

论反垄断法对未达申报标准的经营者集中之规制

李国海, 王潇

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 反垄断法规制经营者集中的核心举措是申报审查制, 而规定申报标准是其中的制度起点。数值化的申报标准并不具有绝对的辨识功能, 未达到申报标准的经营者集中仍有可能排除、限制竞争, 在数字经济背景下尤其如此, 故此类经营者集中仍有被反垄断法规制的必要。域外经验也表明, 反垄断法有必要对未达申报标准的经营者集中予以规制, 为此引入了诸多创新性制度。我国新修改的《反垄断法》增设的相关条文解决了原有立法下规制未达申报标准经营者集中的法律依据不充分的问题, 但因规则不够明确、权力约束不足, 仍存在实施层面的挑战。为应对挑战, 有必要系统性地明确、更新我国规制此类经营者集中的制度架构, 其中的核心任务是围绕“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”这个前提条件, 将定性化的文本内容予以明确化甚至指标化, 强化相关制度的可操作性。

关键词: 反垄断法; 未达申报标准的经营者集中; 事前商谈制; 守门人制度

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2023)04-0063-10

经营者集中规制制度是反垄断法的核心制度之一。当今各国一般采用事前规制模式, 即经营者集中申报-审查模式, 其制度起点是由立法或反垄断执法机构规定经营者集中申报标准, 达到申报标准的经营者集中必须事先向反垄断执法机构申报。明确申报标准的目的在于高效筛选可能排除、限制竞争的集中, 同时也为经营者提供自我评估依据, 由参与的经营者判断自己的集中行为是否需要申报^[1]。依一般逻辑, 经营者集中申报标准意味着未达申报标准的经营者集中是安全的, 外在于反垄断执法机构的干预范围, 因此, 经营者可径直实施。因是之故, 未达申报标准的经营者集中基本不会落入反垄断法的关注范围。我国 2007 年出台的《反垄断法》基本上也遵从此种逻辑, 相关条文仅覆盖达到申报标准的经营者集中, 对未达申报标准的经营者集中则未予着墨。

然而, 随着近年来市场情势的变化, 未达申报标准的经营者集中也开始显示出对竞争的有限效果, 有的还较为显著。未达申报标准的经营者集中从而引起了反垄断实务界的关注, 欧美各国及我国都已在反垄断立法和执法规则上对此作出应对。作为原《反垄断法》的相关配套文件的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》等行政法规、规范性文件已将未达申报标准的经营者集中纳入规制范围。我国于 2022 年修改《反垄断法》时, 更是以基本立法条文的形式明确了规制未达申报标准的经营者集中的立场。

在学界, 对未达申报标准的经营者集中的关注度也日渐提高。例如, 有学者反思了反垄断实践中规制平台扼杀式并购的失效现象, 主张在既有营业额申报标准基础之上, 引入额外的交易价格阈值作为补充申报标准^[2]。这间接显示出对未

收稿日期: 2022-12-09; 修回日期: 2023-05-26

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“优化营商环境视角下营业权利保护研究”(20AFX018); 湖南省教育厅科学研究项目“涉标准必要专利经营者集中之反垄断法规制研究”(19K102)

作者简介: 李国海, 男, 湖南宁远人, 法学博士, 中南大学法学院教授、博士生导师, 主要研究方向: 经济法学; 王潇, 女, 湖南涟源人, 中南大学法学院硕士研究生, 主要研究方向: 经济法学, 联系邮箱: 448153235@qq.com

达一般申报标准的经营者集中的关注。还有学者对反垄断法规制数字市场初创企业并购的成效进行了考察,指出大型数字平台针对初创企业的并购几乎很难达到当前的申报标准,因而不受强制申报义务的约束,故而建议反垄断执法机构调整并购申报门槛,在当前营业额标准的基础上引入能够有效筛查具有反竞争效应的并购的其他适当标准^[3]。然而,无须讳言的是,国内学术界对反垄断法规制未达申报标准的经营者集中的关注还处于初始阶段,且较多地针对扼杀式并购和初创企业并购等特殊情形展开讨论,提出的应对策略也偏重于优化申报标准,对规制未达申报标准的经营者集中尚未进行足够的系统性研究,有诸多重大问题仍需阐明。例如,反垄断法规制未达申报标准的经营者集中的理据何在?哪些未达申报标准的经营者集中需要进行申报?反垄断执法机构要求未达申报标准的经营者集中进行申报应遵循何种程序?等等。

一、反垄断法规制未达申报标准的经营者集中之基本理据

(一) 经营者集中的申报标准不具有绝对的辨识功能

反垄断法构建的经营者集中申报标准往往是以数值的形式规定需要申报的经营者集中,主要是将参与经营者上一年度的营业额作为判断依据。虽然制定者在出台标准时经过了充分研究,但毋庸讳言的是,此种数值化的标准更多的是既有规制经验的反映,并不能确保覆盖所有的具有负面效应的经营者集中。加上反垄断执法资源有限,如若为了规制更多的集中而不加分辨地罗列一系列申报标准,反而会降低制度实施的效率^[4]。因而,数值标准并不能完全反映规制经营者集中的现实需求。由此可见,经营者集中申报标准并不具备绝对的辨识功能。

