

## 合情合理，安心过节 — 续谈《平台经济反垄断指南》正式印发版中的关键调整

作者：马辰 | 仕达 | 郭潇 | 郭家昊

### 引言

2021年2月7日，国务院反垄断委员会正式印发《关于平台经济领域的反垄断指南》（“《指南》”）。在此之前，国家市场监督管理总局于2020年11月10日发布《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》，就该指南向社会公开征求意见，拉开了反垄断监管空前强化的帷幕。此次《指南》自征求意见稿发布到正式印发耗时仅三个月，充分表明了当局对于平台经济反垄断工作的高度重视。

我们曾在2020年11月12日发表了[《前路莫慌—谈谈平台经济反垄断指南》](#)一文（“前篇文章”），在该文中提出了我们关于《指南》征求意见稿的一些观点，以供业界参考、同行斧正。相较于征求意见稿，正式发布的《指南》虽然在体例和框架上与《指南》征求意见稿基本保持一致，但在诸多内容上作出了关键调整，可能对日后执法机构针对平台经济经营者的监管政策产生一定影响。有鉴于此，我们书接前篇文章，在本文中谈一谈《指南》相较于征求意见稿做出的关键调整。

靴子落地之后，我们认为《指南》印证了我们在前篇文章中的判断，即其细化了现有规定、降低了法律不确定性，能够提升平台企业对监管的理解、促进监管的实施，因此对于平台经济发展有显著的正面意义。平台经营者只需保持“前路莫慌”的心态，配合执法机构落实监管政策，依然“前程有日月”。

本文总结了《指南》在基本原则、相关市场界定、垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中五个方面的关键调整。总体而言，我们认为这些修改充分考虑了实践中的情况，详略得当、合情合理，整体上有利于平台经营者的创新发展。

## 摘要

1. 《指南》对于基本原则的表述进行了大刀阔斧的调整，中央政治局会议、中央经济工作会议均提到的“防止资本无序扩张”等表述进入了基本原则，不再保留“开放包容”的措辞，也未将既往“包容审慎”的新经济监管原则列入。配合财政部《反垄断工作补助经费管理暂行办法》等具体推进措施，反垄断执法工作的增强将成为未来的常态。
2. 《指南》进一步明确了平台经济相关市场的界定方法，既可以对平台一边的商品界定相关市场，也可以对平台所涉及的多边的商品基于其关联性界定多个相关市场，或者在有强大跨平台网络效应的情况下将多个相关市场合并为一个市场。我们预计，未来执法机关可以据此灵活把握平台经济的相关市场界定，而不再因纠结于选择哪一种方法而驻足不前。在此基础上，《指南》也不再保留执法机构在一系列条件下可以不界定滥用市场支配地位行为的相关市场而直接认定平台企业实施了滥用行为的规定。
3. 垄断协议部分的调整更加接近于技术性调整。我们认为值得关注的调整包括：第一，在横向垄断协议方面，明确独立的价格跟随行为不属于价格卡特尔，避免协同行为的过度解读扰乱市场正常运行。第二，明确平台经济中最惠国待遇条款的常见含义（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**），并指出其属于纵向垄断协议和滥用市场支配地位的交叉领域。
4. 滥用市场支配地位方面，保留了掠夺性定价（低于成本销售）的分析框架、二选一的分析框架、平台构成必需设施、大数据杀熟等核心内容。尤其值得关注的是，掠夺性定价部分新增了“在合理期限内为吸引新用户”“在合理期限内开展促销活动”两种明确列举的正当理由，平抑平台经营者在开展拉新、促销活动时的担忧；考虑到对数据是否能够构成基础设施的争议，将数据调整为认定平台属于必需设施的考量因素之一，不再保留有关数据是否构成必需设施的规定。此外，《指南》对于附加不合理交易条件及差别待遇的认定也进行了适当的调整。
5. 经营者集中方面，保留了关于协议控制架构需要申报的规定，同时也继续强调执法机构高度关注针对初创企业和新兴平台的收购、因经营者采取免费或低价政策而未达到申报标准的收购、虽然市场集中度高但市场整体规模较小的收购，因此核心内容基本没有变动。此外，需要关注以下调整：营业额方面，《指南》将平台“发挥主导作用”新增为取得营业收入的方式；行为性救济方面，将数据新增为可以明确要求开放的基础设施，同时引入了附条件批准的经营者集中案件中常见的承诺兼容或不降低互操作性等限制性条件。

