

# 论经营者集中救济措施 中的知识产权许可

金美蓉\*

**摘要** 在经营者集中反垄断制度中,与知识产权相关的救济措施主要为剥离和许可。科技发展日新月异,经营者因知识产权而拥有的竞争优势在瞬息万变的市场中具有更多的不确定性,相较于剥离,知识产权许可能够更好地适应这种不确定性。从欧美经验看,能否采用知识产权许可作为救济措施,主要应考量和平衡两方面因素,其一为竞争与效率,其二为反垄断的事前控制和事后控制。知识产权许可的有效性取决于许可价格、类型、范围等因素。我国目前采用知识产权许可作为救济措施的案件主要是跨国并购案,涉及的并购方多为在相关领域掌握核心技术的大型跨国公司。借鉴欧美经验,合理、有效地运用知识产权许可救济措施,对保证未来我国相关市场的有效竞争具有重要意义。

**关键词** 知识产权许可 合并救济措施 经营者集中

经营者集中救济措施又被称为合并救济,是为了减少企业合并对竞争产生的不利影响,反垄断执法机关对不予禁止的合并附加限制性条件的一种制度。传统上最普遍采用的限制性条件是合并方剥离其部分资产。由于剥离资产能够直接影响合并方的竞争力,对市场结构产生较为持久的影响,这种救济措施也被称为结构救济。与结构救济相对应的是行为救济,主要是对合并后企业的行为作出特定要求或限定,例如开放必要设施、禁止排他性协议等。

在经营者集中救济措施中,知识产权许可通常是指参与合并的经营者允许第三方使用其知识产权,旨在提升第三方竞争力,使其能够在相关市场中与合并方进行有效竞争,进而解决合并可能导致的竞争问题的一种方法。许可在性质上具有结构救济与行为救济的双重属性,

\* 中国人民大学法学院副教授。

在某些国家被称为“准结构救济”〔1〕或是“混合救济”〔2〕。独占、不可撤销且无限期方式的许可本质上是一种资产的转移,一旦实施,合并参与方即永久地丧失了对该资产的使用和控制,效果与剥离基本一致,具有结构救济的特点。但实践中绝大部分知识产权许可是以有偿、有限期的方式进行的,这种救济方式不会一次性、彻底地切断许可与被许可方之间的联系,且许可期限届满后,知识产权的归属又会恢复原状,本质上是合并参与方与市场上其他主体对资产的一种分享,性质上属于行为救济。

尽管传统上剥离常被视为最普遍、最有效的救济措施,但对于知识产权而言,剥离的效果往往并不理想。剥离在救济效果方面具有不可逆性和持久性,资产的归属在剥离完成后无法复原,资产一旦出售,无论是买方还是卖方都将承担资产权属转移的永久性后果。知识产权具有无形性和独一无二性,相较于有形资产,在资产价值、预期收益等方面,存在着更大的不确定性,如果采用剥离措施,则买卖双方需要承担更多风险。这在高科技产业体现得尤为明显。科技发展日新月异,新技术更新换代日益频繁,今天的“领头人”明天就可能成为“落伍者”,技术优势转瞬间就会丧失。知识产权竞争优势的不确定性与剥离效果的持久性显然存在着一定矛盾。而许可在一定程度上却可以扬长避短,具备了行为救济在救济效果方面的阶段性特征,因此能够更好地适应知识产权在竞争优势上的不确定性。

## 一、知识产权许可的可适用性

能否采用知识产权许可作为救济措施,主要取决于两方面因素的考量与平衡,其一为竞争与效率,其二为反垄断的事前控制和事后控制。

### (一) 竞争与效率的考量

效率与竞争的矛盾是反垄断法立法与实践经常令人困扰的问题。以“Aerospatiale/Alenia/de Havilland 合并案”〔3〕为例。法国的 Aerospatiale 和意大利的 Alenia 公司均为涡轮螺旋桨飞机制造商,1991年这两家公司提出并购波音公司的加拿大分支 de Havilland 公司。欧委会对该合并的竞争影响进行审查的过程中,合并方提出了效率抗辩,认为该合并能够节约成本,尤其是可以通过优化 de Havilland 公司内部管理来降低成本,同时还能使其在美元区降低汇率浮动的风险。欧委会并未对上述效率抗辩予以支持,认为合并带来的成本节约幅度过小(每年五百万欧洲货币单位),可以通过对零部件采购、市场营销、产品支撑等环节的改善来得以实现,而不是合并。针对优化 de Havilland 内部管理来降低成本,欧委会认为这不是合并本身的结果,可以通过 de Havilland 的现有所有者或其他潜在购买人得以实现。至于减少汇率浮动风险的问题,欧委会认为这仅在合并方产品在欧洲和北美之间有进出口的情况下才能够发生,然而合并方的竞争者中只有 de Havilland 在美元区拥有相关产品的生产基地,合

〔1〕 Voir Bureau de la concurrence Canada, *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*, Le 22 septembre 2006, p.16.

〔2〕 See Competition Commission of UK, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, November 2008, p. 23.

〔3〕 See Decision of 2 October 1991 Declaring the Incompatibility with the Common Market of a Concentration (Case No. IV/M053—Aerospaiale - Alenia/de Havilland).

并方产品出口至加拿大的可能性很小。欧委会并未支持合并方提出的关于合并带来技术发展和经济进步的观点,认为即使存在上述进步性,也不会对消费者带来好处。最终,欧委会禁止了该项合并。<sup>〔4〕</sup>

在这一案件中,欧委会在竞争与效率的平衡中显然偏重于竞争的保护,合并方提出的效率抗辩在欧委会看来要么不存在、要么与合并无关,无论这种认定是否客观公正,至少说明在竞争与效率矛盾的情况下,反垄断执法机关必须做出选择,而这种选择又与反垄断执法机关所在国的立法、竞争政策和目标密切相关。比较美国和欧盟的情况,我们不难发现,美国的竞争政策更关注对消费者福利的保护,而欧盟的竞争政策则承载着更多内容,不仅包括社会经济目标,还肩负着推动欧洲一体化的使命,因此对效率与竞争的平衡与考虑,美国司法部和欧盟委员会不可能完全一致。但是,虽然各国反垄断政策目标存在差异,反垄断制度的功能归根结底在于保护市场竞争,这方面是一致的。兼顾效率与竞争自然是理想状态,但如果效率成为严重威胁竞争的垄断力,则反垄断执法机关的首要任务应当是保护竞争。

这一点同样适用于知识产权许可救济措施。关于是否采用知识产权许可救济措施的问题,合并方通常会提出抗辩,指出救济措施会削弱其合并后可能产生的效率,权利人将知识产权许可给其他市场主体后,会影响权利人的研发、创新能力或产生搭便车等损害权利人的行为。根据各国反垄断制度,反垄断执法机关通常在合并审查中应充分考虑此类效率抗辩的合理性和重要性,将知识产权带来的效率与其导致的封锁和垄断进行比较和评估,尽可能兼顾许可方技术开发创新能力和相关市场的有效竞争。但如果合并后知识产权将成为严重排除、限制竞争的垄断力,那么知识产权许可救济措施往往就无法避免。

