



环球律师事务所
GLOBAL LAW OFFICE

环球反垄断法律专递（第三期）

2018年3月

环球反垄断法律专递 （第三期）

**GLO Antitrust Law & Policy
Newsletter**

Volume 3

环球反垄断团队

GLO Antitrust Practice Group

2018年3月

March, 2018

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road, Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No.150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

环球反垄断法律专递（第三期）

2018年3月

目录

➤ 反垄断专论	4
如何看待此次中国反垄断执法体制的调整?	4
What Are My Takes on the Reform Plan of the Anti-Monopoly System?	7
“两票制”下的反垄断风险	11
➤ 案例评析	22
各国对高通公司反垄断执法的评述（2015-2018）	22
➤ 环球反垄断动态	27
➤ 环球反垄断招募信息	28

GLO Antitrust Law & Policy Newsletter (Volume 3) March, 2018

Contents

➤ Anti-Monopoly Law Monograph	4
What Are My Takes on the Reform Plan of the Anti-Monopoly System?(Chinese)	4
What Are My Takes on the Reform Plan of the Anti-Monopoly System?(English)	7
Anti-trust Risk in Two-Invoicing System	11
➤ Anti-Monopoly Case Study	22
Commentary on the Global Qualcomm Anti-Monopoly Cases	22
➤ GLO Anti-Monopoly Updates	27
➤ GLO Anti-Monopoly Recruit Info	28

➤ 反垄断专论

如何看待此次中国反垄断执法体制的调整？

北京市环球律师事务所

合伙人 万江

一、反垄断执法体制调整方案

2018年3月17日，中国第十三届全国人民代表大会第一次会议批准了《国务院机构改革方案》。根据此次国务院的机构改革方案，反垄断执法体制做出重大调整：“组建国家市场监督管理总局。将国家工商行政管理总局的职责，国家质量监督检验检疫总局的职责，国家食品药品监督管理总局的职责，国家发展和改革委员会的价格监督检查与反垄断执法职责，商务部的经营者集中反垄断执法以及国务院反垄断委员会办公室等职责整合，组建国家市场监督管理总局，作为国务院直属机构。同时，组建国家药品监督管理局，由国家市场监督管理总局管理。”

3月21日，国家市场监督管理总局正式组建，原国家食品药品监督管理总局局长毕井泉和原工商行政管理总局局长张茅分别担任国家市场监督管理总局党组书记和局长，具体职责包括负责市场综合监督管理，统一登记市场主体并建立信息公示和共享机制，组织市场监管综合执法工作，承担反垄断统一执法，规范和维护市场秩序，组织实施质量强国战略，负责工业品质量安全、食品安全、特种设备安全监管，统一管理计量标准、检验检测、认证认可工作等。同时，管理国家药品监督管理局国家知识产权局两个国家局。

以上改革方案意味着：第一，国家市场监管总局统一承担中国的反垄断执法职责；第二，保留国务院反垄断委员会，国务院反垄断委员会办公室设在国家市场监管总局；第三，反垄断执法仅仅是国家市场监管总局的一项监管职能，国家市场监管总局承担了原工商总局的市场管理职能（如反不正当竞争）、质量监督职能、检验检疫职能以及相对独立设置而由国家市场监管总局管理的国家药品监督管理局职能和国家知识产权局职能。

二、调整后的反垄断执法体制

根据改革方案，我们可以设想未来中国的反垄断执法体制将面临以下变化：

第一，由于国家市场监管总局并非国务院组成部门，反垄断事项只能通过国务院反垄断委员会的机制上升到国务院层面展开讨论，而在国务院反垄断委员会中，国家市场监管总局成为唯一的反垄断执法机构，也是其中唯一直接承担和参与竞争政策制定、实施的机构。如何在宏观政策层面进一步落实“竞争政策的基础性地位”，还需要进一步观察。

第二，国家市场监管总局成为统一的市场监管机构，而并非统一的反垄断机构，反垄断职能被列入市场监管职能的一部分。这也意味着在国家市场监管总局中，反垄断执法职责将分别由多个司局级机构共同承担，其统一性可能不如设有相对独立完整机构的药品监管职能和知识产权管理职能，未来在国家市场监管总局中，反垄断执法与竞争政策能否真正做到统一整合还有待进一步的观察。

第三，由于反垄断执法属于中央事权，只有中央和省级两级执法单位。首先，这意味着反垄断执法在省级市场监管机构中对应的行政层级有限，执法权威和执法能力受到约束；其次，由于其他市场监管职能当中，大部分都会设有中央、省、市、县四级机构，且主要监管力量位于市、县两级基层机构，这意味着未来的基层市场监管机构主要的工作重心将放在诸如反不正当竞争、质量监管、检验检疫、药品监管等方面。在原先的反垄断执法体制中，无论是工商总局还是国家发改委（物价局）的市、县级机构实际上承担了反垄断案件信息收集、外围调查以及竞争倡导等准执法职能，而在新的体制下，基层反垄断执法的职能如何发展值得观察。

