

环球反垄断法律专递 （第二期）

**GLO Antitrust Law & Policy
Newsletter**

Volume 2

环球反垄断团队

GLO Antitrust Practice Group

2018年1月

January, 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

编者按：

《反垄断法》的修订及其配套规则的制定成为近期中国反垄断法的主要议题之一。本期环球反垄断法律专递关于《反垄断法》的立法和修法建议奉献了两篇文章，其中之一是环球合伙人万江博士关于《反垄断法》修订的宏观建议，核心观点是建议《反垄断法》在过去十年的实施经验基础上做中度的修订，在保持现行《反垄断法》的整体框架稳定的前提下对其中的部分内容做出必要的修订与完善。另外一篇《反垄断法视野下设定标准必要专利许可的FRAND标准费率的建议》则是针对相关执法机构拟议中的标准必要专利规则的具体建议，文章梳理了近年来代表性的相关案例并据此提出了相关的执法和司法建议，希望对相关机构的立法有所参考。在反垄断案例评析部分，高粱律师对微软收购雅虎的搜索服务的并购案例做出了精彩评析。

环球反垄断法律专递（第二期）

2018年1月

目录

立法及修法建议.....	4
关于修订《反垄断法》的宏观建议.....	4
反垄断法视野下设定标准必要专利许可的 FRAND 标准费率的建议.....	13
反垄断案例评析.....	18
Microsoft/Yahoo.....	18
环球反垄断动态.....	22
环球反垄断招募信息.....	23

立法及修法建议

关于修订《反垄断法》的宏观建议

万江

中国《反垄断法》颁布已 10 年，中国的竞争政策正在发展，中国的竞争文化也在逐渐形成，反垄断执法也取得了令人瞩目的进步。无论是面对中国的经济改革大环境变化还是反垄断执法实践所反映出的问题，都有必要着手对《反垄断法》进行修订。其次，中国《反垄断法》在其理念内涵、条文规范等方面都吸收了当今国际上最新的反垄断法发展成果。然而，在移植立法的过程中，不可避免地加入了一些与本土国情相关的内容，显现出一定的特殊性。同时也出现了一些移植不到位或是“水土不服”的情况，使得部分条文规定的适用性大打折扣，或者是部分条文的表述没有清楚表达立法原意，在实施过程中容易引起歧义。因此，也有必要对《反垄断法》做出相应的修改。另一方面，从目前国际上各国竞争政策和竞争法的发展现状看，经历了早期反垄断经济学的诞生、哈佛学派理论的创立以及芝加哥学派的后来居上，反垄断经济学在近数十年间学术观点基本保持稳定，并没有更进一步革命性的发展，基于对单个行为经济效率考量为基础的反垄断法理论仍然是确立竞争政策及引导反垄断执法的主流理念。当前，在美国、欧盟等反垄断法发达的国家和地区，法律的实体性和程序性内容均保持着相对的稳定，大部分新的规范性文件及政策仍属于对既有法律规范的解释和引申。因此，在与国际反垄断立法趋势保持一致的基础上，中国的《反垄断法》并不需要做出重大的调整和修改，在修订《反垄断法》的过程中宜遵循以下原则为妥：（1）修正现有法律条文中表述不够清晰，容易引起理解不一致的部分；（2）针对执法中所出现的问题做出相应的补充和修正，以增强法律条文的可操作性；（3）适当吸收当前国际上反垄断执法体制和技术的最新发展。

一、《反垄断法》修订的原则和方向

首先，《反垄断法》的修订通常包括两个方面，一是法理技术方面，二是监管政策方面。前者是指基于反垄断法理论和立法技术着手的修订，也可以说是基于法理学概念的

修订，例如完善垄断协议的定义、豁免的技术条件、宽大制度、罚款合理性等；所谓监管政策方面，则是体现立法机构及行政监管机构对垄断行为的具体监管态度的部分，可以说是基于反垄断法哲学的价值理念的修订，如反垄断监管体制改革、垄断协议的豁免政策、对特殊行业或领域的监管态度、违法行为的处罚力度和手段等。前者是基础性的，后者是政策性的，前者是补充和完善，后者是调整和改进，前者是以反垄断法理论共识为基础的，后者是与国家的经济政策取向密切相连的。当然，技术性条款与政策性条款的界限也不是绝对的，甚至于可能会发生转换，例如对于纵向协议的态度，美国最早采取严格的本身违法原则，而后逐渐调整为有限的合理分析原则，这个过程实际上是监管政策的转变，可以认为是政策性调整，但随着理论的发展和研究的深入，人们发现纵向限制对于市场竞争的损害确实不像早期想象的那么严重，而普遍认可对纵向限制应当采取合理分析原则的态度，到这个阶段，对于纵向限制采取合理分析原则就成为反垄断法中的技术性条款了。由此可见，在反垄断法的发展过程中，政策转向往往是对社会现实需要的呼应，当这类转向变得强烈且不可逆转时，相关的理论研究成果也会为此提供足够的支撑，会使得新政策逐渐成熟和稳定下来，从而形成基础性的法理技术性条款。从目前的情况看，属于法理技术层面的修订，《反垄断法》还有进一步完善的空间，下一步修订务求实现与国际最新潮流和发展趋势的接轨，而在监管政策层面的修订，仍取决于立法机构或者政府部门关于竞争政策的取向和态度，可以预见，在未来的修订过程中涉及监管政策方面的修订的博弈会更加激烈，因为这方面的修订会不可避免会受到来自产业政策部门和利益相关方的影响。

