有利竞争的专利池许可标准必要专利的新框架建议*

Access Advance 感谢中国国家市场监督管理总局（“市场监管管理总局”）提供机会就《关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“指南”）提供意见。Access Advance 是一家专利池管理机构，成立的目的是开发、实施和管理专利池，用于许可最重要的视频编解码标准技术的必要专利。目前 Access Advance 管理着两个专利池，一个是针对 HEVC 视频编解码技术，另一个新建的是针对 VVC 视频编解码技术。这两个专利池已经获得了广泛的市场认可，包括许多已经作为许可方和/或被许可方加入的知名中国企业，如华为，Oppo、Vivo、中兴、创维、荣耀、阿里巴巴、大疆、快手、字节跳动、腾讯等公司。

我们相信并已经证实，正当运营的专利池可以平衡专利权人和实施者的利益，鼓励创新并促进竞争。我们建议将专利池许可与双边许可进行区别处理，其原因和详细内容在我们的“有利竞争的专利池许可标准必要专利的新框架建议”（“新框架”）中有详细的解释。我们基于我们的团队在建立和管理 HEVC 和 VVC 专利池的经验，以及我们在早期的 MPEG LA 的 MPEG 2 和 AVC 专利池中的经验提出了这个建议。

这个建议分为七个部分。在第一部分，我们提供了详细的新框架。在第二部分，我们提供了关于 HEVC Advance 专利池作为一个有利竞争的专利池示例的详细信息。在第三部分，我们描述了在有利竞争的专利池中如何确定专利必要性。在第四部分，我们详细解释了有利竞争的专利池的成立如何作出 FRAND 许可费率和条款。在第六部分，我们提供了为什么在我们的新框架中提出的假设适用于表现出自己是“不愿意”的潜在许可人，因为他们没有诚信行动的分析。在第五部分，我们分析了为什么许可人和被许可人双方对专利池许可费率和条款的广泛市场认可是对专利池许可费率和条款是否符合 FRAND 最有意义的检验。 在第六部分，我们分析了新框架中所提出的通过非善意许可行为推定是没有获得真实获得许可意愿的潜在被许可人的合理性。 在第七节中，我们提供了一个简要的结论。

我们非常愿意与市场监督管理总局做进一步的讨论，请随时联系我们的中国法律顾问何菁以及我们的全球反垄断法律顾问 Jeff Blumenfeld，他们的电子邮件地址是 hejing@genlaw.com 和 jeff.blumenfeld@accessadvance.com。

一、有利竞争的专利池许可标准必要专利的新框架建议

下文的要点概述了我们就有利竞争的专利池许可标准必要专利的新框架建议。本文正文对新框架建议进行更具体的解释。

- 并非每个联合许可安排或专利联营都是当代意义上的专利池。

- 并非每个自称为专利池的实体都是按照以下描述的最佳实践来运营的、有利竞争的专利池。
- 竞争监管机构和法院应认识到，如果一个专利池：（a） 遵守竞争监管机构的指南，以及 （b） 按照本文中描述的最佳实践（“有利竞争的专利池”）组织和运作，以及（c） 达到了市场的合理的广泛接受度[1]，那么在涉及标准必要专利（SEP）许可方面的关键问题上应该适用不同的处理方式。
- 要被视为有利竞争的专利池，联合许可安排或专利联营必须满足上述 （a） 和 （b） 条件，即：
    - 必须遵守竞争监管机构发布的指南，以防范联合许可中潜在的反竞争风险[2]；以及
    - 以实质上符合本文中描述的最佳实践的方式组建和运作。
- 竞争监管机构的指南包括[3]：
    - 专利池的专利组合应仅包括纳入标准的专利，这些专利是互补的而非相互替代的专利（“标准必要专利”或“SEP”）；
    - 专利是否为 SEP 应由独立于专利所有者许可方的专利专家决定；
    - 专利池应由独立许可管理机构（和专业人员）管理，该管理机构负责做出许可决定；

∗ 本文以中英文版本提供，以英文版本为准。

[1] 应该意识到的重要一点是，决定制造和销售实施和遵守标准的产品或服务的实体可以选择不同方法来获得该实施所必需的专利的许可。一种方法是从专利池获得许可（如果相关标准上有一个许可 SEP 的专利池）。另一种选择是向每个 SEP 持有人寻求许可。这种双边许可是惯例方法，对许多实施者来说，可能是最好的方法。由于专利池（大部分）提供单一许可，即专利池许可，该许可包括所有专利池许可方的所有 SEP，因此双边许可的方法也可能特别适合那些已经与一些最重要的 SEP 持有者有现有许可关系、并已获得其许可的实施者。

[2] 此类指导包括但不限于美国司法部在其发布的与拟成立的专利池相关的几封正面的业务审查函中提供的指导（参见 例如，1997 年 6 月 26 日 Joel Klein 反垄断助理总检察长的信函，回复申请对符合 MPEG-2 视频压缩标准必要专利的许可的业务审查函，具体参见 https://www.justice.gov/atr/response-trustees-columbia-university-fujitsu-limited-general-instrument-corp-lucent；1999 年 6 月 10 日 Joel Klein 反垄断助理总检察长的信函，回复请求一份关于 DVD-ROM 和 DVD-视频标准专利池许可专利的业务审查函，具体参见 https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2012/08/01/2485。pdf），且符合欧盟委员会技术转让协议指南（见 https://ec.europa,eucompetition/antitrust/legislation/transfer.html）中规定的“安全港”的条件，以及 2021 年 1 月 SEP 专家组报告（“SEP 专家组报告”，见 https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45217）。（欧盟委员会发布了修订指南的提案 https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/com2023232-proposal-regulation-standard-essential-patents_en）。另请参见 2014 年世界知识产权组织 （WIPO） 关于“专利池和反垄断 – 比较分析”的报告（见 https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf）和 JPO 草案“涉及标准必要专利的许可谈判指南”（草案修订，2022 年 5 月，见 https://www.jpo.go.jp/e/news/public/document/220509_hyojun-hissu_e/01_e.pdf）。

[3] 此处列出的要点并未详尽无遗地说明各国竞争管理机构提供的所有指导。另请注意，其中许多要点对应不同司法管辖区的竞争法禁止的可能构成滥用支配地位的行为。

- 专利池管理机构应保护许可方和被许可方的机密和竞争敏感信息[4]（如价格、产能和战略计划）；
- 对待实施该标准的专利池许可方，应该与其他被许可方一视同仁；
- 不得阻止专利池许可方从事双边许可；
- 不禁止被许可方质疑有效性或侵权行为；
- 不禁止被许可方和许可方开发或使用竞争技术；以及
- 专利池组合许可不应包括已过期[5]或被裁定无效的专利。

