

Bartłomiej Biga

Efektywność patentu. Ekonomiczna analiza prawa własności przemysłowej

Tematem artykułu jest ekonomiczna analiza prawa patentowego. Autor rozpoczyna od przedstawienia najważniejszych założeń ekonomicznej analizy prawa oraz podstawowych regulacji ustawowych dotyczących instytucji patentu. W dalszej kolejności analizowane są cechy konstrukcyjne patentu: jego „długość”, „szerokość” oraz „wysokość”. Zwieńczeniem artykułu jest zaś omówienie najważniejszych swoistości patentowej ochrony wynalazków w sektorach, w których jej efektywność oceniana jest skrajnie różnie, tj. w branży farmaceutycznej i software'owej. Tekst zawiera także propozycje zmian w prawie, których celem jest poprawa efektywności patentu jako podstawowego narzędzia ochrony wynalazków.

Słowa kluczowe: patent, ekonomiczna analiza prawa, efektywność, patenty na oprogramowanie, patentowanie leków, wysokość patentu, szerokość patentu, długość patentu.

Ekonomiczna analiza prawa

Badanie prawa własności przemysłowej w konwencji ekonomicznej analizy prawa przynosi kompleksowe odpowiedzi na pytania kluczowe dla polityki rozwoju i polityki innowacyjnej. Nurt ten zakłada traktowanie prawa jak każdego innego przedmiotu badań ekonomicznych, tj. analizowanie go przy pomocy metod *stricte* ekonomicznych. Celem prawa ma być zatem efektywna alokacja dóbr, która doprowadzić powinna do maksymalizacji dobrobytu społecznego. Dzięki włączeniu do rozważań teorii behawioralnych – w tym przede wszystkim teorii racjonalnego wyboru – analiza ekonomiczna pozwala zaś w pewnym stopniu przewidywać reakcje podmiotów na zmiany w regulacjach (więcej: Cooter, Ulen 2009).

Konwencja ekonomicznej analizy prawa jest w istocie uszczegółowieniem utylitaryzmu. Przedmiotem oceny są tu decyzje podmiotów stanowiących i stosujących prawo. Jest to rozwinięcie myśli Jeremy'ego Benthama, który jako pierwszy analizował zachowania nierynkowe w sposób ekonomiczny. Dla oceny efektywności regulacji przyjmuje się perspektywę społeczną, w której

punktem odniesienia jest maksymalizacja dobrobytu społeczeństwa jako całości. Satysfakcja wynalazców ma zaś znaczenie tylko pośrednie – o tyle, o ile znajduje ona przełożenie na generującą korzyści dla społeczeństwa aktywność twórczą.

W ekonomicznej analizie prawa dokonano przeniesienia akcentów ze sprawiedliwości na efektywność. Obok szeregu korzyści wynikających z tego zabiegu niesie on także niebezpieczeństwo zaistnienia tzw. potworności moralnej. Analizowanie zachowań podmiotów tylko w kategoriach efektywnościowych może wszakże doprowadzić do nieakceptowalnych z etycznego punktu widzenia wniosków. Za przykład niech posłuży postulat dokonania segregacji ludności pod względem rasy, religii czy wykształcenia w celu zwiększenia ogólnej wartości nieruchomości w danym mieście. Badania wykazują bowiem, że kupujący dom lub mieszkanie są skłonni zapłacić więcej, gdy w sąsiedztwie mieszkają osoby im podobne. Takie działania przywołują jednak najstraszliwsze skojarzenia historyczne. Dlatego postuluje się stosowanie „filtru etycznego”, który ma uniemożliwiać rozwijanie takich idei, pozwalając jednak na osiągnięcie istotnych korzyści wynikających z analizowania prawa pod kątem efektywności.

Patent

Patent jest niewątpliwie podstawowym narzędziem ochrony wynalazków. O jego popularności może świadczyć chociażby fakt, że w powszechnym przekonaniu wyczerpuje on zbiór prawnych metod ochrony wynalazków. W rzeczywistości jednak system prawa zna także inne narzędzia mające pełnić tę funkcję, choć są wykorzystywane w znikomym stopniu. Ponadto utożsamianie całej ochrony wynalazków z instytucją patentu uznać trzeba za niedopuszczalne także z powodu pominięcia bardzo istotnych metod pozaprawnych. Te zaś, choć trudno uznać je za uniwersalne, w pewnych obszarach mogą być o wiele efektywniejsze od metod prawnych lub względem tych metod komplementarne. Na marginesie warto zaznaczyć, że podział na prawne i pozaprawne metody ochrony jest nieostry. Przykładowo, choć tajemnice handlowe zasadniczo mają charakter egzogeniczny względem porządku prawnego, to jednak w niektórych systemach państwo przewiduje sankcje za ich nieprzestrzeganie.

Zgodnie z polską ustawą Prawo własności przemysłowej¹, patentów udziela się na wynalazki, które łącznie spełniają następujące kryteria:

- są nowe, czyli nie są częścią istniejącego wcześniej stanu techniki;
- posiadają poziom wynalazczy, czyli dla specjalisty w danej branży nie wynikają w sposób oczywisty ze stanu techniki;
- oraz nadają się do przemysłowego zastosowania, rozumianego szeroko jako możliwość wykorzystania w działalności przemysłowej, w tym także w rolnictwie.

Akt ten doprecyzowuje też intuicyjne rozumienie terminu „wynalazek” jako twórcze i zupełne rozwiązanie pewnego zagadnienia technicznego, nadające się do zastosowania w produkcji (Grzybowski 1972, s. 26). W definicji legalnej wynalazku nie mieszczą się jednak:

- odkrycia, teorie naukowe i metody matematyczne;
- wytwory o charakterze jedynie estetycznym;
- plany, zasady, metody dotyczące działalności umysłowej lub gospodarczej oraz gry;

- wytwory, których niemożliwość wykorzystania da się wykazać w świetle powszechnie przyjętych i uznanych zasad nauki;
- programy do maszyn cyfrowych;
- przedstawienia informacji.

Zgodnie z art. 63 ustawy Prawo własności przemysłowej, patent daje wyłączne prawo korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy. Kreowany w ten sposób monopol trwa maksymalnie 20 lat od daty dokonania zgłoszenia wynalazku w Urzędzie Patentowym. Patent jest zbywalny i podlega dziedziczeniu. Dla jego przeniesienia wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności.

