



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Свјетлана Ивановић

СУДСКА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА
ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Докторска дисертација

Крагујевац, 2016. године

<i>I. Аутор</i>
Име и презиме: Свјетлана Ивановић
Датум и место рођења: 25. октобар 1982. године, Бијељина
Садашње запослење: Виши асистент на ужој научној области Ауторско право и право индустријске својине, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
<i>II. Дисертација</i>
Наслов: Судска заштита субјективних права интелектуалне својине
Број страница: 364
Број слика: /
Број библиографских података: 288
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Научна област (УДК): Привредноправна научна област, УДК 347.77
Ментор: Проф. др Синиша Варга, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
<i>III. Оцена и одбрана</i>
Датум пријаве теме: 24. јануар 2012. године
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: Одлука Стручног већа за друштвено-хуманистичке науке Универзитета у Крагујевцу бр. 285/10, 29. мај 2012. године
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: -проф. др Слободан Марковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, -проф. др Божин Влашковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, -проф. др Зоран Миладиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.
Комисија за оцену докторске дисертације: -проф. др Слободан Марковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, -проф. др Божин Влашковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, -проф. др Зоран Миладиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.
Датум одбране дисертације:

УВОД

1. Предмет и циљ истраживања

Право интелектуалне својине је заједнички назив за више грана права, које чине ауторско право и сродна права, и права индустријске својине. Заједничка карактеристика свих права интелектуалне својине и чинилац који обједињује различите гране права је нематеријално, интелектуално добро, као предмет заштите. Субјективно право је правна власт, конкретно овлашћење које појединац црпи из норми објективног права. Субјективна права интелектуалне својине су овлашћења која појединци стичу поводом коришћења нематеријалних добара, као предмета заштите. С обзиром на различите гране права које се подводе под појам интелектуалне својине, постоје разлике међу појединим субјективним правима. Међусобне разлике се испољавају у погледу начина и услова стицања појединих права, садржине, ограничења, рока трајања и преносивости права. Упркос томе, сва права интелектуалне својине имају за предмет нематеријално, интелектуално добро и посредством ових права субјект заштите присваја материјалну корист од привредног искоришћавања предмета заштите.

Историјски посматрано, право интелектуалне својине је настало ради заштите интереса појединаца и творевина њиховог ума. Временом, све више је растао економски значај употребе интелектуалне својине у функцији привредног развоја. Да би се остварио висок степен привредног развоја неопходно је постићи глобалну конкурентност на тржишту, што није могуће без адекватне употребе интелектуалне својине. У савременим условима интелектуална својина добија изузетно значајну улогу на тржишту. Вриједност нематеријалних добара представља значајан дио имовине најразвијенијих компанија. Захваљујући вриједности ових добара и њиховом карактеру, она постају погодна за присвајање од стране неовлашћених лица. Заинтересована лица, присвајајући резултате туђег рада, интелектуалног напора, уложеног новца, знања и креативности врше тзв. крађу интелектуалне својине, односно, повреду субјективних права интелектуалне својине. Повредом субјективних права интелектуалне својине сматра се свако неовлашћено вршење неког од искључивих овлашћења која чине садржину субјективног права. Појавом и

развојем нових технологија, стално се усавршавају могућности за искоришћавање добара у којима су материјализовани предмети заштите појединих права интелектуалне својине.

За означавање повреде права интелектуалне својине међународно су прихваћени термини кривотворење и пиратерија. Пиратерија означава неовлашћено коришћење ауторских дјела и предмета сродних права, а кривотворење се односи на неовлашћену производњу и промет робе којом се подражава и вријеђа туђи жиг или индустријски дизајн. Према подацима Свјетске организације за интелектуалну својину, губици због кривотворења и пиратерије на међународном нивоу се изражавају у милијардама долара. Поред чињенице да су наведене појаве облици повреде субјективних права, не треба занемарити ни остале негативне посљедице ових појава. Развојем савремене технологије непрекидно се стварају нови облици умножавања и искоришћавања ауторских дјела и предмета сродних права, тако да разлике у квалитету оригиналних и неовлашћено умножених примјерака скоро нема. Један од најраширенијих облика пиратерије је софтверска пиратерија. Музика, филмови и остали популарни садржаји заштићени ауторским правом, постају лако доступни публици посредством Интернета. Глобална мрежа као моћно средство комуникације отвара простор за масовну повреду ауторских права. Користећи добар глас и репутацију препознатљивих и познатих жигова и уопште знакова разликовања, потрошачи се свјесно доводе у заблуду у погледу поријекла или других особина производа. Поједини облици кривотворења могу да угрозе здравље и безбједност људи. Нарочито су забрињавајући подаци о кривотворењу лијекова и медицинских средстава. Не треба занемарити ни производе широке потрошње, који најчешће садрже опасне, понекад чак и смртоносне материје, нити чињеницу да се кривотворени производи користе у различитим гранама индустрије.

Производња и продаја фалсификованих производа, којима се повређују права интелектуалне својине, показале су се као врло уносне и профитабилне активности које наносе штету како на националном, тако и на нивоу свјетског тржишта. Данас су ове дјелатности организоване на међународном нивоу, тако да су поједине радње повреде санкционисане као кривична дјела. Нарочито забрињава чињеница да нелегална производња и дистрибуција заштићених производа представља добро организовану криминалну активност и тако добија елементе организованог криминала.

С обзиром на наведено, један од кључних проблема данашњице је адекватна заштита права интелектуалне својине. Предуслов за рјешавање проблема је постојање добре законске основе. Под претпоставком да та основа постоји, преостаје питање спровођења закона и других прописа у пракси. Ефикасност правног система огледа се, прије свега, у спровођењу законских одредаба и одговарајућој заштити законом прописаних права. Актуелност наведеног проблема и потреба да се на цјеловит начин приступи истраживању облика заштите субјективних права интелектуалне својине, одредјелили су тему рада.

Признавање субјектима права интелектуалне својине искључивих монополских овлашћења без адекватне судске заштите је једно „голо“ право од којег субјекти права не би имали никакве користи. Због тога је адекватна судска заштита подједнако значајна као и само законско признање субјектима права одређених монополских права.

У условима раширене пиратерије и кривотворења најзначајнији задатак који се поставља пред надлежне органе је ефикасно спровођење законских прописа. Један од кључних аспеката спровођења права у пракси је њихова судска заштита. Разматрајући постојеће облике судске заштите, требало би да се стекне увид у право интелектуалне својине као јединствен систем и заокружену цјелину. У раду ће бити обрађена питања заштите права интелектуалне својине као приватних права у грађанском судском поступку, али и управноправна и кривичноправна заштита, које су последица постојања јавног интереса у погледу заштите интелектуалних добара. До сада су обрађивани само поједини аспекти заштите, те бисмо у раду начинили покушај да цјеловито сагледамо ову врло комплексну и сложену материју.

Практична вриједност рада огледа се у сагледавању средстава и мјера које стоје на располагању титуларима права у циљу подизања свијести и информисаности о могућностима заштите. Проучавајући различите облике заштите, кроз досадашњу праксу судова, требало би указати на основне проблеме са којима се сусрећу органи надлежни за спровођење и заштиту права интелектуалне својине, предлажући неопходне мјере како би се ти проблеми превазишли. Приступање Европској унији и Свјетској трговинској организацији и укључивање у европске и свјетске тржишне токове су приоритетни циљеви Србије, али и осталих држава бивше Југославије. Предуслов за остварење наведених циљева је усклађивање са *TRIPS*-ом и правним прописима Европске уније у области права

интелектуалне својине. Усвајањем препоручених и обавезних рјешења ствара се солидна основа за заштиту права интелектуалне својине. Циљ је да се међународни и стандарди заштите ЕУ, прихваћени у домаћем законодавству, прилагоде специфичним приликама нашег политичког, социјалног, економског и културног окружења, како би се остварили најбољи резултати у пракси заштите појединих права интелектуалне својине.

2. Хипотезе

1. Правна заштита нематеријалних добара сукобљава се са правном заштитом предмета у којима су та добра материјализована. Заштита субјективних права интелектуалне својине је, у појединим случајевима, у супротности са заштитом права својине. Поједини тужбени захтјеви који се могу поставити у спору због повреде права интелектуалне својине подривају концепт својинских права на предметима којима је извршена повреда.
2. Савремене технологије и коришћење предмета заштите у дигиталном окружењу намећу потребу прилагођавања концепта заштите права интелектуалне својине новим условима. Присутан је тренд јачања улоге посредника у откривању и спречавању повреде права.
3. Могућност изрицања мјера и санкција према лицима која не учествују у повреди права нити носе одговорност за извршену повреду, само због тога што имају фактичке и правне могућности да прекину или спријече повреду права, утиче на обим заштите права. Обим заштите права конкретизује се у поступку заштите права.
4. Казнена накнада у грађанском праву почива на увођењу превенције као сврхе накнаде штете. Превенција је оправдана све док не превазилази компензацију, јер ако превазилази компензацију, онда служи кажњавању. Санкција мора да дјелује одвраћајуће на потенцијалне извршиоце повреде, али не смије да води кажњавању.

5. Ефикасна заштита субјективних права интелектуалне својине не смије угрожавати основна људска права. Заштита права интелектуалне својине мора бити усклађена са заштитом права на приватност. Између супротстављених права мора бити успостављена правична равнотежа.

3. Методи истраживања

Методи истраживања су детерминисани предметом и циљем истраживања. Комплексност и карактер истраживања захтијевају примјену сљедећих метода: историјскоправног, упоредноправног, позитивноправног, догматског и статистичког.

Основни метод који ће бити примјењен је позитивноправни. Примјеном овог метода, описаће се облици судске заштите који су предмет истраживања. У раду ће бити анализирани облици, механизми, институти и рјешења садржана у позитивноправним прописима. Осим закона којима се регулише заштита појединих права интелектуалне својине, значајни су и прописи из области кривичног, управног права, као и прописи којима се уређују судски поступци.

Ради потпунијег сагледавања проблема судске заштите субјективних права интелектуалне својине, неопходно је направити историјски осврт на досадашњи развој судске заштите. Прегледом и анализом ранијих законских решења и судске праксе, настојаће се објаснити теоријска основа и поријекло садашњих рјешења која се у великој мјери разликују од претходних.

Упоредноправни метод ће бити коришћен да би се утврдиле међусобне сличности и разлике које постоје у различитим правним системима у погледу судске заштите субјективних права интелектуалне својине. При томе, упоређивање ће се вршити на нивоу националних, регионалних и међународних прописа. Посебна пажња ће се обратити на усклађеност националних прописа са међународним и прописима ЕУ.

Догматски метод користиће се као начин тумачења и анализирања садржине правних норми. Статистички метод биће коришћен у прикупљању података о повреди права интелектуалне својине, губицима које субјекти права трпе због неовлашћеног коришћења њихових права интелектуалне својине и судским пресудама изреченим због повреде субјективних права интелектуалне својине.

4. Структура рада

Предмет истраживања, поред уводног и закључног дијела, биће обрађен кроз пет дијелова.

У првом дијелу рада биће дефинисан појам права интелектуалне својине, у објективном смислу и појам субјективних права интелектуалне својине. У овом дијелу, у кратким цртама, изложићемо садржину и ограничења субјективних права интелектуалне својине. Садржина и ограничења субјективног права су у функцији утврђења појма повреде права, која је повод и претпоставка судске заштите. Биће прецизиране категорије учесника у остваривању заштите субјективних права интелектуалне својине и изложени интереси у поступку заштите права.

Други дио рада биће посвећен међународноправним оквирима заштите субјективних права интелектуалне својине. Након сажетог прегледа међународних конвенција из области интелектуалне својине, нарочита пажња биће посвећена Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине. ТРИПС је први споразум којим су прописане обавезе државе у погледу спровођења права интелектуалне својине, па отуда има нарочит значај за предмет истраживања. Такође, у овом дијелу рада, одговарајући простор биће посвећен изворима права Европске уније релевантним за ову област, нарочито Директиви о спровођењу права интелектуалне својине.

Предмет трећег дијела је грађанскоправна заштита субјективних права интелектуалне својине. Након уводних напомена о заштити у грађанском судском поступку и надлежности судова који поступају у овој материји, изложићемо појам повреде права. Повреда права је претпоставка грађанскоправне заштите, па дефинисање повреде претходи анализирању појединих средстава грађанскоправне заштите који носиоцима права стоје на располагању. Изложићемо тужбене захтјеве који могу бити постављени у тужби због повреде права. Нарочита пажња посвећена је облицима накнаде штете у спору због повреде права интелектуалне својине. Анализираћемо облике накнаде штете, накнаду материјалне штете, казнену накнаду и накнаду нематеријалне штете. Нови облици искоришћавања предмета заштите у дигиталном окружењу намећу јачање улоге посредника у поступку заштите права. Предмет анализе биће неке од најзначајнијих

пресуда Европског суда правде које разјашњавају улогу и евентуалну одговорност посредника. У овом дијелу рада, анализираћемо процесноправне институте који су нарочито значајни за ефикасну заштиту права интелектуалне својине. То су привремене мјере и мјере обезбјеђења доказа, за које је нарочито значајна могућност изрицања прије подношења тужбе и без саслушања друге стране. Осим тужбе у случају повреде права, биће обрађене тужбе којима се врши оспоравање права на заштиту, утврђивање својства проналазача и заштита проналазака створених у радном односу. Предмет анализе биће рјешења предвиђена у законима бивших југословенских република. Такође, биће анализирани међународни стандарди заштите, посебно одредбе TRIPS-а које прописују стандарде грађанскоправне заштите, које национална законодавства треба да усвоје. Исто тако, у овом дијелу рада посебан акценат ће бити стављен на упоредноправни приказ рјешења предвиђених у појединим државама које имају развијен и ефикасан систем судске заштите права интелектуалне својине. На основу добијених резултата из упоредноправних рјешења и позитивних искустава других држава, издвојиће се најзначајнија рјешења која могу бити примјењена и на нашим просторима, не занемарујући правну традицију и дате друштвене околности.

Четврти дио рада биће посвећен управноправној заштити права интелектуалне својине. Субјективна права индустријске својине стичу се у управном поступку пред органом управе надлежним за послове интелектуалне својине. С обзиром да је исход поступка признање или непризнавање субјективног права, неопходно је обезбједити могућност преиспитивања одлуке управног органа и обезбједити судску контролу управних аката. Судска контрола управних аката врши се у управном спору, у коме надлежни суд врши контролу законитости управног акта. Предмет управног спора могу бити сви управни акти у поступку стицања субјективних права индустријске својине, у поступку оглашавања рјешења о признању права ништавим, у посебним поступцима престанка појединих субјективних права индустријске својине, као и у поступку издавања дозволе и вршења надзора над радом организација за колективно остваривање ауторског и сродних права.

У петом дијелу рада биће посебно анализирана кривична дјела повреде права интелектуалне својине и критички указано на неједнак третман појединих субјективних права интелектуалне својине. Полазећи од негативних посљедица и несагледиве економске

штете које настају повредом права интелектуалне својине, у националним законодавствима, изражен је тренд јачања кривичноправне заштите субјективних права интелектуалне својине не само проширивањем обима радњи којима се чини повреда права интелектуалне својине и поштравањем санкција, већ и оснивањем посебних државних органа за борбу против високотехнолошког криминала.

ГЛАВА ПРВА

СУБЈЕКТИВНА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Појам права интелектуалне својине

Људско стваралаштво и креативност су од давнина покретачка снага цивилизацијског напретка. Још од праисторијског доба, човјек уз помоћ свог ума и вјештине превазилази и рјешава свакодневне проблеме, од задовољавања основних егзистенцијалних потреба, до изражавања својих мисли и осјећања на зидовима пећина, стварања првог писма и других облика комуникације. Тежња човјека за лијепим доводи до естетског усавршавања предмета за свакодневну употребу и до нових облика изражавања идеја. Творевине људског ума које настају у различитим областима живота омогућавају и подстичу културни, привредни и развој друштва у цјелини.

Интелектуално стваралаштво постоји колико и човјек, али је потреба његове правне заштите настала релативно скоро. Одувијек су пјесници, умјетници, проналазачи уживали одређени положај у друштву, али је награђивање њихове креативности углавном имало карактер моралне подршке и угледа који су уживали у заједници.

Право интелектуалне својине је грана права којом се штите интелектуална, нематеријална добра. Ријеч је о релативно младој грани права која обухвата ауторско право и сродна права, и право индустријске својине. Заједничка карактеристика различитих правних дисциплина, која их обједињује и због које су обухваћене јединственим називом, јесте предмет заштите. Предмет заштите у праву интелектуалне својине је интелектуално, нематеријално добро, одакле потиче и сам назив интелектуална својина. Други дио назива упућује на присвајање економских, имовинских користи од коришћења интелектуалних добара. Тиме се интелектуална својина разликује од својине у стварноправном значењу. Наиме, својина се дефинише као потпуна власт на ствари, која обухвата овлашћење држања, коришћења и располагања са ствари. Предмет заштите јесу материјална покретна или непокретна добра, односно, ствари, док су у праву интелектуалне својине предмет заштите нематеријална добра, различита од њиховог материјалног облика испољавања. Својина у овом контексту не подудара се са стварноправном својином. Као прво, носилац права нема могућност „држања“

нематеријалног добра. Свако ко прочита књигу имаће „државину“ на тим идејама, информацијама и садржају који је прочитао, али то не значи да може да има интелектуалну својину над том књигом. Аутор не може забранити другима да користе његово дјело, напротив, он ствара да би дјело било доступно што ширем кругу људи. Аутору треба омогућити да присваја резултате свог рада, те је у интересу аутора да забрани другима да то неовлашћено чине. Стога, интелектуална својина означава облик присвајања нематеријалних добара.

Право интелектуалне својине може се дефинисати у објективном и субјективном смислу. Право у објективном смислу (објективно право) је скуп правних правила (норми) у једној земљи, а правна норма је обавезно правило понашања које уређује неки друштвени однос, чије се поштовање може по потреби обезбједити и употребом државне принуде.¹ Субјективно право (право у субјективном смислу) се може дефинисати као објективним правом призната власт (овлашћење, прерогатив) појединаца (субјеката) да предузимају акте потребне за задовољење њихових материјалних (имовинских) или нематеријалних интереса.² Право интелектуалне својине у објективном смислу представља скуп правних норми којима се уређују предмет и услови заштите, поступак стицања појединих права интелектуалне својине, садржина права, ограничења, промет, трајање и судска заштита субјективних права интелектуалне својине.³

На основу норми објективног права интелектуалне својине, стиче се конкретно субјективно право интелектуалне својине. Субјективно право интелектуалне својине је правна власт, овлашћење, прерогатив, које појединац (правно или физичко лице) тј. субјект права, црпи из норми објективног права.⁴ Дакле, субјективним правом штите се појединачни интереси, интереси титулара права, било да је један или их је више.

Израз „интелектуална својина“ према Конвенцији о оснивању Свјетске организације за интелектуалну својину из 1967. године означава права која се односе на: књижевна, умјетничка и научна дјела, интерпретације умјетника и интерпретатора и извођења умјетника извођача, фонограме и радио-емисије, проналаске у свим областима људске активности, научна открића, индустријске узорке и моделе, фабричке, трговачке и

¹ О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос Београд, 1996, 1.

² *Ibid.*, 2-3.

³ З. Миладиновић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2012, 5.