- 遵循最佳实践的指导而设立的专利池所产生的费率和条款应该能够最大限度的减少许可的磨擦，最大限度地降低实施方和许可方的许可成本，并最大限度地提高谈判的效率和进程，从而最大限度地提高被许可的标准的市场应用速度和应用范围。为了完成这些目标：
  - 在最佳实践指导下形成的有利竞争的专利池的参与者应包括：
    - 其业务模式主要由销售符合标准的设备或服务驱动的可能的 SEP 持有人，因此他们的激励主要来自于实施方；以及
    - 其业务模式主要由许可收入驱动的可能的 SEP 持有人，因此他们的激励主要来自于许可方。
  - 由于参与设定费率和条款的专利所有者之间存在利益平衡，过程模拟市场谈判，因此产生了平衡被许可方和许可方利益的费率和条款。
- 在最佳实践指导下，有利竞争的专利池的运作包括：
  - 向所有被许可方，包括自身也实施标准的专利池许可方，提供的单一的专利池许可；
  - 有利竞争的专利池的许可方式应该是按类似商业销售活动的方式运行：
    - 有利竞争的专利池的许可专业人员应以达成自愿许可为目标，从事协商式销售，与潜在被许可方合作，解决其善意问题和信息需求。
  - 向被许可方和潜在被许可方提供透明度，包括在其网站上提供至少以下信息：
    - 定期更新的许可方和被许可方名单；
    - 许可的关键条款，包括许可费率；
    - 定期更新的已被评估为必要专利的清单，显示专利权利要求被认定为必要的所对应的标准的具体规定；

[4]例如，参见国家市场监督管理总局“禁止滥用知识产权排除和限制竞争的规定（征求意见稿）”（2022 年 6 月），第 14 条；以及“关于标准必要专利领域的反垄断指南（征求意见稿）”（2023 年 6 月）第 9 条。

[5] 请注意，根据某些司法管辖区的专利法，即使专利已过期，专利权人有权就专利有效期内的先前侵权行为追讨损害赔偿金；也就是说，即使专利在诉讼时已过期，专利有效期内的侵权行为也可能构成责任和损害赔偿的基础。对于专利池许可方的过期专利而言，专利池的被许可方可获得针对此类侵权索赔的保护。

        - 许可方和被许可方的权利和义务，包括被许可方有获得双边许可的选项；以及
        - 可通过下载或电子邮件获取许可协议范本。
- 有利竞争的专利池为被许可方带来多诸多好处。
    - 这些好处包括：
        - 提供价格透明度；
        - 提供许可条款的透明度；
        - 汇集多个专利持有人的标准必要专利，从而为被许可方提供涉及标准的 SEP 的广泛覆盖范围；
        - 通过在单笔交易中提供广泛的 SEP 覆盖来降低交易成本和提高效率；
        - 清除阻碍交易的立场；
        - 减少被许可方遭受侵权诉讼的风险；
        - 使自愿被许可方能够有效地整合互补性的技术；
        - 使自愿被许可方能够有效地实现规模经济；以及
        - 提供的许可费率通常比提供同等专利覆盖面的双边许可费率低（并且通常明显更低）。
    - 这些好处使得专利池的许可对所有被许可方和潜在被许可方而言公平、合理、无歧视，并且更加高效，并且可能特别有助于：
        - 中小型企业，包括那些不熟悉 SEP 许可的企业，例如物联网产业的被许可方；
        - 在许可 SEP 方面经验有限的潜在被许可方；以及
        - 内部许可资源有限、且因财务资源有限无法聘请外部专业人员的潜在被许可方。
    - 这些利益还通过以下方式惠及消费者：
        - 降低许可成本；
        - 加速标准的应用；以及
        - 鼓励更多公司提供符合标准的产品和服务，从而
        - 创造充满竞争的提供符合标准的产品和服务的下游市场。
- 为证明“善意”和/或“愿意”获得 FRAND 许可（因此应视为“自愿被许可方”），实施者应承担以下初始义务和责任[6]：

[6] 这些义务是对 CJEU 在华为诉中兴的判决中规定的义务以及法院和竞争机构的其他指导的补充，正如有利竞争的专利池的义务是对 CJEU 在华为诉中兴的判决中规定的义务的补充。参见，华为诉中兴，案件 2015-

- 确认其正在实施的标准是否有专利池在许可 SEP，如果有，通过查阅此类专利池的所有可用信息，对专利池及其提供的服务进行自主学习；以及
- 在首次开始生产和销售符合相关标准的产品及/或服务之前，但不迟于其后的商业上合理的时间内[7]，主动与专利池（或每个专利池的许可方）[8]联系，就其实施标准所需的许可进行谈判[9]。

- 如果一个专利池的许可在自愿的许可交易中获得市场广泛接受，这是其标准许可的条款符合 FRAND、并且没有滥用支配地位（即使假设专利池被确定有支配地位）[10]的最佳证据。
- 如果实施者未能履行这些义务和责任，那么符合被视为有利竞争的专利池的各项要求、且达到市场合理的广泛接受度的专利池[11]应有权获得实施者"不愿意"及/或不善意行事的可反驳的推定[12, 13]。
- 此后，实施者将有责任反驳其"不愿意"及/或不善意应对专利池的推定。
  - 例如，实施者可以通过以下方法履行该责任：
    - 提供明确的证据，证明其不知道专利池的存在，并提供明确的证据，证明其已经采取了合理和善意的努力去了解专利池的存在[14]。仅仅声称不知道专利池的存在并不算履行了该责任。

      或

10-170/13，ECLI：EU：C：2015：477（2015 年 7 月 16 日），见 http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10325480。

[7] 此处指明的时间意味着合规的实施者在不迟于其开始实施标准时发起许可讨论，这是限制未经许可而实施专利的期限的公平合理方式。

[8] 此义务适用于所有专利池（不仅仅是有利竞争的专利池），只要专利池的存在可以从公共信息来源确定。但请注意，除非相关专利池既满足被视为有利竞争的专利池的标准，又满足市场上合理的广泛接受度，否则，虽然实施者未能发现专利池并对其进行自主学习，和/或未能就专利池的 SEP 的许可进行谈判，仍不受可反驳推定的约束。

[9] 请注意，这一要求对应 SEP 谈判指南在双边谈判背景下对 SEP 持有者施加的责任，例如，确定实施者哪些产品侵犯了其哪些 SEP，并向实施者提供足够的信息，以便其确定是否侵权。

[10] 就逻辑和法律而言，应该是 FRAND 许可条款不构成滥用支配地位的情况，即使假设相关专利池被视为有支配地位的实体。因此，如果本文指出许可费率和条款应视为、理解为或推定为 FRAND，则该短语应理解为"FRAND 并且没有滥用支配地位，即使假设专利池在相关市场中占据支配地位。"

[11] 根据专利池的结构，向侵权人主张专利池专利的权力和法律能力可能仅属于各个 SEP 持有人。

[12]参见上文第 7 项。

[13] Advance 充分认识到在法院裁决和竞争管理机构的政策声明中反复详细阐述的适用于 SEP 持有人的重要义务。

[14] 这个标准用于评估实施者声称它不知道专利池的存在，这对于排除实施者的故意无知被用来表明善意的可能性很重要，因为故意无知显然是恶意的。

        - 提供其它证明其善意努力获得专利池 SEP 的许可的证据，例如开始与每个专利池许可方联系。仅仅声称其打算直接与专利池许可方谈判并不算履行了该责任；仅仅与少数专利池许可方开始联系也不算履行了该责任。

