

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.05.002

欢迎按以下格式引用:李兆阳.从数据垄断走向数据开放:数据成为必需设施的竞争法分析[J].重庆大学学报(社会科学版),
2023(6):190-204. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.05.002.Citation Format: LI Zhaoyang. From data monopoly to data access: Competitive analysis of data essential facility [J]. Journal of Chongqing
University (Social Science Edition), 2023(6):190-204. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2021.05.002.

从数据垄断走向数据开放: 数据成为必需设施的竞争法分析

李兆阳

(山东省高级人民法院,山东 济南 250000)

摘要:数字经济下,数据发挥着越来越重要的作用,而拥有大量数据的支配企业却往往拒绝其他经营者对数据的访问,意图垄断数据资源。竞争法有必要通过必需设施规则,对支配企业拒绝访问的行为予以规制,实现数据开放,促进数据资源的流通、利用。结合必需设施规则的发展历程,必需设施规则在数字经济背景下的适用需要有严格的条件限制。这些条件包括:在经营者具有市场支配地位的前提下,首先数据需要构成必需设施,即数据是经营者参与市场竞争所必不可少的;其次,支配企业拒绝数据访问的行为所产生的消极效果明显大于积极效果;最后,支配企业拒绝数据访问不存在合理的理由。满足了上述条件后,支配企业才需要承担允许数据访问的义务。在此基础上,竞争法需要针对数据访问的具体要求以及其可能与个人数据保护法、知识产权法之间的关系进行细化,以使数据访问在实践中更具有操作性。具体而言,竞争法对数据访问的要求主要有三点:其一,其他经营者对数据的访问应当是公平的;其二,其他经营者对数据的访问应当是现实可行的;其三,其他经营者对数据进行访问需要支付合理的费用。在竞争法与个人数据保护法之间的关系上,一方面,个人数据保护法在一定程度上阻碍了其他经营者对数据的访问;另一方面,个人数据保护法与竞争法在价值上存在着统一性。在竞争法与知识产权法之间的关系上,大多数情况下,支配企业拒绝其他经营者对受到知识产权保护的数据的访问的行为是合法的,但是支配企业也需注意在合理的范围内行使权利,不得滥用知识产权限制数据访问的实施。在数字经济时代,我国有必要在反垄断法规范体系中纳入必需设施规则,同时在相关的法律规范和指南中对数据访问的具体内容进行设计,加强与个人数据保护、知识产权等相关法律规范的协调,实现数据访问的本土化建构,促进市场竞争,挖掘数据的巨大价值。

关键词:数字经济;滥用市场支配地位;数据开放;必需设施规则;支配企业

中图分类号:D922.294 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2023)06-0190-15

基金项目:国家社会科学基金重大项目“互联网经济的法治保障研究”(18ZDA149)

作者简介:李兆阳,法学博士,山东省高级人民法院法官助理,Email:306074510@qq.com。

一、数字经济下经营者数据开放问题的缘起^①

石油的发掘直接推动了第二次工业革命,在数字经济时代,对数据的收集、储存、分析、利用则释放了新的经济发展活力。与传统的工业经济发展模式相比,数字经济的发展模式呈现出了新的特点^[1]:第一,数字经济呈现出极强的规模效应——服务的消费者越多,同比例增加的生产成本却越低。规模大的经营者往往比规模小的经营者更具有效率,因而,市场中往往并不会存在众多的经营者。第二,数字经济受到网络外部性的影响——消费者使用一项技术或者服务所获得的效用,随着使用人数的增加而增加。在网络外部性的影响下,消费者对经营者提供的技术或者是服务存在着一定的转换障碍,因为新的产品或技术能否提供足够的效用取决于是否有足够的消费者,而消费者很难确定其他消费者是否也会跟随其选择,所以,网络外部性的特点使得数字市场中存在着“赢者通吃”的现象^[2]。第三,数字经济中,数据扮演着愈来愈重要的角色,它对于提升人工智能(AI)、智能在线服务、物流服务水平,以及确定终端市场的需求都有重要的意义。是故,数据资源成为衡量经营者在市场中竞争能力的重要参数,经营者所持有的数据数量越多、种类越丰富,也就更能够在竞争中处于更加有利的地位。

数字经济发展模式的这些特点使得作为重要竞争资源的数据往往会被某个或者某几个经营者所掌握,当这种数据的累积程度使得经营者“能够独立于竞争者、最终独立于消费者而行为,从而使其能够在相关市场上阻碍有效竞争的维持时”^②,该经营者便在该市场具备了市场支配地位——这种现象也被称作“数据垄断”^[3]。而在相关市场上拥有大量数据的市场支配地位的经营者,往往具有强烈延迟竞争者访问数据的动机或者是在竞争过程中歧视竞争者的动机^[4]。如果这个数据对于特定市场的产品生产、创新等具有重要意义,支配企业却阻碍、拒绝了其他经营者访问该数据,那么该行为将会把经营者排挤出市场,市场上的竞争也会逐渐消失,最终将对经营者的创新以及消费者的福利造成严重损害。因而,竞争法需要对支配企业拒绝经营者数据访问的行为进行规制,相对应地,经营者的数据开放的实施也具有现实意义。

的确,从世界各国的竞争执法报告来看,各国执法机构将经营者对数据的访问摆在了重要的位置。例如欧盟在其执法报告中认为经营者的竞争力将越来越取决于是否能够及时地对数据进行访问并且依赖经营者使用数据开发新的、创新的应有程序和产品的能力。拥有大量数据的支配企业可能会拒绝其他经营者对数据进行访问,而这种拒绝数据开放的行为将构成反竞争封锁,在这种情形下,支配企业的数据开放将会依据《欧盟运行条例》第 102 条被强制授予^[1]。德国“竞争法 4.0”委员会在竞争执法报告中也阐明数据开放是实现竞争和创新的重要途径,它认为,目前在竞争法维度下,可以依照《欧盟运行条例》第 102 条或者是德国《反限制竞争法》第 19 章或第 20 章来要求支配企业承担数据开放的义务,并且德国未来在《反限制竞争法》第十次修改的过程中也将对数据开放的新规则进行探讨^[5]。日本公正交易委员会在其《竞争与政策报告》中认为,如果数据由某些具有市场力量的经营者所控制,而这些经营者不允许竞争者进行访问,那么经营者的市场力量就会得

^①在数字时代,考虑到单一的数据价值并不大,获取难度并不高,本文所称的数据,更多是从“数据集合”的意义上出发,数据开放实质上更多是对“数据集的开放”。另外,本文架构的经营者数据开放预设了经营者在相关市场上具有支配地位这一前提,并且需要注意的是,拒绝数据开放的主体既可能是单个经营者也可能是多个经营者,囿于篇幅所限,本文无法对该问题展开讨论。

