

数字经济领域扼杀性并购的反垄断规制

郭传凯

(山东大学 法学院, 山东 青岛 266237)

摘要:数字经济领域的大型企业针对初创企业发起的扼杀性并购已成为我国反垄断学界与业界关注的重点。该类并购直接遏制了初创企业的发展,消除了大型企业的竞争威胁,加剧了其他企业与大型企业之间的差距,阻碍了相关领域的技术开发,损害了消费者利益。即使可被界定为经营者集中,扼杀性并购依旧难以通过现行制度予以回应。一方面,现行经营者集中事前申报标准难以应对扼杀性并购;另一方面,在现行实质审查标准下,执法机构主要分析扼杀性并购对创新的影响,经营者集中制度如何实现对创新因素的分析仍须进一步明确。为应对扼杀性并购,《国务院关于经营者集中申报标准的规定》应专门增设回应该类并购的事前申报标准;《经营者集中审查规定》应当明确执法机构分析集中对创新造成影响所依托的主要因素,并确立经营者通过创新进行抗辩的相关制度;执法机构还可针对超级平台企业设置“特别名单”制度,以强化对该类企业扼杀性并购的申报与审查。

关键词:数字经济领域;扼杀性并购;反垄断规制;事前申报;实质审查

中图分类号: D912.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2023)01-0124-15

一、引言

近20年来,伴随互联网、人工智能、算法及大数据技术的普及应用,我国数字经济迅猛发展。在平台经营模式所带来的正反馈效应的作用下,创立较早且经营良好的数字企业快速积累起远超竞争对手的技术、数据及资本优势,获得了明显的市场力量,造成数字经济领域“赢家通吃”的局面,电子商务服务、网络搜索引擎、即时通讯服务等市场领域已被少数大型企业支配。截至2020年,腾讯集团投资了52家全球知名独角兽企业,占该类企业全球总数的近1/10;阿里集团亦投资了44家独角兽企业。相比之下,谷歌仅投资了7家独角兽企业,而亚马逊仅投资了2家。腾讯、阿里在过去10年间分别耗资约6000亿元并购初创企业。^①在此背景下,扼杀性并购已成为我国反垄断学界与业界关注的重点。^②

作为本文研究对象的扼杀性并购除发起方为大型数字企业外,还具备以下三个必要特征:

收稿日期: 2022-11-01

基金项目: 国家社会科学基金青年项目(22FXC00635);山东大学人文社会科学创新团队“全面依法治国战略实施中的数据运用于数据治理创新团队”资助建设项目;“互联网法治研究院(杭州)2021年度互联网法治重点研究课题”。

作者简介: 郭传凯(1990—),男,山东泰安人,山东大学法学院副教授、博士后研究人员。

^①陶娟:《收割者:腾讯阿里的20万亿生态圈》,《新财富》2020年第11期。

^②扼杀性并购的概念较早出现于医药行业。学者坎宁汉、艾德诺、马松于2018年发布的一项研究成果对16000多项医药开发项目和4000多家医药企业进行了跟踪调查,发现相比于大型企业更加重视市场营销的状态,初创企业更加重视医药专利的研发;被大型企业收购的初创企业继续从事医药研发的可能性比未被收购的初创企业低28.6%。参见Amy C. Madl. Killing Innovation?: Antitrust Implications of Killer Acquisitions, Yale Journal on Regulation Bulletin,38, 2020,p.28。

其一,被并购对象是设立时间不久的初创企业,^①且该初创企业选择某一特定领域进行经营并展现了一定程度的竞争实力,尽管其尚未形成足以与并购发起方相抗衡的市场力量,亦未形成跨领域经营的竞争态势。扼杀性并购不包括大型企业对没有发展前景的初创企业或在位中小企业的并购活动,因其引发竞争问题的可能性相对较小且更容易通过现行制度予以回应。其二,在主观上发起并购的大型企业将作为并购目标的初创企业视为竞争威胁的主要来源,在客观上放任初创企业发展壮大很可能对大型企业的用户和市场发展空间形成抢夺。前述客观方面对认定扼杀性并购起决定性作用,即使大型企业在主观上并不将初创企业视为竞争威胁的主要来源,但初创企业在客观上可以产生前述效果,则并购活动符合这一特征。其三,大型企业并购该初创企业后将对该初创企业的经营活动进行控制,以使其服务于该大型企业的发展需要。必要时大型企业可选择关停初创企业或停止其研发等相关活动。需要说明的是,只要大型企业在并购后有从事前述行为的可能性,并购活动就符合这一特征。通过对必要特征的解读,不难发现对扼杀性并购的规制将反垄断法的预防性原则发挥到了极致。执法机构除须认定并购活动符合“取得控制权或可施加决定性影响”的标准外,还须进行一定的反事实评估,即假设初创企业没有被并购,其能否成长为对大型企业造成威胁的竞争对手。

目前国内外学界均对扼杀性并购进行了一定的研究。国内外通说认为,该类并购很可能遏制了初创企业的发展,消除了大型企业的竞争威胁,加剧了其他企业与大型企业之间的差距,为大型企业从事垄断行为创造了便利条件,阻碍了相关领域的技术开发,损害了消费者利益,妨害经济发展与社会进步。^②有研究从三方面论证了规制扼杀性并购的合理性,即规制不会造成较大的“假阳性”错误、不会妨碍初创企业的市场退出、有利于保障相关领域的动态竞争。^③有研究指出了扼杀性并购对事前申报、实质审查和事后规制三方面造成的挑战。^④一些研究聚焦特定类型的扼杀性并购问题(如超级平台企业的扼杀性并购、数据驱动型扼杀性并购),但实质内容并未超越前述研究。还有域外研究从境外实践的角度论述了扼杀性并购的主要特征及危害,并提出了相应的对策建议。^⑤然而,前述研究着重扼杀性并购危害及规制合理性等方面的分析,在应对措施问题上略显不足。大多数论文主张借鉴德国《反限制竞争法》第九修正案增加的交易金额标准完善事前申报制度,但并未给出具体的完善方案,更未综合比较不同的完善策略,忽视了中国问题的特殊性。在实质审查制度上,前述研究大多不加分歧地认为扼杀性并购有损潜在竞争,对潜在竞争理论的具体范式与适用困境关切不足。本文正是在尝试克服前述局限性的基础上,着力在事前申报与实质审查制度的建构上寻求创新。

二、数字经济领域的扼杀性并购:动机、能力与危害

数字经济网络外部性、跨界经营、动态竞争、“赢家通吃”等竞争特性决定了该领域扼杀性

^①域外学者对2008—2018年间亚马逊、脸书和谷歌的300多起并购活动进行了分析,发现其中60%的并购活动以成立时间不到四年的初创企业为目标。参见Elena Argentesi. Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment, *Journal of Competition Law & Economics*, 17, 2021, p.95。

^②国内学界代表论文参见陈永伟:《扼杀式并购:争议和对策》,《东北财经大学学报》2022年第1期。国外学界代表论文有Claire Turgot. Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime, *European Competition and Regulatory Law Review*, 5, 2021, p.112。

