

CRITERION ECONOMICS

1717 K Street, N.W. | Suite 900
Washington, D.C. 20006
Tel: +1 (202) 518-5121

J. Gregory Sidak
董事长
直拨号码: +1 (202) 518-5121
jgsidak@criterioneconomics.com

2016年1月18日

国家发展和改革委员会
价格司
月坛南街38号
西城区
北京 邮编 100824
中华人民共和国

回复: 关于《关于滥用知识产权的反垄断指南》的意见

敬启者:

国家发改委 (NDRC) 征求公众对《关于滥用知识产权的反垄断指南》(下文简称“指南”)的意见。谨此,我诚挚地递交本人对于该指南草案的意见和建议。

本人名为 J. Gregory Sidak。我是美国华盛顿哥伦比亚特区 Criterion Economics 公司的创始人和董事长,同时也是 *Journal of Competition Law & Economics* (《竞争法和经济学杂志》) 的创始主编之一。该杂志自 2005 年起由牛津大学出版社以季刊形式发行。本人在学术界,政府和私人企业中从事法律和经济工作三十五年。我是一名专业的经济顾问。许多客户散布于美洲,欧洲和太平洋等地区。我从事过反垄断和专利领域内的大量工作:我曾在多次法律诉讼中担任关于标准必要专利 (SEP) 的公平,合理和非歧视许可(以下简称为 FRAND)事宜的经济专家,出版过这些课题方面的许多学术论文,并在主要的大学和国际会议中发表过研究成果。我也曾在伊利诺斯州北区的美国地区法院为 Richard Posner 法官担任过法院指定的中立经济专家,提供专利损害赔偿方面的咨询服务。关于此次提交的意见,我不代表任何利益方,也不会因《反垄断指南》的通过而获得任何经济利益。

为了更深入地阐明此函所表达的观点,特附上了我近几年所写的五篇文章。第一篇文章-*Bargaining Power and Patent Damages* (《议价能力和专利损害赔偿》)-阐述了指导专利损害赔偿计算的基本经济原则。¹第二篇文章 -*The Meaning of FRAND ,Part I: Royalties* (《FRAND 的含义,

1。 J. Gregory Sidak, *Bargaining Power and Patent Damages*- (《议价能力和专利损害赔偿》), 19 STAN. TECH. L. REV. 1 (2015), <https://www.criterioneconomics.com/bargaining-power-and-patent-damages.html>。

第一部分：特许权使用费》) 分析了确定 SEP 的 FRAND 特许权使用费的经济学方法。²第三篇文章 - *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link* (《Ericsson v. D-Link 案后的分派, FRAND 特许权使用费及类似许可》) - 介绍了美国法院的判决如何影响其他地区的法院判定 FRAND 特许权使用费。³第四篇文章 - *Evading Portfolio Royalties for Standard-Essential Patents Through Validity Challenges* (《通过有效性质疑规避投资标准必要专利的组合特许权使用费》), 考查了消费者对专利有效性提出质疑所具有的边际收益和成本。⁴第五篇文章 - *The Meaning of FRAND, Part II - (《FRAND 的含义, 第二部分: 》): Injunctions - 禁令*, 分析了 SEP 持有者从反垄断法, 合同法, 专利法的角度申请禁令的权利。⁵

I. 以不公平的高价许可知识产权

指南第 III.1 强调经营者有权就其知识产权获得合理的激励性回报, 以收回研发投入, 继续创新。指南澄清, 经营者依照有关知识产权的法律法规收取许可费的行为, 通常不会受到《反垄断法》的规制。然而, 第 III.1 节规定, 如果经营者滥用其具有的市场支配地位, 以不公平的高价许可知识产权, 可能会承担反垄断责任。此条款引发了重大关切。

经济学家(包括曾在反垄断执法机关担任首席经济学家的著名学者)长期以来都反对在价格过高的情况中实施反垄断干预。⁶高价, 甚至是不公平的高价, 其本身并不限制或遏止市场竞争。高价通常都会推动其他商家进入市场, 以获取超竞争的利润。如此看来, 高价会增强而不是减弱市场竞争。竞争增强后会相应地促使价格回落到有竞争力的水平。美国最高法院也曾强调称, 一家公司收取垄断价格和谋取垄断利润的能力, 至少在短期内, 能诱导其敢于冒风险, 从而刺激创新与经济增长。⁷因此, 美国法院很早以前就认识到美国反垄断法并不禁止单纯收取高价格。

