

DOI: 10.18559/SOEP.2016.6.5

Miłosz Malaga

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji,
Katedra Prawa Europejskiego
m.malaga@amu.edu.pl

TROLLE NA PODZIELONYM RYNKU. PATENT EUROPEJSKI O JEDNOLITYM SKUTKU A RYNEK WEWNĘTRZNY I PRAWO KONKURENCJI¹

Streszczenie: Celem artykułu była identyfikacja wyzwań związanych z wejściem w życie systemu jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej (tj. patentu europejskiego o jednolitym skutku). Wbrew nazwie, system ten będzie miał nie-jednolitą formę prawną (ustanowiony zostanie na podstawie dwóch rozporządzeń – źródła prawa unijnego oraz umowy międzynarodowej) i terytorialną (wskutek zastosowania procedury wzmocnionej współpracy nie będzie obowiązywał w Hiszpanii, a jego skuteczność będzie ograniczona we Włoszech i najprawdopodobniej w Polsce). Przyjęcie takich rozwiązań może implikować istotne wyzwania dla funkcjonowania rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, gdyż trudno będzie ustalić, jakie przepisy prawa unijnego (zwłaszcza regulujące swobodę przepływu towarów) znajdą zastosowanie do działań podmiotów uprawnionych z patentu europejskiego o jednolitym skutku. Rodzi to fundamentalne pytanie o pewność prawa, a w konsekwencji: pewność obrotu gospodarczego w Unii. Drugą istotną kwestią jest wyzwanie, jakie niesie dla prawa konkurencji reżim językowy (patenty będą przyznawane w języku angielskim, niemieckim lub francuskim i nie będą tłumaczone na inne języki państw członkowskich, w których będą obowiązywały) oraz system rozwiązywania sporów, przyjęte w ramach jednolitej ochrony patentowej. W związku z tym w niniejszym artykule podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy taka konstrukcja systemu nie ustanowi warunków dla rozwoju negatywnego zjawiska trollingu patentowego w Unii Europejskiej, co w długim okresie może prowadzić do obniżenia konkurencyjności gospodarki unijnej.

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/11/N/HS5/04211.

Słowa kluczowe: patent europejski o jednolitym skutku, rynek wewnętrzny, swoboda przepływu towarów, trolling patentowy, prawo konkurencji, prawo Unii Europejskiej, prawo własności intelektualnej.

Klasyfikacja JEL: K39.

TROLLS ON A DIVIDED MARKET. EUROPEAN UNITARY PATENT FACING THE EUROPEAN UNION INTERNAL MARKET AND COMPETITION LAW

Abstract: The aim of this contribution is to identify the particular challenges deriving from introduction of the unitary patent protection system in the European Union (i.e. the European patent with unitary effect). Contrary to its name, the system will have a non-unitary legal shape (since it will be established by two Regulations – sources of the EU law and an international agreement), as well as territorial shape (due to employing the enhanced cooperation procedure, it will not be effective in Spain and only partially effective in Italy and Poland). Adopting such solutions might imply significant challenges for the functioning of the internal market of the European Union, as it will be very difficult to determine the actually applicable provisions of the EU law, especially those concerning free movement of goods, to the actors holding unitary patents. This brings up the question of the legal certainty and stability of economic undertakings in the Union. The second important problem follows firstly, the transitory regime of the unitary patent system: patents will be granted only in English, German or French and will not be translated any further, and secondly, the dispute settlement mechanism, adopted within the unitary patent system. Consequently, this contribution aims to answer whether such a legal construction might attract patent trolls entering the Union's market. The latter might in the long run negatively affect the EU's economy and its competitiveness on the global market.

Keywords: European patent with unitary effect, internal market, free movement of goods, patent trolling, competition law, European Union law, intellectual property rights.

Wstęp

Po wielu latach niepowodzeń i trudnych negocjacji coraz bardziej prawdopodobne staje się wejście w życie systemu jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej. Systemowi temu nadano w ostatnich miesiącach ostateczną formę prawną, a jego wprowadzenie zależy już wyłącznie od woli

politycznej części państw członkowskich UE. Niemniej, od kiedy poznamy kształt patentu europejskiego o jednolitym skutku, staje się on przedmiotem uzasadnionej krytyki ze strony zarówno doktryny, jak i praktyków.

W krytyce tej brak jednak dotychczas głębszej analizy dwóch problemów, które, choć na pierwszy rzut oka wydają się niezwykle szczegółowe, to mogą warunkować kwestie o fundamentalnym znaczeniu, jak innowacyjność i konkurencyjność gospodarki Unii Europejskiej. Pierwszym z tych problemów jest kwestia wpływu wprowadzenia patentu europejskiego o jednolitym skutku na rynek wewnętrzny i możliwość stosowania względem uprawnionych z tego patentu przepisów o swobodzie przepływu towarów. Należy bowiem pamiętać, że to rynek wewnętrzny stanowi istotę integracji gospodarczej w ramach Unii, a swoboda przepływu towarów jest chyba najmocniejszym pod względem zarówno prawnym, jak i ekonomicznym jego fundamentem. Drugi problem to możliwy wpływ wprowadzenia patentu europejskiego o jednolitym skutku na pojawienie się nowych form nadużywania praw własności intelektualnej, gdzie najgroźniejszy wydaje się tzw. trolling patentowy.

W związku z powyższym celem niniejszego artykułu było przybliżenie dwóch wyżej zasygnalizowanych problemów i omówienie ich z perspektywy dogmatyczno-prawnej, otwartej jednak na kontekst i analizę ekonomiczną. Uwzględnienie tej ostatniej wydaje się w niniejszym przypadku niezbędne, stąd celem niniejszego artykułu było również wykazanie konieczności prowadzenia dalszych badań ekonomicznych nad zasygnalizowanymi problemami.

