

三巨头遭反垄断处罚 警示并购企业勿越“双黄线”

■ 本报记者 钱颜

12月14日,国家市场监督管理总局依据《反垄断法》对阿里巴巴投资、阅文集团、丰巢网络3家企业未依法申报违法实施集中案作出分处50万元人民币罚款的行政处罚,引发社会广泛关注。这是《反垄断法》自2008年实施以来,第一次剑指头部互联网企业。处罚发布后,3家企业均进行回应,称将按照监管要求进行整改和落实。

“近年来,我国线上经济蓬勃发展的,各种创新应用层出不穷,丰富和便利了人民的生活。但与此同时,线上经济呈现出市场集中度越来越高的趋势,市场资源加速向头部平台和举报日益增加,显示线上经济发展中存在一些竞争风险和隐患。”段和段律师事务所律师刘燕在接受《中国贸易报》记者采访时表示,网络平台不是法外之地,已成为全社会的共识。此次反垄断处罚事件提醒参与竞争的互联网企业,须牢记公平竞争是行业持续健康发展的重要前提。

刘燕介绍说,这3起案件都属于相关经营者违反法定申报程序受到行政处罚,不涉及实体上的违法。《反垄断法》第二十一条规定,经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。3家企业集中的营业额都明显超过了申报门槛,但是企业没有依法向市场监管总局申报,因而受到了处罚。在实体方面,3份行政处罚决定书都表明,市场监管总局对相关市场竞争的影响进行了评估,认为该项经营者集中不会产生排除、限制竞争的效果。

根据《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”。

“尽管50万元对3家企业的体量来说并不算高,但从法律角度看属于顶格处罚,比较严重。也表明了监管部门加强对网络平台监管的重视程度。”刘燕表示。

据市场监管总局反垄断局主要负责人介绍,此次公布的这3起案件均涉及协议控制架构情形,其中既有被调查的经营者存在协议控制架构的情形,也有目标公司通过协议控制境内运营实体的情形。这也是市场监管总局首次对涉及协议控制结构企业违法实施集中作出行政处罚,对规范涉及协议控制架构企业的经营者集中行为具有重要意义。

“协议控制架构指的是可变利益实体,也称为协议控制,即不通过股权控制实际运营公司而通过签订各种协议的方式实现对实际运营公司的控制和财务的合并。”刘燕表示,在我国,经营者集中反垄断申报的门槛主要是考虑控制权和营业额这两个要素,并没有将协议控制架构排除在申报要求之外。因此,当涉及协议控制架构的交易达到控制权和营业额门槛时,企业也应进行经营者集中申报。

目前,市场监管总局正在制定《关于平台经济领域的反垄断指南》,已经完成社会公众意见公开征求,正在根据征求意见情况进行修订。通过制定指南,可以增强反垄断法律制度的可操作性和可预期性,保障竞争规范有序。

“对我国互联网企业来说,加强平台监管,提高违法成本并非坏事。”刘燕表示,在欧美国家,不少科技巨头触犯《反垄断法》,处罚金

额最高可达违法企业整个集团在上一年度全球营业额的10%,被罚百万美元并不罕见。我国企业只有学会遵守反垄断规则,做好合规工作,在走出去参与国际市场竞争时才能规避相应风险。

“在实践中仍然有一些企业持观望态度,甚至有企业被提醒后仍不主动申报。相信通过这几起案件的调查处罚,能令经营者更清楚地认识到协议控制架构不是互联网企业规避经营者集中监管的理由。无论什么类型的企业,是被调查的经营者、目标公司还是有关企业的实际控制人存在协议控制架构,都应

当依法进行经营者集中申报,违法实施集中都会受到相应的行政处罚。”上述负责人说。

就在对这3家企业处罚决定公布后不久,虎牙和斗鱼的合并案也被市场监管总局提及。市场监管总局表示,正在依法审查虎牙与斗鱼合并等涉及协议控制架构的经营者集中申报案件。可见为确保互联网行业的健康发展,对该领域的反垄断调查有越来越严的趋势。

刘燕建议企业,结合具体业务情况,制定详细的反垄断合规手册;设置专职反垄断合规岗位,定期更新反垄断合规手册和合规政策;开通内

部举报热线,明确反垄断合规咨询窗口,及时发现潜在风险;建立适合企业自身的反垄断合规体系,必要时聘请反垄断专业人士协助进行全面反垄断风险排查和评估;对员工定期开展反垄断合规培训,可通过问卷、书面承诺等形式强化培训效果;持续关注反垄断动态,包括最新法规、指南、实务操作、域外案件等。

