

## CHINA DESK

## China: Ley de competencia desleal

El Congreso Popular de China autorizó en 2014 a la Administración del Estado de la Industria y el Comercio (SAIC) a emitir un borrador de revisión de la Ley Contra la Competencia Desleal (AUCL) de la PRC, que por primera vez se promulgó en 1993. Este nuevo borrador aporta grandes cambios en la AUCL y puede cambiar la apreciación que las compañías extranjeras tienen de China.

La Oficina del Consejo de Estado de Asuntos Legislativos publicó el 25 de febrero de 2016 el borrador de unos comentarios públicos que deberán concluirse el 25 de marzo de 2016. Ha sido descrito como una evidencia del “gran esfuerzo por parte de China por establecer un régimen jurídico global que proteja la competencia y la propiedad intelectual en su economía”<sup>1</sup>.

Este intento de aclaración lleva consigo también una gran carga de complejidad.

Los principales objetivos del borrador son tres:

1. Incremento de los tipos de conducta que constituyen competencia desleal
2. Incremento de las sanciones de ejecución administrativa
3. Aclaración de la autoridad de ejecución administrativa

Estos asuntos son importantes en lo que respecta a la competencia y propiedad intelectual en China y como tales deberían analizarse más en profundidad. De hecho, la complejidad de la nueva redacción obligará a los inversores a prestar más atención a la AUCL.

*“Una marca comercial se refiere a la distinción entre el logotipo del fabricante y el operador...”*

1. Incremento de los tipos de conducta que constituyen competencia desleal

El artículo 5 de la AUCL se ha revisado y se ha ampliado su contenido. Pretende matizar la definición de “marca comercial” para evitar confusiones en el mercado. Una “marca comercial” se refiere a la distinción entre el logotipo del fabricante y el operador, incluyendo, pero sin limitarse a un nombre, forma de empaquetado, decoración, nombre de producto, marca registrada, nombre o abreviatura de una empresa o grupo de empresas, la parte central de un dominio, nombre de sitio web, seudónimo, sobrenombre artístico y demás signos distintivos únicos.

El artículo 5 utiliza la definición de marca comercial para ampliar la lista de los actos que pueden crear confusión en el mercado. Este artículo demuestra la modernidad del borrador al incluir conductas online anticompetitivas en la lista. Estas conductas se han añadido considerando el hecho de que las conductas online son diferentes de las conductas que se encuentran en los mercados físicos tradicionales. El artículo 13 del borrador revisado prevé el uso de la tecnología en red o el servicio de aplicaciones para regular actos que pueden afectar a las elecciones del usuario, enfatizando así el talante moderno del borrador.

<sup>1</sup> China dicta un borrador sobre su nueva Ley de Competencia Desleal y desarrollo por parte del Grupo MMLC en <http://www.hq.org/article.asp?id=37838>

## CHINA DESK

## China: Unfair Competition Law

The National People's Congress authorized in 2014 the State Administration for Industry and Commerce (SAIC) to issue a draft revision of the Anti-Unfair Competition Law (AUCL) of the PRC, which was first enacted in 1993. This new draft brings major changes to the AUCL and may change the approach foreign companies take towards China.

The State Council Legislative Affairs Office published on February 25th, 2016 the draft for public comments due on March 25th, 2016. It has been described as proof of “China's consistent effort in working towards the establishment of a comprehensive legal system to protect competition and intellectual property in its economy”<sup>1</sup>.

This clarity also happens to bring its load of complication.

Three major subjects are being targeted by the draft:

1. The increase of the types of conduct that constitute unfair competition
2. The increase of administrative enforcement penalties
3. The clarification of the administrative enforcement authority

These subjects are important regarding competition and intellectual property in China and as such should be looked into more thoroughly. Indeed, the complexity of the clarification will weigh on investors to be more attentive regarding the AUCL.

*“A commercial mark refers to the distinction between producer or operator logo...”*

1. Increase of the types of conduct constituting unfair competition

Article 5 of the AUCL has been revised to become more extensive. It seeks to further define “commercial mark” to avoid market confusion. A “commercial mark” refers to the distinction between producer or operator logo, including but not limited to a unique name, packaging shape, decoration, product name, trademark, name or its abbreviation of an enterprise and enterprise group, the main part of a domain name, website name, pseudonym, stage name and so on.

Article 5 uses the definition of a commercial mark to extend the list of market confusion acts. This article demonstrates the modernity of the draft by including anticompetitive online conduct to the list. This addition has been made considering the fact that online conducts are different from conducts found in traditional physical markets. Article 13 of the revised draft provides for the use of network technology or application service to engage in acts that may affect user choices, emphasizing the modern aspect of the draft.

<sup>1</sup> China Issues a Draft of its New Law Against Unfair Competition and Passing Off by MMLC Group at <http://www.hq.org/article.asp?id=37838>

Una vez analizados los comentarios públicos y, finalizado el borrador, será importante tomar nota de la definición de “marca comercial” y mantenerse dentro de la legalidad. En la medida que la definición se ha matizado y es más precisa, cualquier equivocación podría ser penalizada.