Do realizacji tak przyjętego celu przyjęto następującą strukturę artykułu. W pierwszej części problemowo omówiono instytucję patentu europejskiego o jednolitym skutku. W części drugiej przybliżono pojęcia rynku wewnętrznego i swobody przepływu towarów w odniesieniu do harmonizacji w ramach prawa unijnego, by następnie odnieść je do systemu jednolitej ochrony patentowej. Trzecią część artykułu poświęcono omówieniu problemu trollingu patentowego, ze szczególnym uwzględnieniem wpływu, jaki na rozwój tej praktyki może wyrzucić wprowadzenie patentu europejskiego o jednolitym skutku.

1. Patent europejski o jednolitym skutku

Charakterystyka ogólna

Idea wprowadzenia do wspólnotowego porządku prawnego patentu, który wywierałby taki sam (jednolity) skutek we wszystkich państwach członkowskich, sięga lat 50. i 60. XX wieku. Wówczas Francja zaproponowała przyjęcie dwóch

aktów prawnych. Pierwszym aktem, z 1973 roku, była Konwencja o udzielaniu patentów europejskich, ustanawiająca patent europejski udzielany przez Europejski Urząd Patentowy. Konwencja ta jest umową międzynarodową i jako taka nie stanowi części porządku prawa Unii Europejskiej. Stronami Konwencji są wszystkie państwa członkowskie UE, ale również inne państwa europejskie. Warto pamiętać, że patenty europejskie stanowią tzw. wiązkę patentów krajowych. Oznacza to, że aby patent udzielony przez Europejski Urząd Patentowy miał moc wiążącą w danym państwie, musi on być przetłumaczony i walidowany w urzędzie patentowym tego państwa. W ten sposób patent europejski materialnie niczym nie różni się od patentu krajowego, wchodząc do wewnętrznego porządku prawnego na tych samych zasadach.

Natomiast w ramach Unii (wówczas: Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej) zaplanowano ściślejszą harmonizację prawa ochrony wynalazków: powstać miał patent wspólnotowy, który we wszystkich państwach członkowskich wywierałby taki sam (jednolity) skutek, tzn. mógłby zostać przyznany, ograniczony, przeniesiony, unieważniony lub wygasnąć tylko w odniesieniu do wszystkich państw członkowskich. Innymi słowy, zapewniałby jednolitą ochronę patentową na terenie całej Wspólnoty. Instrumentem jego wejścia w życie nie byłaby już umowa międzynarodowa, ale akt prawa unijnego. Prace nad utworzeniem patentu wspólnotowego przez długi czas nie mogły zostać ukończone, a główną przeszkodą w osiągnięciu porozumienia okazała się kwestia tłumaczeń zastrzeżeń i opisu patentu [Troncoso 2013]. Z jednej strony podnoszono, że tłumaczenie patentu na wszystkie języki urzędowe Wspólnoty powoduje wzrost kosztów uzyskania patentu. Z drugiej, że patent nie może obowiązywać w danym państwie w języku innym niż język urzędowy tego państwa, ponieważ ogranicza to pewność co do prawa. Kwestia ta została omówiona poniżej.

Na skutek komplikacji i kontrowersji towarzyszących wprowadzaniu w życie systemu jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej obecna propozycja przybrała niejednolitą formę prawną tzw. pakietu patentowego, w którego zakres wchodzi:

- Decyzja Rady nr 2011/167/UE z dnia 10 marca 2011 roku w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej,
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1257/2012 z dnia 17 grudnia 2012 roku wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej,
- Rozporządzenie Rady nr 1260/2012 z dnia 17 grudnia 2012 roku wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego

systemu ochrony patentowej w odniesieniu do mających zastosowanie ustaleń dotyczących tłumaczeń,

- Umowa o Jednolitym Sądzie Patentowym oraz jego statut (dalej również: umowa o JSP).

Warto podkreślić, że system jednolitej ochrony patentowej wprowadzany jest za pomocą procedury wzmocnionej współpracy, w ramach której część państw członkowskich Unii (co najmniej dziewięć) może wystąpić z wnioskiem o wprowadzenie danego aktu prawa unijnego, który będzie obowiązywał jedynie w tej części państw [Lenaerts i Van Nuffel, 2011; Ullrich 2012a; 2012b; 2013]. Aktami prawnymi wprowadzonymi w ramach tej procedury są rozporządzenia wymienione powyżej. System rozwiązywania sporów wynikających na tle jednolitej ochrony patentowej ustanowiony ma być za pomocą umowy międzynarodowej o Jednolitym Sądzie Patentowym, której stronami będą wszystkie państwa członkowskie uczestniczące we wzmocnionej współpracy. Stroną umowy nie będzie natomiast sama Unia. Poza wieloma zależnościami natury materialnoprawnej, od wejścia w życie umowy o Jednolitym Sądzie Patentowym zależy również rozpoczęcie stosowania wymienionych wyżej dwóch rozporządzeń. Weszły one już bowiem w życie, natomiast ich skuteczność jest „zawieszona” do czasu ratyfikacji i wejścia w życie wspomnianej umowy międzynarodowej [Nowicka i Skubisz 2013]. Problem niejedności prawnej i terytorialnej systemu omówiono dokładniej poniżej.

Należy zaznaczyć, że celem niniejszego artykułu nie jest całościowa charakterystyka systemu jednolitej ochrony patentowej². Niemniej, dla dyskusji na temat możliwego wpływu patentu europejskiego o jednolitym skutku na rynek wewnętrzny UE i zjawisko *trollingu* patentowego konieczne jest problemowe omówienie niektórych aspektów tego systemu.

Niejedność prawna i terytorialna systemu

Pierwszą istotną z punktu widzenia niniejszego artykułu cechą systemu jednolitej ochrony patentowej jest jego niejedność. Po pierwsze, system ten jest niejednolity pod względem prawnym, ponieważ jest wprowadzany za pomocą czterech aktów prawnych różnej natury i pochodzących z różnych porządków. Trzy pierwsze wspomniane akty prawne (decyzja Rady oraz dwa rozporządzenia) są aktami prawa Unii Europejskiej. Natomiast czwarty element systemu, tj. umowa ustanawiająca Jednolity Sąd Patentowy, jest aktem prawa międzynarodowego: umową zawartą przez państwa

² Więcej na ten temat: H. Ullrich [2012b] i A. Nowicka [2011].

zaangażowane w system jednolitej ochrony patentowej, która formalnie nie ma nic wspólnego z prawem Unii Europejskiej.

