

JOANNA UCHAŃSKA

Uniwersytet Jagielloński

KILKA SŁÓW O AKSJOLOGII PRAWA KONKURENCJI A PRAWA PATENTOWEGO: ABSOLUTNA OCHRONA PATENTOWA WYNAŁAZKÓW BIOTECHNOLOGICZNYCH

I. WSTĘP

Rozwój biotechnologii oraz potencjał różnorodności genetycznej stały się głównym przedmiotem zainteresowania prawa patentowego. Patent na wynalazek biotechnologiczny tak samo bowiem, jak inne „prawa niematerialne stanowi dla uprawnionego podstawę wyłączności prawa o składniku intelektualnym przy wprowadzeniu do obrotu zjawisk będących ich przedmiotem”¹. Tym samym ochrona wynalazków biotechnologicznych winna znajdować swoje uzasadnienie w systemie patentowym jako takim, *ergo* realizować założenia, które przyświecają jego powstaniu i utrzymywaniu.

Prawo patentowe pozostaje komplementarne² z prawem konkurencji, gdyż zarówno jeden, jak i drugi system służą rozwiązywaniu problemu niedoskonałości rynku³. Prawo konkurencji ingeruje w pra-

¹ J. SOZAŃSKI, *Własność intelektualna i przemysłowa w Unii Europejskiej: zarys zagadnienia z wyborem aktów prawnych*, Warszawa-Poznań 2005, s. 20.

² D. MIĄSIK, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 325.

³ K. CZEPRACKA, *Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches*, Cheltenham 2009, s. 36.

wo patentowe, gdy prawo wyłączne jest nadużywane – używane tak, że zakazywanie innym wchodzenia w sferę wyłączności powoduje perturbacje na rynku⁴. Stąd prawo konkurencji będzie interweniować także wtedy, kiedy zaburzenia będą wywołane ochroną wynalazków biotechnologicznych. Jak jednak wynika z wielu obserwacji i dyskusji w doktrynie i orzecznictwie, ochrona udzielana na te wynalazki może w znacznym stopniu konfliktować się z prawem konkurencji z uwagi na szczególne cechy wynalazków biotechnologicznych i ich ochrony patentowej. Pojawia się zatem pytanie, skąd bierze się specyficzna możliwość generowania przez wynalazki biotechnologiczne konfliktu na linii prawo patentowe – prawo konkurencji. Częstokroć jawi się także wątpliwość, czy ochrona przyznawana na wynalazki biotechnologiczne nie godzi w samą ideę prawa patentowego. W konsekwencji: czy ochrona patentowa przyznana wynalazkom biotechnologicznym, zamiast być *remedium* dla niedoskonałości rynku, jeszcze ich nie potęguje?

W niniejszej pracy zaprezentowana zostaje tematyka skomplikowanego stosunku prawa ochrony konkurencji do prawa patentowego. Tym trudniejsze wydaje się omówienie tego zagadnienia, ponieważ po pierwszej części dotyczącej podstaw prawa konkurencji, a także po drugiej, w przedmiocie aksjologii prawa patentowego, zaprezentowana jest zawila oraz częstokroć kontestowana ochrona wynalazków biotechnologicznych omówiona poprzez pryzmat immamentnie związanego z nią przymiotu ochrony absolutnej. Niniejszy esej nie ma na celu przedstawienia wyłącznej krytyki patentowania jako takiego wynalazków biotechnologicznych, wręcz przeciwnie, gdyż autorka jest zdania, że taka ochrona odgrywa swoją ważką rolę dla rozwoju gospodarczego, medycyny czy rolnictwa, jednak jej obecny kształt wyostrza dysproporcje w zakresie ochrony między tą udzielaną na wszelkie wynalazki, a tą na wynalazki biotechnologiczne. Nie tylko w świetle obowiązujących przepisów, ale i dotychczasowej praktyki urzędów patentowych rysuje się wyraźna skłonność do przewartościowania ochrony, jaka jest udzielana na wynalazki biotechnologiczne. W ten sposób zaś już *ab initio* patentowanie wynalazków biotechno-

⁴ D. MIĄSIK, *op. cit.*, s. 67.

logicznych wydaje się konfliktować z prawem konkurencji. W opinii autorki, prawo konkurencji i prawo własności intelektualnej nie pozostają wcale w konflikcie, a wręcz uzupełniają się w imię poprawy funkcjonowania rynku. Mimo to ochrona patentowa wynalazków biotechnologicznych w obecnej formie budzi szereg zastrzeżeń, zwłaszcza pod kątem niezgodności, po pierwsze, z prawem konkurencji, i po drugie, z prawem patentowym.

II. PODSTAWY PRAWA KONKURENCJI

Prawo ochrony konkurencji zalicza się tradycyjnie do prawa gospodarczego publicznego, ponieważ nie chroni praw podmiotowych uczestników rynku, lecz interes społeczeństwa. Do jego podstaw zalicza się wolność konkurencji, efektywność działania i ochronę konsumentów (dobrobyt konsumentów; z ang. *consumer welfare*)⁵. Naruszenie praw lub interesów jednostki nie jest wystarczającą przesłanką naruszenia zakazów ustanowionych w prawie ochrony konkurencji⁶. Wynika to z istoty samego mechanizmu konkurencji, z założenia o ponoszeniu uszczerbku majątkowego przez tych uczestników rynku, którzy nie nadążają za zachodzącymi na nim zmianami. Interesy poszczególnych aktorów rynku chronione są przez przepisy prawa ochrony konkurencji tylko w takim zakresie, w jakim godzące w nie zachowania innych uczestników rynku są niezgodne z interesem publicznym. Interes ten odnosi się bowiem do funkcjonowania samego mechanizmu konkurencji, a nie do jego wpływu na prawa majątkowe lub interesy faktyczne jednostek⁷.

