

## 【产业政策】

# 数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验

熊鸿儒

**【摘要】**进入数字经济时代,全球范围的反垄断部门都将面临来自数字平台的挑战。过去静态、单向的反垄断分析框架及判断标准很难适用于数字经济时代动态、跨界的平台经济,界定相关市场难度加大,市场支配地位认定困难。面对以掠夺性定价、“二选一”、跨界垄断、平台间并购、算法共谋或歧视等为代表的平台垄断行为,不仅准确判断更加复杂,争议也会更多。在反垄断执法过程中,范围和时机难以抉择、取证难,法律救济不及时,执法队伍建设滞后等挑战也不容忽视。这一系列挑战引发了国际上主要反垄断辖区的高度关注。尽管各国因产业发展及制度差异在规制理念和执法方式上有所差别,但都强调拓展监管思路、创新分析工具和灵活执法,并注重考虑国家利益。现行反垄断法的基本制度仍然适用,但需要及时根据新问题做出适当调整。

**【关键词】**数字经济;数字平台;反垄断;竞争政策;国际经验

**【作者简介】**熊鸿儒,国务院发展研究中心创新发展研究部副研究员(北京 100010)。

**【原文出处】**《经济纵横》(长春),2019.7.83~92

**【基金项目】**本文是国家社会科学基金青年项目“市场导向机制下的企业创新轨道研究”(编号:14CGL007)和国务院发展研究中心2018年度招标课题“数字经济时代的平台垄断问题研究”的成果。

数字经济时代,平台垄断问题对竞争政策和反垄断规制的挑战是全球性的。近些年,从国际到国内,监管部门最重要的关切点就是现行反垄断政策能否适应数字化时代的新要求,维护数字市场的良性竞争,在有效保护消费者权益、增进社会福利的同时也确保创新生态的持续繁荣。可以说,当今世界反垄断立法和执法的重大挑战之一就是数字经济、平台企业对许多传统概念和判断标准的颠覆。<sup>[1]</sup>

## 一、数字经济时代反垄断规制的主要挑战

2019年3月,在德国举办的第19届“国际竞争大会”的核心议题是讨论“现行竞争法律及原则能否满足数字时代的新挑战”。反垄断政策如何保持审慎,相应的法律和经济学分析如何提高针对性,具体执法如何提高效率和质量,都成为各国普遍关注的重

要问题。特别对数字经济发展领先的国家或地区而言,要处理好发展与规制的关系急需认清一系列新的挑战。

(一)静态、单向的传统反垄断分析框架及判断标准很难适用于数字经济时代动态、跨界的平台经济

传统的反垄断分析框架是以存在既定的“相关市场”<sup>①</sup>为前提的。这意味着传统分析的第一步就是界定相关市场,并以此为基础开展后续分析。整个传统的反垄断分析框架是建立在对市场力量(或支配地位)判断基础之上的,如果不具有支配地位,绝大部分被反垄断法规制的商业行为都不应受到质疑。在确定具有支配地位之后,进一步判断是否存在对支配地位的滥用、某些合谋(符合本身违法原则的除外)是否具有合理性、并购是否产生单边效应或

协调效应。市场支配地位的判断主要采用结构性方法,包括计算市场份额和市场集中度、分析市场进入壁垒、潜在竞争、评估买方力量等。总体看,传统的分析框架基本是单向的,即“结构—行为—效果”范式:从市场结构(如买卖双方数量、产品差异水平、进入障碍及成本结构等),到市场行为分析(如定价、投资或投机行为、市场策略等),再到相关行为在相关市场中的具体效果分析。考虑到这种“结构主义”范式很大程度上忽视了不同步骤间的相互作用,各国越来越多的反垄断执法机构采取“行为主义”或“策略行为主义”的规制范式,即更加关注经营者是否存在滥用市场支配地位、排斥或限制竞争的具体行为。

1. 准确界定相关市场难度大。传统分析框架及其评估工具根植于一般均衡理论和完全竞争模型,有两个典型特征:一是考察对象多为较稳定的产业,即具有固定生产曲线和消费曲线的静态市场,很难分析不断创新的动态市场;二是反垄断目标侧重的效率标准是给定资源的配置效率(即静态效率),包括给定资源的生产效率和分配效率,而不是创新所引发的动态效率。这种静态、传统的反垄断分析框架和判断标准,在创新频率相对较低的传统工业经济时代是适用的。但应用于创新频率高、市场急剧变动的数字经济,其局限性便会凸显出来。现行反垄断规制面临的此类困境,在美国微软案、欧盟谷歌案和我国3Q案<sup>②</sup>等案件中都有非常明显的体现。面对数字化时代蓬勃发展的新技术、新模式、新业态,基于传统产业组织形成的传统反垄断分析框架和判断标准界定数字经济时代相关市场的难度加大。

第一,在数字市场中,双边或多边平台可能涉及不止一个相关市场。若忽视各平台需求间的正反馈效应,会使得相关市场的界定要么过于狭窄、要么过于宽泛。直接将单平台市场的判断标准应用于多边平台会产生许多问题。<sup>③</sup>如,即便是考虑了需求弹性和间接网络效应的假定垄断者测试(SSNIP)方法,<sup>④</sup>在应用到多边市场中需要更多信息量,远比单边市场复杂。为充分把握假定垄断者测试框架,监管机构需要考虑双边或多边平台的交叉外部性及各平台用