Jak wcześniej wspomniano, rozporządzenia unijne są związane z umową o Jednolitym Sądzie Patentowym w sposób formalny, ponieważ rozpoczęcie ich stosowania zależy od wejścia w życie tej umowy. Co więcej, to w umowie ustanawiającej JSP ustalono sposób rozwiązywania sporów i dochodzenia roszczeń powstałych na podstawie wspomnianych rozporządzeń, będących materialnym prawem Unii Europejskiej.

Niemniej, związek między rozporządzeniami ustanawiającymi system jednolitej ochrony patentowej a umową o Jednolitym Sądzie Patentowym ma również charakter materialny. Mianowicie to umowa, a nie rozporządzenie, ustanawia w art. 25-27 uprawnienia przysługujące „właścicielowi” patentu. Pierwotnie uregulowania te miały się znaleźć w Rozporządzeniu nr 1257/2012, niemniej pod koniec prac nad systemem zdecydowano się przenieść je do umowy o JSP [Wadlow 2013], aby to ten sąd, a nie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, właściwy był do orzekania o tych uprawnieniach [Xenos 2013]. Podkreślenia wymaga fakt, że katalog uprawnień przysługujących z patentu stanowi istotę tego prawa.

W związku z powyższym należy pamiętać, że poza decyzją Rady (o której poniżej) do odtworzenia treści materialnych uprawnień i obowiązków wynikających z systemu konieczna jest wykładnia wszystkich wspomnianych trzech aktów prawnych łącznie.

Istotniejszy z punktu widzenia niniejszego artykułu wydaje się kolejny aspekt niejednorodności systemu jednolitej ochrony patentowej, którym jest aspekt terytorialny. Okazuje się bowiem, że system nie będzie obowiązywał w całej Unii Europejskiej, a w niektórych państwach członkowskich obowiązywać może tylko częściowo [Lamping 2011]. Co więcej, owa niejednorodność terytorialna ma charakter dwuwymiarowy.

Po pierwsze system jednolitej ochrony patentowej wprowadzany jest w ramach procedury wzmocnionej współpracy. Jak już wspomniano, wzmocniona współpraca (uregulowana art. 20 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 326 i nast. Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)) umożliwia wprowadzenie danego aktu prawa unijnego w części państw członkowskich, zostawiając pozostałe poza terytorialnym zakresem zastosowania tego aktu [Herlin-Karnell 2012]. W wypadku systemu jednolitej ochrony patentowej, we wzmocnionej współpracy uczestniczą wszystkie państwa członkowskie poza Hiszpanią, Włochami (które odmówiły przystąpienia do wzmocnionej współpracy) oraz Chorwacją (ponieważ wzmocniona współpraca została podjęta przed przystąpieniem tego kraju

do UE). Warto pamiętać, że wzmocniona współpraca pozostaje otwarta dla państw w niej nieuczestniczących, niemniej jednak przynajmniej w wypadku dwóch pierwszych państw wątpliwa jest zmiana stanowiska w tej kwestii.

Skutkiem nieuczestniczenia we wzmocnionej współpracy jest to, że dany akt prawny nie wchodzi w życie względem terytorium danego państwa i w nim nie obowiązuje. Należy jednak zauważyć, że obywatele włoscy czy hiszpańscy będą mogli być beneficjentami systemu i korzystać z jednolitej ochrony patentowej w państwach uczestniczących we współpracy. Natomiast każdy, kto będzie chciał uzyskać patent na wynalazek w jednym z tych państw, będzie musiał zrobić to według dotychczas obowiązujących reguł – a więc uzyskać patent krajowy lub patent europejski i następnie walidować go w tych krajach.

Drugi „wymiar” niejednorodności terytorialnej systemu jednolitej ochrony patentowej wynika z zasygnalizowanej wyżej niejednorodności prawnej patentu. Mianowicie dla rozpoczęcia stosowania rozporządzeń materialnoprawnych konieczne jest wejście w życie umowy o JSP. To z kolei warunkowane jest ratyfikacją umowy przez przynajmniej trzynaście państw uczestniczących we wzmocnionej współpracy, w której to grupie znaleźć się muszą Niemcy, Francja oraz Zjednoczone Królestwo.

Możliwy jest zatem scenariusz, w którym nie wszystkie państwa zaangażowane we wzmocnioną współpracę dokonują ratyfikacji umowy. Dotychczas (stan na 25 marca 2015 roku) ratyfikacji dokonało sześć państw. Natomiast aktu podpisania umowy (koniecznego przed jej ratyfikacją) dokonały wszystkie państwa członkowskie Unii, z wyjątkiem Hiszpanii, Polski i Chorwacji. W związku z tym bardzo prawdopodobne jest, że przynajmniej Hiszpania i Polska nie dokonają ratyfikacji umowy o JSP. Jeśli założyć, że umowa ta wejdzie w życie, rozpocznie się również stosowanie rozporządzeń materialnoprawnych w każdym z państw zaangażowanych we wzmocnioną współpracę, w tym w Polsce. Niemniej, jeśli Polska nie ratyfikuje umowy o JSP, stosowanie tych rozporządzeń w tym kraju nie będzie sprzężone z obowiązywaniem części postanowień materialnoprawnych zawartych w umowie o JSP ani z możliwością dochodzenia roszczeń wynikających z patentu o jednolitym skutku.

Z innej strony warto zwrócić uwagę na przypadek Włoch, które nie uczestniczą we wzmocnionej współpracy (więc względem tego państwa nie wejdą w życie omówione wyżej rozporządzenia ustanawiające patent o jednolitym skutku), ale podpisały one umowę o JSP.

