

Anti-trust Compliance

数字经济下的 平台反垄断合规报告

DIGITAL ECONOMY & PLATFORM COMPANIES

如何理解与把控排他性交易
（“二选一”）的竞争合规性？

什么是扼杀式并购？
执法重点与合规路径在何方？

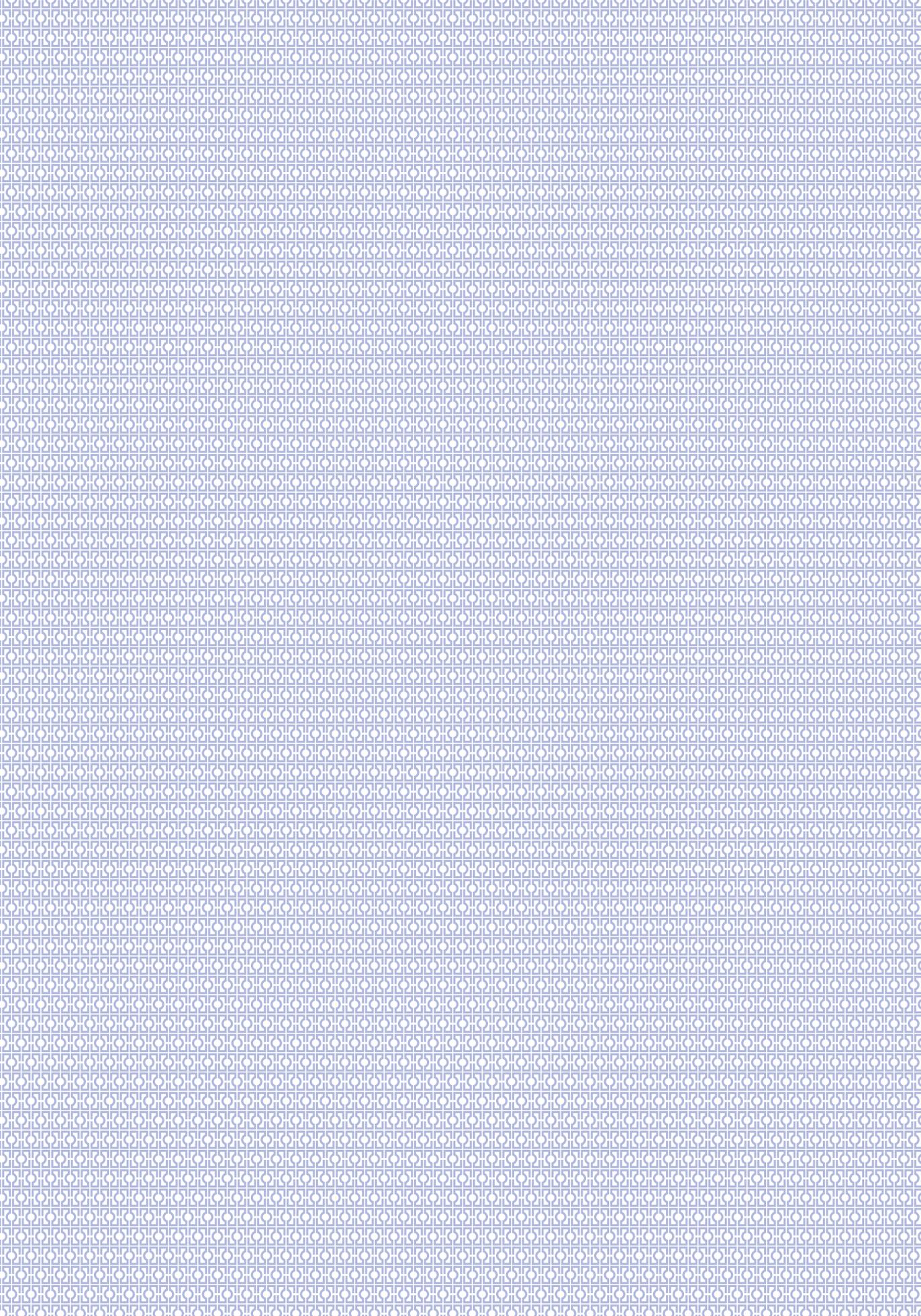
经营者集中引入“停钟”制度，
平台合规如何依法灵活布局？

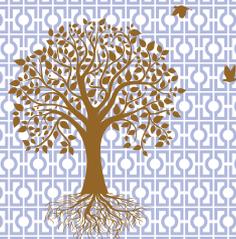
大数据为什么“杀熟”？
如何结合法律与数据的双向赋能？

纵横交错的互联网平台语境下，
如何认定轴辐协议？
怎样规避平台轴辐协议的风险？

什么才是真正引人担忧的算法合谋？
算法合谋和平行行为的边界在哪里？







中伦研究院出品

CONTENTS 目录



P 006

前言

CHAPTER 01

P 009

观察 | 数字经济时代的平台竞争及反垄断规制

序	数字经济时代的平台竞争	010
1.1	观察与展望:平台经济领域的反垄断监管	015
1.2	平台经济领域反垄断监管升级:《指南》正式版亮点探析	027

CHAPTER 02

P 038

垄断协议

2.1	算法的运用与反垄断合规风险	039
2.2	迫在眉睫还是杞人忧天?算法合谋的反垄断监管趋势	050
2.3	互联网平台狭义最惠客户待遇条款 ——合法或违法,这是个问题	060
2.4	平台经济语境下轴辐协议的反垄断规制	077

CONTENTS 目录



CHAPTER 03

P 091

滥用行为

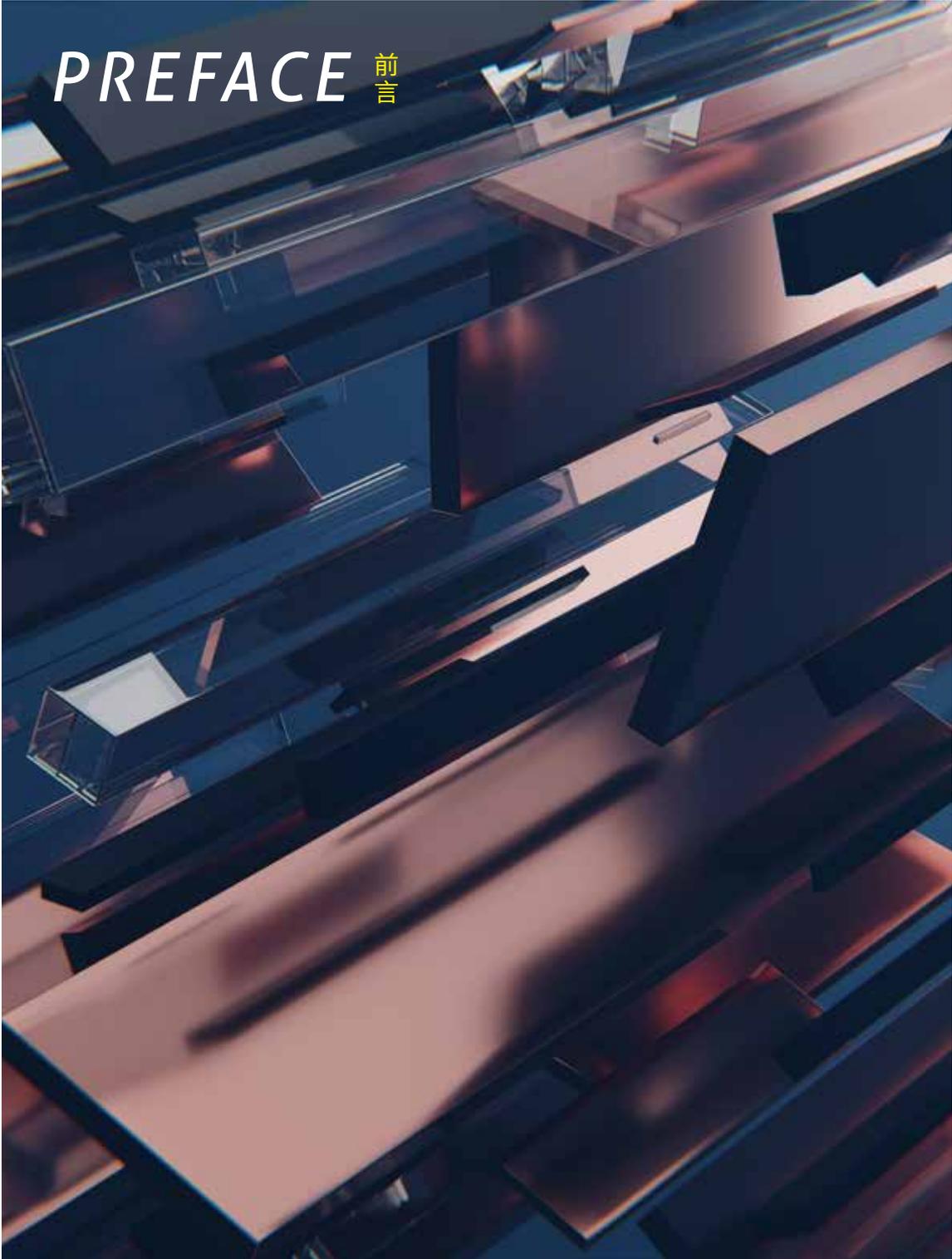
- | | | |
|-----|---|-----|
| 3.1 | 平台经济领域拒绝交易行为的反垄断规制分析 | 092 |
| 3.2 | 平台经济中“二选一”行为风险与合规 | 109 |
| 3.3 | “二选一”强监管背景下排他交易的竞争合规边界 | 124 |
| 3.4 | 个人信息保护与市场竞争的交集
——从强制收集非必要用户信息行为的反垄断法风险说起 | 134 |
| 3.5 | “大数据”双刃剑？
——我国“大数据杀熟”的立法规制与法律实践 | 143 |
| 3.6 | 商业常理还是垄断行为？
浅议平台经济领域中的自我优待问题 | 154 |

CHAPTER 04

P 164

经营者集中

- | | | |
|-----|----------------------------------|-----|
| 4.1 | 互联网平台领域的扼杀式并购：
近期欧美反垄断规制趋势小问答 | 165 |
| 4.2 | 准线几何？——平台经济领域经营者集中申报标准再解读 | 176 |
| 4.3 | 中国反垄断申报新动向：VIE结构不再是申报“盲区” | 189 |



PREFACE 前言

数字经济是继农业经济、工业经济之后的主要经济形态,依托互联网、大数据、云计算、人工智能、区块链等技术的数字化转型,正在驱动新一轮科技革命和产业变革。大力发展数字经济,把握时代脉搏已然成为未来发展的新格局。数字经济在技术、商品、服务等多个方向加速渗透进日常生活,互联网已经成为人们日常生活中不可分割的重要部分,平台企业呈现着爆发性增长的态势。截至2021年5月底,全球市值Top10企业中,有七家是互联网平台企业。平台企业利用新兴技术,不断探索和挖掘新的商业领域与业务机会,拓宽新的业务边界。而其中部分企业逐步成长为行业巨头,在疯狂推动业务发展的同时,也蚕食着竞争市场的每一份可能。

近年来,为应对各大互联网平台企业的反竞争行为,各国均在不同程度上收紧了对互联网平台企业的监管态度,在以往反垄断规制手段的基础上,对平台,特别是大型平台提出了更高的要求。规范数字经济发展,坚持促进发展和监管规范两手抓,已经成为世界各国的共识。一系列针对科技企业的反垄断调查,掀起了一股互联网平台企业的反垄断浪潮,并迅速激荡全球。欧盟、美国等众多反垄断司法辖区频频发起针对互联网巨头的反垄断调查,这其中以针对GAF A (Google, Apple, Facebook and Amazon) 的监管最为引人瞩目。而在国内,我国反垄断执法部门也积极立足反垄断立法实际,迅速密集地进行了一系列针对互联网行业的反垄断调查和执法:截止2021年12月31日,市场监督管理总局2021全年办结垄断案件及违法实施经营者集中案近200件,罚没金额超过230亿。另外,在监管不断收紧的趋势下,2021年10月23日第十三届全国人大常委会第三十一次会议审议并公布了《反垄断法(修正草案)》(征求意见稿)这一与时俱进的反垄断文件指引;在2021年11月18日,国家反垄断局正式挂牌,进一步完善了反垄断执法的体制机制。无论是平台“巨头”还是互联网中小型企业,均可能被这股浪潮影响,面临从严监管、事前监

管、多元化监管的反垄断监管新挑战。

法治是最好的营商环境。我国平台经济迅速发展,互联网平台企业日益壮大,不断为消费者带来全新的互联网体验的同时,也面临着日益凸显的市场垄断、无序扩张、野蛮生长的问题,出现了一系列损害消费者权益、损害个人信息安全、严重影响市场竞争秩序的问题,例如常见的平台拒绝交易、算法合谋、“二选一”行为、价格歧视等行为。因此,国务院反垄断委员会发布了专门解决互联网平台企业反垄断问题的《关于平台经济领域的反垄断指南》;而为了帮助互联网平台企业合法合规经营,国务院反垄断委员会、市场监督管理总局也相继发布了《经营者反垄断合规指南》《企业境外反垄断合规指引》等等。由此可见,我国的互联网平台反垄断已经逐步走上正轨,企业必须时刻关注相关立法执法活动,把握监管态度,保证自身的合规发展。

立足中国,放眼世界。在全球平台反垄断监管激荡的大环境下,《中伦数字经济下的平台反垄断合规报告》重点关注垄断协议、滥用行为、经营者集中等难点实务问题,结合中伦在反垄断领域丰富的执业经验,解构平台企业正在面临的多重反垄断合规挑战,全面助力企业构筑反垄断合规体系,用法律赋能企业在数字经济发展的浪潮中执帆远航。

Chapter One

观察 |

数字经济时代的

平台竞争及反垄断规制



序：
数字经济时代的平台竞争

1. Shifting the competitive process from competition in the market to competition for the market.

尽管受到新冠疫情的影响,数字经济逆风上扬,成为整体全球经济衰退背景下的一道靓丽的高速增长风景线。截至2021年5月底,全球市值Top10企业中,有七家是平台企业,分别是美国苹果、微软、亚马逊、Alphabet Inc.和脸书以及中国的腾讯和阿里巴巴。

数字经济下,平台企业的发展速度远远超出传统企业,相对来说,平台型企业的产能具有较大弹性,平台之上,企业可以利用数字和技术不断挖掘新的商业机会,开拓新的业务板块。以腾讯为例,其从社交软件起家,在获取了QQ、微信两款社交软件超过10亿人的流量后,又凭借其流量优势,迅速进军支付、游戏、音乐、视频、电商等领域,呈现出爆发性的成长态势。正如美国国会在《数字竞争的调查》中所言:竞争的方向早已从“市场内竞争”,转变成“为了市场的竞争”¹。

当大企业成长为行业巨头,往往能够在技术的推动下不断延展边界、扩大可及市场(Total addressable market),一步步吞噬市场份额。优秀的新兴初创企业是大中型平台的竞争对手,往往也是收购的潜在目标。大中型平台在已经占据较多市场份额的情况下,也常常会选择通过收购来提高自身的市场集中度。长此以往,数字经济下行业的市场集中度便会越来越高。国家市场监督管理总局于2021年9月发布的《反垄断年底执法报告2020》中指出:“头部企业凭借强大的技术实力、各项业务的协同效应和新兴业务的拓展能力在核心业务上取得明显的竞争优势,同时开展全领域投资布局,不断拓展生态体系的覆盖范围。”面对这一可能造成市场垄断的局面,监管部门明确指出:“对于互联网领域经营者一方为初创企业或新兴平台的,即使未达到经营者集中申报标准,但可能具有排除、限制竞争效果的,反垄断执法机构将主动展开调查。”

数字经济下,各方市场主体通过平台交易,平台本身即构成了双边市场,具有强大的网络效应,广泛用于指导反垄断执法实践的SSNIP测试在界定相关市场时存在一定困难。“长尾理论”冲击传统经济下的“二八定律”,使得平台能够快速聚合商品和市场,形成规模化的市场竞争力。

平台还能够利用数据、机器学习等技术手段加速市场的集中化和平台的规模化。对此,部分西方国家和地区似乎正在试图另辟蹊径,绕开传统反垄断工具中“相关市场界定”这一先决条件,直接将监管和规制的对象锁定在大型头部平台企业。当这些大型头部平台同时扮演了“守门人”及“使用者”的双重角色,更是极有可能诱发拒绝交易行为或者对纵向整合的下游企业给予一定优待等限制竞争行为,触发反垄断风险。

近年来,我国平台经济迅速发展,互联网平台企业快速壮大,在满足消费者需求等方面作出积极贡献。但与此同时,市场垄断、无序扩张、野蛮生长的问题日益凸显,出现了限制竞争、赢者通吃、价格歧视、泄露个人隐私、损害消费者权益、风险隐患积累等一系列问题,在监管环节也存在滞后甚至空白的情况。²为此,在国家市场监督管理总局的推动下,相关部门扎实推进了《反垄断法》修订工作,丰富了反垄断指南体系,为了适应反垄断统一执法的需要,在总结执法经验,充分征求各方意见和吸收借鉴国际经验的基础上,加快完善了反垄断配套立法以提升反垄断监管效能。³

2021年2月7日,国家市场监督管理总局发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称“《指南》”),立足我国平台经济和平台企业发展现状和特点,深入总结执法经验,充分借鉴其他主要经济体平台经济领域竞争规则的相关经验,以理论研究和实证为相关平台企业提供了重要的监管参考⁴;旨在依法应对挑战,抵御风险,在法治轨道上推进国家治理,解决互联网行业长期以来存在的某些较为严重的垄断乱象,为平台经济的健康发展提供良好的监管环境与基础。2021年10月23日发布的《反垄断法(修正草案)》(征求意见稿)也对互联网领域的反垄断工作进行重点强调,尤其强调了平台经济中的滥用市场支配地位行为,包括利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍,对其他经营者进行不合理限制(第22条)。从2020年底以来的立法和执法趋势来看,长期、坚定地推进互联网领域的反垄断已是立法与执法的大势所趋。

2. 中央财经委员会办公室副主任韩文秀在12月19日召开的“2020-2021中国经济年会”上的发言,参考链接:
http://www.xinhuanet.com/fortune/2020-12/27/c_1126911793.htm

3. 国家市场监督管理总局:《反垄断年度执法报告2020》。

4. 同上。



新一轮科技革命中,数据扮演了极为重要的角色,利用海量数据、算法技术,辅之以资本优势,新技术和新业态的出现在一定程度上冲击了现有反垄断监管体系,然而,这些变化并不必然会带来全新的法律问题。例如当算法作为企业合谋的工具,实施价格联动时,技术的高效率和隐蔽性给反垄断监管与执法造成了一定的难度,但却并未超出《反垄断法》及《指南》的规制范围(《指南》第六条第(二)(三)款也规定了禁止具有竞争关系的平台经济领域竞争者利用技术手段进行意思联络;利用数据、算法、平台规则等实现协调一致行为。)由此我们可以看出,只要满足相对应的构成要件,《反垄断法》及相关法律法规当然地可以适用于基于技术的进步而产生的新型商业业态。

从执法的角度来看,顺应中央在中共中央政治局会议上提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”的重要战略工作部署,2021年以来,反垄断执法部门也积极立足反垄断立法实际,直击相关互联网企业发展痛点,

大力推进平台经济领域互联网行业的反垄断执法行动,迅速密集地进行了一系列有针对性的反垄断调查和执法。截止至2021年底,市场监管总局对2家互联网巨头滥用市场支配地位的行为进行了严肃处理,认定其排除、限制了相关市场竞争,并对其处以高额罚金;对未依法申报经营者集中的互联网企业处以顶格罚款;直接否决了两家大型互联网企业的企业合并。

平台经济反垄断这股“劲风”已经席卷全球,各国纷纷加强了对数字化平台企业的反垄断监管力度,无论是平台“巨头”还是中小型企业,均可能被这股浪潮影响,面临从严监管、事前监管、多元化监管的反垄断监管新挑战;对监管机构而言,平台经济兴起所产生的新兴问题也带来了全新的反垄断风险。我国“十四五”规划明确指出,“加快数字化发展,建设数字中国”是下一阶段的工作目标,由此可见,平台经济的创新性发展道路依旧前景广阔。我们理解,数字经济大环境下,平台企业是我国经济生产生活和社会运行治理中的重要环节,是主动拥抱政府监管、推动市场经济在法治轨道上创新发展的生力军。平台企业在不断发展自身实力,促进创新要素自由流动的同时,更需时刻关注政策更新与监管动向,保护市场竞争的公平性,在创新与竞争的相辅相成中探索进步,成就未来,助力实现经济效应、社会效应和法律相应的有机统一。



作者：薛熠、谷田

观察与展望： 平台经济领域的反垄断监管

2020年至今,平台经济领域刮起了一场席卷全球的反垄断风暴,且远未有尘埃落定之势。相反,一系列反垄断监管行动似乎只是将风暴的上半场推向了一个小高潮,其未来走向仍然悬而未决:针对互联网巨头的一系列反垄断调查、诉讼将在多大程度上影响科技企业的商业命运?政府创新性的政策工具与干预手段能否重塑数字市场的行业生态?平台经济领域的反垄断监管风暴是否预示着一轮广义上的反垄断强监管周期的到来?可以预见,在未来一段时间内,强化平台监管,促进其与社会经济的整体协调发展都将是全球主要国家和地区的政策常态。而对于广大平台经济领域的经营者而言,反垄断乃至更广义上的合规任重而道远。

SECTION 001

挑战:平台经济领域的反垄断监管困境

伴随着新一轮科技和产业革命,平台经济以一种创新的生产力组织方式和商业模式在全球范围内迅速发展,截至目前,全球市值Top10企业中有七家是平台企业。平台经济在带来创新和效率的同时,又因其网络效应、数据驱动、跨界传导等特性催生了新的问题,其中,平台经济对反垄断和竞争监管的挑战突出表现在以下两个方面:

(一) 平台经济领域垄断行为的认定具有复杂性

相比于传统的垄断行为,数据、技术和新型的商业模式提高了识别和认定平台经济领域的新型垄断行为的成本。

首先,数据和算法的强强联合提高了平台企业实施垄断行为的能力。例如,算法作为工具既能够便利价格合谋的达成,又能够提高合谋的

1. 四企业集中度,即最大的四家企业的产出占总产出的百分比。

2. 参见:《平台经济与竞争政策观察(2021)》,中国信息通信研究政策与经济研究所,2021年5月发布。

隐蔽性;又如,大数据和算法赋予了平台企业通过用户画像洞悉个体消费者购买意愿的能力,“大数据杀熟”使得传统行业中由于信息不对称而难以实现的一级价格歧视逐渐成为可能。

此外,平台企业特殊的商业模式易导致潜在竞争问题被忽视。平台经济在多边市场开展竞争,针对一边的免费的竞争策略、高额的补贴在初期常常被认为是有利于消费者福利,而其潜在的竞争问题则容易被忽略;而对于初创企业的并购也常常因为未达到申报门槛或未能充分考虑数据、技术等竞争要素而未受到充分的竞争评估。

另一方面,即使在充分认识到平台经济领域新型垄断行为的潜在竞争损害的情况下,**平台经济的诸多特性又使相关市场界定、支配地位认定、竞争影响评估变得异常复杂**,竞争监管中关于干预不足与干预错误的摇摆与纠结在平台经济领域尤为突出。

(二) 反垄断事后监管呈现出明显的滞后性

正是由于平台经济领域垄断行为的复杂性和认定的困难,平台经济领域的反垄断监管呈现出明显滞后性。

一方面,由于传统的竞争政策在保护创新和市场效率的价值取向向下**未能对高速发展的平台经济作出及时的反应**,在某些领域,平台巨头已经筑起牢不可破的商业帝国,并借助市场势力的“传导效应”以“自我优待”的方式进一步扩大势力范围,加之平台经济具有较强的网络效应和规模效应,资源、技术和用户愈发向平台巨头集中,从而形成了较高的**市场进入壁垒**。以我国为例,平台经济典型领域已呈现高度集中的格局,据统计,即时通讯、移动支付、游戏直播、搜索引擎、网络音乐、网上外卖、电商直播等市场CR4¹均超过了90%,综合视频、网约车、网上零售、娱乐直播等市场CR4也在80%以上²。

另一方面,**反垄断案件耗时较长,从垄断行为开始发生到最终救济措施落地通常要经历漫长的周期**,竞争损害能否得到及时、有效的救济



常常受到质疑。而对于那些已经根植于民众生活甚至成为一种新公用设施的大型平台而言,事后监管和相应的救济措施是否足够有效也成为了监管者需要考虑的重要议题。

SECTION 002

对策:立法创新与执法深化

面对平台经济带来的新问题和挑战,全球主要经济体近年来对数字市场的反垄断监管进行了持续的探索,已逐步积累了一定的理论和实践经验。自2020年开始,全球范围内的平台经济领域竞争政策和监管实践显现出重大的变化的创新,监管者对于以平台经济为代表的数字市场治理表现出更大的决心,对于应对平台经济竞争问题方面也开始变得更有经验。

(一) 欧盟：从铁腕执法到创新立法

欧盟对于科技巨头的反垄断执法向来以铁腕闻名，过往曾针对个人电脑操作系统、芯片、搜索引擎、移动设备操作系统等领域的垄断行为开出过多项令人瞩目的罚单，陆续在进展中的对于其他知名科技巨头的调查也备受瞩目。但是，传统反垄断监管的滞后性确实掣肘有效的监管和救济，个案处罚并未能实现其为本土企业创造公平竞争环境的政策目标。对于这一问题，**欧盟的对策是：通过创新立法的方式直指科技巨头，为其设定特定的义务，对其进行事前行为监管。**

2020年12月15日，欧盟委员会公布了两项立法提案——《数字服务法案》和《数字市场法案》，被视为欧盟委员会打造“适应数字时代的欧洲”的核心举措，其中，《数字市场法案》针对具有特定市场量的大型数字平台，旨在严格限制其实施不公平竞争行为。《数字市场法案》的核心举措主要包括：

1. 锁定重点监管对象：划定“数字守门人 (digital gatekeeper)”范围

“数字守门人”指对欧盟市场具有强大影响力、提供“核心平台服务”并作为企业用户接触终端用户的重要通道、在市场中持久占据或可预见将会占据稳固地位的平台，即满足以下两个条件：



其中，核心服务包括：网上中介服务、搜索引擎、社交网络、视频分享、即时通讯、操作系统、云计算和在线广告；特定规模则需同时符合以下条件：过去三个财年在欧盟年营业额达65亿欧元或在上一财年平均市值或估值达650亿欧元、上一财年中月活终端用户超过4500万（约10%欧盟人口）或年活企业用户超过1万及过去三个财年中每年都能达到以上

两个条件。

2.明确重点规制行为:设定“数字守门人”具体义务

《数字市场法案》对于“数字守门人”提出了若干既包括“当为”又包括“不为”的具体义务,现今平台巨头饱受诟病的种种商业策略和行为大多都在《数字市场法案》的管制之下。例如:“数字守门人”应当允许向其商业用户提供访问其在数字守门人平台上的活动所产生的数据、允许其商业用户在数字守门人的平台之外推广其产品或服务并达成交易;“数字守门人”不得使用从其商业用户那里获得的数据与这些商业用户竞争、不得在排名上进行自我优待等。

(二)德国:全面修订竞争法回应数字化挑战

德国应对数字市场挑战的对策与欧盟的思路类似,即以制度创新的方式绕开传统反垄断监管的技术壁垒与滞后性弊端,使之可以更早、更有效地干预反竞争行为。但是,不同于创设新型法律的欧盟实践,德国在原有竞争法律的基础上进行了制度创新:联邦议会于2021年1月《反对限制竞争法第十修正案》(“第十修正案”),被称为“数字化的竞争法”。该法案的亮点主要包括:

1. “对跨市场竞争具有重要意义”的企业特殊监管

跨市场竞争在互联网领域非常普遍,平台巨头普遍涉足不同市场领域或与其中的各类主体之间存在紧密的关联。比如,在社交平台,用户既可以使用社交的基本功能,同时又可以使用其购物、支付功能,而平台基于社交属性又可作为有效的推广渠道,用户可在其中分享物品、视频、音乐等产品信息,此时,平台采取的商业策略(例如,封禁或者互操作性的降低)都可能影响其他领域的竞争。

第十修正案首先规定了如何认定跨市场竞争地位,一旦企业被认定为“对跨市场竞争具有重要意义”,其有效期可长达五年,便于后续适用特殊的规则实现快速、有效监管;其次,对于被认定为“对跨市场

竞争具有重要意义”的企业，联邦卡特尔局可以以颁布禁令的形式对其实施的特定限制竞争行为进行事前监管；最后，被诉企业对于联邦卡特尔局施加的救济措施提出上诉的，上诉将直接由联邦最高法院受理，以缩短诉讼周期。

2.数据将在反垄断执法中发挥重要作用

首先，在评估市场地位时，数据被赋予了与市场份额等传统指标同等的重要性，成为衡量市场支配地位的基本标准；其次，第十修正案明确数据可以构成必需设施，而一旦构成必需设施，控制数据的企业可能被要求向依赖该等数据的企业开放，即使该等数据资源并无交易先例；再次，将传统上属于数据保护范畴的行为（例如，在未给与用户充分选择的情况下将同意其数据处理作为使用其服务的前提条件）纳入滥用行为的监管。



3. 并购审查重点关注大型企业

一方面,第十修正案提高了并购交易触发反垄断申报要求的门槛;另一方面,因提高申报门槛而节省下来的反垄断行政资源将被用于对超大型企业进行更严格的并购控制,以便有效监管扼杀式并购。具体而言,对特定的大型企业,联邦卡特尔局可对其适用更低的申报标准,并要求其在三年内通报所有满足该等较低标准的并购交易。

(三)美国:反垄断监管向本土平台巨头宣战

相较于欧洲,作为科技巨头摇篮的美国在过往一段时间里对于平台企业的反垄断执法并不活跃。然而自《数字市场竞争调查报告》(“**报告**”)的发布以来,美国反垄断监管的政策风向发生了急剧的变化:**对平台巨头的反竞争行为进行全面控诉,提出激进的监管措施,并开展一系列针对平台巨头的反垄断调查和诉讼。**

报告对相关数字市场的行业特点、竞争格局和潜在竞争问题进行了分析,并在总体市场分析的基础上着重对平台巨头竞争问题进行了讨论。虽然四大巨头所从事的业务和实施的具体行为有所不同,但其存在共性的竞争问题,主要表现为利用数据监视竞争对手的行为或对其进行封锁、利用扼杀式并购消除竞争威胁、通过自我优待、排他性行为滥用市场控制力等。

针对平台巨头的竞争问题,报告提出的监管措施也相当激进。例如:进行结构性分拆,以限制具有支配力量的平台所经营的业务领域;禁止具有支配力量的平台进行自我优待,要求其对同等产品和服务提供同等条件;推定具有支配力量的平台未来的合并交易具有反竞争性等。

报告以及一系列针对科技巨头的反垄断调查和诉讼预示着美国收紧反垄断监管的趋势,但报告中提出的激进的监管措施以及对反垄断法修订的建议在多大程度上能够落实还有待利益主体的博弈。

3. 例如：人人诉百度案、某两家著名平台企业商业大战中强制用户“二选一”以及诉讼纠纷。

(四)中国：“组合拳”治理平台经济领域垄断问题

平台经济从发展初期到开始迅速增长的这一阶段，我国的监管策略呈现出包容审慎的特征，期间若干互联网领域的垄断纠纷民事案件³开启了对平台经济领域垄断问题的初步探索。随后，互联网领域迎来了爆发式的增长，多起细分行业头部企业之间的合并、大型平台的跨界并购、补贴大战、“二选一”策略开始引发关注和担忧。**尽管中国平台经济有自身的发展特点和特有的问题，但也同样面临全球平台反垄断监管所共有的痛点，从包容审慎监管到全面监管、事前监管成为顺理成章的选择。从具体的举措来看，中国的对策相比之下更为直接、灵活和迅速。**

1. 反垄断指南明确平台反垄断基本原则与分析思路

2021年2月7日，国务院反垄断委员会正式发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》（“指南”）。指南以《反垄断法》为基础，充分考虑了平台经济的特点，明确了平台经济领域反垄断执法的基本原则和分析思路。一方面，确立了平台经济领域相关市场界定、支配地位认定原则和方法，另一方面也将平台经济领域特有的竞争行为纳入反垄断监管，结合垄断协议、滥用市场支配地位的传统理论和规则针对“算法合谋”“最惠国条款”“大数据杀熟”“二选一”“扼杀式并购”等焦点问题提出规制思路。

2. 高效执法处罚平台垄断突出问题

在中央“强化反垄断和防止资本无序扩张”的要求引领下，市场监管总局密集地开展了一系列针对平台经营者反垄断执法活动，其中不乏有过往引起广泛关注和讨论的“二选一”“最惠国条款”“音乐版权独家授权”等问题。相比于西方国家动辄旷日持久的调查和处罚，我国反垄断执法机构的行动相当迅速。截至2021年10月15日，市场监管总局立案调查互联网行业滥用市场支配地位案件3件；查结违法实施经营者集中案件49件，包含了横向集中、纵向集中及混合集中案件。

平台经济领域的反垄断执法行动

反垄断调查

- ◆2020年12月24日,市场监管总局依法对某电子商务平台企业涉嫌垄断行为立案调查,并于2021年4月10日对其在中国境内网络零售平台服务市场实施的“二选一”垄断行为作出行政处罚
- ◆2021年4月12日,市场监管总局公布上海市市场监管局于2020年12月25日对某英文外卖平台实施的限定交易垄断行为作出的行政处罚
- ◆2021年4月26日,市场监管总局依法对某餐饮外卖/生活服务平台涉嫌“二选一”垄断行为立案调查

禁止具有排除限制竞争效果的经营者集中

- ◆2021年7月10日,市场监管总局决定禁止某两家直播平台企业的合并案

未依法申报经营者集中处罚

- ◆2020年12月14日,市场监管总局依法对互联网领域三起未依法申报违法实施经营者集中案作出行政处罚
- ◆2021年3月12日,市场监管总局依法对互联网领域十起违法实施经营者集中案做出行政处罚
- ◆2021年4月30日,市场监管总局依法对互联网领域九起违法实施经营者集中案作出行政处罚
- ◆2021年7月7日,市场监管总局依法对互联网领域二十二起违法实施经营者集中案作出行政处罚
- ◆2021年7月24日,市场监管总局依法对中国网络音乐播放平台市场的一起违法实施经营者集中案作出行政处罚,除处以罚款外还包括责令当事人及其关联公司采取解除独家音乐版权、停止高额预付金等版权费用支付方式、无正当理由不得要求上游版权方给予其优于竞争对手的条件等恢复市场竞争状态的措施

3.行政指导助力事前监管

值得关注的是,市场监管总局在针对部分平台巨头作出行政处罚的同时也出具了《行政指导书》,对被处罚企业提出了全面规范自身竞争行为、严格落实平台企业主体责任、完善企业内部合规控制制度、保护平台内经营者和消费者合法权益等要求,并责令其持续进行合规报告。在调

查与处罚之外,市场监管总局还曾会同中央网信办、税务总局召开互联网平台企业行政指导会,会议指出强迫实施“二选一”、滥用市场支配地位、实施“掐尖并购”、烧钱抢占社区团购市场、实施大数据杀熟、漠视假冒伪劣、信息泄露以及实施涉税违法行为等问题必须严肃整治;地方市场监管部门也相继组织执法辖区内的互联网企业开展行政指导会,督促其依法合规经营。

SECTION 003

趋势:创新监管手段,规范与发展并重

从宏观趋势上来看,全球主要国家和地区均加大了针对数字平台企业的反垄断监管力度,并可能持续发展为一段反垄断强监管周期,无论是平台巨头,还是行业内的其他经营者,乃至其他领域的企业,未来都可能面临更高的反垄断合规压力。尽管各个国家和地区采取的举措各有千秋,但从近期创新的立法和活跃的执法活动来看,平台经济领域的反垄断监管总体而言呈现出如下趋势:

第一,平台经营者,特别是在相关领域具有一定市场力量的大型平台被赋予了超越一般反垄断合规义务的特殊平台义务。一些颇受指摘但在传统反垄断法分析框架下又难有论断的竞争行为在平台经济的背景下变得黑白分明起来。平台企业因为其“既是运动员又是裁判”的身份,在商业合作模式、数据收集和处理、平台规则和广告透明度等方面都被赋予了更高的合规义务。大型平台企业为自身业务创造竞争优势的行为(在集团内多个业务之间整合和共享数据、利用平台规则剥夺平台内企业的客户数据,算法排名优待自有业务等)可能会被判定为违法。

第二,事前监管或将成为常态,多元化监管共同规制平台竞争行为。欧盟、德国以及美国的相关提案体现了通过创新立法的方式创设事前监

管制度来规制大型平台的竞争行为,我国则通过行政指导的方式要求平台企业履行持续的合规自查和报告义务。另外,除了反垄断法律以外,平台竞争行为同时也会受到数据合规与保护、消费者权益保护、行业部门法律的交叉监管。在我国,即便是远不足以认定为支配地位的平台企业,也可能因与平台巨头类似的竞争策略而受到电子商务、反不正当竞争、反价格违法相关规定及行业监管法规的制裁。 ㉔



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



作者：余昕刚、蒋蕙匡、徐浩哲

平台经济领域反垄断监管升级： 《指南》正式版亮点探析

2007年发布的《反垄断法》依旧是我国执行相关监管的基础法律和重要参考。但随着我国社会主义特色经济的不断发展,原本的《反垄断法》可能无法全面应对时代变迁所产生的监管需求。为积极落实响应党中央及国务院的政策部署,全国人民代表大会常务委员会开展研究,深入调研,积极参考国内外相关经验,于2021年10月23日发布了《反垄断法(修正草案)》(征求意见稿)(“《修正草案》”),公开对《反垄断法》的修正征求意见,以期适应新时代新经济的新兴需求。与现行《反垄断法》比较,《修正草案》有多处增改,如针对互联网领域经营者,其特别强调,“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍,对其他经营者进行不合理限制的,属于前款规定的滥用市场支配地位的行为”。

2021年2月7日,国家市场监督管理总局(“总局”)正式发布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(“《指南》”),并于当日起实施¹。自2020年11月总局发布《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》(“《征求意见稿》”)以来,以平台经济领域为代表的反垄断政策与执法均非常活跃:中央政治局会议要求将“强化反垄断和防止资本无序扩张”作为2021年经济工作重点;《2021年国务院政府工作报告》中国务院着重强调,“十四五”期间政府将“强化反垄断和防止资本无序扩张,坚决维护公平竞争市场环境。”²;全国人大已将《反垄断法》修订列入2021年预安排的重点立法工作³;总局就三起平台经济领域的未依法申报案件开出顶格罚单⁴。此次《指南》的正式发布实施距《征求意见稿》的公布仅不到3个月,进一步体现了我国对强化对平台经济领域监管的态度和决心,也与目前全球普遍加强反垄断监管的大环境趋势相合。

此外,平台经济领域的监管因其数字化特点,具有一定程度的特殊性,因此在相关企业针对反垄断监管问题进行企业合规建设时,也可能会涉及到《电子商务法》《反不正当竞争法》等法律法规、部门规章,我们在此总结平台经济领域反垄断监管可能涉及到的法律法规与相关指南如下:

1. 详情参见总局官网链接:

http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/20210207_325967.html

2. 详情参见新华社报道:

http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2020-12/11/c_1126850644.htm

3. 详情参见全国人大网:

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/f4fd27270f78471dbe8f88c31c47cb0f.shtml>

4. 详情参见总局官网链接:

<http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/>

序号	法律法规名称	发布机关	生效时间
1	反垄断相关法律法规		
1.1	《中华人民共和国反垄断法》	全国人民代表大会常务委员会	2008/08/01
1.2	《中华人民共和国反垄断法(修正草案)》	全国人民代表大会常务委员会	N/A
1.3	《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》	国家市场监督管理总局	2019/09/01
1.4	《禁止垄断协议暂行规定》	国家市场监督管理总局	2019/09/01
1.5	《经营者集中审查暂行规定》	国家市场监督管理总局	2020/12/01
1.6	《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定(2020修订)》	国家市场监督管理总局	2020/10/23
2	反垄断法相关指南		
2.1	《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》	国务院反垄断委员会	2009/05/24
2.2	《国务院反垄断委员会垄断案件经营者承诺指南》	国务院反垄断委员会	2019/01/04
2.3	《国务院反垄断委员会横向垄断协议案件宽大制度适用指南》	国务院反垄断委员会	2019/01/04
2.4	《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》	国务院反垄断委员会	2019/01/04
2.5	《经营者反垄断合规指南》	国务院反垄断委员会	2020/09/11
2.6	《关于平台经济领域的反垄断指南》	国务院反垄断委员会	2021/02/07
2.7	《企业境外反垄断合规指引》	国家市场监督管理总局	2021/11/18
3	其他价格与竞争相关的法律法规		
3.1	《中华人民共和国价格法》	全国人民代表大会常务委员会	1998/05/01
3.2	《中华人民共和国电子商务法》	全国人民代表大会常务委员会	2019/01/01
3.3	《中华人民共和国反不正当竞争法(2019修正)》	全国人民代表大会常务委员会	2019/04/23

总体而言,《指南》包括总则、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除限制竞争和附则等内容,在《反垄断法》框架的基础上界定平台、平台经营者、平台内经营者及平台经济领域经营者等基础概念,提出对平台经济开展反垄断监管应当坚持保护市场公平竞争、依法科学高效监管、激发创新创造活力、维护各方合法利益的原则。《指南》结合平台经济特点,明确了垄断协议的形式,对其他协同行为作出具体规定,对平台经济领域经营者达成横向和纵向垄断协议、轴辐协议以及认定平台经济领域协同行为的具体方式、执法考量因素等作出说明,并细化了宽大制度规定。⁵

针对社会广泛关注的“二选一”“大数据杀熟”等社会热点问题,《指南》也一一进行了回应:《指南》明确,认定平台经济领域滥用市场支配地位行为,通常需要先界定相关市场,分析经营者在相关市场是否具有支配地位,再根据个案情况分析是否构成滥用市场支配地位行为;并详细列举了认定或者推定经营者具有市场支配地位的考量因素,包括经营者的市场份额、相关市场竞争状况、经营者控制市场的能力、经营者的财力和技术条件、其他经营者的依赖程度、市场进入难易程度等。同时,《指南》逐一细化滥用市场支配地位行为表现形式,如不公平价格行为、低于成本销售、拒绝交易、限定交易、搭售或者附加不合理交易条件差别待遇等,促进平台经济领域各类市场主体依法合规经营。⁶

相比此前《征求意见稿》,《指南》对诸多条款细节进行了完善;对部分尚具争议的问题,做了删减或表述上的调整。本节将重点探析《指南》正式版相比《征求意见稿》的异同和亮点,厘清相关监管重点,为相关企业提供参考。

5. 市场监管总局官方发布,《平台经济领域反垄断指南发布》,参考链接:
http://www.gov.cn/xinwen/2021-02/07/content_5585764.htm

6. 同上。

一、平台经济领域的反垄断监管将兼顾国内市场竞争与企业国际竞争力(第1条)

此次《指南》在《征求意见稿》的基础上对平台经济领域的反垄断监管的多处表述进行调整。值得关注的是,《指南》新增“增强国际竞争力”的表述,并将其放入反垄断执法机构应坚持的“保护市场公平竞争”基本原则项下,体现我国反垄断执法也将兼顾国内市场与国际竞争:一方面,国内市场的公平竞争是我国平台经济企业长远发展的保障;另一方面,在全球市场背景下支持我国平台经济企业提升国际竞争力同样是政府监管不能忽视的考量因素,特别是在当前的国际局势复杂多变的大背景下,我国互联网平台企业在海外也将面临更多的监管压力,“增强国际竞争力”对我国平台经济显得尤为重要。此外,相比《征求意见稿》,《指南》也淡化了将“促进行业健康发展”作为专门原则的表述,但仍在“维护各方合法权益”原则项下提及“加强反垄断执法与行业监管统筹协调”。

二、明确市场界定在竞争分析中的基础性地位,就多边商品市场界定明确分析思路(第4条)

考虑到《征求意见稿》中“特定个案中”“可以不界定相关市场”、“横向垄断协议”“违法性认定上可不明确界定相关市场”等表述引起了各界的广泛争议,最终《指南》删除并简化了相关条款,仅保留“调查平台经济领域垄断协议、滥用市场支配地位案件和开展经营者集中反垄断审查,通常需要界定相关市场”的一般表述,体现了审慎的立法态度。与此同时,《指南》仍强调“不同类型垄断案件对于相关市场界定的实际需求不同”,在平台经济领域执法应“坚持个案分析原则”,将问题留给实务中的具体案例来解决。

