

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.003

欢迎按以下格式引用:赵泽宇.数字市场反垄断适用较小限制性替代措施测试[J].重庆大学学报(社会科学版),2024(5):235-248.

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.003.

Citation Format: ZHAO Zeyu. The antitrust application of less restrictive alternatives test in the digital market[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2024(5): 235-248. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.10.003.



数字市场反垄断适用较小限制性替代措施测试

赵泽宇

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:数字市场的不断发展引发了新的商业模式和商业行为,而这些模式和行为也使数字市场竞争不断呈现动态性与效果的复杂性。所谓动态,即是市场上的经营者不断根据市场供求变化调整自身的经营行为;所谓效果的复杂性,则表现出难以判断这些经营行为与模式变化所产生的竞争损害和经济收益。因此,我国反垄断执法和司法机关在运用合理原则对这些新型商业行为进行评价时,往往难以判断其产生的竞争损害大小与违法性。然而,孕育于美国反垄断司法过程中的“较小限制性替代措施测试”,尽管其在“美国运通案”之前尚未被美国最高法院所采用,却可以作为“合理原则”中精简复杂经济效益分析的关键一环,从而在数字市场反垄断案件中得以适用。美国的判例法实践为其设立了适用标准和程序,这使“较小限制性替代措施测试”的适用较为平滑,因而也获得了反垄断学界的支持。正是由于其能够精简“合理原则”下竞争损益的衡量,因此,“较小限制性替代措施测试”能够达到数字市场反垄断的双重目标,即在维护市场竞争的基础上确保商业行为的经济效益最大化。并且其与动态的、复杂的数字市场竞争高度契合,因而能够有效纠正我国现阶段对于“合理原则”适用的模糊性和随意性,提高数字市场反垄断实施的精度和效率。不过,反垄断执法和司法机关同样需要审慎适用这一测试方案,如果在构思可供比较的替代措施时出错,则会使反垄断司法和执法产生“假阳性”错误,扼杀良性的商业行为。从法律原则的角度来说,该测试体现着合理原则所蕴含的比例性品格;在法律规则层面,该测试可以通过体系解释的方式在涉及垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中的竞争效果分析的法律条文中阐明。在法律的具体实施上,需要使该测试与数字市场的“双边或多边特性”“多元化的经济效益”“创新和动态性”等特征紧密结合,在判断涉案行为效果时将该测试置于这些特征之下适用。不过,由于该测试本身的缺陷及其在附属限制原则与一般“合理原则”中具有含义差别,因而需要明晰其具体适用的层次及限度。

关键词:较小限制性替代措施测试;数字市场;合理原则;附属限制原则

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究中青年项目“反垄断法修订完善研究”(19SFB3042)

作者简介:赵泽宇,中国人民大学法学院博士研究生,Email:zeyu.zhao@ruc.edu.cn。

中图分类号:D922.294 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2024)05-0235-14

较小限制性替代措施测试(Less Restrictive Alternatives Test)诞生于美国反垄断法实践。具体而言,该措施被用于判断在整个产业背景下的横向价格垄断协议是否违反《谢尔曼法》(Sherman Act),在NCAA诉Board of Regents of the University of Oklahoma一案(以下简称“NCAA案”)中得以援引^①。该措施作为法律规制与经济领域的常见分析工具,用于分析某项政府对于经济的规制行为是否有必要^②。因此,在审查特定经济行为的必要性问题时,曾被广泛应用。实际上,这一特点可以在该措施的含义中略窥一二。根据美国运通案(Ohio v. American Express Co.)所述,较小限制性替代措施在反垄断适用中体现为“原告(包括公共执行中的执法机关)一方可以提出具有对竞争更小限制性的替代措施以对原告一方提出的其行为具有整体效益的辩护进行反驳,但该更小限制性的措施需要产生与被告行为相等的经济效益”^③。相较于传统上合理原则对于反竞争行为正向和负向效果加成计算的方式来看,仅从字面意思理解,该措施似乎更具简易性和便捷性。但也有可能损害合理原则要求的“需要法庭确定和评估商业行为的竞争损害和竞争增益”^④这一经济效益分析的目标。

随着数字市场逐步发展,许多新的商业行为和商业模式不断涌现,例如平台“二选一”“大数据杀熟”和“平台最惠国待遇”等商业行为对于市场和消费者而言既有损害也有增益^[2],又由于网络效应、平台双边市场特性和“锁定效应”等因素,反垄断执法和司法机关很难运用合理原则,在对效益和损害进行计算之后,判断这些行为是否会对市场和消费者产生净损害^[3]。尽管《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)采用的并不是美国法中“本身违法原则”和“合理原则”的立法框架,其更倾向于欧盟立法的“目的违法”或者“效果违法”的分析范式,但有学者指出,我国在反垄断实践中,特别是转售价格维持行为的实践中,仍然参照的是“合理原则”和“本身违法原则”的做法,不能否认这两大原则在我国的实际适用^[4]。因此,在“合理原则”的分析框架下,我国也需要在反垄断法的审查中对竞争损害和经济收益进行权衡。《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》指出“必须更好发挥市场机制作用,创造更加公平、更有活力的市场环境”^[5]。据此,在以反垄断执法创造更好市场环境的前提下,国务院反垄断委员会发布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)明确指出,在分析平台间是否构成垄断协议、是否构成滥用市场支配地位和平台合并时需要考虑的种种因素,无论是产生竞争损害的因素或是增加经济效益的因素。但是对于如何评价和计算这些因素,《指南》并没有提出相应的方案。

事实上,很难要求执法或司法机关在制定法或规范性文件的范畴内提出适用于每个互联网企业反垄断案件的计算基准。根据党的二十届三中全会的精神,国务院副总理张国清强调在构建全国统一大市场时,市场监管部门需要“加强市场监管标准化规范化建设,明确市场监管领域基础性、通用性监管规则,强化新经济、新业态监管制度供给”,这是强化统一市场监管的重点之一^[6]。基于上述原因,较小限制性替代措施测试可以作为我国反垄断机关判断数字市场平台企业新行为、新商业模式的有效工具,同时这也体现了市场监管规则的强化。由于阿德斯顿钢管公司案(Addyston

①See NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85, 86 (1984).

②See Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274, 2284 (2018).

③See Board of Trade of Chicago v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918).

