

中国首起“互联网垄断案”判而未决

日前,奇虎 360 起诉腾讯滥用市场支配地位一案在广东省高级人民法院宣判。广东省高院判定,即时通讯与微博、社交网络等构成强竞争和替代关系,而且是全球性市场,充分竞争,腾讯并未处绝对主导地位,而且也未加以滥用,因而不存在滥用市场支配地位的情况。

广东省高院不支持原告 360 的全部诉讼请求。互联网领域的反垄断第一案初告结束。然而,中国首起“互联网垄断案”,并未因广东高院的一纸判决而平息。中国互联网巨头、坐拥超 7 亿中国用户的腾讯 QQ,其“相关市场”界定为全球是否客观,其强迫用户“二选一”的行为是单纯的“侵权”还是“滥用”市场支配地位,都成为新一轮互联网产业、司法界乃至全社会热议的话题。

垄断之辩

与开庭时的十余小时的激辩相比,3 月 28 日广东省高院的宣判显得过于简短。由于信息技术领域的垄断即使在国际上也是一个异常复杂的问题,因此,在反垄断案的审理过程,众多法律专家和业内人士对广东高法的判决结果以及审理此案过程中所采用的界定方式提出不同意见。

2012 年 4 月,奇虎 360 诉腾讯滥用市场支配地位纠纷一案开庭。奇虎 360 称,腾讯公司逼迫用户在 360 与 QQ 软件之间“选边站队”,妨害了市场竞争,构成了滥用市场支配地位。

据了解,国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》为相关商品市场的界定提供了需求替代法。通俗地说,就是从需求者的角度出发,商品之间的可替代程度越高,竞争关系越强,就越可能是同属一个相关市场;相反,则不是。

据悉,在原、被告首次的庭审激辩中,主要围绕的四个争议焦点分别是:相关市场如何界定;被告在相关市场是否具有支配地位;

被告是否滥用市场支配地位,排除、限制竞争;被告应当承担何种民事责任。

其中,相关市场界定是其他三个问题的前提。是否构成垄断,前提必须先明确该产品所处的相关商品市场和地域范围。范围确定,才有垄断之说。

目前,根据第三方机构测算,腾讯的市场份额高达 76.2%,而其他任何一个经营者的份额都不超过 7%,该市场一家独大的现实不容置疑。对此,广东省法院则认为,腾讯 QQ 的商品市场范围存在差异。

“相关市场”:界定范围之争

本次诉讼中,360 方面援引专家辅助人 RBB 经济咨询公司的调查,称短信、电话、电子邮件、社交网络、微博等工具因功能单一、即时性差、使用习惯不同等原因,而应被排除在 QQ 所在的综合性即时通讯市场之外。腾讯公司则反驳 360 公司“故意采用过窄”的方法来界定相关商品市场,使 QQ 的市场地位被“人为高估”。

腾讯方面认为,MSN、人人桌面、网易 POPO、阿里旺旺、米聊、飞信、微博等都具有即时通讯的功能,与 QQ 都存在竞争关系,所以 QQ 的“相关市场”中的竞争者众多。

最终,广东高院采纳了腾讯方面的观点,认为 360 公司对本案相关产品市场界定存在错误,故不支持相关诉讼请求。

同时,博客中国创始人、知名互联网人士方兴东认为,广东高院将腾讯 QQ 即时通讯软件所属市场归为全球市场明显不符合逻辑。互联网软件多是免费产品,任何人都可以通过互联网免费获得。从这个角度来看,任何一个东西都存在全球市场。这说明,从全球市场界定即时通讯的相关市场过于宽泛,而恰恰是相关市场的界定对此次判决产生了决定性的影响。

因此,有专业人士认为,即时通讯服务应按语言文化进行区分。使用即时通讯中文版和其他语言的版本的用户不能被视为统一市场,而且也无法形成竞争。不能想象美国用户使用的 MSN 会与中国用户使用的 QQ 形成竞争关系。同时,由于语言障碍,能流利地用英文或其他外文使用外国即使通讯的中国大陆用户是极少数。

中国互联网协会信用评价中心法律顾问赵占领认为:“相关产品市场的界定有争议在

所难免,但把相关地域市场界定成全球市场,可谓判决的一大硬伤。”

假定垄断者测试:有悖认知常识

作为本案另外一个关注点,“假定垄断者测试”在审理中的应用,立即引发了各界的更大争议。

该案审判长、广东省高级人民法院民三庭副庭长张学军认为,360 诉腾讯滥用市场支配地位一案中,最大的创新是将“假定垄断者测试”(SSNIP 测试)应用到互联网领域相关市场的界定中来。2009 年 5 月发布的《国务院反垄断委员会关于市场界定的指南》(下称《指南》)指出,在经营者竞争的市场范围不够清晰或不易确定时,可以按照“假定垄断者测试”的分析思路来界定相关市场。