此外,《指南》针对平台经济领域相关商品市场的界定明确了分析思路:“可以根据平台一边的商品界定相关商品市场;也可以根据平台所涉及的多边商品,分别界定多个相关商品市场,并考虑各相关商品市场之

间的相互关系和影响。当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时,可以根据该平台整体界定相关商品市场。”例如,当我们对某款电商软件界定相关商品市场时,取决于具体案情,可能需要考虑电商平台上的直营、第三方经营等不同模式,还可能需要考虑移动支付、广告营销等其他业务领域,乃至将电商平台作为整体界定相关市场的可能。

三、垄断协议可通过数据、算法、平台规则等形式达成,最惠国待遇、轴幅协议等特殊协议的认定进一步明确(第5条~第9条)

《指南》在《征求意见稿》的基础上,进一步明确了垄断协议的表现形式,即包括“利用数据、算法、平台规则等实现协调一致行为”等。但与此同时,《指南》排除了“有关经营者基于独立意思表示所作出的价格跟随等平行行为”,这意味着通过数据、算法、平台规则等方式存在的协调一致行为依然需要双方/各方的意思联络,单纯在形式上体现出协调一致的市场行为可能难以被推定为垄断协议。

《征求意见稿》曾提及“最惠国待遇条款”,《指南》并未直接使用这一表述,而是对具体的行为进行了描述:“平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为”,并表示此类行为“可能构成垄断协议,也可能构成滥用市场支配地位行为”。该等调整似乎意在回应实务中一方的市场力量发生变化时,可能出现纵向垄断协议与滥用市场支配地位产生竞合的问题。

就平台轴幅协议而言,《指南》基本延续了《征求意见稿》的表述,但明确通常由“具有竞争关系的平台内经营者”可能借助“平台经营者”的纵向关系或由其组织、协调而达成。考虑到轴幅协议的定性问题在业内尚未达成共识,《指南》将垄断协议的范围明确为《反垄断法》第13条和第14条,即涵盖了横向和纵向的相关情形。



四、市场支配地位认定的考虑因素进一步细化, 包括流量、活跃用户数、资本来源、用户转换成本等(第11条)

自2019年总局在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中首次提出“互联网等新经济业态经营者”的市场支配地位认定应考虑用户数量、网络效应、掌握和处理相关数据的能力等因素后, 在平台经济领域的市场支配地位认定因素上开始不断地细化与完善。《指南》在《反垄断法》的分析框架的基础上, 对平台经济领域的考虑因素进行了全面细致的列举, 以下几点值得互联网企业重点关注:

- ◆交易金额、交易数量、销售额、活跃用户数、点击量、使用时长等指标;
- ◆相关平台经营模式和网络效应, 是否具有能力决定价格、流量或其他交易条件;
- ◆投资者情况、资产规模、资本来源、盈利能力、融资能力、技术创新和应用能力、拥有的知识产权、掌握和处理相关数据的能力;
- ◆锁定效应、用户黏性, 以及其他经营者转向其他平台的可能性及转换成本;

◆市场准入、平台规模效应、资金投入规模、技术壁垒、用户多栖性、用户转换成本、数据获取的难易程度、用户习惯等。

五、低于成本销售会考虑平台免费吸引用户的实际情况和正当理由抗辩(第13条)

与传统经济不同,平台经营者常常通过某一侧商品市场的免费使用吸引用户进入,再通过多边市场的特点在其他领域(例如广告侧、会员制)中定价以获取收益。针对这种情况,《指南》提出:“在计算成本时,一般需要综合考虑平台涉及多边市场中各相关市场之间的成本关联情况。”

相比《征求意见稿》,《指南》还在“低于成本销售”中新增了两条正当理由:“在合理期限内为吸引新用户”与“在合理期限内开展促销活动”。考虑到近年来“价格补贴”“红包大战”等逐渐成为了平台经济领域吸引用户和业务增长的主要方式,《指南》新增的两条正当理由某种程度上将有利于互联网企业抗辩,但“合理期限”还需要在个案中具体分析。

六、平台可被认定为必需设施,细化拒绝交易的具体情形(第14条)

就必需设施的认定而言,《指南》在《征求意见稿》的基础上进一步调整。考虑到数据是否构成必需设施存在争议,《指南》删去了相关表述,并将“平台占有数据情况”纳入平台是否构成必需设施的考量因素中。根据《指南》的规定,认定相关平台是否构成必需设施,一般需要“综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素”。在近期的反垄断诉讼案件中,某互联网企业认为某平台软件属于具备市场支配地位的“基础设施”,法院在后续审理中对此问题的分析值得持续关注。

此外,《指南》在《征求意见稿》的基础上进一步细化了拒绝交易的具体情形,新增了“实质性削减与交易相对人的现有交易数量”作为认定的考虑因素。

七、明确无正当理由“二选一”为限定交易行为,并列举重点考虑情形(第15条)

相比《征求意见稿》中“交易相对人”的表述,《指南》将“二选一”的适用对象明确为“平台内经营者”(即向自然人、法人及其他市场主体提供经营场所、交易撮合、信息交流等互联网平台服务的经营者);并新增“通过其指定渠道等限定方式进行交易”作为认定平台经济领域限定交易的考虑因素。在此基础上,《指南》进一步对分析是否构成限定交易的重点考虑的两类限制情形进行阐述:(1)平台经营者通过“屏蔽店铺、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”,一般可以认定构成限定交易行为;(2)平台经营者通过“补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制”,需要结合具体证据进行效果分析。此外,《指南》还对限定交易行为可能具有的正当理由进行了细化,例如增加为保护“商业秘密”所必须这一理由。

八、明确无正当理由“大数据杀熟”为差别待遇行为,调整认定因素与正当理由(第17条)

《指南》明确将“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”的情形纳入分析是否构成差别待遇的考虑因素。相比《征求意见稿》,《指南》对一些差别待遇条款的细节之处进行了调整,比如删去有关“新老交易人”的认定因素;在正当理由中删去“首次交易”的条件,某种程度上扩大了互联网企业适用正当理由的范围。

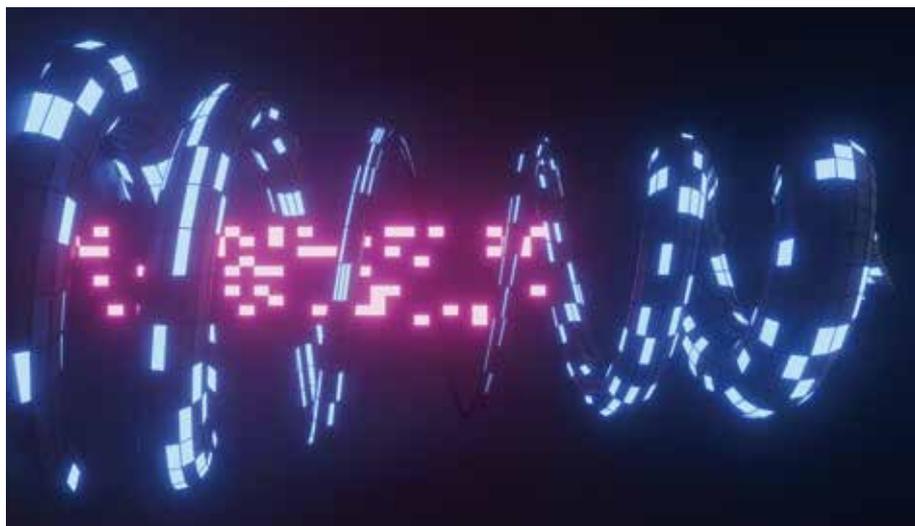
九、涉VIE架构交易属于反垄断审查范围, 平台营业额计算与传统行业存在区别(第18条)

与《征求意见稿》一样,《指南》同样明确了涉及协议控制架构的经营者集中,属于经营者集中反垄断审查范围。如上文所述,总局于2020年12月对三家平台类互联网企业的涉VIE结构交易的未依法申报进行行政处罚。在这三起案件中,总局均在法律规定范围内予以50万元顶格处罚,其中有两起交易自立案调查到作出行政处罚决定仅耗时40天,由此可见总局对于涉VIE架构的执法态度和决心。需提醒的是,涉VIE架构交易的经营者集中达到申报标准后的申报义务在《反垄断法》中已经明确,即便是发生在《指南》实施前的未依法申报交易,同样可能面临被执法机关调查和处罚的风险。

考虑到平台经济领域经营者的商业模式与传统行业存在区别,《指南》针对不同类型的平台企业营业额计算方法予以明确:

◆对于仅提供信息匹配、收取佣金等服务费的平台经营者,可以按照平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额;

◆平台经营者具体参与平台一侧市场竞争或者发挥主导作用的,还可以计算平台所涉交易金额(比如平台经营者开展自营业务)。



7.《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条：“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。”

十、针对初创企业或者新兴平台的扼杀式并购，执法机构可在未达申报标准时主动调查(第19条)

在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条⁷的基础上，《指南》提到反垄断执法机构高度关注以下经营者集中情形：

- ◆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。

相比《征求意见稿》明确提及要对上述情形在具有或者可能具有排除、限制竞争效果时应依法调查，《指南》在表述上做了淡化处理，但仍提示相关企业对于符合以上类型但未达申报标准的经营者集中(特别是平台经济领域针对初创企业或者新兴平台的扼杀式并购)，如果具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，执法机构将有权依法进行调查处理。

总之，《指南》虽然不具备严格意义上的法律约束力，但其对如何处理平台经济领域的反垄断问题提供了较为全面的思路，降低了法律适用的不确定性；也体现了我国反垄断执法机构在平台经济领域执法时会重点考虑的因素，可以帮助互联网企业在日常经营和商事交易过程中更好地开展反垄断合规工作，促进平台经济规范有序地发展。伴随科技的发展和互联网商业模式的创新，越来越多的企业进入到平台经济领域，此次《指南》的正式发布必将会掀起新一轮执法浪潮，《指南》的规定和思路又将如何在实践中落地?值得我们持续关注。☞



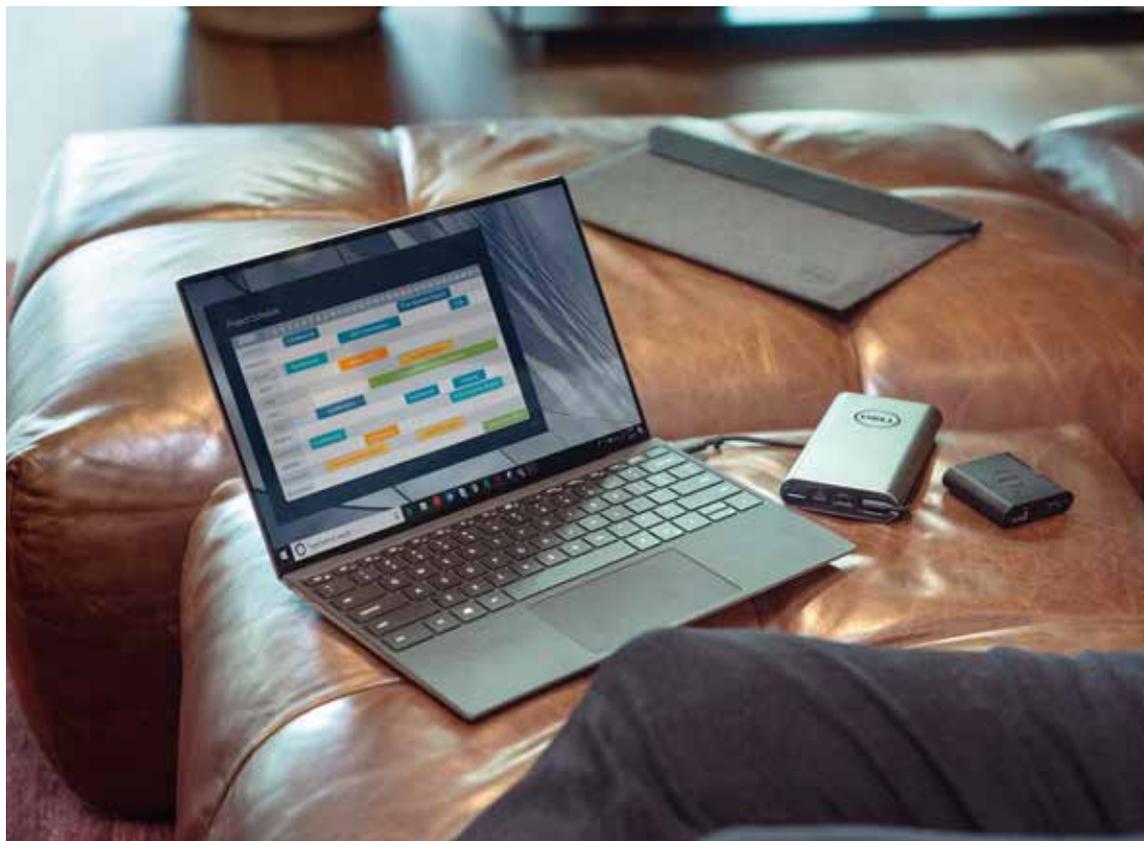
余昕刚
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scotty@zhonglun.com



蒋蕙匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com

Chapter *Two*

垄断协议



作者:吴鹏、龙睿

算法的运用 与反垄断合规风险

在数字经济和平台经济中，“算法”是个非常热门的话题，某种程度上，可以说数据、算法和算力是数字经济的核心驱动力。简单概述，算法是指基于一定的计算模型，为执行特定任务而设计的指令序列。在商业经营活动中，算法有丰富的表现形式和应用场景。算法在为企业创造更多商业成就，为消费者提供更多服务便利的同时，也可能产生违反反垄断法律法规的风险。其中，竞争企业之间通过算法达成合谋是反垄断法关注的重点问题之一。实践中，算法合谋的认定标准还有待进一步明确，但对于企业合规管理，为了识别和预防法律风险，本文将从行为本身出发，对可能产生反垄断违法风险的算法行为进行梳理和分析。

1.《反垄断法》第十三条规定，禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易；（六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。（根据最新出台的《反垄断（修正草案）》，拟将该条款修改为第十六条。）

SECTION 001

可能产生反垄断违法风险的算法行为

“合谋”通常指具有竞争关系的企业之间为寻求高于正常竞争水平的利润而达成的横向利益联盟。我国现行《反垄断法》规定，禁止具有竞争关系的经营者达成排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为¹，此外，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称“《平台指南》”）第五、第六、第八条也规定禁止平台经济领域的企业通过数据、算法、平台规则等方式达成横向垄断协议或轴辐协议。2021年10月23日，《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”）出台，《修正草案》在总则部分进一步明确规定，经营者不得滥用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等排除、限制竞争。

“算法合谋”是指企业利用算法达成的共谋。通常情况下，为了确保合谋能够得以维持，合谋中的企业会通过一定的监督或者惩罚机制确保“合谋”得以执行。就算法在合谋中的作用，整体来说，算法既可能简单作

2. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

为竞争企业之间进行“沟通”的辅助工具,也可能成为监督合谋执行的有效手段,理论上,更为复杂高级的人工智能也可能在自身的运算过程中达成合谋的事实结果。

虽然算法合谋问题已经引起了诸多的关注和讨论,但实践中,由于相关案例还比较有限,对企业行为守则的指引并不直接。经济合作与发展组织(“OECD”)2017年在《算法与合谋:数字时代的竞争政策》报告中结合实践中出现过的借助技术手段的案例以及算法的特征,以不完全列举的方式归纳了四种可能的算法合谋行为,报告中对算法行为较为详细的介绍如今依旧具有参考意义,下文将对相关行为可能引发合谋的原因作详细的介绍:

(一) 用于监测的算法

监测型算法是算法合谋中最简单的表现方式。**监测型算法是指为了确保合谋协议的实施,企业通过算法收集竞争对手的信息并对竞争对手的行为进行监控。**监测型算法的运用方式还包括,企业进一步将数据收集行为和与价格相关的算法相结合,例如,企业可以通过算法编制一个触发机制,一旦有合谋企业背离了约定的价格,就会触发惩罚机制,实施惩罚行为。在这种情景下,算法的快速反应能力辅助产生的快速惩罚机制会对合谋企业的行为产生强有力的约束。²

监测型算法的意义在于,通过特定的算法,企业可以更有效的收集竞争对手与商业决策有关的信息,并对数据进行筛选,从而识别竞争对手的行为变化,并制定即时的报复计划,确保企业之间达成的合谋可以顺利实施。以价格固定行为为例,在传统情形下,即使企业可以通过公开渠道获取竞争对手的价格数据,但事实上,收集竞争对手的数据仍会存在一些困难,也就是说竞争对手数据的公开性并不会必然提高市场的透明度,因此,企业达成价格合谋的动机和能力也会受到限制。

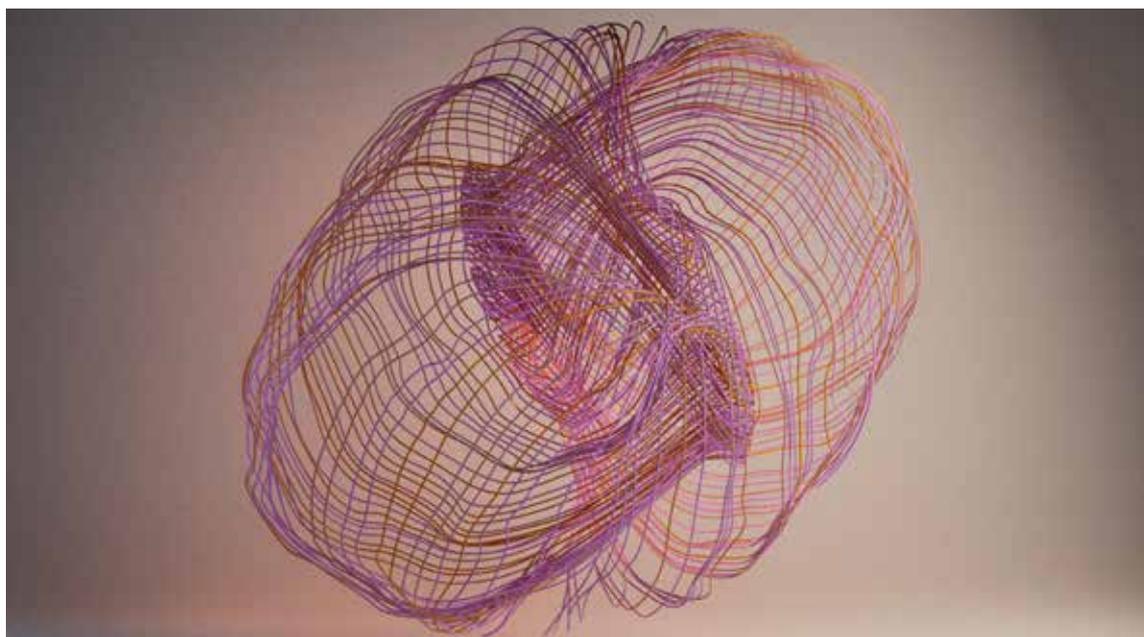
相比之下,随着算法的运用,以及自动化的数据收集方式的出现,参

与合谋的企业可以通过复杂的算法更容易、更有效的监控竞争对手的价格行为,进而提高企业间的合谋效率。对于该类算法行为,如果竞争者间的合谋主要是通过传统的人为方式达成的,算法在其中只是起到辅助和监督合谋实施的作用,那么只要满足构成要件,《反垄断法》当然地可以适用于该类合谋行为。

如果企业在经营策略的选择和算法的运用上已经存在上述算法行为,那么,需要对相关行为进行审查,以确保企业经营的合规性。对于监测型算法,需要注意的核心要点是企业之间不能达成《反垄断法》第十三条(《修正草案》第十六条),以及《平台指南》第五、第六条规定的垄断协议,无论是否借助算法。

(二) 平行定价算法

平行算法主要用于协调竞争企业之间的行为,是指可以帮助竞争企业就价格行为进行有意识的平行变动,从而产生将价格维持在竞争水平之上的实际效果的算法。平行算法的存在会扩大可能产生价格合谋行为



3. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

4. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

的场景范围。例如, 在一个高度动态化的市场环境中, 由于市场上的供给和需求在不断变化, 企业需要不断对其价格、产量和交易条件进行调整, 以便适应市场变化。在这样的市场中, 由于沟通成本较高, 竞争企业往往很难达成垄断协议。然而, 算法的存在让企业在动态市场中达成价格合谋具有了可能性, 企业间的合谋可以不直接针对价格本身产生, 而是前置到价格的制定和决策环节, 通过让竞争企业同时对市场波动作出价格反应, 最终达到与价格合谋同样的结果。³

可能产生合谋的平行算法行为⁴包括:

◆企业使用相同或者类似的动态定价算法;

◆不直接与竞争对手共享定价算法, 但使用共同的第三方算法, 例如企业将算法的编制外包给同一家计算机公司或程序员, 竞争企业可能会基于相同或者类似的算法开发定价算法并据此制定定价策略;

◆市场上的领头企业使用动态的定价算法, 不断在收集市场中价格信息, 市场中其余的企业对标领头企业使用定价算法对其价格进行实时追踪, 循环反复。

定价算法指通过收集和分析大量的市场数据, 并在考虑大量因素的情况下为产品和服务定价的算法。定价算法本身并不违法, 实践中, 使用算法进行定价也已经成为很多行业的惯例。但是, 对于广泛使用定价算法的行业, 如果竞争企业之间通过算法有意识的实现了价格的联动, 并在算法的相互作用中将价格维持到一个较高的水平, 那么, 企业会面临一定的反垄断违规风险。

(三) 作为信号的算法

信号算法指企业通过算法释放出关于价格变动的信号, 作为一个隐蔽的要约, 意图邀请或直接通过默示的方式与竞争企业达成合谋。在反垄断法下, 如何处理“信号”行为还没有一条清晰的界限, 信号行为在不同情境中可能产生或促进, 或阻碍竞争的效果, 需要在个案中进行具体

的分析。但是,如果信号行为提高了市场的透明度,辅助促成了竞争企业间的价格合谋,并且仅仅对供给方有利,就可能被认为会对市场竞争产生负面影响,进而存在反垄断违规风险。⁵

具体而言,如果企业存在如下的算法行为⁶,有可能会违反反垄断相关法规:

◆企业通过编制的算法向市场中的竞争企业释放合谋信号。例如,企业通过隐蔽的方式,在半夜对价格进行短暂的变动,通过这种方式,企业可以在不对正常经营造成影响的情况下释放竞争对手的算法可以捕获的合谋要约。

◆企业通过算法披露大量的数据细节,数据承载的信息量足以让竞争对手作出例如涨价的协同行为。

通过算法释放信号进行“沟通”也可能会以这样的方式进行:市场中的企业彼此持续发送出信号,同时也在不断的监测竞争对手发送的信号,当所有的企业最终释放了相同的信息,企业之间便“达成了”合意。⁷

(四)自我学习型算法

自我学习型算法并不是指某一种特定的算法,而是随着人工智能技术的发展,以及机器学习和深度学习的运用,即使企业没有有意识的编制特定的算法,一些算法凭借其强大的预测能力,通过对市场中企业行为的不断学习和适应,可以在没有人为干预的情况下自动达成合谋的结果。与前文提到的三种类型的算法不同,通过自我学习型算法达成合谋更多的是一种理论上的预判,AI具体如何达成共谋尚不可知,实务中,也没有可以参照的有效实例。人工智能的运用是否可能产生合谋的结果,首先有赖于人工智能技术的长足发展。相较于人为达成合谋的过程,算法反应速度更快,算力更强,既可以比人为方式更容易达成共谋,也可以在更为复杂的市场条件中得到一个“最优”的合谋效果。⁸

自我学习型算法是争议最大的一种算法“合谋”行为,未来是否会成

5. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

6. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

7. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

8. 参见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.

9. 参见, 王先林 曹汇, 《面对互联网平台垄断, “天价罚单”能否抓住关键?》

10. 对此, 美国的反垄断执法机构也持有类似的观点, 对于因算法产生的违法行为, 在反垄断法律适用和分析中将采用同样的法律标准。

11. 参见, Bill Baer, Sonia Kuester Pfaffenroth, 和 Vesselina H. Musick, Pricing Algorithms: The Antitrust Implications.



为反垄断执法目标还有待观察。反对意见认为, “人类中心主义”的基本原则不应被突破, 对算法共谋进行规制的核心是借助算法的“共谋”行为, 而不是“算法”本身。⁹

SECTION 002

反垄断法对算法合谋的适用

(一) 新的技术手段并不必然引发全新的法律问题

算法是一种新的技术手段, 但与算法相关的行为并不必然引发全新的法律问题。¹⁰《反垄断法》首先可能适用于那些虽然与算法相关, 但可以直纳入现行《反垄断法》分析框架的行为或商业模式, 这主要指算法作为辅助手段或工具的合谋行为。对于算法的运用与反垄断法的关系, 可以参考的简单原则是, 如果一个行为在没有算法辅助的情况下是违法的, 那么该行为不会因为算法的使用而具有合法性。¹¹对此, 《平台指南》第六条第(二)、(三)款规定, 禁止具有竞争关系的平台经济领域经营者利用技术手段进行意思联络, 或利用数据、算法、平台规则等实现协调一致行为。

在实践中已有的关于算法合谋的案例中, 算法主要是作为合谋的手段行为存在的:

◆网络零售平台零售商固定海报价格案

2015年, 美国司法部成功起诉了David Topkins和其他合谋者, 理由是他们使用特定的定价算法协调他们通过网络零售平台集市销售的海报的价格。在该案中, David Topkins通过编写计算机代码, 指示基于算法的软件避开价格竞争。David Topkins因违反美国《谢尔曼法》第1条被处以2万美元的刑事罚款。¹²

◆优步固定价格案

2015年, 优步乘客Spencer Meyer就优步CEO及联合创始人Travis Kalanick策划并协助优步司机达成价格垄断的行为提起了集体诉讼。Spencer Meyer指控称, 包括Travis Kalanick在内的优步司机之间存在横向垄断协议, 且每一位优步司机与作为优步CEO的Travis Kalanick之间又存在一系列平行的纵向协议关系, 他们通过使用优步的定价算法固定价格。Spencer Meyer认为, 优步的定价算法产生了高于竞争水平的价格, 如果竞争者间没有共谋, 为了争夺客户, 司机会偏离既定的算法收取更低的价格。Travis Kalanick辩称, 司机与优步订立合同关系均是每位司机的独立行为, 司机同意使用优步的定价算法并不影响司机加入优步这个决定的独立性, 司机与优步订立协议是为了利用优步提供的支付和匹配服务。在该案中, 法院并没有认可Travis Kalanick的意见, 认为司机在同意使用优步的定价算法时就清楚的知道, 所有其他的司机也会同意使用相同的定价算法。¹³该案最后提交仲裁处理。

◆消费电子制造商固定或限定转售价格案

2017年, 因为违反了欧盟竞争法的规定, 欧盟委员会对Asus, Denon & Marantz, Philips 和Pioneer处以总额超过1.11亿欧元的罚款, 理由是四家公司限制了他们在线零售商自行设定价格的能力, 构成了“固定或限定转售价格”。根据欧盟委员会的调查, 四家公司对他们在线零售商管的定价

12. 参见, United States v. Topkins, No. CR 15-00201 (N.D. Cal. 2015)。

13. 参见, Meyer v. Kalanick, No. 1:15-cv-09796-JSR (S.D.N.Y.)。

14. 参见,
https://ec.europa.eu/commission/pr/sscorner/detail/en/IP_18_4601

15. 参见,
OECD, 2017,
Algorithms and
Collusion:
Competition Policy
in the Digital Age.

16. 因此, 德国反垄断执法机构认为, 有必要通过行业调查去加强对市场的监测。参见
https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Summary.pdf

17. 参见,
OECD, 2017,
Algorithms and
Collusion:
Competition Policy
in the Digital Age.

权进行了干预。如果零售商没有遵循四家公司的价格要求, 将面临断供的威胁或惩罚。在本案中, 许多在线零售商, 包括最大规模的零售商都使用定价算法自动调整零售价格以适应竞争对手的价格。欧盟委员会认为, 通过这样的方式, 对低价在线零售商施加的价格限制会对相关消费电子产品的整体在线价格产生广泛的影响。制造商能使用先进的监测工具能够有效地跟踪分销网络中的转售价格, 并在价格下降的情况下迅速进行干预。¹⁴

(二)挑战: 共谋与平行行为的边界?

与传统的合谋行为相比, 算法合谋的特征之一是可以提高竞争者达成合谋的效率, 甚至达成合谋的概率。算法可以很大程度上改变市场透明度和企业间的“互动”频率。¹⁵一般而言, 对于合谋行为, 普遍的认识是竞争者的合谋行为通常容易发生在集中度高、稳定、透明度高、市场进入障碍高的市场结构中。但正如上文关于四种算法合谋行为的介绍中所提及的, 算法反应速度更快, 可以处理更复杂的市场信息, 因此, 如果竞争者试图达成合谋, 通过算法的辅助, 企业可以在更多的市场情形中实现这一违法目的。

算法合谋的另一个特征是算法具有隐蔽性。算法的隐蔽性一方面增加了发现违法行为和违法事实的难度。主管机关或受损害方不仅很难发现合谋行为是否发生了, 也很难证明市场价格因为合谋上涨了。¹⁶但同时, 隐蔽性也增加了法律适用上认定共谋的难度, 因为个案中可能没有直接证据可以证明竞争者之间达成了共谋, 需要辅助间接证据证明彼此之间存在有意识的协同行为。前文提及的“优步固定价格案”引发的争议就是一个例子。

诚然, 算法可能产生合谋, 但不可否认的是, 算法也正在成为越来越多企业进行商业行为和商业决策的重要依据。通过对竞争对手和消费者数据的广泛收集, 以及通过算法对收据的信息进行有效处理, 企业确实有可能具有更强的竞争优势, 在市场竞争中脱颖而出。而一旦有企业通过算法获得了竞争优势, 市场中其余的竞争者也会有强烈的动机进行效仿。¹⁷此外, 对标市场中的领先企业进行发展, 也是企业管理中一种常见

的经营策略。

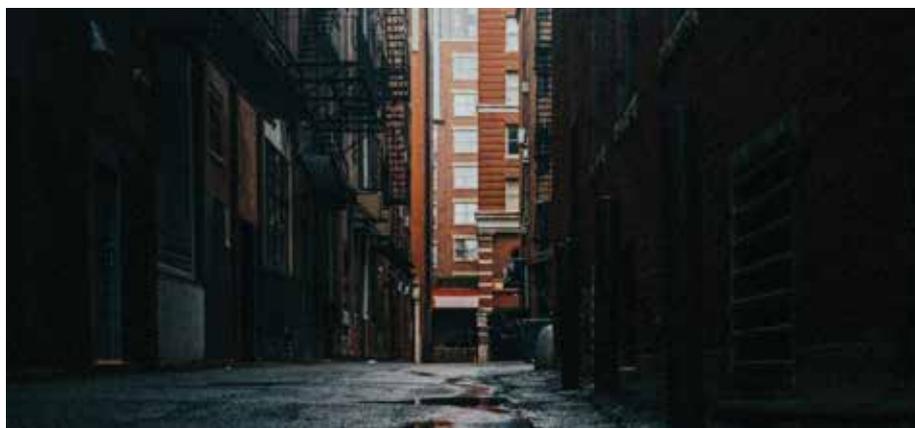
在数字经济的背景下,可能的结果是,市场中大部分竞争者都在通过算法收集彼此的信息,并不断做出行为调整。如果算法与合谋,竞争行为与违法行为之间边界过于模糊,会给企业的正常经营活动带来很大的不确定性。独立,但会与竞争对手产生一定相互作用的算法与违法的平行算法行为之间可能只有一步之遥,就此,对于行为的把握和对证据的认定就显得尤为的重要。此外,对算法合谋行为的认定,是更多关注是否存在合谋行为,还是更多关注市场结果等因素也会对反垄断法的适用边界产生不同的影响。

关于这一点,《平台指南》第五条规定,平台经济领域垄断协议是指经营者排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。协议、决定可以是书面、口头等形式。其他协同行为是指经营者虽未明确订立协议或者决定,但通过数据、算法、平台规则或者其他方式实质上存在协调一致的行为,有关经营者基于独立意思表示所作出的价格跟随等平行行为除外。域外司法辖区的监管机构也持有类似的态度,对于定价算法,如果企业间的算法彼此独立,只要不存在固定价格的共谋,就不应产生违法责任。¹⁸

18. 参见, Algorithms and Collusion—Note by the United States, May 26, 2017, official submission to the OECD Roundtable.

(三) 反垄断执法的“待办事项”有扩大的可能性

对于部分算法合谋行为,尤其是通过算法达成的“默示合谋”,即在



19. 详见, OECD, 2017, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age; 也参见, 韩伟, 《算法合谋反垄断初探—OECD〈算法与合谋〉报告介评》, 2017《竞争政策研究》。

20. 参见, United States v. Ulbricht, 79 F. Supp. 3d 466, 559 (S.D.N.Y. 2014)。

竞争者没有进行明确的沟通和意思联络的情况下达成的事实上的合谋结果, 反垄断法的适用具有一定的不确定性。认定竞争者的合谋行为通常要求企业之间存在合谋的合意, 如果企业之间缺乏明确的合意, 反垄断法是否可以适用该种行为目前是具有争议的。¹⁹ 上文提到的因运用机器学习和深度学习的算法可能引发的违法风险是最为极致的典型的例子。相应的, 在这种特殊情形下, 责任主体的认定也存在一定的困难, 有观点认为自动化也是通过人为设计实现的²⁰, 反对意见则可以合理辩称, 使用特定算法所产生影响或是算法影响市场的方式不一定是使用者的本意。

不能忽视的是, 在针对互联网企业监管趋严的政策环境下, 全球各反垄断司法辖区的下一步行动计划有进一步扩大的可能性。大数据可能引发的各类问题也已经引起了广泛的关注, 各反垄断司法辖区也通过研究报告、立法修订和执法行动等多种方式对数字经济下产生的新问题予以回应。监管一定程度的“滞后性”并不意味着相关行为可能产生的问题没有被关注到, 更多的可能是在权衡以何种合适的方式进行干预更为合理有效。

SECTION 003

结语

对于企业而言, 为了降低算法运用可能产生的反垄断合规风险, 需要有意识的避免通过算法与竞争对手达成共谋, 并注意就算法的独立运作适度留痕。**首先**, 既然企业使用算法的初衷应当是为了加强自身的商业竞争能力, 那么算法选用应具有商业合理性。**其次**, 与算法相关, 尤其是与定价算法相关的信息可能构成竞争敏感信息, 需要谨慎考虑是否能够与竞争对手分享。如果算法并非由企业自行开发, 而是通过向第三方采购获得, 需要考虑是否可能因为使用者众多而具有产生合谋的可能。**最后**, 平台企业要谨慎因算法或平台规则等产生的反垄断风险。☞



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com



作者：薛熠、俞炜

迫在眉睫还是杞人忧天？ 算法合谋的反垄断监管趋势

随着数字经济发展,算法引生的竞争问题已经成为全球各反垄断司法辖区重要研究课题。经过数年的积累,各国反垄断执法机构纷纷认识到算法的普遍应用或将对反垄断法的三大支柱——禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制经营者集中——均产生广泛而深刻的影响。在我国国家市场监督管理总局于2021年2月7日公布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(“《平台反垄断指南》”)中,算法一词也在垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中章节被频频提及,引发公众热议。10月23日公布的最新《中华人民共和国反垄断法(修正草案)》中也明确禁止了经营者滥用数据和算法进行排除、限制竞争的行为,并将“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍,对其他经营者进行不合理限制”认定为滥用市场支配地位。然而,需要谨慎指出的是,在全球性的热度之下,对算法的全面反垄断法律规制仍然任重而道远,特别是其中的算法合谋问题。本文将从平台反垄断指南对算法合谋问题的关注出发,就算法合谋问题的研究现状及其反垄断法律规制趋势进行探讨,以供有关人士参考。

SECTION 001

算法与算法合谋

(一) 算法的概念及其对价格合谋的影响

目前,算法尚无统一的定义,一般是指一系列解决问题的清晰指令,能够对一定规范的输入,在有限时间内转化获得所要求的输出。相应地,若经营者将相关市场要素输入其特定系统,并借助特定算法,将其转化并输出为相应价格策略的,所涉算法即可泛称为价格算法。

在世界范围内,价格算法所引起的反垄断法问题在当前仍具有较大的争议。大量的研究报告指出,一方面,价格算法的应用可能带来数字经

济整体效率的提升,带来促进竞争的正面效益;另一方面,价格算法的应用也可能导致价格合谋、价格歧视、掠夺定价等诸多反垄断问题。

其中,算法合谋作为算法所引发的重要反垄断法问题之一,已经引起了全球各主要反垄断司法辖区的重点关注。经济合作与发展组织(“OECD”)对算法介入、催生价格合谋的问题进行了极具启发意义的研究¹,指出算法至少可能从两个方面促进价格合谋(即算法合谋)的产生:**一方面**,算法的普遍商业应用将改变市场结构性特征,例如,算法及算法背后所基于的市场数据库的存在将会增加市场透明度,增加经营者之间的交互频率等,从而使得价格合谋更容易发生;**另一方面**,利用算法作为工具,经营者可以更隐秘地实现默示合谋。

(二) 算法的概念及其对价格合谋的影响

算法合谋可以大致分为三类:

(1) 明示算法合谋

在一项明示算法合谋中,经营者通过明示的协商沟通,就价格算法达成合谋以期实现价格垄断,价格算法是实现与维持合谋之工具。例如,特定经营者之间订立协议,约定共同采用某一价格算法实现对各自竞争性产品价格的统一限定,并利用价格算法对协议各方的背离行为进行监测。明示算法合谋的特点在于:

◆**可能存在协议**。明示算法合谋可能通过书面或口头协议的方式开展,也可能通过协同行为的方式实现;

◆**存在合谋的明示意思联络**。经营者之间为就采用价格算法行为达成合谋曾进行过明示协商沟通。最终,此种合谋意图可能反映在经营者之间就旨在限定价格行为的算法所达成的书面或口头协议中,或者,当不存在此等协议时,反映在经营者之间的协同行为中。

实践中已存在一些对明示算法合谋进行执法的案例。Topkins案²、Eturas案³等是借由价格算法辅助实现明示价格合谋的典型。

1. 参见Executive Summary of the Roundtable on Algorithms and Collusion, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2017\)1/ANN3/FIN/AL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2017)1/ANN3/FIN/AL/en/pdf)。

2. 参见美国司法部网站, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/04/06/313011.pdf>。该案中, Topkins为一家在线上销售海报等产品的公司的经理,其与其他亚马逊网站卖家协商一致,同意使用特定定价软件为特定的同类海报产品进行定价,此种定价软件通过收集亚马逊网站上各商家关于特定商品的价格信息,为商家提供定价规则从而维持、稳定商品价格,因而违反了反垄断法。

3. 参见欧盟网站, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-74/14>。该案中, Eturas公司为其合作的旅行社提供行程售卖服务,通过整合各旅行社分散的预定渠道,向消费者提供旅游行程预订服务并推荐预订折扣。Eturas公司及其合作旅行社通过基于E-TURAS软件的协同行为,将所有旅行社提供的预订折扣均限制在3%以内,因而违反了反垄断法。

4. 参见 Algorithms and Collusion, <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>。

(2) 默示算法合谋

不同于明示算法合谋, 一项默示价格算法合谋不存在协议或合谋的明示意思联络, 经营者通过认可相互之间的依赖性以实现和维持合谋, 而算法则是经营者认可相互依赖性的关键工具。举例而言, OECD在其于2017年发布的报告《算法与合谋》⁴中, 探讨了4种有利于合谋实现的算法类型, 并指出其中的平行算法(通过该等算法可使价格自动反馈市场条件的任何变化, 达成与其它经营者价格的有意识的动态平行行为)和信号算法(通过该等算法可使经营者设置消费者无法发觉但竞争对手的算法可以察觉的快速迭代行为, 实现价格合谋信号的隐秘传递)可以使竞争者无需通过明示的协商沟通即可隐秘地达成对相互依赖性的认可, 从而实现默示价格算法合谋。默示价格算法合谋的特点在于:

◆ 不存在协议;

◆ **不存在合谋的明示意思联络。**经营者之间为达成价格合谋未曾进行过明示协商沟通, 但通过算法隐秘地实现经营者对相互依赖性的认可。最终, 合谋意图并非存在于任何协议中, 而是由价格算法本身所体现。

目前, 实践中还没有对默示算法合谋进行执法的案例, 但默示算法合谋已然成为各国反垄断执法机构重点关注的问题。

(3) 虚拟合谋

在明示算法合谋和默示算法合谋之外, 还存在第三种类型的算法合谋——虚拟合谋。前述OECD报告《算法与合谋》中还讨论了复杂的自我学习算法, 并指出基于自我学习的技术, 经营者之间即便不设定达成合谋的具体算法, 也可能最终导致合谋的后果, 即存在自我学习算法在无需人为干预的状态下进行高效的反复试验, 最终达成经营者之间的合作性均衡, 实现合谋的效果而损害消费者利益的风险。同时, 报告承认, 自我学习算法如何具体实现合谋效果, 以及当前实践中是否已经发生了此类合谋并不明确。实际上, 虚拟合谋只能通过效果进行观察, 而无法通过形式进行判断, 其特点在于:

◆不存在协议；

◆**不存在合谋意图**，而即使实际存在合谋意图，也难以从形式上判断，进而也不存在合谋的明示或默示意图联络。

尽管当前算法如何具体实现合谋效果，以及当前实践中是否已经发生了此类合谋尚不明确，但各国反垄断执法机构和相关组织对虚拟合谋的担心并非空穴来风，各地学者所进行的一些极具启发性的研究表明，价格算法或能迫使市场经营者与其合谋⁵，以及价格算法之间或能自主达成合谋⁶。

SECTION 002

真正引人担忧的算法合谋是什么？

《平台反垄断指南》第六条指出，具有竞争关系的平台经济领域经营者可能“利用数据和算法实现协调一致行为”。如其所指，这当然是与算法相关联的合谋类型之一，即明示算法合谋，毫无疑问将受到我国反垄断法的规制。然而，另外两类算法合谋，即默示合谋与虚拟合谋更加复

5. 在2018年浙大的一份论文中，作者设计了一种可以导致合谋的算法，并在理论说明之外采用了实验经济学方法，进行该算法与真人博弈的实验，最终得出结论——该等算法确实可以迫使真人与其进行合谋，实现超竞争水平的价格行为。参见 Algorithmic Collusion in Cournot Duopoly Market: Evidence from Experimental Economics, <https://export.arxiv.org/pdf/1802.08061>。

6. 在2018年博洛尼亚大学学者所著的一份论文中，作者在计算机模拟环境下，设置2到4个经营者使用相同价格算法进行了价格行为实验，发现即便是极为简单的价格算法也能够学习、实施复杂的合谋策略，对竞争对手以及自身的定价行为作出反应，并最终达成合谋的结果。参见 Artificial intelligence, algorithmic pricing and collusion, https://www.tilburguniversity.edu/sites/tiu/files/downloads/Pastorello%20-%20learning_3.pdf。



7.例如Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, How Much Collusion? A Meta-Analysis On Oligopoly Experiments 等文献指出默示合谋常见于双寡头垄断市场,偶见于三寡头垄断市场,未见于四寡头垄断市场。参见 <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167268103001380>, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951160。

8.为叙述的便利,本文中所谓平行行为仅指经营者单方行为和市场平行结果。

9.当经营者之间的该等明示沟通协调表现为书面或口头的协议时,则构成明示合谋项下的垄断协议。

杂,应被给予更多关注。

(一) 引人担忧的默示算法合谋——从平行行为的回顾说起

经营者或许存在这样的疑问:平行行为在传统的反垄断法律规制框架下,通常被认为是经营者对市场的理性适应而并不当然违法,但经算法的介入,为何平行行为却很可能被认定为默示合谋,并带来严重的竞争关切?