“风险大的企业须依法向市场监管总局反垄断局进行经营者集中申报。一旦发生违法行为,应当立即停止,争取减轻法律责任,并积极配合主管部门完成审查程序。”刘燕说。



制图 耿晓倩

日前,杭州联安安防工程有限公司在杭州市中级人民法院提起诉讼,声称小米通讯技术有限公司、小米科技有限责任公司等7家公司侵犯其“MIKA米家”商标专用权。

(王思杰)

商用密码出口管制新动态为企业提供明晰指引

■ 本报记者 陈璐

“2019年以来,我国立法机关对密码管理领域进行了密集性立法,修法,进一步明确了该领域的进出口管制模式,对企业提出了新的合规要求。”北京大成律师事务所合伙人阮东辉在企业国际化合规经营讲座上介绍,此前,商用密码主要通过1999年颁布的行政法规《商用密码管理条例》进行规制;2019年10月26日,《中华人民共和国密码法》通过,并于2020年1月1日正式生效,这是密码管理领域的第一部综合性法律;8月20日,国家密码管理局发布了《商用密码管理条例(征求意见稿)》;11月26日,商务部、国家密码管理局海关总署联合发布《关于发布商

用密码进口许可清单、出口管制清单和相关管理措施的公告》(简称63号文)。

“准确界定国家秘密对区分商用密码与核心或普通密码至关重要。”阮东辉介绍,密码是指采用特定变换的方法对信息进行加密保护、安全认证的技术、产品和服务,其包括核心密码、普通密码和商用密码,核心密码保护信息的最高密级为绝密级,普通密码保护信息的最高密级为机密级,而商用密码则是指用于保护不属于国家秘密的信息,所涉及的范围广泛。

“我国仅针对特定类型的商用密码实施进出口管制。”阮东辉指出,商用密码进出口管制的具体范

围有相应的负面清单管理制度,在此之前,商用密码的出口一直实行批准制。根据63号文相关规定,商用密码进出口要求参照《两用物项和技术进出口许可证管理办法》(商务部海关总署令2005年第29号),即商用密码的进出口、过境、转运、通运,在境外与保税区、出口加工区等海关特殊监管区域/保税场所之间进出的,均需申领进口/出口许可证。此外,我国监管机关对商用密码的进出口管制环节也在不断增加,预计未来会引入“再出口”“视同出口”等概念。

“值得注意的是,虽然《密码法》将‘服务’正式纳入商用密码的管理范畴,《出口管制法》也明确

‘管制物项’包括‘服务’,但63号文项下的《商用密码进口许可清单》与《商用密码出口管制清单》仅列举了特定商用密码产品、软件及技术,并未涉及商用密码服务事项。因此,当前商用密码的进出口规制暂不涉及相关‘服务’,但不排除未来通过更新有关商用密码进出口管制清单的方式将特定商用密码服务事项纳入管制范围。”阮东辉称。

“与原27号文(国家密码管理局、海关总署关于发布《密码产品和含有密码技术的设备进口管理目录》调整公告)相比,63号文项下的《商用密码进口许可清单》和《商用密码出口管制清单》进一

步列举了所涉物品详细的技术特点、功能的描述,为企业识别相关管制密码的范畴提供了更为明晰的指引。”阮东辉指出,但此次两项许可清单并未列明每一类管制物项的海关编码,使企业在精确识别管制范围方面遇到了困难。

据商务部相关人士透露,预计将于今年年底出台《两用物项和技术进出口许可证目录》,该目录将涵盖,合并所有现有分散的管制目录,也会列明各个物项的海关编码,方便企业查询使用。未来,中国对管制物项的识别和界定可能会像美国一样出台一套出口管制专用编码体系。

越南反倾销期中复审制度解读

■ 杨麟

在2007年1月11日越南正式加入WTO之后,越南和中国两国间的进出口贸易额迅速攀升,根据中国海关统计数据,2019年中国对越南的出口金额达到980亿美元。从单一国别看,越南成为仅次于美国、香港、日本和韩国的第五大出口市场。今年11月,《区域全面经济伙伴关系协定》正式签署,可以预见中国对越南的出口将迎来更加迅速的增长。然而,随着中国对越南出口贸易的不断扩大,越南针对中国的反倾销调查也日益频繁。自2013年一起反倾销案——不锈钢产品案,到2020年6月底,越南对中国累计发起了11起反倾销案件,其中5起案件被裁定了反倾销措施,中国已经成为越南反倾销调查的主要对象。