Ochrona konkurencji polega zatem, po pierwsze, na identyfikowaniu cech wspólnych procesu konkurencji sprowadzonej do współzawodnictwa, rywalizacji samodzielnych podmiotów o dostęp do zasobów dóbr materialnych, technologii i wiedzy lub innych wartości mających

⁵ Tamże, s. 160 i n.

⁶ S. GRONOWSKI, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym – komentarz*, Warszawa 1999, s. 25

⁷ T. KOSIKOWSKIM, T. ŁAWICKI, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczania praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 21.

tę cechę, że występują w ograniczonych ilościach⁸. Podkreślenie tego elementu jest doniosłe w kontekście rozstrzygnięcia o niezgodności obecnej regulacji w przedmiocie wynalazków biotechnologicznych, kiedy ich absolutna ochrona wyklucza dostęp do pewnych ograniczonych zasobów (naturalnych).

Po drugie, skoro konkurencja jest mechanizmem alokacji zasobów między uczestnikami obrotu gospodarczego, tak przedsiębiorcami, jak i konsumentami, to rywalizacja o dostęp do dóbr rzadkich prowadzi do wzrostu efektywności. W ten sposób można pilnie stwierdzić, że system konkurencji chroni jej efektywność, a nie konkurencję jako taką.

Przy realizacji założeń ochrony konkurencji (a właściwie jej efektywności) dochodzi zatem do ważenia interesów różnych grup, a więc stosowania zasady proporcjonalności, która już według Arystotelesa była podstawą szczęścia (tzw. złoty środek). Do fundamentów zasady proporcjonalności zaliczamy „pojęcie «właściwego odkupienia» (łac. *iustitia vindicativa*) – zakładającego odpowiedniość odszkodowania do skali wyrządzonej krzywdy – oraz «sprawiedliwości rozdzielczej» (łac. *iustitia distributiva*) – postulującej właściwy rozdział ciężarów w społeczeństwie”⁹. Nie jest to jednak równoznaczne z realizacją interesu większości.

Przyjęty w Polsce model ochrony konkurencji zakłada ochronę w interesie publicznym¹⁰, a interes ten, w świetle wskazanego wyżej

⁸ A. STAWICKI, E. STAWICKA red., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, «System informacji prawnej Lex» 2011.

⁹ ARYSTOTELES, *Etyka nikomachejska*, , ks. 5, rozdz. 5 [w:] ARYSTOTELES, *Dzieła wszystkie*, V, przeł. D. GROMSKA, Warszawa 2000. Więcej o starożytnych korzeniach zasady proporcjonalności por. A.N. GEORGIADOU, *Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» 4/1995, s. 533 i n. O miejscu, jakie zajmowała w greckiej filozofii sprawiedliwości idea proporcjonalności, por. S. BRATKOWSKI, *Prehistoria poczucia sprawiedliwości. Greckie początki ‘ius’*, «Ius et Lex» 1/2002, s. 87-105, za. A. FRĄCKOWIAK – ADAMSKA, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobody rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 4.

¹⁰ M. SIERADZKA, *Model stosowania prawa konkurencji w prawie polskim*, [w:] *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, «System informacji prawnej Lex» 2012.

założenia o korzystaniu z zasady proporcjonalności, trzeba rozumieć tak, jak już rozumiał go J. Bentham, kreśląc filary zasad użyteczności i stawiając tezę o jednakowym kierunku zmierzania interesów tak społeczeństwa, jak i jednostki. Zdaniem Benthama przez użyteczność należy rozumieć „tę właściwość jakiegoś przedmiotu, dzięki której sprzyja ona wytwarzaniu korzyści, zysku, przyjemności dobra lub szczęścia ... lub ... zapobiega powstawaniu szkody, przykrości, zła lub nieszczęścia zainteresowanej strony”¹¹. Zatem system ochrony konkurencji stoi na straży jej efektywności w imię interesów ogółu, ale nie poprzez zaspokajanie potrzeb grupy przedsiębiorców albo grupy konsumentów. Autor ma bowiem na myśli interes publiczny rozumiany jako równowagę interesów realizowaną właśnie poprzez zasadę proporcjonalności¹². Poszukiwanie szczęścia w państwie demokratycznym jest prawdopodobne „jedynie za pomocą metody polegającej na szukaniu równowagi pomiędzy interesami znajdującymi się w konflikcie”¹³. Interes publiczny, który chroniony jest poprzez system prawa konkurencji, rozumieć zatem trzeba w sposób holistyczny. Zatem, jeśli prawo konkurencji ma chronić efektywność konkurencji dla interesu publicznego, to dopiero w ten sposób należy weryfikować wszelkie inne przepisy prawne pod kątem ich kompatybilności z systemem ochrony konkurencji, a więc, czy nie naruszają efektywności konkurencji koniecznej dla zapewnienia interesu ogółu.

¹¹ J. BENTHAM, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, 1781, Kitchener 2000, s. 14-15.

¹² T. Gizbert-Studnicki posługuje się w tym kontekście pojęciem konfliktu dóbr. Wskazuje, że w sytuacji, w której jednoczesne urzeczywistnienie w pełnym zakresie wszystkich dóbr nie jest możliwe, rozwiązanie następuje poprzez poświęcenie, w pewnym stopniu, jednych dóbr dla umożliwienia realizacji, w pewnym stopniu, innych kolidujących dóbr. Por. T. GIZBERT-STUDNICKI, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, «RPEiS» 51.1/1989, s. 2.