在回应前述问题之前,有必要就平行行为以及明示合谋、协同行为、默示合谋等相互关联的概念进行辨析,以解决在不同语境中相关语汇在口径与理解上的差异。

平行行为(parallel behavior或conscious parallelism),是指经营者在观察和预测竞争对手行为的基础上,独立地、单方面地采取与竞争对手行为相协调的行为。传统的经济学理论下,平行行为与寡头垄断市场(oligopoly)及默示合谋(tacit collusion)的概念紧密关联,甚至多有观点将平行行为等同于默示合谋。该观点的合理性在于,平行行为仅在相对透明和高度集中的寡头垄断市场结构特性下,才可能导致经营者无需通过明示的协商沟通即可隐秘地达成对相互依赖性的认可从而达成默示合谋,而该等默示合谋客观上表现为各经营者分别采取对市场上特定领导经营者行为的跟随和平行行为并实现了超竞争水平的协调结果。但需要说明的是,在该等语境之外,将单方面的平行行为和多方面的默示合谋等同而论并不合理,仅凭非寡头垄断市场上的平行行为客观表现本身,并不足以推论默示合谋的存在⁷。按照传统的反垄断法律规制体系,平行行为⁸进一步结合相应经营者的主观意图的判断或推定,有可能构成协同行为或默示合谋,该等判断和推定包括:

◆经营者采取平行行为,存在着相应的明示沟通协商,则可能构成明示合谋项下的协同行为,是各国反垄断法明确禁止的垄断行为之一⁹;

◆经营者采取平行行为,尽管不存在相应的明示沟通协商,但在寡头垄断市场情形下可能被推定为默示合谋(默示合谋的反垄断法律评价一

直以来存在争议,但目前其并不为欧美等反垄断司法辖区所当然禁止,目前我国亦不存在对默示合谋的明确立法或执法实例)。

算法介入平行行为的方式可能是多样的,例如经营者可能利用平行算法达成与其他经营者价格的平行,又如经营者可能共同采用某一第三方设计的同一算法,从而导致各经营者价格的平行。但无论如何,与算法相关联的经营者平行行为所引生的反垄断问题,仍应落入前述协同行为和默示合谋的分析框架;然而,算法的引入,可能造成有关认定默示合谋的分析与监管框架受到重大挑战。具体而言,由于不存在经营者之间明确的协议或明示的意思联络,经营者之间的默示合谋不易被轻易识别及认定,在传统分析框架内,该类合谋被认为通常只能发生在极为简单的市场条件下(例如双寡头垄断市场),且其维持存在较大的不确定性;但是,算法的引入对传统市场结构特性产生了重大影响,整体来看可能使得非寡头垄断市场上出现默示合谋的可能性大大增加。

从反垄断执法机构的角度看,就如何监管利用算法达成的默示合谋而言,尚存在许多问题有待解决,但考虑到默示合谋对市场竞争、社会福利和消费者利益的损害与明示合谋并无实质差异,反垄断执法机构未来恐怕难以忽视算法的应用所导致的寡头垄断市场及其他一般市场上大量出现默示合谋的现实可能性,可以预见全球的反垄断执法机构都将开始衡量何时以及如何改变当前对默示合谋不作规制的反垄断法监管框架。

(二)引人担忧的虚拟合谋——对机器人合谋归责原则的疑问

如前所述,在作为经营者所倚赖的关键工具以促成默示合谋的情形之外,算法还可能导致虚拟合谋,即:算法在无需人为干预的状态下进行高效的反复试验,最终自行达成经营者之间的合作性均衡,实现合谋的效果。

虚拟合谋对反垄断法律规制提出的重大挑战在于,虚拟合谋是机器人之间达成的算法合谋,其中的人力因素进一步弱化,该等情况下应当如何进行反垄断法分析和归责?

10. 参见 Antitrust intent in the age of algorithmic nudging, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Zingales.pdf。

一方面,对垄断意图的关注在虚拟合谋场景下难以适用。具体而言,尽管反垄断法并不会仅因经营者的垄断意图而对其进行处罚,但反垄断执法及司法过程中通常会对经营者的意图进行关注,并结合经营者意图以指引对经营者行为的观察和分析,且该等做法在案件相关事实不甚清楚以及竞争损害的证据不甚充分的情况下尤具有重要意义¹⁰。然而,在虚拟合谋的场景下,对经营者垄断意图的关注却成为一大难题。算法所显示出的意图是否即为经营者的意图?算法的意图应当如何分析?

另一方面,虚拟合谋的责任应由谁承担尚不明确。如果说归责于算法或机器人并不现实,而应当由控制算法或机器人的经营者对算法作出的决定负责,那么具体应当由算法的开发者还是算法的使用者承担责任?在具体的场景下又应当如何进行责任分配?

综上,我们理解,除平台反垄断指南所关注经营者利用算法所达成明示的协同行为外,特别引人担忧并可能存在大量争议的问题还在于由算法促成或导致的默示算法合谋和虚拟合谋。

SECTION 003

默示算法合谋和虚拟合谋即将迎来反垄断法律规制?

近年来,各国反垄断执法机构和相关组织对算法合谋的问题进行了持续的关注与研究。这一背景下,相关经营者应用算法,是否应当开始关注算法的反垄断合规问题?

(一)展望默示合谋和虚拟合谋的反垄断法律规制

在算法合谋问题全球性的热度之下,相应的反垄断法律规制仍然任重而道远。

首先,对默示合谋和虚拟合谋进行反垄断法律规制的现实必要性还有待观察。尽管从理论研究的角度看,各国反垄断执法机构和相关组织所

形成的相关报告均指出了默示合谋和虚拟合谋的现实可能性,并且相应的经济学实验亦表明在特定实验条件下,算法与真人、算法和算法之间均可能达成合谋结果。但从实践观察的角度看,与相对简单的理论假设和实验条件相去甚远的真实市场上,是否已经或必将发生默示合谋和虚拟合谋还远远不是确定的成熟结论。例如,有学者指出按照此前实验中算法达成合谋的速率进行换算,短期内算法学会合谋尚不具有时间上的现实可能性(若算法每日进行一次价格试验,则需要花2300年方可学会合谋,若算法每小时进行一次价格试验,则需要花79年方可学会合谋),企业亦可能耽于算法试错的时间成本和经济成本,而放弃完全依赖于算法进行价格决策¹¹。

其次,如前所述,对默示合谋和虚拟合谋的分析及归责原则尚不明确,在必要的前提下如何进行反垄断法律规制仍旧是一个有待研究的问题。

(二)企业对算法合谋的反垄断合规担忧并非杞人忧天

随着算法以及与其密切相关的人工智能的相关理论研究工作的逐步深入,算法的透明度问题愈发受到各方高度关注,例如,欧洲议会于2019年4月发布的《算法归责机制和透明度监管框架》¹²、欧盟委员会于2020年2月发布的《人工智能白皮书》¹³、我国信安标委于2020年11月发布的《网络安全标准实践指南——人工智能伦理道德规范指引<征求意见稿>》¹⁴、欧盟委员会于2020年12月出台的《数字市场法案》和《数字服务法案》两项新法提案¹⁵、英国竞争与市场管理局于2021年1月发布的报告《算法如何减少竞争和损害消费者利益》¹⁶、我国国家互联网信息办公室于2021年8月发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》¹⁷及其与其他八部委于2021年9月发布的《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》¹⁸等众多官方文件中均对算法的透明度和可解释性提出了相关要求。

无论是从了解算法是否可能、已经或必将导致算法合谋的角度,还是最终确定算法合谋责任承担者的角度看,对算法进行解释,了解算法如何运作的过程均具有不可替代的重要意义,对于解决算法可能引生的

11. 参见Algorithmic Tacit Collusion Is A Limited Threat To Competition, <https://awards.currencies.com/en/awards/2020/business-articles/algorithmic-tacit-collusion-is-a-limited-threat-to-competition>

12. 参见A Governance Framework for Algorithmic Accountability and Transparency, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU\(2019\)624262_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU(2019)624262_EN.pdf)

13. 参见White Paper on Artificial Intelligence, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf

14. 参见关于对《网络安全标准实践指南——人工智能伦理道德规范指引<征求意见稿>》公开征求意见的通知, <https://www.tc260.org.cn/upload/2020-11-09/1604910722830014746.pdf>

15. 参见Digital Service Act, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>及Digital Markets Act, https://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/digital_markets_act.html

16. 参见Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers, <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-h>

ow-they-can-reduc
e-competition-and
-harm-consumers

17. 参见国家互联网
信息办公室关于《互
联网信息服务算法推
荐管理规定(征求意
见稿)》公开征求意见
的通知,
http://www.cac.gov.cn/2021-08/27/c_1631652502874117.htm

18. 参见关于印发《关
于加强互联网信息服
务算法综合治理的指
导意见》的通知,
http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2021-09/30/content_5640398.htm

其他相关法律问题亦是如此。因此,对于算法透明度相关要求可能成为当前企业算法反垄断合规乃至算法全面法律合规的必然要求。

这一要求可能是广泛而严苛的,作为算法的设计开发一方或实际使用一方的经营者应当开始注重算法透明的问题,以应对未来潜在的合规要求:

◆算法透明度的要求可能具有相当的广度,视具体算法的不同,算法透明可能指向代码、逻辑链、建模、目的或其他任何有助于理解算法具体如何运作的因素的透明;

◆算法透明度的要求可能具有相当的深度,其既包括任何输入与相应输出结果之间关联性的宏观解释,也包括特定输入与特定输出结果之间关联性的微观解释;

◆算法透明度的要求可能具有相当的跨度,其既包括在设计阶段对算法运行机制的把控,也包括在运行阶段对算法运行情况的监测和记录,还包括对未来潜在问题的预测和解释。

SECTION 004

结语

尽管算法的种类和应用场景可能是多种多样的,但算法所引生合谋的反垄断法律问题已经随着大量的理论研究呈现出相对明朗的局面。就其中特别引人担忧的默示合谋和虚拟合谋问题而言,相应反垄断法律规制既需要理论研究的进一步拓展,更需要从理论到实践的市场观察。平台反垄断指南和最新《反垄断法》修正草案一定程度上体现了我国市场监管部门对算法所涉反垄断前沿问题的关注,但相关经营者可能尚不必过度担忧单纯因算法的研发和应用而卷入合谋的反垄断法律风险;不过,在此基础上,需要提示相关经营者关注的是,各国的监管者为治理算法合谋及其他算法引生的法律问题,已明确倾向于对算法透明度提出监管要求,并将解释算法作为相关经营者的法定义务。☞



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



作者：张白沙、方宁珊

互联网平台狭义最惠客户待遇条款 ——合法或违法,这是个问题

“甲方承诺产品在乙方渠道销售的价格不高于其同期在竞争对手平台上销售的价格”“商家须向平台提供最优惠的价格以及最优的数量,其中最优惠的价格指对于相同类型的商品,商家向平台提供的价格必须等于或低于消费者直接在商家、其他竞争平台或商家的其他合作伙伴购买的价格”“商家在本平台上销售商品的价格必须不高于商家通过其自有平台销售的价格。”在目前互联网经济十分发达的今天,这些条款在各个互联网平台与商家的合同中屡见不鲜。但是这些条款是否合法?是否有可能招致反垄断执法机关的调查甚至是高额的罚款?随着2021年5月德国联邦最高法院对某酒店预订平台案作出二审判决,欧盟委员会在2021年7月《纵向协议集体豁免条例》的修订草案中对最惠客户待遇条款进行了细分,对广义及狭义最惠客户待遇条款进行了不同的规制,业界对狭义最惠客户待遇条款的合法性又掀起了一波讨论。

对于互联网平台狭义最惠客户待遇条款的反垄断相关问题,我们将为读者们一一解答,主要介绍广义最惠客户待遇与狭义最惠客户待遇的反垄断规制,由于狭义最惠客户待遇条款脱胎于广义最惠客户待遇条款,了解广义最惠客户待遇条款的反垄断规制有助于更准确把握狭义最惠客户待遇条款带来的效率以及对竞争的限制。另外,我们也将通过德国某酒店预订平台案(“B平台案”)的分析,探讨狭义最惠客户待遇条款的反竞争效果,以及对狭义最惠客户待遇条款的一些合规建议。

SECTION 001

最惠客户待遇条款

最惠客户待遇条款 (most-favored-customer clause, “MFC”, 或称

最惠国待遇, most-favored-nation clause, “MFN”)或价格平等条款(price parity clause, “PPC”),是指协议一方(通常是卖方或者商家,下称“商家”)承诺其给予另一方(通常是买方或者平台,下称“平台”)的交易条件,如价格、数量、范围、付款期限等,必须优于其给予其他方(通常是其他买方、竞争性平台等)的交易条件。根据交易条件比较对象的范围,最惠客户待遇条款可以进一步分为广义最惠客户待遇条款和狭义最惠客户待遇条款。

(一)广义最惠客户待遇与狭义最惠客户待遇之区别

广义最惠客户待遇条款,是指商家给予平台的交易条件不得低于/劣于其给予任何其他交易渠道一方的交易条件,“其他交易渠道”既包括商家自营的渠道,也包括任何其他第三方渠道。在广义最惠客户待遇条款下,其造成的直接效果,就是该平台享有了整个市场上最优的交易条件,其他任何一方,包括其他买方、竞争性平台、以及商家自营渠道上的交易条件都不得优于该平台方享有的交易条件。

相对而言,狭义最惠客户待遇条款,是在广义最惠客户待遇条款交易条件对比的对象上进行了限缩,商家给予平台的交易条件仅限于不得低于/劣于商家给予商家自营渠道的交易条件,而对于商家给予其他非商家自营渠道,如其他第三方渠道、竞争平台的交易条件均不施加限制。

广义和狭义最惠客户待遇交易条件比较范围差异如下:

限制交易条件	广义最惠客户待遇	狭义最惠客户待遇
交易条件不得低于/劣于所有其他第三方平台	要求限制	不限制
交易条件不得低于/劣于商家自营网站上的交易条件	要求限制	要求限制
可能包括交易条件不得低于/劣于商家线下的交易条件	要求限制	要求限制

(二) 广义最惠客户待遇的反垄断规制

1. 我国对广义最惠客户待遇条款的规制

在我国,目前对最惠客户待遇条款的规制仅集中在广义最惠客户待遇条款。例如《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(“《指南》”)中,提示了互联网平台广义最惠客户待遇条款的反垄断法律风险——“平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为可能构成垄断协议,也可能构成滥用市场支配地位行为。”

在国家市场监督管理总局2021年9月发布的《中国反垄断年度执法报告(2020)》(“《年度执法报告》”)中,对于平台经济行业的相关行为评估中,明确提及:“平台经营者实施最惠国待遇条款,即上游供应商向平台经营者承诺或平台经营者要求上游供应商给其提供等于或优于其他竞争平台的交易条件(尤其是价格),可能构成纵向协议。”以上《指南》以及《年度执法报告》均说明,互联网平台下广义最惠客户待遇条款已经进入执法机关的监管视线范围内。

另外,在最近的国家市场监督管理总局对国内某大型互联网平台收购某集团股权违法实施经营者集中的行政处罚中,则将解除最惠客户待遇条款作为“恢复到集中前状态”救济措施,要求该互联网平台“没有正当理由,不得要求或变相要求上游版权方给予其优于其他竞争对手的条件,包括但不限于授权范围、授权金额、授权期限等,或与之相关的任何协议或协议条款。已经达成的,须在本决定发布之日起三十日内解除”。该处罚决定虽然没有明确对该等广义最惠客户待遇条款进行深入的分析,但也显示了我国反垄断执法机构对该类条款的否定态度。

2. 其他法域对广义最惠客户待遇条款的规制

目前各国反垄断执法机构均认为广义最惠客户待遇条款的反竞争性更强,一方面其可能限制了平台间的竞争,另一方面会限制了新的平台竞争者进入该相关市场,而在叠加了平台经济的网络效应和锁定效应

后,更容易对相关市场的竞争造成负面的影响。

在2021年7月,欧盟委员会对欧盟《纵向协议集体豁免条例 (Vertical Block Exemption Regulation)》发布了修订版的征求意见稿,其中对于广义最惠客户待遇条款,欧盟委员会提议其应当被认定为不能适用集体豁免(即安全港)的“除外限制行为 (Excluded restrictions)”¹。在此之前,德国联邦卡特尔局就呼吁在对《纵向协议集体豁免条例》的修订中,广义最惠客户待遇条款不应适用安全港。²而英国竞争与市场管理局 (Competition & Markets Authority, “CMA”) 进一步认为,在《英国纵向协议集体豁免法令 (UK Vertical Agreements Block Exemption Order)》下,需要将广义最惠客户待遇列为核心限制。³

同时,各国的反垄断执法机构纷纷对广义最惠客户待遇条款启动调查,司法机构审议该类案件,对相关行为从横向/纵向协议、滥用市场支配地位等角度进行分析:

①**横向协议**:德国联邦卡特尔局、英国公平贸易办公室(英国CMA的前身)等执法机构对某大型零售平台对其第三方电商平台 (Marketplace platform) 上的零售商施加的广义最惠客户待遇条款进行调查,最终令该平台停止了该等广义最惠客户待遇条款。而在美国司法部则对苹果 iBookstore 对出版商要求的广义最惠客户待遇条款提起诉讼,最终得到了第二巡回上诉法院对该条款违反了《谢尔曼法》第1条等的判决,并对苹果与出版商之间订立的最惠客户待遇条款发布了禁令。

②**纵向协议**:在线酒店预订平台 (Online Travel Agency) 则是最惠客户待遇条款的重灾区,欧洲多个国家均从纵向垄断协议的角度对在线酒店预订平台进行调查。从2013年开始,德国、法国、意大利、瑞典对各在线酒店预订平台的广义最惠客户待遇条款进行调查,这些平台纷纷从广义最惠客户待遇条款转向了狭义最惠客户待遇条款。

③**滥用市场支配地位**:2015年,欧盟委员会对某大型零售平台电子书业务中含有的最惠客户条款启动调查,由于亚马逊在相关市场上的份

1.《纵向协议集体豁免规定》征求意见稿第五条 (Article 5 of Draft revised Vertical block exemption Regulation), 参考链接:
https://ec.europa.eu/competition-policy/document/download/0fdcf47e-c7bf-4ee2-8897-3784d98be750_en

2.参考链接:
https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/bundesministerium_bundeskartellamt_en.pdf

3.《英国纵向协议集体豁免规定令 (UK Vertical Agreements Block Exemption Order)》第4.71段,参考链接:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994552/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf

额约占70%，欧盟委员会认为该行为构成了滥用市场支配地位，作为对调查的救济承诺，该零售平台停止了该条款的使用。同样，2021年8月，某大型酒店预订平台也因其对俄罗斯的酒店施加广义最惠客户待遇条款而被俄罗斯联邦反垄断局因滥用市场支配地位进行处罚。

综上，广义最惠客户待遇条款的反垄断风险较高，那么，对于限制较小的狭义最惠客户待遇条款，各国的态度又是怎么样？

SECTION 002

众说纷纭：狭义最惠客户待遇的反垄断规制

(一) 德国某大型酒店预订平台案

在众多关于最惠客户待遇条款的案件中，德国的B平台案可称为代表性案件。早在2015年，德国联邦卡特尔局就禁止了B平台与酒店经营者达成的包括广义和狭义在内的最惠客户待遇条款。其后，B平台向德国杜塞尔多夫高等地方法院提起诉讼。该法院认为狭义最惠客户待遇条款对于协



议的履行具有必要性,并能够防止酒店经营者搭便车,构成附属限制(ancillary restraint)条款。随后,该案上诉至德国联邦最高法院。2021年5月18日,德国联邦最高法院二审判决推翻了杜塞尔多夫高等地方法院的判决,支持了德国联邦卡特尔局对狭义最惠客户待遇条款的违法性认定。

德国联邦最高法院基于德国联邦卡特尔局调查报告的实证研究结果,认为狭义最惠客户待遇条款对于酒店预订平台履行其义务、防止酒店经营者搭便车不具有必要性,因为酒店预订平台在取消狭义最惠客户待遇条款之后也实现了市场份额的增长。狭义最惠客户待遇条款不属于附属限制条款,不能适用第101条第3款的豁免条件,仍然构成TFEU第101条第1款下的“垄断协议”。

4. 参考链接:
https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en

(二) 欧盟委员会对《纵向协议集体豁免条例》的修改草案

由于目前现行的《纵向协议集体豁免条例》将在2022年5月31日到期,欧盟委员会已启动对现有《纵向协议集体豁免条例》版本的更新修改,并在2021年7月9日发布了《纵向指南》以及《纵向协议集体豁免条例》的修改草案以广泛征求公众意见。⁴尽管目前现行的《纵向协议集体豁免条例》对最惠客户待遇条款没有规定,在《纵向协议集体豁免条例》修改草案中,欧盟委员会提议广义最惠客户待遇条款应当被认定为不能适用集体豁免的除外限制行为,但对狭义最惠客户待遇条款则没有明确的限制,一般认为狭义最惠客户待遇条款仍可适用纵向协议的集体豁免。

在2020年9月欧盟委员会对《纵向协议集体豁免条例》出具的《委员会工作文件评估(Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation)》中,提到欧盟各国的反垄断执法机构认为在评估狭义最惠客户待遇条款时,应当尤其留意相关平台的市场力量,以及如果活跃于市场上的大部分供应商和/或经销商均使用这些平台而可能导致的累积效应;同时,该评估提及在最近一个案例中,由于供应商的自营线上渠道构成重要的经销渠道,狭义最惠客户

5.参考链接：
https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/staff_working_document.pdf

6.参考链接：
<https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation>;
https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a131400001/Final_report.pdf

待遇条款被认定为与广义最惠客户待遇条款具有相同的影响。⁵

(三) 英国CMA对《纵向协议集体豁免条例》的征询意见

2021年7月,英国CMA发布了对《纵向协议集体豁免条例》的征询意见,其中包含了对最惠客户待遇条款的规制意见。在该意见中,CMA认为广义最惠客户待遇条款(“an ‘indirect sales channel parity obligation’”)——与其在2014年其对私人汽车保险市场的调查报告⁶中的观点相同,广义最惠客户待遇条款会引发极大的竞争担忧。当年CMA认为,广义最惠客户待遇条款削弱了价格竞争,导致新竞争者进入市场困难、减少创新、提高佣金费用、造成高额的保险费用;而狭义最惠客户待遇条款是合法手段,可以建立消费者信任、提高服务质量、增加品牌间竞争,因此CMA对汽车保险比价网站平台所享有的广义最惠客户待遇发布了禁令,而对其享有的狭义最惠客户待遇仍然允许其存在。

CMA对《纵向协议集体豁免条例》的征询意见中提议将广义最惠客户待遇条款认定为核心限制,将2014年报告中采用的规制措施从私人汽车保险业拓展到全行业;而对于狭义最惠客户待遇条款(a ‘direct sales channel parity obligation’),由于其有特定的效率——主要是防止商家通过其自营渠道、搭相关平台便车的效率,CMA并不将狭义最惠客户待遇条款视为核心限制或被排除的限制(即不能适用安全港),但是如果狭义最惠客户待遇条款能够产生与广义最惠客户待遇相同的竞争影响,则CMA会进一步调查该等影响。因此,基于目前的文件而言,英国CMA认为狭义最惠客户待遇条款是可以适用纵向协议的安全港。

(四) 欧盟部分国家的立法

如前所述,2010年开始,欧洲各国先后启动对在线酒店预订平台最惠客户待遇条款的调查。在调查过程中,相关平台承诺将最惠客户待遇条款限缩到只要求酒店经营者在其平台上的客房价格不高于酒店自营

平台上相同客房的价格。法国、意大利、瑞典等国执法机关接受该承诺并终止了调查。

尽管法国、意大利等国执法机关在上述案件中接受了狭义最惠客户待遇条款,但是此后以上各国立法机关却陆续出台了相应规定,对在线酒店预订平台领域包括广义和狭义在内的最惠客户待遇条款予以全面禁止。

例如,法国在2015年的《马克龙法案》(Loi Macron)中,就明确禁止了所有类型的最惠客户待遇条款在酒店预订平台的适用。⁷奥地利也在2016年将全面禁止酒店预订平台享有最惠客户待遇条款纳入了《奥地利反不正当竞争法案》(Austrian Unfair Competition Act)。意大利和比利时也出台了包括广义和狭义在内的最惠客户待遇条款的禁止性法律规定。

由上可见,对于狭义最惠客户待遇条款目前在各国反垄断法的规制存在较大的差异,虽然其相较于广义最惠客户待遇条款可能会具有更多的效率以及合理性,但对于企业而言,狭义最惠客户待遇条款的使用还是需要基于其所处的市场、使用该等条款的目的进行个案分析。

SECTION 003

狭义最惠客户待遇条款的反竞争效果

参考目前国际上首个对平台领域狭义最惠客户待遇条款认定为排除限制竞争的案件——德国的B平台案,德国联邦卡特尔局认为,B平台使用的狭义最惠客户待遇条款,结合其相关市场的具体情况,具有与广义最惠客户待遇条款的相同的负面效果,损害了市场竞争,具体包括以下三个方面:(1)对平台间的市场竞争造成了限制;(2)对酒店客房市场竞争造成限制;(3)其他平台也同样使用最惠客户待遇条款,增强了前述两点竞争损害的效果。

(一) 对平台间市场竞争的限制

狭义最惠客户待遇条款主要对在线酒店预订平台之间的竞争造成

7. 参考链接:
https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

极大的限制,具体而言有以下四个方面。

1.商家无意愿向竞争性平台提供更低的价格

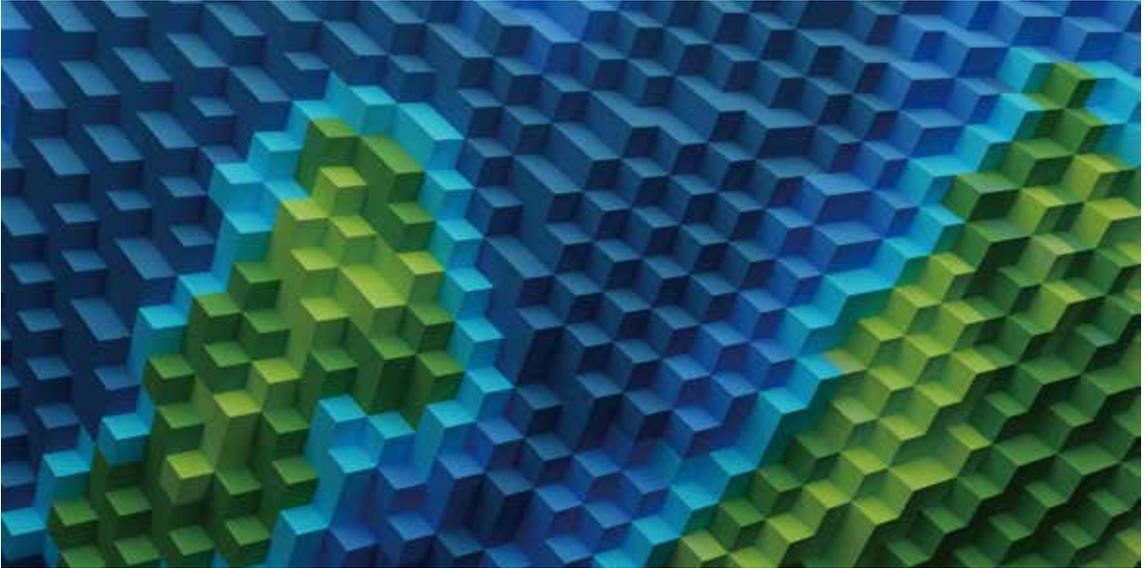
首先,在狭义最惠客户待遇条款下,商家可以在其他竞争性平台上以较B平台更低的价格进行宣传、销售,但因为商家并不能在其自营渠道中同时使用该更低的价格,因此商家实际上并无任何动机向其他竞争性平台提供低价。这意味着在商家自营渠道中的价格,会至少与其向B平台提供的价格一样或更高,如果商家还向其他竞争性平台提供更低的价格,必然导致其自营渠道的价格会在所有平台中是最高的。如果商家依然希望发展其自营渠道、而不愿意通过狭义最惠客户待遇条款使自营渠道变为最无法吸引消费者的渠道、销量被其他第三方平台蚕食,其无意愿向与B平台竞争的其他平台提供更低的价格,因此就可能平台间的竞争减弱。

因此,狭义最惠客户待遇条款虽然仅限制了商家在自营渠道的交易条件,但其实际上具有限制其他竞争性平台的效果,商家在无论是竞争平台还是自营渠道商的价格均一致,造成了与广义最惠客户待遇条款带来的“价格地板效应”(price floor effect)无异的效果。

2.平台无意愿为商家提供更低的佣金或更好的交易条件

在狭义最惠客户待遇条款下,如上所述,商家无意愿对不同平台提供具有差异的交易条件,由于所有平台获得的价格均为一致,则平台也无动机向商家提供更低的佣金或者更好的交易条件,以谈判换取更优的价格或其他交易条件。而因为平台为商家减低佣金和提供更优交易条件的动机大大减弱,造成佣金及其他交易条件的固化,又会对上述的商家对不同平台均无意愿提供低价的反竞争效果造成进一步的加强,该负反馈会相应导致商家在各个平台上均维持相同的价格,无法刺激平台间的有效竞争。因此,狭义最惠客户待遇条款会对平台间竞争造成进一步限制。

3.若平台在狭义最惠客户待遇条款外,对商家附加最少供应条款



(minimum availability) 和向消费者提供最优价格保证 (best price guarantee), 会进一步限制竞争

B平台对酒店商家要求实施狭义最惠客户待遇条款的同时,还要求商家执行最少供应条款,同时B平台也向消费者提供最优价格保证,而这些措施进一步加强了狭义最惠客户待遇条款的控制力。一方面,B平台要求酒店对其全部房型均需在B平台上有供应,尤其是对于优选合作伙伴(Preferred Partners),必须在所有时段、在所有房型向B平台保留一定比例的供应。该举措意味着,狭义最惠客户待遇条款对某一商家所有时段、所有房型均有效力;而如果没有该“最少供应条款”,酒店商家至少可以在其自营渠道上进行临时短期的营销而不受最少供应条款的限制。另一方面,B平台同时向消费者提供最优价格保证,如果消费者在其他平台上发现同一酒店的同等房源价格更低,B平台会向消费者补偿该价差。由于B平台为德国最重要的平台且其实施了狭义最惠客户待遇条款,“最优价格保障”条款对竞争平台,尤其是提供了更低的佣金费率、希望获得更低房价的平台造成严重打击,导致其无法获得消费者订单从而无营收,对竞争平台有排除限制竞争的作用,减弱了竞争平台通过低价竞争的动力。

4.新平台更难以进入, 导致平台市场的封锁

德国联邦卡特尔局认为, 狭义最惠客户待遇条款会导致平台市场的新进入者进入更为困难, 对平台市场有封锁效应。其原因是在具有狭义最惠客户待遇的情况下, 基于上述的原因, 一方面酒店商家无动机对不同平台提供不同的价格, 另一面, 由于没有具有竞争力的低价, 新进入平台也无法降低其佣金进行竞争, 相比起现有在市的平台, 新进入者无法获得更低的房价以吸引更多消费者、也无法通过提供更低的佣金费率来争取更多的商家, 新进入者的进入市场取得市场份额、进行有效竞争的难度大大增加。

(二) 对酒店客房市场竞争的限制

除了B平台所在的在线酒店预订平台市场竞争受到负面影响, 对于平台上的商家, 德国联邦卡特尔局同样认为狭义最惠客户待遇条款会对商家本身所处的市场竞争也造成限制。在狭义最惠客户待遇条款的限制下, 商家在其自营渠道上设定更优惠价格的自由被限制, 同时, 如上所述, 在其他平台上设定不同价格的动机也大大减弱, 这导致酒店对于酒店之间同类房型的价格竞争造成限制。狭义最惠客户待遇条款使价格无法作为平台以及酒店自营渠道之间一个有效的竞争因素, 例如, 因该条款, 酒店也无法在特定日子或时期在其自营渠道对客房设定更低的价格, 其通过价格与其他酒店同类房型进行竞争的动机也大大减弱。从反面而言, 如果不存在狭义最惠客户待遇的约束, 商家可以通过其自营渠道对进行差异化的定价, 则可以让消费者享受到更低的价格。

(三) 其他平台也同样使用了最惠客户待遇条款, 增强了前述两点竞争损害的效果

最后, 德国联邦卡特尔局提到, 如果其他平台也使用了最惠客户待遇条款, 则会导致平台间以及商家间的竞争进一步被削弱。如果在一个

市场中多个平台均使用最惠客户待遇条款, 该类条款会形成网络并覆盖了大部分的相关市场, 会产生累积效应, 使平台间、商家间的竞争约束减少, 反竞争影响会被扩大。

基于上述狭义最惠客户待遇条款导致的反竞争影响, 德国联邦卡特尔局将B平台使用的狭义最惠客户待遇条款认定为违法。在目前仅对狭义最惠客户待遇条款有明确案例判决较少的情况下, 我们认为本案中对该条款的分析思路和反竞争因素考量对企业的合规具有较为重要的参考价值。

SECTION 004

互联网平台狭义最惠客户待遇条款应如何合规使用

我国目前尚未对互联网狭义最惠客户待遇有明确的反垄断规制, 如上述而言, 目前世界各司法辖区对于广义最惠客户待遇条款有较为明确及一致的认定, 但是对于狭义最惠客户待遇条款则存在较大分歧。狭义最惠客户待遇条款由于其限制较广义条款小, 一般认为实施也可能带来相关的效率, 有一定合理性, 如欧盟委员会对《纵向协议集体豁免条款》拟适用于狭义最惠客户待遇条款, 但是德国联邦卡特尔局的处罚以及德国联邦最高法院的判决又对狭义最惠客户待遇条款的认定蒙上一层迷雾。对于企业而言, 由于业务的实际需求, 最惠客户待遇条款可能不可或缺。在反垄断合规方面, 对于狭义最惠客户待遇条款, 企业可以考虑以下问题及因素。

(一) 市场份额小的企业使用狭义最惠客户待遇条款会比较安全吗?

通常而言, 市场份额小的企业所实施的行为构成滥用市场支配地位的可能性较小, 并且其构成的纵向垄断协议导致对市场竞争的影响也可

8.《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》中规定,不具有显著市场力量的经营者设置的纵向地域限制和客户限制的若干情形,可以推定适用《反垄断法》第15条。对于“显著市场力量”的认定,汽车业指南以纵向协议的竞争评估为例,认为在相关市场占有30%以下市场份额的经营者有可能被推定为不具有显著市场力量,此为汽车业指南中提及的纵向协议安全港,但其适用的范围仅限于纵向地域限制和客户限制相关情形。在《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》也有明确的安全港规定,但其仅适用于“涉及知识产权的协议”。

能较小,出于为企业的具体商业行为提供确定性指引以及提高执法效率,在一些司法辖区存在垄断行为的安全港,在安全港内的企业实施的垄断行为,可以被推定为不具有排除、限制竞争的效果,从而被豁免。

如上2.2和2.3部分分析,目前欧洲各国对于狭义最惠客户待遇条款是否能适用纵向协议安全港有较为统一的看法,即,如果使用狭义最惠客户待遇条款的交易双方在上下游的市场份额均不超过30%,并且该协议并不含有核心限制的前提下,该协议可以被集体豁免而无需受到个案分析。

在我国目前对于一般行业、一般经营者垄断协议行为没有明确的安全港规定。⁸在2019年1月国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议行为的规定(征求意见稿)》中,也曾提出过“安全港”规则,对于纵向非价格协议(即,除转售价格维持外),若参与协议的经营者在相关市场上的市场份额均不超过25%的,可以推定协议不会排除、限制竞争,有证据证明该协议排除、限制竞争的除外。则参考该立法思路,在狭义最惠客户待遇条款的背景下,就单个平台和商家而言,如果经营者在相关市场份额低于25%的,对于狭义最惠客户待遇条款而言,被认为构成排除限制竞争的纵向垄断协议相关风险相对较小。

但是,值得注意的是,狭义最惠客户待遇条款所规制的方面或协议双方是否能被认定为“纵向”关系,是一个重要的问题,这是适用纵向协议安全港的前提。在德国对于在线酒店预订平台H平台的案件中,杜塞尔多夫高等地方法院曾认为,广义最惠客户待遇条款并不适用欧盟纵向协议的安全港。其原因是该条款实质上并不规则酒店与平台之间的纵向关系,其最终效果是约束酒店间的价格,因此该条款本身不构成纵向协议,从而不能适用纵向协议的安全港。由于H平台其本身的市场份额也超过了30%,因此在该案中,法院并未再深入分析该问题。另一方面,纵向协议安全港的适用也受限于条款涉及双方是“纵向”关系还是“横向”关系。在互联网平台背景下,商家和平台间的关系,尤其在商家仍有自营渠道的情况下,尤为微妙。英国CMA在其对于私人汽车保险市场的调查中,对

适用纵向集体豁免不予认可,其原因是私人汽车保险商和网络比价网站为竞争者,因为两者均各自在其网站上提供保险价格,并通过广告争夺消费者。

因此,对于市场份额较小的企业,其使用狭义最惠客户待遇条款所导致的反垄断法律风险可能较小,但是由于存在其他因素影响纵向协议安全港的适用,因此具体情况还是需要个案情况分析。

(二)市场份额大的企业可以使用狭义最惠客户待遇条款吗?

相较于市场份额较小的企业,市场份额大的企业适用狭义最惠客户待遇条款导致的反垄断法律风险会较大。一方面,市场份额较大的企业无法再援引纵向协议的安全港,相关条款无法直接被推定不具有排除、限制竞争的效果,而需要个案分析;另一方面,如果企业的市场份额过大,也有可能导致该条款被认定为滥用市场支配地位进行处罚。例如欧盟委员会曾就某大型零售平台的电子书业务中的最惠客户待遇条款进行调查,并以该条款削弱了电子书供应商、竞争平台发展新商业模式的能力及动机,从而增强了该零售平台的市场支配地位而构成了滥用行为进行处罚。而最近B平台也因最惠客户待遇条款在俄罗斯被认定为滥用市场支配地位。

由于对于市场份额较大企业而言,一般需要对相关条款进行个案分析,则实施该条款所能带来的效率以及合理理由就显得尤为重要。参考英国CMA对私人汽车保险调查中对狭义最惠客户待遇条款效率或合理理由的认定,以下若干合理理由可以为企业带来一定启发。

首先,狭义最惠客户待遇条款通过提高商家(私人汽车保险商)的透明度以及减少消费者的搜索成本,提高了商家之间竞争。若缺少狭义最惠客户待遇条款,商家可以在其自营渠道中以比其购买广告服务的比价网站上提供更低价格销售保险,则比价网站的信誉会受到损害,比价网站本身的生存也可能受到威胁,同时,商家会对比价网站的前期投资进



行搭便车。

第二，CMA认为，在狭义最惠客户待遇条款下，商家仍然可以在收取低佣金的比价网站提供较低的价格，同时商家自营的网站并不构成对比价网站的明显约束，因此狭义最惠客户待遇条款并不会对竞争有影响，或即使有该等影响，该影响也并不显著。

第三，狭义最惠客户待遇条款对于达到上述的效率是不可或缺的，CMA不认为还存在其他方式作为价格比价工具而同时能够保护比价网站的信誉，其认为狭义最惠客户待遇条款对于比价网站来说是核心，是吸引消费者的关键。

最后，假设平台间的竞争较为充分，消费者也会享受到平台间竞争的福利。

因此，我们建议企业，尤其是份额较大的企业在使用狭义最惠客户待遇条款前，要重点考量该条款对自身商业模式的合理之处，例如，该条款是否可以有效保护平台的前期投入和鼓励平台未来的进一步投入而避免商家对平台的投入进行搭便车；或者是否存在平台事先投资且投资专用于特定经营者，如存在该等情况，狭义最惠客户待遇条款也可能可以避免相关的“套牢”行为。

(三)对使用狭义最惠客户待遇条款的一些建议

对于狭义最惠客户待遇条款的使用,英国CMA在其对电子比价工具市场研究中有相关的建议。CMA认为,狭义最惠客户待遇条款不应超过其现实相关效率所必须的范围,例如,狭义最惠客户待遇条款不应适用于商家现有的客户/消费者,即已与商家有合同关系的客户/消费者或者其已经参与了商家“忠诚客户项目(loyalty program)”的客户。⁹因为对于这些客户而言,已经没有任何搭便车的必要性,也自然不会产生防止搭便车的任何效率。

总结以上,目前各国对狭义最惠客户待遇条款的规制存在较大的分歧,但是该条款也可能带来相应的效率以及具有一定的合理性,至少从表面上审视,对相关市场竞争的影响并非全为负面影响,在商业上以及反垄断法合规方面存在一定的讨论空间。因此我们建议,相关企业在实际业务过程中需要使用狭义最惠客户待遇条款,应当进行个案分析并进行合规调整,将反垄断风险降至最低。¹⁰

9.参考链接:
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf>



张白沙
合伙人
合规与政府监管部
广州办公室
+86 20 2826 1768
baisha_zhang@zhonglun.com



作者：岑兆琦、许啸宇、黄锦翔

平台经济语境下 轴辐协议的反垄断规制

传统的反垄断经验规则下,垄断协议主要分为具有竞争关系的经营者之间所达成的横向垄断协议,和在生产或者销售过程中处于不同阶段的经营者之间所达成的纵向垄断协议。轴辐协议(Hub and Spoke Conspiracy),作为近期以来一种具有纵横交错的复合型结构以及复杂运行机制的行为,引起各法域竞争执法机构的高度关注。

随着平台经济发展,如何营造公平的平台市场竞争环境亦成为了各法域竞争执法机构的关注重点,而平台规则、第三方算法及在线定价监督等技术型手段也被认为对于轴辐协议的达成与实施具有一定促进作用。¹国务院反垄断委员会在2021年正式发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称“《平台反垄断指南》”)中首次引入“轴辐协议”概念并为其单设条款。由此可见,轴辐协议,尤其是平台经济语境下的轴辐协议,已然进入中国反垄断执法机构的视野。

鉴于此,本文不仅将从轴辐协议的渊源出发,厘清轴辐协议的重点概念,也将从传统语境下的轴辐协议性质、认定要件、责任承担等角度出发,对于平台经济语境下的轴辐协议反垄断规制进行探讨,为平台领域企业提供相应的反垄断合规建议。

SECTION 001

轴辐协议之法律渊源

美国作为“轴辐协议”概念的发源地,在其反托拉斯实践中对于轴辐协议的反垄断规制已然进行了大量有益的探索。一般而言,Interstate Circuit案通常被认为是首个蕴含“轴辐协议”理念的判例。Interstate作为一家具有市场支配地位的电影首轮放映商,其通过向8家电影发行商

1. See OECD, Executive Summary of the Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements, 2019.

2. See *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

3. See *Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

发送函件的方式, 设定了A级影片在首轮反映的最低票价以及禁止该影片不得与其他同类影片同期放映。此外, 函件中还设定了电影发行商将影片向后续轮次放映商提供时应收取的最低成人门票价格。尽管没有直接证据表明各电影发行商之间存在沟通, 美国联邦最高法院认为, 8家电影发行商都收到了相关函件且基本都接受了函件中的限制性要求, 且任何不配合的发行商都将可能失去相关的业务, 而遵守相关限制性要求则能为其带来非常可观的利润。法院认为, 这能够支持“发行商之间存在一致行动并达成协议的推论”。²尽管Interstate Circuit案中未明确提出“轴心(Hub)”或“辐条(Spoke)”的概念, 但其对于轴辐协议概念的提出及规制而言, 仍是具有里程碑意义的。

而在1998年的Toys “R” Us案(以下称“**玩具反斗城案**”)中, 轴辐协议的概念正式在美国反托拉斯实践中被提出。玩具反斗城作为美国最大的玩具零售商, 其与部分玩具生产商签署了相似的独家协议, 旨在由玩具反斗城独占性地销售部分玩具, 且玩具生产商不能将该部分玩具销售给仓储式俱乐部。FTC认定, 玩具反斗城“居中协调”, 通过其与玩具生产商之间的纵向协议网络, 使得玩具生产商之间达成了横向协议。美国联邦第七巡回法院认为, 基于相关证据, 玩具生产商减少与仓储式俱乐部的销售将违背其经济利益, 且玩具生产商亦表示其不愿意在未能保证其他竞争者将采取相同或相似策略的情况下对其与仓储式俱乐部的销售进行限制。³最终, 法院认定涉案的一系列纵向协议, 形成了以玩具反斗城为中心, 并在玩具生产商之间达成共谋的横向垄断协议, 达到了对于仓储式俱乐部的抵制效果。

随后的诸多判例中, 苹果电子书案成为美国反托拉斯实践中最为经典的轴辐协议案例。苹果在其自有生态中推出iBooks电子书之前, 市场上超过90%的电子书由亚马逊的Kindle提供。基于某网络零售商与出版商之间的批发零售协议, 电子书的定价将由该网络零售商独立决定。而苹果则为6家最大的出版商提供了所谓的“代理销售”模式, 即由出版商

