

Prof. dr hab. Wojciech Załuski  
Katedra Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej  
Wydział Prawa i Administracji UJ

*Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Anny Laszczyk 'Patent Settlements in the Pharmaceutical Sector as Agreements Restricting Competition – Law and Economics Analysis (Ugody patentowe w sektorze farmaceutycznym jako porozumienia ograniczające konkurencję – analiza ekonomiczna i prawna)'*

### **1. Ocena tematu i metodologii rozprawy**

Recenzowana rozprawa dotyczy szczególnego rodzaju ugód patentowych w sektorze farmaceutycznym, mianowicie, takich, które nasuwają wątpliwości co do ich zgodności z prawem ochrony konkurencji (w szczególności art. 101 TFUE – Treaty on the Functioning of the European Union). Ściślej rzecz ujmując, chodzi o ugody między innowacyjnym przedsiębiorcą farmaceutycznym dysponującym uprawnieniami wynikającymi z patentu i przedsiębiorcą generycznym, które przewidują płatność – 'transfer wartości (value transfer)' – ze strony przedsiębiorcy innowacyjnego na rzecz przedsiębiorcy generycznego w zamian za powstrzymanie się tego ostatniego z wprowadzeniem produktu generycznego na rynek (Komisja Europejska nazywa ugody tego rodzaju „pay-for-delay” (PFD) albo, z uwagi na to, że „płatność” dokonuje się zwykle w odwrotnym kierunku, tj. od przedsiębiorcy generycznego do innowacyjnego – ugodami 'reverse payment'). Autorka stawia sobie za cel dokonanie oceny stosowanego przez Komisję Europejską testu zgodności tego rodzaju ugód z prawem ochrony konkurencji oraz, zważywszy na to, że jest to ocena krytyczna, zaproponowanie ulepszonego – oryginalnego – testu. Test ten ma określać warunki, w jakich wspomniane wyżej ugody patentowe można uznać za ograniczające konkurencję. Temat rozprawy zasługuje na wysoką ocenę z kilku powodów. Pierwszy jest czysto formalny: temat został wąsko i precyzyjnie zakreślony, co sprawia, że rozprawa, mimo dość obszernych rozmiarów, jest treściowo zwarta; jej poszczególne rozdziały są podporządkowane celowi nadrzędnemu, jakim jest odpowiedź na pytanie o zgodność ugód patentowych z prawem ochrony konkurencji. Drugi jest ważniejszy: problem podjęty przez Autorkę jest teoretycznie ciekawy, praktycznie doniosły i wciąż nierozstrzygnięty. Stosunkowo niedawne decyzje Komisji

Europejskiej w sprawie ugód patentowych wzbudzają rozliczne kontrowersje i polemiki; debata na ich temat jest więc wciąż aktualna, a kolejne w niej głosy jak najbardziej pożądane. Trzeci i najważniejszy powód dotyczy samego sposobu podejścia Autorki do problemu, sprawiającego, że Jej głos jest cenny i oryginalny: Autorka – przechodzę w ten sposób równocześnie do oceny metodologii pracy – nie ogranicza się do czysto dogmatyczno-prawnej analizy relewantnych tekstów prawnych. Jej cel jest ambitniejszy; jest nim umieszczenie debaty w szerszych ramach teoretycznych, jakich dostarcza *Law and Economics*, a w szczególności, rozwinięta w tym nurcie teoretyczno-prawnym dystynkcja na reguły i standardy. Autorka analizuje tedy ugody patentowe nie tylko z perspektywy dogmatyczno-prawnej, ale i teoretyczno-prawnej; co więcej, uwzględnia też perspektywę komparatystyczną, badając, na ile uprawnione jest szukanie analogii między prawnokonkurencyjną oceną ugód patentowych w unijnym i amerykańskim prawie ochrony konkurencji.