- 如果实施者未能履行其反驳“不愿意”或非善意行事的推定的责任，则参与专利池的 SEP 持有人应有权寻求，并且法院应该能够综合考虑所有其他相关因素，授予针对进一步侵权的禁令。
- 在与专利池进行许可谈判时，实施者应该从专利池的费率和条款为 FRAND 的立场开始。
    - 实施者可以尝试证明，由于其与所有其他专利池的被许可方之间存在充分的差别，使得专利池的条款对其本身不是 FRAND。
    - 如果实施者在谈判伊始时，就好像是从一片空白开始——即，好像许可条款尚未被验证为 FRAND——或者只是保留其自行确定专利池是否 FRAND 的权利，则应得到一个可反驳的推定，即它不是“自愿”的被许可方和/或不善意行事。
- 履行其义务和责任对专利池进行自主学习并与专利池进行善意谈判是必要的，但仅此不足以使实施者被认为是“自愿的被许可方”。
    - 在完成这些责任、并继续被认为是“自愿的被许可方”后，实施者必须继续积极、善意地与专利池协作，其行事方式与目标应该与寻求达成协议的商业谈判相同[15]。
    - 如果实施者所从事的行为过程表明其目标是拖延，或者其行为与具有善意达成许可的目标且与寻求达成协议的商业谈判的行事方式不一致，则会失去其“自愿”的身份，并得到其“不愿意”和/或不善意行事的可反驳推定。
- 在实施者与专利池（或其 SEP 持有人）之间的任何法院诉讼中，实施者将有责任提供证据来反驳其“不愿意”和/或不善意行事的推定，并有责任说服法庭其已成功做到。
- 如果实施者未能完成其责任，专利池中的专利权人应有权寻求，法院应该能够在考虑所有其他相关因素的情况下授予针对进一步侵权的禁令。

[15] 当然，专利池和/或其 SEP 持有者还必须在整个过程中继续积极和善意地工作，以相同的方式行事，寻求达成协议的商业机会。

二、HEVC Advance 专利池是有利竞争的专利池[16]

Access Advance （“Advance”） 是一家独立的许可管理机构[17]，负责专利池的开发、管理和经营，为基于最重要的基于标准的视频编解码技术的发明授予必要专利许可。目前 Access Advance 管理着两个专利池，一个是针对 HEVC 视频编解码技术，另一个新建的针对 VVC 视频编解码技术的专利池。这两个专利池已经获得广泛的市场认可，包括许多已经作为许可方以及/或者被许可方加入的知名中国企业，包括华为，Oppo、Vivo、中兴、创维、荣耀、阿里巴巴、大疆、快手、字节跳动、腾讯、等公司。

Advance 成立于 2014 年，其明确目标是根据 FRAND 条款许可视频编解码标准必要专利，以平衡实施方和标准必要专利持有者的利益。自 2015 年推出以来，Advance 的 HEVC 专利池（“HEVC Advance 专利池”）发展良好，目前专利池具有[18]：

- 来自美国、德国、荷兰、中国、日本、韩国等国家和地区的 40 多个许可方[19]，估计共持有
  - 超过 21000 项专利（由独立技术专家确定为 H.265/HEVC 标准 （HEVC SEP）的必要专利）
  - 大约 800 个专利族
  - 我们估计这些专利在全球 HEVC SEP 中的占比超过 75%[20]

---

[16]另请参阅下文第三和四节。

[17] Access Advance 为专利所有者和专利实施者提供了平衡、透明和高效的许可机制。Access Advance 目前管理和经营 HEVC Advance 专利池，用于许可对 H.265/HEVC 技术的标准必要专利，以及独立的 VVC Advance 专利池，用于许可对 H.266/VVC 的标准必要专利。HEVC Advance 专利池和 VVC Advance 专利池是 Access Advance 视频编解码器平台计划的组成部分，包括多编解码器桥接协议，该协议将 HEVC 和 VVC 技术无缝整合到一个折扣专利费率结构中，为产品包含两个编解码器的被许可方简化了报告和付款义务。这种创新响应了市场对更高效的下一代专利池许可结构的需求。如需了解更多信息，请访问我们的网站 www.accessadvance.com。

[18] 本文中的所有数据截至 2022 年 7 月 27 日。

[19] 当前许可方的名单可在 https://accessadvance.com/hevc-advance-patent-pool-licensors/ 上找到，并随着新许可方的加入而更新。作为我们以商业运作为导向的许可模式的一部分，Access Advance 在其网站 https://accessadvance.com 上提供了大量信息，我们邀请读者浏览该网站。据我们所知，Access Advance 是第一个，也仍然是唯一一个提供白皮书分析证明该池的条款是 FRAND 的专利池。网站上提供的信息包括许可方和被许可方的完整列表，许可方和被许可方的其他概述信息，有关 HEVC 专利池中许可方的条款和义务的信息，HEVC/H.265 背后技术的简要说明。H.265 视频压缩标准，许可计划的概述，下载 Excel 电子表格的链接，其中列出了已评估为必要的专利，以及确定一项或多项专利权利要求被认定为必要的标准的具体规定，提交专利必要性评估的流程说明、品牌指南和专利标记指南以及其他信息。

[20] 有关数据的可视化描述，请访问 https://accessadvance.com/hevc-worldwide-patent-landscape/。

- 将近 300 家被许可方[21]，包括来自美国和 29 个其他国家和地区，包括欧洲、印度、日本、韩国和中国（如上所列出）各行各业的公司。

HEVC Advance 专利池中的许可方代表了与 FRAND 问题相关的广泛的利益和激励。其中既包括一些“净被许可方”，即他们的财务利益主要是实施者/被许可方的，也包括一些“净许可方”，即他们的财务利益主要是 SEP 所有者/许可方的。

很多许可方都是跨国运营公司，他们在视频编解码器的研发方面进行了大量投资，并在其产品或服务中实施了这些技术，包括 Google、华为、杜比、佳能、LG Electronics、Microsoft、Mitsubishi、Panasonic、Samsung、Sony、NTT/NTT DOCOMO、MediaTek 和 SK Telecom。HEVC Advance 专利池还包括许多拥有少量专利的但作为被许可方为专利池贡献许可费的许可方，包括 Arris、Humax、OPPO 和 ZTE。最后，该专利池还包括许多在视频编解码器的研发上投入大量资金的许可方，包括 GE、Fraunhofer、ETRI 以及多家研究机构和大学，他们的主要目的是为国际标准贡献其创新技术，并许可这些创新技术。

HEVC Advance 专利池在专利权人的分布区域和经济利益方面具有多样性，能够实现基于 FRAND 原则构建成功专利池所需的权利持有人和实施者利益的关键平衡。如此广泛的许可方基础带来的利益反映了权利持有人和实施者的利益平衡，这正是该专利池成功获得实施者广泛市场认可的基础。

三、必要性的确定

符合最佳实践的有利竞争的专利池的标志之一是其确定专利的必要性的方法。这样的专利池不依赖于专利持有人的必要性声明，众所周知，专利持有人自己的声明会夸大其专利的必要性，从 20% 到远高于 50%[22]。相反，符合最佳实践的有利竞争的专利池聘请一个或多个专利律师和技术专家作为独立评估者[23]，以确定候选专利的每项权利要求的必要性。这些评估人员在相关司法管辖区的专利法、被许可的标准、相关技术以及“必要性”的含义和重要性方面拥有专业知识。评估人由专利池管理方聘用为专利池的律师；评估人不是也不担任任何潜在许可方的律师。评估人根据努力而非结果获得报酬；每项评估的报酬不取决于评估的结果，也不以任何方式取决于被确定为必要的专利的数量。