Pipe & Steel Co. v. United States)^④的影响和其他判例法实践,该测试能够融合于合理原则的内生逻辑之中,虽然一定程度脱离了合理原则实践中的经济效率衡量,但却对执法和司法实践在数字市场环境下的结果确定性大有助益,减少反垄断执法和司法的焦虑。

一、数字市场、平台效应与合理原则的适用挑战

数字市场在我国已经具备规模业态,根据商务部出台的《中国电子商务报告 2020》,我国在 2020 年全国电子商务交易额达 37.21 万亿元;全国网上零售额达 11.76 万亿元;电子商务服务营收规模达到 5.45 万亿元^[7]。就国内的市场环境而言,腾讯系、阿里系、京东系等超级平台横跨数字市场的各个领域,被认定为电商“巨头”,可能会对市场竞争秩序和消费者合法权益造成损害^[8],因此反垄断执法与司法应当更加关注数字市场以及电子商务领域。这也一定程度上符合《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》(以下简称《决定》)的要求:关注数字平台市场竞争。因为《决定》不仅在“构建统一大市场”中提出了“强化反垄断和反不正当竞争”,更是在“健全促进实体经济和数字经济深度融合制度”中要求“健全平台常态化监管制度”^[9]。但由于数字市场竞争具有动态性且商业行为复杂度较高,反垄断执法和司法机关在判断行为违法性的过程中也许会遇到困难,这可能为数字市场竞争结构的维持带来挑战。

(一) 数字市场竞争的动态效应

数字市场平台企业间的竞争,具有高度动态性。“动态”一词指市场上具有许多强烈竞争性的行为以及竞争对手之间会策略性地调整自身的商业模式与竞争方式,对于市场环境以及其他竞争者的变化形成自适应的过程^[10]。因此,如果使用固定而静态的经济学分析模型,难以应对动态的策略性商业行为及认识到创新驱动竞争中的经济效益、消费者福利^[11]。在数字市场,以上的动态性特征都能够得到体现,数字平台经营者持续不断地创新其产品和商业模式以在各个“交易边”上取得竞争优势。但需要注意的是,其他经营者,特别是中小型经营者也有潜力和能力进行更加“破坏性的创新”^⑤、^[12]以破除先占企业短暂的市场优势^[13]。这即是市场结构的动态性。

平台的定价行为也可以体现市场的动态性。例如平台的算法定价行为能够有效契合动态的消费者需求,包括现行的消费者需求和潜在的消费者需求^[14]。另外,许多平台经营者引进新产品时通过低价甚至“免费”的定价策略迅速占据市场,在后续不断发展壮大的过程中提高产品价格,攫取高额利润^[15]。虽然这种掠夺性定价的行为被《反垄断法》原则上禁止,但由于平台长期没有盈利,且给消费者、市场创新带来了巨大的好处,在互联网动态竞争的情况下很难判断平台是否会滥用市场支配地位^[16]。因此,该定价策略难以被认定为掠夺性定价。不过,对于《反垄断法》适用而言,动态竞争却会带来麻烦,如果要精确行为定性,反垄断执法和司法机关不仅需要长期的竞争效应分析,也需要对于虚构的“反事实”进行分析,但执法和司法机关需要对采用何种分析方式的成本和效益作出取舍^[17]。例如在动态市场经营者集中的分析上,应然层面上需要采取大量的个案分析范式以及长时间经营者集中后评估^[18],不过,这对于经营者集中执法而言是一个挑战。

④See Addyston Pipe & Steel Co. v. United States 175 U.S. 211 (1899).

⑤创造性破坏理论由经济学家熊彼特提出,该理论认为某些行业的企业家往往具有创新性,能够不断创造出新的产品或者生产线,打破固定的市场结构和现有的企业间平衡,但市场的自身调节机制能够将破碎的市场整合成一个新的平衡,此即为经济发展的来源。

(二) 数字平台行为竞争效果的复杂性

鉴于数字市场的动态特征,平台在市场中的某个行为、某个产品或者某种商业模式表面上会具有一定的反竞争效果,但同时其也很有可能促进市场竞争、创新或者带来消费者福利^[19]。从消费者福利的角度看,该种行为不具有反垄断上的违法性^[20]。但实际上,这些平台行为可能在社会总体福利上呈现出正值或负值,抑或无法加成计算出其对于总体经济效率的影响。理由在于:其一,这涉及对经营者下一步行为的判断^⑥;^[21]其二,不同的价值具有不同的位阶,无法将其置于同一水平上进行权衡。因此,平台市场行为的竞争效果分析非常复杂,根据不同标准也许会得出不同的结论。

以德国2019年Facebook案为例,虽然德国联邦卡特尔局(Bundeskartellamt)对于Facebook未经用户同意不正当攫取WhatsApp, Oculus和Masquerade平台中用户数据的行为认定为滥用市场支配地位,违反了《反限制竞争法》(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)第19条第1款和《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第102条的相关规定,根据《反限制竞争法》第32条的要求停止侵害行为并采取补救措施^⑦。虽然如此认定,但实际上,德国联邦卡特尔局也认识到了此等数据收集行为对于消费者产生的福利,例如Facebook可以利用这些个人数据进行个性化的广告投放,数据驱动型平台只有获得更多的数据进行处理才越有价值;Facebook声称“将使用这些数据改善产品,连接Facebook旗下的各个平台的产品或服务 and 针对不同消费者提供个性化的产品”。最后,德国联邦卡特尔局只能通过援引《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR)来论证该行为对于消费者的损害大于收益,以此证明Facebook行为的违法性以及对于消费者福利的损害。

(三) 我国土壤中“合理原则”适用的理律紊乱

尽管我国《反垄断法》的立法结构与欧盟立法模式更为接近^[22],但不可否认的是,合理原则的应用广泛存在于我国的反垄断实践中。无论是垄断协议还是滥用市场支配地位行为的分析,特别是对于非价格垄断协议的判断,皆保持着一种对于损害竞争行为的经济合理性的考量。该原则也指导了经营者集中的审查,这是因为在审查中需要对合并后产生的竞争损害及经济效益进行分析,证明合并是否实质损害了竞争以及消费者福利、生产者剩余和社会总福利^[23]。

有学者认为合理原则具有很多缺陷,因为其包含了复杂而具体的行为经济学和博弈论分析,这也导致了无论是反垄断公共执行还是私人执行,其成本都过于高昂,减损了反垄断的实施价值^[24]。然而,合理原则的优点不能忽视。有学者通过比较研究以及经济学效益研究认为,本身违法原则不是一般规则,其制度成本并不明显优于合理原则,本身违法原则虽然可以减少执法“假阴性”的错误成本,但实际上合理原则的适用也未必会出现高额的“假阴性”成本,相反却提高了反垄断执法和司法的精确性^[25]。假设需要适用合理原则,在数字市场的大环境下,除了认识到合理原则本身的内涵及其局限性之外,还要探究其逻辑是否结合了数字市场的特点,例如数字市场的创新特性、造成歧视的市场力量大小等因素^[26]。但我国反垄断执法和司法在借鉴适用合理原则时,往往忽视该原则具体的要求,导致该原则难以与数字市场的特性相结合。

⑥例如,有研究指出,平台企业横向合并后采取不同的措施会导致社会总福利产生较大的变化,简而言之,合并后平台多归属用户越多则社会总福利越多,反之亦然。

⑦See Bundeskartellamt (German Federal Cartel Office), Decision in the administrative proceedings under Section 32(1) German Competition Act (GWB) on Facebook Inc. et al., B6-22-16 (6 February 2019), paras. 1 and 2.

