

浅论数字经济的反垄断监管

王晓晔

摘 要: 数字经济发展给消费者带来的好处有目共睹。由于互联网平台存在网络效应和规模经济,具有明显垄断或寡头垄断趋势,因此强化数字经济领域反垄断监管在国际上已是大势所趋。数字经济领域反垄断执法应注意两个问题:一是认真执法,努力维护该领域的竞争秩序;二是防止过激执法,避免由此扼杀数字企业的创新力。我国当前的反垄断执法应特别关注两个问题,一是科技巨头针对初创企业的并购活动,二是平台企业之间的排他行为,尤其是电子商务中的“二选一”。除此之外,我国还应合理增加反垄断执法资源,提高反垄断执法能力和效率。

关键词: 数字经济 反垄断监管 企业并购 排他性行为

国务院反垄断委员会2月7日发布《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》),这是我国反垄断机构依据反垄断法基

本原理和规则,结合我国国情,并参考和借鉴国外相关实践所制定,对促进我国平台经济的健康发展具有重要意义。笔者拟就平台经济的反垄断问题分享

作者:王晓晔,深圳大学特聘教授,中国社会科学院法学所研究员。

生产企业和连锁经营单位推行长三角跨区域异地异店无理由退换货制度。强化12315执法体系建设,推进综合维权机制建设,构建在线消费纠纷解决机制,探索建立互联网“微调解室”。加大消费维权服务站、绿色通道和先行赔付企业建设力度,深入开展“3·15”系列活动,开展甬城暖心消费和“衣食住行游”五大版块消费体验,探索集体诉讼制度。

(五)增强执法威慑力

构建全闭环的行政执法监督体系,制定推行《行政执法责任若干规定》,深化市场监管领域“全链条”执法。围绕公平竞争、监管创新和提升企业竞争力,严格执行经营者公平竞争审查制度,严厉打击不正当竞争行为。加强重点领域监管执法,迭代优化“互联网+监管”模式,推动平台经济和网络市场健康发展,积极创建全国网络市场监管与服务示范区。

(六)增强科技支撑力

深入推进检验检测高技术服务业集聚区建设,完善设备补助、资质认定、资金奖励等产业扶持政策,吸引更多优质的检验检测机构入驻。深化质量基础“一站

式”服务平台建设,规范平台建设标准和评价体系,打造一批示范引领平台。发挥国家级实验室技术优势,为产业链、供应链提供“全链条”的技术整体解决方案。统筹推进质量基础设施建设,助推制造业等特色产业高质量发展,为浙江自贸区(宁波片区)建设提供国际能源贸易和油气储运等方面的精准服务。加快推进水表型式评价实验室、蓄能器产品质检中心等国家级、省级以上科研平台建设。

(七)增强队伍战斗力

发挥全面从严治党引领保障作用,按照“有德、善干、能说、会写”的要求,扎实开展“模范机关、清廉机关、文明机关”创建和“执行力提升年”活动,完善干部培训、选拔和挂职锻炼机制,推行工作事项清单化、项目化管理,优化绩效考核,梳理权力清单,防范履职风险,加大典型案件的警示教育力度,以案释德、以案释纪、以案释法,打造一支素质全面、业务过硬的专业化队伍。

责任编辑:王琳、张维

几个观点。

一、数字经济领域需要反垄断监管

众所周知,互联网经济在我国 20 余年的发展给广大消费者和企业带来了巨大好处。我们可以通过搜索引擎获取自己想要的信息,通过社交网络与朋友进行通话和视频,还可以通过电子商务进行购物,这些便利条件在上个世纪不可想象。今天,我国互联网企业市值超过千亿美金的至少有 5 家,超过百亿美金的有 20 多家,网民数量超过 9 亿,数字经济在 GDP 的比重超过 36%。这些数据说明数字经济对国计民生非常重要,特别是经过这场疫情,社会对数字经济的重要性有了更深刻的认识。

