

数字经济时代企业合并控制的路径研究

丘沐菡

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年8月25日; 录用日期: 2023年9月4日; 发布日期: 2023年11月13日

摘要

数字经济背景下, 各大数字企业蚕食市场的速度加快, 传统静态的经营者集中制度框架和标准难有效适用于数字经济下的合并审查, 集中表现在大量的大型数字平台并没有受到合并控制的审查。如此活跃的合并已经引起各国反垄断执法和立法机关的高度警惕和关注, 各个国家和地区纷纷采取举措, 加强对数字化企业的合并监管力度, 探索出多种控制路径。在总结经验的基础上, 我们可以从构建更灵活的合并审查标准, 完善执法机构的调查兜底, 探索企业的自愿申报路径, 对大型数字企业特别监管, 强化合并的事后补救措施等方面完善国内的合并控制制度。

关键词

数字经济, 合并控制, 反垄断监管

Study on the Path of Corporate Merger Control in the Digital Era

Muhan Qiu

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 25th, 2023; accepted: Sep. 4th, 2023; published: Nov. 13th, 2023

Abstract

In the context of the digital economy, the speed of market encroachment by major digital enterprises has accelerated, and such active mergers have aroused great vigilance and concern among antitrust enforcement and legislative authorities in various countries, and it is difficult for the traditional static framework and standards of the operator concentration regime to be effectively applied to the merger review under the digital economy, so that various countries and regions have taken initiatives to strengthen the supervision of mergers of digitally-enabled enterprises, and

explored a variety of control paths. The framework and standards of merger review in the digital economy are difficult to be effectively applied. It is foreseeable that in the context of the digital era, antitrust enforcement agencies will take an increasingly stringent enforcement stance on mergers.

Keywords

Digital Economy, Merger Control, Anti-Monopoly Supervision

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

一方面，大型数字平台的合并战略是建立一个跨越多个行业、跨市场影响的巨大生态系统。另一方面是整合初创企业和潜在竞争对手，消除竞争威胁，保持或扩大其市场地位。数字平台并购在一定程度上可以促进数字市场资源的优化配置，然而大型数字平台实施的并购也引起了人们对竞争损害的极大担忧。无序并购容易对市场竞争产生负面影响，通过一系列并购扩大企业版图，高度渗透相关领域或细分市场，开拓新的行业，构建企业生态系统。与此同时，世界范围内大量的初创企业并购长期处于传统合并审查制度的监管之外，企业的合并控制面临巨大的挑战。

2. 数字经济合并浪潮对传统合并控制制度的冲击

2.1. 大量的并购没有受到合并控制的审查

2019年英国一份《解码数字竞争》咨询报告，将GAF A四大企业如火如荼的并购浪潮与隐身的反垄断审查，赤裸裸的摆在大众面前。同一时期，国内腾讯、阿里、百度、京东等大型数字企业也在疯狂加入并购浪潮，对其进行合并控制审查的也仅在极少数。

审查门槛外的并购主要以并购市场上规模较小的初创企业和跨市场并购为代表。传统理论认为，通常不会发生显著严重市场变化及损害市场竞争，因此不需要干预。在这样的审视下，大型数字公司继续利用规模经济进行跨界收购，收获了一批初创企业。正是高集中度是数字经济的一大特点，诱发构建企业生态系统垄断的反竞争担忧，隐性地增加新市场的进入壁垒。

2.2. 初创企业并购游离在审查门槛之外

消除潜在竞争对手以及培育具有未来前景的新生力量已经成为先发制人的商业策略，市场表现亮眼的初创企业近年来成为大型企业并购的重要目标。对具有创新和竞争威胁的初创企业进行并购可以在短期内提升其竞争优势，而对初创企业的人才整合则是长期发展的后备力量。在数字经济中，大型数字平台对初创企业表现出极大的兴趣，传统的并购控制无法对其进行有效审查。

大型数字企业与初创企业的合并存在两方面的反竞争担忧。一方面，它消除了未来具有竞争威胁的竞争者，使其对市场的控制稳定且难以动摇，减少消费者选择的可能性；另一方面，当创新企业的频繁合并成为数字企业创新的重要商业策略时，不仅会降低数字企业自主创新的动力，还会直接导致市场上初创企业缺乏长期创新投资的热情，最终影响消费者福利。

