从本质上讲，《2021年度市场与竞争法》第33条规定的推定机制在涉及意大利竞争和市场管理局的程序中适用时，由于平台在逻辑上不可能就身份不明的对方当事人的经济依赖地位提供相反证据，因此有时（或经常）会作为绝对推定而发挥作用。⁽⁴³⁾

需要补充的是，即使在此处涉及意大利竞争和市场管理局的程序中，也可能出现由于《数字市场法》规定的欧洲行为规则与国家行为规则（上文第二部分第（三）节已讨论过）重叠而产生的问题。在这种情况下，如果原告以替代或从属的方式直接援引《数字市场法》，问题可能会在法庭上得到解决。然而，在公共执法中却无法做到这一点，因为在与《数字市场法》规则重叠的情况下，有关滥用经济依赖地位的国家规则就会失效。因此，意大利竞争和市场管理局只能启动程序，可能以禁止滥用支配地位的反垄断规则为基础。

总之，笔者认为，旨在促进国家机关对“网络巨头”主动采取行动的法律推定规则的作用被高估了。更重要的是，根据《数字市场法》第38条启动滥用经济依赖地位的程序仍需要与欧盟委

(41) 对于这一结论，V. Minervini, (nt.14) 同样如此认为。

(42) P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori, reperibile in www.lavoce.info*, 23 novembre 2021.

(43) 有观点认为，反垄断法的原则并不排除提供某些绝对推定，以便利制裁规则的适用（Cfr. A.S. Choné-Grimaldi, *Les présomptions en droit de la concurrence*, in *Concurrences*, 4/2022, 1 ss.; V. Falce, *L'abuso di dipendenza economica nel digitale. Perché no?*, reperibile in *www.filodiritto.com*, 5 marzo 2022）。

事实上，如果考虑欧盟第1/2003号条例第2条规定的由反垄断机构承担证明限制性协议和支配地位的举证责任，就可以将其理解为与免责推定有系统联系的原则性规定，而免责推定目前被认为适用于反垄断程序（V., da ultimo, Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2022, n.8505）。这些考虑因素虽然是指一般反垄断规则，但也应适用于当前的问题。

员会协调，与反垄断程序相同。

四、滥用经济依赖地位的新实例

《2021年度市场与竞争法》第33条第1款c)项在字面上仅提及“第1款中规定的”数字平台，扩展了滥用经济依赖地位的典型实例，在《滥用经济依赖地位法》第9条原先规定的基础上又增加了新的实例。

从字面上看，新的实例似乎仅指在接触终端用户或供应商方面起决定性作用的平台，而非适用一般规则的所有数字平台。然而，这一点并不特别重要。事实上，在解释新增加义务的范畴时，必须考虑原先《滥用经济依赖地位法》第9条第2款中提及的滥用行为并非强制性规范，而只是列举性规范而已。⁽⁴⁴⁾此外，涉及数字平台的新实例也不应被视为强制性规范，因为从字面上看，新实例规定滥用行为“也可能包括”（因此并非“仅包括”）类型化的滥用假设。因此，新实例不应被视为构成仅适用于数字平台的特殊规则。

也就是说，这些新实例如下：

1. “对所提供服务的范围或质量提供不充分的信息或数据”；
2. “要求提供与所开展活动的性质或内容不相称的单方面服务”；
3. “采取抑制或阻碍使用不同供应商提供相同服务的做法”。⁽⁴⁵⁾

至于第1点和第2点所述的实例，可以说它们包含了众所周知的滥用支配地位的情况（分别是有损于竞争者的搭售合同和排除性条款）。因此，它们很容易被归入第9条中关于“权利和义务过度失衡”的一般规定。在任何情况下，这种明确的整合都是适当的（并且似乎重申了扩大解释的可能性，即该条款也适用于一般意义上禁止滥用经济依赖地位的情况）。

此外，第1点实例的内容是提供有所提供服务的范围或质量的信息或数据不充分，这似乎是一个新的实例。如果按照字面意思来理解这一规定，那么任何不提供透明信息的行为（其范围可能会广泛到超出为保护消费者而规定的信息披露义务的范围）都会被认定为滥用经济依赖地位。然而，已经有观点正确地认为⁽⁴⁶⁾，关于信息披露义务的规定应根据禁止滥用经济依赖地位规则的一般目的来解释，因此不能用于处罚任何关于透明度的缺陷，而只能用于处罚那些导致双方合同关系过度失衡的信息遗漏（如广告关系中的信息遗漏，现在已被《数字市场法》禁止）。

[44] Cfr., per tutti, M. R. Maugeri, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica. Fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2022, 81.

[45] 法律文本补充道，第三种实例可以“包括采用现有合同协议或许可证中没有规定的单方面条件或额外费用”。在形式上，该实例是一个子实例，但实际上似乎是一种明显的滥用行为。事实上，很难看到任意要求额外费用或条件如何能够像c)项所列实例要求的那样，成为一种排斥手段，损害竞争供应商的利益。如果说有什么不同的话，这项规定似乎是b)项所列实例的一个子实例。

此外，任意要求额外给付可能已经属于第9条中“强加不合理的苛刻合同条款”的规范范畴。

[46] M. R. Maugeri 正在撰写相关文章，我十分期待其中的一些结论。

五、专门法庭的管辖权

《2021年度市场与竞争法》第33条第1款c)项恰当地将滥用经济依赖地位的民事诉讼的管辖权赋予了专门法庭。这一规定结束了以往的不确定性，纠正了认为合同诉讼管辖权一般规则适用于这一事项的主流判例方向。⁽⁴⁷⁾法律文本明确界定了所有滥用经济依赖地位民事诉讼的管辖权，而不仅仅是针对数字平台和基于前述推定的民事诉讼。

