doi:10. 16104/j. issn. 1673-1883. 2023. 01. 016

数字平台扼杀式并购的规制困境与治理路径

张　朋

(郑州大学法学院,河南 郑州 450001)

摘　要:数字经济时代,扼杀式并购逐渐成为大型数字平台维护其市场力量的重要途径。数字平台扼杀式并购在消灭潜在竞争威胁的同时,更会破坏市场未来的可竞争性,最终形成寡头垄断的市场发展格局。我国现行的反垄断制度框架在规制此类行为时存在一定的局限性,使诸多具有反竞争效果的扼杀式并购游离于反垄断审查制度之外。基于我国的政策考量与实践经验,有必要完善我国的并购申报机制与竞争损害分析工具,以及时识别扼杀式并购行为;同时,建立事后并购调查规则,为平台经济的发展提供一个公平有序的营商环境,实现维护市场有序竞争的反垄断规制目的。

关键词:数字平台;扼杀式并购;反垄断规制

中图分类号:D912.29　　**文献标志码:**A　　**文章编号:**1673-1883(2023)01-0103-06

Legal Dilemmas and Governance Advice for Digital Platforms' Killer Acquisitions

ZHANG Peng

(School of Law, Zhengzhou University, Zhengzhou, Henan 450001, China)

Abstract: In digital economy times, killer acquisitions have gradually become an important way for large digital platforms to maintain their market power, and this kind of disorderly capital expansion has attracted close attentions from many countries. Killer acquisitions will eliminate potential competitive threats, undermine the future competitiveness of the market, and eventually form an oligopoly market development pattern. However, China's current anti-monopoly system framework has certain limitations in regulating such acts, making many killer acquisitions with anti-competitive effects free from the anti-monopoly review system. In this regard, based on China's policy considerations and practical experience, it is necessary to improve China's M&A filing mechanism and competition damage analysis tools, and identify stifling M&A behavior in a timely manner; at the same time, it is necessary to develop post-merger investigation rules to provide a fair and orderly business environment for the development of the platform economy, so as to stimulate the vitality of the platform economy development and achieve the anti-monopoly regulatory purpose of maintaining orderly market competition.

Keywords:digital platform; killer acquisitions; antitrust regulation

一、问题的提出

近年来,随着数字经济的发展,平台、数据、算法从三个维度颠覆了传统工业时代所形成的经济结构。平台企业凭借资本、数据等优势,使得市场集中程度越来越高,经济资源不断向头部平台企业聚集的趋势愈发明显。根据美国众议员司法委员会反垄断分会2020年10月对谷歌、苹果、脸书、亚马逊(以下简称GAFA)的最新调查数据显示,谷歌在2001年至2020年期间共实施了256起收购,平均每年约12.8起;苹果公司在1998年至2020年期间共实施了120起收购,平均每年约5.2起;脸书在2007年至2020年期间共实施了86起收购,平均每年约6.1起;亚马逊在1998年至2020年期间共实施了104起收购,平均每年约4.5起[1]。虽然GAFA收购行为频频发生,但这些交易都没有被禁止,甚至没有受到竞争主管机构的审查。根据英国《里尔报告》的统计数据显示,GAFA在2008-2018年期间实

收稿日期:2022-09-08
基金项目:国家社会科学基金项目:反垄断法基本理念及其制度化研究(18BFX098)。
作者简介:张朋(1997—),女,河南焦作人,硕士研究生,研究方向:经济法。

施的并购交易中,60%的目标企业是成立时间不超过4年的初创企业。[2]有研究统计GAFA和微软在2015年至2017年期间,将其收购企业的60%都予以关闭。在我国,截至2020年9月,腾讯参与的并购交易达756起,阿里参与的并购交易达531起。被收购的企业包括但不限于社交媒体、娱乐、生活服务、教育等领域[3]。