⁴ *Ibid.*

услугне жигове, као и трговачка имена и трговачке називе, заштиту од нелојалне утакмице и сва друга права везана за интелектуалну активност у индустријској, научној, књижевној и умјетничкој области.⁵ Дакле, према Конвенцији, права интелектуалне својине односе се на ауторско право, сродна права, патент, индустријски дизајн, жигове, ознаке географског поријекла, трговачка имена и заштиту од нелојалне конкуренције. С обзиром да је Конвенција закључена 1967. године, појам интелектуалне својине је данас много шири па обухвата и топографије интегрисаног кола, правну заштиту биљних сорти, а у ширем смислу и пословну тајну.

Право интелектуалне својине обухвата ауторско и сродна права и право индустријске својине. Ауторско и сродна права, као и већина права индустријске својине су по својој правној природи субјективна права, овлашћења која имају субјекти, титулари права којима се штите њихови појединачни, индивидуални интереси. У право индустријске својине спадају патентно право, право жига, право заштите ознаке географског поријекла, право заштите индустријског дизајна, право заштите топографије интегрисаног кола, право заштите биљне сорте, као искључива субјективна права. Осим наведених права, у право индустријске својине традиционално се убрајају право сузбијања нелојалне конкуренције и пословна тајна, односно *know-how*, која није право већ фактички однос.

Право сузбијања нелојалне конкуренције не утемељује никакво субјективно право. Лице које има право на заштиту од нелојалне конкуренције није носилац права на заштиту конкуренције, јер оно у таквом облику не постоји. Дакле, не постоји субјективно право на лојалну конкуренцију, већ се прописима о сузбијању нелојалне конкуренције штити лојална конкуренција.⁶ Субјекти који имају право на заштиту од нелојалне конкуренције, тј. тужбу, немају субјективно право, већ само правно заштићени интерес. Примјеном прописа о сузбијању нелојалне конкуренције постиже се посредна заштита интелектуалне својине. Уколико се туђе интелектуално добро користи супротно добрим пословним

⁵ Конвенција о оснивању Свјетске организације за интелектуалну својину, потписана 1967. у Стокхолму, чл. 2. Конвенција је ратификована у СФРЈ 1972. године (Уредба о ратификацији Конвенције о оснивању Светске организације за интелектуалну својину, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 31/72 и *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/86 – др. уредба).

⁶ „Нелојална утакмица се може одредити као предузимање актуелно или потенцијално штетне конкурентске радње која је противна уобичајеном, од друштвено-економског и државно-правног поретка признатом начину такмичарског дјеловања у области промета робе и услуга.“ М. Трифковић, *Нелојална утакмица*, ИП „Свјетлост“ Завод за уџбенике и наставна средства, Сарајево 1990, 6.

обичајима, постоји могућност заштите путем прописа о сузбијању нелојалне конкуренције. У појединим ситуацијама је то један од могућих, а понекад чак и једини могући облик заштите. Зато се о праву сузбијања нелојалне конкуренције често говори као о „допуњујећем“ праву и о средству допунске заштите права интелектуалне својине.⁷

Пословна тајна или знање и искуство (*know-how*) је корисна пословна информација која није доступна заинтересованим лицима.⁸ Већ на први поглед јасно је да није у питању никакво право, већ фактички однос између лица која зна информацију и осталих лица која је не знају. Лице које посједује информацију, које има знање и искуство, је у фактичкој предности у односу на друга лица којима та информација није доступна. Пословна тајна је интелектуално, нематеријално добро које има значајну комерцијалну вриједност. Знање или информација има вриједност све док није опште позната или бар док није позната конкурентима, али правним поретком није признато никакво овлашћење поводом те информације. Најбољи, мада не и најсигурнији начин заштите је чување тајности информације. Заштита држаоца пословне тајне може бити уговорна и вануговорна. Свако незаконито прибављање, откривање или коришћење информације без сагласности држаоца тајне и противно добрим пословним обичајима, сматра се дјелом нелојалне конкуренције.⁹ Стога, заштита пословне тајне остварује се посредно, путем сузбијања нелојалне конкуренције јер нема повреде субјективног права па нема ни директне заштите.

1.1. Појам ауторског и сродних права

Субјективно ауторско право је право којим се штите лични и имовински интереси аутора поводом његовог дјела. Лични интереси штите се личноправним овлашћењима, а имовински интереси имовинскоправним овлашћењима. С обзиром на комплексност интереса и овлашћења којима се штите, у правној теорији постоје различита схватања о

⁷ В. Бесаровић, *Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 2005, 18.

⁸ С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 305. Законом о заштити пословне тајне у Србији, прецизирано је које се информације штите као пословна тајна. То су нарочито: финансијски, економски, пословни, научни, технички, технолошки, производни подаци, студије, тестови, резултати истраживања, укључујући и формулу, цртеж, план, пројекат, прототип, код, модел, компилацију, програм, метод, технику, поступак, обавјештење или упутство интерног карактера и слично, без обзира на који начин су сачувани или компилирани. Закон о заштити пословне тајне, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 72/2011, чл. 1, ст. 2.

⁹ Закон о заштити пословне тајне, чл. 8.

правној природи субјективног ауторског права. Према дуалистичкој теорији, субјективно ауторско право је сложено и чине га имовинско и лично право, као два одвојена субјективна права која имају исти извор у аутору дјела. Супротно, према монистичкој теорији, субјективно ауторско право је јединствено *sui generis* право које чине двије различите врсте овлашћења, личноправна и имовинскоправна.¹⁰ У савременом праву преовлађује монистичка теорија, што изричито предвиђа и законодавац.¹¹

Субјективно ауторско право настаје чином стварања ауторског дјела, без испуњења било каквих формалности. Иако су овлашћења призната субјекту права углавном искључиве, апсолутне природе, ипак су ограниченог трајања. Имовинскоправна овлашћења из субјективног ауторског права трају за живота аутора и 70 година после његове смрти. Личноправна овлашћења у појединим државама трају колико и имовинскоправна овлашћења, док у појединим државама немају ограничен рок трајања. Осим временског, ауторско право подлијеже и другим ограничењима у јавном или приватном интересу.

Иако је израз сродна права одомаћен и уобичајен у употреби, мисли се заправо на права сродна ауторском праву. У права сродна ауторском праву спадају право интерпретатора (извођача), право произвођача фонограма, право произвођача видеограма (филмских продуцената), право произвођача емисије (организација за радиодифузију), право произвођача базе података, право првог издавача слободног дјела, право издавача на посебну накнаду (право издавача на накнаду за приватну употребу) и право издавача критичког и научног издања слободног дјела.

Сродност ауторском праву огледа се кроз неколико значајних аспеката. Као прво, предмет заштите сродних права су интерпретација, фонограм (звучни запис), видеограм (видео запис), емисија, база података и слободно ауторско дјело. Дакле, предмет заштите је нематеријално, интелектуално добро, различито од његовог тјелесног носача као облика материјализације. То је уједно заједничка карактеристика свих права интелектуалне својине. Кључна одлика блискости сродних права ауторском праву је у подударности

¹⁰ Детаљније о правној природи ауторског права вид. С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд 1999, 103-107.

¹¹ „Ауторско право је јединствено право на ауторском дјелу које садржи искључива лично-правна овлашћења (ауторска морална права), искључива имовинско-правна овлашћења (ауторска имовинска права) и друга овлашћења аутора (друга права аутора).“ Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/2010 (у даљем тексту ЗАСП), чл. 15.

облика и времена коришћења ауторског дјела и предмета сродних права.¹² Коришћење фонограма, видеограма, емисије, интерпретације, углавном, мада не и нужно, значи истовремено коришћење ауторског дјела, због чега их је понекад тешко разлучити. Због међусобне повезаности и испреплетености радњи коришћења ауторских дјела и предмета сродноправне заштите, аутори и носиоци сродних права морају сарађивати и уредити своје односе.¹³ Будући да се радње коришћења поклапају, исто је и са садржином права, тј. појединим овлашћењима. Овлашћења из садржине појединих сродних права су слична овлашћењима аутора. Као и у ауторском праву, прихваћен је принцип неформалности заштите, што значи да се заштита стиче чином настанка предмета заштите, без испуњења било каквих формалности, у смислу вођења судског или управног поступка за признање заштите. Захваљујући сродности права, правила ауторског права аналогно се примјењују и на сродна права. То је случај са правилима о садржини појединих права, ограничењу појединих овлашћења, прометом права, објављивању, издавању и слично.

Може се рећи да су поједина сродна права настала као резултат потребе да се ауторска дјела саопште јавности. Зато се у ранијој литератури говорило да се сродна права изводе из ауторског права.¹⁴ Упркос блискости, сродна права су ипак посебна врста права, која се по много чему разликују од ауторског права. Прије свега, различити су предмети заштите, субјекти заштите и садржина права. Иако су фонограми, видеограми, базе података, интерпретације као предмети сродноправне заштите нематеријална добра, ипак се разликују од ауторског дјела. Ауторско дјело је оригинална духовна творевина која настаје као израз креативности појединца, аутора и као такво представља творевину. Предмети сродноправне заштите, изузев интерпретације, нису резултат стваралачког процеса, већ искључиво привредне активности субјеката, те спадају у тзв. псеудотворевине. Функција ауторског права је награђивање и подстицај стваралаштва, док је сврха сродних права заштита интереса привредних субјеката у области културне индустрије. Субјект заштите у ауторском праву је аутор, појединац или више њих,

¹² На примјер, да би музичко дјело постало доступно јавности, неопходно је да буде изведено од стране извођача, односно, интерпретатора. Уколико се извођење тог дјела сними, тј. забиљежи на носачу звука настаје фонограм. Ако се тај фонограм емитује путем радио станице, онда настаје емисија. Слична ситуација постоји и са филмским дјелом. Филмско дјело је ауторско дјело, које се снима или биљежи на носачу слике и звука и тако настаје видеограм и даље се јавно приказује или емитује путем телевизијских станица.

¹³ Када се врши емитовање ауторског дјела, најчешће се истовремено емитује и фонограм или видеограм на коме је дјело забиљежено и интерпретација тог дјела.

¹⁴ В. Спаић, *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Сарајево 1969, 247.

физичко лице које може да ствара, док су субјекти сродних права најчешће привредни субјекти који обављају одређену привредну дјелатност. То су произвођачи фонограма, филмски продуценти, организације за радиодифузију, произвођачи базе података, издавачи, дакле, физичка или правна лица која на сопствени економски ризик организују производњу фонограма, видеограма, емисије, базе података. С обзиром да се већином сродних права, изузев права интерпретатора, штите привредни интереси, субјектима су призната само имовинска овлашћења, која могу бити апсолутне или релативне природе. На крају, рокови заштите сродних права су доста краћи у односу на трајање ауторског права.

Посебан положај, у односу на друга сродна права, ужива право интерпретатора. Интерпретација је духовна творевина која настаје личним ангажовањем човјека приликом саопштавања одређеног духовног садржаја, односно, личним тумачењем одређеног ауторског дјела. Дакле, интерпретација настаје као резултат стваралачке, а не привредне активности, те је ближа ауторском праву. Субјект заштите може бити само физичко лице, што је такође одлика ауторског права. Поред имовинскоправних овлашћења, садржину интерпретаторског права чине и личноправна овлашћења. Због свега наведеног, често се говори да се право интерпретатора налази између ауторског и осталих сродних права.

1.2. Појам права индустријске својине

Право индустријске својине је грана права којом се штите резултати стваралачког рада који се примјењују у индустријској или занатској производњи, знакови разликовања производа и услуга на тржишту и иступања привредних субјеката на тржишту поводом обављања одређене привредне дјелатности. Заправо, исправније је говорити о правима индустријске својине. На основу норми објективног права, стичу се субјективна права индустријске својине, изузев права сузбијања нелојалне конкуренције. Будући да право сузбијања нелојалне конкуренције не утемељује субјективно право, предмет нашег интересовања ће бити само оне гране права које утемељују искључиво субјективно право на одређеном предмету заштите.

Заједничка карактеристика свих субјективних права индустријске својине, а уједно и основна разлика у односу на субјективно ауторско и сродна права, је да се стичу у строго формалном управном поступку пред надлежним органом управе. Поступак стицања

субјективних права је строго прописан законом, тачније законима којима се регулишу права индустријске својине, а за све оно што није посебно регулисано, примјењују се општа правила управног поступка. Државни орган управе надлежан за послове интелектуалне својине испитује испуњеност услова за признање заштите и доноси одговарајућу одлуку. Уколико је право признато одлуком надлежног државног органа, онда то право важи само на територији државе која га је признала. То је принцип територијалности у праву индустријске својине. Поред просторног, субјективна права индустријске својине подлијежу и временском ограничењу. Рокови трајања заштите су знатно краћи у односу на субјективно ауторско и сродна права. Изузетак у том погледу су жиг и овлашћење на коришћење ознаке географског поријекла, који могу трајати неограничено, све док има потребе за њиховим коришћењем и док се уредно плаћају таксе за одржавање права.

Патент је субјективно право којим се штити проналазак, тачније, патент је право које штити свог носиоца у погледу привредног искоришћавања патентираног проналаска.¹⁵ Проналазак је ново рјешење одређеног техничког проблема. Да би проналазак могао бити заштићен патентом, потребно је да буде нов, да има одговарајући инвентивни ниво и да буде привредно примјенљив. Лице које има право да тражи и стекне заштиту је проналазач, али он тим правом може располагати. Носилац права има искључива овлашћења на коришћење заштићеног проналаска, тачније, носилац права је овлашћен да другима дозволи или забрани коришћење патентираног проналаска. Као и већина субјективних права интелектуалне својине, патент је временски ограничено право и траје 20 година од датума подношења пријаве.

Осим патентом, у појединим законодавствима постоји могућност да се проналасци заштите посебним правом које се назива мали патент, патент скраћеног трајања, корисни модел, сертификат о корисности или консенсуални патент.¹⁶ По правилу, малим патентом се штите проналасци нижег инвентивног нивоа, који не испуњавају услове за заштиту

¹⁵ С. Марковић, *Патентно право*, Номос, Београд 1997, 2.

¹⁶ У Босни и Херцеговини и Хрватској постоји тзв. консенсуални патент а у Србији мали патент. Иначе, овај облик заштите проналазака датира још од краја XIX и почетка XX вијека када је уведен најприје у Њемачкој, а потом и у Јапану. Интересантно је да неке од најразвијенијих земаља, попут САД-а, Велике Британије и Канаде не предвиђају могућност заштите проналазака корисним моделом. Вид. U. Suthersanen, *Utility Models and Innovation in Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva 2006, 1, <http://www.iprsonline.org/resources/docs/Suthersanen%20-%20Utility%20Models%20-%20Blue%2013.pdf> (јануар 2014.)

патентом. Садржински, ово право се подудара са патентом, с тим што је рок трајања знатно краћи и износи десет година од датума подношења пријаве. Поред „блажих“ услова заштите и сам поступак заштите је једноставнији, бржи и јефтинији, јер се не врши суштинско испитивање пријаве. Ефикасност и брзина стицања заштите не значе и правну сигурност, јер увијек постоји могућност оспоравања признатог права. За све вријеме трајања заштите, свако лице може да затражи да се спроведе поступак суштинског испитивања пријаве. Уколико дође до повреде права, титулар има право на тужбу само уколико поднесе доказ да је започео поступак потпуног испитивања пријаве. Малим патентом се на релативно брз и доступан начин стиче право коришћења проналаска, али је заштита у извијесној мјери провизорна.

Жиг је субјективно право којим се штити ознака која у промету служи за обиљежавање робе, односно услуга једног лица у циљу разликовања од исте или сличне робе или услуга другог лица.¹⁷ Прецизније, жиг је искључиво имовинско право које овлашћује свог носиоца да другоме забрани или дозволи коришћење заштићене ознаке у привредном промету.¹⁸ Предмет заштите жигом је ознака, тачније знак који је подесан да у привредном промету остварује функцију разликовања робе или услуга указивањем на извор из кога, односно, субјекта од кога роба потиче. Да би знак могао да служи за разликовање робе или услуга, неопходно је одредити која ће роба или услуга бити обиљежена њиме. То је начело специјалности у праву жига, по коме се знак увијек везује за одређену врсту робе или услуге. Најважнији услов заштите је дистинктивност знака, тј. подобност или прикладност за разликовање исте или сличне робе у промету.

Знак којим се обиљежава роба може бити израз креативности, продукт стваралаштва и утолико је његова снага обиљежавања јача. Међутим, жигом се не штити стваралаштво, већ функција знака у привредном промету. Означавање робе врши се у циљу разликовања робе исте врсте која потиче од различитих субјеката, па су најзначајније функције ознаке разликовање и указивање на поријекло робе или услуге.¹⁹ Роба се ознаком индивидуализује и постаје препознатљива на тржишту. Веза између ознаке и њоме обиљежене робе или услуге је кључна за постојање правне заштите. Ознака

¹⁷ З. Миладиновић, (2012), 262.

¹⁸ С. Марковић, Д. Поповић, 151.

¹⁹ Поред функције разликовања и указивања на поријекло робе и услуга, ознака има још и гарантну и рекламну функцију.

увијек указује на поријекло, али и на квалитет и својства робе. Коришћењем туђе ознаке нарушава се функција индивидуализације робе и ствара забуна на тржишту. Смисао заштите ознака у привредном промету је у спречавању изазивања забуне на тржишту и паразитског искоришћавања туђе репутације. За разлику од патента, ауторског или сродних права, чија је сврха награђивање и подстицај иновативности и креативности, право којим се штите ознаке има за циљ заштиту здравих конкурентских односа на тржишту. Осим робних и услужних ознака које се штите жигом, ознаке могу указивати на географско поријекло и оне се штите посебним правом. Право жига и право заштите ознаке географског поријекла заједно чине тзв. право знакова разликовања.

Предмет заштите у праву заштите ознаке географског поријекла је регистрована географска ознака, односно назив географског локалитета, било да је у питању насеље, планина, шума, острво, регион или земља, тј. држава или било која ријеч, симбол или појам који асоцијарају на подручје са којег потиче одређени производ, односно роба или услуга.²⁰ Дакле, ознака која упућује на поријекло не мора бити назив географског локалитета, већ може бити било која ознака која је дуготрајном употребом постала општепозната као назив за производе поријеклом са одређеног локалитета.

Ознаке географског поријекла могу бити имена поријекла и географске ознаке. Разлика између двије врсте ознака је у утицају фактора географског локалитета са којег потичу на квалитативна својства производа који се њима обиљежавају. Географска ознака је ознака која идентификује одређену робу као робу поријеклом са одређеног географског локалитета, гдје се квалитет, репутација или друге карактеристике робе суштински могу приписати њеном географском поријеклу. Име поријекла је назив географског локалитета којим се означава производ који одатле потиче, чији су квалитет или посебна својства искључиво или битно условљени географском средином и чија се производња, прерада и припрема у цјелини одвијају на том ограниченом подручју.²¹ Дакле, географска ознака

²⁰ Детаљније С. Спасојевић, *Колизија географске ознаке и жигова*, докторска дисертација, Крагујевац 2013, стр. 8.