## 一、基本原则方面的关键调整

《指南》对于基本原则的表述进行了大刀阔斧的调整。我们认为，以下几处调整值得特别关注：

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第二条 基本原则</b></p> <p>……</p> <p>(一) <del>营造公平竞争秩序。着力预防和制止排除、限制竞争的垄断行为，维护平台经济领域公平竞争，开放包容的发展环境，降低市场进入壁垒，促进更多主体进入市场，公平有序参与竞争，激发市场活力。</del></p>	<p><b>第三条 基本原则</b></p> <p>……</p> <p>(一) <u>保护市场公平竞争。坚持对市场主体一视同仁、平等对待，着力预防和制止垄断行为，完善平台企业垄断认定的法律规范，保护平台经济领域公平竞争，防止资本无序扩张，支持平台企业创新发展，增强国际竞争力。</u></p>
<p>(五) 维护各方合法利益。平台经济发展涉及多方主体。反垄断监管在保护市场公平竞争、<del>保障和促进平台发展的同时</del>，着力维护平台内经营者和消费者等各方主体的合法权益，使全社会能够共享平台技术进步和经济发展成果，实现平台经济整体生态和谐共生和健康发展。</p>	<p>(四) 维护各方合法利益。平台经济发展涉及多方主体。反垄断监管在保护平台经济领域公平竞争，<u>充分发挥平台经济推动资源配置优化、技术进步、效率提升的同时</u>，着力维护平台内经营者、消费者和从业人员等各方主体的合法权益，<u>加强反垄断执法与行业监管统筹协调</u>，使全社会共享平台技术进步和经济发展成果，实现平台经济整体生态和谐共生和健康发展。</p>

第一，“防止资本无序扩张”进入基本原则。2020年12月先后召开的中央政治局会议、中央经济工作会议均提到“防止资本无序扩张”，并且中央经济工作会议将“强化反垄断和防止资本无序扩张”列为八项重点任务之一，彰显了国家弥补监管滞后、加强反垄断执法，引导资本朝促进创新、增进消费者福利和公共利益等方向发展的决心，例如督促平台企业利用数据、算法上的优势发展原创性和基础性科技创新。与之相对应的，《指南》不再保留“开放包容”的措辞。我们预计，配合财政部《反垄断工作补助经费管理暂行办法》等具体推进措施，强化后的反垄断执法工作将成为新常态。

第二，将“支持创新发展”“增强国际竞争力”写入基本原则中，表明执法机构仍然致力于保持强化境内反垄断执法与提升全球竞争实力之间的平衡。应当认识到，反垄断执法针对的是垄断行为而非大型平台企业，只有维持对垄断行为的有效监管，才能保证平台企业处在正确的发展轨道上，拥有创新能力和竞争实力。相反，如果脱离垄断行为进行反垄断执法，则很可能造成过度威慑的后果，最终伤及平台企业的创新能力和竞争实力。