但效率与竞争的矛盾也并非绝对,合并破坏竞争的同时,也会损害效率。在知识产权领域,原来在技术上存在竞争关系的企业一旦合并,其竞争压力也会随即释放,技术上的创新动力随之减弱,若合并双方为市场上的技术寡头,则这种情况就会更加明显。同时,合并对效率的负面影响不仅体现在合并方自身创新能力的下降,更重要的是体现在对市场中其他主体的封锁效应,进而影响整个相关市场、相关行业的效率和发展。

以欧盟委员会 2006 年附条件批准的“Axalto/Gemplus 合并案”<sup>〔5〕</sup>为例,该案中两个合并参与方因知识产权而拥有较强的竞争实力,两者之间的合并削弱智能卡(smart card)市场竞争的同时也严重地破坏了该相关市场的创新。智能卡市场的核心竞争力是创新,而创新能力则主要取决于经营者已掌握的知识产权。合并双方 Axalto 和 Gemplus 在该领域掌控了大部分专利组合。合并前 Gemplus 和 Axalto 在专利技术上存在竞争,其他市场主体可以以竞争性价格获得专利许可,无论是 Gemplus 还是 Axalto 都不愿意客户落到对方手上,这关乎各自技术的发展传播,用户越多,技术的传播应用越广,因此在许可条件和价格谈判中,其他市场主体能够赢取一定主动。但两家公司一旦合并,则将导致竞争不再,其他竞争主体的谈判优势会大大降低,市场进入的困难也会陡增。在智能卡市场,不同厂商的成本差异很小,电子拍卖中仅仅相差 1 美分,因此专利许可费用的小幅提高对竞争对手也可能是致命的,那些低端产品生产商甚至可能瞬间被逐出市场。同时,合并方不仅可以在合并后通过提高许可费用打压

〔4〕 Ibid., para. 65—72.

〔5〕 See Case No COMP/M.3998—AXALTO/GEMPLUS, 19 May 2006.

竞争对手,还可通过拒绝许可来“封杀”实力薄弱的竞争者。

显然,该合并将大大削弱智能卡市场中的竞争,同时,没有证据表明合并能够使技术创新和生产效率得到大幅度提升。相反,由于原本的有力竞争者合并后失去了竞争压力,合并方可以对其他竞争主体封锁知识产权、设置技术兼容的障碍,使相关技术的拓展创新受到遏制,进而影响整个相关产业的技术进步和生产效率。也就是说,救济方案的目标选择具有一致性,救济方案无须纠结于竞争与效率的权衡问题,可直接针对合并可能带来的负面影响。因此,为了避免合并方凭借知识产权而形成的封锁效应,以知识产权许可作为合并救济是顺理成章的选择。

效率与竞争的平衡并不是知识产权救济措施所独有的问题,这贯穿于整个经营者集中反垄断控制过程。由于知识产权日益成为市场主体的核心竞争力,救济措施中考虑是否采用知识产权许可以及如何采用知识产权许可的过程中,这一问题愈发凸显其重要性。在反垄断实践中,虽然效率与竞争有时看似矛盾,但归根结底两者实为大道相通。竞争是市场机制的发动机和动力来源,知识产权产生的效率必须在市场机制中发挥效用与功能,当合并方凭借知识产权而严重排除、限制竞争时,也是对市场机制的损害,且终将影响创新和效率。从这一角度出发,知识产权许可救济措施可以在维护有效竞争的同时促进市场主体的创新动力,反垄断执法机关将维护市场有效竞争作为首要目标也是兼顾效率与竞争的另一种体现。

## (二)事前控制和事后控制

对市场上的反竞争行为,反垄断法构筑了三大“防御工事”,分别针对垄断协议、滥用市场支配地位和企业合并三个方面。对反竞争行为的控制从阶段上可分为事前控制和事后控制。所谓事前控制即市场主体实施反竞争行为之前就将其遏制在“摇篮”之中,避免其形成能够实施反竞争行为的市场力量,企业合并反垄断控制即为此种,即避免经营者通过集中具备过大的市场支配力或形成寡头垄断等易发反竞争行为的市场模式,从而“事前”预防滥用市场支配地位行为或垄断协议行为。而“事后”控制实际上就是在经营者主体具备一定市场垄断力或形成特定市场结构之后反垄断执法机关对其非法垄断行为的针对性控制,各国反垄断法中关于垄断协议、滥用市场支配地位的控制制度和实践就是这种情况。

事前和事后控制将直接影响合并救济的内容和方式。有些国家更倾向于事前控制,被禁止或采用合并救济方式批准的案件相对较多。对于知识产权,这类国家更倾向于采用剥离,而不是知识产权许可,旨在结构上彻底斩断合并方与知识产权的关联,避免事后的持续性监督。有些国家在事前和事后控制方面相对平衡,有时甚至更倾向于事后控制,无条件批准的合并案件较多,而反垄断执法机关对反竞争行为的控制更多地放在企业合并之后,立法和执法上没有对剥离的明显偏重。

比较欧盟和美国的情况,<sup>〔6〕</sup>不难发现欧盟更偏重于事前控制。在2008年《可接受救济的通告》<sup>〔7〕</sup>中,欧委会明确表示作为合并救济,剥离通常情况下优于知识产权许可,知识产权许可含有更多的不确定因素,无法使被许可方在市场中立即参与竞争,许可与被许可方会保持

〔6〕 关于知识产权救济,美国司法部没有明确表示剥离优先于许可。

〔7〕 See European Commission, “Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”, *Official Journal of the European Union*, 22 October 2008, C 267/1—27.

持续关联,便于前者对后者的竞争行为实施影响,且双方关于许可范围、条件等方面易产生争议。而剥离可以消除合并方与其竞争者之间的持久关联,因此“如果剥离可行的情况下,通常不适合采用许可”。〔8〕

这一立场也体现在欧委会一系列典型案件中。〔9〕以2003年“DSM/Roche Vitamins 合并案”〔10〕为例,该案涉及了全球植酸酶市场上的合并方DSM公司和RV&FC公司。1994年DSM公司与BASF公司签署了独家合作协议,在饲用酶制剂(包括植酸酶)的研发、生产、营销等方面形成联盟。1996年另一参与合并方RV&FC与Novozymes公司也形成了类似联盟,在饲用酶制剂市场上形成两大联盟的竞争格局。合并将使这一竞争格局瓦解,无论是生产还是销售,合并后这两个联盟将共同占有植酸酶市场的80%以上的市场份额。合并前两个联盟存在激烈的竞争关系,在产品价格方面对消费者是较为有利的,而DSM公司一旦收购了RV&FC公司,竞争将大大削弱,尤其是DSM公司在两个联盟中将居于特殊的主导地位,在产品研发、价格等方面都会造成负面影响。针对这一竞争问题,合并救济的首要任务是切断相关市场主体之间的关联,维护市场中的竞争格局。为此,一方面居主导地位的DSM/BASF合作(联盟)关系需要终止,另一方面DSM在相关市场上的核心竞争力——知识产权也必须被分享。关于DSM拥有的研发生产植酸酶的知识产权,本案没有采用许可方式,而是要求DSM将相关知识产权所有权转移给非合并方。〔11〕从欧委会的意图来看,只有通过剥离才能彻底切断合并方与其竞争对手(知识产权买方)之间的关联,从而避免合并方对知识产权的买方施加不良影响。