对此,有法律人士表示,“假定垄断者测试”以往主要用在传统行业中,本案的独特之处在于,法官将其运用到互联网领域,但是在以“免费”为最大特质的互联网产品中,引入“收费”的假定条件,此做法有悖于认知常识,值得商榷。

按照假定垄断者测试的方法,一个被假定的垄断者,在持续一段时间适度提高价格,结果消费者转向了其他替代品,那么替代品与诉争产品则属于同一市场;反之,则不属于。

广东省高院在本案判决中认为,如果 QQ 开始收费的话,用户一定会转而选择免费的“提供即时通讯服务的微博”,或者转而选择“只提供单一视频服务的即时通讯”。

事实上,免费是互联网产业通行的服务模式,无论是 QQ 软件还是 360 软件都是如此,而“假定垄断者测试”的分析方法以价格涨跌为基础,将其应用于免费的互联网领域存在缺陷。

中国社科院规制与竞争研究中心主任、国务院反垄断委员会专家咨询组专家张昕竹也认为,本案多达 5 万字、80 页的裁判文书目前并未公之于众,目前还不了解 3Q 案的“假定垄断者测试”的具体分析过程,但一直以来,一些律师和法官在实践过程中对这一方法存在误解。

据悉,正是因为法官采用了假定垄断者测试分析方法,最终得出结论:腾讯 QQ 与“文字、音频及视频单一功能的即时通讯”、“SNS 社交网站及微博”等属于同一商品市



场。

然而,有业内人士指出,腾讯方面也显然清楚了解 SNS 社交网站及微博和及时通讯产品的“区别”和“互补性”。据称,腾讯 QQ 的主要功能是用户之间相互的交流沟通,微博等产品的功能更偏向于“自媒体”信息的发布和传递,这两者有着本质的区别。如果两者功能相同并可以替代,那么腾讯就不需要在拥有近 7 亿 QQ 用户的基础上,还大力开发运营腾讯微博产品,也无需收购开心网等 SNS 社交网站了。

“二选一”不严惩:严重影响创新发展

根据判决,广东高法认定“从全球视野来看”,微博、SNS 社区、电子邮箱等对即时通讯有很强的替代性,应作为统一市场来看,是一个全球性竞争市场,QQ 在市场中并无支配地位,构筑不起任何市场壁垒。既然 QQ 没有市场支配地位,腾讯在 2010 年 3Q 大战中著名的“二选一”行为当然不存在滥用市场地位问题。

那么,这对中国互联网行业会产生怎样的影响?很明显,这将在两方面产生影响,并可能导致互联网行业更加混乱,创新能力会受到影响。

首先,广高法认定腾讯的“二选一”不属于滥用抵偿地位,而是“超出必要限度”的不正当行为。这意味着只要腾讯做得更巧妙些

“二选一”,不激起公众大规模的愤怒,是可以行得通的。例如,如果腾讯不是同时通知所有 QQ 用户要么选择 QQ,要么选择 360,而是分时段、分地区、小批次地进行“二选一”,那么 360 的市场份额会被一点点地消除,即使选择起诉,按照广东高法对“二选一”的认定,腾讯也不会败诉,更谈不上停止“二选一”。

因此,广东高法对“二选一”的判定,其客观效果是鼓励了互联网中的“二选一”行为,前提是要做得巧妙,不能引起舆论关注。

其次,广东高法的判决间接肯定了腾讯的“搭售”行为,按照互联网行业内的普遍看法,肯定了腾讯通过模仿竞争对手产品并在其用户群中通过捆绑方式,达到提高自身市场份额、遏制竞争对手的目的。3Q 大战的起源,其实在于腾讯推出了高度模仿 360 安全卫士的同类产品,并在 QQ 用户中采用捆绑和静默安装的方式,快速提高自身市场份额。这种方式不能把竞争对手打死,但却能够压制竞争对手的成长空间。

“二选一”这种行为具有违法性,是非常危险的。”该案审判长张学军也如此表示,假定某个公司在具有支配地位的情况下,还要逼用户要么选择自己,要么选择对方,就很可能导致用户卸载对方的软件,这是排除、妨碍竞争的典型表现。

可见,司法如何与产业实际相结合,360 腾讯“反垄断案”的后续审理将给业界更多的思考。

(中经网)

缺乏监管 高学历年轻干部借权敛财值得警惕



追踪这位 80 后高学历副局长的贪腐案,记者发现,个别高学历年轻干部借权敛财的现象值得警惕,如何加强对年轻干部的选用和监管,成为迫切需要解决的问题。

独揽项目招标 收好处费千万元

一个“想干事、能干事”的高学历年轻干部,一名海南十大杰出青年、海南五四奖章等诸多荣誉的获得者,在工程招投标项目独揽大权后,难以抵挡金钱诱惑,总造价达 5 亿元的安置房项目最终使他走向腐败堕落的前沿。