户的需求本质。

第二,基于质量和创新的非价格竞争趋势显著,基于价格的分析将难以真实反映市场情况。特别是在平台企业免费提供产品或服务时,传统用于单边市场、单一价格竞争的SSNIP工具基本不再适用。即便采取改进的SSNDQ工具(用质量代替价格),也受制于能够测度的质量标准并非都明确存在。同时,名义价格上的“免费”并不代表实质上的免费,最终用户的支出可能是另外一种形式,如提供个人信息甚至是隐私作为免费服务的代价。依靠需求替代性分析竞争关系并不够,还要考虑不同平台的商业模式、竞争方式及利润流向。

第三,不同领域之间的界限越发模糊,新技术、新业态的持续涌现使市场边界难以确定。从需求替代的角度看,与传统产业相比,消费者偏好的变化使得不同产品或服务之间替代性的评估难度加剧。从供给替代的角度看,数字市场创新的快速迭代使得对供给方替代的评估也比传统产业更具不确定性。从潜在市场进入者角度看,要预测未来的竞争动态和潜在市场进入就更不现实。伴随不稳定的市场边界被新技术持续重塑,能够反映功能替代性的产品或服务集(bundles)变得更加重要,但如何将其界定为一个独立市场尚不清楚。<sup>⑤</sup>此外,传统市场界定通常局限在一定时间范围内,但这对快速变化的数字市场不太适用。产业数字化、平台化趋势的加速发展会使得先前无关的市场也有可能变得具有关联性。所以,相关市场界定的范围要更具灵活性。

OECD的最新研究认为,涉及多边平台的市场中,进行相关市场界定的价值可能并不大,应该仔细考虑进行市场界定是否必要,以及实施市场界定所耗费的资源是否合乎比例。<sup>⑥</sup>但在实践中,若界定相关市场无法回避,即便在价格为零的情况下,假定垄断者测试仍是最有效的分析框架——关键在于能否准确评估平台的跨边网络效应,灵活调整分析工具,确定相关市场的数量和范围。

2. 市场支配地位认定困难。各国的反垄断竞争执法机构发现,即便正确界定了相关市场,在数字市

场上准确衡量特定平台企业的市场力量也非易事。<sup>[5]</sup>传统用于评估市场支配地位的一些硬性量化指标,如市场份额、价格水平或利润率等,在创新活跃、高度动态的数字市场中适用性已大大降低。由于平台经济的网络外部性等特征,高市场份额并不意味着拥有市场支配地位,也无法假设其市场份额会一直维持在高位。如果产品的市场价格为零,或平台主要围绕质量展开竞争,市场份额往往就难以准确估算。类似地,低于或高于竞争性水平的价格或利润率对判定市场支配地位的参考价值也十分有限。由于平台的“非对称定价”特性,企业往往需要在实现“赢家通吃”时获得高利润以填补沉没成本;相应地,平台的零利润模式也并不意味着不具备市场力量。为此,调整传统的分析工具和判别标准已势在必行。如,综合评估平台各边的需求弹性,从平台层面衡量盈利水平而非单独考虑某一边。进一步地,评估双边或多边平台的市场力量时,不仅许多传统方法不适用,而且新的方法还未充分发展成熟,进一步明确测度十分复杂。2012年,OECD曾提出了一个“经验法则”<sup>[6]</sup>:即一家领先的数字企业在5年内,其市场地位没有被挑战过或很容易将新进入者打败,且该企业是盈利的,那就基本上可以假定这家企业拥有市场支配地位——但这尚未形成广泛共识。

进入数字时代,数据对市场力量的复杂影响也增加了判定数字平台企业市场支配地位的难度,很多时候需要通过个案进行评估。由于规模经济和网络效应,某个平台对特定数据的控制可能成为潜在新进入者面临的市场进入障碍,并可能加速市场支配地位形成。<sup>[7]</sup>但若数据资源的非竞争性、非排他性显著,竞争对手可轻易获取,那么数据并不直接促成市场力量。为此,执法机构需要仔细考量数据被复制的难易程度,以及数据规模与范围对于市场竞争力的重要性。

(二)数字平台是否存在滥用其支配地位的垄断行为识别难、争议多

由于平台经济领域的市场结构与传统经济有很大差异,各国对平台企业开展反垄断调查主要是关

注那些拥有一定市场力量的平台是否存在滥用其支配地位的垄断行为。不过,相较于传统企业,准确识别数字平台滥用市场支配地位的行为,或是有效区分一般商业行为、商业策略与反竞争行为,难度显著增加。传统经济中,一般采取以定价为基础的等效竞争者基准测试(Equally Efficient Competitor Benchmark Test)进行分析识别。<sup>[8]</sup>但面对数字平台,不仅平台各方定价不一,难以明确具有损害竞争效果的价格水平;基于提供服务或产品的差异,不同平台也不一定具有可比的成本结构,传统的判别标准面临重估。更重要的是,从平台企业掠夺性定价、“二选一”(纵向限制)、垄断势力的跨界传导等排他性滥用行为,到基于大数据利用的新型价格歧视或过高定价等剥削性滥用行为,以及经营者数据资产集中、算法共谋的新型垄断协议等各类疑似垄断行为层出不穷。对监管部门而言,不仅对存在滥用其支配地位的垄断行为准确识别越来越难,所面对的各方争议也越来越多。