数字经济的发展具有高度的动态性,抢先在市场竞争中获得优势地位的大型平台企业,为了维护自己的市场地位,肆意实施并购新兴平台企业的经营策略,将潜在的竞争对手扼杀在萌芽阶段,这一无序并购行为严重损害了市场竞争环境和社会经济的发展。在这些大量的并购交易中,由于被收购的企业往往是成立时间不久尚未发展成熟的新兴平台,基于现行法律的规定,这些并购行为往往会逃脱反垄断法的审查与规制。大型平台不受限制的扩张行为已经受到国内外诸多学者的关注,而相关部门明确提出了"强化反垄断和防止资本无序扩张"的要求。在全球进入数字经济时代的背景下,对数字平台垄断行为的规制呈现出日益强化的趋势。因此,通过分析大型数字平台扼杀式并购行为对市场发展的负面影响,梳理我国现行法律治理此行为的困境,从而提出符合我国国情的规制路径。

二、数字平台扼杀式并购概述

扼杀式并购并不单指理论上的横向并购或纵向并购,在实践中更倾向于描述平台企业为了维持自身市场优势而消灭潜在竞争威胁的一种不正当竞争行为。被收购的初创企业与大型平台企业在目标市场上可能存在一定程度的交叉重叠关系,这一市场上的重合性既可能是已然存在的,也可能是主导平台企业基于市场数据预测的结果。两者在产业链上则是更加突出地表现为"跨界融合"。鉴于平台企业实施扼杀式并购的原因是复杂多样的,因此为了更好地对其进行规制,应在主导平台合理的商业动因之下分析其实施扼杀式并购行为的反竞争效应,从而有效的维护市场竞争秩序。

(一)扼杀式并购的概念与特征

"扼杀式并购"这一概念最初是在2018年由Colleen Cunningham等三位教授首次提出的,当时主要适用于制药行业,故此时对于扼杀式并购的定义是一种狭义的解释,是指在市场中占据优势地位的企业为了消灭现存的或潜在的竞争威胁,通过并购手段,终止竞争对手的业务,维护自身的市场优势地位。由此可见,狭义的扼杀式并购主要是针对企业间的横向并购。随着数字经济的发展,"扼杀式并购"这一概念的适用范围从制药行业扩展至数字平台领域。大型数字平台掌握着雄厚的资金以及海量的用户,它们的并购行为包括但并不限于横向并购,其通常也会将目光投向那些可以补充其自身业务发展或者扩大其商业版图的企业。因此对于扼杀式并购的定义,也出现了更为广义的理解,即除了收购并终止目标企业的业务之外,也包括并购主体通过并购手段来完善其平台生态系统,巩固其垄断地位。因此广义的扼杀式并购的行为方式主要表现为两种形式:其一是终止型的扼杀式并购,这种并购主要发生在初创企业的业务领域与大型平台企业具有高度覆合性的情况下,大型平台企业通过并购将这些潜在的竞争者扼杀在萌芽阶段,阻止它们进入市场,以此来维护自己的市场力量;其二是吞噬型的扼杀式并购,即初创企业的业务领域具有补充、完善大型平台企业业务领域的作用,超级平台通过并购的方式将初创企业融入其业务领域,完善自身平台生态系统,在数据、技术、供应链资源等方面构筑起越来越高的护城河,提高市场进入壁垒,打造以科技与数据为支撑的横跨多个领域的平台生态帝国。广义的扼杀式并购更加适应社会经济的变化与发展,因而受到更为广泛的关注。

平台扼杀式并购并不指代某一类特定的收购类别,而是"初创企业被并购而致使未来市场可竞争性丧失"的潜在竞争对手损害理论的特殊变种,其核心在于传达一种长期动态层面的市场结构关切[4]。与传统的经营者集中相比,数字平台扼杀式并购主要具有以下三方面的特征。第一,扼杀式并购所针对的目标企业往往是规模较小、成立时间较短,但具备潜在竞争威胁的初创平台企业。第二,实施扼杀式并购行为的主体则通常是在数字平台经济领域占据市场优势地位的超级平台,具备雄厚的资本优势。一方面为并购交易的顺利实施提供经济基础;另一方面,并购交易未能顺利实施时,可以凭借资本优势,通过企业补贴政策、降低销售价格等方式打压初创企业的发展,维持其市场优势地位。大型数字平台相较于传统企业也具有较高的数据资源整合能力,数据作为一种新的生产要素和重要的非价格竞争因素,对数据的利用使得在传统市场下的单边效应和协同效应的评估作用逐渐降低。第三,扼杀式并购的速度更快、频率更高。在传统产业中,当初创企业进入市场后,短期内优势企业不会受到其竞争的威胁而且后期的发展仍需要投入巨大的沉没成本。然而中小型新型平台的

