

## 平台经济领域反垄断指南征求意见稿

作者：林熙翔 许琪

2020年11月10日，国家市场监督管理总局（“**市场监管总局**”）出台了《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“**征求意见稿**”），向社会公开征求意见<sup>1</sup>。征求意见稿明确界定了平台经济等相关概念，就平台经济领域的相关市场界定、垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中方面的前沿问题提供了监管思路和合规性评估的考量因素。

尽管征求意见稿是在《反垄断法》现有规制框架内就平台经济领域拟作出的合规指引，却引起社会各界的广泛关注，原因可能是征求意见稿广泛识别，而且集中回应了中国互联网平台经济高速发展中积累的争议性问题，明确释放出拟加强平台经济领域反垄断执法的干预姿态（相比于反垄断执法活跃的其他主流司法辖区<sup>2</sup>，截至目前，中国反垄断执法机构尚未就平台经济领域开出罚单），而相比于其他适用法律，违反《反垄断法》将实质性影响平台经营者的商业模式、以及招致显著的行政处罚，包括没收违法所得，并最高可处集团层面年度销售额10%的罚款。

征求意见稿以及“正在进行中”的反垄断执法工作将在各方面影响平台经济领域的业务开展和投融资并购活动，结合实务中的观察，我们提示和建议如下：

- 平台经营者可能需要重新审视以及相对准确地界定其所从事细分领域的“相关市场”，以及结合征求意见稿提供的相关指标和因素评估其市场地位（包括采取必要的压力测试），以进一步评估其商业模式的合规性以及可以采取激进式竞争性措施的边界。
- 平台经营者在具有相对显著的市场地位的业务领域，逐一评估其与交易相对方之间的任何排他、限制性或最优惠安排，以及可能构成“滥用市场支配地位”的相关措施的合规风险，着重评估是否具有以及多大程度上可以适用征求意见稿提示的“安全港”理由作为合理抗辩。根据评估结果，可以维持、优化或者调整既有的商业安排。
- 根据征求意见稿以及海问团队近期代理的申报经验，“VIE结构”已明确不再是一项经营者集中申报的实质障碍。可以预期，平台经营者通过投融资、并购实现业务扩张或协

<sup>1</sup> 市场监管总局关于《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》公开征求意见的公告，参见 [http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202011/t20201109\\_323234.html](http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202011/t20201109_323234.html)

<sup>2</sup> 近4年以来，谷歌、苹果、Facebook、亚马逊四大科技巨头在全球范围内深陷反垄断调查，其中谷歌面临27起、亚马逊和苹果面临22起、Facebook面临13起。欧盟自2017至2019连续三年对谷歌进行反垄断处罚累计金额超过600亿元。2020年10月20日，美国司法部对谷歌发起最大规模反垄断诉讼。2020年11月9日，欧盟监管机构对亚马逊提起反垄断诉讼，是欧盟限制大型科技公司力量的最新举措。

同的进度会有所延缓（如涉及经营者集中申报），而且考虑到平台经济的新颖性和复杂性，申报和审批较其他传统行业而言难度亦相应增加。特别地，对于领先的平台经营者而言，需审慎地从竞争分析的实体方面以及审查流程的程序方面拟定合理的申报策略，以备应对执法机构以及其他相关方（特别是在非简易程序中广泛征询的行业主管部门、行业协会、上下游或其他利益攸关者）就其业务模式、交易安排、协同策略、市场地位的审视和挑战；此外，存在被执法机构禁止交易，或者附加开放平台、许可关键技术等限制性条件的风险。

- 结合征求意见稿识别的垄断行为和考量因素，利益相关方向执法机关作出的具有针对性的投诉举报，以及提起的民事诉讼预期将逐渐增加。系统成型的合规性评估、既有的合规政策和内部培训以及成熟的监管应对方式，有助于在监管沟通和争议中占据主动，降低相关风险。
- 从投融资并购的角度，一些传统跨国企业常见的反垄断/竞争法合规尽职调查模块可能会引入平台经济的投融资领域，以评估目标公司的历史沿革、对外投资以及业务模式等方面在经营者集中以及一般性反垄断合规方面的合规性问题（特别地，由于未依法申报的经营者集中理论上可能导致“撤销交易”的法律后果，将潜在影响集团公司权属结构的稳定）。