²¹ Закон о заштити ознака географског поријекла, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/2010 (у даљем тексту ЗОГП БиХ), чл. 3 и 4. Примјећујемо да законодавац у Босни и Херцеговини предвиђа да су квалитет и посебна својства робе и услуга кумулативно постављени као услови за регистрацију имена поријекла, а не алтернативно. Наведена одредба није терминолошки усклађена са одредбама Лисабонског споразума о заштити имена поријекла и њиховом међународном регистравању и одредбама Уредбе 1151/2012 о шемама квалитета за пољопривредне и прехранбене производе, којима су наведени услови предвиђени алтернативно. Исти технички пропуст садржи и важећи Закон о ознакама географског порекла Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2010, у даљем тексту ЗОГП РС), али су у припреми измјене и допуне којима би овај пропуст требало да

само указује на географско поријекло производа, док име поријекла гарантује да производ има и одређени квалитет условљен географским поријеклом, односно природним условима, утицајем људског фактора или њиховом комбинацијом.

Право на коришћење регистроване ознаке географског поријекла стиче се пред надлежним органом у управном поступку.²² Поступак стицања својства овлашћеног корисника ознаке географског поријекла разликује се у односу на остала права индустријске својине и одвија се у двије фазе. Прва фаза је регистровање или установљење ознаке географског поријекла, у којој се испитује да ли ознака испуњава услове за заштиту. Након регистрације ознаке поријекла, слиједи фаза стицања статуса овлашћеног корисника заштићене ознаке. Пријаву за стицање статуса овлашћеног корисника може поднијети свако лице са одређеног локалитета, које производи робу, односно пружа услуге на које се односи ознака.²³ Уколико су испуњени услови, стиче се статус овлашћеног корисника географске ознаке или имена поријекла. Специфичност овог права је у томе што више лица може стећи статус овлашћеног корисника, при чему сваки овлашћени корисник стиче овлашћење у цјелости. Дакле, више лица може користити исту ознаку поријекла, па је ово право у суштини колективно право које могу стећи сви који испуњавају предвиђене услове. Постојање више субјеката права произлази из саме суштине заштите ознака које указују на географско поријекло. Роба обиљежена таквом ознаком код потрошача изазива асоцијацију на посебан квалитет који је најчешће резултат дјеловања природних и људског фактора, те се не може појединцу дати монопол на коришћење који би искључио све остале. Утицај спољних фактора је пресудан за представу о квалитету и зато сви који обављају привредну дјелатност на датом локалитету могу стећи статус овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла.

буде отклоњен. Кумулацијом наведених услова би се неоправдано поштрили критеријуми за регистрацију имена поријекла.

²² У погледу заштите ознаке географског поријекла у упоредном праву постоје три концепта. У појединим законодавствима заштита се остварује посредно, на основу правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Други облик заштите је на основу посебних прописа о заштити ознака географског поријекла. Трећи облик заштите је путем колективног жига, односно жига гаранције код којег су актом о колективном жигу, односно о жигу гаранције предвиђени услови у вези са поријеклом и квалитетом производа. Постојање заштите на основу колективног жига, жига гаранције или ознаке географског поријекла не искључује могућност заштите путем правила нелојалне конкуренције у нашем праву. Види С. Марковић, Д. Поповић, 173.

²³ Пријаву за стицање статуса овлашћеног корисника ознаке географског поријекла могу поднијети физичка или правна лица, као и њихова удружења, која на одређеном географском подручју производе робу или пружају услуге на које се односи регистрована или пријављена географска ознака или име поријекла.

Заштита ознаке географског поријекла, као и жиг, нема временског ограничења, под условом да се редовно плаћају таксе за одржавање права и ако су испуњени сви неопходни услови. Овлашћење на коришћење регистроване ознаке географског поријекла не може бити у промету.²⁴

Право на индустријски дизајн је искључиво право које овлашћује свог титулара да користи индустријски дизајн и да другима забрани да то чине. Дизајн је дводимензионални или тродимензионални спољашњи изглед цијелог производа или његовог дијела, одређен визуелним карактеристикама, као што су линије, контуре, боје, облик, текстура или врста материјала. Основни услови заштите дизајна су новост и индивидуални карактер. Дизајн је нов ако идентичан дизајн није постао доступан јавности, било гдје у свијету, прије дана подношења пријаве за заштиту. Дизајн има индивидуални карактер ако је укупан визуелни утисак који оставља на информисаног корисника различит од утиска који оставља било који други дизајн објављен прије дана подношења пријаве за заштиту. Субјективно право на индустријски дизајн важи 25 година од датума подношења пријаве.²⁵

Садржину субјективног права на индустријски дизајн чине овлашћења имовинске природе, а аутор дизајна има личноправно овлашћење на назначење имена у пријави и осталим списима. Признање личноравног овлашћења аутору дизајна указује да дизајн настаје као резултат стваралаштва, духовне активности појединца. Естетско обликовање производа утиче на његову вриједност на тржишту јер поред квалитета, изглед робе је један од критеријума којим се руководе потрошачи приликом куповине. Спољашњи изглед издваја производ и уједно га разликује од осталих производа исте врсте па дизајн поред естетске има и функцију разликовања.²⁶ Дизајн је резултат креативног рада и представља ауторско дјело у области примјењене умјетности. Могућност истовремене заштите једне творевине ауторским правом и правом дизајна као правом индустријске својине зависи од националних прописа. Док је у већини правних система кумулација ауторскоправне и заштите дизајном искључена, у нашем праву је дозвољена. Ауторскоправна заштита настаје стварањем дизајна као ауторског дјела, али аутор дизајна може да поднесе пријаву

²⁴ Регистровано име поријекла и регистрована географска ознака не могу бити предмет уговора о лиценци, преносу, залогу и сл., али у случају смрти физичког лица или престанка правног лица који имају статус овлашћеног корисника заштићене ознаке, тај статус може прећи на правне сљедбенике.

²⁵ У Босни и Херцеговини субјективно право на индустријски дизајн траје пет година, с могућношћу продужења четири пута за исти период, што износи исто 25 година.

²⁶ У појединим правним системима, као нпр. у њемачком праву, право заштите дизајна се убраја у право знакова разликовања. В. Бесаровић, 19.

и стекне право на индустријски дизајн. Међутим, то не значи да носилац права може остваривати своја овлашћења два пута, по два различита основа.

Појавом и усавршавањем најновијих електронских технологија појавила се потреба правне заштите знања, рада и креативности уложених у њено стварање, те је настала најмлађа грана права индустријске својине, право заштите топографије интегрисаног кола.²⁷ Топографија је приказ просторног распореда елемената интегрисаног кола на једном чипу, а интегрисано коло је електронско коло чија је главна карактеристика густо паковање његових дијелова на малом комаду полупроводног материјала.²⁸ Да би топографија могла бити заштићена, неопходно је да буде резултат интелектуалног рада свог ствараоца, да буде нова и да се заштита тражи у законом прописаном року. Садржину права чине овлашћења имовинске природе, док стваралац топографије има личноправно овлашћење на назначење имена у пријави и осталим списима. Право на топографију интегрисаног кола траје 10 година од дана подношења пријаве или од дана прве комерцијалне употребе топографије, зависно од тога који је дан ранији.²⁹

Биљна сорта је скуп биљних индивидуа у оквиру једне врсте, која се може одредити помоћу изражених карактеристика које потичу од датог генотипа, тј. имају заједничку генетску основу, која се по тим карактеристикама, једној или више њих, разликују од других биљних индивидуа исте врсте и која може да се размножава, а да при томе задржи исте карактеристике. Да би биљна сорта могла бити заштићена неопходно је да буде нова, дистинктивна, хомогена и стабилна, као и да испуњава услове за давање имена заштићене сорте. Право на заштиту има стваралац, односно оплемењивач биљне сорте. Поступак стицања права, тачније поступак испитивања услова је због предмета заштите специфичан и другачији од осталих права интелектуалне својине, па поједине фазе поступка или цијели поступак спроводи министарство надлежно за послове пољопривреде. Субјективно право на нову биљну сорту траје 20, односно 25 година од признања права и 25, односно 30 година за винову лозу и дрвеће.³⁰

²⁷ Поред наведеног, све чешће се користи и термин топографија полупроводничких производа, што је резултат усклађивања са правом Европске уније.

²⁸ С. Марковић, Д. Поповић, 194.

²⁹ Право престаје истеком календарске године у којој се навршава 10 година од дана почетка рока, што је специфично за рачунање рокова у ауторском праву.

³⁰ Према одредбама Конвенције за заштиту биљних сорти (*UPOV*) предвиђен су минимални рокови заштите од 20 година и 25 година за винову лозу и дрвеће. У праву Европске уније, тачније према Правилу Савјета о комунитарном праву сортне заштите, предвиђени су рокови заштите од 25 година и 30 година за дрвеће и

2. Садржина субјективних права интелектуалне својине

Садржину субјективних права интелектуалне својине чине поједина овлашћења. Носилац права је овлашћен да предузима поједине радње коришћења предмета заштите и да забрани другима да то чине. Начин коришћења зависи првенствено од врсте заштићеног интелектуалног добра и смисла и сврхе саме заштите. У теорији грађанског права субјективна права интелектуалне својине сврставају се у апсолутна, искључива права која дјелују према свима, *erga omnes*. То значи да наспрам овлашћења титулара права стоји обавеза свих других лица да га не ометају у вршењу тих овлашћења. Већина овлашћења је искључиве, апсолутне природе, али садржину ауторског и сродних права чине и поједина релативна овлашћења.³¹

Поред подјеле на апсолутна и релативна, овлашћења се по правној природи дијеле и на лична и имовинска. Највећи дио овлашћења је имовинске природе, усмјерен на заштиту економских интереса носилаца права. Садржину субјективног ауторског права и права интерпретатора чине и личноправна овлашћења којима се штите лични интереси аутора односно, ствараоца интелектуалног добра. Ствараоци појединих интелектуалних добара која се штите правима индустријске својине имају личноправно овлашћење на назначење имена у пријави за стицање субјективног права, али оно не улази у садржину субјективног права индустријске својине. С обзиром на разлике између ауторског и сродних права и права индустријске својине, навешћемо одвојено специфична овлашћења која чине садржину наведених права.

2.1. Садржина субјективног ауторског права и сродних права

Субјективно ауторско право чине искључива личноправна и имовинскоправна овлашћења и тзв. друга овлашћења аутора, која су неисључиве, односно релативне

винову лозу. У Босни и Херцеговини у Закону о заштити нових сорти биља (*Сл. гласник БиХ* бр. 14/2010) прихваћен је конвенцијски минимум, док је Србија своје прописе у овој области ускладила са европским.

³¹ Релативна овлашћења аутора су настала из потребе јачања заштите аутора и његовог дјела. По својој правној природи, то су законске облигације које аутор има према појединим лицима. Ова овлашћења се често називају остала или друга права аутора и чине тзв. субјективно ауторско право у ширем смислу. С. Марковић, (1999), 169.

природе. У релативна овлашћења спадају она која аутор има према власнику примјерка дјела и она су углавном личноправне природе, и овлашћења на потраживање накнаде, која су имовинске природе.

Личноправним овлашћењима или ауторским моралним правима штите се лични интереси аутора у вези са његовим дјелом. Ауторско дјело је резултат духовног стваралаштва, креативног процеса кроз који аутор изражава своју индивидуалност, оно је одраз личности свог творца. Између аутора и дјела чином стварања настаје нераскидива веза. Смисао личноправних овлашћења је да се заштити управо та веза између аутора и његовог дјела, односно, да се заштити стваралачка част и углед.

Правни основ за признање личноправних овлашћења налазимо још у Бернској конвенцији. Једно од минималних права предвиђених овом Конвенцијом је „право аутора на признање да је он творац дјела и право да се противи сваком искривљавању, сакаћењу и другој измјени дјела или свакој другој повреди тог дјела, што би ишло на штету његове части или његовог угледа“.³² На темељу ове одредбе, земље чланице Бернске уније су у својим законима предвидјеле личноправна овлашћења аутора, прије свега, право признања ауторства и право поштовања дјела. Аутор има искључиво овлашћење да буде признат као стваралац дјела или тзв. право патернитета. То је основно личноправно овлашћење које одражава нераскидиву везу аутора са дјелом и он се овог овлашћења не може одрећи. Најчешћи вид повреде овлашћења је присвајање ауторства на туђем дјелу или оспоравање чињенице да је аутор створио дјело. Из овог овлашћења произлази и искључиво овлашћење аутора на назначење имена. Међутим, аутор може да се одрекне овог овлашћења ако жели да буде анониман или да користи псеудоним, не одричући се тиме ауторства. Право или овлашћење поштовања дјела односи се на заштиту интегритета дјела, у смислу да аутор има искључиво овлашћење да се супротстави свакој измјени дјела и саопштавања дјела јавности у измијењеној форми, али и свакој употреби дјела у неизмијењеном облику ако би такве радње вријеђале његову част и углед.

Аутор има искључиво овлашћење да одлучи да ли ће, када и на који начин његово дјело бити објављено. Објављивање се може извршити на било који начин којим се дјело саопштава или ставља на увид јавности. У појединим законодавствима, под утицајем

³² Чл. 6bis Бернске конвенције о заштити књижевних и умјетничких дјела уведен приликом римске ревизије 1928. године. Текст Конвенције у: В. Бесаровић, Б. Жарковић, *Интелектуална својина, Међународни уговори*, Досије, Београд 1999.

француског права, у искључива личноправна овлашћења аутора убраја се и тзв. право покајања (*droit de repentir*). Право покајања је право аутора да опозове дозволу за искоришћавање дјела ако услијед промијењених схватања сматра да би даље коришћење могло нанијети штету његовом стваралачком угледу и части, уз обавезу накнаде штете кориснику дјела. Међутим, у дијелу теорије и законима под утицајем њемачког права, право покајања се не сматра искључивим личноправним овлашћењем аутора, већ институтом ауторског уговорног права, односно обликом привилегованог раскида ауторског уговора.³³

Имовинскоправним овлашћењима из субјективног ауторског права штите се економски интереси аутора дјела. Аутор има искључиво овлашћење да забрани или дозволи искоришћавање свог дјела и да за сваки облик искоришћавања добије накнаду. Посредством ових овлашћења остварује се награђивање аутора и подстицај даљем стваралаштву, што је уосталом сврха стварања дјела, па тиме и ауторскоправне заштите. Имовинскоправна овлашћења су поједине радње искоришћавања дјела, прописане законом. Бернском конвенцијом су поједина овлашћења предвиђена као минимална права, да би касније развој савремених технологија условио настанак нових облика коришћења и нова овлашћења.

Имовинскоправна овлашћења аутора традиционално се дијеле на облике коришћења дјела у тјелесној форми, за које је потребан примјерак дјела, и на коришћење дјела у бестјелесној форми. У овлашћења на коришћење дјела у тјелесној форми убраја се овлашћење на умножавање или репродуковање дјела, које представља биљежење дјела на тјелесни примјерак, односно, производњу примјерака дјела. Умножавање, односно репродуковање дјела нужно претходи свим облицима искоришћавања дјела за које је потребан примјерак дјела. Затим, то су овлашћење на дистрибуирање или стављање у промет примјерака дјела, овлашћење на давање у закуп примјерака дјела, а у појединим државама и овлашћење на давање примјерака појединих врста ауторских дјела на послугу. Стављање у промет може се извршити продајом или другим начином преноса својине на

³³ У прилог томе иде и чињеница да право покајања има релативно дејство, будући да аутор може захтијевати прекид коришћења дјела и повлачење примјерака дјела само од лица коме је дозволио да дјело користи, односно лица са којим је закључио уговор. Разлози за опозив, односно раскид уговора су личноправне природе, али аутор има обавезу да кориснику надокнади штету која из таквог понашања произађе, те ово овлашћење има и имовинскоправне последице. Детаљније: З. Миладиновић, „Раскид ауторског уговора због промењених схватања аутора (право покајања)“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2009, 13-23.

примјерку дјела, укључујући нуђење, складиштење и увоз ради даље продаје или другог облика преноса својине.³⁴ Овлашћење на давање примјерака дјела у закуп је искључиво право давања на коришћење примјерака дјела на временски ограничен период, у сврху остваривања посредне или непосредне привредне користи. Овлашћење на давање примјерака дјела у закуп углавном је ограничено на рачунарске програме, дјела забиљежена на фонограму или видеограму и базе података, а поједина дјела, као што су архитектонски објекти, дјела примјењене умјетности и дјела настала у радном односу, изричито су изузета из дејства овог овлашћења.

Поред наведених облика коришћења за које је неопходно постојање примјерка, дјело се може на различите начине саопштавати јавности у нематеријалном облику. Аутор има искључиво овлашћења на јавно извођење дјела, што је искључиво право да се дјело саопштава уживо пред публиком.³⁵ Уколико се јавно извођење дјела саопштава публици која се налази изван простора у којем се дјело уживо изводи, и ако се то чини уз помоћ звучника, екрана или другог техничког уређаја, онда се врши јавно преношење извођења или представљања, што је такође искључиво овлашћење аутора. Ауторска дјела из области ликовних и примјењених умјетности, архитектуре, индустријског обликовања, фотографије, аудио-визуелна дјела, по својој природи нису подобна за извођење, али се могу саопштавати јавности на други начин. Стога, аутор има искључиво овлашћење на јавно приказивање наведених врста дјела.

Ауторска дјела постају доступна широј јавности путем емитовања. Емитовање је саопштавање дјела јавности помоћу радијских или телевизијских сигнала који су намијењени за јавни пријем. Емитовање може бити бежично, жично и сателитско. Поред

³⁴ Мање разлике у погледу тога шта се подводи под стављање у промет примјетне су у различитим законским текстовима. Нпр. Закон о ауторском и сродним правима Хрватске (*Народне новине Р. Хрватске*, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14, у даљем тексту ЗАСП РХ) предвиђа да се стављање у промет може извршити продајом примјерака дјела или нуђењем јавности у сврху продаје. Исто предвиђа и њемачки Закон о ауторском праву (*Urheberrechtsgesetz*). У Закону о ауторском и сродним правима Србије (*Сл. гласник Р. Србије*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС, у даљем тексту ЗАПС Србије), предвиђено је да стављање у промет поред продаје и других облика преноса својине, обухвата и нуђење и складиштење ради стављања у промет, као и увоз примјерака дјела. У Босни и Херцеговини, осим продаје, стављање у промет укључује и увоз ради стављања у промет и јавне продаје или другог облика преноса својине. Овлашћење дистрибуирања у БиХ обухвата искључиво право да се умножени примјерци дјела увозе у одређену државу ради даљег стављања у промет, независно да ли су израђени на законит начин или не (ЗАСП БиХ, чл. 22).

³⁵ С обзиром на врсту дјела које се саопштава јавности, у појединим законима се прави разлика између извођења и представљања, те се несценска, односно дјела из области књижевности или науке и музичка дјела изводе, а сценска, односно драмска, драмско-музичка, кореографска, луткарска и пантомимска дјела, представљају.

емитовања, аутор има искључиво овлашћење на реемитовање дјела. Реемитовање је радња којом се дјело које се емитује, истовремено и у неизмјењеном облику саопштава јавности од стране другог субјекта.

