

数据驱动型平台并购的反竞争效应及反垄断路径研究

姜 琪, 狄慧敏

(山东财经大学 公共管理学院, 山东 济南 250014)

摘要:大数据时代以获取数据资产为目的的数据驱动型平台并购不断增多,数据驱动型平台并购引起的反竞争效应、隐私风险等反垄断问题也日益凸显。数据驱动型平台并购会带来强化市场支配地位、阻碍竞争、消除潜在创新的反竞争效应,会给用户带来隐私风险。由于数据具有用户权利与竞争价值的双重属性,隐私与竞争逐渐产生交汇,主要表现为并购削弱了用户隐私保护的力度、平台通过修改隐私政策增强竞争优势、占据优势地位的平台会排挤隐私保护政策更优的平台。为了消除数据驱动型平台并购引起的反竞争效应与隐私风险,反垄断机构要从修订申报标准、淡化“相关市场”概念、积极行使主动调查权、全面评估竞争影响、着重考察单边协调与封锁效应等方面应对反竞争效应;从加强对隐私与竞争交汇的认识、完善审查工具与分析框架、完善平台隐私保护政策、附加限制性条件、鼓励平台间隐私保护竞争等方面应对隐私风险问题。

关键词:数据驱动型并购;反竞争效应;隐私风险;反垄断路径

中图分类号:F014.9 **文献标志码:**A **文章编号:**2095-0098(2022)02-0003-11

一、引言

随着全球平台经济规模不断扩张,平台正在将数据作为重要资产以及重要竞争资源进行管理,以数据为中心的合并与收购即数据驱动型并购越来越多,与之相关的竞争执法案例逐渐引起学者、反垄断机构以及相关部门的注意,如 Google 收购 DoubleClick 案、Facebook 收购 WhatsApp 案、Microsoft 收购 LinkedIn 案等,未来平台之间的竞争将是数据的竞争^[1]。数据驱动型平台并购带来的数据集中在提高平台效率、扩大平台规模、给平台带来竞争优势的同时,由其引起的反垄断问题也日趋严峻。一方面,平台会通过优势传导、自我优待、限定交易、搭售行为、掠夺式定价、杀手并购等强化市场支配地位、阻碍竞争、消除潜在创新,引发反竞争效应;另一方面,随着数据价值的增大,平台具有数据集中的动力却没有隐私保护的激励,使用户面临隐私风险。由于数据同时具有用户权利属性与竞争价值属性,数据驱动型并购中隐私问题通常与竞争问题存在交汇,平台收集用户数据的目的通常是增强自己的竞争优势,而收集使用用户数据又会使用户面临隐私风险,因此,要将隐私风险问题纳入反垄断分析框架内,在反垄断分析时对涉及的隐私风险问题加以审查。我国平台经济领域的反垄断规制正在积极探索之中。2020年12月11日中共中央政治局召开会议,要求强化反垄断和防止资本无序扩张;2021年2月国家反垄断委员会印发《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》。在此背景下,分析数据驱动型平台并购的反竞争效应,探寻数据驱动型平台并购的反垄断路径,对完善平台经济反垄断审查体系具有较大的理论和现实意义。

数据驱动型并购带来的反垄断新问题以及对传统反垄断实践带来的挑战,使其逐渐成为平台经济领域研究的核心问题。对数据驱动型平台并购的反垄断研究,较多学者对竞争问题进行了研究。Schepp N. P. & Wambach A. (2016), Cowen T. (2016), Whitfield S. et al. (2019) 分别从相关市场界定、并购申报门槛、市场份

收稿日期:2021-11-01

基金项目:国家社会科学基金项目“平台经济的反垄断策略及有效竞争实现路径研究”(21BJY156)

作者简介:姜 琪(1984—),男,山东威海人,教授,博士生导师,研究方向为平台经济、反垄断。

额和集中度等传统经济指标方面指出了评估改进方向^[2-4]。殷继国(2019)认为,要从规制限度、规制目标、分析范式以及规制路径四个方面对大数据领域的垄断行为进行规制^[5]。詹馥静和王先林(2018)指出,从反垄断执法原则、执法水平专业化、国际交流与合作方面对反垄断执法做出调整^[6]。韩春霖(2018)以微软并购领英案为例,分析了数据聚集对竞争的影响,为中国执法实践提供了理论借鉴^[7]。另一部分学者认识到了分析隐私问题的重要性,Katz M L. (2019), Lee J. (2020)等学者认为,反垄断分析中应该考虑隐私保护问题^[8-9]。Harbour & Koslov(2010)指出,要界定一个隐私保护市场来对隐私保护问题进行分析 and 评估^[10]。于澜(2020)指出,为更好地应对大数据市场的隐私风险,应在反垄断法的价值目标、分析范式方面对其进行规制^[11]。宋俊丽(2019)指出,为了应对隐私风险,一方面要根据隐私损害的性质来选择保护方式,另一方面可以把隐私纳入非价格竞争的质量因素中^[12]。韩伟和李正(2017)认为,反垄断执法应围绕具体行为的反竞争效果展开,但是与隐私保护相关的可操作的竞争损害理论的构建还需探索^[13]。以往关于数据驱动型并购的研究给本文提供了有益的参考,但仍存在一定局限性,即:数据驱动型平台并购不仅会引起反竞争效应,而且会带来隐私风险问题,大多学者只关注竞争问题而没有注意隐私问题,少数学者看到了隐私与竞争的交汇,但只是简单指出了基于隐私风险的规制措施,没有兼顾反竞争效应与隐私风险问题,系统探讨隐私与竞争交汇情形下的数据驱动型并购的反垄断路径。

针对以往研究的局限和不足,本文基于隐私与竞争相交汇的情形,以数据驱动型平台并购带来的反竞争效应与隐私风险问题为出发点,结合 Google 收购 DoubleClick、Facebook 收购 WhatsApp、Microsoft 收购 LinkedIn 等案例阐释隐私问题与竞争问题的交汇情形,最后从消除反竞争效应与降低隐私风险两个方面提出了数据驱动型平台并购的反垄断路径。与已有文献相比,本文可能的边际贡献主要有以下两点:一是基于 Google 收购 DoubleClick、Facebook 收购 WhatsApp、Microsoft 收购 LinkedIn 等数据驱动型并购案例,分析了隐私与竞争交汇的情形;二是从数据驱动型平台并购带来的反竞争效应与隐私风险两方面出发,提出了旨在消除反竞争效应与降低隐私风险两方面的反垄断路径。