在一般的规制语境下,刚性的、数值化的申报标准虽能识别出常规的有可能带来竞争威胁的经营者集中,但无力应对因市场多元而出现的特殊情形^[5]。不同行业的商业模式、发展阶段、经营规模以及市场集中度等存在比较大的差异,

当某些行业经营者的营业额规模普遍比较低时,参与集中的经营者即使没有达到申报标准,依旧有可能产生排除、限制竞争的效果。同时,“市场竞争是个客观的弹性范畴,在既定环境下,它和参与市场运行的经济性主体多寡有着直接的密切关系”^[6]。排除、限制市场竞争其实是一个相对概念,它不在于市场的整体经济体量,只要相关市场运行的经济性主体减少,市场竞争的程度就会随之弱化。正因如此,市场界定不同,市场的竞争状况也不尽相同。受制于时间、地域、商品服务类型,一些“小市场”中发生的经营者集中活动也可能对市场竞争秩序造成损害,但并不会触发以申报标准为指针的经营者集中控制机制。

总之,“由于经济生活非常复杂,在有些情况下,经营者集中虽然没有达到规定的申报标准,但仍有可能产生排除、限制竞争的效果”^①,因此,法律应当为执法机构留出规制特殊情形的空间。

(二) 规制数字经济领域的经营者集中之特殊需求

近年来,数字经济领域的经营者集中引起了反垄断执法机构和社会大众的广泛关注。尽管其中的很多个案具有排除、限制竞争的效果,但它们大多未能达到我国经营者集中的申报标准,没有被强制纳入申报审查范围。由此可见,将未达申报标准的经营者集中纳入反垄断法规制范围,对于规制数字经济领域的经营者集中更具现实紧迫性。

一方面,数字经济领域的经营者采取的特殊经营模式降低了经营者集中申报标准的可适用性,要求反垄断法作出特殊应对。数字企业具有网络效应、免费服务、用户锁定、跨界竞争等特征,很大程度上颠覆了传统的商业模式和竞争结构。互联网企业在发展初期,并不急于获取短期利润,反而押注于大量积累用户、攫取数据,以创造未来颠覆的竞争潜力^[7]。它们通过免费服务甚至大量发放补贴、奖励的方式不断吸引用户,“烧钱”的运营模式降低了互联网企业在账面上的营业收入,使得企业在具有一定用户数量、市场影响力以及高市场估值的情况下,仍可能出现

营业额不高的局面。受制于此, 营业额标准无法准确反映数字企业的市场力量和竞争影响, 致使大量数字经济领域的经营者集中落入未达申报标准的范畴, 导致反垄断执法机构难以进行管辖。

另一方面, 巨型平台企业惯于对初创企业展开扼杀式并购, 也需要反垄断法对未达申报标准的经营者集中采取行动。国外在 2008—2018 年这十年间, Amazon、Facebook 和 Google 等三家平台企业分别收购了 60、71、168 家初创企业^[8]。另有数据表明, 互联网巨头在实施并购后, 近 60% 的产品或业务在一年内被下架^[2]。在国内, 超级网络平台也惯于大量并购初创型企业^②, 很多初创企业被并购后, 其技术或营业模式被搁置或封存。扼杀式并购的反竞争效应是显而易见的, 已频频被指是创新赛道垄断^[9]。它们的反竞争效应至少体现为以下三个方面: 削弱产品或服务的多样性, 导致潜在竞争的缺失; 造成市场力量的跨行业传导; 形成创新杀伤区, 削弱市场风险投资供给^[2]。超级平台扼杀式并购初创企业之所以被反垄断执法机构容忍, 一个重要原因需要被关注: 在扼杀式并购中, 尽管超级平台的规模和营业额都十分庞大, 但被并购的初创企业规模小、营业额低, 达不到反垄断法规定的申报标准, 而大多数国家的反垄断法均采用申报审查制来规制经营者集中, 使得反垄断执法机构即使想规制扼杀式并购, 也缺乏必要的抓手。因此, 为对付数字经济领域的扼杀式并购, 必须认真思考如何将未达申报标准的经营者集中纳入反垄断执法机构的规制视野。

二、规制未达申报标准的经营者集中之域外经验

面临规制未达申报标准的经营者集中的任务, 在域外, 如美国、欧盟、德国等国家(地区)近年都在积极寻求对策。一种较为间接的措施是扩展经营者集中的申报标准, 除规定营业额数值之外, 加入交易额等指标, 如此可以加大申报标准的覆盖面, 将某些虽未达到传统营业额数值标准却符合交易额等其他指标要求的经营者集中

