

【互联网竞争与监管专题】 主持人:喻玲

# 互联网平台经营者集中:风险、挑战与应对

王健,姜厚辰

(浙江理工大学 法政学院,浙江 杭州 310018)

**[摘要]** 数字经济时代互联网平台因为其网络外部性和双边市场的特性快速发展。大型互联网平台经历了从依靠创新开辟市场,到使用“价格战”抢占市场,再到利用并购拓宽市场的过程。然而,互联网平台的并购行为因数字市场的特点存在反竞争风险,其中初创企业并购可能消除竞争和创新,而跨领域并购则强化了互联网平台的市场力量。现行反垄断法经营者集中制度在规制互联网平台并购行为时存在着申报标准不合理、竞争效果评估困难和处罚力度过小等诸多挑战。为了应对这些挑战,我们应当从立法层面建立综合性申报标准、推定互联网支配地位企业并购行为违法制度和提高处罚力度,在执法层面革新竞争效果评估方法,以完善互联网平台经营者集中控制制度。

**[关键词]** 互联网平台;经营者集中;反垄断规制

**[中图分类号]** D922.29

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1671-6973(2021)05-0088-09

随着数字经济时代的到来,大型互联网平台经营者并购行为越来越多,并购似乎成为了互联网企业发展最便捷的方法:脸书并购瓦次普,滴滴并购优步,阿里巴巴并购高德地图。这种并购行为在反垄断法中称为经营者集中。无论国外国内,互联网平台的经营者集中都已经引发反垄断执法机构的关注。例如美国在《数字化市场竞争调查报告》中揭露了互联网平台扼杀性收购的危害;德国第十次《反限制竞争法》修正案为了应对互联网平台并购的挑战,调整了经营者集中的申报标准;我国也在《国务院关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《平台反垄断指南》)中针对互联网平台经营者集中设置了专项条款。2021年1月以来,国家市场监管总局陆续对20余起互联网领域未申报的经营者集中做出处罚,这一切都表明我国将进一步加强平台经济领域的经营者集中审查工作。因此,我们要密切关注数字时代大型互联网平台的并购行为,积极分析其可能产生的反竞争风险,同时革新我国的经营者集中控制制度,这对于数字市场的良性竞争与健康发展都有着重大意义。

## 一、互联网平台的发展迈入并购时代

### (一)互联网平台经济的特点促成并购行为

网络外部性是互联网平台经济最基本的特点之一。网络外部性的概念最早由卡茨和夏皮罗提出:“当消费同样产品的其他使用者的人数增加时,某一使用者消费该产品所获得的效用也会增加,也就是说这种产品新用户的加入可以给老用户带来价值。”<sup>[1]</sup>这一特点让互联网产品区别于一般的产品(如一个健身房客户越多则每人可以使用的时间和器械就越少),互联网产品的用户人数越多,则每个用户从

**[收稿日期]** 2021-06-25

**[基金项目]** 国家社会科学基金重点项目“反垄断法制裁的现代化研究”(18AFX019)。

**[作者简介]** 王健(1971—),男,浙江黄岩人,教授,法学博士,主要研究方向:竞争法、宏观调控法。

该产品中得到的价值就越高。以“微博”为例,其作为社交软件,价值与用户数量相关。当使用微博的用户增加,微博本身可供欣赏的内容就会增多,用户从中可以获得的资讯也相应增多,从而充分发挥微博的作用。这也就是说互联网的外部性特征使得原有用户可以从新用户中不断获得新增价值,且原有用户无需支付任何额外费用。因此随着用户规模的扩张,互联网企业的价值也会被无限放大。互联网企业的另一个特点“双边市场”则进一步要求它们获取更多的市场和用户。平台作为产品或服务的提供者与用户之间的媒介,为两边不同的客户群体提供不同的产品或者服务,并且利用双边的互动联系以及不同群体对于需求价格弹性的反应程度制定不同的定价策略,达到相互促进的效果而从中牟利。<sup>①</sup> 由于双边之间正外部性的存在,当平台拥有的客户越多,则越容易吸引另一边的产品提供商,反之亦然。

根据这些互联网平台的特征,互联网企业向外扩张可以为用户创造更多的价值,其所构筑的平台越大,用户使用该平台的倾向越明显,因此市场份额较大的企业会不断地对外扩张,并购弱势企业;而弱势地位的企业也会因“马太效应”的作用不断向优势地位企业靠拢。如此一来,并购成为了互联网平台发展的必然选择,它们会不断向外拓展市场,整合周边,最终形成超级平台。

