

前路莫慌 — 谈谈平台经济反垄断指南

作者：马辰 | 仕达 | 郭家昊 | 倪艺文

一年一度的双十一是民众和企业的狂欢，也是政府合力监管的难关。今年11月10日8时，国家市场监督管理总局整点发布《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《指南》”），如同一颗石子投入湖中，在平台经济领域激起无数涟漪，也引发资本市场的大幅波动。这些现象加强了一些平台企业的担忧，即反垄断监管的强化可能会颠覆平台经济业态，因而平台企业“前路莫测”。有鉴于此，我们希望能够借助本篇文章，就我们在实务中了解到的平台企业关心的问题，与平台企业平心静气地谈谈这部专业性极强的《指南》。我们认为，《指南》的主要目标仍是细化现有规定、降低法律的不确定性，从而提升平台企业对监管的理解、促进监管的实施。监管机构在提升监管力度的同时，也会全力保障行业活力以及各方的合法利益。

尽管如此，我们认为《指南》以及执法机构仍然需要进一步探索如何做好保护平台用户与促进平台企业创新之间的平衡。前者的利益固然重要，但后者进行创新的动力也不可忽视。否则，平台经济的活力受到不当抑制，最终也会对平台用户以及社会公共利益造成不利影响。

可以认为，《指南》对于包括平台经济在内的新经济有显著的正面意义。平台企业只要按照监管要求合规经营，大可“前路莫慌”。

1. 界定相关市场通常是执法机关开展竞争分析并最终认定违法行为的起点。而在平台经济领域，界定相关市场又通常是困扰一线执法人员的难点。《指南》明确了绕过相关市场界定的违法行为情形，包括固定价格、分割市场、固定转售价格等核心限制案件以及证据充足、持续时间长、损害明显、相关市场难以界定的滥用市场支配地位案件，该等情形下执法机构的执法难度大幅降低。但也由于《指南》对于不界定相关市场的做法在平台经济领域更为常见的滥用市场支配地位案件中的应用场景进行了严格限定，执法机关在绝大部分案件中仍然无捷径可走。
2. “算法合谋”和“轴辐协议”都游走于《反垄断法》第13条（横向垄断协议）和第14条（纵向垄断协议）之间。在算法共谋层面，平台内商家借助非平台提供的第三方算法实现共谋的情况，将落入13条的管辖；而商家借助平台提供的算法实现共谋，则可能纳入轴辐协议的范畴。年初《反垄断法》的修订草案已经注意到并修补了轴辐协议中关于平台方责任的漏洞，在修订生效前，按照《指南》的精神，平台方参与轴辐协议则更可能落入14条的管辖。但由于平台与商家之间不存在传统意义上的“转售关系”，《指南》中关于轴辐协议规定的真正落地须监管部门在法律解读上有所突破。

3. 补贴大战是平台企业开拓新业务阶段的常见现象，人民群众通常喜闻乐见。而相关市场中的传统企业，则常因为平台企业的进入而遭受“降维打击”，“低价倾销”的抱怨屡见不鲜。《指南》在《反垄断法》原有的分析框架下所作的细化规定，实际上有利于平台企业的合理抗辩。
4. 平台和数据在中国反垄断法下存在构成必需设施的可能性，乃是预期之中的事情。《关于知识产权领域的反垄断指南》中，也论述了知识产权构成必需设施的考虑因素。根据《指南》规定，实践中认定平台和数据构成必需设施难度很高。
5. 近年来，执法机构对“二选一”的规制处于逐步加强的过程中，不断通过法规和会议告诫“二选一”行为的违法风险。总体而言，我们认为《指南》的确丰富了执法机构针对“二选一”的执法工具，但可能更多地仍是起到威慑作用，限于市场支配地位认定以及合理分析的难度，依据《反垄断法》采取执法行为未必会呈爆发式增长。尽管如此，《指南》的确反映出了执法机构更强的执法意愿。
6. “大数据杀熟”常见于网约车平台、机票或酒店预订平台等与日常生活密切相关的领域，近年来也曾引发热议。利用大数据对不同的消费者进行差别待遇是双刃剑，运用得好则可以提升运营效率；运用得不好，则不但可能招致反垄断调查，品牌形象也将严重受损。《指南》的出台有助于平台企业在开发大数据潜力时把握好方向。
7. 结合近期执法机关的政策吹风会、最新涉及VIE结构的无条件批准案例，《指南》中对于达到申报标准的涉及VIE结构的集中交易需要进行反垄断申报的规定，意味着相关争议的尘埃落定，反垄断申报将成为众多涉及VIE架构交易的必经程序。达摩克里斯之剑正在落下，VIE结构的平台企业历史交易的稳定性将有更明晰的答案，未来交易的实施路径也已经清晰。