根据越南反倾销法规,在反倾销措施实施一年后,越南调查机关—工业贸易部根据利害关系方提交的申请和支持证据,可以决定对反倾销措施进行期中复审。仅在2020年下半年,就有3起反倾销期中复审申请被提起。现有的5起针对中国产品的、被裁定反倾销措施的案件均被提起过期中复审调查。对中国发起的第一起反倾销案——不锈钢产品案,在2014年10月原审终裁后一共发起了2次期中复审,1次日落复审。考虑越南对中国发起反倾销调查,以及越南发起期中复审调查都非常频繁,因此有必要对

越南的反倾销期中复审制度做一梳理和介绍。

申请条件

根据越南反倾销法规,有资格申请期中复审的利害关系方有四类,分别是越南国内生产商,原审措施针对的外国出口商和生产商,越南国内进口商和外国政府。利害关系方须在合适的时间提出期中复审申请。通常是从原审措施或最近一次的复审终裁措施实施后的一年期限届满前的60天内提出期中复审申请,除非提交申请的时间离调查机关决定是否发起日落复审的时限不足9个月,这是因为期中复审终裁须在立案后9个月内作出,即上还要要求在日落复审前9个月前提出期中复审申请的规定,可以保证调查机关有足够的时间在决定发起日落复审之前作出期中复审终裁。

从最近的期中复审立案公告可以看出,申请人一般是在原审措施一年期限届满前的60天之前提出请求,调查机关收到请求后会发布正式公告确认收到该期中复审请求,在该公告中,调查机关会规定提出正式期中复审申请书的时间期限,通常截止日期是原审措施满一年之日,并同时给予《申请文件指南》的链接。所以期中复审请求和期中复审申请书是两个不同的文件。但法律和法规中没有针对期中

复审请求的更为详细的规定。

申请书主要内容

根据《申请文件指南》,申请书的内容主要分为五部分。第一部分为基本信息,包括提供申请人名称、地址、联系方式、法律代表信息,明确申请目的等。第二部分,申请人须重点说明从措施实施到申请人提出期中复审申请之前这段时间内发生的变化,如出口价格、同类产品的内销价格或是生产成本发生的变化,申请人须提供销售记录、商业发票和其他证明文件。第三部分,如果申请人为越南国内产业,须提供越南国内产业严重损害的指标发生变化的证据和信息;第四部分,可以提交有助于调查机关调查的其他必要材料和信息。最后一部分内容为结论,申请人须提出期中复审的具体目的和请求。

调查程序

首先,越南调查机关会对申请文件进行审查。在收到申请文件的15天内,调查机关会通知申请人其提交的申请文件是否充分,如果调查机关认为申请文件不充分,则会要求申请人提交补充文件。在收到符合要求的申请文件的30天内,工业贸易部将作出决定是否发起期中复审调查。

如果决定发起期中复审调查,会公布期中复审立案通知。想要获

取案件信息的利害关系方须在30天内调查机关处进行登记。调查问卷将在立案后的15天内发送给利害关系方,包括申请人、已知被调查企业、调查机关认为有必要的其他利害关系方。在收到调查问卷的30天内,利害关系方须提交答卷,利害关系方进行书面申请后,答卷期限可延长一次,延长期限不超过30天。调查机关发放调查问卷的7天后,推定利害关系方已收到调查问卷,发放时间以邮戳为准。

调查机关将在期中复审结束之前召开公开听证会。听证会时间将在召开前45天,通知利害关系方。有关利害关系方应至少在听证会前30天向调查机关提交一份参与听证会的书面登记,清楚说明要讨论的问题和论点。如有必要,调查机关将进行实地核查。

期中复审裁决

越南期中复审没有初裁,调查机关将在立案后6个月内公布终裁结果,必要情况下可延期3个月。期中

复审的调查期通常为措施实施后的一整年,调查针对的内容可以为以下内容中的一项或几项:一个或几个国外出口商/生产商的具体的倾销幅度;外国出口商/生产商的价格承诺;国内产业的损害情况和因果关系;实施贸易救济措施的范围。期中复审终裁的可能结果包括:继续原措施而不做变化;调整现有的反倾销措施,比如重新计算和裁定中国企业的税率;或终止原措施。

