

3-Jun-2015

中国正式出台知识产权反垄断规则

James O'Connell, 李唯实, 夏尊恩, 罗嫣, 罗伯特, 科文顿·柏灵律师事务所

经过几年的起草和公开征求意见，国家工商行政管理总局（“工商总局”）于4月13日发布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（“《规定》”）。工商总局是负责中国《反垄断法》（“《反垄断法》”）执法的三个机构之一。《规定》在2015年8月1日生效后将指导《反垄断法》中这一重要领域的执法活动。

经过几年的起草和公开征求意见，国家工商行政管理总局（“工商总局”）于4月13日发布了《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（“《规定》”）。工商总局是负责中国《反垄断法》（“《反垄断法》”）执法的三个机构之一。《规定》在2015年8月1日生效后将指导《反垄断法》中这一重要领域的执法活动。

概述

《规定》适用于与知识产权（“知识产权”）相关的协议、协同行为（包括专利联营以及标准制定和实施）以及具有市场支配地位的经营者的在这一方面的单方行为。该《规定》旨在通过“制止经营者滥用知识产权排除、限制竞争的行为”来达到“保护市场公平竞争和激励创新”的目的。其对中国境内的知识产权许可可能会产生重大影响，尤其对在相关商品或技术市场拥有较大销售份额或者持有标准必要专利的经营者的许可行为。

例如，《规定》：

- 禁止“具有市场支配地位”的知识产权权利人“没有正当理由”，不得在其知识产权“为其他经营者参与相关市场的竞争所必需”的情况下，拒绝许可其他经营者使用该知识产权，或者实施特定类型的独占性交易行为（包括要求独占性的回授）、搭售、对同等条件的被许可人实行差别待遇、以及其他特定的“不合理”行为；
- 禁止专利联营成员的特定行为；以及
- 规范知识产权权利人在标准的制定和实施等过程中的行为，要求“标准必要”专利（“标准必要专利”）权人在许可其标准必要专利时，不得违背“公平、合理和无歧视”（“FRAND”）原则。

《规定》还就具有竞争关系的经营者之间的部分横向垄断协议以及经营者与交易相对人之间的部分纵向垄断协议规定了“安全港”规则，但其适用范围和适用条件比较严格。同时，《规定》对确定具体知识产权许可行为是否违反《反垄断法》时采用的“合理规则”作了总体说明。

由于工商总局只对定价或并购交易（分别由国家发展与改革委员会（“发改委”）和商务部（“商务部”）管辖）以外的行为拥有执法权，《规定》并未涉及收取“不公平的高价”许可费等问题。而收取“不公平的高价”许可费是发改委近期调查高通公司一案的焦点。此外，尽管《规定》将在涉及知识产权和竞争的工商总局执法案件中起到指导作用，商务部和发改委均无需遵守。实践中，商务部或国家发改委在进行调查时是否会参照《规定》，尚不清楚。

下文将详细讨论《规定》。

相关市场与“市场支配地位”

除从《规定》的适用范围内排除“价格垄断行为”外，第三条还规定，用于评估《反垄断法》下的知识产权相关行为合法性的相关市场，将依据《反垄断法》和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》进行界定。第三条还指出，相关商品市场“可以是技术市场，也可以是含有特定知识产权的商品市场”。所称的“相关技术市场”，包括由“行使知识产权所涉及的技术和可以相互替代的同类技术之间相互竞争”所构成的市场。

《规定》明确指出，不能仅根据经营者拥有知识产权推定其在相关市场上具有“市场支配地位”。但是，《反垄断法》中以市场份额为基础确定的“市场支配地位”标准也较低。经营者有以下情形时，《规定》推定其“具有市场支配地位”：(i) 在相关市场的市场份额达到二分之一的；(ii) 与其他一个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；或 (iii) 与其他两个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

“安全港”