三、如何看待此次中国的反垄断执法体制的调整？

2008年全球金融危机后，世界各国反垄断执法体制发生了一次潮流性的变革，改革的途径无外有两种，其一是统合原本分散的反垄断职能和机构，建立统一、独立的反垄断执法机构和执法体制。如 2008 年原法国竞争委员会与工业部的竞争总司合并组建法国竞争总局，2010 年巴西将三个反垄断执法机构的执法权实质性收归一个机构，2013 年比利时竞争总司与竞争委员会合并组建为比利时竞争总局，英国则在 2014 年初完成了公平贸易局和竞争委员会的合并；其二是将原本独立的反垄断机构与其他相关机构整合，如 2013 年 4 月荷兰将竞争局、邮政电信监管局和消费者保护局合并为消费者与市场保

护局，2011 年丹麦、2013 年芬兰和西班牙以及 2014 年爱尔兰都采取了类似的合并措施。然而，欧盟委员会曾经对荷兰、西班牙等国家的机构合并表示过担忧，认为可能会削弱竞争执法的力度和独立性。

当今世界，绝大部分国家和地区都设立了统一的反垄断执法机构，中国大概是最后一个统一反垄断执法权的重要反垄断司法辖区（美国除外）。此次反垄断执法体制的调整，是中国反垄断体制向前迈进的重要一步，有利于解决此前饱受质疑的执法权分散、重叠、交叉的问题。当然，从改革方案上看来，反垄断执法的行政层级并没有实质性提高，承担反垄断执法职责的机构也由此前的国务院组成部门转变为国务院直属机构，反垄断执法也从职能上被纳入市场监管体系中，我们期待中国的反垄断执法体制和执法机构进一步发展加强，成为落实“发挥竞争政策的基础性作用”这一战略性目标的支撑力量。

What Are My Takes on the Reform Plan of the Anti-Monopoly System?

Beijing Global Law Office

John Wan

Structural Reform Plan of Anti-Monopoly Law (AML) Enforcement

On March 17th, 2018, the 1st Session of the 13th NPC (National People's Congress) approved the plan on institutional restructuring submitted by the State Council. According to the plan, major adjustments are made to the AML enforcement system: establishing the state market regulatory administration. Functions of the SAIC, AQSIQ, CFDA, the price supervision and anti-monopoly bureau of NDRC, the anti-monopoly bureau of MOFCOM will be incorporated into the new administration directly under the State Council.

On March 21st, 2018, the State Market Regulatory Administration was officially established. Former director of CFDA Bi Jingquan and former director of SAIC Zhang Mao were served as Secretary of Party Committee and director respectively. Specific responsibilities include, being responsible for the comprehensive supervision and administration of the market; unifying the registration of the market entities and establishing the system of information publicity sharing; organizing the comprehensive law enforcement work of market supervision; being responsible for the unified AML enforcement; regulating and maintaining the market order; Implementing the quality strategy; taking responsibility for industrial products quality and safety, food safety and special equipment safety supervision; unifying the management of measurement standard, inspection, certification and accreditation work etc. At the same time, Administrating the State Intellectual Property Office and the China Drug Administration. What we can read from the reform: firstly, the State Market Regulatory Administration takes total responsibility of AML enforcement duties; secondly, the office of the Anti-Monopoly Committee of the State Council is located at the State Market Regulatory Administration; thirdly, the AML enforcement is only a function of the State Market Regulatory Administration.

AML Enforcement After the Reform

According to the plan, we can foresee the AML enforcement will face the following adjustments.

First of all, due to the fact that the State Market Regulatory Administration is not one of the component organs of the State Council, matters regarding anti-monopoly can only be delivered to the State Council level for discussion through the Anti-Monopoly Committee of the State Council. The State Regulatory Administration is the only AML enforcement organ and the only organ that formulates and implements the competition policy. Further observation is needed on how to implement the "basic position of the competition policy at the macro policy level" with the new system.

Next, the State Market Regulatory Administration will serve as the total package of market supervision and regulatory instead of the total package of anti-monopoly, which means that the function of anti-monopoly is only one of the functions of market supervision and regulatory. It also means that in this newly established administration, the function of AML enforcement will be undertaken by different bureaus together. Its uniformity may not be as good as the functions of China Drug Administration and functions of the State Intellectual Property office which have relatively independent and complete organs. Whether the AML enforcement and competition policies can be truly unified in the State Market Regulatory Administration in the future, remains to be further observed.

At last, China's AML enforcement belongs to the central authority, there are only central and provincial levels of law enforcement organs. First of all, this means that the function of AML enforcement in the provincial level of market regulatory is very limited, the law enforcement authority and law enforcement capacity constraints; secondly, most of other market regulatory functions have a four-level law enforcement system of organs of central, provincial, city and county. And major regulatory forces are usually from the city and county levels of law enforcement organs, which means that the basic regulatory forces will focus their work on unfair competition, quality supervision, inspection and quarantine, drug supervision etc. in the future. In the past, AML enforcement system,

whether the city and county levels of organs of NDRC or SAIC, they actually undertake the work of antitrust case information collection, research in the field and advocacy of competition as the quasi functions of law enforcement. Under the new plan, how will the functions of the basic levels of AML enforcement develop is worth observation.

What Are My Takes on the Adjustment of China's AML Enforcement System?