对知识产权的剥离和许可,欧委会的倾向性是明显而清晰的:优先适用剥离,某些情形下采用许可。那么何谓“某些情形”呢?根据欧盟相关实践,一般包括以下几种情况:①剥离将损害效率;②剥离将影响正在进行的研发;③由于业务性质的原因无法进行剥离。

在“DSM/Roche Vitamins 合并案”中,尽管从切断竞争之间的关联出发,知识产权救济优先适用剥离,但DSM公司所拥有的“背景技术”(background technology)是所有酶制剂应用和微生物酶显表中普遍应用的一类技术,即合并主体的非相关产品也需使用该类技术,因此无法彻底剥离出去。由于技术原因该项剥离不可行,因此该救济方案最终采用了许可的方式。〔12〕

与此相似的是,在2005年“Apollo/Bakelite 合并案”〔13〕中,Borden公司和Bakelite公司合并后在欧洲经济区将成为最大的酚醛树脂生产商。从欧委会的立场来看,避免酚醛树脂(用于耐火砖、耐火成型品和堵口泥)市场竞争问题的最佳方案是剥离Borden或Bakelite的相关知识产权(“技术包”),但酚醛树脂是各种树脂中的一种,通常同一个工厂在同一个反应釜中生产各种树脂,将酚醛树脂技术从其他技术中完全剥离出来是不具有操作性的,因此在技术上该

〔8〕 Ibid., para. 38.

〔9〕 See Case COMP/M. 2972—DSM/Roche Vitamins, 23 July 2003; Case IV/M. 1378—Hoechst/Rhône-Poulenc, 9 August 1999; Case COMP/M. 1601—Allied Signal/Honeywell, 1 December 1999; Case COMP/M. 1671—Dow/UCC, 3 May 2000.

〔10〕 See Case COMP/M. 2972—DSM/Roche Vitamins, 23 July 2003.

〔11〕 Ibid., para. 82.

〔12〕 Supra note 10, para. 83.

〔13〕 See Case COMP/M.3593—Apollo/Bakelite, 11 April 2005.

合并无法采用剥离救济,而只能采用许可方式。<sup>[14]</sup>

上述两个案件的共性在于:尽管剥离知识产权能够使合并方的竞争力、市场竞争格局产生结构性变化,效果持久且无需持续监督,但由于产品特性、技术等方面原因,在剥离不可行的情况下,许可可以作为一种替代方式。当然,欧委会对这种替代方式持谨慎和严格限制的态度,要求许可应能使被许可方与合并方进行有效竞争,竞争效果应达到剥离的水平,且通常应为独家许可。<sup>[15]</sup> 实践中不可撤销、独占免费许可更容易被欧委会所接受。上面提到的“DSM/Roche Vitamins 合并案”中背景技术的许可<sup>[16]</sup>和“Apollo/Bakelite 合并案”中酚醛树脂知识产权的许可都采用的是免费许可方式。<sup>[17]</sup>

除许可方式外,欧委会还要求许可不能含有用途、地域方面的限制。如果许可范围、条款和条件方面存在不确定因素,合并方又必须使用该知识产权,则合并方须先剥离该知识产权,然后再通过许可方式从买方取得该知识产权的使用权。如果适当的被许可方存在不确定性,那么合并方应采用“被许可方前置”(up-front licensee)或“先行许可”(fix-it-first)的方式。所谓“被许可方前置”就是在合并完成之前确定适当的被许可人,而“先行许可”则是要求合并前完成许可,这两种方式都是为了更好地确保许可的完成和有效性。

总之,欧盟这种偏重事前控制的特点使知识产权许可在救济措施中具有较为浓重的“替代色彩”:一方面,通常仅在剥离不可行的情况下才会采用许可;另一方面,许可须达到剥离的效果,因此对许可条件有较为严格的要求和限制。

关于知识产权的救济,美国反垄断执法部门并未表现出对剥离的特殊偏重。当然,在知识产权许可的定性和分类方面,美国司法部反托拉斯局《合并救济指南》也一直将许可作为剥离的一种,即知识产权剥离包括知识产权的出售和许可这两种方式。因此我们可以认为,实际上美国《合并救济指南》中的“知识产权出售”更接近于欧盟《可接受救济的通告》中的“知识产权剥离”。无论是2004年还是2011年的《合并救济指南》,<sup>[18]</sup>美国司法部反托拉斯局都未明确表示以出售作为知识产权救济的首选,也就是说,知识产权许可并不仅仅是一种“替代措施”。

尽管各国反垄断执法机关对知识产权的剥离和许可有着不同的适用原则,但关于知识产权许可作为一种合并救济措施的优势和风险仍存在一定共识。知识产权许可兼具结构救济与行为救济的特点,比剥离更为灵活,当剥离无法采纳时可用许可加以替代。在救济效果方面,知识产权许可影响可逆,相对作用期间较短,尤其适合那些以知识产权和创新作为主要竞争力、竞争态势瞬息万变的行业(如知识密集型、高新技术、互联网产业等),而剥离对于这类产业而言,由于其效果不可逆,对市场竞争的影响过于固化。

当然,具有行为救济特点的知识产权许可需要竞争执法机关的事后监督,增加执法成本,某些条件下许可方与被许可方的联系没有被彻底切断,尤其是许可与被许可方可以通过供货

[14] Ibid., para. 160.

[15] Supra note 7, para. 38.

[16] Supra note 10, para. 83.

[17] Supra note 13, para. 157.

[18] See U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, October 2004, p. 15; and *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, June 2011, p. 11.

协议、技术援助要求而保持持续联系,进而更容易进行策略性行为。因此,“扬长避短”——保证知识产权许可的有效性是各国反垄断执法机关在采用这一合并救济措施时的主要任务。

## 二、知识产权许可的有效性

无论知识产权许可在救济方案中是否被作为剥离救济的一种替代性选择,判断其有效性的标准与剥离是相同的,即能否有效解决合并导致的竞争问题,使被许可方成为相关市场中有效的竞争者,保证知识产权资产的可存活性和竞争性。

知识产权许可的内容和条件取决于相关市场的竞争状况、合并方的市场地位、市场准入等情况。通常情况下,合并后主体市场力量越强、相关市场竞争者越少、市场准入门槛越高,许可内容和条件越有利于被许可方。

### (一)价格是核心

知识产权许可的有效性取决于多种因素,其中最核心的是价格,不合理的价格或付费方式往往成为影响知识产权许可有效性的重要原因。价格因素主要涉及三个方面的问题:

#### 1.许可价格的合理性

知识产权具有独创性的特点,往往不具有可比性,这大大增加了确定其价格的难度。评估知识产权价格要么依据其过往的使用情况,要么根据其未来发展状况的预估,而反垄断执法机关普遍重视前者而忽视后者,原因是显而易见的:过往的使用情况有据可查,标准明确具体,而未来的预估则存在较多的不可预测性和不确定性,且需要复杂的评估过程。