成本主要集中在创业初期的基础设施的搭建,进入数字经济市场之后其边际成本趋向于零,凭借较强的网络效应可以快速成长以至于对数字平台造成巨大的发展危机。因此,平台经济领域扼杀式并购注重在发展初期扼制具有发展潜力的中小平台企业,相较于传统产业并购来说速度更快、频率更高。

(二)数字平台扼杀式并购的合理性及规制的必要性

数字平台作为一种新型的产业结构组织,从竞争法的角度看,数字平台的扼杀式并购行为对市场经济的影响利弊并存。大型平台持续性的大量并购新兴平台,确实可以实现各方面资源的整合,从而获得前所未有的规模经济效应。但如果过于关注此行为带来的这一静态效率,可能会对市场经济的发展造成难以修复的损害后果。面对新的经济发展环境,我们应优先采用合理原则的分析路径,对数字平台的扼杀式并购行为进行具体分析。

1.数字平台扼杀式并购的合理性

从企业运行实践来看,没有一家大公司不是通过某种程度、某种方式的并购而仅靠内部扩张成长起来的[5]。所以对于收购方的平台企业而言,为了巩固、扩张其市场力量,增强自身竞争力,实施并购潜在竞争对手的经营策略,可能是成本最小、效果最显著的一种方式。一方面可以实现各方面资源的整合,从而获得前所未有的规模经济效应;另一方面,将自身的数据资源、技术优势以及商业模式应用到新的领域,在进一步扩张自身经营范围的同时,也有利于促进新产业的发展。

对于被收购的初创企业而言,大型平台实施的并购活动不仅可以为其发展提供资金支持,而且有助于拓宽其产品的销售渠道。企业如果没有充足的资金,其发展将会受到严格的限制,而大型平台的并购活动则有效解决了初创企业在发展初期面临资金不足的困境。同时平台企业的并购活动还有助于拓宽初创企业的销售渠道。初创企业通过利用大型平台企业的数据优势、流量优势、市场优势以及大型平台基于锁定效应所形成的消费基数,一方面将有效缩短其产品的研发周期、提高研发成功率以及市场投用效率,另一方面也打通了其产品的销售路径。初创平台企业通过依附于大型互联网平台来谋求商业利益,获得发展机会,符合商业运营规律,存在合理性。

对于消费者而言,企业的并购活动可以提供更加优化的服务。平台企业为了健全自身的商业生态系统,避免让具有多个选择权的用户量流失,其对于被收购对象的选择,通常都是经过多种因素综合考量、择优选择的结果。因此平台企业的扼杀式并购行为在一定程度上可以提升消费者的消费体验感,消费者能够获得更加全面、便捷的服务。可见,平台企业的扼杀式并购活动并非完全的非法性,无论是平台企业、初创企业,抑或是消费者,在此行为过程中都存在着合理的利益需求。

2.数字平台扼杀式并购规制的必要性

其一,破坏平台企业的公平竞争秩序。无论是在传统的工业时代还是新兴的数字经济时代,都需要有一个公平自由的市场竞争环境来保障市场主体能够有效地参与竞争,从而实现社会经济的健康发展。同时,我国《反垄断法》明确将“保护市场公平竞争”作为立法目的,这意味着平台企业享有平等、自由参与市场竞争的权利。大型数字平台企业凭借自身已有的市场优势地位,实施扼杀式并购行为,排挤市场上的其他经营者,将损害新兴平台企业公平参与市场竞争的权利;占据市场优势地位的大型数字平台企业通过实施扼杀式并购行为,不断筑高市场进入壁垒,处于弱势地位的新兴平台企业不断受到排挤,最终被迫退出竞争市场,加之占据优势地位的头部企业还可能为瓜分市场利润而加强彼此之间的合作,出现赢者通吃的局面,最终进一步加剧了经营者竞争的不平等性,严重破坏了公平竞争的市场环境。