清华大学工学硕士毕业的肖明辉年仅 33 岁,海南省洋浦经济开发区规划建设土地局前副局长、主管建设工程。2007 年底,海南洋浦经济开发区居民安置区及相关公共配套设施工程 EPC 总承包项目(下称“洋浦 E PC 项目”)经批准立项,由洋浦规划局作为项目业主进行筹划建设。

海南省引入 EPC 模式尚无先例,肖明辉借鉴其他大型项目筹备的经验,重新编写了《招标文件》及《合同条件》。后续的招标工作中,肖明辉与其司机张成梁商议,寻找符合承建资质的公司投标洋浦 EPC 项目,从中收取“好处费”。

在张成梁等人的牵线搭桥下,一家中字头的建筑公司承诺中标后支付工程总价 5% 的“好处费”。随后,这家建筑公司在 2008 年 3 月以最高分中标。在 2009 年至 2011 年间,为便于接受“好处费”,张成梁分别在屯昌和海口注册公司,与建筑公司签订了 10 份虚假供

货或劳务合同。

经法庭审理认定,肖明辉和张成梁以工程材料款和工程款的名义,向建筑公司提供了 2076.68 万元的发票。其间,这家建筑公司向肖明辉、张成梁共支付 1611.865 万元的“好处费”。张成梁按肖明辉的要求将部分好处费以现金、存款、铺面的形式转给肖明辉,余款被张成梁占有。

缺乏监管“杰出青年”走上“钱途”

短短 6 年间,肖明辉先后出色地完成了环境监测站、洋浦中学、洋浦中心医院等多个政府投资工程项目的管理及筹备工作,深受同事好评和领导器重,头顶“杰出青年”“五四青年”的耀眼“光环”。缘何原本前程似锦的青年干部,却走上了腐败的不归路?

在知情人士看来,肖明辉的成长历程堪称“火箭速度”。“个人能力突出,又是清华的硕士毕业生,他迅速受到重用,不到两年就成为开发区规划建设土地局副局长。但是,他心理成熟程度和相关监督力量却没有及时跟进,导致他走入歧途。”海南省洋浦经济开发区的一位知情人士说。

“虽然身为规划局副局长,但在造价高达 5 亿元的项目中,肖明辉是名副其实的‘一把手’。由他一人‘既负责合同文件起草,又负责中标企业的选择’,难免缺乏制衡监督力量。”在此案一审审判长伍炳霖看来,对工程招标领域“一把手”的监管缺失,使肖明辉才敢公然索要好处费,并非法收受财物逾 1600 万元。

对于此案,中国行政体制改革研究会副会长汪玉凯认为,一个原本优秀的青年干部几年内迅速滑坡,从外部环境上看,是一些不健康的官场文化影响了官员个体;从个人角度看,则是青年人阅历尚浅、急于求成,导致其为了“小集团利益”而放弃了个人原则。

从科员到“副局长”升迁时间不到两年,头顶多个“杰出青年”“五四奖章”的耀眼“光环”,年仅 33 岁清华大学工学硕士毕业的肖明辉,在 5 亿元的工程招标中大权独揽,收受 1611 万元的“好处费”,多次为他人谋取不正当经济利益。此前,海南省高院作出终审判决,判处肖明辉无期徒刑,剥夺政治权利终身。

完善约束机制 防止年轻干部贪腐

2008 年 10 月中旬,肖明辉被评为海南省第九届十大“杰出青年”,先进材料所称的“肖明辉严格遵守单位的各项规章制度,廉洁自律;以集体利益为重,不计较个人得失……”,与该案形成了极大反差。

近年来,各地加大了年轻干部的选拔任用,一大批 35 岁左右年富力强的年轻干部走上领导岗位,表现出卓越才能。然而,像肖明辉这般借权敛财的年轻干部也绝非个案。据海口市检察院统计,近 5 年时间,查办 40 岁以下的年轻干部职务犯罪 166 人,占立案总人数的 38.5%,且呈现涉案金额大、大案、要案多等特点。

对此,一些专家学者认为,干部“年轻化”不能等同于“高学历”“能力强”,宽松的成长环境也不意味着放松对其监督和鞭策。伍炳霖说:“可作为高学历官员,肖明辉的专业角色显得无可替代,这也是其手握多项重权的主要原因。但是,将投资决策、资金使用的权限集中于一人之手,难免过度强化个人意志,加大干部腐败风险。”

海南省公共关系协会秘书长代红也认为,“在授予青年干部权力的同时,必须保证程序透明及监管有力。”

“一个成熟的干部,必须经历民意考核、基层历练等一系列长效、完整的评价体系。从这个角度看,肖明辉的历练之路并不完整。”海南洋浦经济开发区的一位官员说,年轻干部的成熟过程中,既需要有促进其向上的激励机制,也需要相应的约束机制。

肖明辉职务犯罪心路历程剖析

清华大学硕士毕业,年仅 33 岁的肖明辉,在 5 亿元的工程招标中,收受 1611 万元“好

处费”,为他人谋取不正当经济利益。一个“想干事、能干事”的高学历青年干部,缘何难以抵挡金钱诱惑,最终走向腐败堕落?

