

《公平交易季刊》
第 31 卷第 3 期 (112/7), 頁 109-164
◎公平交易委員會

德國限制競爭防制法 (GWB) 強化數位平臺 管理之路 ——兼論公平會數位經濟競爭政策白皮書

林家揚*

摘要

無論是我國或是其他國家，數位平臺所帶動的經濟活動都是顯著而且成為國民日常生活之一部分。然而，數位平臺自身具備「守門人」與「創制者」之性質，使其有充分動機，進行各種限制競爭與不正當競爭行為。有鑑於此，各國無不開始構思，現行之限制競爭規範是否足以因應數位平臺之發展所帶來的競爭保護不足危險情況。本文之目的，即針對德國對於數位經濟議題所進行的法律改革進行分析。對此，本文分別從德國修法改革背景、調整市場界定與市場力認定、修正禁止濫用市場支配力量與相對性市場力量條款，以及新增之禁止命令制度進行立法目的與構成要件分析，希望能藉此勾勒出德國限制競爭防制法「數位化」之修正方向。並以此為基礎，嘗試對公平會之《數位經濟競爭政策白皮書》提出幾點看法。

關鍵詞：數位經濟、數位平臺、中介者、守門人、雙邊市場、平臺多棲、資料、網路效應

投稿日期：112 年 3 月 6 日

審查通過日期：112 年 6 月 27 日

* 天主教輔仁大學法律學院專案助理教授，柏林自由大學法學博士。本文原發表於 2023 年 2 月 11 日「台灣公平交易法學會 112 年度會員大會暨數位平台之競爭規範論壇」並經後續局部修改。作者在此特別對與談人石世豪教授、牛日正教授以及汪家倩律師表達謝忱，以及感謝兩位匿名審查人之寶貴建議，使本文得以更加增色。

一、前言

公平交易委員會（下稱公平會）於 2022 年 12 月公布《數位經濟競爭政策白皮書》（下稱白皮書）。在該文件中，公平會體認到，數位經濟的到來，「中介服務」的重要性、「數據」成為資源、「跨域」與「市場力量」的集中成為主要的市場發展特色¹。這些事物不同於以往的農業經濟與工業經濟型態，恰如德國聯邦卡特爾署（Bundeskartellamt，下稱 BKartA）所述，網際網路造就的搜尋與交易成本的減少，雖然使得服務、產品之提供能力顯著擴張，也對市場動態發展與競爭有正面貢獻，大幅改變了我們的經濟生活，但是其所具備的多邊平臺（mehreseitige Plattform）與網路（Netzwerk）特性，以競爭政策角度而言，也構成了巨大挑戰²。德國聯邦政府依據限制競爭防制法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen，下稱 GWB）所設立之競爭政策諮詢獨立機構「獨占委員會」（Monopolkommission）強調，傳統的競爭法制在面對由 GAMMA（即 Google、Apple、Meta、Microsoft、Amazon）所主導的數位經濟生態中，面臨到「難以施展」的困境³。有鑑於此，如何調整競爭政策，以及如何對於競爭法制進行「數位改革」，成為當務之急。德國於 2021 年所完成的第 10 次 GWB 修正工作，簡稱 GWB 數位化法案（GWB-Digitalisierungsgesetz）⁴，即為德國因應主流市場環境嬗變之成果。本文擬就該次修法之重點與現有案例進行分析，並嘗試藉由此分析之成果，對照公平會之白皮書內容，提出些許意見，供讀者參考。

惟應先行說明者，GWB 數位化法案的修法契機有三，一為因應經濟之數位化而生改革現行競爭秩序框架之必要；二為旨在強化歐盟各成員國競爭法律執行政程序規範之歐盟第 2019/1 號指令（RL (EU) 2019/1，簡稱 ECN+-RL）要求於 2021 年 2 月 4

¹ 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會，12-29（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-ae66-6ff8c0811977.pdf>，最後瀏覽日期：2023/2/10。

² BKartA, „Macktmacht von Plattformen und Netzwerken“, *B6-113/15 Arbeitspapier*, S. 1 (2016).

³ Monopolkommission, *Wettbewerb 2022 (XXIV Hauptgutachten)*, Monopolkommission, Rn. 478 (2022).

⁴ 該修正草案全銜為「修正 GWB 以建構集中性、主動性與數位化之第四世代競爭法與其他規定法案（GWB 數位化法案）」，德文全名：Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)。政府版本草案編號：BT-Dr. 19/23492。最終三讀通過版本編號：BT-Dr. 19/25868。

日前完成內國法轉換工作；三為因應市場發展而對事業結合管制之形式要件進行修正⁵。由於第一項契機與本文關係最為密切，故本文僅以此部分進行討論。事實上，基於第一項契機所提出的修正草案，也大抵圍繞在事業濫用市場力量行為監理（Missbrauchsaufsicht）上⁶。探究其原因，正如學者 Haucap/Schweitzer 所言，在事實發生後方介入之事業聯合行為與事業濫用市場力量之行為管制，相對於事前即進行之事業結合管制，彼此間具有一種系統性的連動關係，也就是：如果前者已足能確保市場有效競爭之功能，那麼就沒有動用到後者之必要；這也導致無論是德國還是歐盟，都優先採取擴大事業行為管制之修法策略，而鮮少觸及事業結合管制之原因⁷。由是，本文僅就「單方限制競爭行為」之規範調整進行討論，其餘不予贅述⁸。

GWB 數位化法案有關禁止「單方限制競爭行為」規範之修法內容，可分成三大主軸，分別為：(1)修正第 18、19 條有關禁止具市場支配力量事業濫用市場力量行為規定、(2)修正第 20 條禁止濫用相對性與依賴性市場力量規定、(3)新增第 19a 條命令具備優越性跨市場意義之事業禁止特定行為規定⁹。以下第二章將先行簡介其理論背景與規範內容。於第二章後之第三章至第五章，亦依序分別就此三項主軸進行論述。

⁵ Thorsten Käseberg/Tobias Brenner/Daniel Fülling, „Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick,“ *WuW*, S. 269 (2021); Tobias Lettl, „Der Regierungsentwurf für eine 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz),“ *WM*, S. 2353 (2020).

⁶ Nicolas Kredel/Jan Kresken, „Das ‚GWB 10.0‘ – Eckpunkte des Referentenentwurfs für das GWB-Digitalisierungsgesetz,“ *NZKart*, S. 2 (2020).

⁷ Justus Haucap/Heike Schweitzer, „Die Begrenzung überragender Marktmacht digitaler Plattformen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht,“ *PWP*, S. 19 f. (2021).

⁸ 對於整體修法草案較為完整介紹者，參見：Wolfgang Bosch, „Die Entwicklung des deutschen und europäischen Kartellrechts,“ *NJW*, S. 1791 ff. (2021).

⁹ 另可參見：林家暘，「德國 2021 年限制競爭防制法數位化改革分析」，*台灣法學雜誌*，第 412 期，129-134 (2021)；陳韻珊，「數位競爭法先鋒——德國競爭法 4.0 簡介」，*公平交易委員會電子報*，第 148 期，1-3 (2020)。

二、德國限制競爭防制法改革簡介

(一) 修法背景

1. 理論方面

GWB 數位化法案內容之誕生，一般而言，被認為來自於幾個重要的先行研究成果¹⁰。首先，為德國聯邦經濟與能源部（Bundesministerium für Wirtschaft und Energie，下稱 BMWi）委託研究計畫《具備支配市場力量之事業濫用市場力量行為監理法制現代化研究》（下稱《現代化研究》），惟該研究計畫仍抱持著較為保守的見解，認為現行非針對數位經濟市場之 GWB 第 18 條以下以及歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union）第 102 條有關禁止濫用市場支配力量條款，大抵上已可先行應付數位經濟所延伸之市場界定、市場力與濫用市場力量行為之認定問題，惟具體的法律解釋與適用方法猶有精進餘地，德國方面仍可針對有礙「市場多棲」（Multihoming）的「市場傾覆」（Tipping）問題，思考修正 GWB 第 20 條禁止濫用相對性市場力量行為條款¹¹。

次者，BMWi 召集專家學者，組成「競爭法 4.0 委員會」，並委託其針對歐洲層級的競爭法之行為規範與發展提出專業意見，並作為德國聯邦政府對於歐盟理事會主席（EU-Ratspräsidentschaft）之建議書¹²，該委員會於 2019 年 9 月公開《因應數位經濟之新競爭框架》報告，其中最引人注目者，為建議應針對具備市場支配力量之線上平臺制定所謂的「平臺規章」（Plattform-Verordnung），以具體化其行為規則，而事業因此不得在無正當理由情況下，進行例如「自我偏好」等不正當行為¹³。

除此之外，在歐盟層級當中，歐盟執委會之競爭事務主委 Vestager 亦徵求學者，針對歐盟競爭政策如何促進消費者友善之創新議題提供特別建議¹⁴，這份名為《數位

¹⁰ 相關論述，參見：Torsten Körber, „Digitalisierung“ der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle,“ *MMR*, S. 290 (2020); Andreas Grünwald, „Big Tech“-Regulierung zwischen GWB-Novelle und Digital Markets Act,“ *MMR*, S. 822 (2020).

¹¹ Heike Schweizer/Justus Haucap/Wolfgang Kerber/Robert Welker, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, BMWi, S. 166 (2018).

¹² Grünwald, a.a.O. (Fn. 10), S. 823.

¹³ BMWi, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, BMWi, S. 52 f. (2019).

¹⁴ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 290.

時代的競爭政策》之報告指出，可針對資料近用機會或者資料的互通性之確保，進行特殊部門管制 (sector-specific regulation)¹⁵。Grünwald 律師認為，該份報告已建議，應針對數位市場之界定與具市場支配力量平臺之行為義務事務公開明確的法律適用準則¹⁶。

最後，應該不能遺漏英國所提出名為《開啟數位競爭》（又稱為 Furman 報告）之報告內容，該份報告建議，應建立起「維持數位市場競爭小組」（pro-competition digital markets unit），其能夠給予具備「戰略市場地位」（strategic market status）之事業課以遵守相關行為準則（code of conduct）之義務¹⁷。

由於 GWB 數位化法案新增 GWB 第 19a 條，使 BKartA 得以命令具備優越性跨市場意義之事業禁止特定行為，本條之理論基礎遂引來討論。有論者認為，《數位時代的競爭政策》以及《開啟數位競爭》均提出應就具備特殊力量之平臺之行為予以明確的規範性要求，無疑為本條之誕生背景，尤其是後者所提出的「戰略市場地位」，實與本條之規範對象「優越性跨市場意義之事業」相仿，更能引為論據；至於《現代化研究》，則不支持現行 GWB 之外再加入額外諸如發布平臺規章之類的管制規定，而《因應數位經濟之新競爭框架》之寫作目的則非針對 GWB 修法，兩者皆不能作為充分基礎¹⁸。反之，有論者認為以上所述及之研究報告皆非新增 GWB 第 19a 條之動力來源，至多僅能作為法條解釋之素材，因為在這些報告當中，均無如同本條般，以行政處分方式課以特定事業不作為義務之提議；本條之產生，實際上源自於歐盟競爭法框架下，容許各成員國制定比歐盟運作條約第 102 條更為嚴格之規定；另外，競爭法官署顯然較為適合承認此等監理任務，且由歐盟成員國先行扣動平臺治理之扳機，催促歐盟加速相關立法活動¹⁹。本文認為，以上兩種看法均有過度推論之處：即便德國立法者基於歐盟成員國之立法權限考量，而積極就數位平臺之限制競爭行為規劃出新型態的管制框架，也無從否定該框架之形塑大量吸收了前揭報告的實際成果。例如 GWB 第 19a 條之實踐必須區分出二階段步驟，也就是先認定「對

¹⁵ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye & Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office of the European Union, 82 (2019).

¹⁶ Grünwald, a.a.O. (Fn. 10), S. 823.

¹⁷ U.K. Digital Competition Expert Panel, *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, U.K. Digital Competition Expert Panel, 5 (2019).

¹⁸ Grünwald, a.a.O. (Fn. 10), S. 824.

¹⁹ Käseberg/Brenner/Fülling, a.a.O. (Fn. 5), S. 270.

於競爭有優越性跨市場意義之事業」，再確定應給予何種行為要求，便是取法於《開啟數位競爭》之建議，又受管事業在面臨前開之行為要求時，仍有主張正當理由之機會，以避免受到處罰，此實與競爭法 4.0 委員會所提出之建議雷同²⁰。因此，前揭研究均有相當參考價值。

2. 實務方面

雖然，GWB 數位化法案於立法理由總說明中自承，本次修正案之推出，主要是參考前開之研究計畫（尤其是《現代化研究》）之工作成果，未提及實際案例²¹，但是德國近年也有兩個與數位經濟相關的案件，或多或少亦與本次修法有所關聯，值得在此作簡短說明。

首先，當屬 2019 年之 Facebook 榨取濫用案。Facebook 利用使用者約定條款，要求使用者同意 Facebook 能收集 Facebook 社群網站網域外之競爭相關資料，並與網域內資料進行整合，BKartA 認為此條款構成不正當的條件型榨取濫用情況。Facebook 隨即聲請法院裁定暫停處分效力，Düsseldorf 高等法院准之，但該裁定又被聯邦最高法院（Bundesgerichtshof，下稱 BGH）撤銷²²。該案涉及兩項重點。第一，為 Facebook 作為平臺，其支配市場力量地位如何論證。BKartA 特別說明 Facebook 處在一個受有「獨占化危險」的市場結構當中，而稱之為「傾覆市場」（Tipping-Markt），這使得 Facebook 保有高市場占有率（下稱市占率）、擁有高度取用競爭相關資料機會、無面臨高度替代性競爭情況下，具有獨占或準獨占之地位²³。第二，BKartA 將 Facebook 之使用者條款視為一種條件濫用之榨取行為，而最主要的判斷標準，則是直接以該條款違反歐盟一般資料保護規範（General Data Protection Regulation，下稱 GDPR）規定論斷之；然 BGH 對此表示，限制競爭行為之認定，仍須依據 GWB 第 19 條進行論證，而非取決於違反 GDPR 之結果，此僅能作為其中參考依據²⁴。由此案可看出，平臺能夠取得、應用與競爭相關之資料，以擴大自己的競爭優勢，應屬濫用市場支

²⁰ 類此意見者，參見：Matthias Heidler/Konstantin Kutscher, „Die 10. GWB-Novelle und die Missbrauchsaufsicht digitaler Plattformunternehmen,“ *WuW*, S. 135 f. (2022).

²¹ BT-Dr. 19/23492, S. 55.

²² 詳細請參閱：Jochen Mohr, „Konditionenmissbrauch durch soziale Netzwerke: Facebook,“ *WuW*, S. 506 ff. (2020).

²³ BKartA, Beschluss v. 06.02.2019, B6-22/16, Rn. 387 ff. – Facebook.

²⁴ BGH, Beschluss v. 23.06.2020, KVR 69/19, Rn. 119 (bundesgerichtshof.de) – Facebook.

配力量行為之典型態樣。平臺因資料持有產生特殊市場力後，這應該就是立法者欲進行特別立法的契機。

另一個應提及者，為 2017 年之 CTS Eventim 案。該案涉及到具有高度市占率之演藝活動線上票務系統平臺與旗下之活動舉辦者、預售票販售處簽訂獨家協議，平臺允許上開人士得以近用平臺所產生之競爭相關資料，以利規劃展演活動²⁵。BKartA 認為，這種獨家協議將造成線上票務系統市場活動之競爭受到壓迫，且會使市場傾覆之情況加速²⁶。此案最為重要之啟示，在於市場傾覆不再僅止於市場支配力量之討論中，其也是一種實施濫用市場力量行為所欲達成或保持之狀態²⁷。《現代化研究》認為，從本案可看出，一個具有垂直整合能力的平臺利用在平臺上活動之其他事業資料，實施相鄰市場上的擠壓競爭者策略，亦屬不法之阻礙濫用行為；該研究更進一步認為，如一事業尚未具備市場支配力量而進行此等資料挪用行為，仍可考慮以禁止濫用相對性市場力量條款論處²⁸。由此可見，持有與競爭相關之資料而具備相當程度的市場力量，已變成 GWB 之主要課題，透過資料之運用進行各種蓄意封鎖市場競爭之行為，應及早因應，避免市場以過快速度惡化。這正是 GWB 數位化法案之課題所在。

(二) 具體修正之規定

1. 修正 GWB 第 18、19 條

首先，GWB 第 18 條有關市場支配力量事業認定之規定，於 2017 年 GWB 第 9 次改革當中，已增添第 2a 與 3a 項。第 2a 項明文規定，「無償提供之服務，無礙市場之認定」。此項規定尤其是應用在網路中的多邊市場情況，也就是平臺相關服務，這是因為下述情況越來越普遍：平臺事業為了要使直接或間接之網路效應能夠產生，而使網路使用者在沒提供報酬情況下仍能獲得平臺事業所提供之服務²⁹。至於第 3a 項，則是作為第 3 項事業市場力量評價要素之補充。該項特別針對「具有多邊市

²⁵ BKartA, Beschluss v. 04.12.2017, B6-132/14-2, Rn. 18 ff. – CTS Eventim. 關於本案之分析亦參閱：Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 113 f.

²⁶ BKartA, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 283.

²⁷ BKartA, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 256.

²⁸ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 114.

²⁹ BT-Drs. 18/10207, S. 46 f.

