

大型数字平台扼杀式并购的监管难题与纾解

么丹丹

(黑龙江大学法学院, 哈尔滨 150080)

摘要: 随着数字经济的快速发展,大型数字平台为消除潜在竞争,针对初创企业发起的扼杀式并购,对传统经营者集中的规制带来新的挑战。《中华人民共和国反垄断法》对此类并购在识别、评估与事后救济等方面均表现出滞后性。为此,首先引入交易额与特定平台通知义务完善申报标准;然后,采用“举证责任倒置”、建立专门数字执法部门优化并购审查方式;最后,采用行为性救济措施,并辅助采取结构性救济,构建对扼杀式并购的长效监管。

关键词: 大型数字平台; 扼杀式并购; 初创企业; 反垄断

中图分类号: D922.29 **文献标志码:** A **文章编号:** 1671-1807(2024)17-0190-06

随着数字经济的快速发展,算法合谋、大数据杀熟、扼杀式并购等一系列垄断行为频发,各国反垄断执法机构面临着严峻挑战。其中扼杀式并购是指大型企业为消除未来的潜在竞争,针对初创企业实施的并购,又称“掐尖式并购”。与传统的并购方式不同,扼杀式并购没有横向和纵向之分,并购可能发生在同行业,也可能发生在跨行业。学界对扼杀式并购的关注源于2018年针对医药行业的一项实证研究,研究发现大型制药企业会对与自己研发领域相同的新兴企业发起并购,以达到消灭、扼杀潜在竞争的目的^[1]。近些年,随着平台经济的迅速崛起,扼杀式并购在数字经济市场频发。2020年10月发布的《数字市场竞争调查报告》统计显示,2009—2019年10年间美国的Facebook、Apple、Google、Amazon、Microsoft在全球收购了约600家初创企业。中国的百度、阿里巴巴与腾讯共收购了544家初创企业,共花费大约6000亿元^[2]。美国联邦贸易委员会曾在2020年12月指控Facebook过去对Instagram和WhatsApp的收购行为具有消除潜在竞争、破坏市场竞争,损害消费者选择权的垄断性质,属于扼杀式并购。

与传统的并购相比,扼杀式并购通过消灭或吸收目标企业正在进行的创新方式,达到其消灭潜在竞争的目的,收购的目标企业多为某些具有核心竞争力和发展前景的初创企业。从形式上看,该类收购多为收购关键专利或购买一个技术团队,并非收购其全部股份。并购谈判过程中,并购方多会以较

为强硬的态度进行,选择开发与目标企业产品具有竞争力的产品,逼迫初创企业同意收购。同时由于大型数字平台的网络外部性导致正反馈效应,使得数字平台利用自身海量的用户数据,通过数据垄断,轻而易举地抢占市场空间、拓宽市场边界,达到排除、限制竞争的垄断效果^[3]。

2020年12月召开的中央政治局中央经济工作会议指出,“要强化数字领域的反垄断力度,防止资本无序扩张”。2021年2月,国务院反垄断委员会出台《关于平台经济领域的反垄断指南》,其中规定,若经营者集中的规模未达到《反垄断法》中的主动申报标准,但被并购方为初创企业的,反垄断执法部门有权主动对该次收购行为进行审查。平台经济的兴起引发了互联网经济领域的一场大变革,造就了庞大的生态系统经济模式。大型数字平台为维护自身地位、消灭潜在竞争采取的一系列扼杀式并购表现出反竞争的效果,因此更新反垄断法语境下对“扼杀型并购”进行的审查与救济,有利于维护市场竞争环境,促进社会主义市场经济健康、持续发展。

1 数字平台扼杀式并购的竞争隐忧

作为数字经济的重要引擎,数字经济具有双边性、网络效应、数据作为生产要素等特点,其并购行为不同于传统的横向并购或纵向并购,被并购方可能与大型数字平台处于同一横向市场,也可能处于纵向上下游关系,还可能处于完全不用的市场^[4]。因此,更新传统伤害理论,对大型数字