对中国企业的建议

由于越南的反倾销法规中并没有关于司法救济的规定,一旦原审被裁定高额的反倾销税率面临丧失越南市场的威胁,期中复审则成为中国企业更为便捷灵活的救济途径。中国企业应该充分利用越南相对活跃的期中复审制度,积极地准备、申请和参与越南的期中复审调查,争取在期中复审终裁中降低原有的高税率,从而能够重返越南市场。

(作者单位:北京市瑞银律师事务所)



《专利审查指南》修改后明年初施行

12月14日,国家知识产权局在其网站发布了《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的公告》。公告决定对《专利审查指南》作出修改,修改后的《专利审查指南》自2021年1月15日起施行。

“此次《专利审查指南》主要对药物、生物方面的内容作出了修改,将帮助企业在专利创造性判断方面有更深入的理解,解决实验证据相关疑难性问题。”东海律师事务所律师朱洪在接受《中国贸易报》记者采访时表示,也可以积极回应经济科技快速发展对审查规则的诉求,提高专利审查质量和审查效率。

据了解,新修改的《专利审查指南》对补交的实验数据审查原则进行了修改,判断说明书是否充分公开,以原说明书和权利要求书记载的内容为准。对于申请日之后申请人为了满足专利法第二十二条款第三款、第二十六条款第三款等要求补交的实验数据,审查员应当予以审查。补交实验数据所证明的技术效果应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的。

朱洪介绍说,专利法第二十二条款第三款对“创造性”的含义作了规定,是指同申请日以前已有的技术相比,该发明有突出的实质性特点和显著的进步,该实用新型有实质性特点和进步。“已有的技术”,是指申请日以前在国内出版物上公开发表、在国内公开使用或者以其他方式为公众所知的技术,即现有技术。而第二十六条款第三款指的是说明书应当对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明,以所属技术领域的技术人员能够实现为准;必要的时候,应当有附图。

“《专利审查指南》对补交的实验数据的具体内容进行了界定,企业应完善专利申请管理办法,提高通过审查的几率。”朱洪说。

新修改的《专利审查指南》中还根据上述审查原则,给出了涉及药品专利申请的审查示例。朱洪表示,强调了补交实验数据在审查创造性时也应予以审查,以及审查员需要结合补交实验数据进一步分析权利要求请求保护的技术方案是否满足创造性的要求等情形。

此外,《专利审查指南》还新增了对生物技术领域专利审查的要求。根据规定,生物技术领域发明创造性的判断,同样要判断发明是否具备突出的实质性特点和显著的进步。朱洪表示,此次《专利审查指南》修改,对生物、医药以及食品等领域的企业影响较大,有利于提升专利质量,促进专利在上述领域的使用和运营。

(钱颜)

贸易预警

乌拉圭对华电热水器启动反倾销调查

12月3日,乌拉圭经济财政部发布公告,决定对原产于中国的电热水器发起反倾销自主立案调查。涉案产品为带有容量15升至120升钢制储水箱的家用电热水器。本案倾销调查期为2019年9月至2020年8月,损害调查期为2014年9月至2020年8月。

澳大利亚对华研磨球启动“双反”调查

12月14日,澳大利亚反倾销委员会发布公告称,应澳大利亚国内企业提交的申请,对进口自中国的研磨球启动第一次反倾销和反补贴日落复审立案调查。本案调查的产品是直径为22毫米至170毫米(含)、不论是否含合金、铸造或锻造的铁质磨球。以下产品不包括在本案调查范围:不锈钢球、经过机加工和(或)抛光的精密球以及滚珠轴承。本案倾销调查期为2019年10月1日至2020年9月30日。

美国对进口钢绞线作出“双反”终裁

12月8日,美国商务部宣布对进口自土耳其、阿根廷、哥伦比亚、埃及、荷兰、沙特阿拉伯、中国台湾地区和阿联酋的预应力混凝土钢绞线作出反倾销肯定性终裁,同时对进口自土耳其的预应力混凝土钢绞线作出反补贴肯定性终裁。美国国际贸易委员会预计将于2021年1月21日对本案作出产业损害终裁。(本报综合报道)