其二,阻碍平台企业的技术创新。创新在国家经济发展中具有重要地位,企业的颠覆式创新是其在相关市场上潜在竞争力的重要体现。大型平台扼杀式并购对创新的危害主要表现在:一方面,大型数字平台扼杀式并购严重削弱了其自身的创新活动。在大型平台企业已经获得稳定的巨额收益的情况下,外部收购与内部研发是其维护市场地位的主要途径。基于节约研发成本以及获得更显著的垄断效果的考量,大型平台更倾向于外部收购。当大型平台长期以盈利的标准来衡量所从事的经营活动时,其创新热情与动力将不断萎缩。另一方面,扼杀式并购对潜在竞争对手的创新方向产生了不利影响。基于主导平台强大的市场势力以及消费者被其锁定的情况,初创企业更倾向于渐进式的微创新,在创新方向发生偏移,加剧了数字平台市场中的重复创新、无效创新的局面。

其三,损害消费者合法权益。我国《反垄断法》的主要目标与功能之一就是维护消费者的合法权益。若市场竞争受到限制,消费者的合法权益也将受到损害。首先,扼杀式并购损害了消费者的自主

选择权。消费者有权利按照自己的喜好选择所需要的产品与服务,而频频发生的扼杀式并购行为关停了大量潜在竞争对手的经营活动,明显缩小了可供消费者选择的商品范围。其次,扼杀式并购减损了消费者福利。扼杀式并购会锁定大量的消费者,此时,主导平台为了获取更大的盈利,将选择升高产品或服务价格,结果是消费者福利的减损。在数字经济时代,数据作为平台企业发展的关键生产要素,企业的扼杀式并购可以不断丰盈、扩充主导平台所拥有的数据资源,通过对海量数据的整合,主导平台可以精准分析出用户的消费喜好以及消费能力等,从而对不同的消费者实行个性化定价与服务,“大数据杀熟”的现象更加频发,对保障消费者合法权益产生巨大的挑战。

平台企业扼杀式并购行为对市场经济的影响利弊并存。由于平台企业市场竞争格局的不稳定性和不固定性,在肯定平台企业扼杀式并购具有合理因素的同时,更不容忽视平台所具有网络效应、规模经济、数据垄断、用户黏性和马太效应等运行机理所带来的竞争隐患和实际损害。平台企业作为数字经济的重要载体,并购行为的隐蔽性和竞争策略的复杂性,使得我国反垄断法在规制数字平台扼杀式并购的行为时面临着极大的挑战。

三、数字平台扼杀式并购的规制困境

欧盟《数字时代竞争政策》报告曾将数字经济的三大主要特征总结为极度的规模报酬、网络效应以及数据的重要作用,由此催生了规模经济,促进了数字生态系统的发展。传统经济中也存在着规模经济效应,但数字经济基于强大的网络外部性特征,将规模报酬无限制地放大,加之数据成为数字经济发展的重要生产要素,决定了数字经济领域的竞争模式与传统竞争模式显著不同。在平台经济迅猛发展的背景下,扼杀式并购成为大型数字平台消灭潜在竞争对手、增强市场力量、构造数字生态圈的最直接有效的经营战略。面对大型数字平台呈现寡头垄断的发展趋势,我国的相关制度存在着明显的不足与缺憾。

(一)以营业额为标准的申报制度适用过于生硬

为了提高审查效率以及节约执法成本,我国并非对所有的经营者集中行为都进行反竞争审查,而是设置了以营业额为单一量化指标的事前申报门槛,筛选出可能会损害市场竞争秩序的经营者集中行为,然后交由反垄断执法机构对此进行实质性审查。营业额标准以企业的价格、销售状况为基础,测量经营者的市场实力。但这一标准主要用来评估企业静态市场实力。在数字经济领域,平台企业间的竞争方式多表现为“非价格”竞争,而且平台企业是一个动态市场竞争结构,因而营业额标准在数字平台企业中的适用往往会表现出生硬甚至武断的缺陷。