## (二)并购替代“价格战”成为互联网平台的主要发展方式

中国互联网资本市场的发展和经济发展密切相关,在2008年、2012年资本市场出现寒冬时,互联网市场的发展同样受到阻碍。曾经各大互联网平台可以毫无顾忌地投入大量资金大打“价格战”,是因为其背后有资本市场作为强大后盾。<sup>②</sup> 但当国内资本市场进入阶段性萧条期时,资本的投入便无法随心所欲,资金出现缺口是常态。而互联网企业之间的竞争并不能停,这直接导致了企业之间不得不选择并购来实现市场的拓展。除了外部经济环境因素的影响,互联网企业自身的发展也进入瓶颈,传统的通过补贴来争抢新用户的方法不再奏效。当投入互联网的用户越来越多,则意味着未使用互联网的用户逐渐变少,想要增加新的网民会更为困难。网民红利危机的到来让互联网企业明白自己的重心要从“拓展新用户”转为“精耕老用户”。<sup>[2]</sup> 据统计,中国手机网民规模从2008年的1.18亿增长至2020年的8.97亿,增长率从136%降至10%左右,并在2012年后趋于平稳。<sup>[3]</sup> 因此,继续通过“价格战”的补贴方式拓展新用户市场已经不再是企业之间合理的竞争方式,不仅无法达到以前的发展速度,还会给企业带来沉重负担,所以可以实现“双赢”的并购则成为了互联网平台发展的不二选择。

并购本身是正常的商业活动,是市场资源的整合,合理的并购行为可以减少资源浪费,因此反垄断法并不控制合理的并购行为。但倘若并购的目的是为了不断巩固自己的市场支配地位,消除潜在竞争,则并购行为必须要受到反垄断法的规制。

## 二、互联网平台经营者集中存在风险

在传统观点看来,对于尚不具有一定市场规模的企业进行并购,以及发生在不同市场间的跨领域并购,因不会在相关市场产生显著的竞争损害和市场结构变化,而常常被认为无需控制。但是随着数字经济的发展,互联网平台市场的双边性以及优势传导作用使得初创企业并购和跨领域并购更易出现风险,因此应格外受到关注。

### (一)初创企业并购可能消除竞争和创新

首先,并购初创企业可能损害市场竞争。如果没有发生合并,市场上潜在竞争对手对于在位者可以构成重要的竞争约束,甚至可能在未来成长为一股有效的竞争力量,最终推动整个行业的变革。例

<sup>①</sup> 经合组织(OECD)定义的双边市场是指市场两边存在两个甚至多个彼此需要且互相交互的用户群组并且它们之间存在间接的正外部性;价格水平是根据交互情况向市场两边收取价格的综合,价格结构是价格水平在市场两边消费者之间的分解或分配。

<sup>②</sup> 2015年滴滴融资30亿美元来进行业务扩张,饿了么补贴了超过11亿美元的融资金额,Uber仅一年在中国的补贴达十几亿美元。

如脸书和瓦次普都提供智能手机端流行短信应用,脸书的服务尽管免费却向用户投放广告并收集隐私信息,而瓦次普的服务则收取小额费用却不投放广告且提供隐私保护。在消费者对个人数据和隐私越来越重视的情况下,瓦次普的服务方式更加得到用户的认可。但随着脸书收购瓦次普,其隐私保护政策很难不发生妥协,由此一来,更为消费者喜爱的服务反而消失了。事实上,脸书将继续利用其流行短信服务搜刮数据,而瓦次普则成为脸书阻止其他注重隐私的竞争性短信应用进入市场的壁垒。<sup>[4]</sup>这一点在互联网平台发展中已经屡见不鲜。美国2020年《数字化市场竞争调查报告》中提出,脸书通过一系列收购被它视为竞争威胁的公司来维持并扩大自己的主导地位,并有选择地将竞争对手排除在其平台之外,使自己免受竞争压力的影响。<sup>[5]</sup>在中国也不例外,中国近年来互联网市场的一个显著特点是创新市场并购异常活跃,有很多中小企业创造了很好的产品,但往往产品、技术还在研发阶段时,就被大企业收购了,竞争在萌芽阶段就被消除。<sup>[6]</sup>同时,这种并购行为产生的后果不单单是消灭潜在竞争对手,也是对自身支配地位的一种强化。在美国,过去的十年里数字经济变得高度集中,极易出现垄断。在社交网络、在线搜索以及网络广告方面都是由一两家公司主导。亚马逊、苹果、脸书和谷歌都已经控制了关键的分销渠道,被认为是“守门人”(gatekeeper)角色。<sup>[7]</sup>这种强大的市场力量是由多种因素导致的,经营者集中就是其中之一。通过不断的“扼杀性收购”行为,在消除竞争对手的同时强化自身的发展。这种不断吸收对手来提升自己力量的行为比起单纯的滥用市场支配地位或是提高市场壁垒对竞争产生的损害更加严重,因为它可能从根本上消除了竞争。