Wobec powyższego, prawdopodobne jest występowanie czterech różnego rodzaju przypadków, wynikających z niejednorodności terytorialnej systemu:

- 1) w przypadku większości państw członkowskich UE mamy do czynienia z uczestnictwem we wzmocnionej współpracy oraz można założyć ratyfikację umowy o JSP,
- 2) Hiszpania ani nie uczestniczy we wzmocnionej współpracy, ani nie ratyfikuje umowy o JSP,
- 3) Włochy nie uczestniczą we wzmocnionej współpracy, ale ratyfikują umowę o JSP,
- 4) Polska uczestniczy we wzmocnionej współpracy, ale nie ratyfikuje umowy o JSP.

W takim układzie należy postawić pytanie o implikacje, jakie niejednolitość systemu jednolitej ochrony patentowej może wywierać zarówno dla skuteczności tego systemu, jak i dla stosowania innych przepisów prawa, mogących stać w konflikcie z tym systemem. Problem ten poruszono w drugiej części artykułu.

System językowy

Jak wyżej zaznaczono, kwestia tłumaczeń patentu wspólnotowego (patentu europejskiego o jednolitym skutku) niemal od zawsze stanowiła fundamentalny problem, z powodu którego nie udawało się wprowadzić patentu o jednolitym skutku do unijnego porządku prawnego. Oś systemu językowego patentu w obecnie proponowanym kształcie wyznacza art. 3 ust. 1 Rozporządzenia nr 1260/2012, według którego patent europejski o jednolitym skutku udzielany jest w języku angielskim, francuskim lub niemieckim i nie wymaga się dalszych jego tłumaczeń.

Takie rozwiązanie jest istotnym odstępstwem od dotychczas obowiązujących reguł, według których dla obowiązywania danego patentu w określonym państwie konieczne było jego przetłumaczenie na język urzędowy tego państwa. To tłumaczenie stanowi oficjalną wersję wyznaczającą zakres ochrony przysługującej z patentu. Wobec rezygnacji z tej zasady podmioty z państw, w których obowiązują inne języki urzędowe niż angielski, niemiecki i francuski, zostaną *de facto* pozbawione możliwości zapoznania się z zakresem ochrony danego patentu europejskiego o jednolitym skutku [Nowicka 2011, s. 101]. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że dla wyznaczenia tego zakresu potrzebna jest nie tyle ogólna znajomość danego języka obcego, ile także znajomość terminologii prawniczej i technicznej. W przypadku zastrzeżeń patentowych ustalenie znaczenia każdego użytego wyrazu ma doniosłe znaczenie dla ustalenia zakresu ochrony patentowej – a przez to zakresu swobody działania pozostałych podmiotów w obrocie gospodarczym.

Omawiane rozwiązanie jest odpowiedzią autorów projektu na zarzut, że obecnie uzyskanie ochrony patentowej w państwach Unii Europejskiej jest zbyt drogie – przede wszystkim z powodu obowiązku przedłożenia tłumaczeń patentu na języki urzędowe każdego z państw. Należy jednak podkreślić, że przyjęcie tego rozwiązania nie spowoduje zniwelowania kosztów tłumaczeń, a jedynie przeniesienie ich ze zgłaszających lub uprawnionych na pozostałych uczestników obrotu. Wobec przyjęcia takiego kształtu systemu tłumaczeń to oni będą musieli na własny koszt ustalać zakres danego patentu, opisanego w języku obcym, albo funkcjonować w obrocie, mając nadzieję, że obowiązującego patentu nie naruszają. Przyjęcie takiego rozwiązania, któremu towarzyszy wzrost niepewności obrotu gospodarczego oraz nieświadczenia prawa, może doprowadzić nie tylko do braku zmniejszenia tak krytykowanych kosztów związanych z funkcjonowaniem systemu ochrony patentowej, ale wręcz do ich mnożnikowego zwiększenia. Co więcej, ponoszone one będą wyłącznie przez przedsiębiorców unijnych, co bezpośrednio wynika z zasady terytorialności praw własności intelektualnej.

2. Rynek wewnętrzny Unii Europejskiej

Rynek wewnętrzny i swoboda przepływu towarów

Pierwszym analizowanym w niniejszym artykule problemem szczegółowym, związanym z przyszłym funkcjonowaniem systemu jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej, jest pytanie o implikacje, jakie niesie ze sobą omówiona wyżej niejednorodność terytorialna systemu dla stosowania przepisów o swobodzie przepływu towarów względem podmiotów wykonujących swoje uprawnienia wynikające z patentu europejskiego o jednolitym skutku.

Definicję legalną rynku wewnętrznego ustanawia art. 26 ust. 2 TFUE, według którego „[r]ynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów”. Wspomniane swobody ustanowione zostały w traktatach, a ich przepisy znajdują zastosowanie w przypadkach nieobjętych harmonizacją prawa krajowego za pomocą prawa pochodnego Unii Europejskiej (tj. rozporządzeń, dyrektyw i decyzji). Innymi słowy, traktatowe przepisy ustanawiające swobody mają charakter ogólny i nie mogą być powoływane w przypadkach objętych już harmonizacją w ramach prawa unijnego. Dzieje się tak, ponieważ

przyjmuje się, że prawo pochodne jest zgodne i spójne z ww. swobodami [Gormley 2011].

Ogólną podstawą prawną dla harmonizacji w ramach rynku wewnętrznego jest art. 114 TFUE. Także system jednolitej ochrony patentowej wdrażany jest w ramach harmonizacji rynku wewnętrznego, a szczególną podstawę prawną stanowi w tym wypadku art. 118 TFUE.

W odniesieniu do patentu europejskiego o jednolitym skutku najistotniejsza jest swoboda przepływu towarów. Patentów udziela się bowiem na wynalazki, a te zazwyczaj wchodzi w zakres pojęcia towaru. Warto przypomnieć, że na pojęcie swobody przepływu towarów składa się unia celna, zakaz dyskryminującego opodatkowania wewnętrznego oraz zakaz stosowania ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie oraz środków o skutku równoważnym.