---

[21] 当前被许可方列表可在 https://accessadvance.com/hevc-advance-patent-pool-licensees/ 找到，并随着计划中新增被许可方而更新。值得注意的是，吸引大量自愿被许可方的能力在专利池中很普遍，但在双边许可中不太常见。

[22] “平均必要性比例【在已宣布的 SEP 中实际 SEP 的份额】在 25% 至 40% 之间似乎是现实的，不同的标准和专利组合之间也存在较大的差异。” *参见* SEP 专家组报告，第 34-35 页。同样，英国上诉法院裁定：“过度申报是一个重大问题，正如法官的评估所示，高达 72% 的申报 SEP 并不真正必要。【W】我们认识到存在过度申报的做法，我们承认这是一个问题。” *Unwired Planet Int'l Ltd 诉华为科技有限公司，*【2018】EWCA Civ 2344（主厨房，第 92、96 段）。*另请参阅*“涉及标准必要专利的许可谈判指南，2022 年 5 月修订草案（“JPO SEP 谈判指南”），见“涉及标准必要专利的许可谈判指南”（PDF： 520KB），第 2、13 页。

[23] 评估机构对每次评估的财务利益与提交评估专利的实体的利益无关，而是与专利池的利益有关。无论是出于业务和法律原因，确保评估结果的准确性对专利池的整体健康至关重要。

只有那些含有被评估为必要的权利要求[24]的专利才包含在专利池的必要专利列表中[25]，但事实上专利池许可方的专利的全部必要权利要求都包含在专利池的许可中，即使有的这些专利未包含在必要专利列表中。同意成为专利池许可方的 SEP 所有者在他们成为专利池许可方的文件中同意这一原则。因此，即使对于专利所有者未提交评估或没有意识到具有必要性的专利，专利池的被许可方也被授予每个专利池许可方的 SEP 中的每个必要权利要求的许可，并且，对于每个专利池许可方的每个 SEP 中包含的必要权利要求的侵权主张，即使该专利未包含在专利池必要专利列表中，但只要法院认为是必要专利，则被许可方有许可带来的抗辩权。这也意味着，随着越来越多的 SEP 所有者成为专利池许可方，并且随着专利池许可方的专利继续获得授权，所有属于 SEP 的专利将自动纳入到许可中。即使专利池中的 SEP 被出售或转让给非专利池许可方的实体，或者相关权利被转让给非专利池许可方的实体，专利池授予的许可继续对专利池中的 SEP 有约束力[26]。

四、有利竞争的专利池的形成会产生公平合理的费率和条款

正如中国市场监督管理总局、日本专利局、美国司法部、美国联邦贸易委员会和欧盟的 SEP 专家组都在不同时候认可，专利池可以为标准的应用和符合标准的产品和服务创造充满竞争市场带来许多好处，包括降低多次许可谈判的交易成本，以及减少当多个专利持有人分别要求被许可方支付许可费时可能发生的许可费叠加和劫持问题[27]。在最基本的层面上，专利池使实施者能够在单次交易中通过一个许可获得大量专利的许可，并且其许可费大大低于相同数量专利分别双边许可的累积费率，如下文所述。这些效率和结果是专利池形成方式和运作方式的直接产物。

寻找合适的参与者

以最佳实践为指导的专利池的形成始于寻找到那些可能拥有或以其他方式有权许可可能包含一项或多项必要权利要求的专利的实体。从商业的角度来看，这是理所当然的第一步：专利池业务的成功取决于其吸引实施者获得许可的能力，这在很大程度上取决于专利池提供的 SEP 覆盖范围和质量。因此，为了在开始提供许可后能够吸引实施者，专利池必须首先吸引实施者希望获得许可的数量和质量的 SEP 覆盖的专利所有者。

有利竞争的专利池的形成过程的总体目标是就专利许可范围以及费率和其他条款达成共识，这将激励大量许可方和大量被许可方同意以最小的摩擦参与该计划。有利竞争的专利池的

---

[24] 评估专利权利要求的过程涉及大量工作且费用昂贵，每项专利权利要求通常花费专利权人 7000 - 10000 美元。这一重要指标有力地表明了许可方致力于确保专利池许可仅包含标准必要专利。。

[25] 可以通过下述链接下载其中一项或多项权利要求被确定为必要的. x1s 格式的专利列表，以允许潜在的被许可人分析数据，https://accessadvance.com/hevc-advance-patent-list/

[26] 本句和前一句中的陈述对许多专利池是正确的，上文附注 2，包括 Advance HEVC 和 VVC 专利池，但对其他专利池可能不正确，具体取决于其成立程序、成立文件和许可的内容以及相关司法管辖区的专利法。

[27] 美国司法部和联邦贸易委员会，知识产权许可反垄断指南第 5.5 条（2017 年），见 https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download；*参见* SEP 专家报告，第 151-152 页；JPO SEP 谈判指南，第 11、40 页。

成功取决于寻求实施者和创新者都可接受的条款，目标是使绝大多数许可交易通过自愿达成，而不是由诉讼驱动。

协商费率和条款

以最佳实践为指导并正确完成专利池的组建，即旨在形成有利竞争的专利池，将一些主要通过许可实现知识产权盈利的优质 SEP 的所有者、与主要通过销售符合标准的产品而实现知识产权盈利的其他公司、以及一些通过两种方法组合实现知识产权盈利的公司聚集在一起。这群可能的 SEP 所有者就专利许可费[28]和该专利池将推向市场的其他许可的条款进行谈判。

专利池组建期间的谈判不仅模拟、而且很好地代表了专利所有者和实施者之间的市场谈判："许可方驱动"和"实施者驱动"模式和激励推动了这一过程，确保了这些商业模式之间的利益平衡。因此，产生的费率也是一种平衡：可能比专利所有者期望的略低，而又比实施者可能期望的略高，但对双方来说都是公平的让步；这是公平合理的市场费率的定义，也是竞争市场中能够获得成功的费率[29]。

一个有利竞争的专利池的基本业务模式是由效率目标驱动的，其中一个相关问题是消除许可过程中的摩擦。这就促使有利竞争的专利池公开在其网站上提供大量非常详细的信息，以便潜在被许可方甚至可以在与专利池进行讨论之前就可以进行自主学习。

这些效率目标也为各方提供动力来消除对有利竞争的专利池的费率的摩擦。具有"权利持有人利益"和"实施者利益"的专利池许可方的组合推动了形成这两组利益驱动之间的折中费率的过程；对效率的追求促使该流程达到较低费率的折中方案，从而减少因为专利池费率而产生的阻力。

由于专利池效率的原因，有利竞争的专利池收取的许可费远低于被许可方需向所有专利池许可方的所有 SEP 支付的双边费用总和。换言之，每个专利池许可方从许可费收入中获得的"每单位"分配可能大大低于每个许可方在双边许可中将获得的"每单位"金额。从本质上讲，专利池许可方有意识地决定接受较低的每专利"单位费率"，以换取更多的被许可方；这是薄利多销的典型权衡。因为专利池的效率更高，这种权衡是合理的商业决策。因此，在决定成为有利竞争的专利池中的许可方时，专利所有者明确同意愿意放弃更高的单位收入，以支持更广泛、更快速的实施。

