



## Unwired Planet 诉讼华为 统一FRAND费率计算

英国高等法院裁定：一个单一的全球范围的FRAND许可费率适用于任何一组SEP以及任何情况。这一裁定对今后英国SEP相关诉讼影响深远。

在*无线星球公司诉华为* [2017] EWHC 711 (Pat)一案中，英国高等法院针对标准必要专利（SEP）在全球范围内的公平、合理、无歧视（FRAND）许可费率提出了人们期待已久的指导意见。

卡兰信息通信技术与标准团队 [在此](https://www.carpmaels.com/unwired-planet-v-huawei/)（链接：<https://www.carpmaels.com/unwired-planet-v-huawei/>）总结了该项判决的背景和法院裁定的主要内容。该案涉及华为应向无线星球公司支付FRAND许可费金额。设立无线星球的目的是向从爱立信获得的专利发放许可。伯斯（Birss J）法官先前裁定，华为侵犯了无线星球的两项专利，这两项专利已被声明为2G、3G和4G无线电信标准的必要专利。伯斯法官的裁定部分主要内容如下：

- 对欧洲电信标准协会（ETSI）做出的有关FRAND的承诺在英国由执行此标准的人员直接实施。
- 一个单一的全球范围的FRAND许可费率适用于任何一组SEP以及任何情况，英国法院准备厘定该费率。
- 可使用多种不同方法厘定FRAND费率。
- SEP持有人可在谈判期间发出高于FRAND费率的要求而不违反竞争法。
- FRAND没有“严格”的无歧视规定。

- 在要约发出之前寻求禁令救济未必违反竞争法。
- FRAND费率一旦确定，通常会向拒绝接受FRAND许可的实施者发出禁令，如果SEP持有人拒绝提供FRAND许可，则禁令申请将被拒绝。

伯斯法官的详细判决对英国SEP诉讼有诸多影响。我们将在本文中探讨该指导意见将从哪些方面对今后英国FRAND纠纷产生比较大的影响。

### FRAND纠纷大多属于合同法问题，但亦可能涉及竞争法

欧洲电信标准协会的知识产权政策要求SEP持有人按FRAND条款提供许可。以往案件，如欧洲法院对*华为诉中兴*（2014）（链接）<sup>1</sup>一案的裁决考虑了FRAND义务所引起的竞争法方面的问题。在*无线星球诉华为*一案中，伯斯法官认为，向欧洲电信标准协会作出的声明是符合法国法律而且可以由第三方在英国法院执行的“公共、不可撤销且可执行”合同。今后，英国的FRAND纠纷很可能会聚焦于伴随FRAND义务产生的合同义务，例如下文中将进一步讨论的无歧视要素有哪些限制这样的问题。尽管如此，仍然可能出现竞争法问题。

1 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d62a403228ba9a4b2ca4698a779c1a4813.e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxylb3r0?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=879419>

### FRAND是单一的全球性费率：但在谈判中，专利权人的初步要约可以高于FRAND

由于任何一组SEP或产品都适用一个单一的FRAND费率，所以在实际谈判中，专利权人在谈判开始时的要约通常高于FRAND费率，实施者通过谈判协商，最终将授权费降到FRAND费率水平。而且，除非要约“远高于FRAND费率以至扰乱或损害谈判本身”，否则并不能判定专利权人发出高于FRAND费率的要约就是滥用所处的主导地位以致违反了欧盟反不正当竞争法。这一判决尽管没有完全排除实施者根据反不正当竞争法提出抗辩的可能性，但明显缩小了抗辩范围。

### 实施者不太可能要求FRAND许可只针对特定国家

华为提出的一个抗辩是：华为只是有意无线星球在英国的专利许可。但这一抗辩被法官驳回。

法官认为，本案中的FRAND许可必然是全球性的，因为：

1. 业内“绝大多数”SEP许可，包括所有在庭审中提及的类似许可都是全球性的；
2. 无线星球的专利覆盖42个国家，华为的业务更是遍布51个国家；
3. 如果按照国家逐个发放许可，效率过低。

### 不得因规模而歧视新的市场进入者，但无歧视概念本身无“严格”规定

该判决明确表示：“所有需要同类许可的被许可方都应支付同类的费率”；同时，“小型新进入者有权按照与成熟大型实体相同的基准来支付许可费”。

然而，市场新进入者面临的竞争环境并不完全公平，因为伯斯法官认为，FRAND中有关什么是无歧视没有“严格”的规定。这意味着被许可方即使日后发现与自己情况类似的他方实施者获得了较低的许可费率，也无法对自称是FRAND的许可提出质疑，除非能够证明这个费率差异“扭曲”了两个被许可方之间的“竞争”。这虽然为反不正当竞争抗辩留下了空间，但可能对被许可方的阻碍更大。