各国的反垄断实践证明，小规模的企业合并可以通过竞争提高经济效率，给消费者带来诸多好处。只有大规模的经营者集中，才能产生排除和限制竞争的效果。鉴于此，为了执法资源的有效利用和可行性，只有当集中达到较大规模时，才要求实施集中的相关经营者向执法机关报告。所谓大规模，各国都是根据本国国情作出规定，规定的都是申报标准。数字经济领域并购控制失灵是大型数字平台市场势力迅速扩张的重要原因。传统的并购控制大多通过预审的方式设定一定的申报审查门槛，并根据一定的标准筛选竞争损害。“一刀切”的设置模式作为一种固定的、僵化的标准，无法应对行业差异，具有极大的不合理性。传统的反垄断法对竞争效果的分析主要基于价格理论，关注并购对相关市场价格的影响，而大型数字化企业的跨市场并购往往在短期内没有价格优势。在数字经济中，数据、隐私和创新等非价格因素也会推动并购，潜在的竞争危害更容易被忽视。

2.3. 数字企业乐于跨市场合并不受审查

与传统企业并购注重核心业务链的整合不同，数字时代的并购对与核心业务不直接相关的领域表现出高度的热情，不断开拓新的业务板块。以腾讯的扩张为例，在原有的社交软件领域频频投资，收购了盛大文学、海洋音乐、百漫文化等一系列娱乐公司，逐步渗透到文学、音乐、动漫、视频等市场，取得了娱乐行业的领先优势，打造了庞大的商业帝国。

大型数字化企业拥有巨大的用户优势，即使进入新的市场，仍然具有很强的竞争力。与传统企业的合并不同，大型数字化企业仍然可以利用用户黏性在不同市场转移优势，降低新市场的竞争壁垒。资本实力雄厚的数字化企业不顾成本、低价抢占市场、排挤竞争对手的现象并不鲜见，进入新的竞争领域具有天然的低门槛。传统的并购控制理论过于关注并购后的短期影响，且未来竞争损害存在执法的不确定性，无法进行标准的自由裁量权。

3. 数字时代企业合并控制的监管趋势及路径选择

从近年来世界主要国家和地区积极的立法和执法行动来看，数字时代的企业并购监管逐渐积累了一定的理论和实践经验，并探索出多元有效的路径，总体呈现出以下趋势：一是世界主要国家和地区加强了对企业并购的监管；其次，考虑到大型数字化企业的市场优势，它们被赋予了更高的合规义务；三是众多执法机构关注并购后监管，形成了与事后监管相结合的综合控制路径；四是创新监管方式，考虑更加灵活的审查标准和更加多样化的竞争因素。可以预见，在数字时代背景下，反垄断执法机构对并购将采取越来越严格的执法立场。

3.1. 扩大事前审查并形成持续性监管

为了应对事前审查在数字合并领域中的脱节困境，从立法层面试图设置引入“交易额标准、估值标准、市值标准等”多种标准用于筛选针对初创企业具有反竞争效果的并购。例如 2017 年德国《反限制竞争法》新修纳入交易价值的申报门槛，作为启动事前审查的一种情形。2018 年生效的《奥地利卡特尔与竞争法修正案》还引入了一项交易价值条款，要求在交易价值达到 2 亿欧元时事先向奥地利联邦竞争管理局申报。2022 年印度修正法案提出拟在并购控制中引入“交易价值”门槛，将一些涉及“轻资产”、“低收入”的初创企业的收购纳入审查范围^[1]。从通过的立法及相关提案来看，不少国家开始审视合并控制的事前申报标准。

从反垄断执法的角度来看，各国在 2021 年后开展了一系列针对性调查和持续监管行动。2021 年后，美国并购反垄断审查明显趋严。从 2021 年 6 月到 2022 年 6 月，FTC 共采取了 26 起并购执法行动，受到诉讼或和解质疑的并购案件数量明显增加，许多交易方在调查后选择和解或自愿放弃交易^[2]。同年 7 月，

国家市场监督管理总局禁止腾讯旗下“斗鱼和虎牙”两个相关市场的合并，认为两者合并将加强腾讯在游戏直播市场的主导地位，不利于市场竞争，是数字经济领域第一起被禁止的经营者集中交易[3]。

3.2. 针对大型数字企业进行特殊规制

为了应对数字市场跨领域并购浪潮的复杂挑战，2020年12月15日欧盟通过《数字服务法案》和《数字市场法案》两项提案，将监管的核心聚焦在“数字守门人”上，守门人的认定采“推定标准”，可基于客户数量、累积活动能力、市场估值等综合标准进行推定，此外通过市场调查来评估具体情况[4]。欧盟的创新立法被视为欧盟委员会打造“适应数字时代的欧洲”的核心举措。通过加强针对“看门人”的特别立法，并购交易将必须向欧盟委员会报告，即使它们不符合报告标准或不影响成员国之间的贸易，这将为数字领域的并购控制带来更多义务。