---

[28] 在一些情况下，针对不同类别的产品设定不同费率，例如移动设备、电视机和其它联网家居设备。在适用情况下，"费率"的讨论应理解为"每个产品类别的费率"，或有时称为"费率表"。此方法可确保费率反映技术在不同产品类别中提供的不同价值，同时确保在每个产品类别中不歧视被许可方。成立期间的谈判是针对整个专利包的许可费率（按产品分类，如适用）。也就是说，该过程并不是每个专利持有人声明其专利的预期使用费，然后将这些个别费率相加以计算专利池总费率（按产品分类，如适用）。

[29] "在专利池中，权利持有人和实施者广泛参与可能会产生平衡双方利益的许可条款，相对多方之间的单独双边谈判而言，这可能会提高许可谈判的效率，。" JPO SEP 谈判指南，第 40 页。

有利竞争的专利池的许可方的这种权衡与将有利竞争的专利池视为商业行为、并且认为许可是一种销售行为而不是诉讼行为的观点一致。“最高费率”会降低专利池对潜在被许可方的吸引力，因此使得销售更加困难，这使得销售周期更长，这反过来使销售成本更高，因此降低了专利池的增长率和分配给许可方的许可费净收入。此外，更高的费率意味着 SEP 许可环境中的风险更高，所有这些后果都违背了专利池的长期商业利益。

从参与组建专利池的 SEP 所有者的角度来看，公平合理的费率使实施者能够以可接受的价格获得许可，并且还公平地补偿专利所有者创造的被纳入相关标准的发明和通过专利池许可的必要专利，从而根据 FRAND 的要求平衡许可方和被许可方的利益。[30]

从将有利竞争的专利池视为一个商业行为（包括将许可作为销售行为）的角度来看，合理的许可费（和其他合理的许可条款）可以减少摩擦，从而缩短销售周期、降低销售成本和降低风险。合理的费率和条款还会促使实施者更快速、更自愿地采用，这意味着在更短的时间内，专利池将签约更多的被许可方并获得更高的总收入。由于有利竞争的专利池专注于最大限度地减少许可中的摩擦，因此其提供的费率将处于许可方和被许可方权益之间公平平衡的较低水平。

五、FRAND 的市场验证

市场是否将合格专利池的费率和其他条款视为 FRAND 的验证是看这些费率和条款是否被市场广泛自愿地接受。市场评估任何合同费率和条款的理想经济证据是在提供该合同的市场中观察到的行为。从经济学角度来看，市场上广泛接受的许可费率是专利组合的合理许可费率的最佳指标。换言之，价格和条款是否反映市场对 FRAND 的看法、是否可以接受的最佳验证是看价格和条款在市场上是否被实际接受。

我们提议的新框架建议的一个基本点是，需要认识到，一旦有利竞争的专利池达到市场的合理广泛接受度，该专利池的费率和其他许可条款应被推定为 FRAND，因为广泛接受是该问题的最佳实证证据。正如德国杜塞尔多夫地区法院所言：

> 在此背景下，应注意，无需从数学上精确推导符合 FRAND 的许可费；必须以已签订的许可协议（LG Dusseldorf，2017 年 7 月 13 日的判决，4a O 154/15，边际编号 311）充分证明市场所接受的许可费率。优先考虑已签订的合同。相比于摆出可以或应该在许可协议谈判中发挥或大或小的作用的单个因素而言，通过不同的、已经成功达成的许可协议的结果可以容易地证明并且更可靠地确定 FRAND 标准（LG Dusseldorf，2017 年 7 月 13 日判决，4a O 154/15，第 311 段）。

[30] “FRAND 承诺只是为了实施者的利益的说法是不正确的。FRAND 的目的是在专利权人和实施者各自的权利之间取得平衡。” *Unwired Planet 诉华为*，【2017】EWHC 2988（Pat），同上附注 22，第 161 段。*另请参见* https://www.etsi.org/intellectual-property-rights 上的 ETSI 概述。（“ETSI 知识产权政策的主要目标是平衡知识产权持有者的权益和实施者根据 FRAND 条款和条件获得 ETSI 标准中定义的技术的需要，以便持有者可以因在实施 ETSI 标准中使用其 SEP 专利而获得公平和充分的回报。”）

在什么情况下可以确定有利竞争的专利池的费率和条款被合理广泛地接受，从而使其被推定为 FRAND，这可能取决于特定事实。但无论什么是最小数字，我们建议它肯定不必达到 300，几乎肯定不必达到 100，甚至不必达到 50[31]。

HEVC Advance 专利池许可也符合任何合理标准下市场广泛接受的标准，因为将近 300 名被许可方根据谈判自愿（而非通过诉讼）签署了许可协议[32]。

Advance 被许可方名单还表明，我们的许可已被广泛行业群体的实施者接受，包括那些在关键细分市场中占销售额（按数量）一半或以上[33]的群体：

- 54% 的移动和平板电脑市场
- 88% 的机顶盒市场
- 51% 的超高清电视市场
- 80% 的无人机市场
- 45% 的视频监控市场。

这些被许可方包括在规模上达到顶级的品牌和公司：

- 在智能手机市场，全球十大智能手机品牌中的 7 家 （三星、OPPO、Realme、Vivo、华为、联想和荣耀）
- 在机顶盒市场中，全球十大供应商中的 9 家（Skyworth Digital、Technicolor、ZTE、Arris、Sagemcom、Jiuzhou、Kaon Media、Humax 和 Changhong）
- 在超高清电视市场中，全球前 5 大品牌中的 3 个（包括三星、LG 和索尼）
- 在游戏机市场中，前 3 家公司中的 2 家（包括 Microsoft 和 Sony）

HEVC Advance 专利池不仅在这些涉及大量消费设备的市场中被广泛接受，而且在非消费市场也被市场领导者接受，包括通用电气（飞机和医疗）、波音（国防和飞机）、霍尼韦尔（国防和安全）、博世（工业和安全）、日立（工业）和大疆（无人机）。

---

[31] 杜塞尔多夫地区法院发现，12 份许可协议足以证明诉讼专利存在既定专利使用费。（圣劳伦斯诉沃达丰，案件编号 4a O 73/14，Landgericht 【LG】 Düsseldorf【杜塞尔多夫地区法院】 2016 年 3 月 31 日（德国））。最近，法院裁定，40 份许可协议足以证明诉讼专利存在既定的专利使用费。（Dolby Int'l AB 诉 MAS Elektronik Aktiengesellschaft，案件编号 4c O 44/18 Landgericht 【LG】 Düsseldorf【杜塞尔多夫地区法院】 2020 年 5 月 7 日（德国）。） 另请注意，Oberlandesgericht Düsseldorf 的首席法官 Thomas Kühnen 博士在专利诉讼公约中推断，特定专利集的每份许可协议都是这些专利的合理专利使用费的市场证据，并且每增加一次许可，已确定的使用费的指示就会进一步具体化。（Thomas Kühnen，Handbuch der Patentverletzung 【德国专利诉讼程序：执业者手册】 § I.III.3 ¶ 2609（Frank Peterreins trans., Wolters Kluwer 第 7 版 2014 年））。