以伊士曼公司滥用市场支配地位案为例,反垄断执法机关在认定是否具有正当理由时直接着重分析了负面的竞争效果,仅提到了“在一定程度上降低了交易成本”,通过粗略比较正面和负面效果的方式来进行经济分析^⑧。再如王林林诉链家公司一案中,对于链家收取 2.2% 居间费、搭售房屋交易保障服务以及搭售十三项服务的行为,法院也仅是对于行为具备正当性的理由进行了列举,结合行业管理以及行业内通行的产品成本构成进行判断,虽然在搭售十三项服务行为的分析过程中对竞争正向效果和负向效果进行了对比,但缺乏实际证据表明为什么负面影响大于正面影响^⑨。虽然在后来的阿里巴巴滥用市场支配地位案中,反垄断执法部门对于阿里巴巴提出的排他性交易和保护特定投入之间的必要性进行了分析,但显然这只是从一个非常小的方面对于行为的合理性做了简要探讨,并没有全面展开^⑩。综上所述,在反垄断执法和司法的过程中,执法机关和法院通常都会阐释具体的合理性有哪些,但缺乏行为合理性与损害的对比,合理原则分析的论证较为简单。由于数字市场商业行为和模式所产生的竞争效果较为复杂,商业模式的动态性较大,因此简单合理性判断的执法与司法过程难以对正面效果和负面效果进行准确地分析,可能会产生“假阳性”或“假阴性”错误。

二、较小限制性替代措施测试的反垄断法渊源

较小限制性替代措施测试具有避免复杂而耗时的经济分析权衡的特点,不过对比我国执法和司法实践中的模糊化处理而言,其又具备一定精确性,因为该测试能在一定程度上确定和最大化行为所产生的促进竞争和经济活动的效益。该项测试虽然在美国运通案之前从未在美国最高法院得到适用^[27],但其在贸易限制的司法实践最早可以追溯到 1711 年^⑪,在美国反垄断法的实践中也存在上百年之久。值得注意的是,在 NCAA 案中,初审法院、上诉审法院和最高法院虽然没有系统性阐述该测试,但其表达了较小限制性替代措施能够实现同等经济增效的可能性。

(一) 合理原则的内生步骤

美国判例法中,合理原则有“三步法”和“四步法”两种由判例确定的适法顺序。一般而言,“四步法”占据主导地位。但无论是“三步法”还是“四步法”,较小限制性替代措施测试都是这些适用步骤中的关键一环。所谓“三步法”,是在 Brown University 案等案件中被认可的合理原则适用路径^⑫。具体来说,由原告提出证据证明竞争限制行为在相关市场上产生了对于消费者或市场竞争的实质损害效果;如果原告已举证足够证据,举证责任则转移到被告,由被告证明其行为能够产生促进竞争或其他经济收益;假设前两项举证责任都能得到落实,则继续由原告承担举证责任,以证明“该促进竞争的效果能够合理地通过采取更小竞争损害的方式实现”(见表 1)。在 Alston 案中,合理原则的适用即是在原告学生运动员和被告 NCAA 之间转移^⑬。值得注意的是,在美国运通案中,布雷耶(Breyer)法官在该案中认为“第三步”还应证明行为所要达到的合法目的不能胜过行为产生

⑧参见:上海市市场监督管理局行政处罚决定书,沪市监案处字(2019)第 000201710047 号。

⑨参见:北京知识产权法院民事判决书,(2017)京 73 民初 561 号。

⑩参见:国家市场监督管理总局行政处罚决定书,国市监处(2021)28 号。

⑪See *Mitchel v. Reynolds* (1711) P Wms 181; 24 ER 347.

⑫See *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658, 668-669 (3d Cir. 1993); *Pocono Invitational Sports Camp, Inc. v. NCAA*, 317 F. Supp. 2d 569, 580 (E.D. Pa. 2004).

⑬See *Alston v. NCAA*, 958 F.3d 1239, 1275-1276 (9th Cir. 2020).

的竞争损害(这也是在间接承认下述“四步法”的有效性)。

表1 “三步法”下的举证责任移转规则

证明轮次	原告或竞争执法机关	被告经营者
第一轮举证(两步)	对于经营者反竞争行为以及反竞争效果的举证	以被诉行为能够产生足以弥补竞争损害的竞争促进或经济效益抗辩
第二轮举证	是否有能产生同等经济促进效果而产生较小的竞争限制的替代措施	

所谓“四步法”,是在“三步法”的基础上,增加了在原告无法提出较小限制性措施之时,法官通过精确计算行为净效益来确认其是否违法(见表2)^[28]。有学者对该步骤的适用情况进行研究,在1977年至1999年里495起以“合理原则”进行裁判的案件中,虽然仅有4%的案件达到了最后一步^[29],但大多数案件都认识到了合理原则的适用需要遵循上述四步的举证责任来回转移^[30]。“四步法”也在长期的美国判例法实践中被认可^⑭。然而,无论是“三步法”还是“四步法”,“较小限制性替代措施测试”(即第三步)都是其中不可或缺的一步,其体现为“合理原则下经济分析”的简化,对于司法裁判帮助较大,值得进一步深挖和引证。

表2 “四步法”下的举证责任移转规则

证明轮次	原告/竞争执法机关	被告经营者
第一轮举证(两步)	对于经营者反竞争行为以及反竞争效果的举证	以被诉行为能够产生足以弥补竞争损害的竞争促进或经济效益抗辩
第二轮举证	是否有能产生同等经济促进效果而产生较小的竞争限制的替代措施	
第三轮证明	假设没有替代措施,由法院判定行为产生的经济效益是否大于竞争损害	