^②Judgment in *United Brands v. Commission*, Case 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

到维持,并且能够进一步加强对服务市场的控制。从某种方面来说,经营者的这种拒绝披露有关数据的行为可能被视为“囤积”,而这种“囤积”是反竞争行为,在满足特定条件后,这些经营者将承担让其他经营者进行数据访问的义务^[6]。

在传统工业化时代,竞争法规制的缺乏在一定程度上导致了洛克菲勒家族等垄断集团的诞生,对世界的经济、政治生活造成了重要的影响^[7];在数字经济时代下,对数据的争夺则会引发数据垄断的现象,此时竞争法将不再缺席,它将直接面对这一问题。采用何种规则实现经营者数据开放以维护数字市场中的竞争秩序,促进经营者之间的数据共享与流动,更大程度地发挥数据的价值则具有积极的意义。回溯竞争法的发展历史,支配企业拒绝其他竞争者对重要设施的访问以谋求竞争优势从来都不是一个新问题,竞争法常常使用“必需设施规则”对这一问题进行解答。在数字经济下,拒绝数据开放现象的出现似乎又使得这一规则焕发了新的生命力。但是,数字经济的诸多特点以及数据的自身特征又使得必需设施规则在规范数字市场中的垄断行为时可能与以往在传统市场中的规制方法有所不同。在这种背景下,对数字经济下必需设施规则的正当性的探讨以及在此基础上考察在何种情形下其他经营者能够实现对支配企业数据的访问,对防止数字经济下拒绝数据开放行为可能造成的竞争损害则具有重要的理论意义和现实意义。在此逻辑基础上,我国也将尝试在竞争法框架下建构数据开放规则,打破数据垄断,促进数据资源的流动、利用。

二、必需设施规则的发展历史及其在数字时代下的正当性

竞争法通常用必需设施规则来调整这一行为,即当其他经营者请求与占有市场支配地位的经营者交易的对象构成“必需设施”时,竞争法要求拥有必需设施的支配企业开放必需设施以供其他经营者进行访问^[8]。数字时代下,必需设施规则能否成功适用首先需要对该规则的发展历史进行研究,探索该规则的争议焦点,继而对该焦点在数字时代情境下的适用的契合性进行考察,最终确定其在当下情境中是否具有正当性基础。

(一) 必需设施规则的发展历史

必需设施规则在竞争法中已经有非常长的历史了。一般认为必需设施规则最早起源于1912年美国的 *United States v. Terminal Railroad Ass'n* 案,在该案中,一群企业控制着密西西比河上的一座铁路,最高法院认为竞争对手如果无法获得这个铁路的使用权,就无法参与竞争,最终要求这些企业与其竞争对手分享铁路的使用权^③。后来,最高法院、巡回法院等在不同的案例中对必需设施规则进行适用,并不断完善和丰富它,例如在第七巡回法院的 *MCI* 案中就确立了必需设施的四个因素:(1)必需设施被某个垄断者所控制;(2)竞争者没有能力对该项设施进行复制或者是这种复制是很不合理的;(3)拒绝让某个竞争者使用该设施;(4)该设施是能够提供的^④。尽管如此,美国最高法院对于必需设施规则的适用持一个非常谨慎的态度。美国最高法院对于必需设施规则采取一种既不认可也不否定的态度^⑤。即使对于依据必需设施规则起诉的案件,法院也对此施加了严格的限制,这导致实际上很少有案件能够依据必需设施规则提起诉讼^[9]。总体而言,美国限制必需设施规则的适用,尽可能减少设施的控制者施加限制,防止其承担对其他经营者开放数据的义务。

③ *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U. S. 383 (1912).

④ *MCI Communications v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U. S. 891 (1983).

⑤ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (Trinko)*, 540 U. S. 398 (2004).

另一方面,和美国对必需设施规则的适用不同,欧盟法院则对必需设施规则的适用持一个比较开放的态度,这在 Bronner 案、Magil 案、IMS 案件等经典案例中都有体现^⑥,例如在 Magil 案件中,根据爱尔兰国内法规定,RTE 负责广播与电视节目的编纂,同时其编纂的节目表受到著作权法的保护,Magil 则希望推出刊登每周七天的电视节目表的产品,于是请求 RTE 授予许可权。但是 RTE 拒绝了 Magil 的申请,于是 Magil 向法院提起了诉讼。最终法院从四个方面对这一问题进行分析,确认 RTE 的行为违法,即:(1)首先该经营者是支配企业;(2)拒绝授予许可阻碍了新产品的出现,而消费者有对这种新产品的需求;(3)知识产权人消除了二级市场的所有竞争;(4)拒绝授予许可没有合理的理由^⑦。类似的 Bronner 案、IMS 案以及 Microsoft 案基本都是延续这一框架展开的。总之,在对待必需设施的态度上,首先,欧盟承认了市场中企业自由交易的权利,但是它却以一种更加积极的态度去承认在特殊的市场状况下赋予控制设施的经营者开放设施的必要性^[10]。

纵观必需设施规则在美国、欧盟中的发展演变历史,我们可以发现,这一规则始终充满争议。它之所以引发如此大的争议是因为其本身关涉到的保护投资激励与捍卫市场创新之间关系的协调。一方面,任何企业,不论是否具有支配地位,都拥有能够自由处置自己财产,自由选择交易对象的权利,进而在市场中进行经营,获得利润,必需设施规则所施加的开放设施的责任,会降低企业投资激励、创新激励,甚至会损害消费者;另一方面,由于支配企业拒绝作为进入市场竞争所必不可少的“必需设施”,其他经营者无法进入市场,市场上的竞争将会减少甚至消除,支配企业甚至会利用必需设施将市场力量扩展到下一个市场,导致相邻市场也受到竞争的损害,于是进一步的创新也会受到影响,最终导致产品的价格上升,消费者的福利受到严重损害^[11]。受芝加哥学派的影响,美国的做法实际上更偏向于对投资激励等价值的维护,它更相信对于市场规制的最好方式是市场,而非通过竞争法的干预,以避免“假阳性错误(false positive)”^[12],因而美国在司法实践中并不会过分依赖必需设施规则赋予经营者设施访问的权限;受到自由秩序主义的影响,欧盟竞争法则十分注重对于竞争过程的保护,而这个竞争过程的实现依赖于个人拥有经济自由,即生产者能够选择想生产的产品以及消费者能够选择想购买的产品^[13]。拒绝必需设施的访问实际上就损害了生产商生产产品的自由,进而摧毁了竞争过程,所以欧盟竞争法则会对这种滥用市场力量的行为进行规制,对必需设施规则的态度也相对宽容。数字经济下能否成功适用必需设施规则解决拒绝访问行为带来的竞争问题取决于能否有效协调这两种价值之间的平衡。

实际上,在数字经济时代,数据在市场中扮演着愈来愈重要的角色,正如上文所分析的那样,支配企业拒绝竞争对手对数据进行访问将产生一系列的竞争法隐忧,这为必需设施规则的适用提供了充足的空间,而数字经济以及数据的特征却缓解了必需设施规则在以往所存在的激烈争议,为其适用提供了正当性基础。

(二) 数字经济下必需设施规则的正当性

数字经济下,经营者对数据开放的迫切需求亟待法学理论给予正面的回应,于是必需设施规则也在这一背景下具有了全新的生命力。延续着必需设施规则的发展历史,数字经济下必需设施规

^⑥欧洲法院更愿意用“必不可少(indispensable)”这一术语来代替必需设施规则。See JONES A, SUFRIN B, DUNNE N. EU competition law: text, cases, and materials[M]. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019:487.