Patrząc na powody wprowadzenia prawnej ochrony wynalazków i na immanentne cechy monopolu, można dostrzec pewien paradoks, który przy głębszym zbadaniu okazuje się jednak pozorny. Otóż fakt, że społeczeństwo oczekiwało nowych wynalazków, implikował konieczność zachęcenia potencjalnych innowatorów do działania poprzez złożenie im obietnicy osiągnięcia odpowiednich zysków w efekcie uzyskania monopolu. Ten zaś skutkuje jednak silnym ograniczeniem dostępności, a przecież to właśnie chęć zapewnienia powszechnego dostępu do wynalazków legła u podstaw wprowadzenia instytucji patentu. Iluzoryczność tego paradoksu można dostrzec, gdy zwróci się uwagę na dwa szczególne momenty. Pierwszy z nich to moment, kiedy potencjalny wynalazca decyduje, czy podejmować aktywność. Potrzebuje on zachęty o charakterze ekonomicznym, która w realiach XV-wiecznych mogła być zapewniona w zasadzie tylko przez prawa wyłączne. Drugi moment to wygaśnięcie patentu, który jest wszakże monopolem ograniczonym czasowo. Wtedy wynalazek może być już w sposób nieskrępowany wykorzystywany przez społeczeństwo, co jest zgodne z intencją wprowadzenia omawianego narzędzia.

Obecnie możliwe jest ekonomiczne motywowanie twórców innymi metodami, które w pewnych okolicznościach cechują się wyższą efektywnością niż istniejąca od ponad 500 lat instytucja patentu. Trzeba jednak zauważyć, że zasadnicza historyczna idea patentu przystaje także do dzisiejszej rzeczywistości. Dlatego wciąż aktualne są początkowe zdania ustawy weneckiej z 1474 roku, która jako pierwsza regulowała materię własności przemysłowej:

¹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2000 r. Nr 182, poz. 1228 ze zm.).

Są wśród nas ludzie wielkiego geniuszu, zdolni do wynalezienia i odkrywania pomysłowych urządzeń; i mając na uwadze wspaniałość i cnoty naszego Miasta, więcej takich ludzi przybywa do nas każdego dnia z różnych stron. Przeto gdyby były przepisy dotyczące urządzeń odkrytych przez takich ludzi, tak że inni, którzy mogliby je zobaczyć, nie mogliby ich zbudować i zabrać z sobą zaszczytu wynalazcy, więcej ludzi oferowałoby swój geniusz, dokonywałoby odkryć i budowałoby urządzenia wielce użyteczne i przynoszące korzyści naszej wspólnocie (cyt. za du Vall 2008, s. 28).

Na marginesie warto też zaznaczyć, iż ochrona wynalazków w pewnym zakresie może być realizowana w modelu *know-how*. Stosowne rozwiązania znane są zarówno w prawie polskim w postaci Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w aktach międzynarodowych – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej – TRIPS, stanowiące załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu. Wynalazek przed opatentowaniem stanowi bowiem tajemnicę przedsiębiorstwa, której prawo także przyznaje ochronę.

Efektywność

Dla ekonomicznej analizy patentowej ochrony wynalazków kluczowym pojęciem jest efektywność rozumiana jako rezultat podjętych działań, opisany relacją uzyskanych efektów do poniesionych nakładów. Na potrzeby dalszych rozważań przyjęte zostało rozumienie efektywności za Kaldorem-Hicksem, obejmujące sytuacje, w których jeden podmiot zyskuje więcej, niż traci inny, a jednocześnie istnieje sposób kompensacji strat przez podmiot zyskujący na rzecz podmiotu tracącego (Cooter, Ulen 2009, s. 53–54).

Założenie, że prawo powinno być ekonomicznie efektywne implikuje wybieranie takich rozwiązań, które maksymalizują dobrobyt społeczny (użyteczność społeczną), czyli prowadzą do największego wzrostu dobrobytu społecznego. Jawiący się tu utylitaryzm społeczny to teoria etyczna powstała ze skrzyżowania teorii słuszności, wskazującej, jakie czyny są słuszne, z określoną teorią dobra, wskazującą, jakie stany rzeczy są dobre. W tym przypadku teorią

słuszności jest konsekwencjalizm, zgodnie z którym czyn jest słuszny wtedy i tylko wtedy, gdy prowadzi do dobrych skutków. Teoria dobrobytu zakłada zaś, że skutki czynu xi są lepsze niż skutki czynu xj wtedy i tylko wtedy, kiedy zagregowana użyteczność, jaką ludzie czerpią ze skutków czynu xi , jest nie mniejsza niż użyteczność, jaką czerpią ze skutków czynu xj (Stelmach, Brożek, Załuski 2007, s. 26).

Trzeba zatem, z jednej strony, dostarczyć potencjalnym wynalazcom dostateczną zachętę do tworzenia i dzielenia się rezultatami tego procesu ze społeczeństwem, z drugiej zaś, minimalizować negatywne skutki społeczne monopolu, pojawiającego się w efekcie przyznania patentu. Efektywny system ochrony wynalazków w celu minimalizacji kosztów społecznych ustala więc to zabezpieczenie na możliwie najniższym poziomie, przy którym wynalazcy są jednak dostatecznie zachęceni do tworzenia i ujawniania swoich odkryć. Dostatecznie, czyli w możliwie największym stopniu, który nie generuje po stronie społeczeństwa nieakceptowalnych ograniczeń w dostępności innowacji.

W dużym uproszczeniu można bowiem stwierdzić, że im silniejsza prawna ochrona wynalazków, tym kolejne użyteczne wytwory intelektu będą pojawiały się szybciej, acz kosztem większych ograniczeń w ich dostępności. Uprawnione wydaje się przypuszczenie, że zbyt restrykcyjne limitowanie dostępu może – w perspektywie społecznej – przekreślać korzyści wynikające z wysokiego tempa tworzenia wynalazków. Określenie optymalnego tempa badań w zasadzie jest jednak niemożliwe. Nawet jeśli bowiem udałoby się je wskazać w efekcie złożonych teoretycznych rozważań, to jego faktyczne osiągnięcie wiązałoby się z koniecznością podjęcia szeregu czasochłonnych działań legislacyjnych. W obliczu zaś dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społecznej zaimplementowane rozwiązania okazałyby się spóźnione i nie mogłyby już być przeto określane jako optymalne.

