**5G și vaccin COVID: putem evita monopolul acordat prin brevete?**

Dragoș Bogdan, Bianca Iamandi

**Există vreo legătura între tehnologia 5G și vaccinurile împotriva COVID-19? Ambele sunt protejate prin (multe) brevete și în ambele cazuri se poate pune problema evitării monopolului astfel acordat.**

Brevetele sunt esențiale pentru cercetare, dezvoltare și avans tehnologic. Însă, în unele situații, ar putea fi nevoie să se deroge de la monopolul pe care acestea îl acordă. Spre exemplu, un concurent care nu câștigă o licitație pentru implementarea unei rețele 5G ar putea face uz de monopolul său pentru a împiedica realizarea rețelei respective? Dar titularul unui brevet pentru o parte din tehnologia de vaccin COVID ar putea împiedica un stat să realizeze prin mijloace proprii un vaccin care să înglobeze tehnologia respectivă? Există paralele care se pot face între cele două situații dar există și diferențe care, după cum vom vedea, conduc la soluții diferite.

1. **Tehnologia 5G**

Tehnologia 5G reprezintă viitoarea generație de rețele mobile ce utilizează undele radio pentru a conecta și controla diferite dispozitive: de la umilele aparate casnice, la utilajele dintr-o uzină sau un șantier, mașinile care vor circula pe autostrăzi ori semafoarele din orașe, senzori aplicați pe corp în vederea detectării rapide a maladiilor și multe altele. Volumul mult mai mare de date ce poate fi transferat printr-o rețea 5G promite să transforme din rădăcini aspectele normalului de azi. În aceste condiții, nu este surprinzător că există o cursă în plină desfășurare pentru brevetele ce vizează tehnologia 5G, iar cifrele sunt cel puțin surprinzătoare.

Conform unui studiu efectuat în luna aprilie 2021 de IPlytics[[1]](#footnote-1), pe baza datelor înregistrate la Institutul European de Standardizare în domeniul Telecomunicațiilor (IETS) până la data de 1 februarie 2021, Huawei deține 15,39% din totalul familiilor de brevete 5G, cuprinzând atât brevetele acordate, cât și cererile de brevete în curs de examinare la oficiile de brevete din întreaga lume. Huawei este urmat de Qualcomm cu 11,24% din total și de către ZTE cu 9,81%. În ceea ce privește familiile de brevete 5G acordate și actualmente active, tot Huawei este compania situată în vârful clasamentului, cu 15,38% din totalul acestor familii de brevete, urmată de această dată de către Samsung, cu 13,28% și de către Nokia, cu 13,23%. Raportul estimează că primele 10 companii ce activează în această piață dețin 80% din totalul familiilor de brevete 5G acordate, în timp ce primele 20 de companii ajung să dețină cumulat 93% din totalul familiilor de brevete 5G acordate.

Cu toate acestea, nu toate brevetele sau familiile de brevete menționate anterior sunt la fel de importante. Unele din aceste brevete (între 20% și 30% conform unor estimări) sunt esențiale pentru un standard de comunicare implementat deja în tehnologia 5G. **Cum funcționează brevetele esențiale pentru un standard**? Membrii industriei – adică reprezentanții firmelor din industrie - spre exemplu Huawei, Qualcomm, Sony, Ericsson, Nokia, Samsung etc. - conlucrează în cadrul unor **organizații de stabilire a standardelor** (SSO), în scopul de a adopta cele mai bune soluții tehnice sub formă de standarde tehnologice. Pe plan european, organismul care acționează în sectorul telecomunicațiilor din UE și permite membrilor industriei să includă tehnologia lor brevetată în cadrul unui standard este IETS. Marea majoritate a SSO, inclusiv IETS, acceptă participarea firmelor la activitatea de standardizare sub condiția angajamentului irevocabil de a fi dispuși să acorde **licențe pentru această tehnologie brevetată în condiții echitabile, rezonabile și nediscriminatorii (licențe în condiții FRAND – fair, reasonable and non-discriminatory).** Altfel spus, toți participanții la activitatea de stabilire a standardelor au obligația de a se declara dispuși să acorde licențe oricui ar fi interesant să folosească standardul în care este încorporat brevetul în condiții FRAND.