¹³ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles 1990, s. 686 za: J. VAN COMPENOLLE, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des interest*, [w:] *Nouveaux itinéraires en droit*, red. F. RIGAUX, Bruxelles 1993, s. 505.

III. AKSJOLOGIA PRAWA PATENTOWEGO

Reguły prawa konkurencji nie są jednak wystarczające do motywowania najpierw do wynalazczości, a następnie wprowadzenia takich twórców na rynek, a więc innowacji¹⁴. Antidotum na niedostatek nowatorskiego tworzenia rzeczy nowych, nieoczywistych i nadających się do przemysłowego stosowania, a więc wynalazków, są reguły prawa patentowego, a więc przepisy w przedmiocie „monopolu” ograniczonego terytorialnie i czasowo do korzystania z prawa w jego granicach z wyłączeniem innych.

Założenie, iż system patentowy stanowi bodziec do transformacji wynalazków do stadium innowacji, skupia się na doprowadzeniu wynalazku do etapu komercjalizacji¹⁵. Prawo patentowe wspiera nie tylko tworzenie wynalazków przez tych, którzy dążą do zagwarantowania sobie prawa wyłącznego – patentu – ale także jest instrumentem do aktywizowania konkurentów „monopolisty” do tworzenia substytutów wynalazku objętego prawem wyłącznym. Konkurenci nie mogą wprawdzie bez narażenia się na zarzut naruszenia prawa eksploatować gospodarczo patentu, ale nie stoi to na przeszkodzie, by konkurować przy pomocy towarów lub usług, które mogą stanowić zamiennik wynalazku chronionego patentem. W ogólności prawo patentowe ma zachęcać do „angażowania się wszystkich członków społeczeństwa w działalność intelektualną, prowadzącą do poprawy warunków życia ogółu”¹⁶.

¹⁴ Należy bowiem wyraźnie oddzielać pojęcie wynalazku i innowacji. To pierwsze trzeba rozumieć jako pomysł, szkic lub wzór dla nowego ulepszonego urządzenia, produktu, procesu lub systemu, a więc praktycznej implementacji pomysłu wynalazcy. Wynalazek jest czymś więcej niż pomysłem, ale czymś mniej niż produktem lub procesem oferowanym do sprzedaży, kiedy to mowa już o w sensie ekonomicznym o innowacji. CH. FREEMAN, *The economics of industrial innovation*, «Penguin Books» 1974, s. 22; ROBERT P. MERGES, *Commercial Success and Patent Standards: Economic Perspective on Innovation*, «California Law Review» 4.76/1988, s. 807.

¹⁵ E. CHEGE KAMAU, *A Hard Patent System: An Impediment to Technological (Economic) Development in Less Developed Countries. The Role of the European Union in Spurring Development in African, Caribbean and Pacific Countries*, Baden -Baden 2004, s. 51.

¹⁶ D. MIĄSIK, *op. cit.*, s. 38.

Klasycznie uzasadniając potrzebę ochrony patentowej, wymienia się podstawy natury etycznej i ekonomicznej. F. Machlup przedstawił cztery teorie potwierdzające celowość udzielenia wynalazcy czy innym uprawnionym prawa wyłącznego: (1) teorię prawa naturalnego, (2) teorię nagrody, (3) teorię zachęty i (4) teorię umowy i ujawnienia¹⁷. M. du Vall dwie pierwsze określa jako prawnonaturalne, tj. oparte na aspektach etycznych, zaś dwie następne jako ekonomiczne¹⁸. W literaturze wyróżniono także teorię inwestycji oraz koncepcję konkurencji badawczej. Ochrona patentowa stanowi także bodziec do transformacji wynalazków w fazę innowacji oraz instrument umożliwiający wyłączną eksploatację nowo odkrytego „technicznego złoza”. System patentowy stanowi także narzędzie realizowania polityki gospodarczej państwa w zakresie postępu technicznego, instrument realizacji innych polityk (ochrony zdrowia i środowiska *etc.*), a także stymulator inwestycji zagranicznych, transferu technologii, prowadzenia lokalnych prac badawczo-rozwojowych.

Zgodnie z teorią naturalnego prawa twórcy do wynalazku jest on moralnie upoważniony do przedmiotów swojej własności intelektualnej. Teoria ta jest mocno związana z koncepcją prawa własności. Prezentowana jest bowiem myśl, że „twórcom przynależy w odniesieniu do ich pomysłów naturalne prawo własności, które musi być respektowane przez innych”¹⁹.

¹⁷ Tak F. MACHLUP, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil» 1/1961, s. 373 i n.; F. MACHLUP, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil» 2/1961 s. 524 i n.; zob. także zamiast wielu F.-K. BEIER, *Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und sozialistische Konzeption des Erfinderrecht*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil» 1/1970, s. 1 i n.; TENZE, *Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz zur geschichtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht» 3/1978, s. 123 i n. oraz F.-K. BERIER, J. STRAUS, *Das Patentwesen und seine Informationsfunktion, – gestern und heute*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht» 1978, s. 282 i n.

¹⁸ M. DU VALL, *Prawo patentowe*, Warszawa 2010, s. 129-134.

¹⁹ R. SKUBISZ, *Uzasadnienie systemu ochrony własności przemysłowej* [w:] *Prawo własności przemysłowej*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, red. R. SKUBISZ, XIV A, Warszawa 2012, s. 87.

Teoria nagrody ma zaś na celu wynagrodzenie wynalazcy za przyczynienie się do postępu naukowego lub technicznego. A. Smith uważał system patentowy za uczciwy mechanizm wynagradzania przez społeczeństwo wynalazców²⁰, kiedy nieuczciwe byłoby swobodne korzystanie przez wszystkich z tego, co własnym wysiłkiem i nakładem środków uzyskał twórca²¹. Niniejsze uzasadnienie ochrony patentowej określa się mianem „sprawiedliwości dystrybucyjnej”.