就征求意见稿，我们分析摘取如下看点，与您分享。

## 1. 平台经济的“相关市场”界定和市场地位评估有何特殊？

- 以**个案分析**为原则；
- **相关商品市场界定**，可以基于平台功能、商业模式、用户群体、多边市场、线下交易等因素进行需求替代分析，可以基于市场进入、技术壁垒、网络效应、跨界竞争等因素进行供给替代分析；界定相关商品市场还应基于平台的核心业务和多边性，考虑可能存在的跨平台网络效应，决定是否将平台界定为独立的市场或界定多个关联市场；
- **相关地域市场界定**，以中国市场为原则，以全球市场为例外；
- **相关市场界定并非必须**：就垄断协议，可不明确界定相关市场；就滥用市场支配地位行为和经营者集中审查，通常需界定相关市场；**但是**，“在特定个案中，如果直接事实证据充分，只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显，准确界定相关市场条件不足或非常困难，可以不界定相关市场”；
- **评估市场份额**，可以考虑交易金额、交易数量、用户数、点击量、使用时长或者其他指标在相关市场所占比重，同时考虑市场份额持续时间。

**初步评述**：结合市场监管总局在近期一些场合的讲话，以及海问团队近期的经营者集中

申报经验，平台经济由于其新颖性和复杂性，进行“相关市场”的界定及其相应的市场地位评估时，常面临如下困惑：

- 相关领域的产品新颖，平台经营者、执法机构以及征询意见的行业人士对于同一市场的内涵或外延理解并不一致，如何在同一层面和口径下评估竞争影响成为难题。
- 市场数据难以获取。平台经济以月活、用户量等新指标作为衡量市场份额的统计口径，相比于传统的销售额和销售量，前述指标下的市场数据的采集、整理和运用亦存在难度。
- 平台经济涉及相互联系的多边市场，线上/线下销售平台存在不对等的替代性，进行市场界定和竞争分析需要新思路；
- 平台经济市场份额动态变化迅速且幅度大，迭代创新频繁，传统的以“上一年度”市场份额评估竞争影响可能存在片面性；如何在竞争分析中，体现创新和效率因素，也是另一挑战。

征求意见稿很大程度上回应了执法实践和实务中的困惑，有利于平台经营者进行市场地位以及竞争状况的评估。就不同情形下“相关市场”界定的必要性划分清晰；但是，就特定个案中无需界定“相关市场”的适用情形和标准，尽管设置多重限定，仍然很不明确，留下较多自由裁量的空间，不利于平台经营者的自我评估和形成清晰预期。

## 2. 平台经济之下哪些“垄断协议”进入执法视野？

- **“算法合谋”**：横向垄断协议的一种形式，即具有竞争关系的平台经营者利用数据和算法实现固定价格、分割市场、限制产（销）量等协调一致行为。
- **“最惠国待遇”条款(MFN)**：即平台经营者要求交易相对人给予其的交易条件不低於其现在或将来给予任何第三方的交易条件，可能构成纵向垄断协议。MFN 不必然构成垄断协议，征求意见稿指出，其合规性评估需综合考虑商业动机、市场控制力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响。
- **纵向排他性条款**：即平台经营者与交易相对人达成排他性协议，可能构成《反垄断法》第14条第3款规定的兜底性的“纵向非价格垄断协议”。征求意见稿指出，其合规性评估需考虑市场力量 and 市场竞争状况等因素。
- **轴辐协议**：即具有竞争关系的竞争者（本身可能不是平台）通过平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。其中，特别提及可考虑利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式实现沟通、联络的因素。

### 初步评述：

- 作为一般性的提示，根据《反垄断法》关于垄断协议的“原则禁止”+“个案豁免”