^③王伟:《平台扼杀式并购的反垄断规制》,《中外法学》2022年第1期。

^④秦勇、宋丽玉:《平台经济领域扼杀式并购的反垄断规制》,《南方金融》2022年第4期。

^⑤Peter Alexiadis & Zuzanna Bobowiec. EU Merger Review of “Killer Acquisitions” in Digital Markets - Threshold Issues Governing Jurisdictional and Substantive Standards of Review, *Indian Journal of Law and Technology*, 16, 2020, p.64。

并购具备不同于医药领域的特点。(1)医药领域的扼杀性并购以控制或消灭新兴创新成果为主要目标,而数字经济领域的扼杀性并购除前述目标之外还可用以应对竞争威胁,扩张自身经营领域,推进商业生态系统的建构。(2)由于医药领域扼杀性并购主要以应对创新成果为主要目标,并购者可能不需要完全控制目标企业,只需要购买技术团队或者关键专利技术即可实现前述目的。^①且医药企业还可通过限制研发人员竞业,实施股权或期权奖励计划绑定研发人员等方式限制目标企业的研发活动。但数字经济领域的扼杀性并购往往需要取得对初创企业的控制权以实现应对竞争威胁等目的。(3)医药领域的扼杀性并购以横向并购为主,数字经济领域的扼杀性并购以混合并购为主。^②立足以上特点,数字企业扼杀性并购的动机、能力与危害得以揭示。

(一)扼杀性并购的动机

首先,网络效应下的竞争业态是扼杀性并购出现的根源。直接网络效应描述了同一用户群体内部数量的直接反馈性,用户个体利益将因同类用户数量的增加而提升;而间接网络效应则源自平台的多边性造成的交叉反馈性,平台一侧用户的利益将因另一侧用户数量的增加而提升。^③基于前述网络效应,把握用户需求、获得竞争优势的数字企业可在短期内发展壮大。^④通过跨界经营,依托网络效应所形成的竞争优势可被最大限度发挥,多业务种类有机结合而成的商业生态系统亦可进一步增强用户粘性并在更大经营范围内形成网络效应,促使经营者获得更强的市场力量。若坐视有发展前景的初创企业迅速壮大,大型企业的用户与流量很可能被其夺取,竞争优势将不复存在。若初创企业与大型企业不在同一经营领域,则初创企业的发展壮大还将阻碍大型企业的跨界经营战略,其甚至可在短期内形成足以与大型企业抗衡的新商业生态系统。为应对初创企业的竞争威胁,大型企业限制初创企业发展的排挤性措施并不少见。然而,前述措施相较于直接并购初创企业而言并不彻底,且易引发合规风险,这使扼杀性并购成为大型企业消除竞争威胁的可靠方式。通过该并购,大型企业可有效控制初创企业的生存发展。此外,若不及时采取行动,初创企业很可能被竞争对手并购,进而增强竞争对手的竞争实力。

其次,规模效益与范围效益激发了大型企业的并购动机。不断增长的规模效益是数字经济的一大特征。数字产品或服务的提供产生较低的边际成本,单位产品的平均成本随着用户数量的增加而降低。因此,全球范围内的大规模扩张成为包括初创企业在内所有数字企业的必然选择,而并购相同业务领域的初创企业可有效提高大型企业的规模效益。强大的网络效应和急剧增长的经营收益使在某一领域取得成功的数字企业有能力涉足其他领域。数字企业可通过品牌、技术优势以及数据共享等方式实现多元经营,从而形成多业务相互促进的范围效益。这种范围效益促使大型企业积极并购处于不同经营领域的初创企业,以使其扩展业务种类,构建以之为核心的商业生态系统。^⑤相较于大型企业通过自身经营向不同领域进行扩张,并购很可能仅需承担相对较小的风险与成本。在数字经济领域,范围效益对扼杀性并购的激励效果往往强于规模效益。

最后,控制或取缔初创企业的创新成果亦是扼杀性并购的动机之一。尽管不像医药领域的扼杀性并购以控制初创企业的创新成果为主要目标,控制或取缔初创企业的创新成果依旧构

①陈永伟:《扼杀式并购:争议与对策》,《东北财经大学学报》2022年第1期。

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》,《宏观经济研究》2022年第4期。

③Marina Lao. No-Fault Digital Platform Monopolization, William and Mary Law Review, 61,2020, p.755.

④Lina M. Khan. Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Review,126, 2017, p.710.

⑤郭传凯:《超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径》,《法商研究》2022年第6期。

成数字企业扼杀性并购的动机之一。正如经济学家阿罗指出,与自满足于现状的大型企业相比,初创企业往往是创新的生力军。^①直接并购掌握先进技术或经营模式的初创企业可使大型企业获得有价值的创新成果,从而增强自身的竞争实力,对大型企业造成威胁。除此之外,若大型企业已有技术、商品或经营模式的商业价值尚未充分实现,初创企业的创新成果则有可能挤占大型企业的盈利空间。通过并购活动,大型企业可雪藏初创企业的创新成果,决定创新成果的问世时间,甚至直接终止相关的研发活动,^②以应对竞争威胁或保证持续盈利。

(二) 扼杀性并购的能力

除具备扼杀性并购的动机外,大型企业还拥有并购初创企业的能力。(1)在算法与人工智能的加持下,大型企业可通过数据分析预测初创企业对其造成的竞争威胁,及时作出并购决策。依托于强大的数据资源和技术优势,大型企业“可构建情报系统识别与分析初创企业的竞争威胁”^③。例如,“脸书就在2013年收购了移动应用分析公司Onavo,并根据其提供的VPN和手机优化信息数据来识别用户对各种应用的下载和使用情况,以此来锁定对手,确定收购目标。”^④(2)通过建构VIE结构等手段,大型企业有能力隐藏并购的真实过程。大型企业还可通过其控制的其他实体实现对目标企业的并购,从而降低合规风险。(3)在网络效应等因素的影响下,初创企业在技术、资金、经营规模、用户粘性等方面均处劣势地位,其自然难以抵抗大型企业发起的敌意并购。(4)用户的选择增强了大型企业的并购优势。行为经济学的研究成果表明,消费者很可能在固有偏见的影响下被大型企业操纵,减缓对初创企业提供的优质产品或服务的反应,这无疑有利于大型企业应对初创企业造成的竞争威胁。^⑤(5)初创企业需要应对来自整个商业生态系统的竞争压力。以电子商务为例,初创企业需要挑战的是以淘宝等平台为核心的商业生态系统,后者在数据获取、多元经营、快递服务等方面存在明显优势。大型企业可迅速模仿复制初创企业赖以存在的技术成果或经营模式,使初创企业丧失优势;还可通过大规模补贴等方式向初创企业施压,迫使其接受并购计划。(6)较小的边际成本、即时分销和全球覆盖的经营模式、数据与金融资源等因素,使大型企业能够以较快的速度和较大的规模形成用于并购的现金流。^⑥基于此,大型企业有足够的力量采取“胡萝卜加大棒”式的策略实施并购。若初创企业以合作的姿态接受并购,则大型企业可使初创企业的投资者或主要股东获得丰厚的现金回报,从而“套现离场”;若初创企业采取不配合的态度,大型企业可以复制、模仿初创企业的技术成果或经营模式以抢占市场空间,还可采取其他策略逼迫其接受并购。

(三) 扼杀性并购的危害

首先,在“赢家通吃”的数字经济中,现存竞争主要集中在少数几个大型企业之间,新进入相应领域的初创企业愈发成为竞争的重要来源,而扼杀性并购在很大程度上遏制甚至清除了前述来源。长此以往,初创企业将丧失投资人青睐而难以获得发展机会,一些扼杀性并购多发的领域逐渐形成难以获得生存机会的“死亡区域”。^⑦大型企业可将数据优势、算法优势、规则优

^①Richard J. Gilbert & Hillary Greene. Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act, *George Washington Law Review*, 83, 2015, p.1919.