## **2. Ocena strony merytorycznej**

Rozprawa składa się z sześciu rozdziałów oraz wstępu i zakończenia. Pierwsze cztery rozdziały mają niejako charakter 'przygotowawczy'; Autorka prezentuje w nich niezbędny, Jej zdaniem kontekst dla przeprowadzenia (w rozdziałach V i VI) analizy tytułowego zagadnienia. Kontekst ten obejmuje m.in. omówienie podziału norm na reguły i standardy, podejścia do umów ograniczających konkurencję w prawie amerykańskim i unijnym, oraz specyfiki farmaceutycznego sektora rynku. Jak wspomniałem w p. 1, kwestie te są podporządkowane tematowi rozprawy, dlatego ich prezentacja i analiza są w pełni usprawiedliwione. Można się jednak zastanawiać, czy, po pierwsze, poziom szczegółowości prezentacji tych kwestii nie jest nadmierny, i, po drugie, czy nie byłoby bardziej zasadne, gdyby Autorka wprowadziła wątek główny wcześniej, omawiając kwestie niezbędne dla jego pełnego zrozumienia niejako 'na bieżąco'; powstaje bowiem wrażenie pewnej dysproporcji: zasadniczemu wątkowi zostają poświęcone dwa rozdziały (ok. 100 stron), natomiast cztery rozdziały (ok. 170 stron) dotyczą owych kwestii ogólniejszych. To, moim zdaniem, uchybienie konstrukcyjne – duża ilość materiału 'przygotowawczego' (uchybienie zresztą typowe dla większości prac doktorskich) – jest jednak rekompensowane przez jakość analiz prowadzonych przez Autorkę; owe rozdziały przygotowawcze, jak pokażę poniżej, mają dużą naukową wartość 'samoistną'.

W Rozdziale I Autorka przeprowadza wnikliwą i wielostronną analizę podziału norm na reguły i zasady. Wychodzi od klasycznego rozróżnienia R. Dworkina, pokazując, w jaki sposób zostało ono rozwinięte na gruncie *Law and Economics*. Szczególne miejsce w Jej analizach zajmuje ujęcie L. Kaplowa ('Rules Versus Standards: An Economic Analysis'), który wprowadził oryginalne kryterium rozróżnienia na reguły i standardy (treść pierwszych jest formułowana *ex ante* wystąpienia podpadającego pod nią czynu, drugich – *ex post*). Autorka generalnie je aprobuje, choć, sięgając do bogatej literatury przedmiotu (może jedynie zastanawiać pominięcie ujęcia standardów/zasad jako 'optimization requirements' zaproponowanego przez Roberta Alexy'ego), wskazuje na jego niekonkluzywność, a także na inne kryteria (m.in. precyzji), pomijane czy drugorzędne w analizach Kaplowa. Szczegółowo bada także warunki, które decydują o tym, czy ustawodawca powinien uregulować dany typ działania za pomocą reguł czy standardów, trafnie zwracając uwagę na to, że różne przywoływane w tym kontekście kryteria mogą prowadzić do odmiennych konkluzji, np. koszty tworzenia standardów są niższe, ale koszty ich egzekwowania są wyższe (co uzasadnia hipotezę, że reguły będą odpowiedniejszym sposobem regulacji zachowania wtedy, gdy można oczekiwać, że będą stosowane często), zaś skuteczność wpływu obu typów norm na zachowanie obywateli zależy od woli tych ostatnich zdobywania wiedzy o normach (jeśli taka wola istnieje, reguły są, generalnie rzecz biorąc, bardziej skuteczne, ponieważ koszty zdobywania informacji o nich są zazwyczaj niższe niż koszty zdobywania wiedzy o standardach). Autorka jednak doskonale zdaje sobie sprawę, że wszelkie ogólniejsze konkluzje dotyczące sytuacji, w których należy stosować dany typ norm, są obciążone dużym ryzykiem z uwagi na możliwe (liczne) wyjątki, a także rolę szerszego kontekstu społecznego (np., jak zauważa, stosowanie standardów jest mniej pożądane w krajach o niższej kulturze prawnej/przesiąkniętych korupcją, i w takich, w których rzeczywistość społeczna zmienia się mniej dynamicznie); dlatego też opowiada się za podejściem szczegółowym, opartym na dokładnym badaniu specyfiki konkretnych typów działań. Prowadzi także ciekawe rozważania na temat pojęcia precyzji norm, przywołując (za C.S. Diverem – 'The Optimal Precision of Administrative Rules') jej trzy wymiary (transparentności, dostępności, i zgodności efektów z założonymi celami), oraz trafnie zauważając, że stopień precyzji należy oceniać przede wszystkim z perspektywy adresatów prawa. Wnikliwie bada także problem 'over-inclusiveness' reguł, dochodząc m.in. do wniosku, że koszty tej cechy (związane z tzw. 'chilling effect') są niskie, jeśli działanie, do którego reguła zniechęca (właśnie przez swoją