其次,并购初创企业还会抑制创新。互联网行业是一个智力密集型的高科技产业,竞争和创新是其永恒不变的话题。在互联网行业,竞争就是动力,创新就是心脏,为该行业发展不断造血和输血。<sup>[8]</sup>但由于创新行为存在偶发性等特点,尽管许多发展较好的大型互联网平台具备足够的技术资金,但创新活动并不总发生在它们内部。同时,由于互联网平台有强烈的网络外部效应和用户锁定效应,这些互联网平台在市场上较为稳定的地位可以为其带来丰厚利润,相比许多愿意通过技术和经营模式创新的中小企业,它们更安于现状。然而当许多新兴企业通过其独特的眼光或创新的技术开辟出新的服务或产品时,倘若大平台认为这些产品和服务可能对其市场地位产生冲击,它们就会率先利用自己的资本优势对其进行并购。在这种情况下,通过并购引发规模效应并聚集大量资本的互联网平台,利用自己所拥有的资金和技术优势,仿照甚至直接复刻其他初创企业的产品及模式,将中小企业挤出市场,减少竞争者的数量,这使整个行业的创新积极性和创新动力都面临减退的风险。当然,对于部分初创企业来说,被大企业并购可以获得更充足的资金和技术,对于其创新事业的发展有利无害,因此很多初创企业也乐意被并购。长此以往,很容易形成“大企业不愿创新”“小企业难以创新”的局面,从而抑制整个行业的创新。

## (二)跨领域并购强化了互联网企业的市场力量

跨领域并购即混合并购,是在不同市场经营者之间的集中,并购的市场之间并无直接关系,因此混合并购一般不会产生特别严重的反竞争效果。但是也有学者指出,混合并购具备着不易被发现且又能限制竞争的特征,要格外注意。<sup>[9]</sup>这一点在数字市场更为明显。

中国互联网企业发展之初走的是一条“从模仿到改造”的路径,百度、阿里巴巴、腾讯(以下简称BAT)在不断地发展中逐渐形成了BAT三家大型互联网企业鼎立的市场格局。其中百度以技术为核心,将信息检索作为自己的代名词;腾讯以即时通讯发家,奠定了在社交领域的霸主地位;而阿里巴巴则从B2B出发,打造了涵盖B2B、C2C、B2C的电子商务帝国,成为了电子商务的代名词。三家企业发展之初都有着自己独特的市场,但随着资本不断扩张,BAT不再局限于曾经的市场范围,它们通过投资收购等行为不断扩展着平台的业务,开拓新市场,逐渐形成强大的商业生态圈。例如现在市面上最火的三款视频APP软件,腾讯视频上线于2011年,是腾讯公司旗下最重要的业务之一;随后2014年

百度立刻投资爱奇艺成为其最大股东;与此同时阿里巴巴在2015年收购优酷土豆。因此视频APP领域的竞争本质上还是BAT之间的竞争。<sup>[10]</sup>再如为了对抗以技术见长的百度,阿里巴巴收购高德地图,使其O2O业务得到发展。<sup>[11]</sup>互联网经济弱化了相关市场边界的界定并且统一了不同市场竞争优势的衡量标准,由此让优势传导成为可能。BAT这样的大型互联网平台利用自己已有的市场地位和竞争优势,不断在其他市场开疆拓土,并依托主营业务的市场竞争优势和平台的丰厚资源在新市场迅速扩大市场份额和用户,最终形成了中国互联网“寡头冷战”的互相竞争局面。<sup>[2]</sup>

如果从2020年胡润全球独角兽<sup>①</sup>榜来看,中国有227家独角兽上榜,仅次于美国的233家,全球十大独角兽6个来自中国,且涉及电子商务、通讯、金融科技等多个领域。<sup>[12]</sup>这一数据让我国的互联网企业看起来百花齐放,但细看独角兽企业的背后,众多公司都已经被BAT的资本“染指”,仅阿里巴巴一家就孵化了蚂蚁金服、淘票票、钉钉、阿里云、口碑等多家独角兽企业。也就是说处于我国互联网领域中间位置的众多企业已经成为BAT生态版图的一部分,其生存和发展也均依赖着BAT。因此,BAT不断的跨领域并购行为可能导致其染指整个互联网产业,其结果是不断强化自己在各个市场的市场力量,提高其他企业进入市场的壁垒,减少消费者的选择,最终损害消费者利益。