^②Bjorn Lundqvist. Killer Acquisitions and Other Forms of Anticompetitive Collaborations (Part II): A Proposal for a New Notification System, *European Competition and Regulatory Law Review*, 5, 2021, p.344.

^③方翔:《数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略》,《法治研究》2021年第2期。

^④陈永伟:《扼杀式并购:争议与对策》,《东北财经大学学报》2022年第1期。

^⑤Lina M. Khan. Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Review*, 126, 2017, p.710.

^⑥Imanol Ramirez. Merger Thresholds in the Digital Economy, *Delaware Journal of Corporate Law*, 45, 2021, p.433.

^⑦王先林、曹汇:《平台经济反垄断的三个关键问题》,《探索与争鸣》2021年第9期。

势传导到新产业、新领域,由此形成“跨界影响的杠杆效应”。如果反垄断法不能及时对此作出回应,平台经济的“马太效应”将会被进一步放大。需要说明的是,市场的确具有一定自愈机制,但其作用的发挥以有效竞争为前提,而有效竞争的出现则需要竞争者充分参与竞争。既然初创企业在充分参与竞争前就已经被控制,市场自愈机制自然失去了基础,数字垄断一旦形成很可能难以得到矫正。

其次,扼杀性并购很可能对创新造成不利影响。(1)经济学实证研究表明,创新活动收益的专属性直接影响企业创新的动机。^①扼杀性并购导致初创企业失去独占创新成果以获取利润的机会,进而无法保持创新动机。(2)扼杀性并购使被收购企业的投资者的投资目的落空,致使其转向其他未被收购的企业,这显然不利于被收购企业继续进行创新。^②扼杀性并购还有可能形成示范效应,导致一些投资者的目标沦为尽快出售其投资的初创企业以获得短期回报,这自然不利于企业的长期经营和创新成果的实现。(3)为避免初创企业的创新成果挤占其盈利空间,大型企业很可能在完成并购后终止创新活动。实际上,“扼杀性并购”的概念被创造之初就用以描述旨在取缔竞争性技术方案的并购活动。(4)扼杀性并购还可阻止并购者的竞争对手获取被并购者的研发成果,而竞争对手对初创企业研发成果的运用很可能更有利于创新的实现。^③(5)为获得初创企业的研发成果,大型企业往往将大量资金用于并购活动,继而削减从事研究开发的资金支持。大型企业甚至在利用所获研发成果前,往往终止自身从事的研发活动,以避免研发成果之间的冲突或进一步投入成本,这也在一定程度上阻碍了相关领域的创新。

最后,扼杀性并购损害了消费者利益。在分析该行为对消费者利益的影响时,不应过度关注行为的短期后果而忽视长期影响。长远来看,扼杀性并购在以下方面对消费者利益造成不利影响。(1)扼杀性并购造成创新成果或企业数量减少,直接限制了消费者可选择的对象。(2)阻碍消费者获得更优质实惠、更具创新性的产品和服务。(3)扼杀性并购完成后,大型企业很可能违反《个人信息保护法》《数据安全法》的要求而过度收集或使用用户位置、财产信息等与自身经营活动无直接关系的数据,继而引发隐私及数据安全问题。扼杀性并购的多发性与危害性足以使其成为重点执法对象,但现行经营者集中制度却难以回应扼杀性并购造成的挑战。

三、扼杀性并购对经营者集中制度造成的挑战

即使可被界定为经营者集中,扼杀性并购依旧难以通过现行制度予以回应。具体而言,扼杀性并购在以下两方面对现行制度造成挑战。

(一)事前申报标准的失灵

尽管新《反垄断法》及其配套规定中明确了执法机构对经营者集中的主动调查权,但经营者集中主要通过事前申报进入执法程序。从逻辑顺序来看,事前申报发生于实质审查之前,但实际上事前申报标准受实质审查制度的支配。

我国经营者集中的事前申报标准具备以下两个特征:其一,营业额合计数值反映了该制度对并购影响力的考量。执法机构认为,只有前述数值较大的集中才有可能对相关市场竞争造成影响。其二,经营者个体营业额的要求表明执法机构更加关注势均力敌的经营者之间的并购活

^①Thomas M. Jorde & David J. Teece. Innovation, Cooperation and Antitrust, *High Technology Law Journal*, 4, 1989, p.1.

^②Bjorn Lundqvist. Killer Acquisitions and Other Forms of Anticompetitive Collaborations (Part I): A Case Study on the Pharmaceutical Industry, *European Competition and Regulatory Law Review*, 5, 2021, p.186.

^③Kevin A. Bryan & Erik Hovenkamp. Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy, *University of Chicago Law Review*, 87, 2020, p.331.

动。前述事前申报标准实则受实质审查制度支配,后者将反竞争的单边效应与协同效应作为审查的主要内容。例如,单边效应导致合并后的企业滥用市场力量干扰市场资源的配置,使资源无法被分配到更能实现其价值的企业,从而降低了配置效率;协同效应则导致多个企业协同抑制产量,从而造成生产效率的下降。无论引发单边效应还是协同效应,合并后的企业实际都未承受充分的竞争约束。在前述审查内容的指引下,以营业额为核算依据的申报标准变得容易理解。一方面,参与集中的经营者的营业额总和可较好地反映经营者集中的整体规模及其可能对相关市场竞争造成的影响。另一方面,在中国境内取得较大营业额的经营者的集中活动更易引发需要审查的单边效应或协同效应。^①

然而,要求至少两个参与集中的经营者均需达到一定营业规模的事前申报标准难以保障扼杀性并购的申报。^②鉴于数字经济的竞争特性,数字企业在早期发展的过程中倾向于扩张用户规模和市场占有率,而不注重短期利润。数字企业可能不会在初期产生高收入,甚至可能在较长时间内遭受损失。因此,作为被并购方的初创企业年营业额很可能不到4亿元人民币。适用前述标准将导致相当数量实施扼杀性并购的大型企业逃脱事前申报的义务。

(二) 实质审查制度的困境

由于传统视阈下的经营者集中大多只能对某一相关市场的竞争造成不利影响,经营者集中制度对单边效应、协同效应的分析皆以相关市场为界限。然而,基于以下原因,平台经济的市场竞争已经突破相关市场的界限。(1)数字企业的竞争是对用户注意力的争夺,这在根本上决定了平台竞争对相关市场的超越。(2)平台市场竞争涉及相互关联的诸多产品或服务,使平台具有功能上的聚合性。同一平台的不同功能涉及不同领域,这些领域很难被界定为同一相关市场。(3)数字企业的跨界经营成为赢得竞争的必然选择,同一经营者往往参与不同的市场业务,这从主体层面决定了平台竞争对相关市场的超越。受此影响,许多扼杀性并购既不是发生于同一相关市场的横向集中,也不是发生于上下游市场的纵向集中。