美国反垄断当局已认识到这条深刻的经济原则同样适用于知识产权。例如, 美国司法部反垄断司助理检察长 William Baer 于 2015 年 9 月重申, 反垄断司不会通过反垄断执法对许可费进行规制。

2. J. Gregory Sidak, *The Meaning of FRAND, Part I - (《FRAND 的含义, 第一部分》): Royalties - 特许权使用费*, 9 J. COMPETITION L. & ECON. 931 (2013), <https://www.criterioneconomics.com/meaning-of-FRAND-royalties-for-standard-essential-patents.html>.

3. J. Gregory Sidak, *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses After ERICSSON v. D-LINK - (《ERICSSON v. D-LINK 案后的分派、FRAND 特许权使用费及类似许可》)*, 2016 U. ILL. L. REV. (即将到来的 2016 年), <https://www.criterioneconomics.com/apportionment-FRAND-royalties-comparable-licenses-ericsson-dlink.html>.

4. J. Gregory Sidak, *Evading Portfolio Royalties for Standard-Essential Patents Through Validity Challenges - (《通过有效性质疑规避投资标准必要专利的组合特许权使用费》)*, 39 WORLD COMPETITION (全球竞争) (即将到来的 2016 年) <https://www.criterioneconomics.com/docs/evading-portfolio-royalties-for-seps.pdf>.

5. J. Gregory Sidak, *The Meaning of FRAND, Part I (《FRAND 的含义, 第二部分》): Injunctions - 禁令*, 11 J. COMPETITION L. & ECON. 201 (2015), <https://www.criterioneconomics.com/meaning-of-FRAND-royalties-for-standard-essential-patents.html>.

6. 例如, 参见 MASSIMO MOTTA, *COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE - (《竞争政策: 理论与实践》)* 89 (剑桥大学出版社, 2004 年) (“有一定市场支配力(如: 一定利润)的发展前景是商家们创新和投资的最强有力的动力。因此竞争法及其实施都确保商家们能够享受投资回报。”); 另见 DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION - (《现代工业组织》)* 679 (Pearson-Addison Wesley 第 4 版 2005 年)。

7. *Verizon Commc'ns Inc. v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004 年)。

价格规制的概念干扰了自由市场竞争并降低了创新的积极性。为此，美国反垄断法并不禁止‘超高定价’。⁸

即使在禁止占支配地位的公司从事剥削行为（如强加不公平的价格）的管辖区域内，反垄断当局通常只关注它们的排他行为，而不是它们的剥削行为。例如，欧盟委员会竞争局现任首席竞争经济学家 Massimo Motta 教授曾强调应仅在特殊情况下对超高定价进行干预。⁹他说，“反垄断干预[反超高定价]的条件必须非常严格。”¹⁰根据经济合作与发展组织 (OECD) 的消息，欧盟委员会建议“对价格过高的执法通常只有当市场上竞争者的进入和扩张无法预测时才会执行，以确保可预见未来时期内的有效竞争。”¹¹相反，在进入壁垒较低，技术快速发展的市场内，对于高价格，包括不公平的超高许可费，进行反垄断干预是没有根据的。

此外，即使在存在进入壁垒的市场内，如果其他法律体（如合同法或专利法）已提供了解决许可费水平问题的足够工具，反垄断干预也可能是多余的。例如，在 SEP 的 FRAND 情况中，行业标准的实施者可要求法院来确定 FRAND 许可费，因此对不公平许可费的反垄断干预可能并不必要。当某 SEP 持有人同意将其专利技术提供给某行业标准时，通常他都同意根据 FRAND 条件将此技术提供给标准的实施人。美国和欧盟的法院将 SEP 持有人的 FRAND 承诺视为一份与标准制定组织达成的具有约束力的合同，将行业标准实施人视为此合同的预期第三方受益人，且该第三方受益人通常可在法院强制实施此合同。¹²如果 SEP 持有人提供的特许条件超过了 FRAND 范围，实施人可在法院强制实施 SEP 持有人的 FRAND 承诺。欧盟委员会已指出，在这种情况下，国家的法院或仲裁员通常都“具有充分的能力”来确定 FRAND 许可费。¹³因此，反垄断干预是多余的。

