

分享经济时代,如何定义垄断?

■ 刘远举 上海金融与法律研究院研究员



分享经济模式改变了市场博弈均衡的结果,反垄断法的法理也受到新的挑战,如今这种挑战已经率先在中国出现。

分享经济是当下全球监管的挑战者。在中国,网约车赢得合规挑战之后,紧接着,社会舆论又出现了反垄断的呼声。

对于滴滴和优步的合并,是否构成垄断,首先需要回答的问题是:如何划分市场?比如,美年达,其所在的市场,到底是橙味碳酸饮料,还是碳酸饮料,还是饮料?不同的标准,推导出来的市场规模与竞争状况截然不同。新技术发展出来的分享经济也同样面临这个问题,划分标准不同,市场规模与竞争状况也就截然不同。

“手机招车 APP”所在的市场,到底是“手机出行”市场,还是出租车市场,还是出行市场?电话预定出租车,路边扬招能否作为“手机招车 APP”的竞争对手?

同样作为分享经济的短租市场与外卖市场也存在这种划分困惑。

短租所在的市场,是手机寻找住宿,还是网络寻找住宿,还是住宿?传统的携程、去哪儿等网络平台以及自行到店,能否作为短租 APP 的竞争对手?

对于外卖市场,外卖 APP 所在的市场,到底是手机点餐,还是点餐?美团与大众点评合并了,是否垄断了餐饮市场?顾客自行到店用餐,能否作为“新美大”的竞争对手?

过去的反垄断监管,是针对具体的商品与服务的,而如今,新的技术条件下,情况也随之发生了变化。

平台本质上是一个信息中介服务平台,它提供的不是具体的出行、住宿、食品等产品与服务本身,而是一种发现产品与服务的信息的方式。所以,平台对应的竞争对手,应该是消费者发现商品与服务的信息的其他方式。

对于手机招车 APP 而言,“在手机上看到有车”对应于“在路边看到有车”;“在手机上下单”对应于“在路边招手下单”。

除了逻辑上清晰的对应关系之外,不同信息发现方式之间的某些特征量的变动,也会直接影响消费者的选择,也证明了竞争是发生于“不同的信息方式”之间。

实际上现在,消费者出行,即便缩小到“出租车出行”这一定义,除了手机软件,还有电招与路边扬招等方式。虽然电招市场已经

极度萎缩,但路边扬招市场依然庞大。路边扬招在当前的技术水平下,仍然比手机软件更为方便。唯一阻碍这个方便的是出租车市场的牌照管制。所以,在某种程度上,加重人们对手机软件的依赖的,是政府的管制而非合并。反过来说,当政府放开对出租车牌照的管制,就能缓解人们对手机 APP 垄断的忧虑,这也证明了“不同发现信息方式”之间的替代性。

除了方便程度直接影响消费者的选择,发现信息的各种途径的价格也会影响消费者的选择。手机 APP 的出行价格,与路边扬招的出行价格之间的差异,就会直接影响到消费者的选择。这也是补贴能起作用的原因。所以,不同的信息发现方式的价格直接影响消费者的选择,这也证明了竞争是发生在“信息发现方式”之间。

顺着这个思路,“在新美大 APP 上发现某款食品”对应于“在路边看到直接进入”;“在短租平台上下订单”对应于“在携程上下订单”,以及“直接到店住宿”。

既然如此,就不能单独地把一种特定的“发现、购买商品与服务的方式”定义为一个单独的市场。过于细致的监管,其逻辑基础是

错误的,也会扼杀市场的活力。

退一步看,即便单独划定“发现、购买商品与服务的方式”作为一个市场,反垄断法的法理也受到分享经济的挑战。这一挑战,将更加隐蔽,也更加深远。

传统经济中,常见的一种垄断形式是双寡头垄断。比如波音与空客,Intel 与 AMD,可口可乐与百事可乐,耐克与阿迪达斯。在市场中,这些寡头竞争对手之间有着某种程度上的默契,他们不会剧烈挑战市场的竞争现状。但是,在分享经济的模式下,这种局面很难维持,市场竞争很可能超越这种默契,达到更高的集中程度。

首先,传统经济模式中,技术升级的商业模式是:研发、销售、赚钱、再次投入研发、技术升级、销售。这种缓慢的技术升级模式,一方面是资本为了使研发的利润最大化,另一方面,也需要积累利润来投入研发。互联网、特别是移动互联网带来了新的“融资-上市”模式,而这种模式,对市场份额极端依赖。新技术获得风投,迅速把最基本的商业模式变为现实,然后,吸引流量与客户,随后再通过几轮融资扩大规模,最后上市。这种模式之下,赢家通吃,市场份额变得至关重要,甚至