Cechy konstrukcyjne patentu

Na to, jak silnie chronione są wynalazki dzięki instytucji patentu, w największym stopniu wpływają jego trzy cechy konstrukcyjne: „szerokość”,

„długość” i „wysokość”. Nie są to pojęcia zdefiniowane normatywnie. Stanowią one konstrukcję teoretyczną, która ma ułatwić opis poszczególnych cech omawianego prawa wyłącznego. Działania mające na celu uczynienie patentu narzędziem bardziej efektywnym muszą się więc ogniskować wokół poszukiwań takiego punktu w określonej przestrzeni, w którym relacje między społeczno-ekonomicznymi kosztami i korzyściami będą najlepsze.

Szerokość patentu określa, jak dalece różny musi być wynalazek konkurencyjny, aby nie naruszał bazowej innowacji. Innymi słowy, jest to rozmiar kreowanej przez patent „otoczki wynalazku” – obszaru określającego stopień podobieństw wynalazków, w którym prawnie zabronione jest działanie konkurencji. Prawotwórcze działania sądów w tym zakresie stanowią niezwykle istotne uszczegółowienie generalnych i abstrakcyjnych norm zapisanych w aktach prawnych. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby w przepisach ustawowych pojawiły się kazuistyczne regulacje. Nawet te najbardziej szczegółowe i tak nie byłyby w stanie osiągnąć wymaganego poziomu precyzji. Z tego powodu faktyczny zakres szerokości patentu jest w zasadzie określany dopiero na etapie stosowania prawa. Zmiany linii orzeczniczej mogą być więc jedyną determinantą istotnych rozszerzeń lub zawężeń tej cechy konstrukcyjnej patentu.

Z ekonomicznego punktu widzenia duża szerokość patentu wpływa na intensyfikację zjawiska zwanego wyścigiem patentowym, będącego rezultatem zasady „zwycięzca bierze wszystko”. Przy szerokim patencie można się więc spodziewać wysokiego tempa badań, co samo w sobie jest społecznie korzystne. Z drugiej strony, akceleracja badań wiąże się ze wzmocnieniem zjawiska dublowania badań, które generuje znaczne koszty. Wszyscy uczestnicy wyścigu poza zwycięzcą – nawet jeśli byli tuż za nim – ponieśli bowiem nakłady, które nie znajdują odzwierciedlenia w korzyściach, jakie miał przynieść opracowywany wynalazek.

Paul Klemperer (1990, s. 126–127) zauważył, że szerokość patentu ma wpływ na dwie kategorie kosztów społecznych. *Primo*: zaniechanie przez konsumenta zakupu czegokolwiek z danej kategorii produktów. *Secundo*: dokonanie przez niego zakupu projektu mniej preferowanego – nieefek-

tywnego substytutu. W tym kontekście szerszy patent zmniejsza możliwość kupowania substytutów będących tańszymi odpowiednikami. Ta redukcja jednego z kosztów społecznych odbywa się jednak z przyzwoleniem na ustalenie wyższej ceny na produkt objęty szerszym patentem, co z kolei doprowadza do wzrostu zbędnej straty społecznej, związanej z całkowitym zaniechaniem dokonania zakupu jakiegokolwiek produktu z danej klasy. *Ergo*: trzeba analizować elastyczność popytu przy ustalonej cenie w kontekście kosztów substytucji. Sytuacja, w której społeczeństwo jest w większym stopniu skłonne do nabywania substytutów, stanowi argument za rozszerzeniem zakresu patentu. Innymi słowy, wąski patent jest uzasadniony, gdy skłania jedynie stosunkowo niewielką liczbę osób do zakupu substytutów, co ma miejsce przy relatywnie nieelastycznym popycie w kontekście kosztu substytucji (van Dijk 1994, s. 34).

Z tematyką szerokości patentu ściśle związana jest więc kwestia wynajdywania rozwiązań wokół patentu. Im szerszy zakres pierwotnego prawa wyłącznego, tym istotniej od oryginału musi różnić się imitacja opracowywana przez konkurencję. Przy tym założyć można, że oryginał jest jak najbliższy optymalnemu rozwiązaniu jakiegoś problemu. Im więc szerszy patent, tym jego imitacje są odleglejsze od efektywnego rozwiązania danej kwestii. W pewnym zakresie jest to uzasadniony mechanizm. Konsument może bowiem albo skorzystać z mniej efektywnego substytutu, albo za większą kwotę nabyć opatentowane optymalne rozwiązanie. Ta różnica w cenie w odniesieniu do każdego konsumenta skłonnego dopłacić jest zrozumiałą korzyścią wynalazcy, której ma on prawo oczekiwać jako wynagrodzenia za zaangażowanie innowacyjne. Szerokie określenie patentu niesie jednak także ryzyko, że uprawniony z patentu może, nadużywając monopolu, ustalić bardzo wysoką cenę. Wtedy pojawia się liczna grupa konsumentów zmuszonych do korzystania z nieefektywnych zamienników, co w takich okolicznościach stanowi znaczący koszt społeczny. Same imitacje trzeba więc postrzegać w kategoriach zjawiska częściowo łagodzącego niedogodności wynikające z reżimu prawa własności przemysłowej, które nie przynosi jednak korzyści w obszarze innowacyjności. Wszak – z założenia – imitacje są mniej efektywne. Gdyby

bowiem konkurencja znalazła lepsze rozwiązanie, cechujące się dostatecznym poziomem wynalazczym, to mogłaby je opatentować i wtedy analizowanie go w kategoriach imitacji byłoby już bezprzedmiotowe.

To spostrzeżenie kieruje nas do drugiej cechy konstrukcyjnej patentu – jego wysokości, która wiąże się z udoskonaleniami. Wysokość patentu określa, jak daleko idące udoskonalenia mieszczą się w przyznanym pierwotnie patencie na dany wynalazek. Artykuł 30 ustawy Prawo własności przemysłowej pozwala uprawnionemu z patentu na uzyskanie ochrony na ulepszenie lub uzupełnienie, które posiada cechy wynalazku, a nie może być stosowane samoistnie. Kreowana w tym przepisie instytucja patentu dodatkowego ma istotny wpływ na ostateczne ustalenie wysokości patentu podstawowego. W tym miejscu warto zaznaczyć, że wysokość patentu jest dodatnio skorelowana z zachętą do prowadzenia badań podstawowych. Może być więc wykorzystywana jako narzędzie interwencji w sytuacji, gdy ze społecznego punktu widzenia liczba i zakres badań podstawowych są niedostateczne w stosunku do liczby i zakresu prac związanych z udoskonaleniami (van Dijk 1994, s. 67).