发改委应考虑从指南中取消对不公平超高特权使用费的禁止规定。或者，发改委可选择将其反垄断限制在特殊情况下。例如，指南应说明，对于进入壁垒较低和技术快速进步的市场内较高的许可费，或在已存在其他法律体（例如合同法或专利法）对许可费水平相关问题进行了充分处理的情况下，竞争主管机关不会对较高的许可费进行处理。¹⁴

8. 美国司法部反垄断司助理总检察长 Bill Baer 在第 19 届年度国际律师协会竞争大会上的发言，关于专利成为 Essential 5 时竞争主管机关作用的思考（2015 年 9 月 11 日），<http://www.justice.gov/opa/file/782356/download> [以下称为 Baer 2015 发言]。

9. Massimo Motta & Alexandre de Streel, *Excessive Pricing in Competition Law: - 竞争法中的超高定价 Never Say Never? - 永不说不是?*，瑞典竞争管理当局，THE PROS AND CONS OF HIGH PRICES - (《高价格的优点和缺点》) 14, 15 (2007), <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/research/the-pros-and-cons-of-high-prices-14mb.pdf>。

10. 同上。

11. OCED, 2011 POLICY ROUNDTABLES (2011 年政策圆桌论坛): EXCESSIVE PRICES - 超高价格 321 (2012 年 2 月 7 日), <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf> (突出了强调内容)。

12. 参见 J. Gregory Sidak, *A FRAND Contract's Intended Third-Party Beneficiary* - 《FRAND 合同的预期第三方受益人》(Criterion Economics Working Paper, Jan. 5, 2016) (Criterion Economics 工作文件, 2016 年 1 月 5 日) <https://www.criterioneconomics.com/a-FRAND-contracts-intended-third-party-beneficiary.html>。

13. 欧盟委员会反垄断司新闻稿: Commission Sends Statement of Objections to Motorola Mobility on Potential Misuse of Mobile Phone Standard-Essential Patents—Questions and Answers (May 6, 2013)- 《欧盟委员会向摩托罗拉移动发表关于移动电话标准必要专利潜在误用的异议声明 - 问与答》(2013 年 5 月 6 日), http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm。

14. 关于计算许可费的经济方法的深入分析，参见 Sidak, *Apportionment, FRAND Royalties, and Comparable Licenses After Ericsson v. D-Link*- (《Ericsson v. D-Link 案后的分派、FRAND 许可费及类似许可》)，上文备注 3; Sidak, *Bargaining Power and Patent Damages*- (《议价能力和专利损害赔偿》)，上文备注 1. Sidak, *The Meaning of FRAND, Part I* - (《FRAND 的含义: 第一部分》)，上文备注 2。

II. 不合理的交易条件：过期专利

指南第 II.4(4)节称，具有支配地位的知识产权持有人可能会要求为失效或过期的专利支付费用，从而限制或排除竞争，滥用其支配地位。此项禁止规定可能依赖于这样一个概念：占有支配地位的知识产权持有人不应使用其市场地位强制被许可方为失效专利支付费用。不过，第 II.4(4)节中的禁止规定给专利持有人带来了一项反垄断法律责任风险，即使专利持有人并没有对其被许可人或消费者强加任何不正当成本。

在为某专利组合确定许可条件的谈判期间，双方都没有该组合价值相关的完整信息。在给定足够时间和资源的情况下，双方可以尝试在签署许可之前确定出每项专利（以及每项专利申请范围）的有效性和价值。但是，在双方商谈 SEP 中很常见的大型专利组合的许可费时，双方要获得单一组合中上百或上千项专利的有效性和价值相关的完整信息是非常耗时且极其昂贵的。为了避免这些过高的交易成本，双方会在信息不完整的情况下就许可条件进行谈判。