根据欧盟的立法和实践,确定知识产权许可费用可以采用市场现价(ongoing market rate)、公平市场价值(fair market value)等方法,即根据合并救济当时相关知识产权的市场现行价格或有可比性的相关成本、利润等因素综合估算的价值确定许可费用。在具体案件中有时也采用免费许可、成本价或略高于成本价的许可。<sup>[19]</sup>但由于知识产权往往不具备可比性,实现“无歧视”和“公平性”并不容易,许可方和被许可方常常对此无法达成共识,因此采用一定的争议解决机制(如仲裁)能够较好地解决这一问题。

#### 2.许可费的付费方式

知识产权许可的付费方式可分为两种,一种是总付费(fully paid-up)方式,即双方一次性事前确定许可费用,被许可方一次或几次支付后无需按照知识产权的使用次数、使用项目的数量、产品产销量、利润等情况再向许可方额外付费。另一种是持续支付提成费(running royalties),即被许可方在使用知识产权过程中根据对知识产权的使用或产品的产销、利润等情况分阶段、持续地向许可方支付费用,通常需预付一定金额作为入门费。

虽然提成费的总价未必一定高于一次性付费,但提成费的付费方式会使许可与被许可方维持一种利润上的关联,容易导致双方经营行为上的某种协调和默契,不利于形成正常的竞争关系。同时,这种付费方式还会增加被许可方新增单元产品的生产销售成本,对被许可方竞争

[19] DG Competition of European Commission, *Merger Remedies Study*, October 2005, p. 120.

力的提升也是不利的。美国司法部反托拉斯局通常情况下不主张采用这种付费方式。<sup>[20]</sup>但如果合并企业与被许可方不采用这种付费方式就无法达成交易(双方可能对于未来许可项下收益来源问题存在重大分歧),且禁止合并会牺牲合并产生的效率,那么反托拉斯局则有可能退而求其次——允许采用提成费的付费方式,<sup>[21]</sup>而在后一种情况下支付方式事实上已成为许可条件的次要问题了。

### 3. 是否接受免费许可

美国司法部反托拉斯局一般不主张采用免费许可,认为当事方在使用、销售其有形或无形资产时都应获得一定的补偿。早在1947年“United States v. National Lead Co.”案<sup>[22]</sup>中,美国最高法院就明确表示,“没有特殊证据支持如下结论:不考虑许可的性质、数量等因素而将许可费用自动减少为零——至少表面上是不公平的”。<sup>[23]</sup>在2004年“Massachusetts v. Microsoft Corp.”案<sup>[24]</sup>中,马萨诸塞州政府提出微软公司应就源代码向所有浏览器软件授予永久的非独占免费许可,哥伦比亚地方法院认为这种许可构成了事实上的结构救济,而这种救济方式对微软的竞争者有利而对竞争本身并无益处,同时救济措施与反竞争行为之间应当具备因果联系,马萨诸塞州政府提出的许可方式与微软的反竞争行为之间的“因果关系”并不充分。地方法院的这一立场得到了上诉法院的支持。<sup>[25]</sup>可见美国在司法实践中对免费许可的适用持非常谨慎的态度,通常对其适用设定了严格条件。一定程度上体现出美国反垄断执法力图在知识产权许可方和被许可方的权益保护方面实现一种平衡,这种平衡实际上也是竞争与效率的平衡。

与美国有所不同,欧盟反垄断立法和执法更多地将竞争本身作为优先考虑因素,在众多案件的知识产权救济中均采用了免费许可方式,如2005年“Apollo/Bakelite 合并案”中酚醛树脂知识产权的许可、<sup>[26]</sup>“DSM/Roche Vitamins 合并案”中背景技术的许可等。<sup>[27]</sup>从欧盟委员会的立场出发,免费许可能够更加有效地培育被许可方的竞争力,遏制许可方市场支配地位的形成,使被许可方尽早成为市场上与许可方抗衡的有力竞争者,这对市场竞争无疑是更为有利的。与许可费用的公平性、许可方权益、效率等问题相比,竞争问题自始至终是欧盟合并控

[20] See U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, June 2011, p. 11.

[21] See U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, October 2004, p. 15.

[22] 这一案件主要涉及被告参与的国际卡特尔。

[23] *United States v. National Lead Co.*, 332 U.S. 319, 67 S.Ct.1634, 91 L.Ed. 2077(1947), para. 3—(d).

[24] See *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F. 3d 1199, 1231(D.C. Cir. 2004).

[25] *Ibid.*, para. 100—111.

[26] *Supra* note 13, para. 157.

[27] See Commitments to the European Commission of Case M. 2972 — DSM/Roche, 9 July 2003.

制的首要考量因素。<sup>〔28〕</sup>

总之,许可价格主要是解决“可比性”的问题,付费方式应充分考虑到许可方与被许可方在经济关系和市场行为上的相对独立性和竞争性。知识产权许可作为合并救济措施,其价格与付费方式的合理性主要取决于能否有效解决合并对相关市场可能产生的竞争问题。在解决竞争问题过程中,不同国家反垄断政策目标的差异必然会影响到救济措施的选择和内容。

## (二)许可类型

根据许可范围,知识产权许可通常分为独占许可、排他许可和一般许可。独占许可(exclusive license)的被许可方具有唯一性,因此可以独享知识产权的使用权,即使是合并参与方(许可方)在许可期限内也无权使用该知识产权。从权利占有和控制的角度看,独占许可对被许可方是最为有利的。排他许可(co-exclusive license)的被许可方也具有唯一性,但与独占许可不同,合并参与方在许可期限内仍然有权使用该知识产权,合并参与方与被许可方存在着更多关联,因此被许可方很可能受到来自合并方的更多竞争压力。一般许可(non-exclusive license)的被许可方不具有唯一性,合并参与方可以将知识产权同时许可给多个主体,同时其自身也有权使用该知识产权。相对于独占许可和排他许可,一般许可的被许可人范围最广,对市场个体而言,知识产权的分享不利于个体竞争力的提升,但就整个市场来说,却能使更多主体通过使用知识产权而进入相关市场,对市场竞争结构的健康发展是有利的。

采用哪种类型的许可取决于市场的竞争状况、知识产权的内容和特点、合并方的市场支配力等。在“DSM/Roche Vitamins 合并案”中,相关市场在合并前集中度非常高,属寡头垄断市场结构,合并双方的经营联盟在相关市场(全球植酸酶市场)共占有超过 80% 的市场份额。合并方市场支配力主要来自于其掌握的知识产权,根据市场和合并方的竞争情况,采用剥离知识产权的方式才能有效消除市场进入的壁垒,维护有效竞争。但 DSM 公司所拥有的“背景技术”是所有酶制剂应用和微生物酶显表中普遍应用的一类技术,即合并主体的非相关产品也需使用该类技术,无法彻底剥离出去,对这部分知识产权,该案最终采用的救济方案是:对研发、使用、制造和销售植酸酶、非淀粉多糖降解酶和 $\alpha$ 淀粉酶,“背景技术”许可为不可撤销的独占免提成费许可;而对于研发、使用、制造和销售其他饲用酶制剂,“背景技术”的许可为一般许可。<sup>〔29〕</sup>

这一救济方案较好地兼顾到了知识产权本身的特点和不同产品市场的竞争情况。由于背景技术的使用具有普遍性,能够适用于各种类型的饲用酶制剂产品,因此合并方有义务向其他经营者剥离各种饲用酶制剂知识产权时,一并许可背景技术的知识产权。但不同类型饲用酶制剂的市场竞争情况不同,其中植酸酶、非淀粉多糖降解酶和 $\alpha$ 淀粉酶市场竞争问题最为严重,应当采用在效果上基本达到剥离水平的许可方式,因此救济方案在这部分产品市场将背景技术的许可类型确定为不可撤销的、独占的、免提成费的许可,该类许可在效果上最接近于剥

〔28〕 欧盟《合并条例》第 2 条(关于合并是否存在反竞争效果的考量因素)在修改之前并未赋予委员会将效率作为抵消因素,某种程度上促进效率的合并可能被视为对竞争的威胁更大,因为效率能使合并参与方的市场支配力进一步提升。该条款修改后将效率问题纳入到考量因素之中,但总体上欧盟的相关实践仍然将市场有效竞争作为最重要的合并控制目标。

〔29〕 Supra note 27.