Jeśli wartość społeczna inwestycji w badania podstawowe przewyższa wartość społeczną inwestycji w rozwój zastosowań, patenty powinny mieć większą wysokość. Jeśli natomiast wartość społeczna inwestycji w rozwój zastosowań przewyższa wartość społeczną inwestycji w badania podstawowe, to wysokość powinna być mniejsza (Cooter, Ulen 2009, s. 153). Dolna granica poszukiwań optymalnej wysokości patentu nie może być jednak określona na względnie niskim poziomie. Wynika to z faktu, że rozwój technologiczny jest procesem ciągłym. Wyróżnianie wielu faz jest więc działaniem sztucznym. Ponadto nadmierne poszatkowanie tego kontinuum poprzez udzielanie patentów na rozwiązania, które stosunkowo nieznacznie ulepszają bazowy wynalazek, jest zabiegiem wielce ryzykownym ze względu na nieostrość granic, będącą immanentną cechą własności intelektualnej. Zatem im więcej wytoczmy granic, tym rozleglejszy obszar będzie charakteryzował wysoki stopień niepewności i nieprzewidywalności.

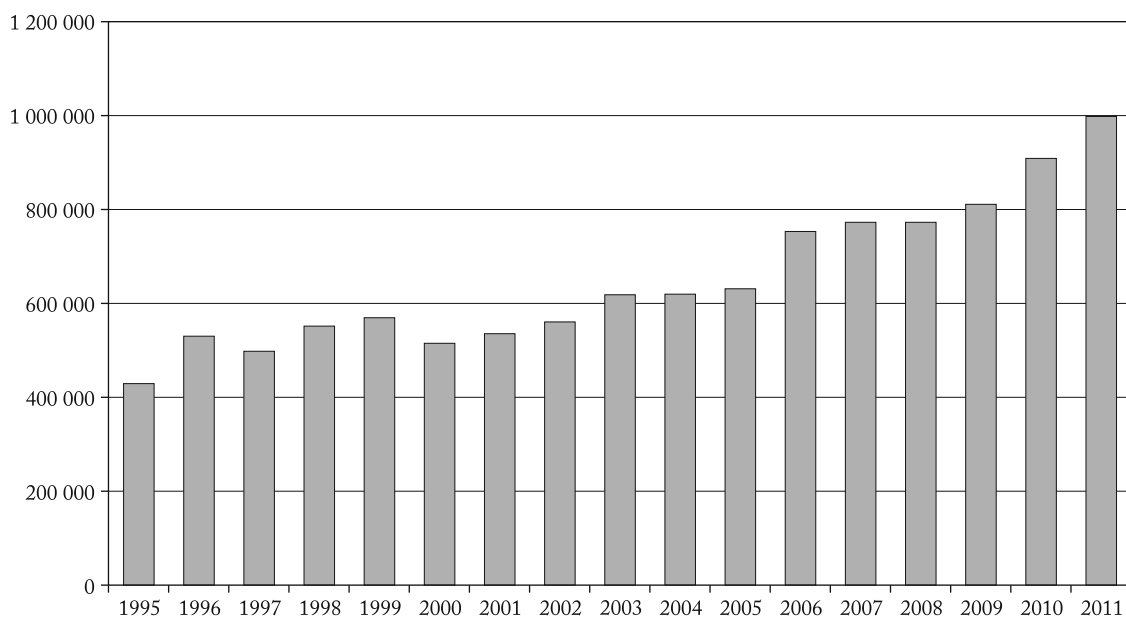
Wysokość patentu może być znakomitym narzędziem służącym limitowaniu liczby przy-

znawanych praw wyłącznych. Potrzeba podjęcia działań w tym kierunku w obliczu dynamicznego wzrostu przyznawanych patentów, nazywanego wręcz „powodzią patentową”, wydaje się niewątpliwa. Patent może być bowiem skutecznym narzędziem polityki innowacyjnej tylko wtedy, gdy uda się na niego ekstrapolować cechy własności odnoszące się do dóbr materialnych. Realizacja tego celu wiąże się zaś głównie z koniecznością ograniczenia liczby przyznawanych patentów oraz z poprawą ich jakości, co można osiągnąć przede wszystkim przez zaostrenie przesłanek patentowości.

Wysokość patentu może znakomicie spełnić to zadanie. Jest to wszakże wyborne kryterium, które w dużym stopniu podlega obiektywnej instrumentalizacji i jego zaostrenie nie jest sprzeczne z immanentnymi cechami patentu, który powinien być przecież przyznawany tylko wtedy, gdy wynalazek faktycznie stanowi istotny krok w rozwoju jakiejś gałęzi nauki czy techniki. Takie było historyczne uzasadnienie wprowadzenia prawa własności przemysłowej. Dokonane później rozluźnienie standardów – wynikające przede wszystkim z presji na nawet pozorną, widoczną jedynie w statystykach, innowacyjność oraz na coraz bardziej znaczącą nieprzystawalność prawa do niezwykle szybko zmieniającej się rzeczywistości społecznej i gospodarczej – jest jedną z głównych przyczyn spadku efektywności systemu prawnej ochrony wynalazków. Występujący powszechnie wymóg, aby patentowany wynalazek był nieoczywisty i wykazywał się odpowiednim poziomem wynalazczym, jest bardzo nieostry, co utrudnia jego właściwe wykorzystywanie.

Naturalnie obszar poszukiwań optymalnej wysokości patentu jest także limitowany odgórną. Zbyt duża wysokość patentu wiąże się bowiem ze znacznymi kosztami społecznymi. Istnieje duże ryzyko, że uprawniony z bardzo wysokiego patentu, jako monopolista, może pracować nad udoskonaleniami w zbyt wolnym tempie lub nieefektywnie. Zabraknie tu bowiem mechanizmów rynkowych, które powstrzymałyby go przed marnotrawstwem.

Odpowiednie określenie trzeciej cechy konstrukcyjnej – długości patentu – może jednak w dużej mierze ograniczyć problemy związane z ryzykiem generowania dużych kosztów społecznych przez zbyt wysoki patent. Długość patentu



Ryc. 1. Liczba patentów przyznawanych na świecie

Źródło: WIPO Statistics Database, October 2012, Tabela A.1.2.1, na podstawie szacunkowych danych ze 125 biur patentowych.