'over-inclusiveness'), ma niską wartość społeczną. Uwzględnia także osiągnięcia behawioralnej ekonomicznej analizy prawa, zwracając m.in. uwagę na ambiwalencję *self-serving bias*, które z jednej strony zwiększa ryzyko naruszania standardów, z drugiej zaś przeciwdziała wspomnianemu wyżej 'chilling effect' w kontekście 'over-inclusiveness' reguł i standardów, oraz na to, że tzw. *hindsight bias* może sprawiać, że standardy będą nie tylko (jak powszechnie przyjmuje się w literaturze) 'over-inclusive', ale także 'under-inclusive' (jeśli dobrze rozumiem ten fragment rozważań Autorki, chodzi o to, że sama wiedza sędziów o istnieniu *hindsight bias* może niejako powodować ich nadmierną ostrożność, motywowaną chęcią jego uniknięcia, w przypisywaniu obywatelom zdolności do przewidzenia negatywnych skutków ich działań). Autorka umiejętnie polemizuje także ze stanowiskiem P. Schlaga, który podjął próbę 'dekonstrukcji' samego rozróżnienia norm na reguły i standardy, choć Autorka przyznaje, że zachodzi konwergencja między nimi, tj. istnieją narzędzia prawne zbliżające jedno do drugich (nadające większą elastyczność standardom i większą stabilność regułom). Godne podkreślenia jest to, że Autorka nie tylko bardzo rzetelnie prezentuje istniejący stan wiedzy na temat reguł i standardów, ale także nie uchyla się przed formułowaniem własnych opinii; z Jej analiz wyłania się Jej własne, dobrze uzasadnione stanowisko w kwestii rozróżniania norm na reguły i zasady. Potwierdza on sformułowaną wyżej przeze mnie opinię, że nawet jeśli nie wszystkie szczegółowe analizy Autorki są niezbędne dla zbadania głównego tematu Jej rozprawy, mają one niezaprzeczalną 'wartość samoistną'. W rezultacie Rozdział I stanowi znakomite, krytyczne kompendium wiedzy na temat dystynkcji reguły-standardy. Ta ostatnia uwaga stosuje się analogicznie do kolejnych trzech rozdziałów.

Rozdział II dotyczy porozumień naruszających konkurencję na gruncie prawa amerykańskiego. Autorka rozpoczyna ten rozdział od rozważań na temat istoty konkurencji, wskazując na jej wielowymiarowość (ceny, jakość, ilość, itd.), oraz na możliwość zaistnienia negatywnej korelacji między tymi kryteriami. Zasadnicza część tego rozdziału dotyczy *Sherman Act*, a w szczególności, pytania o to, czy sekcja 1 tego aktu prawnego, mówiąca o „unreasonable restraints of trade” ma charakter reguły 'per se' czy (zbliżonej do standardu) 'rule of reason' (pełnej – 'full-blown' lub częściowej – tzw. 'a quick rule of reason'). Autorka zauważa, że katalog praktyk antykonkurencyjnych zabronionych 'per se' stopniowo się zmniejszał, z uwagi jednak na różnego rodzaju trudności (głównie praktyczne) nie przyjęła się w orzecznictwie również pełna 'rule of reason'. Dominuje w nim obecnie niejako norma

pośrednia ('a quick rule of reason'), nakazująca wzięcie pod uwagę pozytywnych i negatywnych (z punktu widzenia ekonomicznego) skutków danej praktyki podejrzanej o antykonkurencyjny charakter. Autorka broni tezy, że oba typy norm powinny współistnieć, tzn. powinien istnieć zestaw tzw. 'immunising rules', wyłączających daną praktykę spod oceny za pomocą 'rule of reason'; dopiero gdy dana praktyka nie podpada pod zakres reguł, powinna być oceniana przez pryzmat standardów (dopuszczających wzięcie pod uwagę pozytywnych i negatywnych skutków).