1. 掠夺性定价行为。各国反垄断法几乎都禁止掠夺性定价行为,我国《反垄断法》第17条第1款也做了相应规定。传统观点认为,若一家具有市场支配地位的企业对其产品收取很低的价格(低于边际成本),按照传统标准就可认定为属于排挤竞争的掠夺性定价行为,但这在双边或多边平台市场中可能并不成立。对平台企业而言,为了使交叉网络外部性产生的收益最大化,最优策略就是“补贴”能够产生更多价值的一边(甚至是免费),并不存在反竞争动机。当然,现实中有些价格补贴产生于消费者对商品或服务特性不完全知情,平台为推广服务而在事前支付或承诺支付给消费者的费用,具有一定的“诱导”性质。由此,一些平台可以通过大量前期支付行为在竞争中获得优势,诱发逆向选择或道德风险。由于此类行为在我国现行竞争法体系中尚无明确界定,需要执法部门对此予以充分关注。

2. 以“二选一”为代表的各类纵向限制行为。一般而言,以“二选一”或限制条件为代表的排他性协议和选择性分销行为大多数是商业策略,只要市场

上存在替代性内容或渠道,大多可以被豁免。但在特定条件下,其可能损害竞争和消费者利益。这类行为在数字市场颇为常见,并易引发较大争议。不少研究认为,较之单边市场中的类似协议,多边市场中的排他性协议可能需要竞争执法部门更为关注,且不应受到更宽松的对待。<sup>[8]</sup>以近年来颇受争议的大型电商平台“二选一”问题为例,明确其反竞争效果就面临一系列难题。如,准确判别平台经营者的市场地位、相关排他性协议的覆盖范围和持续时间,市场进入障碍存在与否,以及达成并实施相关协议所造成的损害竞争效果和消费者损害,等等。一般来说,当平台提出卖家“二选一”的排他性协议时,显然违反了自由交易原则,单归属的平台策略还可能明显地削弱平台间竞争——但现实中往往难以界定这种行为的具体法律裁量。同时,即使在一定的交易协议下卖方选择了某一个平台,这种行为对市场和消费者的影响尚无现实案例可循,也没有明确的研究结论。2019年我国正式实施的《电子商务法》在第22条、第35条对“二选一”限制交易行为有所涉及,但在实践中准确辨别“二选一”行为的正当性有很大难度。如,平台经营者给予平台内经营者额外优惠条件,按照责权利一致原则,独家入驻或独家促销的约定并不违法。特别在跨平台网络效应较强的情况下,多边平台实施纵向限制有时是必要的。考虑到“搭便车”现象对平台的生存可能构成威胁,采取纵向限制行为可能有很大空间去提升效率,反垄断竞争执法部门应考虑多边市场环境下的效率抗辩。

3. 涉足相邻市场的跨界竞争行为。数字市场中的市场边界往往是模糊的,不同平台间的“跨界竞争”,即平台企业利用在原有市场中的市场力量涉足相邻市场的竞争行为十分普遍。从积极的意义来看,这种行为大多是平台经营者将新技术或新模式应用到新领域,在进一步扩张自身经营范围和市场力量的同时,也有利于带动新产业发展和整个数字生态系统的创新。但对监管机构而言,必须高度关注这类行为的正当性,做到“趋利避害”。具体而言,监管者应当有效区分跨界竞争行为的两种类型:预防

性扩张(Defensive Leveraging)和进攻性扩张(Offensive Leveraging),因为这两类扩张的市场竞争效果大相径庭。<sup>[9]</sup>具体而言,进攻性扩张既借助原有市场力量,也利用新技术、新模式推动新市场的创新。但相比之下,预防性扩张通常只是利用原有市场的支配地位进行排挤或限制竞争。对那些有支配地位的个别平台而言,这两类行为的具体表现都是平台企业涉足另一新市场,但做法的本质难以轻易判断,监管机构对此不能一概而论。2017年6月和2018年7月,美国谷歌公司连续两次被欧盟委员会裁决其滥用市场支配地位,被处以巨额罚款,原因都与其跨界垄断行为有关。一是针对谷歌在搜索结果中偏袒自己的比价购物网站;二是被裁定滥用在安卓操作系统市场上的支配地位,妨碍了搜索引擎和浏览器市场的正常竞争,以维持在移动搜索市场上的地位。在欧委会看来,谷歌在安卓操作系统市场上具有显著支配地位并不违法,但利用这个地位“跨界”限制了移动端的搜索引擎和浏览器市场竞争就需要进行相应干预了。应该说,欧委会的判决有其合理性,因为操作系统和搜索引擎、浏览器分属不同的数字市场,平台可以跨界竞争,但不能跨界垄断。<sup>[10]</sup>