的评估框架，认定一项垄断协议不合规不需要以平台经营者具有市场支配地位为前提，换言之，中小平台经营者的上述行为亦可能进入执法视野。

- **就 MFN 和“纵向排他限制性”条款**，根据征求意见稿，似乎在既有的“原则禁止”+“个案豁免”的评估框架，有所放宽，提示其合规性评估可以考虑市场力量 and 市场竞争状况，这与我们了解的实务中执法机构现实考量相一致。换言之，前述条款均不必然构成垄断协议。中国目前的反垄断执法先例中，亦未见前述条款单独而言，被认定为垄断协议的情形（欧美和香港地区近年就 MFN 的合规性有较为成熟的执法实践<sup>3</sup>）；但是，在个别执法先例中，执法机构在就其他违法行为进行论述时，曾表达过就前述条款在竞争方面的关切和担忧（如伊士曼案和美敦力案）。平台经营者可以善用征求意见稿以及执法实践中“合理分析原则”的空间，就前述条款的合规性进行抗辩。
- **就算法合谋以及利用算法实施轴辐协议**，我们理解，工业界和学术界尚存争议，争议之处包括通过算法实施合谋是否技术可行，以及在《反垄断法》的框架下如何规制更为恰当。征求意见稿中前瞻性地作出提示，并明确在“垄断协议”的框架内进行规制，具体如何理解与适用，仍有待随着技术和业务的演进、以及执法实践逐步澄清和明确。

### 3. 平台经济之下“大平台”的哪些行为将成为监管重点？

大平台如被认定具有市场支配地位，将受到《反垄断法》项下关于“滥用市场支配地位”相关规则的规制措施。征求意见稿结合近年互联网平台领域发展中的争议性问题，以及境外主流司法辖区关于平台经济的执法经验，广泛而集中地识别、并以“划重点”的方式提示可能存在反垄断合规风险的行为。

为便于合规评估，我们将相关“滥用行为”的表现形式、考虑因素以及可能可以作为抗辩的“正当理由”（除不公平价格行为之外，其余行为征求意见稿中均提示相关可能适用的正当理由），整理如[附录 1](#)的风险事项清单。

就部分看点简要评述如下：

- **“二选一”/限定交易**：征求意见稿首次从反垄断法的角度（此前的提法见于《电子商务法》）将“二选一”的情形提示出来，要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为。就何为具有其他相同效果，征求意见稿提供如下情形，作为需要重点考虑的因素：“通过搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制”，以及“通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持

<sup>3</sup> 亚马逊、Booking.com、苹果都曾因 MFN 条款受到过域外反垄断执法机构的调查。近两年，香港竞争事务委员会也对三家网上旅行社的 MFN 条款展开调查

等激励性方式实施的限制”。

- **“大数据杀熟”/差别待遇：**“大数据杀熟”，通常指平台依据大数据和算法形成的“消费者画像”，对用户进行区别定价以获取最大利益。征求意见稿首次提出，基于大数据和算法，根据用户的支付能力、消费偏好、使用习惯等，或对新老用户（针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动除外），实行差异性交易价格或者其他交易条件，可能属于滥用市场支配地位中的差别待遇行为。此外，就如何认定交易相对人的“条件相同”这一作为评估差别待遇前置程序的技术难题，征求意见稿指出，条件相同的认定应考虑用户之间在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面是否存在实质性差异，而不应考虑用户的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面的差异。
- **“搜索降权”/附加不合理交易条件：**作为征求意见稿中提及的现象常见于在线搜索、电子商务等其他具有搜索功能的平台。“搜索降权”备受关注主要源于在其他司法辖区的巨额处罚。2017年，欧盟委员会对谷歌开出高达24.2亿欧元的巨额罚单，称谷歌进入购物比价市场后，利用其在网上搜索领域的支配地位，操纵搜索结果，不公平地把客户引向自己的购物服务网站，构成“自我优先”的垄断行为。针对这一情形，征求意见稿明确，平台经营者通过搜索降权、流量限制等惩罚性措施实施的限制，一般可认定构成限定交易行为，而以该等惩罚性措施强制交易相对人接受其他商品的，还可能构成搭售或者附加不合理交易条件的滥用行为。征求意见稿中的这一提法将域外司法中的前沿讨论，提升至纳入执法视野的现实关注。领先的电商平台可能需重新审视其“平台+自营”的业务模式，重点关注“自我优先”、“算法惩罚”等行为潜在的合规风险。
- **拒绝共享数据和开放API接口的行为/拒绝交易：**近年来，随着平台之间的竞争日益加剧，某些互联网平台通过拒绝向（潜在）竞争对手开放API接口、或设置技术障碍等屏蔽行为，使得其他应用软件无法正常使用平台的服务，也使得用户无法正常分享其他应用软件中的内容。征求意见稿中明确，“控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易”或者“在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置限制和障碍”，可能构成滥用行为中的拒绝交易行为。