离。至于其他类型的饲用酶制剂市场则采用了一般许可。

在知识产权使用者数量上,独占许可、排他许可和一般许可依次递增。通常情况下,合并企业市场支配力越明显,相关市场越趋于寡头结构,知识产权在竞争力中的作用越大,合并救济采用一般许可的可能性越大,因为一般许可能够使更多的市场主体共享知识产权,进而在相关市场上更有可能对合并方形成竞争制衡。在“CIBA—GEIGY/SANDOZ 合并案”<sup>[30]</sup>“Axalto/Gemplus 合并案”<sup>[31]</sup>和“3D Systems Corp./DTM 合并案”<sup>[32]</sup>中,经营者集中的救济措施均采用了一般许可方式,其共性在于:相关市场均为寡头垄断的市场结构,合并双方都是相关市场上竞争力最强的两个企业,合并后市场集中度进一步加大,合并方将具有更加稳固的市场支配地位。相关市场具有较高的进入门槛,其他经营者凭借自身竞争力无法在短期内与合并方进行有效竞争。知识产权在合并方的市场支配力中具有非常重要的作用,是构成其他主体无法进入相关市场的实质性障碍。采用知识产权一般许可能够使知识产权在更大范围内为其他经营者所共享,使非合并主体进入相关市场、形成有效竞争力。

### (三)许可方是否应当保留知识产权的使用权

与许可类型密切相关的一个问题是,许可方(合并方)是否应当保留知识产权的使用权?即是否应当采用独占许可?

许可方保留知识产权使用权的风险在于:被许可方须与包括许可方在内的竞争者共享知识产权,竞争者之间产品区分度小,被许可方难以形成足以抗衡许可方的竞争力。同时,相关主体之间因知识产权而形成的关联性仍然存在,不利于彼此间展开有效竞争。另外,被许可方在这种情况下容易“搭便车”,对于产品的研发、宣传更多地依赖于许可方,缺乏投资发展和市场营销的动力。为了避免这种竞争风险,竞争执法机关会要求许可方在救济措施中放弃知识产权的使用权,甚至干脆要求许可方将知识产权剥离。

以“Unilever/Alberto—Culver 合并案”<sup>[33]</sup>为例,该案的相关市场为全美廉价洗发水、廉价护发素和发胶的零售市场。在美国的廉价洗发水、廉价护发素市场,联合利华(Unilever)公司的 Suave Naturals 是第一大品牌,约占 50% 市场份额;Alberto—Culver 的 Alberto VO5 则是第二大品牌,约占市场份额的 39%,排名第三的其他品牌仅占约 10%。在全美发胶零售市场,联合利华的发胶品牌(主要包括 Suave、Suave Professionals、Rave 和 Dove)约占 24% 市场份额,而 Alberto—Culver 的发胶品牌(主要是 TRESemmé、Nexus 和 Alberto VO5)占 22% 的市场份额。另外三家主要竞争企业的市场份额分别为 20%、9% 和 8%。

合并前,相关市场上联合利华和 Alberto—Culver 两大品牌生产商在价格、产品研发拓展方面存在激烈竞争,消费者可以较为合理的价格购买相关产品。而合并将使相关市场的主要竞争者由三个减少为两个(尤其是廉价洗发水和护发素市场),同时还会终结市场上原本势均

[30] See European Commission, *Commission Clears Merger Between CIBA—GEIGY AND SANDOZ After an undertaking By the Parties*, IP/96/652, 17 July 1996.

[31] See Case No COMP/M.3998—AXALTO/GEMPLUS, 19 May 2006.

[32] See *United States v. 3D Systems Corp.*, 2002—2 Trade Cas. 73,738 (D.D.C. 2001).

[33] See *United States v. Unilever N.V.*, 1:11—cv—00858, Competitive Impact Statement 11(D.D.C. 2001).

力敌的竞争,使已经高度集中的市场结构进一步恶化,合并方能够借此提高产品价格,最终损害消费者利益。

合并方的市场支配力主要体现在品牌及其相关的知识产权方面,解决上述竞争问题,必须将其品牌竞争力转移给其他竞争者,在市场中培育出新的竞争力量,以保证市场竞争活力。关于合并方是否可以保有相关知识产权使用权的问题,本案的情况是:合并方的市场支配力来源于品牌,而品牌又是消费者购买廉价洗发水、护发素和发胶的关键因素。如果允许合并方保有相关知识产权,那么知识产权购买方的产品将难以与合并方产品加以区分,无疑会大大影响购买方竞争力的提升。因此为了维护市场竞争,合并方彻底放弃引起竞争问题的品牌及其他相关知识产权是必要的。

但在某些情况下,许可方保留知识产权使用权仍然具有特殊意义:合并方可以进一步对相关技术进行研发、创新、开拓下游营销渠道、进行产品推广,对产品的提升发展有益。美国司法部认为采用一般许可协议必须满足以下条件:合并方保留知识产权使用权能够实现显著的效率,而该效率是其他情况下无法实现的。同时,非独占协议必须足以保护竞争、确保买方未来的可存活性和竞争性。例如,相对于商标、版权和产品专利,生产方法专利更容易满足上述条件,购买方即使使用同样的生产方法,仍然能够生产出区别于许可方的产品。<sup>[34]</sup>

在“3D Systems Corp./DTM 合并案”<sup>[35]</sup>中,合并方为美国的两家经营工业快速成型系统的公司。在美国工业快速成型系统的供应商只有三家,市场高度集中,其中 3D 系统公司(3D Systems Corp.)约占 60% 市场份额,DTM 公司占有 20% 的份额。合并前这两家公司在研发、生产和销售等领域激烈竞争,竞争是促进该技术不断创新的最重要的驱动力,能使研发成本降低、技术创新得以推进,消费者能够获得性价比较高的产品。一旦合并,相关市场的竞争者数量将从三个减少到两个。由于相关市场技术门槛高——技术复杂、先进,时间和资金成本高,其他经营者至少需要花费两年时间和高昂的成本才能具备生产工业快速成型系统的技术能力。更为重要的是,在美国市场 3D 系统公司和 DTM 公司掌握着工业快速成型系统的核心专利组合,这使其他经营者进入美国市场难上加难。

