

Велимир ЖИВКОВИЋ, мастер

ЗАШТИТА ПАТЕНТА КАО ИНВЕСТИЦИЈЕ

Резиме

Патенти су традиционално предмет рекулсања и проучавања у праву интелектуалне својине али развој права на међународном нивоу намеће нове погледе у вези са патентима. Патенти постају значајни семенити рекулсања у материји међународне трговине али и у области страних инвестиција. Услед великог значаја директних страних инвестиција за економски развој, потребно је имати у виду какве обавезе се намећу државама у том погледу и какве вредности могу из њих произаћи за носиоца патента који има страних инвеститора.

У овом раду се анализира појам патента као инвестиције, права која носилац патента – инвеститор има, као и одређени механизми заштите права који су специфични за инвестиционо право а пружају поодности носиоцу патента као инвеститору. Коначан закључак је да би носиоци патента требало увек да теже да себи обезбеде страних инвеститора, имајући у виду вредности које им тај страних може пружити.

Кључне речи: патент, интелектуална својина, стране инвестиције, међународно инвестиционо право.

I Увод

Патенти су превасходно институт права интелектуалне својине, и то један од најстаријих и најзначајнијих. Теоријска схватања о патентима и уопште доктринарна разматрања о патентима дуго су искључиво

била везана за област права интелектуалне својине. Ова слика се унеколико мења и то по нашем мишљењу у два правца.

Први правац је релативно скорашње укључивање питања везаних за патенте у право међународне трговине. Тако је постало неопходно да се патенти јаве као тема и у међународном привредном праву. Најбољи пример за то је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) Светске трговинске организације, који се оцењује као најзначајнији међународни уговор у области интелектуалне својине.¹

Други правац је област међународних инвестиција и међународног инвестиционог права. У светској трговини технологијом међународне инвестиције су од великог значаја, јер представљају непосредан начин како технологија прелази државне границе. Пре свега се то односи на стране непосредне (директне) инвестиције (*foreign direct investment*) које подразумевају инвестициони однос трајног карактера између предузећа у које се улаже или које се оснива капиталом страног инвеститора.² Компаније из развијених земаља, које располажу капиталом за пласман, имају сопствени интерес да инвестирају у земљама у развоју и тако искористе предности јефтине радне снаге и друге погодности. Земљама у развоју стране инвестиције су неопходне зарад побољшања економије друштва у сваком погледу, а посебно технолошке базе економије.

Интензиван развој међународне трговине и општа глобализација односа довели су и до развоја међународних инвестиција и потребе за њиховим правним регулисањем. То се данас чини кроз споразуме о заштити инвестиција, који могу бити на глобалном, регионалном или билатералном нивоу. Сви ови споразуми дају одређена права инвеститору и обезбеђују посебне механизме заштите тих права. Када носилац патента наступа као инвеститор сматрамо да је потребно да поред правила права интелектуалне својине, увек имати у виду и правила инвестиционог права, која су значајна за заштиту инвестиција. Разлог за то је чињеница да правни режим заштите инвестиција може носиоцу патента пружити додатну правну заштиту.

У овом раду анализираћемо појам патента као инвестиције (такво схватање патента је неопходан предуслов да би носилац патента могао бити инвеститор), затим права која носилац патента има као инвеститор, као и механизме преко којих носилац патента може остварити заштиту своје инвестиције.

1 Весна Бесаровић, *Интелектуална својина – индустријска својина и ауторско право*, 4. издање, Београд, 2005, стр. 31.

2 Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, стр. 19.