Należy więc już na wstępie zauważyć, że z jednej strony mamy do czynienia z fundamentalną zasadą swobody przepływu towarów, a z drugiej, ze szczególnym prawem (monopolem) i wynikającym z niego uprawnieniem do powstrzymania przepływu towarów będących przedmiotem ochrony patentu. Łatwo dostrzec, że oba te porządki mogą w konkretnych wypadkach oraz wobec braku harmonizacji praw własności intelektualnej na poziomie unijnym wzajemnie się wykluczać. Z tego powodu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wykształcono koncepcję *existence – exercise dichotomy*. Na jej podstawie uznano, że samo obowiązywanie (istnienie) krajowego prawa własności intelektualnej nie może być uznane za niezgodne z unijną zasadą swobody przepływu towarów. Uprawnieni z tych praw mogą zatem sprzeciwiać się przewozowi dóbr, jeśli sprzeciwiałby się on ochronie udzielonej na ich własność intelektualną. Niemniej uprawnienie to nie ma charakteru bezwzględnego. Są bowiem przypadki, w których, choćby zgodne z jego treścią, wykonywanie prawa własności intelektualnej może naruszać swobodę przepływu towarów, a w konsekwencji rynek wewnętrzny [Govaere 1996]. Remedium na tę skomplikowaną i mało efektywną figurę prawną ma być właśnie tworzenie praw własności intelektualnej o jednolitym skutku i ogólnounijnym zasięgu działania [Radenković-Jocić 2007].

Harmonizacja a patent europejski o jednolitym skutku

Wprowadzanie praw własności intelektualnej o jednolitym skutku ma stanowić między innymi rozwiązanie problemu wykonywania praw krajowych w sposób niezgodny z prawem unijnym, w tym z normami o swobodzie przepływu towarów. Rezultat taki ma być odnoszony dzięki „zniesieniu”

zasady terytorialności prawa własności intelektualnej przez jednolity skutek wywierany przez dane prawo na rynku wewnętrznym. Należy pamiętać, że ujednolicenie przepisów krajowych dotyczących praw własności intelektualnej jest odpowiedzią na potrzebę usuwania przeszkód w handlu między państwami członkowskimi, a odrębność krajowych systemów prawnych uważa się za przeszkodę w budowaniu rynku wewnętrznego. Pełna harmonizacja wyłącza zatem stosowanie art. 34 i 36 TFUE: działania państw członkowskich oraz podmiotów prywatnych podejmowane w dziedzinach objętych pełną harmonizacją oceniane są wyłącznie z punktu widzenia zgodności z danymi przepisami ujednolicającymi [Miąsik 2012].

Nie jest natomiast znany dotychczas przypadek stosowania norm o swobodzie przepływu towarów w ramach harmonizacji pełnej „materialnie”, ale niepełnej „terytorialnie” oraz mającej charakter quasi-blankietowy: jak wspomniano, część przepisów ujednolicających przeniesiono bowiem na etapie prac legislacyjnych z aktów prawa unijnego do umowy międzynarodowej ustanawiającej JSP, która ma być zawarta bez udziału Unii Europejskiej.

W związku z powyższym powstaje pytanie o możliwość stosowania art. 34 i 36 TFUE w kilku określonych scenariuszach: 1) import towarów do państwa uczestniczącego w pełni w systemie z państwa nieuczestniczącego we wzmacnionej współpracy oraz JSP (Hiszpania); 2) import z państwa nieuczestniczącego we wzmacnionej współpracy, ale uczestniczącego w JSP (Włochy); 3) import z państwa uczestniczącego we wzmacnionej współpracy, ale nieuczestniczącego w JSP (np. Polska).

Jeszcze istotniejsze wydaje się zagadnienie możliwości stosowania wymienionych przepisów względem odwrotnego strumienia przepływu towarów, tj. importu towarów z państw uczestniczących w systemie do wymienionych modelowych państw nieuczestniczących. Powstaje wreszcie pytanie o zakres harmonizacji i możliwość stosowania wymienionych przepisów w przypadku handlu między państwem nieuczestniczącym (Hiszpania) a państwem, w którym przepisy o jednolitej ochronie patentowej weszły w życie, ale nie są stosowane (np. Polska).

Oczywista nie jest też kwestia stosowania przepisów o swobodzie przepływu towarów względem państw w pełni uczestniczących w systemie jednolitej ochrony patentowej. Jak wspomniano, część przepisów harmonizujących została przeniesiona z rozporządzenia unijnego do umowy międzynarodowej znajdującej się poza unijnym porządkiem prawnym. Co więcej, są to przepisy regulujące podstawowe uprawnienia wynikające z patentu, a więc prawo do zapobiegania bezpośredniemu i pośredniemu korzystaniu

z chronionego dobra przez osoby trzecie – czyli zawierające dokładnie te normy, które sprzeciwiają się swobodnemu przepływowi towarów.

Należy podkreślić, że zarysowanego wyżej problemu nie podjęto dotychczas ani w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, ani w doktrynie. W związku z tym trudno na tym etapie postawić jednoznaczną tezę, czy i w jakim zakresie w nakreślonych wyżej scenariuszach zastosowanie znajdą przepisy o swobodzie przepływu towarów. Niezależnie od przyjętego wyniku rozważań na temat tego problemu wydaje się, że sam fakt jego zaistnienia może rodzić określone skutki gospodarcze dla podmiotów działających na rynku wewnętrznym.

Implikacje gospodarcze

Z wyżej wymienionych fundamentalnych wątpliwości natury prawnej wywieść można istotne skutki gospodarcze. Po pierwsze, niejednolitość terytorialna systemu wpływa na niepewność co do możliwości stosowania przepisów o swobodzie przepływu towarów, w oczywisty sposób wpływa na niepewność co do prawa, a więc również zmniejszenie pewności obrotu gospodarczego. To w konsekwencji może prowadzić do wzrostu kosztów transakcyjnych w ramach rynku wewnętrznego.