《反垄断法》第十三条和第十四条作为“垄断协议”加以禁止的横向垄断协议和纵向垄断协议的很多类型。与定价相关，从而超出《规定》的适用范围。第十三条第（六）款和第十四条第（三）款禁止“其他垄断协议”，是“兜底性”规定。《规定》第五条规定，在下列情形中，相关协议不视为上述“兜底性”规定下的垄断协议：

- 横向垄断协议的当事方在相关市场上的市场份额合计不超过百分之二十，或者“在相关市场上存在至少四个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术”；或
- 纵向垄断协议的任何一方在相关市场上的市场份额均不超过百分之三十，或者“在相关市场上存在至少两个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术。”

第十五条进一步明确，如果当事人之间在订立许可协议时不是竞争关系，在协议订立之后才产生竞争关系的，则仍然不视为“竞争者之间的[横向垄断]协议”。

这是《反垄断法》执法机构首次制定安全港规则，是积极一步。然而，值得注意的是，前述安全港规则的适用范围较窄，不适用于第十三条第（一）款至第（五）款和第十四条第（一）款至第（二）款中规定的协议，例如分割销售市场的协议或固定转售价格的纵向协议。

此外，如果“有相反的证据证明该协议具有排除、限制竞争效果”，即使符合“安全港”条件的知识产权权利人仍有可能被调查，成为潜在的执法对象。

拒绝许可“必需设施”

第七条规定，如果知识产权权利人具有“市场支配地位”（见上文），或者拒绝许可会“排除、限制竞争”，或者相关知识产权构成“生产经营活动的必需设施”，单方面拒绝许可将违反《反垄断法》。第七条规定，认定拒绝许可的行为时，需要同时考虑下列因素：

- 在相关市场上能否被“合理替代”，是否为其他经营者“参与相关市场的竞争所必需”；
- 拒绝许可该知识产权是否将会“导致相关市场上的竞争或者创新受到不利影响”，损害“消费者利益或者公共利益”；以及
- 许可该知识产权是否对知识产权权利人造成不合理的损害。

在上一稿《规定》中，符合前述条件之一的，知识产权可视为“必需设施”，因而可潜在实施强制许可，而在定稿版的《规定》中较之上

一稿有所进步，其中规定，只有前述三个条件全部满足时，方可认定为“必需”。

围绕这一条款，在《规定》的起草和公开征求意见阶段曾展开了激烈的讨论。“必需设施”规则从未获得美国最高法院支持，而且在有该规则的司法管辖区很少被使用。美国律师协会提交给工商总局的意见中指出，在世界其他地方的专利许可中，这一规则从未被使用。这一现状可能会由于《规定》的出台而改变。持有重要知识产权的中国境内经营者，是否可能会因为拒绝许可知识产权而日益成为《反垄断法》调查和执法的对象，取决于第七条的具体实施。

具有市场支配地位的经营者的违禁行为

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，在行使知识产权的过程中，实施下列“附加不合理限制条件”的行为的，为第十条所禁止：

- 要求交易相对人将其改进的技术进行独占性的回授；
- 禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；
- 限制交易相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的商品或者技术；
- 对保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续行使权利；
- 禁止交易相对人与第三方进行交易；或
- 对交易相对人附加其他不合理的限制条件。

“合理”和“正当理由”的措辞，表明工商总局在审查《规定》项下的知识产权许可时，将采用“合理规则”分析法。然而，工商总局将在何种程度上基于竞争效果的经济分析进行执法，仍然不够明朗。

专利联营

第十二条禁止专利联营的成员的特定行为。根据《规定》中的定义，“专利联营”是指两个或者两个以上的专利权人将各自拥有的专利共同许可给第三方的协议安排，通常是在专利联营管理组织的指引下进行。第十二条明确禁止专利联营的成员利用专利联营交换有关竞争的敏感信息，以达成垄断协议。具有市场支配地位的专利联营管理组织没有正当理由，利用专利联营实施下列滥用市场支配地位的行为，“排除、限制竞争”的，也受该条禁止：

- 限制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；
- 限制联营成员或者被许可人独立或者与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术；
- 强迫被许可人将其改进或者研发的技术独占性地回授给专利联营管理组织或者联营成员；
- 禁止被许可人质疑联营专利的有效性；
- 对条件相同的联营成员或者同一相关市场的被许可人在交易条件上实行差别待遇；