After the 2008 global financial crisis, there has been a trend of AML enforcement system reform around the world, there are two paths of reform, one is the integration of scattered anti-monopoly functions and organs, the establishment of a unified and independent AML enforcement system. For example, in 2008, the former French Competition Commission and the competition bureau in the industry department were merged into the *Autorité de la concurrence*. In 2010, three AML enforcement organs were substantively merged into one in Brazil. In 2013, Belgium's competition Bureau and the Competition Commission were merged into the Belgian Competition Authority. In early 2014, the United Kingdom completed the merger of OFT and the Competition Committee. The other path is the integration of the independent anti-monopoly organs and relevant organs. For example, in April 2013, Netherland's Competition Authority, Post and Telecommunications Authority and the Authority for Consumers were merged into the Authority for Consumers and Markets. Denmark in 2011, Finland and Spain in 2013 and Ireland in 2014 have taken similar measures of mergers. However, the European Commission has expressed concern about the merger of authorities in Netherland and Spain, it was believed that it may weaken the strength and independence of the enforcement of competition law.

Today, most countries have established unified AML enforcement authorities, China is probably the last anti-monopoly jurisdiction to integrate the AML enforcement power (except the United States). The adjustment of the AML enforcement system is an important step for China's anti-monopoly system to move forward. It helps to solve the previously questioned problems of decentralization and overlapping of power of law enforcement. However, from the reform plan, we can tell that the AML enforcement administrative level has no substantial improvement, the organ that takes the AML enforcement functions turned from the previous component organ of the State Council

to the administration directly under the State Council, and the AML enforcement function is included in the market supervision system. We look forward to the strengthening of development of China's AML enforcement system and law enforcement authority. And becoming the strength in support of the implementation of the strategic objective of "basic position of the competition policy."



万江 | 合伙人 法学博士

John Wan | Partner, Ph. D.

万江为环球律师事务所常驻北京的合伙人。万江律师自 2005 年开始执业。曾长期就职于国家发改委反垄断局，主要从事反垄断执法、立法和国际交流工作，先后主办、承办数十起反垄断案件，主笔起草关于反垄断宽大制度、承诺和解制度的反垄断指南草案。2012 年 2 月至 7 月期间万江律师获派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作。万江律师著有《中国反垄断法——理论、实践与国际比较》（第二版，中国法制出版社 2017 年 6 月出版）、《<企业国有资产法>释义》、《劳务派遣法律实务操作指引》等专著。
邮箱: wanjiang@glo.com.cn

Dr. Wan is a partner of Global Law Office in Beijing. Dr. Wan has extensive experience with complex antitrust and competition law issues. Prior joining Global Law office, he served as a senior case handler at Price Supervision and Anti-monopoly Bureau(PSAB) of National Development of Reform Commission(NDRC) participating in a number of significant anti-trust & cartel investigations and leading the draft of Leniency Program and Commitment Rules under China's Anti-monopoly Law. Dr. Wan received an intensive training in both DG Competition of the European Commission and Irish Competition Authority in 2013. He acquired Ph.D. in law in 2010 at China University of Political science and Law.

Email: wanjiang@glo.com.cn

“两票制”下的反垄断风险

作者：黄旭春 | 刘婷婷

2016 年至今，对医药流通行业影响深远的一项制度为“两票制”。两票制适用于公立医院集中采购的药品，该政策要求药品仅可有两层流通：药品生产企业到流通企业开一次发票，由流通企业到医疗机构开一次发票。

本文旨在通过对“两票制”环境下的反垄断风险，以及对医药企业带来的挑战及影响，作深入解读。

一、 两票制背景下经销模式的调整

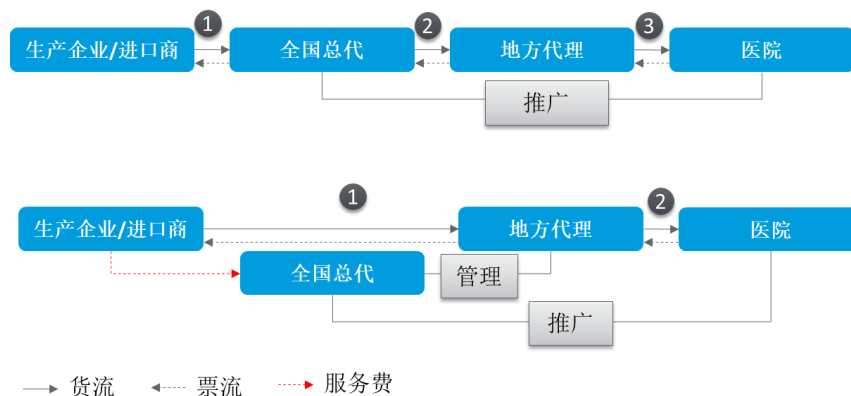
2016 年 4 月 21 日，国务院办公厅发布《关于印发深化医药卫生体制改革 2016 年重点工作任务的通知》（“26 号文”）提出要求 11 个综合医改试点省份¹要在全省范围内推行“两票制”，即，由药品生产企业到流通企业开一次发票，流通企业到医疗机构开一次发票；并进一步积极鼓励综合改革试点城市内的公立医院在推行“两票制”的基础上鼓励“一票制”。26 号文为“两票制”推行提出了方向性政策。

基于 26 号文，2017 年 1 月 9 日，国务院医改办、国家卫计委等国家八部门联合发布了《关于在公立医疗机构药品采购中推行“两票制”的实施意见（试行）》（“《两票制规定》”），出台了“两票制”详细实施规则。根据 26 号文及《两票制规定》，除非明文规定不视为一票的情况外，药品自生产企业或进口商向一层经销商销售后即流入医疗机构。