相关数据、相关平台是否构成“必需设施”，就工业界而言，事关存亡与竞争格局。例如，沉淀与某一社交通讯工具的社交关系、用户评论如被认定为新兴其他社交软件或通讯工具进入市场的“必需设施”，且必要向潜在竞争对手开放，则基于平台用户“多栖性”的特点，无疑将急剧地改变竞争格局以及贬损平台此前积累的优势地位和价值。征求意见稿中明确，认定“必需设施”需综合考虑以下因素：其他平台/数据的可替代性、数据的其他获取渠道、发展竞争性平台的可行性、交易相对人的依赖程度、数据开放的技术可行性，及开放平台/数据对该经营者可能造成的影响等

因素。基本沿用了市场监管总局此前在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中的相关措辞。整体而言，结合前述考虑因素，证明相关平台/数据构成一项“必需设施”，举证难度是很高的。

#### 4. 平台经济下哪些“新交易”将为经营者集中审查所捕获？

- **“VIE 结构”明确纳入经营者集中审查范畴。**
- **平台经营者的营业额申报标准计算新方式。**现行《反垄断法》框架下，营业额指相关经营者上一会计年度内销售产品和提供服务所获得的收入，扣除相关税金及附加。平台经济的双边、多边性使得传统的营业额计算方法在实践中面临诸多挑战，一些特定交易可能由于营业额计算方法的不同在是否触发申报标准的问题上存在争议。征求意见稿首次提出，在平台经济领域，营业额的计算应根据经营者的商业模式而有所区别，对于仅提供信息匹配、收取佣金的平台经营者（例如网约车平台），营业额应主要包括服务费及平台的其他收入，而对于具体参与平台一侧市场竞争的平台经营者（例如“平台+自营”模式的电商平台等），则应以平台所涉交易金额及平台其他收入计算营业额。
- **未达到申报标准的特定交易情形。**根据现有规则，执法机构可以就未达到申报标准，但是具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中进行调查。征求意见稿在此框架之下，进一步明确平台领域可能涉及的未达到申报标准，但执法机构可能予以关注或有兴趣调查的特定交易情形：
  - (1) 参与集中的一方经营者为初创企业、新兴平台。前述情形又称 Killer Acquisition，多指大型互联网平台企业为遏制潜在竞争而采取的“复制、收购、扼杀”的并购战略。2020年10月，美国国会众议院反垄断委员会发布《关于数字市场竞争的调查报告》，其中指出，四大科技巨头在其发展壮大的过程中均通过一系列 Killer Acquisitions 压制创新、巩固其支配地位（例如，2012年 Facebook 对社交媒体 Instagram 的收购，2013年谷歌收购 GPS 导航公司 Waze 等），而美国等域外执法机构在审查时亦未能从动态、发展的角度综合评估该等交易的整体影响，从而加剧相关市场的垄断和寡头局面。征求意见稿的这一提法释放了执法机构就此类交易的关注以及监管兴趣；
  - (2) 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；
  - (3) 相关市场集中度较高，参与竞争者数量较少。

