



贸易和发展理事会  
贸易和发展委员会  
竞争法和竞争政策问题政府间专家组  
第十八届会议  
2019年7月10日至12日，日内瓦  
临时议程项目3(a)(一)

## 数字经济中的竞争问题

### 贸发会议秘书处的说明<sup>1</sup>

#### 内容提要

大型技术公司影响到人民生活方式的许多方面，从购物到社会互动。2018年，在全球市值最高的十家公司中，亚马逊、苹果、脸书、谷歌等已取代了油气公司和电信公司。这些数字平台带来了许多惠益，但对消费者数据有很大的控制力，这使它们具有市场控制力。这不仅提出了与竞争有关的问题，而且提出了与消费者保护和隐私有关的问题。许多国家正在研究这些平台的市场控制力的负面影响，寻找应对相关挑战的方式。

本说明重点阐述数字平台的特点及其对竞争法和竞争政策的影响。本说明确定需要调整竞争法的领域，以应对占主导地位的数字平台可能产生的负面影响，同时提出保护和促进数字经济的竞争的一些政策选项。

<sup>1</sup> 注：本文提及任何公司或特许工序，不意味着联合国对其表示认可。



## 一. 引言

1. 技术发展为消费者提供了新产品新服务，而且经常是免费的。数字平台是这种发展的中心，在许多经济部门造成了扰乱性的影响。数字平台为各种服务提供了一个电子基础架构，相关服务包括销售市场(亚马逊)、应用程序商店(苹果)、社交网络(脸书)和搜索引擎(谷歌)。平台化不仅影响及某些经济部门交易的性质，而且也影响及公司迅速扩展的能力，从而影响及行业的结构。<sup>2</sup> 大型技术公司改变了全球商业格局。2009 年市值最高的全球十大公司中仅有一家技术公司，有三家油气公司；2018 年前十名中有五家技术公司和两家作为大型在线市场的消费服务公司(表 1 和 2)。

表 1

全球十大公司，2009 年 3 月 31 日

(十亿美元)

名次	公司	行业	市值
1	埃克森美孚	油气	337
2	中国石油天然气股份有限公司	油气	287
3	沃尔玛	消费服务	204
4	中国工商银行	金融	188
5	中国移动	电信	175
6	微软	技术	163
7	AT&T	电信	149
8	强生公司	保健	145
9	荷兰皇家壳牌	油气	139
10	宝洁公司	消费服务	138

资料来源：普华永道公司，2018 年，全球 100 家市值最大的公司，2018 年 3 月 31 日(伦敦)。

<sup>2</sup> 贸发会议，待发布，电子经济报告(联合国出版物，日内瓦)。

表 2  
全球十大公司，2018 年 3 月 31 日  
(十亿美元)

名次	公司	行业	市值
1	苹果	技术	851
2	Alphabet*	技术	719
3	微软	技术	703
4	亚马逊	消费服务	701
5	腾讯	技术	496
6	伯克希尔·哈撒韦	金融	492
7	阿里巴巴	消费服务	470
8	脸书	技术	464
9	摩根大通	金融	375
10	强生公司	保健	344

资料来源：普华永道公司，2018年。

\* 自2015以来 Alphabet 为谷歌的母公司。

2. 关于具体行业，亚马逊在 2018 年第一季度在五个不同产品市场占有份额 90%以上，脸书是最大的社交网络网站，2019 年 2 月市场份额为 68.95%，谷歌主宰搜索引擎市场，2019 年 1 月市场份额为 89.95%。<sup>3</sup> 澳大利亚竞争和消费者委员会调查电子平台情况的初步报告指出，澳大利亚新闻媒体网站 50%的访问量来自脸书或谷歌。<sup>4</sup> 关键平台在某些市场的力量和主宰地位影响及小型创新公司及其进入这些市场和在这些市场生存的能力。像亚马逊、苹果和谷歌这样具有主导地位的平台可能拥有并运行其他商家和软件开发商所依赖基础架构，并提供它们所依赖的服务，而其他商家和软件开发商必须在这些市场与服务提供商竞争。鉴于此一背景，本说明重点阐述大技术公司在竞争方面造成的令人关切的问题。

## 二. 数字平台的特点

3. 欧洲联盟委员会将线平台定义为“在市场两个方面(或多个方面)运行的企业，利用互联网使两个或多个不同但相互依存用户群体互动，以便至少为其中一

<sup>3</sup> 见 <https://marketingland.com/amazon-owns-more-than-90-market-share-across-5-different-product-categories-report-241135>, <http://gs.statcounter.com/social-media-stats> 和 <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>.

<sup>4</sup> 澳大利亚竞争和消费者委员会，2018 年，电子平台情况调查：初步报告(堪培拉)。

个群体创造价值”。<sup>5</sup> 平台涉及各种服务和活动，例如市场、社交、搜索引擎、支付系统和视频分享。

4. 电子平台有着新的商业模式，靠算法运行，算法用来收集和处理数据，决策以数据为基础。打造这种平台需要预付高额沉没成本，而边际成本低。储存和处理数据所需技术的成本高昂，但一旦系统投入运作，与补充数据相关的边际成本较低，数据能帮助改善算法，从而为顾客提供更好、更加个性化的服务。这一成本结构“的特点是规模经济程度高范围广，因而可便于市场大数据集中于少数企业的手中”。<sup>6</sup>