- 国家工商行政管理总局认定的其他滥用市场支配地位行为。

专利联营的成员应当谨慎构建其相关安排，以免违反前述规定。其中，专利联营的成员需要共享关于许可、销售额、或市场份额的信息，以确定各自的许可费分配时，最好是只向管理组织提供该信息，而不要进一步传播给其他成员，以避免引起达成非法垄断协议的嫌疑。参与专利联营的经营者，无论是在中国还是在其他地方（《规定》并未明确其是否只适用于中国）可能也要考虑审查其专利联营的做法，以确定是否可能引发《规定》所述的任何具体类别的违禁行为问题。

标准必要专利

最后，第十三条规定，经营者不得在行使知识产权的过程中，利用标准的制定和实施从事排除、限制竞争的行为。具体来说，具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得：

- 在参与标准制定的过程中，故意不向标准制定组织披露其权利信息，或者明确放弃其权利，但是在某项标准涉及该专利后却对该标准的实施者主张其专利权；或
- 其专利成为标准必要专利后，违背公平、合理和无歧视原则，实施拒绝许可、搭售商品或者在交易时附加其他的不合理交易条件等排除、限制竞争的行为

第十三条看来适用于有关任何标准或标准制定组织（“SSO”）的行为，无论该 SSO 是否制定关于知识产权信息披露和 FRAND 承诺的自有政策。此外，第二款涉及在标准已经采纳后对于拒绝按 FRAND 条款许可或从事其他“不合理”的行为，而对于是否以参与有关标准设定的经营者为限，并未加以明确。

前述规则放在一起时，可以解读为工商总局会将规则适用于标准必要专利的专利权人，而无论该专利权人是否承诺按照 FRAND 条款许可其专利，也无论标准必要专利的专利权人是否原本已参加 SSO。这一做法，将会有别于美国和欧盟等司法管辖区的竞争法执法机构的做法，后者鼓励 SSO 采纳 FRAND 政策，但强调自愿参与制定标准以及专利权人可从标准制定过程中排除其部分或全部自有技术。

James O'Connell

李唯实

夏尊恩

罗嫣

罗伯特

科文顿•柏灵律师事务所

Author information:



James J. O'Connell

Jim O'Connell advises international and US clients on their critical antitrust matters, including mergers and acquisitions, joint ventures, licensing arrangements and other business practices, government investigations, and litigation. His clients and peers recommend him for his knowledge of antitrust law, as well as for his experience and his intimate understanding of the people and processes of the US antitrust enforcement agencies, to help them navigate the antitrust regulatory process successfully and efficiently. In connection with his merger practice, he also regularly helps clients assess their pre-merger notification obligations under the Hart-Scott-Rodino Act and foreign merger control regimes.



李唯实

李唯实是本事务所上海办公室的合伙人。她的执业范围涵盖生命科学和高科技行业等多个科技行业的各种相关交易。她在协助跨国公司及中国公司构建和谈判跨境交易方面拥有丰富经验，尤其擅长于知识产权至关重要的交易。李女士在中国的生命科学领域造诣尤深。她曾协助构建和协商中国生命科学行业的许多商业、公司及合伙交易，包括战略协作、合资、许可、收购、合作推广及分销安排。她在波士顿执业并开始了法律职业生涯，于2005年开始常驻上海，一直至今。她积累了处理涉及中国的跨境交易的丰富知识和经验。



夏尊恩

夏尊恩是科文顿北京办公室的合伙人，以及国际贸易、公司和政府事务业务组的成员。夏先生的主要业务是为在华经商的国际客户提供法律咨询，以及为寻求拓展全球业务的中国公司提供协助。作为前美国助理贸易代表，夏先生是美国在华企业中最高级别的前美国贸易官员。他精通普通话和粤语。

 [Printer Friendly Version / 打印专用版](#)

 [Save to Word / 储存在文字档](#)