第三，加强反垄断执法与行业监管的统筹协调，表明国家强调针对垄断行为实施经协调的功能监管。此前，央行已在《非银行支付机构条例（征求意见稿）》中试水“统筹协调”的监管模式，其第六十四条规定：“非银行支付机构实施垄断行为的，由国务院反垄断执法机构会同中国人民银行依据有关法律法规进行处罚。”但是，如何设计“会同”机制以确保实现反垄断执法与行业监管之间的统筹协调，仍然需要执法机构与行业监管机构进一步探索。经合组织在《监管者和竞争当局之间的关系》报告中指出，竞争主管机构通常持有更坚定的在各个产业保护竞争的立场，掌握更多的关于市场竞争的知识，通常对处理限制竞争行为更有经验，且更不易遭受监管俘获<sup>1</sup>。可见，反垄断执法机构需要稳妥地融合自身竞争关注与行业监管机构的行业关注，从而避免经合组织所担忧的行政资源浪费以及应用两套政策的所可能引发的不一致、抑制投资的现象<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 参见 OECD《监管者和竞争当局之间的关系》(Relationship between Regulators and Competition Authorities, DAFFE/CLP(99)8, 第9-10页。

<sup>2</sup> 同上，第9-10页。

## 二、相关市场界定方面的关键调整

《指南》的相关市场界定部分同样经历了重大调整，主要包括以下两点调整：

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第四条 相关市场界定</b></p> <p>……</p> <p>(一) 相关商品市场</p> <p>平台经济领域相关商品市场界定的基本方法是替代性分析。在个案中界定相关商品市场时，可以基于平台功能、商业模式、用户群体、多边市场、线下交易等因素进行需求替代分析；当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，<u>应考虑供给替代分析</u>，可以基于市场进入、技术壁垒、网络效应、跨界竞争等因素进行分析。</p> <p><del>在平台经济中，经营者之间的竞争通常围绕核心业务开展，以获得用户广泛和持久的注意力。因此，界定相关商品市场时，不能简单根据平台基础服务界定相关商品市场，还需要考虑可能存在的跨平台网络效应，决定将平台界定为一个独立的市场，或者分别界定多个关联市场。</del></p>	<p><b>第四条 相关市场界定</b></p> <p>……</p> <p>(一) 相关商品市场</p> <p>平台经济领域相关商品市场界定的基本方法是替代性分析。在个案中界定相关商品市场时，可以基于平台功能、商业模式、<u>应用场景</u>、用户群体、多边市场、线下交易等因素进行需求替代分析；当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，可以基于市场进入、技术壁垒、网络效应、<u>锁定效应、转移成本</u>、跨界竞争等因素<u>考虑供给替代分析</u>。<u>具体而言，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。</u></p>
<p>(三) 相关市场界定在各类垄断案件中的作用</p> <p>坚持个案分析原则，不同类型垄断案件对于相关市场界定的实际需求不同。</p> <p><del>对于平台经济领域经营者之间达成的固定价格、分割市场等横向垄断协议，以及固定转售价格、限定最低转售价格的纵向垄断协议，反垄断执法机构在违法性认定上可不明确界定相关市场。</del></p> <p><del>对于平台经济领域滥用市场支配地位案件，相关市场界定通常是认定经营者滥用市场支配地位行为的第一步。</del></p> <p><del>开展平台经济领域经营者集中反垄断审查，通常需要界定相关市场。</del></p> <p><del>在特定个案中，如果直接事实证据充足，只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显，准确界定相关市场条件不足或非常困难，可以不界定相关市场，直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。</del></p>	<p>(三) 相关市场界定在各类垄断案件中的作用</p> <p>坚持个案分析原则，不同类型垄断案件对于相关市场界定的实际需求不同。</p> <p><u>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。</u></p>

第一，进一步明确平台经济相关市场的界定方法。征求意见稿提出要根据跨平台网络效应界定一个独立市场或多个关联市场，但言尽于此，没有进一步分析相应的情形。对此，《指南》对于界定方法做了更为明确的指引，即：

1. 对平台一边的商品界定相关市场，例如网约车平台针对司机边附加争议性的交易条件，可能只需要基于司机边界定相关市场，考察平台在司机招募方面是否有市场支配地位。
2. 对平台所涉及的多边商品，基于其关联性界定多个相关市场，或者在有强大跨平台网络效应的情况下将多个相关市场合并为一个市场。我们在前篇文章的第五节中讨论了美国最高法院在2018年审理的一起涉及信用卡组织的案件，即信用卡组织的持卡人一边与商户一边应当被界定为同一相关市场还是两个相关市场的问题。这个问题的答案可能影响到垄断行为是否能够被证立、是否能