[32] 在签署许可之前，只有两名被许可方涉及诉讼；所有其他被许可方都是在谈判后签署，没有涉及诉讼。

[33] 百分比基于市场上销售的所有 HEVC 设备（按数量）的份额。

与专利池许可方的不同利益类似，Advance 的 HEVC 专利池被许可方也代表了 FRAND 的广泛利益。虽然一些被许可方也是许可方，但大多数被许可方并不是许可方，这从两者的数字对比来看是显而易见的[34]。例如，专利池被许可方包括：

- 既是大型（按生产产品数量衡量）的被许可方，也是大型的许可方，例如佳能、微软、三星、LG、华为、索尼[35]；
- 属于小型（按专利数量衡量）的许可方的大型被许可方（按生产产品数量衡量），例如 Google、Arris、ZTE、Humax、OPPO；
- 不是许可方，但是大型被许可方，例如 Vivo、Technicolor、Sagemcom、荣耀、Skyworth；
- 属于中小型被许可方，但是大型许可方，例如 JVCKENWOOD、Panasonic、Mitsubishi Electric；
- 小型和中型被许可方，同时也是小型许可方，例如 Humax、Philips、NEC、Warner Bros；
- 不是许可方，但属于中小型被许可方，例如 D-Link、Fujifilm、Hitachi、Logitech、Nikon、Telekom Deutschland 等。

鉴于各行各业和各地区的实施者广泛接受 Access Advance HEVC 专利池，可以合理地得出结论，被许可方市场已确定该专利池的许可是公平、合理且无歧视的。

一旦专利池符合被视为有利竞争的专利池的标准，并且也达到了市场上合理的广泛接受度，就不应该像第一次提供许可的专利池一样在空白板上分析该专利池的许可要约。相反，竞争监管机构和法院应考虑合理地假设其条款是 FRAND，法院也可以对专利池许可的条款进行可反驳的推定其条款是 FRAND。当然，这种推定不会妨碍实施者在法庭上质疑该结论，但这意味着实施者有责任通过明确的证据来反驳专利池许可是 FRAND 的推定。

六、可反驳的推定和“意愿”

采纳我们的新框架建议也将有助于实现各政府机构的政策目标，这些政府机构提供了有关 SEP 许可的指南。这些政策目标包括： 例如，鼓励未经许可的实施者与专利池之间的善意谈判（如中国市场监督管理总局[36]，美国司法部，专利商标局，和国家标准研究所

---

[34] Advance 要求，作为实施者的任何专利池许可方也必须成为专利池被许可方，并与其他被许可方签署相同的许可协议。另请注意，Access Advance HEVC 专利池包括 40 个许可方和 260 多个被许可方，这当然意味着绝大多数被许可方也不是许可方。

[35] “大型”被许可方是指生产和销售大量产品的被许可方，因此需要支付大量许可费。这些公司是“净被许可方”，因为其财务利益主要是实施者/被许可方的利益。“大型”许可方是指拥有大量专利组合的 SEP，因此在池内获得大量许可费分配。这些公司是“净许可方”，因为其财务利益主要是 SEP 所有者/许可方的利益。请注意，有些既是大型许可方又是大型被许可方；他们的财务利益在许可方和被许可方利益之间是平衡的。

[36] 《关于标准必要专利领域的反垄断指南 （征求意见稿）》第 7 条，标准必要专利权人和标准实施方之间应当就标准必要专利许可的费率、数量、时限等许可条件开展善意谈判，以达成公平、合理和无歧视的许

（“美国竞争机构”）所指出）[37]；有效知识产权框架的必要性，即一方面通过保护知识产权来促进创新，而另一方面也不阻碍企业使用知识产权和进入单一市场之间取得平衡（欧盟委员会在发布知识产权倡议的证据征集 – 标准必要专利的新框架时指出）；[38] 以及“旨在提高透明度和可预测性，促进权利持有者和实施者之间的谈判，并帮助防止或快速解决有关标准必要专利许可的争议”[39]（如日本专利局在发布涉及标准必要专利的许可谈判指南草案时所指出）。

例如，如果竞争监管机构同意，在某种程度的市场接受度下，有利竞争的专利池的许可有权获得可反驳的推定，即其为 FRAND，那么在许可谈判中，实施者应负责反驳该推定，并提供证据证明，虽然该许可对于大量被许可方而言是 FRAND 的，该许可对其本身仍然不是 FRAND 的[40]。

美国竞争监管机构注意到，由于实施者不愿意接受 F/RAND 许可 - 或者虽然没有彻底拒绝（因为任何聪明的侵权者都不会这样做）- 而是恶意延迟许可谈判所导致潜在的竞争损失：

> 当标准实施者不愿意接受 F/RAND 许可或恶意延迟许可谈判，这些策略可以减少专利持有人自愿参与开发过程或向标准贡献技术的激励。如果没有足够的激励措施来促进基于共识的流程，专利持有人可能会选择封闭的专有标准，这些标准不能提供互操作性和给消费者更优选择的相同好处[41]。

如果有利竞争的专利池符合任何适当的基准，从而可以得出结论，即该专利池被推定为 FRAND，但未被第 50 或第 100 个未经许可的实施者，甚至未被第 300 个未经许可的实施者接受，我们建议竞争监管机构考虑需要采用什么方法来保证数十名 SEP 持有者有足够动力作出研发方面的资源投入以及组建专利池所需的多年的努力所涉及的资源投入[42]。

可条件，也见第 12 条第 1 款、第 13 条第 1 款、第 14 条第 1 款、第 15 条第 1 款、第 16 条第 1 款和第 17 条

[37] 由美国专利商标局 （USPTO）、美国国家标准与技术研究所 （NIST） 和美国司法部反垄断司 （DOJ）（2021 年 12 月 6 日）（“政策声明草案”）提供的关于自愿 F/RAND 承诺的标准必要专利的许可谈判和救济政策声明草案（见 https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1453826/download），第 8 页。（已撤销）

[38] 呼吁提供知识产权倡议的证据 – 标准必要专利的新框架（“呼吁提供证据”），第 1 页（网址 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13109-Intellectual-property-new-framework-for-standard-essential-patents_en）

[39] JPO“涉及标准必要专利的许可谈判指南”，第 1 页。

[40] 可反驳的推定也有助于确定政策声明草案观点的一个重要例外情况，即“一般而言，根据司法阐明的考虑，金钱救济通常足以充分补偿 SEP 持有人的侵权行为。” 政策声明草案，上文附注 37，第 8 页。

[41]同上附注，第 4 页。

[42] 有关“SEP 持有人”为单一实体和专利池的几个共同问题的讨论，包括劫持、反向劫持和金钱损害赔偿的充分性，例如 Jeffrey Blumenfeld，FRAND 是否应该给 “有效侵权” 提供借口？，5 Criterion J. on Innovation 143 （2020），见 https://www.criterioninnovation.com/articles/blumenfeld-should-frand-excuse-efficient-infringement.pdf。