小型进入者经常抗辩说，他们需要在市场里形成一定的地位，所以需要获得比成熟的竞争对手低的许可费率。从理论上讲，伯斯法官所作出的“有关无歧视的概念没有严格规定”的判决为SEP持有人留下空间，可以同意对新进入者按低于FRAND的费率收费；然而如果SEP持有人过于慷慨，其他被许可方或许可以扭曲竞争为由提出挑战。

### 厘定FRAND费率将是依据论点和（有可能很广泛的）证据问题

在计算应付FRAND费率时，伯斯法官首先采用“可比较数据”法计算无线星球英国专利的基准FRAND费率，并采用“自上而下”法核对。接着，法官用各种定标器得出主要市场（MM）和其他市场（OM）的应付FRAND费率。

法官采用“可比较数据”法，考虑了爱立信的2G/3G/4G SEP组合的一组可比较许可；最合适的基点是爱立信/三星2014许可费率E，尽管可以考虑的许可中没有特别合适的。法官将这些费率按系数R折算，系数R表示根据每项标准及每部手机/每个基础设施计算，无线星球的专利组合相较于爱立信专利组合的相对强度。

“自上而下”法将FRAND费率设为 $T \times S$ ，其中T是某款产品使用某一标准的SEP许可费负担总额，S是许可费总额中归属于专利权人专利组合的份额。法官在厘定T值时考虑了爱立信及其他SEP持有人发表的许多公开声明和新闻发布稿，以此确定实施者应承担的许可费总额（即所谓的“专利权质押”），还使用了双方专家提出的各种加权方法来厘定无线星球在相关SEP中的份额S。法官得出如下基准费率（使用由无线星球英国专利组合中相关SEP数量而得出的S值）：



无线星球基准FRAND费率						
	标准	爱立信费率	强度比	基准费率	份额	负担总额
		E	R	ExR	S	T
手机	2G	0.67%	9.52%	0.064%	1.30%	4.9%
	2G/3G	0.67%	4.76%	0.032%	0.57%	5.6%
	2G/3G/4G	0.80%	7.69%	0.062%	0.70%	8.8%
基础设施	2G	0.67%	9.52%	0.064%	0.75%	8.5%
	3G	0.67%	2.38%	0.016%	0.51%	3.1%
	4G	0.80%	8.95%	0.072%	1.02%	7.0%

计算在主要市场应付的许可费率时，法官根据这些市场中相关SEP的数量来调整基准费率。对于在中国和其他市场应付的费率，法官承认在实际情况中，中国的许可费率通常远低于其他国家，因而采用了在其他市场费率基础上再减少50%的做法。法官得出如下应付费率：

应付FRAND许可费率			
	标准	主要市场	其他市场
手机	2G	0.064%	0.016%
	2G/3G	0.032%	0.016%
	2G/3G/4G	0.052%	0.026%
基础设施	2G	0.064%	0.032%
	3G	0.016%	0.004%
	4G	0.051%	0.026%

双方同意，对手机而言，许可费基数是大量的同等或大致同等产品的销售价格。而基础设施许可费基数被认为是所支付的商品价格，不包括托管服务、经营及/或维护所得收入。

这种做法并不适用于每项纠纷。在本案中，伯斯法官的做法是支持可比较数据法，因为无线星球最初从爱立信获得了各项被诉专利，因此在爱立信的一些许可和无线星球可能与华为谈判的许可之间有可比性。其他SEP持有人可能没有这种便利，没有可以直接对比的原始所有权人。今后案件将会因为需要披露可比较的许可条款而带来挑战。如果没有合适的可比较数据，那么关于许可费总额和乘数的专家证据将至关重要。

## 在要约发出前寻求禁令救济未必违反竞争法

在庭审中，华为依据欧洲法院针对 *华为诉中兴* 一案中的 FRAND 许可谈判提出的指导意见，认为无线星球在发出初步要约之前寻求禁令，违反了《欧洲联盟运作条约》第102条。伯斯法官认为该行为并未违反第102条：欧洲法院的指导意见只是界定了明确的安全港，但在安全港之外的行为并不自动等于违反欧盟竞争法。每个案件必须根据具体情况而定：在本案中，由于华为明确“知悉”无线星球行驶其专利权的意图，所以在提出要约之前寻求禁令并未违反第102条。

这一判决明显削弱了 *华为诉中兴* 一案的判决对 SEP 持有人在 FRAND 谈判中的行为产生的威胁。但是，如果极度偏离 *华为诉中兴* 一案中“最佳做法”，例如在任何谈判开始之前就寻求禁令，仍可能违反竞争法。