二、数据驱动型平台并购引致的反垄断难题

由于数据驱动型平台并购使得数据在更大范围内和更大规模上被收集利用,一方面,平台为了维持或增强竞争优势,可能会采取反竞争策略损害市场竞争,引起反竞争效应;另一方面,会使消费者暴露在不完善的隐私保护政策之下,面临隐私风险。

(一)反竞争效应

数据逐渐成为平台竞争的重要资源与资产,数据驱动型平台并购带来的数据集中给平台带来巨大数据竞争优势,为了维持或增强竞争优势,平台可能会采取反竞争策略损害市场竞争,引起反竞争效应,主要表现在强化市场支配地位、阻碍竞争、消除潜在创新三个方面。

1. 强化市场支配地位。一方面,平台会进行优势传导,从而扩大自己的竞争优势。占据优势地位的平台可能利用自身大量双边用户以及关键数据等资源,将自己的竞争优势从一个市场传导至另一个市场,而不是凭借自己的产品优势通过竞争获得市场地位。另一方面,通过自我优待,增加自有商品的竞争优势。平台有时会通过实施纵向一体化使自己成为自己平台上的卖方。此时,平台与独立应用开发商一方面是“朋友”,因为会有更多的用户和应用开发商被吸引到自己的平台上而不是竞争性平台上,两者都能获益;另一方面也是“敌人”,因为平台运营商与独立应用开发商存在竞争关系,平台可能会利用数据优势保护自己的子公司而排斥独立应用开发商、损害独立应用开发商的利益。此时,平台利用数据优势进行自我优待,增强自身竞争优势,强化支配地位。

2. 阻碍竞争。首先,平台并购后可能采取限定交易行为,排斥其他竞争对手。支配性平台可能通过威胁等不正当行为要求其交易相对人只能与其交易而不能与其竞争对手交易,通过采取限定交易或者独家交易行为妨碍其竞争对手获得关键数据,利用自己的支配性地位在规则设置中为自己谋取更大数据优势地位。2006 年,谷歌的 AdSense 服务与具有极高商业地位的知名网站签订了排他性协议,禁止网站在其搜索页面上显示其他搜索引擎的广告^[14]。平台的强制“二选一”行为也是通过限定交易排斥竞争对手。其次,实施

搭售行为,排挤其他竞争对手。平台可能会将自己的数据与自己的数据分析服务捆绑销售,或者在销售自己主流产品的同时搭售自己的其他产品,这可能提高了平台自身的效率,但也会排挤竞争对手、损害竞争对手的利益。例如,谷歌利用自己在安卓操作系统市场的地位,强制手机制造商预先安装其搜索引擎,并设置为默认应用。最后,通过掠夺性定价等行为,加强锁定效应,增加转换成本。支配性平台为了阻止竞争对手获得规模,可能对用户向竞争对手的转移设置障碍,以使用户锁定在自己的平台上。用户向另一平台转换的成本越高,用户被锁定的可能性越大,竞争对手达到足够规模的可能性也就越小。

3. 消除潜在的创新。平台有时会通过“杀手并购”或者“扼杀式并购”的方式,以一种先发制人的手段,消除潜在竞争对手或者新生竞争对手的创新在未来对自己构成的威胁^[15]。由于许多初创平台企业其营业额没有达到反垄断法规定的并购申报标准,使得众多数据驱动型并购没有受到反垄断机构的审查,越来越多的平台通过这种方式进行并购,阻碍了潜在的竞争与创新。在 Facebook 收购 WhatsApp 之前,Facebook 创始人扎克伯格在与高管们的往来邮件中多次强调,包括 WhatsApp 在内的多款应用已经对 Facebook 及其聊天应用 Messenger 构成了威胁,因此 Facebook 具有通过并购消除潜在竞争与创新的动机。

(二) 隐私风险

随着大数据、算法、人工智能等技术的发展,平台收集、存储、分析数据的成本下降以及数据价值的不断提升,使平台有激励并且能够去收集并使用更多的用户数据,在收集使用用户数据的过程中,可能会发生平台侵犯用户隐私的现象;同时,由于信息不对称、用户认知局限、用户对价格敏感,平台没有激励去完善隐私保护政策^[16]。这使得用户面临着隐私风险,主要表现在以下两个方面:

一方面,由于数据规模不断增大、数据收集使用与传播的速度加快、数据种类不断增加,单个数据无法发挥其应有的价值,再加上数据的非竞争性、具有资源与资产双重属性的特征,平台热衷于收集大量的、多类型的用户数据,以从中分析出有价值的信息供自己使用。但是平台在收集使用用户数据的过程中,由于利益驱使或管理与技术漏洞,平台主动或被动地侵犯着用户隐私,表现为平台过度收集、私自收集、违法收集用户的数据,内部管理不善致使用户数据遭到内部人员泄露,存在技术与安全漏洞使黑客有机可乘,这使得用户随时面临隐私风险。

另一方面,平台与用户之间信息不对称,用户对于自己的信息是否被搜集、搜集后是否存在侵权以及被谁侵权这些重要问题往往并不清楚,即便平台通过隐私政策告知用户自己将提供怎样的隐私保护,但对于这样“霸王条款”似的隐私政策用户要么接受要么离开,因此用户对平台是否遵守了承诺,也无从知晓;用户存在认知局限,平台的隐私条款通常是冗长且乏味的,消费者几乎不会花费时间去阅读,即便阅读也存在读不懂的情况,同时用户对于隐私政策的微小改变并不敏感,这就促使平台通过隐私政策的微小改变使自己处于更有利的地位;用户对于价格是高度敏感的,而隐私作为一种非价格因素用户对其并不敏感,互联网诞生以来对用户采取免费甚至补贴形式,用户习惯了零价格甚至负价格,难以接受正价格,即使用户正在以数据这种形式的“价格”获取所谓的免费服务,只要不体现为正价格,用户一般都能够接受,加之隐私泄露的危害一般不是即时性的,用户也就乐意用隐私数据换取一些产品或服务,这些都使得平台缺乏提供更高水平隐私保护的動力与激励。