Koncepcje natury ekonomicznej podkreślają znaczenie systemu patentowego jako zachęty do dokonywania wynalazków i ich stworzenia, do ujawnienia i rozpowszechnia wynalazku. Ochrona patentowa stanowi bodziec dla transformacji wynalazku do stadium innowacji oraz umożliwia eksploatację nowego „technicznego złoza”²². Prawo patentowe jest bowiem motorem innowacji²³, gdyż bez prawa patentowego społeczeństwo nie dokonałoby tak istotnego skoku rozwojowego i ekonomicznego.

Kolejna teoria, umowy i ujawnienia, skupia się na zachęcaniu wynalazców do ujawnienia (udostępnienia) społeczeństwu nowych rezultatów swojej pracy – rozwiązań technicznych (szczególnie przez zgłaszanie ich we właściwej instytucji). Logiczną konsekwencją tej teorii będzie zaś przyznanie patentu osobie, która pierwsza dokonała zgłoszenia wynalazku²⁴. Chodzi tu mianowicie o nagrodzenie tego, kto pierwszy zgłosił (udostępnił) wynalazek, a nie go dokonał²⁵.

²⁰ A. MOSSOFF, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History 1550 – 1800*, «Hastings Law Journal» 52/2001, s. 1315.

²¹ S. STERCKX, *The Ethics of Patenting – Uneasy Justification* [w:] *Death of Patents*, London 2005, s. 192.

²² M. DU VALL, *op. cit.*, s. 129 i 134 - 135.

²³ J. KOOPMAN, *Biotechnology, Patent Law and Piracy: Mirroring the Interests in Resources of Life and Culture*, Conference «Ius Commune Research School workshop on Intellectual Property in Edinburgh University School of Law, 19 – 20 June 2003», s. 16.

²⁴ Stąd ta teoria wydaje się być sprzeczna z teorią nagrody. Wskazuje się, że traktowanie ochrony patentowej jako rekompensaty do twórcy za dokonanie wynalazku jest chybione także z tego powodu, iż patent uzyskuje nie ten, kto rozwiązania wymyślił, lecz ten, kto pierwszy zgłosił je do ochrony. Tak W. CORNISCH, D. LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London 1996, pkt 3-36.

²⁵ R. SKUBISZ, *op. cit.*, s. 87.

Kolejna teoria, ochrony inwestycji, zakłada, iż ochrona praw wyłącznych jest uzasadniona nakładami inwestycyjnymi. Jej zwolennicy głoszą, że powinno być chronione patentem wyłącznym wszystko, co zasługuje na kopiowanie, który to pogląd spotkał się z krytyką²⁶.

Koncepcja konkurencji badawczej skupia się zaś na relacjach łączących trzy płaszczyzny: konsumpcji, produkcji i dokonywania innowacji. Zakłada ona działalność na zasadzie sprzężenia zwrotnego – na każdej z płaszczyzn generowany jest rozwój na skutek niedoboru na płaszczyźnie wyższej. System patentowy ma właśnie ograniczać wykorzystanie innowacji w produkcji, w związku z czym motywować działalność badawczą. *Ergo* stymuluje konkurencję na poziomie badań i wdrożeń oraz postęp techniczny²⁷.

System patentowy umożliwia wyłączną eksploatację nowo odkrytego „technicznego złoza”. Zakłada pozostawienie go już chronionego patentem do czasowej eksploatacji uprawnionego²⁸. Może on więc bezpiecznie inwestować w prace rozwojowe oraz nawiązywać w tym celu kontakty gospodarcze z innymi przedsiębiorcami. Jednakże przez wykonywanie swojego prawa nie można wkraczać w reguły konkurencji (np. nadużywając swojego monopolu).

IV. ABSOLUTNA OCHRONA WYNAŁAZKÓW BIOTECHNOLOGICZNYCH

Pierwotnie kwestionowano dopuszczalność patentowania produktu będącego dziełem natury²⁹. Zauważono bowiem, że niezależnie, jak wysoki jest wkład pracy ludzkiej lub nakład finansowy prowadzący

²⁶ Zob. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchestein 1999, s. 5; N. DREYFUS, B. THOMAS, *Marques dessins et modèles, stratégie de protection, de défense et de valorisation*, Delmas 2002, s. 11.

²⁷ Zob. zamiast wielu M. LECHMANN, *Eigentum, Geistiges Eigentum, ?????*, s. 360 i n. oraz powołane tam obszerne piśmiennictwo; także T. CALAME, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, IV, Bâle 2006, s. 8 i powołane tam piśmiennictwo.

²⁸ E.W. KITCH, *The Nature and Function of Patent System*, «Journal of Law and Economics» 20/1977, s. 268.

²⁹ H. ŻAKOWSKA-HENZLER, *Wynalazek biotechnologiczny. Przedmiot patentu*, Warszawa 2006, s. 96.

do izolacji, opisanie, wyodrębnienie, scharakteryzowanie danego produktu natury (produktu, zjawiska, czy procesu), to zawsze pozostaje on li tylko odkryciem, a nie wynalazkiem³⁰. Ergo nie może podlegać prawnopatentowej monopolizacji.

Twierdzono też, że odkryciem jest jedynie ujawnienie istnienia produktu lub zjawiska, zaś wynalazkiem jest instrukcja działania umożliwiająca uzyskanie zamierzonego celu. Początkowo wychodzono z założenia, iż jedynie praktyczne zastosowanie materii i zjawisk występujących w przyrodzie może podlegać patentowaniu³¹.