II Патент као инвестиција

Носилац патента може на различите начине да искористи свој патент на светском тржишту. Поред цесије патента за одређена тржишта или регионе, носилац патента може прибећи или лицензирању као дугорочнијем облику стицања прихода од свог патента, као и директном учешћу у производњи за коју је неопходан патент који поседује. Овај други облик експлоатације може се вршити оснивањем иностраних ћерки компанија, разним врстама доинт венчер пројеката или уласком у већ постојећа привредна друштва у иностранству.³

Од значаја је да носилац патента оваквим ангажованијим начином уласка на тржиште (не само простим извозом патентираног производа) најчешће стиче статус инвеститора, а сам патент стиче статус инвестиције. Требало би одмах напоменути да је материја инвестиционог права хетерогена по броју и врсти извора⁴ и да не постоји универзална правило да ће носилац патента из сваке земље, било где да овако употреби свој патент, бити сматран инвеститором. Али када се узме у обзир постојеће међународно инвестиционо право и после анализа одредаба већег броја постојећих споразума о инвестицијама, сматрамо реалним да ће се носиоци патента сматрати инвеститором у веома великом броју случајева.

Предуслов за експлоатацију и заштиту јесте да носилац патента свој патент региструје у земљи домаћину. То је не само најчешћи услов за редовну тржишно искоришћавање према правилима права интелектуалне својине,⁵ већ и услов да патент уђе у подручје регулисано правилима инвестиционог права.

Постоји готово општи консензус да су патенти, као и права интелектуалне својине уопште, данас редовно садржани у свим споразумима за заштиту инвестиција на међудржавном нивоу.⁶ Како се наводи у литератури, практично сви савремени инвестициони споразуми који садрже стандарде промоције и заштите страних инвестиција садрже права интелектуалне својине у дефиницији инвестиције.⁷

3 Више о различитим облицима експлоатације патента: В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 183–200.

4 Stefan Amarasinha, Juliane Kokott, „Multilateral Investment Rules Revisited“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 124; П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 110.

5 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 183.

6 Peter Muchlinski, „Policy Issues“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 19.

7 Friedl Weiss, „Trade and Investment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 199.

Уколико напустимо терен међудржавних споразума, остаје могућност да конкретан инвеститор, који може бити носилац неког патента, склопи директан уговор са државом домаћином о остваривању неке веће, инфраструктурне или сличне инвестиције. У таквим ситуацијама, стране уговорнице саме одређују правни режим и уопште права и обавезе у погледу инвестиција. Оно што је сасвим вероватно очекивати је да ће инвеститор, уколико је за остварење пројекта неопходан и патент, укључити патент у садржину инвестиција које се штите.

У праву Републике Србије права интелектуалне својине, а у оквиру тога и патент, сматрају се инвестицијом.⁸ Тако је и у билатералним споразумима о заштити инвестиција.⁹

Оно што је резултат статуса патента као инвестиције је да су носиоцу патента као инвеститору загарантована одређена права која ћемо размотрити у даљем тексту.

III Права носиоца патента као инвеститора

Инвеститор, па тако и носилац патента, генерално може своја права у погледу инвестиција остваривати на основу директног споразума који има са државом домаћином или користећи се одредбама међудржавних споразума о заштити инвестиција. Трећа могућност је постојање закона о страним инвестицијама у држави домаћину али не сматрамо да то захтева посебну анализу, јер су одредбе таквих закона у принципу сличне билатералним инвестиционим споразумима.¹⁰

Када је реч о споразумима између инвеститора и државе није могуће дати конкретну класификацију права и привилегија која стоје на располагању инвеститору с обзиром да се овакви споразуми закључују имајући у виду неке конкретне околности и специфичан инвестициони пројекат.¹¹ Такви споразуми уопште не морају ни бити доступни јавности. Из тих разлога анализираћемо само одредбе међудржавних споразума.

Међудржавни споразуми о заштити инвестиција, претежно билатерални, су у великој експанзији на глобалном нивоу. Према проценама,

8 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 8. издање, Београд, 2007, стр. 478.

9 Видети нпр. Споразум између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени гласник РС*, бр. 105–09), члан 1(г).

10 Engela Schlemmer, „Investment, Investor, Nationality, and Shareholders“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 55; P. Muchlinski, *нав. дело*, стр. 6–7, 44.