纳入审查范围。例如, 德国在 2017 年对反限制竞争法进行第九次修订时, 将交易额指标加入经营者集中申报标准之中, 规定并购交易价值超过 4 亿欧元的, 应当事前向联邦卡特尔局申报^[3]。又如, 2017 年出台的《奥地利卡特尔与竞争法修正案》也在经营者集中申报标准中补充了交易额指标, 规定交易额达到 2 亿欧元, 参与并购交易的经营者就有申报义务^[10]。严格来讲, 德国和奥地利的上述改革不属于对未达申报标准的经营者集中规制挑战的直接回应。不过, 严格意义上的未达申报标准之经营者集中的规制举措开始在欧盟和美国的一些立法或立法草案中出现。

(一) 将特定类型经营者参与的未达申报标准的经营者集中纳入审查范围

域外国家也大多采用以申报为前提的事前规制模式, 未达申报标准的经营者集中无须申报。在很长一段时期, 各国反垄断执法机构均严格遵行此种规制逻辑。为应对新的规制需要, 近年来, 某些国家(地区)开始将经营者集中的审查范围覆盖到未达申报标准的经营者集中, 其中最显著者当属欧盟和美国针对数字经济领域经营者集中引入的制度创新。为应对数字经济领域经营者集中的特殊挑战, 欧盟、美国分别引入“守门人”(gatekeeper)、“主导平台”(covered platform)等概念, 对被纳入其中的平台企业参与的经营者集中实施更为严格的反垄断规制, 包括要求它们将未达申报标准的经营者集中进行申报。

在欧盟, 欧洲理事会于 2022 年 7 月通过《数字市场法案》规定, 如果某个网络平台被认定为守门人, 其拟进行《关于企业合并控制的第 139/2004 号条例》第 3 条意义上的并购, 且该并购涉及另一核心平台服务提供者或在数字领域提供任何其他服务的提供者, 守门人应当通知欧盟委员会, 无论该并购是否应当依据第 139/2004 号条例向联盟委员会或依据成员国并购规则向成员国竞争主管机构进行申报^③。

在美国, 立法机关也认同对某些大型数字平台实施特殊的监管。美国众议院司法委员会指出, 超级平台出现之后, 通过规模经济与范围经济变成守门人, 具备基础设施的特点, 可以通过控制市场准入挑选赢家 and 输家^[11]。为此, 美国众

议院司法委员会于2021年6月通过了《平台竞争和机会法案(草案)》,其中规定,如果平台被认定为“主导平台”,那么其收购竞争对手或潜在对手的行为违法,除非提供令人信服的证据证明:并购没有产品或服务上的直接竞争关系或者新生、潜在的竞争关系;并购不会强化平台在其相关业务领域的市场地位;并购不会增强平台维持市场地位的能力。如果超级平台无法证明或者监管机构有理由认为其并购不合理,那么并购计划无法通过^④。

由上观之,欧洲《数字市场法案》引入的“守门人”概念和美国《平台竞争和机会法案(草案)》引入的“主导平台”概念体现了相同的思路:将某些平台企业确定为特殊类型企业,对它们实施的经营者集中,即使未达申报标准,也予以严格规制。这类制度能够有效应对数字经济对经营者集中申报机制带来的挑战,对大型平台企业利用申报标准局限大肆并购初创企业或新兴企业以消除竞争威胁这一现实问题进行回应。

(二) 规制未达申报标准的经营者集中之功能主义路径

无论是欧盟的《数字市场法案》还是美国的《平台竞争和机会法案(草案)》,在设计针对未达申报标准的经营者集中之规制框架时,均体现了非常鲜明的结构主义色彩,立足于对具有巨大规模和市场影响力的网络平台参与的经营者集中予以重点关注。与此同时,我们也观察到欧盟已经采取功能主义的规制思路来对付未达申报标准的经营者集中。此种规制思路并非针对特殊类型的经营者,而是以可能的竞争影响来决定是否对未达申报标准的经营者集中予以规制,理论上,所有的经营者都有可能落入其中。

根据欧盟《关于企业合并控制的第139/2004号条例》的规定,一般情形下,只有具有共同体规模的企业并购才需要申报,并由欧盟委员会予以审查。但在特殊情形下,某些并购即使没有达到申报标准,也可由欧盟委员会予以审查。具体而言,即使一项并购未达到共同体规模,但是该并购对欧盟成员国之间的交易产生影响,且该并购对提出审查请求的欧盟成员国领土内的竞争产生严重威胁,则欧盟委员会可能会应一个或一

个以上的成员国就一个未达到共同体规模的并购审查请求展开审查。如欧盟曾通过移交机制对没有达到欧盟申报标准的Facebook并购WhatsApp案进行了审查^[12]。这显示,对于无须承担法定申报义务的企业并购案件,当执法机构认定其产生了限制竞争的效果时,仍然可以对其采取相应的法律措施^[13]。