显然，“未经许可的实施者”是指已经积极实施标准、销售实施标准的产品和/或服务的实体。因此，根据该定义，未经许可的实施者自然侵犯了标准中已采纳的 SEP，并且在实施标准的期间几乎可以肯定有意识地侵犯了 SEP[43]。如果实施者持续侵权，且实施者已经或者本应[44]充分了解专利池许可的可用性，并且该专利池许可既符合被视为有利竞争的专利池的标准，又达到有权获得 FRAND 推定的水平，这种情况应属于“影响对有效和可执行的 SEP 的侵权的适当救济的专利的持有者与潜在被许可方之间的许可谈判的具体情况”[45]之一，也就是说应该用于确定实施者是否“愿意”的标准。同样，国家市场监督管理总局《关于标准必要专利反垄断指南（征求意见稿）》也确立了标准必要专利权人与实施者均有善意谈判责任的原则， 有责任对“不存在过错进行证明，提供相应证明材料，并对所提供证明材料的真实性负责”（指南第 7 条）。

作为实施者对 SEP 持有人提起的侵权诉讼提出 FRAND 抗辩的能力的组成部分，潜在被许可方的“愿意”问题已经有很多文字涉及。德国联邦最高法院（Bundesgerichtshof，一般称为联邦法院，或英文“FCJ”）在 Sisvel 诉海尔诉讼案中的两项裁决进一步澄清了这个问题[46]。

> 在标准必要专利的情况下，并不能因为提交了许可意愿声明的专利所有人在强制执行知识产权（在必要情况下采取法律行动）方面的能力有限.....并依赖于就其专利的商业开发达成许可协议而降低要求。相反，专利侵权人不得利用这种结构上的缺陷来进行“专利反向劫持”.....而避免自己受到不诚实行为的指控。否则，为了避免滥用市场支配力而通过法律行动限制专利的可执行性，将导致竞争环境的另一种扭曲，因为相比于那些必须及时寻求许可并因此支付使用标准必要专利的适当报酬的竞争对手，专利侵权人可能获得不合理的优势。[47]

---

[43]例如，参见“当专利是 SEP 并且专利权利要求的细节与标准文件一致时，并且如果实施者宣传其产品符合适用标准，则表明专利权利要求与标准之间的对应性的行为可能就足够了。因此，将专利权利要求映射到实际产品可能并非总是必要的。” JPO SEP 谈判指南，第 12 页。“在 Fujitsu 诉 Netgear（美国，CAFC，2010 年）一案中，法院指出，如果被控产品按照标准运行，则将权力要求与标准进行比较与将权力要求与被控产品进行比较相同。” JPO SEP 谈判指南第 12 页，备注 23。例如，Access Advance 的网站允许任何人查看专利评估机构确定为必要的专利池中的专利列表，并且对于每项专利，专利评估者确定专利权利要求所依据的标准的特定章节是必要的。

[44]参见上文附注 8 和随附文本中本回复中对此问题的讨论。

[45] 政策声明草案，上文附注 37，第 7 页（已撤销）。

[46]Sisvel 诉 Haier II，Bundesgerichtshof【BGH】【联邦法院】2020 年 11 月 24 日，KZR 35/17，（省略内部引文，保留拼写）（英文翻译见 https://www.katheraugenstein.com/en/federal-court-of-justice-frand-defence-ii。过去几年，德国法院一直是大量 SEP 诉讼的审判地，SEP 持有人针对实施者提起诉讼，实施者针对 SEP 持有人提起诉讼。因此，德国法院多次有机会在导致诉讼的谈判中详细审查 SEP 持有人和实施者的行为。

[47]同上，第 61 （省略内部引文）。

FCJ 继续进一步阐述了“意愿”的概念，以及实施者在整个谈判过程中必须如何行事，以保持“自愿被许可方”[48]的地位，这在一定程度上值得仔细回顾：

> 因此，与被告的观点相反，即使根据欧洲法院的判例法，愿意取得许可的声明也不是开始实际谈判的“入门券”。相反，获得许可的持续意愿是成功的许可谈判必不可少的先决条件，如果许可谈判失败，是否有获得许可的持续意愿也会成为指控专利所有人滥用市场力量的先决条件。从华为/中兴的判决来看，这一点也很清楚。
>
> 联邦法院制定的指导方针是基于 Wathelet 总检察长的提议。这是基于这样的假设，即滥用[支配地位的抗辩]只能针对客观上准备好、愿意并能够签订 FRAND 许可协议的专利侵权人.....
>
> 顺便说一下，这也符合欧盟委员会在欧盟法院裁决之前的一项决定中的观点，在该决定中，欧盟委员会表示，如果潜在的被许可方不愿意签订 FRAND 协议，专利所有人可以寻求并执行针对潜在被许可人的禁令.....
>
> 达成 FRAND 许可协议的客观意愿应该通过积极促进谈判以达成许可的共同目标的行为来加以证明，这是与经济生活各个领域公认的商业惯例相一致的，也是欧洲法院强调的具有决定性意义的因素。对签订合同感兴趣的各方的谈判步骤是建立在彼此的行动的基础上的。因此，推进谈判的义务是一直存在的，只要根据商业惯例和诚信原则应预期下一个谈判步骤.....[49]

过去几年，由于德国法院和英国法院[50]一直是重大 SEP 诉讼的审判地，他们多次有机会详细审查 SEP 持有人和实施者在诉讼前的谈判中的行为。因此，他们具备良好的条件可以就劫持和反劫持是否发生拿出基于事实的结论。两国的法院都认识到，根据现行 FRAND 规则和政策，实施者能够通过反向劫持策略获取不公平的利益，因此，如果实施者从事反向劫持，则应失去其“自愿”身份以及 FRAND 辩护。然而，据我们所知，目前还没有任何对 SEP 和 FRAND 问题具有管辖权的法院或政府机构在实施者和专利池之间的许可背景下，而不是在专利持有人和实施者各自为一家公司的双边许可背景下，考虑过“有意愿许可”的特定含义。在确定如何最好地“鼓励各方.....开展此类谈判”[51]、按照 F/RAND 义务行事时，竞争监管机构和法院应该将专利池的不同因素考虑在内。

---

[48] “仅仅满足本指南中提到的各种要素，并不能保证对善意的认可。相反，在每种情况下，都需要对整个谈判过程进行全面的评估。” JPO SEP 谈判指南，第 10 页。

[49]同上，第 68 （省略内部引文）（添加了额外的段落分隔符）。

[50] 对于英国法院的判决，除了本新框架建议中其他地方引用的判决外，还承认专利反劫持策略的现实，参见例如，Optis 诉 Apple 【2021】 EWHC 2564 （Pat），第 72 段，以及下列等等。（Meade J）（参考英国法院的多个 Unwired Planet 裁决）。

[51] 政策声明草案，上文附注 37，第 5 页。

正如全球各地的监管机构和法院的所有指南一样，CJEU 在华为诉中兴的判决中认为，专利持有人应采取 SEP 许可谈判的第一步，通知实施者专利持有人拥有或控制 SEP，实施者可能侵权[52]。在单个 SEP 持有人的背景下，这是合乎逻辑且合理的。实施者可能不知道特定实体是专利持有人，或其专利是 SEP，或实施者正在侵犯这些 SEP。当专利是 SEP 时，情况尤其如此，因为无论实施者的设备或服务采用何种标准，都可能有数十个实体拥有 SEP。