4. 先发制人的并购或集中行为。所谓先发制人的并购(Pre-emptive Merger),一般是指针对最具竞争威胁或潜质的企业,在萌芽或早期阶段就进行并购。从纯粹的商业行为来看,企业并购不足为奇,但包括欧盟在内的一些竞争执法机构认为数字市场创新多变的特点足以在极短的时间内改变市场竞争格局,所以需要数字平台企业合并或集中行为更加谨慎看待。<sup>[11]</sup>这就引来了从业界到学界的不少争议。一方面,大企业并购小企业,一定程度上可为小企业(特别是初创型企业)的创新提供更多资源——这有利于技术创新和市场竞争。但另一方面,很多小企业更倾向于通过颠覆性技术或商业模式来改变市场竞争格局,若一旦被收购,会降低其与大企业抗衡的动力,整体来看就可能存在反竞争效果。现实中,监管机构往往也很难从交易各方的外部行为推测收购的真实意图。与此同时,在各类合并案中,与

数据资产集中有关的合并案越来越多,引发监管部门更多的关注。据2015年OECD的统计,2008-2012年,全球在数据领域的合并与收购数量从55件快速增加到164件。<sup>[12]</sup>在这些领域,基于数据资产集中的合并可以使得新企业获得差异化的数据资源,短期内迅速提高在相关市场中的数据集中度。如果数据的合并会让其他竞争对手难以复制数据库中可提取的信息,特别是这种行为发生在两个拥有强大市场地位的平台企业之间时,将可能阻碍新竞争者的进入或显著抬高进入壁垒。为此,尽管难度很大,但相关执法部门确有必要(最好是事前)对可能的反竞争效果进行权衡。无论是2014年社交网络平台Facebook以高达190亿美元的金額收购即时通信平台WhatsApp,还是2017年加拿大汤姆森金融集团与英国路透集团(全球两大金融信息平台供应商)高达88.7亿英镑的合并,都曾因数据集中问题引发大量讨论。当然,监管机构也必须充分考虑到数字化时代平台竞争的高度动态性,与数据相关的合并或收购也可能会大幅提升效率,增进社会福利。

5. 算法驱动的共谋协议。依靠人工智能算法驱动的共谋行为是近些年出现的新现象。由于数字技术广泛应用,当越来越多的平台企业利用计算机、人工智能算法去掌控定价、预测需求,“算法合谋”成为引发全球主要反垄断辖区的新关注焦点。一般而言,竞争者之间的合谋行为如被认定对市场竞争有明显危害,基本都适用所谓本身违法原则,一旦查实合谋证据就能定性。不过,获取相关证据是识别垄断协议和执法的关键,但明确识别算法共谋行为,往往难度很大。2017年OECD的研究指出,算法的快速发展使得竞争对手之间可以迅速并隐蔽地进行互动,竞争对手可能利用复杂的编码作为媒介去达成共同的目标,导致数字经济中垄断协议的概念及适用边界越来越模糊。<sup>[13]</sup>2018年,牛津大学两位经济学家阿里尔·扎拉奇和莫里斯·E.斯图克专门分析了计算机算法促成合谋的四种场景,包括信使类合谋、轴辐类合谋、预测类合谋、自主类合谋等。<sup>[14]</sup>以预测型合谋为例,平台企业之间隐去了互通信息的身影,

完全交由定价算法作为代理人,不同平台的算法持续监控市场价格变化并不断根据竞争对手的价格变化及市场数据调整自身定价。这种情形下,平台之间甚至没有秘密签署的合谋协议,各家平台都单方面使用各自的定价算法。对此,监管机构往往难以认定其潜在的垄断行为。

(三)数字市场的反垄断执法面临诸多现实挑战

1. 执法的范围和时机难以确定,取证成本高。数字市场中竞争执法的合适范围一直是有争议的。一方面,不少观点认为出于数字平台的动态竞争特征和鼓励创新考量,对数字平台的反垄断执法应当克制,主张更多依靠行业的自我规范。另一方面,也有很多观点坚持认为在数字市场日趋成熟的背景下,反垄断竞争执法始终扮演重要角色。

第一,无论倾向于克制执法还是严格执法,执法机构如何准确界定执法范围、创新执法方式,有效制止损害良性竞争的垄断行为,始终是困扰多数反垄断执法机构的难题。同时,在数字市场进行反垄断执法,往往涉及跨区域、跨国家开展调查和执法,还可能引发管辖权争议。如,在电商领域,很多排挤或限制竞争行为可能会影响多个司法辖区,带来应该由哪个执法机构采取执法行动的问题——这就有赖于各国执法机构之间的协调与合作水平。

第二,选择合适的执法时机也非常复杂,直接关系到执法的效率和质量。对执法部门来说,必须考虑数字时代平台竞争的高度动态性,要在过早干预可能阻碍竞争与过晚干预可能已形成垄断地位构成市场进入障碍的两种风险之间进行权衡。有的专家认为竞争执法部门进行事前干预比事后执法更有效,但并未得到广泛认同。<sup>[15]</sup>更复杂的问题还包括:某个平台企业在何时可被视为具有市场支配地位;监管机构对平台企业相关行为在其不同发展阶段进行干预的取向是否应有差异;应该在多大范围和程度上针对一家强势但又难以认定具有市场支配地位的数字平台企业进行干预,等等。

第三,执法过程中的调查取证成本越来越高。以欧盟谷歌案为例,操纵搜索引擎算法具有很高的

技术性和隐蔽性,欧委会在长达七年多的调查中共分析了超过17亿条搜索结果才得出谷歌滥用市场支配地位的结论。<sup>[16]</sup>又如,平台间垄断协议能够通过算法达成和实施,颠覆了传统意义上的文字、会谈、口头协商等协议形式,如何透视精密、复杂的操作识别垄断协议成为反垄断执法机构面临的难题。