应当承认,采用功能主义方法来规制未达申报标准的经营者集中在域外尚为少见,远不如结构主义规制方法那样受人关注。结构主义方法聚焦大型的数字企业,规制范围较为明确,但其规制范围比较受限。而功能主义规制方法通过引入某种普遍的判断标准,能够将更多的案例纳入其中,更能实现经营者集中规制的预设目标。因此,从应然角度看,引入功能主义的方法强化对未达申报标准的经营者集中的规制,是很有必要的。由此,我们有理由预测,将来会有更多的国家(地区)借鉴欧盟经验,在采用结构主义方法的同时,也适用功能主义方法来规制未达申报标准的经营者集中。

三、我国《反垄断法》规制未达申报标准的经营者集中之立法更新

(一) 原《反垄断法》的制度缺陷

在修改之前,我国《反垄断法》虽然在第三条中概括性地将“具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”纳入垄断行为范畴,但通观该法第四章“经营者集中”的十二个条文,无一处提及未达申报标准的经营者集中。规定违法经营者集中的法律责任条款(第四十八条),同样也没有涉及这一问题。据此,我们可推导出该法规制经营者集中的真实立场:只有达到申报标准的经营者集中,才会被纳入规制范围。

然而,涉及经营者集中规制的相关配套性文件却未完全遵行上述立场。首先,是在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中,以专条(第四条)规定,“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准,但按照规定程序收集的事实和证

据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的, 国务院反垄断执法机构应当依法进行调查”。其次, 商务部于 2009 年发布的《经营者集中申报办法》^⑤、国家市场监管总局在 2020 年发布的《经营者集中审查暂行规定》^⑥以及国务院反垄断委员会于 2021 年发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》^⑦规定了相关内容。

涉及经营者集中规制的相关配套性文件拓展原《反垄断法》规制范围的出发点是值得肯定的, 文件制定者看到了以营业额为基准的刚性申报标准的不足, 试图引入某种弹性机制, 保障经营者集中规制制度的预防性功能得以体现^[14]。然而, 从执法实践看, 相关规定基本上处于空置状态, 未出现实际的规制案例。唯一与此存在一定关联的滴滴优步合并案, 时至今日, 反垄断执法机构仍未能进一步发布调查结果, 似乎将不了了之^[15]。

理性而言, 在原《反垄断法》框架下, 我国规制未达申报标准的经营者集中的制度构造是存在诸多缺失的。

第一, 法律依据不够充分。修改前的《反垄断法》未覆盖未达申报标准的经营者集中, 相关的配套性行政法规、部门规范性文件却将未达申报标准的经营者集中纳入规制范围, 实则降低了制度的明确性, 也与原《反垄断法》的立场形成扞格, 并不完全符合《反垄断法》的制度理念和具体规定。由此来看, 相关配套性文件构建的规制未达申报标准经营者集中的制度, 很难说具有充分的法律依据。

第二, 制度设计不够合理。对未达申报标准的经营者集中, 跳过申报程序直接由执法机构进行调查, 被调查的集中行为如果被认定具有反竞争效果, 经营者可能会承担某种救济或制裁措施。原《反垄断法》规定的制裁措施均服务于申报一审查程序, 而未达申报标准的经营者集中, 本身无强制申报义务, 如果反垄断执法机构未经申报程序, 直接主动调查, 并对其实施制裁, 显然违反比例原则, 不符合反垄断法的基本法理, 也暗藏执法机构对市场经济活动过度干预的风险。

第三, 实施规则不够明确。在原《反垄断法》

下, 与规制经营者集中有关的配套性文件针对未达申报标准的经营者集中引入了执法机构主动调查制度、经营者自愿申报制度, 但这两项制度的具体规则均不明确, 不利于反垄断执法机构和经营者适用, 对执法机构和经营者约束性弱, 无益于法律实施的稳定性和严肃性。

(二) 新《反垄断法》的立法更新与实施挑战

我国于 2022 年修改的《反垄断法》增设了规制未达申报标准的经营者集中的条文, 其第二十六条第二款规定, “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, 国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报”。这个条文的增设, 使我国在《反垄断法》层面有了规制未达申报标准的经营者集中的法律依据, 基本解决了原有立法下法律依据不够充分的问题。

上述条文显示了明显的进步性。它实际上赋予了反垄断执法机构自由裁量权, 在经营者未达申报标准但具有或可能具有反竞争效应时, 可以要求经营者进行申报, 弥补了相对静态的经营者集中申报量化标准在功能上的缺陷。同时, 新法将执法机构主动调查修改为执法机构可以要求经营者申报, 在制度设计上更为合理。其本质是在调查之前给予经营者一次按照一般申报程序进行申报的机会, 代表着对未达申报标准的经营者集中的规制制度从事后规制回归到事前规制的轨道上来, 明确了执法机关行使自由裁量权的边界以及经营者可能承担的法律后果, 同时降低了启动调查的不确定性所带来的风险。