由于“两票制”的实施，许多企业面临经销渠道及模式的调整，典型的变化是生产企业或进口商需要改变经销对象，直接向地方配送商销售产品，而曾经位于流通渠道中层的多

¹ 根据国务院办公厅发布的于 2015 年 4 月 26 日实施生效的《国务院办公厅关于印发深化医药卫生体制改革 2014 年工作总结和 2015 年重点工作任务的通知》，以及国务院深化医药卫生体制改革领导小组发布的于 2016 年 5 月 5 日实施生效的《国务院深化医药卫生体制改革领导小组关于增加上海等 7 省（区、市）开展综合医改试点的函》，目前综合医改试点省份共计 11 个，包括江苏、安徽、福建、青海、上海、浙江、湖南、重庆、四川、陕西宁夏回族自治区。

余经销商则转型为服务提供商，为生产企业或进口商提供产品及经销渠道维护管理的服务（即CSO）。



经销模式的调整进一步影响的便是生产企业的定价政策及折扣体系，以及每一次流通的加成率。通常来说，面对两票制引起的调整，药品或医疗器械企业对其价格体系通常由如下考虑：

· 底价转高开

由于生产企业或进口商需面临或直接管理地方经销商或通过向CSO支付服务费以管理地方销售的情况，生产企业或进口商的运营成本增加，继而考虑提高产品出厂价，而地方经销商的加成率及中标价格仍不变。此种模式通常称为底价转高开模式。

此种模式在两票制下随着药品出厂价格追溯制度的逐步建立，将面临越来越大的政策挑战及压力。例如《关于印发北京市公立医疗机构药品采购推行“两票制”实施方案(试行)的通知》即提出“推动落实药品出厂价格信息可追溯机制，按照国家统一要求，在国家药品价格信息平台基础上开发建立本市药品价格信息系统，采集“两票制”实施前三年药品生产企业出厂价、药品流通企业销售价以及“两票制”实施后相关价格....价格主管部门要加强对药品生产、流通企业和医疗机构药品价格行为的监管监测，加大对涉嫌价格欺诈、价格垄断等价格违法行为的查处”

可见，生产企业或进口商提高原来的出厂价，很有可能受到政府部门的监控及调查。而调查的手段之一就是查明生产企业或进口商是否有垄断协议的嫌疑。

· 地方配送商高开高返

部分生产企业或进口商为避免底价高开的政策压力，亦会要求维持底价模式，而原来支付给中间经销商的加成部分则转变为服务费，由地方配送商承担。在此种模式下，倘若生产企业或进口商有限定地方配送商的投标价格的行为，同样面临发垄断风险。

“两票制”的实施目的在于通过政策手段使经销渠道集中和透明，配合医改同时实行的药品出厂价格追溯制度，有助于政府进一步挤压价格泡沫并管理市场。因此，价格行为在两票制政策项下尤为敏感，药企甚至医院采购部门的价格行为将受到价格主管部门的高度监管监测。本文将在以下章节介绍两票制下的反垄断风险。

二、 两票制下的反垄断

2.1 医药行业反垄断概述

反垄断法是竞争法律和政策的核心内容，其目标是通过保护和促进市场竞争，确保竞争机制在相关市场发挥作用，从而提高生产效率和资源配置效率，增加消费者福利。就医药行业而言，反垄断行为的规制以 2007 年 8 月 30 日全国人大常委会颁布的《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）以及反垄断法三大执法机关国家工商行政管理总局（“国家工商局”）、国家发展和改革委员会（“国家发改委”）、国家商务部颁布的反垄断执法规定为基础，遵照其他部门单独或联合出具医药行业特殊的药品价格行为指导和招标采购规定等。

就产品而言，原料药生产经营者是国家发改委重点关注的对象之一。2017 年 11 月 23 日，国家发改委网站正式发布了《短缺药品和原料药经营者价格行为指南》（下称《指南》），《指南》明确指出了短缺药品和原料药领域的相关概念，并列举了

相关市场界定、市场支配地位认定的考量因素；明晰了短缺药品和原料药领域各类价格垄断行为的表现形式、违法性认定以及价格垄断协议的豁免条件等。

2.2 两票制下的垄断行为类型

基于医药行业的反垄断特殊环境，集中招采购的药品耗材本就属于价格主管部门的关注重点（尤其是原料药）。而针对集中采购的两票制实施，药企不得已更改其经销模式及定价方式将进一步引起或增加反垄断项下的合规风险。

另一方面，两票制对于经销企业的渠道覆盖面的要求进一步提高，为了满足市场及政策要求，不少中大型经销企业选择收购、吞并区域或地方经销商以提供其覆盖率及竞争力。而这一类收购或吞并亦容易引起反垄断法项下经营者集中的审查要求。

具体来说，两票制项下的垄断行为类型可发展为如下：

2.2.1 垄断协议

垄断协议是指经营者之间达成的或者行业协会组织本行业经营者达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。两票制项下的垄断协议主要有横向垄断以维持高出厂价，纵向垄断以限制投标价格，以及其他价格协同行为。