够被豁免，或是否会被视为具有正当理由。例如，在考察垄断行为对消费者的影响时，将一个市场的消费者还是多个市场的消费者作为考察对象能够对最终结论带来显著差异。

3. 如上文所述，反垄断委员会提出根据“跨平台网络效应”对于平台企业的约束力度来决定应当界定一个市场还是多个市场。我们认为，这一思路接近美国最高法院在 2018 年涉及某信用卡组织的判决中的多数意见的立场，即根据“间接网络效应”判断平台是一个“交易型双边市场”还是“非交易型双边市场”，而“跨平台网络效应”与“间接网络效应”相似，均指的是平台对一边客户的价值取决于另一边有多少客户使用该平台。从其他司法辖区的经验来看，信用卡组织作为平台，可能属于跨平台网络效应约束力度较大的情形。相反，就跨平台网络效应约束力度较小的情形，可以设想“报纸 — 广告”这一双边市场，因为报纸的读者不在乎平台另一边广告的多少，所以跨平台网络效应却只能影响平台的一边。

此外，征求意见稿中曾提及注意力竞争的概念，似乎拥抱了将核心业务不同的平台纳入同一相关市场的可能性（例如，将社交平台与视频平台依据注意力竞争纳入同一相关市场）。但是，《指南》未保留注意力竞争的提法，可能意味着注意力竞争未来不会在相关市场界定环节发挥重要作用，而是更多地作为相关市场界定后市场力量分析的一种补充。

第二，《指南》不再保留执法机构在一系列条件下可以不界定滥用市场支配地位行为的相关市场而直接认定平台企业实施了滥用行为的规定。如我们在前篇文章中所述，征求意见稿的有关规定能够降低执法机构在特定案件中的执法难度，但“证据充足、持续时间长、损害明显”的具体标准仍需要进一步明确。事实上，虽然美国联邦贸易委员会和司法部的 2010 年《横向合并指南》就已明确提出“执法部门的分析无需从相关市场界定开始”，并且不乏学者主张应当采用更直接的方法来进行竞争分析，但目前似乎确实缺乏普遍适用、可靠且被广泛接受的经济工具。就此而言，我们认为《指南》此举充分考虑了现实中的可行性问题。

尽管如此，我们在前篇文章中也指出，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”。因此，虽然《指南》没有保留可以不界定相关市场的规定，执法机构仍可能在实践中继续探索在滥用市场支配地位案件中不明确界定相关市场的适用情形。

### 三、垄断协议方面的关键调整

相较于基本原则和相关市场界定部分的调整，我们认为垄断协议方面的调整更加接近于技术性调整。我们提示注意以下几处调整：

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第五条 垄断协议的形式</b></p> <p>平台经济领域垄断协议主要是指平台经营者、平台内经营者排除、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，但实质上存在协调一致的行为。</p>	<p><b>第五条 垄断协议的形式</b></p> <p>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。</p>

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第七条 纵向垄断协议</b></p> <p>.....</p> <p><del>分析最惠国待遇条款是否构成纵向垄断协议，可综合考虑经营者签订该条款的商业动机、对市场的控制能力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响等。</del></p> <p>平台经营者与交易相对人达成排他性协议，可能构成《反垄断法》第十四条规定的其他垄断协议。<del>反垄断执法机构一般将</del>综合考虑平台经营者的市场力量、相关市场竞争状况、对其他经营者进入相关市场的阻碍程度等因素，<del>分析该协议是否具有排除、限制竞争效果。</del></p>	<p><b>第七条 纵向垄断协议</b></p> <p>.....</p> <p>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。</p> <p>分析上述行为是否构成《反垄断法》第十四条第（三）项规定的纵向垄断协议，可以综合考虑平台经营者的市场力量、相关市场竞争状况、对其他经营者进入相关市场的阻碍程度、对消费者利益和创新的影响等因素。</p>
<p><b>第八条 轴辐协议</b></p> <p>具有竞争关系的经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。分析该协议是否属于《反垄断法》规制的垄断协议，可考虑具有竞争关系的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。</p>	<p><b>第八条 轴辐协议</b></p> <p>具有竞争关系的平台内经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。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。</p>