其次，《反垄断法》是否需要做大的修订？法律的修改通俗来说包括“大改”、“中改”和“小改”，所谓大改就是彻底调整现行法律的结构、布局甚至法律的基本原则；所谓中改就是在保证法律整体结构和原则不变的前提下，对法律中的部分条文进行增删补充；所谓小改则是针对少数条文做出修改增删。从目前情况下，中国的《反垄断法》经过十余年的酝酿才出台，吸收了当时当世主流的反垄断法理念和原则，法律的布局结构上比较完整，确立了反垄断法的三大支柱制度，在程序和实体方面都设置了相应的法律责任，同时也结合中国的实际，增加了行政性垄断的规制内容，整体结构和原则是可靠可行的。与此同时，虽然近年来全球反垄断法界涌现了一些新的理论和技术，但整体上仍没有实质性的突破，维持着结构主义与行为主义相调和的监管理念，这也是为中国的《反垄断法》所接受的。因此，中国的《反垄断法》并不需要做大的修改，未来的修改力度

可以介于“中改”和“小改”之间，一方面对于当时立法过程中认识不到位，或者本土化不成功之处进行调整和归位，另一方面对于十年来执法和司法实践中凸显的不适用之处进行修订，应该也是比较恰当的方向。

最后，处理好吸收国际经验和归纳本土化经验的关系。在反垄断立法、执法和司法等过程中，如何处理好吸收国际经验和尊重中国实际的关系是一个重大问题，甚至会影响到中国竞争政策的建立和施行。对此，基本的原则是既不能一味遵从所谓的国际经验，但也不能完全强调中国的现实与国际脱轨，如何找到其中的契合点？主要应把握以下几个原则：第一，要尊重反垄断法理论的基本常识。无论是在立法、执法还是司法过程中，对于理论的共识应当有基本的敬畏，这是《反垄断法》修改的红线。所谓反垄断法理论的常识，是指反垄断法发展百余年间逐渐形成的为世人所共知且为市场经济检验正确的原则、规律和规范等，例如“核心卡特尔”是最为严重的反竞争行为，不仅不能够豁免适用反垄断法而且必须严惩，这就是反垄断法理论的基本常识之一；第二，要切实分析寻找中国的现实特点，避免盲目地以符合中国国情为由干预反垄断法的实施。中国的现实包括时代特点和基本国情特点，其中时代特点包括中国当下的经济体制、经济政策走向等，中国的基本国情特点则包括国家的政治体制、行政体制、国家地域广大、经济发展不平衡等，这些现实特点无疑都会反映在反垄断法中，而其中的某些时代性特点随着历史的发展，可能会发生变化，这时就需要对《反垄断法》做出相应的修改，这些修改也都可以纳入到所谓“政策性条款”的修改方面中去。然而，切记要小心的是，避免因国情特殊性去侵蚀反垄断法理论的基本常识，因为反垄断法的基本原则和规范是反垄断法之所以为反垄断法的根本，缺乏常识的反垄断法也就不成为反垄断法，而沦为缺乏方向的具有时代局限性经济政策的另文表述罢了。

二、《反垄断法》修订的宏观建议

（一）以维护和建立自由、公平的市场竞争秩序为《反垄断法》的目标

反垄断法的根本目的是维护公平、自由的竞争秩序，保护广大消费者利益，其与《消费者权益保护法》的区别在于，后者更注重保护个体消费者的当下利益，反垄断法则是以建立和保护竞争为目标，最终实现保护全体消费者共同利益的目的。因此，反垄断法的

核心是维护和建立自由、公平的市场竞争秩序。而中国《反垄断法》第四条规定：“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，完善宏观调控，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。”其中的“完善宏观调控”是具有中国经济立法常用语，从理论上说“宏观调控”与竞争政策和竞争法实施并没有直接关联，反而容易令人联想到竞争规则的制定和反垄断执法会受到“宏观调控”目标的影响。如今，中国政府也强调要建立竞争政策与投资政策、产业政策的协调机制，可见政府已经认识到竞争政策与宏观调控中常用的诸类政策是相互并列关系，完善宏观调控政策不宜作为《反垄断法》的目标之一。第五条规定：“经营者可以通过公平竞争、自愿联合，依法实施集中，扩大经营规模，提高市场竞争能力。”明确了“公平竞争”的理念，但《反垄断法》第七条却又对国有企业做了特殊的规定，这客观上招致国内外的很多质疑，认为与第五条的“公平竞争”理念相悖。在反垄断执法实践中涉及国有企业时，就有相关企业以该条款作为其抗辩的理由。此外，《反垄断法》中没有体现维护和促进“自由竞争”的价值目标，而据了解在立法过程中曾经就是否要写入“自由竞争”也有过争议，最终的结果是只保留了“公平竞争”的内容。然而“自由”与“公平”是现代市场经济条件下竞争秩序的核心价值体现，世所公认。中国共产党十八届三中全会明确提出要“使市场在资源配置中起决定性作用”，充分发挥市场主体的自主性和创造性，简政放权，激发市场主体活力，实质上就是要给予市场中的各类主体更大的自由度，保证其能够自主参与市场竞争，因此，在未来的修订中应当加入“自由竞争”的价值目标。《反垄断法》的原则和理念的条款修改既是法理技术性的又是政策性的，十八届三中全会之后中国共产党中央及中国国务院先后出台了多个文件，对市场机制的发展、市场与政府的关系等问题有了更多更新的表述，当初立法过程中对于一些涉及反垄断法基本理念的认识、理解有所加深，相信在下一轮修订过程中在这方面会有更多的共识性成果写入新修订的《反垄断法》中。