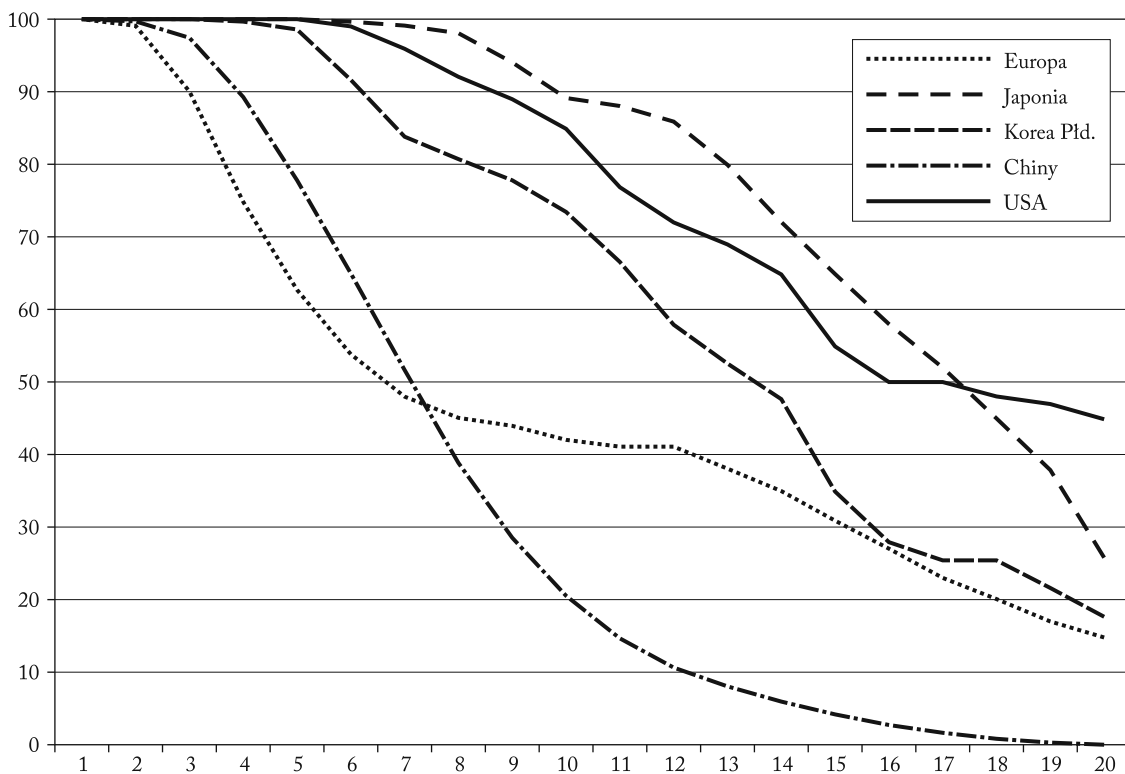
oznacza okres, na jaki przyznawane jest prawo wyłączne. Jeśliby przyznawać patenty na znacznie mniejszą liczbę lat, to w sposób naturalny zmarginalizuje się problem wysokości tego narzędzia. Wprowadzanie udoskonaleń wymaga wszakże czasu, którego może być zbyt mało, gdyby monopol trwał np. mniej niż 10 lat.

To tylko jeden z wielu argumentów za skróceniem czasu, na jaki przyznawane są patenty. W tym miejscu trzeba też przywołać fakt, że dotychczasowa długość patentów – 20 lat – ukształtowała się przed wiekami i nie przystaje do dzisiejszej, o wiele dynamiczniejszej, rzeczywistości gospodarczej. Obecnie kilkunastoletni patent bardzo rzadko stanowi źródło „zasłużonych” korzyści dla wynalazcy. W większości wypadków za piętnasto- czy szesnastoletnie patenty nie są już uiszczane opłaty okresowe, co powoduje wygasanie praw wyłącznych. Zwykle patenty te dotyczą bowiem rozwiązań już przestarzałych, w oparciu o które trudno prowadzić działalność gospodarczą. Wiele z tych utrzymywanych maksymalnie do dwudziestu lat wykorzystują zaś „trolle patentowe” – podmioty, które nadużywając prawa własności przemysłowej, szantażują

innowacyjne przedsiębiorstwa. Ponadto, pomimo że wraz z wydłużaniem okresu trwania patentu społeczeństwo czerpie więcej korzyści związanych z akceleracją w działaniach innowacyjnych, to stopa wzrostu tych korzyści przypuszczalnie maleje. W konsekwencji krańcowa korzyść ze zwiększania innowacji maleje wraz ze wzrostem długości okresu trwania patentów (Cooter, Ulen 2009, s. 150).

Skrócenie patentu nie byłoby dla wielu wynalazców istotną zmianą. Większość z nich bardzo szybko rezygnuje z opłacania patentu. Jak pokazują dane z Chińskiego Urzędu Patentowego (SIPO) i Europejskiego Urzędu Patentowego (EPO), większość wynalazców rezygnuje z ochrony jeszcze przed 10. rokiem obowiązywania patentu. Niewątpliwie jednak funkcjonowanie prawa własności intelektualnej istotnie różni się w poszczególnych sektorach, czego ilustracją jest dokonane w dalszej części artykułu zestawienie branży farmaceutycznej i software’owej. Implikuje to potrzebę rozważenia dywersyfikacji długości patentu w poszczególnych branżach.