自行决定电子书价格，苹果仅抽取固定比例的费用。此外，苹果在“代理销售”模式中还设置了最惠国待遇条款与最高售价限制条件，既保证苹果iBooks中销售的电子书价格相较其他第三方平台是最低的，又防止出版商在获取定价权后大幅提高电子书价格。⁴苹果的“代理销售”模式促使了出版商与网络零售商就电子书销售模式进行重新谈判，出版商也得以在后续提高电子书售价。最终，出版商承认其合谋行为并与美国司法部达成和解，而苹果因拒绝和解而进入司法程序，法院最终认定本案轴辐协议成立，苹果属于涉案的共谋主体。

综上所述，历经八十余年的探索，轴辐协议作为一种经验类型在晚近的美国反托拉斯实践中已然得到了认可。且对于轴辐协议结构亦已形成相对统一的共识，即需要一个轴心居中协调使得辐条端经营者之间达成横向共谋，而此类居中协调通常会通过对上游或下游的纵向安排来实现。

SECTION 002

传统语境下的轴辐协议

如前述，基于轴辐协议的外在表现形式，其中既存在纵向关系也存在横向共谋。而我国现行《反垄断法》对于垄断协议的两分法，使得轴辐协议无法简单地归类，因而轴辐协议的法律性质在学界亦存在一定的争议。⁵2021年10月23日最新公布的《反垄断法（修正草案）》中虽并未明确提出“轴辐协议”的概念或分类，但提出“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”⁶，拟寻求轴辐协议通过垄断协议进行规制的路径。在《平台反垄断指南》中对于轴辐协议的性质及责任承担仅涉及较为模糊的表述，认为“分析该协议是否属于《反垄断法》第十三条、第十四条规制的垄断协议，可以考虑具有竞争关系的平台内经营者之间是否利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式，达成、实施垄断协议，排除、限制相关市场竞争。”⁷鉴于此，

4. See United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

5. 我国学界对于轴辐协议的法律性质并未达成共识：(1) 刘继峰教授在其《“中心辐射型卡特尔”认定中的问题》(2016)一文中认为“（轴辐协议）本质是横向垄断协议关系，纵向交易关系只是掩盖横向协议关系的一个手段”；(2) 张晨颖教授在其《垄断协议二分法检讨与禁止规则再造——从轴辐协议谈起》(2018)一文中认为“轴辐协议是游离于横向协议和纵向协议之外的第三类垄断协议”；(3) 焦海涛教授在其《反垄断法上轴辐协议的法律性质》(2020)一文中认为“轴辐协议的性质可直接认定为横向垄断协议”；(4) 江山副教授在其《论轴辐协议的反垄断规制》(2021)一文中认为“轴辐协议所展现之始于纵向经由纵向并归于横向的信息交流机制，其排除、限制竞争的意义内涵与横向垄断协议并无二致”。

6. 参见第十三届全国人大常委会，《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》，第18条。

7. 参见国务院反垄断委员会，《关于平台经济领域的反垄断指南》（国反垄发〔2021〕1号），第8条。

8. See *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation* 618 F.3d 300, 327 (3d Cir. 2010).

9. See *Dickson v. Microsoft Corp.*, 309 F.3d 193 (4th Cir. 2002).

10. 参见《欧盟横向合作协议指南》第55段。

本部分将从轴辐协议的性质认定、轴辐协议的认定要件及轴辐协议相关参与者的责任承担三个部分展开讨论,探究传统语境下的轴辐协议相关反垄断问题。

(一) 轴辐协议之性质探讨

在典型的轴辐协议机制下,其与一系列独立的、相似的纵向协议的主要区别即在于辐条端经营者之间是否存在意思联络。In *re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*案中,法院认为,原告仅证明保险公司与经纪人之间签署了类似的佣金协议并不足以证明保险公司之间达成了横向垄断协议⁸。与之相类似的,法院在*Dickson*案中亦认为,“无辋之轮共谋(Rimless Wheel Conspiracy)”并非是一个单一的共谋(即轴辐协议),而是与同一共同被告之间纵向协议的集合。⁹鉴于此,竞争者之间的意思联络,即轮辋,是区分轴辐协议与纵向协议之间的重要特征,亦是构建轴辐协议结构所不可或缺的一环。亦如前述美国关于轴辐协议的判例,其均是通过横向垄断协议来对轴辐协议的性质进行认定。

尽管欧盟并未在其相关指南中明确提出“轴辐协议”的概念,但仍可在与信息交换相关的部分窥见欧盟对于轴辐协议的规制思路。《欧盟横向合作协议指南》认为“信息交换有多种表现形式:第一,在竞争者之间直接共享数据。第二,通过竞争者共同参与的组织(如行业协会)或通过诸如市场研究机构或企业的供应商或零售商等第三方共享数据”。¹⁰如前述,轴辐协议的本质即在于竞争者通过第三方进行间接信息交换以达成横向共谋。由此可见,欧盟亦是在横向垄断协议框架下探讨轴辐协议的规制。

虽然在《平台反垄断指南》出台前,我国反垄断法律体系中并未明确出现“轴辐协议”的概念,但相关执法案例中亦已蕴含了轴辐协议的理念。其中以“湖南娄底案”最具代表性,该案中娄底市保险行业协会组织11家财险公司与湖南瑞特保险经纪有限公司,共同组建娄底市新车保险

服务中心。通过与各财险公司签署“合作协议”的方式,规定所有新车保险业务必须集中在该中心办理,并划分各财险公司在新车保险业务中的市场份额,同时规定不得对新车保险给予任何费率折扣和优惠,并约定了相应的违约责任。整体来看,本案具有较为明显的轴辐式安排特征,且中国反垄断执法机构对于此类轴辐式安排的关注重点也是在于竞争者之间的横向垄断协议。

综上所述,我们认为,轴辐协议仍应属于竞争者借助纵向关系所达成的横向共谋,且这亦可从轴辐协议项下轴心与不同辐条端经营者的信息交换路径中得到论证,即信息流的路径虽然是纵向的,但因其涉及到不同贸易环节的经营者,信息交换所产生的竞争影响仍是横向的。¹¹换言之,轴心虽处于生产链条的上游或下游,但其所发挥的功能仍是反垄断法意义上促进横向信息交换的功能。

11. See OECD, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010.

12. See Elder-Beerman Stores Corp. v. Federated Department Stores, 459 F.2d 138 (6th Cir. 1972).

(二) 轴辐协议之认定要件

如前述,轴辐协议可适用横向垄断协议的分析模式和规制框架,由此对于轴辐协议而言的规制焦点将落脚于信息交换证据的发现与认定。因轴心与辐条端经营者之间的纵向关系或纵向安排较为明确,证明存在闭合的“轮辋”则成为了轴辐协议认定的关键。

由于轴辐协议中辐条端经营者之间的信息交换是间接的、较为隐蔽的,而该特征与协同行为案件中的认定难点相类似。在协同行为的规制中,通常需引入“附加因素(Plus Factors)”予以论证,以证明相关的一致行为并非独立的、单方的行为,而是一项合谋行为。美国联邦第六巡回法院在Elder-Beerman案中提出了关于轴辐协议认定的三个要件:(1) 涉案主体之间存在整体性的违法安排或“共同设计(Common Design)”;(2) 每个涉案主体都知道其他主体也一定会参与到这项违法的安排中,即便不是所有主体都知道这项安排的细节,但至少每个主体都知道这项安排的目的和后果;(3) 必须证明每个涉案主体都参与到了这项安排中。¹²随后的玩具反

13. See Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

14. See OFT decision of 8 November 2004 (CA 98/08/2004).

15. See OFT decision of 1 August 2003 (CA 98/06/2003).

16. See Umbro Holdings Ltd v Office of Fair Trading (Judgment on penalty) and JJB Sports v Office of Fair Trading [2006] EWCA Civ 1318, Case No 2005/1623.

斗城案中,美国联邦第七巡回法院也是基于上述认定要件对于存在闭合的“轮辘”进行了论证。法院认为,为实现利润最大化,玩具生产商本应将产品卖给更多的仓储式俱乐部,而不是专供玩具反斗城。而玩具反斗城也将玩具生产商的“如果别人停止供货,我也就停止”的这一信息在各个玩具生产商之间不断流转¹³,最终使得各玩具生产商在玩具反斗城的协调中达成了停止向仓储式俱乐部供货的一致意见,而这一类的沟通证据也成为了法院认定玩具反斗城参与了一项横向共谋的重要证据。

尽管欧洲范围内的竞争执法机构在其反垄断执法实践中,并未明确提出“轴辐协议”的概念,但英国公平交易办公室(以下简称“OFT”)也对于通过第三方交换策略性信息(例如,从一个经销商通过他们共同的供应商向另一个经销商传递信息)的相关案件进行了调查。例如,在Double Glazing案中OFT认定,供应商为避免经销商之间关于产品定价政策的纠纷,与4家经销商就固定或维持产品最低转售价格达成了一致,且每个经销商都知道彼此的参与,其能够合理预期在供应商对定价进行干预后,经销商将停止彼此之间的价格战¹⁴。同样,在Replica Football Kit案中,OFT调查了类似的三方协议,因竞争性零售商激进的折扣政策,零售商JJB以取消订单为威胁向生产商Umbro施压,要求其对零售价格进行干预。最终Umbro通过交换不同零售商的定价信息促进零售商之间的价格共谋,从而促使产品零售价格上涨¹⁵。结合英国上诉法院观点,证明当事人彼此知情以及信息交换发生的背景在认定行为违法性方面也是至关重要的。¹⁶

参照OECD关于信息交换的研究报告,OECD认为即使竞争对手之间不存在直接的信息交换,竞争对手之间的信息共享同样可能违反竞争法。OECD所提出的证明标准归纳如下:(1)如果零售商(A)向其供应商(B)披露其未来的定价意图,需要证明A为故意让B将该信息传递给另一零售商(C),或A可预见B会将该信息传递给C,并以此来影响相关市场交易条件;(2)需证明B确实将该信息传递给了C,且C知道该信息是由A故意向B提供的,或C明确意识到该信息是B在A的同意下向其传递的;(3)需证明C确实



17. See OECD, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010.

使用该信息来确定其未来的定价意图。若满足上述条件，则可以认为竞争者之间通过中间人提供、接收或传递信息，对市场竞争产生实质性影响，因而构成反竞争行为。¹⁷

综上所述，认定轴辐协议的主要思路如下：(1) 需证明两个或两个以上的竞争者与同一主体之间具有相同或相似的纵向关系或协议；(2) 需证明策略性信息参照“辐条端经营者(A)—轴心(B)—辐条端经营者(C)”的模式，在所有涉案主体之间进行了有效的流转、传递和使用；(3) 需证明相关流转、传递的策略性信息对于相关市场竞争状况造成了不利影响。

(三) 轴辐协议之责任承担

如前述，轴辐协议可被认为属于横向垄断协议，则作为竞争关系的辐条端经营者的责任承担并无异议，关键是如何认定轴心主体的法律责任。从广义来看，作为信息交换中心的轴心，不仅包含经营者，亦有可能包含行业协会甚至行政主体。本文将主要以经营者为例讨论轴心主体责任承担的相关问题。

依据美国在苹果电子书案中所确立的标准，判断轴心经营者是否承担责任的关键在于其“是否有意识地参与到横向共谋之中，并积极地促

18. See *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013).

19. 参见江山：《论轴辐协议的反垄断规制》，《社会科学研究》2021年第4期，第52页。

进共谋的达成，若共谋的目标是对交易的不合理限制时，则卡特尔的所有参与方均应负有法律责任。”¹⁸有鉴于此，若轴心经营者积极促成轴辐协议，甚至属于轴辐协议的主导者，则轴心经营者与辐条端经营者承担相同的责任。

而当轴辐协议由辐条端经营者主动发起并积极推动，此时的轴心经营者应视为辐条端经营者达成横向共谋的工具。从策略性信息在轴辐协议中的传递路径来看，如果轴心经营者在上述信息交换中处于从属地位，轴心经营者受胁迫或因辐条端经营者的市场力量而不得不为其传递相关信息，则可认为竞争性辐条端经营者之间的横向共谋合意在轴心经营者加入之前业已完成。轴心经营者的主要作用在于使得横向共谋变得更为隐蔽，或在于监督轴辐协议的实施。¹⁹此时，轴心经营者所应承担的法律责任应与其所实现的功能相匹配。

综上所述，鉴于轴辐协议可类推适用横向垄断协议的规制模式，则对于辐条端经营者可直接追究其作为排除、限制横向竞争的法律責任。对于轴心经营者而言，应基于其对轴辐协议达成和实施中所发挥的是主导作用或被动工具作用，来追究其法律責任。

SECTION 003

平台语境下的轴辐协议

亦如《平台反垄断指南》中所关注的“利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式”，在平台市场中，竞争者使用相同的第三方定价算法可能会轻易地达到协调定价和价格调整的目的，而定价算法及其辅助性软件还可以起到便利监控、追踪其他市场参与者定价行为的作用。此外，定价算法还会使得经营者能够基于竞争对手的偏差行为即时作出反应，降低背离共谋行为的动机。除此之外，尤其是在跨平台平价协议（“**APPA**”）和最惠国待遇条款（“**MFN**”）的帮助下，销售型平台可以影响和协调供应商

和/或零售商在本平台或其他平台上的定价行为,甚至可能影响独立卖家或服务商的定价行为并对其直接进行调整。

由此而言,随着价格透明度提高、海量数据可用性提升及人工智能的发展,平台经济语境下容易催生“轴辐协议”的市场场景将主要在于以下两种:(1)互联网平台作为横向共谋的推动者;(2)通过第三方算法进行横向协调。

20. See Case C-74/14, *Eturas v UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryva (Eturas)*, ECLI:EU:C:2016:42.

(一) 互联网平台作为横向共谋的推动者

一般而言,对于互联网平台作为横向共谋的推动者,其主要作用在于对平台内经营者之间横向共谋的发起、实现和监督,其与传统语境下的轴辐协议并无实质区别,只要平台在轴辐协议达成、监督和维持中发挥积极作用,其就需承担相应的法律责任。

欧盟在*Eturas*案中认可了此类“轴辐式”安排构成横向垄断协议。欧洲法院对*Eturas*及30家旅行社作出初步裁决认为,*Eturas*通过内部信息系统向各旅行社传达折扣上限的设定,并告知其相关平台条款的修改情况,随后*Eturas*通过技术手段在预订系统中设定了该折扣上限,以防止旅行社提供超出限制的折扣。欧洲法院表示,若旅行社已经知道了该涉嫌违法的信息,但并未公开表示不参与该违法行为或反对该违法行为,则可以推定旅行社参与了协同行为。²⁰由此可见,互联网平台所创设的数字环境下,平台内经营者可以在没有直接接触的情况下进行互动,亦使得协调价格或利润水平成为可能。此外,互联网平台对于系统所施加的操作限制也能够降低平台内企业背离横向共谋的可能性。

此外,诸如网络购物平台、旅游和酒店预订平台等销售型平台提供了匹配提供商品或服务的供应商与潜在消费者的服务,平台的收入来源通常为每笔交易所赚取的佣金或费用,并在相关市场上与提供相同或相似服务的其他平台相竞争,平台为保证其竞争力通常会对于平台内经营者施加一定的纵向限制,典型的纵向限制包括跨平台平价协议或最惠国

21. See European Commission, Antitrust: Commission opens formal proceedings to investigate sales of e-books, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_1509.

22. See Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, Oxford Legal Studies Research Paper No.18/2015.

待遇条款。以苹果电子书案为例，美国和欧盟均对相关行为进行了调查，美国以轴辐协议对案件进行了认定，而欧盟并未使用该术语而是在协同行为范畴下对相关MFN条款进行分析²¹。

综上所述，互联网平台若作为横向共谋的推动者，其无论是采取统一的定价政策，抑或是通过跨平台平价协议或最惠国待遇条款对价格进行限制，均能够有效抑制跨平台的价格竞争，且能促进平台内企业之间的协调，亦能够对价格进行有效监控并提供了一个更为透明的市场环境。由此可见，互联网平台可能因其能够作为轴心经营者积极推动轴辐协议的形成，从而引发竞争执法机构对于平台企业的竞争关注。

(二) 通过第三方算法进行横向协调

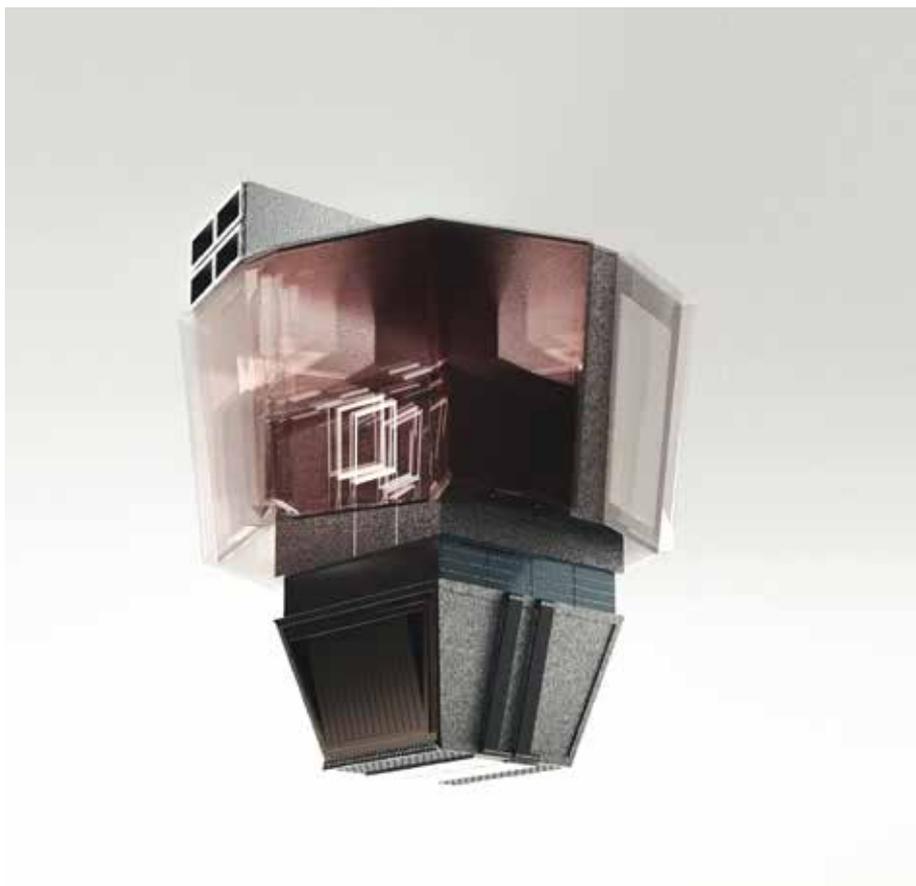
竞争执法机构所日益关注的与算法定价相关的问题是，竞争者使用第三方算法提供商所提供的相同或相似的算法公式或数据池来确定产品或服务价格。此类算法共谋亦被称之为“轴辐类共谋”，即同一种计算机算法被多家企业用于决定市场价格或对市场变化作出反应。多家企业将同一种算法作为“纵向投入品”时，可能会引发横向问题。²²目前来看，采用定价算法或定价软件跟踪竞争对手价格已成为一种普遍的行业做法。

具体来看，从定价算法的运作机制来看，实现价格确定、跟踪和调整的关键步骤在于对竞争对手价格、折扣数据的收集和整理。一般而言，竞争对手的价格、折扣数据通常来源于通过技术手段对公开的、可获得的价格、折扣数据进行网络抓取。相关价格、折扣数据被抓取后，将会汇总输入至第三方定价算法，并为算法使用者分析和提供相应的价格建议。由此而言，当竞争者使用相同的第三方定价算法来确定其产品或服务的价格或对市场变化作出反应时，可能会构成横向共谋。

对于轴辐类算法共谋的评估要点在于，定价算法是否被设计或使用来扭曲市场价格竞争。对于经营者而言，适用算法定价本身并不当然违法；但随着适用相同或相似算法的经营者数量增加，其所覆盖的消费者

数量亦将增加,此时定价算法可能会为剥削行为以及协同涨价行为提供可能性。此外,竞争者意图也可能作为环境证据来纳入对于定价算法的反垄断评估,即经营者是否故意追求违法的结果,如固定价格,或经营者是否以行为表明其知道违法结果可能发生,且事实上违法结果也已经实际产生。

综上所述,尽管算法及算法开发行为本身属于中性行为,甚至是提高市场运行效率的行为,但经营者之间因反竞争意图而开发算法、使用算法的行为可能导致轴辐协议的产生。随着各法域反垄断执法机构对于算法共谋执法的不断深入,通过第三方算法进行横向协调的行为也将被执法机构所重点关注。



SECTION 004

平台经济轴辐协议风险建议

总体而言,尽管供应商与经销商之间的上下游信息交换本身属于合法交流的一部分,但当此类信息交换涉及到竞争对手过去和/或未来的定价策略时,或以竞争对手行为或观察到的竞争对手价格为条件调整自身定价时,此类竞争者之间的间接信息交换将落入轴辐协议的规制范畴。随着平台经济的发展,尤其是算法研究的不断深入,提高了相关市场透明度、增强了对于偏离行为的即时反应能力、仅需更少量的明确交流即可达成横向共谋,均使得轴辐协议的达成变得更为便利与隐蔽。而这亦已引起了各法域竞争执法机构的高度关注,鉴于此,对于平台经营者和平台内经营者而言,均需警惕轴辐协议的反垄断风险。

第一,平台领域经营者对外提供自身策略性信息或从外获取竞争对手的策略性信息均需做好相应的反垄断评估工作。一般而言,与价格、产出、需求相关的信息会被执法机构认定为策略性信息,尤其是与价格相关的信息通常被认为是最具有反垄断风险的策略性信息。参照协同行为的认定标准,被动接受相关策略性信息的经营者只有在明确表示反对或具有其他证据的基础上方能被认为不属于横向共谋的参与者。鉴于此,对于平台经营者和平台内经营者而言,均需对向外提供自身策略性信息和从外获取竞争对手策略性信息展开充分的反垄断评估工作,避免反垄断风险。

第二,平台领域经营者需对可能潜在轴辐协议风险的纵向安排进行相应的反垄断评估工作。对于平台经营者而言,其应避免充当轴心主体促成竞争性平台内经营者达成横向共谋;同时,因平台经营者与平台内经营者的纵向协议通常为格式合同适用于绝大多数的平台内经营者,平台经营者应对其进行反垄断审查,避免相关纵向协议成为平台内经营者达成横向共谋的工具。反之亦然,对于平台内经营者而言,其不仅需避免主动利用平台规则与竞争者达成横向共谋,亦需避免平台纵向协议下的

被动参与者。除此之外,对于平台经营者和/或平台内经营者而言,其需警惕与其他第三方达成的纵向安排,尤其是知道其他竞争者亦与该第三方达成了相同或相似的纵向安排,包括但不限于与竞争对手使用同一家代理机构、同一款定价算法、同一个价格监督和追踪软件等。

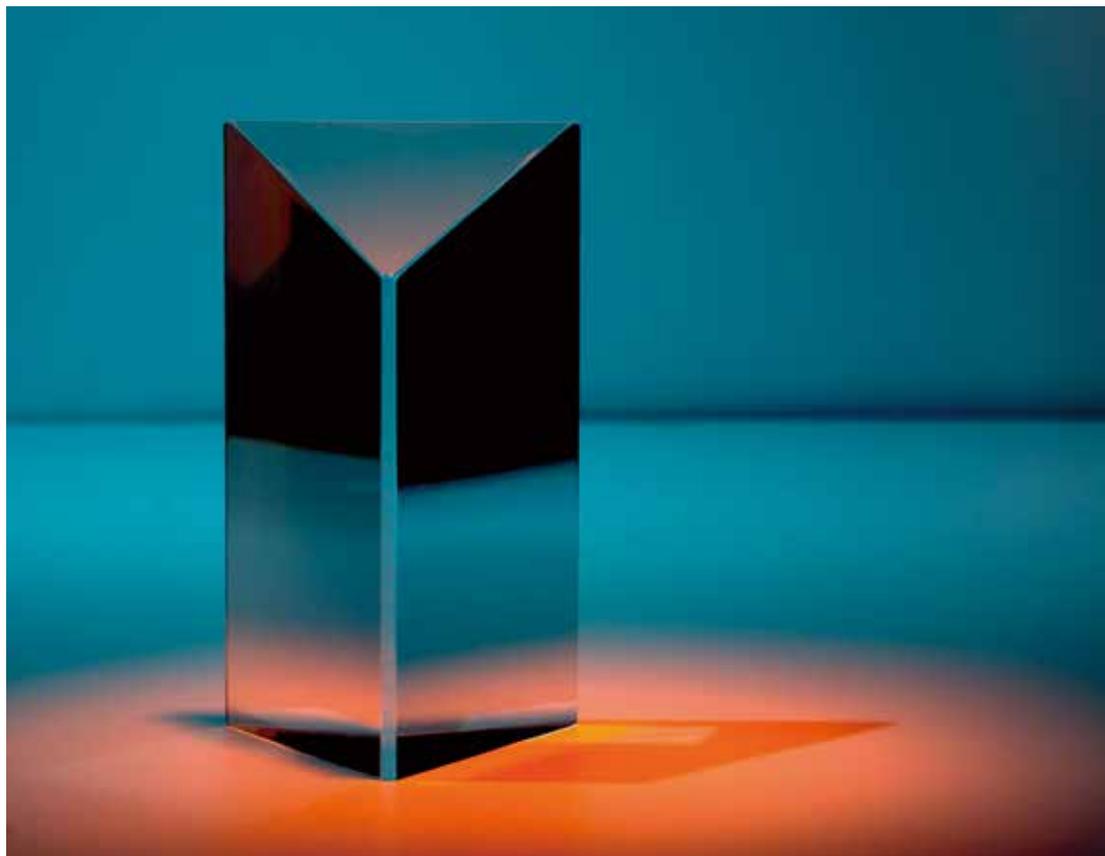
第三,平台领域经营者需构建相应的内部反垄断风险控制机制。通常而言,关于信息交换类的内部风险控制机制在于关注与留存日常交谈、电话通话、线上聊天、相关会议、电子邮件及书面文件等各类方式下涉及策略性信息的交流。对于平台经营者和/或平台内经营者而言,随着反垄断执法机构在平台领域执法的不断深入,嵌套在计算机程序中的算法共谋将无法逃避反垄断责任。从平台领域的内部反垄断合规设计角度出发,平台规则、算法的构建将以不允许进行共谋作为一个基本的出发点。鉴于平台经济领域的创新特点,关于平台语境下的轴辐协议也必将在未来出现更高的不确定性,因此平台领域经营者应依据企业自身状况,必要时引入法律与技术专业人员共同构建企业内部反垄断风险控制机制。☞



岑兆琦
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2013
cenzhaoqi@zhonglun.com

Chapter Three

濫用行為



作者：岑兆琦、郭慧阳、张闯

平台经济领域拒绝交易行为的 反垄断规制分析

1.张守文、徐孟洲、肖江平著：《经济法学（第七版）》，北京大学出版社，第241页。

SECTION 001

平台拒绝交易的反垄断规制问题

数字经济时代，互联网平台为代表的新经济模式以颠覆创新的形式重塑传统经济，促使市场竞争形态发生巨大变化，成为经济增长的新引擎，更全面渗透入人们日常经济生活的各个方面。最近几年，随着客户群体流量红利见顶、现有领域空间容量饱和、新领域的开辟难度增大，互联网平台之间的封禁（屏蔽）行为层出不穷、形式多样，诸如封锁API接口、屏蔽分享链接、限制获取数据、拒绝兼容等等，持续成为舆论的热点和社会各界关注的焦点。2021年2月7日国务院反垄断委员会发布《关于平台经济领域的反垄断指南》（简称“《平台经济反垄断指南》”）的当天，北京知识产权法院正式受理了某直播平台起诉某互联网公司通过旗下通讯软件限制用户分享该直播平台内容的垄断诉讼案。该两大互联网平台巨头因平台封禁垄断纠纷对簿公堂，将近几年有关平台封禁的热度、关注度推向了新的高度，也引发了关于平台封禁行为是否构成反垄断法下的拒绝交易行为、以及如何进行合理监管的广泛讨论。

拒绝交易行为，是指具有市场支配地位的经营者，无正当理由拒绝与交易相对人交易，排除、限制竞争的行为。根据传统民法私权神圣、主体平等、意思自治的理念，经营者有权决定是否交易、和谁交易，及怎样交易（包括决定价格、时间、地点、方式等）的权利¹。自由竞争、自由交易（含拒绝交易）系市场经济正常运行的内在要求。然而，具有支配地位的经营者以排除、限制竞争为目的而实施的拒绝交易行为，因其会破坏自由竞争机制和市场公平竞争秩序，应当受到反垄断法的规制。与规制拒绝交易行为密切相关的理论，即是必需设施理论（Essential Facility Doctrine），又称必要设施、关键设施、核心设施理论，指经营者如果控制在相关市场经营所“必需”或“瓶颈”性的设施且其他经营者无法复制时，为避免产生严重限制竞争的效果，必需向其他经营者进行开放的理论。

必需设施理论在各国的适用情况不尽相同，在平台经济兴起之前，

主要适用于供水、供电、港口、桥梁、电信等传统领域中的公用基础设施或自然垄断行业。同时,该理论在实际的运用中也面临标准较为抽象或较难把握的难题,且一定程度上还遭受有无存在必要的质疑。此外,互联网平台为典型代表的数字经济,已经对产生于传统工业经济的反垄断分析框架提出了全面的挑战。因而,针对前述平台封禁行为反垄断规制,面临如下两个问题:(1)必需设施理论是否能够适用于平台经济领域反垄断规制?(2)如果适用,平台经济领域的必需设施应依据何种标准进行界定?本文旨在追溯必需设施理论的渊源、梳理其发展历程的基础上,结合主要司法辖区反垄断实践,探讨必需设施理论在平台经济领域中的适用性,并具体分析中国反垄断法下必需设施的认定标准和界定问题。

2. United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U. S. 383 (1912).

SECTION 002

必需设施理论在平台经济中的适用性

探讨必需设施理论在平台经济这种新经济形态反垄断规制中的适用问题,有必要追溯必需设施理论的起源、发展的历史脉络,分析该理论在实践适用中的价值及争议问题。基于此,本部分重在梳理必需设施理论在欧美反垄断实践中的起源和发展历程,尤其是结合欧美在数字经济时代有关必需设施理论的监管实践,分析必需设施理论在平台经济领域的适用问题。

(一) 必需设施理论在美国的起源

美国反托拉斯实践系通过判例法最早引申出必需设施的理念,并发展出相应的界定标准。然而,必需设施理论在反托拉斯实践中的适用及存在的问题,在美国法院之间及学术界均存在较大的争议。

根据学术研究的共识,美国判例法所发展出的必需设施理论,最早可以回溯至1912年的*Terminal Railroad*²案件。该案件中,由14家铁路公司组

3. MCI
Communications
Corp. v. AT&T 708
F.2d 1081.

4. Verizon
Communications
Inc. v. Law offices
of Curtis V. Trinko,
LLP, 540 U. S. 398
(2004).

5. [美]赫伯特·霍温坎普：《联邦反托拉斯政策竞争法律及其实 践（第3版）》，许光耀、江山、王晨翻译，法律出版社第338页。

成的终端铁路协会，控制了向圣路易斯市提供铁路运输服务时必需使用的跨河设施，导致协会成员公司无法使用该等跨河设施。法院判定开放铁路运输跨河设施原因在于两点，即“其他铁路运输公司必需使用这些设施”以及“其他铁路运输公司在事实上无法建立自己的跨河设施”，该等判定思路也成为必需设施理论的源头。然而，必需设施这个词汇直至1977年的 *Hecht v. Pro - Football* 案才首次出现。在MCI公司诉AT&T案件中，联邦第七巡回法院确立了认定必需设施的四项标准：(1) 垄断者控制了必需设施；(2) 竞争对手事实上不能或无法合理地复制必需设施；(3) 拒绝竞争对手使用该必需设施；(4) 向他人提供该必需设施是可行的³。在美国的判例中，桥梁、铁路、电网、电信网络、体育场，甚至滑雪场联票等，都可能成为必需设施。

尽管存在系列认定构成必需设施的判例，但美国法院之间就必需设施理论的适用问题存在明显的分歧。2004年审理 *Trinko* 案件⁴时，联邦最高法院表示其从未认可必需设施原则，且进一步指出，《谢尔曼法》第2条并未禁止盘剥客户（下游厂商），垄断者一般是可以拒绝交易的，即使是同自己的客户进行竞争。不仅如此，美国学界也对必需设施理论适用标准存在争议，甚至也有学者质疑其有无存在的价值。霍温坎普教授曾表示：“在适用《谢尔曼法》第2条来追究责任的各种根据中，所谓‘关键设施原则’是最麻烦的、最无条理的、最难操作的。几乎可以肯定，如果把它抛弃掉，而把关于拒绝交易的理论协调地好一点，以之填补所有的缺口，则对反托拉斯事业会更好一点。”⁵

考虑到必需设施理论在美国反托拉斯实践中及学界研究中所遭受的质疑，就不难理解美国在数字经济领域适用必需设施理论表现出的谨慎性态度。在LinkedIn案件中，hiQ作为从事职场数据分析业务的公司，严重依赖LinkedIn中的客户职场数据，因被禁止通过爬虫技术获取该等数据而提起诉讼；针对hiQ提出的LinkedIn的社交网络平台构成必需设施的反垄断诉求，2020年9月9日美国加利福尼亚北区联邦地区法院的判决，因hiQ未准确界定下游相关市场而拒绝对必需设施的适用性问题进

行评论, 驳回了hiQ有关反垄断赔偿部分的诉讼请求⁶。2020年, 美国FTC及40多个州在华盛顿特区共同起诉Facebook, 部分指控涉及限制第三方软件接入, 但该案件于2021年6月被驳回。

6. HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., Case No. 17-cv-03301-EMC at 15 (N.D. Cal. Sep. 9, 2020)

纵观美国反托拉斯实践中必需设施理论的产生和发展历程, 必需设施理论虽然在系列案件中被成功运用且发展出具体的界定要件, 但法院之间和学术界也对其适用问题存在质疑或争议。因而, 就平台经济领域反垄断规制中的必需设施理论适用问题, 美国保持了较为谨慎的态度。

(二) 必需设施理论在欧盟的发展

针对起源于美国反托拉斯实践中的必需设施理论, 欧盟通过判例法的形式确认了该理论的适用情形及界定标准。相比于美国, 欧盟在必需设施理论的适用及界定方面, 具有较为广泛的共识或一致性。在必需设施理论的适用范围上, 欧盟多数案例涉及的是码头、机场设施、电信网络、能源管道、银行结算系统等, 此外部分案例还涉及知识产权许可、网络系统兼容性等。

欧盟的必需设施理论的源头是1974年的*Commercial Solvents*案, 该案件中生产化学原料的公司因拒绝向下游提供该原料, 被法院认定构成



7. Commercial Solvents v. Commission, Cases 6 and 7/73, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

8. B & I line Plc v. Sealink Harbours Ltd and Sealink Stena Ltd (IV/34.174) [1992] 5 CMLR 255.

9. Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission, Cases C-241/91P and Cases C-242/91P [1995] ECR I-74.

10. Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH, Case C-7/97, (1998) E.C.R. I-7791.

11. IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG Case C-418/01.

12. 许光耀：《知识产权拒绝许可行为的反垄断法分析方法——以欧盟微软案为例》，载《价格理论与实践》2018年第3期。

滥用市场支配地位⁷。直到1992年的*Sealink*案⁸，欧委会首次使用“必需设施”的词汇。该案件中，B&I作为轮渡运营商，必须借助另一家轮渡运营商Sealink公司所有的码头来开展竞争；因码头结构和泊位分配导致B&I在Sealink公司渡船进口港时必须停止其乘客上下船，Sealink公司更改自己渡轮时刻表的行为，被委员会认定为利用自己的必需设施“码头”实施滥用行为。1995年的*Magill*案件⁹，则将必需设施理论拓展至知识产权领域。该案件中，ITP等三家电视广播公司以对节目内容拥有版权为由，不许Magill出版含有三家公司电视节目单的刊物；法院认定电视节目单构成必需设施，且认定标准之一是拒绝许可行为阻止了具有消费者需求的“新产品”的出现。在1998年的*Bronner*案件¹⁰中，Mediaprint日报出版商具有全国范围内的家庭发行系统，没有应另一家小公司Bronner的请求而向其开放使用；法院认定该发行系统不构成必需设施，并指出认定被指控行为构成滥用市场支配地位需满足：(1) 该拒绝行为可能在个人服务方面消除日报市场所有的竞争；(2) 拒绝没有客观合理性；(3) 由于缺乏实际的或者潜在的替代品，该系统是对个人服务业务不可或缺的。2004年另一件涉及知识产权的*IMS*案件¹¹中，法院在判决中认定必需设施的标准，主要是结合了*Magill*案件和*Bronner*案件所确立的标准或要件。

在M软件公司案件中，M公司拒绝向太阳公司提供将工作组系统与M公司系统兼容所必需的信息，初审法院总结以往判例提炼出拒绝交易滥用行为的要件：(1) 所拒绝的产品是进入相邻市场从事“有活力的竞争”所必不可少的；(2) 这一拒绝行为会消除后一市场上所有的“有效竞争”；(3) 这一拒绝行为会阻碍具有潜在消费者需求的新产品出现；(4) 这一拒绝行为没有合理理由。法院依据前述四个要件，认定M公司构成拒绝交易的滥用行为，并判令M公司提供兼容信息¹²。尽管该案件没有直接认定“必需设施”，但延续并细化了必需设施理论的认定标准。

从上述判例可以看出，欧盟在提出和完善必需设施认定标准方面具有一致性和连续性，且不断扩大其适用范围。欧委会2010年发布的《滥用

市场支配地位重点执法指南》表明了有关拒绝交易执法重点的立场，“一般来说，任何企业无论是否具有支配地位，都应该有权利选择贸易伙伴和自由处置其财产”，同时确定重点执法情形：(1) 拒绝所涉及的产品或服务，对于在下游市场中进行有效竞争是客观必要的；(2) 拒绝很可能导致下游市场的有效竞争消除；(3) 拒绝很可能导致消费者损失¹³。尽管该指南没有使用“必需设施”的词汇，但其确立的对拒绝交易行为的分析方法和执法重点，明显吸收了先前判例中必需设施理论的相关理念。

在数字经济领域，欧盟目前尚没有认定必需设施的案例。欧盟委员会在2020年2月对大型互联网平台企业能否构成必需设施问题的书面回复中表示：必要设施原则需要细致、具体的个案判断以确定该设施是否确实“必要”，所以不能够从一般意义上判断“数据”或“个人数据”构成必需设施；适用必需设施原则需要设施对于相关市场有效竞争足够必要，拒绝开放该设施将消除相关市场有效竞争并损害消费者利益¹⁴。由此可见，欧盟认可必需设施一般理论或分析方法在数字经济领域的适用性，且强调坚持个案分析原则。

13. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), Para 75-81.