然而, 新《反垄断法》第二十六条第二款依然存在实施层面的挑战。一方面, 该条仍不够明确。立法条文仅规定“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”, 反垄断执法机构可以要求未达申报标准的经营者集中履行申报义务, 而相关证据如何获得, 以何种程序认定具有或者可能具有排除、限制竞争效果, 此种认定程序与后续审查程序关系如何, 这些重大问题都有待明确。另一方面, 该条赋予反垄断执法机构较大的自由裁量权, 却未对权力的行使设立约束机制。新《反垄断法》第二十六条

第二款将《国务院关于经营者集中申报标准的规定》等文件中采行的“应当依法调查”的措辞修改为“可以要求申报”，进一步扩大了执法机构的自由裁量权限。如何保证反垄断执法机构公平合理地行使此种自由裁量权，统一执法尺度，也是后续制度建构的重大课题。反垄断执法机构基于节约执法资源、规避风险的考虑，行使自由裁量权的主动性本就不足，如果缺乏相应的约束机制，则更可能倾向于不作为。在案件争议较大或者市场诉求强烈之时，若反垄断执法机构怠于行使权力，将会导致社会关切的落空，不仅会造成竞争失序，还会减弱社会对于执法行为本身的信任。

四、反垄断法规制未达申报标准的经营者集中之制度架构

为应对上述挑战，我们有必要以系统性思维全方位地明确、更新我国规制未达申报标准的经营者集中的制度架构，关键点有三：一是围绕“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”这个前提条件，将定性化的文本内容予以明确化，甚至指标化，强化相关制度的可操作性；二是在借鉴域外经验的基础上，将特殊经营者参与的未达申报标准的经营者集中全部纳入申报范围；三是优化程序规则来约束反垄断执法机构行使自由裁量权。

（一）引入“事前商谈制”来识别需要申报的未达申报标准的经营者集中

我国是一个经济大国，经济运行中发生的经营者集中案件数量极为庞大，其中多数属于未达申报标准的经营者集中情形。由于它们无须承担强制申报义务，反垄断执法机构势必无法获得并处理全部案件信息，因此，有必要划定重点案件范围，通过某种制度运作来保证反垄断执法机构能够获得这些重点案件的信息，并据此识别哪些未达申报标准的经营者集中需要申报。为此，我们建议引入“事前商谈制”^⑥，要求符合某些指标条件的未达申报标准的经营者集中，由参与经营者事先向反垄断执法机构申请商谈，由反垄断执

法机构来决定是否要求该经营者集中实施申报。

前述具体指标应是从普遍性、一般性角度来制定的，具有多维度特性，并适用于所有经营者。其核心指标应包括：

其一，交易额指标。交易额指标能适当反映被合并方的经济价值和 market 潜力，也能揭示高溢价并购所附带的反竞争意图。如果某项经营者集中的交易对价包括交易所涉及的资产价值和其他货币利益以及负债，并达到某一数值，即使其营业额指标未达到申报标准，参与经营者也应在事前主动向反垄断执法机构申请商谈。

其二，市场份额指标。市场份额与市场力量存在正比例关系，而且市场份额指标的判断价值不像营业额指标那样因行业不同而存在偏差。准确界定相关市场、计算市场份额难度很大，容易造成申报阶段与审查阶段的混乱，不适宜将其作为固化的数值申报标准^[16]。但市场份额是市场势力最为直接的证据，仍有助于个案判断的空间。国务院法制办负责人曾指出：“有的行业经营者的营业额普遍较低，达不到申报标准，但参与集中的经营者的市场份额却相对较大，其集中行为就很有可能排除、限制竞争。对这类经营者集中，也需要有相应的控制措施。”^⑦在申报阶段准确计算市场份额并不容易，但存在某些简便途径，如根据企业自身公开的信息、管理咨询机构统计的数据或者同行业竞争者提供的举报材料，能大致评估出经营者在相关市场中的市场份额。我们建议，对于未达申报标准的经营者集中，反垄断执法机构有权要求单个经营者的市场份额超过25%或者集中后市场份额超过50%的经营者就其集中申请事前商谈。

其三，用户规模指标。平台厂商的用户规模是其生存与发展的前提条件。用户规模不仅代表着平台在原市场的市场势力，而且决定着平台能否通过增加用户类别向其他领域扩展^[17]。用户规模有上限，等行业发展到一定阶段后，企业将会从用户的增量竞争转变为存量竞争。在存量竞争时代，市场的竞争局面更加激烈。企业依靠自身力量开发新产品或服务吸引用户的回报周期太长且市场效果不稳定，并购自然成了企业青睐的

快捷通道。通过并购的方式,企业能够迅速获得被并购企业的用户,同时也能借机打造自己的平台生态圈,进一步锁定用户,可谓一举多得。因此,规制数字经济领域的经营者集中,可以将用户规模指标列入考察范围。我们建议,如果集中后拥有的稳定用户数量达到市场上同类产品用户总数的2/3以上,即使该集中未达到申报标准,参与经营者也应事先申请商谈。

