

跨境并购管控风险 抓核心破重围

■ 本报记者 钱颜

随着经济全球化进程推进,中企中的佼佼者开始逐渐放眼世界,寻求新的商机。在跨境并购核心问题讲座上,北京德恒律师事务所律师陈巍表示,跨境并购项目纷繁复杂,极富挑战,企业需要快速掌握要领,突出重围。

有数据显示,去年,中企海外并购总额686亿美元,同比下降31%;并购数量591宗,同比减少23.5%;第三、四季度并购金额及数量同比降幅均大幅收窄。从区域来看,中国对发达国家的企业并购呈下降趋势,而对“一带一路”沿线国家企业并购则呈上升趋势。

陈巍介绍说,标的公司的价值评估是跨境并购的核心工作,通常由买方集团组织投行、财务、律师

等专业机构共同完成。从商业角度来看,价值的构成要素多种多样,而买方特别看重的是与其产生协同效应的价值要素,如核心技术、核心人员、商业模式、供应商、产品市场等。如在矿业项目中,首先要关注法律环境。因为矿业项目往往周期长,企业需要了解周边居民的需求,确定没有纠纷,包括矿业所有权的流转是否存在问题,土地使用权、环保、水电等是否取得矿权辅助证书等。

同时,企业跨境并购过程中对风险的识别与管控是无法回避的。如果风险管控不好,项目便无法推进。陈巍建议企业,重点关注外在风险,常见的外在风险是政府审批。不是每个国家都有政府审

批的要求,但美国、德国、加拿大等发达国家都有政府审批程序。例如美国的审批机构是美国外资投资委员会,其对外国企业在美国涉及国家安全的投资具有审批权限。美国外资投资委员会最开始适用《外商投资与国家安全法案》,2018年,美国颁布了《外国投资风险评估现代化法案》。该法案生效后,美国收紧了对于外商投资、收购的审批标准,从关注国家安全转到关注风险评估。审批风险由可控变成了不可控。

北京德恒律师事务所跨境业务部律师余威介绍说,内在风险主要包括买卖双方信息不对称和项目客观问题。卖方会设置一些尽调的障碍,制造双方信息不对称。例如,卖方限制买方访问数据库的人数,禁止下载、打印文件,只能在线看。虽然可能出于保密原因,但也会降低买方尽调效率。在书面问答环节,有些卖方要求买方团队

一周内提交问题,且数量不超过20个,在法律方面可能只有5个左右。卖方不配合提供核心资料,等到尽调即将结束,提交报价时,才提供等。

余威以欧洲某航运收购项目为例,介绍了项目的客观风险问题。某中国企业收购欧洲航运公司,交易安排是卖方把比较优良的航运业务从集团剥离出来,将部分权益出售给中国企业。当时,航运行业不景气,卖方集团负债较重、现金流紧张,已在和债权人谈重组协议,存在破产风险。如果卖方破产,可能会导致出售给中国企业的资产存在被追索的风险。

结合当地法律规定,中国企业采取了一系列缓解风险措施,缓解了客观风险。包括获得卖方集团债权人就交易(包括交易结构)的明确书面同意,及其承诺不会质疑及撤销交易;交易按照公允价格进行。为确保船舶及管理公司将不

低于其实际价值进行转让,中国企业应聘请知名评估机构就相关资产进行出具客观估值报告;交易对价使用现金支付,交易价款应首先用于偿还所有剥离业务相关债务;要求卖方从一家知名当地律所获得关于本次交易被接管人以欺诈性转让为由成功撤销的风险极低或甚至不存在的法律意见等。

如果项目风险较多,一定无法并购吗?看似不可能的项目,能否有机会变为可能?陈巍介绍说,中国黄金集团曾想收购被俄罗斯政府列为国家战略级资源的金矿。难点在于该金矿是俄罗斯的战略资产,根据俄罗斯《战略投资法》,外国国有企业无法取得联邦地下资源战略公司25%以上的股权。后中国黄金集团通过对一些中俄合作先例的研究,创造性地提出通过中俄两国政府间签署协议的方式推进俄罗斯的立法批准,最后通过总统批准实现了该项目。