2.2.1.1 横向垄断

案例：2014年4月至2015年9月，重庆青阳及其关联销售公司重庆大同、江苏世贸天阶、上海信谊联合及其别嘌醇片²独家经销企业商丘华杰，作为生产销售青阳、世贸天阶、信谊品牌别嘌醇片的三方经营主体，先后四次召开会议，协商统一上涨别嘌醇片价格、分割销售市场、约定招投标工作，达成并实施横向垄断协议。国家发改委认为该五家公司违反了《反垄断法》第十三条的规定，严重排除、限制了别嘌醇片市场的竞争，对重庆

² 别嘌醇片是治疗因尿酸过高引起的高尿酸血症、痛风的常用药物。别嘌醇制剂属于国家基本医疗保险药品目录中的甲类药品，别嘌醇片还列入了国家基本药物目录和国家低价药目录，价格低廉，在临床上广泛使用。

青阳、重庆大同、江苏世贸天阶、上海信谊联合、商丘华杰五家公司达成并实施别嘌醇片垄断协议案依法作出处罚，合计罚款 399.54 万元人民币。

评述： 横向垄断指的是同一行业内有竞争关系的多家企业横向联盟以达到市场优势地位并以此来排除、限制竞争的行为。

两票制施行后，采用底价转高开模式的药企或器械企业，为缓解提高出厂价格的政策压力，往往容易与同行企业进行价格信息的互换与沟通，增加横向垄断的风险。尤其是短缺药品和原料药等药品的生产销售企业，为了加大流通环节的利润空间，对于药品出厂价，很容易和竞争关系的经营主体达成一致的价格；同时，由于特定的病需要特定的药品，再昂贵的价格消费者也必须接受。因此，在药品市场上，容易形成生产或销售同一类药品的厂家之间、经销商之间或药店之间通过达成一致的协议来满足抬高价格的横向垄断。

另外，美国原研药企业与仿制药企业之间经常会发生订立“反向支付协议”的情况，目标是为了推迟仿制药的上市时间，以维护原研药企业的垄断地位，虽然我国没有明确的法律规定，但该行为本质上属于原研药企业与仿制药企业达成横向垄断协议，同样有反垄断法项下的风险。这一类型的案件我国尚未发现相关案例，但并不意味着在我国医药行业就不存在这样的现象。

2.2.1.2 纵向垄断

案例： 2016 年 12 月 5 日，医疗器械巨头美敦力因与其交易相对人达成并实施固定向第三人转售涉案产品价格、限定向第三人转售涉案产品最低价格的垄断协议，违反了《反垄断法》第十四条第一项、第二项的规定，且不符合《反垄断法》第十五条³规定的豁免情形和豁免条件，被国家发改委

依法责令立即停止实施价格垄断行为，并处罚款 1.1852 亿元。

评述：纵向协议是指在生产或者销售过程中处于不同阶段的经营者之间（如生产商与批发商之间、批发商与零售商之间）达成的固定转售价格、限定最低转售价格的协议。

在“两票制”下，生产企业或进口商采用地方配送商高开模式容易触发纵向垄断的风险。例如，生产企业或进口商要求地方配送商承担 CSO 成本，并限制其投标价格以保证一定的经营利润空间，则该行为涉嫌纵向垄断，有被国家发改委行政处罚的法律风险。

2.2.1.3 其他协同行为

案例：华中药业股份有限公司（“华中”）、山东信谊制药有限公司（“信谊”）及常州四药制药有限公司（“常四”），均为艾司唑仑原料药和片剂的生产及供应商于 2014 年 9 月至 10 月间在河南郑州举行会议，协商艾司唑仑原料药和片剂的有关安排，并达成了如下共识：一是每家企业生产的艾司唑仑原料药仅供本公司生产片剂使用，不再外销；二是对艾司唑仑片剂集体涨价形成默契，其中华中在会上作出了艾司唑仑片剂联合涨价至 1 毛/片的提议。会后，三家企业实施了上述协同行为。值得注意的是，在上述郑州会议之后，华中和信谊还通过会面、电话和短信等方式多次就调价信息进行沟通联络。

评述：垄断协议行为还包括“其他协同行为”，即经营者虽未明确订立书面、口头形式的协议或决定，但实质上存在协调一致的行为。随着执法部门反垄断执法力度的不断加大以及经营者法律意识的逐步增强，各类药企通过 CSO、协会或同一代理商搜集价格方案及策略，采用配合默契的协同行为将面临高风险。

2.2.2 滥用垄断地位

2.2.2.1 原料药不正当高价加大滥用支配地位风险

案例：在 2015 年原料药行业反垄断第一案中，重庆青阳药业因滥用市场支配地位拒绝交易被罚款 43.9 万元，拉开了原料药行业反垄断执法的序幕。随后，武汉新兴精英医药有限公司因垄断水杨酸甲酯原料药被罚款 220 万元，等等。2017 年 7 月 31 日，国家发展改革委对浙江新赛科药业有限公司、天津汉德威药业有限公司滥用市场支配地位，以不公平高价销售异烟肼原料药以及无正当理由拒绝交易一案依法作出处理决定，对两家公司罚款共计 44.39 万元。

评述：原料药公司滥用市场支配地位也一直是反垄断执法部门关注的重点。《反垄断法》中禁止的不正当高价是指，在相关市场中具有市场支配地位的经营者以不公平的高价销售产品。根据国家发改委颁布的《反价格垄断规定》，不公平高价包括：