不属于横向与纵向集中的扼杀性并购与混合集中具有一定相似性。依据霍温坎普的界定,混合集中包括市场扩张型和产品扩张型两种,^③相关审查活动主要着眼于混合集中能否产生限制潜在竞争的效果,即潜在竞争马上就要演变为现实竞争,但混合集中却阻止了这一过程,实质性减少了马上要出现的现实竞争。然而,前述审查标准能否适用于大型企业发起的扼杀性并购还需慎重考量,原因在于尽管初创企业可对并购者造成威胁,但其能否被界定为潜在竞争者仍有疑问。^④依据笔者考察,欧盟2004年《横向合并评估指南》、欧盟2008年《非横向合并指南》、美国2010年《横向合并指南》以及英国2021年《合并评估指南》均未对“潜在竞争”给出直接的界定,相比之下英国的指南对前述概念进行了较为清晰的描述:潜在竞争用以指代至少一个有潜力进入或扩张的企业与现存企业之间的竞争性互动。尽管前述指南并未界定潜在竞争,但其一致认为潜在竞争是由作为潜在进入者的企业引发。潜在进入者所进入的对象自然是具体案件中的目标市场,因此只有当企业有能力进入目标市场且在进入后足以影响该市场现有的竞争水平时才可被认定为潜在进入者。依据欧盟2004年《横向合并评估指南》的规定,经营者能否进

^①大企业与小企业之间的合并也足以引发反竞争效应。例如英国2021年发布的《合并评估指南》就指出,即使具备较大市场力量的企业仅并购了一个小型企业亦有可能引发反竞争的单边效应。

^②需要说明的是,扼杀性并购的参与者至少有一个是具备明显市场力量的大企业,因此并购参与者的整体营业额规模往往符合申报标准的规定(即有关100亿元、20亿元的规定)。

^③[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀等译,法律出版社2009年版,第609-610页。

^④此处的潜在竞争更多是指初创企业在网络效应的影响下迅速成长为具备一定市场力量的企业,从而对在位大型企业造成威胁。这与传统反垄断法中基于相关市场的潜在竞争是完全不同的两个概念。将两者等同的做法无异于偷换概念。

入目标市场且影响市场竞争的判断标准有二：(1)潜在竞争者必须已经对该市场的竞争施加了重要的限制性影响，或必须有重大可能成长为有影响力的竞争力量，此时该竞争者是否依据合理计划以一种重要的方式进入市场是判断前述内容的可靠依据。(2)类似的潜在竞争者数量不能太多。具体到数字经济领域的扼杀性并购，初创企业只有在未来很可能能够进入大型企业所在的市场并对大型企业造成竞争性限制才有可能引发潜在竞争。

在对是否有能力进入市场并影响竞争或造成限制性影响的判断上，美国学界形成了两种认定标准。第一种标准是“被视为潜在进入者标准”，即现存竞争者将一个经营者视为潜在竞争者，则即使该经营者主观上并不打算进入相关市场，也可被认定为潜在进入者。^①该标准具备三个要件：(1)目标市场应是市场集中度较高的寡头市场；(2)被视为潜在进入者的企业数量非常少，以至于除该经营者外，现有竞争者面临的竞争限制会明显下降；(3)合并本身不会激化目标市场中的竞争。^②第一个要件存在的原因在于，只有在寡头市场中现存竞争者才有可能针对被视为潜在进入者的企业进行集体降价等联合应对策略，但随之而来的问题是，寡头市场本身很可能具有很高的市场进入壁垒，被视作潜在进入者的企业很可能无法进入相关市场，此时“被视为潜在进入者”的经营者实际上并不是潜在进入者。因此，该标准通常无法与上文所述“减少了马上要出现的现实竞争”标准相契合。此外，第二个要件“被视为潜在进入者的企业数量”难以量化，导致该标准难以获得准确适用。第二种标准是“现实的潜在进入者标准”，即若有证据证明该经营者很可能自行进入或通过收购一个较小企业的方式进入相关市场，则该经营者构成潜在进入者，前述证据包括但不限于该经营者的内部资料或经营计划。^③适用该标准的依据是，如果该经营者可以自行进入或通过一个收购较小企业的方式进入相关市场，那么现存大型企业将其并购则使原本可以增强的竞争化为泡影。不难发现，前述依据所遵循的“没有增强竞争标准”只有合并发生时该经营者确实已经决定要通过上述方式进入市场且有能力对现存竞争者造成竞争性限制时，才与实质减少竞争标准（即我国法上的“具有或可能具有排除或限制竞争的效果”）相一致。如何证明一个经营者肯定会通过特定方式进入相关市场成为需要解决的难题。此外，当一个经营者实际要进入一个相关市场时，现存竞争者很可能将其视为潜在进入者，导致两种认定标准之间的界限比较模糊。基于以上缺陷，美国学界基本已经放弃此种认定标准。综上所述，在现有理论范式下，数字经济领域的初创企业很难构成进入大型企业所在市场的潜在进入者，除非证明初创企业有充足的能力与明确的计划进入前述市场且对大型企业在该市场的竞争造成一定的限制。仅因为大型企业将初创企业视为“假想敌”，或者初创企业在其自身所在领域进行经营继而抢夺了大型企业的流量或用户就认定初创企业是潜在竞争者的做法是不恰当的。

依据2020年美国发布的《纵向合并指南》，混合集中还可包括互补合并和对角合并两种基本形式，^④其基本涵盖了2008年欧盟发布的《非横向合并评估指南》中对横向与纵向以外其他合并活动的界定。所谓互补合并，是指两种不属于同一相关市场却具备互补功能的产品之间的经营者之间的合并。对该类合并的审查重点在于合并后企业有无采取搭售、价格歧视等行为排挤其他经营者或剥削第三方购买者的单边效应。所谓对角合并，是指处于相邻两个相关市场（或供应

^①该标准认为，被现存竞争者视为潜在进入者的一种主要证据是现存竞争者往往联合采取更低的价格应对潜在进入者的冲击。

^②[美]赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策：竞争法律及其实践》，许光耀等译，法律出版社2009年版，第619页。

^③[美]赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策：竞争法律及其实践》，许光耀等译，法律出版社2009年版，第621页。

^④美国司法部、联邦贸易委员会：《纵向合并指南》，韩伟译，《竞争政策研究》2020年第3期。

链)不同环节的经营者之间的合并。例如,一家电子公司开发了一种增强低端笔记本电脑无线功能的组件,从而加剧了使用该组件的低端笔记本电脑与已经提供无线功能而未使用该组件的高端笔记本电脑之间的竞争。此时,具有无线功能的高端笔记本电脑制造商收购了这家电子公司就构成对角合并。对该类合并的审查重点在于高端笔记本电脑制造商是否通过拒绝交易或附加不合理条件等方式干预低端笔记本电脑制造商获取前述组件,从而削弱笔记本电脑的市场竞争。然而,数字经济领域的扼杀性并购很可能既不是互补合并,又不是对角合并,导致上述制度的适用空间受到限制。