11 Више о томе: П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 41–42 и даље.

њихов број износи око две и по хиљаде.¹² У таквом мноштву споразума генерално постоје одређене одредбе које су се искристалисале као редовне у међународном инвестиционом праву, али има и специфичних одредби. Као најзначајније материјалноправне одредбе значајне за област патената јављају се стандарди третмана (1) и одредбе о експропријацији (2). Од великог значаја су и одредбе о решавању спорова које ћемо такође ближе размотрити.

1. Стандарди третмана

Не би се могло рећи да постоји и прецизно дефинисан списак стандарда третмана страних инвеститора у инвестиционом праву, с обзиром да се на неким местима одређени стандарди деле на два или више посебних третмана. Неспорно је да постоје два стандарда а то су а) национални третман и б) третман најповлашћеније нације. Трећи стандард је поштен и правичан третман (енг. *fair and equitable treatment*) у који ћемо уврстити и одредбе које се понекад издвајају у посебне третмане, као што су забрана арбитрерности и дискриминације или дужност да се обезбеди пуна заштита и сигурност инвестиције. У принципу, теорија и судска пракса су неуједначени у схватањима да ли се овде говори о више стандарда или о деловима једног, али не сматрамо да је детаљно разматрање ових потподела од суштинског значаја за нашу тему.¹³

Стандарди третмана не гарантују одређена поименице набројана права која се гарантују инвеститору, што је уосталом генерална одлика правних стандарда. Инвеститор има право да ужива одређени третман, а којим ће се правима, привилегијама и обавезама, тај третман одликовати зависи од конкретне земље. Пре анализирања сваког од посебних третмана потребно је истаћи да се у материји третмана инвестиција преплићу одредбе инвестиционог и других грана права. Да ли се држава домаћин понаша на одговарајући начин не процењује се апстрактно и тумачећи искључиво инвестиционо право, већ имајући у виду целокупно законодавство те земље и преузете међународне обавезе. Тако је у материји третмана патената и интелектуалне својине уопште, за третман инвестиција неопходно имати у виду националне законе из ове области и све међународне обавезе које је држава домаћин преузела. Како

12 Katia Yannaca-Small, „Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments“, у: August Reinisch (editor), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, стр. 117.

13 За ставове по овом питању видети Christoph Schreuer, „Introduction: Interrelationship of Standards“, у: August Reinisch (editor), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, стр. 4–6.

се истиче, одредбе међународног инвестиционог права и одредбе других грана права често се међусобно допуњују.¹⁴

Стандард националног третмана предвиђа да страни инвеститор и његова инвестиција не смеју бити *de iure* и/или *de facto* лошије третирани од домаћих инвеститора и њихових инвестиција.

Када се има у виду носилац патента, то би конкретно значило да његов патент мора бити признат као и сваки домаћи, са истом садржином и обимом права. Носиоцу патента морају бити пружене исте могућности за експлоатацију свог патента као и домаћим носиоцима патената. Уколико је држава домаћин ратификовала само Конвенцију о заштити права индустријске својине (скраћено Париска конвенција), практично би релеватно би за овај стандард било само домаће законодавство услед непостојања неких детаљнијих супстантивних одредби у тој конвенцији. У случају да је државе домаћин ратификовала и ТРИПС, одредбе тог споразума биле би од великог значаја услед обавезних супстантивних одредби које се ту налазе.¹⁵ Држава домаћин не би смела да права загарантована ТРИПС-ом резервише само за домаће држављане или да се понаша на сличан начин. У принципу, у материји патената је овај третман тесно повезан са националним третманом какав постоји и у Париској конвенцији и, посредно, у ТРИПС-у. Мишљења смо да би свака повреда националног третмана према овим инструментима неминовно водила и повреди националног третмана у погледу инвестиције. Са друге стране, не сматрамо и да је обрнуто. Сасвим је могуће да се право на национални третман у погледу инвестиције-патента повреди на начин који није нужно везан за интелектуалну својину. На пример, држава домаћин може у потпуности поштовати сва права у погледу интелектуалне својине према домаћем законодавству и тиме испунити стандард националног третмана према Париској конвенцији/ТРИПС-у али може истовремено захтевати да страни инвеститори који су инвестирали патент плаћају посебну инвестициону таксу која не спада у домен права интелектуалне својине. Управо у оваквим ситуацијама одредбе инвестиционог права омогућавају носиоцу патента додатну заштиту у поређењу само са одредбама које се односе само на интелектуалну својину. У пракси арбитражних трибунала није било случајева који би се изричито бавили питањем експропријације интелектуалне својине, али ставови заузети у одређеним случајевима су аналогijом сасвим применљиви.¹⁶