在不完整信息的基础上进行许可费的谈判并不意味着被许可人所支付的费用会超过由市场力量支配的无偏见的被许可组合估值。在谈判期间，双方会对整体组合的强度，范围和可执行性进行尽职调查。双方会对组合的总值进行评估，而不是对组合中每项个体专利的价值和有效性进行审核。双方可以合理预见到组合中包括的某些专利会变得失效，且他们在确定组合的许可费时已考虑了这种可能性。换句话说，双方所商定的组合许可费体现了组合中所含的有些专利会失效的可能性。在这种情况下，声称专利持有人对失效专利收费是不正确的，即使所特许的组合中最终确实包含了一些失效专利。

在 SEP 情况下，失效的专利更不大可能会对潜在被许可人强加任何费用。SEP 持有人的组合特许通常并不采用固定的 SEP 组成，而往往是将一系列 SEP 流进行组合。特许组合中所含的实际 SEP 会随着特许条件的变化而不同。例如，随着标准的演化，新的专利可能会成为必要专利。因此，SEP 持有人可以在已特许的组合中增添新的专利。SEP 持有人还可能取消不再有效或不再为执行某标准所必要的老 SEP。SEP 持有人对其专利组合进行“再调整”或修整的做法进一步降低了失效或过期 SEP 对被许可人及消费者施加任何显著费用的风险。

在审视占支配地位的知识产权持有人的行为时，发改委应考虑双方在组合许可费的谈判中的理性预期。尤其是，指南应认识到，仅仅存在失效专利并不一定说明专利持有人为这些失效专利向实施人进行了“收费”。¹⁵

III. 不合理的交易条件：不质疑条款

指南承认不质疑条款“一般可以避免滥诉，提高交易效率”。¹⁶然而，指南第 4.2 节规定，如果占支配地位的知识产权持有人禁止被许可人对其知识产权的有效性或侵犯提出质疑，则它不得滥用其支配性地位。本条款将防止占支配地位的知识产权持有人在在其特许协议中提出不质疑条款，或在特许协议实施后对被许可人就被许可的知识产权的有效性提出质疑的能力设置任何其他类似

15. 有关失效专利是否增加了特许费用的深入分析，请参见 Sidak, *Evading Portfolio Royalties for Standard-Essential Patents Through Validity Challenges* - (《通过有效性质疑规避投资标准必要专利的组合许可费》)，上文备注 4。

16. (关于滥用知识产权的反垄断指南)(国务院反垄断委员会)(2015 年 12 月 31 日)国务院反垄断委员会(中国)(天地和律师事务所提供的非官方英文译文, <http://uschinatradewar.com/files/2016/01/IPR-Guideline-draft-20151231-EN.pdf>)。

的合同限制。尽管如此，经济理论认为，在有些情况中，使用不质疑条款将有利于消费者，因此，并没有有效的经济理由阻碍占支配地位的还知识产权持有人使用此类条款。

如我在第 II 部分中已解释的，双方商定的许可费通常已考虑了其中有些被特许的专利会失效的可能性。若在由上百项专利组成的特许组合中发现有若干项 SEP 已失效，这即不会让双方感到惊讶，也不能构成降低组合许可费的理由。因此，在许可协议实施之后对许可专利的有效性提出质疑将不大可能对被许可人，以及相应地对消费者，带来什么好处。

相反，允许被许可人在许可协议实施之后继续对许可专利的有效性提出质疑也不会削弱此协议的终结性。基本法律原则承认，需要对以公平正确的方式解决争议的利益与最后的公共利益进行权衡，即，这些争议应获得无可争议的解决。例如，*既判案件*的法律原则是在法院颁布了解决争议的最终判决之后即说明已消除了诉因，因此双方不能再以相同的诉因为由再提起进一步诉讼纠纷。