(二)“替代措施”的构成条件

除了阐述替代措施测试在合理原则适用中的具体步骤之外,还需要对“替代措施”的具体条件进行探究,挑选出合适的较小限制性替代措施。如何筛选出可供比较的替代措施,使这种比较能够符合反垄断规制的目标以及体现出司法裁判的稳定性和效率性,O’Bannon案给出了些许答案。法院在该案中阐释了该测试的一系列适用条件,其首先要求原告或法院认定被诉行为“公然或无法解释地(patently and inexplicably)”且不成比例地施加了更严格的限制,而不是对于经济合理性较强的竞争限制措施采用边际调整的方法提出替代措施。法院还要求提出的替代方案要“实质上与原方案产生的经济效率相等(virtually as effective)”以及方案的实现“不会产生额外的高成本(without significantly increased cost)”^⑮。因此,法院在该案中首先认为被告的行为明显限制了大学生运动员择校这一市场的竞争,主要体现在被告固定了学生运动员向学校缴纳的学杂费用^[31]。另外,在

⑭See Capital Imaging Associates, P. C., v. Mohawk Valley Medical Associates, Inc., 996 F.2d 537, 543 (2d Cir. 1993); Bhan v. NME Hospitals, Inc., 929 F.2d 1404, 1413 (9th Cir. 1991); County of Tuolumne v. Sonora Community Hospital, 236 F.3d 1148, 1159–1160 (9th Cir. 2001); North American Soccer League, LLC v. U.S. Soccer Federation, Inc., 883 F.3d 32, 42 (2d Cir. 2018).

⑮See O’Bannon v. NCAA 802 F.3d 1049, 1101 and 1105 (9th Cir. 2015).

County of Tuolumne v. Sonora Community Hospital 案中,法院表示,替代措施应当首先具备实质上比涉诉行为更少竞争限制的条件;其次要在不产生更多成本的情况下达到与涉诉行为相同的目的。总结上述判例观点,可以得出的是,能够用来进行比较的替代措施,必须能够达到与涉诉行为同等水平的收益,同时不会产生高额成本,这样才能取得其在合理原则“第三步”中适用的正当性。

(三)“附属限制原则”中的应用

在阐述较小限制性替代措施测试的过程中,还需要注意该测试在阿德斯顿钢管公司案确立的“早期的合理原则”,即“附属限制原则”(Ancillary Restraint Doctrine)中的适用^[32]。“附属限制原则”,是指在某些情况下的竞争限制行为能够褪去“本身违法”标签。该原则早在 Mitchel v. Reynolds 一案的适用中已表现出其基于行为合理性分析贸易限制行为的违法性^[33]。在适用附属限制原则时,可以预设行为没有违反《谢尔曼法》,除非有证据证明其产生的限制竞争效果大于促进竞争效果。而在阿德斯顿钢管公司案中,法官区分了“赤裸的限制竞争行为”以及“附属于商业上合法情形的限制行为”,列举出了六种适用于该原则的合法性条件,这些要件目的是合同或者商业伙伴关系,并且要求反竞争行为“附属于这些目标”^⑩。所谓“附属”,即是限制竞争的行为应当对于这些目标的实现具备合理的必要性(reasonably necessary),而且行为应当为了实现合同和商业伙伴关系而“量身定制”^⑪。

上述说法实际上体现了较小限制性替代措施的含义,该措施正是为实现经济效益的目标而对反竞争行为进行评价,选择造成最小竞争损害的行为而认定其具有合理性。这表明了讨论是否适用附属限制原则时,较小限制性替代措施也是关键一环。虽然附属限制原则中所谓主合同或者伙伴关系等特殊的目的例外规则与现今一般意义上的合理原则意义相左,但二者都在一定程度上要求较小限制性替代措施的分析。由于附属限制原则本身并未在美国的司法判例中被否决,所以其还可能作为判例法而被适用^⑫。因此,较小限制性替代措施的适用也需要区分这两种情况。

三、适用较小限制性替代措施测试的得失

虽然较小限制性措施还存在某些争议,但基于上述事实,毫无疑问,其已经被纳入美国反垄断判例法实践中,作为合理原则的某一道程序而得以适用,即使最高法院怠于承认,其至少也存在于地方法院的先例中^⑬。面对竞争环境较为复杂的数字经济领域,传统合理原则成本效益衡量的分析范式的确为数字市场反垄断执法和司法带来困难。然而,如下文所示,该测试方案的引入或许会为合理原则的适用提供更多便利,提高数字市场反垄断实施的效益。

^⑩六种条件分别为:竞争行为会对销售商品的价值造成减损;退休员工的竞业禁止;要求合作伙伴不得通过竞争或其他方式干预企业经营;要求买家不能用从卖家处购得的商品与卖家竞争;要求代理人、助手等不得与被代理人和其雇主竞争以及对于达成这些合法合理目标的必要性因果关系。

^⑪在 Thompson v. Metro. Multi-List, Inc., 934 E2d 1566, 1581 (11th Cir. 1991)。

^⑫例如,在北卡罗来纳牙科检查员委员会案中,美国联邦贸易委员会引用了大量的适用了附属限制原则的案例作为评价行为严重损害竞争的论据。See North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC, 717 F.3d 359, 373-375 (4th Cir. 2013)。

^⑬2020年,加州北区法院在高通案中提到了在合理原则中适用该种测试,而上诉法院美国第九巡回法院同时也强调了这一项测试。尽管其推翻了地区法院的结论,认为原告最初就未能证明高通的行为产生了足够的竞争损害。See Federal Trade Commission v. Qualcomm Inc., No. 19-16122 (9th Cir. 2020)。

(一) 精简平台经营者行为竞争效果的衡量

由上文所述,较小限制性替代措施采取的是由原告举证或者法院构思出几种诉争行为的替代行为并比较其与涉诉行为之间的经济效益和竞争限制程度,因而免去了对于行为净效益的繁复计算。而这些计算涉及市场调研、预测限制行为发生的可能性以及执法成本的复杂考量问题。这种繁复性尤其体现在数字市场中双边或者多边平台商业行为的测量上。由于其具有直接和间接的网络效应,导致了平台双边或者多边的商业策略可能完全不一致^[34]。在经营初期,平台一般会在经营者的一边制定高价,而在消费者的一边采用低价格甚至零价格的策略以使消费者蜂拥而至^[35]。这就使行政执法和司法机关在采用一般的合理性原则分析平台对于某一边的定价策略是否合理时,要将双边甚至多边平台的所有定价策略都加以考虑,增加了测量的难度。