5. 数据驱动的网络效应是数字平台的一个特征。网络效应“指某一货物或服务的一个用户对该产品对其他现有或潜在用户的价值的效应”。<sup>7</sup> 例如，人们想用脸书作为社交工具仅仅是因为他们的朋友是这样做的。使用电子平台的价值直接取决于用户人数。这些平台受益于两个用户反馈回路：“一方面，用户很多的公司能够收集更多的数据来提高服务质量，这样就能获得新用户，另一方面，公司能利用用户数据改善广告针对性，将其服务变为收入来源，获得更多资金投入改进服务质量，从而吸引更多的用户；这些无止境的回路可以使任何新来者与拥有大量顾客的现有企业竞争十分困难”。<sup>8</sup> 例如，美利坚合众国 75% 以上在线消费者在多数时候在亚马逊购物。<sup>9</sup> 数据是电子平台商业模式的关键要素，对数据的控制使这些平台拥有市场控制力。

6. 规模经济程度和范围、数据驱动网络效应对数据的控制创造了很高的入门障碍。例如，谷歌可利用用户搜索数据改善其搜索引擎算法；市场新来者则无此优势。建立能吸引充分的在线流量的成功平台对于新来者来说是一个重大挑战。初创公司即使进入了市场，也很快就会面临竞争压力，可能最终还是被占主导地位的平台收购。谷歌自 1998 年建立以来已经收购了 212 家商业实体，这些并购的价值超过 170 亿美元。<sup>10</sup>

7. 数字平台对新古典从商方式提出了挑战，根据新古典思维，私营公司的目标是利润最大化。新的商业模式在中短期内优先注意成长，而不是利润，即优先注意用户数目最大化，而不是利润最大化。鉴于占据主导地位的平台有让投资者承受损失的空间，它们有本钱采用这样的商业战略。例如，投资者允许亚马逊扩张，而没有创造利润的压力，从而不断扩大业务，牢固打造其作为电子商业市场的主导地位。<sup>11</sup>

<sup>5</sup> 见调查，可查阅 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>。

<sup>6</sup> 经济合作与发展组织(欧安组织)，2016 年，Big data: Bringing competition policy to the digital era, DAF/COMP(2016)14, 10 月 27 日，巴黎。

<sup>7</sup> 拉丁美洲和加勒比经济委员会，2018 年，*Data, Algorithms and Policies: Redefining the Digital World* (联合国出版物，圣地亚哥)。

<sup>8</sup> 经合组织，2016 年。

<sup>9</sup> 见 <https://www.cnbc.com/2017/12/19/more-than-75-percent-of-us-online-consumers-shop-on-amazon-most-of-the-time.html>。

<sup>10</sup> 见 <https://acquiredby.co/google-acquisitions/>。

<sup>11</sup> L Khan, 2017, Amazon's antitrust paradox, *The Yale Law Journal*, 126(3): 564–907.

8. 占主导地位的平台也扩展到其他相关商业领域，目标是获取更多数据。例如，谷歌提供安卓操作系统，供移动电话制造商免费使用，从而使其能够收集用户数据。<sup>12</sup> 谷歌也提供其他服务，包括视频分享、价格比较、云端计算和在线支付系统服务，通过这些服务可获取更多消费者数据，一方面提高其搜索引擎服务的质量，另一方面也提高卖给广告商的数据的价值，可使广告更有针对性。这使谷歌对用户和广告商都有吸引力，从而增加了其广告收入。脸书和谷歌是占主导地位的电子广告公司，两个公司加在一起 2018 年在美国 1,110 亿美元的市场中占份额 58%；世界最大的在线零售商亚马逊的市场份额为 4.2%。<sup>13</sup> 这些数字突出说明，在电子平台的商业模式中，对数据的控制、市场控制力和通过电子广告将数据转变为收入来源的与日俱增的情况之间的重要联系。

9. 关于行为趋势的研究显示，转换平台要付出认知代价，要花时间花力气花精力，要持久集中思想，因此不是“一次点击即可的”。<sup>14</sup> 这进一步巩固了主要平台的市场控制力和主导地位。鉴于少数主要平台不面临任何竞争，消费者极少有选择，对于其数据收集及使用几乎没有控制权。这一点已在世界各地引起了人们对竞争和消费者保护问题的关切。

### 三. 如何保护和促进数字经济中的竞争

#### A. 调整反垄断框架，以应对数字经济的挑战

10. 技术发展步伐很快，改变了市场的性质和商业模式，这对竞争法和竞争政策提出了一些挑战，竞争法和竞争政策需要加以调整，以适应新的市场现实和商业模式。这对于确保市场竞争至关重要。

11. 目前反垄断的主要方式是利用消费者福祉标准，其依据是从价格高低角度衡量对消费者的好处或损害。这一框架对诸如掠夺性定价等做法不加关注，而这种做法是提供在线市场的主要平台发展并垄断市场的商务战略的一个关键要素。在把竞争对手赶出市场之前，这种做法在中短期内给消费者带来较低的价格。随后，由于竞争较少或没有竞争，价格会上升，选择减少。然而，这种做法没有受到反垄断审视，因为低价在开始时似乎有益于消费者。消费者福祉标准的另一问题是，对提供市场基础架构的在线平台进行价格分析可能不容易，因为算法的使用便于价格波动迅速，定价个性化。此外，在涉及在线平台的竞争性分析中，价格不是最合适的准则，因为许多服务是免费提供的，虽然事实上消费者通过提供个人数据而有付出。主要平台的某些做法或兼并中的某些做法仍然可能以价格以外的形式对消费者造成损害。因此，消费者福祉的范围应该扩大，应包含其他准则，如消费者隐私和选择、个人数据保护、转换代价和主要平台的锁定效应。

<sup>12</sup> 见 <https://www.businessinsider.com/chart-why-google-gives-away-android-2013-12?r=US&IR=T>。

<sup>13</sup> 见 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-19/amazon-increases-ad-market-share-at-expense-of-google-facebook>。

<sup>14</sup> A Candeub, 2014, Behavioural economics, Internet search and antitrust, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 9(3): 407-434; see <https://www.wired.com/2012/10/google-gets-closer-to-a-court-date/>.