^⑦Judgment in Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v. Commission of the European Communities (Magill), Joined cases C-241/91 and C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98.

则同样涉及不同价值理念之间的冲突。一方面,强制数据控制者允许其他经营者对数据进行访问将会降低数据投资者的投资回报,影响其创新与投资激励^[14];而另一方面,由于数字经济中规模效应、网络效应的存在,数据成为竞争中的必需要素,此时牢牢控制数据的支配企业的拒绝行为使市场形成了一个“瓶颈”,瓶颈的控制者掌握了整个市场,无法获得数据开放的经营者将因为无法通过这个瓶颈参与市场竞争而被淘汰,最终将会消除市场中的有效竞争^[15]。这两种价值之间的对立关系,导致人们在数字经济下对必需设施规则的正当性存在质疑,但实际上数字经济下的数据的一些特性,使得经营者数据开放涉及的价值冲突并非不可调和。

第一,在数字经济下,数据的共享与开发已然成为一种趋势,数据共享能够促进数据资源的重复利用,降低重新收集数据的成本;如果经营者各自为战,拒绝其他经营者进行数据开放而只能自己使用,那么将难以充分挖掘数据的价值,不利于数据产业的发展^[16]。因而,在数字经济下,通过数据开放能够促进数据之间的共享,开发新产品,提高数据利用所带来的社会效益。

第二,在一般情况下,数据具有非竞争性以及非排他性的特点,不同经营者对于数据的访问、分享、使用本身并不会损耗数据^[17],原有对数据的控制者同样可以使用数据。因而,相比较于铁路、电力系统等传统公共设施,对数据的访问并不会给原有的数据控制者造成额外的负担,影响原有经营者的正常使用,原有经营者依旧可以使用该设施从事正常的商业活动,获得合适的商业回报^[18]。

第三,数据开放并不会必然减损支配企业对于数据的投资激励,影响支配企业的创新能力、生产动力。首先,支配企业与请求数据开放的经营者并不一定在同一相关市场中开展竞争,因而数据开放并不会损害支配企业投资数据的相关激励;其次,即便支配企业与请求数据开放的经营者之间在相关市场中开展竞争,在数字经济时代,拥有数据的支配企业可能具有先发优势(first-mover advantage),先发优势能够帮助企业更快地获得用户,使其在市场竞争中处于更加有利的地位,此时,即便其他经营者访问拥有数据的企业也难以追赶上首先拥有、利用数据的企业,所以,先发优势的存在会始终为支配企业提供足够的激励^[19];另外,在很多情况下,数据只是经营者生产活动中产生的副产品,对数据的访问并不影响经营者正常的生产活动^[20];最后,请求数据开放的经营者往往也需要给予支配企业合理的对价,这些情形的存在能够给予支配企业适当的回报,因而,数据开放也并不会严重影响支配企业对于数据的投资激励。

第四,数据开放有助于打破数据垄断的局面,助推市场竞争,促进经营者的产品和服务创新。数字经济中的各个领域涌现出了一批市场力量强大的互联网平台,这些互联网平台对于数据控制力度之强以至于使市场形成了进入极强的进入壁垒,这些进入壁垒使得其他经营者难以进入该市场^[21]。尽管支配企业也会进行市场创新,但是一般认为,这种创新的能力十分有限,它甚至还会阻碍创新者的出现,进而保持其在市场中的垄断地位,获得高额利润^[22]。在这种背景下,赋予经营者对数据开放的权限能够打破因为数据垄断形成的市场壁垒,使经营者获取到数据资源以进行科技创新,促进技术进步。

可见,在数字经济的背景下,必需设施规则同样可能会引起激烈的价值争议,但是,数字经济的特点以及数据本身的性质使得依赖于必需设施规则获得的数据访问权限能够尽可能地减少对控制数据的支配企业造成的损害,并且同时能够使其他经营者参与到市场竞争中来,提高市场的竞争激烈程度,促进产品创新。因而,在严格规范必需设施规则适用的前提之下,实现支配企业对数据的开放能够解决数据垄断等现象产生的一系列的竞争损害,促进数据价值的开发,推动数据资源的

流动^[23]。

三、数字经济下必需设施规则的适用

比较美国和欧盟必需设施规则,尽管两者在适用态度上存在差异,但是必需设施规则的基本内容是相似的,即必需设施规则认定的核心都集中在:(1)该设施能否成为必需设施;(2)拒绝该设施的提供产生了何种竞争效果^[24]。因而,在数字经济下,经营者能否依托必需设施规则对支配企业的数据进行访问需要重点考察两个方面的内容,即数据能否构成必需设施,以及拒绝经营者对作为必需设施的数据的访问会产生何种竞争效果。

(一) 数字经济下成为必需设施的数据

数据,是否构成传统竞争法领域的必需设施?法律规范是否可以强迫具有市场支配地位的数据企业准许其他经营者访问数据?这取决于必需设施的含义,即该设施是否是经营者参与竞争所“必不可少”的。欧盟法院对此所给出的解释是支配企业拒绝的设施是开展商业活动所必不可少的,而这种设施没有实际的或潜在的替代品^⑧。欧委会在其发布的指南中也对“必不可少”给出了相应的解释——拒绝的设施是参与下游市场竞争中所客观必需的,即从设施的可替代性和可复制性进行考察^⑨。从上述举例中可以看出,在数字经济下,要回答数据可否构成必需设施,需要回答以下两个方面的问题:第一,何为可替代性,以及数据是否具有可替代性;第二,何谓可复制性,以及数据是否具有可复制性^[25]。