贸易预警

欧盟对华太阳能玻璃作出反补贴终裁

日前,欧盟委员会发布公告称,对原产于中国的太阳能玻璃作出第一次反补贴日落复审终裁,决定继续对涉案产品征收为期5年的反补贴税,税率为3.2%至17.1%。本次日落复审调查期为2018年1月1日至2018年12月31日,产业损害分析期为2015年1月1日至本案调查期结束。

加拿大对涉中国台湾石油管材作出反倾销终裁

近日,加拿大边境服务署对原产于或进口自印度、印度尼西亚、菲律宾、韩国、泰国、土耳其、乌克兰、越南和中国台湾地区的石油管材作出第一次反倾销日落复审终裁:若取消现行反倾销措施,上述国家和地区涉案产品对加拿大的倾销将会继续或再度发生,原产于或进口自菲律宾的涉案产品除外。加拿大国际贸易法庭预计将于12月30日前对本案作出产业损害终裁。

土耳其对涉华摩托车内外胎启动反倾销调查

日前,土耳其贸易部发布公告,对原产于中国、泰国、印度尼西亚和马来西亚的摩托车内外胎启动反倾销日落复审立案调查。2002年9月18日,土耳其对原产于中国和泰国的摩托车内外胎启动反倾销立案调查。2003年4月30日,土耳其对该案作出反倾销肯定性终裁。2008年4月26日,土耳其对该案启动第一次反倾销日落复审立案调查。2009年8月5日,土耳其对该案作出第一次反倾销日落复审肯定性终裁,继续对中国和泰国涉案产品分别征收37%至100%和68%至100%的反倾销税。 (本报综合报道)



制图 耿晓倩

贸易摩擦频繁 贸促会加强预警助企业应对

■ 本报记者 陈璐

美国新公布第32批排除加征关税清单、土耳其对华提起5起以上的贸易救济调查。从行业来看,涉及钢铁、矿产、化工、轻工、机电、纺织、稀土医保等多领域,其中,钢铁仍是重灾区,遭遇44起贸易救济措施,约占全部措施的38%。从救济类型来看,主要以反倾销和“双反”调查为主,但需要注意的是原审案件中出现了6起保障措施和1起反规避。

据悉,保障措施虽不会单独对企业实施,但可能会针对很多国家,通过增加税率或者限制进口数量等方式,影响领域较广,企业若未把握应诉机会,整个行业将丧失出口市场。此外,开始实行美国反倾销措施以后,中企通过改变商品生产地、组装地或产品形态,将产品转移到第三国或进口国国内进行装配,从而改变其产品原产地,以规避反倾销税,现在很多国家开始对中国产品进行反规

避调查。穆瞳称,“由于不熟悉等原因,对于目前企业上述两种措施的应诉积极性并不高。”

北京瑞银律师事务所律师、经贸摩擦顾问委员会专家王涛对澳大利亚对华市场状况进行了分析。他指出,一是澳大利亚市场容量虽有限,但相对稳定,比如,其服装鞋帽、钢铁等基础设施建设领域的原材料利用是固定的,且用户忠诚度较高,市场一旦占有,很难会被替代。二是澳大利亚是西方国家第一个完全承认中国市场经济地位的国家。三是对华反倾销调查特点,其认可企业的部分数据,但会构造正常价值,参考原材料的国际价格,认真进行实地核查,开放和主张各种复审调查,比如,由于对方申请,我们曾经五年里面对了4次复审调查,但中企若想改变税率,也可以发起情势变更或者

