

## 平台经济反垄断指南公开征求意见

## “二选一”“大数据杀熟”可认定为垄断

□本报记者 杨洁 高佳晨

11月10日,国家市场监督管理总局发布《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》(简称《指南》),在一定程度上解决了过去《反垄断法》在处理互联网经济涉及垄断纠纷时的执法难题,“二选一”和“大数据杀熟”等屡禁不止的现象都可被认定为垄断。

中国政法大学民商经济法学院教授焦海涛在接受中国证券报记者专访时表示,这份《指南》对互联网经济领域反垄断实操执法有重要参考意义。根据《反垄断法》,一旦被认定为垄断,处罚额度将非常巨大。

受此消息的影响,11月10日,阿里巴巴、腾讯、京东集团、美团等港股互联网平台企业集体大跌。

## 具有三重意义

焦海涛表示,《指南》在立法、执法和引导企业合规三个层面具有重要意义。

在立法层面,《指南》试图解决《反垄断法》在处理数字经济、平台经济问题时的很多争议问题。“在涉及互联网经济主体时,大家发现《反垄断法》很难用,《指南》补充了《反垄断法》里面要么没有,要么规定得太抽象的一些内容。”焦海涛说。

他介绍,《指南》结合互联网平台经济特征,前瞻性地提出了“轴辐协议”“最惠国条款”等新内容。《指南》对协议控制(VIE)架构也做出规定,强调涉及VIE架构的经营者集中,属于经营者集中反垄断审查范围。

焦海涛介绍,关于互联网平台垄断行为认定,以前一个很大的难题是“相关市场界定”问题。《指南》特别提出,允许绕过“相关市场界定”这一步,这是对现有制度非常大的拓展。

《指南》提出,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



新华社图片

效果明显,准确界定相关市场条件不足或非困难,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。

在执法层面,焦海涛认为,《指南》对于实现互联网反垄断零执法案例的突破,将是重要参考。“最早腾讯、360大战,有过反垄断的立案,但是截至目前,都还没有进行过实质的处罚,我们希望《指南》能真正产生效果。”

焦海涛坦言,对互联网平台是否具备市场支配地位非常难认定,而这是判断是否垄断的前提。“在互联网经济中,创新能引起动态竞争,最典型的例子是,即便阿里活跃用户达到8亿,但还是会出现拼多多这样对其产生威胁的竞品出现,能认为阿里具备市场支配地位吗?”

焦海涛还表示,在企业层面,《指南》对互联网平台企业合规经营提供了指引。“因为一旦被认定为垄断,罚款金额是非常巨大的。《反垄断法》规定,垄断的罚款是以企业上一年度销售额为基础乘以一个百分比,起点是百分之一,而对很多大型互联网企业来说,营业额的一分之一也可能是数十亿元,数额是非常惊人的。”焦海涛说。

## 瞄准难点界定

具体来说,近年来屡禁不止的“二选一”可能构成“限定交易”行为。《指南》规定,具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能滥用市场支配地位,无正当理由对交易相对人进行限定交易,排除、

限制市场竞争。

《指南》表示,分析是否构成限定交易行为,可以考虑四点因素:第一,要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”或者其他具有相同效果的行为;第二,限定交易相对人与其进行独家交易;第三,限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易;第四,限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

《指南》还表示,分析是否构成限定交易,可重点考虑两种情形:一是平台经营者通过搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,因对市场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可认定构成限定交易行为。二是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,可能对平台内经营者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果,但如果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。

备受用户反感的“大数据杀熟”行为则可认定为“差别待遇”。《指南》指出,具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能滥用市场支配地位,无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇,排除、限制市场竞争。

《指南》提出,分析是否构成差别待遇,可以考虑四点因素:第一,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;第二,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;第三,实行差异性标准、规则、算法;第四,实行差异性付款条件和交易方式。

## 反垄断的精神是“鼓励创新”

浙江垦丁律师事务所主任律师张延来在接受中国证券报记者采访时表示,互联网经济领域已经从传统的单边交易市场转变到双边甚至多边市场,参与的主体越来越多,法律关系越来越复杂,市场边界也越来越模糊,因此很难在传统《反垄断法》的框架下对互联网经济领域里的市场支配地位作出清晰界定,市场支配地位又是判断是否具有垄断行为的前提。

在张延来看来,《指南》更加具体地给出了诸多判断维度,让互联网经济领域反垄断有了更多实操的标准,但无论如何这些仍然是颗粒度很粗的一些维度,留下了非常大的主观判断空间。因此,监管和司法对企业是否具有滥用市场支配地位行为的判断也应该慎之又慎,过分打压优势地位企业经营决策能力会造成更多其他企业参与市场竞争时激励不足。