1. 数据的可替代性分析

数据的可替代性分析是指经营者在参与市场竞争中,除却对于该数据的访问外,无法获得其他的替代性方法有效地参与下游市场的竞争。如果经营者能够通过其他方式实现市场中的竞争,数据并不能够成为必需设施,竞争法也无须对控制数据的经营者的行为进行规制。例如,构成了行业标准的特定数据可能具有不可替代性。在IMS案件中,IMS公司对德国各地区的药品销售额进行调查,统计出相应的数据,进而得到一份采用“砖结构”展示的报告。这份报告由于结构、内容十分出色,消费者只接受采用该结构所提供的数据材料。在这个过程中,其他经营者也尝试了采用其他方式去开发功能相似的结构以提供数据材料,但是消费者对此并不接受。实际上,这种“砖结构”已经在市场上构成了一种行业标准,经营者除却采用该种“砖结构”外,无法采用其他替代性方法有效地参与下游市场竞争。因而,至少从替代性上说,当竞争者除却对数据进行访问外,无法参与市场竞争时,该数据具有不可替代性。

但是,尽管数据对经营者的竞争过程影响意义重大,但是数据却不是决定市场竞争过程中的唯一要素^[26]。例如在数字经济中,对数据的分析能力也是一个重要的考察因素。不同经营者之间竞争地位上的差异并不仅仅取决于对于数据的获取程度,也取决于经营者所拥有的对于数据的分析能力。以搜索引擎市场中的谷歌公司为例,谷歌公司每年都投入大量的资金开发性能更加卓越的数据分析工具,这也使得谷歌公司提供的搜索结果更加符合消费者的需求。尽管对用户数据的获

^⑧Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Case C-7/97

^⑨Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance).

取是经营者在搜索引擎市场中取得成功的关键,但是对于数据的分析能力同样在竞争中发挥着更加重要的作用。换言之,卓越的数据分析能力能够弥补经营者在数据获取能力上的某些不足,因而谷歌的数据很难被认定为必需设施^[20]。所以,在这种情况下,我们很容易模糊数据分析工具与数据在市场竞争中所扮演的角色,进而模糊数据是否具有可替代性。

2. 数据的可复制性分析

数据的可复制性是指经营者能否创造另外一种有效的替代方式,以参与下游市场的有效竞争。与数据的可替代性相比,数据的可替代性分析关注是否存在其他方式(例如通过更卓越的数据分析能力)能够参与下游市场的有效竞争,而数据的可复制性分析则着重是否存在建立能够实现相同竞争效果的数据的可能性。

在现实生活中,数据无处不在,易于收集,并且数据本身也并不昂贵^[27]。同时,数据也可以被源源不断地生产出来,用户可以在其日常的生活中不断地产生数据,经营者在其经营活动中产生数据,或者是通过不同方式从经营活动中获得有价值的信息。因而,基于数据的这种特性,数据具有可复制性,不同的经营者能够获得相似的数据来参与市场的竞争。

除此以外,在一般情况下,经营者使用某些数据并不影响其他经营者对这些数据的使用。数据的这种非排他性特点也促成了数字经济下的“多中心”的经济特征,即用户可以通过不同的经营者获得不同的服务或者是相同的服务,即不存在单一的经营者的数据垄断^[28]。而这种“多中心”特征也使得数据的可复制性成为可能,需求数据的经营者在被支配企业拒绝后,可以请求访问其他经营者的数据,从而参与市场竞争。

尽管数据具有无处不在、易于收集且本身并不昂贵等特性,但是在市场中却可能存在着各式各样的壁垒,使经营者对大量数据的收集、整理存在困难,从而影响对数据的复制。例如,在数据收集范围经济等形成的市场壁垒,经营者如果无法获得足够的投资实现规模经济或者范围经济就无法获得足够的信息参与市场竞争。这些市场中经济特征的存在也使得对某些数据的收集存在困难,因而加剧了其他经营者复制和支配企业的数据库相同数据库的难度。此外,网络效应的存在也使得某些数据并不能轻易获得。例如,在社交网络市场中,越来越多的用户使用支配企业的产品,支配企业产品的价值对用户而言也更大,相应的,支配企业也能够获得大量的用户数据,这些数据会帮助支配企业在竞争中处于更加有利的位置,而其竞争对手则难以获得这些数据,无法与支配企业进行竞争。社交网站 Twitter 就是一例,由于网络效应的存在, Twitter 在数据收集上很难面对真正的竞争,它能够获得其他竞争对手所无法获得的数据,因而 Twitter 所拥有的数据难以被竞争对手所复制^[29]。

同时,数据虽然本身不具有排他性,但是当数据具备了某些特征后,法律为某些特定类型的数据提供了保护,使这些特殊类型的数据具有了排他性的特征。例如,当数据在内容的选择上或者是编排上体现出了一定的独创性,数据会受到知识产权法的保护,此时其他经营者不得对具有一定独创性的数据进行复制,数据体现了不可复制性。上文提到的 IMS 案件就符合该种情形, IMS 公司的“砖结构”数据报告受知识产权法的保护,这些数据具有了排他性,在没有知识产权人的许可下,其他经营者无法对数据进行复制。

于是,数据所体现出的无处不在、易于收集、非排他性等种种特征使得数据在一般情况下具有可替代性和可复制性,但是同样的,在某些特定场景下,由不同数据组合、集聚而成的数据又具有了

不可替代性和不可复制性,构成了必需设施,成为经营者参与市场竞争无法绕开的重要环节。因而,数据所具有的这些不同于传统工业结构的特征也意味着执法机关和法院在考察数据能否构成必需设施时应当十分谨慎,应当在个案中对数据的特征进行深入分析,从而确定数据能否构成必需设施,为接下来的判断奠定基础^[30]。

(二) 拒绝作为必需设施的数据的开放的竞争效果分析

从消极意义上讲,拒绝作为必需设施的数据的访问在经济上主要有三方面消极竞争影响。

第一,对于支配企业而言,如果拒绝的经营者与其在同一市场竞争,具有直接的竞争关系,那么数据垄断者拒绝竞争对手对数据的访问能够有效地将竞争对手排除出市场,数据垄断者的市场力量会得以加强,进而获得更多的垄断利润。如果拒绝的经营者与其不在同一市场,拒绝经营者对数据进行访问的行为则会阻碍经营者在下游市场开发新产品,影响下游市场的创新。在某种程度上,如果数据垄断者同样意图在下游市场开展竞争,它拒绝其他经营者对数据的访问使其将在上游市场的垄断地位不当地延伸到了下游市场^[31],将下游市场变成了垄断市场,导致了第二个市场的结构改变,而这种改变并非是该经营者提供了更好的产品或者是降低了价格,而仅仅是由于其控制了上游市场^[32]。

第二,对于现实的和潜在的请求访问数据的经营者而言,现实的经营者因为无法访问作为必需设施的数据而被排除出市场,潜在的经营者在考虑到市场的现实状况后,即便能够采用更加先进的技术,生产更能满足消费者需求的产品,它们也不会轻易进入市场。因而,该市场中的竞争被消除,垄断局面被进一步加强,市场的创新也被抑制。