数字企业可以为消费者提供多种服务。以与我们密切联系的搜索引擎服务、电子商务和社交网络服务为例,数字经济主要有以下几个特点:第一,数字企业通过互联网平台提供服务,数字经济因此也被称为平台经济。第二,互联网平台存在明显的直接网络效应和间接网络效应,前者是指用户的收益随着用户数量的增加而增加,微信等社交平台在这个方面的特点尤为明显;后者是指平台侧用户数量的增加可提高另一侧用户的经济效益,例如电商平台这方面的特征非常明显,即平台两边存在“鸡和蛋”的关系。第三是普通消费者一侧的服务往往是“零价格”,即平台经营者为了能够在平台两边吸引用户,往往是通过一边用户的收益“补贴”另一边的用户。第四就是高集中度。因为互联网平台存在直接和间接的网络效应,平台企业的商业模式是基于数据的收集、分析和评估,大数据是它们提供服务的前提条件,随着平台网络效应产生了规模经济、范围经济,这意味着平台市场存在巨大的进入壁垒,因此平台市场的结构明显存在垄断或者寡头垄断的趋势,存在赢者通吃现象。总之,平台经济一方面给社会带来了巨大的福利,但另一方面也会产生各种风险如国家安全、消费者隐私保护以及大平台的排除限制竞争等问题。因为不管何种经济,推动经济发展的动力一般都是源于市场竞争,因此数字经济领域也需要保护竞争,反对垄断。

二、欧美数字经济领域反垄断监管现状

数字经济是经济全球化的产物,强化数字经济的反垄断监管在国际社会是大势所趋。欧盟委员会针对科技巨头早就开始了轰轰烈烈的反垄断执法。2017 年对谷歌罚款 24.2 亿欧元,理由是其搜索引擎不公平地将消费者引向谷歌的比较购物服务;2018 年对谷歌罚款 43.3 亿欧元,理由是它强迫使用安卓系统的智能手机生产商安装谷歌的搜索引擎和浏览器;2019 年对谷歌再次罚款 14.9 亿欧元,理由是其在在线广告服务排挤竞争对手。尽管欧盟委员会对谷歌的罚款金额高达 80 多亿欧元,欧洲仍有很多人批评欧委会针对数字巨头的反垄断措施不力,一是调查时间太长,二是巨额罚款没有改变谷歌的反竞争行为。2020 年 12 月 15 日,欧盟公布了《数字服务法》和《数字市场法》两部草案,旨在针对科技巨头加强监管。前者明确了数字平台的责任是保护用户的合法权益,强调了事前监管规则以确保平台市场的公平和自由竞争。后者主要解决市场封锁问题,禁止科技巨头自我优待和排除限制竞争行为,并且规定科技巨头的违法行为最高可处其全球年营业额 10% 的罚款。如果出现系统性违法行为,违法者可被进行拆分。

美国众议院司法委员会在 2020 年 10 月发布了《数字市场竞争调查报告》,这是它 2019 年 6 月针对苹果、亚马逊、谷歌和脸书等大型平台企业进行调查的结果。报告的基本观点是,美国社会对科技巨头导致的互联网垄断存在巨大忧虑,认为它们不仅损害了美国的经济自由,影响了初创企业的竞争,减少市场创新和消费者选择,而且也损害了美国的政治、文化、新闻自由、个人隐私。报告提出要对 4 大巨头进行结构性拆分,改革反托拉斯法。随着这个调查报告发布,美国司法部联合 11 个州在联邦地方法院起诉了谷歌,指控它封锁了竞争对手可向消费者提供更具吸引力的应用程序,损害了数字市场的创新。联邦贸易委员会也起诉了脸书,并且提出拆分脸书的建议。苹果、亚马逊等其他互联网巨头也无一例外地受到了相关反垄断调查。