（二）建立单一高效的反垄断执法机构，强化执法机构的职能

关于反垄断执法体制的设计，是典型的政策性问题，特别是现行《反垄断法》分设多家执法机构的体制设计，是对现行执法体制和机制的尊重与承认，否则可能由于体制改革的障碍或难度而延缓《反垄断法》的出台。中国《反垄断法》设定了反垄断委员会和多家反垄断执法机构的体制，这不同于目前盛行的单一机构体制的国际潮流。在未来的修订中，应当改革现有的“三家分治”的反垄断监管体制，统合成一家强有力的执法机构，

同时赋予该机构发展和制定竞争政策、禁止垄断协议和滥用市场支配地位行为、对经营者并购进行反垄断审查以及禁止行政性垄断等职能。目前，国务院反垄断委员会属于反垄断执法的协调性机构，尽管层级较高，但其协调议事性机构的定位，不利于发展和形成独立的竞争政策，也无法有效落实和实施竞争政策，在协调三家反垄断执法机构的执法活动方面也略显力不从心。而目前“三家分治”的局面，尽管在《反垄断法》实施初期，确实对推动反垄断执法产生了积极作用，但从长远看三家机构各行其是、互不隶属，独自发布自己的执法规则，难免存在不协调、不一致甚至相冲突的问题，这样反而有损于反垄断法的权威性和统一性。在反垄断执法活动中也会因为执法理念、执法规范、执法尺度和力度的差异而产生执法效果的抵消效应，不利于形成真正强有力的反垄断执法新局面。此外，由于目前三家机构分别隶属于不同的政府部门，行政层级不高，执法独立性不强，在执法活动中容易受到干扰，各机构也很少会推动更具有宏观层次的“国家竞争政策”的发展，这也是到目前为止，中国仍未能真正形成具有实质性内容的国家竞争政策的主要原因之一。因此，组建独立、统一、完整的反垄断机构是下一步中国反垄断体制改革的核心内容和发展方向，而相应修订《反垄断法》正是此项改革的前提条件。

（三）对部分实体性规定内容给予必要的明确和补充

《反垄断法》第二、三、四、五章分别规定了垄断协议、滥用市场支配地位行为、经营者集中和滥用行政权力排除、限制竞争等实体性内容，目前的内容采纳了国际上主流的反垄断法实体规范体系，基本做到了与国际接轨，也符合竞争法及竞争理论的最新发展趋势，为近年来的反垄断执法提供了依据和规范。当然，近年来的执法实践也反映出，部分实体性规范还不够明确或不完善，在执法实践中存在对法律规定理解不一致或法律的规定难以操作的情况，一些典型的反竞争行为也没有纳入法律禁止的范畴，存在立法空白。例如，在垄断协议部分，对于国际上公认的属于核心卡特尔之一的“串通投标”行为，没有给予明确规定，但实践中执法机构已经有涉及串通投标方面的案例出现。另一方面，中国专门有《招标投标法》，并且有相应的执法部门，在实践中就出现了反垄断执法机构是否可以查处串通投标行为的争议。此外，垄断协议章节中规定了横向垄断协议和纵向价格垄断协议，但对于那些促成或监督横向垄断协议的达成和实施的行为却没有规定，导致执法机构无法查处此类损害竞争的行为。在滥用市场支配地位部分，对于

经营者实施相关行为的“正当理由”的含义需要做进一步的明确，以免在实践中出现执法的随意性，同时集体市场支配地位问题还可以规定得更加明确。在经营者集中部分，《反垄断法》并没有规定对于“企业合营”是否可以被认定为属于经营者集中的范畴，尽管商务部反垄断局在其发布的《关于经营者集中申报的指导意见》规定某些特定的企业合营属于经营者集中申报的范畴，但该文件仅为商务部内设机构的规范性文件，层级和效力不高，在未来修订中应当予以明确。上述大部分条款，兼具法理技术性和政策性，从性质上看更偏向于政策性，但由于在执法实践中暴露出来造成监管的空白，似乎有可以调整的空间，也存在修改的必要，而当前的政策性条款的设计也没有与中国当下的国情特点相匹配，当然，串通投标未写入《反垄断法》，也许有行政监管体制性的因素，而其他明显的立法空白，可能更多是监管政策覆盖不到位的问题，应该参考国外先进国家或地区的做法，做出相应的修改。