14. See European Commission, Follow up to Written Question E-000408/2019- DG Competition Considering Large Digital Platforms as Essential Facilities, https://www.europa.eu/doi/document/E-9-2020-000595_EN.html

(三) 平台经济领域必需设施理论的适用性

关于平台经济领域必需设施理论有无适用性的问题，理论研究不乏质疑甚至批评的声音，主要的依据或缘由可归纳为如下几类：其一，反垄断实践中界定的必需设施，往往是属于自然垄断、政府管制范围之内，超出该等范围则无适用的意义，因为开放设施会降低经营者投资的积极性；其二，反垄断实践中发展出的必需设施理论，本身在理论适用层面或认定标准方面存在不确定性；其三，平台经济迥异于传统工业经济，对产生于传统经济领域的反垄断框架提出全面的挑战，遑论必需设施理论。

前述的批评或质疑固然具有内在的道理，且对于反垄断实践不乏建设性的价值。然而，分析平台经济领域必需设施理论的适用性，需要全面和深刻地分析必需设施的理论内涵、平台经济的特征、平台经济的发展

15. 王晓晔:《数字经济反垄断监管的几点思考》,载《法律科学》,2021年第4期。

16. 王先林:《平台经济领域垄断和反垄断问题的法律思考》,载《浙江工商大学学报》,2021年第4期。

阶段和监管趋势。

首先,必须深刻理解必需设施理论的内涵。固然,各主要反垄断司法辖区的案例所界定的必需设施,主要集中于自然垄断、政府管制的行业,具体表现为桥梁、码头、供水、供电等物理设施。然而,必需设施理论的内涵在于:相关市场中存在严重阻碍市场进入、阻碍竞争的“瓶颈”,而掌控该等“瓶颈”的经营者极易运用由此带来的支配力量排除、限制竞争,进而反垄断法为维持自有竞争而要求对该经营者施加特定的开放义务或限制性的责任。作为反垄断规制中的一种理论或分析方法,必需设施理论适用于传统工业经济领域,也应当可以适用于平台经济领域。的确,必需设施理论尚有不完善的问题,然而反垄断规则相比于其他法律规则本身即具有不确定性,特别有赖于个案分析。

其次,平台经济领域网络效应、锁定效应、多边(双边)市场、跨市场性等特殊性,使得平台也可能成为进入市场或开展竞争的“瓶颈”。在平台经济前述多种特性中,网络效应和锁定效应是比较明显的特性。互联网平台存在直接和间接网络效应,前者指用户从平台获得的收益随着平台用户数量的增加而增加,后者指平台一边用户数量的增加可以提高另一边用户的经济效益¹⁵。正是由于这种直接和间接的网络效应,平台经济领域中的规模经济和范围经济明显,平台市场的发展明显存在垄断或者寡头垄断的趋势,存在所谓的“赢者通吃”的现象¹⁶。同时,用户因消费黏性难以从一个平台切换到同类平台的锁定效应,会进一步形成市场进入壁垒,从而催生了超级互联网平台,使得某些平台应用软件俨然成为了相关市场开展竞争或经营的“瓶颈”。控制该等“瓶颈”的经营者实施的拒绝交易行为产生的排除、限制竞争效果,与传统经济领域无任何实质性的差异。

再者,平台经济是数字经济时代发展到新阶段的经济形态,特别是超级互联网平台引起的竞争担忧和实际已经出现的阻碍竞争、创新的反竞争行为,掀起了全球范围内强化数字经济反垄断监管的浪潮。中国、美国、欧盟为代表的主要反垄断司法辖区,一方面针对超级互联网平台企

业发起反垄断调查或进行处罚,另一方面制定和完善适用于平台经济的反垄断法律制度,甚至确立全新的法律监管框架。世界范围内数字经济监管强化的趋势,也从侧面反映出超级互联网平台力量的增长及反竞争行为对竞争、创新的损害。

综合上述分析,必需设施理论作为反垄断规制中的一种思路或方式,在平台经济领域依然具有适用性,尤其是考虑到平台也可能会构成竞争“瓶颈”并产生严重竞争损害的情况。需要强调的是,本处认可必需设施理论在平台经济领域的适用性,并非认为该领域需强化必需设施理论的运用,更非认为平台通常情况下会构成必需设施。必需设施理论适用于平台经济领域,有赖于对该理论本身的理解和对平台经济竞争特点的深刻认知,且需要坚持个案分析原则。

SECTION 003

中国平台经济拒绝交易的反垄断规制分析

明确必需设施理论在平台经济领域的适用性前提下,本部分结合美国、欧盟反垄断法实施实践中的必需设施理论适用情况及界定标准,重点梳理我国反垄断法律规则中的必需设施及相关的案例,进而分析在平台经济领域适用必需设施规则的整体分析框架和具体界定标准。

(一) 必需设施理论的法律规则及实践适用

1. 必需设施理论的相关法律规定

我国《反垄断法》第十七条(若《反垄断法(修正草案)》通过,则为第二十二条)规定了“拒绝交易”的滥用行为类型,没有直接引入“必需设施”的概念。而后续出台的系列部门规章、指南则直接引入了“必需设施”的法律概念、规定了相应的认定标准,指导反垄断实践中的必需设施理论的适用与界定。



2010年12月原国家工商行政管理总局正式发布《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为规定》(已废止),其第四条细化了拒绝交易的行为类型,并首次引入“必需设施”的概念,“禁止……(五)拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。在认定前款第(五)项时,应当综合考虑另行投资建设、另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。”

之后,原国家工商行政管理总局于2015年4月发布《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》(已修订),规定了知识产权领域“必需设施”认定的考虑因素:(1)该项知识产权在相关市场上不能被合理替代,为其他经营者参与相关市场的竞争所必需;(2)拒绝许可该知识产权将会导致相关市场上的竞争或者创新受到不利影响,损害消费者利益或者公共利益;(3)许可该知识产权对该经营者不会造成不合理的损害。

2019年6月国家市场监督管理总局发布《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》,在“必需设施”的认定上基本延续了《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为规定》第四条的规定,仅仅细化了合理理由的具体类型。2021年2月发布和生效的《平台经济反垄断指南》,规定了平台

经济领域必需设施的认定标准，“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”本指南第二十条评估经营者集中对市场进入影响的考虑因素之一，是“经营者获得技术、知识产权、数据、渠道、用户等必要资源和必需设施的难度”。

综合前述内容，我国系通过成文规定的形式，明确了界定“必需设施”应该综合考虑的因素。该等考虑因素，实质上与欧美反垄断判例中发展出的核心认定要件或因素具有共同性，即考虑“必需设施”对开展经营的必要性（无可替代设施）、复制或重建该设施的可行性。当然，欧美界定必需设施时的其他考虑因素，也基本上包含于我们反垄断分析框架之内。

2.必需设施理论的法律适用

相比于欧美等反垄断司法辖区，我国反垄断法实施的时间比较短。因而，在反垄断法实施中尚无直接界定“必需设施”的案件，仅个别反垄断民事纠纷案件在相关分析中提及“必需设施”概念。

反垄断执法机构目前处罚的系列拒绝交易案件，虽然都不涉及“必需设施”的认定，但这些案例勾勒了拒绝交易案件的典型特征，并展示了有关拒绝交易行为的竞争分析思路。目前，被行政处罚的案件集中在原料药领域的拒绝交易行为，包括别嘌醇、苯酚、异烟肼、扑尔敏、苯巴比妥、巴曲酶等原料药¹⁷。这些案件共同的特点是，上游原料药市场具有支配地位的经营者，拒绝向下游成品药经营者供应原料药，而拒绝交易的目的主要是：（1）控制原料药供应量，维持垄断价格、获取垄断利润；（2）借助上游原料药市场的支配力量，进入下游成品药生产市场。目前查处的拒绝交易案件之所以集中在原料药领域，重要的原因可能在于原料药市场的高度集中情况，且多数案件中被处罚的当事人是上游原料药市场唯一的供应商，近乎完全垄断。

反垄断司法实践中，个别垄断民事纠纷案件仅在分析中提及“必需

17. 相关行政处罚决定书案号依次为：渝工商经处字（2015）15号、渝工商经处字（2016）15号、国家发展和改革委员会（2017）2号、国市监处（2018）21号、苏市监案中字（2019）1号、国市监处（2021）1号

18. (2013)浙甬知初字第86号

19. (2020)浙02知民初182号

20. (2014)粤高法民三终字第1141号

设施”概念,或者用于证明因必需设施导致了市场进入壁垒,或者仅仅说明拥有必需设施的支配地位者无正当理由不得拒绝交易。在宁波科元塑胶有限公司诉宁波联能热力有限公司垄断纠纷案¹⁸中,宁波市中院在分析市场支配地位时,认为市场进入壁垒比较显著地体现在“相关市场内供热管道属于交易的必需设施”和“高资金、技术要求”两方面;因该案件相关市场还存在市场份额高达70%的竞争者,法院认定被告不具有市场支配地位。在另一件案情事实近乎相同的嵊州市好运来印染有限公司诉浙江新中港清洁能源股份有限公司垄断案件¹⁹中,宁波中院同样认定“相关市场进入存在必需设施供热管道和较高资金、技术要求的障碍或壁垒”;所不同的是,因被告系相关市场唯一的经营者,本案认定被告具有市场支配地位,但认定被诉行为不构成不公平高价、差别待遇的滥用行为。在顾某诉中国南方航空股份有限公司拒绝交易垄断纠纷案件²⁰中,广东高院认为:“具有市场支配地位的经营者由于本身市场力量的强大或提供产品、服务的独特性(尤其是在拥有关键设施时),在没有正当理由的情形下是不能拒绝与交易相对人进行交易的。”本案中,原告的证据被认定为不足以证明被告具有市场支配地位。

综合分析我国反垄断法实施情况,虽然尚未有适用“必需设施”理论的反垄断案件,但是,现有的相关行政处罚案例和司法判决案例,有助于理解和把握拒绝交易行为的典型特征,进而也有助于准确适用“必需设施”理论。

(二) 必需设施的认定标准分析

《平台经济反垄断指南》第十四条第二款规定:“认定相关平台是否构成必需设施,一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。”事实上,这些考虑因素存在一定的同义重复问题,可以将这些因素重新分类组合为如下的认定要件或标准:(1)必需性,即依赖性和无替代平台;

(2) 可行性, 发展竞争平台的可行性; (3) 开放平台对平台经营者的影响; (4) 数据占有情况及其他因素。需要注意的是, 对必需设施认定要件或因素的分析, 应当在前述反垄断分析框架下开展, 做到有机结合、协调统一。

第一, 必需性, 开展经营必需依赖该平台且无可替代平台。在中国、美国、欧盟三大主要反垄断司法辖区关于必需设施的认定标准方面, “必要性”或“不可替代”均为重要的标准或考虑因素。这是因为根据必需设施的理论, 必需设施本身应当构成相关市场或者其重要组成部分, 或者成为某种“瓶颈”促使拒绝交易主体在相关市场具有较强的支配力。如果该平台对其他经营者而言并非开展相关经营所“必需的”, 或存在其他替代性的平台, 则该平台也很难被认定为必需设施。因而, 必需设施实际上是比一般的市场支配地位界定有更高的标准或要求。这同时也意味着, 对“必需性”的分析与对市场支配地位的界定是有机结合在一起的。

第二, 发展竞争平台的可行性。平台是指通过网络信息技术, 使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互, 以此共同创造价值的商业组织形态。单纯从复制或重建竞争平台的技术层面, 可能并无过高的技术门槛或壁垒, 甚至并无技术门槛或壁垒。然而, 平台经济存在强大的多边效应、网络效应、锁定效应、用户黏性特点, 使得新复制的竞争平台很难吸引用户, 或者对用户而言转换平台存在不可行性。因而, 平台经济领域界定必需设施, 应综合考虑平台特有的这些特殊因素。

第三, 开放平台对平台经营者的影响。平台成为数字经济时代最显著的经济增长引擎的根源, 在于借助网络技术实现更高层级的互联互通, 为相互依赖的双边或多边主体在特定载体提供的规则下进行交互, 以此共同创造更大的商业价值。开放大型互联网平台, 有助于活跃交易、激励创新, 促进新产品、新服务乃至新商业模式产生。诚然, 开放平台也具有负面的效应, 如挫伤经营者投资平台的积极性、加重平台运营成本、降低现行服务质量、增加数据安全风险等。这也意味着, 开放平台如果产生严重的负面效应, 尤其是远超正面效应的情况下, 即使其对于

他人而言是进入市场或开展经营必不可少的,也可以拒绝向他人开放。实际上,开放平台对平台经营者的影响,也内含在反垄断分析框架的合理理由中。

第四,数据占有情况及其他因素。平台的经营模式或运行逻辑,在于借助网络技术和算法进行数据的收集、存储、整理、分析,把握消费者偏好变化以挖掘新的消费需求、甚至开辟新的需求市场。而这实现的前提是对大数据的掌控和使用。由于网络效应、锁定效应等平台经济的特殊性,掌控大数据的平台经营者仅仅设置数据访问限制,即可产生封锁效应。尽管数据本身是否构成必需设施的问题尚存在很大的讨论和争议,但数据及其他因素相结合,如技术、知识产权、渠道、用户等,则也不排除平台整体成为必需设施的可能性。

综合前述分析,界定平台经济领域的必需设施,需要综合考虑上文列举的要件或因素,且需要在遵循反垄断整体分析框架下进行。

(三) 平台拒绝交易的反垄断分析框架

平台经济拒绝交易行为的反垄断规制中适用必需设施理论,也必须遵循滥用市场支配地位行为的一般分析框架:界定相关市场、认定市场支配地位、滥用行为及其竞争损害分析、有无合理理由。本部分就适用必需设施理论的反垄断分析框架进行具体分析。

第一,界定相关市场是反垄断分析的起点。《平台经济反垄断指南》第四条相关市场界定条款,明确在需求替代为主、供给替代为辅的一般分析方法的基础上,又针对平台经济领域特点细化了应综合考虑的因素,提供了较为全面的界定方法。我国原料药拒绝交易案件所勾勒出的共性场景是,经营者试图借助上游原料药市场的支配地位进入下游成品药市场、排挤下游经营者。通常而言,拒绝交易案件会涉及两个相关市场:(1)被请求品市场,即拒绝交易主体的产品构成的相关市场;(2)请求品市场,即被拒绝主体依赖拒绝交易主体的产品而生产的产品。尽管在



界定相关市场时不需要明确界定请求品市场,但在进行竞争损害分析时需要对其进行明确。这两个相关市场,通常情况下构成纵向的上下游市场关系,也可能形成横向的相邻市场关系,且不排除特殊情况下构成同一相关市场,例如上文欧盟*Sealink*案件中两家当事人均是轮渡运营商的情况(码头构成必需设施)。平台经济领域适用必需设施理论的情形中,被拒绝主体通常依赖拒绝主体的产品而提供自己的产品,通常构成上下游市场的关系,当然也不排除其他类型的市场关系。

第二,认定市场支配地位也是重要的前提步骤。《平台经济反垄断指南》第十一条在市场支配地位的一般界定方法基础上,结合平台经济特点明确了需要综合考虑的各项因素。适用必需设施理论的拒绝交易案件

21.【美】赫伯特·霍温坎普著：《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》（第三版），许光耀、江山、王晨译，法律出版社2009年版，第340页。

22.（2020）浙02知民初182号

23.（2017）最高法民申4955号

中，需要注意所界定的“必需设施”与拒绝交易主体市场支配地位之间的关系。诚如学者霍温坎普所言，由于垄断化是利用市场力量的违法行为，因而正确界定的关键设施必须构成一个相关市场，或某个相关市场的大部分；或者，它必须构成一种“瓶颈”，从而能在某个正确界定的相关市场上运用市场力量²¹。因而，必需设施本身可能构成相关市场或其重大部分，或者作为相关市场“瓶颈”而极大增强拒绝交易主体的市场支配地位。上文提及的嵊州市好运来印染有限公司诉浙江新中港清洁能源股份有限公司垄断案件²²中，供热管道作为市场进入的“瓶颈”，增强了被告在相关市场（管道运输的热蒸汽市场）的支配地位。

第三，拒绝行为及其竞争损害分析。《平台经济反垄断指南》第十四条规定了拒绝交易行为的各种具体形式，如停止现有交易、拒绝新交易、实质削减交易或者因设置平台规则、算法、技术、流量分配等方面障碍导致的难以交易。关于拒绝交易的竞争损害，在徐某诉T公司案件²³中，最高法院认为：“拒绝交易行为违法性的关键在于，被诉垄断行为人的拒绝交易行为对相关市场上的竞争产生了实质性的排除或者限制效果，并因此损害了消费者的利益。仅仅排除某个具体经营者的特定交易的行为，通常不会对相关市场上的竞争造成实质性不利影响。”在上文提及的系列原料药拒绝交易案件中，反垄断执法机构也重点分析了拒绝交易行为对下游原料药市场的竞争影响，以及对终端消费者的影响。因而，拒绝交易的竞争损害，也应重点关注下游市场的竞争损害，且被拒绝者在下游市场的份额越高，竞争损害也越大。

第四，有无合理理由分析。《平台经济反垄断指南》第十四条也列举了部分拒绝交易行为的合理理由，如不可抗力类的客观原因、影响交易安全、交易导致当事人利益不当减损、交易相对人明确或实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则。平台经济领域的拒绝交易行为，考虑到平台的特点，也可能存在保护客户隐私、维护数据安全、保护知识产权等合理理由，当然这有赖于个案的具体分析。

SECTION 004

结论

平台经济,作为数字经济发展到新的阶段的高级经济模式,在激励创新、重塑传统经济的形态、开拓经济新增长点的同时,也日益促使数字经济细分领域中市场份额集中化、竞争结构寡头化,尤其是超级互联网平台,引起竞争担忧并已经实际显现阻碍、排除竞争的效果,进而掀起了全球范围内强化数字经济领域反垄断监管浪潮。在此种经济背景和监管趋势下,起源于传统工业经济反垄断规制实践的必需设施理论,在平台经济反垄断规制中也依然具有适用性和理论价值。固然,平台经济因其多边市场、网络效应、锁定效应等对反垄断法实施提出了全面的挑战,但现行世界范围内的反垄断规制框架不会由此被全盘否认,更可能或正在进行的情形是根据平台经济特征对其进行调适、优化。顺应该种趋势,平台经济反垄断规制中适用必需设施理论时,仍需遵循现行处于不断被优化进程中的反垄断分析框架,结合平台经济特点准确界定具体个案中的“必需设施”,并不断调整、优化具体的界定标准,为平台经营者的加强合规运营提供透明的参照标准,维护数字经济领域的自有竞争、公平竞争。☒



岑兆琦
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2013
cenzhaoqi@zhonglun.com



作者:吴鹏、董柯

平台经济中 “二选一”行为风险与合规

SECTION 001

“二选一”概念与典型情形

在平台经济领域中，“二选一”一般是指相关市场经营者通过某些技术措施或者合同安排，使得交易对象面临“与自己进行交易，不与其他经营者进行交易”或者“拒绝与自己进行交易”的选择，并通过惩罚性或奖励性的措施促使交易对象选择前一“选项”，从而排除竞争对手的交易机会。

“二选一”行为本质上是独家交易/排他性交易。独家交易是商事活动中广泛运用的纵向限制，即两个企业间订立协议，其中一方对另一方承诺，在某个市场或者某个领域只与对方进行交易，而不与对方的竞争对手进行交易。¹但平台经济领域“二选一”行为有其特点，具有技术和资源优势的平台，往往会借助新兴技术，通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式，或是屏蔽店铺、搜索降权、流量限制等惩罚性措施，诱使或强制交易对象与其签订独家协议、或选择只在其平台进行新产品的独家首发、或不在竞争对手平台经营、或不参加竞争对手平台的促销活动等。技术手段越来越隐蔽，取证难度也越来越大。

“二选一”的概念最早出现于腾讯与360的“3Q大战”²之中，2010年11月，腾讯宣布在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件，用户必须卸载360软件才可登录QQ。从目前的案例来看，“二选一”存在于电商、O2O、新零售等涉及众多商户、品牌商家的行业，以下举例说明：

(一) 外卖平台/O2O领域**1. 某知名外卖平台M“二选一”不正当竞争案**

根据浙江金华市市场监管局2017年公告，³M平台利用优势地位，以“合作承诺书”的方式，要求入网经营者签订协议，约定入网商户只与其独家经营，将享有服务费价格优惠，收取标准为2%。如商户违反约定，同时与其它“经营相同或近似业务的服务平台”也开展合作经营，当事人则将收费标准调高至6%。同时，当事人以不提供M平台外卖服务、不签协议

1. 王晓降：《论电商平台“二选一”行为的法律规制》，载于《现代法学》，2020年5月第3期。

2. 奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案，(2013)民三终字第4号。

3. 浙江2017“红盾网剑”十大案例，http://scjgj.jinhua.gov.cn/art/2019/12/26/art_1229169588_52641549.html

4. 沪市监反垄处
(2020)
06201901001号,
http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html

5. 市场监管总局对某电商平台W不正当竞争行为作出行政处罚,
http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202102/t20210208_325978.html

6. 国市监处(2021)28号,
http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html

等方式迫使商家签署外卖服务合同中选择“只与M平台外卖进行外卖在线平台合作”这一补充约定。2016年下半年,当事人为推广线上业务,在知道自己的签约商户同时与同类在线外卖平台合作后,强制关停商户在M平台外卖上的网店,停止M平台外卖商家客户端账户使用,迫使商户关闭其他外卖平台上的网店后才能允许商户重新登入M平台外卖平台。

2. 某英文外卖平台S“二选一”滥用市场支配地位案

根据上海市市场监管局2021年发布的行政处罚决定书⁴,2017年1月至2019年10月期间,S平台利用其在上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场的支配地位,对平台内合作餐厅商户提出“二选一”要求,与所有合作餐厅商户签订含有“排他性送餐权条款”规定的合作协议,并通过制定实施“独家送餐权计划”等形式,要求合作餐厅商户立即停止与其他竞争对手平台合作,否则从S平台下架该商户。

(二) 网络零售平台领域

1. 某电商平台W“二选一”不正当竞争案

根据国家市场监督管理总局2021年对W平台不正当竞争行为作出的行政处罚决定⁵,W平台为获取竞争优势及交易机会,开发并使用巡检系统,获取同时在本公司和其他公司上架销售的品牌经营者信息,利用供应商平台系统、智能化组网引擎、运营中台等提供的技术手段,通过影响用户选择,及限流、屏蔽、商品下架等方式,减少品牌经营者的消费注意、流量和交易机会,限制品牌经营者的销售渠道。

2. 某互联网巨头A平台“二选一”滥用市场支配地位案

根据国家市场监督管理总局2021年对A平台“二选一”垄断行为的行政处罚决定书⁶,A平台自2015年以来通过实施“二选一”行为,要求经营者只能参加本平台的促销活动而不能参加竞争对手的活动,具体行为包括:禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店和参加其他竞争性平台促销活动,尤其是多种奖惩措施保障“二选一”要求实施——减少促销活动

资源支持、取消促销活动参加资格、实施搜索降权和取消其他重大权益。

SECTION 002

“二选一”行为的法律风险点

平台企业应该根据不同情形综合考虑“二选一”在不同法律语境中可能存在的风险，做好合规工作。

(一) 具有违反《反垄断法》的风险

1. 可能构成《反垄断法》规定的滥用市场支配地位行为

我国《反垄断法》第十七条第(四)项(若最新《反垄断法(修正草案)》通过,则为第二十二条第(四)项)禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易。《平台经济领域反垄断指南》(以下简称“《平台指南》”)明确“二选一”可能构成滥用市场支配地位限定交易行为,并从惩罚性措施和激励性措施两个角度,进一步细化了判断“二选一”等行为是否构成限定交易的标准:平台经营者通过屏蔽店铺、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,因对市场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可以认定构成限定交易行为;平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制,如果有证据证明对市场竞争产生明显的排除、限制影响,也可能被认定构成限定交易行为。这也在A平台案行政处罚案中得到了高度印证,市监总局认定A平台集团通过多种奖惩措施共同保障“二选一”的要求得以实施。

“二选一”行为构成限定交易的必要前提是实施者具有市场支配地位。关于互联网平台的市场支配地位认定需要综合分析,从3Q案中最高法院认为动态效应明显的即时通信市场,难以认定支配地位,到A平台处罚案中,市监总局认定A平台集团在中国境内网络零售平台市场具有市场

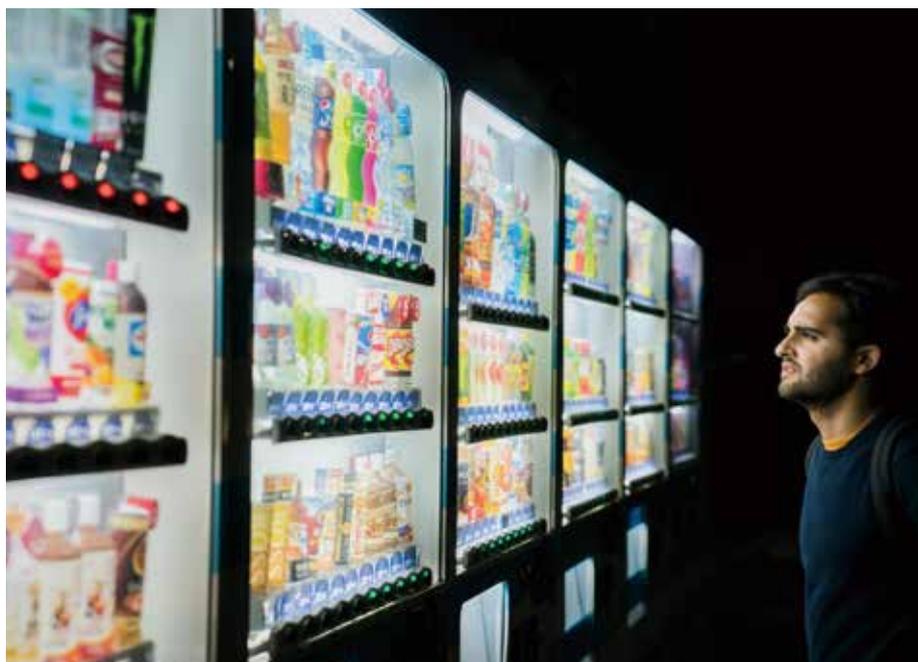
7.知产力:互联网平台企业的市场支配地位认定,
https://mp.weixin.qq.com/s/q9_UVMmVOQ4LiwgPS1818A

支配地位,互联网平台的市场支配地位判定需要在《反垄断法》第十八条(若最新《反垄断法(修正草案)》通过,则为第二十三条)的基础上,再结合平台经济的特点,从更多因素、更全面的分析和考虑。其中涉及相关市场界定、市场份额、市场控制力、其他经营者的依赖程度,市场进入难易程度、以及具有平台经济特色的市场力量表征要素等,如何在个案中对法规列举的要素进行综合分析,以及如何衡量每一个要素在个案分析中的权重,都是合规工作中会产生难点和不确定性的环节,我们在另一篇实务文章中专门探讨了互联网平台企业的市场支配地位认定的思路和方法。⁷

经营者可通过其所实施的“二选一”限定交易行为具有“正当理由”,主张豁免,根据《平台指南》第十五条规定,平台经济领域经营者限定交易可能具有以下正当理由:(一)为保护交易相对人和消费者利益所必须;(二)为保护知识产权、商业秘密或者数据安全所必须;(三)为保护针对交易进行的特定资源投入所必须;(四)为维护合理的经营模式所必须;(五)能够证明行为具有正当性的其他理由。可以注意到,该条正当理由中均强调了“必须”二字,即需要重点考察:“二选一”行为的实施是否有必要性和紧迫性、是否不实施“二选一”行为就会有其他合法权益被侵害、“二选一”行为是否可为其他合理措施所替代,如否,则正当理由的主张可能不会被接受。

根据市监总局针对A平台“二选一”垄断行为发布的行政处罚决定书,A平台提出的“二选一”正当理由包括:签订合作协议为平台内经营者自愿,会给予平台内经营者独特资源作为对价,属于激励性措施,具有正当理由;当事人采取限制性措施是针对平台内经营者没有按照约定执行的情况,实施有关行为是保护针对交易的特定投入所必须。市监总局则认为A平台提出的正当理由不能成立:

“一是大部分含有‘二选一’内容的合作协议并非平台内经营者自愿签订。调查显示,平台内经营者往往倾向于在多个平台同时开设店铺、销



8.国市监处(2021)28号,
http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html

售商品,签订相关协议并非出于自愿。平台内经营者因违反合作协议要求而被当事人处罚,证明其并非自愿与当事人开展相关合作。二是调查发现,部分平台内经营者并未因执行当事人口头要求而获得对价,取消对价只是当事人对平台内经营者进行处罚的手段之一。三是排他性交易并非保护特定投入所必须。当事人在日常经营和促销期间投入的资金和流量资源是平台自身经营所需的投入,并非为特定平台内经营者进行的投入。当事人采取的激励性措施,可以通过多种方式得到回报,实施‘二选一’行为并不是必须选择。”⁸

2.可能构成《反垄断法》规定的纵向非价格垄断协议

如通过综合分析认为“二选一”行为的实施者不具有市场支配地位,也并不意味着“二选一”行为不再具有《反垄断法》上的风险,还可能构成《反垄断法》第十四条第(三)项(若最新《反垄断法(修正草案)》通过,则为第十七条第(三)项)规定的“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”。即便经营者不具有较高的市场份额,其所实施的“二选一”行为作

9.国家发展和改革委员会行政处罚决定书[2016]8号,
http://www.gov.cn/xinwen/2016-12/09/content_5145747.htm

为一种纵向非价格限制,也有可能对市场竞争造成影响。《平台指南》第七条规定,平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为可能构成垄断协议,也可能构成滥用市场支配地位行为。

尽管目前尚无对单独实施的纵向非价格限制违反《反垄断法》进行处罚的案例,但在针对MX公司实施纵向垄断协议的行政处罚书⁹中,国家发改委指出纵向非价格限制将进一步加剧纵向价格限制的反竞争效果:“通过限制销售对象、销售区域、禁止销售竞争性产品等措施,进一步强化了固定转售价格和限定最低转售价格的效果,排除、限制了经销商之间的竞争。”可见执法机关已经充分关注到了纵向非价格限制的反竞争效果。

在行政执法中需要由市监局依据个案情况综合相关因素进行具体分析。这些因素通常包括《禁止垄断协议暂行规定》第十三条规定的因素,经营者达成、实施协议的事实、市场竞争状况、相关市场中的市场份额及其对市场的控制力、协议对商品价格、数量、质量、市场进入、技术进步、对消费者、其他经营者等方面的影响,均为判断是否构成垄断协议的考量因素。

经营者也可以依法举证证明存在《反垄断法》第十五条(若最新《反垄断法(修正草案)》通过,则为第二十条)规定的情形以获得豁免,但同时还应当证明所达成的协议“不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”。

(二) 具有违反《电子商务法》的风险

《电子商务法》第三十五条对规制“二选一”相关行为作出明确规定,因此对于不具有市场支配地位的平台经营者,若“利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件”,可以认定为《电子商务法》第三十五条禁止的行为,并适用《电子商务法》第八十二

条实施行政处罚,可以处5万元以上50万元以下罚款;情节严重的,处50万元以上200万元以下罚款。

《网络交易监督管理办法》第三十二条在《电子商务法》基础上进一步细化,列举了一些平台干涉商家自主经营的情形,例如“(一)通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式,禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动,或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动;(二)禁止或者限制平台内经营者自主选择快递物流等交易辅助服务提供者;不得通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动,或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动”,也可用于规制“二选一”行为。

10. 市场监管部门2018年查处不正当竞争行为典型案例, https://www.sohu.com/a/272867403_99916761

11. 市场监管总局对W平台不正当竞争行为作出行政处罚, http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202102/t20210208_325978.html

(三) 具有违反《反不正当竞争法》的风险

对于不具有市场支配地位的平台经营者利用技术手段,实施的影响用户选择其他经营者提供的网络产品或服务的行为,还可能违反《反不正当竞争法》第十二条的规定。

在《市场监管部门2018年查处不正当竞争行为典型案例》中,浙江省海盐县市场监督管理局对嘉兴市某网络科技有限公司D作出处罚决定¹⁰,D公司作为外卖平台海盐地区代理商,为了维持自身的市场占有率,通过后台管理软件修改数据、缩小商家配送范围等手段,迫使平台上有关商家退出另一公司运营的竞争平台,给部分商家和竞争对手造成了经济损失。嘉兴海盐县市场监管局调查认定,D公司行为违反《反不正当竞争法》第十二条规定,属不正当竞争行为,责令当事人停止违法行为,并处罚款20万元。

根据2021年市监总局对W平台不正当竞争行为作出的行政处罚决定书¹¹,该W平台对同时在本公司和其他公司上架销售的品牌经营者,通过影响用户选择,及限流、屏蔽、商品下架等方式,减少品牌经营者的消

费注意、流量和交易机会,限制品牌经营者的销售渠道,实际上包含了“二选一”。适用《反不正当竞争法》第十二条、第二十四条,对W平台罚款300万元。

虽然对电商平台“二选一”行为适用《反不正当竞争法》不需要认定企业的市场支配地位,但是根据该法第十二条,涉及互联网的不正当竞争行为是通过“技术手段”影响用户的选择,因此执法机关或原告需要对相关“技术手段”进行调查取证或提出证据。

SECTION 003

“二选一”行为的反竞争影响

整体来说,平台经营者实施“二选一”行为可能会招致竞争对手(例如J平台诉A平台“二选一”垄断案)、平台内经营者(例如某家电销售企业诉A平台“二选一”垄断案)以及消费者的举报或起诉,未来随着集团诉讼制度的发展和完善,损害消费者福利的行为也可能招致消费者集团的起诉。以下讨论“二选一”行为对市场竞争可能产生的危害。

(一)“二选一”行为对商家的影响

一般而言,平台上的商家经营者会选择在多个平台多栖,尽量扩大线上的销售渠道和销售规模,以获得最大的商业利益,这是市场竞争的自然结果。“二选一”行为会阻止商家多栖,直接导致商家失去其他竞争对手平台获得发展和实现收益的可能性。

长期来看,“二选一”行为会使得商家失去多平台运营中触达更多消费者和分摊风险的机会,也错过了不同平台服务支持带来的发展机会。比如,天猫具有用户优势,而京东的仓储、配送优势,可为商家提供一揽子完整的仓储物流和售后解决方案,为商家解决后顾之忧。商家可以因此而专注做好品牌,并借助各平台优势(比如物流、支付和各种促销活

动)吸引更多消费者,并为消费者提供多样化的优质服务。接受“二选一”可能会迫使商家放弃多平台运营带来的互补效应和发展机遇。长期下去将导致实施“二选一”行为的平台经营者可能不再有动力来增强核心竞争力,提升服务,反而有可能大幅度提高平台费率,挤压商家的利润。

12. Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, 和 Heike Schweitzer,《数字时代的竞争政策》,欧盟委员会2019年。

(二)“二选一”行为对消费者的影响

1.消费者短期利益影响

尽管“二选一”行为有时候并非直接针对消费者而实施,但是短期来看,消费者的自由选择权受到限制,可享受的不同平台的差异化服务减少,获得的优惠和补贴的机会减少等。

由于“二选一”行为的存在,消费者丧失了从不同平台的店铺购买商品和获得服务的权利和机会,消费者可供选择的渠道减少了,消费者进行价格、质量、服务的权利也受到了限制。同时,针对每一具体的品牌,消费者只能在特定平台上获取,因此消费者在某些平台上的累积积分、会员折扣、信用等特定资产不能跨平台转移,消费者转换平台的成本升高,从而更加依赖实施“二选一”行为的平台,消费者购买选择的范围也进一步缩小。

2.消费者长期利益影响

长期来看,消费者利益将会从质量、价格和创新三个方面受到损害。2019年欧盟委员会《数字时代的竞争政策报告》¹²中指出,《欧盟运行条约》不仅针对直接对消费者造成损害的做法,也包括通过影响有效竞争结构而有损消费者的做法。消费者损害可以包含任何负面影响,如价格、产量、选择、质量、创新。只要是对真实的人群发生了真实的损害即构成损害消费者福利。尤其是数字经济中,创新、选择等因素更加重要,因此衡量消费者损害需要考虑整体竞争结构的变化对创新等造成的影响。

在此过程中应当注意的问题是,在平台经济中,短期内的价格因素可能不是显著可视的,因为在平台对消费者这一端,平台经营者对消费者提供的服务一般是免费的,但是长期来看,实施“二选一”平台没有动

13. 埃文斯, D. S. (2009), 催化剂如何点燃: 基于平台的初创企业的经济, 《平台, 市场和创新》, 第416页。
Evans, D. S. (2009). How catalysts ignite: The economics of platform-based start-ups. Platforms, markets and innovation, 416.

力降低价格和提升服务, 商家有动力将这部分成本转嫁给最终消费者来承担, 消费者势必成为涨价行为的最终承担者。

(三)“二选一”行为对竞争对手平台的影响

优质商家资源能够吸引更多的消费者, 更多的消费者则能带来更多的商家入驻, 因此对于平台的发展而言举足轻重, 如果限制这些关键的商家资源, 只在某一平台上经营, 就可以成功阻止其他新进入平台的进入和成长, 同时抑制市场上现有竞争对手的增长发展。

平台理论的奠基人Evans教授曾指出, 由于间接网络效应的存在, 临界规模(critical mass)对于维持平台的生存能力至关重要, 尤其对新进入者而言, 能否达到临界规模往往是其后续成功与否的关键。¹³优质商家资源自带的辐射能力和品牌影响力, 是中小品牌商家所不能比拟的, 它们对平台能否达到临界规模起到至关重要的作用。少数头部品牌贡献的交易量占比, 远远超过了少数头部品牌数量的占比。也就是说品牌商家的数量占比与其对应的对平台贡献的交易量占比不是线性分布, 而是我们通俗意义上所说的“二八”效应, 即大约20%的优质品牌商家为平台贡献了将近80%的交易量。因此, “二选一”行为是一种排除和限制竞争对手的有效手段。



SECTION 004

域外“二选一”的规制政策与观点

(一) 欧盟

“二选一”行为本质上是独家交易/排他性交易,对于独家交易/排他性交易反竞争效果的分析,欧盟有明确的原则和指导意见。《欧盟运作模式条约》第一百零一条第三款对各类纵向协议和协同行为的适用问题的条例,第三条第1款¹⁴规定,独家交易双方或者一方的市场份额超过30%时,协议原则上不能依据欧盟纵向协议集体豁免条例得到豁免。

《关于欧盟委员会在适用欧共同体条约第八十二条关于占主导地位企业的滥用排他行为时的执法优先权的指导意见》明确指出,欧盟委员会着重关注那些具有支配地位的企业采用排他性交易,造成阻碍市场进入和阻碍竞争者扩张的情况。同时,欧盟委员会也明确说明,如果具有市场支配地位的企业对所有或者大多数消费者(用户)来说是不可避免的交易对象,那么即便排他性交易的要求持续时间很短,也会产生排斥竞争的效果,更不用说持续时间久的排他交易行为。¹⁵

(二) 美国

美国经济学界对独家交易的认识存在一个变化的过程。¹⁶上个世纪大部分时间里,美国竞争执法机构对于独家交易的管制极其严厉。

芝加哥学派Robert Bork大法官曾在1970年代和1980年代在讨论生产商与零售商的独家销售协议时(纵向关系中)认为独家交易会增加市场竞争,降低商品市场价格,进而增加消费者福利。Bork法官该主张的具体考虑是,只有生产商给出的产品价格较低才可能使销售商只销售单个生产商的产品,因为只有当产品价格的降低带来的收入增加超过了只销售一个品牌的产品导致数量的减少所带来的损失时,零售商才会选择独家协议销售模式,进而认为独家协议可能是有利于竞争的。

然而,后芝加哥学派的学者们指出,Bork法官的模型暗含的假设是,

14. 参见Art 3.1, Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices.

15. 欧盟委员会(2009),《关于欧盟委员会在适用欧共同体条约第82条于占主导地位企业的滥用排他行为时的执法优先权的指导意见》,第34、36节,网址:
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)

EU (2009) Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 34: "This will, in particular, be the case if there are many customers and the exclusive purchasing obligations of the dominant undertaking, taken together, have the effect of preventing the entry or expansion of competing undertakings."

16. Segal, I.R. and Whinston, 2000年,赤裸裸的排斥:评论,《美国经济评论》,90(1),第296-309页。Segal, I.R. and Whinston, M.D., 2000. Naked exclusion: comment. American Economic Review, 90(1), pp.296-309.

17. Krattenmaker, T.G. and Salop, S.C., 1986年, 反竞争排除: 提高竞争对手的成本, 实现价格优势。耶鲁LJ, 96, 第209页。Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals Costs to Achieve Power Over Price, 96 Yale L.J. 209 (1986). Krattenmaker, T.G. and Salop, S.C., 1986. Anticompetitive exclusion: Raising rivals' costs to achieve power over price. Yale LJ, 96, p.209.

买方是统一行动的(零售商不能价格歧视), 并且买方即最终消费者, 或者买方对再下游买方没有外部性等。如果没有这些假设, 排他性交易会阻止更有效率的竞争者进入, 并增强在位企业的市场势力, 伤害消费者。如果不是单一买方并且买方不能协调其行为, 在位企业的独家交易要求很可能会阻止新进入者或者较小的竞争者实现必要的规模经济。

后芝加哥学派学者还发展了“提高竞争者成本”(raising rivals' costs)的理论, 认为独家交易可以阻止或者阻碍潜在竞争者进入, 或者弱化市场中现存竞争者对具有支配力量的企业的约束能力。¹⁷

SECTION 005

“二选一”行为相关合规建议

2021年4月14日起连续三天, 市监总局集中公布互联网平台企业《依法合规经营承诺》, 涉及多个知名互联网平台, 涉及搜索、电商、社区团购、社交平台等多个领域, 内容涉及承诺不实施“二选一”行为等。在我国当前针对“二选一”行为的强监管趋势下, 我们建议企业在进行合规评估时, 可以参考以下意见:

(一) 注意识别市场支配地位是否存在

在“二选一”行为涉嫌违反上述三部法律中, 违反《反垄断法》的法律责任最为严重, 加之目前市监总局对A平台“二选一”垄断行为开出182亿元的罚单, 展现了执法机构对于遏制“二选一”行为的坚定决心, 对于“二选一”滥用市场支配地位行为的认定思路和构成要件分析也给出了示范框架。

因此对于市场份额较高或是在相关市场有一定规模和影响力的平台企业, 应当尤其注意识别市场支配地位的存在与否, 结合《反垄断法》和《平台指南》中列举的评估要素以及参考案例进行综合分析。可以参见

我们在另一篇实务文章中专门探讨的互联网平台企业的市场支配地位认定的思路和方法。¹⁸

对于可能遭受“二选一”行为影响的平台内企业（例如商家）来说，可以通过识别交易对象是否具有市场支配地位，来判断是否可根据《反垄断法》进行举报和诉讼，将反垄断合规作为有效参与市场竞争的优势和武器，从而保护自身合法权益。

18.知产力:互联网平台企业的市场支配地位认定,
https://mp.weixin.qq.com/s/q9_UVMmVOQ4LiwgPS1818A

(二) 注意相关行为的识别

平台企业在合规工作中可以注意自查是否存在以下行为：

◆是否通过隐蔽的技术手段或交易规则，例如搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式，禁止或者限制交易对象自主选择多个平台开展经营活动；

◆是否有书面或口头记录，要求交易对象只能与其交易或者只能与其指定的第三方交易，和/或禁止该市场主体与特定的经营者交易；交易对象在交易时是否具有自由选择权；

◆是否禁止或者限制交易对象自主选择快递物流等交易辅助服务提供者；

◆是否通过搭售、折扣、差别待遇等形式迫使交易对象实行“二选一”；

对于可能遭受“二选一”行为影响的平台内企业（例如商家）来说，在与平台企业进行交易时，可以注意识别交易对象是否可能存在以上行为。

(三) 尊重交易对象的选择权

企业应充分告知交易对象平台服务所涵盖的内容，尊重交易对象在交易过程中有充分的自由选择权，例如平台上的商家应当有选择不同平台渠道的自由，用户或消费者有选择购买商品类型和商品渠道的自由。不强迫交易对象接受自身或指定的服务，不通过惩罚等方式实质阻碍其他

交易对象选择其他平台。

(四) 建立和完善内部合规审查制度

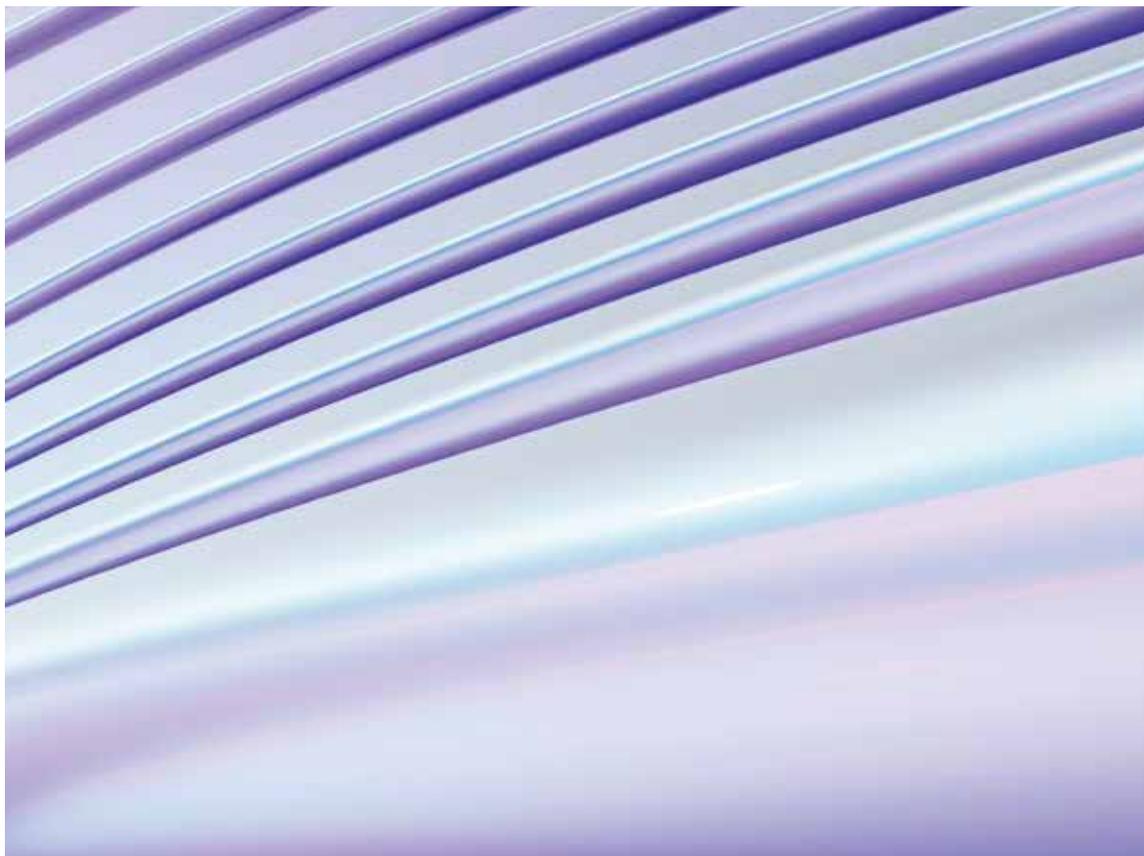
企业向交易对象提供的协议、通知、商务政策、考核指标等书面文件应当经过内部法务或外部律师的合规审查。

为避免执行层和业务人员因不了解相关法律风险而在实践中对交易对象施加不合理的限制, 可以针对具体业务中可能存在法律风险的限制性行为, 制作内部合规指南, 并在发现相关风险时及时与企业法务或外部律师联系。

也应定期进行多轮培训, 请内部法务或聘请外部律师针对相关法律法规、以及实务中易引发法律风险的限制性行为进行培训, 培训对象可以广泛包括企业高层、管理人员、执行层以及业务人员等。☒



吴鹏
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2002
wupeng@zhonglun.com



作者：薛熠、谷田

“二选一”强监管背景下排他交易的 竞争合规边界

1.例如：网络交易平台经营者不得违反《中华人民共和国电子商务法》第三十五条的规定，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，干涉平台内经营者的自主经营。具体包括：“...（一）通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式，禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动，或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动；...”