此案竞争问题的核心在于合并后市场结构的明显恶化(主要竞争者合二为一)和合并方构筑的知识产权壁垒,解决这一问题的有效方法就是将相关知识产权许可给能够进入相关市场并进行有效竞争的经营者。3D 系统公司和 DTM 公司承诺向已经具备快速成型系统生产能力的企业许可快速成型专利组合,该许可能够使一个外国企业在美国市场研发、测试、生产和营销相关产品,且提供任何支持或维护服务,同时合并方还向被许可方提供所有北美使用相关技术的客户名单。通过这种方式以确保在美国的相关市场上出现一个能够与合并方进行势均力敌竞争的经营者,从而促进美国相关市场的产品创新和有效竞争。

不难看出,在相关市场结构、竞争状况、合并可能导致的竞争问题、救济措施的总体思路本案与上面提到的“Unilever/Alberto-Culver 合并案”是颇为相似的:均为寡头垄断市场结构,占市场份额最大的两个企业合并后将导致市场高度集中,合并方市场支配力的核心为知识

[34] Supra note 20, p. 12.

[35] Supra note 32.

产权,救济措施以将合并方知识产权转移给第三方为主要内容。

但在救济措施方面两个案件存在明显区别。尽管两个案件都是针对知识产权的救济措施,但“Unilever/Alberto—Culver 合并案”最终采用的是剥离,即知识产权的所有权完全转移至第三方,合并方(许可方)没有保留任何知识产权的使用权利。但“3D Systems Corp./DTM 合并案”则不同,对快速成型技术采用了排他许可,而不是独占许可,即 3D 系统公司和 DTM 仍然可以享有相关知识产权的使用权。产生这一差异的主要原因在于,快速成型技术专利本身并不会影响最终产品之间的区分度,而“Unilever/Alberto—Culver 合并案”中的商标权是消费者区分不同相关产品的最重要的依据之一。因此许可方保留专利使用权不会影响被许可方产品的独特性,双方产品仍然能够明确加以区分,同时也能保证在未来的经营中双方在研发、生产、营销等方面保持有效竞争——这也正是该案合并救济试图达到的效果。

“许可方是否保留知识产权的使用权”与许可类型的选择是一个问题的两个方面,总体而言,均须充分考虑相关市场的市场结构、市场集中度、知识产权本身的特点和内容、合并方的市场支配力等因素。

#### (四)许可范围

为保证知识产权许可的有效性,许可涵盖的知识产权在数量、种类、条件等方面必须保证完整、充分,否则无法保证被许可方成为相关市场上的有力竞争者并参与到相关市场的有效竞争中。

“SHELL/BASF—PROJECT NICOLE 集中案”<sup>[36]</sup>就是因许可范围不够充分而导致救济效力受损的例子。该案中集中双方计划设立联合控制的合营企业 Nicole 公司,并将各自聚丙烯(PP)和聚乙烯(PE)业务投入合营企业。生产聚丙烯需要特定的生产方法、硬件和催化剂。一旦壳牌(SHELL)公司和 BASF 公司以设立合营企业 Nicole 的形式整合上述技术能力,则意味着这个联合体将拥有最领先的 Z/N 技术(占市场支配地位的主流技术)和能够有效阻止其他经营方发展茂金属催化剂技术(代表技术发展未来)的专利组合。由此,Nicole 公司就可以在相关市场上阻止发展茂金属催化剂技术,使竞争者不得不采用传统的 Z/N 技术,进而加强其在聚丙烯技术包许可和传统催化剂市场上的支配地位。同时,BASF 公司将同时拥有 Spheripol 和 Novolen 这两种 Z/N 催化剂技术的控制权,这无疑会大幅度削弱这两项技术的竞争,因此,该合营既不利于市场竞争,也不利于技术进步。针对上述问题,合并方承诺剥离 BASF/Targor 拥有的 Novolen 聚丙烯技术业务,并对所有感兴趣的第三方授予非歧视的、条款和条件公平的 BASF/Targor 茂金属催化剂专利许可,允许被许可方转让许可。<sup>[37]</sup>

但是,2002年3月,欧委会收到了知识产权买方 Novolen Technology Holding(NTH)公司的申诉,指出 BASF 公司原本应当允许 NTH 公司使用全部茂金属催化剂专利和专有技术,但承诺文本中并没有提到专有技术,仅仅提到了美国反垄断执法机关审查的销售和购买协议

[36] See Case No COMP/M.1751—SHELL/BASF—PROJECT NICOLE, 29 March 2000.

[37] Ibid., para. 42—60.

(包括专有技术),因此欧委会无法要求 BASF 公司提供全部茂金属催化剂专有技术。<sup>[38]</sup> 专有技术的缺失使知识产权许可的有效性大打折扣,许可与被许可方在茂金属催化剂技术方面没有站在同一起跑线上,由于许可方原本就拥有技术上的优势,事实上被许可方在竞争上仍处于非常不利的地位。许可范围的缺失严重影响了被许可方竞争力的形成,救济措施没有达到预期目标。

除了避免上述问题外,为了保证许可范围的充分性,还应在必要时允许非相关市场的知识产权许可。在“Unilever/Alberto—Culver 合并案”中,相关地域市场为美国,在救济措施中涉及两个商标权,一个是 Alberto VO5,另一个为 Rave。欧委会认为:尽管 Alberto Culver 公司在其他国家也销售 Alberto VO5 品牌商品,但剥离其美国境内的商标权及其资产就可以解决合并可能引起的相关竞争问题;但对于 Rave 品牌,仅许可美国境内的商标权不足以解决竞争问题,因此必须剥离其全球的商标权,且“这是剥离该品牌的最有效的方法”。<sup>[39]</sup>

在确定合并救济措施时,当事方和反垄断执法机关除了参考过往知识产权的使用情况外,还要对未来知识产权的发展及相关市场的竞争情况进行推测。正是由于这种“预测”因素的存在,知识产权许可范围的确定无论对当事方还是对反垄断执法机关而言都具有相当大的难度和挑战性。许可范围过大可能影响合并带来的效率以及合并方研发经营的动力,许可范围过小很可能导致救济措施无效,无法起到解决竞争问题的作用。因此在许可范围方面,必须全面、综合地考虑被许可知识产权的各方面因素,包括知识产权本身的权利性质、类别、与知识产权相关的产品和地理市场的特点等。

除了上述问题外,第三方权益、知识产权的辅助资源、监督措施、专有技术中的信息保密等因素也会影响知识产权许可的有效性,要在救济方案中予以关注和考虑。

### 三、欧美经验的借鉴

企业合并的目的在于整合资源、优势互补,提升合并方的竞争力和市场支配力。现代科学技术突飞猛进,全球进入知识经济时代,知识产权越来越成为企业最重要的竞争力,知识产权救济措施在反垄断企业合并控制制度中的作用将越来越大。知识产权救济措施总体上可以分为两种方式,一种是权利的转移,一种是权利的分享,前者为知识产权的剥离,后者即为知识产权许可。从竞争与效率兼顾及现代企业发展模式来看,知识产权许可更为灵活,对市场结构的影响呈现阶段性特征,效果可逆,对于产业结构调整升级、竞争格局快速转换的知识密集型产业更为适合。<sup>[40]</sup> 从我国反垄断实践来看,截至 2015 年 10 月 15 日,商务部反垄断局颁布的附加限制性条件批准的经营集中案件共 21 个,其中采用知识产权许可作为救济措施的案件

[38] See International Competition Network Merger Working Group, *Merger Remedies Review Project, Report for the fourth ICN annual conference*, Bonne, June 2005, p. 28.