14 Moshe Hirsch, „Investment and Non-Investment Obligations“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 156.

15 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 217.

16 Видети преглед код М. Hirsch, *нав. дело*, стр. 163-173.

Третман најповлашћеније нације носи обавезу државе домаћина да исте повластице које омогући инвеститорима из неке треће државе омогући у истим ситуацијама (принцип *ejusdem generis*) и свим инвеститорима из државе са којом има инвестициони споразум у коме се налази оваква клаузула.¹⁷ Наводи се и да је практични резултат оваквих клаузула, имајући у виду огроман број инвестиционих споразума у којима су присутне, ситуација да је за државу домаћина најсигурније да сваком инвеститору обезбеди максимум права како не би дошла у ризичну ситуацију да оштети инвеститоре из одређене земље.¹⁸ Оваква одредба и практични ефекти до којих доводи сигурно су додатна погодност за носиоца патента.

Оно што може бити од посебне користи за инвеститора-носиоца патента је и став из арбитражне праксе (за који се ипак не може са сигурношћу рећи да је општеприхваћен) да је довољно за тужиоца да установи *prima facie* кршење неког од ова два претходна стандарда како би терет доказивања прешао на туженог, тј. државу домаћина.¹⁹

Посебно значајан је и третман поштеност и правичност поступања. Већ из самог назива и помињања правичности види се колико је широко постављен овај стандард и колико радњи државе домаћина може доћи у колизију са њим. Управо та релативна неодређеност представља погодност за инвеститора. Држава је онемогућена да номинално испуњава своје обавезе а да де факто врши радње на штету инвеститора – носиоца патента. Замислимо ситуацију у којој је држава домаћин не предузима ефикасне мере да заштити страног инвеститора-носиоца патента од нелегалног искоришћавања патента од стране трећег лица, док такве мере предузима како би заштитила друге домаће или стране носиоце патента. Номинално, инвеститор-носилац патента може користити домаће правосудје, али чињеница да се тај конкретан патент непрекидно злоупотребљава за ралику од других, указује на одређено малициозно понашање државе. Такво понашање је *de facto* неправично и практично не обезбеђује пуну заштиту инвестиције тако да страни инвеститор има право да тражи заштиту путем инвестиционог права. Могуће је замислити и многобројне сличне ситуације, где акценат овог третмана

17 Pia Acconci, „Most-Favoured-Nation Treatment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 365.

18 Barton Legum, *Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?*, Paris, 2005, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/51/10/36370461.pdf>, 7.2.2010, стр. 4–5.

19 Todd Grierson-Weiler, Ian Laird, „Standards of Treatment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 295.

на правичности и чињеницама, може имати бројне предности у односу на чисто формалноправно посматрање положаја инвеститора. Ставови праксе и доктрине говоре у прилог томе.²⁰

2. Експропријација инвестиција

Значај одредби о експропријацији је за инвеститоре у принципу велики а присутно је и становиште да су ове одредбе заправо и суштинско језгро инвестиционих споразума.²¹ Ове одредбе су од таквог значаја за инвеститора – носиоца патента из тог разлога што се експропријација, како се схвата у контексту инвестиционог права, уклапа у институте патентног права тако да може доћи до њиховог међудејства. На почетку би требало рећи да се у појам експропријације, логично, не могу укључивати ситуације попут ништавости патента због неиспуњавања услова за његово постојање, престанка услед неплаћања такси и сличних основа,²² под условом да је поступак спроведен у потпуном складу са законом.