### 三、互联网平台经营者集中对反垄断法的挑战

#### (一)经营者集中申报标准不合理

《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条规定了经营者集中的一般性申报标准。从该条文可以看出,我国经营者集中的申报标准采取“营业额”标准,而专用于互联网平台的《平台反垄断指南》对于申报标准提出要“根据行业惯例、收费方式、商业模式、平台经营者的作用等不同,营业额的计算可能有所区别。对于仅提供信息匹配、收取佣金等服务费的平台经营者,可以按照平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额;平台经营者具体参与平台一侧市场竞争或者发挥主导作用的,还可以计算平台所涉交易金额。”<sup>②</sup>从该条可以看出,立法者希望营业额的计算尽可能地考虑数字经济的特点,但其中仍然存在难以解决的问题。

首先,对于互联网平台来说,营业额的计算本身就是一个难题。由于互联网平台的业务形态趋于多元化,其提供的服务及定价收费规则较为特殊,造成传统的营业额标准在实践中难以操作。<sup>[13]</sup>这一点在具有双边市场的平台经济领域体现的更加清晰,例如平台一方面收取交易流水,另一方面向平台商户提供补贴,那么在计算过程中补贴是否应当扣除,是否应当将利润作为营业额均没有统一定论。2016年引发热议的滴滴并购优步案,各方争议焦点之一就是关于营业额的计算问题。打车软件用户支付的费用包含了税费、司机费以及平台服务费,这些是否都应计入营业收入中?并且由于佣金比率不明确,平台从司机一方的抽成收入为多少,如何计算,以及是否应该被计入营业额内,均未有定论。<sup>[14]</sup>只靠《平台反垄断指南》中有关互联网平台营业额计算的三言两语,很难得到一个具体稳定的申报标准,从而可能导致互联网平台经营者集中申报出现混乱的局面。

其次,营业额标准不能准确反映互联网平台的竞争实力。之所以要求经营者对其集中行为进行申报,是因为忌惮合并后的竞争实力过于强大,从而实施违法行为对竞争造成损害。尽管《平台反垄断指南》以及《经营者集中审查暂行规定》第三章中提供了众多参考要素,归根结底可供参考的标准也只有“营业额”一项。互联网平台的双边市场特性使平台上的交易量难以被外界知晓,对于属于非上市公司的互联网平台,若其不主动对外公布营业收入,作为企业商业秘密的财务数据将难以获得和查

① 资本市场通常把估值超过10亿美元的初创企业称为独角兽。

② 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第18条。

证。因此不排除一些企业为了逃避经营者集中审查而隐瞒营业额的可能。此外,我国的申报标准中要求并购各方上一会计年度在中国境内营业额总额超过20亿人民币,同时要求至少两个经营者营业额均超过4亿人民币。“均超过”4亿人民币的申报标准会产生“漏网之鱼”。平台发展通常会先后经历六个阶段,分别为真空期、成长期、引爆期、饱和期和多平台期。<sup>[15]</sup>在平台建立伊始,平台两边用户数量少,需要通过价格策略吸引用户以尽快发展,因此很多平台营业收入的数字并不庞大,甚至显示为亏损状态。显然此时并购采用营业额标准无法准确体现互联网平台的真实价值,但是平台却能够通过并购在新市场上快速实现市场份额的集中和垄断。此外,在上文提到过的对初创企业的并购中,极有可能出现实施并购的企业营业额达到申报标准,但初创企业的营业额不一定触及申报门槛,那么此时以营业额为标准就会出现失灵的情况。例如在脸书收购瓦次普案例中,脸书花费218亿巨额资金收购了在2013年收入只有1021万美元、净损失达13814.6万美元的瓦次普,并购后脸书拥有了超过10亿的用户,也被有关机关展开反垄断调查。因此《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条中有关营业额的具体规定对于互联网平台并购行为来说是否足够合理,还有待商榷。

## (二)经营者集中的竞争效果评估非常困难

普遍观点来看,评估经营者集中竞争效果(即对市场竞争的影响)的参考因素主要有相关市场的市场份额、市场控制力、进入壁垒等。评估的方式通常是先界定相关市场,然后考察具体竞争因素。而数字经济时代的到来,使得经营者集中的竞争效果评估变得非常困难。

首先,数字经济时代难以界定相关市场。根据传统的竞争分析方法,执法机关通常会先对相关市场做界定,以此作为分析竞争效果的前提。传统理论认为,市场竞争机制运作的主要手段为产品价格和产品质量,而价格往往是最核心的要素,因此执法机关通常采用控制价格变量的方式进行需求替代分析,来判断相关市场。<sup>[16]</sup>但是,在数字时代的互联网经济中,价格手段几乎失灵,且由于互联网平台很多时候提供的是媒介服务,其表面来看属于“免费”产品,因此,通过调控价格进行需求替代分析来界定相关市场的方式在数字市场的环境下难以适用。