一、无需相关市场界定，径行证明竞争损害

《指南》第四条尝试在区分行为类型的基础上，明确相关市场界定在证明竞争损害中的作用。其一，针对《反垄断法》第十三条和第十四条明确列出的横向垄断协议（固定价格、分割市场等）及纵向垄断协议（固定转售价格、限定最低转售价格），《指南》指出执法机构可以不明确界定相关市场。其二，针对“依赖支配地位才能实施的行为”，如果满足事实证据充足、持续时间长、损害明显并且难以准确界定相关市场等要求，《指南》允许执法机构绕过相关市场界定径行认定竞争损害。

汉坤评析：

界定相关市场通常是执法机关开展竞争分析并最终认定违法行为的起点。而在平台经济领域，界定相关市场又通常是困扰一线执法人员的难点。《指南》明确了无需相关市场界定的违法行为情形，包括固定价格、分割市场、固定转售价格等核心限制案件以及证据充足、持续时间长、损害明显、相关市场难以界定的滥用市场支配地位案件，该等情形下执法机构的执法难度大幅降低。但是，对滥用市场支配地位这一类常见于平台经济的案件，《指南》对无需界定相关市场，的应用场景进行了严格限定，所以执法机关在绝大部分案件中仍然无捷径可走。

第一，针对《反垄断法》明确列出的横向垄断协议及纵向垄断协议，《指南》规定可以不明确界定相关市场，强化了执法机构的执法手段。当前执法实践中，执法机构在固定或变更价格、分割销售市场、固定转售价格等“核心限制”协议的行政处罚决定中，大部分已经采取这一做法。需注意民事诉讼案件中的原告可能并不能充分受益于此规定，尤其是在纵向垄断协议案件中。2018年底“海南裕泰诉海南省物价局”¹一案

¹（2018）最高法行申4675号。

中，最高人民法院对于行政执法和民事诉讼的定位进行了区分，明确执法机构在查处纵向垄断协议时只需证明垄断协议有排除、限制竞争的可能性（而非实际效果），不同于民事诉讼中原告的证明义务。

第二，从滥用市场支配地位的角度来说，相关市场界定是否具有必要性也是老生常谈的问题，持正面意见和反面意见者均不乏其数。在我国司法实践中，最高法早在 2013 年即在判决中指出“并非在任何滥用市场支配地位的案件中均必须明确而清楚地界定相关市场……即使不明确界定相关市场，也可以通过排除或者妨碍竞争的直接证据对被诉经营者的市场地位及被诉垄断行为可能的市场影响进行评估”。但是这一理论在最高法提出后并未得到广泛应用，部分原因可能是缺乏应用广泛且可靠的经济工具（向上价格压力测试等特定经济学工具较为受到业内认可，但应用场景主要限于并购审查）。因此，鉴于《指南》并未言明“证据充足、持续时间长、损害明显”的具体标准，本规定在实践中将如何应用于查处滥用市场支配地位行为仍有待观察、明确。

二、点名算法合谋与轴辐协议，加强对平台经济领域横向垄断行为的监管

在众多形式的协议中，《指南》明确规定了算法合谋和轴辐协议以及分析该等协议的有关因素。此两种协议是平台经济领域中的热点问题，《指南》的规定有助于加强对平台经济领域横向垄断行为的监管，无论是平台之间的协议还是平台内经营者之间的协议。其中：

- 第六条规定了基于平台的横向垄断协议，其中明确点名了算法合谋，即“利用技术手段进行意思联络”“利用数据和算法实现协调一致行为”，亦即竞争者利用技术、数据或算法实现“虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致”的最终效果。
- 第八条列举了竞争者之间是否利用了平台的特殊技术达成轴辐协议的分析因素，包括“技术手段、平台规则、数据和算法等方式”。其中，轴辐协议指的是“借助于平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调”从而“达成具有横向垄断协议效果”的垄断协议。