2.张晨颖：《排他交易反垄断规制的结构性反思》，载《法律适用》，2020年第7期。

近年来持续引发社会普遍关注的关于互联网平台的“二选一”策略是否限制竞争的讨论随着国家市场监督管理总局针对某互联网电商巨头的一记反垄断监管重拳而落下帷幕。自此之后，平台企业实施的“二选一”行为成为了监管机构重点整治的突出问题，其似乎已被推定具有反竞争效果，即便不具有支配地位的平台企业实施的“二选一”行为也可能因为《电子商务法》和《网络交易监督管理办法》的适用而存在合规问题¹。在当前的政策风向和监管实践的背景下，如何从更广义的范畴理解和分析“二选一”所代表的排他交易的竞争合规性？不具有支配地位的非平台企业是否仍有采取排他策略的空间？

SECTION 001

商业实践中的排他交易

排他交易虽主要因互联网平台企业实施的“二选一”行为而进入大众视野，但其本身并非“线上”专有，相反，其在线下传统行业中也是一项被广泛采用的商业策略。排他交易从狭义的角度理解是指一个经营者在特定的市场范围内，要求与之存在上下游关系的一个或多个特定交易对象只能与之进行购买或销售的交易方式²。在商业实践中，排他交易可以有不同的表现形式，除了通过合同明确约定独家采购或独家供应的义务外，一些商业实践中常见的合同义务甚至是激励计划，均有可能被认为与排他交易具有相同的经济实质：即纵向交易关系中的一方限制另一方与第三方进行交易的能力或动机，并在特定市场条件下可能实现封锁实际或潜在竞争对手的效果。

(一)数量强制义务

1.最低购买要求条款。数量强制义务通常表现为采购合同中的最低

采购要求条款,即卖方在销售合同中设定了相关产品的最低采购量,当买方的购买数量低于该最低采购量时,卖方有权拒绝该笔交易。

2.照付不议条款。照付不议条款通常是为了保证最低采购要求条款的实施而设定的强制性措施。具体而言,合同中通常会约定如果买方未能足额采购最低年度采购数量,则买方应就该等采购短缺向卖方下达采购订单,或者就该等短缺向卖方支付全额的款项。

(二)激励计划

1.追溯累计折扣。客户一定时期的购买量达到特定数量阈值时,该客户会得到某个单价折扣,这一折扣追溯适用于这一时期该客户的所有累计购买量,而不仅仅适用于超过阈值的增量部分。

2.以达到采购量目标为条件的折扣。这类折扣一般是以特定客户一定时期内采购达到目标比例或者目标数量为条件的折扣。

排他交易作为一种常见的纵向安排,通常有助于促进非价格竞争和提高服务质量的效率。但是,当排他交易涉及的一方或多方具有一定的市场力量,并能够封锁相当比例的上游或下游市场时,排他交易则更有可能产生反竞争效果。上述可能具有排他效果的纵向限制在中国反垄断法律实践中已有执法先例,反垄断执法机构曾分别认定某国际知名包装解决方案厂商和另外一家国际化工巨头的类似商业安排构成滥用市场支配地位的行为。

3.在美国,排他性交易可以根据《谢尔曼法》第1条涉及损害竞争的协议、合并以及合谋,以及《谢尔曼法》第2条涉及滥用市场支配地位来获取垄断来规制。此外,《克莱顿法》第3条以及《联邦贸易委员会法》第5条也可适用于涉及排他交易的行为。欧盟反垄断法对排他性交易的评估主要基于《欧盟运行条约》第101条和第102条,分别对应垄断禁止协议行为与禁止滥用市场支配地位行为。

SECTION 002

排他交易的反垄断规制路径

(一)禁止滥用市场支配地位和禁止垄断协议的双重规制路径

美国与欧盟均采用禁止滥用市场支配地位和禁止垄断协议的双重路径模式³来规制排他交易行为,并由此衍生出丰富的执法和司法实践。

4.《反垄断法》第十七条：禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：...（四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易...

5.《反垄断法》第十四条：禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：...（三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

6.包括：经营者达成、实施协议的事实；市场竞争状况；经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力；协议对商品价格、数量、质量等方面的影响；协议对市场进入、技术进步等方面的影响；协议对消费者、其他经营者的影响；与认定垄断协议有关的其他因素。

相似地，针对排他交易行为，我国在立法层面也保留了双重路径的规制空间。一是适用关于禁止限定交易的滥用市场支配地位行为的规定⁴；二是适用关于纵向垄断协议的兜底性条款⁵。适用禁止限定交易的规定需要以相关企业具有市场支配地位为前提条件；适用纵向垄断协议的兜底性条款则无需证明支配地位的存在，但需要对排他交易的竞争效果进行全面分析，并最终证明相关限制具有排除、限制竞争的效果。《禁止垄断协议暂行规定》进一步明确了适用《反垄断法》认定纵向非价格垄断协议时需要考虑的因素⁶（但未作类型化归纳，因而可能在实践中缺乏针对排他交易竞争效果评估的指引），同时规定认定机构为国家市场监督管理总局。截至目前，我国尚未有认定包括排他交易在内的纵向非价格垄断协议的规制先例。

（二）以纵向非价格垄断协议的路径规制排他交易的必要性探讨

尽管我国在立法层面对于排他交易保留了双重路径的规制空间，但在执法实践层面还停留在禁止滥用市场支配地位的唯一规制路径。鉴于作为纵向限制的排他交易与滥用行为中的限定交易在行为表现上存在



交叉与重合,而认定排他交易具有反竞争效果又须以存在一定的市场力量为前提,是否有必要保留双重规制路径而可能增加企业的合规负担与不确定性?

7. 张晨颖:《双重路径下排他性交易的反垄断规制》,载《知识产权》,2021年第4期。

对于这一问题,一个典型的情形即可说明其必要性:当排他交易策略被作为获得市场支配地位的手段而并非后续实施的具体滥用行为时,事先以纵向非价格垄断协议的路径予以规制的重要性就凸显出来。此时,禁止垄断协议相比而言是一种所谓的事前审查模式,而禁止滥用市场支配地位更像是是一种事后审查模式⁷,如能够妥善选择规制时机对获得垄断地位的手段和过程先行规制,则可能起到预防滥用行为发生的效果。在“葡萄糖酸钙原料药”一案中,原料药经销商通过包销、限定生产企业不对外销售等方式,控制了特定原料药的销售市场。由此获得市场支配地位后,经销商大幅提高了该等原料药的销售价格,实施了以不公平高价销售商品等滥用行为。值得注意的是, **本案中反垄断执法机构并未认定先前的排他交易行为的违法性**。虽然我们不完全了解执法机构实际的办案思路,但从结果来看,该案的处罚符合上述逻辑,我们推测原因可能在于经销商实施排他交易行为的时点并不具有市场支配地位,因而不满足禁止滥用市场支配地位规则的适用条件。而对于该案涉及的排他交易行为,理论上存在通过禁止纵向非价格垄断协议的路径予以规制的空间。

SECTION 003

排他交易的竞争分析框架

(一)认定原则

经过多年的发展,包括美国、欧盟在内的全球主要反垄断司法区域对排他交易的竞争评估一般采用合理分析原则,即全面评估排他交易的竞争效果,综合衡量其对市场竞争可能产生的有利影响和不利影响。

8. 理查德·基尔伯特：
《排他交易的经济学区
分析和反垄断执法》，
黄昆译，载《经贸法律
评论》，2020年第5
期。

9. See United
States v. Dentsply
Int'l, Inc., 399 F.3d
181 (2005).

(二) 竞争评估考虑的因素

1. 美国实践

美国法院对排他性交易的分析经历了一个逐渐演进的过程，从高度依赖市场封锁程度转变为广泛考虑市场界定及竞争环境、合同期限、市场进入的难易程度以及合理抗辩理由等多种因素。美国法院的若干裁决认为，排他性交易期限短（或容易被终止）、具有促进竞争的效果以及封锁比例低于40%时不违反反托拉斯法。例如，在 *Omega Envtl, Inc. v. Gilbarco, Inc.* 一案中，上诉法院作出裁决，认定制造商拒绝向使用竞争品牌的汽油零售商供应设备并不违法。法院认为，这些排他性安排的期限很短，市场封锁程度不高（38%），并且制造商的竞争对手不必依靠汽油零售商来争取顾客，因而该排他性交易不太可能排除竞争⁸。

但是，在上述一般原则之外，也存在相反的判例，反映了在个案中评估排他交易的竞争影响时需考虑特定的市场条件。例如，期限很短（或者易于终止）的排他交易安排在特定情形下亦有可能造成竞争损害。在 *U.S. v. Dentsply* 一案⁹中，虽然含有排他交易安排的Dentsply的经销商合同可以随时终止，但法院注意到Dentsply的经销商所销售的几乎所有假牙和其他牙科产品事实上都来自Dentsply，并认为经销商没有动机为了从Dentsply的竞争对手处获得更小的业务量而放弃与Dentsply合作。

2. 欧盟实践

不同于美国活跃的司法实践和丰富的司法判例，欧盟规制排他交易的亮点在于通过《纵向限制指南》（“指南”）及相关的集体豁免规则为排他交易的竞争评估提供了相对详细的指引，大大降低了企业的合规成本。以单一品牌义务（即排他购买）为例，指南提出了5个最具相关性的考虑因素，分别是：供应商的市场地位和单一品牌协议的期限；竞争者的市场地位；市场进入障碍；购买商的抗衡力量和涉及的贸易环节（中间产品还是最终产品的批发零售环节）。一般而言，如果供应商和购买商的市场

份额均未超过30%，且协议期限不超过5年，则相关协议可根据《纵向协议集体豁免条例》而被豁免。所谓集体豁免，可以被简单理解为一种出于效率因素考虑而设定的“安全港规则”，符合条件的主体无需就相关协议展开实质的竞争分析。相应地，即使未满足集体豁免条件的排他交易安排也并非当然具有违法性，而只是需要根据前述考虑因素进行全面的竞争评估。

此外，指南还对可适用的抗辩理由进行了示例性的分析，以排他交易最常援引的保护特定投资的正当理由抗辩为例，指南指出在供应商进行关系特定投资的情况下，投资折旧期内的不竞争协议或数量强制协议通常会满足《欧盟运行条约》第101条第(3)款规定的条件。其中供应商安装或改装设备，而该设备之后只能用于为特定购买商生产零部件，即为典型的关系特定投资。供应商对产能或额外产能的一般投资通常不构成关系特定投资，但如果该新增产能与购买商的业务有特定联系，例如某金属罐制造厂商特别在某食品生产商附近投资新产能，仅当该产能仅在为该特定客户生产时才具有经济性的情况下，该等新增产能才可被视为关系特定投资，相关的排他交易安排才符合为保护特定投资所必需的正当理由。

(三)两种规制路径之比较

如前文所述，在欧盟与美国，禁止垄断协议的规则与禁止滥用市场支配地位的规则均可适用于排他交易，二者均以合理分析为基本的认定原则、均要求有一定的市场力量并可适用类似的抗辩理由。但是，两种规制路径下对于行为违法性的认定上存在技术上的差异。

首先，禁止滥用市场支配地位的路径虽然也大体遵循合理分析原则，但重点在于市场支配地位的认定，当相关经营者的市场力量达到支配地位的程度时，说明品牌间竞争是相对有限的，排他交易更有可能导致反竞争效果，被诉称有市场支配地位的经营者的行为具备正当理由

负有较高的举证义务。

其次，在禁止纵向垄断协议路径下，行为违法性的认定重点在于排他交易的竞争影响的评估，反垄断执法机构或原告对此负有举证责任。

以美国的实践为例，认定排他交易构成违反《谢尔曼法》第1条的垄断协议行为通常需要证明排他交易将导致对竞争对手相当高程度的封锁；而适用《谢尔曼法》第2条认定通过排他交易来获得或维持垄断时，即便排他交易并未造成较高程度的市场封锁，其仍然能够通过提高竞争对手的成本来损害竞争。在前文提及的*U.S. v. Dentsply*案中，法院认为，尽管竞争对手可以将其产品直接出售给牙科实验室，但证据表明直接销售比通过已有的经销商进行销售的成本高得多。

SECTION 004

排他交易的竞争合规边界

通过上文的分析不难发现，对于排他交易合规与否的问题，并不存在“一刀切”式的论断，相反，企业需要结合自身的情况和具体的市场条件进行合理性分析。尽管如此，参照欧美较为成熟的法律实践并结合中国的监管趋势，我们仍然能够总结出一些共性的原则，以帮助企业建立关于排他交易的最基本的竞争合规边界。具体而言，主要包括以下几个维度：

(一)行为主体的市场力量及所在的行业

首先，排他交易易于产生反竞争效果的前提是行为主体具有一定的市场力量，在上下游市场达到30%-40%的市场份额通常是认定具有一定市场力量的表面证据。市场力量越强，行为主体实施排他交易的合规风险就越大。同样是实施激励政策，不具有支配地位的企业面临的合规风险要显著低于拥有支配地位的企业。

另一方面，从我国的反垄断执法实践来看，**平台经济领域、原料药领**



域及公用事业领域的经营者面临着更高的监管压力，特别是平台经营者似乎因其新公用事业的属性而被要求承担更高的合规义务。

(二)排他交易的行为性质和类型

相比于具有惩罚性的排他义务，通过补贴、折扣、优惠等激励性措施实施的排他交易相对而言具有更低的合规风险。在行为人具有市场支配地位的情形下，前者通常被推定为具有反竞争效果，而后者则被认为可能对交易相对人、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果，除非有相反的证据证明其对市场竞争产生明显的排除、限制影响。

具体到强制性的排他义务，数量强制义务相较于严格的独家采购或独家供应安排是一种较弱的排他交易形式，但如果行为人设置了过高的最低采购要求，例如占买方全部采购需求的60%-80%，其合规风险将进一步提高。

就激励政策而言，批量折扣的目的正当性要高于有最低购买要求的折扣，前者仅提供较低的价格来吸引更多的购买量，而有最低购买要求

的折扣则可能使卖方限制买方与竞争对手进行交易的动机和能力,从而可能在不增加产量的情况下排除竞争;而在批量折扣中,非追溯性的折扣的封锁效果又要低于追溯性累计折扣。

(三)排他交易的期限

排他交易的期限越短、越易于终止,则其越不太可能产生反竞争效果。1年以下的排他交易通常会被认为不会导致反竞争效果;1年以上5年以下的期限则需要一定程度的竞争分析,在促进竞争和限制竞争效果之间进行权衡;而5年以上的排他交易期限会被认为具有限制竞争的效果,需要有特定的正当理由方得豁免。

除上述基本维度外,竞争对手是否具有可替代的渠道、市场上的供应商是否普遍采用排他交易策略从而导致累积效应存在以及是否存在正当理由也是竞争评估需要考虑的因素。

SECTION 005

结语

在对平台企业实施的“二选一”行为进行强竞争监管的背景下,除具有强烈政策导向的行业外,对排他交易的竞争评估仍应适用合理分析的认定原则。原则上,不具有市场力量的经营者实施的排他交易应被推定为不具有反竞争效果,而对于具有一定市场力量甚至支配地位的经营者而言,需要对其实施的排他交易行为进行不同程度的竞争评估。总之,判断排他交易行为的合法性与否必须将特定行为与特定的市场条件相结合,作为企业而言,厘清排他交易的竞争合规边界需要建立在对所涉业务和产品的市场地位、达成交易的商业背景以及行业整体竞争格局的了解之上,既要谨慎合规,同时又不应过度自危,做到对竞争合规风险的分级分类管理。□



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



作者：薛熠、俞炜

个人信息保护与市场竞争的交集 ——从强制收集非必要用户信息行为的 反垄断法风险说起

1. 参见
http://www.gov.cn/xinwen/2021-04/26/content_5602780.htm

2. 参见
http://www.cac.gov.cn/2021-03/22/c_1617990997054277.htm

2021年4月26日,工信部于其官网发布《移动互联网应用程序个人信息保护管理暂行规定(征求意见稿)》¹,向社会公开征求意见。该征求意见稿由工信部会同公安部、市监总局起草,再次强调了知情同意原则的同时还引入了信息收集最小必要原则的适用。值得关注的是,于5月1日正式施行的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》²对上述两原则的适用的问题上保持了相同的趋向。近年来,违反知情同意及最小必要原则强制收集非必要用户信息的问题一直是个人用户及相关主管机构关注的重大问题,如何在用户信息保护及商业效率之间找到适当的平衡,已经成为当下诸多平台经营者的重大考验。而需要提示相关企业的是,除行业监管的角度之外,在设计、评估、实施企业隐私政策以实现该等适当平衡的过程中,潜在反垄断合规问题亦不可不察。

SECTION 001

理论分析——反垄断法视角下的强制收集非必要用户信息行为

强制收集非必要用户信息的行为如何引生竞争关切?国务院反垄断委员会于今年2月7日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(“**平台反垄断指南**”)已给出警示。根据该指南第十六条,具有市场支配地位的平台经济领域经营者“强制收集非必要用户信息”,可能构成滥用市场支配地位,实施无正当理由附加不合理交易条件的垄断行为。

就此,需要提示相关经营者注意的是,反垄断法视角下,平台经营者与平台用户之间存在着交易关系,并不因平台经营者所提供服务是否“免费”而有所区别。正如日本公平交易委员会在其于2019年12月17日发布的《关于数字平台经营者在其与消费者涉及个人信息提供等的交易

中滥用优势地位的指南》³中所明确指出,当消费者需要提供个人信息以作为数字平台经营者所提供服务的对价时,其显然构成了数字平台经营者的相对交易人。事实上,个人信息在当今数字时代下的经济价值毋庸置疑,当收集个人信息作为对价构成平台经营者与平台用户之间交易的一部分时,其显然构成一项重要的“交易条件”。

其次,强制收集非必要用户信息的行为构成反垄断法视角下的“不合理”交易条件,其不合理性集中体现于对前述知情同意及最小必要原则的违反:

◆知情同意原则是指经营者在从事包括收集行为在内的个人信息处理活动时,应当以清晰易懂的语言告知用户个人信息处理规则,由用户在充分知情的前提下,作出自愿、明确的意思表示。“强制收集”则是对该等原则显而易见的背离,在实践中可能表现为直接的隐私政策强制要求,也可能表现为利用晦涩或取巧表述等方式迫使或引诱用户接受个人信息收集行为以作为使用平台服务的条件,因其“强制”性而“不合理”;

◆最小必要原则或称必要性原则、最少够用原则等,是指经营者在从事包括收集行为在内的个人信息处理活动时,应当受限于最小、必要的控制,不得从事超出用户同意范围或者与服务场景无关的个人信息处理活动。实践中,平台经营者收集非与提供服务相关的非必要信息因其“非必要”而“不合理”。

当然,在执法实践中,认定平台经营者实施的特定的强制收集非必要用户信息行为构成垄断行为并需要承担相应责任并非易事。反垄断执法机构需要在前述行为定性的框架性分析之外,考量具体的滥用行为及其所涉相关市场界定、市场支配地位认定、是否具有正当理由以及是否排除、限制竞争等诸多复杂问题。而需要提示平台经营者注意的是,互联网反垄断浪潮激荡全球,德国、日本等活跃的反垄断司法辖区已经就适用反垄断法规制强制收集非必要个人信息行为进行了探索⁴,值得平台经营者紧密关注。

3参见日本公平交易委员会官网
https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/191217DPconsumerGL.pdf

4.参见
<http://japan.people.com.cn/n1/2019/0307/c35421-30963008.html>

5. 参见

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldungen/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3591568



SECTION 002

案例简评——全球首起针对个人信息处理行为的反垄断调查案件

德国反垄断执法机构 (Bundeskartellamt) 于2016年2月3日开始对 Facebook 涉嫌违反 GDPR 的规定收集、整合用户信息及数据行为进行调查, 并于2019年2月6日作出决定⁵, 认定 Facebook 未经其用户同意而收集其用户在集团旗下其他平台 (WhatsApp、Oculus、Masquerade、Instagram) 的用户信息及设备关联数据, 以及通过技术手段收集其用户访问第三方网站及手机 App 的相关数据, 并将该等用户信息及数据与 Facebook 直接取得的用户信息进行整合的行为不仅违反 GDPR, 同时也违反德国《反限制竞争法》, 构成滥用市场支配地位行为, 要求 Facebook 在4个月之内提出整改方案并在12个月之内完成整改。

Facebook 随即就该等调查决定向杜塞尔多夫高等法院提起上诉,

开启了这一调查案件诉讼对抗之路：

◆杜塞尔多夫高等法院对德国反垄断执法机构的调查决定存在不同意见，于2019年8月26同意了Facebook的申请，就本案先行作出了暂停执行前述限时整改决定的暂缓令裁定⁶；

◆随即，德国反垄断执法机构就该等暂缓令裁定上诉至德国联邦法院，德国联邦法院在审理后于2020年6月23日作出裁定，确认了德国反垄断执法机构的调查决定，支持限时整改决定的执行⁷；

◆此后，杜塞尔多夫高等法院继续开展本案审理工作，于2021年3月24日召开了听证会，并决定将就案件法律问题请求欧洲法院作出裁决⁸。根据2021年4月23日的最新消息，该等裁决请求已正式形成并向欧洲法院递交⁹，该等案件的进一步推进将受限于欧洲法院就该、初步裁决，仅此过程即可能耗时数年。

根据杜塞尔多夫高等法院所披露的有限信息看，虽然杜塞尔多夫高等法院与德国反垄断执法机构就该案所涉相关市场及市场支配地位的认定并不存在实质分歧，但就其就Facebook涉案行为是否构成滥用行为及其是否排除、限制竞争存在不同看法：

◆德国反垄断执法机构认为考虑到Facebook的市场支配地位，用户难以实现转向，而Facebook要求用户一揽子同意其全部隐私政策条款后方可使用其服务并不能构成GDPR规定下用户的“自主同意”，此外其自第三方获取用户信息数据也有违GDPR规定下的目的受限 (Purpose Limitation) 和数据最小化 (Data Minimisation) 原则，构成对用户的剥削性行为 (Exploitive practice)，而该等行为亦使其获得了取得数据的额外渠道，在其与竞争对手的竞争中获得不当优势，提高了市场进入门槛；

◆杜塞尔多夫高等法院则认为用户对Facebook社交网络的依赖并不当然导致该等用户接受、同意Facebook隐私政策条款被认定为无效；此外，德国反垄断执法机构也并未实际证明Facebook涉案行为事实上剥削用户、排挤竞争者因而构成滥用行为。

6参见
https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2019/20190826_PM_Facebook/index.php

7.参见
<https://www.bund.esgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>

8.参见
https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2021/20210324_PM_Facebook2/index.phpk2/index.php

9参见
https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php

无论是从前述案件整体发展形势看或是从案件实质争议情况看,该等调查案件将演化为反垄断执法机构与互联网巨头之间的又一例旷日持久的对抗。反垄断法究竟将如何适用于平台经营者违反知情同意及最小必要原则而收集使用用户信息的行为值得平台经营者持续跟进关注。

SECTION 003

合规建议——平台经营者需要注意的典型强制收集非必要用户信息行为

受限于如前所述的诸多理论与实践问题,我国反垄断执法机构将如何规制该等个人信息收集行为有待观察,而截至目前,我国亦尚缺乏相关的反垄断执法先例可供参考。然而,结合我国当前就个人信息保护问题而出台或拟将出台的相关法律法规、政策文件及App违法收集使用个人信息问题治理实践,平台经营者应当注意避免以下违反知情同意及最小必要原则的个人信息收集行为,不仅是出于符合个人信息保护的切实要求,亦对避免潜在的反垄断法风险具有重要意义。

为符合知情同意原则而避免涉嫌强制收集用户信息,平台经营者应当注意避免以下情形:

典型情形	表现形式
未公开收集使用规则	<ul style="list-style-type: none"> ◆没有隐私政策,或者隐私政策中没有收集使用个人信息规则; ◆在用户首次使用服务时未通过弹窗等明显方式提示用户阅读隐私政策等收集使用规则; ◆隐私政策等收集使用规则难以访问,如进入APP主界面后,需多于4次点击等操作才能访问到; ◆隐私政策等收集使用规则难以阅读,如文字过小过密、颜色过淡、模糊不清,或未提供简体中文版等。

典型情形	表现形式
未明示收集使用个人信息的目的、方式和范围	<ul style="list-style-type: none"> ◆未逐一列出平台(包括委托的第三方或嵌入的第三方代码、插件)收集使用个人信息的目的、方式、范围等; ◆收集使用个人信息的目的、方式、范围发生变化时,未以适当方式通知用户,适当方式包括更新隐私政策等收集使用规则并提醒用户阅读等; ◆在申请打开可收集个人信息的权限,或申请收集用户身份证号、银行账号、行踪轨迹等个人敏感信息时,未同步告知用户其目的,或者目的不明确、难以理解; ◆有关收集使用规则的内容晦涩难懂、冗长繁琐,用户难以理解,如使用大量专业术语等。
未经用户同意收集使用个人信息	<ul style="list-style-type: none"> ◆征得用户同意前就开始收集个人信息或打开可收集个人信息的权限; ◆用户明确表示不同意后,仍收集个人信息或打开可收集个人信息的权限,或频繁征求用户同意、干扰用户正常使用; ◆实际收集的个人信息或打开的可收集个人信息权限超出用户授权范围; ◆以默认选择同意隐私政策等非明示方式征求用户同意; ◆未经用户同意更改其设置的可收集个人信息权限状态,如平台APP更新时自动将用户设置的权限恢复到默认状态; ◆利用用户个人信息和算法定向推送信息,未提供非定向推送信息的选项; ◆以欺诈、诱骗等不正当方式误导用户同意收集个人信息或打开可收集个人信息的权限,如故意欺瞒、掩饰收集使用个人信息的真实目的; ◆未向用户提供撤回同意收集个人信息的途径、方式; ◆违反其所声明的收集使用规则,收集使用个人信息。

而违反最小必要原则的个人信息收集行为的典型情形及案例则包括：

典型情形	实例说明 ¹⁰
收集的个人信息类型或打开的可收集个人信息权限与现有业务功能无关	广州某计算机系统有限公司运营的读书APP收集的用户收货地址与所提供的业务功能无关
<ul style="list-style-type: none"> ◆因用户不同意收集非必要个人信息或打开非必要权限,拒绝提供业务功能 ◆新增业务功能申请收集的个人信息超出用户原有同意范围,若用户不同意,则拒绝提供原有业务功能,新增业务功能取代原有业务功能的除外 	陕西某信息科技集团有限公司运营的二手车APP因用户不同意打开非必要的存储、电话、位置等权限,拒绝提供所有业务功能
收集个人信息的频度等超出业务功能实际需要	北京某科技有限公司运营的在线教育APP收集IMEI号等个人信息的频率超出业务功能实际需要
仅以改善服务质量、提升用户体验、定向推送信息、研发新产品等为由,强制要求用户同意收集个人信息	北京某科技有限公司运营的地图APP中用户如需使用“意见反馈”模块,必须打开可收集个人信息的相机权限
要求用户一次性同意打开多个可收集个人信息的权限,用户不同意则无法使用	北京某科技有限公司运营的APP“LBE安全大师(免ROOT)V6.1.2563”将TARGETSDKVERSION值设置小于23,要求用户一次性同意开启多个可收集个人信息的权限,用户不同意则无法安装使用

10.来源于App专项治理工作组公布的关于App存在个人信息收集使用问题的通告。

而针对何为与服务场景和内容无关的非必要信息这一需要个案具体看待的问题,平台经营者则可以参考遵照前述于近日正式施行的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》中的指引进行分析。

SECTION 004

展望未来——个人信息保护与市场竞争的广泛交集

正如焦海涛教授在其近期发布的论文《个人信息的反垄断法保护：从附属保护到独立保护》中所指出,将个人信息保护纳入反垄断法的调整范围,既有必要,也有可能。在反垄断法下,个人信息保护与市场竞争问题的交集不仅体现在前述滥用形式的垄断行为规制,同时也涉及反垄断法其他两大支柱,即垄断协议和经营者集中——数字时代背景下,个人信息已不仅是影响价格的一个因素,很多时候就是“价格”本身,已经成为市场竞争要素之一。因此,平台经营者在考虑反垄断合规时需要考量个人信息保护的问题,而在设计、评估、实施企业隐私政策时,亦应当注意反垄断合规的问题,在必要时应当寻求同时具有数据合规及竞争法专业能力的外部律师的建议。☒



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com



作者：蒋蕙匡、贾申、赵琳格、于佳永

“大数据”双刃剑？ ——我国“大数据杀熟”的 立法规制与法律实践

SECTION 001

好风借力：“杀熟”的立法规制

近年来，“大数据杀熟”已经成为社会公众关切的热点话题。北京市消费者协会调查发现，近九成人认为“大数据杀熟”现象普遍存在，56%的被调查者表示自己有过被“大数据杀熟”的经历。¹“大数据杀熟”的现象在线上零售、在线旅游、酒店住宿、网约车、外卖、影视等消费场景尤为显著。例如，针对同一时间段的相同路段的不同乘客，车费价格并不相同；用户在其常用App上购物，支付价格要比新用户更高。

2020年10月1日，《在线旅游经营服务管理暂行规定》率先在旅游行业对“大数据杀熟”进行规制，拉开了对大数据管理的序幕；2021年发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》明确指出差别待遇情形下的滥用市场支配地位行为包括基于大数据和算法，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。2021年8月20日，《个人信息保护法》明确对“自动化决策”亮起了红灯。在2021年上半年开展的互联网企业自查整改活动中，是否采用“大数据杀熟”也成为监管机构关注的重点之一。

本文将“大数据杀熟”为主题，对相关立法规范进行梳理，结合法律实践对相关难点和趋势问题进行总结，以期为平台企业合规工作提供参考。

SECTION 002

树大招风：“杀熟”的表现

“大数据杀熟”行为通常包含两个阶段：一是收集数据对用户进行“画像”；二是根据画像对用户进行区别对待。前者可能涉及非法收集和滥用个人信息；后者则可能涉及差别待遇、价格歧视或自动化决策等问题。本文重点关注后一阶段，即网络商家实施区别对待行为的合规性。

1. 参见方圆杂志，《“大数据杀熟”，消费者如何应对》，访问地址：
http://www.jcrb.com/FYFZ/FY/rdht/202105/t20210521_2281691.html

目前对“大数据杀熟”进行规制的法律法规主要包括《反垄断法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《价格法》、《个人信息保护法》等,参见下表。

表1 “大数据杀熟”相关法律法规及法律责任

法律法规	相关法条	认定条件	法律责任
《反垄断法》及其修正草案、《平台经济反垄断指南》等	《反垄断法》第十七条、《反垄断法(修正草案)》第二十二条、《平台经济反垄断指南》第十七条	<p>差别待遇行为人在相关市场上具有支配地位;行为人对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇(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);差别待遇的行为无正当理由;排除、限制市场竞争。</p> <p>此外,根据《反垄断法(修正草案)》规定,具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍,对其他经营者进行不合理限制的,属于滥用市场支配地位的行为。</p>	停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。
《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》	第二十一条	<p>经营者不得利用数据、算法等技术手段,通过收集、分析交易相对方的交易信息、浏览内容及次数、交易时使用的终端设备的品牌及价值等方式,对交易条件相同的交易相对方不合理地提供不同的交易信息,侵害交易相对方的知情权、选择权、公平交易权等,扰乱市场公平交易秩序。交易信息包括交易历史、支付意愿、消费习惯、个体偏好、支付能力、依赖程度、信用状况等。</p>	停止违法行为,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。

法律法规	相关法条	认定条件	法律责任
《价格法》、《价格违法行为行政处罚规定(征求意见稿)》	《价格法》第十四条、《价格违法行为行政处罚规定(征求意见稿)》第十三条	电子商务平台经营者利用大数据分析、算法等技术手段,根据消费者或者其他经营者的偏好、交易习惯等特征,基于成本或正当营销策略之外的因素,对同一商品或服务在同等交易条件下设置不同价格。	违反规定的给予警告,可以并处上一年度销售总额1%以上5%以下的罚款,有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,责令停业整顿,或者吊销营业执照。
《个人信息保护法》(2021年11月1日实施)	第二十四条和第七十三条	自动化决策是指通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等,并进行决策的活动。利用个人信息进行自动化决策,应当保证决策的透明度和结果公平、公正,不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。	责令改正,给予警告,没收违法所得,对违法处理个人信息的应用程序,责令暂停或者终止提供服务;拒不改正的,并处一百万元以下罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 情节严重的,由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正,没收违法所得,并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款,并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款,并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。

法律法规	相关法条	认定条件	法律责任
《消费者权益保护法》	第八条和第十条	消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利;消费者享有公平交易的权利,消费者在购买商品或者接受服务时,有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件,有权拒绝经营者的强制交易行为。	购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍;增加赔偿的金额不足五百元的,为五百元。
《在线旅游经营服务管理暂行规定》	第十五条	在线旅游经营者不得滥用大数据分析等技术手段,基于旅游者消费记录、旅游偏好等设置不公平的交易条件,侵犯旅游者合法权益。	按照《中华人民共和国电子商务法》《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国网络安全法》等法律、行政法规、部门规章等其他法律、行政法规的规定处理。
《深圳经济特区数据条例》(2022年1月1日实施)	第六十九条	市场主体不得利用数据分析,对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇,但是有下列情形之一的除外:(一)根据交易相对人的实际需求,且符合正当的交易习惯和行业惯例,实行不同交易条件的;(二)针对新用户在合理期限内开展优惠活动的;(三)基于公平、合理、非歧视规则实施随机性交易的;(四)法律、法规规定的其他情形。	由(深圳)市市场监督管理部门或者相关行业主管部门按照职责责令改正,没收违法所得;拒不改正的,处五万元以上五十万元以下罚款;情节严重的,处上一年度营业额百分之五以下罚款,最高不超过五千万元;并可以依法给予法律、行政法规规定的其他行政处罚。
《浙江省平台企业竞争合规指引》	第十二条	平台企业在经营活动过程中要注意下列具有鲜明平台企业特性的高风险敏感行为:.....(八)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;.....	指引仅对平台企业竞争合规作出一般性指引,不具有强制性。

SECTION 003

行为知始：“杀熟”的法律实践

在执法案例中，目前我国尚未有仅因“大数据杀熟”而作出的行政处罚。在司法案例中，目前公开检索案例仅有三起明确提及“大数据杀熟”。

在胡女士与某酒店服务平台侵权责任纠纷案²中，胡女士在平台上订购的酒店房间价格为发票实际价格的近两倍，她以采集非必要信息进行大数据“杀熟”为由要求“退一赔三”，浙江省绍兴市柯桥区人民法院判决认为，该平台存在虚假宣传、价格欺诈和欺骗行为，支持原告“退一赔三”。该案判决书目前尚未向社会公布，在相关报道中未明确法院是否论证了平台实施“大数据杀熟”的事实。据相关报道，该案涉平台已提出上诉³，本案的终审判决或将对“大数据杀熟”的司法实践产生影响。

在另外两起涉及“大数据杀熟”的案件中，原告均无法证明交易条件相同，导致法院无法认定平台采用“大数据杀熟”的手段。在最早的刘某诉某外卖平台案⁴里，法院认为两起订单下单时间不一致，公司根据平台

2. 参见浙江法院网，柯桥法院判决“退一赔三”，支持用户对服务协议、隐私政策说不，访问地址：

https://www.zjsfgkw.cn/art/2021/7/8/art_56_24197.html

3. 参见阿燃科技网，涉嫌大数据杀熟败诉：被判三倍赔偿 知情人称其准备上诉，访问地址：

<https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2021-07-12/doc-ikqcfnc6424689.shtml>

4. 参见原告刘某与某外卖平台侵权责任纠纷一案民事判决书，湖南省长沙市芙蓉区人民法院，(2018)湘0102民初13515号，2019.04.01。



5. 参见郑某与某旅行服务平台侵权责任纠纷一案一审民事判决书, 上海市长宁区人民法院, (2020)沪0105民初9010号, 2020.10.30。

6. 王某与被告中国电信股份有限公司徐州分公司垄断纠纷一案的民事判决, 江苏省南京市中级人民法院, (2014)宁知民初字第256号。

7. 童某与中国移动通信集团上海有限公司滥用市场支配地位纠纷上诉案判决, 上海市第二中级人民法院, (2014)沪二中民五(知)初字第59号。

8. 冯永明与福建省高速公路有限责任公司滥用市场支配地位纠纷上诉案, 福建省高级人民法院, (2012)闽民初字第884号。

9. 李方平与中国网通(集团)有限公司北京市分公司垄断纠纷案北京市第二中级人民法院, (2008)二中民初字第17385号。

10. 通源公司与泰州石化公司、扬子石化公司、中石化公司垄断纠纷案江苏省南京市中级人民法院民事判决书, (2012)宁知民初字第653号。

交易量对配送费进行动态调整是自身的经营行为, 仅提供两起订单的配送费差距的证据不足以证明外卖平台利用“大数据”区别定价; 在郑某与某旅行服务平台侵权责任纠纷案⁵中, 法院认为两次查询机票价格的时间存在一定间隔, 机票价格受市场因素等影响存在价格浮动的情况符合交易惯例。

如果不限于平台领域的“大数据杀熟”, 而将视角推至各类场景下的差别待遇, 目前公开信息显示我国民事诉讼案件中似乎尚不存在一起法院认定构成差别待遇成立并违法的先例。

表2 部分涉及“差别待遇”的典型案件整理

案件名称	认定重点	结论
王某与被告某通信公司徐州分公司垄断纠纷一案的民事判决 ⁶	不同时间段的套餐价格不同	不满足条件相同的交易人, 不构成差别待遇
童某与某通信公司上海有限公司滥用市场支配地位纠纷上诉案判决 ⁷	后付费的用户和预付费的用户在付费方式、付费时间、资费标准等方面均存在不同	不满足条件相同的交易人, 不构成差别待遇
冯某与某交通道路公司滥用市场支配地位纠纷上诉案 ⁸	对存在合作关系的企业给予价格优惠属于正当理由	具有正当理由, 不构成违法的差别待遇
李某与某通信公司北京市分公司垄断纠纷案 ⁹	出于经营安全采取的优惠属于正当理由	具有正当理由, 不构成违法的差别待遇
通源公司与某石化公司垄断纠纷案 ¹⁰	被告所做的关于原告船龄较老、曾发生安全事故、承运能力具有瑕疵等安全隐患陈述属实, 构成削减运量的正当理由	不构成差别待遇

从以上司法实践中可以看出,证明不同交易相对人具有相同交易条件颇有难度。实践中,交易时间、信用状况、是否存在合作关系都可以构成交易条件不相同的合理因素。而就平台经济而言,相对人是否在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面存在实质性影响交易的差别则可能成为认定交易条件不相同的正当理由。

尽管目前还没有仅因“大数据杀熟”而被认定为违法的公开司法或行政案例,但这并不意味着企业能够高枕无忧,数据杀熟背后涉及众多利益相关方,相关适用法律法规日益增加,当下仅只是数字经济领域加强监管的开始而非结束。

SECTION 004

顺水行船:监管的变化趋势

下文将从违法认定标准、监管体系和举证难度三个方面对“大数据杀熟”的规制难点和变化趋势进行分析。

(一)认定标准逐渐明确

此前,和“大数据杀熟”直接相关的规定主要体现为《反垄断法》和《价格法》下的差别待遇和《消费者权益保护法》里对“公平交易权”和“知情权”的规定。就构成要件而言:《反垄断法》下的差别待遇需要证明涉案企业具有市场支配地位以及交易相对人具有“相同交易条件”;《价格法》下的差别待遇需要证明同一商品或服务具有“相同交易条件”;《消费者权益保护法》下的“公平交易权”和“知情权”在实践中的判断标准较为模糊主观。随着《反垄断法》的修订,《个人信息保护法》、《在线旅游经营服务管理暂行规定》和《深圳经济特区数据条例》等的出台,认定企业从事“大数据杀熟”等违法行为的标准似乎进一步降低,应用场景也进一步细化,平台经营者被认定“大数据杀熟”的违法风险进一步提高。



(二) 监管体系逐步完善

“大数据杀熟”行为涉及到消费者利益、市场秩序、数据和科技等多种利益，目前由多部法律法规进行规制，需要多个部门联合监管，具体可能涉及市场监督管理部门、工信部门、网信办等。目前的执法实践已有多部门联合执法的先例，国家网信办、税务总局、市场监管总局以及相关行业主管部门可能共同进驻企业。多部门的联合执法也将使针对“大数据杀熟”等行为的监管进一步收紧。

(三) 举证责任逐步降低

新近出台的《个人信息保护法》采用的是过错推定制度，第六十九条规定“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任”，该条或将在实践中减轻用户对于平台经营者违法收集和处理个人信息的举证责任，也加大了平台经营者被认定“大数据杀熟”而受到处罚的风险，但对于平台运用收集的个人信息进行差别定价的证明标准仍有待实践的进一步探索。

SECTION 005

知而慎行:给企业的合规建议

在2021年上半年进行的平台企业自查整改活动中,监管机关普遍关注平台算法是否存在“大数据杀熟”。2021年4月,多家互联网平台企业向社会公开的《依法合规经营承诺》中也包括了“不利用技术手段和数据、算法等手段实施不正当竞争和不正当价格行为”等内容。2021年8月,浙江省市场监督管理局发布《浙江省平台企业竞争合规指引》,其中明确将“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”列为高风险敏感行为。在大数据算法作为互联网平台企业重要分析决策手段的背景下,如何利用好大数据技术,避免触碰法律红线,是企业共同面对的合规命题,建议平台经营者在必要时聘请外部顾问帮助企业明确合规红线与合规要点,在日常经营中落实合规要求。

(一)充分关注正当理由

《关于平台经济领域的反垄断指南》列举了差别待遇行为可能的正当理由,具体包括:

第一,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。有观点认为,“大数据杀熟”本质上接近一级价格歧视,即平台企业通过大数据、算法分析获知消费者的需求条件,依照消费者愿付最高的保留价格来定价销售,以获得全部消费者剩余。而常见的二级价格歧视(根据消费者购买的数量定价,例如按月租房和按天租房的价格差异)和三级价格歧视(根据消费者类别定价,例如电影票区分学生票与成人票)的差别待遇被认定为“大数据杀熟”的风险相对较低。¹¹此外,不同的行业惯例,例如机票的价格随时间变化可能呈现较大的波动性,外卖配送服务费在用餐高峰期间有增长等,均可成为可能被接受的合理抗辩理由。

第二,针对新用户在一定期限内开展的优惠活动。在实践中,平台企

11.参见《大数据杀熟背后,是价格歧视套路》,访问地址:
<https://zhuanlan.zhihu.com/p/47995710>

12. 朱倩芸对本文亦有贡献

业经常采用“首单折扣”的方式,来吸引用户下载和使用APP。建议平台经营者明确新用户的范围与折扣期间,以避免不必要的纠纷。

第三,公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易。“公平、合理、无歧视(Fair, Reasonable And Non-Discrimination, FRAND)”原是标准必要专利领域的基本原则,正在越来越多的出现在国内反垄断执法领域。在某电商平台滥用市场支配地位案件中,总局在《行政指导书》中明确提出,平台企业主体责任包括“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作,不得从事向平台内经营者收取不公平高价服务费、对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理交易条件、歧视性对待平台内经营者等行为。”。但对于本项理由在“大数据杀熟”领域的应用还有待更多实践探索。

(二)明确合理定价机制

对于平台而言,建议明确告知消费者已采取的定价机制,告知方式包括在用户服务协议中列出平台可能采取的定价策略及理由、在商品或服务展示界面提示非差异化定价的价格或者在具体优惠活动中公示其差别定价策略等。企业内部也应注意留存相关定价机制及其合理性的材料,特别是针对消费者在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面差别进行的定价机制,以在应对执法机关的调查或平台用户投诉/起诉的情况时提供相关证据。



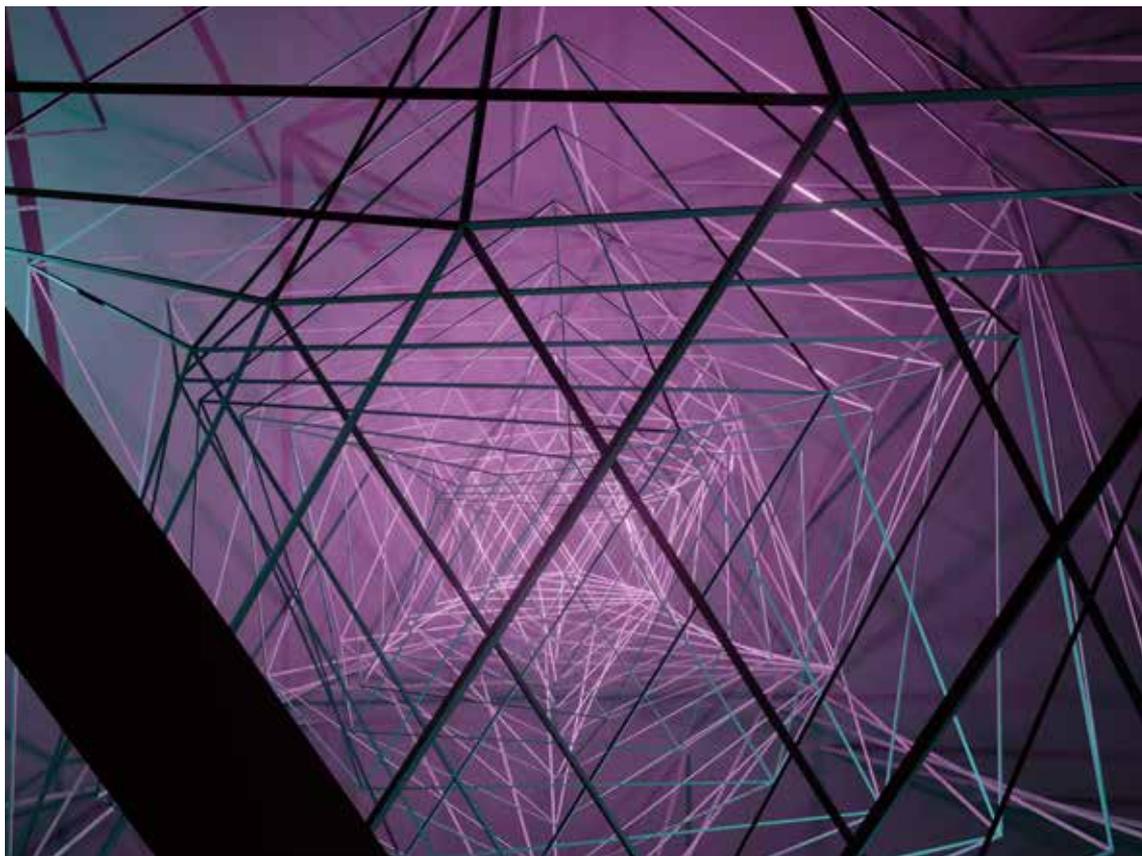
蒋惠匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuiquan@zhonglun.com

(三)准确划定数据边界

从数据权属来看,立法主要是给个人权利划定保护圈,给数据的采集和使用划定界限。建议平台企业对收集和使用用户信息做进一步细分和说明。例如在平台的隐私政策中明确告知收集的个人信息范围与目的,包括是否跨平台收集用户信息等,并取得用户同意,以避免使平台用户因被收集个人信息而产生被平台经营者“大数据杀熟”的疑虑。 ☞



蒋申
非权益合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@zhonglun.com



作者：薛熠、俞炜

商业常理还是垄断行为？ 浅议平台经济领域中的自我优待问题

1. 参见
https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MjM5MDI3NDIyMA==&mid=2650405988&idx=1&sn=ad07c95ca64299bd49037908168e3d60&chksm=be4a1ba7893d92b18355e4b798c741b5f4ecef155cf21d83ca80a62ad74a695c3c03f2271b2&scene=21#wechat_redirect

2 参见
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_89_330

“自我优待”是当前竞争法领域内的热点词汇之一，包括（Google、Apple、Facebook、Amazon，“GAFA”）在内的平台巨头实施自我优待行为已经遭到了欧美等反垄断司法辖区竞争主管机构的重点关注和调查。而在我国，平台经济中相关行为也已经成为市场竞争的焦点问题——近期遭遇媒体调查报道的某网络货运平台被指垄断，实施了借掌握客户数据的优势，自建车队并给予业务优待的自我优待等反竞争行为¹即为一典型实例。从目前的讨论来看，自我优待的内涵较为宽泛，其所指称的商业行为表现也多种多样。在该等不确定性下，欧美等其他反垄断司法辖区如何规制这一问题？我国竞争主管机构是否也将厉行监管？各大平台经营者是否因此而面临巨大反垄断合规风险？

SECTION 001

自我优待的概念与其引发的竞争关注

自我优待并非一个明确的法律概念，目前尚缺少统一的定义。一般来说，自我优待的问题多与平台经济相挂钩，典型的行为表现是平台经营者利用其平台服务提供者的身份，在其自身与其他平台服务使用者的竞争中，通过特定的商业手段，对其自己的产品或服务给予优惠待遇。

宽泛地说，传统商业模式下也存在一些自我优待行为，但却未曾引发各司法区域的普遍竞争关注。例如，在西班牙烟草巨头T公司和西班牙香烟滤嘴生产商F公司的垄断争议案件（1989）²中，烟草巨头T公司决定减少对外采购普通香烟滤嘴，转而增加内部生产满足全部需求。香烟滤嘴生产商F公司就此指控烟草巨头T公司的该等决定，属于对其在西班牙烟草市场上的支配地位的滥用行为。欧盟委员会最终作出决定，认为烟草生产商自行生产香烟滤嘴属于业内的一般实践，而烟草巨头T公司

也证明该等纵向整合具有经济合理性,故其相关决定并非滥用行为。那么,为何平台经济领域内的自我优待问题引发了全球范围内的震荡?症结似乎在于平台经营者的双重身份属性——基于平台的纵向整合行为已经是平台经济中的常规实践,平台经营者既是平台服务的提供者,也是其他平台服务使用者的竞争者。在与其他平台服务使用者的竞争中,平台经营者不仅是“玩家”,也是“裁判”,并因此获得了作为规则制定者的巨大权力。在平台不断扩张的过程中,平台经营者的相关行为也愈发对平台内的竞争(既包括各相关平台服务使用者之间的竞争,也包括平台经营者于相关平台服务使用者之间的竞争)产生重大影响。因此,引发广泛讨论的问题是,平台经营者是否有责任确保平台内竞争的自由和公平?在此背景下,对于平台经营者实施的自我优待行为而言,可以从以下两个维度考虑其竞争合规问题:

◆**问题一**:当平台经营者具有市场支配地位时,其实施自我优待行为是否会损害市场竞争、减损消费者福利,其是否,以及在何种情形下可能构成何种滥用行为,又应当如何解决该等竞争问题?