但是，该指南在涉及专利池的时候应该有所不同，因为实施者不知道相关专利池存在的基本假设既不合逻辑也不合理。此外，与实施者是否知道任何单独的 SEP 持有者不同，实施者不大可能不知道存在许可该标准的专利池。相反，我们建议，实施者很有可能并且在任何情况下都应该[53]意识到存在针对相关标准的专利池，并且通过互联网可以很容易地找到关于专利池及其许可计划的大量相关信息[54]。此外，实施者可能并且在任何情况下都应该了解专利池的必要性独立评估流程，并且应该认识到它提供了被许可人在双边谈判中通常不会获得的保证，因为如法院所知，在双边谈判中，实施者依赖于许可方对专利是否必要的单方面声明[55]。

例如，实施者只需浏览到 HEVC Advance 专利池的网站，并点击链接到该网站其他相关页面的链接[56]，就可以查看专利库中被专利评估者确定为必要的专利列表，可以看出，对于每项专利，专利评估者确定专利权利要求是对所依据的标准的哪一特定部分是必要的，可以看到许可方列表、被许可方列表，可以获取并查看解释专利池的费率为何是 FRAND 的白皮书[57]，并可以要求查看专利池许可协议的示例文本。

简而言之，在专利池的背景下的专利许可市场中，客户不应该有权取得和使用卖方财产却没有责任事先与卖方接洽，不应该有权取得、使用卖方财产并从中获利却无需任何积极的付款行动甚至无需协商付款[58]，也不应该在被卖方追踪和对质的情况下还有权声称其愿意

---

[52]华为诉中兴通讯，上文附注 6，第 51 页.

[53]参见上文附注 8 对此问题的讨论和随附文本。

[54] 在大多数情况下，对专利池的网站和网站上或网站上提供的材料的检查足以确定专利池是否符合上述被视为有利竞争的专利池的标准。

[55] “独立第三方没有‘质量控制’【以确保申报的 SEP 的真实必要性】，除非相关专利在诉讼中或由专利池指定的人员审查..... 一些利益相关者和观察者批评现有评估为内在不可靠，例如，与专利池开展的或者在诉讼期间开展的彻底的必要性评估相比，分配给每项专利评估的工作量有限。” 呼吁提供证据 2。

[56]https://accessadvance.com/licensing-programs/hevc-advance/。

[57] Advance 是第一个专利池，据我们所知，它仍然是唯一一个在其网站上提供此类分析的专利池。我们的白皮书于 2018 年首次发布。

[58] 正如法官先生（现为法官阁下）所言：

> 实施者可以通过制造符合标准的设备来实施 SEP 的主题发明。与商品或服务市场不同，实施者实际想要的是它随时可以访问的东西，即信息，所有这些都可以在标准中免费获得。通常情况下，产品的卖家可以通过拒绝销售来限制对他或她的商品的实际访问，无需支付任何费用，只需拒绝销售即可。像 SEP 这样的知识产权持有人不能这样做。当然，这也是禁令规定的排除权在知识产权争议中发挥如此重要作用的原因，因为它是法律试图将知识产权所有者置于与产品或土地等有形财产所有者类似的位置上的手段。

参与讨论。

已达到市场合理的广泛接受度的有利竞争的专利池应有权被推定其费率和条款为 FRAND，这一主张应在专利池和实施者之间的谈判的最早阶段和整个谈判过程得到认识。例如，无论谈判是由实施者发起的——无论是由实施者履行其自主学习的责任并主动与专利池建立联系，还是由专利池与实施者接触发起的——如果实施者的初始立场是专利池的费率和条款不是 FRAND，或者没有现有的专利池费率基准，或者第一步应该是专利池必须向实施者“证明”其费率和条款是 FRAND，那么这一初始立场是不合理的[59]。如果没有明确且令人信服的证据证明实施者的情况与现有专利池被许可方的情况存在重大差异，并因此应该有不同的费率和条款，则实施者对上述任何立场的表述应视为恶意，并证明实施者有延迟的意图，导致实施者失去其“愿意”的状态。

根据欧洲法院以及中国市场监督管理总局，“被指控侵权人”有义务“认真回应”SEP 持有人的特定书面要约[60]。需要注意的是，根据我们的经验，拒绝及时响应虽然是实施者延迟流程（当这是其目的时）并因此延长未支付许可费的侵权时间的最明显的方式，但其实是最不常见的方法。相反，有意延迟的实施者倾向于采用更高级的策略，例如上文所述的策略。或者，他们反复询问在网站上提供给他们的材料中已充分解释的问题，或已在之前的会议中向他们详细解释的问题。根据我们的经验，实施者拖延最常见的策略可能是伪装自愿被许可人的行为，但其实没有善意的意图：他们愿意会面，甚至可能定期会面，但其实没有任何意图甚至意愿达成协议，当然也没有任何行为证明其达成协议的紧迫性。

法院观察到，在这种情况下，SEP 持有者面临的挑战是，要让侵权实施者签署许可，唯一方法是逐个寻找，逐个针对他们提起专利侵权诉讼，在每项诉讼上历时多年花费所需的时间和资源来达成侵权裁决，然后花费更多时间和资源为侵权裁决的上诉辩护，如果最终胜诉，才有权获得金钱赔偿[61]。在对第 50 或第 100 或第 300 个侵权实施者采取该方案后，SEP 持有人将转向第 51 个或第 101 个或第 300 个，以此类推。当然，可以针对一定数量的侵权实施者同时提起诉讼，但这只会提高必须同时消耗的资源水平。如果过往行为的损害赔偿金仅限于通过将 FRAND 费率应用于过往实施的数量，那么反向劫持策略对实施者的吸引力和所带来的利益是显而易见的。

因此，一旦有利竞争的专利池达到市场合理的广泛接受度，则应在谈判的早期阶段和任何诉讼期间适用其费率和条款为 FRAND 的可反驳推定，除非且直至实施者成功反驳法院确定的推定，专利池（或其 SEP 持有者）应有权要求、法院应有权考虑颁布禁令。

Unwired Planet Int'l Ltd 诉华为技术公司【2017】EWHC 2988 （Pat），同上附注 8，第 658 段。

[59] 根据我们的经验，这些都是实施者在 CJEU 在华为诉中兴通讯作出上述判决后，采取并继续采取的最常见立场之一，所有实施者均声称遵循案件的命令

[60]同上，第 63, 65 段；国家市场监督管理总局指南第 7 条

[61] 值得注意的是，实施者，尤其是大公司的反向劫持，鼓励了其他大大小小的实施者的反向劫持，对 SEP 持有人的金钱赔偿并没有解决这样一个事实，即许多其他与反向劫持的实施者竞争的公司在反向劫持的实施者参与反向劫持的整个过程中都承认他们有获得许可的义务并支付许可费。参见，例如，FRAND 是否“有效侵权”的借口？，同上附注 34，第 151-152 页。

七、结论和建议

Access Advance 对有利竞争的专利池的 SEP 许可的新框架建议充分考虑到，对于在市场上已达到合理的广泛接受度的有利竞争的专利池，在一些关键问题上应该采用不同的处理方式，包括 FRAND 和实施者“意愿”的确定等问题。我们的新框架建议将为被许可方、消费者和围绕相关标准的整个生态系统带来显著的好处，包括减少反向劫持、更快和更广泛的技术应用、更低的交易成本、更公平的竞争环境、更少的下游竞争扭曲、更低的价格，以及更多样化和更健康的使用标准的设备和服务的消费者市场。