12. 一些学者提议在对竞争性进行调查时采用新方法，重点注意各个平台对个人数据控制的反竞争效应，另有人提议考虑到市场份额与对数据的控制之间的关系，修订隐私和竞争政策。<sup>15</sup> Khan (2017 年)说明了以消费者福祉为基础的方法是如何未能检测并遏制数字经济中反竞争的损害做法的，并强调指出有必要采取以进程为基础的方式对待数字平台，重点注意入门障碍、利益冲突、守门人和瓶颈的出现、数据的使用与控制、讨价还价权力动态等。<sup>16</sup>

13. 要能够应对 21 世纪的挑战，反竞争框架和工具需要调整。在这方面，竞争进程十分重要，“一个总括概念将三个关切事项(对权力的不信任、对消费者的关心和对企业家机会的承诺)整合在一起：竞争作为进程。竞争进程是市场治理的首选手段。”<sup>17</sup>

## B. 竞争法的实施

### 1. 相关市场的定义

14. 数字平台的特点是具有网络效应，多方面，转换代价高，规模经济程度高，对数据控制的程度高，所有这些都与相关市场的定义有关。关于诸如脸书和谷歌等平台，大家的共识是，如果消费者、广告商、内容提供方和其他参与方没有参与彼此交易，每一方应被定义为单独的市场，因为产品被认为对平台的每一方具有不同程度的可替代性。例如，社交网络和搜索引擎在广告商看来可能是替代物，但在消费者看来则不是如此。<sup>18</sup> 对小幅但仍客观的非短期性价格上涨的衡量和假设的垄断测试依赖的是价格机制，因此可能不是适当的工具，无法在涉及数字平台的情况中为相关市场下定义，因为数字平台是靠提供免费产品或服务来换取数据的。要给一个多方面的市场下定义，竞争事务主管当局需要不仅考虑到涉及金钱的交易，而且也应考虑到市场上可能观察到的数据流动。<sup>19</sup>

15. 竞争事务主管当局需要采用进一步准则来给数字经济中的相关市场下定义。例如，德国在 2017 年修订了竞争法，使其法律框架和工具适应于数字经济的新特征，并列入一条新规定，承认各个平台提供的免费产品或服务为一个市场，指出“货物或服务免费提供这一事实不应被视为否定了市场的存在”(第 18(2a)条)。<sup>20</sup> 联邦反垄断办公室在最近的一项关于脸书的决定中，把相关产品市场定义为“私营社交网络市场”，其市场定义分析考虑到被称为社交媒体的各种在线服务及其竞争性关系，以及直接网络效应和由网络效应形成的数字平台在调整其提供的产品方面能显示灵活性的程度。案件提要中指出，“要能够进入相

<sup>15</sup> 见 N Newman, 2014, Search, antitrust and the economics of the control of user data, *Yale Journal on Regulation*, 31(2): 401–454, and F Pasquale, 2013, Privacy, antitrust and power, *George Mason Law Review*, 20(4): 1009–1024.

<sup>16</sup> Khan, 2017.

<sup>17</sup> EM Fox, 1981, Modernization of antitrust: A new equilibrium, *Cornell Law Review*, 66(6): 1140–1192.

<sup>18</sup> 经合组织，2016 年。

<sup>19</sup> 同上。

<sup>20</sup> 见 [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0024](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0024)。

关市场。并能像在原有市场里那样成功，用户达到‘临界数量’或拥有技术、金融和个人专长是不够的……由于直接网络效应的强大影响力，某项服务提供方在提供不同种类的服务时不能指望触及同样的范围”。<sup>21</sup>

## 2. 市场控制力滥用情况评估

16. 在数字平台的框架内的市场控制力评估需要分析不同的准则。获取和控制数据，十分关键，可带来市场控制力，而网络效应又进一步强化了这一特征。因此，各公司“在抢市场，而不是在市场里竞争，结果是‘赢者获取一切’”。<sup>22</sup>

17. 德国经订正的竞争法有一个新条款，确立了考虑评估多方面的市场中企业的市场地位的准则，包括以下方面：直接和间接网络效应；不同提供方对服务的平行利用以及用户的转换代价；企业与网络效应有关的规模经济程度；企业获取与竞争相关的数据的机会；创新驱动的竞争压力(第 18(3a)条)。

18. 数字平台市场控制力还通过纵向整合而得到进一步固化。像亚马逊和苹果这样的主要平台不断纵向扩展其业务范围，进入上游和下游市场，成为利用其平台的商家或应用程序开发者的竞争对手。通过这种扩展，公司能提高其收集更多数据的能力，提高其竞争力，使它们充当在线商店和应用程序市场的守门人角色，而它们在其中既是所有者，也是用户。这种情况在任何时候都可能让主要平台从事滥用性质的排他行为。例如，亚马逊起步时是在线书店，但后来多样经营，销售音乐、有声图书和其他消费品，并且从事自己品牌产品的制造和零售，与自己的市场里其他商家竞争，这样一来，主要平台就有可能歧视独立商家，而独立商家既是其客户，又是其竞争对手。各个商家对亚马逊很依赖，它们的大部分销售是在亚马逊完成的，尽管收费为 6-50%。<sup>23</sup> 亚马逊的近乎垄断的地位有可能导致滥用性质的行为，例如在零售层面的掠夺性定价、歧视对手等。