第三,对于消费者而言,支配企业拒绝数据开放的行为将降低消费者对产品和服务的选择空间,损害消费者对新产品或服务的潜在需求。由于支配企业拒绝数据开放,支配企业可以借此排除竞争,其他原本能够生产出更符合消费者需求的产品或者服务的消费者将被迫退出市场,提高产品或者服务的价格,消费者的利益将受到损害。另外,支配企业拒绝数据开放的行为还会严重损害相关市场中消费者的福利,而且这种福利的损害并非拘泥于单个或少数消费者受到损害,而是数量非常广泛的消费者受到了损害^[33]。尤其是在数据能够促进公共福利的领域,例如公共卫生领域、环境保护领域,经营者数据开放的实施将可能对社会福利产生更积极的促进作用^[34]。

另外,除却对于经济上的影响外,支配企业拒绝数据开放的行为还会间接对政治生活造成影响。在数字时代,经营者拒绝数据开放的行为也使得越来越多的数据被少数经营者所掌握,而这些数据与我们的日常生活息息相关,如果经营者滥用这些数据则有可能使社会有滑向“数字利维坦”的风险^[35],人类社会的自由、平等、公正等理念也将会受到严重的损害^[36]。

不容忽视的是,支配企业拒绝其他经营者对数据的访问也可能存在一定的积极意义或者是一定的合理性,这主要包括三个方面。第一,支配企业拒绝其他经营者对数据的访问是为了保护其投资激励,防止其竞争对手“搭便车”。第二,在经营者证明了拒绝访问产生了竞争损害后,支配企业如果能够证明其他经营者的数据访问行为将会对其正常的生产经营活动产生额外不合理的负担,那么此时支配企业可以拒绝其他经营者对数据的访问。但是,在对第一方面和第二面合理理由的驳斥上,正如“数字经济下必需设施的正当性”部分讨论的那样,数据的某些特征实际上冲淡了经营者的数据访问对支配企业所造成的消极影响。换句话说,在一般情况下,其他经营者对数据的访问不会对支配企业的投资激励造成损害,也不会对生产经营活动造成额外不合理的负担。第三,由于

数据中所包含的内容可能涉及个人数据、知识产权等内容,因而,除却受到竞争法的规范外,经营者对数据的访问又受到了个人数据保护法、知识产权法等法律规范的限制。例如,当数据包含大量个人数据时,即使拒绝其他经营者对数据的访问将产生一定的竞争损害,但是如果没有经过个人的同意而允许其他经营者进行访问,则会侵犯公民的隐私权等权利。同样,如果数据构成了受知识产权保护的数据集,其他经营者对该数据的访问则有可能会侵犯涉及知识产权的法律规范。因而,在考察是否允许经营者对支配企业的数据进行访问时,需要对数据开放过程中可能涉及的其他法律规范上的关系进行考虑。

综上所述,在对支配企业拒绝作为必需设施的数据的访问可能产生的竞争影响进行分析后,如果有清晰的证据能够证明该行为产生了严重的消极效果,且其提出的积极效果不足以弥补消极效果,或者是拒绝行为的合理性可以被驳回,那么该行为则违反了竞争法,经营者可以对支配企业的数据进行访问^[37]。

四、经营者数据开放的基本要求以及必要限制

(一) 经营者数据开放的基本要求

其一,其他经营者对数据的访问应当是公平的。数据开放中的公平性既约束支配企业,也约束对数据进行访问的经营者。对支配企业而言,它有义务公平地对待请求数据开放的经营者,为其能够进行数据开放提供必要的便利,同时,在谈判过程中以合理的方式分配谈判各方的权利义务关系,不对经营者的访问施加不合理的限制等;对访问数据的经营者而言,它有义务遵守支配企业施加的合理义务,在数据开放的过程中按照谈判的具体内容访问并且利用数据,不得损害数据。

其二,其他经营者对数据的访问应当是现实可行的。具体而言,经营者对数据的访问应当是及时的。在有些情况下,数据具有一定的时效性,如果经营者不能及时地获得对相应数据的访问,数据的价值将会大大贬损^[38],此时,即便经营者能够对数据进行访问,其依旧会因支配企业的不合理的延误而在竞争中处于不公平的地位。除此以外,经营者对数据的访问应当是连续的^[1]。如果支配企业在一段时间内允许经营者对数据进行访问,但是在之后的一段时间拒绝了经营者的访问请求,在支配企业无法提出合理理由对此种做法进行解释时,这种中断访问的行为实质也是拒绝经营者数据开放的一种形式。

其三,其他经营者对数据进行访问需要支付合理的费用。尽管竞争法对支配企业拒绝数据开放进行了规制,但同时为了保护支配企业的投资激励,也为了防止经营者在数据开放的过程中不劳而获,经营者需要向支配企业支付合理的费用。该费用的确定应当考虑在收集、整理、分析数据过程中所付出的必要成本,而不能以过分不合理的高价造成变相地拒绝经营者对数据的访问的效果。

与传统语境下铁路、桥梁等必需设施不同,由于数据本身还有可能涉及个人数据、知识产权等法律规范,因而数字经济下,数据的开放实施还需要考虑其与个人数据、知识产权等法律规范之间的协调。

(二) 经营者数据开放的必要限制

1. 与个人数据保护法之间的协调

由于数据可以被划分为个人数据和非个人数据,因而对数据的访问又可以被细分为对个人数据的访问和对非个人数据的访问。其中个人数据是指可以确定或者是可以识别个人的任何信息,

与个人的基本权利和自由密切相关。如果在竞争法维度下忽视了对个人数据的保护,那么经营者对个人数据的访问将有可能损害个人的基本权利,违反了对个人数据予以保护的相关法律规范。故而,有必要在经营者在对实施数据开放的过程中注意竞争法与个人数据保护法之间的关系。

个人数据中蕴含了数据主体的人格尊严与自由,经营者对涉及个人的数据进行收集、使用需要得到个人的同意^[39]。这也导致了支配企业能够以此为由拒绝其他经营者对数据的访问。从这个角度看,个人数据保护的法律法规确实在一定程度上阻碍了经营者对数据的访问,限制了市场的竞争。从另一个角度看,竞争法关注对于消费者福利的保护,而对个人数据的保护本身就是消费者福利的重要内容^[40],故而,个人数据保护法与竞争法在价值上又存在着统一性。