（四）对程序性规定和垄断行为的法律责任等相关内容进行必要的调整和完善

目前《反垄断法》中对于世界通行的反垄断宽大制度和承诺和解制度的规定都还不够明确，宽大制度的规定不够明确清晰，尤其是如何与《行政处罚法》中的从轻、减轻和免除行政处罚进行区别还有不同认识，而承诺和解制度的使用范围也不够明确，造成目前在执法过程中，执法机构对一些属于核心卡特尔的垄断行为也适用承诺和解制度。另外，也可以考虑引入目前较先进的“额外宽大”制度，为卡特尔行为的监督提供更有力的制度武器。但就现有规定看，涉及反垄断宽大和承诺和解制度的条款大体可行，在执法实践中也不存在太大的制度障碍，相关部门可以通过制定规章或指南的方式将制度更加细化或规范化，而至于是否引入“额外宽大”制度，则纯粹是政府的政策性考量的问题了。

在法律责任部分，目前的《反垄断法》规定对垄断行为应没收违法所得并处以罚款，然而大量执法实践证明，垄断行为的违法所得难以计算，在实践中面临相关法律规定无法实施的困境。此外，对于适用宽大制度的案件，违法所得是否也可以获得减免同样是一个悖论，如果允许减免，则意味着垄断行为人可以从垄断行为中获利，不符合公平正义的原则，但如果不允许减免，则垄断行为人即便申请了宽大，仍有可能被处以巨额的经济处罚，则会大大降低宽大制度的有效性，因此，在未来的修订中，建议删除没收违法

所得的处罚类型，由执法机构在做出罚款过程中一并考虑违法所得因素。此外，《反垄断法》第四十六条规定：“尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。”但在实践中对于“尚未实施所达成的垄断协议”的情形难以清晰界定，同样导致很难具体操作，引出无数争议。从世界各国的竞争法或反垄断法的规定来看，也很少有将未实施垄断协议单独设置特殊的法律责任的，更多的是将是否实施垄断协议作为执法机构确定罚款的考量因素之一。再如，《反垄断法》第四十八条规定：“经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。”对于未实施集中申报的行为，罚款额度为五十万以下明显太轻，经营者的违法成本太低，有损于法律的权威性，在实践中也会引发道德风险，在未来的修订中建议可以适当提高罚款额度。上述部分也是兼具法理技术性和政策性的条款，但从执法实践中看，似乎政策性更强一些，没收违法所得是绝大部分中国的行政性立法中都有的条款，然而却没有考虑到《反垄断法》的特殊性，客观上没有充分理解和深刻认识反垄断法的理论基础，导致在实施过程中出现种种困惑。至于是否需要区分垄断协议的实施与否作为处罚轻重的法定情节，以及对于未申报的行为给予多大程度的处罚，还可以在平衡政策取向的基础上做进一步的分析取舍。

除此之外，还可以考虑将刑事责任引入《反垄断法》，对实施卡特尔行为的经营者（包括单位和个人）可以实施罚金或有期徒刑的处罚。刑事责任的处罚力度更大，相比于单纯的对企业的罚款更具有威慑性。对从事卡特尔行为的个人的刑事追责，将有助于个人在面对企业的压力时采取更坚决的抵制态度。此外，对个人的刑事追责也会引来社会更广泛的关注，也是对反垄断法的更好宣传。当然，也有意见认为，追究垄断行为刑事责任也会提高调查难度，因为面临刑事追责的违法行为人会更加坚决地抵制反垄断机构的调查，而采取严厉的行政处罚措施，也能够起到更好的阻吓垄断行为的效果。当然最主要的问题还在于，实施刑事处罚对于反垄断执法机构而言更加复杂，执法成本会更高，难度也更大。1890年美国颁布的《谢尔曼法》就设定了针对卡特尔行为的刑事责任，但直到70年后才出现第一起卡特尔刑事案件。2004年，美国改革了卡特尔刑事责任制度，提高处罚力度，对个人的刑事罚金限额由35万美元提高到100万美元，有期徒刑刑期由3年提高到10年。近年来，美国司法部对个人提起刑事诉讼更加频繁，求刑期也更长，2012年美国司法部将45人送入监狱，平均服刑期超过2年。英国于2002年