場 (mehreseitigen Märkten, 寫為複數) 與網路 (Netzwerken, 亦寫為複數) 狀態」下的市場力量評價進行補充, 明定在前開市場環境下, 應特別考量以下數款: (1) 直接或間接之網路效應、(2) 平行使用多元服務或者使用者之轉換成本、(3) 與網路效應有關之規模經濟、(4) 取得與競爭相關資料之機會、(5) 創新活動所產生的競爭壓力。學者 Emmerich/Lange 認為, 多邊市場與網路狀態的典型, 即為網路平臺, 或者可稱為「中介者」(Intermediär), 由於新增本項之目的在於避免市場過度集中化, 產生「市場傾覆」危險, 故在新增的評價要素當中, 最為重要者仍是第 1 款, 第 2 款有關「平臺多棲」與轉換成本之說明, 實為與第 1 款息息相關之判斷要素, 至於第 3 款到第 5 款, 實際上本應於所有市場狀況皆考量之, 而非僅限於網路與多邊市場³⁰。從以上可看出, GWB 數位化改革工作, 早於 2017 年就已經啟動, 甚至可說, 完成了 GWB 對於數位經濟相關市場的初步工作。為了強化市場支配力量之判斷工作, 2021 年又於本條第 3 項新增第 3 款「近用 (Zugang) 與競爭活動相關之資料」, 以及添加第 3b 項, 其又針對中介者 (Vermittler) 之判斷予以補充, 「於評價多邊市場中作為中介者之事業市場力量, 基於其所提供之中介服務而能取得進入購置與銷售市場之機會, 應予特別考量」。

至於主要的禁止行為規範, 即 GWB 第 19 條, 主要就兩個部分進行修正。其一為將原第 1 項對於應禁止行為之描述, 從「濫用之行為」(missbräuchliches Verhalten) 改為「濫用」(Missbrauch)。其二為相當程度改寫第 2 項濫用支配市場力量典型行為規定當中又稱為「重要設施條款」(Wesentliche-Einrichtung-Klausel; essential facilities doctrine)³¹之第 4 款, 本款規定將原本受規範之行為「給予自己之網路或其他基礎設施近用 (Zugang) 之機會」變更為「供給 (liefern) 貨物或服務, 尤其是資料、網路與其他基礎設施之近用機會」。另外, 由於規範標的變寬, 故適用前提也必須調整, 而必須將「不存有基於法律或實質理由無法提供共用機會, 而使其能夠

³⁰ Volker Emmerich/Knut W. Lange, *Kartellrecht*, 15. Aufl., C. H. Beck, S. 234 f. (2021).

³¹ 有論者認為, GWB 第 19 條第 2 項第 4 款與歐盟運作條約第 102 條 (前身為建立歐洲共同體條約 (羅馬條約) 第 82 條, Treaty establishing the European Economic Community (Treaty of Rome) §82) 所蘊含之重要設施條款在實務運作上有些微不同, 歐盟執委會基於開放歐洲市場之使命, 傾向儘可能寬鬆之適用立場, 然而在德國方面, 立場就顯得較為不一貫。參見: Thomas Höppner, *Netzveränderungen im Zugangskonzept*, 1. Aufl., Nomos, S. 391 f. (2009)。一般競爭法上重要設施條款之理論基礎, 以及其與特殊部門管制法 (如電信、能源、鐵路部門之市場管制規範) 的關係, 參見: Jochen Mohr, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, 1. Aufl., Mohr Siebeck, S. 587 ff. (2015).

在上或下游市場作為具市場支配力事業之競爭者」，改為更抽象化的描述，故該款全文更改為「除存有正當理由，拒絕以適當價格供給貨物或服務，尤其是資料、網路與其他基礎設施之近用機會，且該供給或者近用機會對於上、下游市場商業活動而言具有客觀上之必要性，該市場上有效競爭將因拒絕此等供給而受威脅。」

2.修正 GWB 第 20 條

本條為歐盟層級競爭法規所無，但 GWB 仍保有之規定。該規定原先旨在防範具備市場強勢地位之事業進行諸如不正當差別待遇行為，這類事業雖然仍未擁有市場支配力量，但基於其市場相對人或競爭者僅屬中、小型事業，或者其所提供之特定商品、服務對前揭事業具有相當程度的依賴性，而具備一定優勢的經濟力量³²。在本次修法中，立法者對於該條數項規定進行修改。

原第 1 項第 1 句規定，構成市場強勢地位有兩種情況，其一為中、小型事業作為市場相對人，在本次修法被刪除，僅保留「對於特定種類之商品或者商業服務有依賴性」。在該項第 2 句中，原先的依賴性推定條款（作為需求者之市場相對人相對於其他相同需求者額外受有特別優待）挪為第 3 句。新增的第 2 句則進一步描述，如果作為多邊市場之中介者所提供的中介服務能對其他事業進入購置與銷售市場產生依賴性，亦得以第 19 條第 1 項連結同條第 2 項第 1 款（禁止歧視行為）論之。

此外，本次修法分別新增了第 1a 項與第 3a 項。前者強調近用資料之機會所能產生之依賴性，而作為第 1 項之補充規定。後者則是就第 3 項規定予以補充。第 3 項之規定不同於第 1、1a、2 項以行為事業與市場相對人之間關係作為規範標的，而是涉及行為事業與其他相對弱勢之競爭事業之間關係的規範；申言之，GWB 亦不許事業濫用其相對於其他競爭事業之優勢經濟力量，而對這些事業進行各種不正當之阻礙競爭行為³³。而第 3a 項則是特別顧及 GWB 第 18 條第 3a 項之市場（即具有多邊市場與網路狀態之市場），聲明妨礙此等競爭者產生自己網路效應之行為，亦構成第 3 項之阻礙行為。

³² Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 266 f.

³³ Kathrin Westermann, in: Franz J. Säcker/Peter Meier-Beck (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl., C. H. Beck, § 20 GWB, Rn. 78 (2022); Moritz Lorenz, in: Werner Berg/Gerald Mäscher (Hrsg.), *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 4. Aufl., Luchterhand, § 20 GWB, Rn. 37 (2022).

綜上，試將新修正之 **GWB** 第 20 條第 1 項至第 3a 項翻譯如下：

（第 1 項）第 19 條第 1 項連結第 2 項第 1 款亦適用於事業與事業團體，其作為特定種類之商品或商業服務之提供者或需求者而受其他事業之依賴，不存有任何充分或者可承受之轉向他事業請求或提供前開商品或服務之機會，且對依賴事業具有顯著不對等對抗力量（相對市場力量）。第 19 條第 1 項連結第 2 項第 1 款亦適用於作為多邊市場之中介者，其所提供之中介服務足以使其他擬進入購置與銷售市場之事業產生依賴性，而不存有任何充分或者可承受之迴避機會。作為特定種類之商品或商業服務之提供者，於其需求者經常性受有特別優惠，即額外的交易慣例性減價或者特殊之服務價金，而有別於相同性質之需求者，推定具有第 1 句之依賴性。

（第 1a 項）事業就自己之活動，仰賴於近用由他事業控制之資料，視為具有第 1 項之依賴性。拒絕以適當價金提供前開資料之近用，得以第 1 項連結第 19 條第 1 項、第 2 項第 1 款之不正當妨礙行為論處。此等資料之近用交易未曾開始時，亦同。

（第 2 項）第 19 條第 1 項連結第 2 項第 5 款之規定，於其他事業之間有依賴性之事業與事業團體亦適用之。

（第 3 項）相對於中、小型競爭者具有優勢市場力量之事業，不得利用其市場力量，對此等競爭者進行直接或間接之不正當妨礙。除非具有實質正當事由，第 1 句之不正當之妨礙，尤指：(1)對歐共體第 178/2002 號規章（全名省略）第 2 條意義下的食品以低於進貨價格出售，或者(2)其他貨物或者商業服務非偶發性低於進貨價格出售，或者(3)供應事業對於於下游市場處於競爭關係之中、小型事業，要求給付高於提供給自己之供應價格。第 2 句之進貨價格，為具有優勢市場力量之事業與其供應者之間所約定之購入商品或服務價格，該價格已納入一般以及於供貨時點時貨源足夠充沛情形下所給予之採購折扣，且當事人未對特定商品或服務有其他明示約定。食品供應事業以低於進貨價格出售食品，而有助於阻止腐敗、迫切之滯銷危機或可相比之嚴重事態，屬於具有實質正當事由。食品供應事業將食品移轉給公益機構並於該機構之任務範圍內使用之，不構成不正當妨礙行為。

（第 3a 項）於第 18 條第 3a 項意義之市場上具有優勢市場力量之事業，阻礙競爭者獨自形成網路效應，致生給付性競爭受到非不明顯限制之急迫危險，視為第 3 項第 1 句之不正當妨礙行為。

3.新增 GWB 第 19a 條

本條為 GWB 數位化法案所新增，過往 GWB 並無相關或相似之規定。觀察本條條文，可發現有幾個特點。首先，本條所設計的監理程序區分為兩個階段，第一階段乃針對於 GWB 第 18 條第 3a 項意義下之市場(即具有多邊市場與網路狀態之市場)上從事經營活動之事業，判斷其是否具有「對於競爭有優越性跨市場意義」(überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb)，如是，BKartA 得對其發出最長達 5 年之處分(Verfügung)，並進入第二階段，對該事業先行宣告禁止應予禁止之特定行為³⁴。其次，「對於競爭有優越性跨市場意義」屬於一種全新、獨立的事業市場地位態樣，其非等同於事業具有市場支配力量之地位，當然亦不能與相對性市場力量之地位等同齊觀，本條第 3 項規定第 19、20 條之適用不受影響，即可看出此點。第三，有關渠等事業不得實行之行為規範，本條第 2 項第 1 句列舉了 7 款禁止行為態樣，其中僅有第 5、6 款沒有附帶例示態樣，其餘各款則各有兩個範例，這些範例為立法過程當中逐漸添入，以加強行為規範明確性與提高法律適用之效率³⁵。最後，本條第 2 項第 2、3 句規定，事業對於其行為之實質正當性，負有陳述與證明義務，也就是所謂的「舉證責任反轉」³⁶。本條全文試譯如下。

(第 1 項)聯邦卡特爾署得對主要活動於第 18 條第 3a 項意義下市場之事業，以作成處分之方式，確認其對於競爭有優越性跨市場意義。對於競爭具備優越性跨市場意義之確認，特別考量(1)其於單一或多數市場上的支配市場地位，(2)其財務能力或近用特別資源之能力，(3)其垂直整合情形與其於以特別方式產生相互聯繫之市場活動，(4)近用競爭相關資料之能力，(5)其活動對於第三人進入購置或銷售市場之意義，以及由此對第三人之營業活動所產生的影響。第 1 句之處分期限自存續力開始起 5 年。

(第 2 項)聯邦卡特爾署得於確認第 1 項之事業後，禁止其

(1)藉由進入購置或銷售市場之中介服務，相對於其他競爭者，而對己方之產品或服務予以優惠性差別待遇，特別是

³⁴ Sophie Burchardi, „Die Selbstbegünstigung von Plattformunternehmen im Fokus des kartell- und Regulierungsrechts,“ *NZKart*, S. 613 (2022).

³⁵ Boris Paal, in: Hubertus Gersdorf/Boris Paal (Hrsg.), *Informations- und Medienrecht*, 2. Aufl., C. H. Beck, GWB § 19a, Rn. 13 (2021).

³⁶ Paal, a.a.O. (Fn. 35), GWB § 19a, Rn. 34.

- (a)優先展示己方之產品或服務，或者
 - (b)將己方的產品或服務預先與排他性地儲存於設備中，或者以其他方式將前開服務予以整合；
- (2)於其活動對於進入購置或銷售市場有重要意義情況下，執行對其他事業於該市場之營業活動予以阻礙之措施，特別是
- (a)執行能導致己方產品或服務排他性預先儲存或整合之措施，或者
 - (b)阻止其他事業或使其難以將其產品或服務刊載銷售資訊，或者阻止或使購買人難以得到由其他事業所準備或傳輸之銷售途徑；
- (3)事業在市場中雖仍未具有支配市場之地位，但直接或間接妨礙該市場上具有迅速擴張潛力的競爭者，特別是
- (a)將己方服務與對於該服務之提供所不必要的服務予以自動應用進行連結，而未給予使用者就使用狀態或方式給予充分選擇之機會，或者
 - (b)將使用己方服務之機會取決於同一服務之使用；
- (4)事業藉由蒐集與競爭相關資料創造或明顯提高市場進入障礙，或對其他事業以特定方式阻礙進入市場，或者利用服務條款，而要求使用者同意處理此等資料，特別是
- (a)使用己方服務之機會取決於使用者同意處理由其他或第三方服務事業於提供服務時所產生的資料，而未給予使用者就使用狀態、目的或方式給予充分選擇之機會；
 - (b)對於由其他事業所獲得之與競爭相關而非與己方出於提供給該事業服務有處理必要之資料進行處理，而未給予其他事業就使用狀態、目的或方式給予充分選擇之機會；
- (5)對於產品或服務之整合或可攜性予以拒絕，或使其變得困難，而阻礙競爭；
- (6)對其他事業未予以充分告知由己方所實施或受委託之服務範圍、品質、流程，或者以其他方式使其他事業難以判斷服務價值；
- (7)對於其他事業提供商品或服務事項要求不適當之優惠待遇，特別是
- (a)為了展示而要求非必要之資料傳輸或權利；

(b)展示之品質不適當地取決於前開之資料傳輸或權利。

如前開行為方式具有實質正當理由者，不適用之。事業承擔陳述與證明責任。本法第 32 條第 2 項與第 3 項、第 32a 條與第 32b 條於本項亦適用之。依據第 2 項所為之處分得與第 1 項之處分一併為之。

(第 3 項) 第 19 條與第 20 條之適用不受影響。

(第 4 項) 聯邦經濟與能源部應於第 1 項、第 2 項施行後每四年向立法機關報告有關本規定之施行情形。

由第 2 項第 4 句規定可見，BKartA 除了為特定之禁止處分外，仍得依據 GWB 第 32 條第 2 項與第 3 項、第 32a 條與第 32b 條之規定，制定違法行為之補救、緊急措施，同時亦得對於受管事業作成課以事業承諾改善義務之處分，以實現依據第 19a 條第 2 項所為之禁止處分意旨³⁷。另外，事業因故意或過失違反依據本條規定所為之執行命令者，主管機關得依新修正之第 81 條第 2 項第 2 款，處以行政罰鍰。

4. GWB 第 9 次改革與 GWB 數位化法案之整理

GWB 數位化法案作為 2021 年 GWB 第 10 次改革成果，雖然奠立於 2017 年 GWB 第 9 次修法基礎之上，不過兩次修法之重心顯不相同。為使讀者能更清楚 GWB 之轉變過程，在此列出兩次修法在單方限制競爭行為管制部分之差異，以供參考。

表 1 GWB 兩次修法重點列表

修法版本 修正條文	第 9 次修法重點	第 10 次修法重點
第 18 條	新增第 2a 項有關無償提供服務不影響市場界定之規定。 新增第 3a 項有關「多邊市場與網路」之定義與其市場力之判斷標準。	新增第 3 項第 3 款，「近用與競爭活動相關之資料」亦成為市場力之判斷標準。 新增第 3b 項，對第 3a 項之市場力判斷標準進行補充，要求特別考量進入購置或銷售市場之機會。
第 19 條	未變更。	修正濫用市場支配力量行為之構成要件。 修改重要設施條款，使其適用範圍變廣。
第 19a 條	仍未規定。	新增規定。

³⁷ Lorenz, a.a.O. (Fn. 33), § 19a GWB, Rn. 22.

第 20 條	未變更。	修改市場強勢地位之定義，並強調中介服務可產生依賴性。 新增第 1a 項，成為第 1 項之例示規定，拒絕提供資料將構成不正當之妨礙行為。 新增第 3a 項，即遏止市場傾覆條款，作為第 3 項之例示規定。
--------	------	--

資料來源：作者自製。

三、禁止濫用市場支配力量

正如前所述，GWB 數位化法案在實體法方面的重點為單方限制競爭行為管制，故應先行就典型之濫用市場支配力量行為之禁止規範進行論述。由於 GWB 主管機關在確認存有濫用市場支配力量行為時，應先行確定相關市場、事業於該相關市場占據支配力量之地位，以及該事業之特定行為有減損競爭效能之情形此三要件，以下亦分別討論之。不過，既然修正本次行為禁止規範之目的，在於因應數位經濟而生之管制難題，在討論以上三項成立濫用市場支配力量行為之要件前，應先行就數位經濟相關市場的特性予以釐清，方能判讀修法之初衷，以及修法之良窳。

（一）數位市場之法律定義

GWB 數位化法案與經濟環境變遷有緊密的關聯性。近 20 餘年來，由於資訊、通訊、資料儲存與加工等科技的動態發展，使得經濟與社會生活型態發生了令人印象深刻的轉變，其中，透過平臺模式逐漸成熟運作的資訊中介者（Informationsintermediäre）、以及不輟的資料經濟（Datenökonomie）革新，與跨市場的數位生態體系集團（marktübergreifende Ökosysteme）所具備的意義與日俱增，成為了「改變遊戲規則的事物」（game changer）³⁸。歸功於網際網路的發展，使得資訊擴展的可能性與搜尋潛在交易對象方面的交易成本劇烈降低，使得資訊中介者占據數位經濟活動中的核心地位，其使網路使用者能夠透過搜索、歸類、評價等功能以獲得或提供必要之交易資訊，此等能夠實現資訊與媒合功能的服務提供者，在各種產品或服

³⁸ 簡單來說，資料經濟的特點為：1. 資料作為服務個人化的輸入要素、2. 相鄰市場的擴展可能、3. 資料使用的邊際效應遞增、4. 資訊不對稱的產生；平臺模式則應重視其多樣性與伴隨之網路效應；至於數位生態體系集團，則強調平臺營運者具有阻礙競爭之潛力，藉由前開之資料運用與網路效應，發展為全面的服務體系，並進一步強化自己的市場地位，排除其他既有或潛在競爭者的競爭機會。詳參：BMW i, a.a.O. (Fn. 13), S. 13 ff.