Na wstępie Rozdziału III Autorka przeprowadza analizę celów unijnego prawa o ochronie konkurencji. Są nimi, wg Niej, przede wszystkim dobrobyt konsumentów (którego pośrednie naruszenie domniemywa się także wtedy, gdy konkurencja jest naruszona, choć bezpośrednia szkoda konsumentów nie występuje), w mniejszym stopniu – innowacja, integracja rynków i wolność ekonomiczna, nie są zaś nimi cele pozaekonomiczne, np. sprawiedliwość dystrybucyjna czy zdrowie publiczne. Następnie przechodzi do szczegółowej analizy art. 101 TFUE, badając m.in. dwa sposoby, na jakie umowa, wedle tego artykułu, może ograniczać konkurencję, tzn. ze względu na cel ('object') lub skutek ('effect'). Autorka wnikliwie i rzetelnie śledzi ewolucję rozumienia 'celu' w orzecznictwie unijnym, pokazując, że obecnie następuje powrót to wąskiego, restrykcyjnego rozumienia tego pojęcia. Autorka zwraca uwagę na pewną niespójność w sposobie egzekwowania unijnego prawa o ochronie konkurencji: z jednej strony zaczyna w nim być coraz bardziej wyraźne podejście ekonomiczne, które ze swej natury jest mniej formalistyczne, z drugiej zaś większość przypadków rozstrzygana jest w oparciu o analizę celu umowy, zaś art. 101 (sekcja 3) określający kumulatywnie warunki, w jakich umowa *prima facie* antykonkurencyjna nie traci ważności (gdy jest efektywna ekonomicznie, gwarantuje sprawiedliwy podział korzyści dla konsumentów, jest niezbędna dla osiągnięcia owych korzyści, nie pozwala na eliminację konkurencji) jest rzadko stosowany (choć, jak zauważa Autorka, sama obecność art. 101 (sekcja 3) świadczy o tym, że w prawie unijnym, inaczej niż w amerykańskim, nie ma umów nielegalnych *per se*). Autorka wskazuje także, że zachodzi pewna analogia między ograniczeniem konkurencji ze względu na cel a amerykańską regułą 'per se' z jednej strony, oraz ograniczeniem ze względu na skutki a amerykańską 'rule of reason' – z drugiej (w tej drugiej parze, przy obu typach norm zachodzi 'wzięcie' skutków, choć, jak zauważa Autorka, jest ono wyraźniejsze na gruncie amerykańskiej 'rule of reason'). Autorka zgadza się (poniekąd w nawiązaniu do swoich analiz z Rozdziału I), że samo rozróżnienie między naruszeniami konkurencji ze względu na cel i ze względu na skutek nie ma charakteru

dychotomicznego – ma charakter continuum. Autorka opowiada się za sformułowaniem wąskiego katalogu naruszeń z uwagi na cel, i, antycypując niejako swoje rozstrzygnięcie problemu regulacji ugód patentowych typu PFD w sektorze farmaceutycznym, sugeruje, że nowe typy potencjalnych naruszeń konkurencji powinny być oceniane przez pryzmat ich skutków. W rozdziale tym Autorka bada także różne ujęcia relacji między prawem ochrony konkurencji i prawem własności intelektualnej, opowiadając się za takim ich ujęciem, które zakłada, że wykonywanie prawa własności intelektualnej może tylko w „wyjątkowych okolicznościach” stanowić naruszenie konkurencji (a nie już wtedy, gdy wykracza poza „specyficzny przedmiot” czy „istotną funkcję” prawa własności intelektualnej). Analizuje także teorię, która zakłada ich komplementarność (przede wszystkim z uwagi na to, że celem obu jest dobrobyt konsumentów), twierdzi jednak, że nie znajduje ona potwierdzenia w sądownictwie unijnym.

W rozdziale IV Autorka omawia osobliwości farmaceutycznego sektora rynku, wskazując m.in. na szczególnie dużą rolę R&D, wysokie ryzyko i koszty rozwijania nowych produktów, różnorodność – ‘rozproszenie’ – podmiotów po stronie popytu, czy brak pełnej swobody producentów w wyznaczaniu cen. Autorka starannie definiuje też pojęcia, które pojawiają się w kontekście tytułowego zagadnienia, tzn. przedsiębiorców innowacyjnych (referencyjnych) i generycznych. Definiuje także pojęcie ‘market authorisation’, oraz zwraca uwagę na fakt, że patenty farmaceutyczne obejmują zwykle wiele roszczeń patentowych, co sprawia, że spory patentowe są szczególnie skomplikowane. Podkreśla także, że system ochrony patentowej nie został jeszcze ujednolicony na poziomie unijnym, skutkiem czego mogą wystąpić i występują różnice w różnych państwach unijnych w sposobie dochodzenia uprawnień patentowych, a także w zakresie ochrony patentowej tego samego produktu. Analiza osobliwości sektora farmaceutycznego prowadzi Autorkę do postulatu kierowanego wobec instytucji zajmujących się ochroną konkurencji, by zachowały szczególną ostrożność w podejmowaniu decyzji o ingerencji w praktyki firm farmaceutycznych.