以欧盟竞争法和《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation)为例对二者关系进行进一步说明。当支配企业拒绝数据开放行为违反了欧盟竞争法,而该数据又涉及个人数据时,一方面,考虑到《通用数据保护条例》的要求,并不能直接赋予其他经营者以访问权限;另一方面,基于竞争市场的要求经营者又需要对数据进行访问。《通用数据保护条例》第6条第1款规定了数据处理的合法性要求,当数据主体同意其个人数据为一个或多个特定目标而处理时,该处理是合法的。所以,当数据主体同意支配企业允许其他经营者访问相应数据时,经营者才能够对支配企业的数据进行访问。但是在实践中,支配企业控制的数据中往往包含着众多数据,此时要求获得所有数据主体的同意并不现实。对此,根据《通用数据保护条例》第6条第4款,如果对于个人数据的处理并非基于数据主体的同意……控制者应当考虑为其他目的进行的处理是否与个人数据最初收集时的目的一致。换言之,如果经营者对数据的利用与最初数据主体同意其数据被处理的目的一致,则会降低数据开放行为对个人数据侵犯的可能性。该条规定也降低了因要求获得所有数据主体同意在操作上的难度,缓解了个人数据保护与竞争法之间的冲突。

2. 与知识产权法之间的协调

根据世界知识产权组织的《版权协议》第5条,如果选择或者排列而使其内容具有一定创新性的数据汇编将有可能受到版权法的保护^⑩;同样,根据欧盟《关于数据库法律保护的指令》,对于不符合独创性标准而无法受到著作权保护的数据库,如果数据库的制作人在内容收集、核准和提供等方面有实质性的投入,数据库的制作人就可以享有特殊权利的保护^⑪。出于保护创新、投资的目的,这些权利本身都具有一定的排他性,经营者在行使这些权利的过程中能够在一定程度上排除市场的竞争,获得相应的创新、投资回报。因而,在绝大多数情况下,支配企业拒绝其他经营者对受到知识产权保护的数据的访问的行为是合法的。

但是,经营者如果滥用这些权利,排除、妨碍竞争,影响了市场的创新,则违背了知识产权法的最初目的。在该种情形下,知识产权的行使将受到一定的限制。欧盟将这种情形称之为“例外情形(exceptional circumstance)”^[41],例如在微软案中,太阳公司请求微软公司许可接受著作权保护的相关兼容性信息,以使其工作组系统能够与微软公司的电脑操作系统兼容。微软公司拒绝了太阳公司的请求。在该案中,法院认为当知识产权的行使阻碍了新产品的产生,限制了技术的发展,违反了《欧盟运行条例》第102条^⑫。与之相似,美国则将这种情形称之为“知识产权滥用”,同样也对滥

^⑩WIPO Copyright Treaty.

^⑪Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases

^⑫Judgment in Microsoft v. Commission, T-201/04, ECLI:EU: T:2007:289.

用知识产权排除竞争、限制创新的行为进行限制。例如在柯达案件中,法院认为如果知识产权的行使超越了权利本身的行使范围,那么经营者拒绝许可知识产权的行为则属非法^⑬。所以,即便经营者控制的数据享有知识产权,其也应当在合理的范围内行使该权利,不得滥用知识产权限制经营者数据开放的实施。

五、数字经济下从数据垄断走向数据开放的本土化建议

(一) 数字经济下必需设施规则的制度基础

毋庸置疑,数据在数字经济的发展中扮演着非常重要的角色,数据产业的繁荣离不开数据的分享、流动^[42]。《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》提出“加快培育数据要素市场(二十)推进政府数据开放共享……(二十一)提升社会数字资源价值”,同时《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》也提出“加快培育发展数据要素市场,建立数据资源清单管理机制,完善数据权属界定、开放共享、交易流通等标准和措施,发挥社会数据资源价值……加强数据有序共享,依法保护个人信息”,强调了数据作为要素对于激发全社会创造力和市场活力,推动经济发展质量变革、效率变革、动力变革的重要意义。因而,我国有必要纳入经营者数据开放的相关规范,打破“数据垄断”,以一种更加积极、开放的态度鼓励经营者之间的数据的流动、共享,促进数据资源价值的发挥。

目前,在《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)及相关规范中注意到了数据的相关问题可能对竞争法造成的潜在影响,如第22条的规定,但这些规定较为原则,缺乏可操作性^[43]。实践中也出现了相关案例,如顺丰快递和菜鸟驿站数据之争就未得到很好的解决^[44]。经营者拒绝交易相对人对其控制的数据进行访问亟待竞争法作出回应。因而,需要通过合理的解释,在当前的竞争法体系下纳入必需设施规则,以解决支配企业拒绝经营者数据开放的行为。

具体而言,《反垄断法》第22条规定“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易”,该条的规定较为概括,并没有提及必需设施规则。经营者拥有交易的自由是市场经济的重要内容,即便是支配企业也不例外^⑭,但从直观上看,该条却形成了对支配企业拥有交易自由权利的巨大冲击。换言之,在一般情况下,当交易对象不构成必需设施时,即便支配企业拒绝与交易相对人进行交易,交易相对人也可以从市场中找到相应的替代品,此时,支配企业拒绝与交易相对人进行交易的行为并不会阻碍交易相对人的正常商业经营活动,只有当交易对象构成必需设施时,拒绝交易行为才会被竞争法规制。所以,《反垄断法》第22条有必要将必需设施纳入以作为拒绝交易这一行为的前提性条件。《禁止滥用市场支配地位规定》第16条对这一规定进行了细化。从该条规定中可以抽象出我国构造数据开放规则的路径。其中第1款的前4项内容可以理解为拒绝数据开放行为的具体形式,第5项与前4项存在一定区别,它不仅仅是作为拒绝数据开放行为的表现形式,同样也阐释拒绝开放行为构成滥用的具体条件,即拒绝的客体应当构成“必需设施”^[45],这也为我国在执法实践中纳入必需设施规则提供了立法基础。至于第16条第2款中列举的各项要素则可以理解为判断数据能否构成必需设施的考察

^⑬Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

^⑭United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

要素,即数据是否在经营过程中不可复制或者没有替代性。第3款则列举了支配企业拒绝交易相对人数据开放请求的理由,即为了防止拒绝交易可能对支配企业的利益造成的非竞争方面的不合理的损害^⑤。除此以外,国家市场监督管理总局也发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》,这份指南为必需设施规则的具体适用提供了一定的基础,该指南的第14条延续了《禁止滥用市场支配地位规定》中的基本逻辑,虽然未明确提及将数据作为必需设施,但是对数字经济下平台可能构成必需设施这一重要问题进行了讨论,并在认定相关平台是否构成必需设施时考虑了“平台占有数据情况”,为我国适用必需设施规则提供了坚实的基础,也为数据开放的实施创造了条件。

故而,尽管目前《反垄断法》并没有对必需设施规则进行直接规定,但是在国家市场监督管理总局发布的规定与指南中都可以发现必需设施规则的踪迹,这预示着必需设施规则在我国有着巨大的适用空间,并且能够在一定程度上解决数据垄断所产生的拒绝数据访问等新问题。在未来,我国《反垄断法》有必要对第22条进行完善,将必需设施规则纳入竞争法的框架,同时在规定与指南中对必需设施规则适用的逻辑进行更加清晰的界定,充实必需设施的认定规则,明确拒绝构成必需设施的数据开放可能产生的竞争效果。