務的產業鏈當中贏得了舉足輕重的地位，並對於傳統的行銷方式造成挑戰³⁹。這種服務提供者又稱之為平臺，其既為一種網際網路的主流活動模式，也自帶有集中化的傾向 (Konzentrationstendenz)⁴⁰。

不過，平臺的營運模式，絕非數位或網路時代的新產物，在傳統的經濟模式中亦非罕見。在經濟學分析中，平臺通常等同於「雙邊或者多邊市場」，亦即：一平臺上同時存有兩邊以上不同的使用者族群（例如買家與賣家、駕駛與乘客、旅館與旅客等等），而一邊族群的表現會因為其他族群基於消極或積極的網路效應而受到影響；由是，一個平臺成功與否，取決於不同使用者族群之間事實或潛在的互動關係⁴¹。古典的多邊市場，諸如信用卡交易市場、展示型廣告市場，而在網際網路的世界中，這種雙（多）邊與互動性毋寧屬於常態，惟常見到有一方或多方並未因獲得中介服務而支付費用，平臺可能採取將服務成本轉嫁由另一方承擔，或者是要求使用者同意取得、儲存、處理、轉讓資料作為「對待給付」情形⁴²。如今數位經濟發展的趨勢下，數位平臺概念之使用也已經不再受限於網際網路上的資訊中介者，更重要的意義在於多邊性的平臺經濟模式所取得的成功⁴³。在此前提下，BKartA 面對數位經濟所造成競爭環境的改變所提出的市場力量分析報告（下稱《市場力報告》）當中，將平臺視為一種整體性的市場力量檢驗概念，而不單單受限於網際網路經濟活動，故不將傳統、典型平臺從討論範圍中排除⁴⁴。

德國於 2017 年所進行的第 9 次 GWB 修法，遂以「具有多邊市場與網路狀態」作為平臺之法律描述，並融入到第 18 條判斷市場力的規定當中，而未直接將平臺賦予單一法律概念，並直接予以定義。不過，如此的描述方式可能也會帶來一些問題，原因在於 GWB 第 18 條第 3a 項之市場是以複數寫成，然而在 GWB 的市場界定上，

³⁹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 6 ff.

⁴⁰ BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 15 f.

⁴¹ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 17; Burchardi, a.a.O. (Fn. 34), S. 611.

⁴² Tortsten Körber, „Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien,“ *ZUM*, S. 93 f. (2017).

⁴³ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 9.

⁴⁴ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 7. Engert 教授認為，平臺與數位平臺的主要差別在於，後者以數位科技支持、強化不同使用者族群之間的互動，例如透過演算法加速資訊搜尋，參見：Andreas Engert, „Digitale Plattformen,“ *AcP*, S. 307 (2018). Paal/Kieß 則指出數據的收集、處理，以及大幅縮減的容量限制與交易成本，是線上（數位）平臺與傳統平臺的最大差異之處，參見：Boris Paal/Fabian Kieß, „Digitale Plattformen im DSA-E, DMA-E und § 19a GWB,“ *ZfDR*, S. 4 (2022).

這種存有雙（多）邊互動的平臺卻未必會因此產生兩個以上的相關市場；換言之，雖然平臺可能會面對不同使用者族群，但提供的卻是只有一種中介服務，而只能界定為單一相關市場，在此情況下，將市場直接寫為複數恐怕會過度低估平臺相關市場界定的複雜性與市場態樣的多樣性⁴⁵。學者 Höppner/Weber 遂建議，直接修正法律，明文使用「平臺」、「中介者」，要比間接地採用複數多邊市場用語更來得妥當⁴⁶。

至於「多邊市場」與「網路」之並列，立法者解釋，兩者之區別在於，前者特別涉及到在使用者之間產生間接網路效應情況，如網路購物商城、藍光技術標準、信用卡系統、APP 商店等等，而後者則是涉及直接網路效應，例如電腦作業系統⁴⁷。此概念大致上與《市場力報告》相同。在該報告中，平臺被定義為「促成雙方或多方使用者直接互動之中介者，使用者之間存在間接之網路效應」⁴⁸，網路則是「促成同一種使用者之間互動之中介者，使用者之間存在直接之網路效應」⁴⁹。BKartA 認為，基於直接與間接網路效應的關聯性，以及網際網路基礎平臺與網路的特殊性，以同一份檢驗標準衡量平臺與網路上之市場力並無不可⁵⁰。故以下討論亦不再特別區分平臺與網路情形。

（二）市場界定

1. 平臺與間接網路效應

吾人開始將平臺視為競爭政策上的核心檢驗概念，歸納其原因，無非出於平臺的本身特性。一方面，網路效應對於平臺上互動之各方使用者而言有很深厚的影響，尤其是平臺對於使用者的吸引力而產生數量變化；另一方面，平臺服務的多樣性，與平臺為了追求經濟效益而使用各種營運模式，而擁有豐富、多樣的運作形式⁵¹。這

⁴⁵ 參見：林家暘，前揭註 9，134-135。

⁴⁶ Thomas Höppner/Jan Markus Weber, „Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle,“ *K&R*, S. 28 (2020).

⁴⁷ BT-Drs. 18/10207, S. 48 f.

⁴⁸ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 14.

⁴⁹ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 99.

⁵⁰ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 104.

⁵¹ Andrea Lohse, „Marktmachtmissbrauch durch Internetplattformen?,“ *ZHR*, S. 323 f. (2018). 經濟學觀點的討論，參見：Justus Haucap/Christiane Kehder, „Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google,“ in: Ralf Dewenter/Justus Haucap/Christiane Kehder (Hrsg.), *Wettbewerb*

些事物都會增加相關市場界定的難度。直接的網路效應，意指一網路本身對於其使用者有多少吸引力，取決於其他同類型使用者的活躍程度⁵²。例如一固網電信事業網路之使用者族群越大，越能使自己受到互連性與價格上利益。而平臺作為多方使用者之匯聚場域，則以間接網路效應作為主要課題，也就是一邊使用者族群中的成員雖然會因為該族群的持續擴大而獲利，但不是直接基於該族群本身的規模擴張所使然（此為直接網路效應），而是該族群之規模大小對於另一邊使用者族群成員而言，乃決定是否繼續使用該平臺的關鍵因素，因此，如果另一邊族群成員具有繼續使用平臺之誘因，這也同時會讓一邊成員將會間接地受益⁵³。例如，一 APP 商店平臺擁有較多使用者族群，會給 APP 開發商較多誘因，繼續在該平臺上開發 APP，使用者族群也就因此能獲得更多、更好的應用服務體驗。

間接的網路效應仍可再作進一步區分。使用者族群將因網路效應而擴大或受益者，稱為積極網路效應，反之，因網路效應而縮減者，稱為消極網路效應。影音分享平臺上廣告主與使用者即為消極網路效應的例子，廣告主族群會因使用者族群規模越大而有越高廣告誘因，但對使用者而言，廣告「太多」反而是一種困擾，使用者數量可能因此流失⁵⁴。另一種區分的概念著重於觀察不同使用者族群之間的影响強度，而區分為單向或不對稱的網路效應（*einseitige oder asymmetrische Netzeffekt*）以及相互影響的網路效應（*wechselseitige wirkende Netzeffekt*），前者就如上述之廣告主與使用者族群之間的關係，因為就使用者族群使用平臺服務之誘因而言，廣告主族群的規模對其而言是「無所謂」的⁵⁵。後者就如上述之 APP 商店平臺，使用者族群與 APP 開發商族群規模彼此間有緊密的相互影響情形。

2. 平臺分類

BKartA 認為，對「間接網路效應」以及「平臺實現直接互動與否」進行調查，對於市場界定有重要參考意義。間接網路效應方面，其屬於網際網路基礎的服務常

und Regulierung in Medien, Politik und Märkten: Festschrift für Jörn Kruse zum 65. Geburtstag, 1. Aufl., Nomos, S. 115 ff. (2013).

⁵² Engert, a.a.O. (Fn. 44), S. 306; Burchardi, a.a.O. (Fn. 34), S. 611.

⁵³ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 9 f.

⁵⁴ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 10.

⁵⁵ Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 325; Körber, a.a.O. (Fn. 42), S. 94; BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 10 f.

態，也因此必須將單向與相互影響的網路效應皆納入觀察；平臺實現直接互動方面，則將會涉及到是否應將中介服務單獨認定為一個市場，而須與其上運作之商業市場作區隔⁵⁶。在此前提下，《市場力報告》嘗試對於平臺所可能發展出的態樣進行歸納，而這種分類方式，與德國學界所提出的分類方式也或多或少類似，惟用語稍有不同⁵⁷。BKartA 將平臺區分為媒合平臺（Matching-Plattform）與關注平臺（Aufmerksamkeitsplattform），又進一步將媒合平臺區分為交易平臺（Transaktionsplattform）與非交易平臺（Nicht-Transaktionsplattform）。

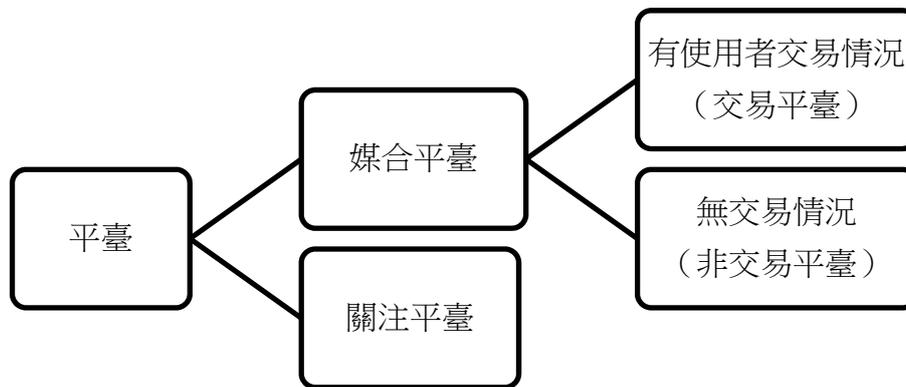


圖 1 平臺類型

資料來源：BKartA, „Macktmacht von Plattformen und Netzwerken,“ *B6-113/15 Arbeitspapier*, S. 23 (2016).

這些平臺類型各自呈現出不一樣的運作情況。在媒合平臺上，多邊使用者族群會產生直接互動，但是這種互動強度會有差異。在交易平臺上，多邊使用者族群追求共同目的，也就是彼此之間直接達成交易的機會，而均對平臺方有中介服務之需

⁵⁶ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 14 ff.

⁵⁷ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 19 ff. 其餘參見：BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 15 f.; Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 325; Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 18; Engert, a.a.O. (Fn. 44), S. 309 ff. 例如，《因應數位經濟之新競爭框架》報告分類與《市場力報告》完全相同，惟前者將媒合平臺稱為「中介平臺」，關注平臺又稱「廣告平臺」；而 Haucap/Schweitzer 或者 Engert 則是將媒合平臺稱為「交易平臺」，關注平臺則以「資訊平臺」稱之。

求，從而平臺通常會具備「相互影響的積極、間接網路效應」，例如 Amazon Marketplace、Booking.com⁵⁸。反之，非交易平臺雖然也扮演著多邊使用者族群之中介媒合者，但是平臺上互動並未直接產生交易結果，而是以其他方式展開互動，例如約會平臺或者二手家具出售布告平臺，其創造不同使用者的進一步接觸、磋商機會，但未實際產生經濟意義的交易⁵⁹。

至於關注平臺，可理解為一種可以使一邊使用者獲得另一邊使用者關注力之平臺，在網際網路上，這種平臺尤其是用以創造使用者與廣告主之間的互動機會，因為平臺之內容吸引使用者前來觀看，同時也就會看到該平臺上所嵌入之廣告，而有後續點擊廣告觀看詳細資訊之情況⁶⁰。由於關注平臺之存在意義，在於使一邊使用者獲得另一邊使用者的注意，顯現出不同族群使用者之間有著十分不同的平臺使用目的，這導致彼此之間互動既不特別，也不特別強烈，而通常只存在「單方、非對稱的間接網路效應」，這種網路效應甚至有可能是消極的⁶¹。例如，音樂串流網站 Spotify 一方面提供給使用者音樂與廣告，另一方面提供廣告主展示型廣告服務，Spotify 對於廣告主有多大吸引力，取決於其能夠在平臺上獲得多大程度的關注⁶²。

值得注意的是，在《市場力報告》中，對於無交易平臺與關注平臺的差異另外進行說明。BKartA 表示，Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt⁶³或者 Luchetta⁶⁴所提出的交易平臺與非交易平臺概念，對於 GWB 的市場界定來說不是最適當的定義方式，因為一個平臺即便不包含直接的交易功能，但多邊使用者其仍可能仰賴平臺的中介服務，而創造非平臺上的交易型態，平臺在此前提下，仍存有一定的媒合功能，其與廣告平臺僅能創造後續接觸機會有間，這種差異將會在市場界定活動上扮演一定角色⁶⁵。

⁵⁸ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 20 f., 23 f., 25 f.

⁵⁹ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 22 f., 24.

⁶⁰ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 24.

⁶¹ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 21 f., 24 f.

⁶² BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 27 f.

⁶³ Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice,” *10(2) Journal of Competition Law and Economics*, 293-339 (2014).

⁶⁴ Giacomo Luchetta, “Is the Google Platform a Two-Sided Market?,” *10(1) Journal of Competition Law and Economics*, 185-207 (2014).

⁶⁵ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 24 f.

3.市場界定方法

然而，市場界定是一個「競爭法問題」，前開之平臺類型歸納，並不直接等同於基於GWB之立法目的所為之市場界定與市場力調查結論。一個平臺上的活動，究竟要視為單一市場，還是必須區隔出不同市場？成為一項難題。例如，尤其是在媒合平臺，應界定出同時包含平臺兩邊活動的單一相關產品市場（模擬市場界定），或者，應對於出於不同目的或需求而使用平臺之各邊使用者族群活動分別界定市場（接續市場界定）⁶⁶。

對此，《市場力報告》並非依據平臺類型直接界定市場，而仍從一般的「需求市場理論」（Bedarfsmarktkonzept）出發，判斷是否應將平臺兩邊予以區別；換言之，如果一個平臺可視為中介服務之提供者且對於各邊之平臺使用者皆屬於此等中介服務之需求者，那麼就能夠將平臺界定為單一服務市場，且這種界定方式已足可充分考量平臺所產生的相互影響之間接網路效應⁶⁷。由是，對於多邊使用者族群，判斷各自所需求之服務可替代性，依然是不曾改變的市場界定方法。同理，如對不同使用者族群而言，存在不同之服務可替代性，那麼就應該將平臺上的市場活動予以分開觀察，尤其是：(1)平臺的中介服務對於各邊使用者而言均屬不可或缺，或者對其中一邊來說可放棄之、(2)對各使用者族群而言是否存在個案性的不同中介服務機會，例如因地區不同而產生的可替代性、(3)不同族群有不同的使用行為模式，例如是否存在有平臺多棲情況，由此所產生的不均等競爭條件可作為區別市場之正當理由⁶⁸。

吾人可據此推測，基於不同使用者族群對於平臺之中介服務有同種需求，交易平臺較有機會形成單獨的相關服務市場，反之，在單向間接網路效應強烈之關注平臺，由於一般使用者較不在乎另一邊使用者族群（例如廣告主），而有相當的放棄平臺行為空間，在這種不一致的交換可能性情況下，則較有可能會被區隔為二個以上之市場。

⁶⁶ Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 332.

⁶⁷ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 31 f.

⁶⁸ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 32 f.

4. 金流作為市場界定考量要素？

運用需求市場理論，除了網路效應扮演重要的角色外，基於網際網路經濟與資料經濟的特性，仍存有其他應予注意之考量要素。最為關鍵者，為一邊使用者族群在平臺上取得中介服務時，並未因此給予「服務報酬」，在這種缺乏對待給付的情況下，是否仍能單獨劃定為一個市場？本問題的產生，恐怕源自於傳統市場與市場力之概念，大抵建立在商品銷售數量、營業額所界定的市占比例之上，而與價格息息相關，市場力也因此被理解為決定價格的能力，此先必須假定對價性質的交換關係⁶⁹。如不存在足夠明確的交換關係，則可能會被認為缺乏足夠的市場品質。事實上，Düsseldorf 高等法院在審理旅館訂房平臺 HRS 案時，仍認為必須存有價金給付關係才能構成一個市場⁷⁰。早前 BKartA 在 Springer/Prosieben 案涉及到收視戶免付費電視時，也不將單獨認定一個收視市場⁷¹。不過，歐盟執委會在處理像是 Facebook/WhatsApp⁷²或者 Microsoft/Skype⁷³結合案時，對於無報酬服務現象已有充分了解。這導致 BKartA 在《市場力報告》中也改變原先立場，認為：(1)必須支付酬勞之服務，那麼對價關係必然與市場界定有關、(2)平臺應劃定為單一或是多個市場，此問題與存在金流與否並無實質關聯、(3)非金流之對待給付，可能視為與金錢等價之給付，例如同意蒐集資料⁷⁴。最終結果，便是 GWB 第 9 次修法增訂第 18 條第 2a 項，規定無償之服務不影響市場認定。

在此另作幾點提醒。首先，如學者 Körber 所表示，歐盟競爭法實務早已認知並承認金流不會影響到市場界定，僅德國存在此問題，故 GWB 第 18 條第 2a 項對於德國實務來說有其澄清、宣示意義⁷⁵。其次，雖然資料在一定程度上可以當作「網際網路貨幣」⁷⁶，然而資料終究不能與金錢等同齊觀，畢竟其具備非排他性、非稀有性與即時性質，在作市場界定时，仍須考量具體案例中資料的運用情況⁷⁷。最後，Lohse

⁶⁹ Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 323. 另可參閱：Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 30 ff.