19. 欧洲联盟委员会和德国联邦反垄断办公室对亚马逊启动了调查。委员会的调查重点注意亚马逊对待第三方零售商的方式以及公司是如何利用商家的数据为自己直接销售的产品获取优势的。<sup>24</sup> 反垄断办公室于 2018 年 11 月启动了调查，重点了解亚马逊给予其德国市场上商家的商业条件和对待它们的做法是否具有虐待性质。亚马逊作为德国最大的在线零售商和市场，具有双重作用，因此有能力向在其平台销售产品的竞争对手强加不利的条件。根据德国竞争法，这种行为的相关性是亚马逊的主导地位以及在线商家对亚马逊的依赖性。<sup>25</sup> 为了确立主导地位，相关市场需要被定义为在线市场服务，如果反垄断办公室依据这一相关市场作出判定，这将在在线市场服务首次被竞争事务主管当局确认为市场。<sup>26</sup> 这将为其他管辖区内的调查确立先例。

<sup>21</sup> 德国联邦反垄断办公室，2019a, Facebook, exploitative business terms pursuant to section 19(1) GWB [德国竞争法] for inadequate data processing, 案件提要，2 月 15 日。

<sup>22</sup> 经合组织，2016 年。

<sup>23</sup> 见 <https://www.wsj.com/articles/sellers-need-amazon-but-at-what-cost-1421278220>。

<sup>24</sup> 德国联邦反垄断办公室，2018, Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon, 新闻稿，11 月 29 日。

<sup>25</sup> 同上。

<sup>26</sup> 见 <https://www.out-law.com/en/articles/2018/december/amazon-competition-case-germany/>。

20. 关于类似的行为的最近一个例子是，2019年3月，提供音乐串流服务的在线平台 Spotify 在欧洲联盟委员会对苹果提出指控，其中称苹果既作为参与者，又作为裁判，限制选择，窒息创新，从而获得不公平的优势，使其他应用程序开发商处于不利地位。<sup>27</sup>

21. Wu (2010年)曾发明了“网络中立性”一词，他强调，在美国电信史里，纵向整合的能力具有腐蚀性影响，并认为“如果一个公司在行业里一个以上的企业有着很大利益，那么该公司就有内在的利益冲突”。<sup>28</sup>从电信行业来看，对于电子平台而言，尤其是对于那些已具有纵向整合的商业模式的平台而言，上述看法的有效性是显而易见的。

22. 最近的案件显示，对数字经济里滥用主导地位的情况的评估已采用了更加灵活的方式。例如，联邦反垄断办公室禁止脸书从不同来源整合用户数据，这一决定在反垄断原则与诸如数据保护等其他原则和法律之间建立了联系。脸书被认定在德国社交网络全国市场具有主导地位，其市场份额超过95%；反垄断办公室在市场控制力评估中还考虑了其他相关因素，如获取与竞争有关的数据的机会、基于网络效应的规模经济程度、用户行为、创新驱动的竞争压力等。<sup>29</sup>对消费者造成的损害是丧失对介绍个人情况时所用的个人数据使用的控制力，在市场的另一方面，对竞争造成的损害被认定与广告服务有关，广告客户和竞争对手在社交网络都面临一个占主导地位的广告空间提供商，脸书对广告客户来说越来越不可或缺，从脸书近年来迅速增加的营业额中就可以看到这一点。<sup>30</sup>反垄断办公室把这个案件归类为“剥削性商业条件”案件，值得注意的是，其决定的依据是数据保护原则，这一原则不仅体现于德国法律中，而且也体现于欧洲联盟的一般数据保护规章中；同时，根据德国联邦法院的判例，民法原则可用来确定商业条件是否剥削性的。<sup>31</sup>反垄断办公室在评估脸书的条件时适用了数据保护原则。根据数据保护法律，用户应能够在不受胁迫的情况下自由决定其个人数据如何被使用，脸书在处理数据时没有获得有效同意，因为只有当服务不是以同意为条件提供的情况下，用户同意才是有效的。<sup>32</sup>脸书指出，这应该作为数据隐私问题审理，因而属于另一监管机构的权限。<sup>33</sup>关于这一点，联邦反垄断办公室指出如下：

在数字经济里，数据的收集和处理以及相关条件是一种创业活动，与竞争的关联性很大。根据德国竞争法第18(3a)条，获取数据的机会，特别是对于在线平台和网络而言，被列为主导市场的一个相关因素。因此，监测主要公司的数据处理活动是竞争事务主管当局的一项基本任务，不能由负责数

<sup>27</sup> 见 <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/>。

<sup>28</sup> T Wu, 2010, *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires* (Alfred A Knopf, New York).

