

数字经济反垄断监管的几点思考

文/王晓晔

数字经济也被称为互联网经济或者平台经济。当前中国网民数量接近10亿，数字经济在GDP中所占比重超过36%，这说明数字经济已成为中国经济发展和财富增长的重要源头。国家市场监督管理总局于2021年2月7日发布了《平台经济领域反垄断指南》（以下简称《指南》），提出了中国数字经济领域强化反垄断执法的措施。本文论述数字经济领域反垄断监管的必要性，评述欧盟和美国数字经济反垄断监管的措施，并探讨强化中国数字经济反垄断监管的主要问题及其解决措施。

数字经济需要反垄断监管

从一般消费者的角度看，数字经济的大众化服务主要有搜索引擎、电子商务和社交网络三大类。这些服务有四个显著特点。第一，数字大企业都是通过互联网平台开展经营活动，即平台两边为不同用户提供不同的服务。第二，互联网平台存在直接和间接网络效应。前者指用户从平台获得的收益随着平台用户数量的增加而增加，后者是指平台一边用户数量的增加可提高另一边用户的经济效益。第三，具有规模经济特性。在平台成本结构中，固定成本比较高，可变成本比较低。平台企业的边际成本比较低，甚至等于零。第四，零价格服务。平台经营者一般是通过用一边用户的收益去“补贴”另一边用户，其结果就是消费者一般可得到“零价格”服务。因为互联网平台明显存在直接和间接网络效应，其经营模式是基于数据的收集、分析和评估，大数据是平台经营者提供服务的前提条件，因此数字市场就存在进入壁垒。这也说明，平台经济一方面给社会 and 消费者带来巨大的福利，但另一方面也会引发各种风险。特别是数字领域的成功企业往往占具垄断或者市场支配地位，这为后来者留下的竞争空间越来越小，因此全球各国对数字经济领域的反垄断呼声越来越高涨。

数字经济存在垄断和寡头垄断趋势，但这个领域仍然存在抵消集中度的两种力量：第一种抵制力量来自差异性的用户；第二种抵制力量来自平台的多归属性。与提供搜索信息和电子商务的平台相比，社交平台具有很强的直接网络效应，即用户数量直接关系到平台的效率。即便数字经济明显存在垄断性，但诸如谷歌、脸书、阿里、腾讯，

为维护其在相关市场的领导地位，必须不断地应对市场创新和潜在进入者。数字企业的垄断地位或者市场支配地位是在市场竞争中产生的，对数字巨头不应当以市场之外的方式即将其作为公用事业企业进行监管，甚至对其进行“国有化”或“公有化”。一百多年来的经验证明，反垄断法有很大的灵活性，有足够大的能力来处理不断出现的新经济和新案情。

欧美数字经济领域反垄断监管的现状和问题

全球数字经济反垄断监管最早且力度和影响最大的司法辖区当属欧洲联盟。苹果、谷歌、亚马逊、脸书等数字巨头均在欧盟遭到反垄断调查。2017至2019年，尽管欧盟委员会连续三年对谷歌的罚金总额超过80亿欧元，但很多欧洲人仍批评委员会对谷歌采取的反垄断措施不力，特别是竞争法无法干预数字市场的结构性反竞争问题。在这种情况下，欧盟委员会于2020年12月15日公布了《数字服务法草案》和《数字市场法草案》。《数字服务法草案》规范欧盟境内的数字服务，目的是强化数字服务企业的责任，确保平台上没有违法的内容。《数字市场法草案》是对数字“守门人”进行事先监管的规定，即核心平台服务商一旦达到“守门人”标准，就得承担特殊的义务和责任。对“守门人”的最高罚金可达其全球收入或营业额的10%。在“守门人”出现系统性违法的情况下，除了行为性救济，欧盟委员会还可采用结构性救济，即拆分企业或剥离其某些业务。《数字市场法草案》没有明确哪些核心平台服务商可被视为数字“守门人”。因为“守门人”的标准是公开和透明的，其中肯定包括脸书、谷歌、苹果、亚马逊和微软等数字巨头。