Istotne jest również pytanie, czy uprawniony z patentu europejskiego o jednolitym skutku przy wykonywaniu swoich uprawnień (polegających na sprzeciwianiu się przywozowi dóbr chronionych patentem do państwa członkowskiego) będzie musiał liczyć się z ograniczeniami wynikającymi ze swobody przepływu towarów. Innymi słowy, czy wykonywanie uprawnień wynikających z patentu nadal będzie ograniczone reżimem art. 34 TFUE, czy też opisany wyżej system jednolitej ochrony patentowej będzie mógł zostać uznany za środek harmonizacji, wyłączający ograniczenia płynące z zakazu stosowania środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi w imporcie?

Prawidłowe wydaje się twierdzenie, według którego wykonywanie uprawnień wynikających z patentu o jednolitym skutku nie będzie oparte na źródłach wtórnego prawa unijnego, harmonizującego przepisy krajowe. Będzie ono wynikało z umowy międzynarodowej o JSP, a więc aktu niebędącego instrumentem harmonizacji (ujednolicania) prawa. W związku z tym należy stwierdzić, że nie zostanie osiągnięty podstawowy cel wprowadzania jednolitych praw własności intelektualnej, którym jest unifikacja rynku wewnętrznego. Dlatego podmioty korzystające ze swoich uprawnień patentowych nadal będą musiały brać pod uwagę to, że pozostają adresa-

tami zakazu stosowania środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w imporcie. Ma to o tyle doniosłe znaczenie gospodarcze, że w tej kwestii *prima facie* należałoby się spodziewać istotnego zmniejszenia kosztów wynikających z analizy zgodności wykonywania uprawnień wynikających z prawa własności intelektualnej wywierającego jednolity skutek.

Można jednak również przyjąć interpretację, w ramach której system jednolitej ochrony patentowej całościowo uznany zostanie za środek harmonizacji, razem z postanowieniami umowy o JSP regulującymi uprawnienia wynikające z patentu o jednolitym skutku. Wówczas otwarte pozostaje pytanie o status „harmonizacyjny” systemu w państwach, w których nie obowiązuje on w całości (Włochy, Polska) lub wcale (Hiszpania). Przy zaakceptowaniu tej interpretacji należałoby się spodziewać istotnych komplikacji w handlu między tymi krajami z jednej strony a pozostałymi państwami członkowskimi z drugiej. Wydaje się bowiem, że w takim wypadku doszłoby do sprzeczności z podstawowymi założeniami rynku wewnętrznego.

Warto też zaznaczyć, że z zasady jednolitego skutku wyłączone jest udzielanie licencji na chronione patentem wynalazki. Licencje mogą być zatem udzielane w odniesieniu do wybranych państw członkowskich, z pominięciem pozostałych. W tym kontekście oraz wobec powyższych ustaleń dotyczących możliwości stosowania art. 34 TFUE do wykonywania patentu, uzasadnione wydaje się pytanie o możliwość zakłócenia rynku wewnętrznego przez wprowadzenie systemu jednolitej ochrony patentowej.

Wobec powyższego pogłębionej analizy ekonomicznej wymagałby problem możliwości ustanowienia barier w swobodnym przepływie towarów poprzez ustanowienie systemu jednolitej ochrony patentowej, który jest jednak zróżnicowany terytorialnie i w ramach którego udzielane licencje nie mają jednolitego charakteru.

Proponowane rozwiązanie

Wydaje się, że wobec zasygnalizowanego wyżej problemu jedynym rozwiązaniem jest rezygnacja z dotychczas proponowanego kształtu systemu jednolitej ochrony patentowej. Przede wszystkim system ten nie powinien być ustanawiany w ramach procedury wzmocnionej współpracy, ale w całej Unii. Ponadto swoistemu prawnemu outsourcingowi nie powinien podlegać system rozwiązywania sporów wynikających z patentu o jednolitym skutku. Spory te powinny być rozwiązywane bądź przez sąd wyspecjalizowany w ramach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, bądź przez

sądy krajowe. Jeszcze groźniejsze wydaje się zamieszczanie w umowie o JSP postanowień mających charakter materialnoprawny, a niemających bezpośredniego związku z funkcjonowaniem tego sądu patentowego.

3. Trolling patentowy

Istota trollingu patentowego

Zjawisko trollingu patentowego obserwowane jest od niedawna i jest nową formą nadużywania uprawnień wynikających z patentu. Trolling patentowy jest praktyką polegającą na nabywaniu i utrzymywaniu patentów oraz ukrywaniu ich w portfolio przedsiębiorstwa do momentu, aż nie rozwinie się rynek na daną technologię i owe patenty nie staną się niezbędne dla funkcjonowania na tym rynku [Pohlmann i Opitz 2013]. W razie zrealizowania tego warunku, uprawniony z patentu żąda od nieświadomie naruszających patent wniesienia opłat licencyjnych albo wnosi powództwo do sądu, często w ramach groźnego w tych przypadkach postępowania zabezpieczającego. Trolling patentowy jest szczególnie groźny, gdy przedmiot patentu będącego w posiadaniu przedsiębiorstwa-trolla staje się standardem na określonym rynku, bez korzystania z którego niemożliwe jest funkcjonowanie na tym rynku [Kattan i Wood 2013]. Zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych zaobserwować można zjawisko, w ramach którego przedsiębiorstwa dążące do ustanowienia pewnego standardu technologicznego okazują się następnie trollami patentowymi. Swego rodzaju zintensyfikowaną formą trollingu są obserwowane w ostatnich latach, niepożądane z ekonomicznego punktu widzenia, wojny patentowe.