就扼杀式并购而言,大型数字平台将潜在的竞争威胁转化为竞争优势的主要途径是持续实施大量的并购行为。主导平台实施的扼杀式并购所针对的目标企业通常是成立时间不久,但有巨大发展潜力的新兴平台企业。在发展初期,新兴平台往往更加专注于积累用户、技术研发等,有时还会通过补贴的方式来拓展用户群体以获得宝贵的数据资源。在被收购时,这些新兴平台尚未具备成熟的盈利模式,营业额通常仍处于较低甚至亏损的状态。因此在短时间内,新兴平台的竞争力不会以营业额大小的形式表现出来。将营业额标准确定为经营者集中申报门槛的单一量化指标,既低估了营业额较小的新兴平台对大型平台的竞争威胁,也忽视了大型平台的垄断动机,不能正确反映出大型数字平台并购新兴平台对市场竞争机制的破坏,使诸多损害竞争的无序并购行为逃脱反垄断审查。

(二)竞争损害审查制度缺乏相应的实施细则

竞争与垄断相联系,在竞争中占据优势地位的企业可能获得经济势力与垄断地位,并可能排斥竞争,干扰市场竞争秩序。维护竞争秩序则有利于市场经济的发展,使大型企业与小型企业都能够在竞争中获得发展机遇。大型平台企业扼杀式并购行为的竞争损害审查主要存在两方面的挑战:

一方面,《关于平台经济领域的反垄断指南》中,对于经营者集中考量因素的规定多为高屋建瓴的指导,缺乏更加细化的规定。大型数字平台频繁实施扼杀式并购,目的在于消灭潜在的竞争威胁,巩固市场力量。市场力量是评估企业合并的竞争效果的一个重要考量因素,通常是根据企业的市场份额来评判的。实践表明,企业市场份额的大小与其控制产品交易条件的能力成正相关关系,而且市场集中度的计算也经常以企业的市场份额为依据。《平台经济领域的反垄断指南》第20条规定了在计算平台企业的市场份额时所要考虑的因素,即除了以营业额为指标外,还要结合平台经济的特点,考虑交易数量、点击量等要素。但《指南》并未对这些因素做出更加具体的量化规定,在适用上缺乏可实际操作的实质标准。

另一方面,反事实分析存在不确定性。为了准

确评估平台企业合并的竞争效果,除了通过制定《指南》提供法律工具外,反垄断执法机构在分析工具方面采用反事实分析方法,评估并购交易的实质性竞争损害。但由于以下四方面的原因,反事实分析难有定论。第一,就目标企业而言,平台扼杀式并购试图消灭的仅仅是一种潜在的竞争威胁,而且这种竞争威胁主要表现在非价格维度,因此新兴平台的发展方向及实力存在多方面的未知性。第二,就收购方而言,是否存在潜在替代买家以及收购方自主研发相关产品的可能性等并不清晰而且难以确定。在 Facebook 收购 Instagram 案中,事后发现 Twitter 也有收购 Instagram 的野心。第三,反事实分析的时间框架也面临着挑战。平台经济的发展具有极强的动态性,快速的“毁灭式创新”可能使新兴平台的潜在竞争力在短时间内消失,但反事实分析的时间范围过短的话,新兴平台的竞争力可能会被低估。因此,难以确定反事实分析的时间框架加剧了反事实分析的不确定性。第四,收购方与反垄断执法机构之间的信息不对称加大了反事实分析的难度。大型数字平台在实施扼杀型收购时,通常会借助其具备的数据优势以及先进的算法等技术手段,锁定可能会威胁其垄断地位的潜在竞争者,对其实施并购。不同于制药领域,数字经济的发展进程中没有公共数据分享库,因此收购方与执法机构之间严重的信息不对称,反事实分析难免出现结果偏差。