汉坤评析：

“算法合谋”和“轴辐协议”都游走于反垄断法第十三条（横向垄断协议）和第十四条（纵向垄断协议）之间。在算法合谋层面，平台内商家借助非平台提供的第三方算法实现合谋的情况，将落入第十三条的管辖；而商家借助平台提供的算法实现合谋，则可能纳入轴辐协议的范畴。年初《反垄断法》的修订草案已经注意到并修补了轴辐协议中关于平台方责任的漏洞。但是，在修订生效前，我们认为，鉴于第十三条规制竞争者之间的协议而第十四条规制经营者和交易相对人的协议，按照《指南》的精神，平台方参与轴辐协议则更可能落入第十四条的管辖。然而，由于平台与商家之间不存在传统意义上的“转售关系”，《指南》中关于轴辐协议规定的真正落地须监管部门在法律解读上有所突破。

第一，规制算法合谋在理论上有两种路径，一是按照协同行为处理，二是按照滥用共同市场支配地位（即认定两个以上经营者共同拥有市场支配地位并滥用了该支配地位）处理。就此而言，《指南》仍然选择了协同行为的路径。关于协同行为，《禁止垄断协议暂行规定》第六条浅尝辄止，规定证明协同行为应当考虑行为一致性、意思联络或信息交流、市场结构等客观状况以及经营者能否就一致性作出合理解释等因素。但是，规制算法合谋的难点正在于难以证明经营者之间“意思联络或信息交流”的存在。某些情况下，算法合谋涉及爬取或分析其他经营者的有关数据，因此在一定程度上可以被解释为信息交流；在某些情况下，算法合谋依赖对其他经营者数据的预测，鉴于大数据使得用户对于特定平台或平台内经营者而言高度透明，平台或平台内经营者无需和其他经营者有信息交流即可实现合谋。

可见，如果不能证明存在爬取其他经营者数据等可以被视为信息交流的情况，按照协同行为规制算法合

谋，其重点正在于通过间接证据推定经营者之间存在默示的意思联络。换言之，就是证明平台或平台内经营者之间的一致性行为不能被解释为独立的商业决策，因此只可能是合谋。所以，证据的质量至关重要。《指南》在第九条提出“可以根据逻辑一致的间接证据”认定协同行为，但并未指出该等间接证据包括何种证据。

理论上，间接证据可以分为市场结构证据和促进协同证据，前者用于证明存在有利于达成合谋的市场特征（例如某个平台所在的市场高度集中、进入难度大、市场透明度高，可以参见“艾司唑仑药品垄断协议案²”国家发改委对市场结构的分析，即上游市场的联合抵制行为使得下游市场由充分竞争寡头垄断，形成了发生垄断协议的环境），后者用于证明有利于实施协同行为[例如平台内经营者设置了内部监督机制（比如《指南》特别提到的 MFN 条款）]³。目前，执法机构查处过的协同行为案例或滥用共同市场支配地位行为的案例都或多或少涉及一定程度的意思联络（即使是异烟肼原料药案也涉及同一个下游经销商，见下文）。我们倾向于认为，执法机构未来要证明平台企业达成算法合谋，其举证负担仍然较重。

第二，轴辐协议是具有纵向协议外观、横向协议效果的垄断协议。轴辐协议的核心是间接的信息交换，即信息在形似车轮外沿的一圈经营者（平台内经营者）和车轮轴心（平台）之间单向传递（典型结构为：经营者 A⇌平台⇌经营者 B）。据此，竞争者之间虽然没有直接交换信息，但却实现了交换信息从而协调各自竞争行为的结果。目前，国外不乏认定轴辐协议的案例，但国内尚没有该等案例。尽管如此，有的案例仍疑似轴辐协议，例如发改委查处的“异烟肼原料药案⁴”中，两家上游药企即通过同一家下游经销商协同进行涨价、断供。在国家市场监管总局于 2020 年 1 月 2 日公布的《反垄断法》修订草案中，第十七条禁止经营者组织、帮助达成垄断协议，业界普遍认为该条重点针对轴辐协议。

鉴于轴辐协议一般被认为属于协同行为的一种，证明存在轴辐协议有两种思路：其一，证明存在“经营者 A⇌平台⇌经营者 B”的意思联络结构；其二，在不能证明意思联络的情况下，参考前文所述的算法合谋的证明方法，基于间接证据推定意思联络的存在。这两种思路均可能运用到《指南》提出的“技术手段、平台规则、数据和算法”等方式。

值得注意的是，虽然《反垄断法》修订草案规定了平台组织、帮助达成垄断协议的法律责任，但《指南》并未就此作出规定。如果执法机构满足了证明责任并希望同时处罚平台自身，市场监管总局尚可以在《反垄断法》第十三条或第十四条之间选择其中一条的兜底条款，以作为使平台承担责任的法律基础。相较下，地方执法机构则可能面临无法可依的局面，因为上述兜底条款的认定权限没有下放至地方。