## 明确禁令在 FRAND 纠纷中可以使用

一旦法院厘定了 FRAND 费率，禁令问题就取决于当事人的合规情况：如果 SEP 持有人拒绝接受 FRAND 许可就不会颁发禁令；如果实施者拒绝接受 FRAND 许可，禁令通常会被批准。

该项指导意见打消了伯斯法官在之前的 *Vringo诉中兴* 一案判决中留下的悬念，他在该案中发现了被称作“Vringo 问题”的这种现象，即：如果 FRAND 包含多个费率（像当时提出的那样），那么如果 SEP 持有人和实施者都承诺进行 FRAND 许可，但 SEP 持有人在范围内以接近最高值的水平提出 FRAND 费率要约，而实施者按照最低值提出 FRAND 费率反要约，法院该怎么做？若 SEP 持有人和实施者都是获得许可的“自愿”当事人，但对具体的 FRAND 费率持不同意见，禁令是否还是适当的补救办法？伯斯法官现在作出了在任何情况下只适用一个 FRAND 费率的裁定终于解决了这个问题。

## 结论：商业化做法

总的来说，高等法院采取了务实而商业化的做法，而且可能颁发禁令救济作为支持。虽然“无歧视”是指不得基于规模而歧视实体，但被许可方不能在获悉竞争对手得到了较为优惠的费率之后将自己选出许可。竞争法只是用于惩罚采取极端或顽固立场的谈判方。若当事人为全球行为体，则 FRAND 费率将是全球性的，同时全球范围可以划分为有限类别的市场。当然，这是欧洲首例该类的司法判决，其他法官和法院如何处理这些问题仍有待观察。

## 后记：伯斯法官在补充庭审时批准“FRAND禁令”

伯斯法官作出裁决后，各方回到法庭以解决最终的救济问题（[2017] EWHC 1304 (Pat)）。由于华为已经拒绝接受正式庭审时所裁决的最终许可形式，无线星球请求施加最终禁令。华为做出以下承诺：除非有上诉（若有则在上诉之后），否则同意接受法庭裁决的最终 FRAND 许可形式，且在任何上诉得到最终解决之前同意接受伯斯法官提出的 FRAND 许可条款的约束。华为根据所做承诺而争辩说，这样一来再对其施加禁令就过火了。华为提到 FRAND 许可将在 2020 年到期，而无线星球 SEP 到期日最晚的是在 2028 年（因此任何最终禁令的到期日也将是 2028 年）。这一时间差产生的原因是双方在庭审时考虑到 2020 年以后情况将会出现变化，因而同意相应的英国许可只持续到 2020 年。届时，有些 SEP 将会到期，还有可能颁发了一些新的许可甚至标准本身也可能已经改变。因此，华为的论点是：批准禁令将会扭曲双方在 FRAND 许可到期之后的谈判地位。

伯斯法官认为，华为在庭审之前并未获得许可，但具有成为 FRAND 被许可人的资源，因此应颁发一种新形式的许可（但须暂缓至任何上诉完结之后），名叫“FRAND 禁令”。该禁令将包含一项附加条款，即如果华为达成了 FRAND 许可，该禁令将失效。如果，就像本案这样，FRAND 许可的持续时间短于相应专利的有效期，则该禁令将受以下限制：未来 FRAND 许可期限将至时，任何一方均可自行选择重新回到法庭寻求解决这一问题。另外，FRAND 禁令还有一项限制：如果 FRAND 许可由于任何其它原因失效就可以提出申请。

华为认为其所作的承诺足以排除颁发禁令的必要，但伯斯法官拒绝采纳华为的意见。法官认为华为的在诉讼过程中提出承诺，时间太迟，而且所做承诺是否“滴水不漏”也值得质疑，因为华为完全可以在上诉时争辩所做承诺中的某些具体要点，导致华为可以免于成为 FRAND 的被许可方。

## 作者：Aled Richards - Jones

### 联系我们

卡兰（Carpmaels & Ransford LLP）事务所拥有一支信息和通信技术（ICT）专家团队，拥有雄厚的知识专长和丰富的实践经验，对客户满腔热情，对工作细致出色。最近几年中，我们在欧洲专利局和英国知识产权局经手过一些重大软件专利案件。如果需要更多信息，请发邮件至 [china@carpmaels.com](mailto:china@carpmaels.com)。

卡兰事务所总部位于伦敦，是欧洲领军的知识产权事务所。有关本所或业务的详细信息，请访问 [www.carpmaels.com](http://www.carpmaels.com)。

本材料仅提供相关案例的概要信息。不应根据本文信息采取行动，而应首先寻求专业建议。

卡兰事务所受知识产权监管委员会（IPREG）监管。