Podsumowując rozważania dotyczące cech konstrukcyjnych, warto przedstawić postulat



Ryc. 2. Procent patentów, za które uiszczane są opłaty okresowe za kolejne lata

Źródło: IP5Statistics Report 2011 Edition.

uczynienia patentu instytucją stosowaną w krótkim okresie, ale za to w szerokim i względnie wysokim zakresie. Krótszy okres, na jaki byłby przyznawany patent, stanowiłby odzwierciedlenie nieustannej akceleracji rozwoju technicznego, która i tak skraca rzeczywisty czas życia patentu. Ponadto pozwoliłby uniknąć sporów o rzekome naruszenia kilkunastoletnich, w istocie martwych, patentów. Realizacja wyartykułowanego tu postulatu *de lege ferenda* w aspekcie rozszerzenia poziomego zakresu patentu zniechęcałaby zaś jeszcze skuteczniej do podejmowania prób imitacji. Krótszy czas występowania niedogodności monopolu oznaczałby dla społeczeństwa istotnie mniejszą sumę kosztów. Patent byłby jednak szerszy, co miało by zapewnić porównywalną z obecną motywację do wynalazczości. Wynikające stąd zwiększone koszty społeczne – w dawnych pierwszych latach patentu, które w tej propozycji stanowią jedyne lata jego obowiązywania – nie skonsumowałyby jednak w całości opisanych

wyżej oszczędności. Co więcej, przy krótkim patencie w dużym stopniu znika problem jego wysokości. Jeśli czasu na dokonywanie usprawnień jest – z punktu widzenia monopolisty – niewiele, to zablokowanie możliwości konkurowania w tym zakresie niesie znacząco niższe koszty społeczne.

Generalna siła patentu – będąca wypadkową wszystkich trzech cech konstrukcyjnych – byłaby wtedy jednak mniejsza. Konieczne jest wszakże podjęcie działań mających osłabić patent, gdyż przeciwny kierunek zmian w przyszłości niewątpliwie spotęgowałby ujawnione w ostatnich dekadach mankamenty patentowej ochrony wynalazków. Światowa ekonomia nie osiągnie bowiem korzyści ze wzmacniania patentu. Poza kilkoma branżami silniejszy patent cechowałby się jeszcze gorszym stosunkiem korzyści do generowanych kosztów społecznych. Największe zagrożenie płynie z rosnącej liczby – często nieświadomych – naruszeń patentu, co w obliczu coraz gęstszeo systemu technologicznego wiąże się z lawinowym

wzrostem kosztów sporów sądowych (Mazzoleni, Nelson 1998, s. 281).

Patentowanie leków

Dla zilustrowania różnic w funkcjonowaniu patentów w różnych sektorach posłużą w niniejszym artykule dwie branże: farmaceutyczna i software'owa. Wybór tych dwóch obszarów jest uzasadniony faktem, że ocena efektywności działania patentu w odniesieniu do nich jest skrajnie odmienna. Pozwala to pokazać, jak trudne jest dokonanie generalnej oceny funkcjonowania patentu. Jest to także szansa, aby precyzyjnie ukazać najsilniejsze strony oraz najpoważniejsze mankamenty omawianej instytucji.

Przypadek branży farmaceutycznej jest kornym argumentem piewców patentu. W niej bowiem ogniskują się dylematy etyczne, ona też jest szczególnie narażona na łatwe nieautoryzowane kopiowanie wynalazków, co w zestawieniu z wyjątkowo wysokim kosztem ich wytworzenia uzasadnia wprowadzenie specjalnego reżimu ochronnego. Od wskazania hitów terapeutycznych mogących potencjalnie modyfikować procesy biologiczne do wprowadzenia leku na rynek mija zwykle ponad 10 lat. Proces ten jest bardzo kosztowny i ryzykowny. Szacuje się, że tylko jedna na pięć cząsteczek skierowanych do badań klinicznych w latach dziewięćdziesiątych była później wprowadzana do obrotu jako nowy lek (du Vall 2008, s. 353–354).

Rozważania o moralnym uzasadnianiu ochrony własności intelektualnej w branży farmaceutycznej zawsze prowadzą do przeciwstawiania sobie dwóch fundamentalnych wartości – zdrowia i własności. Ramy etyczne tej dyskusji zostały dobrze nakreślone z jednej strony przez Johna Rawlsa, z drugiej przez Roberta Nozicka. Rawls kładzie nacisk na znaczenie podstawowych wolności – w tym prawa jednostki do bycia zdrowym – które górują nad drugorzędnymi prawami, do których zalicza on własność. Odwołuje się przy tym do teorii sprawiedliwości wspierającej redystrybucję w sytuacji zagrożenia elementarnych wartości. Poglądy Rawlsa są tak kategoryczne tylko w odniesieniu do medykamentów potrzebnych do leczenia najgroźniejszych chorób. Ograniczony dostęp np. do leków przeciwbólo-

wych nie jest przez filozofa z góry uważany za niemoralny. Nozick uważa natomiast za elementarne prawo do własności intelektualnej. Przekonanie to wywodzi z poglądów Johna Locke'a i jego pojmowania własności (Gewertz, Amado 2004, s. 295 i natępne).

W omawianej dziedzinie szczególnie interesujący jest spór między producentami leków oryginalnych i generycznych (zamienników, które zawierają tę samą substancję czynną). Konflikt ten rozgrywa się także na szczeblu międzypaństwowym, gdzie – w dużym uproszczeniu – kraje „bogatej Północy” reprezentują interesy twórców leków oryginalnych, a kraje „biednego Południa” bronią praw producentów zamienników. Pierwsza grupa argumentuje, że nie można dopuszczać do uszczuplenia przychodów innowacyjnych firm farmaceutycznych przez akceptowanie – czy to na płaszczyźnie prawnej, czy faktycznej – pojawiania się zamienników w okresie trwania patentu, gdyż grozi to paraliżem innowacji w tej branży. Producenci leków oryginalnych, pozbawieni gwarancji uzyskania odpowiednich korzyści, mogą znacząco ograniczyć nakłady na badania i w efekcie społeczeństwo może zostać pozbawione nowych farmaceutyków. Wysoka cena leków oryginalnych jest w tym ujęciu niezbędnym kosztem gwarantującym rozwój. Z drugiej jednak strony trudno oczekiwać, aby rządy krajów – chociażby w obliczu pandemii AIDS – nie próbowały dać lokalnym firmom farmaceutycznym możliwości skopiowania formuły leku oryginalnego, aby obniżyć cenę i tym samym zdecydowanie zwiększyć dostępność specyfiku.