Asimismo, el artículo 6 del borrador, que también se ha revisado, ha ampliado su contenido e incluye una definición de “dominio relativo”, aclarando el término y sus casos de aplicación. Su último caso de aplicación (“que afecta a otras condiciones de comercio no razonables”) permite cubrir conductas adicionales sin ninguna limitación.

Este último caso de aplicación no debería tomarse a la ligera: la generalidad de sus términos permite al Tribunal Popular considerar cualquier situación como de dominio relativo. Una asociación anteriormente considerada como desequilibrada en un mercado determinado podría considerarse muy probablemente como un abuso de dominio en virtud de la nueva ley.

Con respecto a su formato actual, estos artículos ofrecen matices sobre los términos legales y al mismo tiempo el nuevo texto se ha centrado en la regulación de las correspondientes sanciones.

## 2. Incremento de las sanciones de ejecución administrativa

El incremento de las sanciones de ejecución administrativa es considerable y dichas sanciones actúan como elemento disuasorio contra aquellos que desean evadir la ley. El siguiente ejemplo ilustrará la escalada de sanciones en comparación con la actual AUCL.

El actual artículo 21 impone una pena únicamente de una multa de no menos de una vez, pero no más de tres veces, los rendimientos obtenidos ilegalmente.

## “El incremento de las sanciones de ejecución administrativa es considerable...”

Sin embargo, el artículo 18 del borrador estipula que si una operación comercial vulnera las disposiciones del artículo 5, el departamento de supervisión e inspección ordenará el cese de los actos ilegales y confiscará las mercancías ilegales e impondrá una multa de como máximo cinco veces el importe de los rendimientos obtenidos ilegalmente, si estos superan los 50.000 RMB, y en aquellos casos más graves, podrá revocar la licencia de actividad; imponer una multa de como máximo 250.000 RMB si no ha habido rendimientos ilegales o si estos son inferiores a 50.000 RMB; o imponer una multa de más de 100.000 RMB y menos de 1.000.000 RMB según las circunstancias, si no es posible calcular los rendimientos obtenidos ilegalmente.

El número de multas se ha incrementado y la variedad también se ha ampliado, lo que permite la discrecionalidad de las autoridades competentes a la hora de imponer las multas, con lo que es preferible que los inversores actúen con cautela en lo que respecta sus actividades en China.

Dada la posibilidad de elección por parte del juez contra las compañías extranjeras, posiblemente la multa más leve no será la escogida. Por ello, el incremento de las sanciones de ejecución administrativa puede constituir la medida más amenazante del borrador.

## 3. Aclaración de la autoridad de ejecución administrativa

El artículo 3 del borrador estipula que los departamentos administrativos de industria y comercio de los gobiernos populares a nivel de condado o superior, supervisarán e inspeccionarán los actos de competencia desleal; si las leyes o normas y reglamentos administrativos no dicen lo contrario, los correspondientes departamentos podrán también supervisar e inspeccionar de conformidad con dichas normativas.

El borrador aclara que la autoridad de ejecución administrativa de la AUCL será la SAIC. Esta aclaración permitirá la resolución de conflictos que surjan en virtud de la ley existente, ya que otras agencias como la Administración General de Supervisión de la Calidad (AQSIQ) y el Ministerio de las Oficinas de Cultura Precios eran competentes, si se especificaba por separado, en virtud de la ley o reglamento aplicable (artículo 3, AUCL). Ello permitirá una simplificación de los procesos contenciosos.

*After the public comments are taken into account and the draft finalized, it will be important to take notice of the definition of a “commercial mark” and to stand within the law. As the definition as become more precise, any misstep can be sanctioned.*

*Furthermore, Article 6 of the revised draft has also been extended and includes a definition of “relative dominance”, clarifying the term and its cases of application. Its latest case of application (“attaching other unreasonable trading conditions”) enables the draft to cover additional conduct without limitation.*

*This last case of application should not be taken lightly: the general phrasing allows the People’s Courts to consider any situation as one of relative dominance. A previously unbalanced partnership on a specific market could very well be considered as abuse of dominance under the new law.*

*Comparing to its current form, these articles supply precisions to the legal terms and it must be paid attention to as the penalties have too been targeted by the draft.*

## 2. Increase of administrative enforcement penalties

*The increase of administrative enforcement penalties is considerable and acts as deterrence effect against those who wish to go above the law. The following example will illustrate the escalation of the penalties compared to the current AUCL.*

*The current Article 21 grants a penalty of merely a fine not less than one time but not more than three times the illegal earnings.*

## “The increase of administrative enforcement penalties is considerable...”

*However, Article 18 of the draft reads that if a business operation violates the provisions of Article 5, the supervision and inspection department shall order cessation of the illegal acts and confiscate illegal merchandise, and impose a fine of less than five times the amount of illegal revenue if the illegal revenue is more than RMB 50,000, and in serious cases, may revoke the business’ license; impose a fine of less than RMB 250,000 if there is no illegal revenue or if the illegal revenue is less than RMB 50,000; impose a fine of more than RMB 100,000 and less than RMB 1,000,000 according to circumstances, if the illegal revenue cannot be calculated.*