(三)合并审查执法政策的选择存在偏差

从理论上讲,治理大型数字平台扼杀式并购的政策选择,是基于错误成本理论,对“两类错误”进行权衡的结果。统计学将假设检验可能出现的错误分为两类:第一类错误,又称为假阳性错误;第二类错误,也被称为假阴性错误。在反垄断实践中,当反垄断执法机构高估了新兴平台的潜在竞争力,从而作出禁止大型数字平台并购行为的错误决定,此时对市场竞争的判断就出现了假阳性错误,从而反映出反垄断执法政策过于严苛,最终可能会阻碍经济效率的提高;相反,当反垄断执法机构低估了新兴平台的竞争潜力而允许主导平台对其收购时,此时就出现了假阴性错误,从而反映出不作为的执法政策,主导平台的市场力量不断得到巩固[6]。如前所述,大型数字平台对新兴平台并购的反事实分析天然的具有不确定性,同时受错误成本理论的影响,从目前实践情况来看,反垄断法对于扼杀式并购普遍采取观望的态度。但值得注意的是,错误成本理论成立的前提在于“垄断是自毁的”,其将潜在竞争者的市场进入视为一种独立存在、不可改变的约束力量。然而,平台企业所具备的网络效应、数据锁定效应、数据反馈循环等特点,使其明显区别于传统行业,大型数字平台的垄断不仅不会产生自毁的结果,而且会形成平台生态闭环,对于大型平台企业的扼杀式并购行为如果不加以规制,最终将出现大型平台企业一家独大、赢者通吃的局面。美国斯蒂格勒委员会提交的反垄断执法报告指出,在市场倾向于垄断的背景下,合并审查执法不足导致的假阴性错误伤害更大[7]。

四、我国平台扼杀式并购治理体系的构建路径

数字经济时代,平台企业全新的商业模式颠覆了传统的竞争秩序[8]。在大型数字平台的并购浪潮中,我国现有的法律制度与相关规定难以有效地应对平台经济带来的挑战。为了防止资本无序扩张,基于经营者“申报—审查—救济”的制度框架,在此对平台经济领域的经营者集中制度提出一系列渐进式的改进措施,从而实现为消费者和企业用户带来更大的竞争性和更公平的条件,为市场提供更多创新和选择。

(一)补正平台并购申报制度

尽管平台经济领域的商业行为不同于传统的市场行为,但受芝加哥学派的影响,目前在没有更加明晰的其他经济学的分析模式可替代的情况下,平台企业并购行为的事前申报中营业额标准依旧发挥着不可替代的作用,但考虑到平台经济领域的实际情况,有必要对平台并购申报的营业额进行补正,事前申报制度中引入交易价格标准,并对超级平台提出更高的申报义务[9]。

第一,改进平台申报营业额的计算标准。目前多数的新型平台或初创企业其价值在于技术研发及科研人员等无形资产而非营业额,短期内其营业额往往偏低或者没有,因此监管机构一方面可以降低被收购方的营业额的申报门槛。另一方面鉴于平台企业多采用交叉补贴的定价策略及跨界竞争性的经营模式,对于营业额尚没有统一的明确且稳妥的计算方式,计算营业额的具体范围也未明确,监管机构可以联合其他相关部门出台一部专门针对平台营业额的规定,来满足现实的需求。

第二,引入并购交易价格标准。将高估值或者高溢价的并购交易价格纳入申报制度内,这可以防止一些并购行为脱离监管。为了减轻执法的负担,如何确定交易价格极为重要。德国在2017年《反垄

断法》和《竞争法》修订中,所规定并购交易价格阈值为四亿欧元。因此我国在制定交易额标准时,既要借鉴欧美国家相关制度,又要符合自身的经济基础和社会制度,在确定并购交易价格的数额时也应充分保障市场自我调节机能的发挥,采用以基本需要为标准、以平衡发展与规范为目的的宽泛交易额标准,防止出现以刚代柔、过度干预的冒进思维。

第三,规定超级平台主动申报义务。参照欧盟的《数字市场法案》中规定的"守门人"制度,将不同的平台实行分级分类审查管理[10]。凡是符合定性与定量标准而被认定为有能力在企业与消费者之间制造瓶颈的主导平台企业,无论并购行为是否达到了申报门槛都应强制该类平台企业主动申报,这既是损害竞争的事前预防备案行为,也可作为事后面对处罚的一种从宽处罚的依据。