⁷⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), Rz. 43 – HRS.

⁷¹ BKartA, Beschluss v. 19.01.2006, B6-103/05, S. 23 – Springer/Prosieben.

⁷² European Commission, Case No. COMP/M.7217 Tz. 47, 90 – Facebook/WhatsApp.

⁷³ European Commission, Case No. COMP/M.6281 Tz. 75 – Microsoft/Skype.

⁷⁴ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 40 ff.

⁷⁵ Körber, a.a.O. (Fn. 42), S. 97.

⁷⁶ Helen Lindenberg, „Zeit für einen Aufbruch in eine neue Ära des Kartellrechts?“, *WRP*, S. 302 (2021).

⁷⁷ Körber, a.a.O. (Fn. 42), S. 96.

教授主張，市場界定之功能，在於確定「有效競爭場域」（area of effective competition），網際網路上的免費服務，有可能也只是零元策略的貫徹，而屬於一種競爭現象，市場界定本來就必須要充分考量各種要素之間的關係，而不能拘泥於有無對待給付之點上⁷⁸。《因應數位經濟之新競爭框架》亦指出，雖然 SSNIP（small but significant and non-transitory increase in price）方法在此等情況無法運用，但是需求市場理論仍能處理「零元市場」之界定⁷⁹。以上見解頗值參考。

（三）市場支配力量

在資訊科技與資料經濟高度發展情況下，由於個人或事業對於平臺所能實現的中介功能依賴越來越深，可能對市場競爭環境產生巨大轉變。以交易平臺為例，平臺可能會設定平臺上的遊戲規則，以實現自我利益，也就是交易量最大化⁸⁰。換言之，平臺可能利用一般性商業條款與平臺技術細節創造互動的條件與規則，也可能會透過設定演算法方面的排序標準，或平臺外觀設計所產生的評價或推薦系統，影響使用者的交易決定，而對於平臺上之競爭活動產生調控效果，這使得平臺得以「創制者」（Regelsetzer）身分自居⁸¹。此外，平臺經濟的發展也可能會導致產品或服務提供者越來越仰賴平臺，尤其是近用平臺之機會，以及近用平臺所能獲得之商品、服務能見度，這使得平臺取得了「守門人」（gatekeeper）地位⁸²。藉助於上述兩種地位之便，平臺能夠進一步，將從各使用者族群處所取得的資料加以運用，而將其活動觸角延伸至相鄰數位服務市場，共同形成凝聚力量（Konglomerate Macht），最終成為孤立的數位生態體系（Digitale Ökosysteme）或是數位商業集團（Digitalkonzern）⁸³。雖然，當前數位平臺存有集中化發展趨勢，在許多方面仍可視為一種有效率之市場競爭結果⁸⁴，但是這種發展也可能會導致強大的市場力地位⁸⁵。此給予平臺營運者有

⁷⁸ Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 331 f.

⁷⁹ BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 29.

⁸⁰ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 18.

⁸¹ BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 49 f.

⁸² Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 8.

⁸³ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 41; BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 17 f.

⁸⁴ 此觀點特別強調數位經濟當中，尤其是平臺競爭活動，往往並非進行「市場上的競爭」（auf dem Markt），而是「爭奪市場的競爭」（um den Markt），在此情況下，平臺獲得支配市場地位反而是一項效率已充分發揮之證明。參見：Körber, a.a.O. (Fn. 42), S. 94 f.; Rupprecht Podszun/Ulrich

充分的動機採取濫用市場地位之策略，不正當地排擠其他競爭者，進而導致競爭效能的減損⁸⁶。

GWB 第 9 次修法增訂第 18 條第 3a 項，其中臚列五項應予特別考量之指標，希望能夠克服數位時代的發展所延伸之市場分析難題⁸⁷。值得留意者，首先第 1 款與第 3 款均提及網路效應，乃要求競爭監理機關留意「市場傾覆」所產生市場力量集中趨勢，此等趨勢雖然可能是市場自然運作之結果，但也會同時產生事業濫用市場力量之行為誘因⁸⁸。至於第 4 款特別強調「『與競爭相關』之資料」，則是有澄清競爭監理機關的事務權限在於競爭保護，而非一般性的資料保護之意味⁸⁹。第 5 款則留下基於市場變遷而例外排除具備市場支配力量之裁量餘地⁹⁰。

不過，數位經濟的發展所引發的市場支配力量判斷問題並不能透過以上修法就一勞永逸地獲得解決。例如，傳統上重要的市場支配力量指標，即透過營業額或銷售量所推估之市占率（GWB 第 18 條第 3 項第 1 款），就難以直接應用在平臺上⁹¹。再者，傳統的市場支配力量概念也可能無法直接適用在數位平臺活動上。一來，以往的市場支配力量概念奠基在事業優於其他競爭者之獨立行為空間之上，尤其是決定價格能力，然而，平臺事業之中介服務價格策略往往由平臺多方互動所產生的間接網路效應所使然，而非決定價格空間的自由度⁹²。二來，平臺在市場中所扮演的角色，並非純粹的、以往市場支配力量概念所設想那般決定供給或需求價格之買家或賣家，毋寧是實現促進買賣雙方互動的中介服務提供者，進而不能排除其作為創制者或守門人而影響供給或需求市場交易的潛力⁹³。

就市占率計算問題而言，可以直接透過方法論上修改參考依據來解決，例如 BKartA 提出依據不同種類之平臺特性，採用多種數據決定占有市場之比例，尤其是

Schwalbe, „Digitale Plattformen und GWB-Novelle: Überzeugende Regeln für die Internetökonomie?“, *NZKart*, S. 100 (2017).

⁸⁵ Engert, a.a.O. (Fn. 44), S. 372 ff.

⁸⁶ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 96 f.; BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 12 ff.

⁸⁷ BT-Drs. 18/10207, S. 49.

⁸⁸ Paal, a.a.O. (Fn. 35), GWB § 18, Rn. 10.

⁸⁹ Körber, a.a.O. (Fn. 42), S. 98.

⁹⁰ Paal, a.a.O. (Fn. 35), GWB § 18, Rn. 14.

⁹¹ Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 342.

⁹² Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 343 f.

⁹³ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 292 f.; Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 66 ff.

使用者數量為基礎之市占率應予較大程度重視，其他像是媒合平臺上的實質交易量、關注平臺上的廣告交易額等等，均可考量之⁹⁴。至於市場支配力量概念，則有另起爐灶之必要。因此 GWB 數位化法案新增第 18 條第 3b 項，確立「中介者力量」(Intermediationsmacht) 概念，作為除供給者力量與需求者力量之外的第三種市場支配力量類型⁹⁵。如此修正應有相當釐清作用，尤其是提醒競爭監理機關應特別留意者，並非定價能力，而是對於進入平臺與平臺上市場活動的恣意控制能力。另外，本次修法增添第 18 條第 3 項第 3 款，將「近用與競爭活動相關之資料」納入一般的市場支配力量判斷要件當中，則是強調資料對於全部經濟領域之重要性，而不應僅限於數位平臺活動⁹⁶。

(四) 濫用行為

1. 學說討論

具有市場支配力量之平臺，可能會特別容易執行特定的濫用市場支配力量行為類型。Haucap/Schweitzer 教授對此指出三個思考面向⁹⁷，分別為(1)阻礙其他平臺之競爭，以鞏固或強化自己之市場地位、(2)嘗試延伸既有之市場支配力量至相鄰市場，尤其是垂直整合之平臺事業，其既作為平臺營運者，又同時作為平臺上之產品或服務提供者，而透過排序等方式，為自我優待之行為，或者為其相關事業所提供的產品或服務創造競爭優勢、(3)藉由其中介者地位，拒絕對其他事業提供平臺上所蒐集之資料。

至於 Haucap/Schweitzer 早前亦參與之《現代化研究》，則大致圍繞在前開(1)與(2)的部分論述。就(1)之部分，該研究表示，排擠其他平臺之競爭機會或者減少其競爭條件，尤其是積極創造「市場傾覆」狀態以及阻止「平臺多棲」的情形，這種濫用市場力量行為屬於典型的阻礙濫用行為，在判斷上比較不成問題⁹⁸。至於(2)方面，該研究則花費較多心力，作出頗為縝密之評估。有鑑於 GWB 數位化法案當中幾乎每

⁹⁴ BKartA, a.a.O. (Fn. 2), S. 77 ff.

⁹⁵ Philipp M. Steinberg/Markus Wirtz, „Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle,“ *WuW*, S. 608 (2019); Heidler/Kutscher, a.a.O. (Fn. 20), S. 136; Kredel/Kresken, a.a.O. (Fn. 6), S. 3.

⁹⁶ BT-Dr. 19/23492, S. 69; Lorenz, a.a.O. (Fn. 33), § 18 GWB, Rn. 41.

⁹⁷ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 18 f.

⁹⁸ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 97.

項修正理由均提到參照該研究之成果，故該研究無疑是為最重要之參考依據。對本文而言，亦有特別顯著之研究價值，以下特別整理研究重點。

該研究認為，平臺會嘗試延伸既有之市場支配力量至相鄰市場，例如透過推薦、預設、搭售、排序、整合資源（尤其是資料）等優勢，將平臺使用者導向相關事業之下游產品或服務，以增加競爭優勢，不過這種劣化平臺上其他競爭事業地位之行為誘因也會受到牽制，此表現在行為對於平臺對使用者的吸引力造成多大程度影響⁹⁹。在此前提下，該研究又細分出幾種濫用市場力量情況進行討論，並判斷是否有證立可能，分別為(1)自我偏好行為（Selbstbegünstigung）、(2)利用資訊不對稱狀態、(3)執行掠奪性定價策略、(4)轉交其他事業之資料給垂直整合關係之子事業使用、(5)跨市場、凝聚性資料利用策略，也就是「圍牆花園」（walled garden）等五項問題。

首先，平臺對於具有垂直整合關係之部門進行自我偏好行為，由於法院實務與學說向來認為，對於企業集團內部事業作出不同於外部事業的處置，不能以禁止歧視條款處理，但仍不排除視為一種阻礙濫用行為，而對平臺要求「一貫處置」之行為義務¹⁰⁰。

再者，平臺刻意利用相對於使用者而言資訊不對稱的狀態，也可能會形成支配市場力量行為之濫用。這是因為平臺作為中介服務提供者，其所提供之資訊，對於平臺使用者而言具有「信任財」（Vertrauensgut）特性，如果使用中介服務成本很低，將會讓使用者缺乏足夠的動機或機會，對於中介服務之資訊品質進行檢驗，這將會使平臺恣意利用使用者之信任，依據自己的利益而控制使用者之行為¹⁰¹。

至於掠奪性定價策略方面，研究指出多邊市場的活動者有較為特殊的定價策略，這會引導出一項問題，是否有必要課以平臺事業禁止為掠奪性定價之行為義務？在有集中化傾向的平臺環境下，要論證某行為策略屬於一種有不應被允許之縮減市場機能功能的違反競爭措施，本就有較高難度，此點在與價格有關的競爭策略亦同，例如「零元定價」並非暗示存在一種支配市場力量之濫用行為，毋寧為受到網路效應、規模經濟與範圍經濟影響的結果¹⁰²。雖然零元策略之實施，也不能完全排除平

⁹⁹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 98 f.

¹⁰⁰ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 99 f. 實務案例，參見：BGH, Urteil v. 31.01.2012, KZR 65/10, R. 14 – Werbeanzeigen.

¹⁰¹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 103.

¹⁰² Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 111 f. 相同見解，參見：Lohse, a.a.O. (Fn. 51), S. 331 f.

臺多棲難度與市場進入障礙增高的結果，但現在要談建立一種全新而有別於成本導向的禁止濫用定價能力標準，恐怕仍言之過早¹⁰³。

有關資料挪用方面問題，無疑是不正延伸市場力的典型。平臺可能會將在平臺上提供貨物或服務事業之資料加以利用，但不僅止於優化平臺中介服務用途，更將資料轉給與自己有垂直整合關係而與前開事業有競爭關係之子事業或部門使用，因此子事業或部門能藉由分析競爭敏感資料，創造出平臺上之競爭優勢，或者排擠其他事業之策略¹⁰⁴。例如，BKartA 在線上購票系統 CTS Eventim 案中，便依據 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款之禁止從事阻礙濫用行為條款，對於票務系統市場上具支配市場地位之 CTS 予以處分，原因正是 CTS 將其他演藝活動事業之資料轉移給其下屬之表演者，使其能夠進行市場分析，以規劃展演活動，這同時會強化自身在票務系統市場上的宰制力，造成市場競爭惡化結果¹⁰⁵。

最後，由於平臺得以進行競爭敏感資料之蒐集與運用，可能會採取跨市場、凝聚性資料利用策略，亦即藉由平臺上資料與其他資料相結合，創造出其他市場的競爭優勢，例如 Google 與 Facebook 利用使用者資料於廣告市場，或者 Google 藉由手機 Andriod 系統的地理定位資訊優化 Google Map 地圖服務，相關的競爭優勢在不久未來將與物聯網（Internet of Things, IoT）相連結，而成為有意義的課題¹⁰⁶。問題在於，目前不存有一個有效率的「資料市場」，且資料保護相關法令也相當程度限制住資料的流通性，那麼，資料結合產生的競爭優勢確實有可能使平臺上的市場力不當地延伸到其他相鄰市場；在 GWB 的評價上，應考慮到數位商業集團進行資料結合之策略是否純屬一種用於促進服務效率之措施，換言之，資料的結合未必是不容於競爭秩序的手段，在此恐怕需要在比例原則框架下進行審查，從而對競爭監理機關而言是不小挑戰¹⁰⁷。惟《現代化研究》並未進一步對此處所提之比例原則作出任何說明。本文認為，此應與運用 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款之禁止從事阻礙濫用行為條款時，必須判斷系爭行為之「不正當性（Unbilligkeit）」情形相同。因為，結合資料以創造其他市場上優勢，與上述提到的 CTS Eventim 案情形類似。在判斷行為之不正當性

¹⁰³ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 112 f.

¹⁰⁴ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 113.

¹⁰⁵ BKartA, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 257 ff. 關於本案介紹，另見本文「二、（一）、2.」處。

¹⁰⁶ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 117.

¹⁰⁷ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 117 f.

時，乃就個案進行利益權衡，比例原則即為權衡時所使用的方式，亦即一行為仍屬正當，限於該行為所追求者為正當目的，就此，競爭總是有可能受到完整保障，接著，該行為必須呈現出雖較為輕微但仍適於達成目的之手段¹⁰⁸。

2. 修法情況

正如上述，《現代化研究》認為，現行 GWB 有關禁止濫用市場支配力量之規定大致上能應付特殊的數位平臺限制競爭策略問題¹⁰⁹。本文不再深入細究現行條文應如何加以適用，而只就後續修法方面進行討論。又前面所談及之限制競爭行為，有很大一部分獲得立法者接納，成為 GWB 數位化法案的內容。惟因應這些有害競爭行為之規定有相當部分不落實在 GWB 第 19 條禁止濫用支配市場力量條款上，而是在第 20 條禁止濫用相對市場力量條款與新增之第 19a 條。故本處只就第 19 條部分進行論述，其餘部分則留後第四、五部分處理。

第 19 條修法重點有兩項，一為將原本第 1 項之濫用行為構成要件進行改寫，目的在於鬆綁因果關係之認定，也就是省略行為對有害競爭結果之嚴格因果關係檢驗，於此不贅述¹¹⁰。比較重要的地方在於修改該條第 2 項第 4 款之重要設施條款。本次修法將使本款從原本的「重要設施之近用請求權」轉變為一種更加廣泛的「資料、網路與其他基礎設施之供給請求權」。作出如此改變的用意，在於希望能將平臺營運者拒絕事業近用平臺或相關節點之行為，比照請求授予受智慧財產權保障之客體使用權利方式處理¹¹¹。而後者，歐盟法院早已於例如 Magill 案與 IMS Health 案中，依據歐盟運作條約第 102 條，同意當事人得請求智慧財產權人授予使用權利，以利業務經營¹¹²。因此，此項修法實有承認競爭者對於平臺主張一般之資料供給請求權意

¹⁰⁸ Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 242 f.

¹⁰⁹ 見本文「二、(一)、1。」處。

¹¹⁰ 批評參見：Kredel/Kresken, a.a.O. (Fn. 6), S. 3; Romina Polley/Rieke Kaup, „Paradigmenwechsel in der deutschen Missbrauchsaufsicht – Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle,“ *NZKart*, S. 114 (2020); Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 291.

¹¹¹ BT-Dr. 19/23492, S. 72.

¹¹² EuGH, Urteil v. 06.04.1995, C-241/91 P – Magill; EuGH, Urteil v. 29.04.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – IMS Health.