然而,较小替代措施测试可以降低衡量行为复杂竞争效果的难度,减少执法和司法机关的焦虑。该测试要求执法或司法机关基于实际情况设计出具有相同竞争促进效益的并且对于竞争损害和限制更小的替代性方案,虽然在某种程度上说这也是一种效益比较和计算的分析模式,但其免于对成本效益的精确计算,仅仅是边际化地设想相对竞争损害较小的解决方案。同时,该方案也不需要非常精确,这种测试的目的不是为了设计新方案,而仅是为了评价涉诉行为的违法性。因此,通过这种方式,反垄断执法和司法机关在面对复杂的跨市场成本效益分析时显得更为从容。另外,该测试方法也不会使反垄断执法太过于简单,减少了反垄断执法的“假阴性”与“假阳性”错误^[36]。

(二) 达成数字市场竞争规制的双重目标

适用较小限制性替代措施测试的目的,是在《反垄断法》实施中既要保留竞争限制行为的经济效率,又要维持市场的公平竞争。这不仅与数字市场反垄断规制的理念不谋而合,也与“合理原则”本身的功能不谋而合^[37]。原因在于,数字市场反垄断规制中主要的考量因素大致有三点:市场力量、竞争损害以及效率^[38],上述目标正好体现了这三点要素。

虽然有学者认为,互联网企业的某些行为对市场竞争产生巨大损害,通过新方式多方面地侵害其他经营者以及消费者的竞争权益和福利,且认为这种侵害往往是长期的,反垄断执法机关应当采取更加干预性的方式对数字市场进行反垄断监管^[39]。不过,许多国家的反垄断执法机关均认识到了平台经营者的行为具有经济效益和创新增益。法国竞争执法局认为网络平台的交易能够有助于减少交易成本,降低分配成本,增加消费者的选择,有利于消费者就不同商家的商品进行比价,还能突破物理距离的限制,使消费者随时随地能够与经营者取得联系,而交易方式的革新则更加促进这一点^[40]。英国竞争与市场管理局认为,数字经济能够带来如下经济效率:其一是消费者福利的增加;其二是总体的市场福利和经济增长;其三是创新发展^[41]。当然,许多国家的竞争执法机构在设计执法工具的时候,主要侧重点还是在于竞争限制的摒除。例如,美国众议院发布的数字市场调查报告中提出了包括规制平台对消费者的歧视行为、禁止平台间的封禁行为以及阻止平台运用自身力量与经营者签订显失公平合同等行为^[42]。然而,这并不能否定经济效率和创新也是数字市场反垄断执行的一个显著目标,我国《反垄断法》第1条也提出了鼓励创新和提高经济运行效率。

因此,在数字市场的竞争规制或执法过程中运用“合理原则”,再在此基础上引入体现着对于不断探索经济净增益(经济收益一致而竞争损害更小)的较小限制性替代措施测试,有助于实现数字市场竞争规制的双重目标,在总体推进干预更高程度的反垄断规制基础上,体现出数字市场的科学监管^[43]。

(三) 错用的隐忧: 限制数字市场的发展

难以否认, 较小限制性替代措施本身也有缺陷, 放在数字市场的背景下可能会导致其被滥用, 可能会减损《反垄断法》的适用价值, 也有可能损害数字市场的快速发展。

首先, 寻找较小限制性替代措施本身就是一个推测性的方法, 其并不完全基于原被告所提供的证据。因此, 反垄断执法机构或者法院在适用该步骤时, 往往会产生较大的随意性, 将“较小”限制性替代措施测试变成“最小”限制性替代措施测试, 盲目扩大解释该测试的含义^②。

其次, 由于上述判例为替代性措施的选取提出了“经济效益相等”以及“显然地对竞争产生了更小的阻碍”等要求, 故行政执法机关和法院在构思替代措施时, 不仅会基于同样的经济效益标准采取一定经济学衡量的方法, 产生一定的实施难度, 也会大量采用“主导性的较小限制性替代措施”, 即要求竞争效果和经济效率上都优于诉争行为的替代性措施^[44], 这样可能会降低《反垄断法》实施的灵活性, 不能起到运用该方法简化计算的效果。

最后, 该方法与附属限制原则的联系也可能会异化合理原则的适用。附属限制原则并未被反垄断实践弃置, 其体现的是免于经济效率计算的合理原则适用模式, 其中为了符合某些正当利益需要, 也要进行替代性措施分析。但该种分析与传统合理原则中的“第三步”(无论是“三步法”还是“四步法”)有所不同, 该措施的适用应当保持对于附属限制原则下正当目的的追求以及限制措施对目的的“附属性”。但正常“第三步”中的替代措施不会体现特殊目的, 而是秉持一般性选择替代措施的思维, 替代措施选择的灵活性也更宽^③。因此, 若不能分清这两种情况的分别适用, 可能会造成《反垄断法》适用混乱, 严格附属限制的适用会导致执法或司法机关无法举示合适替代措施, 并且可能影响合理原则“第四步”的适用。

综上所述, 对于数字市场的反垄断执法来说, 首先, 盲目扩大化适用更具约束性的较小限制性替代措施有可能导致实际上具有显著经济效益的商业行为或者产品被否定, 长此以往可能使平台企业不敢再进行大胆商业尝试, 降低数字市场的动态性, 违反该行业本身的规律。其次, 由于数字市场的产品和行为大多都是无形的, 相对于有形产品来说, 界定基于这些产品所产生商业行为引发的竞争损害和经济收益可能会显得更为困难, 因此如何确定“主导性的替代措施”是一个很大的挑战。假设该“主导性的替代措施”界定失策, 反垄断规制将产生“假阴性”或“假阳性”错误, 有可能对数字市场竞争产生更大的负面效果。最后, 由于数字市场本身的商业模式评价标准并未固定^[46], 数字市场中合同和合伙中被附属的目标也尚未确定, 如果目的仅限于阿德斯顿钢管公司案所确立的标准, 选择替代措施的条件则会被拘束, 且该案中的被附属目标是否真正契合动态性的数字市场也尚待确认。故, 有必要对于该测试在数字市场的具体适用路径进行界定。

四、较小限制性替代措施测试在数字市场中的适用路径

鉴于上述较小限制性替代措施的优点, 其有必要在数字市场反垄断合理原则的适用中被援引, 以解决我国现在合理原则适用中对于成本收益简单衡量, 难以顾及数字市场复杂、动态竞争影响的

^②See *NFL v. North American Soccer League*, 459 U. S. 1074, 1079 (1982); *Kreuzer v. American Academy of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1495 (D. C. Cir. 1984).