(二) 数字经济下经营者数据开放内容的设计

当支配企业拒绝开放作为必需设施的数据,并且这一行为产生了严重阻碍市场竞争的效果时,支配企业需要开放数据供经营者进行访问。目前我国竞争法还并未对此进行细致的规定。而对支配企业数据开放内容进行细致的规定既可以阻止支配企业以其他形式变相阻碍交易相对人获取数据,也可以防范交易相对人以“促进竞争”为名裹挟支配企业,损害支配企业的投资激励^[46]。因而,有必要在今后的法律规范与指南中对数据开放的具体内容进行必要的规定。

从前文的分析看,竞争法可以从原则上规定数据的开放应当满足公平性、连续性、时效性等相关要求,以确保市场经营者能够充分参与市场竞争,使数据能够在市场中充分发挥其价值作用。同时,基于对支配企业投资、开发数据业已付出了必要成本的考量,经营者也需要向开放数据的支配企业支付一定的费用,以实现支配企业投资、开发激励的保护。在费用的确定上,当事人双方应当进行积极磋商,力图促进和实现数据的开放。

另外,在支配企业数据开放内容设计过程中,同样应当注重数据与个人数据保护法、知识产权法存在着千丝万缕的联系。一方面,竞争法与个人数据保护法、知识产权法在维护竞争、促进创新这一目的上具有一致性;另一方面,数据开放在竞争法上的相关规范还与其在个人数据保护法、知识产权法上的相关规范存在一定的冲突。但不论是竞争法、个人数据保护法还是知识产权法,它们在维护竞争、促进创新这一目的上具有一致性,因而数据开放的过程需要结合经营者请求访问的数据可能具有不同性质、不同特点进行,在个案中进行审慎的判断,协调竞争法与个人数据保护法、知识产权法之间的关系,注意对个人数据保护法、知识产权法等规范的遵守。在数据开放与个人数据保护法的协调上,未来竞争法或个人数据保护法应当关注个人数据的保护,积极纳入个人同意规则以及合目的性规则等,在发挥数据经济价值的同时实现对个人私权利的保护。同样,在数据开放与知识产权法的协调上,尽管目前《反垄断法》第68条规定经营者依据知识产权规范行使知识产权的

^⑤严格来讲,第16条第2款中的“该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响”并不是判断数据能否构成必需设施的考察要素,而应放在拒绝访问是否有合理性项下进行考量。

行为,不适用《反垄断法》,但实际上根据华为诉 IDC 案件的司法实践以及高通案执法实践,知识产权人依据知识产权规范行使知识产权的行为同样受到《反垄断法》的约束。并且,随着数字经济的发展,数据的诸多特性又给知识产权制度带来了新的挑战^[47]。未来在数据开放实施过程中,《反垄断法》或相应的指南应当结合数字经济背景以及数据的特征,明确同样可能受到知识产权保护的数据的权利范围,防止知识产权对数据的过度保护可能造成的反竞争的市场效果^[48]。

六、余论

正如《大数据时代》所言:“大数据开启了一次重大的时代转型……大数据正在改变我们的生活以及理解世界的方式,成为新发明和新服务的源泉……”^[49]但同时,拥有大量数据的支配企业却往往拒绝其他经营者对数据的访问,意图垄断数据资源。在这个数据发挥愈来愈重要作用的时代,竞争法有必要确立经营者必需设施规则,以促进数据的流动、共享,实现数据的巨大价值。尽管竞争法为经营者数据开放的实施提供了坚实的理论基础和充足的适用空间,但它的实施内容还需要更加具体,同时也应当更关注其与个人数据保护、知识产权等相关法律法规的协调,进一步完善经营者数据开放的相关规则。

参考文献:

- [1] CRÉMER J, MONTJOYE Y D, SCHWEITZER H. Competition policy for the digital era[EB/OL]. (2019-05-20) [2023-10-05]. <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- [2] 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[J]. 法学评论, 2018, 36(01): 108-119.
- [3] STUCKE M E, GRUNES A P. Big data and competition policy[M]. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- [4] O' DONOGHUE R, PADILLA J. The law and economics of Article 102 [M]. Second Edition. New York: Hart Publishing, 2013.
- [5] The Commission "Competition Law 4.0". A new competition framework for the digital economy[EB/OL]. (2019-11-07) [2023-10-05]. https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- [6] Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center. Report of study group on data and competition policy[EB/OL]. (2017-06-06) [2023-10-05]. https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf.
- [7] 莱昂纳尔多·毛杰里. 石油! 石油! [M]. 夏俊, 徐文琴, 译. 上海: 格致出版社, 2011: 3-18.
- [8] 李剑. 反垄断法核心设施理论研究[M]. 上海: 上海交通大学出版社, 2015: 1.
- [9] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策: 竞争法律及其实践[M]. 第3版. 许光耀, 江山, 王晨, 译. 北京: 法律出版社, 2009: 339-340.
- [10] LUGARD P, ROACH L. The era of big data and EU/U. S. divergence for refusals to deal[J]. Antitrust Magazine, 2017, 31(2): 58-64.
- [11] JONES A, SUFRIN B, DUNNE N. EU competition law: Text, cases, and materials[M]. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press, 2019: 484-485.
- [12] EASTERBROOK F H. Limits of antitrust[J]. Tex. L. Rev, 1984, 63(1): 1-40.
- [13] 戴维·J. 格伯尔. 二十世纪欧洲的法律与竞争: 捍卫普罗米修斯[M]. 冯克利, 魏志梅, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2004: 286-328.
- [14] LEHTIOKSA J. Big data as an essential facility: The possible implications for data privacy[D]. Helsinki: University of Helsinki, 2018.