收稿日期: 2024-04-12

作者简介: 么丹丹(1999—),女,黑龙江齐齐哈尔人,硕士研究生,研究方向为经济法学。

平台扼杀式并购行为进行有效的竞争损害分析确有必要。

1.1 对竞争的损害

通过扼杀式并购,大型数字平台的网络效应和范围经济均在一定程度上得以强化,进而提高市场壁垒,达到排除、限制竞争的效果。随着并购活动的展开,使用该数字平台的消费者数量不断增加,从而吸引更多的商家选择该平台,进而促进更多的消费者选择该平台,触发正反馈效应^[5]。同时,数字平台收购初创企业后,会将自身产品或服务与被并购方的产品或服务结合,捆绑销售,吸引不同需求的用户,将单一市场的主导力量延伸至多个市场,提高市场壁垒^[6]。

另一方面,通过该类收购,平台企业掌握了大量被收购企业的数据资源,丰富了平台企业的数据库资源,其市场支配地位得到进一步巩固。大型数字平台既可通过自身原有的数据优势快速识别潜在竞争对手,并对其进行收购,也可通过不断积累的海量数据,形成数据垄断,击溃市场上原有的企业,抢夺其市场空间。

1.2 对创新的损害

一方面,大型数字平台并购初创企业多为消除潜在竞争对手,并购完成后,被并购项目大多被搁置,而非继续开发。同时,并购方还会解散被并购方的研发团队,一定程度上阻碍了创新及创新的可能性。初创企业是市场中的活跃角色,是创新的关键来源,是打破市场集中的重要力量。保证初创企业的健康发展是保持市场活力的关键。Gautier 和 Lamesch^[7]曾对 Google、Facebook、Amazon 以及 Microsoft 2015—2017 年开展的 170 多次并购行为进行研究分析,发现其中 105 位并购方的产品及服务在收购完成后一年内被下架。另一方面,López 和 Vives^[8]研究发现,由于大型数字平台并购的对象多具有正的外部性,因此极易发生“反向扼杀式并购”,削弱大型数字平台的创新动力。Motta 和 Tarantino^[9]通过建模研究发现,若两个公司提供不同的产品或服务时,并购后并购方往往会降低企业在创新方面的投资。

此外,扼杀式并购会降低投资者对该行业投资的占比,相关领域的市场环境会呈现出一种“大树底下不长草”的商业状态。Lancieri 和 Sakowski^[10]研究发现,Google 或 Facebook 收购某企业会导致该企业所处行业的风险投资金额下降约 40%,交易数量下降约 20%。

1.3 对消费者福利的损害

大型数字平台的核心资源是数据,通过扼杀式并购,大型数字平台极易形成数据垄断。首先,基于海量的用户数据通过算法分析,在位平台企业易对消费者实施价格歧视与算法合谋。其次,大型数字平台通过大量并购初创企业不断被提高其对数据入口的掌控能力,进而实施侵害消费者隐私的行为,跨行业的并购行为也方便数字平台多维度收集用户数据。以搜索引擎平台为例,消费者选择使用谷歌浏览器,接受该浏览器提供的隐私条款,并不是用户自主决定,只是因为市场上没有相同质量的服务平台。最后,通过扼杀式并购大型数字平台的市场支配地位得到了进一步的巩固与提升,强化了其设置排他性条款的能力,强制消费者“二选一”,缩小消费者可选择的商品或者服务的范围,损害消费者选择权。

2 规制大型数字平台扼杀式并购的困境与纾解

终端消费者与商家基于大型数字平台实现交易,大型数字平台在其中提供信息基础服务,充当着“守门人”的角色,拥有过高权力。网络外部性的特性使得大型数字平台迅速占领市场优势,而后又通过扼杀式并购实现多渠道的市场占领。形成“赢家通吃”效应。当前《中华人民共和国反垄断法》的执法工具箱在新业态下的平台经济面前变得空空如也,因此,为契合新兴起的数字经济,更新执法工具箱和评估标准。