涵¹¹³。不過，該項修正並非毫無可議之處，而是遭遇到學界不小批評。此可以分為三個論點來說明。

第一個論點，也是最為重要的關鍵點，涉及到原本重要設施的古典功能遭到改變，進而導致構成要件解釋鬆動不穩的問題。以往的重要設施條款規定，為「濫用行為，尤其指具有市場支配地位之事業，於其他事業出於法律或事實理由無法不共用，否則將無法作為該具有市場支配地位事業之上、下游市場競爭者時，拒絕作為特定商品或服務之提供者或需求者，而對其他事業以適當價格提供自有網路或其他基礎設施之近用機會；當具有市場支配地位事業證明，出於營運或特殊理由無法共用時，不適用以上規定。」此條款之功能在於「打開市場」。其意義在於，當某些服務只能透過建造或者共用某網路或者其他基礎設施才能提供時，例如電信、電力、天然氣供應服務，本條款同意潛在競爭者得以向基礎設施所有人以適當價格提供服務或共用設施，以啟動實際上有競爭空間的市場環節¹¹⁴。故實務對於此條款之解釋，有固定的脈絡可循。古典重要設施條款相關市場會有兩個，即基礎設施共用之市場，以及上、下游市場，例如港埠營運者出租部分碼頭提供其他業者使用，而其之所以營運港埠，主要在於讓自己能夠藉由此設施提供貨運進出口或客運接駁等航運服務。在此情況下，以往實務見解認為，共用設施或服務市場是否已實際存在，並非論證本條款成立與否之前提¹¹⁵；再者，實務見解認為，事業之市場支配地位應存在於基礎設施共用市場，其於上、下游市場是否亦有市場支配地位，非為要點¹¹⁶；最後，歐盟法院表示，共用之後所產生之上、下游市場競爭活動，必須是以往沒有之「新產品或服務」¹¹⁷。事實上，唯此方能呼應「打開市場」之宗旨，使共用基礎設施請求者能夠與既有之基礎設施營運者展開競爭關係。

但是，在修法後，原本的重要設施條款轉變為「資料、網路與其他基礎設施之供給請求權」，卻與前開解釋格格不入。有關提供資料之請求，應該可以分為三個相關市場，第一，為資料持有者的主力業務市場，而在其營運活動中，能夠產生資料，第二，為由資料持有者提供自己所生產之資料近用市場，第三則為上、下游市

¹¹³ 參見 Steinberg/Wirtz, a.a.O. (Fn. 95), S. 607.

¹¹⁴ Mohr, a.a.O. (Fn. 31), S. 585; Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 256.

¹¹⁵ BKartA, Beschluss v. 27.01.2010, B9-188/05, S. 29 – Puttgarden II.

¹¹⁶ BGH, Beschluss v. 28.06.2005, KVR 27/04, S. 14 (bundesgerichtshof.de) – Arealnetz.

¹¹⁷ EuGH, Urteil v. 29.04.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 37 – IMS Health.

場。例如，一個高智能咖啡機生產商之主力業務為銷售自產之咖啡機，該咖啡機會記錄消費資訊、機器狀態，並且透過生產商網路進行分享，此時有一間新創公司想提供有關該咖啡機的外掛服務、咖啡豆或其他維修性產品，而想要付費取得相關資料。在新版本的條文中，卻無法再使用過往的重要設施條款論證方法解決爭議。對此，Huerkamp/Nuys 之分析十分精闢，可資參考，以下摘錄之¹¹⁸。首先，被請求提供資料者究竟是在哪一個市場上具備市場支配地位，究竟是在主力業務市場、提供資料近用市場還是上、下游市場上要具備支配市場地位，抑或皆要有，從規範意旨上難以確認；再者，新條文轉變成「拒絕以適當價格供給貨物或服務」，將原本的「共用」轉為「供給」，意味著此等服務已經存在，便與傳統重要設施條款規範意旨有異¹¹⁹；最後，從新條文中，更是看出不來，上、下游市場之商品，是否為原本所無之「新產品」。

有鑑於此，Huerkamp/Nuys 不無悲觀地表示，新法徒使原本清晰的重要設施條款解釋方式模糊化，完全不能達成立法理由所期望的「釐清功能」¹²⁰。此等修法實際上不僅止於放寬規範適用範圍而已，而是產生質性變化，似乎失去了重要設施本身特殊的規範性意義¹²¹。

第二個論點，是否可直接將資料視為一種重要設施概念，亦有疑問。學者 Körber 即認為，資料本身並無獨占性與排他性，而是一種可複製與可同時使用之客體。資料亦有即時性，過時資料未必有其重要價值；即便資料之持有是一項重要之競爭要素，但光憑持有資料本身，也不能直接形成所謂的「資料力量」，亦即「持有越多資料，就能夠擁有越強的市場地位」的假設是錯誤的，遑論要對恐怕自始不具備市場支配力量地位之資料持有人要求共用或提供資料¹²²。

最後一個論點，則是有關法律體系解釋的問題。立法理由提及比照歐盟法院同意當事人請求提供智慧財產使用權利，這種論點恐怕也有疑問。根本原因在於，從以往歐盟法實務運作觀察，強制智慧財產權利人授予使用授權（強制授權）恰非源

¹¹⁸ 以下均參照此文獻：Florian Huerkamp/Marcel Nuys, „Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB n.F. – Geglückte ‚Klarstellung‘?“, *NZKart*, S. 327 ff. (2021).

¹¹⁹ 同 Huerkamp/Nuys 此處意見者，參見：Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 45 f.

¹²⁰ Huerkamp/Nuys, a a.O. (Fn. 118), S. 332.

¹²¹ Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 46. 另參見：林家揚，前揭註 9，140-141。

¹²² Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 291 f.; Polley/Kaup, a.a.O. (Fn. 110), S. 114; Torsten Gerpott/Tobias Mikolas, „Zugang zu Daten großer Online-Plattformbetreiber nach der 10. GWB-Novelle“, *CR*, S. 139 f. (2021).

自重要設施條款理論。強制授權條款應由歐盟運作條約第 102 條之中哪一個條款所導出，學說意見略有不同，像是 Mestmäcker/Schweitzer 認為源自於該條第 1 句之市場支配力量濫用行為概括規定；但 Emmerich/Lange 則將其放在該條第 2 句第 b 款例示規定「限制生產、銷售或者技術發展致使消費者受有損害」進行討論，而與強制授權條款並列並分開討論¹²³。但是無論採何種見解，皆不會將強制授權條款納入重要設施條款中論述。在德國，強制授權議題是以 GWB 第 19 條第 2 項第 1 款之禁止歧視條款論處，亦非同條項之第 4 款重要設施條款¹²⁴。況且，歐盟法所關切者乃受法律保護之智慧財產權客體，而非單純的資料，也不應該直接將兩者等同視之¹²⁵。在重要設施條款修正後，Emmerich/Lange 教授便認為，此將導致強制授權問題往後將不可避免地亦須又以重要設施條款檢視之¹²⁶。

本文認為，前開學界三項批評皆有其合理依據，GWB 數位化法案修改原先第 19 條第 2 項第 4 款之重要設施條款，恐怕是一種過於躁進之修法結果。最嚴重之問題，無非在於 Emmerich/Lange 以及 Huerkamp/Nuys 所提出之警告，在未來重要設施條款與強制授權條款的關係將趨於模糊，如此對於法律適用之可預見性恐無任何助益。

四、禁止濫用相對性市場力量

（一）概論

除了前開一般性的濫用市場支配力量行為禁止條款外，GWB 數位化法案也針對禁止濫用相對性市場力量行為條款（即 GWB 第 20 條）進行相當幅度的修正。本條之修正構想，大抵上源自於《現代化研究》。質言之，本條所增訂第 1 項第 2 句、第 1a 項、第 3a 項，立法理由均明確表示參照該研究之修法建議¹²⁷。正如前所指出，該研究認為，面對數位平臺妨礙競爭議題，仍應另外透過改造禁止濫用相對性市場力量行為條款的方式來因應¹²⁸。如此主張之理由在於，競爭監理機關在面臨平臺事

¹²³ Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., C. H. Beck, S. 501 (2014); Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 107.

¹²⁴ Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 249.

¹²⁵ Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 45. 不同觀點，參見：Steinberg/Wirtz, a.a.O. (Fn. 95), S. 607.

¹²⁶ Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 257.

¹²⁷ BT-Dr. 19/23492, S. 79, 80, 82.

¹²⁸ 見本文「二、（一）、1.」處。

業即便尚不具備市場支配力量即有市場傾覆、獨占化之行為潛力情況下，本應及早介入之，行政干預發動門檻較低之 GWB 第 20 條遂成為一種可行選項¹²⁹。

《現代化研究》指出現行 GWB 存在四個競爭保護之漏洞，撇去平臺之聚合力量不談¹³⁰，有關數位經濟中的相對性市場力量或者市場活動者對於特定事業產生依賴性之問題，至少仍存在(1)平臺所持有之「中介者力量」而對相鄰市場事業產生的「中介服務依賴性」¹³¹，(2)平臺掌控「資料力量」而使相鄰市場事業對於資料近用產生「資料依賴性」¹³²，與(3)平臺實行適於市場傾覆之行為而擠壓其他競爭者¹³³等情況。以下所提到之三項 GWB 第 20 條修法重點，即分別針對這三種競爭保護漏洞而設。

(二) 調整濫用相對性市場力量之歧視行為條款適用範圍

對於濫用相對性市場力量行為條款進行修正，毫無疑問，必須先行處理第 20 條第 1 項此一禁止對於市場相對人為濫用相對性市場力量之一般條款規定，本次修法於第 2 句增添有關事業對於平臺所能提供之中介服務產生依賴性之概念，而作為相對性市場力量之範例。從修法文字中強調「進入購置與銷售市場」與「不可承受之迴避機會」來看，應有強調平臺具備一定程度的「中介者力量」（GWB 第 18 條第 3b 項）之意義，這也就意味著，立法者同意，事業對於尚未具備支配市場地位之平臺，已能主張應予平等對待¹³⁴。

此外，本次修法也刪除相對性市場力量中有關中、小型事業作為市場相對人的依賴性推定條款。立法目的指出，刪除中、小型事業用語，在於考量到面對數位商業集團所屬平臺之守門人功能，導致不僅相同規模之事業，甚至大型事業也可能對於平臺產生依賴性¹³⁵。這項修改符合《現代化研究》的建議，事實上，該研究認為，刪除中、小型事業用詞，並非只是單純因應數位經濟情況，而是從根本理論上來說，

¹²⁹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 40, 447 f.

¹³⁰ 此即 GWB 第 19a 條肇生之直接原因，參見本文「五、（一）」處。該研究仍談論到寡占結構下的非有意識之平行行為問題，而認為尚不存有競爭保護之漏洞。參見：Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 64 ff.

¹³¹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 66 ff.

¹³² Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 78 ff.

¹³³ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 59 ff.

¹³⁴ Lettl, a.a.O. (Fn. 5), S. 2355.

¹³⁵ BT-Dr. 19/23492, S. 78 f.

中、小型事業作為構成要件實質上不必要地增高了適用本條款的難度，從而早有將之刪除之主張¹³⁶。

（三）近用資料請求權

針對第 20 條的修法中，除了擴張第 1 項的適用範圍，也增添兩種針對雙（多）邊市場之禁止行為類型，其中之一為第 20 條第 1a 項之近用資料請求權。透過本項規定，事業得向擁有相對市場力量之平臺事業請求能夠使自己業務得以執行之資料，甚至就連提供此等資料之交易市場仍未存在，亦得請求之¹³⁷。立法理由表示，本項請求權之正當性基礎，特別在於將出於形成產業鏈目的而成立的契約關係中，像是售後市場或者物聯網情況，服務或商品提供者雖然已參與資料的產生活動，但本身並無取用資料的能力，應使其獲得法律支持並近用資料的可能性¹³⁸。這項修正呼應《現代化研究》之建議，於第 20 條之禁止濫用相對市場力量條款規範範圍內納入「資料依賴性」（與其所產生的資料力量）概念¹³⁹。

不過，學者 Polley/Kaup 認為，這項請求權與前開之 GWB 第 19 條第 2 項第 4 款之「資料、網路與其他基礎設施之供給請求權」適用關係為何，法案並未交代¹⁴⁰。Haucap/Schweitzer 也認為，第 20 條第 1a 項的適用機會已超出第 19 條第 2 項第 4 款不少，因為構成前者濫用市場力量行為之門檻顯得較低，這恐怕使後者淪為冗贅規定¹⁴¹。另外，有關行為正當性論證方面規定，學者 Huerkamp/Nuys 認為吾人亦應對此要有所留意，畢竟，按照第 20 條第 1a 項，事業拒絕資料近用之不正當性，應由請求人負舉證責任，而按照第 19 條第 2 項第 4 款，拒絕資料近用之正當性論證，則由資料所有人進行¹⁴²。

¹³⁶ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 56 f. 另參見：Kredel/Kresken, a.a.O. (Fn. 6), S. 4 f.

¹³⁷ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 292.

¹³⁸ BT-Dr. 19/23492, S. 80.

¹³⁹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 82. 此同樣也符合《因應數位經濟之新競爭框架》所認為促進未來競爭的兩項關鍵之一——藉由課以近用資料義務創造持續、創新性競爭機會，參見：BMW, a.a.O. (Fn. 13), S. 4, 35 ff.

¹⁴⁰ Polley/Kaup, a.a.O. (Fn. 110), S. 115.

¹⁴¹ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 22. 同意見者，參見：Huerkamp/Nuys, a.a.O. (Fn. 118), S. 329.

¹⁴² Huerkamp/Nuys, a.a.O. (Fn. 118), S. 330 f.

本文認為，雖然法條之間的適用關係尚未能釐清，但從 **GWB** 數位化法案當中，確實能看見立法者對於事業取得近用平臺資料的重視程度，而至少設計了三種方法加以保障之，也就是第 19 條第 2 項第 4 款之「資料、網路與其他基礎設施之供給請求權」、第 20 條第 1a 項之近用資料請求權，還有第 19a 條第 2 項第 4 款之行為禁令，即事業不得蒐集與競爭相關資料創造或明顯提高市場進入障礙¹⁴³。

(四) 遏止市場傾覆傾向條款

《現代化研究》提及，在數位經濟環境下，蓄意造成市場傾覆之危險難以避免，然而，是時之 **GWB** 對此問題存在著競爭保護漏洞；一來，典型的禁止事業之濫用支配市場地位之行為恐屬過遲，二來，**GWB** 第 20 條第 1 項僅保護在平臺上活動之事業，而不包含平臺之競爭者，最後，第 20 條第 3 項雖然能夠因應妨礙競爭行為，但也僅針對中、小型事業予以保護，無法顧及到較大規模之事業依然會遭遇到市場傾覆威脅的情形¹⁴⁴。**GWB** 數位化法案遂顧及前開研究之意見，增訂第 20 條第 3a 項，及早因應隱藏危險。

本項之規範客體，也就是蓄意進行市場傾覆行為。市場傾覆，可說是數位經濟活動當中的顯著現象。由於積極網路效應之形成，將使得平臺市場呈現集中化之趨勢。換言之，由於平臺對於使用者的吸引力來自於數量夠龐大之使用者與媒合功能，造成市場活動集中於一個或少數的平臺上，這一方面可能是有效率的表現，但另一方面，也可能導致市場進入障礙增高、占據優勢地位之市場支配力量形成或鞏固、強化的結果，以至於其他平臺越來越難以與之競爭¹⁴⁵。人們便將這種由原本處於競爭狀態之市場逐漸惡化並轉向獨占或高度集中化之演變，稱為市場傾覆。**Emmerich/Lange** 則形容市場傾覆為一種在有顯著之直接與間接網路效應市場中所出現之強烈獨占化傾向，在此過程中，最成功的網站（平臺）最終「勝者全拿」，獲得全部的網路使用者，而其他網站（平臺）則持續受到壓迫，最終退出市場¹⁴⁶。學者 **Cetintas** 整理各方論述所整理出的定義最為簡潔，其將市場傾覆定義為「身為（數位）網站

¹⁴³ 類此意見，參見：Steinberg/Wirtz, a.a.O. (Fn. 95), S. 607.

¹⁴⁴ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 61 f.

¹⁴⁵ BMWi, a.a.O. (Fn. 13), S. 49.

¹⁴⁶ Emmerich/Lange, a.a.O. (Fn. 30), S. 276.

或平臺之競爭者，由於面臨到降低之積極網路效應，對於使用者而言已無吸引力，而處於一種持續性地被擠壓出市場的狀態¹⁴⁷。

其實，市場之集中化，未必就意味著有害於競爭。同樣地，市場之集中化，也未必就是平臺事業進行濫用市場支配力量之結果。如果這種集中化的轉型是一種自然的競爭結果，那麼 **GWB** 就不應該予以非難¹⁴⁸。不過《現代化研究》指出，網站與平臺在數位經濟當中，由於受惠於強勁積極網路效應，重要性與日俱增，也明顯有集中化之趨勢，但這不意味著趨向獨占之市場傾覆絕對是一種自然過程¹⁴⁹。由此已隱約看出，本項規定所預想之規管情境，並不如其他濫用市場力量行為般具體、明確。從本項條款所運用之構成要件即可看出此等問題。其規定，當事業具有優勢力量，「阻礙」競爭者自主形成網路效應，進而造成「給付性競爭」(Leistungswettbewerb) 受到「非不明顯之急迫危險」。其中的「阻礙形成網路效應」與「給付性競爭受到急迫危險」，文義皆非一望即知，而需要再進一步釐清。

首先，妨礙競爭之行為，指一切能夠直接或間接使得競爭者獨自形成積極網路效應者，立法理由指出，有意以開放性的描述而不再特地加上例示規定的立法方式，以囊括目前仍未知悉之阻止競爭事業獨自產生網路效應之手段，責成競爭監理機關進行事實調查¹⁵⁰。不過，立法理由也已正確指出，此處之妨礙行為，尤指阻礙平臺多棲與平臺轉換之機會¹⁵¹。

其次，本項濫用市場力量行為之成立，取決於「急迫危險」，其來自「給付性競爭受到非不明顯之限制」，而成為第 3 項第 1 句的特別例示規定。立法者強調，在此有意確立「危險構成要件」，而不需實際證明該特定行為方式對於競爭所造成之具體效果，其正當性有三，第一為使主管機關儘快介入市場進行規管，第二為阻止他事業產生網路效應本身即對競爭造成危險，第三為借用不正競爭防制法 (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*，下稱 *UWG*) 中同為危險構成要件之「市場干擾」

¹⁴⁷ Gökhan Cetintas, „Gefährlicher (,Tipping‘-)Gefährdungstatbestand?“, *WuW*, S. 447 (2020).