Наведени облици саопштавања дјела почивају на једносмјерном обраћању публици уживо или јавности која има одговарајуће техничке уређаје за пријем сигнала. Савремене технологије и појава Интернета као интерактивног медија представљали су својеврстан изазов за класичан концепт ауторскоправне заштите. Јавност може активно да учествује у одабиру музике, филмова и других садржаја којима приступа. *WIPO* Уговором о ауторском праву је први пут уведено искључиво овлашћење на чињење дјела доступним јавности жичним или бежичним путем на начин који појединцу омогућава приступ дјелу са мјеста и у вријеме које сам одабере.³⁶

Аутор има искључиво овлашћење и на секундарно коришћење дјела које се емитује. Секундарно коришћење постоји ако се дјело које се емитује, односно, реемитује истовремено саопштава јавности путем звучника, екрана, односно, радио или телевизијског пријемника постављеног на јавном мјесту, као што су угоститељски објекти, чекаонице, возила јавног саобраћаја и сл. Такође, аутор има искључиво право на јавно саопштавање дјела која су снимљена на носаче звука и слике, односно, фонограме и видеограме.

Једно од искључивих овлашћења је овлашћење на прераду дјела, тачније на коришћење дјела у прерађеном облику. Под прерадом се подразумијева превод, драмска или музичка обрада, аудио-визуелно прилагођавање или било која друга измјена дјела, као и укључивање оригиналног дјела у неизмјењеном облику у ново дјело. На основу овог овлашћења, аутор не може забранити сам чин прераде дјела, али је овлашћен да забрани или дозволи било који облик коришћења прерађеног дјела. Приликом коришћења дјела прераде морају се поштовати како личноправна, тако и имовинскоправна овлашћења аутора изворног дјела.

Сва наведена овлашћења из субјективног ауторског права су апсолутне, искључиве природе и чине субјективно ауторско право у ужем смислу. Мањи број овлашћења је релативне природе и представљају законом прописане облигације које поједина лица имају

³⁶ Чл. 8 *WIPO* Уговора о ауторском праву и чл. 3. Директиве 2001/29/ЕЗ о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву.

према носиоцима ауторског права. У релативна или тзв. друга овлашћења аутора спадају овлашћења аутора према власнику примјерка дјела, и то су: право аутора на приступ примјерку дјела, забрана излагања оригиналног примјерка дјела ликовне умјетности, прече право прераде примјерка дјела архитектуре, право слијеђења, као и права на накнаду, тачније, право на посебну накнаду, односно накнаду за приватну и другу сопствену употребу и право на накнаду за давање на послугу.

Аутор има право да од власника или држаоца примјерка свог дјела, тражи да му омогући приступ примјерку дјела ако је то неопходно ради умножавања или прераде и ако то није супротно оправданим интересима држаоца. У појединим државама, аутор има право не само на приступ већ и на предају примјерка дјела ликовне умјетности и фотографије и то искључиво ради излагања на територији домаће државе и уколико докаже да постоји јачи интерес.³⁷ Приликом отуђења оригиналног примјерка дјела ликовне умјетности или фотографије, аутор у појединим државама може у писаној форми да забрани власнику примјерка необјављеног дјела излагање, изузев ако власник није галерија, музеј или слична институција.³⁸ Уколико је неопходно извршити измјене на грађевини као реализованом примјерку дјела архитектуре, аутор има прече право на прераду грађевине, под условом да је жив и доступан.³⁹ Право слијеђења (*droit de suite*) је овлашћење аутора да буде обавијештен о продаји оригиналног примјерка дјела ликовне умјетности и да потражује накнаду од продајне цијене, под условом да се продавац, купац или посредник професионално баве прометом умјетничких дјела.

Савремени закони о ауторском праву уводе овлашћење аутора на потраживање посебне накнаде, односно накнаде за приватну и другу сопствену употребу дјела. Накнада за приватну и другу сопствену употребу⁴⁰ је вид обештећења аутора за коришћење његових дјела за приватне потребе, јер право на накнаду имају аутори оних дјела за која се

³⁷ Аутор има право да захтијева предају дјела у Босни и Херцеговини, Црној Гори, Словенији, Македонији, Швајцарској. Интересантно је да Законом о ауторском и сродним правима Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 37/11, чл. 33, предвиђено временско ограничење према коме аутор може задржати примјерке дјела ради излагања у непрекидном трајању до 60 дана.

³⁸ Закони Србије и Хрватске предвиђају ово право, с тим што ЗАСП Србије предвиђа да аутор може забранити излагање само оригиналног примјерка, док је у Хрватској то могуће и за било који примјерак дјела.

³⁹ Ако прераду грађевине врши друго лице, морају се поштовати личноправна овлашћења аутора. У Босни и Херцеговини, власник грађевине може слободно да је преради ако је протекло више од 5 година од завршетка изградње, односно добијања употребне дозволе.

⁴⁰ Накнада за приватну и другу сопствену употребу назива се још и посебна или правична накнада.

може очекивати да ће бити умножавана за приватну употребу. Обвезници плаћања накнаде су произвођачи, односно увозници празних носача звука, слике и текста и уређаја за звучно и визуелно снимање и фотокопирање, као и физичка и правна лица која на комерцијалној основи обављају услуге фотокопирања. У складу са Директивом о праву давања у закуп и на послугу, у државама у којима степен културног развоја не допушта увођење искључивог овлашћења, уводи се право на потраживање накнаде за давање примјерака дјела на послугу.⁴¹

Са изузетком права интерпретатора, односно извођача, које чине личноправна и имовинскоправна овлашћења, садржину сродних права чине имовинскоправна овлашћења која се суштински подударају са овлашћењима из субјективног ауторског права. У зависности од предмета заштите и могућности коришћења истог, овлашћења су апсолутне или релативне природе, односно, искључива и неискључива.

2.2. Садржина субјективних права индустријске својине

Садржину субјективних права индустријске својине чине овлашћења титулара права на коришћење предмета заштите. За разлику од субјективног ауторског права, чију садржину чине личноправна и имовинскоправна овлашћења, апсолутног или релативног дејства, субјективна права индустријске својине су имовинска права апсолутног дејства.⁴² Творци интелектуалних добара која су резултат људског стваралаштва, имају личноправно овлашћење, односно морално право на назначење имена у пријави за заштиту права и свим осталим списима.⁴³ Међутим, стваралац нематеријалног добра не мора нужно бити носилац права, те његово личноправно овлашћење не улази у садржину признатог права.⁴⁴

⁴¹ Чл. 6 Директиве 2006/115/ЕЕЗ о праву давања у закуп и праву давања на послугу и о одређеним сродним правима.

⁴² Изузетак су тзв. колективна права, као што је право заштите ознаке географског поријекла, колективни жиг и жиг гаранције, која су ограничена истим правом другог лица.

⁴³ Овлашћење на назначење имена имају проналазач, аутор дизајна и стваралац топографије интегрисаног кола. Овлашћење проналазача да „као такав буде назначен у патенту“ признато је чл. 4тер Париске конвенције за заштиту индустријске својине из 1883. године, као и чл. 62 Конвенције о европском патенту (КЕП). У теорији постоје схватања да би аутору ознаке која се штити жигом требало признати право на назначење имена у пријави жига. Истина, оригиналност и упечатљивост ознаке сигурно доприносе њеној дистинктивности и препознатљивости на тржишту, али не треба занемарити да је основна функција ознаке обиљежавање, односно, разликовање робе или услуга једног привредног субјекта од исте или сличне робе или услуга другог привредног субјекта. Заштита ознака нема за циљ подстицање и награђивање стваралаштва, већ очување здравих конкурентских односа на тржишту. Уколико сама ознака испуњава

У зависности од предмета заштите, разликује се и садржина субјективног права индустријске својине. Овлашћења носилаца права одговарају појединим радњама привредног искоришћавања проналаска, дизајна, ознаке, топографије интегрисаног кола. Носилац права има искључиво овлашћење да користи заштићено добро, односно, другим ријечима, да забрани или дозволи другима да то чине. С обзиром да коришћење предмета заштите без сагласности носиоца права представља повреду права, навешћемо овлашћења која чине садржину појединих субјективних права индустријске својине.

Садржину патента као субјективног права интелектуалне својине чине имовинска овлашћења на коришћење заштићеног проналаска. С обзиром да проналасци могу бити проналасци производа, проналасци поступка и проналасци примјене, разликује се садржина патента за сваку наведену врсту проналаска. Посебну врсту проналазака чине проналасци из области биотехнологије.

Патент којим се штити проналазак производа овлашћује свог титулара да забрани другим лицима да без његове сагласности производе, нуде на продају, стављају у промет, односно, продају, употребљавају, извозе, увозе и складиште у те сврхе производ израђен према заштићеном проналаску.⁴⁵ Производња је израда или справљање одређене ствари, тј. производа у коме је материјализован проналазак.⁴⁶ То је најзначајније овлашћење и уједно претпоставка за вршење свих осталих овлашћења титулара патента за проналазак производа.

услове ауторскоправне заштите и представља ауторско дјело, онда аутор има овлашћења из субјективног ауторског права, те би имао основа да се супротстави неовлашћеном коришћењу свог дјела. Полазећи од претпоставке да је овлашћење на назначење имена установљено у циљу одавања почести творцу интелектуалног добра и поштовања његове личности и његовог доприноса рјешавању одређеног проблема или естетском уобличавању производа, можемо закључити да допринос аутора ознаке нема пресудан утицај на остваривање њених функција. Такође, већину ознака чине ријечи, слогани, бројеви, цртежи, слике, боје или њихове комбинације које уопште немају аутора, док се у случају осталих интелектуалних добара увијек тачно зна ко их је створио. Нпр. за кривотворење жига није пресудан изглед ознаке, већ то што она потрошача асоцира на одређене вриједности, квалитет, репутацију робе и сл. Изглед ознаке не утиче пресудно на повезаност са робом која се њоме означава. Доказ за то су ознаке које су лишене било какве упечатљивости које су дуготрајном употребом постале синоним за одређену робу. Упор. З. Миладиновић, *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш 2004, 102.

⁴⁴ Овлашћење на назначење имена проналазача је овлашћење из проналазачког права, односно права које има стваралац интелектуалног добра.

⁴⁵ Садржина патента, односно права додијељена титулару патента прописана су ТРИПС-ом, чл. 28, ст. 1.

⁴⁶ С. Марковић, (1997), 278.

Нуђење или понуда производа дефинише се као дјелатност која има за циљ да подстакне трећа лица да прибаве производ.⁴⁷ Појам нуђења или понуде у патентном праву не одговара појму понуде у облигационом праву, јер може бити како понуда, тако и позив да се учини понуда. То могу бити радње рекламирања производа, излагања, израда каталога, позив на понуду или понуда за закључење уговора и сл. У сваком случају, битно је да је нуђење усмјерено на продају, односно стављање у промет производа, што је и законом изричито прописано. Производ који се нуди не мора нужно бити продат, односно стављен у промет, довољно је да је понуђен у циљу продаје, јер је већ и нуђење посебно овлашћење. Такође, предмети који се нуде не морају бити произведени, већ треба да постоји стварна могућност да се произведу.⁴⁸

Стављање у промет је радња којом се врши предаја производа лицу које стиче фактичку могућност располагања над тим производом.⁴⁹ Дакле, стављање у промет је усмјерено на промјену државине на производу, не нужно и на промјену власника. Међутим, у Босни и Херцеговини и Хрватској патентни закони изричито прописују овлашћење на продају производа,⁵⁰ чиме се прецизира и уједно сужава круг искључивих овлашћења носиоца патента. Садржину патента чине радње извоза или увоза и складиштења производа израђеног према заштићеном проналаску, уколико се те радње предузимају у сврху нуђења, стављања у промет и употребе производа. Дакле, наведене радње саме по себи не представљају повреду права, већ само ако се чине у циљу вршења радње која представља повреду права.

Титулар патента има искључиво овлашћење да другима забрани употребу производа израђеног по заштићеном проналаску. Употреба се може дефинисати као коришћење производа у складу са његовом намјеном.

Носилац патента којим се штити проналазак поступка има овлашћења на примјену поступка и на нуђење примјене поступка. Примјена или употреба поступка значи предузимање радњи којима се постиже резултат, односно циљ поступка.⁵¹ Нуђење

⁴⁷ Б. Влашковић, *Садржина и повреда патента*, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1999, 20.

⁴⁸ Б. Влашковић, (1999), 22.

⁴⁹ *Ibid.*, 23.

⁵⁰ Закон о патенту БиХ, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010 (у даљем тексту ЗОП БиХ), чл. 66, ст. 1, т. а, Закон о патенту, *Народне новине РХ*, бр. 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11, 76/13, (у даљем тексту ЗОП РХ) чл. 58, ст. 2, т. 1.

⁵¹ З. Миладиновић, (2004), 93.

примјене поступка је стављање у изглед фактичке могућности да се примјени патентирани поступак.⁵² Лице које неовлашћено нуди примјену поступка заправо подстиче на недозвољено коришћење самог поступка. Патентна заштита производних поступака протеже се и на производе који су директно добијени примјеном тих поступака.⁵³ Ради лакшег доказивања, уведена је законска претпоставка да је производ добијен заштићеним поступком ако је нов, или ако је вјероватно да је производ добијен заштићеним поступком под условом да носилац патента није могао, упркос разумном труду, утврдити који је поступак стварно коришћен. Вјероватноћа да је производ добијен заштићеним поступком постоји нарочито ако је то једини познати поступак.⁵⁴

Проналазак примјене односи се на нову примјену већ познатог производа. Садржину патента чини овлашћење титулара патента да свакоме забрани коришћење познатог производа за нову сврху. Осим тога, носилац патента за примјену има овлашћење да другима забрани да производе производ ради примјене у нову сврху, као и да нуде, стављају у промет, увозе, складиште производ у циљу примјене за нову сврху.

Проналасци из области биотехнологије односе се на производ који се састоји од биолошког материјала или садржи биолошки материјал, поступак којим је биолошки материјал произведен, прерађен или употријебљен и на биолошки материјал изолован из природне средине или произведен техничким поступком, чак и ако се раније налазио у природи.⁵⁵ Основна карактеристика биолошког материјала је да садржи генетску информацију и да се може размножавати сам или у неком биолошком систему. С обзиром на могућност самосталног размножавања, поставља се питање докле сеже патентноправна заштита за проналаске у области живе материје. Ако је патентом заштићен биолошки материјал који садржи посебна обиљежја, овлашћења носиоца права односе се и на било који биолошки материјал који је изведен из тог биолошког материјала расплођивањем или умножавањем у истовјетном или различитом облику са истовјетним обиљежјима.⁵⁶ Дакле, патентноправна заштита односи се на сваки биолошки материјал који је добијен од заштићеног, све док задржава специфична обиљежја због којих и јесте заштићен. Када је

⁵² С. Марковић (1997), 286.

⁵³ Проширена заштита производног поступка предвиђена је чл. 64 КЕП-а. Основ увођења заштите предвиђен је чл. 5^{quater} Париске конвенције. О смислу и домаћају наведене одредбе видјети Б. Влашковић, (1999), 59.

⁵⁴ ЗОП БиХ, чл. 66, ст. 4.

⁵⁵ ЗОП БиХ, чл. 6, ст. 2.

⁵⁶ ЗОП БиХ, чл. 67, ст. 1, усклађен са чл. 8. ст. 1, Директиве 98/44/ЕЗ правној заштити биотехнолошких проналазака.

патентом заштићен поступак за производњу биолошког материјала који садржи посебна обиљежја, заштита се односи и на биолошки материјал добијен директно тим поступком, као и на било који биолошки материјал изведен расплођивањем или умножавањем биолошког материјала у истовјетном или различитом облику са истовјетним обиљежјима.⁵⁷ Овим је потврђено правило да се заштита поступка протеже и на производ добијен тим поступком, али и на биолошки материјал добијен умножавањем све док има иста обиљежја. На крају, ако се патентом штити производ који садржи или се састоји од генетске информације, заштита се односи на цјелокупан материјал у који је производ уграђен и у којем је генетска информација садржана и обавља своју функцију.⁵⁸

Наведена овлашћења носилац патента стиче признањем субјективног права. С обзиром да је поступак стицања патента дуготрајан, у интересу подносиоца пријаве и будућег титулара права је да што прије започне са економским искоришћавањем проналаска. Захваљујући службеном објављивању проналаска, постоји опасност да друго лице почне да користи проналазак. Да би се то спријечило, подносиоцу пријаве се признају тзв. привремена права од тренутка објављивања пријаве патента, односно права из пријаве.⁵⁹ Права из пријаве у појединим државама у потпуности одговарају признатом праву, дакле подносилац пријаве има иста права, односно овлашћења као носилац патента.⁶⁰ Ради се о праву које има исту садржину као патент, али је дато под раскидним условом, те његова даља судбина зависи од исхода поступка. У другим државама, у складу са минимумом предвиђеним Конвенцијом о европском патенту, подносилац пријаве може да захтијева разумну накнаду од сваког лица које је искоришћавало проналазак који је предмет пријаве.⁶¹ У Босни и Херцеговини, подносилац пријаве патента њеним објављивањем стиче привремена права на основу којих може захтијевати накнаду штете од било које треће стране која је у периоду између објављивања пријаве патента и датума објављивања податка о признању патента искоришћавала проналазак.⁶²

Садржину жига као субјективног права интелектуалне својине чине искључива овлашћења титулара жига на основу којих може забранити другим лицима коришћење

⁵⁷ ЗОП БиХ, чл. 67, ст. 2, усклађен са чл. 8, ст. 2, Директиве 98/44/ЕЗ.

⁵⁸ ЗОП БиХ, чл. 67, ст. 3, усклађен са чл. 9, Директиве 98/44/ЕЗ.

⁵⁹ Права из пријаве предвиђена су чл. 67 КЕП-а.

⁶⁰ Нпр. у Србији, Закон о патентима, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 11/2009, чл. 18, у Француској, Италији.

⁶¹ Њемачка, Аустрија, Белгија, Холандија, Шведска.

⁶² ЗОП БиХ, чл. 69, ст. 1.

заштићеног знака. Знак се може користити и без претходне регистрације, али право искључивог коришћења и право да се другима забрани исто, стиче се тек жигом као субјективним правом. Носилац жига има сљедећа овлашћења: овлашћење на обиљежавање робе, нуђење робе, стављање у промет или складиштење у те сврхе, обављање услуга под заштићеним знаком, увоз, извоз или транзит робе под заштићеним знаком, коришћење заштићеног знака у пословној документацији или реклами.⁶³

Да би функција разликовања робе или услуга била остварена, роба најприје мора бити обиљежена. Носилац жига има искључиво овлашћење да обиљежава робу заштићеним знаком и да забрани другима да то чине. Осим тога, титулар права има искључиво овлашћење да тако обиљежену робу ставља у промет. Под стављањем у промет подразумијева се тржишни промет робе, који се врши промјеном државине на примјерку робе. Стављање у промет у ширем смислу обухвата и нуђење робе, што је такође искључиво овлашћење титулара жига. Ако се роба означена заштићеним знаком складишти у циљу стављања у промет, то је такође повреда жига. У искључива овлашћења спадају увоз, извоз или транзит робе под заштићеним знаком.⁶⁴ Носилац жига има овлашћење на коришћење знака у пословној документацији или реклами. Уколико се заштићени знак користи приликом пружања услуга, морају се уважити посебности обављања дјелатности и у том смислу знак користити на прикладан начин.

Овлашћени корисник имена поријекла или географске ознаке има искључиво овлашћење да користи заштићено име поријекла или географску ознаку за обиљежавање производа и услуга и овлашћен је да забрани другима да то чине. Међутим, специфичност овог субјективног права интелектуалне својине је у томе што више субјектата права може у исто вријеме бити овлашћено да користи исту ознаку географског поријекла у цјелости. Осим тога, лице које има статус овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла не може располагати својим овлашћењима.