三、明确掠夺性定价的分析框架

《指南》第十三条规定了平台构成掠夺性定价的考量因素，即是否以低于成本的价格排挤具有竞争者，以及是否在竞争者离开市场后涨价并获利。其中，计算成本应当综合考虑多边市场中各相关市场之间的成本关联情况。

汉坤评析：

补贴大战是平台企业开拓新业务阶段的常见现象，人民群众通常喜闻乐见。而相关市场中的传统企业，则常因为平台企业的进入而遭受“降维打击”，“低价倾销”的抱怨屡见不鲜。《指南》在《反垄断法》原

² 国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2016）5 号、国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2016）6 号和国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2016）7 号。

³ 参见刘继峰：《依间接证据认定协同行为的证明结构》，载《证据科学》2010 年第 1 期。

⁴ 国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2017）1 号；国家发展和改革委员会行政处罚决定书（2017）2 号。

有的分析框架下所作的细化规定，实际上有利于平台企业的合理抗辩。

对于掠夺性定价，存在两类不同的分析框架。欧盟的分析框架不要求证明当事人能够收回掠夺性定价的成本；而美国的分析框架要求证明当事人能够收回掠夺性定价的成本。《禁止滥用行为暂行规定》第十五条并没有就是否需要收回成本作出规定，而《指南》则明确了证明收回成本的必要性，使得证明平台构成掠夺性定价的难度大幅增加。而认定掠夺性定价的困难，从我国从未有相关反垄断执法案例的事实也可见一斑。

《指南》明确计算成本时要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，与《禁止滥用行为暂行规定》中“应当综合考虑经营者提供的免费商品以及相关收费商品等情况”的规定异曲同工。这一规定也有利于经营者抗辩，因为平台经营时往往综合考虑多边情况进行定价（例如在用户端提供低价甚至免费的服务，但在广告端收取费用），只考虑其中一边很可能会得出低于成本销售的表面结果。

最后，《指南》列出了包括“在合理期限内为发展平台内其他业务”以及“在合理期限内为促进新商品进入市场”的合理理由，其中“合理期限”的认定将是平台经营者关注的重点。

四、平台和数据构成必需设施？

《指南》第十四条分别规定了认定平台和数据构成必需设施的方法：

- 对于平台，考虑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；
- 对于数据，考虑数据对于参与市场竞争是否不可或缺，数据是否存在其他获取渠道，数据开放的技术可行性，以及开放数据对占有数据的经营者可能造成的影响。

汉坤评析：

简而言之，必需设施指经营者的生产经营活动不可或缺，且无法从别处获得的产品或服务，例如关键的原材料。平台和数据在中国反垄断法下可能构成必需设施，乃是预期之中的事情。《关于知识产权领域的反垄断指南》中，也论述了知识产权构成必需设施的考虑因素。根据《指南》规定，实践中认定平台和数据构成必需设施难度很高。

一旦被认定为必需设施，意味着平台和数据负有了开放义务（除非有正当理由），对平台企业的业务经营可能造成重大影响。从《禁止滥用行为暂行规定》第十六条来看，《指南》对于平台和数据构成必需设施的认定方法遵循了认定构成必需设施的一般原则，并无出格之处。当然，必需设施原则本身并非是毫无争议的，例如美国最高法院即表示其从未认可过必需设施原则（但也拒绝驳斥该原则），而欧盟最高法院也没有采纳必需设施的提法；相反，美国和欧盟的下级法院则大量采用必需设施原则断案。原因在于，诚如菲利普·阿里达教授所指出的，必需设施容易引发假阳性，所以有必要对必需设施进行限制，只有在必要时刻方能启用⁵。

目前，国内的法律实践中虽然不乏针对拒绝交易的案例，但执法机构或法院并未直接认定过某项产品或服务构成必需设施，因而需要对竞争者或者下游经营者开放。在为数不多的涉及互联网平台的案件中，法院也均未认定平台构成必需设施并且判决原告败诉。

《指南》对于平台和数据构成必需设施的考虑因素总结全面。对于绝大多数平台而言，均存在可替代的

⁵ 参见 Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, vol. 58 (1990).