三、隐私与竞争交汇的数据驱动型并购案例分析

在大数据、平台经济时代,数据具备了用户权利与竞争价值的双重属性^[17]。一方面,用户的生活、工作、学习等都离不开各种平台,用户使用平台的同时,平台也会收集用户的各种数据。数据的主体、提供者、生产者是用戶,根据马斯洛需求层次理论,随着用户生存、安全、社交等需要的满足,用户开始追求尊重的需要,希望自己的数据隐私可以被数据收集者所保护,数据由此具备了用户权利属性。另一方面,数据作为大数据、平台经济时代的重要资源与资产,具有体量大、种类多、速度快、价值密度低等特征,已经成为平台增加竞争优势与增强市场地位的重要因素,也逐渐成为平台的核心竞争力,数据由此具备了竞争价值属性。由于数据驱动型并购的目的是为了获取数据,而数据具有的双重属性使得数据驱动型平台并购可能同时引起反竞争效应与隐私风险问题,使得二者逐渐产生交汇。本部分从削弱对用户隐私保护的力度、修改隐私政策以增强

竞争优势、排挤隐私保护政策更优的平台三种情形,结合相关案例分析竞争与隐私交汇情形下的反垄断关切问题。

(一)削弱对用户隐私保护的力度

平台经济具有双边市场的特征,平台通常采取价格非中立措施,对消费者采取免费甚至补贴的形式以吸引平台双边用户。在数据驱动型商业模式下,消费者对于“免费”产品或服务“支付”的是自己的姓名、电话、住址等数据,在“免费”模式中,价格不再是平台之间竞争的关键因素,产品或服务的质量成为平台之间竞争的重要非价格因素,而隐私保护作为评判质量的一个重要维度,逐渐成为平台竞争的重要方面。当数据驱动型平台并购后,市场中的竞争者数量减少,这会降低平台对隐私保护的积极性,削弱对用户隐私保护力度的竞争。Google 并购 DoubleClick 案件中,反垄断机构首次把数据作为一项资产进行分析,这可以看作是反垄断机构意识到隐私与竞争交汇的起点,这种并购案减少了市场上竞争者的数量,削弱了关于用户隐私保护力度的竞争。

Google 于 1998 年成立,是全球最大的搜索引擎公司,DoubleClick 是 1996 年成立的网络广告服务商,2007 年 4 月 Google 宣布以 31 亿美元收购 DoubleClick。微软、AT&T 等竞争对手和隐私保护主义者担心该并购会引起垄断以及隐私问题,最终并购案依次通过了美国联邦贸易委员会(FTC)和欧盟委员会的批准,Google 于 2008 年 3 月以 32.4 亿美元的价格正式完成对 DoubleClick 的收购,此次并购将助力 Google 在网络广告行业成为领导者。

微软、AT&T 等竞争对手和隐私保护主义者表达了对该并购会引起垄断以及隐私问题的担忧。对于隐私问题,欧盟委员会认为,个人隐私问题不属于是否批准此次并购的审查内容,FTC 对于隐私问题是否构成竞争关注的态度较为模糊,一方面认为隐私问题不属于并购审查范围,另一方面又实际审查了并购对于隐私等非价格竞争的影响,最终认为,现有证据不足以支持该假设,以四票赞成、一票反对的结果批准了该并购。FTC 和欧盟委员会在该案中首次把数据作为一项资产进行了分析,欧盟委员会认为这不属于并购审查的范围,没有对并购可能造成的隐私风险以及消费者选择的减少进行足够的考虑。实际上,并购使得 Google 掌握的用户数据在广度和深度上都有所拓展,对于隐私偏好高的用户而言就意味着产品质量的下降,而且面对更少的竞争对手,平台缺乏加强用户隐私保护的動力。

对于竞争问题,欧盟委员会考虑了一种封锁竞争对手的竞争损害理论,即考察并购后 Google 能否获得一种其竞争对手难以复制的地位。结论是:即使合并后 Google 和 DoubleClick 的数据会进行联合,用以更好地向用户推送广告,但它的竞争力不足以将其竞争对手排除在外并提高广告服务的价格,并购不会削弱网络广告市场的竞争,因为 Google 和 DoubleClick 并不是竞争对手关系。FTC 也考虑了数据的作用,最终认为该并购交易不会增强或促进市场力量。对于竞争问题的审查,委员会认为尽管 Google 和 DoubleClick 共享数据,并购后仍存在大量数据不受 Google 控制,但数据对于 Google 的价值并不一定与对其竞争对手的价值一样;委员会只考察了并购对于网络广告市场的影响,并没有分析给其他市场带来的影响,并购带来的用户、数据等资源优势可能会提高其效率、增强其优势,从而强化其在其他广告市场的地位。

2012 年谷歌因为借助苹果公司 Safari 浏览器的漏洞,绕过其隐私设定,追踪用户的上网习惯,从而侵犯用户隐私遭到 2250 万美元的处罚;2019 年谷歌由于在收集用户数据以投放定向广告时,没有征得用户有效同意,被罚 5700 万美元;2020 年 10 月 20 日,美国司法部正式起诉谷歌公司,认为其利用支配地位向广告商收取高额费用,再将费用支付给手机制造商,以确保手机制造商将谷歌设置为默认浏览器或默认搜索引擎,这种做法妨碍了公平竞争,同时降低网络搜索质量、削弱用户隐私保护力度,损害了用户权益。可见,数据驱动型并购通过减少竞争者数量,使得平台削弱了对于隐私保护的力度。

(二)修改隐私政策以增强竞争优势

当数据成为平台竞争重要资产时,平台通常会与业务与其关联性不大的平台进行并购,目的是为了获取对方的数据,以增强自己的数据优势或者将自己的优势传导至其他市场,这种数据共享可能是并购方通过改变隐私政策实现的,Facebook 并购 WhatsApp 后就修改了隐私政策,违背了原先的承诺。

Facebook 是 2004 年成立的照片分享站点,WhatsApp 是 2009 年成立的流行短信应用。2014 年 2 月,Fa-

cebook 宣布以 190 亿美元现金和股票收购 WhatsApp。两者都提供流行短信服务,不同的是,Facebook 的短信应用是免费的,消费者使用该应用进行文字、图片等信息的沟通,Facebook 通过收集到的消费者数据向消费者投放行为广告;WhatsApp 在提供了一年免费试用后,每年开始收取一美元的服务费用,但不收短信费,用户仅用手机号就可以注册,除了手机号它不收集用户的姓名、住址、邮件等个人信息,不对用户投放定向广告,尽可能不涉及用户的隐私,并购后 WhatsApp 表示将保持独立决策和经营。FTC 和欧盟委员会对这起并购案进行了审查,分别在 4 月和 10 月批准了此项交易。