《企业法》颁布后，也在竞争执法中引入了刑事责任，个人最高可被处以 5 年以下有期徒刑，并可被处以罚金及最高在 15 年内剥夺担任企业高管的权利。目前全世界包括巴西、墨西哥、加拿大、澳大利亚、以色列、韩国、印度等国家都在竞争法中引入了刑事责任条款。而在欧盟，德国、奥地利、匈牙利、波兰、意大利等国对串通投标行为均可追究刑事责任，法国对个人可处 75000 欧元以下罚金、4 年以下有期徒刑，爱尔兰于 2012 年将卡特尔行为的最高刑期提高到 10 年（此前为 5 年），2013 年丹麦新的规定对个人可处 18 个月以下的有期徒刑，其他欧盟成员国也将逐渐在其本国竞争法中引入刑事责任。总体来看，近年来有越来越多的国家在竞争法中引入刑事责任条款，原本采纳了刑事责任条款的国家，也在提高处罚力度，可以说，将垄断行为特别是卡特尔行为确定为犯罪行为并追究个人的刑事责任，是未来各国竞争法发展的大趋势。

（五）在修订《反垄断法》的同时，对相关的配套规章进行同步修订

目前各部门发布了大量《反垄断法》配套规章，在修订《反垄断法》的同时，也应当对相关配套规章进行修订。尤其是对反垄断法中的垄断协议、滥用市场支配地位的认定，垄断协议的合理性分析方法、宽大制度、承诺和解制度、罚款计算方法等做出更明确详细的规定，进一步完善中国的反垄断法律体系，提高反垄断法的可实施性、准确性和透明性。



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。万江律师曾执业于多家知名律师事务所，主要业务领域包括境内外投资、公司上市和并购等，并短暂就职于某大型国有企业法务部。后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月期间万江律师获中国政府委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. John has extensive experience with complex antitrust and competition law issues. Prior joining Global Law Office, he served as a senior case handler at the Price Supervision and Anti-Monopoly Bureau of the National Development and Reform Commission (NDRC). In that capacity, he participated in a number of significant anti-trust and cartel investigations, and led the drafting of the Leniency Program and Commitment Rules under China's Anti-Monopoly Law. John received an intensive training in both DG Competition of the European Commission and Irish Competition Authority in 2013. John earned a PhD in law in 2010 at China University of Political Science and Law. He is admitted to practice in China.

Email: Wanjiang@glo.com.cn

反垄断法视野下设定标准必要专利许可的 FRAND 标准费率的建议

作者：万江 | 张家怡

标准必要专利（Standard Essential Patents, SEPs）是指构成某项技术标准所必要的专利。技术标准是对一项或几项生产技术设立的必须符合的条件和标准。专利的排他性与标准的公共性结合，使专利权人在许可谈判中的地位大幅提升。为约束专利权人滥用专利权的行爲，各大标准化组织针对标准必要专利的许可逐步发展确立了“公平、合理、无歧视原则（Fair, Reasonable And Non-Discrimination, FRAND）。”在标准必要专利许可的谈判中，许可费是核心条件。对于存在实际许可关系的专利许可，过高的许可费有可能损害被许可人的利益，进而违反 FRAND 原则。对于潜在专利许可关系（如就专利许可展开谈判或未取得许可而使用专利所导致的专利纠纷）而言，也可能因为专利许可条件过高特别是专利许可费过高而出现争执或纠纷。因此，关于 FRAND 原则的讨论，大部分都集中在什么才是公平、合理、无歧视性的费率标准上。

一、中外反垄断机构关于符合 FRAND 原则的 SEPs 许可费率的意见

首先，关于何谓“公平、合理的”标准必要专利许可费？理论上应当是指在专利技术与其他技术开放竞争情况下专利权人能够获得的许可费，而不是在市场参与者被专利技术锁定后可以收取的许可费。欧盟委员会《关于横向合作协议适用<欧盟运行条约>第 101 条的指南》中提出，（被选入）行业标准之前的专利的许可费是较为合理的标准，也可以选取在另一可比较的标准中同一专利的许可费作为标准。但不建议以专利的成本为标准。¹专利许可费可以按产品产量来缴付，也可以一次性支付。在移动通信领域，按终端产品的销售额计算收取专利许可费是通行的模式，例如 GPS 设备中的记忆芯片可能附着 10 个专利，则每个专利都可以以芯片、GPS 设备或是手机的价值为计价基础收取专利许可费。近年来逐渐有否定以整体设备的净值作为许可费率计价基础的趋势，转而倾向以“最小可销售单元”（smallest salable patent practicing unit）为计算基础。总之，

¹ Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, para 289、290.

“合理的”许可费应当反映特定专利所绑定的功能以及在整个设备中占全部专利的真实比例。²

其次，相比于“公平、合理”原则，“无歧视”原则似乎更清晰，可以理解为对相同条件的被许可人应该适用相同的许可费标准。然而，“相同条件”的含义也具有不确定性，美国早年关于专利强制许可的判例中，将相同条件界定为“被许可人处于相同分销渠道或类型”，也有人提出无歧视是指专利权人将自己作为被许可人看待的情况下，给予自己的许可条件不得优于其他标准实施人。³似乎更具有说服力。