- (1) 销售价格明显高于其他经营者销售同种商品的价格；
- (2) 在成本基本稳定的情况下，超过正常幅度提高销售价格；
- (3) 销售商品的提价幅度明显高于成本增长幅度。

对于一些医药企业，特别是拥有专利或者原料药的生产企业，其在某一细分市场被认定为具有市场支配地位的风险可能较高，很容易面临处罚的风险。

2.2.2.2 GPO、药房托管等相关经营单位滥用市场支配地位，拒绝交易

案例：2018 年 2 月 1 日，国家工商总局竞争执法局发布公告称，监管部门已对上海 GPO 相关经营单位——上海医健中心、上海医药发展基金会涉嫌垄断行为进行立案调查。经调查，上海 GPO 要求已入围平台的参选企业再次申报药品结算价等材料，最终决定上海 GPO 药品采购目录；对于

没有入选药品采购目录的企业，所有会员医院必须拒绝与之交易。这意味着，药品进入上海公立医院的惟一途径就是通过 GPO。

评述：GPO 是地方卫计委发起或授权的集团采购平台，另一种形式为医疗机构的药房托管模式。其共同点均是由医疗机构统一或分别授权一家经营机构代替其参与药品价格的议价。而基于医疗机构及招投标体制的特殊性，GPO 或药房托管集团在供应链中占据核心及主导地位。

2017 年 8 月，广东省发改委对《药房托管行为反垄断执法指南》征求意见，明确指出了公立医院、医药企业在药房托管中可能面临的垄断行为。公立医院在医药市场处于绝对垄断地位，拥有“想将医院门诊药房给谁就能给谁”的力量，这就构成了“经营者滥用市场支配地位”。药房托管只是医院和药房暂时分开，但并没有切断利益链，托管方掌握了绝对的话语权，各医药生产企业为将药品销售出去，只能听之任之。

2.2.3 行政垄断

除了药企及医疗器械收到发改委关注之外，地方卫计委同样面临挑战。2017 年 4 月 7 日，国家发改委就点名深圳市卫计委，称其在推行公立医院药品集团采购改革试点过程中，涉嫌滥用行政权力排除限制竞争，包括：只允许一家集团采购组织(经遴选为深圳市全药网药业有限公司)提供药品集团采购服务；限定深圳市公立医院、药品生产企业使用全药网药业提供的服务；限定药品配送企业由全药网药业指定。国家发改委在公告中指出，深圳市卫计委的上述做法违反了《反垄断法》第八条“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争”、第三十二条“行政机关不得滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品”等规定，构成滥用行政权力排除、限制竞争的行为。

2017 年 12 月 5 日，国家发改委、财政部、商务部联合发了个关于印发《2017-2018 年清理现行排除限制竞争政策措施的工作方案》的通知，要求国务院各部

门和地方各级政府及所属部门对照《反垄断法》和国务院印发的《关于在市场经济体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，对现行规章、规范性文件和其他政策措施中含有的地方保护、指定交易、市场壁垒等内容进行清理，并在清理期间强化反垄断执法，查处滥用行政权力排除限制竞争的案件。该通知表明，在“两票制”进一步推进的过程中，反垄断执法机构不断加大执法力度，医药行业反垄断执法的范围也不断扩大。2017年12月25日，国家发改委网站集中发布了四川、天津、安徽、新疆、浙江和甘肃六省市的九起地方政府部门主动纠正滥用行政权力排除、限制竞争行为的案件，其中有三起是医药行业的行政垄断行为。

2.2.4 经营者集中

《反垄断法》第二十条，经营者集中是指下列情形：（1）经营者合并；（2）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（3）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。

实行“两票制”之后，药品的中间流通环节将被不断压缩。二级及以下经销商将面临如下局面：被大型药品流通企业收购成为其子公司；或者转型由过票销售企业成为药品销售服务提供商；因为没有业务而最终关闭。在药品流通环节扁平化发展的过程中，很容易发生反垄断法项下的经营者集中这一垄断行为。2015年9月16日，商务部对上海复星医药产业发展有限公司收购苏州二叶制药有限公司35%股权涉嫌未依法申报进行了立案，认为其违反了《反垄断法》关于经营者集中的申报要求，处以20万元人民币罚款。

三、 两票制下的反垄断合规提示

尽管两票制导致的定价系统及市场集中有其政策背景及色彩，较多时候，药品或器械的经营企业并不具有主导或控制地位。但在反垄断的执法过程中，经营企业以招投标制度或系统要求作为实施垄断行为的抗辩理由，并不能被反垄断主管部门完全接受。相反，

考虑到两票制的政策目的是为了降价，价格主管部门在医改中更有可能使用反垄断政策进一步规制价格垄断等行为。

因此，我们建议企业在调整时，应注意以下行为：

1. 避免限定最低转售或投标价格

医药生产企业与经销商签署的《销售协议》或者与批发商签署的《采购协议》中，可以明确约定供货价格、返利、促销等核心条款，但在协议中应避免设置限定转售货投标价格的机制，包括限价、限制加成率及相应的违约责任条款等。

2. 避免价格信息搜集、协同行为

生产企业在制定价格战略时，需要防止与其他竞争者之间进行价格敏感信息的交换，交换的方式无论是口头还是协议，无论是电话、微信，还是座谈会议，都应避免提供或获得其他竞争对手可用来未来定价的信息。