对于隐私问题,2014 年 3 月,美国电子隐私信息中心和数字民主中心两家隐私保护机构曾声称:Facebook 和 WhatsApp 的隐私保护政策并不一致,希望美国联邦贸易委员会(FTC)出于保护用户隐私原则,阻止 Facebook 收购 WhatsApp,但最终 FTC 未能充分审查 Facebook 对 WhatsApp 的收购,FTC 在 4 月批准了此并购交易。欧盟委员会也没有对隐私问题进行审查,认为该问题应由隐私保护部门解决。对于隐私问题的审查,FTC 消费者保护局局长只是在写给并购双方的函件中提出警告,但这种警告没有任何实质上的意义,欧盟委员会认为不属于其审查范围,反垄断机构还没有充分认识到隐私与竞争问题的交叉。

对于竞争问题,欧盟委员会对广告边和消费者边进行了审查,认为此并购对平台广告边的影响是:并购不会通过使数据集中于 Facebook 控制之下而使其强化自己的广告地位。对于消费者边的影响欧盟委员会的结论是:此并购并不会削弱短信应用领域的竞争,因为并购之后消费者仍然具有多种可替代的短信应用选择,并且不存在显著的转换成本阻止消费者在不同的短信应用之间进行转换^[18]。对于竞争问题的审查,欧盟委员会没有全面考察并购带来的影响,一方面,并购后尽管存在大量对于广告目的具有价值但不受 Facebook 控制的数据,那些数据对 Facebook 的价值与 WhatsApp 的数据对 Facebook 的价值并不相同。另一方面,当一个平台未被并购时,它所拥有的数据其他平台可以通过竞价获取,一旦被并购,由此带来的数据集中可能会产生封锁效应损害市场竞争。

2014 年 Facebook 收购 WhatsApp 并表示并购后 WhatsApp 将保持独立决策和经营,但是 2016 年 8 月,WhatsApp 宣布要更改其隐私政策与服务条款,允许 Facebook 用户与 WhatsApp 用户匹配、共享电话号码信息,违背了之前的承诺。这一行为引起了德国数据保护机构与欧盟委员会的关注与质疑,并使其受到高额罚款。Facebook 在收购 WhatsApp 包括收购 Instagram 之时,都承诺保持独立运营,但这对 Facebook 来说意味着巨大的效率损失,因此 Facebook 一方面向 Instagram 和 WhatsApp 施加压力,要求与其共享数据,另一方面从底层架构入手,试图实现底层数据共通,德国联邦卡特尔局认为其在收集使用用户数据方面滥用支配地位。

(三)排挤隐私保护政策更优的平台

当隐私保护成为平台竞争的重要因素后,并购方基于被并购方的用户、数据等资源会增强自己的竞争优势,此时平台可能会凭借自己的优势地位排挤其他隐私政策更优的平台,从而减少自己的竞争对手,减少消费者关于隐私的选择,整体上降低关于隐私保护的竞争力度,Microsoft 并购 LinkedIn 就是这样一个例子。

Microsoft 是于 1975 年成立的电脑软件服务提供商,LinkedIn 是 2003 年成立的面向职场的社交平台。2016 年 6 月,Microsoft 宣布以 262 亿美元收购 LinkedIn,2016 年 12 月,欧盟委员会附加限制性条件批准了该交易,要求 Microsoft 做出三点承诺:一是确保 PC 制造商和分销商可以自由选择是否在 Windows 上安装或者删除 LinkedIn;二是确保其竞争对手能够继续保持与 Microsoft 产品的互操作性;三是确保其竞争对手能够继续访问 Microsoft 云中的数据。并购后,Microsoft 承诺 LinkedIn 会保持独立运营。

软件服务公司 Salesforce 等表达了对该并购案的担忧,认为该并购会使 Microsoft 获得 LinkedIn 四亿多的用户数据,通过限制数据访问破坏竞争。对于隐私问题,欧盟委员会明确指出数据隐私是竞争的重要维度,并在并购审查中考虑了隐私问题,结论是数据隐私作为竞争的重要维度,可能会受到并购的负面影响。对于竞争问题,欧盟委员会首先审查了受并购影响的相关市场范围,其次分析了并购的横向非协调效应与纵向封锁效应,最后分析了其混合封锁效应^[7]。最终认为 Microsoft 共享 LinkedIn 的用户数据是竞争的必要条件,该并购不会将 Salesforce 等竞争对手排除在客户关系管理市场之外,并附条件批准了该并购交易。

欧盟委员会在该案中明确考虑并审查了隐私问题,通过三个限制性条件可以看出,欧盟委员会注重对用户隐私选择权的保护,注重数据封锁问题以及对市场竞争的保护。欧盟委员会对于该并购案的审查相比之

前的更严谨,但是随着技术的发展,平台对数据的使用更加多样化,加上平台经济的动态特征,使得并购对于竞争与隐私的影响更加复杂,应该制定和完善更具灵活性、阶段性、针对性的反垄断指南和配套规章。

并购后,Microsoft 将其市场力量传导至职业社交网络服务市场,对 LinkedIn 的竞争对手造成了“封锁”,而 Xing 这个隐私保护政策优于 LinkedIn 的竞争对手,因为 Microsoft 的“封锁”受到了排挤。欧盟委员会的调查显示,Xing 无论是在隐私政策的勾选框设置上、在收集使用用户数据时征得用户同意方面,还是在用户不同意是否有权继续使用其服务方面,Xing 都比 LinkedIn 做的要好,Microsoft 收购 LinkedIn 后凭借强大的竞争优势对隐私保护做得更好的平台造成了排挤,损害了用户利益。

(四)总结与启示

通过以上并购案的分析可以发现,其共同点在于并购双方都不处于同一相关市场,并购目的都是为了获取被并购方的数据以增强自己的竞争优势,该数据驱动型并购越来越频繁,这种“不相关市场”之间的并购对传统的相关市场界定提出了挑战^[19]。