Wskazana tu sprzeczność interesów i kardynalnie różny kontekst ekonomiczny skłaniają do wysunięcia propozycji geograficznej dywersyfikacji systemu patentowej ochrony farmaceutyków. Można przypuszczać, że społecznie korzystne byłoby zdecydowanie chronienie monopolu w krajach najbogatszych przy jednoczesnym przyzwoleniu na rozluźnienie tego reżimu w krajach rozwijających się – szczególnie w obliczu najgroźniejszych epidemii. To kompromisowe rozwiązanie z jednej strony pozwoliłoby na zachowanie źródeł finansowania badań, gdyż wyłącznie najbogatsze kraje są istotnym rynkiem zbytu leków oryginalnych. Tam ochrona byłaby nadal mocna. Z drugiej zaś – kraje Trzeciego Świata nie musiałyby obawiać się sankcji ekonomicznych, jakie w oparciu o po-

rozumienie TRIPS były wcześniej nakładane za wprowadzanie przymusowego licencjonowania leków przeciwdziałających rozprzestrzenianiu się wirusa HIV. Wydaje się, że wbrew obawom artykułowanym przez Stany Zjednoczone tanie zamienniki nie byłyby masowo i nielegalnie przewożone na ich terytorium, gdyż ze względu na przeciwdziałanie przemysłowi narkotyków granice najbogatszych państw są szczelne. Ponadto zamożne społeczeństwa w bardzo niewielkim stopniu byłyby skłonne podejmować ryzyko kupowania leków niewiadomego pochodzenia na czarnym rynku.

Niewątpliwie konieczne jest jednak wzięcie na siebie przez poszczególne rządy i światowe organizacje zajmujące się problematyką zdrowia większej odpowiedzialności, a więc i ryzyka – związanych z poszukiwaniem i produkowaniem leków na najgroźniejsze choroby. Za niezwykle potrzebne należy uznać przede wszystkim stworzenie szerszego systemu wspierania i współfinansowania badań klinicznych. Może to bowiem otworzyć drogę do łagodzenia reżimu prawa własności intelektualnej w tym sektorze przy jednoczesnym niezachwianiu procesów innowacyjnych. Taki model wspierania innowacji i ochrony własności przemysłowej charakteryzowałby się niewątpliwie lepszym bilansem kosztów i korzyści, tym bardziej że zapewnienie szerszej dostępnych nowatorskich leków znacząco obniżyłoby koszty rządowych programów ochrony zdrowia.

Patenty na oprogramowanie

Możliwość udzielania patentów na oprogramowanie wzbudza wielkie kontrowersje. Software jest bowiem chroniony prawem autorskim. I wydaje się, że właśnie ten rodzaj zabezpieczeń, wzorowany na ochronie utworów literackich², jest właściwszy i wystarczający. Zapewnia automatyczną ochronę kodu będącego wytworem intelektu programisty. Udzielenie patentu na oprogramowanie oznacza zaś istotnie szerszą ochronę, gdyż w tym przypadku stworzenie nowej implementacji, choć nie narusza prawa autorskiego, może być uznane za złamanie prawa.

² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.), art. 74 ust. 1.

Innymi słowy, patenty na oprogramowanie tworzą gąszcz patentowe, które skutecznie utrudniają wchodzenie na rynek nowym podmiotom. Jeśli bowiem na jakieś rozwiązanie software'owe zostanie przyznany patent, to konkurencja, która będzie próbowała w sposób niezależny – nie dokonując plagiatu kodu oryginalnego – uzyskać podobny efekt, naraża się na zarzut naruszenia prawa własności przemysłowej. Zjawisko to istotnie więc obniża ogólny poziom innowacji (Bessen 2011, s. 9), co jest tym bardziej niebezpieczne, że występuje w branży, która daje możliwość zaistnienia niezależnym twórcom – zdolnym programistom, nawet bez zaplecza finansowego. Upowszechnienie sklepów internetowych typu App Store czy Google Play otworzyło im wszak możliwość łatwego dotarcia z programami do milionów użytkowników i uzyskiwanie znacznych dochodów z mikropłatności i reklam. Przykładowo Dong Nguyen – twórca prostej gry Flappy Bird – w szczytowym momencie osiągał dzięki niej przychody na poziomie 50 000 USD dziennie. Tacy niezależni programiści mogą być jednak skutecznie blokowani przez reżim prawa patentowego, gdyż ryzyko nieświadomych naruszeń będzie dla nich zbyt wysokie i tworzenie aplikacji w takich warunkach przypominałoby raczej poruszanie się po polu minowym.

Uzyskanie więc przez jednego z graczy rynkowych patentów na podstawowe software'owe funkcjonalności w danej działalności tworzy niezwykle szeroki monopol – znacznie rozleglejszy, niż byłoby to uzasadnione z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. Klasycznym przykładem absurdów, do jakich może doprowadzić patentowanie oprogramowania, jest prawo wyłączne, jakie w 2004 r. uzyskał Microsoft na funkcjonalność podwójnego kliknięcia myszką (US Patent Office, nr 6 727 830). Rygorystyczne egzekwowanie praw z tego patentu wiązałoby się z gigantycznym ograniczeniem funkcjonalności wielu produktów konkurencji.

W Unii Europejskiej status prawny patentów na oprogramowanie jest wysoce wątpliwy ze względu na nieprecyzyjną podstawę prawną. W Stanach Zjednoczonych natomiast wyroki sądowe na zasadzie prawotwórczych precedensów stale umacniają legitymację do patentowania oprogramowania. Nawet na Starym Kontynencie opatentowane są jednak choćby tak elementarne funkcjonalności

sklepu internetowego, jak np.: palety z zakładkami ograniczającymi wyszukiwanie (EP689133, EP1131752), personalizacja wyświetlanych rezultatów w odniesieniu do ulubionych pozycji klienta (EP628919) czy możliwość wprowadzania kodów rabatowych (EP929874). Jak wykazują analizy J. Bessena (2011, s. 15 i następane), rośnie udział patentów na oprogramowanie w ogólnej puli patentów. Co więcej, najnowsze dane pokazują, że liczba przyznawanych patentów związanych z oprogramowaniem przewyższa sumę wszystkich innych patentów.

Do głównych antagonistów patentowania software'u należą twórcy wolnego i otwartego oprogramowania – FLOSS (ang. *Free Libre/Open Source Software*), którzy obawiają się faktycznego uniemożliwienia im pisania programów. Nie dysponują oni mechanizmami obronnymi właściwymi dużym koncernom, jak w szczególności licencje blankietowe i krzyżowe. W istocie często nie są oni nawet zdolni uczestniczyć w jakichkolwiek przepływach finansowych.