У материји експропријација генерално се разликују два модела: а) директна (потпуна) и б) индиректна (делимична) експропријација.

Директна експропријација обухвата принудни пренос права (титулуса) са оригиналног носиоца на другог (нпр. државу) уз потпуно лишавање претходног титулара било ког овлашћења. Оваква експропријација је одузимање патента, где носилац патента губи апсолутно сва права. Овакво директно одузимање права је у принципу превазиђено (развојем друштвених, економских и политичких односа) и није више присутно у пракси.²³

Индиректне експропријације јављају се у много разноврснијим облицима. Овакве експропријације обухватају делимично одузимање права, мешање у коришћење права, мере које трају током дужег временског периода, такозване „шуњајуће“ експропријације (енг. *creeping expropriations*) и друго. Фокус у материји експропријација прешао је на терен индиректних експропријација.²⁴ Мишљења смо да је овде најобухватинија дефиниција UNCTAD-а која се често користи у литератури: „Одузимање такође може бити резултат званичних аката који доводе до губитка могућности управљања, коришћења или контроле,

20 C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 2.; K. Yannaca-Small, *нав. дело*, стр. 111.; P. Muchlinski, *нав. дело*, стр. 24.

21 C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 1.; T. Grierson-Weiler, I. Laird, *нав. дело*, стр. 260–261.

22 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 104–107.

23 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 100.

24 A. Reinisch, „Legality of Expropriations“, у: August Reinisch (editor), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, стр. 171.

или значајног смањења вредности добара.²⁵ Напомињемо да би увек требало имати у виду да граница између експропријације и дозвољеног правног регулисања не може никад бити унапред постављена.²⁶ Процена се увек врши од чињеница конкретног случаја, али поменута дефиниција свакако пружа довољну флексибилност.

У погледу патената мере које би могле да се сврстају у ову дефиницију се односе на ограничавање права носиоца патента, превасходно принудне лиценце. Принудне лиценце задиру у ексклузивитет права носиоца патента, директно утичу на слободу располагања и имају директан ефекат на снижење економске вредности патента уклапајући се тако јасно у дефиницију индиректне експропријације. Са друге стране, предност концепта индиректне експропријације у инвестиционом праву је што обухвата и све друге радње које утичу на инвестицију на наведени начин, уклапале се у законске оквире или не.

Требало би напоменути да овакве одредбе инвестиционог права не забрањују генерално држави да спроводи експропријацију. То увек остаје суверено право државе и такав став је потврђен у пракси. Оно што је обавеза државе према усвојеним стандардима у међународном инвестиционом праву и обичајном међународном праву је да испуни одређене услове како би експропријација била легална.²⁷ Уколико држава не испуни те услове говори се о незаконитој експропријацији која за собом повлачи одговорност државе. Основна предност инвестиционог права за носиоца патента је што тада као инвеститор има много шире могућности и боље шансе да оствари своја права користећи механизме заштите инвестиција него само заштите интелектуалне својине.

Генерално прихваћени услови за легалну експропријацију су да је одузимање у јавном интересу, да је спроведено без дискриминације, да је плаћена одговарајућа накнада и да је испоштована одговарајућа, правична процедура (*due process*)²⁸ иако овај последњи захтев није универзално прихваћен.²⁹ Мишљења смо да када је материја патената у питању уколико се постави питање било одузимања патента или при-

25 UNCTAD, UNCTAD Series on issues in international investment agreements – Taking of Property, New York and Geneva, 2000, доступно на адреси: <http://www.unctad.org/templates/Download.asp?docid=352&lang=1&intItemID=2503>, 7.2.2010, стр. 4.