Aceste declarații sunt esențiale pentru a **permite coexistența și eficiența a două sisteme aparent ireconciliabile**: pe de o parte monopolul dat de brevet și, pe de altă parte, interesul public de a asigura standardizarea (și creșterile enorme de eficiență rezultate din standardizare). Cum arată chiar Curtea de Justiție a UE, „*exploatarea standardului este indispensabilă oricărui concurent care are în vedere să fabrice produse conforme cu standardul cu care are legătură”[[2]](#footnote-2)*. Singurul mod de a permite și standardizare, și monopol este licențierea în condiții FRAND: practic vorbind, într-o explicație fără valențe juridice, **monopolul de exploatare se transformă într-un drept al titularului de a obține o remunerație echitabilă**. Acest cadru juridic asigură totodată că tehnologia este disponibilă celor ce doresc să implementeze respectivul standard.

Totuși, implementarea practică a licențierii în condiții FRAND s-a dovedit dificilă în absența unor criterii suplimentare pentru a defini acest concept. **Cum se stabilește caracterul echitabil al remunerației? Poate titularul brevetului să interzică folosirea standardului în care este încorporat brevetul său dacă terțul interesat nu face o ofertă de licență care să respecte condițiile FRAND?**

Cu privire la prima întrebare, arătăm că, printr-o Comunicare formulată de Comisia Europeană[[3]](#footnote-3), instituția europeană a subliniat că „*părțile sunt cel mai bine plasate pentru a ajunge la o înțelegere comună a ceea ce prezintă condiții echitabile de acordare a licențelor și prețuri echitabile, prin negocieri cu bună-credință*”, dar că acordarea licențelor de brevete esențiale pentru un standard „*este îngreunată de interpretări neclare și divergente cu privire la semnificația FRAND”*, dezbaterile fiind extrem de aprinse asupra principiilor de evaluare a remunerației.

În ceea ce privește posibilitatea a titularului de brevet de interzice folosirea standardului, CJUE este cea care stabilește că o eventuală acțiune în contrafacere, în încetarea atingerii aduse brevetului sau în retragerea produselor pentru fabricarea cărora a fost utilizat brevetul nu indică un abuz de poziție dominantă din partea titularului de brevet, dacă se respectă următoarea procedură[[4]](#footnote-4):

* Titularul notifică pretinsul autor al contrafacerii despre conduita care îi este imputată;
* Acesta din urmă își exprimă voința de a încheia un contract de licență în condiții FRAND;
* Titularul brevetului transmite respectivului autor al contrafacerii o ofertă de licență concretă și scrisă în condiții FRAND, în conformitate cu angajamentul pe care și l-a asumat în fata organismului de standardizare, precizând inclusiv cuantumul redevenței și a modalității sale de calcul;
* Pretinsul autor are obligația de a da curs ofertei cu diligență, în conformitate cu uzanțele comercial recunoscute în materie și cu bună-credință. Dacă nu acceptă oferta transmisă, acesta trebuie să propună titularului o contraofertă care să corespundă condițiilor FRAND, într-un termen scurt și în scris;
* Dacă în urma contraofertei nu se ajunge la un acord asupra detaliilor și a condițiilor FRAND, părțile, de comun acord, au posibilitatea de a solicita stabilirea cuantumului redevenței de către un terț independent care să statueze într‑un termen scurt.