对于隐私问题,反垄断审查机构对是否应该关注并审查隐私问题的态度逐渐发生变化,Google 并购 DoubleClick 和 Facebook 并购 WhatsApp 之时都没有对隐私问题进行审查,Facebook 并购 WhatsApp 时只是进行了警告,Microsoft 并购 LinkedIn 之时为了防止引起用户隐私问题,通过对并购案件附条件批准进行限制。数据驱动型并购中隐私问题的产生及与竞争的交叉对传统反垄断分析范式提出了挑战,在传统商业模式中,价格是重要的竞争因素,可采用以价格为中心的反垄断分析范式进行分析。然而,在数据驱动型商业模式下,参与并购的平台通常免费提供产品及服务用以换取用户数据,并购所涉及的交易价格无法准确衡量,消费者损害也难以量化,如果将免费的产品或服务作为竞争评估中的对象,那么假定垄断者基于价格上涨的(SSNIP)测试法将完全失效。因此价格中心型反垄断分析范式难以在数据驱动型平台并购中继续适用,要探索隐私问题的相关审查工具。

对竞争问题的审查也越来越全面,但并购案的后果暴露出了现有反垄断审查工具的不足。在数据驱动型商业模式中,某一平台没有盈利却被收购的现象常有发生,如果仅以营业额作为申报审查标准,就会使许多交易额庞大的数据驱动型并购因营业额达不到申报的标准而免于申报,从而逃离反垄断审查,这对现有并购申报标准提出了挑战。同时平台经济的动态性、颠覆性创新、网络效应、锁定效应等特征,人工智能技术以及算法技术的发展对市场力量评估、竞争效果评估等提出了挑战,使得反垄断审查变得更加困难。反垄断机构要探索更加完善、灵活的反垄断审查工具,制定和完善适应平台经济新特征的反垄断指南及其配套规章。

四、数据驱动型平台并购的反垄断路径

为了更好地对数据驱动型平台并购进行反垄断审查,总体层面做到以下五点:

一要健全反垄断法律法规制度。大数据时代,大数据与并购、双边市场、网络效应、规模效应、锁定效应、平台经济等概念的耦合,使得数据驱动型平台并购具有与传统并购不同的特点与目的,这使问题更加复杂的同时也对反垄断执法提出了新的挑战。传统的反垄断法在数据驱动型并购的相关市场界定、申报标准、反垄断分析范式等方面受到了挑战,要适时修订《反垄断法》,并健全反垄断相关法律法规制度,对现实中出现的新问题及时进行回应。

二要树立正确的审查与监管理念。首先,我国反垄断法的价值理念是多层次的,消费者福利目标是终极目标。其次,随着我们对平台经济发展规律与特点认知的清晰,监管理念要从包容审慎克制转变为积极、协同、审慎与依法监管^[20]。最后,数据驱动型平台具有颠覆性创新和动态特征,反垄断执法要从注重静态效率向注重动态效率转变,更加关注交易和行为的竞争效果,以鼓励创新、动态以及发展的眼光对数据驱动型平台并购进行必要限度的反垄断规制^[21]。

三要提升反垄断执法的专业化水平。在数据驱动型平台并购对传统反垄断执法提出挑战之际,要提升反垄断执法的专业化水平,以更好地应对挑战。一方面,要构建一支专业、高效、稳定、高水准的反垄断执法队伍;另一方面,要利用新技术来辅助进行反垄断执法,比如区块链技术,它是一套治理架构,具有公开透明、“去中心化”的特征,可以弥补法律法规的局限性。

四要加强国际合作与交流。平台经济、数字经济、数据驱动型平台并购属于新经济领域,在发展的过程中面临着诸多问题与挑战,这需要各国反垄断机构及官员加强交流与合作,结合数据产业特征进行更深入细致的研究,以确定符合各自国情的反垄断审查标准与措施^[22]。

五要对数据驱动型平台并购进行并购复评。由于并购复评会消耗大量成本与时间,可以考虑借助经合组织开发的《竞争执法机构执法决定事后评估指南》来减弱资源成本障碍。在复评时,坚持公平公开透明原则,着重考量复评后的经济效益与社会效益。

针对数据驱动型平台并购引起的反竞争效应与隐私风险问题,本部分在分析隐私与竞争交汇情形的基础上,从旨在消除反竞争效应和旨在降低隐私风险两个方面提出了具体的反垄断路径。