¹⁴⁸ Lorenz, a a.O. (Fn. 33), § 20 *GWB*, Rn. 53.

¹⁴⁹ Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, a.a.O. (Fn. 11), S. 40.

¹⁵⁰ BT-Dr. 19/23492, S. 82. 有論者認為，*BKartA* 在 2019 年 Facebook 濫用支配市場力量案中已經接納了市場傾覆概念作為審查要素，參見：Käseberg/Brenner/Fülling, a.a.O. (Fn. 5), S. 272.

¹⁵¹ BT-Dr. 19/23492, S. 82. 藉由確保平臺多棲與消費者資料轉換平臺使用可能性，以強化消費者自主性，也是《因應數位經濟之新競爭框架》認為促進未來競爭的另一關鍵，參見：*BMWi*, a.a.O. (Fn. 13), S. 4, 38 ff.

(Marktstörung) 概念¹⁵²。觀察立法理由，立法者使用「給付性競爭」，實想表達出一種「正常的競爭狀態」，並運用於兩種情況。其一，當市場傾覆是一種給付競爭下的結果，那麼競爭政策上便不得非難之；其二，這種競爭狀態有可能會受到平臺之有害作為而遭遇危險，這種危險便是不法的、惡意之市場集中化傾向¹⁵³。給付性競爭實際上源自於法院實務在解釋 UWG 之不正競爭行為時所創設之概念，其內容略為：事業以實質觀點宣傳產品，像是品質、價格、服務等等，而非利用「異於尋常之給付」標準，例如欺騙消費者、不正當利用信賴關係、妨礙他人競爭活動等等¹⁵⁴。

不過，學界對於這種不制定行為類型範例與採用危險構成要件多持保留立場。最主要可分為三點來談。第一點，不少學者認為，不制定主要的典型的行為類型作為例示規定，將隱藏過度執法危機，阻礙創新競爭潛力¹⁵⁵。第二點，有論者認為，採納給付性競爭概念，可能會產生不必要的爭議。一來，雖然法院實務與學說均偶有運用給付性競爭概念加以論述，但是其事實上並無直接對應之行為類型，而有法律適用上之疑慮¹⁵⁶；二來，服務性競爭概念源自於 UWG，雖然 GWB 法律實務運作中也曾有利用此概念進行法律適用與論證情況，但實際上意義有間，不宜直接混為一談，遑論直接規定於法條中¹⁵⁷。最重要的是第三點，也就是危險構成要件的出現，明顯降低了妨礙行為的不正當性（第 20 條第 3 項第 1 句）認定標準。當本項規定已經不以行為事業具備支配市場地位為前提，就不應在行為構成要件上更採用比一般禁止濫用市場力量行為更寬鬆之規定，否則將會導致管制強度的錯亂——較無市場力的事業，反而會受到更嚴格的行為限制¹⁵⁸。

¹⁵² BT-Dr. 19/23492, S. 83. 另參見：Lettl, a.a.O. (Fn. 5), S. 2356.

¹⁵³ BT-Dr. 19/23492, S. 82 f.

¹⁵⁴ 不過，給付性競爭概念之正當性，在學說上也常受到質疑，原因有二。第一為此概念與「不正競爭行為」一樣地概括，拿前者解釋後者，實際上無濟於事，第二為此概念可能過於保守，而有阻礙創新市場活動的風險。參見：Ansgar Ohly/Olaf Sosnitza, *UWG*, 6. Aufl., C. H. Beck, Einf A Rn. 23 (2014).

¹⁵⁵ Polley/Kaup, a.a.O. (Fn. 110), S. 115; Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 293; Cetintas, a.a.O. (Fn. 147), S. 450.

¹⁵⁶ Steinberg/Wirtz, a.a.O. (Fn. 95), S. 609.

¹⁵⁷ Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 41. 相反意見則認為，給付性競爭不失為一個好的參考標準，即便這是 GWB 法典中首次添加本項概念，參見：Cetintas, a.a.O. (Fn. 147), S. 450 f.

¹⁵⁸ Cetintas, a.a.O. (Fn. 147), S. 450.

以上諸多問題，使吾人必須重新思考本項規定的定位，以下舉出四點作為參考。第一點，本條之適用，必須嚴格限於確保創新競爭之目的，避免過早與過度執法，反造成創新競爭受到減損結果。在此前提下，對於促成市場傾覆行為之認定，應該要較為嚴格¹⁵⁹。如同 Körber 所指出，免費閱覽發送刊物，在 UWG 評價上，不會被認為構成閱讀市場方面的市場干擾行為，而是服務模式的創新，同理，平臺也可能會免費提供相關應用程式服務給使用者，也不應該直接視為一種蓄意的市場傾覆行為，更有可能是一種創新競爭¹⁶⁰。第二點，競爭監管機關仍宜就最可能涉及之行為類型提出解釋性行政規則，以產生足夠的執法可預見性。像是 Cetintas 便指出，最惠價格或優待條款、忠誠折扣、搭售策略或價格結構策略（例如「吃到飽」）是最有可能阻礙市場多棲或轉換平臺的手段¹⁶¹。第三點，本項所述之構成要件「獨自產生網路效應」，應進行目的性擴張解釋，而不再僅限於「獨自」情況，因為，如果本規範只強調網路效應的獨自生成，那麼就無法顧及到資料移轉的情況，例如一社群網站欲移轉用戶資料到另一社群網站，卻遭到拒絕，或者另一社群網站拒絕同意移轉自己的用戶資料，都有可能妨礙平臺多棲形成，故區分「應受保護之獨自產生網路效應」與「不受保護之參與網路效應」無法完全實現本法之規範目的，事實上，在網路世界中，這兩者的關係是互相流動的，完全自立產生網路效應情形，毋寧較為罕見¹⁶²。第四點，第 3a 項規定本身未明示應進行有阻礙競爭行為之正當性論證，然在法律解釋中，仍應將此論證放入危險構成要件之檢驗當中，因為本項規定的規範對象並不具有市場支配力量，行為違法性論證之嚴格程度應比一般的濫用市場支配力量行為條款來得高¹⁶³。

¹⁵⁹ Paal, a.a.O. (Fn. 35), GWB § 20, Rn. 28.

¹⁶⁰ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 293. 不過，UWG 的市場干擾判斷方式也無助於市場傾覆的認定，原因在於實務上對於市場干擾的認定，仍採取 GWB 的市場結構控制方式處理。參見：林家暘，前揭註 9，139-140。

¹⁶¹ Cetintas, a.a.O. (Fn. 147), S. 449.

¹⁶² Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 38 f. 另參見：林家暘，前揭註 9，138-139。

¹⁶³ Cetintas, a.a.O. (Fn. 147), S. 450.

五、以命令禁止「對於競爭有優越性跨市場意義之事業」為特定行為

德國 GWB 改革的重大重點，自為新增第 19a 條規定，使單方限制競爭行為監理體系走入新的階段。這項規定使得 GWB 主管機關得以先行針對「對於競爭有優越性跨市場意義之事業」禁止某些行為，而不必被動地待到事業實行具有高度違法性嫌疑措施之後，方介入進行違法性調查與作出最終處分決定。其與一般的濫用市場力量行為管制的最大差異點有二，一為建立新的規範對象概念「對於競爭有優越性跨市場意義之事業」，二為特殊的非違法監理方式。

(一) 規範對象

依據第 19a 條第 1 項，本條規範對象為主要在第 18 條第 3a 項意義之雙（多）邊市場與網路從事商業活動而具有「對於競爭有優越性跨市場意義」之事業。立法理由指出，為了創造出能夠有效控制數位商業集團的法律基礎，藉此更能妥善回應具有守門人地位之數位生態體系所帶來的限制競爭危險問題，特新增本條，用以針對「一小群事業，其往往不僅在雙（多）邊市場上已具備支配市場地位，而且掌握資源與戰略性優勢地位，而能對於其他事業之商業活動造成顯著影響，並擴展自己在新市場或部門之自主活動」¹⁶⁴。故寫出「跨市場意義」，乃彰顯事業受益於自己的網路效應與資料優勢，得以持續擴展垂直整合與聚合性的商業力量¹⁶⁵。不難想見，本條有明顯劍指 GAMMA 意味。

不過，本條第 1 項的制定，也存在許多法釋義學上問題。首先，立法者之意圖雖然明顯，但是，從法條文義中似乎看不出此等針對性質。本條所規定的主要場域，在「主要活動於第 18 條第 3a 項意義下市場」，然而第 18 條第 3a 項所定義的雙（多）邊市場與網路卻不以數位經濟活動為限，這導致第 19a 條的適用可能並非如立法理由所聲稱針對特定的數位商業集團，而包含一切具有多邊平臺特性之市場¹⁶⁶。

再者，「主要活動於第 18 條第 3a 項意義下市場」與「優越性跨市場意義」兩個構成要件的關係為何，是前者直接等同後者，抑或兩者必須分開檢驗？從文義上來

¹⁶⁴ BT-Dr. 19/23492, S. 73.

¹⁶⁵ Paal/Kieß, a.a.O. (Fn. 44), S. 9.

¹⁶⁶ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 293 f.; Tobias Lettl, „Der neue § 19a GWB,“ *WRP*, S. 415 (2021).

說，比較像第一種解釋，但是從規範體系上來說恐怕不能如此解讀，否則將使第 1 項第 2 句參酌相關標準後作成確認處分之規定失去意義，因此，至多僅能解讀為：兩個構成要件分開討論，但是前者之成立，可推測後者亦成立，兩者之間不須進行因果關係之論證¹⁶⁷。在兩個要件分開判斷前提下，即可得知擬規管事業至少要在兩個以上的市場活動為前提，且主要的活動領域必須要是平臺事業才行。

緊接著，乃「對於競爭有優越性跨市場意義」如何論證之問題。顯然，本項規定並不如傳統禁止濫用市場支配力量條款一般，有明確的市場界定與支配市場地位之認定階段，甚至支配市場地位也僅屬優越性跨市場意義之其中一種認定標準（本條第 1 項第 2 句第 1 款）而已，立法者應有意在此儘可能避免繁複與困難的市場分析步驟¹⁶⁸。不過，這也難免引發優越性跨市場意義與支配市場地位兩者關係為何的爭議。換言之，究竟是要著重在「優越性」，而認為前者是比後者「本質相同但更多」（wesensgleiches Mehr）的概念，還是要著重在「跨市場」，而認為兩者是完全不同的（aliud）概念¹⁶⁹？學者咸認兩者的關係並不能輕易地從法條中確認。有學者認為，立法理由既然強調數位商業集團在多邊市場上往往已具備優勢市場力量，那麼應該認為要著重在「優越性」概念上¹⁷⁰。也有學者認為本條創造了 BKartA 在事業於單一市場尚未具有支配市場地位就予以介入之可能，因為重點在於事業所擁有的關鍵地位與跨市場的聚集效應¹⁷¹。其實，如果要從法條僅將支配市場地位當作是一項參考指標來看，又加上立法理由也同時（不無矛盾地）強調關鍵地位之認定不以事業達到具有市場支配力量為前提¹⁷²，立法理由應該無法作為決定性證據。有鑑於此，應該認為「對於競爭有優越性跨市場意義」乃不隸屬於傳統禁止濫用市場支配力量條款體系（禁止濫用市場支配力量與相對性市場力量）中的一分子，而屬於一種具有獨立性、擴充性的管理措施，其主要著眼於跨市場相互影響效應，故此種事業之認定門檻，實際上低於支配市場地位，惟在「優越性」方面，仍應注意到事業

¹⁶⁷ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 415.

¹⁶⁸ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 294; Polley/Kaup, a.a.O. (Fn. 110), S. 116.

¹⁶⁹ Kredel/Kresken, a.a.O. (Fn. 6), S. 3; Steinberg/Wirtz, a.a.O. (Fn. 95), S. 611.

¹⁷⁰ Polley/Kaup, a.a.O. (Fn. 110), S. 116; Kredel/Kresken, a.a.O. (Fn. 6), S. 3.

¹⁷¹ Heidler/Kutscher, a.a.O. (Fn. 20), S. 137; Marcel Scholz, „Regulierung nach § 19a GWB – Dogmatische Erwägungen zur Beweislastumkehr des § 19a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB,“ *WuW*, S. 128 (2022).

¹⁷² BT-Dr. 19/23492, S. 73.

應該要至少在一個市場上具備領先地位，而在一定程度上能夠有效控制其他事業之競爭機會¹⁷³。

(二) 執行方式

本條之實行，恰如 Haucap/Schweitzer 所言，將傳統的濫用市場力量監理之判斷步驟從 4 階段（界定市場、確定市場力、確定違法行為、決定因應措施）縮減為 2 階段，即確定受管事業以及決定禁止行為，並各自或合併作成處分¹⁷⁴。在第 1 階段，即「對於競爭有優越性跨市場意義之事業」為確認處分，不需要進行縝密的市場界定工作，以加速公權力介入之執行速度¹⁷⁵。即便不需要全面的市場界定與市場力分析，確認處分仍須就個案進行總體評估作為前提，對此，第 19a 條第 1 項第 2 句留下各款考量標準¹⁷⁶。至於第 2 階段，則涉及到應給予受管事業何種禁止行為之問題，主管機關應作成負擔性行政處分，載明有哪些行為將予以禁止（*untersagen*），競爭監理機關可選擇予以禁止之行為，限於同條第 2 項所列舉之行為類型¹⁷⁷。本禁止處分，毫無疑問乃僅對於未來行為表現出禁止之要求，而不讓相關之受禁止行為規定效力直接發生在規範對象上¹⁷⁸。Lettl 教授正確指出，本規範非為關於濫用市場力量行為之實體規定，然而卻又作為一種必須由主管機關透過行政處分「啟動」始有具體規範效力的實體法¹⁷⁹。

這種不甚直接的規管方式是否能夠創造實質功效？仍有待後續觀察。Höppner/Weber 即批評甚力，表示直接透過法律對於相關行為予以禁止即可，何必再透過行政處分才能實現規範效力，畢竟，處分作成也可能會「遲到」，而不見得會比法律直接規定要來得更加即時，如此反而會導致「實質違法，形式合法」的行為出現¹⁸⁰。Haucap/Schweitzer 則強調，本條使 BKartA 得以先行禁止特定事業之行為方式，毋須

¹⁷³ 同此意見，參見：Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 416; Jens Brauneck, „Der Digital Markets Act (DMA) – das neue, bessere digitale EU-Wettbewerbsrecht?“, *RDi*, S. 32 f. (2023).

¹⁷⁴ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 20.

¹⁷⁵ Heidler/Kutscher, a.a.O. (Fn. 20), S. 138.

¹⁷⁶ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 416; Philipp Bongartz, „§ 19a GWB – a keeper?“, *WuW*, S. 74 (2022).

¹⁷⁷ BT-Dr. 19/23492, S. 75.

¹⁷⁸ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 294.

¹⁷⁹ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 414.

¹⁸⁰ Höppner/Weber, a.a.O. (Fn. 46), S. 30.

曠日廢時證明存在某個具體錯誤行為，以促進管制效益¹⁸¹。其進一步表示，與數位市場法（Digital Markets Act，下稱 DMA）草案（按：DMA 已於 2022 年 11 月正式生效）守門人條款採用直接、通案式的「本質禁止規定」（Per-se-Regeln）相比，GWB 第 19a 條採取個案性的命令方式，應較能達成妥善管制，避免將實際上有助競爭之措施一併禁止之，造成過度管制情況發生¹⁸²。

目前，BKartA 已分別對 Google¹⁸³、Meta¹⁸⁴、Amazon¹⁸⁵作成確認「對於競爭有優越性跨市場意義」處分。至於 Apple 方面仍在審理程序當中。在第二階段禁止行為方面，目前還沒有作成任何決定，僅有一案正在調查中，其涉及 Meta 與虛擬實境事業 Meta Quest 之間的使用者帳戶資料連結行為¹⁸⁶。第 19a 條所擬定之管理方式是否真能發揮預期的加速目標，仍有待觀察。

（三）潛在隱憂

第 19a 條第 2 項第 1 句授權主管機關得先行對受管事業禁止特定行為，理論上能夠創造出較有效率的新形態治理模式，但追求效率本身也不可避免帶來隱憂，一言以蔽之，乃實際上有利競爭之行為亦被禁止之過度執法危險。整理目前評論文獻，可以分為三個方面討論，一為第 2 項第 1 句所列之各款禁止行為構成要件的明確性問題，以及構成要件的內容問題，以及與前一問題有緊密關聯的舉證責任規定問題。

1. 構成要件之明確性

以禁止行為條款的明確性來說，學者即批評，本條第 2 項第 1 句所列舉之禁止行為構成要件大多數都不夠精確，以至於事業仍難以從條文本身判斷自己的行為、

¹⁸¹ Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 21.

¹⁸² Haucap/Schweitzer, a.a.O. (Fn. 7), S. 23. 其並舉歐盟執委會的 Google Shopping 案為例，本案耗時 7 年方完成調查並作成決定，這種歷時長度對於數位經濟環境來說，已與永恆無異。至於本條與 DMA 之間的比較，以及後者生效後將會產生的法律適用關係，仍有待日後討論。

¹⁸³ BKartA, Beschluss v. 30.12.2021, B7 – 61/21 – Google.