跨市场竞争影响被形容为“系统性市场力量”[5]，德国联邦议会2021年1月修订《反对限制竞争法第十修正案》，是在第19a条增设了滥用跨市场竞争影响的全新垄断行为类型，即当一个企业在多边市场能够显著影响竞争时，其相关行为应予规制[6]。对“跨市场竞争具有重要意义”的企业进行特殊规制被认为是此次修正案的一大亮点，针对特定的大型企业实施特定的监管，联邦卡特尔局可对其适用更低的申报标准，在并购审查中也对大型企业施以更加严格的控制。

3.3. 关注事后监管和相应的救济措施

数字化并购造成的竞争损害具有长期性、不确定性和易出错性，因此延长监管期限，并在必要时进行后续调查，可以起到抑制并购的作用，否则这些并购可能会被排除或限制。由于担心过去的执法过于松懈，一些国家已开始对已完成的重大并购进行追溯分析。目前已有包括英国、美国等多个国家建立了特定情形下的事后调查制度。比如，例如美国联邦贸易委员会针对脸书十几年前收购的 Instagram 和 WhatsApp 而要求拆分企业[7]。例如，英国竞争和市场管理局发布《数字市场合并控制执法事后评估》针对大型数字企业公开披露过往并购案件展开全面分析，英国执法部门专门委托第三方咨询公司进行回溯性评估。

在事后的补救措施上，英国竞争和市场管理局采取更为透明公开的救济方法，措施包括通过提供替代承诺、发布补救通知以及举行专门的补救听证会来避免深入调查的机会等。

3.4. 执法机构创新对合并的执法手段

传统的反垄断执法工具难以顺应快速发展的数字经济需求，部分国家开启创新对于合并的执法手段。例如英国竞争及市场管理局《解锁数字竞争》报告指出实施临时性措施来应对数年才能解决的反垄断案件，并于2021年修订《竞争法》强调非正式执法手段的重要作用。近期英国竞争及市场管理局针对微软收购动视暴雪展开临时调查，以评估对英国游戏机供应市场的竞争影响，正如调查的独立专家小组主席马丁·科尔曼所言“临时调查的目的是给相关企业和任何利益第三方以提供新证据的机会。”类似的临时性措施在欧盟及其成员国中也已实施。近年来，澳大利亚的竞争监管部门针对脸书、谷歌等大型数字内容平台，也采取了谈判和合同解决争端等非标准的监管方式[8]。

美国针对“覆盖平台经营者”的举证责任倒置制度，要求此类平台企业对拟进行的并购不存在反竞争效果自证清白，否则其进行的全部并购均将被推定为违法。在执法手段上，美国采对“覆盖平台经营者”推定违法路径，由此减轻监管机构的举证责任。

4. 数字时代我国企业合并控制的完善路径

2021年发布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》中规定，针对初创企业或者新

兴平台的扼杀式并购，执法机构可在未达申报标准时主动调查。2022年6月24日，十三届全国人大常委会第三十五次会议表决通过关于修改反垄断法的决定，这是反垄断法自2008年施行以来首次修订。本次修订基于前述实践中出现的问题，对经营者集中审查制度做出较大的修改。在经营者集中申报标准方面，除了保留原来的根据达到标准的经营者集中实施前强制申报的制度之外，此次修订新增了第二十六条第二款和第三款。第二款赋予了反垄断执法机构较大的酌处权，针对未达到申报标准的交易，反垄断执法机构可以根据交易的具体情况，要求经营者申报。在经营者未按要求申报的情况下，反垄断执法机构有权依法启动主动调查程序。

总体而言我国针对企业的合并控制路径，主要为事前申报审查制。一般来说，参与合并的企业达到规定的申报标准时，需要进行申报，审查之后方可完成合并交易，申报标准是营业额标准。同时由执法机构行使主动审查权发挥兜底作用，是“营业额标准+主动审查权”的复合路径。中国的企业并购控制已经逐步走上正轨，在全球数字市场反垄断监管趋严的大环境下，解构当前面临的挑战和执法难点，全面助力完善我国并购控制制度，具有现实意义。

4.1. 构建更多元的合并审查标准

单一营业额申报标准无法对初创性市场、采取免费策略的服务市场、个别小众市场等部分特殊情形作出全面有效的反映[9]。考虑数字合并的特性，可以构建更加多元化的申报标准。衡量一个行业的并购审查标准是否适当，必须回归监管的本质，即对并购进行监管的实质性关切动因[10]。考虑到传统营业额标准的硬化，设置更加灵活的营业额申报标准，在大型数字企业的并购中，考虑用户数量、流量数据、技术创新能力等具有商业价值的非价格因素纳入综合性的申报审查标准中，反映真实的市场力量。