即使构成横向集中或纵向集中,扼杀性并购亦因发生于市场规模相差悬殊的大型企业与初创企业之间而难以造成市场竞争状况出现明显变化,此时执法机构至多可在横向集中案件中判定扼杀性并购因消除初创企业造成的竞争威胁或进一步增强了大型企业的市场力量而引发一定程度的单边效应。^①

不论归属何种类型,扼杀性并购都有可能阻碍创新引发的动态竞争。然而,经营者集中制度对创新因素的分析却有待强化。尽管以熊彼特为代表的许多学者认为大企业才是创新的主力军,但熊氏笔下的“大企业创新”,是指大企业在初创企业的竞争压力下为保持竞争优势所进行的创新。^②将初创企业的创新成果攫为己有,未必比保障其独立发展更有利于数字经济的创新发展。以《经营者集中审查暂行规定》为代表的法律文件并未重视经营者集中对创新造成的影响。尽管我国执法机构在一系列经营者集中案件中审查过集中活动对创新造成的不利影响,但相应法律制度仍有待完善,^③执法机构应当从哪些方面或因素入手进行竞争分析尚不明确。审查工作往往侧重经营者集中对创新的不利影响而忽视对创新的促进效果,经营者很难依据创新效果进行抗辩,导致执法过程容易酿成“假阳性”错误。对扼杀性并购的规制需要明确有关创新的审查因素,有效阻止有损创新的集中活动,确保有利于创新的并购活动得以进行。

尽管我国《经营者集中审查暂行规定》还规定审查经营者集中应当考虑经营者集中对消费者和其他经营者的影响、对国民经济发展的影响以及影响市场竞争的其他因素,但对这些因素的分析很难在脱离上述内容的情况下单独成为批准或禁止经营者集中的理由。综上所述,在现行实质审查标准下,除横向集中所引发的单边效应外,执法机构只能通过分析扼杀性并购对创新的影响作出决定,如何进行创新分析仍需进一步明确。

四、事前申报标准的修订

事前申报标准存在以下两种完善方案:其一,直接对现有标准进行修订,形成适用于实体经济和数字经济的统一标准;其二,针对数字经济扼杀性并购制定专门的申报标准。

(一)第一种方案的式微

落实第一种方案需要选择合适指标完善现行的事前申报标准,所选指标必须能反映数字企业的市场力量以及经营者集中可能对市场竞争造成的影响。通过考察代表性国家的事前申报标准,市场份额、资产数额以及交易价值指标可成为备选项。

^①构成纵向集中的扼杀性并购往往难以造成作为单边效应的封锁效应,原因在于初创企业很可能尚未在其所在的相关市场取得明显的市场力量。

^②Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright. Innovation and the Limits of Antitrust, *Journal of Competition Law and Economics*, 6, 2010, p.153.

^③《经营者集中审查暂行规定》仅在第27条第2款规定:“评估经营者集中对技术进步的影响,可以考虑经营者集中对技术创新动力、技术研发投入和利用、技术资源整合等方面的影响。”

1. 市场份额与资产数额指标的局限性。依据市场份额指标,当参与集中的企业因并购交易获得或增加市场份额达到法定数值时,就会触发申报义务。西班牙采用了该指标并将数值设定为30%。^①不难发现,该指标与相关市场的界定相绑定,而在数字经济领域相关市场的界定存在诸多难题。首先,用于界定相关市场的假设性垄断者测试要求知晓价格上涨至何种程度会导致消费者转向另一种商品继而造成无利可图的局面,这显然需要借助临界损失分析才能实现。其次,为确定相关市场而使用的主要依据是商品价格,前述假定垄断者测试使用的正是价格小幅但显著的非暂时性增长测试。然而,数字企业倾向于以零货币价格提供服务,这要求开发新的分析工具以适用前述方法。有学者建议以产品质量为基准进行分析,^②但质量分析需要精准的仪器或手段,加之学界对质量标准缺乏明显的共识,用户对数字产品的质量判断亦带有很强的主观性,因此前述方案很难解决数字经济的相关市场界定问题。最后,用户数量、流量、技术状况等因素将不断影响市场份额的核算,导致该数值难以得到公允的评估。更重要的是,数字平台创造了动态的市场环境,这在根本上导致扼杀性并购突破了相关市场界定的思维。^③具体到扼杀性并购,大型企业与其初创企业可能处于完全不相关的经营领域,并购前后市场份额的变化情况根本不能反映合并对市场竞争的影响。因此,市场份额指标很难用以完善事前申报标准。

企业资产是指企业拥有或控制的能以货币计量的经济资源,包括各种财产、债权和其他资产。除数字企业全球资产核算所面临的成本或困难外,资产往往不能充分反映数字企业的市场力量,初创企业在其所在的数字市场中可能只拥有较少的资产。因此,企业资产数额指标并不能有效地反映数字企业的市场力量及并购对市场竞争造成的影响。

2. 交易价值指标的局限性。美国、德国、奥地利均采纳了此种指标。^④并购的交易价值通常是指并购的购买价格以及所有与并购有关的利益对价,包括但不限于货币对价、延期支付、投票权转让、证券、有形资产、无形资产、并购方接受的负债以及与并购条件有关的任何对价。

交易价值指标可同时反映初创企业的市场力量以及并购对市场竞争的影响。获得有价值的技术成果或商业模式往往是数字企业进行并购的重要原因,大型企业为此支付的交易金额不仅反映了初创企业的市场力量,更足以展现并购可能对市场竞争造成的影响。当大型企业愿意向营业额或企业资产数额不大的初创企业支付高昂的交易对价时,该并购应当引起反垄断执法机构的关注。以2014年脸书并购WhatsApp案为例,后者尚未取得较高的营业额,但在短时间内积累了45亿左右的活跃用户。出于获取用户数据等因素的考量,脸书最终支付了190亿美元的并购价款。这种高交易价值的并购活动很可能对相关领域的市场竞争造成明显影响。

基于上述原因,以美国为代表的国家围绕交易价值指标建构起相应的事前申报标准。然而,前述申报标准并不适合我国国情。美国的申报制度并不强调经营者控制权的变更,而旨在将实质削弱竞争的所有并购活动均纳入申报审查的范围,而并购交易价值较高不仅说明参与并购的企业产生了密切关联,更反映了经营者之间的前述关联很可能对市场竞争造成不利影响,因此只要以交易价值指标为基础科学设置事前申报标准,即可最大限度实现事前申报的制度目标。而我国经营者集中事前申报以相关并购活动造成控制权变更或符合决定性影响标准为前提,申报门槛只需着眼参与集中的经营者的自身属性即可确定。易言之,我国现行事前申报制度遵循自身特有逻辑而无法选择美国模式,并购的交易价值至多只能作为辅助标准出现

^①Imanol Ramirez. Merger Thresholds in the Digital Economy, Delaware Journal of Corporate Law, 45, 2021, p.433.

^②陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,《法学》2020年第2期。

^③Erik Hovenkamp. Platform Antitrust, Journal of Corporation Law, 44, 2019, p.713.

^④Imanol Ramirez. Merger Thresholds in the Digital Economy, Delaware Journal of Corporate Law, 45, 2021, p.433.