¹⁸⁴ BKartA, Beschluss v. 02.05.2022, B6 – 27/21 – Meta.

¹⁸⁵ BKartA, Beschluss v. 05.07.2022, B2 – 55/21 – Amazon.

¹⁸⁶ BKartA, Fallbericht v. 23.12.2022, B6 – 55/20 – Meta/Meta Quest.

措施是否合於禁止規定，即便有些禁止行為類型附有意圖使規範內容更加具體化之行為例示，依然未能提供清楚界分給付性競爭與非給付性競爭方法，無助於禁止行為規定更加明確¹⁸⁷。氏並作出結論，較為清晰的例子，僅有第 2 款之第 a 目，與第 3、4 款的規定，蓋其以當事人的選擇機會是否受限當作標準，較容易操作¹⁸⁸。

構成要件會產生如此問題的根本原因，本文認為，恐怕還是出在於本條採取先行為禁止行為處分之執行方式使然。畢竟，為了要使 BKartA 能夠適用本條，因應事業的未來難以準確預測之行為並作出處分，必須在構成要件層次上保持相當程度的抽象性，再佐以例示規定，冀能強化法律明確性¹⁸⁹。同時，本項之立法理由也已明示，BKartA 仍須按比例原則進一步具體化應予禁止之行為方式¹⁹⁰。

2. 構成要件內容問題

構成要件內容組成將會產生進一步的法律適用爭議。從目前的 Meta/Meta Quest 調查案觀察，主管機關仍然需要先就具體事件進行相當調查，判斷事實是否符合一或數個可宣告之禁止行為類型，才能作出具備向後生效力之禁止行為處分¹⁹¹。就此適用法律過程而言，這與 BKartA 調查行為事實，依據一般性的禁止濫用市場支配性或相對性力量行為條款 (GWB 第 19、20 條) 所含之濫用行為構成要件進行審查，並無太大差異。然而，第 19a 條第 2 項之各種禁止行為構成要件，與 GWB 第 19、20 條相比，卻又可能顯得更為寬鬆。由於本項之各種禁止行為列舉規定當中，除了第 5 款有「而阻礙競爭」要件外，其餘各款未見有任何結果或具體危險構成要件，這導致以下問題產生：BKartA 在進行作成禁止行為處分之裁量時，是否有個案性論證系爭行為損害性 (Schädlichkeit) 之義務？

對此問題，第 19a 條第 2 項之立法理由開宗明義指出，BKartA 得以對於具有優越性跨市場意義之事業，以處分確認並禁止本項所列舉之特別有害的行為方式，並自陳「當不存在數位經濟特殊情況而有必要及早介入考量情況下，禁止行為之處分之作成，以結果或者具體危險結果作為前提」，言下之意，似乎是指在數位經濟特

¹⁸⁷ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 417.

¹⁸⁸ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 424.

¹⁸⁹ 亦參閱：Heidler/Kutscher, a.a.O. (Fn. 20), S. 139.

¹⁹⁰ BT-Dr. 19/23492, S. 75.

¹⁹¹ BKartA, a.a.O. (Fn. 186).

殊考量下，就毋需認定結果或者具體危險¹⁹²。Heidler/Kutscher 觀察相關立法文獻中，也斷定：在立法者心目中，被列舉之行為方式通常都被先行認定為是有害競爭的¹⁹³。由此可知，本項第 1 句各款禁止行為之所以絕大多數沒有明確的結果或危險構成要件，正是因為受管事業一旦從事這些行為，基本上就是有害競爭的。

然而，這種對於有害危險或結果的論定，不少學者認為恐怕過於武斷。Körber 以第 1 款之自我偏好行為為例，以過往歐盟執法實務而言，自我偏好行為原則上並不是一個有害競爭之行為，但是本次修法使其成為一般而言有害之行為，正當性基礎不足¹⁹⁴。又有學者批評，依照第 19a 條之立法目的，仍應該要區分出所謂有害競爭與無害競爭的自我偏好行為，而目前法條內容卻無任何有關有害競爭之構成要件，以要求 BKartA 進行個案審查，過度執法之疑慮將不可避免¹⁹⁵。

本文認為，Lettl 教授面對這項問題所提出的論點，尤值得參考。氏認為，從立法者不斷重複強調本條受管事業對於競爭秩序有特殊的危害潛力來看，第 19a 條本身應屬於一種抽象危險犯規定，故在該條第 2 項當中就沒有任何結果或者具體危險結果的構成要件，但是 BKartA 仍須遵循無罪推定與比例原則，於處分裁量時進行個案性的權衡¹⁹⁶。總之，即便法條中並未出現任何結果構成要件，但是 BKartA 於適用法律時，實際上仍應就個案問題（尤其是行為之損害性）進行權衡，此也與上述立法理由所提到「BKartA 仍須按比例原則具體化應予禁止之行為方式」意旨相符。

3. 正當理由說明義務與舉證責任

與本議題息息相關者，為本條第 2 項第 2 句與第 3 句之規定。當行為方式具有實質正當理由，就不能以處分禁止之，不過，改由事業承擔正當理由的說明義務，並負舉證責任。此種說明義務與責任反轉的正當性來自兩點，一為受管事業相對於主管機關而言，支配關鍵性參考資料，二為主管機關所得為之禁止行為命令內容，

¹⁹² BT-Dr. 19/23492, S. 75.

¹⁹³ Heidler/Kutscher, a.a.O. (Fn. 20), S. 137.

¹⁹⁴ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 294; Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 418 f.

¹⁹⁵ Burchardi, a.a.O. (Fn. 34), S. 614.

¹⁹⁶ Lettl, a.a.O. (Fn. 166), S. 418. 相同意見者，參見：Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 294; Maik Wolf, in: Franz J. Säcker/Peter Meier-Beck (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl., C. H. Beck, § 19a GWB, Rn. 35 (2022).

已顯示對於競爭通常是有害的，且會固化其跨市場的優越地位¹⁹⁷。這種舉證責任倒轉的作法，與上面所提及主管機關毋庸在構成要件層次討論擬禁止行為損害性的情況相呼應，即預設此類行為本身已具備高度危險性，故事業如要主張該行為之無害性甚至有助於競爭，就必須由事業自己親自說明並提出證明。再者，藉由反轉舉證責任，應有助於主管機關減輕壓力，加快作成處分之速率¹⁹⁸。

然而這種管理方式與一般的濫用市場力量行為管理方式大異其趣。BKartA 在依據 GWB 第 18、19 條進行濫用市場支配力量行為之判斷時，必須依據同法第 57 條所確立之「機關調查原則」(Amtsuntersuchungsgrundsatz) 與「糾問原則」(Amtsermittlungsgundsatz)，本於職權進行調查，就事實為完全的查明與必要的論證工作，最後方能作出處分或不予處分之決定，而相對人則依據同法第 59 條負有提供說明之協力義務¹⁹⁹。由於兩者分配責任風險之差距如此懸殊，此種立法方式不可避免會招來抨擊：由於依第 19a 條所作成的裁量決定實帶有預防性作用，更涉及到對未來整體市場之預測，受管事業究竟要如何才能提出涉及到其他事業的市場資料或資訊，並進而主張正當理由？因此有論者謂，舉證責任不僅不能反轉，主管機關的論證責任甚至還要更重才是²⁰⁰。總之，第 19a 條第 2 項第 2、3 句之規定，仍有必要加以解釋，釐清具體適用方法。此問題不僅涉及到第 19a 條特殊的規範目的，同時也涉及到一般的舉證責任理論。

對此，本文以為，Scholz 教授所提出之看法，應屬恰當。氏認為，如要能夠讓第 19a 條第 2 項第 2、3 句之實行符合法治國原則與比例原則之要求，那麼法律適用機關仍應就實行干預行為之一切前提要件予以調查，包含本項第 2 句所指之實質正當理由，而受管事業亦僅就其「支配領域」內負有強化的說明與形式的舉證責任（提出證明責任），相應地，受管事業即毋庸就實質正當理由相關事實負全部的實質舉證責任，即不應獨自承擔系爭事實未臻明確 (*non liquet*) 的風險²⁰¹。

¹⁹⁷ BT-Dr. 19/23492, S. 77 f.

¹⁹⁸ BT-Dr. 19/23492, S. 78.

¹⁹⁹ Wolf, a.a.O. (Fn. 196), § 19 GWB, Rn. 143; Thomas Funke, in: Werner Berg/Gerald Mäsch (Hrsg.), *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 4. Aufl., Luchterhand, § 57 GWB, Rn. 2 (2022).

²⁰⁰ Körber, a.a.O. (Fn. 10), S. 294.

²⁰¹ Scholz, a.a.O. (Fn. 171), S. 131 ff.

六、對於白皮書之意見

在對GWB數位化法案進行相當的整理後，以下嘗試就本文「一、前言」中所提及之公平會白皮書提出數點看法。

(一) 數位經濟發展與其所引發之競爭保護漏洞關聯性可再深化

綜觀白皮書的書寫大綱，從數位經濟之特徵開始討論，不僅討論聯合行為與事業結合、廣告不實等不正競爭行為規範，更將心力著重在單方限制競爭行為的管理，可見公平會已清楚認知，當代的數位經濟問題較多數涉及到平臺事業相較於其他事業所具備的特殊地位，甚至擁有支配市場之力量，並試圖提出因應方式，總的來說值得肯定。

白皮書將數位經濟的特色分為平臺、數據、跨域與集中化，實屬不假。但是這幾項特點所發揮的相互影響關係為何，則似乎無法從中知悉。因為白皮書比較關切者，毋寧為「各面向下可能引發的競爭議題」²⁰²。這種較微觀的觀察方式，比較容易導致實質問題遭到切割理解，而有而難以通盤、融貫掌握的缺點。例如，白皮書先在上開平臺部分談論網路效應、市場界定與平臺濫用市場力量行為認定之困難，卻又在集中化部分談了很多「大是否即是惡」，而不見得專屬於平臺競爭與數位經濟課題之事物²⁰³。如此的書寫安排可能會失焦。接著，白皮書又舉出平臺事業與上下游廠商、競爭同業、第三方乃至於消費者之互動圖表²⁰⁴。不過這種互動實況與一開始討論平臺時所獲得之結論或問題意識的關係為何，以及該圖表未能適時呈現出市場傾覆或阻礙平臺多棲之問題，將使吾人較難以掌握數位經濟之發展所隱藏的公平法競爭保護漏洞疑慮。

從平臺、數據、跨域與集中化之彼此功能或效用關係進行統一性討論，刻畫出數位經濟的整體市場性格，應該能帶來較多優點。一方面，能將整體結構問題加以聚焦、立體化。二方面，在看出結構問題後，才能開始思考：數位經濟的發展，有哪些衝擊對於現行競爭法規範體系來說是前所未見的。三方面，完成前開思想工作，方能提出目的較為明確、首尾亦能相顧的應對措施，包含現行的公平交易法（下稱

²⁰² 公平交易委員會，前揭註1，12。

²⁰³ 同上註，25-28。

²⁰⁴ 同上註，29（圖2-2）。

公平法) 哪些部分產生難以運用之處, 而提出法律解釋的補充, 或者必要的修法內容。例如《因應數位經濟之新競爭框架》所採取的論述方式, 先行敘明數位經濟的結構與挑戰, 再討論有什麼應對方式, 該報告即提出創造資料近用機會與平臺多棲條件作為解答²⁰⁵。又或者是《現代化研究》, 一樣先討論數位經濟之整體挑戰, 再討論現行規範體系中可能存在的保護漏洞, 最終促使德國直接進行整體性修法。反之, 在白皮書當中, 較難看出揭示某種總體戰略的意圖, 採取偏向「各個擊破」的戰術層級論調, 就個別爭議表明分化的執法立場。

(二) 「數位平臺」可採取之特殊市場力量濫用問題可再聚焦

在缺乏對於數位經濟的總完整體輪廓描述情況下, 白皮書就個案的論述雖有許多不無到之位之處, 但顯得有一些零散、片面。以市場界定方面論述來說, 白皮書認為產品替代性仍然是主要界定方式, 尤其應考量市場各邊的相互關係及影響, 來界定市場²⁰⁶。這種論點誠屬正確, 然而似乎不需要繼續在「零元價格」服務如何界定市場之問題表現得過度堅持, 例如怎樣修改、精進 SSNIP 使用方法²⁰⁷。事實上, 正是基於數位平臺的服務模式不太相容於傳統以產品、服務價格當作核心要素的市場界定理論, 才會衍生出諸如界定幾個市場、免費服務是否具有市場品質的問題²⁰⁸。所以, 必須要對平臺持有一種特殊市場力量的概念有足夠深刻的理解, 才能較為準確地找出因應之道。是故, 首要問題可能不在於什麼種類的數位平臺就必須區分幾個市場, 或者如何讓 SSNIP 「數位化」, 而是面臨一個以數位平臺為主要運作模式的經濟活動, 其與一般的平臺差異何在、如何分析其中的間接網路效應? 更重要的是, 平臺在不同群體的網路使用者之中具體發揮什麼中介功能? 這個中介功能是否對於這些使用者而言產生了一定的依賴性? 凡此種種, BKartA 的《市場力報告》認為, 應該將平臺視為一種市場力量檢驗概念, 並評估需求市場理論已經足以充分評價前開問題, 實非倉促論斷結果²⁰⁹。

²⁰⁵ 見本文註 125 與 134 處。另參見：林家暘, 前揭註 9, 128-129。

²⁰⁶ 公平交易委員會, 前揭註 1, 154-155。

²⁰⁷ 同上註, 155-158。

²⁰⁸ 見本文「三、(二)、4.」處。

²⁰⁹ 見本文「三、(二)、3.」處。

倘若吾人對於平臺的經濟功能未能充分掌握，就很有可能就會對於平臺事業在數位經濟中所具備的戰略性地位敏感度不夠。傳統的公平法市場力理論在面對數位平臺遭遇到適用困難，原因正是在於過往市場力觀念首要著眼在事業決定出售或買入價格的自由決定空間（需求者或供給者力量）。然而平臺往往不是單純提供一種消費性的商品或服務，而是提供創造各族群交易可能的中介機會，這有時也可以單獨視為一種（有償或無償的）中介服務，質言之，事業毋寧具有一種新型態的「中介者力量」²¹⁰。《因應數位經濟之新競爭框架》便言明，平臺藉由中介機會的提供，使自己成為了平臺上掌握資料與形塑秩序的創制者，同時也成為決定其他事業能否獲得進入平臺取得中介機會的守門人²¹¹。故平臺市場力量之評估，應特別細心注意到這些獨特性格。在此基礎上，必須論及者，就不應該僅限於市場支配力量，因為平臺並非一定得要有市場支配力量才能執行一些有害於競爭之措施，而且在數位經濟這種變化快速且具集中化趨勢的經濟領域中，恐怕也得思考公權力及早介入之機會。相對性市場力量，甚至是有鑑於其形成數位商業集團潛力之跨市場凝聚力量，恐怕都無法棄而不論。正是有這些複雜、多樣的市場力發揮情況，才導致德國一方面試圖持續修正確定市場力量之規範，以澄清論證標準，二方面也將修法的範圍延伸至禁止濫用相對性市場力量條款上。在白皮書中，已對市占率的評估應予調整一事進行考量²¹²，十分值得肯定，然而整體而言所談的市場力與濫用行為之廣度與深度，均猶有再強化聚焦之處。

（三）現行規範充足或不足之處應予強調

在白皮書當中，著力最深者，為討論各種濫用市場支配地位的行為類型與因應方式。不過，裡面有一些行為類型，像是搭售、差別取價、最惠客戶條款，自屬「類比世界」就已知之甚詳的阻礙妨礙行為，可能沒有特地納入討論之必要。質言之，這些行為類型是否在「數位世界」中有其特殊難以論證之處？如果沒有，就似乎不用再特別大量討論，而應將心力著重在數位平臺經濟活動中的特別議題即可，如自我偏好、個人資料保護規範與競爭法競合問題等等。另外，白皮書中對於一些單

²¹⁰ 見本文「三、（三）」與「四、（二）」處。

²¹¹ 見本文「三、（三）」處。

²¹² 公平交易委員會，前揭註 1，161。

方限制競爭行為規範的描述，不無有再行斟酌之處。例如談到「……平臺業者是否屬於公平交易法所定義之獨占事業，如果該平臺屬於關鍵設施，但拒絕……」²¹³，獨占與關鍵設施直接並列，顯得頗為突兀，平臺事業擁有獨占地位，應該不必然直接意味著平臺是關鍵設施。本文設想白皮書應該是想表達兩種可能性，一為平臺因拒絕其他事業近用中介服務而無法進入購置或銷售市場，二為拒絕競爭者或其他事業近用平臺所蒐集、儲存與處理的資料，這兩種情況類似於重要設施條款所關切的「打開市場」問題。不過，從GWB數位化法案修改重要設施條款所引發之爭議，以及在禁止濫用相對性市場力量條款中納入資料近用請求權條款等情形來看，恐怕優先以一般性的阻礙競爭行為乃至於禁止歧視行為條款來處理，會是比較恰當的論述方式²¹⁴。