是超越盈利的唯一重要之事。实际上,这不是理论推导,而是现实。

其次,在传统经济中,生产能力的建立与退出,都是困难的。所以,在传统经济中,垄断能力是以生产能力为基础的一个重要方面。垄断者会故意预留较大的生产能力来阻吓对手,比如,某国每年仅有 100 万台电视机的销量,而某厂家购买了 200 万台产量的生产线,作为一种信号,阻吓对手,由此产生垄断。

不过,在分享经济的模式中,竞争对手之间是共享生产能力的。注册滴滴的司机也可以注册优步,注册小猪短租的房间也可以注册蚂蚁短租,注册美团的餐馆也可以注册饿了么。他们同时都是竞争对手的潜在生产能力,而参与者只需要投入较小的补贴,即可获得巨大的生产能力。

第三,消费者也是极易变动的。一旦某一家推出了新的或更大的优惠,在手机上新增加一个 APP,或者保持两个同质的 APP 对消费者来说,并没有太大的成本。参与者较小的投入,也能获得巨量的消费者。

所以,假定对手不投入,极小的投入就能同时获得巨大的消费者与生产能力,带来巨大的市场份额变动。现在很多人,包括司机与

乘客,都对补贴念念不忘,某种程度上,正反映了这种较小投入在生产与消费两端的巨大效果,而这个效果,在“融资-上市”的模式下,对市场参与者的诱惑是巨大的。

这三点结合在一起的必然逻辑结果就是,传统经济中,双寡头阻吓对手、达成默契的手段,在某种程度上失灵了,在巨大的诱惑之下,传统的双寡头垄断的默契与均衡不再稳定。但血拼终究是双输,也不是理性的市场均衡,而竞争双方对达成契约的意愿是如此强烈,例如,媒体报道的滴滴与优步的员工之间的交往与聚会,正是这一意愿的具体反映。但是,利益之下,市场上的竞争者需要更加强烈、更加可信的契约来达成默契与均衡。而这个契约与均衡,就是不同程度上的合并,从共同的投资人,到最终极的完全合并。

所以,合并是分享经济模式下市场竞争的均衡结果。美团与大众点评的合并,滴滴与快的与优步的合并,都是这个市场竞争均衡的典型例子。

当前各国反垄断法没有对双寡头垄断做出严厉的限制,从表面上看,这是因为市场上有两个参与者,竞争是存在的,所以,不需要过多干涉。但是,稍微思索一下,不难发现,为什么市场上有两家就是合理的,而不是必须有三家,或者四家呢?实际上,深层次的经济原因,是因为双寡头垄断,本身是市场均衡的结果,是竞争的最佳模式。所以,传统的反垄断法的法理,某种程度上,是符合市场博弈均衡的,也就是说,法理源于市场效率。

那么,顺着这个思路,不难发现,当新技术改变了市场博弈均衡的结果时,反垄断法的法理也受到了新的挑战。如何应对这个变化,是顺应新技术,获得市场与技术发展效率、消费者福利,还是相反,墨守成规,付出损失市场效率与技术发展、消费者福利的代价,是全球监管者面临的一个挑战。

在某种程度上来说,这种挑战首先在中国出现,意味着中国在新技术、新经济的发展与创新以及监管改革上,领先全球。顺应这种改革的勇气回答接下来的问题,就是一个不可半途而废的必然选择。一个可能的,也更加睿智的方式就是,允许合并,但加强具体的市场行为监管。

滴滴并购优步中国是否构成垄断?

■ 何姗姗 王新锐

滴滴并购优步中国,人们第一印象往往是该联盟在中国网约车领域占据超 90% 的市场份额,但是对于相关市场的界定是否应该如此狭窄?

继 2015 年滴滴和快的并购案之后,如今滴滴和优步的联盟又再一次陷入涉嫌垄断的争论之中。

中国反垄断法对包括并购在内的经营者集中采取事先申报制度,但 8 月 2 日商务部明确表示尚未收到滴滴和优步中国关于此次并购的申报,而滴滴方面则回应称该交易并未达到申报标准。

界定“相关市场”是反垄断分析的基础

无论是商务部对该并购实施事先审查,还是基于《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条开展事后主动调查,滴滴和优步的并购究竟是否构成垄断行为?归根结底,还要看如何界定“相关市场(relevant market)”,即明确经营者竞争的市场范围,这是一切反垄断分析的起点和基础。

这里的“相关市场”体现在商品和地域两个层面,最近讨论的焦点都集中在相关商品市场上:究竟是专车?网约车?出租车?共享出行领域(包括专车、快车和拼车)?还是更广阔的城市出行领域(包括公交、地铁)?