26 Видети нпр. Rudolph Dolzer, Felix Bloch, „Indirect Expropriation: Conceptual Realignment’s“, *International Law FORUM du droit international*, 5, 2003, стр. 158–163.

27 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 479; А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 176.

28 UNCTAD, UNCTAD Series on issues in international investment agreements – Taking of Property, стр. 11.

29 UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issues, Volume I, New York and Geneva, 2004, доступно на адреси: <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=5724&lang=1&intItemID=2322>, 10.2.2010, стр. 235.

нудне лиценце патента који истовремено има статус инвестиције апсолутно неопходно узимање у обзир одредаба и стандарда права интелектуалне својине. Погледајмо детаљније неке од ових услова.

У погледу јавног интереса јасно је да је могуће да одговарајуће одредбе патентног права захтевају постојање јавног интереса ради одузимања патента и принудне лиценце. У том случају процена постојања јавног интереса вршила би према критеријумима присутним у патентном праву и таква процена морала би да буде релевантна и за инвестиционо право. Са друге стране могућа је ситуација да одредбе патентног права не захтевају постојање јавног интереса и да је државама остављена велика дискреција. У таквом случају држава би се евентуално могла понашати у складу са својим законодавством у области патената али да истовремено крши одредбе инвестиционог права. Заправо, овим се пружа виши степен заштите носиоцу патента када се јавља као инвеститор, јер би евентуално закониту меру са становишта права интелектуалне својине могао нападати као незакониту експропријацију са становишта инвестиционог права. При том не мислимо само на принудне лиценце у јавном интересу као тако изричито назван правни институт³⁰ већ на принудне лиценце уопште, с обзиром да издавање принудне лиценце увек има одређени шири интерес у својој основи, на пример жељу да се патентирани проналазак заиста и употребљава у циљу побољшања технолошког нивоа привреде једне државе. Уколико нека држава не поштовала ове широко прихваћене принципе, сматрамо да је сасвим оправдано да се носиоцу патента, бар као инвеститору, омогући одређена заштита. Одредба да је неопходан јавни интерес за легалну експропријацију у било којој области део је обичајног међународног права и присутна је у практично свим инвестиционим споразумима данас.³¹ Исти став потврђен је у јуриспруденцији различитих судова и арбитража.³²

Услов везан за постојање одговарајуће надокнаде контроверзан је у међународном праву.³³ У материји међународног инвестиционог права међу најприхваћенијим је Халов стандард који захтева да надокнада буде брза, ефикасна и адекватна. Истиче се да се овај стандард у погледу висине надокнаде данас по правилу прецизира као пуна тржишна вредност у моменту пре отпочињања експропријације.³⁴ У погледу процене саме висине надокнаде сматрамо да је неопходно и правично искључиво узети у обзир стандарде права интелектуалне својине. То се сасвим

30 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 102-103.

31 А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 178.

32 За преглед видети А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 179-186.

33 А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 175-176.

34 Abby Cohen Smutny, „Compensation For Expropriation In The Investment Treaty Context“, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, issue 3, June 2006, стр. 2.

уклапа у став да је процена пуне тржишне вредности зависна од природе добра које се одузима.³⁵ Уколико су испуњени захтеви патентног права у погледу висине надокнаде – то би морало задовољавати и услове инвестиционог права. Предност одредби инвестиционог права је то што неодговарајућа надокнада може имати и далекосежније последице у том смислу што би нелегална експропријација могла довести до захтева за потпуном реституцијом, а не само финансијском надокнадом.³⁶ Неодговарајућа компензација би, поред тога, могла служити као основа инвеститору да захтева надокнаду за разноврсне друге штете које је услед тога могао претрпети.³⁷

Захтев поштовања одговарајуће процедуре би такође требало процењивати са становишта права интелектуалне својине. Уколико су испоштоване процедуре за одузимање патента или издавање принудне лиценце, то је довољно да се испуни и овај захтев инвестиционог права. Управо овај захтев је можда и највећа препрека држави да заобилазним путем спроводи експропријацију. Инвеститор –носилац патента би са пуним правом могао истицати непостојање одговарајуће процедуре и тако остварити заштиту својих права.