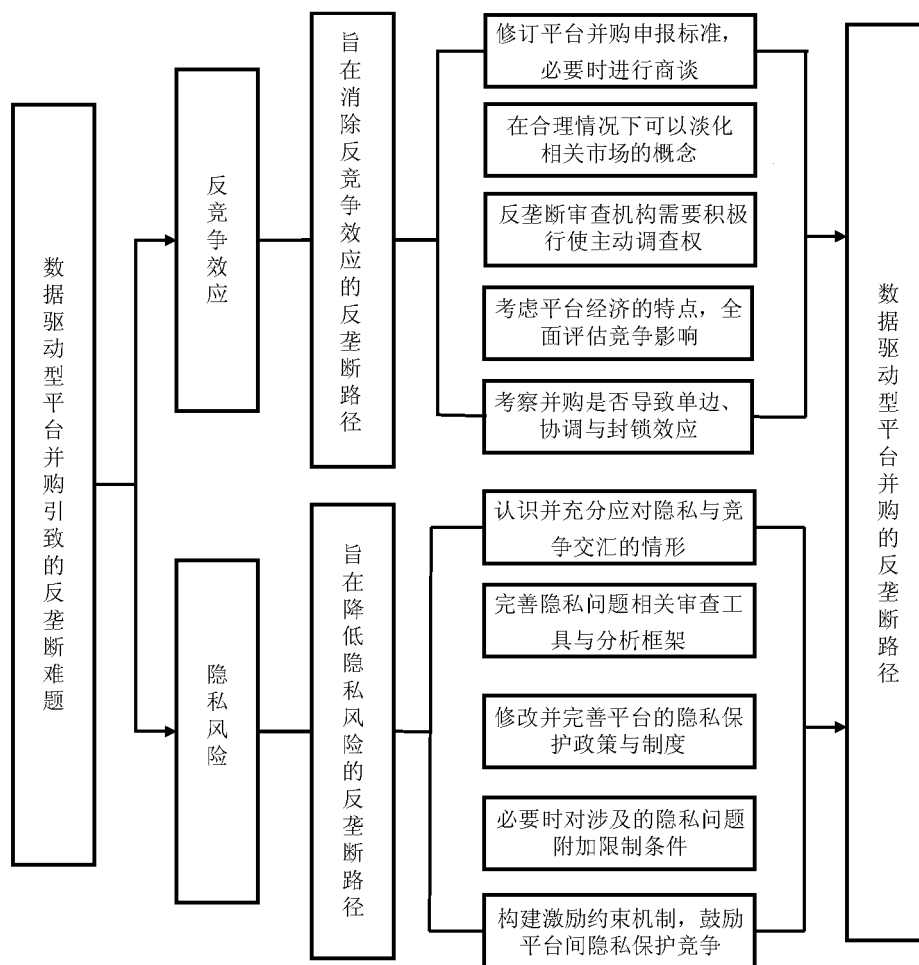


图1 数据驱动型平台并购的反垄断路径图

(一) 旨在消除反竞争效应的反垄断路径

1. 修订平台并购申报标准,必要时进行商谈。现有的平台并购申报门槛主要是以营业额或营业收入为标准,但是在数据驱动型平台并购市场上,某些平台可能营业收入不高,却拥有强大的市场力量,可能对市场竞争造成消极后果,如果仅考察数据驱动型平台的营业收入可能会使某些并购交易得以从反垄断审查中“逃逸”。Facebook 并购 WhatsApp 一案,如果采用单一营业额标准,经营者则无需向欧盟委员会申报。但根据《欧盟并购条例》第4条的规定,如果依照欧盟各成员国的竞争法规,某一并购至少需要同时向三个以上的成员国竞争主管部门申报,为了避免逐一向各成员国竞争当局提交申请,当事人可以选择向欧盟委员会申请“一站式审查”。在该案中,Facebook 主动提出“一站式审查”请求,欧委会才得以对该案进行反垄断审查。因此,有必要修订申报门槛,在现有的单一营业额标准之上,可以将交易额纳入申报标准,它能够更加准确和真实地反映交易的本质质量级,真实准确地反映市场力量。例如,德国最新修订的《反限制竞争法》将交易价

值的申报标准设定为了 4 亿欧元,增设了申报门槛的标准。必要时可以将商谈机制作为特殊事前集中申报审查的必经程序,比如合并或收购的交易额达 5 亿元人民币,或者其中一方具有较强的市场控制力,此时就必须适用商谈程序^[23]。

2. 在合理情况下可以淡化“相关市场”的概念。相关市场界定是反垄断审查的起点,在数据驱动型市场上,平台参与主体的双边性、用户需求的联合性、平台的交叉网络外部性给相关市场界定带来了难题。“相关市场”概念正在受到“不相关市场”和“未来市场”的冲击,准确的界定相关市场通常是困难的,因此,在合理且必要的情况下,可以淡化“相关市场”的概念^[24]。《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》明确规定,对于特定个案,如果直接事实证据充足,例如市场中同类产品种类少且市场份额低、某种只有依赖市场支配地位才能成立的行为(如歧视行为)持续了相当长的时间且损害效果明显、行为一方获利远超出一般市场规律等,可以越过相关市场界定,直接认定经营者实施了垄断行为。因此,合理的做法是根据具体案例进行分析,以确定是否需要界定相关市场。

3. 反垄断审查机构需要积极行使主动调查权。我国几年前发生的滴滴与快的合并、58 同城与赶集网合并、美团与大众点评合并、携程与去哪儿合并、滴滴收购 Uber 中国等案件,虽然被质疑为垄断但没有经过审查就付诸实施。《国务院关于经营者集中申报标准的规定》在第 4 条中规定:当经营者集中未达到申报标准时,竞争执法机构有证据表明该行为可能产生排除或限制竞争效果时,可以行使主动调查权进行审查。国务院反垄断委员会印发的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》,明确并细化了竞争执法机构对于平台经济领域未达到申报标准并购的主动调查制度,并提供了相对具体的方案。积极主动调查可以通知、督促参与合并的平台履行申报义务,预防和避免隐瞒、反竞争等行为。因此,对未达到申报标准、交易额又超过营业额的并购,反垄断审查机构要积极行使主动调查权。在行使权力的同时,要保证被调查方的知情权,注意自由裁量权的合法合理。

4. 考虑平台经济的特点,全面评估竞争影响。数据驱动型商业模式下,一起并购给并购方带来的不仅是用户资源,更重要的是丰富的用户数据,在网络效应、锁定效应、规模经济与范围经济的作用下,平台的竞争优势不断扩大,最终极易形成“赢者通吃”的局面。对于网络效应,数据驱动型平台上不仅存在传统网络效应,还存在着源自数据规模的网络效应、源自数据范围的网络效应以及溢出效应,Facebook 收购 WhatsApp 一案中,欧盟委员会仅仅考察了并购后的传统网络效应,却没有考察数据驱动型市场中存在的其他多种网络效应,并得出了该并购不会引起反竞争效果的结论,因此要全面考察数据驱动型平台中存在的多种网络效应。数据驱动型平台的竞争主要围绕数据展开,要重点考察数据集中与数据竞争的影响,如果平台利用数据排斥竞争对手、提高市场进入壁垒或滥用市场支配地位而违反竞争则要受到反垄断机构的审查。平台并购造成的数据集中可能会给平台带来较强的市场优势,但并不必然造成提高市场进入壁垒、滥用市场支配地位等反竞争后果。反垄断机构还需结合大数据的特征、平台经济的特征,具体并全面考察个案中平台基于数据优势所产生的竞争影响。