焦海涛则强调,反垄断的精神不是阻碍创新,而是鼓励创新,“一些垄断行为实际上阻碍了创新,阻碍了效率,反垄断是想要恢复一个更加有利于创新的市场环境。”

据了解,在2020年1月发布的《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》中,第一条立法目的新增了“鼓励创新”一项。

焦海涛介绍,过去很多大平台对初创企业的并购行为,按照营业额来看,没有达到经营者集中申报标准,但事实上限制了竞争。《指南》特别提出,反垄断执法机构可以对一些未达到经营者集中申报标准的,但在具有排除或限制竞争效果的并购行为进行调查。“这项规定,非常契合当前互联网平台并购行为特点,是对过去《反垄断法》一个重要的补充规定。”

《指南》规定,平台经济领域未达到申报标准的经营者集中具有以下情形,且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将依法进行调查处理。一是参与集中的一方经营者为初创企业、新兴平台;二是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;三是相关市场集中度较高,参与竞争者数量较少;四是具有或者可能具有排除、限制竞争效果的其他情形。

《指南》表示,对平台经济领域开展反垄断监管坚持营造公平竞争秩序、加强科学有效监管、激发创新创造活力、促进行业健康发展、维护各方合法利益五项原则。《指南》将致力于维护平台经济领域公平竞争,引导和激励平台经营者将更多资源用于技术革新、质量改进、服务提升和模式创新,防止和制止排除、限制竞争行为抑制平台经济创新发展和经济活力,有效激发全社会创新创造动力,构筑经济社会发展新优势和新动能。

## 医疗医药行业成进博会“闪耀的星”

□本报记者 徐金忠

在疫情的特殊背景下,今年的进博会上,医疗器械和医药保健展区成为大家关注的焦点之一。抗疫产品、抗癌新药、高端医疗器械等争相亮相,吸引了参观观众以及参展商的关注。另外,今年进博会上展示的医疗医药新成果背后的全球创新机制,成为行业内关注的焦点。虽然各方面都受到疫情影响,但是在攻克医学难题、推动医学进步上,全世界仍然紧密合作,在这其中,国内企业则受益于国内疫情的及时有效控制,成为推动创新的强劲力量。

## 全球医疗科技创新加速

今年,突如其来的新冠肺炎疫情严重影响了人们的生产生活,但是我们也并未被疫情打倒,而是加紧科技创新,用科技创新的无穷力量对抗疫情的威胁。同样,对待其它威胁人类生命的疾病,我们也将用科技的力量“教训它们”。

上海市副市长宗明在进博会期间表示,面对突如其来的疫情,上海疫情防控取得了积极成果。同时,上海方面充分发挥科技力量,临床诊治推出新冠肺炎“上海方案”,检测试剂检测位居全国前列;成功研发建设了国内首个符合国家海关标准、采用标准集装箱尺寸的P2+移动式核酸检测方舱实验室。

在疫苗和药物研发方面,复星医药与德国BioNTech公司合作的,在中国进行I期临床试验的mRNA新冠疫苗BNT162b1完成主要终点节点,进入数据分析阶段。BioNTech方面表示,一旦疫苗获批,公司计划在2020年底提供高达1亿剂疫苗,2021年底累计提供13亿剂疫苗。抗癌药物在本届进博会上继续吸引公众关注。进博会期间,罗氏带来免疫肿瘤领域的新突破,泰圣奇(阿替利珠单抗)联合贝伐珠单抗用于一线治疗不可切除肝细胞癌的免疫联合治疗方案。在血液肿瘤领域,罗氏带来两款创新药物,有望将中国淋巴瘤患者五年生存率提升至西方发达国家水平。拜耳带来了多非亚,这款药物是在中国首发,用以治疗前列腺癌。此外,医科达抗癌症新利器Elekta Unity备受关注,经过近两年的临床试验和测试,这款产品在2020年秋获得国家药品监督管理局正式批准在中国上市。

本届进博会在医药领域也是硕果累累。上海市医保局在进博会现场首次举行带量采购中选药品和医用耗材采购意向签约。本次签订采购意向的产

品主要包括第三批国家组织药品集中采购及上海市高值医用耗材集中采购试点的部分外资企业中选产品,以及上述企业通过上海医药采购阳光平台供应的药品,意向采购金额总计约8.41亿元,其中药品的意向采购金额为7.94亿元,高值医用耗材的意向采购金额为4660万元。