其四,数据指标。在数字经济时代,数据已经成为数字经济领域一种关键的生产要素,日渐在市场竞争中占据基础性的位置。基于获取利润与维护自己优势地位的目的,数字企业往往希望获得数量更多、质量更优、范围更广的数据信息,以经营者集中获取数据的方式成为数字企业的战略首选。实践中已经出现了大量数据驱动型并购案例,其中部分案例证明数据驱动型经营者集中也有可能产生反竞争效果。数据的产生往往与用户使用相关,因此,数据指标可由用户数量来反映。我们建议,对于未达到申报标准的经营者集中,如果集中完成后总的活跃终端用户数量能够排名行业前五,参与的经营者应履行事前申请商谈义务。

其五,技术创新指标。此项指标主要通过专利数量,尤其是标准必要专利数量来反映。标准必要专利拥有知识产权赋予的合法排他性权利,叠加技术标准化,知识产权人更加具有滥用权利限制竞争的危险^[18]。通过集中获取他人现有的标准必要专利,再以技术标准适用,不仅可以提高许可过程中的谈判资本,横向对抗同类竞争者从而产生单边效应,还可以依据标准的寿命和技术周期性更新,纵向拓展市场,形成封锁效应。如果集中导致经营者拥有的标准必要专利数量大大增加,即使未达到申报标准,反垄断执法机构也应当谨慎对待。我们认为,如果经营者所持有的标准必要专利数量位于行业前列,或者交易方所持有的标准必要专利是社会公认的其他技术标准所无法替代的,反垄断执法机构可要求经营者就其集中申请事前商谈。

经营者应在实施集中前以书面形式向反垄断执法机构申请商谈,并提供必要信息。反垄断

执法机构则应在一定期限内评估该集中是否具有排除、限制竞争的效果,并决定是否要求经营者正式申报。反垄断执法机构作出决定后不可随意更改、撤销,除非该决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的,或者出现具有重大影响的新情况、新事实。反垄断执法机构经商谈程序决定不要求正式申报的,经营者可实施集中,反垄断执法机构不可再对其进行事后调查。

符合上述指标之一项或一项以上者,经营者未申请事前商谈即实施集中的,即使未达申报标准,反垄断执法机构也可展开事后调查,如果认定该经营者集中具有排除、限制竞争的效果,执法机构可采取新《反垄断法》第五十八条规定的各项救济或制裁措施。

(二) 规定特殊经营者参与的未达申报标准的经营者集中全部纳入申报范围

我国可以借鉴域外经验,引入类似“守门人”“主导平台”等概念,将符合相关标准的经营者,尤其是平台经营者纳入特别类型,贴上特定标签,推定此类经营者参与的所有经营者集中均符合“具有或者可能具有排除、限制竞争效果”的条件,从而将此类经营者参与的经营者集中全部纳入申报范围,不论其是否达到申报标准。我国2021年11月1日正式施行的《个人信息保护法》已经引入了“守门人”概念,对符合条件的平台规定了系列特殊义务。这意味着具有多维度规制功能的守门人制度已从理论探讨走向立法实践。值得注意的是,对比欧美,我国数字经济有着自身发展的特点:一方面,不同于欧盟市场中基本上被美国大型平台所占据,我国成规模的国内平台很多,如果特殊经营者认定标准太低,容易把过多的市场主体纳入规制范围,大大增加企业的负担;另一方面,我国平台企业创新速度快,迭代可能性比美国更高,大型平台所面临的竞争压力更大,只指定部分企业履行特殊义务,就有可能对这些企业造成不公平对待。因此,我们应该更科学地规定特殊经营者的认定标准,采取定性+定量的标准,通过考察业务范围、平台规模与技术条件、平台交易量与平台用户数量,先分

类、再分级,准确识别是否属于“守门人”等特殊经营者^[19]。

(三) 优化反垄断执法机构行使自由裁量权的程序规则

通过细化的实体标准提升自由裁量权的可操作性和可预测性是规制未达申报标准的经营者集中的重要途径,但实体规范在面对复杂多变的社会情势时存在明显的局限。自由裁量权的理性行使,有赖于明确的程序规则对执法机构行使权力进行控制。加强程序约束的目的主要有三:一是预防反垄断执法机构滥用权力;二是防止反垄断执法机构怠于行使权力;三是为被不当施加申报义务的经营者提供必要的救济途径。

要实现权力行使的理性化,关键是要搭建一个“权力-权利”相互作用的竞争性制约机制。经营者不仅是执法机构行使权力的受体,也应该是整个过程的参与者,他们的加入可以促使反垄断执法机构在行使自由裁量权的过程中不断进行说理和论证,同时也为经营者带来陈述与抗辩的机会。这不仅可以提高权力行使的理性,还可以提升裁量结果的可接受性^[20]。有效的运行机制必须建立在相关经营者有机会与反垄断执法机构进行对话的基础上,因此,首先应当消除的就是信息鸿沟。反垄断执法机构必须完善信息公开制度,提高执法透明度,尤其是当执法机构判定某项未达申报标准的经营者集中需要进行申报时,应当向参与集中的经营者阐明其决策中的关键性问题和具体论点意见,使经营者有机会与执法机构就分歧进行讨论或抗辩。