5. 考察并购是否导致单边、协调与封锁效应。对数据驱动型并购进行反垄断审查的重要一环是评估并购带来的反竞争效应,平台可能会通过实行单边效应与协同效应来增强市场势力^[25]。一方面,数据驱动型平台可能会跨领域、跨行业并购,与相邻市场甚至不相关市场的平台企业共谋从而产生协同效应;另一方面,平台并购后为了自身利益的最大化,会率先提高产品价格、降低产品质量,导致市场上其他平台也提高价格,从而产生单边效应,损害消费者与社会福利。因此要重点审查并购是否造成单边效应与协调效应,从而损害相关竞争者、消费者以及社会的利益。并购会导致大量数据的集中,给并购方带来无可比拟的优势。为了维持竞争优势并购方有动机且有能力采取排斥行为,阻碍竞争对手和新进入者获得关键数据,从而产生数据封锁效应损害市场竞争,因此要重点考察并购是否造成了数据封锁效应。首先要考察并购方有无数据封锁能力,以降低并购双方的竞争者获取数据的可能性,其次要考察该数据是否是市场中重要的不可替代的资源,最后即使并购方拥有数据封锁能力且该数据是不可替代的,也可能由于成本问题选择不封锁,所以还要评估并购方实施数据封锁的代价或成本。如果反垄断机构经过评估认为该并购会涉及单边、协调与封锁效应,则应实行附条件批准或者禁止集中。

(二)旨在降低隐私风险的反垄断路径

1. 认识并充分应对隐私与竞争交汇的情形。数据驱动型商业模式下,数据集中引起的隐私关切问题背后常常涉及竞争关切问题,如果数据驱动型并购引起的隐私问题仅仅由隐私保护部门使用隐私保护法来解决,就会显得势单力薄、无所适从,因此反垄断审查机构应该加强与隐私保护机构的合作,在隐私与竞争交汇的情形中通力合作,就隐私保护水平下降程度、标准以及隐私保护规则制定等方面的问题进行探讨,但反垄断机构应该注意执法界限,就数据驱动型并购引起的反竞争行为进行审查,而不是以隐私保护为直接执法对象。同时竞争法、反垄断法要与隐私保护法协调适用,一起并购案中,并购方数据的获取既涉及用户隐私问题,又在数据获取方式、获取数据类型等方面涉及竞争问题,因此反垄断法要与隐私保护法相互补充,但反垄断法并不是要介入所有隐私问题,当满足一定条件,比如并购方与被并购方在隐私保护方面是重要的竞争对手、并购方的竞争对手不会改变其隐私保护措施来与并购方进行竞争,反垄断法才要介入。

2. 完善隐私问题相关审查工具与分析框架。由于反垄断审查机构对于与竞争问题交叉的隐私问题认识还不够全面,因此还没有探索出有效的、完善的反垄断审查工具,反垄断机构要积极探索有益的、合适的审查工具,对数据驱动型并购平台涉及的隐私问题进行审查。首先,要对隐私问题进行审查就要明确什么是隐私问题、如何界定隐私,隐私侵犯造成的损害通常是人格权等权利的丧失这些无形损害,是否需要对这些损害进行证明,如果需要,如何将这些无形损害纳入反垄断分析中。其次,数据驱动型并购很难落入传统的横向、纵向、混合并购的分类之中,但这并不代表此类并购没有损害,因此需要在传统审查工具的基础上,建立健全数据驱动型平台并购的相关审查工具与分析框架。最后,由于隐私问题带有消费者的主观因素,隐私通常是难以量化且没有一个固定的标准,而且隐私问题通常涉及付费边与免费边,由于隐私无法量化,反垄断审查机构可能专注于审查付费边而忽视免费边。因此,要全面审查数据驱动型平台并购引起的隐私关切问题,反垄断机构需探索更加有效的、完善的隐私问题的审查工具。当消费者对于一个平台的隐私政策不满意时,可能会转向隐私政策更完善的平台,但也会由于转换成本高而放弃转换,消费者的转换成本能够反映平台关于隐私政策的竞争程度,因此可以用转换成本代替质量来衡量隐私下降的程度^[26]。

3. 修改并完善平台的隐私保护政策与制度。“通知—同意”这种隐私保护制度,看似在就数据收集、使用等隐私问题征求用户同意,但实际上同意之后用户仍然不知道自己哪些数据将被收集、如何收集以及将有何种用途,因此,反垄断机构要致力于提升平台隐私政策的透明度,鼓励隐私保护竞争。尽管完善透明的隐私制度在一定程度上不利于平台对用户数据的收集,但是平台要想长远稳健发展,其隐私政策必须透明,不要将其看作是负担,尽量使用简明易懂的语言向用户表明自己将以什么样的方式收集什么样的数据并用于什么地方。数据收集者可以分别告知用户“私密信息”和“非私密信息(一般信息)”两类数据的收集、存储、使用情况,既做到对非私密信息的利用告知,也强化对私密信息保护的告知。在同意环节,建立可协商的同意机制,目前普遍采用“选择—进入”与“选择—退出”两种实践模式,可对“非私密信息”使用“选择—退出”模式、对“私密信息”使用“选择—进入”模式,通过“选择—进入”与“选择—退出”结合的方式平衡用户与数据收集者的权利与义务。

4. 必要时对涉及的隐私问题附加限制条件。数据驱动型商业模式下,平台掌握着消费者隐私数据,如果平台不能有效保护消费者隐私数据,消费者可能会转向其他隐私政策更加完善的平台,消费者隐私保护成为平台质量竞争的重要因素。如果一项并购涉及到隐私问题,反垄断机构应该对其进行审查,必要时可附加限制性条件,防止并购后平台改变隐私条款与政策,以损害消费者利益。比如,2014年Facebook并购WhatsApp一案中,欧盟委员会认为并购时存在自动匹配Facebook和WhatsApp用户身份的技术可能,Facebook此前有意或无意提供了误导性信息,违反了欧盟并购法规。因此,对隐私问题附加限制性条件可以防止此类行为的发生,且事前审查要比事后审查成本低得多。

5. 构建激励约束机制,鼓励平台间隐私保护竞争。平台并购后造成用户隐私风险的原因之一在于平台间没有形成有效的竞争,通过鼓励平台之间就隐私保护水平展开竞争,可以提高行业隐私水平,促使平台不断完善自己的隐私保护政策,从而减少用户面临的隐私风险。一方面,要从内部培育平台的治理机制,调动平台参与数据治理的积极性。要使平台意识到隐私保护的重要性,树立保护用户隐私就是保护竞争力的意