其次,数字经济时代竞争评估的具体考察因素亟待更新。反垄断执法机构进行竞争评估主要参考的是《经营者集中审查暂行规定》(以下简称《规定》)第三章的有关内容。《规定》第26条中提出评估竞争影响可以考虑参与集中的经营者在相关市场的市场份额,这也是用于评估企业在相关市场中市场地位、市场力量的主要工具。在传统行业,市场份额指标较为直观且易于获取,往往以企业的销售额、销售数量、产量为标准。然而由于互联网企业常采用免费模式,对于那些“非交易型”企业,例如百度的搜索引擎、腾讯的即时通讯工具等,想要采集其免费端的销售额数据是十分困难的。此外,即使能够获得其销售额数据,如果用传统的方法进行市场份额计算,可能会得到与实际市场结构大相径庭的结果。<sup>[17]</sup>对于市场控制力因素,《规定》认为可以考虑参与集中的经营者在相关市场的服务替代程度、控制销售市场或者原材料采购市场的能力等。而在数字经济背景下,需要考量的因素则不仅仅是这些。由于网络的锁定效应,先进入市场积累大量用户的平台往往控制力较强,且由于用户习惯和产品质量的问题,部分网络平台的用户粘度极高,也会进一步增强其相关市场的控制力。此外,《规定》中市场进入壁垒因素,通常考虑的是经营者控制的销售采购渠道、关键技术、关键设施等内容。而在大数据盛行的数字经济时代,数据的掌握是市场进入的重要因素。掌握大量数据的互联网平台,可以通过分析收集的数据不断改善服务质量,获得更多用户,增强自己的竞争实力,从而形成市场壁垒,独家的数据掌握甚至可以导致自己的竞争对手无法在市场上生存。因此在考虑市场准入因素时,也应将大数据纳入经营者竞争效果评估标准中。

总之,在数字经济的环境下,传统的竞争效果评估方法不再适宜。尽管《平台反垄断指南》第20

条中规定,评估平台经济领域经营者集中的竞争影响时要结合平台经济的特点,如考虑“活跃用户数量”“点击量”“知识产权”等众多因素,但仍只是高屋建瓴的指导,并无更细致的规定,因此对执法机关人员的专业要求也相对较高。

### (三)未依法申报的经营者集中处罚力度过小

根据《反垄断法》第48条,对违反经营者集中制度的企业规定了“罚款”以及“采取措施恢复到集中前状态”两种制裁措施。而“恢复到集中前状态”多涉及结构性救济,尤其在数字市场大数据盛行的情况下,如何将数据合理剥离也是一件难事,因此实践中反垄断执法机构对于未依法申报的行为并未使用该方式,而通常以罚款作为惩戒手段。2021年3月12日,市场监管总局依法对互联网领域十起违法实施经营者集中案件做出了处罚决定,对该十二家企业分别处以50万元人民币罚款。<sup>[18]</sup>如果从《反垄断法》条文来看,50万已经是违反经营者集中有关规定的顶格罚款,但被处罚的对象中包括资本实力雄厚的银泰百货、腾讯、阿里巴巴等大型企业,对它们来说50万更像是为自己的集中行为购买了一个“许可”,与未申报节约下来的时间成本相比不值一提。因此从罚款金额的设置上来看,当前的罚款数额根本无法达到足够的威慑效果,过低的违法成本甚至让企业心安理得的铤而走险。

此外,在上述的处罚决定中反垄断执法机构最终都得出了“不具有排除、限制竞争效果”的结论,也就是说这些企业违反程序的集中并没有造成反垄断法最关心的反竞争效果,换句话说其行为并算不上最“恶劣”,但却受到了现有条文最顶格的罚款。因此50万的上限使得处罚失去了梯度,倘若有未申报的具有反竞争效果的经营者集中案件出现,执法机关又应当如何处罚,现有的规定无法做出回答。

## 四、应对互联网平台经营者集中挑战的解决方案

如前文所述,互联网领域经营者集中在立法和执法方面给反垄断法带来了极大挑战,其可以归纳为两方面:立法方面存在申报标准不合理以及处罚力度过低的问题;执法方面存在规制力度不足以及竞争效果评估方式过时的问题。因此,要应对数字经济经营者集中带来的挑战,我们应从立法层面建立综合性申报标准、推定互联网支配地位企业并购行为违法制度和提高处罚力度,在执法层面革新竞争效果评估方法,以完善互联网平台经营者集中控制制度。