需要指出的是，管辖权归属于所有专门法庭，而不仅仅是（根据意大利2003年6月27日第168号法令第4条第1-3款）负责审理反垄断纠纷案件的三个法庭。

还应注意的是，对于违反《数字市场法》的民事诉讼，管辖权的一般规则目前仍然适用。可以期待的是，国家立法机关在制定相关规范以在内部实施《数字市场法》时，也能将有关专门法庭管辖权的规则扩展至相关民事诉讼。

人们不禁要问，如果在同一诉讼中，关于滥用经济依赖地位的主要诉讼请求和关于违反《数字市场法》的次要诉讼请求（或反之亦然）同时提出，会发生什么情况。根据目前的理论，同一法院的普通法庭和专门法庭之间的管辖权划分仅具有形式价值，并不影响法院管辖权。⁽⁴⁸⁾如果两个法庭的管辖权基于不同的法律部门，则被认定对主要诉讼请求有管辖权的法院应宣布，在主要诉讼请求被驳回的情况下，对次要诉讼请求无权管辖。⁽⁴⁹⁾

无论如何，赞成专门法庭对于经济依赖地位争议拥有管辖权的法律规范选择，在体系层面上也可能具有一定的分量，支持了将该规范视为竞争法而非纯粹“民法”规范的观点。

六、第33条第3款规定的指导方针

《2021年度市场与竞争法》第33条还规定，政府经司法部同意，并在征求竞争和市场管理局的意见后⁽⁵⁰⁾，在符合欧洲立法原则的情况下，“可以通过适当的指导方针，旨在促进第1款所述规定的适用，同时旨在防止产生诉讼案件并且促进在市场竞争、自由开展经济活动方面的良好实践”。法律明确规定，政府可以选择是否通过《指导方针》，因此新规则的生效并不以其公布为条件（相反，规定了固定的生效日期：2022年10月31日）。

另一个明确迹象是，政府相关行为的性质不是规章，而是行政指令。这引起了一些困惑，因为《2021年度市场与竞争法》第33条第1款中提到的法律推定（这将是《指导方针》的对象）应当由普通法院来适用，而普通法院只受法律的约束，不受政府行为的约束，也不受竞争和市场管理局的约束。竞争和市场管理局确实是一个行政机关，但却是一个独立的机关，因此

(47) V., p.e., Cass. civ., sez. VI, 23 febbraio 2018, n. 4421; Cass. civ., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 22584.

(48) Cass. civ., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882.

(49) 尽管涉及的是不同的问题，Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2005, n. 18634.

(50) 除了法律文本引出的更普遍的困惑之外，由于对政府的直接授权，并且经济部不参与，对于权限的定义也引起了一些好奇。

也只受法律的约束（还应注意，该机关被单独要求必须就政府的《指导方针》发表意见，而《指导方针》也是针对该机关自身的）。出于同样的原因，《指导方针》对行政法院不具有约束力，行政法院将被要求根据《2021年度市场与竞争法》第33条对竞争和市场管理局的行为进行司法审查。

在实践中，可以预见的是，《指导方针》（如果有一天能够出台的话）将主要是竞争和市场管理局就其适用《2021年度市场与竞争法》第33条中法律推定的计划所做的、得到政府认可的通报。

不考虑《指导方针》的形式和结构如何（这并不简单），立法机关将其纳入《2021年度市场与竞争法》第33条，似乎是意识到了新的法律推定机制所带来的不易解释和适用的问题，以及关于法律推定的国家规则与“欧洲法律原则”相协调这一同样复杂的问题。因此，有必要发布一份“促进性”文件，在事实上促进适用该规则时的共同解释准则。

从本质上讲，《指导方针》应解决本文中谈及的同样的解释问题。不过，《指导方针》不具有约束力，而只是向决策机关提出建议，自然会受到学理、评论或批评意见的影响。鉴于其特点，我不认为该文件可被视为“立即造成损害”，从而直接受到司法审查。⁽⁵¹⁾相反，在适当的情况下，应当对该文件连同明确遵守《指导方针》指示的行政行为提出质疑。

实质上，从这一规定中可以推断出的迹象是，《指导方针》倾向于鼓励“促进性”解释，即旨在限制适用《2021年度市场与竞争法》第33条的困难。这种说法在某种程度上似乎是不成熟的，因为政府（甚至立法机关）肯定无法利用与欧洲法律协调所产生的制约因素，而且第33条提出的其他解释问题客观上也是复杂的，似乎无法通过促进性和合法的解决办法来解决。

The Presumption of Economic Dependence in Digital Markets: A Comment to Article 33 of Law No. 118 of August 5th, 2022

Mario Libertini (Author)

WEN Boyu (Translator) ZHAI Yuanjian (Proofreader)

Abstract: The article carries out an exegesis of art. 33 of the Competition Act (Law No.118 of 5 August 2022), which introduces a presumption of economic dependence on digital platforms with a decisive role in reaching end customers or suppliers. The a. notes that, with regard to the most important

(51) 众所周知，行政诉讼判例只允许对“立即损害”权利或合法利益的行政指令立即提出上诉。参见例如 T.A.R. Lazio, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2800.

digital platforms, the application of the national rules on the prohibition of abuse of economic dependence will be limited by the prevalence of the rules of the *Digital Markets Act*, which often impose rules of conduct with an identical content.

Keywords: Digital Markets Act; Economic Dependence; Legal Presumption; Italy

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)