同时,由于经营者集中影响的是特定相关市场中的竞争状况,直接关系到该相关市场全体经营者的利益,故执法机构在决定要求某项未达申报标准的经营者集中申报的时候,也应为参与主体以外的经营者提供表达意见的机会,在保护参与经营者的商业秘密的前提下,应将相关决策理由公布给该相关市场的其他经营者。其实,现有针对达到申报标准的经营者集中的审查决定,反垄断执法机构已实行向社会公众公布的操作模式,此种模式也可运用于关于未达申报标准的经营者集中是否需要申报的决定。

五、结语

市场中发生的经营者集中数量众多、情形多样,法定申报标准只能约束常规的竞争威胁,难以对付因市场发展与政策变化而产生的危害竞争的特殊情形,故反垄断法中的经营者集中规制制度需要扩展覆盖范围,在不过多增加行政资源投入的前提下,将更多的经营者集中情形纳入执法视野,将规制注意力覆盖到那些具有较大限制竞争效果的未达申报标准的经营者集中上。欧美国家(地区)在实践中更多地借助结构主义的规制路径,表现出鲜明的“抓大放小”倾向,主要对大型网络平台参与的未达申报标准的经营者集中进行规制,这有助于把握重点,但在制度覆盖广度上难免有所缺失。我国新《反垄断法》的相关条文采用了功能主义规制路径,在理论上可以覆盖所有显著限制竞争的未达申报标准的经营者集中,但这种路径也有其先天缺陷,即增加了反垄断执法机构的识别难度,有可能带来不断增加行政资源的客观需求。因此,有必要对我国《反垄断法》新增加的规制未达申报标准的经营者集中的条文予以明确化、具体化,强化其可操作性和可监督性。同时,我国也有必要继续遵循《反垄断法》修改前相关行政法规和规范性文件已经引入的结构主义的规制思路,对特殊标签经营者尤其是大型平台参与的经营者集中予以特别关注,即使未达申报标准,也要为它们设定申报义务。

为使我国新《反垄断法》规制未达申报标准的经营者集中的制度得以有效实施,同时避免《反垄断法》条文与相关行政法规和规范性文件相冲突,我们建议由国务院反垄断委员会出台一份指南性文件,详细规定针对未达申报标准的经营者集中的规制办法。考虑到法规、规章一般采用直接规定行为人具体权利义务的方式,而指南相对规章来说更为柔性及灵活,可以着重阐明对于相关行为的态度、事前商谈制的运作程序、进行反垄断分析的原则和方法等,包含对一些典型

行为的系统和专门的分析意见^[21]。指南在内容上既可以做到全面、具体, 又可以具灵活性, 更符合我国规制未达申报标准的经营者集中的需求。

注释:

- ① 参见国务院法制办负责人就《国务院关于经营者集中申报标准的规定》答记者问, 载中国政府网 2008 年 8 月 4 日, http://www.gov.cn/zwhd/2008-08-04/content_1063736.htm。
- ② 腾讯与阿里在过去十年间主导了我国可察的 542 起互联网企业并购交易中的 40%。参见陶娟:《收割者: 腾讯阿里的 20 万亿生态圈》, 载《新财富》2020 年第 11 期。
- ③ 参见《数字市场法案》(Digital Markets Act)第三条“守门人的认定”和第十四条“告知集中的义务”。
- ④ 参见《平台竞争和机会法案(草案)》(Platform Competition and Opportunity Act of 2021)第二条“不合法的收购”和第三条“定义”。
- ⑤ 《经营者集中申报办法》(2009)第十六条规定: 经营者集中未达到《规定》第三条规定的申报标准, 参与集中的经营者自愿提出经营者集中申报, 商务部收到申报文件、资料后经审查认为有必要立案的, 应当按照《反垄断法》的规定进行立案审查并作出决定; 在前款所述申报和立案审查期间, 参与集中的经营者可以自行决定是否暂停实施其集中交易, 并承担相应的后果。
- ⑥ 国家市场监督管理总局于 2020 年发布的《经营者集中审查暂行规定》第六十二条规定: 对未达到申报标准但是具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中, 市场监管总局可以依照本规定收集事实和证据, 并进行调查。
- ⑦ 国务院反垄断委员会于 2021 年发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》第十九条规定: 经营者集中未达到申报标准, 但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的, 国务院反垄断执法机构应当依法进行调查; 经营者可以就未达到申报标准的经营者集中主动向国务院反垄断执法机构申报; 国务院反垄断执法机构高度关注参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中, 对未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的, 国务院反垄断执法机构将依法进行调查处理。
- ⑧ 我国商务部 2009 年出台的《经营者集中申报办法》曾经规定过“申请商谈制”, 其第八条规定: “在正式申报前, 参与集中的经营者可以就集中申报的相关问题向商务部申请商谈。商谈申请应当以书面方式提出。”只是, 此处的“申请商谈制”仅针对达到申报标准的经营者集中。另, 也有学者主张, 为规制扼杀式并购, 可以引入