<sup>29</sup> 德国联邦反垄断办公室，2019a。

<sup>30</sup> 德国联邦反垄断办公室，2019b, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*, 背景文件，2月7日。

<sup>31</sup> 同上。

<sup>32</sup> 同上。

<sup>33</sup> 见 <https://www.bbc.com/news/amp/technology-47146431>。



据保护的官员承担。在关于市场主导的案件中，竞争事务主管当局必须考虑到数据保护原则，在评估处理数据的条件是否适当时特别应如此。在这方面，竞争法与数据保护法有关联。<sup>34</sup>

23. 这种情况突出说明了两个要点。首先，必须确保数字平台的特点反映于竞争法中或在竞争法的执行中得到考虑。其次，竞争法及其执行工作必须整合竞争法、消费者保护和数据保护三者。由于消费者数据为数字平台提供了市场控制力，这些领域已变得更加难以彼此严格区分。为了在以数据驱动的数字经济中对主导地位被滥用的情况进行评估，有必要采取更加灵活的方式。

24. 2017 年，欧洲联盟委员会对谷歌罚款 24.2 亿欧元，理由是谷歌滥用其主导地位，给予自己的比较购物服务“非法优势”，并指出，谷歌“在其搜索结果中仅给予自己的比较购物服务以显著位置，而将对手的服务置后”。<sup>35</sup> 委员会认定，谷歌在比较购物市场窒息正当竞争，从而违反了欧洲联盟竞争规则。根据竞争规则，市场主导地位本身并不是非法的，但“占主导地位的公司有特别责任不要滥用其强大的市场地位，不要限制竞争，无论在其占据主导地位的市场还是在分别的各个市场都是如此”。<sup>36</sup> 这一决定命令谷歌“遵守一条简单的原则，那就是平等对待对手比较购物服务公司和自己的服务”。<sup>37</sup> 这与电信市场的中立性原则以及适用于互联网服务提供商的网络中立性原则类似。澳大利亚竞争和消费者委员会对特别责任要求增加了一点，即需要对拥有市场控制力的公司实行额外的监督。<sup>38</sup>

25. 这一案件在处理竞争事项的律师中引起辩论。Akman (2017 年)分析了事实情况，想了解根据《欧盟运作条约》第 102 条以及相关判例法，这些事实是否属于三类最可能的滥用理论范围，即拒绝交易、歧视和搭售，并认为“在没有完全无视关于这类滥用情形的现有框架的一些基本概念和规则的情况下，[案件]的事实并不属于这类滥用类别”。<sup>39</sup> 这表明分析数字经济中滥用主导地位的现有准则可能有缺陷，甚至相关市场的定义也可能受到质疑。由于这些是多方面的平台，在一个方面的主导地位通常有利于在另一方面采取反竞争行为。在谷歌一案里，主导地位在于搜索引擎市场，而滥用行为是在比较购物服务市场。由于数字经济的特点，按照现有关于竞争的法律框架，甚至比较有经验的竞争事务主管当局也难以给相关市场下定义或确定损害理论或确定滥用的类型。

### 3. 兼并审查

26. 应对平台的市场控制力可能带来的竞争问题的一个重要的事前方法是对兼并进行分析。但目前大多数管辖区，只有在营业额或资产超过一定门槛时，兼并

<sup>34</sup> 德国联邦反垄断办公室，2019b。

<sup>35</sup> 欧洲联盟委员会，2017 年，反垄断：委员会对谷歌罚款 24.2 亿欧元，理由是谷歌作为搜索引擎滥用主宰地位，给予自己的比较购物服务非法优势，新闻稿，6 月 27 日。

<sup>36</sup> 同上。

<sup>37</sup> 同上。

<sup>38</sup> 见 <https://www.accc.gov.au/media/video-audio/digital-platforms-inquiry-media-conference>。

<sup>39</sup> P Akman, 2017, The theory of abuse in Google Search: A positive and normative assessment under EU [European Union] competition law, *Journal of Law, Technology and Policy*, 2017(2): 301–374.

才会受到审查。这不考虑数据的价值和兼并方对数据的控制。在数字经济里，数据很重要，能把权力交给控制数据的企业。由于在多数管辖区兼并通知通常是以营业额或资产等门槛为基础的，按照通知准则，数字公司和初创公司可能不在范围之内，因为它们尽管具有很高的价值，往往没有达到相关营业额门槛。

27. 由于存在这种关切，德国联邦反垄断办公室除了考虑世界营业额门槛和本国营业额门槛之外，在德国竞争法里增补了关于兼并管制的通知要求的新门槛。如果考虑并购的价值超过 4 亿欧元，换言之，如果购买价格和所承担的债务超过此数字，则交易就受兼并管制(第 35(1(a)条)。因此，大型平台收购具有创新力、有希望的小公司时，应该通知反垄断办公室，即使小公司没有达到 500 万欧元的相关国内营业额门槛，而在数字经济里这种情况是常有的。

28. 竞争事务主管当局最好是从一开始就检测并消除兼并可能对竞争造成的限制，而不是在事后试图纠正反竞争的结果，因为一旦公司垄断了市场，再予以纠正就可能很困难。以下方框中介绍东南亚相对年轻的竞争事务主管机构在兼并完成后试图应对竞争问题的情况。交易没有达到相关管辖权内的通知要求的门槛，因此没有通知竞争事务主管当局。但这在区域内引起了对竞争的关切，竞争事务主管机构不得不事后审查并处理这些问题。这些案件显示了应对复杂的兼并产生的竞争关切问题的困难以及在兼并后调查与竞争有关的影响的可能性。

#### 东南亚兼并审查案例分析

2018 年 3 月 26 日，新加坡的一家网约车公司 Grab 收购了网约车公司优步在东南亚的业务和资产，包括在柬埔寨、印度尼西亚、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国和越南的业务和资产。作为交易的一部分，优步获得 Grab 的 27.5% 的股份，其首席执行官担任 Grab 董事。交易双方没有将兼并事宜通知所涉各国的竞争事务主管机构，因为交易没有达到法定通知的门槛，或因为相关国家没有兼并通知要求，例如在新加坡就是如此。