⁶³ Закон о жигу, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, (у даљем тексту ЗОЖ БиХ) чл. 49, ст. 2.

⁶⁴ Овлашћења која чине садржину жига предвиђена су по узору на Директиву 2008/95/ЕЕЗ о хармонизацији права држава чланица у вези са жиговима. Између осталих, чл. 5, ст. 3, тачка ц предвиђа увоз или извоз, док је у Босни и Херцеговини и транзит робе са заштићеним знаком такође искључиво овлашћење носиоца права. С обзиром на изражен проблем кривотворења, претпостављамо да је намјера законодавца била јачање заштите носиоца права. Крајем 2015. године усвојена је Директива 2015/2436 Европског парламента и Савјета о усклађивања права држава чланица у области жигова, којом је изричито предвиђено искључиво овлашћење титулара жига на транзит робе.

Садржину права овлашћеног корисника ознаке географског поријекла чине овлашћење на обиљежавање робе или услуге заштићеном ознаком, овлашћење на коришћење имена поријекла, односно географске ознаке на амбалажи, каталозима, проспектима, огласима, постерима и другим облицима понуде, упутствима, рачунима, пословној преписци и другим облицима пословне документације и овлашћење на стављање у промет, односно увоз и извоз обиљежених производа. Осим тога, овлашћени корисници имена поријекла имају искључиво право да свој производ обиљежавају ознаком „контролисано име поријекла“.

Садржину субјективног права на индустријски дизајн чине имовинскоправна овлашћења на искоришћавање заштићеног дизајна. Носилац права има искључиво овлашћење на индустријску или занатску производњу робе која се обликује према регистрованом дизајну, односно у којој је одређен заштићени дизајн, да употребљава такве производе у привредној дјелатности, да ставља у промет такве производе, да их складишти ради стављања у промет, да нуди такве производе ради њиховог стављања у промет, као и да извози, увози или врши транзит таквих производа.⁶⁵ Основно овлашћење титулара дизајна је израда производа према заштићеном дизајну. Производи у којима је одређен заштићени дизајн или на који је дизајн примјењен израђују се у индустријској или занатској производњи и намијењени су тржишту. Сходно, садржином субјективног права обухваћене су радње које се односе на такав производ, као што су стављање у промет, нуђење и складиштење ради стављања у промет, увоз, извоз или транзит производа. С обзиром да производи израђени на основу заштићеног дизајна имају практичну, употребну сврху, а могу бити и дјела примјењене умјетности, изричито је наглашено да носилац права има искључиво овлашћење на употребу производа само у привредној дјелатности.⁶⁶ Смисао је да се свака друга употреба, која није привредна, изузме од искључивог домашаја субјекта права, како би се спријечило неоправдано ограничавање коришћења индустријских или занатских производа широке потрошње.

Носилац субјективног права на заштиту топографије интегрисаног кола има искључиво овлашћење да другоме дозволи или забрани комерцијално искоришћавање

⁶⁵ Одредбе националних закона усклађене су са чланом 12, ст. 1 Директиве 98/71/ЕЗ Европског парламента и Савјета о правној заштити индустријског дизајна.

⁶⁶ ТРИПС-ом је прописано да титулар дизајна има право да спријечи трећа лица која немају његову сагласност да производе, продају или увозе робу која је снабдијевена или у коју је уграђен модел или узорак који је копија заштићеног модела или узорка, када се таква радња врши у комерцијалне сврхе. (Чл. 26, ст. 1)

топографије. Као прво, носилац права има овлашћење на умножавање заштићене топографије у цјелини или њених битних дијелова.⁶⁷ Титулар права има искључиво овлашћење да производи интегрисано коло, односно полупроводнички производ, који садржи заштићену топографију или њене битне дијелове. Дакле, као и у осталим правима интелектуалне својине, титулар права има искључиво овлашћење да изработом производа материјализује интелектуално добро, како би га могао економски искоришћавати. Осим тога, носилац права има овлашћење на стављање у промет, увоз, нуђење ради стављања у промет и друге облике комерцијалне употребе или увоза у те сврхе примјерака заштићене топографије или њених битних дијелова, интегрисаног кола које садржи заштићену топографију или њене битне дијелове и производа у којима је уграђено интегрисано коло.⁶⁸

3. Ограничења субјективних права интелектуалне својине

Сва субјективна грађанска права подлијежу извијесним ограничењима па ни субјективна права интелектуалне својине нису изузетак. Титулар права не може своје право вршити апсолутистички, бахато и на штету других.⁶⁹ Право појединца мора бити усклађено са правима других лица, али и општим интересом заједнице. Неопходно је пронаћи компромис између интереса појединаца и интереса заједнице, односно општег друштвеног интереса. Управо из потребе да се постигне равнотежа између различитих интереса, субјективна права подлијежу ограничењима.

Субјективна права која правни поредак признаје појединцима служе остварењу одређених циљева, те се вршење и ограничавање сваког права мора сагледати у свјетлу остварења датих циљева и друштвене оправданости права. Циљ права интелектуалне својине је подстицање креативности. Заштита интелектуалних творевина је неопходна претпоставка културног, економског, технолошког и друштвеног прогреса и због тога друштво награђује ствараоца признајући му субјективна права интелектуалне својине. На

⁶⁷ Овлашћење на умножавање није специфично за субјективна права индустријске својине, већ за субјективно ауторско право, те иде у прилог схватањима о хибридном карактеру правне заштите топографије интегрисаног кола.

⁶⁸ Закон о заштити топографије интегрисаног кола, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/10, чл. 16.

⁶⁹ Позната максима из Богишићевог Општег имовинског законика гласи: „Ни својим се правом служити не мож' тек другом на штету ил' досаду“. (Општи имовински законик за књажевину Црну Гору, чл. 1000)

основу признатих права стваралац користи резултате свог рада, а, истовремено, објављујући своје ауторско дјело, свој проналазак или дизајн, обогаћује заједницу. Стога, права морају бити обликована и вреднована у свјетлу циљева који се желе постићи.⁷⁰ Дефинисање циљева права треба да помогне како законодавцу приликом нормирања права и њихових ограничења, тако и судовима приликом тумачења и примјене права.⁷¹ Економски смисао ограничења права је постизање одговарајуће равнотеже између искључивих овлашћења титулара права и слободе конкуренције.⁷²

Остварење циља, односно друштвене функције признатих права, налаже њихово ограничење у законом предвиђеним случајевима. Приликом прописивања ограничења субјективних права интелектуалне својине, законодавац узима у обзир општи интерес или интерес појединца. У ширем смислу, можемо говорити о просторном, временском, предметном и садржинском ограничењу субјективних права интелектуалне својине. Просторно или територијално ограничење је у домену суверенитета једне државе или више њих. Временско ограничење је у служби општег интереса да интелектуално добро постане слободно за коришћење и да буде „враћено“ друштву, будући да се стваралаштво у науци и култури добрим дијелом ослања на оно што је раније створено.⁷³ Изузетно, захваљујући специфичној функцији, заштита знакова разликовања не подлијеже временском ограничењу. Једно од теоријских објашњења за неограничено трајање жигова произлази из чињенице да коришћење ознаке не искључује нити ограничава конкуренцију на тржишту робе која је обиљежена заштићеном ознаком, већ само утиче на то да други учесници своју робу означавају другачијом ознаком.⁷⁴ Дакле, за разлику од осталих права интелектуалне својине, која због своје монополске природе нужно ограничавају или искључују конкуренцију на тржишту робе или услуга у којима је опредмећено заштићено добро,

⁷⁰ C. Geiger, „The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law“, *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, G. B. Dinwoodie (ed.), Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, pp. 153-176; Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13/06, стр. 12.

⁷¹ О имплементацији социјалне функције права интелектуалне својине детаљније вид. *Ibid.*, 14-20.

⁷² С. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд, 2014, 81.

⁷³ У теорији постоје схватања да временско ограничење права интелектуалне својине иде у прилог тези да је право конципирано као привремено и изузетно ограничење слободе коришћења интелектуалних добара, што треба да буде крајњи циљ социјалне, културне и правне политике. Детаљније вид. С. Марковић, „Јавни домен и право интелектуалне својине“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011, 824.

⁷⁴ A. Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04, стр. 4, фн. 2.

коришћење заштићених ознака не би требало да утиче на снабдјевеност тржишта робом. Предметна ограничења односе се на интелектуална добра која су предмет заштите, тачније на услове које морају испунити, као и на евентуална искључења одређених творевина из заштите. На крају, садржинска ограничења, као што само име говори, задиру у садржину субјективног права, ограничавајући титулара у вршењу признатог права.

Упориште за ограничење дејства субјективних права интелектуалне својине налазимо у међународним конвенцијама, као и у националном законодавству. Међународним конвенцијама предвиђена је могућност да државе чланице пропишу ограничења права у извијесним посебним случајевима, под условом да нису у супротности са нормалним искоришћавањем предмета заштите и да неразумно не вријеђају легитимне интересе титулара права. Наведени услови су у литератури познати као тест у три корака или тростепени тест, првобитно предвиђен Бернском конвенцијом за ограничење ауторског права, да би ТРИПС-ом био прокламован као јединствен принцип примјенљив на ограничења скоро свих субјективних права интелектуалне својине. Ограничења искључивих права имају карактер изузетка, те морају бити изричито прописана законом. Код ограничења субјективних права индустријске својине, мора се водити рачуна и о легитимним интересима трећих лица, као што су заштита основних људских права и слобода, заштита конкуренције, унапређење науке, културни, економски и социјални развој.

Субјективно ауторско право и сродна права могу бити ограничена у општем интересу или за приватне потребе, тј. у интересу појединца. Под општи интерес подводи се нарочито интерес спровођења службеног поступка, јавног информисања, извођења наставе, унапређења образовања. Свако ограничење је изричито предвиђено законом, усклађено са међународним конвенцијама и прописима Европске уније. За разлику од европских држава које законима таксативно предвиђају ограничења, у САД је прихваћена доктрина о тзв. фер употреби дјела. Смисао ове доктрине је у томе да се неће сматрати повредом ауторског права фер или поштено коришћење дјела. Приликом процјене да ли се ради о дозвољеном, фер коришћењу у сваком конкретном случају, мора се водити рачуна о следећим чињеницама: сврси и природи коришћења, укључујући и то да ли је таква употреба комерцијалне природе или је за непрофитне образовне сврхе, природи ауторског дјела, величини и значају коришћених дијелова у односу на дјело као цјелину и посљедице

које коришћење има на потенцијално тржиште или на вриједност ауторског дјела.⁷⁵ Дакле, ауторско право може бити ограничено у корист другог лица, ако се дјело поштено, фер користи. Насупрот строгом прописивању услова ограничења, доктрина о фер употреби оставља простор за тумачење у сваком појединачном случају. Постоје схватања да би и у европско континентално право, по узору на доктрину о фер употреби, требало увести „растегљиве“ норме о ограничењу ауторског права.⁷⁶

С обзиром да субјективно ауторско право чине личноправна и имовинскоправна овлашћења, јасно је да само имовинскоправна могу бити ограничена, док се личноправна овлашћења аутора морају поштовати. Шта више, изричито је прописано да се приликом појединих облика коришћења дјела с позивом на ограничења, морају навести извор и име аутора. Такође, субјективно ауторско право може бити ограничено само на објављеним дјелима.

Општи принцип садржан у Бернској конвенцији, ТРИПС-у, прихваћен у појединим законима у виду генералне одредбе налаже да обим ограничења искључивих права не смије бити у супротности са нормалним искоришћавањем дјела, нити смије неразумно вријеђати легитимне интересе аутора. Закон о ауторском праву БиХ предвиђа да је ограничење могуће у случајевима предвиђеним законом, те да је обим коришћења дјела ограничен намјером која се жели постићи и да је у складу са добрим обичајима.⁷⁷

Имовинскоправна овлашћења из субјективног ауторског или сродних права могу бити ограничена на два начина, у виду суспензије искључивих имовинскоправних овлашћења, тј. слободне употребе и законске лиценце. Суспензија искључивих овлашћења или слободна употреба⁷⁸ је облик ограничења искључивих овлашћења на основу којег трећа лица могу, у законом предвиђеним случајевима, користити дјело без дозволе аутора и без обавезе плаћања накнаде. С обзиром да суспензија представља најгрубљи облик

⁷⁵ *USA Copyright Act*, §107, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=338108 (приступ децембар 2013. године).

⁷⁶ „У постојећи систем строго прописаних и унапријед предвиђених ограничења и изузетака, требало би увести степен флексибилности по узору англо-америчко право и таквим комбиновањем искористити предности оба система, правну сигурност и правичност.“ В. Hugenholtz, М. Senftleben, *Fair Use in Europe, In Search for Flexibilities*, Amsterdam, November 2011, стр. 29, <http://ssrn.com/abstract=1959554>, март 2013.

⁷⁷ ЗАСП БиХ, чл. 40, ст. 1. Интересантно је да је текст Нацрта Закона садржао одредбу која је уз наведене опште принципе из члана 9 Бернске конвенције о заштити књижевних и умјетничких дјела из 1886. године, (нормално искоришћавање дјела, неразумно вријеђање легитимних интереса аутора) била допуњена захтјевима из члана 10 исте конвенције (добри обичаји, оправданост намјером), али је у законодавној процедури претрпио измјене. Тако су усвојени допунски принципи, а опште правило изостављено.

⁷⁸ ЗАСП БиХ користи израз слободна употреба.

задирања у овлашћења аутора, услови коришћења морају бити прецизно прописани и као и сваки изузетак уско тумачени. Потребно је нагласити да се ограничења увијек односе на поједине облике коришћења дјела, па самим тиме и на поједина овлашћења. Уколико се прекораче границе дозвољеног коришћења овлашћења, долази до повреде права. Законска лиценца је облик ограничења овлашћења на основу којег трећа лица могу у законом прописаним случајевима користити дјело без дозволе аутора, будући да је дата законом, али уз обавезу плаћања накнаде. Дакле, као што само име говори, законска лиценца је дозвола за искоришћавање дјела дата законом.

За сва права интелектуалне својине предвиђено је исцрпљење, односно конзумација права, као облик ограничења. До исцрпљења права долази стављањем у промет примјерка ауторског дјела, предмета сродноправне заштите, производа израђеног према заштићеном проналаску, индустријском дизајну или производа који је директно добијен у заштићеном поступку, као и производа обиљеженог заштићеним знаком, под условом да је стављање у промет извршио носилац права. Исцрпљује се само овлашћење на стављање у промет, не и право као цјелина, и то само на конкретном примјерку производа. То значи да стицалац производа у коме је опредмеђено заштићено добро може даље стављати у промет, односно располагати примјерком производа, без тражења дозволе носиоца права.⁷⁹

Разлоге постојања института исцрпљења можемо тражити у својеврсном сукобу права својине на примјерку ауторског дјела или другог производа у коме је опредмеђено заштићено добро, и права интелектуалне својине. Искључиво овлашћење на стављање у промет које не би било ограничено, сувише би задирало у својинска овлашћења власника, па је праву својине ипак дата предност. Исцрпљење овлашћења на стављање у промет може бити национално, регионално и међународно.⁸⁰

⁷⁹ Изузетно, до исцрпљења права неће доћи у случају ако је након првог стављања у промет робе дошло до квара или друге промјене стања робе, па носилац жига и права на индустријски дизајн имају оправдан разлог да се супротставе даљем стављању у промет робе.

⁸⁰ У вези са међународним исцрпљењем права, може се поставити питање шта се дешава у случају транзита робе која је легално пуштена у промет, односно да ли овлашћење на транзит робе подлијеже исцрпљењу. Претходно питање је да ли се транзит може подвести под стављање робе у промет. Наиме, у теорији патентног права, увоз се сматра стављањем у промет али тако да радњу стављања у промет чини извозник из друге државе. Стављање у промет је усмјерено на промјену државине на примјерку робе да би се другоме омогућило фактичко располагање робом. У том контексту, транзит не значи стављање у промет, јер је до њега већ дошло или ће тек доћи, кад роба стигне на одредиште. Транзит је прелазак робе преко територије неке државе да би стигла до крајњег одредишта, односно земље увоза. Међународно исцрпљење примјерка робе означене жигом значи да се носилац права не може супротставити увозу примјерака легално пуштених у промет у иностранству. Ако се не може противити увозу, тим прије не би требало да забрани прелазак робе

У законом предвиђеним случајевима ограничено је дејство искључивих овлашћења титулара права индустријске својине. Титулар патента, титула права на индустријски дизајн и права на топографију интегрисаног кола, не могу се супротставити коришћењу проналаска у личне и некомерцијалне сврхе, коришћењу у сврху истраживања и развоја. Уколико се проналазак односи на лијек, дозвољена је директна и појединачна припрема лијека у апотеци на основу појединачног рецепта, као и поступци који се односе на тако припремљен лијек.

У циљу несметаног одвијања међународног саобраћаја, ограничено је дејство патента и права на индустријски дизајн за производе израђене према заштићеном проналаску, односно дизајну, који су уграђени у превозно средство и служе искључиво за потребе тог превозног средства, уколико се оно привремено или случајно нађе на територији Босне и Херцеговине.⁸¹

Искључива права носиоца патента из области биотехнологије ограничена су ради практичног коришћења у пољопривредне сврхе. Наиме, биолошки материјал добијен расплођивањем и умножавањем биолошког материјала који је носилац патента пустио у промет, може се слободно користити под условом да такво расплођивање и умножавање нужно произлази из примјене ради које је материјал стављен у промет и да се добијени материјал касније не употребљава за даље расплођивање и умножавање.⁸² Пољопривредник који је од носиоца патента или уз његов пристанак набавио материјал за умножавање биљака, може да употреби производе своје бербе за расплођивање или умножавање на свом пољопривредном имању.⁸³ Исто право пољопривредник стиче у погледу коришћења расплодне стоке или другог животињског репродукционог материјала ако је користи за сопствене пољопривредне сврхе, али не и ради комерцијалне репродукционе дјелатности.⁸⁴

Дејство патента и права на индустријски дизајн може бити ограничено у корист ранијег корисника, односно лица које је започело коришћење проналаска или је извршило

преко државне територије. У супротном, ако овлашћење на транзит подлијеже исцрпљењу, онда ово овлашћење има смисла само у случају кривотворене робе, што је вјероватно и законодавац имао на уму.

⁸¹ Додатни услов је да превозно средство припада некој од држава чланица Париске уније или Свјетске трговинске организације. Ограничење дејства патента на превозним средствима у међународном саобраћају предвиђено је Париском конвенцијом за заштиту индустријске својине, чл. 5ter ПК.

⁸² ЗОП БиХ, чл. 75, ст. 1, усклађено са Директивом 98/44/ЕЗ Европског парламента и Савјета о правној заштити биотехнолошких проналазака, чл. 10.

⁸³ ЗОП БиХ, чл. 75, ст. 2, Директива 98/44/ЕЗ, чл. 11, ст. 1.

⁸⁴ ЗОП БиХ, чл. 75, ст. 3, Директива 98/44/ЕЗ, чл. 11, ст. 2.