2. 法律救济措施的及时性和有效性有待提高。数字平台的竞争行为具有变化多端、难以消除、威胁生存等特点,对执法效率和司法保护的及时性、有效性提出了新要求。无论是对平台经营者还是参与平台的商家、开发者、消费者来说,若正当权益得不到及时保护,即使在最终司法诉讼中胜诉,却仍可能面临“赢了官司、输了市场”的窘境。特别在我国,已有的司法判例显示,赔偿力度不足、临时救济措施执行不力等问题明显。这其中,如何更好地适用行为救济,成为最突出的问题之一。

目前,多数国家普遍认为对数字平台采取剥离资产、强制拆分等结构性救济措施可能过于绝对,通过任务监督人监督行为性救济措施的执行更加合适。相关措施除了罚款,有时可能就是有一段代码的修改或采取一个开放的策略。<sup>[17]</sup>从2016年欧委会处理的微软收购领英案、2017年查处的谷歌滥用支配地位案,到2019年2月德国联邦反垄断局裁定的Facebook过度收集和合并用户数据案,大多采取了行为救济措施,即涉案企业需要在特定期限内承担一定的作为义务。但现实中存在很多执行障碍。如,不少行为救济措施难以监督,政府对市场持续干预导致救济过度等。从我国《反垄断法》的现行规定看,除了经营者集中反垄断环节存在事前结构救济和行为救济的规定,针对垄断协议和滥用市场支配地位行为的救济措施都缺乏行为救济或结构救济的规则基础。总体看,面对数字市场的新需求,司法救济功能在及时性和有效性上还存在较大的不足。

3. 执法队伍建设滞后,执法能力亟待提升。数字时代平台经济发展迅猛,新技术、新模式层出不穷,多数国家的反垄断执法机构都面临知识更新有限、执法工具落后、人才队伍不足等问题。很多发达

国家明确指出缺乏掌握或熟悉新兴数字技术及商业模式的必要专家,也很难在短时间内吸收最新的反垄断理论(法学、经济学)进行案件分析。数字领域反垄断执法面对的是具有强大势力、行为错综复杂、专业化程度高的平台主体,加上社会舆论关注度高,对办案人员有很高的要求,不仅要有深厚的法律知识,同时还需要具备深厚的经济理论功底。相比之下,我国在这方面的形势更加严峻。现行执法力量明显不足,人才队伍相对偏弱,执法资源也很有限。新一轮机构改革实现了对三家反垄断执法机构的合并,增强了反垄断执法的可预见性和统一性,但在层级和人员配置上仍需提升和加强。国外竞争执法机构少则1000人左右,多则达到3000多人。我国现有机构人员远不能满足发展要求,无论是数量还是专业素质都有待进一步提升,急需从机制设计和体制保障等多个方面予以加强。

## 二、应对数字平台反垄断挑战的国际经验

在世界各地,一些超大型数字平台的涌现正在加速改变许多行业和领域的产业组织和商业规则,也给传统的竞争秩序和规制方式带来了挑战,引发了全球主要反垄断辖区的普遍关注。美国、欧盟等国家或地区针对超大型数字平台的反垄断规制已有不少实践,为我国及时应对新挑战提供了有益参考。

(一)以大型数字平台的反垄断规制理念确定执法方向

尽管多数国家反垄断立法都强调防止超大型平台排除或限制竞争效果,以提高竞争性和保护消费者利益,但在具体执法实践中有不少差异。不同国家在反垄断规制理念及数字经济发展水平、平台企业国际竞争力、产业制度环境等方面的差异对反垄断规制产生了重要影响。全球最大的两个反垄断辖区——美国与欧盟的差异是比较典型的。

1. 美国整体上偏向于审慎、包容,高度重视保护创新和消费者利益。长期以来,美国的数字经济充满活力、引领全球,以谷歌、微软、亚马逊、Facebook为代表的一批超大型平台具有很强的国际竞争力。美国对超大型数字平台普遍采取审慎包容的监管态

度,给予平台企业较大的成长空间,鼓励其在技术研发、商业模式、用户服务等方面不断创新。从1890年《谢尔曼法》颁布算起,美国的反垄断史已有上百年;尽管如此,美国国会和政府部门普遍认为现行反垄断法仍然适用于今天的数字经济各领域。但在执法上,无论是美国联邦贸易委员会(FTC)还是司法部,都拓展了传统以保护消费者和维护市场竞争为主的规制目标,即更加强调鼓励创新。如,2001年的微软捆绑案,法院最终撤销对微软的拆分要求而采纳和解方案,部分源于IT产业开始向互联网发展,个人电脑和操作系统不再成为阻碍产业创新的壁垒。2010年,美国司法部和联邦贸易委员会联合发布了新版《横向合并指南》,首次将由损害创新竞争引发单边效应加入到合并审查的考虑之中。之后,美国司法部加大了对可能导致创新减少的并购交易的审查力度,如两大在线点评网站Bazaarvoice、PowerReviews的并购交易案,最终予以撤销。