数字巨头近年来在欧盟不断遭遇反垄断调查，但在美国却基本没有受到干预。美国政府对数字巨头明显采取了宽容态度，这是受芝加哥学派的影响。该学派以降低价格和提高效率作为反垄断立法宗旨，强调政府不应干预大企业，因为大企业的市场势力是其高效率的体现。然而，美国近年来出现了一个“新布兰代斯学派”，它强调反托拉斯法不但是维护国家经济自由的手段，更是构建民主社会的重要手段。在这股思潮影响下，美国众议院司法委员会

于2020年10月发布的《数字市场竞争调查报告》指出,今天的美国社会对科技巨头的互联网垄断存在巨大忧虑,这些巨头们不仅影响了初创企业的竞争,减少了市场创新和消费者选择,而且损害了美国的政治、文化、新闻自由和个人隐私保护。报告建议,对谷歌、亚马逊、脸书和苹果等被称为GAFA的四大巨头进行结构性拆分,改革现行反托拉斯法。随着这个报告的出台,美国司法部和联邦贸易委员会分别对谷歌和脸书提起了反托拉斯诉讼。

欧盟对数字“守门人”的建章立法和美国反垄断执法机关针对谷歌和脸书的反托拉斯诉讼说明,欧盟和美国在数字经济反垄断监管问题上达成了一些共识,即认为现行反垄断法不能解决数字经济领域的结构性垄断问题,从而提出拆分数字巨头,要求它们的互联网生态系统向竞争对手开放。对数字巨头加强反垄断监管毫无疑问是正确的。企业的规模越大,它们越应当承担更大的法律责任。但是,有些提议的法律道路可能并不平坦,因为人们可能担心,如果这个领域的反垄断执法过严,可能会扼杀数字企业的创新力和竞争力。欧盟和美国提出的结构性拆分也可能引发人们的担忧,理由是数字巨头围绕其核心平台通过互补性产品和服务建立了大型的“生态系统”。互联网巨头的生态系统不断扩张,一方面说明数字领域不同产品和服务的整合有助于提高效率,节约成本;另一方面,这些在核心领域有着市场势力的大平台可利用其在下游和邻近市场的优势地位,实现赢者通吃,由此大大提高新企业进入市场的壁垒。然而,美国很多专家学者认为,结构性拆分不是纠正反竞争行为的好办法。因为拆分的基本方式是一个综合性大企业拆分为几个小企业,但这些拆分的成本很大,好处并不明显。反托拉斯法著名学者霍温坎普(Hovenkamp)认为,对高度整合的数字企业进行结构性拆分可能导致严重的不利后果。他说,反垄断救济的目的是重塑和恢复市场竞争,评价救济措施只能考虑是否由此可增加产量、降低价格、提高质量和激励创新。无论如何,反垄断救济的目的不是让企业的规模变小,或者降低其经济效率使其无利可图,当然更不是通过提高价格、减少产量或降低质量来损害消费者利益。

数据互操作也是数字经济发展的一个关键问题。数据互操作的基本要求是数据具有可移植性,即数据的自由流动。如果平台A要对平台B的用户数据进行连续和实时访问,这种数据互操作会损害平台B继续收集数据的动力,也即出现了竞争损害。美国联邦贸易委员会指控脸书“向第三方提供API的前提条件是对方不得开发与脸书相竞争的服务,也不得连接或推广与其相竞争的社交网络服务”,但是,考虑到脸书与电力、电信等公用企业不一样,它不提供普遍服务,而有其自身经济利益。脸书拒绝第三方进入平台开发与其相竞争的服务在现行法律制度下