стварне и озбиљне припреме за искоришћавање проналаска прије подношења пријаве. Лице које је у оквиру својих привредних активности већ употребљавало или израђивало производ према заштићеном проналаску има право да настави искоришћавање проналаска у обиму у којем га је искоришћавало до датума подношења пријаве за заштиту проналаска. Основни услов да лице настави са искоришћавањем проналаска је да је било савјесно, односно да је поступало у доброј вјери.⁸⁵

Посебан облик ограничења патента у корист трећих лица је принудна лиценца. Традиционално, постоје два облика принудне лиценце, тзв. „обична“ принудна лиценца и принудна лиценца у јавном интересу.⁸⁶ Принудна лиценца је право на коришћење туђег заштићеног проналаска против воље титулара патента у законом предвиђеним случајевима. Постоје два разлога за додјелу принудне лиценце, принудна лиценца због некоришћења проналаска и принудна лиценца у корист титулара зависног проналаска.⁸⁷ Претходни услов за издавање принудне лиценце је одбијање носиоца патента да закључи уговор о лиценци. Издавање принудне лиценце може бити у надлежности суда, управе за индустријску својину, министарства или неког другог органа. О принудној лиценци у Босни и Херцеговини одлучује Суд Босне и Херцеговине,⁸⁸ у Србији и Црној Гори државни орган управе надлежан за послове из области у којој се патентирани проналазак примјењује, тј. надлежно министарство,⁸⁹ у Њемачкој Савезни суд за патенте, у Хрватској, Македонији и Француској надлежни суд.⁹⁰

Принудна лиценца у јавном интересу може бити издата ако је искоришћавање патентом заштићеног проналаска нужно због ванредних стања на националном нивоу у сврху безбједности државе, заштите јавног интереса у области здравства и исхране, заштите и унапређења човјекове околине, посебног интереса за поједину грану привреде или када је неопходно за исправљање поступака за које је судским или административним

⁸⁵ ЗОП, чл. 74.

⁸⁶ Могућност издавања принудне лиценце предвиђена је још Париском конвенцијом, чл. 5а, у циљу спречавања злоупотреба патента као искључивог, монополског права. У случају да издавање принудне лиценце не би било довољно да се спријече злоупотребе, била је предвиђена чак могућност одузимања патента. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине детаљно регулише институт принудне лиценце, издавајући га од осталих облика ограничења патента. (ТРИПС, чл. 31).

⁸⁷ У Закону о патенту БиХ користи се израз принудна лиценца за туђи патент.

⁸⁸ ЗОП БиХ, чл. 79, ст. 1.

⁸⁹ ЗОП РС, чл. 26, ст. 1 и Закон о патентима, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 42/2015, чл. 57, ст.1.

⁹⁰ ЗОП РХ, чл. 68, ст. 1, Закон за индустријска сопственост, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 21/2009, 24/11, чл. 101, француски Законик о интелектуалној својини, (*Code de la propriété intellectuelle*) чл. L613-12.

поступком утврђено да су супротни тржишној утакмици.⁹¹ Издавање принудне лиценце у јавном интересу углавном је у надлежности владе. То је случај у Босни и Херцеговини, гдје о издавању ове врсте лиценце одлучује Савјет министара.⁹² У Србији принудну лиценцу у јавном интересу, као и обичну, издаје орган државне управе надлежан за послове из области у којој проналазак треба да се примјени.⁹³

Посебан облик принудне лиценце предвиђен је у корист оплемењивача биљних сорти. Када оплемењивач биљака не може да стекне или користи субјективно право на нову биљну сорту, а да тиме не вријеђа ранији патент који се односи на биотехнолошки проналазак, он може да поднесе захтјев за издавање принудне лиценце органу државне управе надлежном за послове пољопривреде.⁹⁴ Исто право има и носилац патента који се односи на биотехнолошки проналазак према оплемењивачу раније признате биљне сорте. У Босни и Херцеговини, принудна лиценца и принудна лиценца у јавном интересу могу бити издате на терет оплемењивача биљне сорте.⁹⁵

Иако у најширем смислу представља вид ограничења патента, институт принудне лиценце се разликује у односу на остале облике ограничења дејства искључивих права. Остала ограничења дјелују по сили закона, док се принудна лиценца стиче у поступку пред надлежним органом, ако су испуњени прописани услови. Свако лице може користити проналазак с позивом на ограничења, као што је коришћење у личне и некомерцијалне сврхе или у сврхе истраживања и развоја, док на основу принудне лиценце проналазак може користити само лице на чији захтјев и у чију корист је таква лиценца издата. Такође, коришћење проналаска по основу ограничења је слободно, док се у случају принудне лиценце плаћа лиценцна накнада.⁹⁶ Принудна лиценца представља облик ограничења

⁹¹ У теорији се истиче да принудна лиценца због повреде начела слободне конкуренције нема сврху у државама у којима се на основу прописа о заштити конкуренције, у случају повреде правила конкуренције, може наложити титулару патента да закључи уговор о лиценци са заинтересованим лицем. Вид. Д. Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 117-118.

⁹² ЗОП БиХ, чл. 80, ст. 1.

⁹³ ЗОП РС, чл. 26, ст. 1.

⁹⁴ ЗОП РС, чл. 29.

⁹⁵ О издавању принудне или обавезне лиценце за оплемењивачко право одлучује Управа за заштиту здравља биља БиХ. Принудна лиценца се издаје на рок од 3 године, с могућношћу продужења ако постоје услови за њено стицање. Захтјев за стицање принудне лиценце не може се поднијети прије истека рока од 5 година од стицања оплемењивачког права. (Закон о заштити нових сорти биља, *Службени гласник БиХ*, бр. 14/2010, 32/13, (у даљем тексту ЗЗНСБ), чл. 34.)

⁹⁶ С. Correa, *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, Т. R. A. D. E. South Center Working Papers 1999, 7.

аутономије воље носиоца патента, установљен у циљу спречавања злоупотребе искључивог, монополског права. Због потешкоћа у коришћењу проналаска без преноса пратећег знања (*know-how*), ријетко се користи у пракси. Упркос томе, само постојање овог института дјелује превентивно у односу на евентуалне злоупотребе права. Иако је патент приватно право, титулар патента нема апсолутну слободу избора да ли ће користити заштићени проналазак. Могућност издавања принудне лиценце упућује на закључак да постоји обавеза искоришћавања проналаска, слично као у праву жига. Тиме се потврђује изражен јавни интерес у вези са искоришћавањем интелектуалних добара.

Титулар жига не може забранити другом лицу да под истим или сличним знаком ставља у промет своју робу или услуге, ако тај знак представља пословно име или назив лица и ако је стечен на савјестан начин прије датума признатог првенства. Носилац жига не може забранити другом лицу да у привредном промету користи своје име или адресу, назнаку о врсти, квалитету, количини, намјени, вриједности, географском поријеклу или другом својству робе, као и жигом заштићени знак ако је то неопходно ради назначивања намјене робе, када су у питању резервни дијелови или прибор.⁹⁷ У сваком случају, наведено коришћење мора бити у складу са добрим пословним обичајима. Уколико је колективним жигом или жигом гаранције заштићен знак који указује на географски локалитет са којег потиче роба, корисник таквог жига не може забранити другоме да тај знак користи у складу са добрим пословним обичајима, нити може забранити његово коришћење овлашћеном кориснику исте или сличне регистроване ознаке географског поријекла за исту или сличну врсту робе.⁹⁸ Колективни жиг и жиг гаранције не могу бити у промету, што такође представља облик ограничења ових права.

Регистровано име поријекла и регистрована географска ознака не могу бити предмет уговора о преносу права, лиценци, залогу, франшизи и сл., односно не могу бити предмет промета. Овлашћени корисник регистроване ознаке географског поријекла не може забранити другом лицу да у привредном промету користи своје лично име или име свог претходника у послу, изузев у случају да се то име користи на начин да се јавност доведе у заблуду.⁹⁹ У случају да је ознака заштићена географском ознаком идентична или

⁹⁷ ЗОЖ БиХ, чл. 52, Закон о жиговима, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 104/2009 и 10/2013, (у даљем тексту ЗОЖ РС) чл. 41.

⁹⁸ ЗОЖ БиХ, чл. 52, ст. 3, ЗОЖ РС, чл. 42.

⁹⁹ ЗОГП БиХ, чл. 57, ЗОГП РС, чл. 59.

слична раније регистрованој жигу, овлашћени корисник такве ознаке не може забранити титулару жига њено коришћење, под условом да је жиг пријављен или регистрован у доброј вјери или су права на жиг стечена коришћењем у доброј вјери прије регистрација географске ознаке у земљи поријекла.¹⁰⁰

Ограничења субјективног права на индустријски дизајн су добрим дијелом аналогна ограничењима патента и већ наведена. Умножавање дизајна у сврху подучавања или цитирања је такође слободно, под условом да је такво коришћење у складу са праксом лојалне конкуренције, да се тиме не угрожава нормално искоришћавање индустријског дизајна и да је наведено поријекло дизајна.¹⁰¹ У Босни и Херцеговини је предвиђено да се носилац права не може противити увозу резервних дијелова или додатне опреме ради поправке превозног средства, нити извођењу поправке тог превозног средства.

Субјективно право на топографију интегрисаног кола ограничено је у случају умножавања топографије за личну употребу у некомерцијалне сврхе, за наставу која се односи на топографију и за стручне анализе или истраживања. Уколико на основу анализе и истраживања заштићене топографије буде створена нова топографија, може се слободно искоришћавати.¹⁰² Посебан вид ограничења представља комерцијална употреба заштићене топографије без сагласности носиоца права. Ако лице приликом стицања интегрисаног кола није знало или је имало оправдан разлог да вјерује да се ради о производу на којем постоји туђе право заштите топографије, може да настави са комерцијалним искоришћавањем тог производа.¹⁰³ Дакле, носилац права не може забранити комерцијално коришћење заштићеног производа ако је лице у тренутку стицања производа било савјесно. Од тренутка када сазна да користи туђу заштићену топографију, дужно је да плаћа одговарајућу накнаду, коју ће, ако се стране не могу споразумјети, одредити надлежни суд.

¹⁰⁰ ЗОГП БиХ, чл. 56, ЗОГП РС, чл. 58.

¹⁰¹ Закон о индустријском дизајну, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, (у даљем тексту ЗОИД БиХ) чл. 55, Закон о правној заштити индустријског дизајна, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 104/2009, 45/2015, (у даљем тексту ЗОИД РС) чл. 43. Ограничење у виду слободног умножавања у сврху подучавања или цитирања је типично за ауторско право и ауторска дјела, што дизајн најчешће и јесте. Тиме се потврђује специфичан карактер дизајна као интелектуалног добра и његове правне заштите која је својеврсна мјешавина ауторског права и права индустријске својине.

¹⁰² Закон о заштити топографије интегрисаног кола, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, (у даљем тексту ЗОЗТИК БиХ), чл. 17, Закон о заштити топографија полупроводничких производа, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 55/2013, (у даљем тексту ЗОЗТПП РС) чл. 10. То је тзв. реверзибилни инжењеринг.

¹⁰³ ЗОЗТИК БиХ, чл. 18.

4. Интереси учесника у остваривању судске заштите субјективних права интелектуалне својине

Императив савременог доба, а понајвише развијених земаља, је јачање заштите субјективних права интелектуалне својине. Неадекватна и неефикасна заштита наведених права један је од горућих проблема данашњице. Прихватање међународних обавеза у циљу приближавања и укључивања у токове свјетског тржишта намеће и ефикаснију заштиту права. Иако су субјективна права интелектуалне својине приватна, грађанска права, инсистира се на јачању свих аспеката заштите, грађанскоправне, управноправне и кривичноправне. Док грађанскоправна заштита почива на приватној иницијативи носиоца права, управноправна и кривичноправна подразумијевају поступање по службеној дужности. Сходно томе, трошкови грађанскоправне заштите погађају странке у поступку, носиоца права или извршиоца повреде, а управноправна и кривичноправна неријетко падају на трошак буџета, односно свих грађана. Остварење јавних циљева подразумијева идентификовање интересних група, тачније интереса свих субјеката спровођења права.

У поступку остваривања судске заштите субјективних права интелектуалне својине, а тиме и у поступку спровођења и остваривања права уопште, можемо издвојити неколико категорија учесника. То су носиоци права као субјекти заштите, корисници предмета заштите, судови и други државни органи који имају одређену улогу у заштити субјективних права интелектуалне својине. Осим ових категорија, у новије вријеме, ширењем технологија, све више је изражена улога посредника у поступку спровођења права интелектуалне својине.

Носиоци, односно титулари права интелектуалне својине су, свакако, најзаинтересованији за заштиту својих права. Права интелектуалне својине су приватна права, што значи да заштита тих права зависи, првенствено, од воље њихових титулара. То је последица начела диспозитивности заштите приватних права. Међутим, потреба за ефикаснијом заштитом често намеће одступања од начела диспозитивности у корист начела официјелности, јер се све више намеће обавеза поступања по службеној дужности. Примјер за то су поступање царинских и инспекцијских органа, који осим по захтјеву носиоца права добијају све шира овлашћења у поступању по службеној дужности.

Појам носиоца права је релативно широк и обухвата неколико група носилаца права. Прво, у материји ауторског и сродних права постоје изворни носиоци права, као што су аутори и извођачи. У праву индустријске својине, због принципа формалности заштите, постоје ствараоци појединих интелектуалних творевина, као што су проналазачи, ствараоци топографија, аутори дизајна. Дакле, у праву индустријске својине не постоје изворни носиоци права, већ само ствараоци интелектуалних творевина, који могу, али не морају да буду и носиоци права. У ширем смислу, они су носиоци проналазачког права, које им даје овлашћење да траже правну заштиту и личноправно овлашћење да буду признати као ствараоци. Ствараоци интелектуалних добара, било да су изворни носиоци права или не, требало би да буду најзаинтересованији за спровођење и заштиту својих права. Међутим, они најчешће уступају своја овлашћења уговором, те су по природи ствари, заинтересовани за извршење уговорних одредаба и поштовање уговора. У њиховом је интересу јачање механизма за успостављање и одржавање равноправности уговорних страна.

Осим изворних носилаца права, постоје и деривативни, односно они носиоци права који стичу поједина овлашћења на искоришћавање предмета заштите или стичу субјективно право, под условом да је преносиво. Уколико прибављена овлашћења даље не уступају, ова лица се у ширем смислу могу подвести под категорију корисника интелектуалних добара. Посебну групу носилаца права чине организације за колективно остваривање ауторског и сродних права. Аутори и носиоци појединих сродних права уступају одређена овлашћења организацијама за колективно остваривање права, које се даље старају о њиховом остваривању и заштити. С обзиром да аутори и носиоци права врше искључиво уступање својих овлашћења организацији, у њиховом је интересу да постоји развијен систем колективног остваривања права, док су организације које врше колективно остваривање суштински заинтересоване за ефикасну заштиту тих права. Иако би, бар на први поглед, носиоци права требало да буду примарно заинтересовани за јачање система заштите права интелектуалне својине, из наведеног произлази да то није увијек случај.

Другу категорију учесника заинтересованих за спровођење права интелектуалне својине чине корисници. Појам корисника може да буде схваћен у смислу крајњег корисника, потрошача робе у којој је опредмећено интелектуално добро. Интерес крајњег

корисника, потрошача, је да добро буде слободно за коришћење јер осим препрека за коришћење у виду потребне дозволе носиоца права, заштита интелектуалних добара повећава цијену производа. Стога, потрошачима као крајњим корисницима не иде у прилог заштита интелектуалне својине. Изузетно, потрошачи могу бити заинтересовани за остваривање појединих функција знакова разликовања, као што је гарантна функција или функција указивања на поријекло, али постоје и други механизми за остваривање тих функција. Крајњи корисници су заинтересовани да се ограничења субјективних права досљедно спроводе.

Посебну групу корисника чине они који на комерцијалној основи користе заштићена добра. У ту групу се могу сврстати и конкуренти који производе робу или пружају услуге који представљају замјену за заштићена добра. У интересу комерцијалних корисника је дефинисање услова за стицање права и обима заштите као својеврсних природних ограничења права интелектуалне својине. Међутим, однос потенцијалних конкурената не треба посматрати само у оквиру права интелектуалне својине. На међународном нивоу, превише широко постављена дефиниција кривотворења и пиратерије може ограничити закониту конкуренцију, као што је случај са фармацеутским сектором. Мјере за заштиту права интелектуалне својине могу проузроковати значајна ограничења конкуренције. Стога, комерцијални корисници имају интерес за очувањем законите трговине и конкуренције.¹⁰⁴

Трећу велику групу учесника у поступку заштите права интелектуалне својине чине државни органи, укључујући суд и органе управе, односно управу за интелектуалну својину, инспекције и царину. У надлежности управе за интелектуалну својину је поступак стицања субјективних права индустријске својине. Осим тога, у појединим државама, управа за индустријску својину је надлежна за поступак опозива, односно поништаја признатих права. Значајна улога у заштити и спровођењу права интелектуалне својине дата је инспекцијским и царинским органима. Осим поступања по захтјеву носилаца права, инспекцијски и царински органи имају овлашћење да поступају по службеној дужности. На тај начин се терет и трошкови спровођења приватног права пребацују на државу. Осим тога, заштита права интелектуалне својине на граници може представљати облик

¹⁰⁴ H. G. Ruse-Khan, „IP Enforcement Beyond Exclusive Rights“, *Intellectual Property Enforcement From a Development Perspective*, ed. C. Correa, 43-61, Elgar, 2009, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-08, 8-9.

нецаринске трговинске баријере законитој трговини, те се мора водити рачуна о томе да се заштита права усагласи са циљевима законите трговине.

Кључну улогу у погледу заштите субјективних права интелектуалне својине има суд. У ширем смислу, сви аспекти спровођења и заштите субјективних права интелектуалне својине могу се подвести под судску заштиту. Одлуке управних органа подлијежу судској контроли и то путем управног спора. Поступање инспекцијских и царинских органа зависи од одлуке суда. Чак и када се поступак покреће по службеној дужности, даљи ток поступка зависи од воље носиоца права, а коначна судбина робе којом се наводно врши повреда права зависи од судске одлуке. На крају, царински органи не одлучују о томе да ли је извршена повреда права и које санкције ће бити спроведене, већ само имају улогу помоћног органа у откривању извршених повреда, као и извршног органа који спроводи одлуке суда.

На крају, четврта група која на одређени начин учествује у спровођењу и заштити права су посредници. Њихова улога је најчешће техничке природе, било да су у питању фактички посредници који учествују у транспорту робе или посредници који учествују у преношењу и ширењу заштићеног садржаја путем информационих технологија. У недостатку информација о извршиоцу повреде, посредници могу имати значајну улогу у откривању истих, али се у посљедње вријеме све више преиспитује њихов евентуални допринос повреди права. Отвара се питање њихове одговорности за извршену повреду права и преиспитује се могућност увођења нових облика посредне повреде права.