Rozdziały V i VI dotyczą już tytułowej kwestii ugód patentowych. Rozdział V ma charakter dogmatyczno-prawny. Autorka analizuje w nim strukturę ugód patentowych, które rodzą wątpliwości co do ich zgodności z wymogami konkurencji; jak wspomniałem na wstępie recenzji, chodzi o tzw. umowy ‘reverse payment’/‘pay-for’delay’ (PFD), w których owa płatność ma skłonić przedsiębiorstwo generyczne do powstrzymania się od wprowadzenia produktu na rynek. W opinii Komisji Europejskiej ugody tego rodzaju

naruszają konkurencję ze względu na cel, jeśli strony są potencjalnymi konkurentami rynkowymi, a przedsiębiorstwo generyczne zobowiązało się, w zamian za 'value transfer', do niewchodzenia na rynek. Komisja nie stosowała natomiast testu zakresu patentu. W jednej ze swoich decyzji Komisja badała także, czy ugoda patentowa stanowi naruszenia konkurencji ze względu na skutek, przeprowadzając w tym celu analizę kontrfaktyczną, tzn. badając, czy w przypadku braku ugody przedsiębiorstwo generyczne wywierałoby presję konkurencyjną na przedsiębiorstwo innowacyjne. Autorka dochodzi do swoich konkluzji w toku rzetelnej, skrupulatnej analizy orzecznictwa unijnego (w kontekście czterech *cases*: Lundbeck, Fentanyl, Servier, i Teva). Do ustaleń Autorki należy także stwierdzenie, że umowy tego rodzaju były również badane w prawie amerykańskim, początkowo według zróżnicowanych kryteriów, ostatecznie jednak Sąd Najwyższy zalecił stosowanie do nich standardu – 'rule of reason'.

Najciekawsze rozważania Autorki zawarte są w znakomitym Rozdziale VI, w którym proponuje własny, oryginalny test zgodności ugód patentowych typu PFD z prawem ochrony konkurencji. Autorka rozpoczyna swoje analizy od wnikliwej krytyki sposobu dokonywania oceny ugód przez Komisję Europejską, argumentując, że test Komisji, prowadzący w badanych przez Autorkę *cases* do stwierdzenia naruszeń konkurencji ze względu na cel lub skutki, jest nieprawidłowy tak w świetle zasad ochrony konkurencji, jak i modelu reguł i standardów. W szczególności, reguła stosowana przez Komisję (dotycząca naruszeń ze względu na cel) nie ma (m.in. z uwagi na wykorzystywane w niej niejasne pojęcie 'potential competitors') cech właściwych regułom w sensie ścisłym, tj. przewidywalności i pewności, a przyjmowany przez Komisję standard służący stwierdzeniu naruszeń konkurencji ze względu na skutki prowadzi do kontrfaktycznych, wysoce spekulatywnych analiz mających na celu przewidzenie rezultatu (przy kontrfaktycznym założeniu nieobecności ugody patentowej typu PFD) procesu sądowego między przedsiębiorcami innowacyjnym i generycznym, i w konsekwencji określenie prawdopodobieństwa wejścia produktu generycznego na rynek przed datą określoną w ugodzie. Autorka odrzuca także zaproponowane w literaturze alternatywne podejścia – test zakresu patentu oraz całkowity zakaz ugód patentowych typu PFD, trafnie zauważając, że pierwszy jest 'under-inclusive' (może bowiem wyłączać spod kontroli pod kątem konkurencyjności takie ugody, w przypadku których patent jest nieważny), drugi zaś jest 'over-inclusive'. Po przeprowadzeniu analizy krytycznej Autorka przedstawia swój własny, oryginalny test oceny ugód patentowych w sektorze