[39] *Supra* note 33.

[40] 我国目前正在产业结构调整升级,在高科技、高附加值行业知识产权对企业效率提高、竞争力提升具有关键作用。

有5个,<sup>[41]</sup>均为跨国并购案,涉及的并购方主要是在相关市场中拥有核心技术的跨国公司,救济措施有效与否直接影响到我国相关市场的有效竞争、相关产业的健康发展和企业能否公平参与全球市场竞争。

借鉴欧美发达市场经济国家的反垄断经验,根据我国相关立法实践,笔者提出以下借鉴思路:

### (一)剥离是否优先于许可

如上文所述,关于剥离与许可,欧盟与美国的态度是有区别的。总体而言,欧盟倾向于剥离优先,而美国近些年则采用剥离与许可并重的做法。根据我国目前的发展格局和未来发展趋势,“转型、变化和创新”将成为近十年(甚至更长)我国企业发展的主流。法律作为上层建筑,必须符合经济发展规律,契合企业发展的脉动,在救济措施的选择方面,应当更多地考虑市场中的变化因素。虽然反垄断制度归根结底要维护市场的有效竞争,在效果上,剥离比许可更为持久,然而,在所有合并救济措施的选择中都优先考虑剥离,将许可作为一种“替代方案”,这种选择方式很有可能导致过于封闭僵化,与经济现实脱轨。我国反垄断立法与实践的时间尚短,与发达市场经济国家相比,我国实践有更多的复杂性、特殊性和不确定性,现阶段在相关立法中不宜人为地将剥离与许可分为主次,而应结合实际情况和具体案情,根据相关市场的竞争状况、合并方的市场支配力、知识产权本身的特点等因素,选择最佳方案。

同时,知识产权许可一定程度上也能起到结构救济的效果。虽然我国目前将知识产权许可归类为“行为性条件”。但正如上文所述,在性质上知识产权许可兼具“行为性”和“结构性”救济的特点。根据知识产权许可的内容、类型和条件,有些案件中知识产权许可“行为救济”的特点更为突出,而有些案件中其“结构救济”的特征则更为明显。从我国反垄断实践来看,采用知识产权许可救济措施的案件可以分为两类。

第一类为“谷歌案”<sup>[42]</sup>“微软案”<sup>[43]</sup>和“默克案”,<sup>[44]</sup>在这三个案件的救济方案中,知识产权许可体现出典型的“行为救济”的特点,救济措施主要针对的是行为,而非市场结构,合并方在原有的商业实践中对特定知识产权原本就采用许可方式。在这些案件中,许可方与被许可方往往不是同一相关市场上的竞争者,例如“谷歌案”中,作为安卓系统拥有者的谷歌公司与其下游的移动智能终端制造商之间、“微软案”中作为安卓项目许可人的微软公司与其下游的智能手机制造商之间等,救济措施并非通过许可在相关市场中培育出与许可人“势均力敌”的竞争者,而是解决被许可方如何公平、合理地使用特定知识产权的问题。因此,在这类案件中,救济方案均要求合并方在许可相关知识产权时应继续遵守公平、合理和无歧视(FRAND)原

[41] 包括“松下公司收购三洋公司案”(下文简称“松下案”)、“谷歌收购摩托罗拉移动案”(下文简称“谷歌案”)、“赛默飞世尔科技公司收购利菲技术公司案”(下文简称“赛默飞世尔案”)、“微软收购诺基亚设备和服务业务案”(下文简称“微软案”)和“默克公司收购安智电子材料公司案”(下文简称“默克案”)。

[42] 参见《商务部2012年第25号关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》。

[43] 参见《商务部2014年第24号关于附加限制性条件批准微软收购诺基亚设备和服务业务案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

[44] 参见《商务部2014年第30号关于附加限制性条件批准默克公司收购安智电子材料公司案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

则,而所谓“继续”,就是强调不能因为合并而使许可条件发生不利于被许可方的不合理的变化。

第二类为“松下案”<sup>[45]</sup>和“赛默飞世尔案”,<sup>[46]</sup>其救济方案中的知识产权许可在功能上则更倾向于“结构性”救济,在目的上,救济措施主要针对的是市场结构,而非行为,强调就合并方的特定知识产权要让第三方“被许可”,即通过许可能够使第三方有效获得合并方特定的知识产权,进而提升其竞争力,在相关市场中与合并方展开有效竞争,因此这类案件中的许可方与被许可方最终<sup>[47]</sup>是同一相关市场上的竞争者。在“松下案”中,关于民用镍氢电池和车用镍氢电池的剥离措施中包括了相关知识产权的许可问题。剥离是一种典型的结构救济,虽然救济方案在没有明确知识产权许可的类型和条件的情况下,将许可纳入剥离措施有失严谨,但在目的和效果上,该知识产权许可与剥离显然是一致的,即解决结构性问题,通过许可来确保购买人能够使用与其购买的资产相关的知识产权,进而具备与合并方有效竞争的能力。而在“赛默飞世尔案”中,救济方案则明确要求知识产权许可必须为“永久非排他性许可”,“永久”许可在效果上具有持久性和不可逆性,而行为性救济往往不具备这样的特点,因此,这一知识产权许可在效果上是“结构性”的。

另外,某些情况下合并救济方案只能选择知识产权许可。例如:知识产权由于其本身特点无法剥离;剥离将导致合并方正在进行的技术研发停滞或延迟,尤其是该项技术涉及社会公众利益(如公众健康、环境保护等)时;采用剥离方式会严重损害效率等。因此,采用剥离与许可并重的方式更为可取。

## (二)总付费优于持续支付提成费

价格是决定知识产权许可是否有效的核心因素,不合理的许可价格或付费方式会严重影响知识产权许可作为救济措施的实际效果。与有形资产相比,确定知识产权许可价格的难度更大,其中“可比性”的问题较为突出。对此,应综合考虑知识产权过往的使用情况和未来的发展趋势。如果有相同或相似的知识产权许可价格(如商标),可比照该价格,若没有可比照对象,则应根据成本、利润等因素评估其市场现价,同时应充分考虑到市场未来的变化可能带来知识产权价值上的增减因素。

但是,作为合并救济措施的知识产权许可与传统意义上的知识产权许可还是存在差异的,在价格上,其并非完全取决于市场及知识产权本身的价值,而是取决于竞争问题的解决。在考虑作为合并救济措施的知识产权许可的价格时,更重要的是要考虑相关市场的竞争结构、相关市场内经营者的商业模式、合并方的市场支配力、知识产权在竞争力量对比中的作用等因素。很多案件中,为了消除市场进入的知识产权壁垒,解决市场高度集中的竞争结构问题,使非合并主体迅速提高竞争力并成为相关市场内的有效竞争者,合并方不得不接受以成本价、低于成本价、甚至免费的知识产权许可条件。同时,也要考虑到相关市场既有的商业模式,如在“谷歌