2.1 大型数字平台扼杀式并购的监管困境

2.1.1 并购审查标准单一

在我国,启动经营者集中审查的制度是事前申报制度。《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中第 3 条规定我国经营者集中的审查启动须满足一定的申报门槛,若达到该申报门槛就必须进行申报,该申报门槛为企业上一年度的营业额。通常情况下,营业额的多少与该在位企业在相关市场上所占的市场份额呈正相关。即营业额越高,该企业在相关市场所占的市场份额就越大。随着数字经济的快速发展,此种静态的并购审查制度在新业态下并不适用。大型数字平台扼杀式收购的对象往往是初创企业,此类企业一方面由于正处于成立初期,产品或服务尚未实现商业化,规模小,营业收入小^[11]。另一方面为与大型平台竞争,多数会采取免费定价策略,即提供“零价”产品或服务,营业额一般达不到实现申报门槛。因此,在实践中大型数

字平台对初创企业的扼杀型并购难以出现在反垄断执法机构视野中,在实践中出现“假阴性错误”。欧盟的执行副总裁玛格丽特·维斯塔格尔也曾指出:“每年都有少数几起可能严重影响竞争的合并,但我们没有看到,因为这些公司的营业额没有达到我们的门槛”^[12]。

2.1.2 竞争损害分析困难

规制扼杀式并购最核心问题就在于竞争审查程序中对潜在竞争的判定^[13]。一方面,一般传统上把企业的并购方式分为横向并购和纵向并购两种,而在数字经济领域则不适于该种分类,并购方式通常是非横向的。多数情况下,大型企业收购的初创企业的核心业务还在市场边缘,且并不与并购方处于同一领域,难以确定适用何种损害理论^[14]。另一方面,对潜在竞争损害进行判定时需要进行动态的反事实分析。评估潜在的竞争损害的难度较评估现有的竞争损害要高得多。传统上对于竞争损害的评估通常是市场结构视为静态,以短时间内价格的变化进行损害评估。而该种分析框架并不适用于数字经济市场,在预测并购行为的协同效应、单边效应及封锁效应时有局限性。新业态下的扼杀式并购的被并购方市场份额较小,短期内并购方的市场份额并不会因为此次收购而扩大。然而数字市场具有高度破坏性、强大的网络效应等特性,是一个动态的市场。其中的市场力量在本质上也存在一定的临时性,初创企业仍有快速成长与大型数字平台竞争的空间。

2.1.3 事后救济缺失

当前,我国反垄断执法机构对大型平台的并购案缺乏事后调查权。即便执法机构识别出并购确实产生了“扼杀”的后果,要想对其予以干涉也较为困难。观察到“扼杀”后果一般需要较长的一段时间。在这段时间大型数字平台一般已经完成了对初创企业的整合。初创企业的数据、核心技术人才很可能已经被解散或分配到其他新项目中。在这种情况下,若仅通过罚款的方式予以处罚,既对大型数字平台来说无关痛痒,又无法精准纠正该类并购所带来的反竞争效果。因此,反垄断执法机构即使发现了扼杀式并购,也很难对其进行有效干预。

2.2 规制大型数字平台扼杀式并购的建议

2.2.1 完善事前审查启动机制

高效识别扼杀式并购最直接的方式就是降低我国经营者集中申报的营业额门槛。该做法可以确保大量的企业并购行为纳入执法机构视野,但也

会导致反垄断执法机构出现大量案件堆积,更易形成寒蝉效应,降低初创企业对市场并购的预期^[15]。为此,本文试图探索一条既可以为不发生竞争损害的合并行为设立“安全港”又能将存在排除、限制竞争可能的并购行为识别出的规则。该并购审查机制包括在既有营业额的基础上引入交易额作为并购审查标准和赋予指定平台特殊的通知义务两方面。

由于扼杀式并购多发生在大型数字平台与初创企业之间,初创企业因成立时间短、市场份额小等特点,通常达不到反垄断法所规定的经营者集中申报标准,直接导致大量扼杀式并购案件并未进入执法机构视野。借鉴德国在2017年修订《反垄断法》时增设交易额作为经营者集中审查启动的补充标准的做法。即并购虽未达到法定营业额申报标准,只要该并购的交易额达到法定要求,此项并购仍需向监管部门进行事前申报。我国可以考虑设置复合申报标准。即在原来单一的营业额基础上引入交易额作为补充。在数字市场中,相比于营业额,并购交易额更能体现初创企业的价值,交易额中溢价部分正是初创企业对并购方真正的价值体现。当初创企业越让并购方感受到威胁时,并购方更愿意付出的正常收购外的溢价部分也就越多。例如,2014年2月,Facebook以高达190亿美元的价格收购正处于亏损状态的WhatsApp,被誉为互联网行业最大规模的收购之一。在这次收购中,Facebook看重的并不是营业额,而是WhatsApp庞大的客户基础^[16]。若仅以营业额作为启动审查的标准,则此笔交易将不会进入反垄断执法机构的视野。在既有营业额的基础上,引入交易额,可以缓解实践中因初创企业营业额较低,而未进入执法机构视野的难题。