### (一)构建综合性的申报标准

互联网行业中平台的经营模式千变万化,但最终目的都是为了吸引消费者并锁定用户形成流量,因此营业额并非是企业关注的标准。如前文所述有些企业一直处于无收入甚至亏损阶段,但这并不意味着市场竞争力小,其市场价值依然很高,是相关市场中重要的竞争力量。这样的经营者进行集中,如果只从营业额标准来看,必然会有许多可能对竞争产生损害的集中被排除在外。尽管我国对于未达到经营者集中申报标准的并购有一个兜底条款(《国务院关于经营者申报标准的规定》第四条),但其中内容较为笼统,判断标准也只是“具有或可能具有排除、限制竞争效果”,具有极大的不确定性。因此,可以效仿德国,在采用营业额标准的同时,参考“交易额”来弥补申报标准单一的问题。

在滴滴优步合并之时就有学者提出,将“交易额”作为经营者集中申报的标准之一。<sup>[19]</sup>德国《反限制竞争法》第九次修改中,立法者在规定经营者集中申报门槛的条款中增加了一项内容,以补充适用原先的营业额门槛条款,在满足下列条件时经营者仍需申报:(1)所有相关企业的全部累积全球营业额超过5亿欧元;(2)一个企业的国内营业额超过2500万欧元而目标企业或其他相关企业的本国营业额均未达到500万;<sup>①</sup>(3)交易额超过4亿欧元;(4)目标企业在德国境内有实质经营。其中第三项

<sup>①</sup> 2021年1月14日,德国联邦议会通过了《反限制竞争法》第十次修订案(数字化法案),又称为《数字竞争法》,其中大幅提高德国互联网企业合并制度的申报门槛(“2500万欧元”改为“5000万欧元”,“500万欧元”改为“1750万欧元”)。

规定了“交易额超过4亿欧元”应当申报,交易额是指并购企业具体通过多少金额实现本次并购,该数额一定程度上代表了实施并购行为的企业对被并购企业的市场估值。交易额越高,证明被并购企业的市场价值越大,则并购后越有可能强化原企业的市场力量,巩固其支配地位,从而损害竞争。交易额的引入弥补了数字市场企业营业额难以计算的缺点,同时也更容易关注到大企业对初创企业的并购。例如前文提到脸书218亿收购了年收入只有1021万美元的瓦次普,如果只从营业额标准来看,该次并购并无不妥,也不会对市场竞争产生影响。但从交易额标准来看,218亿的交易金额早已超过了合理范围,因为它证明了瓦次普对于脸书壮大自己市场力量有多重要,理应引起执法机关的重视。此外,“交易额”要素让申报标准变得丰富起来,并且可参照的标准增加,让企业更加明确自己的并购行为是否应当申报,增加了法律的确定性,从而可以减少漏查情况,也减少后期重新提起调查所浪费的执法资源。

## (二)建立推定互联网支配地位企业并购行为违法制度

根据有关数据,2020年中国的并购活动达到近几年的最高水平,其中并购交易金额增长30%,并购数量则增加了11%,其中有93宗超大型并购交易(单宗10亿美元以上)。<sup>[20]</sup>我国互联网平台并购行为目前多与大型互联网平台的商业策略有关,再加上其在互联网中市场势力的影响,这些平台实施的并购行为应当格外关注。美国在《数字化市场竞争调查报告》中建议,国会考虑将大型互联网平台企业的收购行为推定为违法,除非合并方能够证明交易对维护公共利益是必要的,并且通过内部增长和扩展无法实现类似利益。<sup>[5]</sup>对于大型互联网平台企业并购行为的审查,应当有其独特的路径。我们可以在现有经营者集中申报制度中加入“推定并购行为违法”,将此义务加设给具有支配地位的大型互联网平台,要求其在进行超过某一标准的并购时主动向反垄断机关汇报,并提交不存在反竞争效果的证明。推定违法制度将反竞争的认定内嵌在申报制度之中,这样做一方面可以减少反垄断执法机构需要单独立案审查的工作量,另一方面可以在大型互联网平台并购中营业额和交易规模没有达到标准时,仍然触发反垄断审查,起到“过滤网”的作用。同时,将“不产生损害竞争”的证明交给并购方(大型平台),进一步减少执法压力,这也会让大型平台在进行并购时更多考虑对于市场竞争的影响,从而更加谨慎。