第一，在横向垄断协议方面，明确独立的价格跟随行为不属于价格卡特尔。价格跟随行为是市场经济下的正常竞争行为，本条指引能够避免经营者过度解读协同行为的涵盖范围以至于影响正常的商业决策。需注意的是，“数据”也被规定为实现协同行为的一种方式，我们认为此处“数据”是指数据交换。若竞争者之间进行了敏感信息的交换，即便没有直接进行意思联络，若行为上表现出协调一致，也很难主张其价格行为是基于独立意思表示的价格跟随行为。

第二，明确平台经济中最惠国待遇条款的常见含义，并指出其属于纵向垄断协议和滥用市场支配地位的交叉领域。同时，不再保留“最惠国待遇条款”一词，引导经营者重点关注其表现形式。事实上，鉴于滥用行为通常也是通过协议的方式实施，不仅是最惠国待遇条款，其他类型的纵向垄断协议条款和滥用市场支配地位也可能存在交叉。换言之，对于处于交叉领域的行为，即使平台企业因为不具有市场支配地位而难以被视为滥用了市场支配地位，其也可能违反纵向垄断协议有关条款：

1. 第一种情形是市场份额高于通常所见的市场力量门槛但低于市场支配地位门槛的情形。例如，欧盟委员会在《适用[建立欧共体]条约第 81(3)〔101(3)〕条指南》第 26 段中指出，要证明特定纵向协议效果违法，其所需的市场力量小于《欧盟运行条约》第 102 条的市场支配地位<sup>3</sup>。考虑到欧盟委员会在《纵向协议集体豁免条例》中规定了 30% 的市场份额作为豁免上限，可以认为对于欧盟而言，如果经营者占有 30% 以上的市场份额，即使未达到市场支配地位，也可能被认定违法。与此类似，《关于汽车业的反垄断指南》中也针对纵向地域限制和客户限制提出了一个 30% 的市场份

<sup>3</sup> 26. The creation, maintenance or strengthening of market power can result from a restriction of competition between the parties to the agreement. It can also result from a restriction of competition between any one of the parties and third parties, e.g. because the agreement leads to foreclosure of competitors or because it raises competitors' costs, limiting their capacity to compete effectively with the contracting parties. Market power is a question of degree. The degree of market power normally required for the finding of an infringement under Article 81(1) in the case of agreements that are restrictive of competition by effect is less than the degree of market power required for a finding of dominance under Article 82.

额标准，对于其他行业的经营者的最惠国待遇条款或者其他纵向协议条款可能也有参考意义。

2. 另一种情形为产生累积效应的情形，即《关于汽车业的反垄断指南》指出的“相关市场上多数甚至全部经营者均采用相似纵向垄断协议，各类纵向限制形成网络，全面覆盖相关市场”之情形。此时，即使市场份额较低（乃至低于前文所述的 30%的经验门槛），仍可能被认定为违法。

第三，就轴辐协议的适用条款，反垄断委员会仍然保留了执法机构灵活选择适用第十三条和第十四条规制平台企业的可能性。日后，如果《反垄断法》修订草案第十七条关于禁止经营者组织、帮助达成垄断协议的规定得到保留，需要关注《指南》如何针对作为组织者的平台调整适用条款。

#### 四、滥用市场支配地位方面的关键调整

滥用市场支配地位方面保留了掠夺性定价（低于成本销售）的分析框架、二选一的分析框架、平台构成必需设施、大数据杀熟等核心内容。其虽然也有大量调整，但我们认为以技术性调整居多，主要包括补充规定认定市场支配地位的考量因素、增减构成滥用行为的情形、增减正当理由等。在众多调整中，我们谨提示特别注意以下调整：