◆**问题二**:对于不具有市场支配地位的平台经营者,其实施自我优待行为是否会损害竞争、减损消费者福利,又应当如何解决该等竞争问题?



3. 参见
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

4. 参见
https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2020/04/Manne_statement_house_antitrust_20200417_FINAL3-POST.pdf

SECTION 002

具有市场支配地位的平台经营者自我优待行为法律风险分析

欧美等其他主要反垄断司法辖区的竞争主管机构对于具有市场支配地位的平台经营者实施的自我优待行为，率先进行了探索并已经形成了一定的执法经验，倾向于适用滥用行为规则对其进行监管。

(一)自我优待的合理性分析

具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为并不必然构成垄断行为。正如欧盟委员会官网公布的2019年《数字时代竞争政策》中明确指出，支配地位平台经营者实施自我优待行为并非本身违法，而应当受限于合理性分析³。

然而，同数字平台相关市场的界定，以及相关市场支配地位的认定等种种难题一样，自我优待行为效果的分析也充满了争议。一方面，企业、学者乃至竞争执法官员对平台经营者实施自我优待行为进而损害市场竞争、减损消费者福利的指摘数见不鲜，引发了理论界与实务界的广泛关注与讨论。另一方面，相反的声音也不在少数，主要包括以下几个方面⁴：

◆观点一：关于平台经营者实施自我优待行为造成竞争损害的论断目前尚缺乏实证依据；

◆观点二：一定程度上，平台经营者需要通过自我优待行为以使其对平台的投资变现，从而维持、促进平台的运作，该等自我优待行为是平台运营的一部分；

◆观点三：平台经营者采取完全公开、公平的策略可能导致平台收入的锐减的同时，也可能导致消费者福利的减损；

◆观点四：平台经营者为了确保自身的发展，必须维持其平台内部的生态平衡，这意味着平台经营者会对其自我优待行为进行必要的自我约束。

就目前而言,具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为对市场竞争以及消费者福利的影响尚存在不确定性,尚待进一步的实证研究以及个案分析。从欧盟委员会早已于2017年6月27作出处罚决定的G公司滥用市场支配地位一案⁵来看,欧盟委员会在处罚决定书中对G公司通过算法将其自身比价购物服务置于搜索结果显著位置的自我优待行为的竞争损害分析也仅仅限于“提升了其自身比价购物服务产品的流量,而使竞争对手处于不利境地”,因缺乏对于行为效果的实质性分析而受到了一定程度的批判和挑战。可见,平台经营者实施自我优待行为对市场竞争及消费者福利的影响是多重的,如何评价、衡量其正面及负面影响并认定该等行为的合理性是一个十分复杂的问题,仍有待时间给出答案。近期欧美等主要反垄断司法辖区在其针对GAFA发起的多项反垄断调查、诉讼中将如何就此进行分析,尤其值得各方跟踪关注。

此外,需要说明的是,如《数字时代竞争政策》所指出,在必需设施理论下,构成必需设施的平台的经营者不得实施自我优待行为则一般不存在疑义。美国众议院司法委员会反垄断委员会于2020年10月6日正式发布《数字市场竞争调查报告》⁶也建议国会考虑复兴必需设施理论的应用。通过必需设施理论以使平台经营者在非歧视的基础上开放、提供平台服务当然有利于应对部分平台经济中的垄断问题,然而必需设施认定的复杂性以及其如何适用于数字市场仍有待探索、解决。

(二)自我优待的滥用行为定性分析

自我优待行为是具有市场支配地位的平台经营者传导其市场势力的方式,可能表现为平台经济领域内特有的滥用行为手段,也可能表现为搭售、拒绝交易等传统常见的滥用行为手段,而受到反垄断法的规制。

首先,自我优待行为并不是反垄断法直接列举的典型滥用行为。更准确地说,自我优待行为是具有市场支配地位平台经营者传导其市场势

5.处罚决定原文参见 https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

6.参见 https://judiciary.house.gov/uploads/competition_in_digital_market_s.pdf

7. N公司在提供网购商品信息的检索和比较服务(具有市场支配地位)的同时,还提供网购平台服务。其在提供检索和比较服务的过程中,通过人为地调整、变更检索算法,使己方网购平台的商品优先显示。处罚决定新闻公告参见

https://www.ftc.gov/solution/skin/doc.html?fn=508d97db636c2f7f0961bf6361cfd44f09977d1a7a06f4dd5603f17c11d61013&rs=/fileupload/data/result/BBSMSTR_00000002402/

8. 立案新闻公告参见 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077

力 (leveraging market power) 的方式。根据前述《数字时代竞争政策》, 若具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为不具有合理理由并可能导致市场势力传导的结果时, 该等行为可能构成其市场支配地位的滥用而落入《欧盟运行条约》(TFEU) 第102条的规制范围。并且, 欧盟还倾向于将该等行为不具有排除、限制竞争效果的举证责任施加于平台经营者一方。而根据前述《数字市场竞争调查报告》, 其指出“G公司通过数据滥用及自我优待的方式传导市场势力”, 亦同样是将自我优待行为置于反垄断法“杠杆理论”(leverage theory) 下进行的分析。

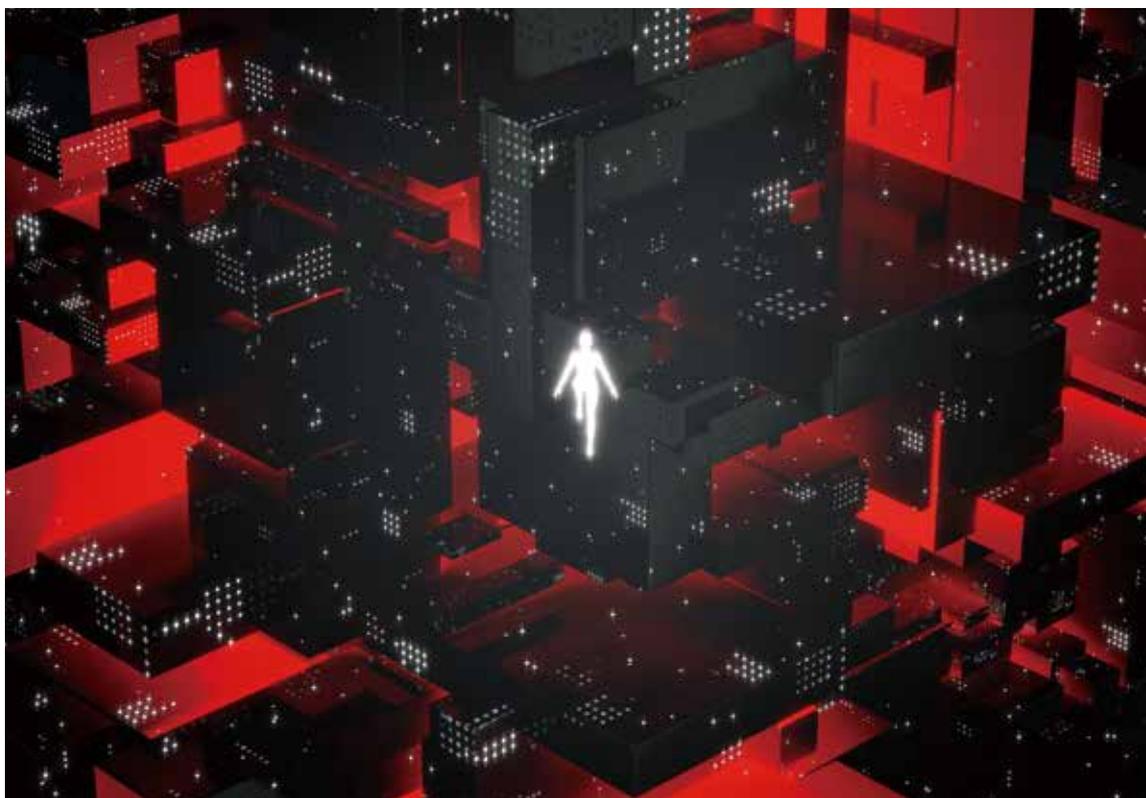
在此基础上, 自我优待行为可能表现为平台经济领域内特有的滥用行为手段。例如前文所提及的G公司滥用市场支配地位一案, 以及案情具有一定相似性的韩国公平交易委员会于2020年10月作出处罚决定的N公司滥用市场支配地位一案⁷, 涉案平台经营者即是通过算法对搜索结果进行系统性的调整, 从而实现对己方产品的优待。从该等案例的处罚结果来看, 尽管自我优待行为的具体表现形式可能是新型的, 但并非无法为反垄断法所规制。

此外, 自我优待行为可能表现为搭售、拒绝交易等典型的滥用行为, 进而落入现行的反垄断法律框架的规制范围。例如, 《数字市场竞争调查报告》指出, 目前A公司在物流服务和线上销售平台服务两个相关市场内分别具有市场支配地位, 存在市场势力的双向传导——A公司可能涉嫌将其付费物流服务与其线上销售平台服务进行捆绑销售——一般的第三方商家为能通过A公司线上销售平台获得优质客户【成为购物车功能所显示的商家 (winner of the buy box) 从而能够向优选客户 (prime user) 销售】需要以使用A公司的付费物流服务为前提。而就前述产品及服务政策, 欧盟委员会则于2020年11月10日对A公司正式立案⁸, 拟调查其是否涉及自我优待而涉嫌违反反垄断法。就此而言, 自我优待(对自营产品及使用A公司付费物流服务的第三方商家的优待) 与捆绑销售的问题紧密关联, 欧盟委员会在该案中会作出何种解读令人期待。

(三)自我优待在我国反垄断法下的法律风险

不同于其他反垄断司法辖区对具有市场支配地位平台经营者自我优待行为的积极执法,我国目前尚无可供借鉴的相关执法案例。尽管如此,中国平台经营者仍应注意,我国互联网反垄断浪潮正当时,加之国际执法实践的影响,我国平台经济领域内的自我优待行为同样面临反垄断法合规风险。

对于表现为如拒绝交易、搭售、限定交易等传统滥用行为模式的自我优待方式,反垄断执法机构依此进行调查、处罚已是驾轻就熟。而对于行为模式上具有平台经济特殊性的自我优待方式,则有可能被认定构成《反垄断法》第十七条第一款第(五)项“在交易时附加其他不合理的交易条件”或第(七)项国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。



9.主要包括：(1)提供核心平台服务，包括在线中介服务、在线搜索引擎、在线社交服务、视频共享平台服务、操作系统、云计算服务以及广告服务等；(2)在欧洲经济区内部市场具有重大影响，判断标准主要取决于相关企业在欧洲经济区的营业额或公允市场价值，以及是否在至少三个欧盟成员国提供前述核心平台服务；(3)对于很多平台企业用户而言，该平台是其接触客户的重要途径，判断标准取决于该平台在欧盟的活跃终端用户数（按月度统计）以及活跃企业用户数（按年度统计）；(4)该平台目前已经或者在可预见的未来将长期拥有稳固的市场地位，如果该平台在过去三个财务年度均满足第2和第3项条件，则推定其满足该条件。此外，在达到前述条件的情况下，平台仍以举证推翻守门平台的认定，相反，在未达到前述条件的情况下，欧盟委员会也可以基于定性分析认定守门平台。

SECTION 003

不具有市场支配地位的平台经营者自我优待行为法律风险分析

具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为对市场竞争以及消费者福利的影响尚存在不确定性，尚待进一步的实证研究以及个案分析，这一点同样适用于不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为的情形。

而即使不考虑竞争损害、消费者福利影响的问题，不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为也难以为当前各主要司法辖区的反垄断法所评价及规制。平台经营者是否仅仅因为承担管理的角色就需要“权责对等”地确保平台内竞争的自由和公平是一个“超反垄断法”的竞争问题，也是一个全球范围内热议但尚无定论的复杂问题。在当前各反垄断司法辖区的执法实践中，也尚缺可供参考借鉴的案例。

尽管如此，这并不意味着平台经营者可以将“不具有市场支配地位”作为其实施自我优待行为的“挡箭牌”。一方面，考虑到平台经济领域内相关市场界定，以及市场支配地位认定具有相当的不确定性，以此为盾本身即是不牢靠的做法。另一方面，竞争执法机构亦可能通过反垄断法之外的手段调查、规制、解决这一竞争问题。

(一) 欧盟草案提出监管新思路

欧盟委员会于2020年12月15日发布的《数字市场法案》草案中，设置了“守门平台(gatekeeper)”的概念并对该等平台施加了包括禁止自我优待在内的众多合规义务。而从草案中认定该等守门平台的定量条件⁹来看，其并不以市场支配地位为前提，而是在其现有反垄断法规制框架之外为欧盟委员会提供了新的规制手段。目前，草案已经进入欧盟普通立法程序，距离正式出台或仍有一到两年时间，但该等新的监管思路势必将对平台经济产生重大影响，值得各方紧密跟踪。

(二)我国现有法规留有规制空间

我国当前也尚无对不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待进而扰乱市场秩序、损害竞争的行为进行法律规制的先例。但需要注意的是,《反不正当竞争法》第十二条¹⁰和《电子商务法》第三十二条¹¹等法律规定为主管部门在反垄断法之外对该等行为进行规制留有空间,平台经营者应当谨慎研判相关合规风险。

SECTION 004

小结

结合国内外相关专家学者、执法官员的论述以及相关执法案例,我们就平台经营者实施自我优待行为在竞争法下的风险进行简要归纳、分级如下表所示,以供参考:

具有不同市场势力的纵向整合平台经营者	合规风险	简析
必需设施平台经营者	极高	必需设施平台经营者必须以合理的条件,无歧视地提供平台服务,不得实施自我优待行为
具有市场支配地位的平台经营者	高	具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为导致市场势力的传导,不具有合理理由,且效率抗辩无法超出竞争损害的情况下,将构成滥用行为
不具有市场支配地位的平台经营者	中	目前不具有市场支配地位的平台经营者实施自我优待行为尚难以为各司法辖区的反垄断法所规制,但其仍可能构成反竞争行为而为竞争执法机构所关注

10.《反不正当竞争法》第十二条规定,“经营者利用网络从事生产经营活动,应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为:(一)未经其他经营者同意,在其合法提供的网络产品或者服务中,插入链接、强制进行目标跳转;(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务;(三)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容;(四)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

11.《电子商务法》第三十二条规定,“电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则,制定平台服务协议和交易规则,明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。”

就我国而言, 尽管尚不存在针对平台经营者自我优待行为的执法实例, 但从中央经济工作会议把强化反垄断和防止资本无序扩张作为2021年经济工作的重点任务之一, 到中央政法工作会议强调加强反垄断和反不正当竞争执法司法、平等保护各类市场主体合法权益, 再到国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南正式发布等一系列的官方动作看, 我国势必将进一步收紧市场竞争监管政策。其中, 自我优待问题作为互联网平台经济领域内具有全球性热度的重点问题, 或将迎来我国竞争执法机构的严查。在此背景下, 平台经营者应当及时自我审视相关业务模式, 并在必要时引入外部法律顾问, 以尽早发现、控制并排除自我优待行为的潜在法律合规风险。☞



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com

Chapter Four

经营者集中



作者：薛熠、杨壹凯

互联网平台领域的扼杀式并购 ——近期欧美反垄断规制趋势 小问答

2021年上半年,国家市场监督管理总局(“**市监总局**”)审结了285起经营者集中申报案件,已经达到了2020年全年审结总量的60%有余。一方面,足以可见疫情相对稳定后,企业并购热情高涨,另一方面,也表明企业对于依法进行经营者集中申报的意识有所增强。与此同时,市监总局对违法实施经营者集中处罚的脚步亦并未停歇,尤其面对互联网领域,更是持“法律之利剑”,秉雷霆之势,2021年以来,集中了三个批次,分别于3月中、4月底和7月初依法对十起、九起和二十二起互联网领域违法实施经营者集中案件处以顶格50万人民币的罚款。**2021年是《反垄断法》实施以来反垄断执法机构最密集处罚违法实施集中的一年,且均对相关企业予以顶格罚款¹,足见反垄断执法机构对互联网平台领域企业并购行为审查愈加严格的决心。**

违法实施集中是指,一项达到了国务院规定的申报标准的经营者集中,未事先向国家反垄断执法机构予以申报既已实施了集中。**那么,对于没有达到申报标准的经营者集中,是否必然不涉及经营者集中相关问题呢?答案是否定的。**早在2008年《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中既已规定,“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,国务院商务主管部门²应当依法进行调查”。

而是否达到申报标准取决于参与集中的经营者的营业额,成为一个存在广泛争议的问题。因为数字平台经济领域经营者特殊的营收方式、商业模式、双边或多边平台等因素,其营业额的计算区别于传统的产品销售和服务提供,更可能存在初创企业或新兴企业因其采取的免费或低价模式而导致其营业额数值较低,但市场份额较高的情况出现。此外,另一个在数字平台经济领域被广泛关注的特殊问题是,这一领域里异常活跃的并购行为。一方面,企业可以通过收购兼并其他企业,从而实现优势资源的整合,优化公司的业务能力,增强公司的盈利能力和抗风险能力,进而促进公司业绩的增长;另一方面,在互联网领域百舸争流、千帆竞发

1.在市监总局对上述互联网领域违法实施集中的四十余起案件的行政调查中,市监总局认为相关集中均不会对相关市场产生排除、限制竞争的影响或效果,进而仅对相关经营者处以罚款。

2.彼时负责审查经营者集中的反垄断执法机构为商务部反垄断局。

3.Colleen
Cunningham,
Florian Ederer,
Song Ma, Killer
Acquisitions,
SSRN-id3241707.

的大背景下，一些互联网大厂在占据一定的市场优势地位的前提下，希望通过并购中小平台，得以巩固和提升自身的优势地位。但其在拟收购该等初创或新兴企业时，很可能因为该等目标企业较低的营业额，使得该等经营者集中无法达到申报标准，进而可以“逃避”竞争执法机构对此类交易是否可能对竞争产生实质性负面影响的审查，但在某些情形下，此类集中确有可能具有排除、限制竞争的效果，有时这类并购会被称为“扼杀式并购”，或“猎杀式并购”。

本文拟通过Q&A的方式，简要讨论欧盟与美国近期对扼杀式并购的反垄断执法趋势及立法思路，以期为我国规制数字平台经济中的这一竞争问题以及各互联网企业的谨慎合规提供些许思路。

Q1:什么是扼杀式并购?

扼杀式并购并不存在一个被普通认可的严格的法律定义，在反垄断法的语境里，一般是指市场中的现有企业仅为了终止目标企业的创新项目/业务，并抢占未来的竞争优势，而进行的并购活动³。在扼杀式并购中，新生竞争者/创新项目/业务通常是指一家具有前瞻性创新能力的企业，且该等创新对现有企业的未来发展构成严重威胁。

具体而言，在某些情况下，占优势市场地位的企业收购新生或潜在的竞争对手，以抵消竞争威胁或维持和扩大企业的优势地位；在某些情况下，占优势地位的企业收购小型公司目的在于关闭该等公司或完全停止相关产品的发展，这类交易被形象地描述为“扼杀式并购”。

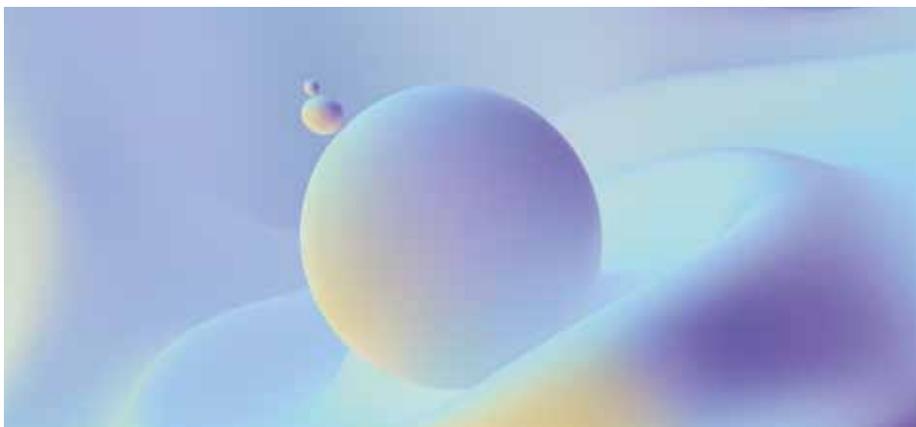
Q2:扼杀式并购为何有可能具有排除、限制竞争的效果?

如上述定义所述，当一企业进行某一交易的目的仅仅是为了扼杀或打压目标企业对收购方带来或可能带来的潜在竞争威胁，进而在完成交易后，停止目标公司相关竞争性产品的开发，以此种方式实现消除潜在竞争对手、维持市场优势的目的，该种扼杀式并购的反竞争目的不言而喻。

除了反竞争的目的,扼杀式并购也可能最终导致排除、限制特定市场竞争的效果。鉴于扼杀式并购所特指的并购标的即是收购方现有的或潜在的竞争对手,收购完成后,市场集中度将被提高,收购方对上下游市场的控制力度和谈判力度将被增强,收购方通过控制目标公司的竞争性产品的发展路线,或关停其发展或转变其发展路线或采取其他技术手段提高市场进入及行业壁垒,在避免其与自身已有的产品相竞争的同时,也可能阻碍了新的市场进入,进而进一步巩固了其市场优势地位,其受到的竞争约束将进一步降低,收购方便有可能有动机有能力抬高相关产品的价格,从而损害消费者利益。于此同时,扼杀式并购完成后,目标公司往往也丧失了进一步创新的动力。以美国制药行业为例,其中就有6%的并购属于此种“扼杀式并购”行列,且收购方在交易会后会停止目标公司相关竞品的研发,实质上地减少了竞争⁴。

4.同上。

对于互联网平台领域而言,网络外部性和用户黏性往往是平台经营者发展壮大的焦点和基础,初创平台或新兴平台很可能迅速抢占市场热度,获得大量用户信息,采取扼杀式并购的方式可对大型平台企业迅速扩大市场份额、获取用户信息而言更具有吸引力。但值得注意的是,并非所有面对互联网平台领域初创企业或新兴平台的并购都具有反竞争效果,有些初创企业或新兴平台确有可能通过被收购,借助收购方在广告、用户等方面的资源,获得利润的快速增长,通过更好的业务发展最终使得交易后主体能够为消费者谋求更好的服务。



5. <http://news.10jqka.com.cn/20210329/c628142252.shtml>, 访问于2021年7月12日

6. 据此发出的通知应当至少说明收购标的在欧洲经济区和全球范围内的年营业额、任何相关核心平台服务在欧洲经济区的年营业额、年活跃企业用户数、月活跃终端用户数, 以及拟进行此项集中的合理理由。

Q3: 近期, 欧盟对互联网平台领域扼杀式并购的规制有怎样的执法趋势?

2021年3月29日, 据路透社报道, 欧盟反垄断监管机构欧委会表示其将对小型并购交易加强监管, 涉及科技、生物技术和制药行业初创企业⁵, 以应对大公司掀起的对交易价值低的初创企业的购买狂潮, 以期解决“未达到监管阈值”的扼杀式并购。

2020年12月15日, 欧委会在其官网发布的《数字市场法案》草案, 对在数字领域充当“守门人 (Gatekeeper)”的平台经营者予以规制, 以防止守门人对企业和消费者施加不公平的条件, 其中, 就包括了对守门人拟进行扼杀式并购的规制。具体规定如下:

◆《数字市场法案》第12条规定, 如守门人拟进行第139/2004号条例 (EC) 第3条意义上的集中, 且该集中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, 守门人应当通知欧委会, 无论该集中是否应当依据第139/2004号条例 (EC) 向联盟竞争主管机构或依据国家并购规则向国家竞争主管机构进行申报。守门人应当在实施此类集中之前, 且在签订集中协议、宣布公开招标或收购控股股权之后, 通知欧委会⁶。

那么, 欧委会究竟为何对该等被认定为守门人的平台经营者可能进行的并购 (包括扼杀式并购) 予以严格审查? 究竟什么样的平台经营者会被认定为守门人, 且将受到该法案的规制呢?

因守门人的规模和其作为平台内企业和终端用户之间“门户”这一角色, 其在数字市场中的重要性不言而喻。这些守门人至少控制着一个或多个“核心平台服务 (core platform services)”, 例如, 在线中介服务 (包括如网络卖场、应用商店和其他移动、运输或能源领域的在线中介服务); 在线搜索引擎; 社交网络; 视频共享平台服务; 不用号码的人际电子通信服务; 操作系统; 云服务; 广告服务等, 这些核心平台服务在欧盟多个国家拥有持久的、庞大的用户群。

《数字市场法》第3条对认定守门人的客观标准予以了明确,认为**同时满足下述三个条件的核心平台服务提供者,将被推定为守门人,除非该经营者提出确凿的相反证据**。满足下述所有阈值的核心平台服务提供者,需在达到后的三个月内,通知欧委会并提供相关证明信息,欧委会在收到完整信息后的60日内,将认定其为守门人:

◆**具有对欧盟内部市场产生重大影响的规模**——该经营者在过去三个财务年度在欧洲经济区实现的年营业额等于或高于65亿欧元,或在上一财务年度的平均市值或等值公平市场价值至少达到650亿欧元,并在至少三个成员国提供核心平台服务;

◆**运营的核心平台服务是企业用户接触终端用户的重要通道**——该经营者提供的核心平台服务在上一财务年度拥有在欧盟建立或位于欧盟内的月活跃终端用户超过4500万,且拥有在欧盟内建立的年活跃企业用户超过1万;

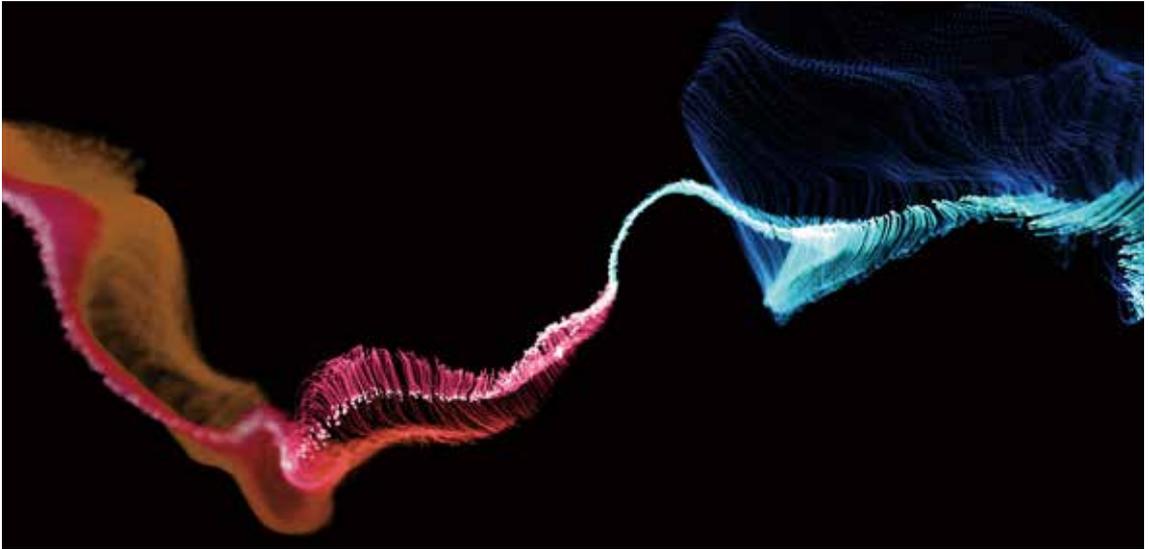
◆**享有(或者短期可预见享有)稳固且持久的地位**——在过去三个财务年度中的每个年度均满足了上述第二条重要通道的门槛。

据此,欧委会依据第12条对守门人可能进行的面对初创企业或基于业务模式而致营业额未达到申报阈值的“扼杀式并购”予以规制,并对未按照第12条进行申报的守门人处以最高上一财政年度总营业额1%的罚款。

Q4: 近期,美国对互联网平台领域扼杀式并购的规制有怎样的执法趋势?

据报道称,美国正在各个方面采取遏制科技力量的行动⁷,包括:任命 Lina Khan女士为美国联邦贸易委员会(Federal Trade Commission, FTC)委员及五名负责人之一, Tim Wu加入白宫国家经济委员会担任负责技术和竞争政策的特别助理等等。2021年7月9日,美国总统拜登签发了《关于促进美国经济竞争的行政令》,该行政令罗列了72项举措,以解决美国经济中最紧迫的竞争问题,其中即包括了在“技术”领域项下直指加

7. <https://www.nytimes.com/2021/06/29/technology/fac ebook-google-anti trust-tech.html>。访问于2021年7月1日。



8. 指谷歌 (Google)、苹果 (Apple)、脸书 (Facebook)、亚马逊 (Amazon)。

强对大型科技平台“扼杀式并购”的审查和监管力度。具体而言：

◆鉴于在过去十年中，最大的科技平台已经收购了数百家公司，包括旨在消除潜在竞争威胁的“扼杀式并购”，联邦机构常常没有阻止、限制或对此类并购展开有意义的审查，因此，总统命令“对并购进行更严格审查的管理政策，特别是占主导地位的互联网平台拟进行的对新生竞争对手、连续合并、数据积累、‘免费’产品竞争以及对影响用户隐私的并购”。

行政令此部分的背景，一部分来源于2020年10月，美国众议院司法委员会 (the House Judiciary Committee) 发布的对GAFA⁸四家互联网巨头垄断行为的调查报告中既已提及的，GAFA在过去十年间累计进行了数百次的收购，其中不乏以扼杀和消除竞争对手为收购目的的交易，阻止了新兴竞争对手的成长，但该些交易并未遭到反垄断执法机构的阻止。其中，就特别指出了Facebook采取扼杀式并购的方式收购Instagram和WhatsApp。

紧接于此，12月，FTC和46个州、哥伦比亚特区及关岛地区总检察长分别对Facebook提起了反垄断诉讼。这两起诉讼指控Facebook的行为以及诉讼请求大体上基本一致：指控Facebook如下两种行为违反了《谢

尔曼法》第2条,排除、限制了市场竞争:(1)通过2012年和2014年分别收购其认为有能力削弱其垄断地位的公司(Instagram和WhatsApp)而消除直接的竞争威胁;(2)通过采取相关一系列政策阻止Facebook与其竞争对手相关应用程序之间的互操作性⁹。原告们寻求的救济包括:业务的强制剥离或重组;以及法院签发禁令禁止Facebook未来采取与所指控行为相类似的行为。

今年6月28日,美国哥伦比亚特区地方法院法官James E. Boasberg驳回了这两起诉讼:法院认为,FTC未能证明认定Facebook在个人社交网络服务市场中的垄断力量,此为认定违反《谢尔曼法》第2条的必要条件之一,但FTC可以在30日内补充相应证据并再次起诉。

此番对Facebook反垄断诉讼的第一项指控就是“扼杀式并购”的典型事例,Facebook通过利用其能够阻止和预先阻止新竞争对手的崛起的权力,来保护其垄断地位。就在法院驳回这两起诉讼的上一周,6月23日和24日,美国众议院司法委员会修订并批准了六项法案¹⁰,旨在控制大型科技公司近年快速扩张及膨胀的权力,约束其在互联网上的滥用行为,其中就包括了对“扼杀式并购”的规制(即《平台竞争和机会法案》)。如果该等法案一旦通过¹¹,如前述针对Facebook采取扼杀式并购违反反垄断法的案件中,FTC的举证责任则将大大降低,此类并购被认定为违法的概率将大大提高。那么,《平台竞争和机会法案》究竟对扼杀式并购提出了什么样的规制思路呢?

◆该法案提出,“**被规制的平台运营者(covered platform operator)**”直接或间接取得其他经营者全部或部分股权或资产即为违法,除非该被规制的平台运营者能够举证证明:

- (1)收购是《克莱顿法案》第7A(c)节所述的交易;或
- (2)被收购的资产或被收购股票的发行人:

A.不与被规制的平台相竞争或与被规制的平台运营者就销售或提供任何产品或服务**相竞争**;

9.通过采取和施行应用程序之间互操作性的相关措施,减缓可能利用这种互操作性来吸引新用户的潜在竞争对手的增长,并阻止其他开发人员构建可能与Facebook竞争的新应用程序或特性或功能,以免他们也失去访问权限。

10.见后附表1

11.众议院如今将会对该六项法案进行全面讨论和投票,如果投票通过,该等法案将被提交至参议院,经审议通过后会提交至美国总统,经总统认可并签字后将正式作为法律予以颁布。该六项法案在接下来的立法流程中将身居何处,会面临科技巨头怎样的反对意见和政治游说,又是否会在参议院处夭折,还是会顺利予以颁布,目前均不得知。

B.不构成与被规制的平台相竞争或与被规制的平台运营者就销售或提供任何产品或服务方面的**新兴的或潜在的竞争**；

C.不会**提高或增进**被规制的平台或被规制的平台运营者在下述方面的**市场地位**：销售或提供被规制的平台上提供的或与被规制的平台直接相关的任何产品或服务方面；或

D.不能**提高或增进**被规制的平台或被规制的平台运营者在下述方面的**保持其市场地位的能力**：销售或提供被规制的平台上提供的或与被规制的平台直接相关的任何产品或服务方面。

如此，该法案采取了相对激进的态度，明显增加了企业的举证责任，换言之，被规制的平台运营者所进行的全部并购将被推定为违法，除非其自身可以举证证明上述结论。可谓是对被规制的平台运营者扩展任何业务渠道、增加任何业务张力的一记重拳。那么，按照该法案，在什么情况下，某平台企业会被认定为是“被规制的平台运营者”呢？

◆首先，是否构成被规制的平台运营者应当由FTC或者DOJ依据该法案列明的标准予以认定，且认定结果将公布在联邦公报上，除非FTC或DOJ认为应当移除认定结果，该等认定持续10年，无论平台的控制权或所有权是否发生变化。

◆其次，被规制的平台运营者是指直接或间接拥有或控制同时满足下述阈值之在线平台的经营者：

(1)在FTC或DOJ认定之时或此前任何12个月内或被起诉违反该法案之前的任何12个月内(A)至少有50,000,000名美国月活跃用户；(B)至少有100,000个美国月活跃企业用户；

(2)在FTC或DOJ认定之时或此前任何2年内或被起诉违反该法案之前的任何2年内，由根据消费者物价指数调整通货膨胀后，由年销售额或市值超过6000亿美元的主体拥有或控制；以及

(3)是销售或提供被规制的平台上提供的或与被规制的平台直接相关的任何产品或服务的重要贸易伙伴。

◆《法案》还规定，法案中“销售或提供任何产品或服务”的竞争、新生竞争或潜在竞争包括对用户关注的竞争。

据此，如该法案通过，“扼杀式并购”将被直接视为违法，且任何个人、公司、组织均可据此向仍进行“扼杀式并购”的企业寻求司法救济。

Q5:我国有没有对互联网平台领域扼杀式并购的规定以及执法的先例?

在今年2月《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》(“《平台经济反垄断指南》”)出台之前，我国并没有特别针对扼杀式并购的相关规定或规范性文件，也并不存在相关的执法先例可供参考。

《平台经济反垄断指南》第十九条第三款规定，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。

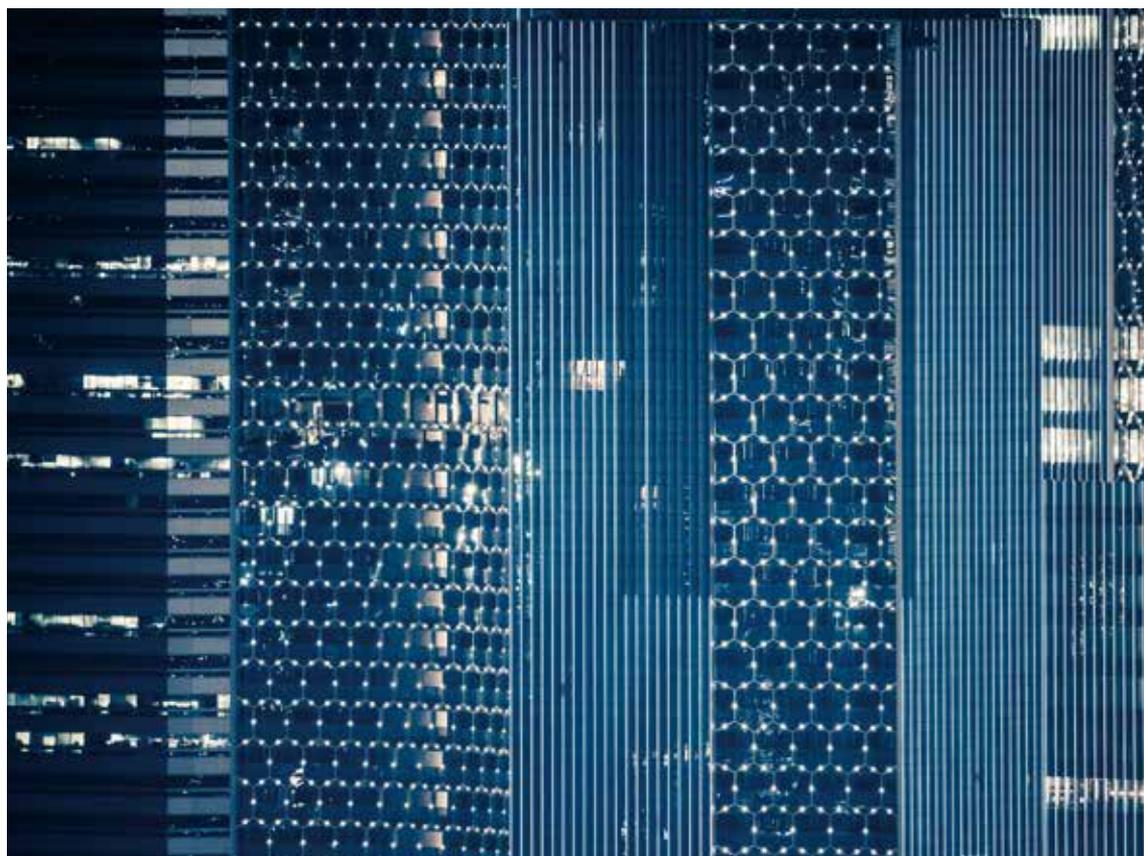
我们理解，该款主要是针对的即为对本文所述的扼杀式并购的规制。相较于上文所述的欧盟和美国这些反垄断执法相对更成熟的司法辖区，我国在平台经济领域反垄断执法领域尚处于探索阶段，对于如何发现、如何预防扼杀式并购的具体执法措施，还有待完善，也不存在对此予以规制的案例以示警示。但可以肯定的是，我国反垄断执法机构已经对互联网平台领域的扼杀式并购的现象予以高度重视，并将努力保护互联网平台领域公平竞争态势。☞



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com

表1

法案英文名称	法案编号	法案投票通过比例	法案名称中文翻译
<i>Merger Filing Fee Modernization Act of 2021</i>	H.R. 3843	29-12 (赞同-反对, 下同)	《收购兼并申请费现代化法案》
<i>State Antitrust Enforcement Venue Act of 2021</i>	H.R. 3460	34-7	《州反垄断执法场所法案》
<i>Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act of 2021</i>	H.R. 3849	25-19	《通过启用服务交换增强兼容性与竞争法案》
<i>Platform Competition and Opportunity Act of 2021</i>	H.R. 3826	24-17	《平台竞争和机会法案》
<i>American Choice and Innovation Online Act</i>	H.R. 3816	24-20	《美国选择和在线法案》
<i>Ending Platform Monopolies Act</i>	H.R. 3825	21-20	《终止平台垄断法案》



作者：蒋蕙匡、贾申、赵琳格、李梦涵

准线几何？ ——平台经济领域经营者 集中申报标准再解读

1. 参见《市场监管总局依法对互联网领域22起违法实施经营者集中案作出行政处罚决定》，访问地址：http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210707_332396.html

2. 参见《市场监管总局关于禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案反垄断审查决定的公告》，访问地址：http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftj/z/202107/t20210708_332421.html

3. 参见《市场监管总局发布腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案行政处罚决定书》，访问地址：http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzc/f/202107/t20210724_333020.html

4. 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条规定，（一）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；（二）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。营业额的计算，应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况，具体办法由国务院反垄断执法机构会同国务院有关部门制定。

2020年9月至2021年8月，国家市场监督管理总局（“总局”）审结未依法申报案件56起，已占《反垄断法》实施以来同类案件的半壁江山，而平台企业频现其中。迄今，总局已查处公布超过40起互联网领域的未依法申报案件。仅2021年7月，总局即对涉及互联网平台企业的22起未依法申报案件作出顶格处罚¹，随后发布禁止游戏直播领域头部平台企业合并的决定²，又在当月底就某网络音乐平台企业未依法申报案作出处罚决定，并要求当事方解除独家音乐版权安排。³上述案件均引起各界高度关注，也引发了对于平台经济领域经营者集中申报要求和策略的讨论。

就经营者集中申报的标准而言，我国采取的是法定营业额标准为主加自由裁量例外的申报标准模式。《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（“《申报标准》”）第三条确立了“100+4”和“20+4”两种营业额标准。⁴此外，《申报标准》第四条规定了主管机构依职权调查的兜底条文，即在未满足营业额申报标准的情况下，但如果按照规定程序收集的事实和证据表明相关交易具有或者可能具有排除、限制竞争效果，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。

在平台经济这一特殊领域，经营者集中申报的准线几何？2021年2月7日正式发布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“《指南》”）对此做出了细化的规定。本文将结合《指南》的规定，围绕营业额计算和未达申报门槛时的“扼杀式并购”两个方面，探讨平台经济领域经营者集中申报的准线，以及企业开展合规工作的思路与方向。

SECTION 001

申报常规门槛:作为“硬”标准的营业额如何计算?