需要注意的是,这一义务的添加并非是故意加重企业负担的体现,因为“推定并购行为违法”的适用对象是达到一定规模的大型互联网平台,在数字市场反竞争行为越来越多、越来越隐蔽的情况下,这种义务的设定是必要的。例如欧盟《数字市场法草案》中“守门人规定”,<sup>[21]</sup>提出核心平台服务提供者一旦违反《欧盟数字市场法草案》,欧洲委员会可以不经竞争法上市场支配地位等方面的论证,直接对该企业进行处罚,给数字市场中具有支配地位的企业设立了额外的义务。我国可以对大型互联网平台适用类似措施,对于具有一定规模的互联网平台,其并购行为达到规定标准时要主动上报,并做出不具有反竞争效果的说明,以此来避免损害竞争的并购行为。当然,这些大型互联网平台也并非每一起并购都需要上报,可以对推定违法制度设定门槛,如规定具有市场支配地位的互联网平台进行并购时,交易额超过并购对象市场估值的30%,应推定违法。

## (三)革新竞争效果评估方法

首先,重视企业优势传导作用,盯紧跨领域集中行为。优势传导可以让互联网平台利用原有市场的力量将优势传导至其他市场,具有向其他市场渗透或者扩展的能力,从而使执法机关错误估计这些互联网平台在其他市场的控制力。现阶段互联网平台的发展倾向于选择多产品策略,通过利用某一市场已建立起来的市场优势进行传导和延伸,巩固现有的用户交易关系的同时,在另一市场抢占市场份额并增大平台的整体竞争力和用户资源。<sup>[22]</sup>如今的互联网平台尤其是BAT已经逐渐不满足自己



仅在原有市场“发光发热”,通过资本注入、并购等集中行为,利用自己在原有市场的优势地位不断开疆拓土。然而优势传导在有效缩减进军新市场成本的同时,也会对新市场的竞争状况带来负面影响,包括迅速加强相关市场的市场力量、捆绑销售带来的消费者选择权的限缩、对市场竞争的限制和排除以及不当获取垄断地位等。因此执法机关在评估经营者集中的竞争效果时,要格外重视企业“优势传导”的可能,对于利用优势力量损害其他市场竞争的行为要严格规制。

其次,加强对初创企业并购的竞争效果评估,减少其对潜在竞争和创新的损害。经营者集中审查是在经营者现有状态的基础上,对企业集中后市场力量的评估。但是在互联网平台对于初创企业的并购中,只考虑初创企业的现有状态已经不足以做出科学的评估,因为无论是从市场份额还是集中度亦或是控制力来看,初创企业都不具备并购后可能影响竞争的市场力量。因此,需要反垄断机构在竞争效果评估时考虑初创企业的创新潜力与竞争潜力,估量该初创企业未来在相关市场是否可能成为独立的竞争力量,其独立发展是否有利于降低相关市场的集中度。倘若评估后认为初创企业是现有相关市场有力的潜在竞争,对其并购会导致相关市场的竞争严重减损,则应对该次集中格外关注。

此外,应尽快根据数字经济的特点出台具体的竞争效果考察标准。《平台反垄断指南》第20条考量因素的内容在“市场份额”一项中结合数字经济的特点加入了诸如“交易金额”“交易数量”“活跃用户数”“点击量”等考察因素。但是对于“集中度”“技术进步”等内容,并未提及更具体详细的与数字经济有关的参考因素。我们认为,反垄断执法机关应该尽快完善互联网平台经营者集中竞争影响的标准,分类并细化每一个考量因素中具体的内容,对于“交易金额”“交易数量”等可以量化的因素,应当给出数值建议;而对于“用户粘性”“数据掌握”等难以量化的因素,应当给出具体的评估方式与路径。同时,在执法机关发布的处罚决定书中应当将竞争效果评估的具体过程添加进去,或公布互联网平台经营者集中的指导性案例,为以后的类似执法提供参考,让未来可能实施相似行为的相关企业有所参照。

#### (四)提高处罚力度

对于未申报的并购行为处罚过轻问题,我国《反垄断法》在修订时应该借鉴欧美国家的相关规定。欧盟《企业集中控制条例》第14条第2款规定,若企业未在实施前申报集中或在违反暂停实施集中义务而实施集中,欧盟委员会有权对企业控制人和“相关企业”施加罚款,上限为相关企业上一年度总营业额的10%。美国《克莱顿法》第7A(g)(1)规定,可对未遵守申报规定和等待期要求的任何人、管理人员、董事或合伙人提出指控,并可处上限为每日10000美元的民事罚款。该罚款数额根据经济发展变化不断调整,目前最高罚款额已调至41484美元。我国最新版本的《反垄断法》(修订草案)将罚款金额从曾经的“五十万元以下”改为“上一年度全部销售额百分之十以下”,让罚款上限有了质的改变。这种数量的罚款对于大型互联网平台不再可有可无,以全部销售额百分比为标准,既提高了罚款的力度和威慑力,同时也让该处罚有了梯度,更加科学合理。