三、反垄断措施不应损害企业的创新力

鉴于数字经济对消费者和企业的重要影响,如何合理规制数字大企业必然会受到世人的广泛关注。一方面,关注反垄断法能否在数字领域得到合理适用,以维护数字市场的竞争性;另一方面,则担心反垄断执法如果过严,可能会扼杀数字企业的竞争力和创新力。就欧美国家最近针对科技巨头准备采取的一些反垄断措施,笔者认为,为降低数字巨头的市场势力而拆分它们是否存在很大的风险,因为这似乎是实施产业政策而非竞争政策。有人提出互联网平台应当竞争中立,要求平台经营者与其在平台上的营利行为独立开来。这里的问题是,如果不许可互联网平台搞经营活动,平台经营者如何运营和维护其庞大的平台?如果企业通过投资和创新建立的互联网大平台被要求按照公用事业企业的监管办法向所有的企业包括向其竞争对手开放,谁还有心建立和发展平台?没有这样的平台,消费者能否得到现在的选择机会?另一个问题是,互联网企业不像水泥行业。一个大的社交网络如果分割为10个企业进行运营,如果每个企业占10%的份额,这些社交网络之间能够互联互通吗?如果这10个网络被要求互联互通,它们之间是否可能出现反垄断法禁止的共谋行为?

即便数字企业的垄断性比较强,但也不应当像欧盟那样被列入黑名单或者像美国那样考虑强制拆分它们,因为企业规模大本身不违法,除非它们存在严重的排除限制竞争行为。笔者认为,反垄断法可在正常情况下监管互联网大企业,因为数字经济即便有其特殊的经济结构,但这不应成为该领域不能适用反垄断法的理由:一方面,数字经济是通过数字技术和互联网开展信息交流和商务活动,它是与实体经济交织在一起的;另一方面,数字经济下的反垄断也需要界定市场势力,即便市场势力在不同经济领域有不同的表现,例如互联网经济需要考虑网络外部性和大数据,但是各种市场势力都应当有一个统一的理解。还有一个重要方面是,反垄断执法一百多年的经验包括判例法证明,反垄断法有很大的灵活性,它有能力处理不断出现的新经济和新案情。

四、我国数字领域反垄断执法应特别关注的问题

《指南》指出,“反垄断执法机构将根据平台经济的发展状况、发展规律和自身特点,结合案件具体情况,强化竞争分析和法律论证,不断加强和改进反垄断监管,增强反垄断执法的针对性、科学性。”考虑到我国平台经济领域的反垄断执法情况以及该领域明显存在垄断的趋势,为了维护和推动互联网经济的市场竞争,我国这个领域的反垄断执法应当重点关注以下两个方面。

一方面是数字经济领域的并购活动。近年来我国互联网巨头参与的企业并购几乎没有进行过申报,有些可能没有达到申报标准,有些则因为参与并购企业的组织形式是VIE(“协议控制”),其结果就是这些并购没有得到反垄断监管。《指南》第十八条对涉及VIE架构的经营者集中做出了明确规定,“涉及协议控制架构的经营者集中,属于经营者集中反垄断审查范围。”这说明,无论何种企业组织形式,合营企业、中资企业抑或外资企业,只要企业并购可能对市场竞争产生不利的影响,就应当按照反垄断法的规定进行申报。2020年12月14日,市场监管总局依法对阿里巴巴投资收购银泰商业股权、阅文集团收购新丽传媒股权、丰巢网络收购中邮智递股权等三起未依法申报的经营者集中作出了行政处罚,按照反垄断法的规定分别罚款50万元,这对数字经济领域的企业有一种示范效应。此外,在实践中,有些数字企业的并购例如滴滴和Uber之间的并购对市场竞争影响很大,但是因为没有达到规定的申报标准也没有进行申报。这些案件说明,我国反垄断法的经营者集中申报标准应当进行修订。