在我国的申报标准当中。

参考同样将交易价值指标用作辅助标准的德国等国,我国经营者集中事前申报标准可被表述为:(一)参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,^①且满足以下情形之一:(1)其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;(2)集中的交易价值超过X亿元人民币,且目标企业在中国境内拥有大量业务;(二)参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且满足以下情形之一:(1)其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;(2)集中的交易价值超过X亿元人民币,且目标企业在中国境内拥有大量业务。前述事前申报标准的适用需解决以下困境。首先,交易价值标准所需数值难以确定。该数值的确定一般可参考目标企业的市值因素。有发展前景的独角兽企业市值通常在10亿美元以上。但由于企业股权结构的差异,取得何种比例的股份可实现控制权变更或可对该企业施加决定性影响难以明确。近年来我国数字经济领域大型企业对外并购的交易金额差异较大,执法机构亦难以从以往诸多交易金额中归纳合适的数值门槛。其次,在执法机构确定交易价值标准后,大型企业往往会想方设法压低收购金额或选择有前景但收购代价不大的经营者进行收购,以逃避事前申报义务。易言之,交易价值标准存在被规避的可能。再次,营业额指标并非反映并购对我国市场竞争影响的最优指标。并购发生时,目标企业在特定管辖区营业额数额或在其全球营业额所占的比重很可能不高,但这并不意味着并购无法对前述管辖区的市场竞争造成不利影响。“目标企业在我国有大量业务”标准应当立足数字经济的特性予以确定。为明确前述标准,德国与奥地利反垄断执法机构联合发布了相应指南。该指南指出,企业活动归属于其预期使用的地点,通常是其用户所在的地点,原因在于该地点是企业与供应商展开竞争的场所。当特定管辖区内的用户使用其提供的产品或服务,则该数字企业在该辖区拥有业务或活动。指南进一步建议以月度或日度活跃用户数量为依据。以之为参考,国家市场监督管理总局还需确定相应的辅助标准。最后也是最重要的一点,由于修订后的事前申报标准将统一适用于实体经济和数字经济,营业额标准所确立的门槛对数字经济领域而言可能较低,导致大量数字企业的对外并购活动需要进行申报,这与着重限制大型企业对外并购活动的立法初衷相违背。而一旦为适应扼杀性并购的申报和审查需求而变更营业额标准,事前申报标准将难以适用于实体经济领域。由此可见,上述事前申报标准的完善方案并非最优选择。

(二)第二种方案的实施

通过第一种方案修订事前申报标准难以回应扼杀性并购的申报难题,执法机构只能转向第二种方案回应前述难题。美国与欧盟的最新立法实践实则选择了第二种方案。依据欧盟《数字市场法》第14条规定,若“守门人”企业发起的并购活动涉及其核心平台服务或数字经济领域的任何其他服务,则前述企业应一律承担事前申报义务,无论并购是否达到《欧盟并购条例》规定的申报标准。美国《平台竞争和机会法》则对“覆盖平台”的并购采取了更为严厉的限制。只有相应企业不与“覆盖平台”在任何产品或服务上存在竞争关系,不构成“覆盖平台”的潜在竞争或新生竞争对手,且无法在被并购后增进“覆盖平台”的市场力量时,才能成为被并购方。^②概言之,两大管辖区均针对特定类型的数字企业采取专门性规制。尽管国家市场监督管理总局出台的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见

^①2022年6月27日国家市场监督管理总局公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》第三条已经将现行标准中100亿元、20亿元、4亿元的数值调整为120亿元、40亿元、8亿元。

^②王晓晔:《中国数字经济领域反垄断监管的理论与实践》,《中国社会科学院大学学报》2022年第5期。

稿)》试图强化对我国超级平台企业的规制,但要求该类企业申报所有并购活动或一律禁止所有并购活动的做法对超级平台企业有过于严苛之嫌,同时可能放任不属于超级平台企业的大型企业的并购活动。

相比之下,国家市场监督管理总局2022年6月公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(征求意见稿)》通过增加专门条款回应扼杀性并购的做法更加契合当下我国的实践。该征求意见稿第4条规定:“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准,但同时满足下列条件的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中:(一)其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过1000亿元人民币;(二)本规定第二条第(一)项所规定的合并其他方或第二条第(二)项和第(三)项所规定的其他经营者市值(或估值)不低于8亿元人民币,并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。”不难发现,该申报标准延续了先界定经营者集中,再着眼经营者自身因素确定申报门槛的制度思路,而与过去申报标准的不同之处在于其分别着眼并购者与被并购者的自身因素进行规定。^①表面来看,国家市场监督管理总局并非仅为解决数字经济领域的扼杀性并购而增设前述条文,“营业额超过1000亿元人民币”“营业额比例超过三分之一”的规定确实可将很多大型实体企业的并购活动也纳入申报范围,但从被并购方市值(或估值)指标的选择可以看出,前述申报标准明显侧重数字经济领域经营者集中的申报工作。正是由于作为被并购方的数字企业在营业额(或销售额)、资产数额等传统指标上的数值偏低,导致前述指标不足以映其真实市场力量及并购对市场竞争造成的影响,国家市场监督管理总局才转而选择市值或估值作为遴选其他参与方的指标。

遗憾的是,上述征求意见稿所选用的指标依旧存在一定问题。比如,平台经济领域有市场前景的初创企业市值或估值一般远远超过8亿元人民币,将市值的数额门槛设置为8亿元将导致几乎所有大型平台企业发起的并购活动均需进行事前申报,不仅超过保障市场竞争的实际需要,将对并购者造成过高的合规成本,阻碍经济效率的实现。^②再如,国家市场监督管理总局将“在中国营业额占全球总营业额三分之一以上”作为判断企业在我国有大量业务的标准,难以因应平台企业的特殊性。发生并购之时,作为被并购方的平台企业在中国的营业额数值及其在全球总营业额的比重可能不高,但依旧在我国拥有大量业务。采取前述标准有可能错放对竞争造成不良影响的并购活动。为解决上述问题,笔者主张旗帜鲜明地针对平台经济领域的扼杀性并购确定专门的申报标准,即保留营业额1000亿元人民币的数额门槛,适当提高市值或估值指标的数额门槛,并以在我国日均或月均活跃用户数量作为衡量是否在我国有大量业务的标准。此外,实体经济领域的扼杀性并购一般可依据上述征求意见稿第三条确立的申报标准进行申报,原因在于该领域的扼杀性并购很容易达到120亿元、40亿元、8亿元的数额标准。

五、实质审查制度的完善

(一)对扼杀性并购的实质审查机制

经营者应对符合上述门槛的集中活动进行申报。依据新《反垄断法》第26条第二款的规定,

^①市场监督管理总局关于公开征求《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》意见的公告,国家市场监督管理总局竞争政策协调司官方网站https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/zqyj/202206/t20220625_348150.html,访问时间2022年11月1日。

^②对实体经济领域而言,8亿美元的数额门槛亦有过低的嫌疑。当经营者集中的参与方有一定市场前景或市场力量时,依照第四条进行申报才有意义。在初创实体企业市值或估值动辄在30亿美元以上的时代,市值在8亿美元左右的企业大概率不具有明显的市场前景。