IV Заштита права носиоца патента као инвеститора

Потребно је размотрити и предности система заштите права носиоца патента као инвеститора. Генерално, носилац патента је препуштен домаћим органима ради заштите свог права. Препуштеност националним органима не мора само по себи бити негативна околност али у сваком случају ствара одређену неизвесност, поготово ако се ради о земљама у развоју у којима носиоци патента често и послују. Такав правосудни и управни систем може бити неефикасан, а у најгорем случају и пристрасан. Судовање са домаћом државом може поред проблема могуће пристрасности створити и евентуалне проблеме сувереног имунитета.

Инвестиционо право пружа предности у погледу решавања спорова, уз одређена ограничења.³⁸ Основно ограничење са становишта

35 A. C. Smutny, *нав. дело*, стр. 3.

36 Irmgard Marboe, „Compensation and Damages in International Law, The Limits of „Fair Market Value“, стр. 723, 725 наведено према A. Reinisch, *нав. дело*, стр. 200.

37 A. C. Smutny, *нав. дело*, стр. 11.

38 Видети нпр. August Reinisch, Loretta Malintoppi, „Methods of Dispute Resolution“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 692–693; Т. Вараци, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 482; П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 60–63.

носиоца патента је чињеница да се на основу инвестиционих споразума инвеститора и државе или међудржавних, предвиђа решавање спорова са државом домаћином. То значи да се у принципу носиоцу патента пружа могућност да штити свој патент као инвестицију од нелегалних аката државе, а не директно од стране трећих лица – недржавних субјеката. У погледу трећих лица која неовлашћено користе патент, носилац патента би остао препуштен само националном правосудју. Имајући то у виду, заштита права према инвестиционом праву би се могла остварити у погледу нелегалног одузимања патента, незаконитих принудних лиценци и сличних понашања државе која крше већ помињане стандарде третмана и експропријације. Чак и да се остане на томе, то је свакако врло значајна област заштите, поготово ако се имају у виду инвестиције и експлоатисање патената у неразвијеним земљама где понашање државе може представљати проблем.

Мишљења смо да поред изнетог носилац патента може остварити и посредну заштиту од радњи кршења патента које долазе од стране недржавних субјеката. Уколико такве радње наилазе на толерисање или прећутно одобравање државе, или држава у принципу не предузима мере за које би се могло очекивати да их предузме како би заштитила патент страног инвеститора, такав страни инвеститор би имао основа да поведе спор против државе и захтева заштиту према постојећим стандардима третмана, пре свега фер и правичном третману и његовим подваријантама. Поготово је овде од значаја одредба која се среће у инвестиционим споразумима која налаже држави домаћину пуну заштиту инвестиције.³⁹ Занимљив случај из инвестиционе арбитражне праксе, чији *ratio* сматрамо применљивим и за кршење права интелектуалне својине, је случај *Wena Hotels v. Egypt*, где је утврђена одговорност Египта услед неспособности да заштити страну инвестицију од трећих лица.⁴⁰

Основна предност решавања спорова у инвестиционом праву је могућност уговарања арбитраже са државом домаћином. Светска организација за интелектуалну својину (WIPO) има у свом саставу и Центар за арбитражу и медијацију, али овај центар решава спорове међу приватним субјектима.⁴¹ Могућност покретања арбитраже против државе домаћина може бити предвиђена, и често се и предвиђа, било у инвестиционим споразумима између инвеститора и државе, било између самих држава.

39 За више о овој одредби-стандарду третмана видети Giuditta Cordero Moss, „Full Protection and Security“, у: August Reinisch (editor), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, стр. 131–150.

40 Више о овом случају: http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_76.htm.

41 Више о овом Центру на: <http://www.wipo.int/amc/en/>.