同时,引入特定平台通知义务。制定动态的平台清单,并强制特殊企业的申报义务。例如,欧盟在《数字市场法》中设置的“看门人”制度,将其认为具有显著市场支配地位的数字平台列为“守门人”,规定该类企业需将其所有的并购计划上报至欧盟委员会。挪威也有类似制度,特定公司必须向执法机构主动申报所有的并购行为。我国可以以用户数量、接触终端用户的渠道、用户黏性以及上一会计年度营业额作为参照制定平台清单,可以参照2021年10月国家市场监督管理总局发布《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》。将数字平台分为超级平台、大型平台与中小平台。超级平台在涉及搜

索引、网络销售、金融、科技等用户黏性较高的市场实施的全部收购行为均须履行申报义务,向执法机构申报。大型平台仅在金融、科技等领域开展的全部并购行为须向执法机构进行申报。针对中小平台,仍遵循原有营业额标准申报即可。需要额外注意的是,作为被并购方的初创企业也须满足具有一定规模的用户数量或一定的市场价值,有较好的市场潜力特征^[17]。通过对数字经济领域的平台设置动态清单,既实现了对初创企业并购的关注,又缓解了执法机构的监管压力,有利于数字市场健康发展。

2.2.2 优化并购审查方式

反垄断执法机构对经营者集中的损害竞争分析通常是在企业现有规模的基础上,考虑该收购行为是否会强化该大型企业在相关市场上的单边效应、协调效应与封锁效应。由上述分析可知,传统的潜在竞争理论不适于新业态下的扼杀类并购的竞争损害分析。在反垄断框架下更新对该类收购行为的规制理念基础,摒弃传统后芝加哥学派的“效率主义”,选择熊彼特的“动态竞争”。自20世纪70年代以来,反垄断政策制定的主要理论依据一直是“效率主义”。该观点认为只要并购活动可以提高资源配置的效率,便不必过度关注短期内经营者集中,只要市场是统一的,其所能实现的经济效率最大。而在数字经济迅速发展的时代背景下,企业的核心竞争力在于创新,竞争强度主要取决于企业的创新能力。“动态竞争”强调创新是维持市场活力的核心。应将是否提升动态创新效率更新为执法机构制定政策的长期目标。扼杀式并购虽对市场的资源配置起到了一定的优化作用,但也会造成扼杀创新的效果,减损市场竞争活力。

由于潜在竞争理论是对未来市场可能出现的损害的评估,具有不确定性和不可预测性。对经营者集中的审查无论是对于相关市场的界定还是对于在相关市场范围内的竞争效应分析都需要详细的事实证据和复杂的经济分析。为解决上述难题,判定大型数字平台的并购行为是否存在排除、限制竞争的效果,进而识别是否为扼杀式并购。我国可以采取“举证责任倒置”和建立专门数字执法部门两种方式对竞争损害进行评估。在经营者集中案件中,由于执法机构相对于平台来说属于外部人,其与数字经济平台之间存在严重的信息不对称,不易获取证据,赋予大型数字平台特殊的