2015年初，美国司法部就美国电气电子工程师学会（IEEE）提交的关于 SEPs 的知识产权政策修正案做出答复，其中关于许可费的部分认为 IEEE 的以下政策修正不大可能损害竞争：标准必要专利的合理使用费“指适当的补偿……但排除任何因技术被纳入 IEEE 标准而产生的价值”。同时，还包括三项确定合理使用费的建议考量因素：1、在实施了标准必要专利的最小可售产品中专利覆盖部分的价值；2、在整个标准必要专利所覆盖的价值中，所涉某项标准必要专利在其中的贡献价值；3、所涉标准必要专利的既有许可，当然这类许可不是在任何明示或暗示的禁止令威胁之下达成的，且其情形足以与当下的许可情形相比较。⁴

中国国家发改委在查处高通公司以及 IDC 公司涉嫌滥用市场支配地位案中也表露了对于 SEPs 的许可费标准的意见：1、许可费标准不应过高，即以较高比例和整机价格为准计费的方式是不合法的；2、权利人在许可过程中，应当提供明确的专利清单；3、不得搭售过期专利、非标准必要专利及附加其他条件等。

二、典型司法案例中关于 SEPs 的 FRAND 费率的确定方法

在 2013 年中国法院审理的华为诉 IDC 公司案中，中国法院认为在确定合理的 SEPs 的许可使用费时，至少应考量以下因素：1、许可使用费数额的高低应当考虑实施该专利

² Herbert Hovenkamp, Competition in Information Technologies: Standards-Essential Patents, Non-Practicing Entities and FRAND Bidding (October 3, 2012). U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-32.

³ Damien Geradin & Miguel Rato, Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND(2006).

⁴ See DOJ Will Not Challenge Standards-Setting Organization's Proposal To Update Patent Policy(Feb 2015).

或类似专利所获利润，以及该利润在被许可人相关产品销售利润或销售收入中所占比例。技术、资本、被许可人的经营劳动等因素共同创造了一项产品的最后利润，专利许可使用费只能是产品利润中的一部分而不应是全部，且单一专利权人并未提供产品全部技术，故该专利权人仅有权收取与其专利比例相对应的利润部分。2、专利许可使用费不应超过产品利润一定比例范围，应考虑专利许可使用费在专利权人之间的合理分配。3、专利权人所作出的贡献是其创新的技术，专利权人仅能够就其专利权而不能因标准而获得额外利益。4、许可使用费的数额高低应当考虑专利权人在技术标准中有效专利的多少，要求标准实施者就非标准必要专利支付许可使用费是不合理的。关于 SEPs 许可费“无歧视”的问题，在基本相同的交易条件下，如果标准必要专利权人给予某一被许可人比较低的许可费，而给予另一被许可人较高的许可费，通过对比，后者有理由认为其受到了歧视待遇。标准必要专利权人就违反了无歧视许可的承诺。⁵在该案中，法院根据 2007-2012 年苹果公司的销售额，计算得出 IDC 公司的 SEPs 许可费率为 0.0187%，从而得出 IDC 公司应当向华为公司收取的许可费率为 0.019%。在确定上述费率的过程中，法院既没有具体考量判决书中所提及的各项因素，苹果公司与华为公司是否具有“交易条件相同”的可比性也缺乏足够论述，导致这一结论引起了众多的讨论。

在 2017 年英国法院判决的 *Unwired Planet (UP) 公司诉华为案* 中，法官在符合 FRAND 原则的 SEPs 许可费率问题上提出了以下意见：1、在特定情况下，仅有唯一一组费率是 FRAND 的。但若法院在某日判决 FRAND 费率是 1%，公司 A 和 B 在某日之前达成的 2% 的费率是否就不满足 FRAND 原则？法官认为只要不与竞争法相背，双方当事人自愿协商达成的费率都应该是合法的。2、对于情况不同但是相近的被许可人，给出更低的许可费率并不一定造成“歧视”，除非费率的差别影响了两个被许可人之间的竞争。3、本案中，法官最终确定 UP 专利满足 FRAND 的费率是以爱立信和三星在 2014 年签署的许可协议作为可比较许可协议(*comparable licences*)为依据确定的，并以 2G/3G/4G SEPs 的累积费率作为验证核对 (*crosscheck*) 的标杆。英国法院认为根据所有相关 SEPs 的累积费率和专利权人专利所占全部 SEPs 的比例来计算，这种算法也是可行的，不过用来做验证核对会更有效(*may be more useful as a crosscheck*)。4、评估 FRAND 费率时，计算专利的数量是不可避免的。此举可以避免相当数量非标准必

⁵ 广东省高级人民法院 (2013) 粤高法民三终字第 305 号《民事判决书》。

要专利、无效专利、不侵权专利和/或有效期已经届满的专利的“浑水摸鱼”，从而违反 FRAND 原则。⁶该案的最大争议在于英国法院直接裁定了一个全球性的 SEPs 许可费。

2017 年 12 月美国法院判决的 TCL 诉爱立信案中，使用了 Top down 的方法计算 SEPs 的许可费率。Top down 与 Bottom up 相对应，前者是先把整体的数额确定好再确定个体的，后者则是先计算个体。法官最后采取的计算公式是，确定整体许可费率，乘以爱立信有效专利在标准专利总数中的比例，再乘以地区的强度指数，其中美国最强，欧洲次之，其他地区通常只有美国的一半。⁷利用 Top down 方法计算费率大大降低了确定许可费的“交易成本”。但是，这种方法无法区分专利在标准中的贡献率和专利本身的技术价值，爱立信一方提出应该考虑其专利在加入标准前本身的技术价值，TCL 一方提出根据专利在标准中的重要性和贡献率调整许可费率，均未被法官采纳。此外，在 TCL 与苹果、三星等大公司的可比较性方面，法官认为其具有同等地位，不得“歧视”。