海关复审调查。四是对华反补贴调查特点,计算相对合理,原材料不再双重救济,主要针对营业收入项目,与美欧而言,相对宽松。

此外,穆瞳还提及几点注意事项,一是受中美贸易摩擦影响,中国出口产业在美国市场遭遇频繁的贸易保护措施,且周期较长,部分重点产品已延续了3次日落复审。二是加拿大等国由于担心输美产品的产能转移,纷纷跟随美国对同一产品启动反倾销调查。如,美国今年初对结构胶启动了“双反”调查,开始征税后,加拿大于6月也对同一产品启动反倾销调查。三是英国脱欧后,对重点产品启动了过渡性调查,以决定是否延续欧盟的反倾销措施,英国已成为一个独立的进出口市场。四是由于国际贸易形势的变化,澳大利亚、新西兰等国开始对中国增加立案,尤其是钢铁产品领域。

在利益的驱使下,恶意商标注册人往往会生出各种花招规避被认定恶意的风险。待恶意申请获得注册后,恶意注册人往往又会通过叠加背景图案、对注册商标进行变形等方式达到攀附在先商标商誉的目的。更有甚者,待商标获得注册后再将商标转卖给第三人,彻底断绝了在先权利人的问责风险。这些行为显然违背了商标法的立法宗旨,不管是为了维护特定的在先权利人的合法权益,还是为了维护公平竞争的市场秩序,都应当予以遏制。中国贸促会专利商标事务所办理的“TGt”商标无效案就是以上情况的一个典型案例。

大陆营商环境法律环境大讲堂第一期举办

商投资的属性、特殊情况下对台湾同胞投资者的投资依法征收的补偿、享受同等待遇和优惠待遇、法律适用、隐名投资、台湾投资者投资财产等合法权益转让继承、经第三地转投资、争议解决等重点问题。

张万明还介绍了最高人民法院《关于为深化两岸融合发展提供司法服务的若干措施》等有关部门服务台商针对性措施,解读了知识产权、司法互助等方面的政策规定。他表示,这些都为两岸交流互助构筑了良好的机制,为保护台湾同胞投资提供了有利的法律保障。张万明还简要介绍了国台办等部门促进两岸经济文化交流的一系列措施。

(来源:中国国际经济贸易仲裁委员会)

从TGt商标无效案看认定驰名商标恶意注册的考量因素

■ 李军 李渤

市锦潮电子科技有限公司”(下称“锦潮公司”)。事实上,前述恶意使用TCL商标的行为主体即为受让人“锦潮公司”。

本案实体问题适用2001年商标法。根据该法第四十一条的规定:“已经注册的商标,违反本法第十三条……自商标注册之日起五年内,商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的,驰名商标所有人不受五年的时限限制。”本案中,由于系争商标注册时间已超过五年,因此必须证明TCL自身的商标达到驰名且系争商标原注册人在申请时有恶意,否则将无法宣告其无效。

在无效宣告阶段,商评委认定TCL商标达到了一定知名度,因此争议焦点就在于原注册人楚自均在申请时是否具有恶意。虽然TCL公司递交了大量锦潮公司恶意使用TCL商标的证据,并从系争商标与引证商标近似等角度进行了论证,但商评委裁定“系争商标申请人提交的证据不能证明原注册人楚自均在申请注册时具有傍名牌的恶意,故申请人的该项主张缺乏事实依据”,遂不予支持。显然,商评委认为商标经过转让之后的恶意使用行为不能证明原注册人的恶意。该裁

定结果即意味着大量的恶意使用行为还可以继续,TCL公司遂于2017年12月19日向北京知识产权法院提起行政诉讼。

本案在诉讼阶段的争议焦点依然是“恶意注册”认定,更为具体的是指2001年《商标法》第四十一条第二款中“对恶意注册的,驰名商标所有人不受五年的时限限制”中所指的“恶意注册”。

《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定(2017)》第二十五条指出:“人民法院判断诉争商标申请人是否‘恶意注册’他人驰名商标,应综合考虑引证商标的知名度、诉争商标申请人申请诉争商标的理由以及使用诉争商标的具体情形来判断其主观意图。引证商标知名度高、诉争商标申请人没有正当理由的,人民法院可以推定其注册构成商标法第四十五条第一款规定的‘恶意注册’。”由此可见,商标知名度高,甚至达到驰名,并不意味着“恶意”必然成立。换言之,“驰名”和“恶意”是相对独立的要件,需要分别认定。