其他平台、潜在的可用平台以及发展竞争性平台的可能性，也就意味着认定平台构成必需设施十分困难。类似的，对于数据而言，执法机构要想证明数据对于参与市场竞争是否不可或缺且不存在其他获取渠道，也极为困难。

五、明确“二选一”的分析框架

《指南》第十五条明确具有支配地位的平台“要求交易相对人在竞争性平台间‘二选一’”构成限定交易行为，包括通过负面激励（“搜索降权、流量限制、技术障碍、扣去保证金等”）或正面激励（“补贴、折扣、优惠、流量资源支持等”）推广“二选一”的行为。

汉坤评析：

近年来，执法机构对“二选一”的规制处于逐步加强的过程中，不断通过法规和会议告诫“二选一”行为的违法风险。总体而言，我们认为《指南》的确丰富了执法机构针对“二选一”的执法工具，但可能更多地仍是起到威慑作用。限于市场支配地位认定以及合理分析的难度，依据《反垄断法》采取执法行为未必会呈爆发式增长。尽管如此，《指南》的确反映出了执法机构更强的执法意愿。

《指南》并未一味认定“二选一”违法，而是采用合理分析的方式，认为“二选一”可能对经营者、消费者和社会公共利益具有积极效果。相较而言，证明“二选一”的竞争损害似乎比证明存在正当理由更为容易。“二选一”的竞争损害包括排除竞争性平台、排除平台内经营者所在市场的竞争、损害消费者利益，兼之《指南》第四条授予执法机构在特定情况下无需界定相关市场的权力，执法机构证明竞争损害的难度相对不高。即使执法机构无法绕过相关市场界定，根据《网络交易监督管理办法（征求意见稿）》第三十一条（如果届时该条得到保留），如果系争案件涉及平台的独家经营条款，执法机构也可以选择基于“滥用优势地位”建立竞争损害理论，即根据平台和平台内经营者之间的相对关系判断“二选一”是否存在违法。

《指南》也较为充分的列举了平台企业可以提出的正当理由，包括为保护针对交易进行的特定资源投入所必须、为维护平台合理的经营模式所必须等常被引用的合理理由，“维护平台合理的经营模式”更是《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中所不包含的，体现了对平台企业商业模式的保护。

最后，在证明限定交易的积极效果时，一个较为关键的问题是，由于平台是一个双边市场甚至多边市场，执法机构是将平台的两边或多边综合考虑（美国最高法院在一份涉及信用卡组织的判决中认为，信用卡组织所提供的服务构成交易型双边市场，该市场两边构成同一市场，因此其竞争影响应综合考虑），还是将平台的两边或多边单独考虑（欧盟倾向于要求证明受影响的各边均有积极效果），将影响平台的证明效果。这一点在《指南》中没有明确。

六、明确“大数据杀熟”构成差别待遇的考量因素

《指南》第十七条规定了“大数据杀熟”构成对交易条件相同的交易相对人差别待遇的考量因素，主要可分为两类：

- 基于大数据和算法，根据交易人的习惯、偏好、支付能力等个人特性，或者根据新老交易相对人，实行差异性交易条件；
- 实行差异性标准、规则、算法或者付款条件、交易方式。

同时，《指南》明确平台取得的交易相对人“隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯”等方面的差异不影响认定交易条件相同。

汉坤评析：

“大数据杀熟”常见于网约车平台、机票或酒店预订平台等与日常生活密切相关的领域，近年来也曾引发热议。利用大数据对不同的消费者进行差别待遇是双刃剑，运用得好则可以提升运营效率；运用得不好，则不但可能招致反垄断调查，品牌形象也将严重受损。《指南》的出台有助于平台企业在开发大数据潜力时把握好方向。

“大数据杀熟”构成差别待遇，需要满足两个条件：一是符合《指南》列出的行为类型，二是交易相对人必须有相同的交易条件。

行为类型的考虑因素和相同交易条件两点交织存在。在行为类型的列举中，《指南》提及了支付能力、消费偏好、使用习惯、新老交易人这些可能会被认为属于不合理差别待遇的考量点。同时，《指南》明确提及了隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。可以看出，两者具有对应关系。我们将对应关系总结如下：

支付能力	消费偏好	使用习惯	新老交易人
隐私信息	个体偏好	消费习惯	交易历史

《指南》明确提及可能导致交易条件不相同的因素包括交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面。表面上，这些因素可能和不合理差别待遇的考量因素产生交叉，最为明显的是信用状况可能和支付能力、交易历史存在交叉。但是，实质上，我们认为两类因素的关注点有微妙的差异。

此外，除了上述的具体因素，还需要注意的是，《指南》将这些交易相对人之间的差别限定为“实质性影响交易”。以信用状况为例，只要不同个体的信用差异的变动区间不足以实质性影响交易，就应当判定为相同交易条件。