Patenty są zagrożeniem dla twórców oprogramowania, ponieważ nakładają monopol na idee. Tworzenie zaawansowanych programów staje się zadaniem niebezpiecznym, a wkrótce może być wręcz niewykonalne. Każdy program łączy bowiem wiele różnych pomysłów, a duży implementuje ich tysiące. Google oszacowało, że w smartfonach może być ich nawet 250 000. W 2004 roku obliczono, że system GNU/Linux wykorzystuje około 100 000 opatentowanych wcześniej rozwiązań. Według Dana Ravichera samo jądro Linuksa mogło w tym czasie potencjalnie łączyć 283 patenty (Bielawski 2011).

Patenty na oprogramowanie są karykaturalną formą prawnej ochrony własności intelektualnej. W tym obszarze nasilają się bowiem mankamenty typowe dla ochrony dóbr niematerialnych. Skala wypaczeń jest tu tak duża, że skłania do opowiedzenia się za zaprzestaniem udzielania patentów na oprogramowanie lub przynajmniej za znaczącym ograniczeniem tych praktyk. Ta kategoria praw wyłącznych jest bowiem przede wszystkim karmą dla trolli patentowych i budulcem gąszczy patentowych i prowadzi w konsekwencji do spowolnienia innowacji. Prawo własności przemysłowej miało zaś przynosić dokładnie odwrotny skutek. W tym obszarze nie da się go jednak osiągnąć przy pomocy instytucji patentu, głównie

ze względu na wyjątkowo duże ryzyko sporów sądowych oraz nad wyraz rozmyte – nawet jak na własność intelektualną – granice poszczególnych praw wyłącznych.

Podsumowanie

Mimo licznych mankamentów dalsze istnienie patentowej ochrony wynalazków, nawet w obecnej formie, jest uzasadnione z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa. Instytucja patentu wymaga jednak daleko idącej reformy. Społecznie korzystne byłoby uformowanie patentu jako instytucji krótkiej, ale zarazem stosunkowo szerokiej i wysokiej. Ponadto, wbrew generalnie niewątpliwej potrzebie ujednoczenia patentu w skali globalnej, konieczne jest rozważenie pewnej dywersyfikacji, która uwzględni specyfikę niektórych sektorów, w szczególności branży farmaceutycznej i software'owej. Konieczne jest także przeciwdziałanie „powodzi patentowej”, głównie poprzez doprecyzowanie ustawowych przesłanek patentowalności, ale także przez dokonywanie bardziej restrykcyjnej wykładni tych aktualnie istniejących. Funkcjonujący w obecnej formie wymóg nieoczywistości jest jednak zbyt słaby, aby skutecznie blokować patentowanie rozwiązań, których chronienie jest sprzeczne z interesem społecznym.

Główną ideą, która powinna przyświecać reformom prawa patentowego, jest minimalizowanie kosztów społecznych. Powinno się ono dokonywać przez ustalanie możliwie najniższego poziomu prawnej ochrony wynalazków, przy którym wynalazcy są jednak dostatecznie zachęcani do tworzenia i ujawniania swoich odkryć. Zgodnie z założeniami ekonomicznej analizy prawa, satysfakcja wynalazców nie powinna być bowiem celem polityk publicznych. Może mieć ona jedynie pośrednie znaczenie, w stopniu, w jakim wpływa na ostateczny społeczny bilans kosztów i korzyści. Całkowita rezygnacja ze stosowania patentowej ochrony wynalazków groziłaby natomiast innowacyjnym paraliżem, co byłoby tym groźniejsze, że dotyczyłoby przede wszystkim sektora farmaceutycznego.

Osiągnięcie – a nawet precyzyjne określenie – optymalnego kształtu patentu wydaje się niemożliwe ze względu na dynamikę rzeczywistości

społecznej. Na gruncie teoretycznym możliwe i potrzebne jest jednak wskazywanie rekomendacji, które mogą znacząco zwiększyć efektywność patentu. Niniejszy tekst wpisuje się w realizację tego zadania. Trzeba mieć ponadto świadomość, że teoretyczne postulaty napotykać na faktyczne trudności w implementacji, które wynikają z rażącej sprzeczności interesów – zarówno na szczeblu międzynarodowym, jak i w ramach poszczególnych lokalnych sektorów gospodarki.

Bibliografia

Bessen J. (2011). „A generation of software patents”, *Boston University of Law Working Paper* nr 11-31 (21 czerwca).

Bielawski M. (2011). „Uwaga: Europejski „jednolity patent” może oznaczać patenty na oprogramowanie bez ograniczeń”, <http://jakilinux.org/polityka/uwaga-europejski-jednolity-patent-moze-oznaczac-patenty-na-oprogramowanie-bez-ograniczen/> [data dostępu: 17.03.2014].

Cooter R., Ulen T. (2009). *Ekonomiczna analiza prawa*, przekł. J. Beldowski i in. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Dijk T. van (1994). *The Limits of Patent Protection. Essays on the Economics of Intellectual Property Rights*. Ph.D. thesis, Faculty of Economics. Maastricht: University of Limburg..

Gewertz N.M., Amado R. (2004). „Intellectual property and the pharmaceutical industry: A moral crossroads between health and property”, *Journal of Business Ethics*, t. 55, nr 3, s. 295–308.

Grzybowski S. (1973). „Prawo wynalazcze”, w: S. Grzybowski, J. Szwaja, A. Kopff, S. Włodyka (red.), *Zagadnienia prawa wynalazczego*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Klemperer P. (1990), „How broad should the scope of patent protection be”, *The Rand Journal of Economics*, t. 21, nr 1, s. 113–130..

Mazzoleni R., Nelson R. (1998). „The benefits and costs of strong patent protection: A contribution to the current debate”, *Research Policy*, t. 27, nr 3, s. 273–284.

Stelmach J., Brożek B., Załuski W. (2007). *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Vall M. du (2008). *Prawo patentowe*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

The effectiveness of a patent: An economic analysis of industrial property law

The aim of this paper is the economic analysis of patent law. It begins with a description of the most significant assumptions of law and economics as well as the fundamental legal regulations referring to the institution of a patent. Subsequently, structural features of a patent are analyzed – its length, width and height. Finally, there is a discussion of the most important specificities of patent protection of inventions in the sectors where the effectiveness of this institution is rated very differently – the pharmaceutical and the software industry. Additionally, the paper contains some proposals of law changes to improve the efficiency of a patent which is an essential tool of invention protection.

Keywords: patent, economic analysis of law, law and economics, software patents, drug patents, height of a patent, width of a patent, length of a patent.