## [参 考 文 献]

- [1] Katz ML Shapiro C. 1985. Network externalities, competition, and compatibility[J]. The American Economist, 75(3):424-440.
- [2] 曾龙. 中国互联网企业并购研究——基于阿里巴巴的实践[D]. 湖北:武汉大学,2017.
- [3] 马守玉. 中国网民规模达 9.4 亿手机网民占 99.2%[EB/OL]. (2020-09-30)[2021-03-15]. [http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2020-09/30/content\\_12399628.shtml](http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2020-09/30/content_12399628.shtml).
- [4] 莫里斯·斯图可,艾伦·格鲁内斯. 大数据与竞争政策[M]. 兰磊译. 北京:法律出版社,2016:97.
- [5] Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary[R]. In-



vestigation of Competition in the Digital Markets, 2020.

- [6] 于左. 互联网大数据平台的市场支配地位认定与反垄断政策[J]. 竞争政策研究, 2017(5).
- [7] 熊鸿儒. 数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验[J]. 经济纵横, 2019(7).
- [8] 孙晋, 钟原. 大数据时代下数据构成必要设施的反垄断法分析[J]. 电子知识产权, 2018(5).
- [9] 孙晋. 企业混合合并的竞争法分析[J]. 时代法学, 2009(7).
- [10] 视频行业进入垄断时代: BAT 份额超过 50%, 其他平台只能喝汤[EB/OL]. (2016-12-11)[2021-03-14]. <https://news.zol.com.cn/618/6186930.html>.
- [11] 方翔. 数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略[J]. 法治研究, 2021(2).
- [12] 深圳中商情大数据股份有限公司. 2020 胡润中国独角兽排行榜[EB/OL]. (2020-08-04)[2021-03-14]. <https://baijiahao.baidu.com/s? id=1674074756621138963&wfr=spider&for=pc>.
- [13] 王苑亭. 经营者集中审查视角下的反垄断规制——“反垄断大讲堂”之二[J]. 中国市场监管研究, 2019(6).
- [14] 张翁. 滴滴出行并购优步中国之反垄断法分析[J]. 金融法苑, 2020(1).
- [15] 李震, 王新新. 平台内网络效应与跨平台网络效应作用机制研究[J]. 科技进步与对策, 2016(20).
- [16] 张娜. 互联网平台并购的反垄断法规制[D]. 吉林: 吉林大学, 2020.
- [17] 承上. 互联网行业经营者集中的反垄断规制研究[D]. 重庆: 西南政法大学, 2018.
- [18] 王婧. 违反反垄断法! 对十二家企业分别处以 50 万元人民币罚款[EB/OL]. (2021-03-12)[2021-03-14]. <https://baijiahao.baidu.com/s? id=1694010661081459512&wfr=spider&for=pc>.
- [19] 郜庆, 苏厚阳. 滴滴合并优步案的反垄断分析[J]. 华北电力大学学报, 2019(6).
- [20] 普华永道. 2020 年中国企业并购市场回顾与 2021 年前瞻[EB/OL]. (2021-02-20)[2021-03-17]. <http://www.199it.com/archives/1205742.html>.
- [21] See Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, p. 100.
- [22] 张一武. 论互联网平台竞争案件中优势传导理论的适用——以滥用市场支配地位案例研究为视角[J]. 中国价格监管与反垄断, 2019(11).

(责任编辑: 闫卫平)

## Concentration of Internet Platform Operators: Risks, Challenges and Countermeasures

WANG Jian, JIANG Hou-chen

(School of Law, Zhejiang SCI-TECH University, Hangzhou 310018)

**Abstract:** In the era of digital economy, Internet platform develops rapidly because of its network externality and the characteristics of two-sided market. The large-scale Internet platform has gone through the process from relying on innovation to opening up the market, to seizing the market by “price war”, and then to expanding the market by M&A. However, due to the characteristics of the digital market, there are anti-competitive risks in the M&A of Internet platforms. The M&A of start-ups may eliminate competition and innovation, while cross-domain M&A strengthens the market power of Internet platforms. There are many challenges in the current anti-monopoly concentration system, such as unreasonable declaration standard, difficulty in evaluating competition effect and too little punishment. In order to deal with these challenges, we should establish a comprehensive declaration standard and a system of presuming illegal M&A behavior of Internet dominant enterprises, increase the intensity of punishment from the legislative perspective, and reform the evaluation method of competition effect at the law enforcement level, so as to improve the centralized control system of Internet platform operators.

**Key words:** Internet platform; concentration; anti-monopoly regulations