^③在阿德斯顿钢管公司案中, 附属限制原则只是针对本身违法原则作出的几点例外规定, 虽然被统一归类为合理原则, 但相较于一般的合理原则不需要经济上的计算衡量, 而只是在几种正当化目标下预设性免除反垄断法的适用。

问题。但由于其具有缺陷,因此在具体适用过程中要十分审慎,契合数字市场本身的特点,将该测试的不合理性和不确定性降至最低。同时,如何将该测试与现行反垄断法律法规相融合,也是适用过程中必须考虑的一环。

(一)比例原则引导的合理原则

我国《反垄断法》中并没有明确“合理原则”,对于垄断协议的规制采取的是“禁止+豁免”的结构^[47]。虽然“禁止+豁免”的构造似乎与合理原则无关,但实际上,在我国反垄断实践中判断行为是否禁止或豁免时,其都蕴含着合理原则之内涵,即对于行为进行经济效益分析^[48]。《反垄断法》第18条对于转售价格维持行为的规定也明确了执法机关和经营者的举证责任转移以及经济效益的衡量。从法律原则的角度来说,有学者认为,合理原则具有比例原则的意蕴,虽然其本义上是限制公权力的原则,但是在私主体之间的竞争行为上也可以适用。这体现着:只要某一限制行为具有一定经济上的合理性,这种合理性则通过符合比例且对于竞争产生限制最小的手段而实现^[49]。

尽管合理原则所体现的经济效益分析并非比例原则本身能够涵盖的,即“比例原则是残缺的经济效益分析”^[50],但合理原则本身也是一套教义学规范。虽然其本质上是经济效益分析的体现,但其还是充斥着一定的衡量效益的规范步骤,这一点与比例原则相似。较小限制性替代措施测试在整套适用流程中,正好与比例原则中的“行为必要性”与“损害和收益的狭义平衡”相匹配。因此,法律适用主体需要参照比例原则,以促进市场竞争为导向,而并非完全采用卡尔多-希克斯效率(Kaldor-Hicks efficiency)的目标提出替代性方案。尽管同一平面的纯粹经济效益分析能够实现短期整体社会福利的效率最大化,但一套规范的分析框架似乎更有助于法律目标的实现,这也是《反垄断法》适用合理原则以及该测试所体现的真正含义。

(二)《反垄断法》条文上的统合

虽然学界和实务界大都在探讨纵向限制等行为适用合理原则或本身违法原则,但合理原则作为指导整个反垄断领域的理论及实践的原则基础,在《反垄断法》的三大支柱行为中均能体现^[51]。具体而言,《反垄断法》第18条第2款、第20条、第22条(除第1款)以及第34条都允许经营者对于反垄断执法机关或者原告提出的行为或者经营者集中具有损害竞争的效果进行抗辩,但是对于该等抗辩,以上条文都赋予了反垄断执法机构以及法院自由裁量的空间,这些空间为较小限制性替代措施的适用提供了适用法律的基础。以下位规章来说,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第19条明确表示了反垄断执法机构在评价行为是否豁免《反垄断法》适用时,需要考虑垄断协议实施的必要性;《禁止滥用市场支配地位行为规定(征求意见稿)》中,第14条至第21条(除第19条)规定了各种滥用市场支配地位行为的“正当理由”,第21条也提出了必要性的证明条件;《经营者集中审查规定(征求意见稿)》中虽然没有强调经营者集中的必要性因素,但是其列明了审查经营者集中时应当综合考虑集中对于竞争和经济总体效率的正向和负向影响。这体现了“四步法”中第四步“计算权衡”的含义,结合合理原则本身的逻辑,“损害收益权衡”的纳入为第三步较小限制性替代措施的适用也提供了可能。

综上,无论是《反垄断法》本身还是各项规章制度,都提供了在行为合理性分析的情况下适用较小限制性替代措施的空间,以进一步证明限制行为的合理性或驳斥经营者提出的经济效益抗辩理由。按照《反垄断法》的体系解释进路,若从上述条文中“提取公因式”,该公因子便是合理原则,甚至是较小限制性替代措施测试及其体现出的比例性价值。从而,大多在转售价格维持行为中讨论的合

理原则或者其中“第三步”的测试方法便可以融汇于《反垄断法》的实体规则之中。

(三) 数字市场反垄断实践中的应用

在系统性解释适用以及《反垄断法》相关规则支持的前提之下,较小限制性替代措施还需要结合数字市场的特征及背景进行适用。本文认为,符合数字市场特征的较小限制性替代措施测试需要考虑如下要素。

其一,数字市场内大多数平台采取的是双边或者多边市场的商业模式,而且每边采取的商业策略(比如定价策略)皆高度相关^[52]。但在使用合理原则的过程中,原告或者执法机关对于反竞争效果的举证与分析可能只针对一边市场,而被告经营者对于商业策略的促进竞争或消费者福利的效果又可能只针对另一边市场^[53]。因此,在确定相同经济收益以及判断替代行为产生竞争损害的过程中,需要理清平台双边或者多边市场商业策略或商业行为之间的内在联系,从总体的角度观测被调查行为的反竞争效果^[54]。这要求不同边的损害和收益的配比并不是简单的1:1,而是要根据网络效应分析不同边市场上对于平台收益的重要性来判断^[55],这样才能够更加精确地定位替代性措施。

其二,数字市场经营者促进经济效率的行为不仅体现在协议、产品搭售所产生的减少上下游交易成本或者提高产品的质量等方面,其还具有多元化的经济效益。例如在算法的运用方面,增益效果来源于自动化且更准确的卖方资源分配、更及时且契合消费者需求的动态定价以及消费者显性歧视的减少和商品选择空间的扩大。而数字市场经营者算法决策带来的反竞争影响也不同以往,其中包括了数据隐私的侵犯、算法黑箱导致的隐性歧视、减少创新以及横向纵向的排他性效应等^[56]。因此,反垄断执法和司法机关应当对这些效应有准确认识,在确定替代性措施的过程中将这些因素成比例地纳入考量范围。

(四) 较小限制性替代措施在《反垄断法》中的适用限度

正如上文所述,较小限制性替代措施测试并非完美,其自身还存在一些问题导致其不能随意适用,故难以将该测试契合于所有数字市场反竞争行为的分析。关于我国《反垄断法》中例外规则与附属限制原则的区分问题,《反垄断法》虽然没有规定附属限制原则,但是该法第20条,即“垄断协议豁免”制度也在一定程度上要求目标与实施手段的必要性,这与较小限制性措施在附属限制原则的适用十分相似,但二者仍然存在差异。欧盟法院在Mastercard案中将附属限制原则与《欧盟运行条约》第101条第3款的例外规则作了区分,认为二者所要达成的目标不一样,前者是为了达成“主合同或合伙的非竞争限制性目标”,而后者是为了经济技术进步或消费者福利的目标,故在适用的时候应注意区分^②。实际上,欧盟法院大多数情况将附属限制原则当作对于《欧盟运行条约》第101条第1款的证明事项来适用(尽管该原则的规定见于第101条第3款的指南)^③,这一点也从德国联邦法院的bookings.com一案中得到阐释^④。

我国《反垄断法》与欧盟的立法较为近似,同样规定了一系列的例外豁免事由,不过在该法第18条中给予了经营者对于转售价格维持行为进行抗辩的权利,这也许能够作为附属限制原则适用的条文承载。同时,《禁止垄断协议规定(征求意见稿)》第14条和第15条也强调了纵向非价格协议

^②See Case C-382/12 P MasterCard and Others v Commission [2014] ECR I-2201, para. 93.