根据《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》,界定相关市场的标尺是“替代性”,包括需求替代和供给替代。针对相关商品市场,具体考量的因素有商品的特性、用途、价格、客户的偏好或对商品的依赖程度,可能阻碍大量需求者转向某些紧密替代商品的障碍,风险和成本等。

结合本案,优步的经营范围是网络预约专车服务,滴滴的经营范畴包括网约车、出租车、快车、顺风车、代驾、试驾和公交。作为滴滴或优步的客户是如何考虑产品的替换程度呢?

从用途上考量,网约车平台的诞生主要是在交通高峰期出租车不充足的情况下,尤其是大城市限制车牌的背景下,满足了人们对于出租车替代出行的需求;从价格的可替代性考虑,城市公共交通的地铁和公交因为价格低廉而被排除在相关产品市场之外。网约车采用价格浮动制,价格和出租车相比高峰期较贵低峰期便宜,因此都在用户的选择范围内,国外甚至已经诞生了专门用于专车和出租车对比价格的 APP,以便用户及时甄选;从用户的喜好角度来看,互联网的特性决定了年轻人容易接受网约车模式,而老年人出于生活习惯还是倾向于用传统的方式

式来叫出租车。正因为网约车和传统出租车(包括通过电话预约出租车)在很多方面的紧密替代性,二者在世界各国的较量都如火如荼。很多国家都出现了出租车司机们集体抗议抵制优步的现象。

去年 8 月,优步西班牙公司在和当地出租车公司的竞争中被起诉,而首要问题就是该相关产品市场究竟是交通服务?电子中介服务?还是仅仅为信息提供服务?10 月,优步比利时公司和当地的一家出租车公司同样发生纠纷,要求法院确认“出租车服务”是否包含了基于软件的共享出行专车服务。而法国出租车司机们因为优步法国公司抢走了其三分之一的市场份额而举行了大规模抗议,法国出租车工会因此也对优步提出了诉讼,法国政府更是对优步做出了禁令。优步在美国同样面临反垄断诉讼,一个名为 Spencer Meyer 的乘客起诉优步的 CEO Travis Kalanick,声称优步旗下彼此独立的司机们在使用该软件时,都在同一时间(比如交通高峰)收取了相同的费用并实施了相同的定价策略“surge pricing”,因此优步网约车软件涉嫌纵向价格串通。

虽然定价行为适用本身违法原则,但也引发了学者对优步所属相关市场的争论,究竟是打车服务软件还是更广泛的交通出行服务?该案件将在今年 11 月 1 日在曼哈顿联邦法院开庭。另外,各国对于优步在市场准入时的应对措施也透露了他们对相关产品市场的认识,比如美国加州公共事业委员会认为优步网约车的服务类似于传统客运租赁公司(也称约租车),具备调度车辆的功能,提供的是预约的、点对点的客运服务。因此,加州公共事业委员会创设了一个新的运输服务公司概念:“交通网络公司”(Transportation Network Company, TNC),其定义是加州境内,通过互联网应用或平台连接乘客和私家车主,提供交通服务的法人公司、合伙企业、个体或其他形式的企业组织。而优步在英国是按照 1998 年的《约租车法案》向伦敦交通局提交申请并获得了约租车的经营许可。

由此可见,各国的政府、法院和反垄断执法机关都在同一时间面临着网约车平台企业对于传统出行行业,尤其是出租车行业所带来的冲击和挑战。这一点源于互联网行业本身的特性,而国外的反垄断专家们也在重新考量对于互联网行业应该如何界定相关市场。

(下转 03 版)

企业与市场的边界:跳出反垄断法看滴滴优步合并

■ 冯明 中国社科院财经战略研究院研究员

在互联网革命的大时代背景下,企业 and 市场之间的边界在发生动态变化,从根本上动摇原有反垄断法所依赖的经济学理论基础。

8 月 1 日,滴滴出行宣布收购优步中国,紧接着产生了一个备受争论的话题——这两家公司合并是否涉嫌垄断?一时间,垄断与反垄断的话题再次成为社会舆论关注的焦点。上次该话题受到如此关注,还要追溯到 2008 年可口可乐并购汇源果汁一案。不过,相比八年前的那个案例,如今滴滴与优步中国合并一案争论的焦点则完全不同。