今年,突如其来的新冠肺炎疫情严重影响了人们的生产生活,但是我们也并未被疫情打倒,而是加紧科技创新,用科技创新的无穷力量对抗疫情的威胁。同样,对待其它威胁人类生命的疾病,我们也将用科技的力量“教训它们”。

上海市副市长宗明在进博会期间表示,面对突如其来的疫情,上海疫情防控取得了积极成果。同时,上海方面充分发挥科技力量,临床诊治推出新冠肺炎“上海方案”,检测试剂检测位居全国前列;成功研发建设了国内首个符合国家海关标准、采用标准集装箱尺寸的P2+移动式核酸检测方舱实验室。

在疫苗和药物研发方面,复星医药与德国BioNTech公司合作的,在中国进行I期临床试验的mRNA新冠疫苗BNT162b1完成主要终点节点,进入数据分析阶段。BioNTech方面表示,一旦疫苗获批,公司计划在2020年底提供高达1亿剂疫苗,2021年底累计提供13亿剂疫苗。抗癌药物在本届进博会上继续吸引公众关注。进博会期间,罗氏带来免疫肿瘤领域的新突破,泰圣奇(阿替利珠单抗)联合贝伐珠单抗用于一线治疗不可切除肝细胞癌的免疫联合治疗方案。在血液肿瘤领域,罗氏带来两款创新药物,有望将中国淋巴瘤患者五年生存率提升至西方发达国家水平。拜耳带来了多非亚,这款药物是在中国首发,用以治疗前列腺癌。此外,医科达抗癌症新利器Elekta Unity备受关注,经过近两年的临床试验和测试,这款产品在2020年秋获得国家药品监督管理局正式批准在中国上市。

本届进博会在医药领域也是硕果累累。上海市医保局在进博会现场首次举行带量采购中选药品和医用耗材采购意向签约。本次签订采购意向的产

品主要包括第三批国家组织药品集中采购及上海市高值医用耗材集中采购试点的部分外资企业中选产品,以及上述企业通过上海医药采购阳光平台供应的药品,意向采购金额总计约8.41亿元,其中药品的意向采购金额为7.94亿元,高值医用耗材的意向采购金额为4660万元。

今年,突如其来的新冠肺炎疫情严重影响了人们的生产生活,但是我们也并未被疫情打倒,而是加紧科技创新,用科技创新的无穷力量对抗疫情的威胁。同样,对待其它威胁人类生命的疾病,我们也将用科技的力量“教训它们”。

上海市副市长宗明在进博会期间表示,面对突如其来的疫情,上海疫情防控取得了积极成果。同时,上海方面充分发挥科技力量,临床诊治推出新冠肺炎“上海方案”,检测试剂检测位居全国前列;成功研发建设了国内首个符合国家海关标准、采用标准集装箱尺寸的P2+移动式核酸检测方舱实验室。在疫苗和药物研发方面,复星医药与德国BioNTech公司合作的,在中国进行I期临床试验的mRNA新冠疫苗BNT162b1完成主要终点节点,进入数据分析阶段。BioNTech方面表示,一旦疫苗获批,公司计划在2020年底提供高达1亿剂疫苗,2021年底累计提供13亿剂疫苗。抗癌药物在本届进博会上继续吸引公众关注。进博会期间,罗氏带来免疫肿瘤领域的新突破,泰圣奇(阿替利珠单抗)联合贝伐珠单抗用于一线治疗不可切除肝细胞癌的免疫联合治疗方案。在血液肿瘤领域,罗氏带来两款创新药物,有望将中国淋巴瘤患者五年生存率提升至西方发达国家水平。拜耳带来了多非亚,这款药物是在中国首发,用以治疗前列腺癌。此外,医科达抗癌症新利器Elekta Unity备受关注,经过近两年的临床试验和测试,这款产品在2020年秋获得国家药品监督管理局正式批准在中国上市。

## 上市公司提质增效进行时

东方证券:

## 立足完善监督制衡机制 切实提升公司治理水平

□本报记者 管秀丽

监事会作为公司治理的关键环节,在建立健全权责对等、运转协调、有效制衡的国有金融企业决策执行监督机制中发挥着主体性作用。中国证券报记者在采访中了解到,东方证券监事会积极贯彻落实《国务院关于进一步提高上市公司质量的意见》(简称《意见》)各项部署,把握时代要求,恪守责任担当,着力把提高上市公司质量作为未来工作的重中之重。

## 六方面完善公司法人治理

东方证券为申能集团下属国有控股金融企业,于2015年、2016年分别完成A股及H股上市。东方证券持续完善公司治理,积极优化业务布局,稳步提升核心竞争力,逐渐发展成为一家为客户提供全方位、一站式专业综合金融服务的证券金融控股集团。