[45] 参见《商务部 2009 年第 82 号关于附条件批准松下公司收购三洋公司反垄断审查决定的公告》。

[46] 参见《商务部 2014 年第 3 号关于附加限制性条件批准赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司案经营者集中反垄断审查决定的公告》。

[47] 被许可方即使在被许可时不在同一相关市场上,但救济方案的最终目的是通过许可使其成为同一相关市场上的合并方的竞争者。

案”中,谷歌一直采用对移动智能终端制造商免费许可安卓平台的商业模式,这种模式在合并完成后很有可能由于谷歌市场支配地位的进一步提升而发生变化,因此维持“免费许可”这一商业模式是避免竞争结构恶化的重要措施。

知识产权许可的付费方式可以分为总付费和持续支付提成费这两种方式,由于持续支付提成费的付费方式在许可与被许可方之间会保持一种特殊的经济联系,增加相关主体之间策略性行为的危险,因此,通常情况下应采用总付费的方式。

### (三)根据知识产权使用权的归属选择许可类型

独占许可、排他许可和一般许可是最常见的三种知识产权许可,其主要区别在于知识产权使用权的归属,其中独占许可的许可方不能保留知识产权的使用权。

在上文提到的我国目前采用知识产权许可救济措施的五个案件中,有三个案件即“微软案”“默克案”和“赛默飞世尔案”均采用了一般许可。与独占许可和排他许可相比,一般许可能使更多的非合并主体共享知识产权。采用一般许可的市场条件往往具有以下特点:相关市场多为寡头垄断市场;市场集中度高;合并方具有很强的市场支配力,往往是相关市场上市场份额最大的企业;市场进入困难,其他经营者凭借自身竞争力无法在短期内与合并方进行有效竞争;知识产权对经营者的竞争力具有非常重要的作用,同时构成其他主体无法进入相关市场的实质性障碍等。以“默克案”为例,默克公司(Merck GaA)在全球液晶市场的份额超过60%,在中国液晶市场的份额超过70%,是液晶市场上市场份额最大的企业,具有很强的市场支配力。默克在液晶市场拥有3500多项专利,部分专利构成实质性壁垒,同行竞争者和市场新进入者在短期内难以突破。<sup>[48]</sup>从液晶市场的市场结构、市场集中度、默克公司的市场支配力以及专利对其竞争力的作用来看,采用一般许可能够最为有效地解决市场进入的壁垒和障碍问题。

我国目前尚无采用独占许可、排他许可作为救济措施的案件,根据欧美经验,各种许可类型均有其解决竞争问题的特点和优势。独占许可的优势在于可以较为充分地切断许可与被许可方之间的联系,避免许可方保留知识产权使用权所存在的竞争风险。<sup>[49]</sup>商标权的许可应将独占许可作为首选,因为在各类知识产权中,商标权具有区分不同经营者商品的突出特性,是消费者区分不同厂家产品的核心标识,在相关市场中从有效竞争的角度考虑不宜在不同竞争者之间共享商标权。事实上实践中一旦涉及商标权,更多的合并救济措施采用的是剥离方式,但这不能排除特殊情况下仍然采用许可。另外,不可撤销、永久性的独占许可在效果上非常接近剥离,对于无法采用剥离而在效果上又期望达到剥离水平的合并是较为合适的。

通常情况下,允许许可方保留知识产权使用权的情形包括:①知识产权的共享不会影响消费者对竞争者之间产品的区分,通常情况下关于产品生产方法、流程等方面的专利权均可符合这一要求。②许可需要在一定程度上兼顾许可方对知识产权开发利用的显著成果或效率。许可一方面能够使非合并方拥有知识产权的使用权,从而有效进入相关市场或提高自身的竞争实力,但另一方面,由于许可方对相关知识产权开发利用起步早,继续相关的研发可能实现更

[48] 见前注[44]。

[49] 此处所说的竞争风险主要指若许可方与被许可方之间共享知识产权,很可能导致本应存在竞争关系的产品之间缺乏应有的区分度,进而导致无法形成有效的竞争关系。同时,被许可方也有可能丧失对相关产品研发、投资宣传的动力,无益于被许可方竞争力的提升,损害救济措施的有效性。

为显著的成果和效率,这种情况下采用排他许可或一般许可更为适当。③某些知识产权由于其本身特性无法从许可方非相关产品中分割出去,例如上文提到的欧盟委员会审查的“DSM/Roche Vitamins 合并案”中的情形。

#### (四)其他方面

除上述几个方面外,为确保知识产权许可的有效性,还应保证知识产权在数量、种类、条件等方面的充分性和完整性。尤其在知识产权内容方面,必须全面考虑与产品相关的各类知识产权,例如实践中专有技术往往会被忽略,应避免上面提到的“SHELL/BASF—PROJECT NICOLE 集中案”中出现的问题。虽然与许可相关的产品范围和地理范围一般限于合并案件的相关市场,但如果相关产品市场和地理市场的知识产权许可不足以解决合并可能导致的竞争问题,或无法彻底消除商务部对该合并的竞争关切,那么在产品和地理上均可超出相关产品市场和地域市场的范围。

在考察知识产权许可方案时,应充分考虑到方案可能涉及到的第三方权利及该权利的行使对许可方案可能造成的影响。为了确保方案的顺利、有效实施,合并当事方必须在承诺中就可能涉及第三方的权利内容、属性、影响等进行充分的列举和说明,并就可能阻碍知识产权许可有效实施的问题逐一提出解决方案和替代方案,并就上述问题作出“零隐瞒”的承诺。如果根据该承诺商务部不足以确认知识产权许可的有效性,可以要求许可方与第三方就可能影响许可有效实施的问题进一步达成协议或向商务部提供进一步承诺。

知识产权许可方案必须清晰、具体,使商务部能够根据该方案对知识产权许可的有效性和可操作性作出较为清晰的预判。如果许可方案过于模糊以至于商务部无法根据方案得出有效结论,还可借鉴欧美国家的做法,要求合并方采用“被许可方前置(up-front licensee)”或“先行许可(fix-it-first)”的方式,即在合并完成前就确定被许可人或在合并前即完成许可,这两种方式实际上使许可义务的履行提前至合并前,从而在时间和程序上更有效地保证了许可的实施。

---

**Abstract:** Intellectual property licensing is generally regarded as the better way of merger remedies than divestiture for its flexibility and adaptation to the quick development and changes of technology and sciences. According to the American and European experiences, the adoption of intellectual property licensing as merger remedy depends on the consideration of balancing competition and efficiency, and different control mechanisms of competition authorities. The effectiveness of the intellectual property licensing depends on several factors, such as the price, type and scope, etc.. In China, intellectual property licensing has occurred in several transnational merger cases as merger remedies, where merger parties are generally main transnational corporations in relevant markets possessing key technologies. American and European experiences have referential significance for China to enhance the relevant practices so as to maintain the effective competition of Chinese markets.

**Key Words:** Intellectual Property Licensing; Merger Remedies; Concentration of Business Operators

---

(责任编辑:唐应茂)