Omawiane zjawisko było dotychczas obserwowane przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych [Feldman i Nicholson 2014]. Niemniej, w ostatnich latach dostrzeżono zagrożenie ze strony trolli także w Unii Europejskiej [Helmerts, Love i McDonagh 2014], a przed Trybunałem Sprawiedliwości toczy się pierwsze postępowanie związane z dyskutowaną praktyką. Także Komisja Europejska wszczęła w ostatnich latach kilka postępowań antymonopolowych przeciwko przedsiębiorstwom, które mogły nadużyć pozycji dominującej przez uciekanie się do praktyki trollingu patentowego [Narayan 2010].

Należy podkreślić, że z ekonomicznego punktu widzenia trolling patentowy jest zjawiskiem niepożądanym. Utrudnia rozwój nowych rynków i technologii, negatywnie wpływając na innowacyjność gospodarki.

Może też prowadzić do wyeliminowania lub istotnego ograniczenia konkurencji na danym rynku.

Wpływ systemu jednolitej ochrony patentowej na trolling patentowy

Omówiony wyżej reżim językowy systemu jednolitej ochrony patentowej może doprowadzić do nasilenia się zjawiska trollingu patentowego w Unii Europejskiej. Należy przypomnieć, że istotnym elementem tego zjawiska jest „ukrycie” patentu. W wypadku patentu o jednolitym skutku będzie to o tyle łatwe, że publikowany on będzie jedynie w języku angielskim, niemieckim lub francuskim. Oczywiście jest również, że niemożliwe (z powodów finansowych) i bezprzedmiotowe (ze względu na brak oficjalnego statusu) będzie tłumaczenie takiego patentu przez przedsiębiorcę na jego język narodowy. W związku z tym unijni przedsiębiorcy niewładający wyspecjalizowanym prawniczym i technicznym językiem angielskim, niemieckim i francuskim nie będą mogli ustalić, jakie patenty zostały udzielone na jakie wynalazki. Taki przedsiębiorca, o ile podejmie się działania na innowacyjnym rynku, niemal na pewno prędzej czy później naruszy dany patent. Jeśli jego „właściciel” okaże się trollem (lub stanie się nim okazyjnie), niezwłocznie zażąda wysokich opłat licencyjnych lub wnieśnie powództwo do sądu. Ten mechanizm sprawia, że w obecnie proponowanym kształcie system jednolitej ochrony patentowej określany jest jako „bezpieczna przystań” dla trolli patentowych.

Należy również zauważyć, że dla rozpatrywania sporów dotyczących patentu europejskiego o jednolitym skutku właściwy będzie JSP. W związku z tym uprawniony z patentu (w tym także *troll*) będzie mógł wniesieniem jednego powództwa „zablokować” swojego konkurenta na rynkach krajowych wszystkich państw członkowskich uczestniczących w systemie. Dotychczas do dochodzenia praw wynikających z patentów konieczne jest wnoszenie powództw do każdego sądu krajowego z osobna³.

Implikacje gospodarcze

Bezsporne wydaje się zagrożenie, jakie w kontekście rozwoju trollingu patentowego w Unii Europejskiej niesie ze sobą wprowadzenie systemu jednolitej ochrony patentowej. Dobrze już wykształcone modele biznesowe zyskują istotny oręż w walce z przedsiębiorstwami naruszającymi – często nieświadomie – dane patenty.

³ Więcej na temat relacji między patentem europejskim o jednolitym skutku a trollingiem patentowym w pracy M. Malagi [2014].

Nie można więc wykluczyć tezy, że marginalne dotychczas w Europie zjawisko trollingu patentowego nabierze w Unii Europejskiej istotniejszego znaczenia. Obecnie proponowane rozwiązanie legislacyjne nie zawiera mechanizmów chroniących przed takimi praktykami uprawnionych z patentu. W związku z tym w ujęciu mikroekonomicznym może prowadzić to w skrajnych (ale nie nieprawdopodobnych) przypadkach do konieczności zakończenia prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot, który dopuścił się naruszenia patentu europejskiego o jednolitym skutku znajdującego się w portfolio patentowym trolla. To z kolei może skutecznie wstrzymać rozwój w ramach Unii Europejskiej branż farmaceutycznej, telekomunikacyjnej czy technologii informacyjnych, które ze swojej natury najbardziej narażone są na działania trollingowe.

W dłuższym czasie może to prowadzić do zaniku rodzimych przedsiębiorstw na rynkach nowoczesnych technologii, a przynajmniej do uniemożliwienia powstawania startupów na tych rynkach. Wydaje się, że Unia Europejska wpuszcza na własny rynek obce trolle patentowe, nie dając swoim przedsiębiorstwom żadnych realnych szans obrony przed tego rodzaju niepożądanymi praktykami. Nieuniknione zatem wydaje się ograniczenie innowacyjności gospodarki Unii Europejskiej oraz jej zmonopolizowanie przez podmioty mające siedziby poza UE.

Proponowane rozwiązania

Najzdrowszym rozwiązaniem zasygnalizowanego problemu byłoby ustalenie reżimu językowego systemu jednolitej ochrony patentowej, w ramach którego to uprawniony z patentu byłby obowiązany dokonać jego tłumaczenia na języki urzędowe państw, w których ów patent miałby obowiązywać. Wówczas ograniczono by możliwość rozwoju trollingu patentowego na rynku Unii Europejskiej. Na marginesie należy zaznaczyć, że nie można się zgodzić z argumentem, według którego proponowane rozwiązanie polegające na usunięciu wymogu tłumaczeń likwiduje koszty z nimi związane i czyni patent o jednolitym skutku bardziej atrakcyjnym. Koszty te nie są bowiem likwidowane, ale jedynie przenoszone z uprawnionego (który przez uzyskanie patentu staje się *de facto* oraz *de iure* monopolistą) na wszystkich pozostałych uczestników rynku. O ile więc w dotychczasowej sytuacji uprawniony musi w jakiejś mierze „ograniczyć” swój przywilej, o tyle w proponowanym systemie wszelkie koszty związane z jego uzyskaniem poniesione będą przez wszystkich poza uprawnionym.