并且，药品流通企业巨头往往对家多家医药生产企业，生产企业在与流通企业建立经销关系时，应签署保密协议或者保留保密条款，明确要求流通企业不得将商业价格敏感信息透露给其竞争对手，同时也不得要求流通企业将竞争对手的商业价格等信息透露给自己。

同样的，从流通企业角度来说，应当建立必要的防火墙机制，一定要避免成为不同医药生产企业信息交换的中介，比如多对公司内部员工进行反垄断法规及行为的培训，由不同的管理团队对接不同药品生产企业。

3. 对于市场垄断产品，避免抬高出厂价格。

两票制出台后，过高定价或者“高开”问题，属于反垄断执法机构的重点监管行为，医药生产企业在考虑对产品定价进行调整时，特别是短缺药品和原料药生产企业需采取谨慎入微的态度，结合政府规定和政府指导价格、生产成本、历史价格、市场波动等

多种信息综合考虑，避免过高定价。

4. 流通渠道收购时注意是否构成经营者集中申报标准

随着两票制的深入推行，大型流通企业收购、整合地方经销商成为趋势，如华润通过并购完成了云南、广西、四川、重庆的业务布局，实现了覆盖 23 个省、直辖市及自治区。在收购、兼并过程中，大型流通企业应衡量其收购行为是否达到经营者集中的申报标准，以避免商务部门的调查。



黄旭春为环球律师事务所的顾问律师，其执业领域主要涵盖医药健康、外商投资和合规。

邮箱：xuchunhuang@glo.com.cn



刘婷婷为环球律师事务所的律师，其执业领域为医药和健康、投资并购和争议解决。

邮箱：tinaliu@glo.com.cn

➤ 案例评析

各国对高通公司反垄断执法的评述（2015-2018）

（附各国执法情况对比表）

北京市环球律师事务所

合伙人 万江

世界各国对高通公司的反垄断执法情况

2015年2月，中国国家发改委对高通公司滥用市场支配地位行为做出行政处罚，罚款60.88亿元人民币，成为中国罚款金额最高的单一案件。此后的三年间，包括美国、欧盟、韩国、日本、中国台湾地区先后对高通公司的反竞争行为做出了处罚，合计罚款逾40亿美元，与此同时，各国反垄断机构要求高通公司改变或调整现有的经营模式，终结了高通公司与反垄断机构之间关于其采取甚至奠定的无线通信行业的经营模式是否违反反垄断法的争论。

各国对高通公司反竞争行为的认定比较

首先，在相关市场界定以及市场支配地位的认定方面，中国、韩国与中国台湾地区认定高通公司在无线标准必要专利（SEP）许可市场和基带芯片市场上均具有市场支配地位，美国和欧盟则仅认定了在基带芯片市场上具有市场支配地位。其次，在违法行为方面，归纳起来各国反垄断机构主要认定了以下行为违反反垄断法：1、围绕无线SEP授权而出现的一些行为，如收取不公平的高价专利许可费、拒

绝许可、附不合理条件许可、搭售非 SEP 专利、强迫反向许可（包括要求免费或低价取得）等；2、将无线 SEP 与基带芯片销售捆绑；3、美国、欧盟和中国台湾地区都认定高通与苹果达成的排他性交易是反竞争的。最后，各国反垄断机构对高通公司发出了整改要求或禁令，其中中国、韩国、中国台湾地区的要求都非常具体，包括要求高通公司在许可无线 SEP 时，应当提供专利清单，不得以整机批发净售价作为计算许可费的基础等。

各国对高通公司反垄断执法的比较分析

高通公司在无线 SEP 市场上具有绝对的统治地位，在基带芯片市场上具有市场支配力，。在无线 SEP 市场上高通公司没有真正意义的竞争对手，在基带芯片市场上存在着有限的竞争对手，这样的竞争格局使得高通公司最主要的反竞争行为是剥削性行为，剥削性行为为高通公司攫取了最主要的垄断利润，这也是各国反垄断机构打击的重点目标，然而，高通公司的市场支配力是源于其拥有的 SEP，在 SEP 的授权许可过程中专利权利在多大程度上受到尊重以及反垄断法在多大程度上干预专利许可行为，成为各国反垄断机构平衡的核心

问题。所以我们看到，高通公司将无线 SEP 与基带芯片捆绑销售的行为是各国反垄断机构都反对的，但是在无线 SEP 许可行为方面，各国反垄断机构的干预程度是有所差别的，这在一定程度上也体现了各国反垄断执法机构的不同倾向性。最后，值得关注的是，高通公司与苹果公司之间达成的排他性协议，目前查处该行为的美国、欧盟和中国的台湾地区都将之视为高通公司的单方行为，有可能是考虑到损害的是基带芯片市场而非手机市场的竞争，获益的也是高通公司，从而将责任完全归于高通公司。