另一方面是数字市场上的排他行为,当前公众特别关注的是电子商务中的“二选一”问题。有人说,市场经济下的企业享有合同自由,当然也有权与其他企业订立“独家交易”。但是,当一个企业的规模大到成为垄断性或占市场支配地位的情况时,该企业就不能享有完全的合同自由。当前,我国网民数量超过9亿,大的电商平台不过几家,如果允许大平台实施强制性“二选一”,其结果就是平台上的供货商被迫退出小平

台,留在大平台。因为平台的规模经济特别重要,在平台两边用户达不到一定规模的情况下,小平台将被迫退出市场,因此平台市场的强制性“二选一”会严重地排除限制竞争。市场上的公平竞争是指企业间比价格、比质量、比新产品、比创新、比向消费者提供更好的产品和服务,也即是平台企业应当努力做好自己的产品和服务,而不能要求其平台上的商户只能与其交易,而不能和其他平台进行交易,即不能出于自己的利益而不公平的损害他人的利益。因此,如果大平台通过强制性独家交易或者技术手段阻止商户在多个平台销售产品,即阻止他们的“多归属”,这不仅明显限制竞争,而且也缺乏商业道德。

近来有一种声音,认为国家应当保护民营经济,不应当对其实施反垄断,更不应当对互联网民营企业搞反垄断,因为市场经济就是私人所有制经济,民营经济自然可以发展成为市场经济。这个观点是不正确的。市场经济固然需要保护所有权,需要合同自由,但是,如果市场经济国家没有一个保护市场竞争的法律制度,私人所有权并不必然可以建立市场经济。因为在市场垄断的背景下,消费者没有选择权,资源配置不可能优化,垄断者也不可能提高其生产效率,这样的经济制度不是真正的市场经济。因此,市场经济不是仅仅建立在合同自由和所有权保护制度之上,而是建立在合同自由、保护所有权和竞争自由制度三大支柱之上,互联网经济领域同样如此。即便我国几个互联网大企业都是民营企业,如果我们许可某些企业订立独家交易,通过“二选一”排除限制竞争,这会在相当大程度上封锁市场。因此,该领域仍然需要反垄断,需要保护竞争。

五、提高反垄断执法的资源和能力

2020年11月中央网信办、市场监管总局、税务总局联合召开规范线上经济秩序行政指导会。这说明互联网平台经济的监管涉及消费者保护、市场竞争、数据安全、国家税收等很多方面,需要多部门共同推进。从竞争监管方面看,我国的市场很大,但反垄断执法队伍很小。一位美国专家告诉笔者,美国联邦贸易委员会针对高通公司的反垄断诉讼投入了17位专职

法学和经济学专家。这里不是进行反垄断执法资源的攀比,但可以说明的一个问题是,一些经济体量大和复杂程度高的案件需要足够数量和高质量的执法团队。考虑到涉及互联网平台的案件往往涉及复杂的技术问题,国家应当考虑增加这方面的执法资源,提高执法队伍的能力和水平。有一个案例,某县市场监管局针对“饿了么”平台的“二选一”行为做出了罚款15万元的决定,被调查企业到法院起诉了县市场监管局,认为罚错了。法院要求县市场监管局拿出被调查企业违法行为的证据,这就涉及平台内部的数据,需要相关的技术手段才能取证。因为县市场监管局拿不出相关证据,法院撤销了这个行政处罚决定。这说明,竞争执法机关如果没有相关技术能力,很难对互联网企业开展有效的执法活动。

最后,为了提高数字经济领域反垄断执法的能力和效率,也需要提高互联网企业的自律性和社会责任感。在这里我们有必要学习欧盟的经验,事先告诉互联网大企业哪些行为是违法的,这也需要政府在制定政策的过程中广泛听取互联网企业的意见,注重发挥行业协会组织的作用,引导互联网企业自觉参与反垄断治理,积极和主动配合执法机关遵守市场竞争的法律和秩序。

责任编辑 张维、邢淼