farmaceutycznym z punktu widzenia ochrony konkurencji. Jest nim, jak go nazywa, „bardziej zróżnicowana reguła (a more differentiated rule)”, która obejmuje trzy elementy: (a) regułę określającą warunki wyłączenia ugody z zakresu zastosowania art. 101 TFUE (tzw. ‘safe harbour’) – chodzi przede wszystkim o ugody nie wychodzące poza zakres patentu i rozstrzygające spór toczony w dobrej wierze przez obie strony, przy czym wyłączenia nie mają obejmować takich przedsięwzięć innowacyjnych, których udziały w rynku przekraczają 20%; (b) ‘prohibition rule’, określająca warunki, w których dana ugoda może być uznana za naruszenie konkurencji ze względu na cel; (c) oraz standard wskazujący czynniki, jakie należy rozważyć w toku dokonywania analizy ugody pod kątem jej ewentualnych naruszeń konkurencji ze względu na skutki. W przekonaniu Autorki test ten ma przewagę nad testem Komisji Europejskiej m.in. z tego względu, że lepiej realizuje cele, jakimi są ‘accuracy’ (dzięki elementowi standardu: unika w ten sposób ‘over-inclusiveness’), i ‘predictability’ (dzięki elementowi reguły). Przechodząc do oceny tego – kluczowego – fragmentu rozprawy Autorki, chciałbym na wstępie podkreślić, że prowadzone przez Nią analizy (zarówno krytyczne, jak i konstruktywne) – rozpatrywane od strony metodologicznej – stoją na bardzo wysokim poziomie. Autorka nie ułatwia sobie w żadnym miejscu zadania – krytykowane poglądy przedstawia w ich najlepszej postaci, skrupulatnie badając, od strony dogmatyczno- i teoretyczno-prawnej, ich słabe i mocne strony. Swoje uwagi krytyczne opatruje zastrzeżeniami, ale równocześnie Jej konkluzje są wyraziste i dobrze uzasadnione. Nie oznacza to, oczywiście, że własna propozycja Autorki – oryginalny test – nie budzi pewnych wątpliwości. Zwrócę uwagę na dwie kwestie. Pierwsza dotyczy charakteru norm stanowiących elementy tego testu. Dwie pierwsze normy mają być, w przekonaniu Autorki, regułami. Teza ta jest przekonująca odnośnie do normy określającej zakres ‘safe harbour’ (w gruncie rzeczy tylko jeden z podanych przez Autorkę warunków z tej normy – dotyczący charakteru sporu między stronami, mianowicie: że musi być ‘genuine’ – jest nieostry, i w pewnym – niewielkim – stopniu ‘przesuwa’ ową normę w kierunku standardu). Jest jednak mniej przekonująca w odniesieniu do ‘prohibition rule’, która ma pozwolić stwierdzić, czy dana ugoda patentowa narusza konkurencję ze względu na cel. Autorka tak ją określa: „If a patent litigation/patent dispute is vexatious and its sole purpose is to enter into the market sharing arrangements, or the patent holder knew about the patent invalidity, then the PFD agreements should be considered to have an object to restrict competition. In other words, if a settlement goes beyond the protection granted by a patent right or is aimed at