4.2. 完善执法机构的调查兜底

针对新法明确的调查权，需要增强执法机构介入调查的主动性。在执法机构的调查兜底方面，普遍存在调查程序立法不明确、调查参与度、透明度的担忧，进一步细化自由裁量权的启动条件和影响因素种类有利于增加执法机构主动介入调查机率。同时也确保调查的合法合规性，应当明确依职权主动调查的主体、时间、方式和具体实施步骤，使反垄断调查行为接受社会的广泛监督，减少权力行使的不确定性。

4.3. 探索企业的自愿申报路径

国内已有不少学者呼吁变革申报制度，转向自愿申报体系是符合逻辑的一个选择[11]。董维刚、张昕竹在针对并购申报制度政策效应的实证分析研究中称，“其他条件都相同时，自愿申报机制国家的反垄断政策有效性指数比强制申报机制国家平均高出0.43”[12]。在强制申报的合并控制中，可以考虑纳入企业自愿申报，扩大审查的范围，赋予企业自主选择权，强化企业主动申报的激励。

4.4. 对大型数字企业特别监管

欧盟、美国和德国等均通过相应的事前监管，对大型数字平台予以特别规制。考虑到数字时代下企业的动态竞争变化快，我国不适宜专门纳入法律篇章，更为可行的是以行政指导的方式，对大型数字企业特别监管，非强力地持续关注大型企业的动向并要求企业展开合规自查。

4.5. 强化合并的事后监管措施

多国反垄断执法机构近年来还展开了针对数字市场并购案件的事后调查，我国在合并控制制度中，迫切需要强化合并的事后监管，以审视并购政策和交易完成的并购案件。这种事后调查模式，有助于弥

补执法机构因数字市场并购中的不确定性而造成的对未来竞争损害评估错误。同时也需要关注到应当对事后调查权力进行约束，减少过度干预。

5. 结语

面对数字时代背景下的合并浪潮和破坏市场竞争的高风险，以反竞争行为为动机的数字平台合并控制制度出现不适，世界各国反垄断执法机构面临着执法压力和监管挑战。有序并购对激发市场活力具有重要意义，各国在高压下逐步探索合适的合并控制路径。欧盟对“数字守门人”的特别立法，德国对“关键企业”进行特殊规制，美国对“覆盖平台经营者”推定违法，我国也在探索中构建审查标准附加主动审查复合路径。逡巡不前的制度无法有效顺应日新月异的数字竞争，为此需要打破固有的框架，修正硬化的审查标准，活跃执法机构的主动调查，探索新型的自愿申报，聚焦监管重心且强化合并的事后监管措施，着眼于更加规范化的路径。

参考文献

- [1] 武大知识产权与竞争法. 印度中央政府提出竞争法修正案[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/eMVgze2nnJHYqctCbpXXbQ>, 2022-08-17.
- [2] 反垄断实务评论. 拜登政府显著加强并购交易的反垄断审查[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/gE2M0vGqcyaihcgLvNpoQ>, 2022-10-25.
- [3] 国家市场监督管理总局. 市场监管总局依法禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并[EB/OL]. https://www.samr.gov.cn/xw/zj/art/2023/art_04820f200da543b6b8ea48a4afe17b98.html, 2021-07-10.
- [4] 王晓晔. 中国数字经济领域反垄断监管的理论与实践[J]. 中国社会科学院大学学报, 2022, 42(5): 31-48+134+137.
- [5] 翟巍. 《德国反限制竞争法》数字化改革的缘起、目标与路径——《德国反限制竞争法》第十次修订述评[J]. 竞争法律与政策评论, 2020, 6: 25-37.
- [6] 张钦昱. 数字经济反垄断规制的嬗变——“守门人”制度的突破[J]. 社会科学, 2021(10): 107-117.
- [7] National Crowdfunding & Fintech Association. U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition. <https://ncfacanada.org/u-s-and-states-say-facebook-illegally-crushed-competition/>
- [8] 熊鸿儒, 韩伟. 全球数字经济反垄断的新动向及启示[J]. 改革, 2022(7): 49-60.
- [9] 徐瑞阳. 论经营者集中申报标准实施机制的完善[J]. 法学家, 2016(6): 146-161+180.
- [10] 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.
- [11] 李剑. 经营者集中强制申报制度的实效与转变[J]. 交大法学, 2021(4): 59-77.
- [12] 董维刚, 张昕竹. 并购申报制度政策效应的实证分析[J]. 财贸经济, 2009(5): 124-129.