经营者集中未达到国务院规定的申报标准,但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,执法机构可以要求经营者申报。依据新《反垄断法》第58条的规定,对未依法进行申报的经营者集中,执法机构有权进行调查处罚。执法机构应给予企业内部文件足够的重视,并将前述文件作为案件线索或证据的主要来源。在此基础上,执法机构需明确扼杀性并购审查的判断标准。欧盟委员会认为,只有未对市场竞争(包括创新)造成不利影响,扼杀性并购才能得以批准。我国现行经营者集中制度亦实行这一标准。而美国《平台竞争和机会法》则确立了更加严格的标准,其不仅需要并购活动未造成损害竞争的效果,还要求并购不能在任何层面增加“覆盖平台”的市场力量。扼杀性并购的审查应当选择何种标准值得斟酌。

1.具体制度的完善与审查标准的选定。除在构成横向合并的情形中可能造成一定程度的单边效应外,扼杀性并购很可能不会引发其他的单边效应与协同效应,执法机构也难以立足潜在竞争对扼杀性并购进行限制,因此扼杀性并购的实质审查应聚焦并购对创新的影响。当出现以下因素时,并购则可能阻碍创新:(1)参与集中的经营者在技术、经营模式等层面进行过竞争,如经营者在竞争的激励下明显追加过创新的经费投入。(2)集中有助于经营者排挤其他可能在技术、经营模式上对其形成挑战的经营者。(3)参与集中的经营者可通过技术开发等途径赢得与参与集中的其他经营者的竞争。(4)集中使经营者有能力阻止研发活动的实现。(5)相关市场不存在其他有竞争力的技术方案。《经营者集中审查暂行规定》应当对前述因素进行明确。需要强调的是,即使阻碍创新的扼杀性并购可以取得其他效率,亦无法获得无条件批准,原因在于促进初创企业融资、较少生产成本或交易成本等效率难以弥补阻碍创新对动态竞争造成的影响。^①与此同时,执法机构应在相应法律文件中明确企业通过创新进行抗辩的权利,并列举通常的抗辩情形,如企业技术的匹配性、企业内部具备可行性的研发计划、集中可使相关企业在技术上更好地应对竞争对手的挑战、相关市场内存在多个可替代技术等。前述抗辩应当满足必要性要件,即经营者应证明创新难以通过集中以外的其他途径予以实现。在集中未阻碍创新的前提下,经营者还可通过集中取得的其他效率证明集中未对市场竞争造成不利影响。

以上审查制度的完善实际遵循欧盟标准。在该标准下,我国经营者集中审查制度的基本框架可以继续保留,制度修订完善的成本相对较小。但遵循这一标准的弊端也比较明显,执法机构只能基于特定理由对扼杀性并购进行限制,这不足以限制大型企业的肆意扩张或预防大型企业在其建构商业生态系统的过程中实施垄断行为。相比之下,美国标准则足以强化对扼杀性并购的规制,原因在于其禁止可增强特定平台企业市场力量的一切并购活动。然而,美国标准并不一定适合我国国情。一方面,我国市场竞争正在向高质量、高水平方向发展,包括数字企业在内的所有竞争者应当进一步做大做强,在提高经济效益、造福社会的同时,增强我国企业的国际竞争力。在此背景下,适用美国标准对待我国数字企业有过于严苛之嫌,很可能不利于数字企业的进一步发展。另一方面,严苛的美国标准仅针对大型企业中拔尖的少数特定企业,在尚未针对特定企业确立专门的反垄断规制之前,我国并不具备普遍适用美国标准的条件。相较于上述标准,以下折中标准有一定合理性:若扼杀性并购可增强大型企业的市场力量,则执法机构一般应对之进行限制,除非该并购可以取得明显的效率。然而,该折中标准的实施至少面临以下困境:(1)该标准要求并购取得效率足够明显,但效率的明显程度缺乏明确的判断标准。(2)并购取得的效率必须是并购所特有的,这一要件的证明亦存在困难。(3)即使并购取得了明显且独特的效率,奉行该标准依旧有可能加剧数字经济领域的“赢家通吃”现状。并购之时可以取得前述效率不代表并购不会造成垄断隐患,因此该标准的实施依旧存在风险。

^①Richard J. Gilbert & Hillary Greene. Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act, *George Washington Law Review*, 83, 2015, p.1919.

2.审查决定的作出。执法机构可审查经营者承诺的相关内容并决定附加限制性条件。受此影响,执法机构可作出禁止、无条件批准和附条件批准等三种决定。国家市场监督管理总局在2021年全年收到经营者集中案件824件,审结727件,其中,禁止案件仅1件,附加条件批准案件仅4件,前述数据意味着我国执法机构并不倾向于作出禁止和附条件批准的决定。在2008—2019年间,我国仅出现禁止集中案件2件,附条件批准案件40件;^①在前述40件附条件批准案件中,附加行为性条件22件,附加结构性条件7件,附加综合性条件11件,这表明我国执法机构更加偏好适用行为性条件对经营者集中进行救济,这与美国、欧盟更偏向结构性条件的做法明显不同。^②对数字经济领域的扼杀性并购案件而言,限制性条件的运用往往更加困难。首先,尽管在数字经济领域旨在限制经营者滥用市场力量的行为性条件有了新内容,^③但行为性条件要求模糊、实施期限过长、监督难度较大、适用效果不理想、过度干预市场自由、引发权力寻租等弊端在数字经济领域实则难以克服。其次,结构性条件的适用面临以下问题:(1)不论是剥离独立的业务部门还是剥离相应的资产包,结构性条件的适用或导致并购目的落空与直接禁止扼杀性并购的效果,或造成难以有效限制反竞争效果的局面。买家前置规制或皇冠宝石规制均以相应的结构性条件具备可执行性为前提,因此发挥作用的空间十分有限。(2)即使明确合理的剥离对象,结构性条件的适用还需要寻找合适的接收方,以确保被剥离资产或业务部门的效用得以充分发挥,且相关领域的市场竞争不被削弱,这往往是难以实现的。(3)结构性条件也有一定的时效性要求,若“集中已经实施完毕,资产剥离尚未完成,引发竞争问题的重叠资产已由同一人控制,反竞争效果可能即时发生”。^④(4)结构性条件还有可能形成更有利于通谋的市场环境,从而导致协同效应的出现,强化未来的合谋。(5)数字经济领域的结构性条件也需要一定的监督成本。最后,不论结构救济加独立行为救济还是结构救济加辅助行为救济都难以有效缓解上述困境。由于限制性条件的适用难度,执法机构往往只能在禁止和无条件批准决定之间进行选择。另外,国家市场监督管理总局可适当增加禁止集中决定的比重。

3.配套制度的确立。事后跟踪评估机制应予确立,以便在事后观察期持续关注并购后的企业动态,把握扼杀性并购带来的累积效应,更好地预防大型平台企业在并购后从事垄断行为。在对可能实现创新等效率因素的扼杀性并购予以放行的案件中,定期复审与不定期抽查相结合的跟踪评估机制可防止并购在未来对市场竞争造成不利影响。一旦发现不利情况,执法机构可要求并购企业予以整改;情况严重的,执法机构还可撤销批准决定,强制大型企业出售相应资产或业务部门。为落实跟踪评估制度,执法机构应当督促完成并购的数字企业进行合规自查,严厉惩罚知情不报的经营者;完善社会监督和举报处理机制,以弥补信息不足造成的规制困境。此外,执法机构应及时查处并购后经营者从事的垄断行为,实现经营者集中制度与垄断协议、滥用市场支配地位等制度的协调配合。