terminating a vexatious patent dispute, then it is to be considered as an object restriction(s. 278-279)". Fragment ten nie określa jasno, co jest tutaj warunkiem koniecznym, a co wystarczającym. W szczególności, drugie jego zdanie (po „in other words”) nie wydaje się być równoważne pierwszemu. Ale pomijając ten problem (do pewnego stopnia rozwiązany przez Autorkę w podsumowaniu, gdzie określa te warunki precyzyjniej<sup>1</sup>), nie jest jasne, na ile owa norma jest faktycznie regułą z cechą ‘predictability’: występujący w niej termin ‘vexatious patent dispute’ jest nieostry i może budzić różnorakie wątpliwości interpretacyjne. Trzeba jednak dodać, że Autorka zdaje sobie sprawę z tej ostatniej trudności, sugerując takie jej rozwiązanie, aby Komisja uznawała daną ‘dispute’ za ‘vexatious’ tylko w ‘obvious cases’ (ale oczywiście samo pojęcie ‘obvious’ jest także nieostre). Innymi słowy, można mieć wątpliwości, czy druga reguła testu zaproponowanego przez Autorkę faktycznie unika trudności (braku przewidywalności), które Autorka zarzuca testowi Komisji. Podobna wątpliwość nasuwa się w odniesieniu do trzeciego elementu (standardu), określającego sposób prowadzenia analizy skutkowej. Otóż biorąc pod uwagę różnorakie czynniki, które standard ów uwzględnia (takie jak, m.in. struktura relewantnego rynku, rynkowa pozycja stron ugody, analiza dynamiczna badająca wpływ ugody na konkurencję dynamiczną/innowacyjną, asymetrie ryzyka i stopień awersji do ryzyka, hipotezy na temat oczekiwań stron odnośnie do wyniku potencjalnego sporu sądowego), można sądzić, że analiza skutkowa oparta na teście Autorki może okazać się podobnie spekulatywna i niekonkluzywana jak analiza oparta na teście Komisji. Te uwagi krytyczne nie podważają jednak w żaden sposób oryginalności testu Autorki: jest on wyraźnie odrębny od testu Komisji (a więc oryginalny). Przykładowo, reguły z testu Autorki, mimo powyższej krytyki, jednak bardziej przypominają reguły w sensie ścisłym niż reguła Komisji. W teście Autorki występuje także odwołanie do zakresu patentu, nieobecne w teście Komisji. Jeśli zaś chodzi o jego ogólniejsze implikacje, wydaje się, że test Autorki w większym stopniu niż test Komisji ogranicza interwencję organów ochrony konkurencji w sprawy związane z wykonywaniem praw własności intelektualnej w sektorze farmaceutycznym, m.in. przez to, że w większym

---

<sup>1</sup> Autorka pisze: „When a prima facie settlement is supposed to terminate a vexatious dispute/litigation or when it is apparent the patent is invalid, or when the settlement exceeds the scope of the patent, then it should be scrutinized in isolation from the IPR context. This is because, in fact, there is no IPR context. Therefore if it is apparent from the provisions of the agreement that its aim is to share the market or impose output limitations, then such arrangements should be considered to have an object to restrict competition (s. 287)”. Nie jest jednak wciąż jasne, czy cel, jakim jest „sharing the market” lub „imposing output limitations”, ma być oddzielnie wykazywany, czy domniemywany z samego faktu, że nie występuje „IPR context” (tzn. z wystąpienia któregośkolwiek z trzech warunków wskazanych w pierwszym zdaniu tego fragmentu).

stopniu niż test Komisji uwzględnia konkurencję dynamiczną/wpływ ugód na innowacyjność. Test Autorki jest więc bez wątpienia wartościową, solidnie uzasadnioną propozycją naukowo-praktyczną, która może znaleźć zastosowanie w działaniach organów stojących na straży ochrony konkurencji (i efekty tego zastosowania będą właściwym sprawdzianem jej praktycznej przydatności i ewentualnym potwierdzeniem jej wyższości nad testem Komisji). Na zakończenie tego wątku krytycznego, chciałbym zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż mam pewne wątpliwości, czy Autorka w pełni wykorzystała teoretyczny potencjał zawarty (w tak dobrze opisanych przez Nią w Rozdziale I) 'ramach teoretycznych', jakich dostarcza podział na reguły i standardy. Oczywiście, trzeba podkreślić, że w rozdziale VI Autorka analizuje np. problem 'over-inclusiveness' reguł (w kontekście krytyki testu Komisji), odwołuje się także do analiz Schlaga (jego krytyki reguł o niejasnym zakresie – tzw. 'soft trigger'), a także przewiduje, że trzeci element Jej testu (mający charakter standardu), uprości się (wskutek ewentualnego stosowania w praktyce) do postaci reguły (co ma potwierdzać tezę o konwergencji); wydaje się jednak, że rozdział ten, skądinąd znakomity, zyskałby jeszcze więcej od strony teoretyczno-prawnej, gdyby odniesienia w nim do analiz z Rozdziału I (np. dotyczących perspektywy behawioralnej ekonomii) były liczniejsze. Te uwagi (umiarkowanie) krytyczne nie zmieniają jednak w najmniejszym stopniu mojej oceny – wysokiej – rozprawy od jej strony merytorycznej. Autorka wykazała się głęboką znajomością badanej tematyki, umiejętnością prowadzenia rzetelnej i wnikliwej polemiki, a także formułowania własnych, oryginalnych hipotez naukowych. Autorka (w konkluzjach pracy) trafnie określa także obszary dalszych badań w analizowanym przez Nią obszarze, co świadczy o Jej dużej metodologicznej samoświadomości: Autorka zdaje sobie dokładnie sprawę z tego, jakiego wkładu naukowego dokonała (jest to, dodam, wkład istotny, choć Autorka, oczywiście nie określa tego w ten sposób), i wie, co jeszcze pozostało do zrobienia.