*The penalties have been raised and the range widen, allowing a choice for the competent authorities. Considering this, investors must be vigilant when taking action in China.*

*With a choice offered to the judge against foreign companies, the smallest penalty might not often be chosen. Because of this, the increase of administrative enforcement penalties might be the most threatening measure of the draft.*

## 3. Clarification of the administrative enforcement authority

*Article 3 of the draft reads that the administrative departments of industry and commerce of the People’s governments at or above the county level, shall exercise supervision over, and inspects of, acts of unfair competition; where laws or administrative rules and regulations provide otherwise, relevant departments may also exercise supervision and inspection in accordance with those provisions.*

*The draft clarifies the administrative enforcement authority of the AUCL to be the SAIC. This clarification will address conflicts arising under the existing law as other agencies such as the General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine (AQSIQ) and the Ministry of Culture and Pricing Bureaus had authority if separately specified under applicable law or regulations (Article 3, AUCL). This will allow a simplification in the litigation process.*

Esta aclaración tiene pocas consecuencias para las compañías extranjeras: solo facilita la autoridad competente sobre estos asuntos. Sin embargo, es bueno conocer la supuesta autoridad de ejecución administrativa competente.

El borrador, como tal, parece ser completo y traslada su atención a la competencia y protección de la propiedad intelectual.

Ello no obstante, han surgido algunas preocupaciones contra la falta de disposiciones que regulen las pruebas (descubrimiento de la prueba, conservación de la prueba y medidas cautelares). Pese a centrarse en los mercados online, el borrador no debería olvidar la parte destinada a las pruebas del proceso de instrucción.

Además, siempre ha sido difícil forzar un cambio de nombre de las empresas en las oficinas locales de SAIC, a menudo debido al proteccionismo local. Muchos funcionarios locales también llevan a cabo acciones para forzar un cambio de nombre cuando la entidad implicada se dedica a la falsificación o venta de imitaciones que afectan a la marca registrada o sin registrar del propietario de la marca. El artículo 5 del borrador parece ser un primer paso pero aún debe darse una mayor responsabilidad a los funcionarios de la SAIC. Ello permitirá un resultado más satisfactorio en la que es una de las áreas más deficientes de la ley de marcas en China.

“El borrador aclara que la autoridad de ejecución administrativa de la AUCL será la SAIC.”

*This clarification has few consequences for foreign companies: it only provides the competent authority regarding these matters. However, it is good to know the supposed competent administrative enforcement authority.*

*The draft as such appears to be complete and moves the discussion forward on competition and protecting intellectual property.*

*However, some concerns have been raised again the lack of provisions providing for evidence (discovery of evidence, evidence preservation and preliminary injunctions). By targeting online markets, the draft must not forget to also cover the evidence part of the investigation process.*

*Moreover, it has always been difficult to force an enterprise name to change in the local SAIC offices often due to local protectionism. Many local officials also do take actions to force a name change when the entity involved is engaged in counterfeiting or the selling of knockoff products involving the trademark owner's registered or unregistered trademark. Article 5 of the draft seems to be a good first step but further responsibility needs to be given to SAIC officials. This will allow for a more satisfactory result in what is one of the most unsatisfactory areas of trademark law in China.*

“The draft clarifies the administrative enforcement authority of the AUCL to be the SAIC.”

*It is likely that some of these concerns will be addressed in the public comments but if not, foreign companies will have to be mindful with their competition actions and intellectual property rights in China.*

*Even if the new legislation brings novelty through precision, this should not cause worry at the moment. It will take time for the new AUCL to come into effect and as mentioned previously, local officials are in no rush.*

Es probable que algunas de estas preocupaciones se resuelvan en los comentarios públicos, pero en caso de que no sea así, las compañías extranjeras deberán ser cautas a la hora de acometer sus acciones de competencia y derechos de propiedad intelectual en China.

Incluso aportando novedades con una mayor precisión en su contenido, la nueva legislación no debería preocuparnos por el momento. Aún ha de pasar mucho tiempo antes de que la nueva AUCL entre en vigor y como ya se ha comentado, los funcionarios locales no tienen ninguna prisa.

\*Con la colaboración del despacho GWA-ASIA.

\*With the collaboration of GWA-ASIA.

## BARTOLOME & BRIONES

BARCELONA  
Balmes 243, 7º  
08006 Barcelona  
Tel. (+34) 93 292 20 20

MADRID  
Jorge Juan 30, 4º  
28001 Madrid  
Tel. (+34) 91 577 47 47

LATINAMERICA REP. OFFICE  
The four Seasons Office Tower  
1441 Brickell Avenue - Suite 1400  
Miami FL 33131  
Tel. (+1) 305 778 6965

© 2016 Bartolome & Briones, SLP. Derechos Reservados

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradeceremos contacte con nosotros por e-mail: [newsletter@bartolomebriones.com](mailto:newsletter@bartolomebriones.com)  
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: [www.bartolomebriones.com](http://www.bartolomebriones.com)

*The Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: [newsletter@bartolomebriones.com](mailto:newsletter@bartolomebriones.com)  
For more information and articles, please see our website: [www.bartolomebriones.com](http://www.bartolomebriones.com)*