Środkiem, który w pewnym stopniu może ograniczyć rozwój trollingu patentowego, może się okazać prawo ochrony konkurencji i wynikający z niego zakaz nadużywania pozycji dominującej, ustanowiony w art. 102 TFUE. Z ustalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że wykonywanie uprawnień wynikających z patentu przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na danym rynku właściwym może być uznane za nadużycie tej pozycji.

W związku z tym należy postulować uznanie przez Komisję Europejską trollingu patentowego za istotny problem, wspierany przez wprowadzenie systemu jednolitej ochrony patentowej. Komisja powinna szczególnie się przyglądać przedsiębiorstwom wykazującym cechy trolli oraz przyjąć politykę istotnego ich karania. Powstaje jednak pytanie o strukturalną wadliwość systemu, dla którego należy poszukiwać tego typu ograniczeń.

Podsumowanie

Warto zauważyć, że podstawowym argumentem na rzecz wprowadzenia patentu europejskiego o jednolitym skutku było zwiększenie innowacyjności i konkurencyjności gospodarki Unii Europejskiej. Mimo że celem niniejszego artykułu nie była ogólna ocena możliwego wpływu systemu na te aspekty życia gospodarczego, wykazano w nim dwa problemy szczegółowe, które mogą bezpośrednio wpływać na innowacyjność i konkurencyjność przedsiębiorstw unijnych na rynku światowym.

Niejednolita forma prawna i terytorialna systemu budzi wiele wątpliwości co do porządku prawnego, w jakim patent o jednolitym skutku zostanie ostatecznie osadzony. Wymieszanie w ramach jednego systemu instrumentów harmonizacji przez unijne prawo pochodne z jednej strony z instrumentami *stricte* prawnomiędzynarodowymi z drugiej musi doprowadzić do istotnego wzrostu niepewności co do prawa, a w konsekwencji do ograniczenia pewności obrotu gospodarczego w Unii. Szczególnie widoczne jest to na przykładzie przepisów ustanawiających swobodę przepływu towarów, które stanowią przeciwieństwo integracji gospodarczej w ramach UE.

Co więcej, zamiast wspierać pozytywne aspekty innowacyjności, system jednolitej ochrony patentowej przez proponowany reżim językowy oraz sposób rozwiązywania sporów zdaje się promować jedynie innowacyjność w ramach rozwoju modeli biznesowych związanych z nadużywaniem patentów, w tym przede wszystkim trollingu patentowego. Pojawienie się i rozwój tego typu przedsiębiorców na rynkach nowoczesnych technologii

w Unii może istotnie ograniczyć wzrost tych rynków oraz zdławić pojawienie się rodzimych przedsiębiorstw w tych branżach.

Bibliografia

- Feldman, R, Nicholson Price II, W., 2014, *Patent Trolling – Why Bio & Pharmaceuticals Are at Risk*, UC Hastings Research Paper, no. 93, http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1049.
- Gormley L.W., 2011, *The Free Movement of Goods and Their Use – What Is the Use of It?*, Fordham International Law Journal, vol. 33, iss. 6, s. 1589–1628.
- Helmets Ch., Love, B.J., McDonagh, L., 2014, *Is there a Patent Troll Problem in the UK?*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, vol. 24, iss. 2, s. 509–553.
- Herlin-Karnell, E., 2012, *Enhanced Cooperation and Conflicting Values: Are New Forms of Governance the Same Good as ‘Good Governance’?*, w: Trybus, M., Rubini, L. (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, s. 146–159.
- Govaere, I., 1996, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. law. Including a Case Study of the E.C. Spare Parts Debate*, Sweet & Maxwell, London.
- Kattan, J., Wood, Ch., 2013, *Standard-Essential Patents and the Problem of Hold-up*, Social Science Research Network, December 19.
- Lamping M., 2011, *Enhanced Cooperation – A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, no. 8, s. 879–925.
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P., 2011, *European Union Law*, Sweet & Maxwell.
- Malaga, M., 2014, *The European Patent with Unitary Effect: Incentive to Dominate?*, IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, no. 6, s. 621–647.
- Miąsik, D., 2012, *Komentarz do art. 34–36 TFUE*, w: Miąsik, D., Półtorak, N., Wróbel, A. (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Komentarz*, t. I (Art. 1–89), Wolters Kluwer LEX.
- Narayan, V., 2010, *Is Patent Hold-up Anticompetitive? Rambus and Individual Versus General Causal Claims*, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 8, no. 2, s. 306–322.
- Nowicka, A., 2011, *Kontrowersje dotyczące utworzenia jednolitej ochrony patentowej oraz Jednolitego Sądu Patentowego*, Rzecznik Patentowy, nr 2–4.
- Nowicka, A., Skubisz, R., 2013, *Patent Package (Assessment from the Polish Perspective)*, Europejski Przegląd Sądowy, nr 4, s. 12–23.

- Pohlmann, T., Opitz, M., 2013, *Typology of the Patent Troll Business*, R&D Management, vol. 43, iss. 2, s. 103–120.
- Radenković-Jocić, D., 2007, *Intellectual Property – The European Union Internal Market Element*, Teme – Časopis za Društvene Nauke, iss. 02, s. 253–262.
- Troncoso, M., 2013, *International Intellectual Property Scholars Series: European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches*, Marquette Intellectual Property Law Review, vol. 17, iss. 2, s. 231–163.
- Ullrich, H., 2012a, *Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper, no. 12-03.
- Ullrich, H., 2012b, *Select from within the System: The European Patent with Unitary Effect*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper no. 12-11.
- Ullrich, H., 2013, *Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection and European Integration*, ERA Forum, vol. 13, no. 4, s. 589–610.
- Wadlow, Ch., 2013, 'Hamlet without the Prince': *Can the Unitary Patent Regulation Strut Its Stuff without Articles 6–8?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 8, iss. 3, s. 207–212.
- Xenos, D., 2013, *The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe*, Scripted, vol. 10, iss. 2, s. 246–277.