Dificultatea problemei provine uneori din caracterul global al tehnologiei utilizate. Tocmai ca urmare a acestui caracter global, printr-o hotărâre de referință în materia licențelor în condiții FRAND[[5]](#footnote-5), Curtea Supremă a Marii Britanii a stabilit că **instanțele de judecată engleze au competența de a stabili cuantumul redevențelor pentru o licență *globală* în condiții FRAND**, licență ce viza un **portofoliu internațional de brevete**. Instanța și-a fundamentat raționamentul pe politicile IETS, pe care le-a asimilat unui angajament contractual, ce produc efecte pe plan internațional. Practic, instanțele engleze ar putea judeca litigii globale în materie de licențe FRAND, stabilind pentru toate țările din lume condițiile de licențiere. Desigur, alte țări cu mare putere industrială și experiență în materie de brevete și licențe nu sunt tocmai mulțumite de soluția adoptată în Marea Britanie. Problema ar putea fi tranșată prin **intrarea în funcțiune a Curții Unificate a Brevetului**, o instanță pan-europeană competentă să tranșeze și acest gen de chestiuni.

Așadar, în cazul tehnologiilor 5G, licențierea FRAND este o parte din soluția necesară. Rămân însă probleme legate de **brevetele care nu au fost incluse în standarde sau care nu vor fi considerate ca fiind esențiale pentru un standard** și pentru care obligația de licențiere FRAND nu se aplică.

În aceste cazuri, în plan intern, va fi nevoie de o altă soluție, întrucât, în momentul de față, Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenții nu oferă sprijin pentru asemenea situații (de altfel, este neclar dacă și cum poate fi aplicat mecanismul FRAND, descris anterior, de către instanțele sau autoritățile din România).

Astfel, în concepția inițială a Legii nr. 64/1991, acordarea licențelor obligatorii era condiționată exclusiv de conduita titularului de brevet, în sensul că acesta, în mod nejustificat, timp de cel puțin 3 ani de la acordarea brevetului, nu aplica sau aplica insuficient invenția brevetată pe teritoriul României, iar negocierile pentru acordarea unei licențe voluntare nu ajungeau la niciun rezultat. La ora actuală, pe lângă aceste două cazuri, în cuprinsul art. 43 alin. (4) din Lege au mai fost adăugate alte trei ipoteze în care Tribunalul București poate acorda o licență obligatorie: (a) în situații de urgență națională; (b) în alte situații de extremă urgență; (c) în situații de utilizare publică, în scopuri necomerciale. Este greu de crezut că o situație privind tehnologia 5G poate fi încadrată cu ușurință în oricare din aceste ipoteze de lucru. Practic, în legislația internă, nu avem un mecanism funcțional real și eficient pentru acordarea unei licențe obligatorii pentru aceste tipuri de situații.

1. **Vaccinurile COVID**

Problema eludării monopolului dat de brevet se pune cu mare actualitate într-un alt domeniu, unul în care divergențele pun în balanță interesele particulare ale companiilor farmaceutice și interesul general de protecție a sănătății publice: vaccinurile COVID.

Potrivit unui studiu efectuat pe baza informațiilor existente până la data de 31.01.2021, podiumul companiilor farmaceutice care dețin cel mai puternic portofoliu de vaccinuri bazate pe tehnologia ARN-ului mesager este ocupat de CureVac (cu aproximativ 1.000 de astfel de brevete), urmat de Gilead Sciences (cu aproximativ 650 de brevete) și de Moderna Therapeutics (cu aproximativ 550 de brevete)[[6]](#footnote-6).

Pe de altă parte, conform datelor publicate de UNICEF[[7]](#footnote-7), **doar 40% din capacitatea mondială de producție a vaccinurilor împotriva COVID-19 este actualmente exploatată,** iar unele țări duc lipsă de vaccinuri suficiente (nu este, desigur, cazul României - cel puțin deocamdată).