在印度尼西亚，竞争事务主管当局决定，交易是资产收购，没有将优步印度尼西亚的控制权转给 Grab 印度尼西亚，因此不构成兼并，优步印度尼西亚的法律实体仍然存在，与 Grab 印度尼西亚的法律实体相分离。

马来西亚竞争委员会决定与陆地公共运输委员会一起，在事后密切监测网约车市场，以确保网约车服务的竞争不受这次交易的扰乱。

菲律宾竞争委员会审查了交易，以评估交易会否导致大幅减少竞争，并发出了临时措施命令，在兼并审查期间适用，以维护市场条件。2018 年 8 月，委员会准许交易在菲律宾进行，但须满足质量和定价标准要求。补救措施旨在处理对竞争的关切问题，包括由这次交易产生的价格上升和服务恶化，并旨在确保新企业能进入市场。委员会任命了公平的第三方董事负责独立监测 Grab 遵守承诺的情况。2018 年 10 月，委员会对 Grab 菲律宾和优步菲律宾罚款 1,600 万菲律宾比索，指控其违反兼并审查期间临时措施命令的关键条款。2019 年 1 月，委员会对 Grab 菲律宾罚款 650 万菲律宾比索，指控其提交不充分、不一致、不正确的数据供监测其遵守承诺情况之用。

新加坡竞争和消费者委员会于 2018 年 3 月 27 日开始调查这次交易，以分析交易是否违反《竞争法》。根据该法，兼并方无需通知委员会，但应进行自我评

估，以确定通知是否有必要。委员会认定，这次交易大幅减少了新加坡网约车服务的竞争。交易后，一旦最接近的竞争对手优步退出市场，Grab 便掌握了 80% 的市场份额，并提高了价格。强大的网络效应阻止新公司在市场达到可生存的规模并扩展。此外，Grab 要求出租车公司、租车伙伴和司机为其独家服务，因而潜在竞争对手就难以获得在市场扩展所需的司机和车辆。委员会要求 Grab 采取一些补救措施，要求 Grab 取消对出租汽车公司和司机强加的独家服务义务，并保持其交易前的定价算法。为了防止 Grab 和优步吸收其他车辆来阻止新的竞争对手获取车辆，委员会要求优步将车辆卖给任何潜在的竞争者，在未经委员会事先核准的情况下不让优步将车辆卖给 Grab。最后，委员会对 Grab 和优步罚款 1,300 万新加坡元，以遏制有损于竞争的已完成、不可逆转的兼并。

越南竞争委员会在 2018 年 5 月对交易启动了调查，并于 2018 年 12 月指出，Grab 在越南收购后市场份额可能超过 50%，因此本应根据竞争法将兼并事宜通知竞争委员会。2019 年 2 月，委员会将案件提交工业和贸易部竞争和消费者保护司进一步调查。

资料来源：Carmudi Insider, 2019 年，Grab 菲律宾因提交错误数据而被当地反垄断机构罚款 650 万，1 月 29 日；马来西亚竞争委员会，2018 年，马来西亚竞争委员会确保网约车市场保持竞争，新闻声明，3 月 28 日；菲律宾竞争委员会，2018 年，菲律宾竞争委员会要求 Grab 在收购优步后保持服务质量和价格条件，新闻稿，8 月 10 日；印度尼西亚竞争委员会，2018 年，收购优步在印度尼西亚的资产，4 月 26 日；Viet Nam Plus, 2019 年，越南当局再次调查 Grab—优步交易，2 月 14 日。

29. 大不列颠及北爱尔兰联合王国上议院通信专设委员会最近的一份报告建议考虑对数据驱动的并购进行公共利益测试，并指出如下：“一方面，公司收购会造成不确定性，可能不利于外国直接投资。另一方面，这使竞争与市场事务管理局在为公共利益作出判决时有更大的灵活性。目前，即使某一平台积累过多数据的情况令人关切，但关于消费战的判例和法律可能阻止竞争和市场事务管理局干预收购”。<sup>40</sup>

### C. 监管

30. 人们日益关切地注意到关键平台市场控制力的滥用、对数据的控制程度以及不仅对消费者而且对社会造成损害的程度。一些平台已占据主导地位，对于消费者几乎不可或缺，消费者没有什么选择，往往使用同一平台，不愿意转换。这种平台经常被比作公用事业，因为用户觉得他们无法离开，选择有限，只得接受服务条件。<sup>41</sup> 有必要进一步反思竞争执法是否最为恰当，是否应对由数字平台产生的问题的最佳工具。也许可以更加有效地对这些平台实行监管，以确保其对所有企业开放公平，创造公平竞争环境，而不是试图事后根据竞争法处理竞争问题。

<sup>40</sup> 联合王国通信专设委员会，2019 年，数字世界的监管，2017-19 年会议第二次报告，3 月 9 日。

<sup>41</sup> 同上。

31. 对主要数字平台的另一关切是中立性。确保中立性的一个方式可以是对主要平台适用基本设施原则，类似于对电信行业的监管，行业内现有的公司通常拥有或运行基础设施，并有自己的电话和/或移动电话业务，但需要以公平价格允许其他电信运营商利用其基础设施。基本设施原则的适用可帮助防止运行类似基础设施的平台(例如苹果的应用程序商店或亚马逊的市场)滥用主导地位，同时又允许它们保持规模的好处。<sup>42</sup>