ГЛАВА ДРУГА

МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИРИ ЗАШТИТЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Међународне конвенције у области права интелектуалне својине

Једно од најзначајнијих обиљежја субјективних права интелектуалне својине је њихово територијално дејство. То значи да су ова права ограничена на територију државе по чијем закону су призната. Принцип територијалности нарочито долази до изражаја код субјективних права индустријске својине. Будући да се стичу у поступку пред надлежним државним органом управе, субјективна права индустријске својине производе дејства само у држави у којој су призната. Дакле, проналазак, ознака, нови дизајн могу слободно да се користе у земљама у којима нису заштићени одговарајућим субјективним правом. Лице које намјерава да искоришћава одређено интелектуално добро у више држава, мора у свакој од тих држава водити поступак за стицање заштите. У области ауторског и сродних права, територијално дејство огледа се у томе што у свакој држави на основу чијег закона је призната заштита настаје засебно субјективно право.¹⁰⁵ Једно дјело ужива ауторскоправну заштиту у свакој држави према националном закону те државе, тако да услови и садржина заштите могу бити веома различити у појединим државама. Посебно питање је да ли и под којим условима страни држављани могу стицати права, односно, да ли уопште имају право на заштиту.

У циљу превазилажења проблема који су произлазили из територијалног дејства субјективних права интелектуалне својине, крајем XIX вијека закључене су прве међународне конвенције у овој области. Два кључна принципа на којима почивају међународне конвенције у области интелектуалне својине су принцип националног третмана и принцип минималних права. Принцип националног третмана или асимилације значи да једна држава пружа странцима иста права као и домаћим држављанима. Овај принцип гарантује да у области која је уређена одређеном конвенцијом, страни држављани неће бити дискриминисани у односу на домаће. Свака конвенција прописује круг

¹⁰⁵ З. Миладиновић, (2012), 12.

заштићених лица на која се њене одредбе примјењују. Принцип минималних права значи да су конвенцијом прописана она субјективна права, која морају бити призната свим лицима на која се конвенција односи. То су права која су странцима, заштићеним лицима, гарантована конвенцијом, без обзира на то да ли су националним законом призната домаћим држављанима. Како би се спријечило да странци имају већа права од домаћих држављана, државе прихватају минимална права и прописују их националним законодавством. На тај начин се постиже хармонизација субјективних права интелектуалне својине у различитим државама које су чланице одређених конвенција.

Прве конвенције којима је уређена област интелектуалне својине биле су Париска конвенција о заштити индустријске својине, закључена 1883. године и Бернска конвенција о заштити књижевних и умјетничких дјела, закључена 1886. године.¹⁰⁶ Обје конвенције су више пута ревидиране и данас су прихваћене у великом броју земаља.¹⁰⁷ Иако представљају најзначајнији извор права у области интелектуалне својине, након њиховог доношења услиједило је усвајање низа конвенција којима је разрађена и усавршена заштита права. У области ауторског права, под окриљем *UNESCO-a*, 1952. године усвојена је Свјетска или Универзална конвенција о ауторском праву. Развој дигиталних технологија отворио је нова питања у области ауторскоправне заштите па је као одговор савременим изазовима, усвојен WIPO Уговор о ауторском праву 1996. године.¹⁰⁸

Област заштите сродних права је дуго остала нерегулисана на међународном нивоу. Прва међународна конвенција којом су уређена сродна права била је Римска конвенција о заштити умјетника извођача, произвођача фонограма и организација за радиодифузију, закључена 1961. године. Осим неколико посебних споразума,¹⁰⁹ поред Римске конвенције, најзначајнији извор права је WIPO Уговор о интерпретацијама и фонограмима из 1996. године.

Поред Париске конвенције као најзначајнијег извора права, право индустријске својине било је предмет регулација низа конвенција. Потреба истовремене заштите једног

¹⁰⁶ Наведеним конвенцијама основане су уније држава чланица конвенције, Париска и Бернска унија.

¹⁰⁷ Париска конвенција (ПК) је последњи пут ревидирана 1967. године у Стокхолму, а Бернска (БК) 1971. године у Паризу. Париску унију чини 176 држава чланица, а Бернску унију 171 држава (стање на дан 15.04.2016. године).

¹⁰⁸ WIPO (World Intellectual Property Organization) – Свјетска организација за интелектуалну својину настала је потписивањем Конвенције о оснивању Свјетске организације за интелектуалну својину 1967. године.

¹⁰⁹ Женевска конвенција о заштити произвођача фонограма од неовлашћеног умножавања њихових фонограма из 1971. године, Конвенција о дистрибуирању сигнала за пренос програма преко сателита из 1974. године.

интелектуалног добра у више различитих држава и проблеми произашли из тога, утицали су на то да се каснијим конвенцијама углавном уређују процедурална питања везана за стицање субјективних права. Најзначајније конвенције у области патентног права су Уговор о сарадњи у области патената, закључен 1970. године у Вашингтону и Конвенција о издавању европских патената, закључена 1973. године у Минхену. Наведеним конвенцијама предвиђено је поједностављење поступка стицања патента у више различитих држава. Поступак међународног регистравања појединих права индустријске својине предмет је регулисања неколико посебних споразума. То су Мадридски аранжман о међународном регистравању жигова из 1891. године, Хашки аранжман о међународном депоновању индустријског дизајна из 1925. године и Лисабонски аранжман о заштити ознака поријекла и њиховом међународном регистравању из 1958. године. Заштита топографија интегрисаног кола уређена је Вашингтонским уговором о интелектуалној својини у вези са интегрисаним колима из 1989. године, а биљне сорте Конвенцијом о заштити нових биљних сорти из 1961. године.¹¹⁰ Поред наведених, постоје споразуми којима се регулишу питања међународне класификације робе и услуга, као и поједина питања из области права индустријске својине. Цјелокупна област интелектуалне својине регулисана је Споразумом о трговинским аспектима интелектуалне својине из 1994. године, који је од нарочитог значаја за тему којом се бавимо.

Међународним конвенцијама из области права интелектуалне својине постављени су стандарди заштите, гарантован једнак третман свим лицима и добрим дијелом уједначена садржина субјективних права. Међутим, спровођење права и њихова адекватна заштита у случају повреде остају, сасвим разумљиво, ван домашаја већине конвенција. Као прво, будући да су ауторско право и права индустријске својине били у почетним фазама развоја, прве конвенције су, у вријеме доношења, представљале основ за признање искључивих субјективних права. Други разлог је тај што примјена конвенције, односно, заштита признатих права, остаје у надлежности држава чланица, као питање унутрашњег законодавства.

Прве конвенције садрже тек неколико штурних одредаба о спровођењу, односно, заштити признатих права. Париском конвенцијом предвиђена је обавеза за све државе чланице да, у складу са својим уставом, усвоје потребне мјере за обезбјеђење примјене

¹¹⁰ *UPOV* конвенција.

Конвенције.¹¹¹ Дакле, државе чланице имају обавезу да обезбједе примјену Конвенције, у ширем смислу и спровођење права, с тим што су начин и средства препуштени националном законодавству. Одредбом којом се прописује гаранција националног третмана и минималних права, предвиђено је да ће заштићена лица на која се Конвенција односи имати исту заштиту као и домаћи држављани и исто законско средство против сваке повреде нанесене њиховим правима, под условом да се испуне услови и формалности које се тражи и од домаћих држављана.¹¹² Дакле, принцип националног третмана изједначава странце са домаћим држављанима и у погледу средстава за заштиту у случају повреде права. Истом одредбом, изричито је предвиђено да се минимална права не могу односити на прописе о судском и административном поступку, на надлежност, на избор домицила и именовање заступника.¹¹³ То значи да се на ова питања не примјењује Конвенција, односно, увијек се примјењује домаће право.¹¹⁴

Поред наведених одредаба које на уопштен начин прописују обавезу држава чланица да обезбједе примјену и заштиту субјективних права, Париском конвенцијом предвиђено је неколико конкретних мјера у случају повреде права. Наиме, предвиђена је могућност узапћења производа којим је извршена повреда жига, трговачког имена, и у случају коришћења лажне ознаке која се односи на поријекло производа. Сваки производ који носи бесправно фабрички или трговачки жиг, или трговачко име биће узапћен приликом увоза у оним земљама у којима жиг или трговачко име имају право на законску заштиту.¹¹⁵ Узапћење ће се такође извршити у земљи у којој је извршено бесправно обиљежавање, тј. гдје је извршена повреда или у земљи у коју производ буде увезен.¹¹⁶ Предвиђено је да власти немају обавезу узапћења робе у транзиту.¹¹⁷ Уколико законодавство једне земље није предвиђало мјеру узапћења при увозу, могла се примјенити мјера забране увоза или узапћења у унутрашњости земље. Ако ниједна од наведених мјера није била предвиђена националним законодавством једне земље, онда би се, у очекивању сходне измјене законодавства, примјенила она средства и начини које

¹¹¹ ПК, чл. 25, ст. 1.

¹¹² ПК, чл. 2, ст. 1.

¹¹³ ПК, чл. 2, ст. 3.

¹¹⁴ А. Верона, *Право индустријског власништва*, Информатор, Загреб 1978, 25.

¹¹⁵ ПК, чл. 9, ст. 1.

¹¹⁶ ПК, чл. 9, ст. 2.

¹¹⁷ ПК, чл. 9, ст. 4.

дотична држава обезбјеђује својим држављанима у сличним ситуацијама.¹¹⁸ Иако је мјера узапћења била предвиђена Конвенцијом, њена примјена није била обавезна, нити су државе чланице биле дужне да такву мјеру пропишу националним законодавством.¹¹⁹ Дакле, узапћење производа при увозу могло се извршити само ако је то било прописано законом дотичне државе. Стога, сматрало се да је предвиђање оваквих мјера било преамбициозно и сувишно, јер се принцип националног третмана односи и на санкције и мјере у случају повреде права.¹²⁰ Иако њена примјена није била обавезна, наведена одредба представља основ за царинску заштиту права интелектуалне својине.

Мјера узапћења примјениће се и у случају непосредне или посредне употребе неке лажне ознаке која се односи на поријекло производа или идентитет произвођача, фабриканта или трговца.¹²¹ Државе чланице су дужне да осигурају одговарајућа законска средства за успјешно сузбијање наведених радњи.¹²² Такође, предвиђена је обавеза држава чланица да предвиде мјере које би омогућиле удружењима која представљају заинтересоване трговце, произвођаче или индустријалце да поведу спор код суда или код надлежних административних власти у границама у којима то допушта закон земље гдје се заштита тражи.¹²³

Бернска конвенција садржи скоро идентичну, начелну одредбу као и Париска конвенција о обавези држава чланица да сходно свом уставу усвоје потребне мјере да би се обезбједила примјена Конвенције.¹²⁴ Мјере за остваривање примјене Конвенције могу бити различите, законодавне или управне, или и једне и друге, у складу са уставом конкретне државе.¹²⁵

Одредбом којом се прописује независност заштите једног дјела у различитим државама чланицама, предвиђено је да се обим заштите и правна средства загарантована

¹¹⁸ ПК, чл. 9, ст. 5 и 6.

¹¹⁹ У коментару Париске конвенције, истиче се да државе нису имале чак ни моралну обавезу да измјене своје законе и усвоје предвиђене мјере. G. H. C. Bodenhausen, *Guide to the application of the Paris convention for the protection of industrial property, as Revised at Stockholm in 1967*, BIRPI, 1969, 137.

¹²⁰ *Ibid.*, 136.

¹²¹ ПК, чл. 10, ст. 1.

¹²² ПК, чл. 10ter, ст. 1. На Хашкој конференцији за ревизију Париске конвенције, дато је тумачење наведене одредбе према којем национална законодавства могу предвидјети тужбе за накнаду штете и судске забране. Будући да је могуће да се, у зависности од степена кривице не досуди накнада штете, то неће утицати на изрицање судске забране. G. H. C. Bodenhausen, 148.

¹²³ ПК, чл. 10ter, ст. 2.

¹²⁴ БК, чл. 36, ст. 1. По узору на Париску и Бернску, и Римска конвенција садржи исту одредбу. РК, чл. 26, ст. 1.

¹²⁵ WIPO *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Geneva 1978, 141.

аутору ради заштите његових права искључиво одређују законодавством земље у којој се заштита тражи.¹²⁶ Такође, правна средства за заштиту моралних права регулисана су законодавством државе у којој се заштита тражи.¹²⁷ Овим се потврђује да питање средстава заштите, самим тим и питање судске заштите ауторских права нису предмет регулисања Конвенције.

Једина мјера предвиђена Бернском конвенцијом била је запљена неовлашћено умножених примјерака у државама у којима дјело ужива законску заштиту.¹²⁸ Примјерци дјела настали у држави у којој дјело није заштићено или је заштита истекла, а увезени у државу у којој је дјело заштићено, могли су такође бити заплењени. Осим тога, снимци музичких дјела израђени без одобрења заинтересованих страна и увезени у земљу у којој не би били дозвољени, могу бити предмет запљене.¹²⁹ Услови и поступак запљене предвиђени су националним законима. Иако Конвенцијом није изричито прописано, осим у случају запљене, све санкције за повреду права препуштене су националном законодавству.¹³⁰

Спровођење права, осим прописивања опште обавезе, није било детаљније регулисано наведеним конвенцијама. Први међународни споразум којим је детаљно уређено ово осјетљиво питање био је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине,¹³¹ закључен 1994. године.¹³² Двије године касније, као својеврстан одговор на ТРИПС, под окриљем Свјетске организације за интелектуалну својину, закључени су Уговор о ауторском праву и Уговор о интерпретацијама и фонограмима.

WIPO уговори садрже скоро идентичне одредбе о обезбјеђивању примјене права. Стране уговорнице ће, у складу са својим правним системима, предузимати усвајање мјера којима се обезбјеђује примјена уговора.¹³³ Такође, предвиђено је да ће уговорне стране обезбједити да поступци за заштиту права које предвиђају њихови закони омогуће

¹²⁶ БК, чл. 5, ст. 2.

¹²⁷ БК, чл. 6bis, ст. 3.

¹²⁸ БК, чл. 16.

¹²⁹ БК, чл. 13, ст. 3.

¹³⁰ „Средства заштите могу бити грађанска (цивилна), кривична и административна: судске забране, накнада штете, новчане казне и/или казна затвора су примјери. Судовима се обично повјерава ублажавање казне, ако повредилац то заслужује.“ *WIPO Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Geneva 1978, 98.

¹³¹ ТРИПС.

¹³² Детаљније о овом питању у сљедећем дијелу рада.

¹³³ Уговор о ауторском праву (УАП), чл. 14, ст. 1 и Уговор о интерпретацијама и фонограмима (УИФ), чл. 23, ст. 1. Ово је у суштини стандардна одредба о примјени права коју садрже и претходне конвенције.

ефикасну акцију против било какве повреде права, укључујући ефикасне мјере за спречавање повреде права и мјере које служе за одвраћање од будућих повреда.¹³⁴ Дакле, WIPO уговорима прописана је генерална обавеза да се обезбједи ефикасна заштита у случају повреде права, да се осигурају мјере којима се спречава повреда права и мјере које ће спријечити будуће повреде права. Детаљније регулисање наведених мјера препуштено је националном законодавству.

Осим опште обавезе о заштити права, WIPO уговорима прописана је обавеза обезбјеђења правне заштите и ефикасних средстава против уклањања или недозвољеног коришћења технолошких мјера и информација о искоришћавању права. Уговорне стране морају обезбједити одговарајућу правну заштиту и ефикасна правна средства против уклањања примјењених технолошких мјера које аутори, интерпретатори или произвођачи фонограма користе у вези са искоришћавањем својих права, и да ограниче радње, које сами нису одобрили или нису допуштене законом.¹³⁵ Одговарајућу заштиту државе су дужне обезбједити у случају неовлашћеног уклањања или мијењања информација о правима, као и стављања у промет, увоза, емитовања или саопштавања јавности дјела, интерпретације или фонограма на коме су информације неовлашћено измјењене или уклоњене.¹³⁶

2. Значај ТРИПС-а за судску заштиту субјективних права интелектуалне својине

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине закључен је 1994. године као један од споразума у оквиру преговора који су резултирали оснивањем Свјетске трговинске организације. Систем заштите права интелектуалне својине, установљен међународним конвенцијама, није био задовољавајући, посебно из угла развијених земаља. Конвенцијама је прописан само минимум заштите, који је у многим државама превазиђен. Са друге стране, није постојао механизам санкционисања непоштовања одредаба Конвенције. Кључни проблем представљала је примјена, односно спровођење права у пракси. Без одговарајућих мјера и поступака за заштиту, права остају само слово на папиру. Због неадекватне заштите, титулари права изложени су значајним

¹³⁴ УАП, чл. 14, ст. 2, УИФ, чл. 23, ст. 2.

¹³⁵ УАП, чл. 11, УИФ, чл. 18.

¹³⁶ УАП, чл. 12, УИФ, чл. 19.

економским губицима, нарочито у међународној трговини. Стога, заштита интелектуалне својине постаје не само правни, већ и економски, трговински проблем. На иницијативу развијених земаља, заштита интелектуалне својине постаје један од циљева Свјетске трговинске организације. С обзиром да постоји универзална тежња свих држава да учествују у свјетској трговини и да постану чланице Свјетске трговинске организације, прихватање обавеза из ТРИПС-а је императив. У случају непоштовања обавеза из Споразума, санкције могу бити чак и економске. То је сасвим довољно да ТРИПС, будући да регулише цјелокупну област, данас буде најсвеобухватнији и најзначајнији међународни извор права интелектуалне својине.

Основни циљ ТРИПС-а, изражен у преамбули, је смањење поремећаја и сметњи у међународној трговини кроз унапређење ефикасне и одговарајуће заштите права интелектуалне својине. При томе, мора се водити рачуна да мјере и поступци за заштиту ових права саме не постану сметња легитимној трговини.¹³⁷ С обзиром на трговински карактер споразума, заштита интелектуалне својине постаје средство за постизање вишег циља.¹³⁸ Дакле, унапређење заштите интелектуалне својине је превасходно у функцији економског развоја.

У преамбули се, између осталог, наводи да постоји потреба за усвајањем нових правила која се односе на обезбјеђивање ефикасних и одговарајућих средстава за спровођење права интелектуалне својине везаних за трговину, узимајући у обзир разлике у националним правним системима.¹³⁹ За разлику од претходних конвенција којима су регулисана права интелектуалне својине, ТРИПС-ом је први пут детаљно обухваћена материја спровођења ових права у пракси. Нарочито је значајно да се приликом спровођења права води рачуна о економским, социјалним и културним разликама, као и разликама у правној традицији појединих држава. Спровођење права је у домену унутрашњег законодавства, па би приликом регулисања ове материје, требало водити рачуна о специфичностима правног система. У том смислу треба тумачити која су то одговарајућа и ефикасна средства за спровођење права. Међународни стандарди заштите,

¹³⁷ Нпр. царинска заштита права интелектуалне својине.

¹³⁸ „Основна мисија Свјетске трговинске организације је унапређење трговине и економског развоја, а не заштита појединачних приватних интереса носилаца права интелектуалне својине.“ *UNCTAD-ICTSD Resource book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, 10. www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm (приступ јануар 2013.)

¹³⁹ ТРИПС, Преамбула, други параграф, тачка ц.

које ТРИПС намеће, морају бити прилагођени посебним националним условима како би заиста били ефикасни. Посебан проблем, који изискује успостављање принципа, правила и дисциплина на међународном нивоу, је међународна трговина кривотвореном робом.