识,促使其不断完善内部管理制度,修复技术与安全漏洞,不断探索新的隐私保护技术。另一方面,要从外部构筑有效的执法震慑。支配性平台拥有大量多种类多维度的数据,更容易给用户隐私带来严重侵犯并造成巨大的社会危害^[27]。因此要加大对支配性平台的审查与监管力度,对于支配性平台来说,小数额的罚款力度不足以震慑其不再通过侵犯用户隐私的方式获取利益,要明确平台的行为规范,加大平台的违法成本,增强平台违法行为发现的可能性。只有使平台既面临保护隐私就会提高竞争力,侵犯隐私就会遭到惩罚甚至淘汰的压力,才能最大程度地激发平台间隐私保护竞争的活力。通过内部激励、外部约束,鼓励平台间的隐私保护竞争,从而降低用户隐私风险^[28]。

参考文献:

- [1] 国瀚文. 滥用市场支配地位隐私权保护研究——以完善数据要素市场为背景[J]. 商业研究, 2020(10): 144 - 152.
- [2] Schepp N P, Wambach A. On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment[J]. Journal of European Competition Law & Practice, 2016(2): 120 - 124.
- [3] Cowen T. Big Data as a Competition Issue: Should the EU Commission's Approach Be More Careful? [J]. European Networks Law and Regulation Quarterly, 2016(1): 14 - 23.
- [4] Whitfield S, Brown R J, Rogers I. The Impact of Data on EU Merger Control[J]. Competition Law Journal, 2019(4): 151 - 161.
- [5] 殷继国. 大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径[J]. 政治与法律, 2019(10): 134 - 148.
- [6] 詹馥静, 王先林. 反垄断视角的大数据问题初探[J]. 价格理论与实践, 2018(9): 37 - 42.
- [7] 韩春霖. 反垄断审查中数据聚集的竞争影响评估——以微软并购领英案为例[J]. 财经问题研究, 2018(6): 27 - 34.
- [8] Katz M L. Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy[J]. Review of Industrial Organization, 2019(4): 695 - 716.
- [9] Lee J. The Google - DoubleClick Merger: Lessons From the Federal Trade Commission's Limitations on Protecting Privacy[J]. Communication Law and Policy, 2020(1): 77 - 103.
- [10] Harbour P., Koslov T. Section 2 in a Web 2.0 World: an Expanded Vision of Relevant Product Markets[J]. Antitrust Law Journal, 2010(3): 769 - 797.
- [11] 于澜. 数据驱动型并购中隐私风险的反垄断规制[J]. 中国价格监管与反垄断, 2020(5): 31 - 36.
- [12] 宋俊丽. 数据驱动经济背景下隐私风险的反垄断分析[J]. 无锡商业职业技术学院学报, 2019(6): 27 - 32.
- [13] 韩伟, 李正. 反垄断法框架下的数据隐私保护[J]. 中国物价, 2017(7): 34 - 37.
- [14] 中国信息通信研究院. 平台经济与竞争政策观察[R]. 北京: 中国信息通信研究院政策与经济研究所, 2020.
- [15] 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.
- [16] 李剑. 互联网反垄断能促进数据隐私保护吗? [J]. 商业经济与管理, 2021(5): 85 - 97.
- [17] 王融. 隐私与竞争: 数字经济秩序的平衡之道[J]. 竞争政策研究, 2017(6): 13 - 16.
- [18] [美]莫里斯·E. 斯图克, 艾伦·P. 格鲁内斯. 兰磊译. 大数据与竞争政策[M]. 北京: 法律出版社, 2019.
- [19] 陈林, 张家才. 数字时代中的相关市场理论: 从单边市场到双边市场[J]. 财经研究, 2020(3): 109 - 123.
- [20] 谭家超, 李芳. 互联网平台经济领域的反垄断: 国际经验与对策建议[J]. 改革, 2021(3): 66 - 78.
- [21] 杨建辉. 数字经济动态性特征对现行反垄断规则的挑战[J]. 竞争政策研究, 2018(5): 35 - 49.
- [22] 吴汉洪. 互联网经济的理论与反垄断政策探讨[J]. 财经问题研究, 2018(9): 3 - 18.
- [23] 高赛赛. 数据驱动型企业经营者集中反垄断规制研究[D]. 合肥: 安徽大学, 2020.
- [24] 黄勇, 蒋潇君. 互联网产业中“相关市场”之界定[J]. 法学, 2014(6): 92 - 99.

- [25] 余东华. 反垄断经济学[M]. 北京: 经济科学出版社, 2017.
- [26] 陈富良, 郭建斌. 数字经济反垄断规制变革: 理论、实践与反思——经济与法律向度的分析[J]. 理论探讨, 2020(6): 5-13.
- [27] 唐要家. 中国个人隐私数据保护的 mode 选择与监管体制[J]. 理论学刊, 2021(1): 69-77.
- [28] 周汉华. 探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向[J]. 法学研究, 2018(2): 3-23.

Research on Anti – Competitive Effect and Anti – Monopoly Path of Data – Driven Platform M&A

JIANG Qi, DI Huimin

(School of Public Administration, Shandong University of Finance and Economics, Jinan, Shandong 250014, China)

Abstract: In the era of big data, mergers and acquisitions of data – driven platforms for the purpose of acquiring data assets are increasing, and anti – competitive effects, privacy risks and other anti – monopoly problems caused by mergers and acquisitions of data – driven platforms are also becoming increasingly prominent. Data – driven platform mergers and acquisitions have the anti – competitive effect of strengthening market dominance, impeding competition and eliminating potential innovation, as well as privacy risks for users. Since data has the dual properties of user rights and competitive value, privacy and competition gradually converge, which is mainly manifested as merger and acquisition weakens the strength of user privacy protection, platforms enhance their competitive advantages by modifying their privacy policies, and platforms with a dominant position will squeeze out platforms with better privacy protection policies. In order to eliminate the anti – competitive effect and privacy risk caused by data – driven platform mergers and acquisitions, anti – monopoly agencies should revise the declaration standard, weaken the concept of “relevant market”, actively exercise the right of active investigation, comprehensively evaluate the competition impact, and focus on unilateral coordination and blocking effect to deal with the anti – competitive effect. Privacy risks should be addressed from strengthening the understanding of the intersection of privacy and competition, perfecting the review tools and analysis framework, perfecting the privacy protection policies of platforms, attaching restrictive conditions, and encouraging the competition of privacy protection between platforms.

Key words: Data driven M & A; Anti competitive effect; Privacy risk; Antitrust path

(责任编辑: 黎 芳)