白皮書已設想許多具有濫用潛力行為類型，但仍有些許與數位經濟行為息息相關的濫用市場力量行為並未納入考慮，令人不免有所缺憾之感。對照德國以《現代化研究》為首之研究結果，在白皮書中，平臺市場力延伸議題並未被充分討論，例如平臺透過拒絕近用資料請求，進而排擠上、下游事業競爭機會的情況（濫用資料依賴性），或者是平臺透過其他方式，阻礙其他事業近用平臺事業之中介服務機會（濫用中介服務依賴性），又或者是平臺事業挪用資料給具有垂直整合關係之事業或部門創造競爭優勢（資料挪用之濫用）²¹⁵。另外，對於平臺事業的跨市場、凝聚性資料利用行為所引發的市場力延伸課題，似未能作比較縝密的處理²¹⁶。同樣地，如何在濫用市場力量行為管理框架下，妥善及早處理市場傾覆與不正當妨礙競爭者為競爭行為而削減「平臺多棲」之問題²¹⁷，也恐怕缺乏更為深入之討論。

（四）公平法「數位化改革」之必要性實非杞人憂天

正當GWB數位化法案與DMA已經建構起不同於單純事後管制之明令禁止措施，吾人尚未能從白皮書見到同等意圖。這究竟是主管機關認為「時機未到」，抑或是未曾設想過類似改革，不得而知。不過，白皮書也已對事業結合管制尤其是殺

²¹³ 同上註，162。

²¹⁴ 見本文「三、（四）、2.」處。

²¹⁵ 見本文「四、（一）」處。資料挪用之濫用部分，見本文「三、（四）、1.」處。

²¹⁶ 見本文「五」處。

²¹⁷ 見本文「四、（四）」處。

手併購問題有所留意²¹⁸。基此，應可推測主管機關並非不知數位經濟競爭議題實存有「及早介入」、「管制效率」的必要性。如果此等推測為真，本文則期待公平會能再蒐集多方意見，提出公平法的修正草案。畢竟，當前白皮書仍未對於修法提出明確看法，僅提示研議修改公平會處理原則²¹⁹。但是，有鑑於平臺市場力、平臺之濫用其中介者力量之態樣，終究與傳統的競爭法理論較為重視的商品與服務的價格、品質競爭關係，存有一定程度的差異。因此，透過必要之修法，以宣示或確立部分關鍵爭議的解決方式，而非僅仰賴於修正相關解釋性行政規則進行改革，以強化法律安定性與執法機關的行政行為明確性，對於立法與行政機關而言，仍屬責無旁貸²²⁰。完成公平法之數位化改革，並非意味著行政權力即應無條件強勢介入數位經濟相關市場之運作，箝制相關事業尤其是平臺的業務創新潛力，而是使主管機關能明確獲得介入之權能，減輕機關事實調查與法律適用之負擔，並在遵照憲法原則（尤其是比例原則）前提下，出於保護競爭秩序之目的，為適當、必要且即時之處分。就此而言，有賴於公平會以更為正面、積極的態度，迎接數位經濟對於我國公平法規範秩序所造成的衝擊與挑戰。

對於公平法數位化改革議題，公平會委託研究報告《數位平臺產業現況、發展趨勢及競爭規範——以我國為中心》（下稱《數位平臺報告》）²²¹提供了另一個合適的討論基礎，可資參考。該報告顯示，我國無論是搜尋引擎還是影音平臺使用者，皆呈現出高度集中於同一平臺的情況，且大多數使用者 1 年內並無實際更換其他競爭平臺之行為²²²。繼續使用同一平臺之原因，約有半數使用者表示使用時間已久而成為習慣²²³。此種情況已經暗示在涉及兩種平臺服務之市場中，平臺多棲之形成並

²¹⁸ 公平交易委員會，前揭註 1，111-121、194-198。

²¹⁹ 同上註，212-213。

²²⁰ 有關公平法之修正芻議，實屬重要議題，有待我國行政實務與學界續行討論。本文礙於行文目的與篇幅考量，不先行提出具體看法。就修法建議，請參閱：王立達，「公平交易法因應數位化修正條文芻議」，台灣公平交易法學會 112 年度會員大會暨數位平台之競爭規範論壇會議手冊，台灣公平交易法學會（2023）。

²²¹ 王素鸞主持，數位平臺產業現況、發展趨勢及競爭規範——以我國為中心，公平交易委員會 111 年委託研究報告（2022）。在此感謝匿名審稿人正確指出本文僅就白皮書提出分析，而欠缺對於臺灣數位產業之研究，並建議本文可適度補充前開研究報告之意見，彌補研究基礎不足。

²²² 國內民眾最常使用之搜尋引擎為 Google（占總使用者 87.9%），絕大多數使用者並未再更換其他搜尋引擎（97.8%）；影音平臺方面，絕大多數使用者使用 YouTube（81.6%），且鮮有更換其他影音平臺情況，有更換者僅占 3.1%。參見：同上註，196、201、222、229。

²²³ 同上註，199、225。

不容易，且有不無顯著的市場傾覆趨勢。社群網路之情況則與前兩者不太相同，同時使用 Facebook 與 Line 之使用者不在少數，絕大多數使用者卻在最近 1 年內也無更換其他平臺情形²²⁴。兩者之間的市場活動關係為何，尤其平臺多棲得否確認，有待更進一步研究。有鑑於臺灣市場情況，《數位平臺報告》就競爭規範議題，分別提出短期與中長期之建議。就短期而言，公平會除了持續檢視國際案例外，亦可考慮數位平臺特性，研擬公平會對於數位平臺之規範說明²²⁵。此規範說明內容，該研究主要從平臺等名詞定義、市場界定與市場力之認定，以及濫用市場地位行為之類型化等方面著手²²⁶。至於中長期建議，則提出應注意消費者個人資料保護議題，以及針對大型數位平臺評估採用擇一或同時之事前、事後管制；不過該研究也提到，除非另有其他法律賦予競爭法執法機關額外權責，否則機關仍應以執行競爭法為主軸²²⁷。

無論是白皮書或者是《數位平臺報告》，觀其立場，似以維持現行法律規範架構為主，並嘗試透過增補、修訂解釋性行政規則等強化行政法規方式，將適用於平臺之規制制度納入公平法體系中。本文認為，有鑑於現今搜尋引擎或是影音平臺部門已呈現高度集中化，市場傾覆態勢業已成形，或可採取更加積極之修法方式，一方面提高行政規管可預見性與安定性，另一方面確保事業創新競爭。就此，德國修法可對我國帶來相當啟示，其中最為關鍵者，無疑是面對數位平臺之競爭監理，存有主管機關及早介入之必要性。因此，GWB 數位化法案主要以增添「中介者力量」評估要素以及重整濫用相對性市場力量行為條款兩大方面來著手，一方面嘗試降低主管機關之市場力認定舉證難度，另一方面則透過像是「遏止市場傾覆條款」以強化更早期之介入措施²²⁸。如果我國未來已有決意推動某種事前管制，誠如《數位平臺報告》所言，除了立法，別無他法。除了 DMA 的守門人規定外，GWB 第 19a 條規定，亦可作為合適的立法例參考，惟德國學界所提出之批評，應一併留意。

²²⁴ 國內民眾最常使用 Facebook 者，占總使用者 32.9%，Line 則為 46.9%，不過以 1 個月內曾經使用平臺的數據來看，兩者同時混用的情況是顯著的，約占總使用者的 75%。參見：同上註，207、208、210、211、215。

²²⁵ 同上註，405-409。

²²⁶ 同上註，388-395。

²²⁷ 同上註，408-409。

²²⁸ 見本文「三、(三)」與「四、(四)」處。

七、結論

本文從介紹 **GWB** 數位化法案的修法契機出發，指出德國在面對數位平臺之競爭保護漏洞議題時，主要從單方限制競爭行為方面著手，修改事業禁止濫用市場支配力量行為以及濫用相對性市場力量行為規定，並增設特殊的命令禁止事業為特定行為制度。至於具體之修法構想，大致上可確認來自於幾個研究報告，尤其是《因應數位經濟之新競爭框架》之幾點建議，像是市場傾覆之危險應及早利用相對性市場力量條款加以因應等，更常被政府版本之修法草案加以援引，成為重要之立法史文獻。除了以上這些修法動作之外，傳統之 **GWB** 解釋與適用原理應該仍足以因應作為守門人與創制者的數位平臺所帶來的限制競爭危險問題，尤其是 **GWB** 主管機關 **BKartA** 所提出《市場力報告》已不無正確地指出，需求市場理論已能充分評價數位平臺的間接網路效應，而作出適當的市場界定；惟數位平臺透過中介服務之提供而具備之市場力量仍與過往以供給或需求活動為主軸的市場力量概念有間，故有必要再建立起新型態的中介者力量概念，補充市場力之判斷學理。**GWB** 所新增之第 19a 條屬於本次修法之最大亮點，然而實際成效如何，仍有待後續追蹤觀察。從德國之修法歷程反省我國的法規動態，公平會透過白皮書之公布，宣示勇於挑戰嶄新且困難之平臺問題決心，十分值得肯定，惟當中仍有部分論述著力未夠深刻，例如與數位平臺最切身相關之阻礙競爭行為或者是未來可能之修法芻議，就此而言，或屬未竟之功。

參考文獻

中文部分

- 公平交易委員會，數位經濟競爭政策白皮書，公平交易委員會（2022），<https://www.ftc.gov.tw/upload/e864a976-bba1-4433-aeb6-6ff8c0811977.pdf>。
- 王立達，「公平交易法因應數位化修正條文芻議」，台灣公平交易法學會 112 年度會員大會暨數位平台之競爭規範論壇會議手冊，台灣公平交易法學會（2023）。
- 王素鸞主持，數位平臺產業現況、發展趨勢及競爭規範——以我國為中心，公平交易委員會 111 年委託研究報告（2022）。
- 林家暘，「德國 2021 年限制競爭防制法數位化改革分析」，台灣法學雜誌，第 412 期（2021）。
- 陳韻珊，「數位競爭法先鋒——德國競爭法 4.0 簡介」，公平交易委員會電子報，第 148 期（2020）。

外文部分

- Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, *Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office of the European Union (2019).
- Filistrucchi, Lapo, Geradin, Damien, van Damme, Eric & Affeldt, Pauline, “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice,” *10(2) Journal of Competition Law and Economics* (2014).
- Luchetta, Giacomo, “Is the Google Platform a Two-Sided Market?,” *10(1) Journal of Competition Law and Economics* (2014).
- U.K. Digital Competition Expert Panel, *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, U.K. Digital Competition Expert Panel (2019).
- BKartA, „Macktmacht von Plattformen und Netzwerken,“ *B6-113/15 Arbeitspapier* (2016).
- BMWi, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, BMWi (2019).

- Bongartz, Philipp, „§ 19a GWB – a keeper?“, *WuW* (2022).
- Bosch, Wolfgang, „Die Entwicklung des deutschen und europäischen Kartellrechts“, *NJW* (2021).
- Brauneck, Jens, „Der Digital Markets Act (DMA) – das neue, bessere digitale EU-Wettbewerbsrecht?“, *RDi* (2023).
- Burchardi, Sophie, „Die Selbstbegünstigung von Plattformunternehmen im Fokus des kartell- und Regulierungsrechts“, *NZKart* (2022).
- Cetintas, Gökhan, „Gefährlicher (,Tipping‘-)Gefährdungstatbestand?“, *WuW* (2020).
- Emmerich, Volker/Lange, Knut W., *Kartellrecht*, 15. Aufl., C. H. Beck (2021).
- Engert, Andreas, „Digitale Plattformen“, *AcP* (2018).
- Funke, Thomas, in: Berg, Werner/Mäsch, Gerald (Hrsg.), *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 4. Aufl., Luchterhand (2022).
- Gerpott, Torsten/Mikolas, Tobias, „Zugang zu Daten großer Online-Plattformbetreiber nach der 10. GWB-Novelle“, *CR* (2021).
- Grünwald, Andreas, „,Big Tech‘-Regulierung zwischen GWB-Novelle und Digital Markets Act“, *MMR* (2020).
- Haucap, Justus/Kehder, Christiane, „Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google“, in: Dewenter, Ralf/Haucap Justus/Kehder, Christiane (Hrsg.), *Wettbewerb und Regulierung in Medien, Politik und Märkten: Festschrift für Jörn Kruse zum 65. Geburtstag*, 1. Aufl., Nomos (2013).
- Haucap, Justus/Schweitzer, Heike, „Die Begrenzung überragender Marktmacht digitaler Plattformen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht“, *PWP* (2021).
- Heidler, Matthias/Kutscher, Konstantin, „Die 10. GWB-Novelle und die Missbrauchsaufsicht digitaler Plattformunternehmen“, *WuW* (2022).
- Höppner, Thomas, *Netzveränderungen im Zugangskonzept*, 1. Aufl., Nomos (2009).
- Höppner, Thomas/Weber, Jan Markus, „Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle“, *K&R* (2020).
- Huerkamp, Floriann/Nuys, Marcel, „Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB n.F. – Geglückte ‚Klarstellung‘?“, *NZKart* (2021).

- Käseberg, Thorsten/Brenner, Tobias/Füllung, Daniel, „Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick,“ *WuW* (2021).
- Körper, Torsten, „Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien,“ *ZUM* (2017).
- Körper, Torsten, „Digitalisierung‘ der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle,“ *MMR* (2020).
- Kredel, Nicolas/Kresken, Jan, „Das ‚GWB 10.0‘ – Eckpunkte des Referentenentwurfs für das GWB-Digitalisierungsgesetz,“ *NZKart* (2020).
- Lettl, Tobias, „Der Regierungsentwurf für eine 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz),“ *WM* (2020).
- Lettl, Tobias, „Der neue § 19a GWB,“ *WRP* (2021).
- Lindenberg, Helen, „Zeit für einen Aufbruch in eine neue Ära des Kartellrechts?,“ *WRP* (2021).
- Lohse, Andrea, „Marktmachtmissbrauch durch Internetplattformen?,“ *ZHR* (2018).
- Lorenz, Moritz, in: Berg, Werner/Mäsch, Gerald (Hrsg.), *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, 4. Aufl., Luchterhand (2022).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Mohr, Jochen, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, 1. Aufl., Mohr Siebeck (2015).
- Mohr, Jochen, „Konditionenmissbrauch durch soziale Netzwerke: Facebook,“ *WuW* (2020).
- Monopolkommission, *Wettbewerb 2022 (XXIV Hauptgutachten)*, Monopolkommission (2022).
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, *UWG*, 6. Aufl., C. H. Beck (2014).
- Paal, Boris, in: Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris (Hrsg.), *Informations- und Medienrecht*, 2. Aufl., C. H. Beck (2021).
- Paal, Boris/Kieß, Fabian, „Digitale Plattformen im DSA-E, DMA-E und § 19a GWB,“ *ZfDR* (2022).

Podszun, Rupprecht/Schwalbe, Ulrich, „Digitale Plattformen und GWB-Novelle: Überzeugende Regeln für die Internetökonomie?“, *NZKart* (2017).

Polley, Romina/Kaup, Rieke, „Paradigmenwechsel in der deutschen Missbrauchsaufsicht – Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle“, *NZKart* (2020).

Scholz, Marcel, „Regulierung nach § 19a GWB – Dogmatische Erwägungen zur Beweislastumkehr des § 19a Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB“, *WuW* (2022).

Schweizer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, BMWi (2018).

Steinberg, Philipp M./Wirtz, Markus, „Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle“, *WuW* (2019).

Westermann, Kathrin, in: Säcker, Franz J./Meier-Beck, Peter (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl., C. H. Beck (2022).

Wolf, Maik, in: Säcker, Franz J./Meier-Beck, Peter (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 4. Aufl., C. H. Beck (2022).

**On the Reform of the Digital Platform Regulation in German Competition Law
and Its Enlightenment for the FTC’s White Paper on Competition Policy
in the Digital Economy**

Lin, Chia-Yang*

Abstract

Whether it is in Taiwan or in other countries, the economic activities driven by digital platforms are significant, having become part of citizens’ daily lives. Nevertheless, due to the nature of the digital platforms as the “gatekeeper” and the “rule maker,” ample incentives to engage in various types of restrictive competitive conduct have been provided. In view of these developments, many countries have begun to consider whether the existing rules regarding their competition norms are adequate to address the threats of insufficient competition protection posed by the growth of digital platforms. Regarding this point, this paper seeks to analyze the German competition law reform, which came into being as a response to the digital economy. With this in mind, this paper discusses the German “GWB-Digitalisierungsgesetz,” which involves a series of legislative amendments, including changes to the definitions of market power caused by a monopolistic or dominant position of an enterprise, and the introduction of a special regulatory regime for digital platforms. On the other hand, in regard to this bill there are three points that deserve special mention. To start with, the bill has added the concept of intermediary power to clarify the understanding of market power in relation to digital platforms. Second, the legislators have significantly revised the rules that prohibit relative market power in particular by adding “market tipping” as a type of prohibited conduct. Finally, the legislators have added a new regime for an “ex-nunc” regulation to go against the digital platforms, which are recognized as having intermediary power. This special institution differs from the ex-post monitoring model of the previous competition law. Overall, the purpose of these amendments is two-fold. First of all, it is to make the judgment of market power clearer, and secondly it is to enable the regulatory agency (Bundeskartellamt) to intervene earlier to avoid the serious harm caused by the abuse of market power. By analyzing the results of the “GWB-Digitalisierungsgesetz,” this paper is

Date submitted: March 6, 2023

Date accepted: June 27, 2023

* Assistant Professor (Fu Jen Catholic University); Dr. iur. (Freie Universität Berlin).

likely to provide relevant opinions for the “White Paper on Competition Policy in the Digital Economy” issued by the Fair Trade Commission. This paper thus argues that the White Paper’s failure to clearly state the key points of amendments to the Fair Trade Act may be overly negative. The outcome of the German amendment can therefore be used as an appropriate legislative reference.

Keywords: Digital Economy, Digital Platform, Gatekeeper, Two-sided Market, Multihoming, Data, Network Effects.