国家	相关市场		支配地位	违法行为	罚款	整改要求
	商品	地域				
中国	无线 SEP 许可市场； 基带芯片市场	全球	高通在无线 SEP 许可市场、CDMA 基带芯片市场、WCDMA 基带芯片市场和 LTE 基带芯片市场具有市场支配地位。	<ol style="list-style-type: none"> 收取不公平的高价专利许可费。 搭售非无线通信 SEP 许可。 在基带芯片销售中附加不合理条件。 	60.88 亿元人民币	<ol style="list-style-type: none"> 进行专利许可时，应当提供专利清单，不得对过期专利收费。 不得强迫反向许可或不支付合理对价； 不得以整机批发净售价作为计算许可费的基础。 不得搭售非无线 SEP 许可。 销售基带芯片，不得设置一系列不合理条件；不得将被许可人不挑战专利许可协议作为当事人供应基带芯片的条件。
美国	CDMA 基带处理器；先进 LTE 基带处理器市场		高通在 CDMA 基带处理器和先进 LTE 基	<ol style="list-style-type: none"> 以基带处理器的供货为条件，依偏向于高通的条件许可专利。 		对违反《联邦贸易委员会法》的行为发出永久性禁令，判令赔偿因高通公司违法行为造成的损害。

			带处理器领域具有垄断地位和支配力。	<ol style="list-style-type: none"> 拒绝向基带处理器竞争对手授予专利。 与苹果公司的排他性交易安排是反竞争的。 		
欧盟	LTE 基带芯片市场		高通在 LTE 基带芯片市场的市场支配地位。	2011 年至 2016 年期间，向苹果公司支付了数十亿美元，以换取对方排他性地使用高通的基带芯片。	9.97 亿欧元的	责令停止反竞争行为。
韩国	无线 SEP 许可市场，；基带处理市场		高通在无线 SEP 许可市场及基带处理器芯片相关市场具有市场支配力。	<ol style="list-style-type: none"> 拒绝给竞争对手授权 SEP 许可或对许可增设限制条件。 将芯片供应与专利授权许可协议绑定，迫使对方接受不公平的授权许可协议，规 	8.7 亿美元	不得将专利授权许可协议与芯片供应绑定。删除或修改芯片供应合同中关于附条件授权的条款。不得强迫交易对方接受单方面决定的授权条款：专利组合授权，免费反向许可授权、没有经过正当程序决定出合理补偿而单方面强制决定的授权条款。

				避 FRAND 原则。 3. 仅提供专利组合，单方确定费率，强迫反向许可等。		
日本				1. 强迫手机厂商签订不公平协议； 2. 禁止手机厂商主张自主知识产权。		修改协议中的“霸王条款”，不得再采取类似措施。
中国台湾地区	CDMA、WCDMA 及 LTE 等标准基带处理器产品及技术	以全球为计算基础，但对台湾相关产业从业者的影响为主要考量。	高通在基带处理器产品及技术相关市场具有市场支配地位。	1. 拒绝授权竞争对手无线 SEP； 2. 要求手机制造商欲购买被处分人基带处理器必须先签署专利授权契约； 3. 强迫苹果公司独家交易等	234 亿元新台币	停止适用并重新协商签订包括与竞争同行签订的契约条款，与手机制造商签订的未经授权则不提供晶片的契约条款，与案件有关的排他性独家交易的契约条款。

➤ 全球反垄断动态

环球荣获《亚洲法律杂志》2018 年度中国法律大奖年度反垄断与竞争律师事务所提名

近日，《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）公布了 2018 年度汤森路透 ALB 中国法律大奖的入围名单。环球律师事务所凭借出色表现，在此次评选中荣获 18 项提名,其中包括年度反垄断与竞争律师事务所提名。

《亚洲法律杂志》是汤森路透旗下的尖端法律杂志。ALB 中国法律大奖旨在表彰业界领先的律师事务所和优秀的企业法务团队，以及上一年度突出的交易案例。

最终的获奖结果将于 4 月 19 日在北京举行的颁奖盛典上公布。

➤ 环球反垄断招募信息

环球反垄断团队近期拟招募以下人员：

1、实习生

要求：国内外知名大学法学院竞争法方向研二、研三年级硕士研究生，通过司法考试，英文流利者优先，要求每周至少保证三天以上工作时间。

2、初级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，通过司法考试或已经取得律师执业资格，具有 1-2 年反垄断法律实务工作经验，英文流利，30 岁以下，男女不限。

3、高级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，从事反垄断法律实务工作 3 年以上，具有中国律师执业资格，可以英文为工作语言，男女不限。

有志加入环球反垄断团队者，可将个人简历等资料投递到环球人力资源部电子邮箱：hr@glo.com.cn，并注明“反垄断业务申请”。

环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有近 300 名的法律专业人才。我们的律师均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，多数合伙人还拥有美国、英国、德国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

环球反垄断团队介绍

环球反垄断团队由十余名合伙人和律师组成，其中一些合伙人和律师既有实务操作经验也有丰富的执法经验，已为医药、互联网、汽车、电器、IT、食品、化工、航运、零售等行业的众多境内外客户提供一站式反垄断专业服务，服务范围包括经营者集中申报、反垄断调查、反垄断诉讼、反垄断风险防范与合规等。我们对中国反垄断法律法规及其实践具有深刻认识和专业理解。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本文任何受版权保护的内容。

免责. 本报告不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路81号华贸中心1号写字楼15层&20层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地5号楼26层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心5号楼26层 B/C单元 邮编：518055

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区铜鼓路39号大冲国际中心
5号楼26层B/C单元 邮编: 518055
Units B/C, 26F, Tower 5,
Dachong International Center, No. 39 Tonggu Road,
Nanshan District, Shenzhen 518055, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987