有一定合理性。简言之,不受限制的数据互操作会导致搭便车行为。搭便车一方面会减少企业的创新和投资动力,另一方面也会导致产品或服务的同质化,损害消费者利益。

中国数字经济反垄断监管的思考

当前我国数字经济领域反垄断监管应当特别关注两个问题。

(一)强化经营者集中控制。我国数字经济领域为数众多的并购案件没有一起遭遇反垄断法的挑战,甚至没有向执法机关进行过申报,这不能不说中国反垄断执法在经营者集中控制方面存在着问题。2020年12月,国家市场监督管理总局对“阿里巴巴收购银泰商业股权”等三起未依法申报的经营者集中作出顶格行政处罚决定,这是中国反垄断执法机关首次对数字经济领域的经营者集中交易作出的行政处罚。在数字经济领域应密切关注数字巨头并购初创企业的活动。这一方面是因为这个领域的市场高度集中,垄断性比较强,这些并购活动会进一步加强并购企业的垄断地位或者市场支配地位;另一方面从并购企业的角度看,这些并购不仅有助于提高其竞争力,而且可以消灭其潜在的竞争对手。数字经济与传统经济一样,垄断者从其本能出发,会热衷于收购一些科技初创企业。因此,反垄断执法机关应当采取措施,鼓励有发展前景的初创企业成为独立的市场主体,积极参与互联网平台竞争,而不是让它们昙花一现,过早地消失在数字大企业的并购巨浪中。

为改进和强化数字经济领域的经营者集中控制,《指南》结合中国反垄断实践,明确涉及VIE(Variable Interest Entity,即可变利益实体)协议控制架构的经营者集中属反垄断审查范围。《指南》关于经营者集中申报还有一个重要规定:“参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中,对未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构将依法进行调查处理。”这个规定吸取了2016年“滴滴并购优步(Uber)”一案的经验教训。即经济体量比较大和市场份额比较高的并购交易即便没有达到申报标准,反垄断法执法机关也应当要求这个并购进行申报。

《指南》在数字经济下经营者集中审查的实体规则方面也有重大发展。根据其第21条,不予禁止的经营者集中除可附加结构性救济即剥离有形或无形资产外,还可采取行为性救济,即“开放网络、数据或者平台等基础设施、许可关键技术、终止排他性协议、修改平台规则或者算法、承诺兼容或者不降低互操作性水平等行为性条件”。从国际角度看,数字巨头的很多并购交易之所以得到了批

准,是因为反垄断法审查经营者集中主要考虑企业市场份额、市场控制力、市场集中度等因素,即考虑并购企业相互是否是竞争对手。其结论往往是并购当事人不存在竞争关系,并购不会严重损害竞争。现在人们普遍认为,数字巨头并购小型初创企业很可能削弱市场动态竞争。美国反托拉斯经济学家夏皮罗(Shapiro)认为:“美国司法部和联邦贸易委员会如果当年阻止科技巨头为巩固其市场地位而发生的并购,这会大大推动数字经济的竞争和创新。”但这里的问题是,被并购的小企业即便有可能发展很快,但并购时如果其市场份额非常小,执法机关阻止这样的并购可能会遇到法律障碍。因为一方面,这种收购可能为科技巨头的资源整合和改进服务创造了条件;另一方面,如果被收购企业没有机会成为市场上强大的竞争对手,这种收购对被收购方就可能很有价值。对上述难题,美国有学者认为,鉴于小型初创企业最重要的资产是其知识产权,如果并购方承诺以公平、合理和无歧视条件(简称“FRAND”)将并购中所获得的知识产权许可给第三方,即将被并购方知识产权的增长潜力向第三方开放,并购应当被批准。中国商务部附条件批准的“谷歌并购摩托罗拉”和“微软并购诺基亚”两个案件,也要求并购当事人将涉案知识产权以FRAND条件许可给第三方。这种救济一方面可以减少和避免并购产生窒息竞争的后果;另一方面可避免并购成为并购方维护其市场势力的杀手锏。