2. 欧盟在数字领域的反垄断规制趋向于严苛,更加注重保护中小企业及市场竞争者的利益。在欧洲,总体上缺乏本土的超大型数字平台,中小型互联网企业占据主体。欧盟竞争法首先服务于维护共同市场、协调成员国发展的总体目标,同时强调对中小企业的保护,以及对消费者利益的维护。《欧盟运行条约》《欧盟小企业法案》等诸多法律法规明确中小企业对欧盟经济发展的重要作用。实践中,欧盟对超大型平台采取十分严格的规制策略,积极运用反垄断手段,审查经营者集中案件,查处滥用支配地位行为(特别是将垄断地位进行跨界传导),频频开出巨额罚单。从2017年6月到2018年7月,再到2019年3月,欧委会接连对美国谷歌公司开出了高达24.2亿欧元、43.4亿欧元、14.9亿欧元的巨额反垄断罚单。其中,2018年欧委会对美国谷歌公司开出的罚款约占谷歌2017年利润的35%,创下了全球反垄断机构对单个企业的最高罚款纪录。尽管有观点质疑欧盟的反垄断规制在某种程度上是其贸易保护工具之一,但多数反垄断裁决均是出于更好保护中小竞争者和消费者权益(特别与数据保护、隐私安全相关)的

目的。此外,与美国反垄断案件主要由私人提起不同,欧盟的反垄断机制以行政程序占主导,行政意志贯彻较彻底,也加重了反垄断判罚力度。

### (二)普遍强调灵活执法,创新分析工具和思路

1. 反垄断分析指标充分考虑数字经济、平台经济特性。针对互联网平台免费服务的普遍特征,欧盟弱化了对价格因素的考察,转而对市场壁垒、用户多归属、用户议价能力等供给或需求替代性进行重点分析。在认定滥用行为时,尤其注重流量、算法、数据等新的互联网关键要素对产业发展的影响,并将其纳入对市场结构、产业环境、产业创新性等分析中。在谷歌搜索引擎及购物比较服务案中,详细分析了比较购物服务流量的变化与谷歌所采用的不同算法在时间上的关联度,从而认定反竞争效果的来源。新的指标分析体系成为支撑欧盟对互联网平台反垄断规制的基础。

2. 注重对平台垄断行为的经济分析。美国在规制互联网超大型平台时主要采取“合理原则”,即认定反竞争行为需综合评估经营者主观垄断意图和损害竞争后果,经济学分析方法在明确竞争评估分析思路、界定相关市场、确定竞争损害、明确平台支配力的传导效应、确定附条件有效性等诸多环节有重要的支持作用。在平台经济高发的垄断者捆绑销售、排挤竞争者、纵向固定价格、拒绝接入和其他阻止竞争等行为上,美国司法和竞争执法机构开始更多地考虑增加经济分析评估的份量,减少误判错判。

3. 将数据集中、隐私保护等新问题及时纳入反垄断分析框架。欧盟高度关注数据驱动型并购、数据收集和处理行为对竞争的影响。在Google收购Doubleclick、Facebook收购Whatsapp、Microsoft收购LinkedIn等案件中,反垄断机构都高度关注数据集中的竞争。如,欧盟在审查Microsoft收购LinkedIn案时,详细评估了相关数据市场的界定、数据原料封锁、用户多归属与数据稀缺性、数据相关的隐私问题等,对数据与平台竞争力之间的关系进行深入分析。类似地,德国联邦卡特尔局专门从隐私角度对Facebook展开反垄断调查,他们认定数据是企业核

心竞争资源, Facebook使用非法服务条款对用户施加不公平交易条件造成消费者福利受损, 构成滥用行为。欧盟也在垄断行为取证、规制工具创新等方面进行了探索, 聚焦平台生态传导和数据集中效应, 维护消费者福利和中小企业竞争力。

(三)从国家利益出发, 考量日益开放、激烈的国际竞争

从全球视角审视和制定竞争政策, 已得到了越来越多国家的认同。在很多传统经济领域, 一些国家对反垄断案件的处理就会综合考量国家利益、经济效率、技术创新等因素。如, 1996年12月波音公司宣布兼并世界航空制造业排名第三的麦道公司, 美国反垄断当局并没有因为合并将带来的“一家独大”而否决并购案, 主要是考虑到欧洲空中客车公司市场份额大幅扩张, 美国政府出于国家利益的考量支持波音公司形成竞争优势——这显示出“国家利益需要垄断”的政府立场。同样, 日本《反垄断法》也充分体现与国家宏观政策相一致的思路。二战后, 在日本经济高速发展时期, 反垄断法只是象征性立法, 并未制裁规模庞大、力量集中的大企业。进而, 丰田、东芝等巨无霸企业通过规模效益占领全球市场。针对数字经济, 一些发达国家甚至提出要修改传统的竞争规则,<sup>⑤</sup>以支持本土数字企业应对海外竞争。可见, 多数国家的反垄断机构都认识到, 反垄断政策不能仅局限于一个封闭经济体内, 必须考量日益开放、激烈的国际竞争, 这对数字经济、平台经济而言更具现实意义。