在数字企业跨境经营与全球并购的时代,执法机构应当重视全球平行审查。该制度不仅有利于执法机构督促经营者履行事前申报义务,更为实质审查和作出决定提供了重要参考。若欧盟、美国等主要管辖区对同一起扼杀性并购案件的处理措施可有效解决我国的竞争问题,则国家市场监督管理总局可参考前述措施作出决定。此外,“为了评估数字经济发展可能给市场竞争带来的机会与挑战,我国可借鉴英国建立专家小组的做法,在国务院反垄断委员会专家咨询

①叶军:《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》,《中外法学》2019年第4期。

②叶军:《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》,《中外法学》2019年第4期。

③数字经济领域的行为救济包括开放救济、无歧视条款、防火墙条款、强制FRAND许可、禁止信息共享等多种形式。参见承上:《互联网行业经营者集中的反垄断规制研究》,2018年西南政法大学博士学位论文,第148-149页。

④叶军:《经营者集中反垄断控制中的资产分持规则研究》,《比较法研究》2015年第6期。

组的基础上,成立数字化专家咨询小组,小组成员包括经济学家、法学专家和计算机专家。在经营者集中案件的审查过程中,专家应当保持一定的参与度,结合数字市场的特性,基于专业的学科知识,提高并购评估的科学性和精确性。”^①

新《反垄断法》第37条规定,执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度,依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查,提高审查质量和效率。因此,笔者建议在即将出台的《经营者集中审查规定》中细化重要领域的选定工作。执法机构应将基础生活服务、即时通讯、卫生医疗、金融活动等纳入前述重要领域,着重审查相关集中活动,并行使职权要求经营者申报前述领域中未达到申报标准但有可能对市场竞争造成不利影响的集中活动。

(二)“特别名单”制度的引入

欧盟与美国均对符合特定条件的数字企业的并购活动予以严格对待,我国亦可考虑采取类似的规制措施。《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》与《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》提出了“超级平台”的概念,对“特别名单”制度的建构有直接推进作用。前述文件依据超大用户规模、超广业务种类以及市值或估值所反映的超高经济体量确定超级平台企业。除前述标准外,超级平台企业的确定还可考察网络效应与其他竞争优势下的进入壁垒,特别是与获取与分析数据的能力相关的进入壁垒、该平台企业获得收益的规模与范围、用户粘性以及其他结构性特征。国家市场监督管理总局可将符合标准的超级平台企业列入“特别名单”,要求前述企业对其拟进行的全部经营者集中活动进行申报说明,并重点审查以具备市场前景的初创企业为对象的并购活动。待时机成熟,执法机构可将“特别名单”制度扩展适用至年度营业额在1000亿人民币以上的其他大型平台企业。执法机构亦可在未来参考美国《平台竞争和机会法》确立的审查标准,对明显强化超级平台企业市场力量的并购活动予以禁止。

六、结 语

通过对事前申报与实质审查制度的完善,经营者集中制度可最大限度回应扼杀性并购。对扼杀性并购的回应应当立足数字经济的竞争业态,在网络效应、跨界竞争、鼓励创新的视阈下合理评估大型企业的并购活动对市场竞争造成的影响,避免大型企业肆意扩张造成的垄断隐患。通过反思数字经济领域扼杀性并购的反垄断规制,不难发现产生于实体经济的制度体系所遵循的思维逻辑与判断标准难以应对数字经济领域的新兴垄断问题。未来反垄断制度体系的完善,须在回应实体经济垄断问题与规制数字企业垄断行为之间寻求平衡。

数字经济领域扼杀性并购的认定与规制需要执法机构深入数字企业的日常经营以查清案件事实。一方面,执法机构应当对初创企业能否对大型企业造成竞争威胁进行判断,以明确该并购是否为扼杀性并购;另一方面,执法机构还须对并购者的并购计划、经营方案、长期战略目标进行评估,以分析其并购意图及可能造成的影响,防止规制的“假阳性”错误。执法机构不仅要了解特定数字经济领域的运行特征与规律,更要综合考虑多种因素进行判断。在获取证据方面,执法机构往往需要考察企业的内部文件,以解答为何并购者愿意花费超过初创企业市值或估值的并购金额等问题。执法机构须分析扼杀性并购的特定意图及并购后企业的经营策略,并关注相关市场领域其他竞争者对并购的态度或反应、用户转换服务商的可能性、并购者以往的并购历史等因素,还需执法机构结合并购后的企业数量、相关市场产品或服务的异质化程度进行经济分析,以获取相应的经济证据。

^①冯鑫焜:《超级平台扼杀性并购的反垄断规制》,《南方金融》2022年第9期。

Anti-monopoly Regulation of Killer Acquisitions in the Field of Digital Economy

Guo Chuankai

(*Law School, Shandong University, Shandong Qingdao 266237, China*)

Summary: In the new era of reform and opening up as well as socialist modernization, the Report of the 20th National Congress of the Communist Party of China has pointed out the direction for regulating killer acquisitions in the field of digital economy. Ensuring the healthy development of the digital economy is an important part of “building a unified national market, deepening the market-oriented reform of factors, and building a high standard market system”. Preventing and responding to the anti-competitive effect caused by killer acquisitions of large digital enterprises is particularly important for maintaining the competitive order of the digital economy, and “standardizing and guiding the healthy development of capital according to law”. In this context, the killer acquisitions launched by large enterprises in the field of digital economy against start-ups have become the focus of China’s anti-monopoly academia and industry. Such mergers and acquisitions have directly curbed the development of start-ups, eliminated the competitive threat of large enterprises, exacerbated the gap between other enterprises and large enterprises, hindered the development of technology in related fields, and damaged the interests of consumers. Even if it can be defined as concentration of business operators, killer acquisitions are still difficult to respond through the current system. On the one hand, the current standards for prior declaration of concentration of business operators are difficult to deal with killer acquisitions; on the other hand, under the current substantive review standard, law enforcement agencies mainly analyze the impact of killer acquisitions on innovation, and how the concentration system realizes the analysis of innovation factors still needs to be further clarified. In order to deal with killer acquisitions, the Provisions of the State Council on the Reporting Standards for Concentration of Business Operators should specifically add the prior declaration standards for such mergers and acquisitions; the Provisions on the Examination of Concentration of Business Operators should specify the main factors relied on by law enforcement agencies to analyze the impact of concentration on innovation, and establish relevant systems for operators to defend through innovation; law enforcement agencies can also set up a “special list” system for super platform enterprises to strengthen the application and review of killer acquisitions of such enterprises. The identification and regulation of killer acquisitions in the field of digital economy requires law enforcement agencies to go deep into the daily operation of digital enterprises to find out the facts of the case. The ascertainment of facts and the acquisition of evidence both test the coping ability of law enforcement agencies. The improved system can only be verified and developed in practice. The problem in the field of digital economy should be solved in the interaction between theory and practice.

Key words: field of digital economy; killer acquisitions; anti-monopoly regulation; prior declaration; substantive review

(责任编辑: 倪建文)