在北京高院2019年4月发布的《商标授权确权案件审理指南》第18.4条中指出:“认定商标法第四十五条第一款规定的‘恶意注册’,可以综合下列因素:诉争商标与在先

驰名商标近似程度较高;在先驰名商标具有较强显著性和知名度;诉争商标指定使用商品与在先驰名商标的商品关联程度较高;诉争商标申请人与在先驰名商标所有人曾有贸易往来或者合作关系;诉争商标申请人与在先驰名商标所有人有营业地址临近;诉争商标申请人与在先驰名商标所有人曾发生其他纠纷,足以知晓该驰名商标;诉争商标申请人与在先驰名商标所有人曾有内部人员往来关系;诉争商标申请人申请注册该商标后,具有攀附在先驰名商标商誉的行为;诉争商标申请人大量注册他人具有较强显著性和知名度的商标。”可见,无论考虑哪些因素,目的都是证明在后申请人在注册时“明知或应知”驰名商标的存在。当多重因素叠加能够综合指向在后申请人具有某种不正当意图时,除非他能提供其他正当理由,否则就会被认定存在恶意。

在本案的行政诉讼中,TCL着重从以下几个方面来证明存在“恶意注册”,并且得到了一审和二审法院的支持。

首先,TGt商标的图样显然经过了精心的设计,前面两个字母TG为标准大写字母,而字母t不但采用了小写形式,并且还进行了非规范的特殊设计,使t的尾部特别长,而

横线特别短也特别细,使设计后的字母t与字母L在外观上十分近似;而两件商标的第一个字母完全相同,第二个字母G与字母C本身外观就十分近似,从而导致两件商标在整体外观上十分近似。因此,系争商标构成对TCL商标的摹仿。

其次,法院认定了TCL商标在系争商标申请日之前已达到驰名程度,其影响力足以覆盖申请人楚自均所在的区域,因此其理应知晓,却仍然在相同商品上注册近似的标志,属于第四十一条规定的“恶意注册”行为。这里,由于TCL已达到驰名,导致可推定楚自均应知的事实,在其不能提供其他正当理由的情况下,可得到“恶意注册”的结论。

最后,本案中系争商标虽然经过转让,但受让人锦潮公司采用了有意贴近TCL商标的使用方式,法院认定“其主观意图难谓善意”。更为重要的是,该恶意使用直接可以认定产生了2001年《商标法》第十三条第二款所要求的“误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”的后果。一审、二审法院一致认定:“相关公众看到诉争商标时,容易联想到原告的驰名商标‘TCL’,误认为诉争商标与‘TCL’的商品提供者存在特定关联,破坏‘TCL’商标与原告的电视机商品之

间的联系,从而减弱驰名商标的显著性,致使原告的利益受到损害。”

锦潮公司在二审诉讼中主张“系争商标经使用已形成稳定的市场秩序”,但法院驳斥了该观点,指出“不能因系争商标的不良使用行为反而促使其注册具有合法性。”可见,恶意注册的商标并不能通过长期使用就洗白原罪,达到木已成舟、逼人就范的目的。

回顾本案,虽然“恶意注册”的定案依据仍然是原注册人“楚自均”在提交商标注册申请时已经具有主观恶意,但系争商标转让后明显的恶意使用证据对于认定案件事实也起到了重要的参考价值。因此,对于商标权人来说,在发现恶意的在后申请商标后,不妨再对该商标的使用情况做更进一步的调查,说不定会有“意外收获”。恶意注册人往往在申请之时已然包藏祸心,其后的使用行为也必然露出马脚,甚至使其恶意昭然若揭。大量傍名牌、搭便车的事实告诉我们,如果从商标图样上已经可以看出某种恶意的端倪,恐怕往往也会伴随着恶意使用的事实。若是善意注册,就不会刻意贴合在先商标;若是恶意注册,最终一定会通过某种形式表现出来。

(作者单位:中国贸促会专利商标事务所)