- [15] BORGOGNO O, COLANGELO G. Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs[J]. *Computer Law & Security Review*, 2019, 35(5): 1-17.
- [16] 王利明. 数据共享与个人信息保护[J]. *现代法学*, 2019(1): 45-57.
- [17] 曾彩霞, 朱雪忠. 必要设施原则在大数据垄断规制中的适用[J]. *中国软科学*, 2019(11): 55-63, 73.
- [18] 梅夏英. 在分享和控制之间 数据保护的私法局限和公共秩序构建[J]. *中外法学*, 2019(4): 845-870.
- [19] VARADARAJAN R, YADAV M S, SHANKAR V. First-mover advantage in an internet-enabled market environment: Conceptual framework and propositions[J]. *Journal of the Academy of Marketing Science*, 2008, 36(3): 293-308.
- [20] RUBINFELD D L, GAL M S. Access barriers to big data[J]. *Arizona Law Review*, 2017, 59: 339-381.
- [21] GRAEF I, WAHYUNINGTYAS S Y, VALCKE P. Assessing data access issues in online platforms[J]. *Telecommunications Policy*, 2015, 39(5): 375-387.
- [22] SHELANSKI H A. Information, innovation, and competition policy for the internet[J]. *University of Pennsylvania Law Review*. 2013, 161(6): 163-1705.
- [23] 殷继国. 大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径[J]. *政治与法律*, 2019(10): 134-148.
- [24] BRUC É. Data as an essential facility in European law: How to define the “target” market and divert the data pipeline? [J]. *European Competition Journal*, 2019, 15(2/3): 177-224.
- [25] HEITZLER S. Traditional regulatory approaches and the postal service market[J]. *Competition and Regulation in Network Industries*, 2009, 10(1): 77-105.
- [26] KENNEDY J. The myth of data monopoly: Why antitrust concerns about data are overblown[EB/OL]. (2017-03-06) [2023-10-05]. <http://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf>.
- [27] TUCKER C. Implications of improved attribution and measurability for antitrust and privacy in online advertising markets[J]. *The George Mason Law Review*, 2013, 20(4): 1025-1054.
- [28] SOKOL D D, COMERFORD R. Does antitrust have a role to play in regulating big data? [EB/OL]. (2016-02-03) [2023-10-05]. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693.
- [29] ABRAHAMSON Z. Essential data[J]. *Yale Law Journal*, 2014, 124(3): 867-881.
- [30] Tucker D S, WELLFORD H. Big mistakes regarding big data[EB/OL]. (2015-01-14) [2023-10-05]. <https://ssrn.com/abstract=2549044>.
- [31] KAPLOW L. Extension of monopoly power through leverage[J]. *Columbia Law Review*, 1985, 85(3): 515-556.
- [32] 李剑. 反垄断法中的杠杆作用:以美国法理论和实务为中心的分析[J]. *环球法律评论*, 2007(1): 71-77.
- [33] LAO M. Networks, access, and essential facilities: From Terminal Railroad to Microsoft[J]. *SMU Law Review*, 2016, 62(2): 557-596.
- [34] DREXL J. Designing competitive markets for industrial data—between proprietarisation and access[EB/OL]. (2016-11-08) [2023-10-05]. <https://ssrn.com/abstract=2862975>.
- [35] 唐皇凤. 数字利维坦的内在风险与数据治理[J]. *探索与争鸣*, 2018(5): 42-45.
- [36] 崔靖梓. 算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对[J]. *法律科学(西北政法大学学报)*, 2019(3): 29-42.
- [37] 许光耀. 反垄断法上的经济学分析[J]. *价格理论与实践*, 2015(2): 26-29.
- [38] SCHEPP N P, WAMBACH A. On big data and its relevance for market power assessment[J]. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7(2): 120-124.
- [39] 高富平. 个人信息使用的合法性基:数据上利益分析视角[J]. *比较法研究*, 2019(2): 72-85.
- [40] 郑志峰. 人工智能时代的隐私保护[J]. *法律科学(西北政法大学学报)*, 2019(2): 51-60.
- [41] WALLER S W, FRISCHMANN B. Revitalizing essential facilities[J]. *Antitrust Law Journal*, 2008, 75(1): 1-65.
- [42] MEADOWS M. The essential facilities doctrine in information economies: Illustrating why the antitrust duty to deal is still necessary in the new economy[J]. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 2015, 25(3): 795-830.
- [43] 周汉华. 论平台经济反垄断与监管的二元分治[J]. *中国法学*, 2023(1): 222-240.
- [44] 侯隽. 顺丰 VS 菜鸟:大数据争夺战[J]. *中国经济周刊*, 2017(23): 32-34.
- [45] 许光耀. 支配地位滥用行为的反垄断法调整[M]. 北京:人民出版社, 2018: 235-240.

- [46] 袁波. 必需数据反垄断法强制开放的理据与进路[J]. 东方法学, 2023(3):147-161.
- [47] 冯晓青. 数字环境下知识产权制度面临的挑战、问题及对策研究[J]. 社会科学战线, 2023(9):198-212.
- [48] 王晓晔. 我国《反垄断法》修订的几点思考[J]. 法学评论, 2020(2):11-21.
- [49] 维克托·迈尔-舍恩伯格, 肯尼思·库克耶. 大数据时代:工作、生活与思维的大变革[M]. 盛杨燕, 周涛, 译. 杭州:浙江人民出版社, 2013:1.

From datamonopoly to data access: Competitive analysis of data essential facility

LI Zhaoyang

(*High People's Court of Shandong Province, Jinan 250000, P. R. China*)

Abstract: In the digital economy, data plays an increasingly important role, but the dominant undertaking with large amounts of data often deny other undertakings' access to data with the intention of monopolizing data resources. It is necessary for the competition law to regulate the refusal of data access by the dominant undertaking through essential facility doctrine, so as to realize data access and promote the circulation and utilization of data resources. Combined with the development history of essential facility doctrine, the application of essential facility doctrine in the context of the digital economy requires strict conditions. These conditions include: under the precondition that the undertaking has a dominant market position, firstly, data needs to constitute an essential facility which means that data is indispensable for undertakings to participate in market competition; secondly, the negative effect of the dominant undertaking's refusal of data access is obviously greater than the positive effect; finally, there is no reasonable reason for the dominant undertaking's refusal of data access. It is only after the above conditions are met that the dominant undertaking needs to be under an obligation to allow data access. On this basis, the competition law needs to refine the specific requirements for data access and its possible relationship with the personal data protection law and intellectual property law to make data access more operational in practice. Specifically, there are three main competition law requirements for data access: first, other undertakings' access to the data should be fair; second, other undertakings' access to the data should be realistically practicable; and third, other undertakings' access to the data is subject to the payment of a reasonable fee. In terms of the relationship between competition law and personal data protection law, on the one hand, personal data protection law hinders to a certain extent the access to data by other undertakings; on the other hand, there is a unity of value between personal data protection law and competition law. In terms of the relationship between competition law and intellectual property law, in most cases, it is legitimate for a dominant undertaking to deny other undertakings' access to data protected by intellectual property rights, but the dominant undertaking also needs to be careful to exercise its rights within reasonable bounds and not to abuse its intellectual property rights to restrict data access. In the era of digital economy, it is necessary for China to incorporate essential facility doctrine into the normative system of antitrust law, and at the same time, design the specific content of data access in relevant legal norms and guidelines, and strengthen the coordination with the protection of personal data, intellectual property rights and other relevant legal norms, so as to realize the localized construction of data access, promote market competition, and explore the great value of data.

Key words: digital economy; abuse of dominant market position; data access; essential facility doctrine; dominant undertaking

(责任编辑 胡志平)