责任与义务。采取举证责任倒置的方式,参考美国在《数字化市场竞争调查报告》中的建议,在审查并购行为时用“本身违法原则”替代“合理原则”^[18]。推定大型数字平台的收购违法,由该平台证明自身的并购行为不会破坏市场竞争。将举证负担部分转移给大型数字平台,以应对数字市场的信息不对称现象。进而高效识别出并购平台的真实动机。先由反垄断执法机构承担反竞争动机的初步证明责任。监管机构可以通过对并购价格的分析,推测大型数字平台的并购动机。被并购方作为初创企业,营业额难以衡量其市场价值。而并购方愿意支付的交易价格则是衡量其市场潜力的关键性指标。当交易价格显著超出目标企业市场评估价值时,监管机构有充分理由怀疑,其中的溢价部分可能蕴含了并购主体平台对未来市场竞争态势变化的预期。大型数字平台的真实动机很可能是通过支付高额对价的方式,促使目标企业放弃颠覆现有市场格局的机会,以及未来进入并购主体平台产品所在市场所能获取的利润。因此,监管机构应对此类并购行为保持高度警觉,并深入审查其可能引发的市场竞争问题。而后由大型数字平台承担举证责任证明其并购动机的合理性。如存在第三方恶意抬高价格、初创企业在谈判中具有优势地位等。

同时,借鉴英国建立专家小组的做法,建立专门的数字执法部门,建立精通计算机、法律与经济学的执法人才队伍。该数字执法部门应在审查经营者集中的案件时,该数字执法部门须在审查各个环节中保持一定的参与度,充分调动专业的学科知识储备,结合数字经济市场特点,促使并购评估结果更加科学与准确。

2.2.3 明确事后救济措施

当执法机构无法判定并购行为是否具有扼杀属性与反竞争的可能性时,执法机构应批准此项并购并采取行为性救济措施。行为性救济是通过限制或禁止并购方某些具体行为来实现对企业合并行为的规范,防止并购方完成收购后使用不正当的方式损害市场竞争。与禁止性救济和结构性救济相比,附条件批准对行政相对人的侵害性较低,且对企业经营效率和消费者福利的影响较小^[19]。《经营者集中审查规定》第40条仅提到行为性救济,但未作具体区分。在遵循比例原则的基础上,对行为性救济措施进行细化,制定针对性的具体适用规则。从以下3个方面规制并购过程中具有反竞争效

果的行为。首先,对于被并购方与并购方涉及的业务重叠的部分,规定并购方作出对被并购方的原有业务独立经营的承诺,缓解并购行为对消费者及市场竞争环境造成的负面影响。其次,限制并购方对被并购方的数据整合,可要求并购方对被并购方的数据采取独立储存的方式并维持现有的数据保护,减少因合并对交易相对人的隐私保护^[20]。最后,保持收购目标领域的市场开放程度,避免并购方在该市场领域形成市场壁垒。对于目标市场中的具有竞争性产品,要求并购方提供互操作的链接通道;对于被并购方的重要技术,若竞争对手需要,并购方不得拒绝提供。

同时,在优先采用行为性救济措施的基础上,配合采用业务拆分、资产剥离等结构性救济措施,纠正实践中出现的“假阴性”判定,完善对大型数字平台收购行为的监管。结构性救济具有操作简单明确等优势。通过结构性救济措施可以有效削弱并购方的市场力量,但该种措施一旦运用不当对并购方造成的不利影响是不可逆转的。域外对该措施一直保持谨慎态度,美国、欧盟仍采用行为性救济优先的监管手段。我国执法机构应坚持在审慎监管原则理念指导下执法,对于结构性救济措施采取非必要时不使用的态度。具体适用时,首先,应以并购方与目标企业之间的业务存在高度重合为开展结构性措施的前提。其次,以最小剥离为原则明确结构性救济的适用范围,以保证目标业务能够独立存活的目标,对股权、资产、业务等进行剥离。最后,反垄断执法机构应审查并购方的主体适用性,确保并购方有能力维持剥离业务的正常运转。

3 结论

大型数字平台为消除潜在竞争,针对初创企业实施扼杀式并购,严重损害市场经济的健康发展。扼杀式并购不同于传统横向并购或纵向并购。当前,《中华人民共和国反垄断法》对此类收购行为的识别、评估和事后救济都反映出了滞后性。故此,建议反垄断执法机构应当对并购审查的启动标准进行适度调整,引入交易额作为补充,并针对特定企业设置主动申报义务。在对并购行为评估时一方面采用“举证责任倒置”强化企业责任,消除执法机构与平台之间的信息差,另一方面设立专门数字执法部门强化执法队伍。同时,对于被识别出有扼杀属性的并购行为采取行为性救济,在审慎监管原则的指导下,采取结构性救济辅助。完善关于大型