根据当事企业自己的说法,因为优步中国在 2015 年会计年度销售额没有达到申报标准,且两家当事企业目前均未实现盈利,所以无需向中国反垄断当局申报。对此,商务部发言人则表示:“按反垄断法规定申报条件和国务院关于经营者集中申报标准的规定,经营者都应事先向商务部申报,未申报的不得实施兼并……滴滴和优步中国合并还得申报,不申报的话,往下走不了。”

截止到目前,围绕这起并购案的争议还基本停留在“是否应当申报”这样的初始程序环节,实质性的反垄断审查和争议尚未开始。可以预见,随着事件的进展,更深入的争议将围绕着传统的反垄断理论、在既定反垄断法的条款框架之下逐步展开。

而本文要指出的是,这起并购案已经大大超出了传统反垄断理论的解释范围。

淘宝、滴滴打车等平台尽管以企业的形式被人们认识,但他们并不单纯是一家企业,本质上更像一个市场。除了附着于互联网这一时代特征之外,他们本质上与乡村的集市、小区的菜市场、义乌小商品集散市场、阿姆斯特丹鲜花交易市场、上世纪八九十年代遍布大江南北每个县城的百货大楼、以及证券交易所市场等等,没有本质区别。与之相反,除了同样以公司的名义作为法律和税务实体之外,淘宝、滴滴等平台与服装制造厂、钢铁厂、石油炼化厂、饮料厂、芯片生产商等企业比起来,几乎没有任何相同之处。

近年来,大量类似于淘宝、滴滴这样的公司出现,但他们的本质是市场。这是互联网技术革命在微观市场结构方面带给经济体系的最大变革。

一方面,曾经的乡村集市、百货大楼、小商品集散市场变成了现在的淘宝或者京东公司。换言之,“市场在企业化”。

另一方面,淘宝或者京东这样的企业尽管在法律意义上仍然是“公司”,但实际上,这些公司已经完全不同传统意义上的企业,

而是扮演着“市场”的作用。换言之,“企业在市场化”。

“市场在企业化”和“企业在市场化”是站在不同主题、从不同角度看到的变化。从整体全局看来,其实是一回事,即“企业”和“市场”的边界在发生变化。在企业 and 市场的边界发生动态变化的过程中,如果站在任何一个时间点静止来看,“企业”和“市场”的边界一定是非常模糊的。

而反垄断的经济学逻辑起点恰恰在于界定市场边界。以不同的市场边界作为标准,得到的结论可能大相径庭。例如,在曾经被舆论炒的沸沸扬扬的“可口可乐收购汇源果汁”一案中,如果以浓缩果汁细分市场作为标准来界定市场边界,那么该并购涉及垄断;但如果以软饮料市场、甚至整个饮料市场作为标准来界定市场边界,那么则不涉及垄断。

当然,在“可口可乐收购汇源果汁”案中,当时舆论争议的焦点其实更多的放在了外资并购民族品牌上,其经济学理论基础在于,是否应该保护民族工业?在什么情况下应该保护民族工业?反垄断法是否应该成为保护民族工业的工具?这是另外一个话题,不在本文的讨论范围之内。

本文想要指出的不仅仅是传统反垄断法含义下“市场边界”的界定,这一点在各个国家的反垄断实践中已经有相当多的讨论。尽管这些讨论仍然是不充分的、经济学基础仍然是不坚实的。

我想要特别强调的是,在互联网革命的大时代背景下,“市场在企业化”、“企业在市场化”、企业 and 市场之间的边界在发生动态变化,而这些变化正在从根本上动摇原有反垄断法所依赖的经济学理论基础。

在传统的中国乡村,邻近几个村子的商品贸易行为往往都是在一个集市上进行的。集中度非常高,所以叫“集”市。如果有人因此就认为乡村集市触犯了反垄断法,应当关闭集市或者打散集市,这显然很荒谬。而网约车平台本质上就是这一个“集市”,一个“移动互联网上的集市”。出租车和顺风车就是集市上的干果摊、烧饼摊、成衣摊,打车的人和开顺风车的人就是周边村子里的村民。

有人或许会说,不要跟我谈那么多复杂的理论,故弄玄虚。网络约车公司就是一家公司,提供的产品就是约车服务。而滴滴和优步中国合并之后就成“约车服务”这个市场上形成了垄断。就这么简单。

这样说当然也对,但这种认识是表面的。用这种表面的认知作为反垄断法的经济学基础是站不住脚的,从经济动态发展的角度而言甚至是错误的。

照这样的说法,乡村集市也完全可以看成是一家类似于乡村的公司,虽然它由于诞生在很久很久以前、从而没有“公司”那样的现代化的名字。集市这家“企业”提供的产