从上述典型司法判例来看，法院在确定标准必要专利的 FRAND 费率时，通常都是两条腿走路，一方面是参照可比较许可协议费率（这些可比较的费率通常都是经过自由协商确定的），另一方面通常都乐于采取 Top down 的方法计算或估算费率，两相对比最终确定所谓的强制性费率。尽管司法机构直接判定的费率标准总是会引起很大的争议，但是在司法机构看来，实在是基于效率和公平的最佳平衡方式得出的结论。

三、在反垄断法的背景下如何界定 SEPs 的 FRAND 费率

SEPs 的许可原则上是权利人与被许可人双方意思自治的民事行为，只是因为标准必要专利涉及到的公共性而产生了反垄断法上的疑虑，导致在某些情况下需要引入公权力的介入，而 SEPs 的许可费通常都是当事人争议的焦点，也是反垄断机构或司法机构需要直面解决的问题。目前归纳起来建议可以采取以下标准确定合理费率：1、许可费率应当以许可双方意思自治、自由协商确定的价格为基准；2、许可费率应当以专利产品中的最小可销售单元的价值为计费基础；3、专利许可费应当与 SEPs 在最小可销售单元中的贡献相当，考虑的不仅限于 SEPs 在包括非标准必要的专利等在内的全部专利中所

⁶ See Case No: HP-2014-000005-Unwired Planet International Ltd and (1) Huawei Technologies Co. Ltd (2) Huawei Technologies (UK) Co. Ltd, available at <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/04/unwired-planet-v-huawei-20170405.pdf>, visited on Jan 11, 2018

⁷ Memorandum of findings of fact and conclusions of law in TCL Communications v. Ericsson

占的比例，还要考虑资本、劳务、固件等其他产品生产要素对产品价值的贡献比例，显然费率不得高于专利产品的利润率；4、在可行的情况下可以适当考虑专利的实际贡献率和重要性程度；5、可以参照纵向或横向可比较许可费率确定，但是可参照的费率不应当是在禁令威胁等胁迫方式下达成的。如果专利权人自己也参与专利产品的生产和竞争，则专利权人自己使用 **SEPs** 的费率应当是最具基础性的可参照费率；6、专利许可谈判过程中应当符合反垄断法的其他规则，包括专利权人的专利清单应当明确可靠、不得因为专利费的“歧视性”而影响竞争、不得有搭售或附其他条件的许可等。

以上标准是一个层层递进、有机协调的整体：以当事人双方的自由协商为基本指向，对于那些可参照的许可费率标准也是以当事人的自由协商为前提的，后续考量的各项因素客观上确定了 **SEPs** 的费率上限，但在这个最高费率之下仍然以当事人双方的自主协商为基础。其次，任何一个 **SEP** 的许可价格都应当在专利产品中最小可销售单元的利润比例范围内，与其他专利（主要是非标准必要的专利）、资本、劳务、固件等要素放在一起比较贡献大小来确定费率标准，在这个过程中 **SEPs** 至少与非标准必要专利处于同等地位，这也意味着不应考虑标准给 **SEPs** 带来的不合理增值。最后，所有的许可费行为都应当符合反垄断法框架，事后的合法性检验具有强制约束性。

总之，许可费率本质上是通过公平、自由的市场竞争来发现的价格，我们不建议公权力机关直接参与制定强制性的许可费率标准，因为这样只会使公权力机关陷入无限的争议且无助于解决围绕 **SEPs** 许可费率的争端。公权力机关适宜采取的立场是，对那些非 **FRAND** 的许可费率说不，通过一系列的执法案件和司法案件逐步引导市场形成合理的 **SEPs** 的价格发现和形成机制。

反垄断案例评析

Microsoft/Yahoo

本文首发于 *Concurrence* 并经授权转载。

AUTHOR: Liang Gao

Since the cases made public in China in which a concentration between undertakings is formed by IP transactions are rare, the case of Microsoft/Yahoo in the EU is a good example to shed light on the way the EU deals with concentrations in the case of transfer and license of IPRs.

(I) Background

On December 4, 2009, Microsoft and Yahoo entered into a license agreement and a sales agreement concerning search and advertisement services. According to these agreements, Microsoft was entitled to an exclusive license for 10 years of Yahoo's core search technologies, and had the right to incorporate Yahoo's search technologies into Microsoft's existing Internet search platform; meanwhile, Microsoft agreed to hire no less than 400 employees from Yahoo search Advertising group and Yahoo internet search group. In addition, according to the agreements, Microsoft would be the exclusive search service advertisement provider for Yahoo. Generally speaking, according to these agreements, Microsoft would acquire Yahoo's internet search and search advertisement businesses, including Panama. These businesses were not incorporated, and their transfer was undertaken through a transfer of relevant technology, employees and a migration of customers from Panama to adCenter.