32. Wu (2010 年)指出，仅依靠反垄断法监管信息产业是不够的；一个原因是这类法律的适用是由对消费品价格的操纵和其他特定滥用市场控制力的行为引发的，而 Wu 认为这些不是最有问题的方面。<sup>43</sup> Wu 提议说，由于这种事后调查不适合于信息产业，要应对信息经济权力集中现象，可从宪法上着手，即建立“一套制度，其目标是限制并分割由于对信息的控制而产生的所有权力”，其基础是分立原则，即“使信息经济各个主要功能或层面之间保持法定距离”。<sup>44</sup> 根据这一原则，“发展信息的实体、拥有自己的供信息流动的网络基础设施的实体和控制准入工具或手段的实体必须彼此分开”；Wu 提议的方案包括行业监管、反垄断执法和依照公司规范的自我监管，把这三者作为落实该原则的三大支柱。<sup>45</sup>

33. 一个更严格方法是限制主要平台在其提供基础架构服务的市场运营，限制其与依赖其基础架构的企业竞争。<sup>46</sup> 例如，亚马逊在自己的商店销售物品，与独立商家竞争，因此可以通过掠夺性定价或在搜索结果中使其他商家处于不利地位，排除竞争对手或将其驱赶出去。

34. 各国政府和竞争事务主管当局在国家和区域层面有类似的建议。欧洲议会呼吁欧洲联盟委员会“考虑提出建议，将搜索引擎与其他商业服务分开”。<sup>47</sup> 在法国，国家数字委员会建议禁止以服务质量理由和/或合法经济理由以外的理由区别对待供应商。政府通过了一项法律，规定了平台公平的义务，虽然不禁止区别对待，但要求提供公平、透明、清楚的信息。<sup>48</sup>

35. 许多竞争事务主管机构对数字经济进行了市场调查，试图更好理解这些市场的运作方式。澳大利亚竞争和消费者委员会对数字平台的调查突出表明，该委员会对脸书、谷歌等关键平台的市场控制力及其对澳大利亚企业的影响表示关切；委员会认为，鉴于这些平台的市场地位不同寻常，有理由对其实行更多的监

<sup>42</sup> Khan, 2017.

<sup>43</sup> Wu, 2010.

<sup>44</sup> 同上。

<sup>45</sup> 同上。

<sup>46</sup> Khan, 2017.

<sup>47</sup> 欧洲议会，2014 年，关于在数字单一市场支持消费者权利的决议提案，可查阅 [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2014-0286\\_EN.html? redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2014-0286_EN.html?redirect)。

<sup>48</sup> 国家数字委员会，2015 年，*Ambition numérique: Pour une politique française et européenne de la transition numérique* [提交总理的报告] (Paris:58–61)；2016 年 10 月 7 日第 2016-1321 号法第 49 条，可查阅 [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?jsessionid=6D0091B86AC5EB08737D2E1A0AF5539D.tplgfr37s\\_3?cidTexte=JORFTEXT000033202746&idArticle=LEGIARTI000033205188&dateTexte=20161009](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?jsessionid=6D0091B86AC5EB08737D2E1A0AF5539D.tplgfr37s_3?cidTexte=JORFTEXT000033202746&idArticle=LEGIARTI000033205188&dateTexte=20161009)。

管监督。<sup>49</sup> 委员会建议处理关键平台的市场控制力问题，措施包括防止谷歌的互联网浏览器作为默认浏览器在移动装置、电脑和平板电脑里安装，防止谷歌搜索引擎作为默认搜索引擎在互联网浏览器上安装，给予新的或现有监管机构调查、监测和报告大型数字平台排列和展示广告和新闻内容的方式的任务，加强兼并法律。<sup>50</sup>

36. 就数字市场而言，联合王国政府正在审查其竞争监管工具应对新的数字挑战的效力。上议院的报告指出，在线平台的自我监管无效力，目前的监管框架已经过时，如果不加以干预，大型技术公司“就可能在更大程度上控制技术，而利用这些技术，能获得个人数据或作出影响人民生活的决定”。<sup>51</sup> 该报告指出，在线平台服务提供方没有积极性处理关于数据滥用和在线损害(包括对社会的损害)的问题，并建议要求各个平台承担特别义务，确保它们公平对待用户和其他公司，为社会利益服务，同时建议设立落实这些义务的监管部门。<sup>52</sup>

37. 另一辩论很多的想法是拆分主要数字平台，包括大型技术公司，以此减少市场控制力集中于单一平台的现象。<sup>53</sup> 在一些国家，这一专题的讨论已经超越与竞争事务相关的圈子，成为竞选等的话题，有人提议拆分大型技术公司，促进竞争，保障小企业的权益。<sup>54</sup>

#### D. 其他政策措施

38. 政策措施，如主管贸易和经济的相关部委通过的法规，可以对数字经济中的竞争产生积极影响。例如，印度政府在 2018 年出台了新的电子商务规则，促进竞争，防止诸如亚马逊和 Flipkart 等在线电子商务平台采取限制性做法。新规则于 2019 年 2 月 1 日生效，禁止电子商务平台销售自己有股份的公司产品，各个平台需要以公平、不歧视的方式为平台上各个商家提供正常服务，包括订单履行、物流、仓储、广告和营销、支付、融资等服务，各平台不得要求任何商家只能在其市场销售产品。<sup>55</sup> 这些规则是在零售商和其他商家投诉后确立的，这些商家指控说，大型电子商务平台利用其对附属公司产品的控制权并通过独家销售协议创造了不公平的市场，使附属公司能够以低价销售一些产品。<sup>56</sup> 新规则

<sup>49</sup> 澳大利亚竞争和消费者委员会，2018，ACCC [澳大利亚竞争和消费者委员会] releases preliminary report into Google, Facebook and Australian news and advertising, 新闻稿，12 月 10 日。