数字平台扼杀式并购的监管,激发初创企业创新活力,维护市场公平竞争。

参考文献

- [1] 王迪. 数字平台市场大型科技企业并购初创企业的违法性判定及规制路径[J]. 上海法学研究, 2021, 6(2): 172-188.
- [2] 张静. 超级数字平台猎杀式并购监管难题及监管政策应对[J]. 宏观经济研究, 2022(4): 145-158.
- [3] 王晓晔. 数字经济反垄断监管的几点思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(4): 49-62.
- [4] 孙晋. 数字平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021(5): 101-127.
- [5] 王伟. 平台扼杀式并购的反垄断法规制[J]. 中外法学, 2022, 34(1): 84-103.
- [6] 李军林, 路嘉明. 关于数字平台并购的伤害理论研究进展[J]. 经济学动态, 2023(6): 115-131.
- [7] GAUTIER A, LAMESCH J. Mergers in the digital economy [J]. Information Economics and Policy, 2021, 54: 100890.
- [8] LÓPEZ A L, VIVES X. Cross-ownership, R&D spillovers, and antitrust policy[Z]. CESifo Working Paper Series, 2017: 5935.
- [9] MOTTA M, TARANTINO E. The effect of horizontal mergers, when firms compete in prices and investments [J]. International Journal of Industrial Organization, 2021, 78: 102774.
- [10] LANCIERI F, SAKOWSKI P M. Competition in digital markets: a review of expert reports[J]. Stanford Journal of Law, Business & Finance, 2021, 26(1): 165-170.
- [11] 房佃辉. 扼杀式并购的反垄断规制: 困境与合理应对[J]. 价格理论与实践, 2023(11): 67-72.
- [12] 刘桂清. 大型数字平台猎杀式并购初创企业的反垄断规制难题与破解进路[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2022, 43(5): 61-74.
- [13] 秦勇, 宋丽玉. 平台经济领域扼杀式并购的反垄断规制[J]. 南方金融, 2022(4): 79-90.
- [14] 左安斌. 数字经济背景下猎杀式并购反垄断研究[J]. 西南金融, 2022(6): 81-92.
- [15] 仲春. 我国数字经济领域经营者集中审查制度的检视与完善[J]. 法学评论, 2021, 39(4): 140-150.
- [16] 黄娟. 网约车市场规制重塑研究: 基于对抗资本无序扩张视角[J]. 江西财经大学学报, 2021(5): 140-148.
- [17] 胡元聪, 魏于凯. 平台经济领域中扼杀式并购的反垄断法规制研究[J]. 当代经济研究, 2024(4): 88-102.
- [18] 孙晋. 谦抑理念下互联网服务行业经营者集中救济调适[J]. 中国法学, 2018(6): 151-171.
- [19] 肖海军, 罗迎. 数字经济时代平台企业混合合并的反垄断规制[J]. 甘肃社会科学, 2023(2): 141-151.
- [20] 陈永伟. 扼杀式并购: 争议和对策[J]. 东北财经大学学报, 2022(1): 11-22.

Regulatory Challenges and Relief for Large Digital Platforms' Strangling Mergers and Acquisitions

YAO Dandan

(Law School, Heilongjiang University, Harbin 150080, China)

Abstract: With the rapid development of digital economy, the strangulation mergers and acquisitions initiated by large digital platforms against startups to eliminate potential competition have brought new challenges to the regulation of traditional operator concentration. Currently, *Anti monopoly Law of the People's Republic of China* shows lagging effect on such mergers and acquisitions in terms of identification, assessment and ex post relief. In order to prevent disorderly expansion of capital and maintain the competitiveness of the market, the declaration standard should be improved by introducing the transaction amount and the obligation to notify specific platforms firstly. Then, the “reversal of the burden of proof” and the establishment of a special digital law enforcement department should be adopted to optimize the review of mergers and acquisitions. Finally, behavioral remedies are adopted for M&A behaviors identified as having the attribute of “strangulation”, and structural remedies are also adopted to build a long-term regulation of strangled M&A.

Keywords: large-scale digital platforms; strangulation; startups; antitrust