(II) Grounds of determination

The European Commission considered that this agreement constituted a concentration under the EU Merger Regulation on various grounds, including: (1) the assets transferred constituted all or a part of the business of the undertaking, and the business could produce computable market turnover; and (2) the transfer of control

over such assets was on a lasting basis. In addition, the European Commission found that this transaction would lead to Microsoft solely controlling Yahoo's search business.

8

(III) Analysis

1. The transaction involves the whole or a part of an undertaking

The European Commission considered that the search advertising platform technology, human capital, and advertising customers stated in the agreements were the three most important elements for a search advertising business, and that these three elements constituted a business to which a market turnover could be attributed. Specifically, the European Commission explained why the transaction constituted the whole or a part of an undertaking.

First, Microsoft would have access to all the core technologies of the Yahoo search engine. Since the license was also exclusive as to Yahoo, Yahoo would not be able to operate a separate search business. Second, Microsoft would also hire at least 400 Yahoo employees. This scale of 400 employees would be sufficient to enable Microsoft to run that business. Third, once Microsoft search advertising was launched in a given country, Yahoo customers would be "migrated" to Microsoft's advertising platform adCenter, and Yahoo's Panama platform would be discontinued and all search advertising services used by Yahoo would be provided by Microsoft through adCenter. Fourth, world-wide turnover of Yahoo could be attributed to its search business in the year 2008.

2. The transaction results in change of control on a lasting basis

The European Commission considered that the term of 10 years stipulated in the agreements was a long period in a market characterized by rapid technological developments, such as Internet search and search advertising, and therefore satisfied

⁸ See Case No COMP/M. 5727 - MICROSOFT/ YAHOO! SEARCH BUSINESS, available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf, visited on June 12, 2017.

the requirement of "lasting basis" for transfer of control under European competition law.

3. The transaction constitutes acquisition of sole control

The European Commission did not directly explain whether the transaction constituted the acquisition of sole control; instead, it stated that the transaction did not create a joint venture, and hence reached the conclusion that it constituted the acquisition of sole control in the sense that it did not allow for the creation of a joint venture under joint control.



高粱 | 律师

Liang Gao | Associate

高粱为环球律师事务所律师，其主要执业领域为反垄断、收购与兼并、国家安全审查、私募股权投资、资本市场。高粱律师曾参与并主办多起高端反垄断申报案件，并在反垄断与国家安全审查领域发表多篇有影响的文章，其现为德国卡特尔法研究会会员。

邮箱: gaoliang@glo.com.cn

Liang Gao is an associate of Global Law Office and specialized in antitrust, national security review, regulatory compliance and cross-border M&A. Mr. Gao has participated in a number of high-profile merger control cases and published several influential articles concerning antitrust and national security review and he is also a member of Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Email: gaoliang@glo.com.cn

环球反垄断动态

环球合伙人万江博士在 **Concurrences** 发表英文文章

本所合伙人万江博士的英文文章 **CHINA: TEN YEARS OF ANTI-MONOPOLY LAW - ITS REVIEW AND PROSPECT** 发表在极具国际影响力的专业杂志 **Concurrences** 2017 年第 4 期上。该杂志是由总部位于法国巴黎的竞争法研究院（**Institute of Competition Law**）发行的季刊，该研究院每年春季组织评选的全球年度竞争法最佳论文在国际反垄断法理论和实务界都极具影响。**Concurrences** 杂志的审稿人团队由前美国联邦贸易委员会主席 **William KOVACIC**、OECD 竞争委员会主席 **Frédéric JENNY**、美国联邦贸易委员会代理主席 **Maureen OHLHAUSEN**、欧盟竞争总司总司长 **Johannes LAITENBERGER** 等领衔，万江博士的文章经先后两轮审稿修改后最终得以发表。

2017 年是中国反垄断法颁布十周年，万江博士的文章对十年来中国反垄断法的立法、执法、司法等情况给予了全面回顾和总结，并就十年间中国反垄断法实施过程中存在的问题提出了自己的意见和建议，获得了杂志编委会和审稿人的高度认同。**Concurrences** 杂志主编 **Nicolas CHARBIT** 先生也向万江博士表示希望未来有更多机会与中国同行进行交流与合作。

环球在《亚太法律 500 强》2018 年度排行榜中取得领先排名

国际知名法律评级机构 **The Legal 500** 公布了其《亚太法律 500 强》2018 年度排行榜。环球律师事务所在反垄断与竞争法业务领域被评为“重点推荐律所”。

环球合伙人任清律师和杭国良律师荣获《亚太法律 500 强》2018 推荐

国际知名法律评级机构 **The Legal 500** 公布了其《亚太法律 500 强》2018 年度排行榜。环球律师事务所合伙人任清律师和杭国良律师在反垄断与竞争法领域获得“特别推荐律师”荣誉。

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，可将个人电子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

环
球
律
师
事
务
所

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