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第十三条 低于成本销售</b></p> <p>……</p> <p>平台经营者低于成本销售可能具有以下正当理由：</p> <p>（一）在合理期限内为发展平台内其他业务；</p> <p>（二）在合理期限内为促进新商品进入市场；</p> <p>（三）能够证明行为具有正当性的其他理由。</p>	<p><b>第十三条 低于成本销售</b></p> <p>……</p> <p>平台<u>经济领域</u>经营者低于成本销售可能具有以下正当理由：</p> <p>（一）在合理期限内为发展平台内其他业务；</p> <p>（二）在合理期限内为促进新商品进入市场；</p> <p><u>（三）在合理期限内为吸引新用户；</u></p> <p><u>（四）在合理期限内开展促销活动；</u></p> <p>（五）能够证明行为具有正当性的其他理由。</p>
<p><b>第十四条 拒绝交易</b></p> <p>……</p> <p>认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合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等因素。</p> <p><del>认定相关数据是否构成必需设施，一般需要综合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等因素。</del></p> <p>……</p>	<p><b>第十四条 拒绝交易</b></p> <p>……</p> <p>认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑<u>该平台占有数据情况</u>、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。</p> <p>……</p>
<p><b>第十六条 搭售或者附加不合理交易条件</b></p> <p>……</p> <p>分析是否构成搭售或者附加不合理交易条件，可以考虑以下因素：</p> <p>（五）强制收集用户信息<u>或</u>附加与交易标的无关的交易条件。</p>	<p><b>第十六条 搭售或者附加不合理交易条件</b></p> <p>……</p> <p>分析是否构成搭售或者附加不合理交易条件，可以考虑以下因素：</p> <p>（五）强制收集<u>非必要</u>用户信息<u>或者</u>附加与交易标的无关的交易条件、<u>交易流程、服务项目</u>。</p>

《指南》征求意见稿	《指南》
<p>.....</p>	
<p><b>第十七条 差别待遇</b></p> <p>.....</p> <p>分析是否构成差别待遇，可以考虑以下因素：</p> <p>（一）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；</p> <p><del>（二）基于大数据和算法，对新老交易相对人实行差异性交易价格或者其他交易条件；</del></p> <p>（三）实行差异性标准、规则、算法；</p> <p>（四）实行差异性付款条件和交易方式。</p> <p>.....</p> <p>平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有以下正当理由：</p> <p>（二）针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动；</p> <p>.....</p>	<p><b>第十七条 差别待遇</b></p> <p>.....</p> <p>分析是否构成差别待遇，可以考虑以下因素：</p> <p>（一）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；</p> <p>（二）实行差异性标准、规则、算法；</p> <p>（三）实行差异性付款条件和交易方式。</p> <p>.....</p> <p>平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有以下正当理由：</p> <p>（二）针对新用户 在合理期限内开展的优惠活动；</p> <p>.....</p>

第一，掠夺性定价新增了“在合理期限内为吸引新用户”“在合理期限内开展促销活动”两种明确列举的正当理由。这两种情形均为平台企业在市场竞争中常见的商业行为，《指南》将之纳入正当理由表明反垄断委员会充分考虑了商业实践。

第二，鉴于对于数据的相关研究尚处于起步阶段，关于数据是否能够构成必需设施，业界不乏争议。虽然《指南》征求意见稿在将数据认定为必需设施时也遵循了关于认定必需设施的一般方法，但没有从根本上解决争议。因此，《指南》采用了变通办法，将数据作为认定平台属于必需设施的考量因素之一，不再保留有关数据是否构成必需设施的规定。与该方法异曲同工的是，《关于知识产权领域的反垄断指南》第十六条在最终版本中去除了征求意见稿中曾出现过的关于必需设施的提法，从而不明确挑明知识产权是否能够构成必需设施，避免了相关争议。