Considerând că această situație este rezultatul exclusiv al intenției producătorilor vaccinurilor aprobate de a-și proteja drepturile de proprietate intelectuală cu privire la formulele și tehnologiile utilizate în procesul de fabricație, în luna octombrie 2020, India și Africa de Sud au transmis către Organizația Mondială a Comerțului o **propunere de exceptare temporară[[8]](#footnote-8) de la protecția drepturilor de proprietate intelectuală recunoscute prin Acordul TRIPS** (realizat în cadrul OMC)[[9]](#footnote-9) în ceea ce privește tehnologia necesară pentru a preveni, limita și trata COVID-19, **derogarea urmând să vizeze inclusiv brevetele de vaccinuri**[[10]](#footnote-10). Altfel spus, aceste țări doresc o renunțare temporară de la protecția garantată prin brevete pe teritoriile lor, iar pentru a putea ajunge la acest rezultat, este nevoie de o derogare de la Acordul TRIPS ce impune acordarea unei atare protecții. În absența unei derogări generale, o conduită unilaterală a acestor state ar putea conduce la măsuri de răspuns din partea organelor OMC și a altor state membre ale Organizației. Solicitarea formulată de India și Africa de Sud a generat multiple reacții și luări de poziții pe plan internațional, inclusiv din partea instituțiilor europene.

**Comisia Europeană** a fost promotorul protejării drepturilor de proprietate intelectuală, opunându-se unei derogări formale de la TRIPS, sens în care a transmis o contrapropunere către OMC[[11]](#footnote-11) și a subliniat, printre altele, faptul că Acordul TRIPS prevede o serie de mecanisme legale ce ar putea fi folosite pentru a accelera producția de vaccinuri pe plan mondial, respectiv **licențele voluntare sau licențele obligatorii**.

Într-o notă diferită, prin Rezoluția din data de 10.06.2021[[12]](#footnote-12) referitoare la răspunsul la provocarea globală reprezentată de pandemia de COVID-19, **Parlamentul European a votat în sensul începerii negocierilor pentru derogarea temporară de la Acordul TRIPS al OMC**. Conform punctului 9 din rezoluție, legislativul european a invitat Comisia să furnizeze criterii obiective pe baza cărora se va stabili dacă, în ce cazuri și când va recurge la licențe obligatorii și **a subliniat că licențele obligatorii necesită un cadru juridic eficace și ar putea conduce la dificultăți juridice în țările în curs de dezvoltare**. Altfel spus, **Parlamentul European consideră că derogarea de la TRIPS ar trebui permisă tocmai motivat de faptul că actualul cadru legal privind licențele obligatorii nu este unul eficace, în special în țările care au cea mai mare nevoie de vaccinuri**.

Deși licențele de brevete sunt susceptibile să asigure un echilibru între cele două interese contrare, respectiv interesul titularului brevetului de a beneficia de protecție juridică și de a primi totodată o compensație pecuniară echitabilă din partea beneficiarului licenței, pe de-o parte, și celor din urmă de a avea acces la informațiile necesare în scopul producerii vaccinurilor, pe de altă parte, **condiționările existente în Acordul TRIPS par să descurajeze utilizarea unui atare mecanism legal**. De altfel, dificultățile redate anterior în privința mecanismelor de licențiere FRAND pentru tehnologiile standardizate, în special referitoare la tehnologia 5G, nu fac decât să sublinieze că un mecanism asemănător este inadecvat în cazul unei pandemii, în absența unor clarificări pe cale legislativă a condițiilor de aplicare.

Din fericire, în România nu se pune - cel puțin deocamdată - problema unei penurii de vaccinuri COVID; discuția este așadar valabilă mai degrabă pentru viitor. Totuși, nu putem să nu observăm că, în încercarea de aplicare a mecanismului licențelor obligatorii prevăzut de Legea nr. 64/1991, se ridică, pentru moment, cel puțin următoarele neclarități:

* Absența unor criterii în funcție de care un eveniment se poate subsuma noțiunii de *urgență națională*. Lipsa unor măsuri clare de organizare a reacției autorităților poate fi compensată de un mecanism de licență obligatorie? Ar putea fi titularul unui asemenea brevet să fie obligat să suporte incoerența și ineficacitatea măsurilor luate de autorități?
* Lipsa unor detalieri în cuprinsul art. 43 alin. (6) și art. 44 alin. (2) din Lege referitoare la categoriile de *terți* care ar dobândi o licență obligatorie pentru utilizare publică în scopuri necomerciale și la limitele și condițiile *autorizării* acordate acestora de către Guvern;
* Dificultatea de a stabili dacă titularul licenței obligatorii de brevet poate să procedeze inclusiv la exportul produselor obținute pe baza licenței, dat fiind caracterul aparent permisiv al dispozițiilor art. 44 alin. (3) din Lege;
* Absența unor indicii în funcție de care Tribunalul București stabilește nivelul remunerației la care este îndreptățit titularul dreptul la brevet din partea beneficiarului licenței obligatorii, independent de „*valoarea comercială a licenței”*, care este, de altfel, unicul criteriu stabilit de art. 44 din Lege.

Totodată, arătăm că însăși Comisia Europeană a transmis către Consiliul TRIPS un punct de vedere asemănător celui de mai sus, vizând necesitatea de clarificare a anumitor prevederi din Acordul TRIPS referitoare la mecanismul licențelor obligatorii[[13]](#footnote-13). În esență, Comisia apreciază necesar a se stabili dacă pandemia întrunește o condiția de a fi o urgență națională (art. 31 lit. b) din Acord) și de a se preciza criterii clare pentru determinarea remunerației adecvate la care titularul de brevet este îndreptățit (art. 31 lit. h) din Acord).

**Neclaritățile semnalate mai sus ar trebui să constituie un prim pas în direcția unei reforme legislative de natură să transforme prevederile referitoare la licențele obligatorii de brevete într-un mecanism funcțional și efectiv, care să fie aplicat cu mai multă ușurință și celeritate de către cei interesați de obținerea unor astfel de licențe, fără a fi pierdut din vedere interesul particular al titularului de brevet și dreptul său la o remunerație adecvată. Uneori sănătatea națională, alteori dezvoltarea tehnologică, ar putea depinde tot mai frecvent de eficiența unor astfel de mecanisme.**

*Un articol semnat de Dragoș Bogdan, Senior Partner -* *dbogdan@stoica-asociatii.ro* *și Bianca Iamandi, Junior Lawyer* *– biamandi@stoica-asociatii.ro* *-* [*STOICA & Asociații*](https://www.stoica-asociatii.ro/Veronica-DOBOZI-a7-en.htm)

1. <https://www.iplytics.com/report/5g-patent-race-02-2021/> [↑](#footnote-ref-1)
2. Cauza C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd împotriva ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH, par. 49 [↑](#footnote-ref-2)
3. Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European – Stabilirea abordării UE a brevetelor esențiale pentru standarde, Bruxelles, 29.11.2017 [↑](#footnote-ref-3)
4. Cauza C-170/13, par. 60-66 [↑](#footnote-ref-4)
5. <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0214.html> [↑](#footnote-ref-5)
6. <https://www.patentsight.com/patentsight-press-center/analysis-reveals-companies-with-strongest-patents-related-to-covid-19-vaccines> [↑](#footnote-ref-6)
7. <https://www.unicef.org/supply/covid-19-vaccine-market-dashboard> [↑](#footnote-ref-7)
8. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True> [↑](#footnote-ref-8)
9. Acordul TRIPS (Acordul privind aspectele drepturilor de proprietate intelectuală legate de comerț) este Anexa 1C la Acordul de înființare a Organizației Mondiale a Comerțului semnat la Marrakech în data de 15 aprilie 1994 și ratificat de România prin Legea nr. 133/1994 [↑](#footnote-ref-9)
10. Conform punctului 12 al propunerii de derogare, aceasta urmează să vizeze protecția recunoscută prin Acordul TRIPS referitoare la drepturile de autor și drepturi conexe, desene industriale și la secretul comercial [↑](#footnote-ref-10)
11. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2801> [↑](#footnote-ref-11)
12. <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0283_RO.html> [↑](#footnote-ref-12)
13. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2801> [↑](#footnote-ref-13)