“好处费”是行业内潜规则

“一个人独立规划建设一座城市,就像培育自己的孩子,喜欢‘白纸作画’的成就感。”肖明辉 2006 年 9 月被海南洋浦经济开发区作为优秀人才引进。

肖明辉在洋浦经济开发区的工作干得风生水起。他先后完成了环境监测站、滨海路、景观路、洋浦中学、洋浦中心医院等众多政府投资工程项目的管理工作,出色地完成了第二出口路、居民安置区及服务设施工程等重大项目的筹备工作。

随后,海南五四青年奖章、海南十大杰出青年等许多荣誉也逐渐将他“包裹”。其实在,肖明辉看来,荣誉远没有“好处费”来得实在。

“土木工程是一个充斥着‘一夜暴富’神话的行业。5%-10% 的‘好处费’是行业内众人皆知的潜规则。”肖明辉说,在学校时,在老师和同学中广泛流传着工程界潜规则以及潜规则下的财富分配理论。

“工作后,身边也确实存在较多暴富的建筑商,也见证了工程行业的高利润,学校和工作时的见闻,使我将违背法律和纪律的潜规则当成了主流,也干起了所谓‘见者有份’的勾当。”肖明辉说。

贪念源于“用好处费改善生活”

“我的学习成绩等方面在同龄人中较为突出,自己攀比心理极为严重,整天做着‘人上人’的梦。”话语间肖明辉自信、自傲的性格表现得淋漓尽致。

“看着那些工程老板们过着奢侈的生活,不由地产生了攀比的念头,自己做的贡献不比他们少,也该过和他们一样的生活。被提拔为副处级以后,愈加渴望得到尊重和肯定,不断寻找彰显自身价值的途径。”

其实,最让肖明辉倍感痛苦的是家庭经济拮据。他认为让父母、妻儿过上富裕生活是他人生价值的最大体现。

对于美声专业、喜欢听音乐会的妻子,肖明辉深感自责。“我月收入 2900 元,妻子 1800 元,周末去海口吃住,再加上 300 元一张的音乐会门票,一趟花费上千元,承担起来很吃力。”

对于年迈的父母,肖明辉在经济上无力支援。“单位不提供住房,17 万买房子,洋浦给的 15 万安家费不够,父母还贴补 2 万元,父亲肺癌晚期在医院,家里经济上的困难可想而知。”

“经历了这些以后,我决定用‘好处费’改善我的生活!”

坐在《经济参考报》记者一旁的办案法官说,15 万的安家费对于 2006 年的收入来说,已属较高水平,年轻人生活刚起步往往困难多一些,为何要急于干呢?

下属拉拢 共筑利益链条

在这起贪腐案件中,洋浦经济开发区规划局司机张成梁为肖明辉的贪腐起到了牵线搭桥的关键作用。

“我和张成梁的私交好,刚到洋浦举目无亲的时候,他像照顾弟弟一样关心我。”

后来,肖明辉与张成梁商议收取工程款 5% 的“好处费”后,肖明辉内心深处犹豫不决,惴惴不安。张成梁多次劝说:“做一件事,冒一次险,得一生富。”

“只要把好工程质量关,控制好价格,按照潜规则收的这笔钱也不会被发现。”在张成梁的劝说下,肖明辉的侥幸心理开始作祟。

“看到银行卡上的数字猛增,不是高兴,是害怕。”截至 2011 年 8 月 13 日,中铁建设集团珠海公司剩余 400 多万元还未支付,肖明辉已被人举报,遭检方调查,被刑事拘留。

“人在困境的时候,心灵是最脆弱的,需要找钱来解决生活问题的时候,千万元‘好处费’的贪腐行为就顺其自然地发生了。”肖明辉说。

(经济参考报)

国药准字H46020636

快克

复方氨酚烷胺胶囊

适用于缓解普通感冒或流行感冒引起的发热、头痛、四肢酸痛、打喷嚏、流鼻涕、鼻塞、咽痛等症状,也可用于流行感冒的预防和治疗。

请在医生的指导下购买和使用

海南亚洲制药生产

海南快克药业总经销