### **3. Ocena strony formalnej**

Rozprawa od strony formalnej nie budzi żadnych zastrzeżeń. Za trafną uznaję decyzję Autorki o przygotowaniu rozprawy w języku angielskim, który zwiększa szansę na rozpowszechnienie Jej oryginalnych idei, co jest tym bardziej pożądane, że problem zgodności ugód patentowych z prawem (w tym unijnym) o ochronie konkurencji jest aktualny i szeroko dyskutowany, zwłaszcza za granicą. Nie mam oczywiście kompetencji –

jako osoba niebędąca *native speakerem* – do oceny jakości angielszczyzny Autorki, ale mogę powiedzieć, że w trakcie lektury właściwie nie zdarzyło mi się (jak często zdarza mi się przy lekturze angielskich tekstów pisanych przez osoby nie-anglojęzyczne) ‘potykać’ o styl Autorki, który jest zupełnie ‘przezroczysty’, co świadczy o tym, że angielszczyzna nie stanowi dla Autorki żadnej przeszkody w przekazywaniu Jej (złożonej) myśli. Z punktu widzenia czytelnika język pracy jest więc ‘niewidoczny’, co – jak sądzę – świadczy o nim jak najlepiej. Mam silne przekonanie, że praca Autorki nad rozprawą, choć na pewno absorbująca i ciężka, była dla Niej także przyjemnością, wynikającą z samej fascynacji tematem: trudno byłoby wyłożyć tak złożoną materię w równie przejrzysty i jasny sposób, gdyby nie owa fascynacja (niechęć autora do materii najłatwiej wyczuć w stylu). Ponadto, praca jest zredagowana bardzo starannie; znalazłem zaledwie kilka drobnych błędów literowych i kilka niekompletnych zdań. Przypisy zostały sporządzone bardzo starannie. Autorka podjęła także słuszną, moim zdaniem, decyzję o posługiwaniu się skrótami, co jest nie tylko ‘ekonomiczne’, ale także ułatwia lekturę. Bibliografia pracy jest obszerna, obejmuje liczne pozycje obcojęzyczne (w tym, między innymi, niedawno wydane rozprawy doktorskie, np. Svena Gallascha, co dobrze świadczy o naukowej rzetelności Autorki, pragnącej być ‘na bieżąco’ z wszelkimi, także mniej znanymi, pracami poświęconymi badanej przez Nią problematyce), a także starannie sporządzona (kilka prac z przypisów nie pojawia się wprawdzie w bibliografii, ale przy tak bogatej literaturze niełatwo ustrzec się tego rodzaju – drobnych – potknięć). Generalnie, praca także od strony formalnej zasługuje na wysoką ocenę.

#### 4. Konkluzje

Autorka przygotowała wartościową rozprawę, która nie pozostawia żadnych wątpliwości co do jej dużych naukowych kompetencji. Potrafi stawiać śmiało hipotezy i skrupulatnie je weryfikować. Jej polemiki z różnymi stanowiskami są rzetelne i uczciwe: Autorka dokładnie bada argumenty pro i contra tym stanowiskom, i ostrożnie, ale odważnie formułuje swoje własne opinie. Jej analizy są niezwykle skrupulatne, ale wykazuje się równocześnie umiejętnością formułowania zgrabnych syntez, o czym świadczą podsumowania poszczególnych rozdziałów, w których umiejętnie wydobywa z danego rozdziału te wątki i hipotezy, które są najważniejsze. Sposób prowadzenia przez Autorkę

wyvodu, można by rzec 'pewną ręką', nie pozostawia u czytelnika wątpliwości co do tego, że w pełni panuje nad obszerną i skomplikowaną materią swojej rozprawy.

Konkludując, nie mam wątpliwości, że przedstawiona do recenzji rozprawa mgr Anny Laszczyk spełnia wymagania określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki. W związku z tym wnoszę o dopuszczenie mgr Anny Laszczyk do dalszych etapów przewodu doktorskiego, a także o wyróżnienie jej rozprawy.

Wojciech Zieliński