Предности арбитраже над другим методима решавања спорова често се истичу у стручној литератури.⁴² Оно што је за инвеститора као носиоца патента у сваком случају значајно је претпостављена непристрасност арбитражног трибунала, ефикаснији поступак и чињеница да ће одлука арбитражног трибунала, по редовном току ствари, бити заиста и спроведена у пракси.

Поступак арбитраже може се одвијати на различите начине тако да се у инвестиционим споразумима срећу различита решења. У погледу институционалних арбитража, у инвестиционом праву је поред институција које имају сопствену дугу традицију решавања трговинских спорова присутна и јединствена арбитражна институција, ICSID, на коју треба обратити посебну пажњу.⁴³ Истаћи ћемо само неке од основних предности арбитража пред ICSID-ом. Поред предности директног поступка против државе и невезаности за национална правосуђа и дипломатску заштиту, ICSID арбитража омогућава избор арбитра специјализованих за области инвестиција који могу са одговарајућим нивоом стручности решавати спорове. ICSID већ иза себе има обимну јуриспруденцију која је од несумњиве помоћи у решавању будућих спорова и спорних правних питања. На крају, све одлуке ICSID арбитраже се сматрају као коначне и правоснажне одлуке највишег суда државе која је учествовала у арбитражи. То значи да та држава не може никако у поступку признања и извршења ометати спровођење одлуке арбитражног трибунала, и то се заиста и не дешава у пракси што је свакако велика предност за страног инвеститора. Нападање донете арбитражне одлуке може се вршити само у одговарајућем поступку пред ICSID-ом, а не на националном нивоу. Истиче се да је ICSID можда и једина заиста наднационална (делокализована и денационализована) арбитража.⁴⁴

V Закључак

Закључујемо да права која се генерално у инвестиционом праву дају инвеститору могу бити од велике користи за носиоца патента. Њихов широк домаћај и мешавина права и правичности представљају добру основу да се спрече повреде права које можда и не би могле бити претпостављене у првом моменту. Живот је увек маштовитији од права

42 Видети нпр. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Београд, 2009, стр. 18–22; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 581–582.

43 Више о ICSID решавању спорова: А. Reinisch, L. Malintoppi, *нав. дело*, стр. 698–707 и П. Цветковић, *нав. дело*, стр. 63–97.

44 Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 28.

а инвестиционо право омогућава носиоцу патента, када је и инвеститор, да ипак спремније дочека евентуална изненађења. Инвеститор – носилац патента генерално има више опција за решавање спорова у погледу свог патента у поређењу са ситуацијом где би се ослонио искључиво на правила интелектуалне својине.

Одредбе инвестиционог права најчешће омогућавају страном инвеститору и да своја доста широко формулисана права оствари путем арбитраже, директно према држави домаћину, пред непристрасним форумом и са загарантованим спровођењем тако донете одлуке. Мишљења смо да су предности које се овим путем пружају носиоцу патента који је истовремено и инвеститор очигледне и да их је свакако потребно имати у виду приликом инвестирања и експлоатације патената.

Velimir ŽIVKOVIĆ, Master of Law

PROTECTION OF PATENT AS AN INVESTMENT

Summary

Patents have traditionally been within the sphere of regulation in intellectual property law, but development of law on international level suggests new dimensions in examining patents that should be taken into account. Patents became a subject regulated in international trade law, but also in the area of foreign investments. Due to high importance of foreign investments for economic development, it is necessary to pay attention to obligations that states have in this regard and what advantages can stem therefrom for patent holder which at the same time has the status of a foreign investor.

This article examines the notion of patent as a foreign investment, rights which patent holder – investor has, as well as certain mechanisms for protection of patents which are specifically reserved for investment law and provide advantages for patent holder as an investor. Final conclusion is that patent holders should strive to provide for themselves the status of foreign investor and always take into account the advantages which that status can provide for them.

Key words: *patent, intellectual property, foreign investment, international investment law.*