^③See Commission Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, [2004] OJ C 101/97, para. 28.

^④Vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 – KVR 54/20 –, BGHZ 230, 88–120.

行为需要由执法机关根据证据认定,这实际上会涉及到合理原则的应用。由于较小限制性替代措施可能属于附属限制原则的一环,较小限制性替代措施测试同样需要与第20条的豁免制度进行区分从而分别适用,二者不可互相越界。有研究表明,附属限制原则的适用对比第101条第3款而言更为宽松,因此对于被附属目标较小限制性替代措施的时候也可能较为宽松^[57]。同时,对于某些行为而言,该测试并不应当被适用,而应直接走“第四步”,即经典的经济效益分析和计算,这可能会更好解决问题。对于新兴且不太能确定竞争损害和经济效益的行为(如区块链中的共谋行为),因很难完全确定其正向收益和负向损害,该测试便很难适用。此外,当某一行为产生的收益以其造成的损害为基础时,因损害和收益是不能分开的,所以实际适用该测试方法也非常困难^[58]。最后,不得滥用该测试,使其变成“最小”限制性替代措施测试。原因在于,这样的适用可能会产生过度干预,使合理原则变相成为本身违法原则,扼杀了数字市场经营者的活力。

结语

数字市场的发展瞬息万变,数字产品和商业模式在不断更替,市场结构和企业地位也较传统行业有所不同。在我国现行依照“合理原则”进行反垄断执法或者司法的框架下,对于行为效益衡量的因素略显欠缺。因此,作为一项合乎比例性且较为快速的效益衡量方法,较小限制性替代措施测试在合理原则中的引入具有必要性。然而,反垄断执法和司法机关也需认识到其局限性,在适用过程中加以注意。具体而言,在解释反垄断原则及规则时结合数字市场的特征代入该原则,在选择替代措施方面考虑数字市场的动态性,包括产品的更新换代频率以及经营者的动态策略。同时也要注意该方案适用的限度,区分其在一般合理原则与附属限制原则中的适用,并且要注意不得对其进行滥用,使其变成“最小限制性替代措施测试”。

参考文献:

- [1] STRUVE G M. The less-restrictive-alternative principle and economic due process[J]. Harvard Law Review, 1967, 80: 1463-1488.
- [2] BAKER J B, MORTON F S. Antitrust enforcement against platform MFNs[J]. The Yale Law Journal, 2018, 127: 2176-2203.
- [3] EVANS D S, SCHMALENSEE R. Applying the rule of reason to two-sided platform businesses[J]. University of Miami Business Law Review, 2018, 26: 1-16.
- [4] 王晓晖. 转售价格维持的反垄断规制适用“合理原则”之批判[J]. 法商研究, 2021(1): 39-53.
- [5] 新华社. 中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报[EB/OL]. (2024-07-18)[2024-09-08]. https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202407/content_6963409.htm.
- [6] 张国清. 构建全国统一大市场[N]. 人民日报, 2024-07-29(06).
- [7] 商务部电子商务和信息化司. 中国电子商务报告 2020[EB/OL]. (2020-07-02)[2021-03-03]. <http://images.mofcom.gov.cn/dzsws/202110/20211022182630164>.
- [8] 陈兵. 因应超级平台对反垄断法规制的挑战[J]. 法学, 2020(2): 103-128.
- [9] 新华社. 中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定[EB/OL]. (2024-07-21)[2024-09-08]. https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm.
- [10] SIDAK J G, TEECE D J. Dynamic competition in antitrust law[J]. Journal of Competition Law & Economics, 2009, 5: 581-631.
- [11] 时建中. 共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究[J]. 中国法学, 2020(2): 89-107.
- [12] 王长刚, 罗卫东. 创新、企业家精神与资本主义的兴衰: 作为社会思想家的熊彼特[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2021, 51(2): 83-94.
- [13] EVANS D S. Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms[J]. Competition Law International Antitrust Chronicles, 2016, 3: 1-17.
- [14] BAMBERGER K A, LOBEL O. Platform market power[J]. Berkeley Technology Law Journal, 2017, 32: 1051-1092.
- [15] COYLE D. Practical competition policy implications of digital platforms[J]. Antitrust Law Journal, 2019, 82: 835-860.