<sup>50</sup> 同上。

<sup>51</sup> 联合王国通信专设委员会，2019 年。

<sup>52</sup> 同上。

<sup>53</sup> 见 D Dayen, 2017, Big tech: The new predatory capitalism, *The American Prospect*, 26 December, and T Wu, 2018, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Reports, New York)。

<sup>54</sup> 见 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-08/warren-has-plan-to-split-tech-cos-like-amazon-n-y-times-says>。

<sup>55</sup> 印度商务和工业部，2018 年，Review of the policy on foreign direct investment in e-commerce, 第 2 号新闻稿。

<sup>56</sup> 路透社，2018 年，India tightens e-commerce rules, likely to hit Amazon, Flipkart, 12 月 26 日。

意在防止大型电子商务平台采取反竞争和滥用性的做法，防止损害地方中小在线商家利益的掠夺性定价。

#### 四. 发展中国家特有的挑战和可能的应对方式

39. 多数发展中国家的竞争事务监管机构都相对年轻，规模较小，资源有限，在日益集中的全球经济中处理有关竞争的案件是一大挑战。如果通过监管政策明确提出平台的游戏规则，竞争事务主管当局事后根据竞争法执法的必要性可以减少，因为规则应该预先制止了一些反竞争行为。鉴于竞争事务主管当局资源有限，在发展中国家尤其如此，这种政策应对方式值得考虑。例如，考虑到电子商务增长情况，如果发展中国家出台适当电子商务政策规章，就像印度出台的新规则那样，用于确保平台开放，确保地方中小企业以公平条件利用平台，那就可以从数字经济中得到更多好处。中小企业如果有公正平等机会利用电子商务平台，也就有更多机会成长。

40. 发展中国家的另一挑战是，如何在数字化的世界上为地方初创企业提供支持，小企业最终往往被大企业收购。发展中国家可在区域层面在经贸框架内联手。这种区域安排有助于区域间贸易，帮助确保地方公司能进入较大的市场。区域层面的电子商务、竞争和消费者保护政策和规则在处理全球性数字平台的滥用性的做法和数字公司合并方面，以及在确保主要平台以公平条件对地方和区域的公司保持公正开放方面，可能更加有效。非洲已出现了在《建立非洲大陆自由贸易区协定》的框架内考虑这些问题的势头。在亚洲，东南亚国家联盟可作为制定区域竞争规则的论坛和框架。加勒比共同体有一个称为竞争委员会的区域机构负责执行区域竞争规则。最后，在拉丁美洲，安第斯共同体和南方共同市场有助于应对数字经济中的挑战的区域行动。

41. 主要平台和主要在线市场是全球性的，在全球范围内运作。因此，区域层面的努力将与在线平台对各经济体的影响的规模更加相适应。区域框架能便利区域内较有经验的机构与较年轻的机构交流经验。此外，国际竞争网等网络和贸发组织等国际组织通过竞争法和竞争政策政府间专家组，能提供进一步协助和支持。

#### 五. 结论

42. 近期的竞争案件显示，竞争法框架和执法工作需要根据数字平台的特征和商业模式加以调整。传统反垄断案件涉及价格竞争和在上游和下游市场抢夺市场份额的竞争，而在数字经济里，数据的规模和范围带来市场控制力，给竞争对手竖起入门障碍。控制消费者数据的数字平台有责任确保隐私，尊重个人的数据保护权和隐私权。因此，有必要采纳竞争框架，扩大消费者福祉标准的适用范围，超越价格 and 市场份额的考量，因为消费者福祉不仅包含较低的价格，也包含选择权、隐私、数据保护和创新。

43. 竞争事务主管当局不妨首先考虑调整适用于竞争案件的框架，随后再考虑其工具和分析是否适应于主要平台对竞争带来的挑战。利用调研和市场调查可深入了解市场中的竞争问题。主管机构应审视相关算法的运行方式，因此需要在数据分析和算法方面发展和扩大专长。

44. 竞争法的执行、主导地位滥用情况评估、兼并管制和补救措施需要根据数字平台的特点加以调整。许多发展中国家在 1990 年代开始通过竞争法，在其中纳入了公共利益条款，能够在执行竞争法的过程中，尤其是在审查兼并时，考虑其他发展目标。竞争法现在可能需要列入便于应对数字经济带来的挑战的相关条款。例如，如本说明所强调，德国在订正竞争法里列入了涉及数字经济一些特点的内容，如关于平台和免费服务的内容，并设定了新的兼并门槛，用以涵盖数字公司间的兼并；在联合王国，上议院的一份报告建议考虑对数据驱动的并购采用公共利益测试方法。

45. 数字平台被比作公用事业，因为用户觉得他们离不开这些平台，选择有限，只能接受其条件。数字平台监管问题正在得到更多的考虑。有人还认为，应拆分大型技术公司，以减少入门障碍，消除竞争瓶颈，其方法类似于在能源行业的做法，尽管在能源行业里原有运营商可能是国家垄断企业，而占据主导地位的数字平台是技术公司，通过利用用户数据增加其控制力，发展形成了私人垄断。各国政府不妨考虑其他政策选项。

46. 数字经济里垄断的出现可能不仅有害于经济，而且也有害于社会和民主政体。发达国家和发展中国家的竞争事务主管当局需要保持警惕，需要有前瞻的远见。数字化将继续，将渗透所有经济部门。数字平台是全球性的，影响及世界各地公民的日常生活。因此，各国竞争事务主管当局紧迫需要在双边、区域和国际层面合作应对数字经济带来的挑战，处理可能由数字平台产生的负面影响。