预审查制度, 识别具有显著限制竞争效果的扼杀式并购, 挑选出需要重点关注的并购项目。见陈永伟:《扼杀式并购: 争议与对策》, 《东北财经大学学报》2022 年第 1 期。

参考文献:

- [1] 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.
- [2] 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.
- [3] 方翔. 数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略[J]. 法治研究, 2021(2): 138-148.
- [4] 方小敏. 经营者集中申报标准研究[J]. 法商研究, 2008, 25(3): 79-86.
- [5] 丁茂中. 论我国经营者集中控制制度的立法完善[J]. 法商研究, 2020, 37(2): 31-43.
- [6] 丁茂中. 论我国经营者集中控制标准的立法不足[J]. 北方法学, 2008, 2(3): 78-85.
- [7] 王煜婷. 数字经济背景下我国经营者集中制度的完善[J]. 中国政法大学学报, 2022(1): 161-172.
- [8] ARGENTESI E, BUCCIROSSI P, CALVANO E, et al. Merger policy in digital markets: An ex post assessment[J]. Journal of Competition Law & Economics, 2021, 17(1): 95-140.
- [9] BRYAN K A, HOVENKAMP E. Startup acquisitions, error costs, and antitrust policy[J]. The University of Chicago Law Review, 2020, 87(2): 331-356.
- [10] 周万里. 《德国反限制竞争法》的第九次修订[J]. 德国研究, 2018, 33(4): 78-89, 142.
- [11] 周汉华. 《个人信息保护法》“守门人条款”解析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2022, 40(5): 36-49.
- [12] 叶明, 梁静. 我国移动互联网领域经营者集中申报标准问题研究[J]. 竞争政策研究, 2019(6): 20-28.
- [13] 王为农. 企业集中规制基本法理: 美国、日本及欧盟的反垄断法比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 202.
- [14] 郜庆, 苏厚阳. 滴滴合并优步案的反垄断分析[J]. 华北电力大学学报(社会科学版), 2019(6): 78-84.
- [15] 郭传凯. 互联网平台企业合并反垄断规制研究——以“滴滴”“优步中国”合并案为例证[J]. 经济法论丛, 2018(1): 408-442.
- [16] 金枫梁. 滴滴系列集中案反垄断申报的适用困境——兼论《国务院关于经营者集中申报标准规定》第 4 条的修订[J]. 经济法学评论, 2019, 19(1): 167-182.
- [17] 曲创, 王夕琛. 互联网平台垄断行为的特征、成因与监管策略[J]. 改革, 2021(5): 53-63.

- [18] 王晓晔, 丁亚琦. 涉及标准必要专利的经营者集中控制[J]. 华东政法大学学报, 2016, 19(6): 88-98.
- [19] 孟雁北, 赵泽宇. 反垄断法下超级平台自我优待行为的合理规制[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(1): 70-82.
- [20] 王锡铤. 行政自由裁量权控制的四个模型——兼论中国行政自由裁量权控制模式的选择[J]. 北大法律评论, 2009, 10(2): 311-328.
- [21] 王先林. 我国知识产权领域反垄断规则的细化和完善[J]. 中国市场监管研究, 2022(7): 9-12.

Regulation of anti-monopoly law on the concentration of undertakings under the threshold level

LI Guohai, WANG Xiao

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The core initiative of anti-monopoly law to regulate the concentration of undertakings is the notification and review system. And the threshold level is the starting point of the system. The numeric declaration standard is not of absolute identification function. The concentration of undertakings under the threshold level may still eliminate and restrict competition, especially in the context of the digital economy. Therefore, it is necessary for the anti-monopoly law to regulate such concentration of undertakings. Overseas experience also reveals that it is necessary for anti-monopoly law of China to regulate the concentration of undertakings that fail to reach the thresholds level. Thus, many innovative systems have been introduced for this purpose. The newly revised *Anti-Monopoly Law* of China has established new clauses to solve the problem of inadequate legal basis for regulating the concentration of undertakings under the thresholds level, but there are still challenges in implementation because of the unclear rules and insufficient power constraints. To face up to the challenges, it is necessary to systematically clarify and update the institutional framework of regulation such concentration of undertakings. The core task is to focus on the premise that "there is evidence to prove that the concentration has or may have the effect of eliminating and restricting competition", the qualitative text should be clear, even indexing, so as to strengthen the applicability of the relevant rules.

Key Words: anti-monopoly law; the concentration of undertakings under the threshold level; pre-notification contacts; gatekeeper

[编辑: 苏慧]