(二)完善竞争损害评估方式

有效的竞争损害评估是认定数字平台扼杀性并购行为的关键。在数字经济领域下,传统的并购审查方式在市场力量衡量及反事实分析方面的适用应结合平台的特性进行调整,予以完善竞争损害评估。

第一,结合平台经济的特点出台具体的市场力量考察标准。数字经济时代,市场份额的多寡已经无法准确地反映出平台企业的市场控制能力,因此需要结合平台企业的复杂性和技术性,将传统静态市场下的价格主义分析模式转向以消费者为中心的分析模式,对平台企业市场力量的考量增加用户注意力、服务质量、广告投放情况及技术创新等非价格因素。在判断动态变化趋势时,设定具体量化的标准值,以此判断用户活跃度、用户点击量以及用户所在平台内停留的时长等达到何种限度值时会对市场竞争产生扭曲效应。同时,监管机构还应将竞争效果评估的具体过程在处罚决定书中予以体现,为将来类似企业从事相关行为提供参考文本。

第二,引入推定的违法性并购审查规则。并购行为的分析既要考察当下市场竞争状况,又要分析未来竞争格局,于此证明并购具有"实质性竞争损害预期"的反事实分析是必不可少的环节。在反事实分析中,监管者可以引入推定的违法性并购规则。监管者进行有针对性的个案研究,考察平台企业内部组织管理形式,审查并购交易方的内部文档,特别是准确识别平台内部以消除竞争威胁为目的的有关交易信息证据,适用《民事诉讼法》中"高度可能性"的证明标准,判断此行为是否具有预期的反竞争损害。鉴于反垄断执法机构与超级平台之间存在着严重的信息不对称问题,而且为了降低对竞争效应的审查中判定错误的成本,可以适当调整举证责任的分配,由合并方对合并行为的合法性承担举证责任,同时适度扩大证据范围,确定潜在相关证据的其他来源。

(三)设立数字市场部门,实施事后并购监管

全面、准确地认定平台企业的并购行为,降低反垄断执法机构在执法过程中做出假阴性和假阳性的决定带来的市场竞争隐忧,需要周期性的、穿透式的、全链条性监管,因此有必要设立数字市场部门,实施事后并购监管。

第一,设立数字市场部门。以立法形式设立由专家组成的具有中立性、权威性及赋予一定调查取证权、所发布的信息具有证明力的数字市场部门。通过对相关数字市场的充分调研,以及对数字化技术规则的理解适用的基础上,发布符合数字时代发展需要的平台企业的具体行为守则、具体细则。培养、吸纳能够对平台关键性能进行科学界定以及合理量化的专业人才,推动产品性能测试法的具体应用,更加科学合理地界定扼杀式并购行为的相关市场,以此增强执法的可预测性。

第二,事后并购监管应保持谦抑性。事后监管是加强监管的一种表现形式,但整体的监管趋势应仍秉持审慎包容和宽严相济的准则[11]。首先,应在合理的时间框架内进行事后监管。由于数字经济领域的新技术层出不穷,市场转移速度明显加快,这使得平台企业竞争优势的存在周期大大缩短。因此,在设定事后并购审查的时间范围时,应考虑到技术发展的实际情况、商业模式的更迭速度等因素。其次,需要细化监管对象和优化监管手段。对于并购行为的数字平台,结合社会信用评价的高低对于不同类型不同规模的平台并购进行区别控制,采用强度不同的监管措施。在监管手段上运用数字科技,实行线上监管与线下监管相结合的监管机制,提高执法的准确性。最后,应增强执法主动性,对损害公共利益的行为谋求积极主动的介入,可以尝试采取调查民意、风险评估、对收购方进行约见座谈等方式,更好地履行监管职责[12]。

此外,在事后并购调查中,应充分发挥行业监管的作用。对于已完成但未申报的并购活动,行业监管机构在事后发现这一并购行为具有垄断性时,有权对其开展调查活动,在查清案情的基础上,将案件情况上报给反垄断执法机构,由反垄断执法机构决定是否启动反垄断的事后并购调查。

(下转第 122 页)