再者，《指南》规定，差异性标准、规则、算法本身也被视为一种差别待遇行为。这一规定实质上将常见的个别交易差别性待遇场景提升到了系统性交易的层面，便利了执法机构针对平台企业的执法。

应当指出的是，理论上“大数据杀熟”并不总是有害的。关于价格歧视的效率提升作用，相关的经济学研究已经较为成熟。美国著名反垄断学者霍温坎普即指出，在由几个巨头组成的寡头市场中，价格歧视可以促使巨头企业争夺边际买方从而降低售价，也可以鼓励横向垄断协议的成员欺骗其他成员从而瓦解整个协议。然而，由于“大数据杀熟”可能造成恶劣的公众影响，如果进入到调查阶段，且执法机关突破了市场支配地位的认定，仅凭经济学上的分析预计不足以成功抗辩，平台企业还是应该在日常合规方面多下功夫。

七、VIE 架构应当申报：“凯撒的归凯撒，上帝的归上帝”

《指南》第十八条明确规定涉及 VIE 结构的经营者集中属于反垄断审查范围，达到国务院规定的申报标准的应当事先向国务院反垄断执法机构申报。

汉坤评析：

结合近期执法机关的政策吹风会、最新涉及 VIE 结构的无条件批准案例，《指南》中对于达到申报标准的涉及 VIE 结构的集中交易需要进行反垄断申报的规定，意味着相关争议的尘埃落定，反垄断申报将成为众多涉及 VIE 架构交易的必经程序。达摩克里斯之剑正在落下，VIE 结构的平台企业历史交易的稳定性将有更明晰的答案，未来交易的实施路径也已经清晰。

VIE 问题是中国外商投资法下的灰色地带。此前，原商务部反垄断局行使经营者集中审查职能时，基于外资审批政策考虑，通常拒绝审查涉及 VIE 架构的经营者集中申报。2018 年国务院机构调整后，新成立的市场监管总局开始逐步处理 VIE 架构的申报问题。

我们认为，一方面，反垄断执法机构原则上应当只关注竞争相关问题，因此《指南》规定涉及 VIE 结构的经营者集中应当申报，是执法机构回归其首要关注，强化其在互联网领域的反垄断执法的应有之义。另一方面，具有 VIE 结构的企业可以选择在科创板上市、在美上市的 VIE 结构企业选择回归国内股市，同时外资准入负面清单在近年来被不断压减、新增采用 VIE 结构企业在庞大的存量企业中的占比日益降低，使得审查涉及 VIE 结构的经营者集中愈发具有迫切性和必要性。长期以来，由于 VIE 架构的敏感性，导致互联网行业的反垄断申报处于不确定的状态，而且被社会各界误认为互联网企业规避监管，我们认为这绝非企业所愿。市场监管总局正常受理并审查相关交易，既能消除平台经营者由于交易不确定性带来的法律风险，又能使整个互联网行业规范运行从而消除监管缺位带来的社会风险。

当然，机遇与挑战并存。未来在集中度较高的平台行业，竞争者之间的横向整合将明显更为困难。该等交易申报后，执法机构有可能会禁止交易，或者附加剥离关键资产等限制性条件。即便是纵向的整合，鉴于大平台在优势市场的市场份额较高，一方面交易难以适用简易程序审查，将导致交易从签约到交割的时间较之前的市场情况有所延长；另一方面，也存在被禁止交易，或者附加开放平台、许可关键技术等限制性条件的风险。

在此基础上，《指南》点名了针对初创企业、新兴平台的收购，因经营者采取免费或低价政策而未达到申报标准的收购，以及虽然市场集中度高但市场整体规模较小的收购，明确此等交易均可能受到审查。与欧盟的《经营者集中控制条例》相似，《指南》的规定体现了对集中所消除的竞争力量的关注，主要涉及参与集中的经营者拥有市场份额所不能反映的竞争实力，因而能够改变竞争动态的情形（例如新进入市场的初创企业或者拥有重大创新能力的企业）。叠加对于达到申报标准的涉及 VIE 结构交易的规定，《指南》实际上使执法机构得以全面审查平台经济领域的各类收购交易。

八、结语

《指南》的发布一石激起千层浪，但它毕竟仍未生效，尚待各界同仁提出意见。我们为《指南》已有的专业性喝彩，同时也期待其正式出台后我国的反垄断执法伴随强大的平台经济成长成熟。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com