第三，附加不合理条件的行为类型中，《指南》对征求意见稿规定的“强制收集用户信息”进行了限制，将之明确为“非必要”的用户信息，减少了执法机构过度威慑的可能性。与此同时，《指南》明确列举了交易流程和服务项目这两类容易被平台企业附加不合理条件的情形。

第四，差别待遇方面，《指南》不再保留“基于大数据和算法，对新老交易相对人实行差异性交易价格或者其他交易条件”作为违法情形之一。我们认为这一调整具有合理性：（1）平台企业对新客户在合理期限内开展优惠活动（且不再限于首次交易）属于常见情形，虽然也可以证明其属于正当理由规定的情形，但征求意见稿将之列于违法行为之一仍然有过于严苛之嫌；（2）《指南》列举的第（一）种差别待遇情形（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)理论上可以覆盖对新、老客户提供不合理差别待遇的情形。尽管如此,平台企业仍需要注意把握“合理期限”的尺度,避免被视为利用大数据或算法实施差别待遇。

## 五、经营者集中方面的关键调整

经营者集中方面保留了关于协议控制架构需要申报,同时也继续强调执法机构高度关注针对初创企业、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,因此核心内容基本没有变动,相应调整基本属于技术性调整,以统一《指南》前后文、出于全面性和准确性目的对考量因素进行补充、改变表述方式等方面的调整为主。我们谨提示注意以下调整:

《指南》征求意见稿	《指南》
<p><b>第十八条 申报标准</b></p> <p>在平台经济领域,根据经营者的商业模式不同,营业额的计算可能有所区别。对于仅提供信息匹配、收取佣金的平台经营者,可以平台所收取的服务费及平台其他收入计算营业额;对于具体参与平台一侧市场竞争的平台经营者,可以平台所涉交易金额及平台其他收入计算营业额。</p>	<p><b>第十八条 申报标准</b></p> <p>在平台经济领域,经营者的营业额包括其销售商品和提供服务所获得的收入。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,营业额的计算可能有所区别。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。</p>
<p>对不予禁止的经营者集中,反垄断执法机构可以决定附加以下类型的限制性条件:</p> <p>(二)开放网络或平台等基础设施、许可关键技术、终止排他性协议、修改平台规则或者算法等行为性条件;</p>	<p>对不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以决定附加以下类型的限制性条件:</p> <p>(二)开放网络、数据或者平台等基础设施、许可关键技术、终止排他性协议、修改平台规则或者算法、承诺兼容或者不降低互操作性水平等行为性条件;</p>

第一,营业额方面,《指南》进一步明确平台企业的营业额包括销售收入和服务费两部分。并且,针对取得销售收入的情形,除了平台企业自己参与平台一边的竞争(例如自营店),《指南》还新增了“发挥主导作用”的情形。《指南》并未说明“发挥主导作用”具体指的是何种情形,但我们理解其可能针对的是平台企业可以决定平台一边交易条件的情形,例如网约车平台。

第二,《指南》将数据新增为可以明确要求开放的基础设施。此外,“承诺兼容或者不降低互操作性水平”也属于附条件批准的经营者集中案件中常见的行为性条件,其主要目的也是防止基础设施的拥有者通过技术手段排挤第三方经营者。

## 六、结语

相较于征求意见稿,《指南》除了做出大量的技术性调整、就不完善之处查漏补缺,还搁置了特定争议较大的实体内容、根据商业实践改善了有关规定,进一步降低了法律的不确定性、促进了平台企业对监管政策的理解。就《指南》中仍需进一步细化之处,我们期望看到执法机构通过竞争政策和执法实践予以进一步释明。我们相信,《指南》的落地,能够促使我国平台经济走向健康发展的道路。

## 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](mailto:chen.ma@hankunlaw.com)

### 仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: [da.shi@hankunlaw.com](mailto:da.shi@hankunlaw.com)