换句话说，法律认为，即使进一步证据审查可能会使判决更为准确，但法律纠纷达到最终完结是符合公共利益的。确保专利许可协议的终结性同样有利于消费者的利益，尤其是当那些协议终结了正在进行的诉讼时。¹⁷许可协议的各方在谈判期间会耗费大量资源。因此再将更多资源投入到被许可 SEP 的有效性诉讼中会干扰各方的核心业务—研究开发新的技术以及使用这些新技术制造新产品。换句话讲，专利持有人与被许可人之间的法律纠纷有个了结是符合消费者利益的，即使有些失效的专利仍未被受到质疑。鼓励对许可 SEP 的有效性进行不限数量的审查不仅浪费司法资源，而且最终会伤害到消费者，而不是带来利益。

鼓励对有效性不受约束地提出质疑的体系还可能会通过刺激机会主义诉讼而损害到消费者，机会主义诉讼是指被许可人通过诉讼寻求一些附带的，与该纠纷是非的决定无关的收益。被许可人可能存在对单个专利的有效性提出质疑的战略性激励，以便延迟支付整个组合的许可费，直至法院判定少数受质疑的专利是否有效。组合许可费的持续大量延迟支付会减少专利持有人的融资渠道，从而妨碍其对其他研究和创新的投资能力。长时间的机会主义诉讼战略将迫使急需资金的专利持有人不得不仅仅为了解决纠纷，并让被许可人立刻支付专利组合许可费（即使降低）而降低其许可费。专利持有人失去将其专利快速转化成足够货币的能力将摧毁其未来创新的动力。因此导致创新数量的减少将最终损害到消费者的福利。

值得注意的是，确保许可协议终结性和避免机会主义诉讼的公共利益并不意味着潜在的被许可人不能对专利的有效性提出质疑。从专利局授予专利之时开始直至被许可人与专利持有人签署许可协议期间的任何时候，被许可人均有机会对专利的有效性提出质疑。潜在的被许可人甚至可以在双方达成协议之前的谈判过程中对某许可专利的有效性提出质疑。不过，被许可人没有正当理由迟迟不对某许可专利的有效性提出质疑，直至双方已签署了许可协议且或许已解决了一项正在进行的法律纠纷。此类有效性质疑的边际效益不可能大于其边际成本。

17. 在美国，美国联邦巡回上诉法院强调法院必须将“解除公众的失效专利负担”的公共利益与“有利于促进快速有序地解决纠纷和培育司法经济的基本政策”进行权衡。Hemstreet v. Spiegel, Inc., 851 F.2d 348,351 (Fed. Cir. 1988)（内部引号省略）。

综上所述，并没有有效的经济理由证明反对使用不质疑条款或类似合同条款的制度会对消费者带来产生净收益。¹⁸福利经济学的一项基本原理是，监管机构不应该追求处于政策边际成本超过其边际利益的临界点以外的特殊政策。¹⁹因此，本人谨此建议发改委对反垄断法是否应限制占支配地位的知识产权持有人在许可协议中提出此类条款的规定进行重新评估。

IV. 禁令救济

指南第 6 节正确强调了为保护知识产权提供重要保障的禁令救济。不过，此条款称，在特定情况下，占支配地位的知识产权持有人要求禁令救济的申请可能削弱竞争，并因此而引发反垄断法律责任。第 6 节称，拥有市场支配地位的知识产权持有人利用禁令救济申请迫使被许可人接受其提出的不公平的高价许可费或其他不合理的许可条件可能会引发反垄断法律责任。指南指出，分析和认定标准必要专利经营者申请禁令救济是否排除，限制竞争时，竞争主管机构应考虑几项准则，包括谈判双方在谈判过程中的行为表现，相关标准必要专利所负担的有关禁令救济的承诺，谈判双方在谈判过程中所提出的许可条件，以及申请禁令救济对竞争和消费者利益的影响。

在确定知识产权持有人要求禁令的申请是否产生反垄断法律责任时，首先必须考虑知识产权持有人实际上能够获得此禁令救济的可能性。例如，在美国，并不存在可获取禁令救济的自动权利。美国法院确认，以 FRAND 条件将其 SEP 进行许可的 SEP 持有人可能满足 *eBay* 准则，此准则是美国法院应用于案件特定情况的一种四因素测试，用于确定发布一项禁令救济是否适当。²⁰不过，至 2016 年 1 月为止，美国法院并未应某 SEP 持有人申请而发布任何禁令救济。当获得禁令救济的可能性很低时，此知识产权持有人要求禁令救济的申请所产生的威胁就不大可能会严重歪曲谈判过程。美国反垄断当局确认，在这种情况下是没有必要进行反垄断干预的。例如，2015 年 9 月，助理总检察长 Baer 说，“受 FRAND 约束的专利持有人在美联邦法院获得禁令救济的能力已受到适当限制。”²¹此说法意味着反垄断司认为没有必要通过反垄断执法对 SEP 持有人要求禁令的申请进行处理。