作为中国特色现代公司治理机制的重要组成部分,东方证券监事会始终秉持“到位不越位”的工作原则,明确与其他治理主体的权责边界,全力保障监事会的“知情权”“监督权”“建议权”,切实履行法定监督职责,有效形成“在监督中促进发展,在发展中加强监督”的良性工作循环,在完善公司法人治理、防范金融风险、维护国有资产保值增值方面取得了显著成效。

一是坚决落实国企两个“一以贯之”,

完善中国特色国有控股上市公司治理机制。作为国有控股金融企业,东方证券坚决贯彻落实国企两个“一以贯之”,持续探索党的领导和公司治理有机融合的有效模式,通过双向进入交叉任职、三会议案前置审议等形式,明确党组织在法人治理结构中的法定地位,将党的路线方针和经济金融政策落实到公司治理经营中,不断完善中国特色国有控股上市公司治理机制。

二是深化合规风控实质性监督,确保国资国企稳健发展。东方证券监事会以实质性监督为原则,聚焦市场风险重点,严守合规风控底线,密切关注股权质押和存量风险资产处置等重点事项,发送监督建议书并加强事后跟踪整改落实,为公司及时排查风险隐患,确保风控指标符合监管要求,助力公司经营平稳有序发展。

三是聚焦重大财务事项及定期报告,探索财务监督有效模式。监事会以资产负债配置、财务报告编制、资产减值计提等重要财务事项为监督抓手,重点关注定期报告中的财务指标、经营数据、风控指标、合规事项等内容,并进行提炼分析,形成监事会重点关注事项。建立监事会与会计师事务所的长效沟通机制,增强监督的客观性与专业性,不断提升监事会财务监督效能。

四是督促董事、高管履职尽责,夯实公司规范治理基础。东方证券监事会率先在上海市属金融企业中建立监事会对董监高的履职评价体系,通过填写会议评价表对

董监高出席会议次数、发表意见情况进行量化评价,通过建立董监高履职档案将履职监督工作进一步常态化、持续化,做到责、权、利、效相统一,并及时沟通反馈意见,实时监测实施效果,定期优化评价指标,动态调整操作流程。

五是强化问题导向巡视调研,力促中介机构归位尽责。为压实证券公司作为中介机构的主体责任,监事会以全面落实新证券法为契机,协同公司相关部门,推进公司合规管理有效性评估,促进公司提高风险意识,构筑风险管理牢固防线。同时,加强对子公司合规、风控垂直管理监督,发送监督意见并及时跟踪整改效果;侧重对相关子公司进行专项巡视调研,督促提升执业质量,严控执业风险,强化中介机构法律责任,全面助力资本市场深化改革与健康发展。

六是构建综合监督平台,有效形成内外监督合力。东方证券监事会有效整合内外资源,强化与公司合规、风控、稽核等部门的沟通协作,并充分借助中介机构力量,搭建综合监督平台,开展境外投资后评估等专项调研工作,并及时向董事会、经理层提出独立、客观、严谨的监督建议,协助公司把握业务发展和风险控制之间的平衡关系,确保公司健康、规范、高质量发展。

## 五大举措更好发挥监事会作用

《意见》颁布时,恰逢国企改革三年

行动元年,又值国内国际双循环新发展格局形成之际,东方证券作为国有A+H上市公司证券公司,在资本市场深化改革与社会主义市场经济发展进程中肩负着时代赋予的重任。

一是进一步明确监事会履职权责。及时跟踪梳理法律法规与实践经验形成履职手册,清晰界定A+H上市公司监事会监督职责,规范贯彻两地监管机构对监事会的运作要求。

二是进一步强化与董事会、经理层的协调沟通,以沟通促进监督,以监督促进决策与执行,实现决策机制、监督机制和经营管理机制的良性互动。

三是进一步发挥监事会核心监督作用。优化整合监督资源,完善协同监督体系,构建母子监事会(会)交流渠道,加强对子公司监事会(会)的履职指导,提高集团公司整体治理的规范性。

四是进一步优化创新监督工作方法。保持继续学习精神,把握最新政策要求,积极借鉴优秀经验,勇于创新监督方法,持续完善制度流程,为公司创建“具有国内一流核心竞争力、为客户提供综合金融服务的现代投资银行”夯实管理基础。

五是自律自强形成共建合力。监事会将发挥公司治理监督机构的主动性、积极性,切实督促公司治理规范运行,持续推进上市公司提质增效,为建设规范、透明、开放、有活力、有韧性的资本市场做出应有贡献。