- [16] KHAN L M. Amazon's antitrust paradox[J]. The Yale Law Journal, 2017, 126: 710-805.
- [17] GINSBURG D H, WRIGHT J D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions[J]. Antitrust Law Journal, 2012, 78: 1-22.
- [18] OECD SECRETARY-GENERAL. Merger control in dynamic markets[R]. Paris: OECD, 2020.
- [19] 邓辉. 数字广告平台的自我优待: 场景、行为与反垄断执法的约束性条件[J]. 政法论坛, 2022(3): 103-116.
- [20] GLICK M. How Chicago economics distorts "consumer welfare" in antitrust[J]. The Antitrust Bulletin, 2019, 64: 495-513.
- [21] 谢运博, 陈宏民. 多归属、互联网平台型企业合并与社会总福利[J]. 管理评论, 2018(8): 115-125.
- [22] 叶卫平. 反垄断法分析模式的中国选择[J]. 中国社会科学, 2017(3): 96-115, 206.
- [23] WERDEN G J. Antitrust's rule of reason; only competition matters[J]. Antitrust Law Journal, 2014, 79: 713-760.
- [24] 李剑. 制度成本与规范化的反垄断法 当然违法原则的回归[J]. 中外法学, 2019(4): 1004-1024.
- [25] 兰磊. 重估本身违法原则的制度成本: 评李剑教授《制度成本与规范化的反垄断法》[J]. 竞争政策研究, 2020(2): 61-82.
- [26] SCHREPEL T. A new structured rule of reason approach for high-tech markets[J]. Suffolk University Law Review, 2017, 50: 103-131.
- [27] NACHBAR T B. Less restrictive alternatives and the ancillary restraints doctrine[J]. Seattle University Law Review, 2022, 45: 587-645.
- [28] CARRIER M A. The rule of reason in the post-actavis world[J]. Columbia Business Law Review, 2018, 2018: 25-44.
- [29] CARRIER M A. The real rule of reason: Bridging the disconnect[J]. Brigham Young University Law Review, 1999, 1999: 1265-1365.
- [30] CARRIER M A. The four-step rule of reason[J]. Antitrust, 2019, 33: 50-55.
- [31] CARRIER M A. How not to apply the rule of reason: The O'Bannon case[J]. Michigan Law Review First Impressions, 2015, 114: 73-80.
- [32] WERDEN G J. The ancillary restraints doctrine after Dagher[J]. Sedona Conference Journal, 2007, 8: 17-27.
- [33] BORK R H. Ancillary restraints and the Sherman act[J]. Section of Antitrust Law, 1959, 15: 211-234.
- [34] WARD P. Testing for multisided platform effects in antitrust market definition[J]. The University of Chicago Law Review, 2017, 84: 2059-2102.
- [35] NEWMAN J M. Antitrust in zero-price markets: Foundations[J]. University of Pennsylvania Law Review, 2015, 164: 149-206.
- [36] WICKELGREN A L. Determining the optimal antitrust standard: How to think about per se versus rule of reason[J]. Southern California Law Review Postscript, 2012, 85: 52-59.
- [37] 孙晋. 数字平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021(5): 101-127, 206.
- [38] NEWMAN J M. Antitrust in digital markets[J]. Vanderbilt Law Review, 2019, 72: 1497-1561.
- [39] AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. Digital platforms inquiry: Final report[R]. Sydney: Australian Competition and Consumer Commission, 2019.
- [40] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Competition and e-commerce[R]. Paris: Autorité de la concurrence, 2020.
- [41] COMPETITION AND MARKET AUTHORITY. Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel[R]. London: Competition and Market Authority, 2019.
- [42] SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. Investigation of competition in digital markets: Majority staff report and recommendations[R]. Washington DC: U. S. House Judiciary Committee, 2020.
- [43] 刘戒骄. 数字平台反垄断监管: 前沿问题、理论难点及策略[J]. 财经问题研究, 2022(7): 38-47.
- [44] HEMPHILL C S. Less restrictive alternatives in antitrust law[J]. Columbia Law Review, 2016, 116: 927-990.
- [45] MARKHAM JR J W. Sailing a sea of doubt: A critique of the rule of reason in U. S. antitrust law[J]. Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2012, 17: 591-664.
- [46] 蒋舸. 竞争行为正当性评价中的商业惯例因素[J]. 法学评论, 2019(2): 72-83.
- [47] 张骏. 转售价格维持反垄断法实施的冲突困境及其解决路径[J]. 当代法学, 2022(4): 141-150.
- [48] 张世明. 结果论与目的论: 垄断协议认定的法律原理[J]. 政法论丛, 2020(3): 3-12.
- [49] 焦海涛. 我国反垄断法修订中比例原则的引入[J]. 华东政法大学学报, 2020(2): 29-49.
- [50] 戴昕, 张永健. 比例原则还是成本收益分析法: 法学方法的批判性重构[J]. 中外法学, 2018(6): 1519-1545.
- [51] 孔祥俊. 论反垄断法的谦抑性适用: 基于总体执法观和具体方法论的分析[J]. 法学评论, 2022(1): 31-42.
- [52] BLOODSTEIN B. Amazon and platform antitrust[J]. Fordham Law Review, 2019, 88: 187-230.
- [53] KATZ M, SALLET J. Multisided platforms and antitrust enforcement[J]. The Yale Law Journal, 2018, 127: 2142-2175.
- [54] 丁晓东. 平台反垄断的法律标准: 美国“运通案”的反思与互联网市场界定[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021(4): 77-92.

- [55] HOVENKAMP E. Platform antitrust[J]. *Journal of Corporation Law*, 2019, 44: 713-752.
- [56] OECD SECRETARY-GENERAL. Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age[R]. Paris: OECD, 2017.
- [57] JANSSEN C, KLOOSTERHUIS E. The wouters case law, special for a different reason? [J]. *European Competition Law Review*, 2016, 37: 335-339.
- [58] 陈爱飞. 区块链共谋的反垄断监管[J]. *现代法学*, 2022(4): 145-157.

The antitrust application of less restrictive alternatives test in the digital market

ZHAO Zeyu

(*Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China*)

Abstract: The continuous development of digital markets has given rise to new business models and business behaviors, these models and behaviors have made digital market competition constantly dynamic and complex in its effects. The so-called dynamic feature means that the undertakings constantly adjust their business behaviors according to the changes in market supply and demand; while the so-called complexity of the effects shows that it is difficult to conclude the competitive damages and economic gains arising from the changes in these business behaviors and models. Therefore, it is often tough for China's antitrust authorities and courts to evaluate and confirm the size and illegality of the competitive harm generated by these new business practices when applying the rule of reason. However, the less restrictive alternatives test, which was nurtured in the antitrust judicial process in the U. S., though had not been adopted by the U. S. Supreme Court prior to the American Express case, can be used as a key step of the rule of reason to streamline the complex economic efficiency analysis. This enables it to be applied in antitrust cases in digital market. The U. S. case law practice has established standards and procedures for the application of the less restrictive alternatives test, making it smoothly applied and thus supported by antitrust scholarship. Because of its ability to simplify the measurement of competitive gains and losses under the rule of reason, the test can achieve the dual goal of antitrust in digital markets, i. e., to maintain healthy market competition while maximizing the economic efficiencies of business conducts at the same time. Moreover, because the test is highly compatible with the dynamic and complex digital market competition, it can effectively reduce the ambiguity and arbitrariness of the rule of reason at the present stage in China. It can also improve the precision and efficiency of antitrust enforcement in the digital market. Nevertheless, the antitrust authorities and courts also need to take this test meticulously, as mistakes in the proposal of comparable alternatives could lead to false positive errors and in turn stifle sound business practices. From the perspective of legal principles, the test embodies the proportional quality inherent in the rule of reason; at the level of legal rules, the test could be systematically interpreted in the provisions involving the analysis of the theory of harm of cartels, abuse of dominant position and mergers; in terms of the specific implementation of the law, it is necessary to closely combine with the double-or multi-sided feature, diversified economic efficiency, and innovative and dynamic characteristics of the digital market when determining the effects of the behavior at issue. However, due to the shortcomings of the test and the difference of its meanings between the ancillary restraint doctrine and the general rule of reason, it is nonetheless necessary to untangle the levels and limits of its application.

Key words: less restrictive alternatives test; digital market; reasonable principle; ancillary restraint doctrine

(责任编辑 胡志平)