(二)禁止恶意排他行为。排他行为是市场上的普遍现象。当企业占据垄断或市场支配地位,不合理的排他行为就会严重限制竞争。反垄断法都有禁止滥用市场支配地位的规定。在中国当前的数字经济领域,涉及排他行为的热点问题有两个。一个热点问题是平台的进入和屏蔽,如抖音向法院起诉腾讯,理由是腾讯的微信和QQ限制用户分享抖音的内容。但是前面指出过,数据互操作涉及数据信息在不同平台之间的自由流动,也会涉及所有权保护、知识产权保护、个人数据保护、信息安全、平台服务质量等诸多法律问题。这即是说,开放平台、推动竞争是问题的一个方面,但不能由此说其他问题不重要。因此这里需要执法机关就具体案件进行具体分析,而不能把拒绝开放一概视为不合理的“拒绝交易”。《指南》指出:“分析是否构成拒绝交易,可以考虑控制平台经济领域必需设施的经营者的拒绝与交易相对人以合理条件进行交易。”“必需设施”概念来自美国反托拉斯法,但是其已经不再适用这个理论。美国权威学者阿列达(Areeda)说:“‘必需设施理论’一开始就是错误的,它妨碍了企业向重要资产进行投资,而这些投资对消费者来说具有高价值,对所有权利人都是高成本,否则不会贴上‘必需设施’的标签。不受限制的‘必需设施理论’对现代市场创新有极大损害,一方面会损害权利人的投资动力,另一方面从长远看也会损

害消费者的福利。即便存在强制分享的案件,也应当是极例外的情况。”考虑到包括美国和欧盟在内的全球数字经济领域迄今尚无一个案件适用过“必需设施理论”,《指南》提出这个概念的适用应当极为慎重。

另一热点问题是电子商务平台的“二选一”,即有的平台要求商户只能在自己的平台销售,而不能再进入其他平台销售。电子商务平台明显具有多归属属性,即供货商和消费者可同时进入多个平台销售或者购买产品。对大多数商户来说,多平台销售不仅可以扩大销售范围、降低风险,而且多平台交易有助于它们获得公平合理的交易条件。从长远看,多个平台竞争还有利于消费者,因为竞争有助于改善平台服务质量,提高平台经营者的创新力。

“二选一”存在的更严重问题是损害平台间的公平竞争。因为互联网平台明显存在网络外部效应,平台一边的商户越多,另一边的消费者也越多,平台价值就越大;相反,平台一边商户的数量越少,另一边消费者的数量也会减少,平台的价值就会降低。我国网民近10亿,电商平台仅有天猫、京东、拼多多等不多几家。在这种情势下,大平台强迫商户在平台之间进行的“二选一”势必直接威胁小平台的生死存亡。反垄断执法机关已开始关注平台之间的排他行为和恶性竞争。

结语

当前国内外针对数字巨头都强化了反垄断监管,欧美甚至提出拆分企业和数据互操作等激进措施。有些措施在学术界和实务界尚存在很大争议,因为它们一方面可能与现存的法律制度相冲突,另一方面一定程度上会导致政府全面的经济管制。但是,无论如何,反垄断执法必须认真应对数字经济的各种挑战,要使科技巨头认识到,它们不得凭借其向社会提供所谓的“零价格”服务就可以肆无忌惮地采取反竞争行为,甚至在国家经济和社会的其他方面渗透其市场势力。反垄断法以事实和案件为导向。鉴于数字巨头热衷于并购初创企业,经营者集中申报标准和实体规则应当与时俱进。鉴于数字巨头本能地单方面排除限制竞争,这些案件应放在反垄断执法的优先地位。数据互操作在数字经济领域非常重要,但应当考虑将各种法律风险控制的最小范围。鉴于数字经济反垄断监管已成为一个全球化的问题,中国反垄断执法机关在这方面不仅应当考虑国情,而且应当借鉴国际经验,与世界各国一道共同为数字经济领域的反垄断监管寻求科学合理的解决方案,进一步完善我国反垄断法,更好地推动我国数字经济高质量和可持续发展。^⑤

【作者系深圳大学特聘教授;摘自《法律科学(西北政法学报)》2021年第4期】