(四)对新问题回应及时, 但直接修法较少

由于在传统经济领域广为适用的反垄断分析思路和方法不能直接套用到数字时代的平台经济领域, 一些国家开始探讨对传统的反垄断法规体系进行必要的修订。以欧洲为例, 自欧盟2015年推出“单一数字市场战略”(Digital Single Market)后, 欧委会和德国、法国等主要成员国都在积极推进数字经济领域的反垄断修法调研。针对搜索引擎、社交媒体、电子商务、应用商店等数字在线平台领域, 欧盟最主要的担忧是: 那些大型平台一旦在多个经济领域利用

其市场力量发展壮大, 可能会导致《欧盟竞争法》的适用难题。对此, 欧盟除了规定交易实践、接入条款和合同条款, 限制垂直一体化公司的歧视做法外, 考虑修改现行竞争法条例<sup>⑥</sup>以更适用于网络平台发展是其重要举措之一。如, 关于经营者集中的申报标准, 德国垄断委员会认为, 目前申报的营业额标准在处理以互联网为代表的数字市场时存在法律漏洞, 需要修改交易额标准。原因在于: 互联网平台能够获取大量有价值的信息, 但是营业额却极少, 或者极具竞争潜力的中小企业被收购时营业额也非常少, 无法达到经营者集中的营业额申报门槛, 但这在以创新为特征且动态变化的数字市场中, 这些经营者集中可能会排挤或限制竞争。欧委会的部分官员也认为, 现行的经营者集中管辖权制度会导致面对数字经济的适应性存在不确定性因素, 修改审核门槛的申报机制是很有必要的。不过, 主要发达国家直接进行修法的还比较少, 大多强调依据数字市场的特殊情况做适当调整或进一步释法。

总体而言, 尽管各国因产业发展及制度差异在反垄断规制的理念和实践方面有所差别, 但均认识到应对数字时代的平台竞争与垄断问题需要拓展监管思路、创新执法方式。尽管垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中这三大支柱性制度仍具适用性, 但要及时回应从数字平台相关市场界定、支配地位认定, 到经营者集中申报门槛、数据资产集中的认定及数据使用、算法歧视等新问题, 还应不断提高现行反垄断规制体系的灵活性。相较于国际上反垄断体系较成熟的发达经济体, 我国从反垄断立法到执法的实践经验都比较有限, 竞争政策的基础性地位也有待进一步强化。针对数字经济时代反垄断政策面临的一系列新挑战, 要充分借鉴欧美发达国家的有益经验, 及时梳理应对思路, 加快完善适合我国国情和平台经济发展诉求的反垄断规制体系。

### 三、应对数字经济时代反垄断规制挑战的思路与建议

近年来, 我国一大批数字平台企业快速崛起, 在大幅提高经济运行效率、增进社会福利的同时, 也带

来了不少新的挑战。厘清数字经济时代反垄断规制的多重挑战是深化认识、改善监管水平的基础。从面向数字平台的反垄断分析思路看,过去静态、单向的反垄断分析框架及判断标准很难直接适用于数字时代动态、跨界的平台经济,界定相关市场难度大,市场支配地位认定难。从数字平台的垄断行为判定看,面对以掠夺性定价、“二选一”、跨界垄断、平台间并购、算法共谋或歧视等为代表的平台垄断行为,准确判断更加复杂、争议也多。从竞争执法机构的现实执法过程看,反垄断执法范围和时机难以抉择、取证难,法律救济不及时,执法队伍建设滞后等挑战也不容忽视。针对不少领域中“数字寡头”引发的平台垄断与平台治理难题及数字经济时代反垄断政策面临的一系列新挑战,应适当借鉴欧美发达国家的有益经验,梳理应对思路,加快完善适合我国国情和发展诉求的反垄断规制体系。

#### (一)进一步深化对数字平台垄断的认识

数字经济时代的平台垄断问题,无论是成因、表现形式还是经济效果,都与传统工业时代的垄断存在较大差别,需要理性认识。很多情况下,数字平台经济的“一家独大”或“寡头化”格局往往是平台企业依靠创新赢得用户,将正向网络外部性充分彰显的竞争结果。这种高市场集中度一定程度上有利于改善资源配置效率,提高经济运行质量。但与此同时,只要行业进入壁垒没有被行政干预或垄断滥用行为大幅抬高,多数数字平台始终面临激烈的竞争压力,垄断地位往往是短暂的。反垄断规制针对的不是平台的“大”,而是滥用其市场支配地位的反竞争行为;竞争政策也不是单纯地保护竞争者,而是保护良性的市场竞争。

(二)坚持包容审慎监管理念、鼓励创新的原则,拓宽数字经济时代反垄断规制的思路

反垄断立法目标本身具有多元性,在不同的国家可能有不同的答案,在同一国家的不同历史时期也可能会有不同的答案。面对数字经济、平台经济,必须从多个视角综合权衡,拓展规制思路。对我国而言,在市场经济体制中需通过市场自发的竞争机

制实现资源最优配置,干预只是在市场竞争机制出现失灵时才出手。在数字平台市场,消费者往往是弱势的一方,反垄断规制必须坚持更好维护消费者利益的原则。对消费者利益的分析,除了传统的价格因素,还要考量非价格因素,如产品质量、安全、隐私保护等。更重要的是,数字市场高度动态的平台竞争特性,要求反垄断规制必须妥善处理鼓励创新与规制垄断之间的关系。近年来,国际上反垄断理论界与实务界对数字领域的创新竞争问题高度重视,执法部门在一些反垄断审查中已开始实质性地考虑创新激励,拓展损害理论。作为一项经济政策,反垄断规制必须站在国际竞争的视角,综合权衡反垄断与保护创新的关系。因此,从国家利益出发,考量日益开放、激烈的国际竞争,我国应坚持包容审慎监管理念、鼓励创新的原则,拓宽数字经济时代反垄断规制的思路。