Koncepcja dopuszczenia patentowania instrukcji działania rozwiązań pochodzących z natury pozwala dopiero na realizację wcześniej wymienionych podstaw prawa patentowego. Jedynie udzielenie monopolu odkrywcy, który przez wskazanie instrukcji pozwalającej na wykorzystanie odkrycia staje się wynalazcą, może go motywować do prowadzenia dalszych prac, ponieważ gwarantuje mu pewien efekt gospodarczy. Jednak, jak zauważono w literaturze i do czego dążą aplikanci przy określeniu założeń patentowych, dopiero przyznanie patentu na produkt gwarantuje wystarczającą ochronę przed konkurencją³². W konsekwencji prowadzi to do podwyższenia innowacyjności i rozwoju gospodarki.

Jednak już powszechne wątpliwości budzi fakt, który wydaje się godzić w aksjologię prawa patentowego, a mianowicie, iż z uwagi na szczególną cechę materiału biologicznego, tj. zdolność do samoreprodukcji, zakres prawa z patentu w sposób szczególny rozciąga się także na materiał biologiczny pochodzący z materiału chronionego prawami wyłącznymi³³. Właśnie zdaniem przeciwników ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych prowadzi to do zahamowania nauki i postępu technicznego z uwagi na absolutną ochronę wynalazków

³⁰ H. ŻAKOWSKA-HENZLER, M. DU VALL, *Wynalazek*, «Studia Prawa Prywatnego» 1/2011, s. 115.

³¹ Tamże, s. 101.

³² Tamże, s. 118.

³³ M. DU VALL, *op. cit.*, s. 382.

biotechnologicznych³⁴. Zakres ochrony jest wówczas dużo szerszy niż w przypadku wynalazków wytwarzanych z materii nieożywionej. Chociaż ochrona absolutna przysługuje wynalazkom dotyczącym produktu każdego wynalazku (który to szeroki zakres już budzi zastrzeżenia jako taki), a zasada absolutnej ochrony wynalazków biotechnologicznych jest tylko jej powtórzeniem, to z uwagi na charakter samoreprodukcyjny materiału biologicznego oraz objęcie ochroną nie tylko wytworów identycznych z zastrzeżanymi, staje się nad wyraz szeroka i stąd wątpliwa. Obejmuje bowiem swym zakresem produkt jako taki, bez względu na to, ile zastosowań ujawnił zgłaszający (może to być np. tylko jedno zastosowanie)³⁵.

W praktyce ochrona rozciąga się na każdy materiał biologiczny otrzymany z danego materiału biologicznego przez rozmnażanie lub namnażanie, w identycznej lub odmiennej formie i posiadający te same cechy charakterystyczne, a w przypadku patentu na sposób wytwarzania dodatkowo na materiał biologiczny otrzymany bezpośrednio tym sposobem oraz każdy inny materiał biologiczny pochodzący z materiału biologicznego uzyskanego bezpośrednio przez reprodukcję w identycznej lub odmiennej formie i posiadający te same cechy charakterystyczne³⁶. Przykładowo patent na nasiona obejmuje także rośliny z nich uzyskane³⁷, a kolejno na plon, który może być znów podstawą zasiewu. Jedynie tzw. przywilej farmerski³⁸ ogranicza nieustającą ochronę: hodowca ma prawo zachować do dalszej produkcji

³⁴ H. ŻAKOWSKA-HENZLER, *Wynalazek biotechnologiczny...*, s. 278.

³⁵ Por. M. KERN, *Patentability of Biotechnological Inventions in the United Kingdom: The house of Lords Charts the Course*, «International Review of Industrial Property and Copyright Law» 3.29/1998, s. 247 i n.

³⁶ Artykuł 8 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/44/WE z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz. Urz. WE L. 1998.213.13; dalej: dyrektywa 98/44); art. 93⁴ ust. 2 ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (t. jedn. Dz. U. 2003 Nr. 119, poz. 1117 ze zm.; dalej: p.w.p.).

³⁷ A. SZAJKOWSKI, H. ŻAKOWSKA-HENZLER, *Zakres patentu*, [w:] *Prawo własności przemysłowej*, red. R. SKUBISZ, «System Prawa Prywatnego», 14a/2012, s. 494-495.

³⁸ Art. 93⁵ ust. 2 i 3 p.w.p.

nasiona z poprzedniego plonu, bez konieczności wnoszenia jakichkolwiek opłat licencyjnych.

Ochrona absolutna budzi znaczne wątpliwości, gdyż kłóci się z aksjologią prawa patentowego. Wzrastająca liczba patentów wywiera negatywny wpływ na innowacje z dziedziny biotechnologii przez jej „zagęszczanie” obszarami cudzej wyłączności prawnej i zwiększania kosztów transakcyjnych licencji (będących następstwem konieczności przenoszenia opłat licencyjnych) – mowa tu o tzw. *theory anticommons* (koncepcji dóbr niewspólnych)³⁹, według której dochodzi do hamowania dostępu do korzyści związanych z technologiami, na które został udzielony patent. Jak wskazuje się w doktrynie, ochrona patentowa na wynalazki biotechnologiczne tworzy „poważne i szkodliwe ograniczenia dla społeczeństwa bez dawania nowej, użytecznej lub nieoczywistej informacji w zamian”⁴⁰. Występuje tym samym bezpośrednio przeciw teorii umowy i ujawnienia.

Powyższa krytyka dotyczy jednak li tylko ochrony absolutnej wynalazków biotechnologicznych. Należy mieć bowiem wciąż na uwadze, że rezygnacja z patentowania wynalazków biotechnologicznych w obecnym kształcie jest niemożliwa chociażby z dwóch powodów. Po pierwsze, jeśli przyznać, że wynalazek biotechnologiczny można badać pod kątem cech zdolności patentowej i wykonalne jest wykazanie jego technicznego charakteru, a następnie przeegzaminowania pod kątem przesłanek nowości, przemysłowej stosowalności, a co najważniejsze i kluczowe – nieoczywistości, to wykluczenie z kręgu beneficjentów ochrony patentowej wynalazców wynalazków biotechnologicznych byłoby nierównym traktowaniem przez prawo i w obliczu prawa, co zaś budzi konstytucyjne wątpliwości. Po drugie natomiast, nie sposób nie zauważyć, jakie korzyści ekonomiczne ochrona patentowana wynalazków biotechnologicznych przyniosła na rzecz gospodarki. Otóż tuż po decyzji w sprawie Chakrabarty w 1980 r.⁴¹ amerykański rynek biotechnologiczny – jako że mógł

³⁹ H. ŻAKOWSKA-HENZLER, *Wynalazek biotechnologiczny...*, s. 345 – 346.

⁴⁰ B. NESE, *Bilski on Biotech: The Potential for Limiting the Negative Impact on Gene Patents*, «California Western Law Review» 46/2009, s. 137.

⁴¹ *Diamon vs. Chakrabarty*, Supreme Court Report, 100/16 czerwca 1980 r., s. 2204.

cieszyć się dużo daleko idącą pewnością w przyznawanej ochronie patentowej na wynalazki biotechnologiczne niż w Europie, czy Japonii – zanotował potężny wzrost gospodarczy w tym sektorze, a między innymi znaczącą liczbę nowych małych i średnich przedsiębiorstw w tej branży oraz sporą liczbę nowych leków i nowych wyrobów medycznych wprowadzonych na rynek⁴². Takie oddziaływanie realizuje zaś ekonomiczne i pozaekonomiczne (rozwój takich dziedzin, jak medycyna, czy ochrona środowiska) założenia prawa patentowego, a odnosząc się także do funkcji prawa konkurencji, napędza rynek, nie tylko gwarantując narzędzia walki konkurencyjnej dużym koncernom, ale także mniejszym przedsiębiorcom, zatem skutek wprowadzonej ochrony patentowej na wynalazki biotechnologiczne z najwyższym prawdopodobieństwem jest prokonkurencyjny.

Trudna interpretacja tych kwestii w prawie europejskim jest napędzana niejasnym kształtem przepisów w przedmiocie zakresu ochrony wynalazków biotechnologicznych. Kontrowersje i rozbieżności interpretacji były na tyle daleko idące, że w przedmiocie zakresu ochrony wynalazków biotechnologicznych wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który orzekł, że artykuł 9 dyrektywy 98/44 w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych należy interpretować w ten sposób, że nie przyznaje on ochrony praw z patentu w sytuacji, gdy opatentowany produkt znajduje się w mączce sojowej, gdzie nie spełnia on funkcji, w odniesieniu do której został opatentowany, jednakże spełniał ją wcześniej w roślinie soi, z której powstała omawiana mączka w drodze przetworzenia, lub też mógłby on ewentualnie ponownie spełniać tę funkcję po jego wyizolowaniu z mączki i wprowadzeniu do komórki organizmu żywego. W istocie art. 9 omawianej dyrektywy uzależnia ochronę przysługującą na mocy tego przepisu od spełnienia warunku, by opatentowana sekwencja DNA spełniała swą funkcję w materiale, w skład którego wchodzi⁴³. Zgodnie zatem z interpretacją przedstawioną przez Trybunał Spra-

⁴² HEATHER H. RAMIREZ, *Comment, Defending the Privatization of Research Tools: An Examination of the "Tragedy of the Anticommons" in Biotechnology Research and Development*, «Emory Journal Law» 53/2004, s. 359.

⁴³ TS UE z dnia 6 lipca 2010, C-428/08, ZOTSIS 2010/7A/I-6765-6815.

wiedliwości UE wyraźnie rysuje się tendencja do zawężania ochrony absolutnej wynalazków biotechnologicznych.

Z przytoczonego orzeczenia należy wnosić, iż art. 9 dyrektywy 98/44 odnosi się on do dwóch sytuacji. Pierwszej, gdy przedmiotem ochrony jest materiał, do którego włączono opatentowany produkt zawierający lub posiadający informację genetyczną, oraz drugiej, kiedy ochronie podlega materiał, w którym zawarta została informacja genetyczna i pełni ona swoją funkcję. W pierwszej sytuacji materiał zawiera informację genetyczną na skutek działalności człowieka, podczas gdy w drugiej sytuacji nie ma to znaczenia. Słusznie zatem należy wnosić, że ochronie absolutnej poddane są jedynie te wytwory, które są przedmiotem działalności człowieka. Wydaje się, że jest to jedyna słuszna interpretacja, w pełni spójna z założeniami systemu prawa patentowego, kiedy przyznaje się, że wynalazek stanowi techniczne wykorzystanie jakiejś idei, kiedy projekt taki może być jedynie przedmiotem działalności człowieka (odrzucając wszelkie możliwości stworzenia wynalazku przez sztuczną inteligencję)⁴⁴.

Przyjęta przez Trybunał Sprawiedliwości UE linia analizy zakresu ochrony wynalazków biotechnologicznych zasługuje na aprobatę. Jest niejako głosem rozsądku w sporze o dalsze funkcjonowanie tej ochrony. Ochrona patentowa wynalazków biotechnologicznych jest niezbędna dla realizacji celów prawa patentowego. Tym bardziej, że wynalazki z wykorzystaniem materiału biologicznego mogą być poddane badaniu ich zdolności patentowej, a przede wszystkim mają techniczny charakter. Skoro tak, to niewłaściwym byłoby je różnicować od wynalazków z innych dziedzin techniki. Jeśli zatem jednakowe traktowanie jest uzasadnione, to nieuprawnione było przyznawanie im ochrony szerszej niż wszystkim innym wynalazkom. Stąd, działając zgodnie z zasadą „dyskryminacji pozytywnej”⁴⁵ oraz przeciwdziałając erozji

⁴⁴ K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, *Glosa do wyroku TS z dnia 6 lipca 2010 r., C-428/08*, «Europejski Przegląd Sądowy» 6/2011, «Lex» 2011.

⁴⁵ Pojęcie równości nie oznacza równości w charakterze bezwzględny, a równość nie oznacza identyczności, zatem dopuszczalne jest uprzywilejowanie wyróżnawcze. Potwierdzone zostało wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 września 1997 r., sygn. akt K 15/97, «OTK» 3-4/1997, poz. 37, s. 377-380 i w orzeczeniu

systemu patentowego, konieczne stało się zawężanie zakresu ochrony patentowej, co najwyraźniej uczynił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przy całym autorytecie Trybunału, jego orzeczenie jest to jedynie głos w dyskusji o zawężaniu obowiązującej ochrony wynalazków biotechnologicznych, gdy jednak wciąż mamy do czynienia ze zbyt wielkim uprzywilejowaniem wynalazków biotechnologicznych.

V. STYK PRAWA KONKURENCJI Z PRAWEM PATENTOWYM: ABSOLUTNA OCHRONA WYNAŁAZKÓW BIOTECHNOLOGICZNYCH. WNIOSKI

Prawo, które stoi w sprzeczności z założeniami systemu, na podstawie którego przyznaje się mu ochronę, na taką ochronę w praktyce wydaje się nie zasługiwać.

Uprawniony z patentu może zakazać innym wchodzenia w jego sferę wyłączności przez określony czas, co wynika z istoty tego prawa⁴⁶. Nie uprawnia to go jednak do zakazania innym eksploatacji ich twórców umysłu na tym samym rynku⁴⁷. Byłoby to sprzeczne z ideą, iż prawo patentowe ma m.in. zachęcać innych do tworzenia czegoś nowego, by konkurować z uprawnionym z patentu, a w ten sposób godzić także w prawo antymonopolowe.

Nade wszystko, pierwotnie, przy wprowadzeniu ochrony patentowej na wynalazki biotechnologiczne, podkreślano znaczenie ukonstytuowanej ochrony dla interesu publicznego, tj. ochrony zdrowia, zwalczania epidemii i chorób, rozwoju metod uprawy, walki z głodem itp.⁴⁸. Patenty na wynalazki biotechnologiczne są jednak obecnie silnym narzędziem walki konkurencyjnej.

z 11 lutego 1992 r., sygn. akt K 14/91, «OTK» 1/1992, poz. 7, s. 133. W tej sytuacji koniecznym jest „gorsze” traktowanie wynalazków biotechnologicznych z uwagi na ich cechy wzmagające zakres ochrony.

⁴⁶ Wśród wielu J. KOBĄK, *Intellectual property, competition law and hidden choices between original and sequential innovation*, «Virginia Journal of Law and Technology» 6.3/1998, s. 6.

⁴⁷ D. MIĄSIK, *op. cit.*, s. 57.

⁴⁸ Dz.Urz. L 1998 Nr 213 z 30 lipca 1998 r., s.13-21.

Jakkolwiek zdominowanie rynku przy pomocy patentu uznaje się przejaw zdrowej rywalizacji, to wątpliwe jest, gdy prowadzi do pogorszenia warunków, na jakich konsumenci mogą zaspokajać swoje potrzeby⁴⁹. Zachwiana zostaje wówczas zasada proporcjonalności. Patent jest źródłem siły rynkowej, w tym nadmiernej, kiedy 1) chroniony nim wynalazek jest jedyny na rynku oraz 2) nie jest możliwe wejście na rynek i utrzymanie się na nim bez wkroczenia w sferę prawa wyłącznego⁵⁰.

W literaturze wskazuje się, iż prawa własności intelektualnej, w tym prawo patentowe, nie są (nie powinny być) narzędziem ochrony absolutnej przed jakąkolwiek działalnością antykonkurencyjną oraz nie wykluczają możliwości pojawienia się na rynku substytutów⁵¹. Za praktyki ograniczające konkurencję uznaje się zatem dążenie do zagwarantowania sobie dominującej pozycji na rynku, np. odmowę udzielenia licencji, nabycie tytułu ochronnego, zawarcie ugody czy sprzedaż wiążaną⁵². Uprawniony z patentu dysponuje prawem wyłącznym ograniczonym tylko do przedmiotu ochrony i nie może czerpać korzyści ze sprzedaży towarów, które tym prawem nie są objęte⁵³.

Czy zatem wykonywanie swojego prawa (tut. prawa z patentu do wynalazku biotechnologicznego) z samego tytułu jego przyznania można uznać za godzące w reguły prawa konkurencji? Wydaje się, że tak, jeśli to prawo jest tak ukształtowane, że już od momentu jego powstania godzi w aksjologiczne podstawy systemu, na podstawie którego można się o nie ubiegać⁵⁴. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznano, iż nadużycia procedur prowa-

⁴⁹ D. MIĄSIK, *op.cit.* s. 85.

⁵⁰ Tamże, s. 113.

⁵¹ J. DREXL, *Is there a „more economic approach” to intellectual property and competition law?*, [w:] *Research handbook on intellectual property and competition law*, red. J. DREXL, Cheltenham 2008, s. 45.

⁵² D. MIĄSIK, *op.cit.*, s. 252.

⁵³ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Picture Mfg. Co.*, 243 US 502 (1917), s. 517-518.

⁵⁴ Przeciwnicy ochrony absolutnej produktu wskazują, iż stanowi ona rażąco wygórowaną nagrodę w stosunku do jego wkładu w stan techniki. Np. H.-P. GÖTTING,

dzącego do uzyskania prawa nie poczytuje się za czerpanie korzyści gospodarczych z dokonanej innowacji. Zachowanie takie jest sprzeczne z interesem publicznym, istotą systemu patentowego, a także efektywnością ekonomiczną⁵⁵. W jaki jednak sposób tłumaczyć okoliczność, że to przepisy prawa same gwarantują taką ochronę, która w ową efektywność godzi? Jak wskazano wyżej, absolutna ochrona wynalazków biotechnologicznych prowadzi do przyznania patentu nawet w sytuacji, gdy „żadna biologiczna funkcja nie jest znana, gdyż w niektórych przypadkach przemysłowe zastosowanie materiału biologicznego może być od takich funkcji niezależne”⁵⁶. Wprawdzie stanowisko jurysprudencji zmierza ku zawężeniu wykładni tych przepisów, jednak nie jest to wystarczający środek zaradczy przy rozpatrywaniu każdej konkretnej sprawy. Szerokie rozumienie wskazanych regulacji prowadzi do sytuacji, w której nie pozwala się wprowadzić na rynek substytutu, a wręcz blokuje dostęp na rynek konkurentom, na którym pierwotnie nie przyznano jej ochrony.

Jak wspomniano wcześniej, prawo konkurencji ma regulować efektywność rywalizacji o dostęp do dóbr występujących w ograniczonych ilościach, co może mieć realnie miejsce także w przypadku dóbr podlegających ochronie poprzez prawa własności intelektualnej, chociażby w braku dalszej dostępności materiału genetycznego w depozycie, kiedy to zdeponowanie było niezbędne w obliczu braku jego powszechnego występowania i niemożności przedstawienia w opisie patentowym, czy po prostu uzyskania wyłączności na materiał biologiczny występujący naturalnie w przyrodzie, chociaż zdolność materiału genetycznego do samoreprodukcji powinna ograniczać jego możliwość wyczerpania.

Wszystkie wyżej wskazane okoliczności prowadzą do pytania, czy zatem prawodawca naruszył równowagę interesów, nie zastosował

Kritische Bemerkungen zum absoluten Stoffschutz, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht» 3-4/2009, s. 256-259.

⁵⁵ Wyrok Sądu z 1 lipca 2010 r. w sprawie T-321/05, AstraZeneca AB.

⁵⁶ H. ŻAKOWSKA-HENZLER, *Wynalazki biotechnologiczne* [w:] *Prawo własności przemysłowej*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, XIV A, red. R. SKUBISZ, Warszawa 2012, s. 278.

zasady proporcjonalności, wypaczył podstawy, jakie przyświecały stworzeniu i utrzymaniu prawa patentowego, godząc w reguły konkurencji, a w konsekwencji sam system wygenerował nową wadliwość rynku, którą miał z założenia zwalczać? Można odnieść wrażenie, że taka jest właśnie konsekwencja wprowadzenia ochrony absolutnej wynalazków biotechnologicznych. Jeśli instrument stworzony przez ustawodawcę sam w sobie jest sprzeczny z rdzeniem systemu, z którego się wywodzi, na ochronę nie zasługuje. Czy jednak aplikant ma ponieść konsekwencje korzystania z uprawnień, które przewiduje ustawa? Odpowiedź na to pytanie może zależeć od tego, czy oddamy prymat pozytywizmowi prawniczemu, który do respektowania ustawy obliguje.

Na marginesie jednak wciąż pojawia się swoista niepewność, czy ta absolutna ochrona będzie zawsze *ab initio* godzić w aksjologię prawa patentowego oraz reguły prawa konkurencji? Nie wiadomo, wszystko zależy bowiem od konkretnego przypadku, chociaż zagrożenie jest wyższe, niż to, które pojawia się przy wynalazkach w innych dziedzinach nauki. Tym samym winno to stanowić wskazówkę dla prawodawcy, by tworzyć takie normy, które są spójne i realizują pewne podstawowe zasady wynikające z norm moralnych oraz są równorzędne we wszystkich przypadkach.

W konsekwencji, jeśli uznamy, że obecnie obowiązująca ochrona wynalazków biotechnologicznych jest za daleko idąca, a także zarazem godząca w system prawa patentowego i efektywność konkurencji, to przy wysokiej nieprzewidywalności stosowanej wykładni w chwili obecnej rekomendować winno się rewizję obowiązujących przepisów.

A FEW REMARKS ON THE AXIOLOGY OF COMPETITION LAW AND PATENT
LAW: THE ABSOLUTE PATENT PROTECTION OF BIOTECHNOLOGICAL
INVENTIONS

Summary

This paper discusses the important issue of the dependence of patent law on competition law, and their relations. The author carries

out a comprehensive analysis of the axiomatic foundations of these two systems. She starts by putting a hypothesis that patent law and competition law are complementary. Both are a remedy for the shortcomings of the market, each in a different, but complementary way acting as tools in a mechanism to stimulate innovation. Subsequently, the paper presents the patent protection of biotechnological inventions, in particular its sensitive aspect, namely the absolute protection of biotechnological inventions. Hence she goes on to discuss various standpoints on the patent protection of biotechnological inventions. In the final part of the article she presents the well-nigh inevitable clash between the absolute protection of biotechnological inventions and the law on protection of competition. The article also shows that competition law is in conflict with the axiological foundations of patent protection, in prejudice to the principle that patent protection is a system envisaged for the benefit of society as a whole and should be established and performed using the principle of proportionality.