



23 Avenue Marnix - 1000 Brussels - Belgium
T. +32 (0)2 289 0802
information@fair-standards.org

www.fair-standards.org

透明的 FRAND FRAND 许可谈判中保密义务的使用（和滥用）

内容摘要

一些主张拥有标准必要专利（SEP）的公司要求与他们进行许可接洽的公司必须首先订立范围广泛的保密协议（NDA），作为接收涉及相关 SEP 和所提议的许可条件的更详细信息的条件。本文探讨此种做法，并说明——为了公平、透明地评估一个许可提议是否符合 FRAND——潜在的被许可人，应当有权获取针对专利持有人的 SEP 许可要求的所声称的基础和依据的相关细节，而无需被要求过度的保密性。

要明确的是，关于机密的**自愿**条款当然是允许的。然而，SEP 持有人**迫使**潜在的被许可人接受过度的保密性（例如要求被许可人接受广泛的保密禁令来作为进入谈判的条件）的做法则是不公平、不合理的。除了伤害涉事的特定被许可人外，这样的做法会干扰 FRAND 的基本的公共利益功能以及确保一个稳定、公平和透明的 SEP 许可生态的目标。

介绍

技术标准的制定渗透在当代经济生活的方方面面。随着越来越多的行业变得依赖数字通信，对于产业、政府和消费者的利益而言，无线和有线通信以及接口的标准的有效部署变得越来越关键。

当产业参与者互相协作来创制技术标准的时候，就必须考虑内在的竞争以及公共利益的关切。例如，如果标准参与者滥用他们在建立产业标准中的优势地位来将一些竞争者“拉黑”（比如拒绝提供对标准化技术的获取途径）或者迫使顾客只使用他们自己的专有技术，这就会有很大问题——无论是法律上还是经济上。为了与对参与者在标准化工作中获得的优势地位的潜在滥用作斗争，标准制定组织（SSO）一般要求参与者承诺以公平、合理和非歧视（FRAND）的条件许可任何的、使用标准所必要的专利（即 SEP）。设计这一承诺是为了确保所有有意使用该标准的公司都可以合理的条件取得对这些专利的许可。

在开发和采用一个标准之后，持有相关 SEP 的公司能够因此取得显著的市场力量。虽然设计上述 FRAND 义务是为了限制和约束对这种力量的滥用，但是一些 SEP 持有者会试图施加过

度的保密义务来掩盖与他们的许可做法相关的信息。这种掩盖处理让 SEP 持有者更容易通过施加不公平、不合理或歧视的许可条件来违反他们的 FRAND 承诺。例如，如果一个潜在被许可人不能获取关于专利持有人现有许可的基本信息，这个潜在被许可人就无法判断该专利持有人向他们提议的许可条件是否是歧视性的。通过持续地将保密要求应用于所有许可，SEP 持有人可以破坏透明和有效的 FRAND 生态系统。

这种保密要求还会干扰能够以明确符合 FRAND 要求的条件取得 SEP 许可的产业期待。并且此种行为还会干扰 FRAND 的许可协议的执行（从而可能引起昂贵的诉讼），因为被许可人理所当然地只有在他们有了必要的信息去验证专利持有人提议的许可条件符合 FRAND 原则时才会选择取得许可。

当然，各个公司常常可以自愿选择将与他们的谈判或许可有关的某些事项保密。例如，一些 SSO 政策明确认可自愿使用某些 NDA 条款是合适的。因此，本文探讨了 NDA 条款作为 FRAND 谈判和许可的一部分的合理使用，并且概述了既能解决各方合法保密利益又能避免不必要的保密性和花招的各种考量和方案。

FRAND 谈判中的保密性

作为正常商业做法的一部分，各个公司可以选择交换他们视为机密的信息。敏感的商业信息，例如产品技术细节、销售量、销售规划、定价、第三方保密事项、供应商关系、产品路线图及类似事项是合法的保密信息。根据要交换的信息内容，以个案为基础，各方当然可能（并且确实）自愿约定更广泛的保密义务。

在另一方面，在没有就广泛的保密要求进行自愿约定的情况下，对于有助于 FRAND 许可谈判和用于 FRAND 合规性评估的那些重要的基本信息，通常可能不需要保密。在这种情况下，迫使潜在的被许可人将与 FRAND 许可做法相关的基本信息保密，将会有助于不当行为。在没有过度保密要求的情况下，SEP 持有人一般应当愿意向预期的被许可人提供的非保密信息的类型的示例可能包括¹：