(三)采取多种手段,增强反垄断规制体系的适应性和灵活性

面对数字经济时代的新产品、新模式、新业态,要让反垄断规制更好地维护市场竞争和消费者利益,就应尽快优化现行的反垄断执法方式和工具体系。这既需要监管或执法部门及时吸收新的竞争理论,不断深化认识;也需要针对反垄断分析中的各类新问题开展前瞻性研究和细致的执法调研。如,对平台竞争中的动态效率认定、垄断地位认定等难点问题加强专题研究。在创新执法方式和分析工具上,需要重视经济分析和对新技术、新模式的理解,加强对数据、算法等因素的考量,同时尽可能减少对行为“本身违法”的预判,更多依赖个案分析提高反竞争效果认定的准确性。此外,把握好执法调查的时机和范围,增强救济措施的有效性,及时完善法律法规体系,增强反垄断规制体系的适应性和灵活性。

(四)加强反垄断执法人才队伍建设,进一步拓展反垄断规制的国际合作深度与广度

与欧美发达国家或地区的竞争执法机构力量相比,我国反垄断执法专业力量不足问题尤为突出。

面对数字经济的快速发展,无论是监管的技术手段还是资源能力,都急需相应提升。建议进一步提高现行反垄断机构的层级,扩大人员编制,不断加强反垄断人才培养和支持力度。同时,考虑到平台市场的多变性和监管的复杂性、综合性,监管或执法部门可更多借助外部技术专家、经济学家及社会第三方专业机构的力量。数字经济的全球化趋势日益显著,反垄断执法将面临更多的跨地区、跨国执法协调问题。我国反垄断机构应审时度势,在政策制定、规则协调、执法合作、经验交流等方面加强与国际上主要反垄断辖区的合作深度及广度,提升我国反垄断规制的国际水平。

#### 注释:

①“相关市场”一般是指经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品范围和地域范围。

②奇虎360以腾讯滥用市场支配地位为由诉腾讯垄断。

③假定垄断者测试(SSNIP)方法用来考察用户对于某一产品或服务持续小幅但具有实质意义的价格变动的反应。

④等效竞争者基准测试是通过在同等成本结构、同样价格的条件下,观察特定经营者能否与具有市场支配地位的经营者进行竞争,从而判定具有市场支配地位的经营者是否存在滥用行为。

⑤修改传统的竞争规则具体包括:以全球竞争状况为参考,更新139/2004号《关于控制企业集中的理事会条例》等企业合并条例;提议赋予代表欧洲理事会(European Council)在某些“明确界定的案件”中推翻欧盟执委会(European Commission)某些反垄断决定的权力;推动“欧洲共同利益重要项目”中的国家援助规则的实施,并探索重点行业中政府权力短期介入以确保企业长期发展的可能性。(参见:德国联邦经济技术部官方网站,大成律师事务所反垄断团队(译),2019年2月20日)

⑥依据2009年《里斯本条约》修订的《欧盟运行条约》第

一部分第101至106条。其中,第101和第102条是欧盟竞争法的核心,前者专门对限制竞争协议进行了规范,后者对滥用市场支配地位行为作出了规定。此外,各主要成员国也有相应的专门法律,如德国自1957年就通过的《反限制竞争法》。

#### 参考文献:

[1]唐经纶.新时代中国竞争政策与反垄断执法的成就、挑战及应对——2018中国竞争政策论坛综述[J].竞争政策研究,2018(4):15-29.

[2]Evans, D, Schmalensee, R. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Business[J]. Social Science Electronic Publishing, 2014.

[3]GSMA. Resetting Competition Policy Frameworks for the Digital Ecosystem[R]. 2016.

[4][8]Organization for Economic Co-operation and Development. Rethinking Antitrust Tools for Multi-sided Platforms[R]. 2018.

[5][9][11]EU Commission Policy Dept. A. Challenges for Competition Policy in a Digitalized Economy[R]. 2015.

[6][15][17]Organization for Economic Co-operation and Development. The Digital Economy[J]. DAF/COMP, 2012: 22.

[7]Maurice E. Stucke, Allen P. Grunes. Debunking the Myths over Big Data and Antitrust, CPI Antitrust Chronicle May[R]. 2015.

[10]曲创.反思谷歌被罚:支配地位不是干扰竞争的借口[N].科技日报,2018-07-25.

[12]Organization for Economic Co-operation and Development. Data-driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being[R]. Paris: OECD Publishing, 2015.

[13]韩伟.算法合谋反垄断初探:OECD《算法与合谋》报告介评[J].竞争政策研究,2017(5):112-121.

[14]Ariel Ezrachi, Maurice E Stucke. 算法的陷阱:超级平台、算法垄断与场景欺骗[M].余潇,等,译.北京:中信出版集团,2018.

[16]邓志松,戴健民.数字经济的垄断与竞争:兼评欧盟谷歌反垄断案[J].竞争政策研究,2017(5):46-50.