\*\*\*\*\*

附录：平台经济领域滥用市场支配地位行为

滥用行为	相关表现形式	考量因素/正当理由
不公平价格行为	以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品	<ul style="list-style-type: none"> <li>其他平台经济领域经营者在相同或相似市场条件下同种商品或者可比较商品的价格；</li> <li>该平台经济领域经营者在其他相同或相似市场条件区域同种商品或者可比较商品的价格；</li> <li>在成本基本稳定的情况下，该平台经济领域经营者是否超过正常幅度提高销售价格或降低购买价格；</li> <li>该平台经济领域经营者销售商品提价幅度是否明显高于成本增长幅度，或者采购商品降价幅度是否明显低于成本降低幅度。</li> </ul>
低于成本销售/掠夺性定价	无正当理由，以低于成本的价格销售商品，排除、限制市场竞争	<p>分析是否构成低于成本销售，一般重点考虑平台经营者是否以低于成本的价格排挤具有竞争关系的其他平台经营者，以及是否在将其他平台经营者排挤出市场后，将价格提高并不当获利等情况；</p> <p>平台经营者可提出以下理由证明行为具有正当性：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>在合理期限内为发展平台内其他业务；</li> <li>在合理期限内为促进新商品进入市场；</li> <li>能够证明行为具有正当性的其他理由。</li> </ul>
拒绝交易	无正当理由，拒绝与交易相对人进行交易，排除、限制市场竞争	<p>分析是否构成拒绝交易，可考虑是否有以下行为：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>停止、拖延、中断与交易相对人的现有交易；</li> <li>拒绝与交易相对人开展新的交易；</li> <li>在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置限制和障碍，使交易相对人难以开展交易；</li> <li>控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易。</li> </ul> <p>平台经营者可提出以下理由证明行为具有正当性：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>因不可抗力等客观原因无法进行交易；</li> <li>因交易相对人原因，影响交易安全；</li> <li>与交易相对人交易将使平台经营者利益发生不当减损；</li> <li>交易相对人明确表示或者实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则；</li> </ul>

滥用行为	相关表现形式	考量因素/正当理由
限定交易	无正当理由，对交易相对人进行限定交易，排除、限制市场竞争	<ul style="list-style-type: none"> <li>能够证明行为具有正当性的其他理由。</li> </ul> <p>分析是否构成限定交易行为，可考虑是否有以下行为：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为；</li> <li>限定交易相对人与其进行独家交易；</li> <li>限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易；</li> <li>限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。</li> </ul> <p>平台经营者可提出以下理由证明行为具有正当性：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>为保护交易相对人和消费者利益所必须；</li> <li>为保护知识产权或者数据安全所必须；</li> <li>为保护针对交易进行的特定资源投入所必须；</li> <li>为维护平台合理的经营模式所必须；</li> <li>能够证明行为具有正当性的其他理由。</li> </ul>
搭售或者附加不合理交易条件	无正当理由，实施搭售或者附加不合理交易条件，排除、限制市场竞争	<p>分析是否构成搭售或者附加不合理交易条件，可考虑是否有以下行为：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>利用格式条款、弹窗、操作必经步骤等交易相对人无法选择、更改、拒绝的方式，将不同商品进行捆绑销售；</li> <li>以搜索降权、流量限制、技术障碍等惩罚性措施，强制交易相对人接受其他商品；</li> <li>对交易条件和方式、服务提供方式、付款方式和手段、售后保障等附加不合理限制；</li> <li>在交易价格之外额外收取不合理费用；</li> <li>强制收集用户信息或附加与交易标的无关的交易条件。</li> </ul> <p>平台经营者可提出以下理由证明搭售行为具有正当性：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>符合正当的行业惯例和交易习惯；</li> <li>为保护交易相对人和消费者利益所必须；</li> <li>为提升商品使用价值或效率所必须；</li> <li>为维护平台正常运行所必须；</li> <li>能够证明行为具有正当性的其他理由。</li> </ul>

滥用行为	相关表现形式	考量因素/正当理由
差别待遇	无正当理由，对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇，排除、限制市场竞争	<p>分析是否构成差别待遇，可考虑以下因素：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● 基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件；</li> <li>● 基于大数据和算法，对新老交易相对人实行差异性交易价格或者其他交易条件；</li> <li>● 实行差异性标准、规则、算法；</li> <li>● 实行差异性付款条件和交易方式。</li> </ul> <p>平台经营者可提出以下理由证明行为具有正当性：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● 根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件；</li> <li>● 针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动；</li> <li>● 基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易；</li> <li>● 能够证明行为具有正当性的其他理由。</li> </ul>