- 提议进行许可的专利清单；
 - 关于必要性和侵权主张基础的详细总结，例如权利要求对照表；
 - 能帮助标准实施者评估给出的条件是否符合 FRAND 的许可条件之细节；
 - 计算得出该 FRAND 邀约（包括任何许可费率）的依据之细节；
 - 在专利池管理者或其他人可能就他人持有的专利主张许可权利的情况下，提供专利持有人授权管理者代表专利持有人进行谈判的书面授权（并且指明对管理者授权的任何限制）；
 - 历史费率及许可信息（可以匿名或者以其他方式进行限制以保护合法的第三方秘密事宜）并且解释任何可能适用的“附属协议”、“封顶”或“折扣”；
 - 正在进行的、与任何被主张的专利有关的任何诉讼或其他程序之细节；
- 以及
- 对潜在被许可人的供应商或者客户的在先许可相关的信息，以让潜在被许可人能够判断其产品中是否有的已经被许可了（并且避免潜在的重复付费问题）。

¹ 审查 SEP 许可人被控的不当行为的法院和政府部门已要求将下列信息提供给潜在被许可人。示例包括欧盟法院在华为诉中兴案中的判决（案号 C-170/13，2014 年 11 月 20 日）以及近来中国发改委（2015 年 2 月 9 日）以及韩国公平贸易委员会（2016 年 12 月 28 日）在各自对高通的调查中所作的决定。

如上所指，一些许可人可能试图通过拒绝在没有额外的保密要求的情况下提供关于他们的专利、侵权指控或许可条件方面的信息，来隐瞒他们在 FRAND 谈判中的行为。这样的做法除了隐瞒可疑行为以及——尤其在滥用权利的情况下——掩盖对基于 FRAND 条件的许可义务的违反情况，不会有什么别的目的。这样的行为还可能要求潜在的被许可人在评估 SEP 持有人的主张时（私下评估或者在诉讼中评估）产生成本，这可以作为迫使被许可人接受非 FRAND 的许可的手段。实际上，施加过度的保密要求或者未能提供相关材料，在某些情况下可能会鼓励被许可人寻求法庭解决而非私下谈判，从而通过能在法庭事件中得到的信息交换程序而获益。

事实上，在近来的诉讼中，许可人滥用保密性条件已经成为热门话题。在多个未决案件中，原告指控特定 SEP 持有人通过滥用 NDA 违反了竞争法和 FRAND 承诺。² 至少一个 SEP 持有人在诉讼中——针对欧洲某电信运营商——主张预期的被许可人拒绝约定广泛的 NDA 义务构成“不愿意”，这就允许对运营商网络颁发禁令救济。³ 虽然法庭仍然在处理这些问题，但是它们提起了明确的警示，即，有些 SEP 持有人可能在要求绝对保密时做得太过了以至无法掩盖他们在 FRAND 谈判中的行为。

结论

愿意提供明确的非歧视的费率的 SEP 持有人，应当在他们为其 SEP 寻求收取的费率方面、在哪些专利正在许可中方面、以及让人确信所述专利是真实有效的 SEP 的依据方面保持开放和透明。通过向所有被许可人要求广泛的保密性，一些 SEP 持有人试图防止预期的被许可人知晓已提供给其他人的条件，借此防止预期的被许可人可靠地评估他们正在谈判的条件是否符合 FRAND。

FSA 支持 FRAND 许可的透明性。虽然关于机密性的自愿条款当然是允许的，但是使用 SEP 手段来迫使潜在被许可人接受过度的保密性是不适当的。这样的做法除了伤害涉事的特定被许可人，还不利于确保稳定和公平的 SEP 许可生态的公共利益。

提示：本文表达的立场和陈述并不反映各个成员的独立公司的具体立场。

² 示例参见**微软诉交互数字公司**，案号 15-cv-723（美国特拉华联邦地区法院，2015 年 8 月 20 日）的诉状第 66 段（“交互数字公司要求保密性的目的和起到的效果是加强其专利劫持和歧视。保密性要求使得交互数字公司能够榨取超竞争的许可费，进行歧视性许可并且进一步滥用其垄断力量。与之相反，SEP 许可中的透明性会让潜在被许可人能更有效地评估交互数字公司对其 FRAND 承诺的违反并暴露其违反其 FRAND 义务的方式和做法”；**华硕诉交互数字公司**，案号 15-cv-1716（美国加利福尼亚北区联邦地区法院，2015 年 4 月 15 日）的诉状第 105 段（“通过进行秘密的许可谈判并将达成的许可条款保密，交互数字公司确保了其进行歧视的能力。交互数字公司要求潜在被许可人为所有谈判和许可订立保密协议。交互数字公司这样做是为了确保只有交互数字公司知道其被许可人取得的条件和费率。以这种单方知识作为武装，交互数字公司试图从每个被许可人那里榨取超竞争的条件并取得歧视性的条件。”）（文内引用已省略）。

³ **华为诉 T-Mobile**，案号 16-cv-52（美国德克萨斯东区联邦地区法院，2015 年 1 月 15 日）的诉状第 32-33 及 90 段（寻求 SEP 禁令是因为“迄今，T-Mobile 拒绝达成共同保密协议，因而甚至连开启许可谈判都不愿意……至少基于前述原因，知悉且确信的是，T-Mobile 不愿意作为涉案专利的被许可人，并且不愿意参与善意谈判。”）。

© 2017 公平标准联盟。引用需记载承认出自公平标准联盟