在规定知识产权持有人在发现侵权后有权获得自动禁令救济的法律体制中，例如德国，反垄断干预的需求可能会有所不同。不过，即使在那些情况下，反垄断干预可能也没有必要，只要知识产权持有人遵守其合同义务（若有）。例如，欧洲联盟法院 (CJEU) 澄清，对于已按 FRAND 条件将其 SEP 进行授予许可的 SEP 持有人，如果该 SEP 持有人(1)已将侵权情况通知给了被告，且(2)已向侵权人明确提出了一项许可报价，则它不得滥用其支配地位而要求对侵权人实施禁令。²²CJEU 强调，一般法律原则是对于专利持有人—包括负有 FRAND 承诺的 SEP 持有人—“为了确保其有效实施其独家权利，不得剥夺其诉诸法律程序的权利，且在原则上，使用这些权利的人，

18. 有关反对使用不质疑条款的制度的边际成本和边际利益的深入分析，请参见 Sidak, *Evading Portfolio Royalties for Standard-Essential Patents Through Validity Challenges* - (《通过有效性质疑规避投资标准必要专利的组合许可费》)，上文备注 4。

19. 例如参见，HARVEY S. ROSEN, PUBLIC FINANCE - (《公共财政》) 561-62 (McGraw-Hill Irwin 第 7 版 2005 年)。

20. *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 547 U.S. 388, 391-95 (2006 年)。

21. Baer 2015 年发言，上文备注 8 第 5 页。

22. 案例 C-170/13, 华为技术有限公司与中兴公司 (2015 年 7 月 17 日) 第 71 页, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1437080250973&uri=CELEX:62013CJ0170>。

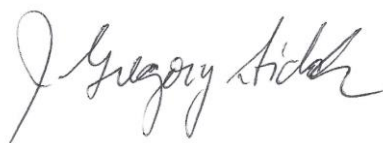
如果不是所有人，必须在使用之前获得许可。”²³事实上，被许可人可通过接受 FRAND 报价，或通过为使用 SEP 提供保障付款的方式（若就许可条件无法达成一致）避免禁令。

据我理解，根据中国专利法，使用禁令的权利是发现侵权后可供利用的一种法律救济手段。²⁴我还认为，尽管如此，如果侵权人能证明其现有许可费的支付能足以为此侵权行为补偿知识产权持有人，法院仍可能不遵守法定要求。²⁵考虑到中国法院在授予禁令时的自由裁量权，发改委可能会发现没有必要因为知识产权持有人要求禁令的申请而向其施加反垄断法律责任。或者，发改委可能选择与欧盟采取类似的方法。指南可提供一项简单的测试，用以确定要申请禁令的知识产权持有人为了避免任何反垄断法律责任而需采取的措施。明确 SEP 持有人应采取的具体措施将是用以确定将中国反垄断法施加于 SEP 持有人申请禁令所面临的限制因素的一种较好办法。²⁶

* * *

非常感谢有此机会发表我对指南草案的观点，若发改委还有任何疑问，本人将非常乐意对我的观点进行详细阐述。

谨启



J. Gregory Sidak
董事长

23. 同上。第 58 页。

24. 例如参见，STEFAN LUGINBUEHL & PETER GANEA, PATENT LAW IN GREATER CHINA 354 (Edward Elgar 2014 年)。

25. 同上。

26. 有关 SEP 持有人申请禁令权的深入分析，请参见 Sidak, *The Meaning of FRAND, Part II: - (《FRAND 的含义：二第二部分》) Injunctions - (禁令)*，上文备注 5。

关于反垄断指南的意见
2016 年 1 月 18 日
页码 8

附件