在平台经济领域,作为判断是否达到经营者集中申报门槛的“硬”标准,营业额及其计算方法对于参与交易的平台企业至关重要。互联网行业相较传统行业具有高度的迭代能力和网络效应,平台企业在发展初期更注重产品及服务的用户粘性、使用频率,往往具有很高的市场估值或活跃用户数,但由于其单边免费或低价的商业模式,具有较高市场份额的平台的营业额或利润却可能极其微薄;在运营初期,平台可能发放大量补贴抢占市场,高市占率往往伴随净亏损。此外,由于平台企业具有中介属性,是否能够按照平台GMV(Gross Merchandise Volume,平台成交总额)计算营业额,在实务中亦有争议。

综合《经营者集中审查暂行规定》(“**《暂行规定》**”)、《关于经营者集中申报的指导意见》(“**《指导意见》**”)、《指南》等,本文将从如下方面探讨平台经济领域投资并购交易所涉经营者的营业额计算。

(一)营业额计算的一般性规则

经营者集中申报中的营业额通常按同一最终控制人下的“集团”层面计算,平台企业不仅需要将其本身的营业额纳入计算范围,同时也应当计算其最终控制人及其控制的所有其他企业或关联实体的营业额。具体而言,计算营业额应当遵循以下一般性规则:

◆单个经营者合并口径计算:即应当为该经营者以及申报时与该经营者存在直接或者间接控制关系的所有经营者的营业额总和,但是不包括上述经营者之间的营业额。

◆共同控制情形:包括参与集中的各经营者之间共同控制某企业,或者是参与集中某单个经营者和未参与集中的经营者共同控制某企业,需要计算该被共同控制的经营者与第三方经营者之间的营业额,但此种营业额只需要计算一次。

5.参见《挑战优士 百度3.7亿美元收购PPS视频》，访问地址：
<http://www.nbd.com.cn/articles/2013-05-08/739337.htm>

◆**关联交易扣除**:除了单个经营者集团内部之间的营业要扣除,计算所有参与集中的经营者合计营业额时也需要扣除各经营者之间的营业额。

◆**涉卖方交易后退出情形**:卖方在交易后对被出售部分不再拥有控制权的,则在计算卖方营业额时,仅需计算目标资产或目标企业的营业额。

◆**涉分拆交易步骤情形**:相同经营者之间两年内多次实施的未达到申报标准的经营者集中,应当视为一次集中,集中时间从最后一次交易算起,参与集中的经营者的营业额应当将多次交易合并计算(此处两年内是指从第一次交易完成之日起至最后一次交易签订协议之日止的期间)。

◆**按“中国境内”计算**:计算某经营者在中国境内的营业额,通常以其产品或服务的买方所在地在中国境内为原则,包括经营者从中国之外的国家或地区向中国的出口,但不包括其从中国向中国之外的国家或地区的出口。

值得注意的是,根据我国《反垄断法》对于“控制”的界定,在计算与经营者存在控制关系的经营者营业额时,所涉对象范围十分广泛,不仅包括一般意义上的控股股东,还包括“能够施加决定性影响”的其他经营者,例如持有少数股权但对重大经营决策具有否决权的小股东。考虑到在平台经济领域,小股权投资加保留事项的情形颇为常见,在进行反垄断申报评估时应当审慎周全考虑将哪些关联企业的营业额纳入计算范围。

此外,平台经济领域也不乏通过剥离部分业务或是淡化母子公司之间的控制权关系等措施,以避免营业额达标的情形,如百度爱奇艺在2013年收购PPS视频业务时,就剥离了后者的游戏业务。⁵但是,近期反垄断执法机构对此类涉嫌规避的监管趋严,据悉,已有企业因此而遭受查处。

(二)针对平台商业模式的营业额计算细则

首先,从会计核算角度而言,营业额对应的会计法概念是“营业收入”(区别在于前者须扣除相关税金及其附加),是在不扣除营业成本等相关费用下销售产品和提供服务所获得的收入。判断企业是否盈利的财务



指标则是“净利润”，在营业收入基础上扣减了诸多会计项目，因此可能是负数。平台模式下企业不盈利不代表其营业额未达申报门槛，在申报时不能够将二者混淆。

其次，就平台营业额计算，《指南》进一步明确，需要根据行业惯例、收费方式、商业模式、平台经营者的作用等不同进行区分：(1) 对于仅提供信息匹配、收取佣金等服务费的平台经营者，可以按照平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额；(2) 平台经营者具体参与平台一侧市场竞争或者发挥主导作用的，还可以计算平台所涉交易金额（例如电商平台经营者在平台中同时开设自营店铺）。

以2016年某网约车收购案为例，合并后的实体并未进行经营者集中申报，曾引发反垄断执法机构和社会各界的广泛关注。⁶收购方表示不进行申报的主要理由有二：第一，双方均未实现盈利，特别是因其在此前的价格大战中向乘客与司机发放了高额补贴；第二，被收购方在上一个会计年度营业额没有达到申报标准。⁷收购方将网约车平台的功能定位于进行信息匹配并撮合交易（即《指南》所述第一种情形），即将其营业收入界定

6. 国家市场监督管理总局成立后曾称将对此案继续调查，但是并未有后续结果公布。参见《国家市场监督管理总局：依据反垄断法及有关规定对滴滴收购优步案件进行调查》，访问地址：http://www.sam.gov.cn/xw/xwfbt/201811/t20181116_278119.html?isNight=1

7. 参见《滴滴回应商务部“并购申报”：没有达到申报标准》，访问地址：<http://money.163.com/16/0802/12/BTFAUIKP00254R2Q.html>

8.《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第二条规定,本办法所称网约车经营服务,是指以互联网技术为依托构建服务平台,整合供需信息,使用符合条件的车辆和驾驶员,提供非巡游的预约出租汽车经营服务。本办法所称网络预约出租汽车经营者(以下简称网约车平台公司),是指构建网络服务平台,从事网约车经营服务的企业法人。第四条规定,国务院交通运输主管部门负责指导全国网约车管理工作。根据上述规定,网约车平台受交通运输部主管管辖,经营网约车业务则需要具备出租汽车营业牌照,营业执照中也需要标明获得交通运输经营许可。故网约车平台营业收入不仅是信息中介服务费,而应是包含了中介服务费的交通运输客运服务费。此外,滴滴所开具发票中服务显示应税服务名称也是“*运输服务·客运服务费”。

9以近期平台经济领域的未依法申报实施集中案件为例,苏宁易购与南京银行设立合营企业违法实施经营者集中案、阿里创投收购五矿电商股权违法实施经营者集中案中,国家市场监督管理总局是以集中实施日作为基准时点计算上一会计年度的营业额。参见《市场监管总局发布苏宁易购与南京银行设立合营企业违法实施经营者集中案行政处罚决定书》,访问地址:http://www.samr.gov.cn/fl/dj/tzgg/xzcf/202107/t20210707_332366.html;《市场监管总局发布阿里创投收购五矿电商股权违法实施经营者集中案行政处罚决定书》,访问地址:http://www.samr.gov.cn/fl/dj/tzgg/xzcf/202107/t20210706_332350.html

为信息中介费,以平台流水额的抽成所得来计算营业额,因而主张营业额未达申报门槛。值得注意的是,2016年7月出台的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》明确将网约车平台公司从事业务界定为网络预约出租汽车经营服务,而非单纯的互联网中介平台。在此规定下,其营业额是否仅指向信息中介服务费还是确定为交通运输客运服务费,值得进一步探讨。⁸这可能使得网约车平台不能仅以流水额抽成计算营业额(即《指南》所述第二种情形)。

在平台经济领域,企业为业务创新经常调整其商业模式。按照《指南》的上述区分,平台下不同模式的细分板块是否需要分别以不同口径计算营业额,仍然存在疑问。此外,从全球各地对平台经济的反垄断监管来看,将流量、活跃用户数等校正性综合指标纳入经营者集中申报标准也成为一类趋势。如何更好地针对平台发展特点实现营业额计算,仍有待明确。

(三)营业额计算时点的确定

从营业额计算时点来看,虽然营业额具体是指上一会计年度的年末数据,但是由于并购交易中协议签署通常与实际交割存在时间差,也就存在“协议签署日的上一会计年度”与“集中实施日上一会计年度”的不同理解。特别是,倘若协议签署与集中实施分别发生在不同年份,如果出现其中一个“上一会计年度”的营业额达到申报标准,而另一个未达申报标准,则会导致实务问题。

对此,现行法律法规并没有明确的规定,但实践中似乎多以协议签署日上一会计年度理解。例如《指导意见》第十四条规定申报人应在集中协议签署后、集中实施前进行申报;商务部于2017年发布的《经营者集中审查办法(修订草案征求意见稿)》第十条曾规定,“会计年度”是指集中协议签署时经营者注册地的会计年度,但在正式文本中这一规定被删去。从反垄断执法机构公布的未依法实施经营者集中的处罚情况来看,也无法完全排除执法机构以集中实施日上一会计年度作为基准的可能性。⁹特别

在交易涉及分步骤实施、有多个实施日期的情形下，以第一步的实施日和最终完成日作为基准时点均有个例存在。¹⁰此外，《指导意见》第八条和《暂行办法》第九条，对两年内拆分步骤实施集中的做法明确了“集中时间从最后一次交易算起”，因此时间跨度不超过两年的分步骤实施，也都将以最后一次集中作为营业额计算的基准时点。¹¹

互联网领域的投资往往具有高频率、快交割的特点。从近期公开案件来看，平台领域并购的协议签署日与实际交割日的间隔往往极其短暂，营业额计算时点在申报实务中所造成的问题可能并不突出。但考虑到实际执法案例，如果协议签署和集中实施确将发生在不同年度，企业也不能仅因其一未达门槛而掉以轻心。

SECTION 002

监管例外情形：营业额未达申报时的“扼杀式并购”风险

营业额并非经营者集中反垄断申报的唯一标准。在平台经济领域，企业即便营业额未达到前述申报门槛，也不能全然排除交易不受到反垄断执法机构主动调查的可能。《指南》第十九条规定重申《申报标准》第四条反垄断执法机构在未达申报标准时主动调查的情形，并进一步细化拟高度关注的交易类型：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。¹²

事实上，全球数字经济市场中，头部平台对初创企业和新生企业的并购活动在近年来尤为突出，并日益成为备受各地反垄断机构关注的前沿监管议题。所谓“扼杀式并购” (killer acquisitions)，主要指市场中现有的主导性企业为消除未来潜在竞争对手所带来的创新威胁，以终止中小型新生竞争者创新开发为目的而进行的预防性并购。该现象最初在生命健康领域受到关注：许多目标企业的创新项目在收购后被关停或终止，进而对新药研发产生负面效应。后来，这股浪潮也在平台经济领域涌动

10. 例如，2017年公布的美年大健康等收购慈铭体检股权未依法申报案中，股权协议签订于2014年，交易于2015年、2016年分多个步骤实施，反垄断执法机构判断是否达到申报标准是以2014年的营业额为参照的（即第一个实施步骤日为时间基准）；2016年公布的大得控股收购吉林四长股权未依法申报处罚决定中，该案相关方2011年7月签署协议收购50%股权，其中19%股权转让于2011年11月完成工商变更登记，剩余的31%股权转让于2015年1月完成工商变更登记，判断是否达到申报标准是以2014年的营业额为参照的（即最后一个实施步骤日为时间基准）。

11. 例如，2021年公布的腾讯收购途虎股权未依法申报处罚决定显示，该案增资协议签订于2018年7月，后相关方于2019年10月签订协议再次投资，并于2019年11月交割，判断是否达到申报标准是以2018年的营业额为标准。参见《市场监管总局发布腾讯收购途虎股权未依法申报违法实施经营者集中案行政处罚决定书》，访问地址：http://www.samr.gov.cn/flfd/tzgg/xzczf/202104/t20210430_328416.html

12. 除了平台经济领域外，有关因行业特殊性、部分申报可能未达标准但仍需关注其排除、限制竞争效果的规定。例如，国家市场监督管理总局《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》第十五条规定，部分原料药品种市场规模相对较小，经营者年度营业额可能没有达到《规定》中的申报标准，但当该品种原料药经营者数量较少，在相关市场的市场份额和市场集中度较高时，经营者实施的集中可能产生或加

强了其排除、限制竞争的能力、动机及可能性。在这种情况下，对于未主动申报，但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依据《规定》进行调查。

13. 参见：
<https://www.learlab.com/publication/ex-post-assessment-of-merger-control-decisions-in-digital-markets/>

14. 参见美国美国众议院司法委员会《数字市场竞争调查报告》，该报告最终版本于2021年4月14日通过，访问地址：
https://judiciary.house.gov/uploads/competition_in_digital_market_s.pdf

15. 该616笔小型并购交易价值均达到或超过100万美元，其中交易额达到《哈特-斯科特-罗迪诺反垄断改进法案》申报标准的有94笔。FTC委员 Rebecca Slaughter在其发表的声明中称，此类连续性交易是一种“吃豆人战略(Pac-Man Strategy)”，单独看每一项交易可能不会造成重大影响，但是数百宗交易联合起来可能产生垄断影响。参见：
<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/09/ftc-report-on-unreported-acquisitions-by-biggest-tech-companies>

16. 参见《收割者：腾讯阿里的20万亿生态圈》，访问地址：
<http://finance.eastmoney.com/a/202011111696416428.html>

起来。相关研究报告指出，Google、Amazon和Facebook在2008年至2018年期间所完成的并购交易中，目标企业的成立时间集中在2.5年到6.5年，其中近60%是成立不长于4年的初创企业。¹³美国众议院司法委员会在2020年10月6日发布的《数字市场竞争调查报告》(“《报告》”)中亦称，Google、Amazon、Facebook和Apple (“GAFA”)在过去十年间进行了超过560起并购交易，其目标对象不乏被视为竞争威胁的初创企业。例如，Facebook分别在2012年和2014年收购Instagram和WhatsApp(这两个交易此前已获反垄断审查通过)，有报道称其直截了当地将相关并购战略描述为“抢地盘(land grab)”，以巩固市场地位。¹⁴2021年9月15日，美国联邦贸易委员会(“FTC”)公布了一份针对GAFA和Microsoft的并购交易调查报告，指出5家科技巨头在2010年至2019年总计完成了616笔小型并购交易，至少有39.3%的被收购公司成立不足5年。¹⁵在国内，虽然没有确切统计，但已有报道开始关注此类交易。¹⁶

平台收购初创企业，可以将小众市场整合到其生态系统中，以求在其细分垂直领域开拓耕耘，在获取创新性资源的同时实现业务多样化；此外也可以有效应对动态跨界竞争下的潜在竞争对手，将业务领域拓展到“相邻市场”乃至“未来市场”以先发制人。在此过程中，不排除某些平台企业通过交易巩固其竞争优势，或是借此排挤原有竞争者和创新者，从而形成“赢者通吃”的反竞争效果。在互联网领域，由于初创企业或者新兴平台体量通常尚小，未完全实现盈利化，营业额与市场份额往往没有达到反垄断合并审查的申报标准，因此，反垄断执法机构以往在这些交易中介入寥寥。

自2019年以来，扼杀式并购所带来的竞争隐忧已引起了全球各地反垄断机关的高度警觉。FTC于2019年6月对Facebook展开反垄断调查，并在2020年2月开始扩大对大型科技企业交易的审查范围，要求GAFA和微软提供数百宗小型交易的相关信息。2020年12月，FTC正式对Facebook提起反垄断诉讼，指控其通过收购Instagram和

WhatsApp以非法维持个人社交网络领域的垄断地位,并请求法院将它们予以剥离¹⁷。虽然该诉讼于2021年6月28日遭美国哥伦比亚特区地方法院驳回¹⁸,但FTC又经修改诉状后于2021年8月19日继续重新发起诉讼¹⁹,彰显了开辟扼杀式并购从严监管之先河的决心。欧盟委员会也于2021年8月2日宣布对Facebook收购客户管理软件初创公司Kustomer的交易开展深入调查,其中主要的竞争关切之一就在于Facebook可能在交易完成后将其原有的竞争优势延伸至客户管理软件供应市场,例如阻止Kustomer的竞争对手访问Messenger、WhatsApp和Instagram等服务。²⁰

为了扩大事前审查权限并形成持续性监管,在数字平台并购审查领域,美欧两大法域还计划出台针对性的法案,拟形成“特殊平台主体划定+义务申报范围扩大”的限制模式,以监管传统标准下未经审查但却潜伏着的未来反竞争风险。例如,欧盟在2020年12月25日发布的《数字市场法案》(*Digital Markets Act*)草案中要求被认定为“数字守门人(*digital gatekeeper*)”的企业在数字领域拟进行的收购,无论是否应当

17. 参见美国联邦贸易委员会(FTC)官网新闻,访问地址:<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

18. 参见:<https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.224921/gov.uscourts.dcd.224921.73.0.pdf>

19. 参见美国联邦贸易委员会(FTC)官网新闻,访问地址:<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush>

20. 参见欧盟委员会官网新闻,访问地址:https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4021



MARKETING

21. 参见：
https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-market-s-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

22. 参见：
<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3826/text>

根据欧盟《合并条例》进行申报，都须通知欧盟委员会。²¹美国众议院司法委员会则在2021年6月23日批准了六项反垄断法案，其中《平台竞争和机会法案》(Platform Competition and Opportunity Act)提出针对“所涉平台运营者”(covered platform operator)的举证责任倒置制度，要求此类平台企业对拟进行的并购不存在反竞争效果自证清白，否则其进行的全部并购均将被推定为违法，由此减轻监管机构的举证责任。²²

美国《平台竞争和机会法案》

欧盟《数字市场法案》

特殊平台 主体划定

所涉平台运营者 (COVERED PLATFORM OPERATOR)是指直接或间接拥有或控制主导平台的主体。主导平台 (COVERED PLATFORM)需要满足：

- ◆在被控违法之前的12个月内，拥有至少5000万名美国活跃用户，至少10万名美国活跃企业用户；
- ◆在被控违法之前的2年内，由年净销售额或市值超过6000亿美元的主体拥有或控制；
- ◆是销售或提供在该平台上或与该平台直接相关的任何产品或服务的关键交易伙伴 (CRITICAL TRADING PARTNER)。关键交易伙伴有能力阻碍或限制商户触达其用户或消费者，或阻碍或限制商户使用为有效服务用户所必须的产品或服务的实体。

数字守门人 (DIGITAL GATEKEEPER)需要满足在至少三个欧盟成员国的数字市场中提供一项核心平台服务 (CORE PLATFORM SERVICES)，并且：

- ◆对欧盟内部市场能够产生重大影响：即在过去三个会计年度在欧洲经济区内的年营业额不低于65亿欧元，或上一会计年度平均市值至少为650亿欧元；
- ◆属于商户接触消费者的重要通道：即所运营核心平台服务在上一会计年度有超过4500万的月活欧盟终端用户，以及超过1万的年活跃欧盟企业用户；
- ◆在相关业务市场已经拥有或可以预期拥有稳固、持久的地位：过去三个会计年度均满足上述第二条标准。

受监管的 交易范围

直接或间接取得他人全部或部分股权或资产的**所有交易**。

涉及另一核心平台服务提供者或其他数字领域服务提供者的所有集中 (无论是否应根据欧盟《合并条例》进行申报)。

美国《平台竞争和机会法案》

欧盟《数字市场法案》

监管模式

举证责任倒置模式下,上述交易将被推定违法,除非所涉平台运营者能够证明,该收购是《克莱顿法案》第7A(c)节所述的交易,或者被收购的资产或被收购股权的发行方:

- ◆与所涉平台运营者之间没有在销售或提供任何产品或服务上的直接竞争;
- ◆与主导平台或所涉平台运营者在销售或提供任何产品或服务方面没有新生或潜在的竞争关系;
- ◆收购不会强化主导平台或所涉平台运营者在其在相关业务领域的市场地位;
- ◆收购不会增强主导平台或所涉平台运营者维持其在相关业务领域市场地位的能力。

守门人应在实施集中之前,协议签署、公开招标或取得控股股权之后,通知欧盟委员会。

*核心平台服务(CORE PLATFORM SERVICES)包括,网络中介服务、在线搜索引擎、社交网络、视像分享平台服务、人际电子通讯服务、操作系统、云端服务以及广告服务。

在国内,目前除了《指南》第十九条以外,尚未有更为细化的规定赋予平台企业特殊的申报义务,也未公布针对扼杀式并购的相关行政处罚案例。值得注意的是,在近期某未依法申报案件的查处决定中,总局明确要求涉案企业就未来“经营者集中未达到申报标准,但该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,应当事先向市场监管总局申报,未申报的不得实施集中”。²³这一表述较之《指南》第十九条第二款“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”似乎更为严格。未来平台经济领域的扼杀式并购可能成为经营者集中审查的重点领域。

23. 参见《市场监管总局发布腾讯控股有限公司收购中国音乐集团股权违法实施经营者集中案行政处罚决定书》,访问地址:http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html

24. 参见《反垄断法(修正草案)》第五十八条规定：“经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”

25. 参见《反垄断法(修正草案)》第六十三条规定：“违反本法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，反垄断执法机构可以按照本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。”

SECTION 003

合规正当时：企业如何遵守经营者集中申报义务？

未依法申报调查一经启动即耗时耗力，据统计，从立案到查处公布平均时长接近175天，历史纪录最高可达670天，对于企业的经营决策可能造成重大影响。近期出现的首例被要求恢复到集中前状态的未依法申报案件，昭示着未来总局对同类案件的处罚将可能不再限于罚款。倘若在交割后，被要求责令停止实施集中、限期处分股份或者资产或限期转让营业等，企业将付出更大的成本。

目前《反垄断法》规定的未依法申报行为的顶格罚款为50万元。依据国家市场监督管理总局于2021年10月23日发布的《反垄断法(修正草案)》规定，对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的未依法申报，责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额10%以下的罚款；对不具有排除、限制竞争效果的未依法申报，处500万元以下的罚款。²⁴对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，可按照前述罚款数额的2倍以上5倍以下处以罚款。²⁵经营者集中申报合规的重要性对于平台经济领域的企业而言更加重要。

为了更好地应对新时期反垄断合规要求，我们建议平台经济领域的广大经营者在并购交易时，应注意如下几点：

◆加强对于《指南》的理解，重视反垄断合规培训，在今后的并购交易中提高交易团队的反垄断申报合规意识、充分考虑反垄断申报要求，在交易早期即引入反垄断专业律师进行评估，以避免违反申报义务而受到执法机构处罚或致使交易受阻，并防止发生“抢跑”。

◆确定交易是否达到申报门槛时，平台企业应首先根据《指南》的规定对平台自身的商业模式进行归类，特别是考虑自身是否具体参与平台一侧市场竞争或发挥主导作用，进而确定相应的营业额计算口径，并结合营业范围、申报时点等要素全盘计算，避免误算、漏算。在存在多种可

能的计算方法时,也不能因某一种方法未达门槛便报以侥幸,应尽量全面评估并在必要时主动申报或就是否申报申请商谈。

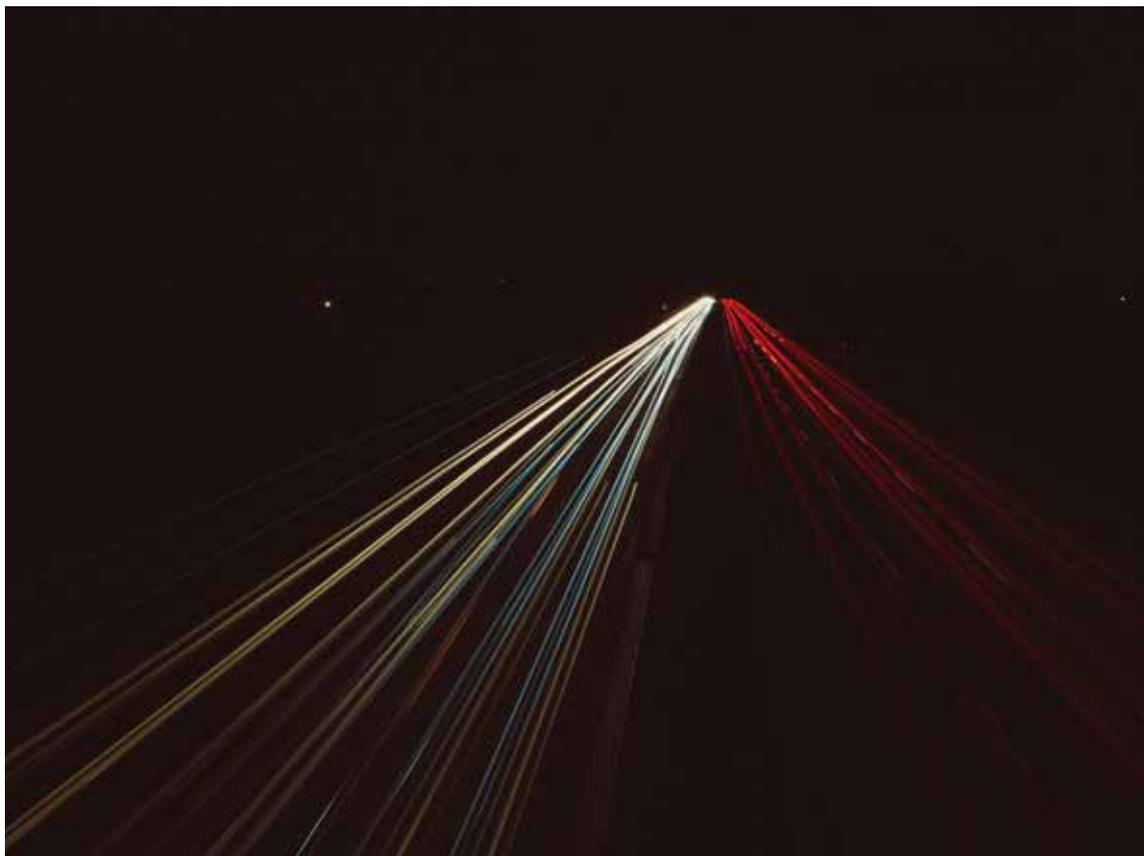
◆目标企业是有影响力的初创企业或新兴平台的,应考虑扼杀式并购可能被立案调查并被附加限制条件的风险,即便营业额未达门槛也须进行充分的竞争评估。如存在可能的排除或限制竞争效果的,应尽量妥善评估对策并在必要时主动申报或就是否申报申请商谈。 ☞



蒋惠匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com



贾申
非权益合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@zhonglun.com



作者：蒋蕙匡、贾申、李梦涵、于佳永

中国反垄断申报新动向： VIE结构不再是申报“盲区”

2020年7月,国家市场监督管理总局(“总局”)无条件批准上海明察哲刚管理咨询有限公司与环胜信息技术(上海)有限公司新设合营企业的交易(“明察哲刚/环胜信息案”)。该案是中国反垄断执法机构自2012年附条件批准沃尔玛收购一号店案¹以来,首起正式立案审查并批准的涉及VIE结构的经营者集中案件,也是中国反垄断执法机构历史上首起无条件批准的涉及VIE结构的反垄断申报案件。

此后,涉VIE结构的经营者集中反垄断审查进入了“快车道”。截至2021年8月,总局共计对57件未依法申报案件作出行政处罚,其中包括46件涉VIE结构的案件。2021年7月10日,总局禁止两家涉VIE结构的企业合并交易;7月24日,总局责令某涉VIE结构的应报未报交易采取必要措施恢复市场竞争状态。此外,2021年2月发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(“《指南》”)中明确,涉及协议控制架构的经营者集中属于反垄断审查的范围。在过去一年多的案件审查与执法过程中,涉VIE结构的交易已逐渐出现在无条件批准、附条件决定、禁止集中和未依法申报等各类经营者集中案件中,不再成为反垄断审查的“盲区”。

本文将结合明察哲刚/环胜信息案及其他相关案件的相关经验和观察,总结分析涉VIE结构的经营者集中申报的相关问题,为企业提供合规参考。

1. 参见商务部关于附加限制性条件批准沃尔玛公司收购纽海控股33.6%股权经营者集中反垄断审查决定的公告,访问地址:<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/c/201208/20120808284418.html>

SECTION 001

涉及VIE结构的反垄断申报难点

“VIE”的全称是“可变利益实体”(Variable Interest Entities),VIE结构是一种“协议控制”结构,即实际控制人不通过股权关系控制运营公司,而通过签订一系列协议的方式,实现对运营公司的经营控制以及财务并表。在VIE结构中,实施控制的非运营公司注册在海外,从而便于于

2. 参见商务部就该案的答记者问, 访问地址:

<http://www.mofcom.gov.cn/article/a/e/slfw/200910/20091006561474.html>

3. 根据商务部《关于解除沃尔玛收购纽海控股33.6%股权经营者集中限制性条件的公告》, 商务部已于2016年5月30日解除对该经营者集中附加的限制性条件。而早在2015年6月19日, 工业和信息化部已在全国范围内放开在线数据处理与交易处理业务(经营类电子商务)的外资股比限制, 外资持股比例可至100%, 即涉及VIE结构的限制性条件在此之后已不具有实际意义。

对外融资和税务筹划; 而通过协议方式被控制的实际运营公司的出资人是国内自然人或实体, 法律性质为内资企业, 通常在对外商投资有限制的领域持有资产和开展业务。业内通常认为VIE结构始于新浪赴海外上市(故又称为“新浪模式”), 其在互联网等新兴经济领域普遍存在, 但法律定性一直存在争议。

在中国反垄断执法中, 涉及VIE结构交易的反垄断申报, 一直是实践中的疑难问题。一方面, 根据《反垄断法》的规定, “经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”属于经营者集中的形式之一, 而涉及VIE结构的交易通常符合这一情形。如果交易本身达到申报标准, 似乎并无理由不进行反垄断申报。中国反垄断执法机构亦从未否定过该类交易应当适用经营者集中申报的规定。但另一方面, 此前实践中却鲜见此类交易进行反垄断申报的案例。据报道, 2009年新浪拟收购分众的交易由于迟迟未获反垄断立案等原因而搁浅², 而在沃尔玛收购一号店案之后, 再无公开资料显示任何一起涉及VIE结构的交易获得中国反垄断审查立案或批准。

需要说明的是, 在沃尔玛收购一号店案中, 尽管当时的反垄断执法机构(商务部)立案受理并批准了收购交易, 但其附加的限制性条件之一是沃尔玛不得通过VIE架构从事当时由一号店运营的增值电信业务, 对涉及VIE架构的业务进行了隔离处理³。因而, 实务界一度有种较为普遍的观点认为, 商务部不受理涉及VIE架构的反垄断申报或将VIE架构搁置处理的主要原因在于, 批准此类申报案件会被解读为是对VIE架构的官方认可, 而这与商务部对外商投资的监管实践存在冲突。

这一问题在2018年国务院机构改革后出现转机。总局反垄断局作为竞争执法机关, 独立承担反垄断申报审查的职能, 不负责外商投资监管。对于VIE架构的合规性问题, 以及包含VIE架构的企业在相关交易所涉反垄断审查问题, 将两者分开处理而仅就交易可能涉及的竞争性影响部分进行审查并作出决定, 似乎有更大空间。我们理解, 反垄断局对某一交易

的无条件批准或附条件决定,并不代表对VIE架构本身合规性的认可。明察哲刚/环胜信息案的获批,以及总局后续对多起交易的未依法申报情形立案查处、附条件或禁止决定,均具有重要参考意义和实务价值。

4. 参见《关于经营者集中申报的指导意见》第六条。

5. 参见《反垄断法》第二十条和《反垄断法(修正草案)》第二十五条。

SECTION 002

涉VIE结构交易反垄断案件的参考意义

从第一起无条件批准的明察哲刚/环胜信息案到一年来总局查处的40余件涉VIE结构的未依法申报案件,再到针对涉VIE结构交易的附条件或禁止决定,相关案例对于企业处理涉及VIE结构交易的反垄断申报事项均具有重要参考意义,具体包括:

在中国反垄断申报程序中,VIE协议控制属于受《反垄断法》监管的“控制”情形。合营一方集团内存在的VIE协议控制被认定为《反垄断法》意义上的“控制”⁴关系,因而与该合营一方具有“控制”关系的“经营者集团”应追溯到最终控制人层面,对该合营一方的营业额和市场份额的计算也应涵盖被最终控制人通过股权和VIE协议控制的所有境内外实体,而非仅限于其在境内以股权关系标准界定的关联实体。基于这一思路,互联网行业中常见的涉及VIE结构的交易类型,如达成VIE协议、收购控制VIE实体的境外实体等,也很有可能被认定为能够“取得控制权”的经营者集中⁵,并在营业额标准达标的情况下触发反垄断申报要求。

中国反垄断执法机构正在积极探索处理各类涉及VIE结构交易的反垄断审查。在明察哲刚/环胜信息案中,当事方向执法机构披露了其交易架构中涉及的VIE因素,而执法机构在对交易各个环节的合法合规性做出评估后,将审查重点集中于交易对市场竞争造成的影响,经过对市场数据和竞争影响的仔细审查,最终作出了无条件批准的决定。此后一年多来,总局公布的涉VIE结构交易的反垄断审查案件近50起,包括无条件批准、附条件决定、禁止集中和未依法申报的行政处罚等各类经营者集

6. 参见《反垄断法(修正草案)》第五十八条规定：“经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”

7. 参见《反垄断法(修正草案)》第六十三条规定：“违反本法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，反垄断执法机构可以按照本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。”



中案件。这充分显示，中国反垄断机构对于涉VIE结构交易的审查已步入了“快车道”，正在积极探索处理各类型案件的反垄断审查。

涉及VIE结构交易的“不申报”策略将面临更高风险。如前所述，由于过往市场主流观点的影响，对于涉及VIE结构的交易，业界近年来的实践中已经形成了“不申报”的“默契”。但是，从过去一年的案例来看，此种策略已经越来越不符合反垄断执法机构当前的执法趋势。此外，依据国家市场监督管理总局于2021年10月23日发布的《反垄断法(修正草案)》规定，对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的未依法申报，责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额10%以下的罚款；对不具有排除、限制竞争效果的未依法申报，处500万元以下的罚款。⁶对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，可按照前述罚款数额的2倍以上5倍以下处以罚款。⁷由此，预计这一“不申报”策略的合规风险很可能将显著提高。

SECTION 003

涉VIE结构交易申报的其他问题

除上述以外，涉VIE结构交易的申报还存在一些其他问题，值得进一步探讨。

(一)对于经营者而言，交易的时间表及历史交易问题值得关注。

目前，涉VIE结构交易已普遍开放审查。由于此类交易多属于PE/VC投资交易，对于交易时间表的要求很高，而审查过程可能受到各类不确定因素的影响。实践中，有的企业可能会倾向于先实施集中，再进行交易实施后的补充申报。由于目前已存在实施集中后被总局责令恢复市场竞争状态的案例，即使企业先实施集中，也可能被总局调查处罚而恢复交易前状态。如何平衡反垄断审查的策略/进度与交易时间表安排将成为企业开展投融资交易需要重点关注的问题。此外，总局对某项四五年前发生的涉VIE结构的交易立案调查并作出处罚，更加警示了企业对既往涉VIE交易的未依法申报风险。我们建议企业需对历史交易开展自查，评估反垄断风险。

(二)VIE架构多见互联网领域，互联网经济的特殊性导致相关市场界定变得更加复杂。

首先，互联网行业的竞争并非传统单边市场的竞争。从需求角度而言，互联网平台企业的业务范围广泛涵盖消费者的日常需求，许多平台经济领域的竞争者还能够凭借其多边市场的优势迅速开拓新的业务领域。因此，《指南》对于平台经济领域相关商品市场的界定提出了分析思路，“可以根据平台一边的商品界定相关商品市场；也可以根据平台所涉及的多边商品，分别界定多个相关商品市场，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时，可以根据该平台整体界定相关商品市场。”例

如,当我们对某款电商软件界定相关商品市场时,取决于具体案情,可能需要考虑电商平台上的直营、第三方经营等不同模式,还可能需要考虑移动支付、广告营销等其他业务领域,乃至将电商平台作为整体界定相关市场的可能。

其次,平台经济领域的相关地域市场界定也与传统行业有所区别。一方面,互联网服务没有明确的地域边界;另一方面,语言、文化、风俗及监管要求等又可能潜在地影响互联网服务的边界范围,使得互联网企业的新产品或服务的地域市场呈现出多元性特征,既可能是全球性的,也可能是全国性的,也可能仅限于国内的某个区域。这就要求在不同经营者集中申报案例中的相关地域市场界定应更加灵活、有针对性。《指南》指出,界定相关地域市场时,可以综合评估考虑多数用户选择商品的实际区域、用户的语言偏好和消费习惯、相关法律法规的规定、不同区域竞争约束程度、线上线下融合等因素。根据平台特点,相关地域市场通常界定为中国市场或者特定区域市场,根据个案情况也可以界定为全球市场。就目前的对互联网平台企业做出的行政处罚案例而言,某电商平台滥用市场地位案中界定了中国市场,某外卖平台滥用市场支配地位案中界定了城市市场。因此,地域市场的界定也将因不同企业的商业模式等因素而具有个案差异。

(三)在界定相关市场的基础上,对于涉及VIE架构的互联网企业,如何进行竞争分析也是值得思考的。

如上文所述,互联网平台的存在使得相关市场的界定受到了挑战,因此市场份额的确定也成为一个问题。《指南》明确,确定平台经济领域经营者市场份额,可以考虑交易金额、交易数量、销售额、活跃用户数、点击量、使用时长或者其他指标在相关市场所占比重,同时考虑该市场份额持续的时间,为互联网平台企业的市场份额计算提供了指引,而目前实务界更多的做法是通过销售量或销售额进行计算,但对于数字经济下

的免费商品或服务,却难以简单地仅仅通过销售量或销售额进行计算,需要结合《指南》列举的各项指标进行计算。

此外,互联网领域经营者的经营者集中案件的竞争分析方法也更加复杂。《指南》明确,在评估经营者对市场的控制力时,可以考虑经营者是否对关键性、稀缺性资源拥有独占权利以及该独占权利持续时间,平台用户黏性、多栖性,经营者掌握和处理数据的能力,对数据接口的控制能力,向其他市场渗透或者扩展的能力,经营者的盈利能力及利润率水平,技术创新的频率和速度、商品的生命周期、是否存在或者可能出现颠覆性创新等。由此可见,立法者已考虑到大型互联网平台具有区别传统企业的核心特征与盈利方式。具体而言,对于大型互联网公司,要考虑双边市场的传导性。以欧盟调查谷歌案为例,谷歌的搜索引擎是一个典型的互联网平台,一方面向广大用户提供免费的自然搜索服务,另一方面为广告商提供付费的关键词广告服务。本案涉及到两个相关市场,即自然搜索服务市场和搜索广告市场,谷歌在自然搜索服务市场的市场力量可以通过平台传导至搜索广告市场。对于双边市场而言,在对付费市场上竞争者的市场力量进行评估时,不能忽视可能存在的另一边“免费市场”。

(四)对于涉及VIE架构的大型互联网企业而言,由于互联网经济领域的竞争规律和特点,相关营业额计算的适用问题同样值得关注。

如前所述,平台经营者具有双边或多边市场特性,在一边市场上提供免费或低费率服务,另一边市场向广告商、增值业务服务商等提供付费服务,以交叉补贴的形式获取利润。因此,在竞争初期,互联网平台企业即使已经具有较大的市场影响力,也可能因为其行业特殊性导致其营业额未达申报门槛标准。以2016年某网约车收购案为例,合并后的实体并未进行经营者集中申报,⁸收购方表示不进行申报的主要理由有二:第一,双方均未实现盈利,特别是因其在此前的价格大战中向乘客与司机

8. 国家市场监督管理总局成立后曾称将对此案继续调查,但是并未有后续结果公布。参见《国家市场监督管理总局:依据反垄断法及有关规定对滴滴收购优步案件进行调查》,访问地址:http://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/201811/t20181116_278119.html?isNight=1

9. 参见《滴滴回应商务部“并购申报”：没有达到申报标准》，访问地址：
<http://money.163.com/16/0802/12/BTFAUIKP00254R2Q.html>

10. 《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条：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。

发放了高额补贴；第二，被收购方在上一个会计年度营业额没有达到申报标准。⁹该解释受到各界的普遍质疑，认为收购方以未实现盈利为由回避向反垄断执法机构提出经营者集中申请，是试图混淆“盈利”与“营业收入”的区别，规避反垄断执法机构的合法性审查。

事实上，在当前规则下，互联网平台企业趁发展初期营业额未达申报门槛标准大举实施各类集中以增强市场势力也并非毫无风险。在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条¹⁰的基础上，《指南》提到反垄断执法机构高度关注以下经营者集中情形：(1) 参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台；(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等。这体现了我国执法机构对于大型互联网企业的“扼杀式并购” (Killer Acquisition) (即通过收购仍处于起步阶段的创新企业来扼杀未来的潜在竞争对手) 的密切关注，这也是近期备受世界各反垄断司法辖区关注



的议题。就此而言，互联网平台企业的营业额计算问题，未来仍然值得深入讨论。

SECTION 004

对涉及VIE架构企业的实践建议

虽然反垄断执法机构现阶段对涉及VIE结构的经营者集中的处理仍可能因案而异，但既有案例已经明确“VIE结构”不再是反垄断审查和执法中的“盲区”。采用VIE架构或拟搭建VIE架构的经营者应当充分意识到在并购交易方面加强反垄断合规的紧迫性和重要性。

对于涉及VIE结构的交易（包括搭建VIE架构等），交易方应当将反垄断申报评估作为一项重要的前期工作，并在需要申报的情况下，制定合理的申报策略，同时还要努力降低申报过程中的不确定性，以免给交易带来重大的不利影响。具体措施包括：

- ◆在交易早期即引入反垄断律师对交易进行实质性的反垄断申报评估，共同讨论制定申报策略和方案，必要时积极与反垄断执法机构沟通，获取其指导，而不能依赖“反垄断执法机构不会受理涉及VIE结构的反垄断申报”这一刻板印象或行业内关于“不申报”有默契、法不责众而忽视反垄断申报的合规要求；

- ◆如果评估认为需要或很可能需要申报，应当注意为反垄断申报预留更加灵活的时间表，以应对申报或审查过程中的不确定性或可能遇到的特殊情况；

- ◆在申报准备阶段以及申报过程中，通过积极与反垄断执法机构沟通，保持通畅的沟通渠道，按照要求提供充分、可靠的信息，以确保申报流程的顺利推进；

- ◆对于历史上可能存在不合规情况的经营者，应当考虑建立专门团

队或引入外部顾问就涉嫌未依法申报的交易进行自查, 评估反垄断风险 (包括对未来交易的反垄断申报的影响), 并在必要时主动与反垄断执法机构沟通, 寻求最佳解决方案。☒



蒋蕙匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com



贾申
非权益合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@zhonglun.com

总编辑

龚乐凡

张炯

主编

余昕刚

薛熠

编委（按姓氏笔画排序）

张白沙

岑兆琦

余昕刚

吴鹏

贾申

薛熠

蒋蕙匡

免责声明：

以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。



中伦研究院出品



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM