

Bartłomiej BIGA*

EKONOMICZNE UZASADNIENIE DOPUSZCZALNOŚCI PRZEŁAMYWANIA MONOPOLU PATENTOWEGO¹

(Streszczenie)

Ochrona własności intelektualnej jest realizowana głównie poprzez monopole prawne. Istnieją jednak okoliczności, w których prawo dopuszcza ich przełamywanie. W obszarze prawa własności przemysłowej są to przymusowe licencje oraz działalność organizacji standaryzacyjnych. Społeczne uzasadnienie istnienia tych wyjątków jest oczywiste. Konieczne jest jednak postawienie pytania o ich ekonomiczne uzasadnienie, gdyż osłabiają one motywację do prowadzenia działalności wynalazczej. W pewnym sensie przeczą więc głównemu celowi istnienia instytucji patentu. Przedmiotem analizy tego artykułu jest instytucja przymusowych licencji – zarówno jej podstawowa forma, której źródłem istnienia są decyzje organów administracyjnych (co ma miejsce głównie w branży farmaceutycznej), jak i wariant związany z ustanawianiem standardów, gdzie genezą obowiązku udzielenia licencji jest działalność organizacji standaryzacyjnych (czego znaczenie jest szczególnie doniosłe w telekomunikacji i informatyce). Przyjętą konwencją badawczą jest ekonomiczna analiza prawa.

Słowa kluczowe: patent; licencje przymusowe; organizacje standaryzacyjne

Klasyfikacja JEL: K11, O34

1. Wstęp

Przedmiotem analizy tego artykułu jest instytucja przymusowych licencji, która przełamuje monopol posiadacza patentu. Poniższe rozważania dotyczą zarówno jej podstawowej formy, której źródłem istnienia są decyzje organów

* Dr, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej, e-mail: bartlomiej.big@uek.krakow.pl

¹ Publikacja została sfinansowana ze środków przyznanych Wydziałowi Gospodarki i Administracji Publicznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, w ramach dotacji na utrzymanie potencjału badawczego.

administracyjnych (co ma miejsce głównie w branży farmaceutycznej), jak i wariant związany z ustanawianiem standardów, gdzie genezą obowiązku udzielenia licencji jest działalność organizacji standaryzacyjnych (czego znaczenie jest szczególnie doniosłe w telekomunikacji i informatyce). Przyjętą konwencją badawczą jest ekonomiczna analiza prawa.

Polski system prawny zna przypadki, w których upoważnienie do korzystania z opatentowanego wynalazku dla osób trzecich może zaistnieć pomimo braku takiej woli po stronie posiadacza patentu. Rozwiązania te są próbą łagodzenia restrykcyjnego systemu prawnej ochrony własności intelektualnej. Mogą one zaistnieć w sytuacji, gdy interes społeczny mógłby doznać rażącego uszczerbku – tj. gdyby był on oceniany jako nieporównywalnie większy niż słusze korzyści płynące dla wynalazcy z posiadanego monopolu. Genezą takiego stanu mogą być zarówno działania samego uprawnionego z patentu, jak i zdarzenia od niego niezależne.

2. Kontrowersyjne kompetencje Urzędu Patentowego

Urząd Patentowy posiada kompetencję, aby w określonych przypadkach udzielać licencji przymusowych. Jest to inwazyjne wkroczenie w sferę praw własności, które znajduje jednak głębokie ekonomiczne uzasadnienie. Patrząc na ten problem z perspektywy ekonomicznej analizy prawa, korzystne może być bowiem zanegowanie w pewnym obszarze prawa własności, jeśli ma to poprawić bilans kosztów i korzyści wynikających z alokacji własności intelektualnej. Nie zmienia to jednak faktu, że takie działania budzą też kategoryczny sprzeciw, którego argumentacja opiera się na liberalnym rozumieniu własności.

Wspomniane zarzuty dotyczą przede wszystkim udzielania licencji przymusowych w sytuacji, gdy Urząd Patentowy stwierdza nadużywanie patentu. Ta przesłanka jest uznawana za najbardziej dyskusyjną, co w połączeniu z nieprecyzyjnymi określeniami w ustawowej definicji nadużywania prawa (z patentu i z licencji)² skutkuje tym, że jest przez przeciwników uznawana za nieakceptowalną na gruncie demokratycznego państwa prawa.

Analizując jednak problem z perspektywy ekonomicznej i społecznej, wnioski nie są już tak jednoznaczne. Z jednej strony bowiem potrzeba łagodzenia reżimu prawnej ochrony wynalazków jest niewątpliwa i to przede wszystkim w tych właśnie sytuacjach, w których ustawa pozwala na udzielanie licencji

² Art. 68 Ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2001 r., nr 49, poz. 508), <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20010490508>, dalej: UPWP.

przymusowych. W obliczu rosnącej liczby obowiązujących patentów daje ona wszakże szansę na ochronę niektórych sektorów przed petryfikacją innowacyjności. Z drugiej jednak strony, odnoszenie się do tak mglistych kategorii jak: „zaspokojenie potrzeb rynku krajowego, zwłaszcza gdy wymaga tego interes publiczny, a wyrób jest dostępny społeczeństwu w niedostatecznej ilości lub jakości albo po nadmiernie wysokich cenach”³ rodzi po stronie uprawnionego z patentu stan niepewności, który znacząco obniża korzyści, jakie przypisuje on posiadaniu patentu. Tak szeroko zakreślona dyskrejonalność nie przynosi też istotnych korzyści po stronie społecznej.

Trzeba jednak też zauważyć, że niemożliwe jest jej wprowadzenie bez odwołania się do klauzul generalnych, które wymuszają istnienie stosunkowo dużych luzów decyzyjnych na wszystkich etapach stosowania prawa. Uprawnione jest więc jedynie postulowanie zmiany przesłanek udzielenia licencji przymusowej w sytuacji nadużywania patentu na bardziej przystające do gospodarki rynkowej, gdzie priorytetem nie jest etatystyczna walka z niedoborem, ale wspieranie rozwoju i innowacyjności.

Licencje przymusowe mogą być także udzielane, gdy jest to konieczne do zapobieżenia lub usunięcia stanu zagrożenia bezpieczeństwa państwa oraz gdy uprawniony z wcześniejszego patentu uniemożliwia, nie godząc się na zawarcie umowy licencyjnej, zaspokojenie potrzeb rynku krajowego przez stosowanie opatentowanego wynalazku (patent zależny), z którego korzystanie wkraczałoby w zakres patentu wcześniejszego⁴.

Przekonanie o przydatności instytucji przymusowych licencji w prawie własności przemysłowej jest dość powszechne⁵. W tej instytucji dostrzega się bowiem ochronę przed zahamowaniem rozwoju w silnie opatentowanych sektorach – naturalnie, pod warunkiem ustalania racjonalnych opłat licencyjnych.

3. Przymusowe licencjonowanie leków

Podstawą do udzielania przymusowych licencji są ustalenia poczynione w czasie negocjacji w Doha w ramach Światowej Organizacji Handlu. Pozwala to chociaż częściowo przewycięzać opór branży farmaceutycznej, który przejawia się nie tylko intensywnym lobbieniem, ale też działaniami z pogrnicza

³ *Ibidem*.

⁴ Art. 82 ust. 1 pkt 1 i 3 UPWP.

⁵ M.in. **P. Tandon**, *Optimal Patents with Compulsory Licensing*, *Journal of Political Economy*, June 1982/90/3, s. 470 i n.

prawa⁶. Przyjmuje się, że państwa mogą na ustalanych przez siebie zasadach przyznawać licencje przymusowe na farmaceutyki i dookreślać, w jakich nadzwyczajnych sytuacjach może do tego dochodzić. Krajom rozwijającym się nie udało się jednak wynegocjować odwrócenia ciężaru dowodów – tzn. przerzucenia go na posiadacza patentu, który musiałby wykazać nielegalność udzielenia – czyli nieziszczenie się przesłanki absolutnej konieczności⁷.

Są jednak autorzy⁸, którzy twierdzą, osłabiony przez przymusowe licencje reżim ochrony własności intelektualnej utrudni rozwój przemysłu farmaceutycznego w krajach rozwijających się⁹. Z tego powodu postulują oni ograniczenie licencji przymusowych do minimum przy jednoczesnym zwiększeniu nakładów publicznych na badania. Argumenty te mogą być przekonujące jedynie w sytuacji, gdy dysproporcja w poziomie rozwoju nie jest duża. Są one jednak zupełnie chybione w obliczu rażących różnic rozwojowych między krajami, które w wielu przypadkach wciąż się pogłębiają. Trudno bowiem oczekiwać, żeby najbardziej zacofane kraje rozpoczynały budowę swojego przemysłu od tak zaawansowanych branż jak farmaceutyczna. Nie można się spodziewać także, aby ich rządy były w stanie subsydiować lokalne badania w tym zakresie na poziomie pozwalającym na konkurowanie z najbogatszymi państwami.

Porozumienie TRIPS¹⁰, co prawda, nie używa określenia „przymusowe licencje”, ale w artykule 31. względnie wyczerpująco reguluje tę kwestię, nazywając ją „zezwoleniem na użycie przedmiotu patentu bez upoważnienia posiadacza praw”. Dopuszczalność tego narzędzia jest warunkowana dokonaniem uprzednich starań o uzyskanie zezwolenia na „rozsądnych warunkach handlowych¹¹. Owo używanie musi mieć ponadto charakter niewyłączny i odbywać się

⁶ N.M. Gewertz, R. Amado, *Intellectual Property and the Pharmaceutical Industry: A Moral Crossroads between Health and Property*, *Journal of Business Ethics* 2004/55/3, s. 306.

⁷ S. Sterckx, *Patents and Access to Drugs in Developing Countries: an Ethical Analysis*, *Developing World Bioethics* 2004/4/1, s. 71.

⁸ B. Lehman, *The Pharmaceutical Industry and the Patent System*, http://users.wfu.edu/mcfallta/DIR0/pharma_patents.pdf, s. 13–14.

⁹ Por. odmiennie C. Chien, *Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?*, *Santa Clara Law Digital Commons*, 1–1–2003, s. 855 i n.

¹⁰ Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (ang. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) – załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) zawarte w 1994 r., <http://www.abc.com.pl/du-akt/-/akt/dz-u-1996-32-143>.

¹¹ Członkowie porozumienia mogą jednak odstąpić od tego wymogu w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa narodowego lub wystąpienia innych okoliczności nadzwyczajnej pilności lub w przypadkach publicznego użycia dla celów niehandlowych. Artykuł 31 b TRIPS.

głównie w celu zaopatrywania rynku wewnętrznego danego państwa. Przy ustalaniu obligatoryjnego wynagrodzenia ma być zaś brana pod uwagę przede wszystkim wartość ekonomiczna konkretnego upoważnienia. Licencje przymusowe muszą też podlegać kontroli sądowej. Co więcej, zasadność każdego upoważnienia winna być rozpatrywana indywidualnie¹².

Kwestia doprecyzowania dopuszczalnego zakresu wprowadzania licencji przymusowych jest niezbędna dla dalszego globalnego ujednociania standardów ochrony własności przemysłowej. Jest to jednak jeden z największych punktów spornych między krajami o różnym stopniu rozwoju gospodarczego. Niewątpliwie wypracowanie w tej kwestii kompromisu będzie niezwykle trudne. Jest on jednak niezbędny i leży w interesie wszystkich zainteresowanych. Z jednej strony da on bogatym państwom większą gwarancję przestrzegania choćby minimalnych standardów ochrony przez kraje trzeciego świata – a z drugiej – pozwoli państwom rozwijającym się złagodzić nieco ów reżim i w efekcie nie narażać się na sankcje. S.M. Ford sugeruje, że interpretacja artykułu 31. TRIPS powinna dostarczyć kompromisowych rozwiązań poprzez wyważenie zakresu zastosowania instytucji przymusowego licencjonowania między szerokimi oczekiwaniami artykułowanymi przez moralistów a wąskimi nadziejami protekcjonistów¹³.

4. Działalność standaryzacyjna

Jednym ze sposobów łagodzenia obecnego restrykcyjnego reżimu ochrony własności intelektualnej są też działania podejmowane w oparciu o formułę **FRAND** (uczciwych, rozsądnych i niedyskryminujących warunków, ang. *fair, reasonable and non-discriminatory terms*). Jej stosowanie w licencjach jest wymuszane przez organizacje standaryzacyjne, których celem jest zapewnienie kompatybilności urządzeń produkowanych przez różne firmy. Podmioty te opracowują normy określające fizyczne i funkcjonalne właściwości sprzętu wykorzystywanego do budowy sieci, sprzętu komunikacyjnego, a także systemów operacyjnych i oprogramowania. W efekcie różni producenci mogą wytwarzać sprzęt i oprogramowanie, które będzie ze sobą kompatybilne właśnie w oparciu o przyjęte standardy.

¹² Artykuł 31 a–j TRIPS.

¹³ S.M. Ford, *Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPS Agreement: Balancing Pills and Patents*, American University International Law Review 2000/15/4, s. 967–968.

Ponieważ wykreowanie jakiegoś standardu o własność intelektualną będącą w posiadaniu jednego z graczy na danym rynku mogłoby doprowadzić do nadmiernego umocnienia jego pozycji, konieczne jest przedstawienie przez niego *a priori* szczegółów technicznych rozwiązania oraz określenie zasad, na jakich będzie udzielał licencji umożliwiających zaadaptowanie nowego standardu w produktach konkurencji. Te deklaracje stanowią istotny element analizy społecznych kosztów i korzyści, która to poprzedza decyzję o ustanowieniu jakiegoś standardu. Modelowo rzecz ujmując, społeczeństwo w efekcie działań organizacji standaryzacyjnych powinno otrzymać produkty od różnych wytwórców, które będą ze sobą kompatybilne.

W ostatnich latach można zauważyć rosnącą liczbę sporów sądowych dotyczących standardów – w tym tak kluczowych dla społeczeństwa informacyjnego, jak kompresja dźwięku MP3, system obrazów JPEG czy używany w telefonii komórkowej standard WCDMA. Procesy te dotyczą głównie patentów określanych jako zasadnicze (ang. *essential*), dla danego standardu, w odniesieniu do których – w przypadku zaistnienia przesłanki nieudzielania licencji na zasadach FRAND – możliwe jest udzielenie licencji przymusowej.

Taka możliwość jest elementem regulaminów wielu organów odpowiedzialnych za standaryzację. Przeważnie wymagają one określania w procesie standaryzacji, które patenty są zasadnicze i najważniejszych warunków udzielania licencji. W praktyce jednak wielu odpowiedzi na szczegółowe pytania – chociażby dotyczących licencji krzyżowych – muszą udzielać sądy. Znacznej części sporów nie udaje się bowiem rozstrzygać na etapie przedsądowej ugody¹⁴.

Patenty, na których opierają się standardy, są bardzo cenne dla ich posiadaczy. Gwarantują one jednak istotne wpływy z umów licencyjnych, których, co prawda, jednostkowa cena nie może być wygórowana, lecz ich wolumen i tak zapewnia wysoki przychód. Nie dla wszystkich przedsiębiorców takie patenty są jednak równie przydatne w realizacji polityki firmy. W oparciu o patenty zasadnicze dla standardów nie sposób bowiem wykluczyć konkurencji z jakiegoś rynku – licencje w formule FRAND są bowiem w zasadzie przymusowe. Jest to sprzeczne z zasadami takich firm jak chociażby Apple Inc., które z założenia nie udzielają licencji na korzystanie z opatentowanych przez nie wynalazków, ale w sporach sądowych żądają zakazu sprzedaży produktów konkurencji, które wykorzystują ich własność intelektualną.

¹⁴ P. Treacy, S. Lawrance, *FRANDly fire: Are Industry Standards Doing More Harm Than Good?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2008/3/1, s. 22–23.

Istotą formuły FRAND jest więc zapobieganie nadużywaniu praw przez posiadaczy patentów, na których opiera się jakiś branżowy standard. Pojawienie się bowiem *ex post* takiej polityki stawiałoby konkurencję w skrajnie niekorzystnej sytuacji, uprawnionemu z patentu dając zbyt mocną pozycję rynkową. Jest to koronny przykład na to, jak inne gałęzie prawa – w tym przypadku prawo konkurencji – są wykorzystywane do redukcji silnej ochrony wynikającej z prawa własności przemysłowej. Konkretnie narzędzia dostarczają chociażby procedury związane z przeciwdziałaniem nadużywaniu pozycji dominującej¹⁵. Sięganie po takie narzędzia jest niewątpliwie potwierdzeniem tezy o zbyt silnym reżimie ochrony patentowej.

5. Dyrektywy interpretacyjne formuły FRAND i RAND

Omawiana formuła występuje często w nieco ograniczonej wersji – tj. RAND, gdzie celowo rezygnuje się z przymiotnika uczciwy (F – ang. *fair*), uznając go za zbyt ogólny i w zasadzie niepoddający się precyzyjnej wykładni. Zakłada się konieczność odnoszenia się przede wszystkim do podstawowych warunków licencji z wykorzystaniem analogii do prawa antymonopolowego. Uczciwe warunki oznaczają więc, że nie mogą być one antykonkurencyjne – przykładowo niedopuszczalna jest sprzedaż wiązana, w wyniku której podmiot byłby zobligowany także do zakupu licencji dotyczących tych wynalazków, którymi nie jest zainteresowany.

Przymiotnik „rozsądne” (ang. *reasonable*) w tym kontekście interpretuje się jako wymóg udzielania licencji niewyłącznych oraz oparcia wszystkich istotnych elementów umów licencyjnych na ważnych, obiektywnych przesłankach. Określenie niedyskryminujące (ang. *non-discriminatory*) implikuje zaś brak możliwości dokonywania swobodnego – tj. nieopartego na obiektywnych przesłankach – wyboru licencjobiorców oraz zakaz arbitralnego różnicowania warunków umów licencyjnych. Wymóg ten jest bardzo różnie interpretowany w Europie i Stanach Zjednoczonych¹⁶.

Nie da się ukryć, że powyższe rozwinięcie poszczególnych członów formuły FRAND w wielu przypadkach może okazać się zbyt ogólne do konkretnego zastosowania. Potrzebne są bardziej precyzyjne dyrektywy pozwalające organom powołanym do rozstrzygania sporów orzekać, co w konkretnych przypadkach

¹⁵ J. Radcliffe, G. Sproul, *FRAND and The Smartphone Wars*, Intellectual Property Magazine 2011/2012, s. 45 i 46.

¹⁶ *Ibidem*.

mieści się w omawianej formule. Można je wyinterpretować z dotychczasowej praktyki. Warto więc oprzeć się na decyzjach sądów w sprawach, w których ustalają one należności za korzystanie z patentu. Klasycznym przykładem jest sprawa *Georgia-Pacific vs United States Plywood*¹⁷, w której sąd dopatrył się naruszenia patentu na dekoracyjne prążkowane sklejki. W wyroku wskazał ponadto 15 czynników, które powinny być brane pod uwagę przy kalkulowaniu racjonalnych należności w kontekście ustalania ewentualnych odszkodowań¹⁸.

Oczywiście wytyczne te nie stanowią jedyne go akceptowalnego katalogu. W praktyce w większości sporów obie strony prezentują odmienne kalkulacje, a następnie przekonują sąd, że ich wariant w tych konkretnych okolicznościach jest bardziej racjonalny. Rozstrzygnięcie następuje natomiast w ramach dyskrecjonalnych kompetencji sądu. Pojawiająca się przez to niepewność z ekonomicznego punktu widzenia jest niewątpliwie kosztem¹⁹ – tym niższym, im uznaniowość sędziowska w danym kraju lepiej realizuje postulaty nowoczesnie pojmowanej dyskrecjonalności.

Pomimo że standaryzacja w wielu branżach jest działaniem nie tyle pożądanym, co koniecznym (dzięki racjonalizowaniu sił rynkowych pozycji poszczególnych graczy przynosi społeczeństwu istotne korzyści – zarówno ekonomiczne, jak i praktyczne), to nie może być ona uważana za uniwersalne rozwiązanie problemów związanych z nadmiernym patentowaniem. Na szereg mitów związanych ze standaryzacją opartą na FRAND zwracają uwagę P. Treacy i S. Lawrence. Autorki te zauważają m.in., iż:

- nie jest możliwe ustanawianie standardów z pominięciem przyznanych już wcześniej patentów i praw autorskich;
- nie jest możliwe nawet zdobycie pełnej wiedzy o wszystkich patentach, które w praktyce mają tworzyć standard;
- często nie jest możliwe unieważnienie lub dokonanie zmian w standardzie²⁰, nawet w przypadku rażącego niewywiązywania się uprawnionego z patentu z obowiązków FRAND;
- nie jest prawdą, jakoby liczba patentów dotyczących stanowiącej standard technologii pozostawała stała lub zmniejszała się;

¹⁷ *Georgia-Pacific Corp. Vs. US Plywood Corp.* 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970).

¹⁸ **A. Layne-Ferrar, A.J. Padilla, R. Schmalensee**, *Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments*, *Antitrust Law Journal* 2007/74/3, s. 679–681.

¹⁹ *Ibidem*, s. 682.

²⁰ Z uwagi na zbyt duże koszty związane chociażby ze zmianą infrastruktury czy procesów produkcyjnych.

- ze względu na powszechny lobbying standardy nie zawsze są rezultatem obiektywnej selekcji grup roboczych mających po prostu wybrać najlepsze technologie;
- FRAND nie powstrzymuje firm od nadmiernego patentowania²¹.

6. Szacowanie wartości patentów i określanie opłat licencyjnych

Fundamentalne znaczenie ma określanie wartości patentów mających stanowić esencję standardu, aby na tej bazie oszacować, jakie postanowienia licencyjne będą mieściły się w formule FRAND. Najpowszechniej akceptowana jest metoda oparta o tradycyjną analizę finansową. To podejście zakłada, że wartość patentu równa się spodziewanym zdyskontowanym korzyściom, wynikającym z wykorzystywania i licencjonowania patentu w warunkach konkurencji wolnorynkowej. Przykładowo: jeśli produkt w całości opiera się na jednym patencie i jego koszt jednostkowy wynosi 4\$, a ma być sprzedawany za 5\$ i przy tej cenie spodziewana sprzedaż wyniesie 100 sztuk, to patent generuje tu 100\$ korzyści, które muszą być jednak zdyskontowane przy użyciu akceptowalnej stopy procentowej.

Naturalnie ten model jest daleko idącym uproszczeniem. Interesującym doprecyzowaniem może być oparcie analizy o wycenę opcji. W tym podejściu kreśli się drzewo decyzyjne uwzględniające alternatywne drogi, które mogą wynikać chociażby z zaistnienia takich kategorii okoliczności, jak licencjonowanie substytutów, rezygnacja z biznesowego wykorzystania produktu przez część odbiorców. Ponadto szacuje się tu prawdopodobieństwo wystąpienia poszczególnych zdarzeń i potencjalne wypłaty w poszczególnych wariantach, które następnie także są dyskontowane²².

Kwestia ta wpisuje się w szerszą problematykę wyceny zasobów niematerialnych przedsiębiorstwa. Podobnie jak w przypadku wyceny całego przedsiębiorstwa nie istnieje jedna obiektywna wartość czynnika materialnego. Ten sam czynnik może mieć różną wartość w zależności od tego, z jakiej perspektywy dokonywana jest jego wycena. Wartość czynników niematerialnych wynika z kolektywnego oddziaływania wielu czynników, które można sklasyfikować do trzech grup:

- podstawowe własności i status czynnika (np. unikatowość, zakres ochrony prawnej, podatność na kopiowanie),

²¹ P. Treacy, S. Lawrence, *op. cit.*, s. 23–24.

²² A. Layne-Ferrar, A.J. Padilla, R. Schmalensee, *op. cit.*, s. 675–676.

- potencjał zastosowań rynkowych (np. potencjalny popyt na produkt, osiągnięta premia cenowa),
- kompetencje, zamiary i zasoby firmy dla wykorzystania czynnika (np. skala możliwości komercjalizacji czynnika, możliwość kontrolowania potencjalnych nieuczciwych naśladowców, powiązania ze strategią firmy – możliwość zastosowania do tworzenia barier wejścia, wiedza rynkowa, dostęp do źródeł finansowania)²³.

Przeprowadzenie wyceny wymaga uprzedniego określenia standardu wartości, czyli wskazania perspektywy, z jakiej jest dokonywana. Przykładowe standardy wartości to: godziwa wartość rynkowa, wartość rynkowa, wartość dla właściciela czy wartość inwestora²⁴. Generalnie metody pomiaru klasyfikacji mogą być oparte na kapitalizacji rynkowej albo o zwrot na aktywach, bądź wykorzystywać bezpośredni pomiar albo karty punktowe. Do szczególnie popularnych metod w tym zakresie można zaliczyć metodę KCE (dochodów z kapitału wiedzy) Barucha Leva oraz metodę strumieni własności intelektualnej. Ich opis wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

Komisja Europejska, koncentrując się na kwestii ewentualnych sporów o wysokość opłat licencyjnych, proponuje natomiast, aby rozstrzygnięcie opierało się po prostu na odniesieniu do ekonomicznej wartości patentu. Jest to postulat odrzucenia metody kalkulacji opartej na kosztach stworzenia wynalazku jako trudnej do weryfikacji i nierynkowej. Za lepsze uważa się porównywanie z wysokością opłat licencyjnych przed ustanowieniem standardu – z uwzględnieniem wagi poszczególnych zastrzeżeń dla rozwijanego standardu – z innymi objętymi standardem technologiami²⁵.

7. Perspektywa ekonomicznej analizy prawa

W konwencji ekonomicznej analizy prawa fundamentalne znaczenie ma jednak podejście, które w centrum rozważań stawia efektywność społeczną. W tym kontekście niezwykle owocne może być obserwowanie zachowań poszczególnych podmiotów już na etapie poprzedzającym ustanawianie standardu i w trakcie niego. Ma wtedy bowiem miejsce wzmożona konkurencja między technologiami poszczególnych firm o to, czyje rozwiązanie będzie kanwą

²³ **G. Urbanek**, *Kompetencje a wartość przedsiębiorstwa. Zasoby niematerialne w nowej gospodarce*, Warszawa 2011, s. 105.

²⁴ **R. Reilly, R. Schweihs**, *Valuing Intangible Assets*, New York 1999, s. 59.

²⁵ **J. Radcliffe, G. Sproul**, *op. cit.*, s. 46.

nowego standardu. Obserwacja współzawodnictwa z perspektywy *ex ante* może być więc wykorzystana jako benchmark wyznaczający, czego spodziewać się *ex post*²⁶. Organizacje standaryzujące na etapie wyboru rozwiązania urządzają w istocie aukcję, na której posiadacze praw do poszczególnych rozwiązań prezentują swoje oferty, a wybrana zostaje ta, która pozwoli w dalszej perspektywie produkować przy najniższych kosztach²⁷.

Obok zaprezentowanego wyżej podejścia, opartego o konkurencję, efektywne ustalanie cen, brak współpracy i zasadę zwycięzca bierze wszystko istnieje też koncepcja nawiązująca do teorii gier z mechanizmem kompensacji, która wprost nawiązuje do potocznie pojmowanej zasady uczciwości. Uczestnik wyścigu o standard ma w niej zapewnione pewne korzyści nawet w wypadku przegranej, o ile jego wkład w ostateczny kształt standardu zwycięskiego był odpowiedni.

Pomimo że te warianty tak istotnie się różnią, to wnioski z nich płynące są w pryncypialnych kwestiach zbieżne. Po pierwsze, zgodnie wskazują, że przy kalkulowaniu kosztów i korzyści fundamentalne znaczenie ma skala występowania substytutów. Po drugie, intensywność rywalizacji o standard jest wprost proporcjonalna do wartości tworzących go patentów²⁸.

8. Zakończenie

Podsumowując, w analizie kosztów i korzyści przymusowego licencjonowania i funkcjonowania zasady FRAND najistotniejsza jest kwestia związana z mogącymi się pojawić sporami sądowymi. Godnym rozważenia pomysłem na minimalizację ryzyka ich wystąpienia – a więc tym samym kosztów i stanu niepewności – jest propozycja, aby ekstrapolować pewne elementarne zasady europejskiego prawa konkurencji na inne regulacje międzynarodowe.

Ubieganie się o uczynienie jakiegoś rozwiązania standardem byłoby wtedy równoznaczne ze zobowiązaniem uprawnionego z patentu do zachowania daleko idącej transparentności w polityce udzielania licencji tak, aby potencjalni licencjobiorcy mieli dostęp do szerokiej informacji związanej z polityką licencyjną. Co więcej, wiązałoby się to z odejściem od opłat opartych na partycypowaniu

²⁶ A. Layne-Farrar, A. J. Padilla, R. Schmalensee, *op. cit.*, s. 685.

²⁷ *Ibidem*, s. 686.

²⁸ *Ibidem*, s. 700–701.

w przychodach uzyskiwanych przez licencjobiorcę na rzecz względnie jednolitych opłat za dostęp do danej technologii²⁹.

W praktyce rola patentów będących podstawą standardów często jest jednak drugorzędna w walce o pozycję rynkową. Dobrym przykładem jest rynek przenośnej elektroniki użytkowej – smartphonów, tabletów i ultrabooków. Najwięksi gracze, którzy posiadają rozbudowane portfolio patentowe, mają świadomość, że ze względu na formułę FRAND ich pozycja w sporach sądowych objętych jej zakresem przedmiotowym jest bardzo słaba. Dlatego przedsiębiorcy ci zwykle przyjmują strategię zdobycia i utrzymania „kluczowego, centralnego obszaru” jakiejś funkcjonalności czy właściwości, którą konsumenci uważają za istotną. W kontekście rywalizacji z konkurentami skupiają się natomiast na sporach o naruszanie innych niż objętych formułą FRAND patentów³⁰.

W kontekście standaryzacji warta rozważenia jest także możliwość odpłatnego przejmowania patentów przez państwo lub właściwy organ międzynarodowy i umieszczania ich w domenie publicznej. Pomysł ten może być zrealizowany zarówno w wariantcie zakładającym bezpłatny dostęp wszystkich zainteresowanych danymi rozwiązaniami, jak i w wersji opartej o płatne licencje, którymi zarządzałby jednak podmiot niebędący jednym z graczy rynkowych. Dzięki temu obawy o brak realizacji zasad FRAND byłyby znacznie mniejsze.

Co więcej – nawet wariant bezlicencyjny, choć generujący znaczne koszty, mógłby zostać zaakceptowany, gdyż pozwala on w sposób bardzo prosty, bezpośredni i skuteczny wspierać dyfuzję innowacji, na co przecież rządy przeznaczają w skali globalnej ogromne środki finansowe. Ponadto prowadziłoby to do obniżenia skali – a tym samym i kosztów – sporów sądowych związanych z dostępem do patentów stanowiących esencję standardów, których istotną część ponoszą przecież budżety państw. W tym kontekście na podkreślenie zasługuje także fakt, że bezsporne wydaje się być istnienie pewnych kategorii interesu społecznego, którym prawo powinno przyznawać wyższy priorytet niż interesom gospodarczym przedsiębiorców.

Licencje przymusowe nie są oczywiście rozwiązaniem niegenerującym żadnych kosztów. Naturalne jest to, że obniżają one poziom zachęty dla wynalazców poprzez wprowadzenie ryzyka, że w pewnych okolicznościach ich prognozowane korzyści mogą być istotnie uszczuplone. Dzięki uzupełnieniu tej instytucji o mechanizmy przeciwdziałające przeradzaniu się dyskrecjonalnych uprawnień w dowolność czy precyzyjne zakreślenie górnego limitu

²⁹ P. Treacy, S. Lawrance, *op. cit.*, s. 27–28.

³⁰ J. Radcliffe, G. Sproul, *op. cit.*, s. 47.

zakresu przymusowych licencji możliwe jest jednak zminimalizowanie tego negatywnego wpływu. Im większa bowiem w tym zakresie przewidywalność, tym bilans kosztów i korzyści istnienia przymusowych licencji jest korzystniejszy. Naturalnie, kwestią otwartą, wymagającą rzetelnej debaty jest odpowiedź na pytanie, na ile praktyka przymusowego licencjonowania ma być w konkretnych branżach powszechna.

Bibliografia

Akty prawne

Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (ang. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) – załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO) zawarte w 1994 r.
Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2001 r., nr 49, poz. 508).

Opracowania

- Chien Colleen**, *Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?*, Santa Clara Law Digital Commons, 1–1–2003.
- Ford Sara M.**, *Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPS Agreement: Balancing Pills and Patents*, American University International Law Review 2000/15/4, s. 941–974.
- Gewertz Nevin M., Amado Rivka**, *Intellectual Property and the Pharmaceutical Industry: A Moral Crossroads between Health and Property*, Journal of Business Ethics 2004/55/3, s. 295–308.
- Layne-Ferrar Anne, Padilla Jorge A., Schmalensee Richard**, *Pricing Patents for Licensing in Standard-Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments*, Antitrust Law Journal 2007/74/3, s. 672–688.
- Lehman Bruce**, *The Pharmaceutical Industry and the Patent System*, http://users.wfu.edu/mcfallta/DIR0/pharma_patents.pdf
- Radcliffe Jonathan, Sproul Gillian**, *FRAND and The Smartphone Wars*, Intellectual Property Magazine 2011/2012.
- Reilly Robert F., Schweihs Robert P.**, *Valuing Intangible Assets*, McGraw-Hill, New York 1999.
- Sterckx Sigrid**, *Patents and Access to Drugs in Developing Countries: an Ethical Analysis*, Developing World Bioethics 2004/4/1, s. 58–75.
- Tandon Pankaj**, *Optimal Patents with Compulsory Licensing*, Journal of Political Economy 1982/90/3, s. 470–486.
- Treacy Pat, Lawrance Sophie**, *FRANDly fire: Are Industry Standards Doing More Harm Than Good?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2008/3/1, s. 22–29.
- Urbanek Grzegorz**, *Kompetencje a wartość przedsiębiorstwa. Zasoby niematerialne w nowej gospodarce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

Bartłomiej BIGA

ECONOMIC JUSTIFICATION OF POSSIBILITY TO LIMIT PATENT MONOPOLY

(S u m m a r y)

The protection of intellectual property is mainly realized with legal monopolies. There are some circumstances, when law gives the permission to exclusion. In the area of industrial property law there are compulsory licenses and the activity of standardization organizations. The social grounds of their existence is obvious. However, it is necessary to indicate their economic legitimacy, because they weaken the motivation for inventive activity. Therefore, compulsory licences and the activity of standardization organizations could deny the fundamental purpose of patent existence. The aim of this text is to analyse compulsory licences – both their basic form, which is created by decisions of administrative authorities (mostly in pharmaceutical branch), and the variant, where the compulsory license is the result of the standardization organization activity (it appears in telecommunication and informatics). This research is made within law and economics framework.

Keywords: patent; compulsory licenses; standardization organizations