Наглашено је да су субјективна права интелектуалне својине приватна права. Истицање приватног карактера права може се тумачити као непостојање обавезе држава чланица да поступају по службеној дужности.¹⁴⁰ Носиоци права сами одлучују да ли ће вршити своја овлашћења, као и да ли ће тражити заштиту у случају повреде. Улога државе је да им обезбједи одговарајућа средства за заштиту права. Међутим, кривичноправна заштита, а дјелимично и управноправна заштита, добрим дијелом почивају управо на *ex officio* поступању. Тиме се, упркос приватном карактеру, повећава улога државе у спровођењу права интелектуалне својине. Терет, а тиме и трошкови спровођења, пребацују се на државу, што представља додатни проблем за неразвијене земље.¹⁴¹ Јачање улоге државе у спровођењу права интелектуалне својине је у супротности са правном природом права интелектуалне својине, будући да су у питању приватна права.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине почива на начелима националног третмана, минималних права и најповлашћеније нације. Начело националног третмана означава да се странцима гарантују иста права као и домаћим држављанима.¹⁴² Минимална права предвиђена су посредно, будући да се државе чланице обавезују да поштују одредбе Париске конвенције, Бернске конвенције, Римске конвенције и Вашингтонског уговора о интелектуалној својини у вези са интегрисаним колима. Осим тога, ТРИПС-ом су прописана поједина минимална права која наведене конвенције нису предвиђале.¹⁴³ Принцип најповлашћеније нације карактеристичан је за трговинске уговоре. Све предности, користи, повластице или имунитети које чланице додјељују држављанима било које државе се одмах и безусловно додјељују и држављанима свих других држава чланица.¹⁴⁴ ТРИПС-ом се успоставља само минимум заштите, а државе чланице су

¹⁴⁰ С. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, 2007, 10.

¹⁴¹ Д. Поповић, „Критички осврт на Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ: 2011*, (ур. Вук Радовић), Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, 362.

¹⁴² ТРИПС, чл. 3.

¹⁴³ Изричито је искључена примјена члана 6bis Бернске конвенције, којим су уређена личноправна овлашћења аутора, што је у складу са трговинском природом споразума. ТРИПС, чл. 9, ст. 1.

¹⁴⁴ ТРИПС, чл. 4.

слободне да предвиде обимнију заштиту, под условом да то није у супротности са одредбама Споразума.¹⁴⁵

Заштита права интелектуалне својине мора се сагледати у ширем друштвеном контексту. У преамбули Споразума истакнуто је да се признају циљеви јавне политике националних система за заштиту интелектуалне својине.¹⁴⁶ Под легитимним циљевима заштите права интелектуалне својине, Споразум подразумева унапређење технолошких иновација, трансфер и ширење технологије, на узајамну корист стваралаца и корисника технолошког знања, подстицање социјалне и економске добробити и уравнотежење права и обавеза.¹⁴⁷ Изричито је наглашено да би заштита и примјена права требало да допринесу остварењу наведених циљева, али нема гаранције да ће до тога заиста и доћи. ТРИПС не служи само заштити појединачних интереса носилаца права, већ у ширем смислу треба да допринесе унапређењу социјалне и економске добробити друштва.¹⁴⁸ Према томе, све одредбе Споразума треба да буду тумачене у складу са наведеним циљевима.

Предвиђена је могућност држава чланица да усвоје мјере неопходне за заштиту здравља и исхране јавности и за промовисање јавног интереса у секторима од виталног значаја за њихов друштвено-економски и технолошки развој.¹⁴⁹ Наведена одредба представља основ за увођење ограничења и изузетака субјективних права интелектуалне својине. Тиме се потврђује социјална функција права, односно, уважавање јавног интереса. Одговарајуће мјере могу бити предвиђене да би се спријечила злоупотреба права интелектуалне својине од стране титулара права или прибјегавање пракси која неразумно ограничава трговину, или штетно утиче на међународни трансфер технологије.¹⁵⁰ Наведеним одредбама предвиђени су принципи на којима почива ТРИПС, који заправо одражавају интересе слабије развијених држава. Циљеви и принципи предвиђени ТРИПС-ом имају изузетну улогу приликом тумачења и спровођења самог Споразума. Истовремено, овим одредбама постављене су границе агресивном јачању заштите права интелектуалне својине, отклоњен недостатак равнотеже у међународном систему права

¹⁴⁵ ТРИПС, чл. 1.

¹⁴⁶ ТРИПС, Преамбула, параграф 5.

¹⁴⁷ ТРИПС, чл. 7.

¹⁴⁸ *UNCTAD-ICTSD Resource book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, 126.

¹⁴⁹ ТРИПС, чл. 8, ст. 1.

¹⁵⁰ ТРИПС, чл. 8, ст. 2.

интелектуалне својине и постављени темељи развоја будућег међународног права интелектуалне својине.¹⁵¹

Осим основних принципа на којима се темељи ТРИПС, стандарда који се односе на важење, обим и коришћење, као и на стицање и одржавање права интелектуалне својине, одредаба које се односе на спречавање спорова и њихово рјешавање, Споразум садржи одредбе о спровођењу права интелектуалне својине. Најзначајнији дио ТРИПС-а, са становишта теме којом се бавимо, је трећи дио који се односи на спровођење права интелектуалне својине. Поред општих обавеза у вези са спровођењем права, Споразум предвиђа три основна облика заштите: грађанскоправну, управноправну и кривичноправну. Посебна пажња, у оквиру управноправне заштите, посвећена је пограничним мјерама, односно, заштити права од стране царинских власти. Такође, детаљно су регулисане привремене мјере, које могу бити мјере за спречавање повреде било ког права интелектуалне својине и мјере за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду.

ТРИПС-ом се први пут уређује област спровођења права интелектуалне својине, на начин да су прописани минимални стандарди заштите које државе треба да инкорпорирају у своја национална законодавства. За разлику од одредаба којима се прописује садржина субјективних права и које могу директно да се примјењују на заштићена лица, спровођење права је увијек питање унутрашње надлежности, те су државе у обавези да своје законодавство ускладе са одговарајућим одредбама. Изричито је прописана обавеза држава чланица да обезбједе поступке за спровођење права на основу њихових закона да би се омогућила ефикасна акција против било каквог дјела повреде права интелектуалне својине, укључујући експедитивна средства за спречавање повреда и средства која спречавају даље повреде права.¹⁵² Дакле, предвиђена је општа обавеза држава чланица да својим националним законодавством обезбједе поступке у случају повреде права. Поступци могу бити, прије свега, судски, грађански или кривични, и административни, односно управни. Не постоји обавеза увођења посебног судског система спровођења права интелектуалне својине,¹⁵³ већ се у оквиру постојећег предвиђају специфична средства која

¹⁵¹ P.K.Yu, „The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement“, *Houston Law Review*, Vol. 46, 2009, 1019-1020.

¹⁵² ТРИПС, чл. 41, ст. 1.

¹⁵³ ТРИПС, чл. 41, ст. 5.

стоје на располагању носиоцима права. ТРИПС не прецизира шта се сматра повредом права, јер је то препуштено националном законодавству.

Ефикасна средства против повреде права треба да обухвате средства за спречавање повреда и средства која спречавају даље повреде права. Дакле, осим дјеловања у случају кад је до повреде права већ дошло, морају се предвидјети и средства која имају превентивни карактер. Средства којима се спречава повреда права односе се првенствено на привремене и пограничне мјере. Ако је до повреде права већ дошло, онда треба санкционисати повреду и ублажити или отклонити настале штетне посљедице, али и спријечити даље повреде права. Средства којима ће се то постићи су судске забране, накнада штете и остале мјере, као што су повлачење робе којом се врши повреда права интелектуалне својине из трговинских токова, уништење такве робе и повлачење из трговинских токова сировина и алата којима се врши повреда права. Да би се спријечила евентуална злоупотреба наведених средстава од стране носилаца права, предвиђене су мјере обештећења или обезбјеђења у циљу заштите наводног повредиоца права.

Основни принципи на којима почива спровођење права, тачније поступци за заштиту права, су правичност и ефикасност. Поступци за спровођење права биће правични и једнаки за све.¹⁵⁴ Правичност и непристрасност поступака подразумијевају једнак третман свих учесника у поступку, дакле и тужиоца и туженог. Тужена страна има право да буде обавијештена писменим путем о тужбеном захтјеву и разлозима на којима се заснива. Обје стране имају подједнако право да буду заступане, да образлажу своје захтјеве и подносе доказе.¹⁵⁵ Ефикасност поступака подразумијева да неће бити непотребно сложени или скупи, нити да ће садржати неразумне рокове и непотребна одлагања.¹⁵⁶ С обзиром да се дужина трајања и трошкови поступка не могу унапријед прецизно одредити, стандарди ефикасности су постављени веома широко тако да остављају простора за тумачење у конкретном случају. Међутим, процјена усаглашености националног законодавства са наведеном одредбом ТРИПС-а се врши на системском нивоу, а не на нивоу појединачног случаја.¹⁵⁷

¹⁵⁴ ТРИПС, чл. 41, ст. 2.

¹⁵⁵ ТРИПС, чл. 42.

¹⁵⁶ ТРИПС, чл. 41, ст. 2.

¹⁵⁷ С. Correa, (2007), 414.

Одлуке којима се рјешавају појединачни случајеви морају бити засноване искључиво на доказима о којима је странама пружена могућност да се изјасне, требало би да буду образложене и у писменој форми, и да се бар странама у спору стављају на увид без непотребног одлагања.¹⁵⁸ Дакле, одлуке се доносе на основу релевантних доказа који су изнесени у току поступка. Мериторне одлуке би требало да буду образложене и у писменој форми, што упућује да је наведена одредба дата у форми препоруке, а не обавезе. Одлуке не морају бити објављене, довољно је да су стране у спору упознате са њеном садржином. Уколико је одредба формулисана у форми препоруке, држава нема обавезу да је примјени, али увијек може да предвиди чак и више од тога. Принципи правичности и ефикасности поступака, као и наведена правила о одлукама, примјењују се и на поступке за стицање или одржавање права интелектуалне својине, поништај у управном поступку, оспоравање, поништај и опозив или друге *inter partes* поступке.¹⁵⁹

Као један од стандарда заштите, предвиђено је судско преиспитивање коначне управне одлуке и правних аспеката првобитних судских одлука по питању меритума датог случаја.¹⁶⁰ Дакле, државе имају обавезу да обезбједе судску контролу коначних управних аката и првостепених мериторних одлука. Судској контроли подлијежу управни акти донесени у поступцима који се односе на повреду права. Осим тога, коначне управне одлуке донијете у поступку стицања или одржавања права интелектуалне својине, поништаја, оспоравања или опозива, подлијежу преиспитивању од стране судске власти или органа који је одговарајући судском органу, осим у случајевима неуспјешног оспоравања или поништаја у управном поступку, под условом да основи за такве поступке могу бити предмет поступка оглашавања неважећим.¹⁶¹ Што се тиче судских одлука, наведеном одредбом се обезбјеђује двостепеност одлучивања. Државама чланицама је остављена могућност да у случају мањег економског значаја предметног случаја, искључе могућност судског преиспитивања. Изричито је предвиђено да не постоји обавеза да се обезбједи преиспитивање ослобађајућих пресуда у кривичном поступку.

Дакле, сва средства за спровођење права интелектуалне својине предвиђена ТРИПС-ом, могу се сажети у неколико основних обавеза. Као прво, обавезно је

¹⁵⁸ ТРИПС, чл. 41, ст. 3.

¹⁵⁹ ТРИПС, чл. 62, ст. 4.

¹⁶⁰ ТРИПС, чл. 41, ст. 4.

¹⁶¹ ТРИПС, чл. 62, ст. 5.

успостављање посебних поступака и мјера којима ће се рјешавати питања повреде права интелектуалне својине. Друго, наведени поступци морају бити правични и непристрасни, не смију бити непотребно сложени или скупи, нити садржати неразумне рокове. Затим, одлуке морају бити засноване на доказима о којима су стране могле да се изјасне. На крају, мора постојати могућност судског преиспитивања коначне управне одлуке или првостепене мериторне судске одлуке.¹⁶²

3. Извори права ЕУ значајни за судску заштиту субјективних права интелектуалне својине

Најзначајнији извори секундарног права Европске уније у области интелектуалне својине су уредбе и директиве. Уредбе су прописи који имају општу примјену, обавезујући су и непосредно се примјењују у свакој држави чланици.¹⁶³ Њима се ствара наднационално право, односно наднационални систем заштите у појединим областима права. Директиве су правни акти који обавезују државе чланице у погледу циљева који треба да се постигну, с тим што национални органи могу да изаберу форму и средства извршења. Директиве су средства усаглашавања, тј. хармонизације прописа у различитим државама Уније, уз уважавање мноштва националних правних реформи и традиција.¹⁶⁴

Наднационални систем заштите установљен је за поједина права индустријске својине усвајањем одговарајућих уредаба. То су комунитарни жиг,¹⁶⁵ односно жиг Европске уније,¹⁶⁶ комунитарни дизајн,¹⁶⁷ заштита географске ознаке и имена поријекла за пољопривредне производе и храну,¹⁶⁸ комунитарно право сортне заштите¹⁶⁹ и након дугогодишњих преговора, унитарни патент.¹⁷⁰ Могућност стицања појединих субјективних

¹⁶² J.H. Reichman, „Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 37, 1997, 340.

¹⁶³ Б. Кошутећ, *Основи права Европске уније*, Београд 2010, 319.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 320-321.

¹⁶⁵ Уредба Савјета бр. 207/2009 од 26. фебруара 2009. године о комунитарном жигу.

¹⁶⁶ Уредба Европског парламента и Савјета бр. 2015/2424 од 16. децембра 2015. године о измјени Уредбе о комунитарном жигу, којом се, између осталог мијења назив, ступила је на снагу 23. марта 2016. године.

¹⁶⁷ Уредба Савјета бр. 6/2002 од 12. децембра 2001. године о комунитарном дизајну.

¹⁶⁸ Уредба Европског парламента бр. 1151/2012 од 21. новембра 2012. године о шемама квалитета за пољопривредне и прехранбене производе.

¹⁶⁹ Уредба Савјета бр. 2100/94 од 27. јула 1994. године о комунитарном праву сортне заштите.

¹⁷⁰ Систем унитарног патента заснован је на три акта: Уредба Европског парламента бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите, Уредба

права индустријске својине по јединственом поступку и са важењем на територији Уније, представља основну предност наднационалног система заштите. Подразумијева се да поред наднационалног, у свим државама чланицама постоји и национални систем заштите субјективних права индустријске својине.

Уредбе, којима се успоставља заштита интелектуалних добара на нивоу Уније, садрже одредбе о судској заштити појединих права. Спорови у вези са повредом комунитарног жига, тј. жига Европске уније и комунитарног дизајна су у надлежности националних судова држава чланица којима је повјерена та улога. Предвиђене су санкције у случају повреде права, као и могућност изрицања привремених мјера од стране надлежних судова. Суд надлежан за жиг Европске уније може, у случају да установи повреду права или да постоји опасност повреде, издати налог којим се забрањује даља повреда права.¹⁷¹ У случају повреде комунитарног дизајна, суд може издати наредбу којом се туженику забрањују даље радње којима се врши повреда комунитарног дизајна, наредбу одузимања предмета којима се врши повреда и било коју наредбу којом се намећу друге санкције према законодавству државе у којој је учињена повреда.¹⁷² Дакле, за остала питања, суд примјењује право државе чланице у којој је учињена повреда или пријетња да ће доћи до повреде.

Право интелектуалне својине регулисано је директивама, којима се у циљу хармонизације прописа држава чланица, детаљније уређују поједина специфична питања. Предмет регулисања директива су углавном материјалноправна питања, али поједине садрже одредбе о санкцијама и заштити права. Директива о правној заштити база података садржи уопштену одредбу према којој државе чланице осигуравају одговарајуће правне лијекове у односу на повреде права.¹⁷³ Директивом о правној заштити рачунарских програма, предвиђена је обавеза држава чланица да предвиде правна средства у случају коришћења неовлашћено умножених примјерака рачунарског програма од стране лица које је знало или имало основа да зна да се ради о нелегалном примјерку. Под коришћењем, подразумијева се стављање у промет и посједовање у комерцијалне сврхе

Савјета бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите, која се тиче превођења и Споразум о јединственом патентном суду, документ бр. 16351/12.

¹⁷¹ Уредба 207/2009, чл. 102.

¹⁷² Уредба 6/2002, чл. 89.

¹⁷³ Директива Европског парламента и Савјета 96/9/ЕЗ од 11. марта 1996. године о правној заштити база података, чл. 12.

неовлашћено умноженог примјерка рачунарског програма или средства намијењеног уклањању или заобилажењу техничких мјера за заштиту рачунарског програма. Нелегални примјерци рачунарског програма и средства којим се заобилазе заштитне мјере могу бити заплењени.¹⁷⁴

Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву садржи одредбе о заштити техничких мјера и информација о управљању правима.¹⁷⁵ Такође, наведеном Директивом предвиђено је да државе чланице прописују одговарајуће санкције у случају повреде права и обавеза, које морају бити ефикасне, пропорционалне и одвраћајуће, као и да предузимају све потребне мјере да се предвиђене санкције примјењују.¹⁷⁶ У случају повреде права, носиоцима права треба обезбједити могућност накнаде штете, подношење захтјева за судску забрану и захтјева за заплъну, тј. одузимање предмета којима се врши повреда, као и уређаја, производа и компоненти који се користе у сврху заобилажења техничких мјера.¹⁷⁷ Према Директиви, носилац права има могућност да поднесе захтјев за судску забрану против посредника чије услуге користи трећа страна да би извршила повреду, што је нарочито значајно код повреда ауторског и сродних права на интернету.¹⁷⁸

Осим неколико наведених одредаба, директивама се не регулишу питања санкција и заштите права у случају повреде. Изузетак у том погледу представља Директива о спровођењу права интелектуалне својине, усвојена 2004. године.¹⁷⁹ Директива о спровођењу права садржи норме о грађанскоправној и управноправној заштити права интелектуалне својине.¹⁸⁰ Прописи држава чланица којима се обезбјеђује заштита права интелектуалне својине у грађанском судском поступку били су различити, па је из тог разлога усвојена Директива. Њен циљ је хармонизација, односно усклађивање права држава чланица како би се постигао висок, еквивалентан и хомоген ниво заштите на унутрашњем тржишту.¹⁸¹

¹⁷⁴ Директива Европског парламента и Савјета 2009/24/ЕЗ од 23. априла 2009. године о правној заштити рачунарских програма (кодификована верзија), чл. 7.

¹⁷⁵ Директива Европског парламента и Савјета 2001/29/ЕЗ од 22. маја 2001. године, чл. 6 и 7.

¹⁷⁶ Директива 2001/29, чл. 8, ст. 1.

¹⁷⁷ Директива 2001/29, чл. 8, ст. 2.

¹⁷⁸ Директива 2001/29, чл. 8, ст. 3.

¹⁷⁹ Директива Европског парламента и Савјета 2004/48/ЕЗ од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине.

¹⁸⁰ Првобитни приједлог Директиве садржао је одредбе о кривичноправној заштити.

¹⁸¹ Директива 2004/48, рец. 10.

Предмет Директиве су мјере, поступци и правна средства неопходна да би осигурала одговарајућа примјена права интелектуалне својине.¹⁸² Одредбе Директиве примјењују се у случају повреде права интелектуалне својине, како предвиђених националним прописима држава чланица, тако и оних права интелектуалне својине признатих на нивоу Европске уније. Директивом није одређено шта обухвата појам субјективних права интелектуалне својине, па је Комисија накнадно прецизирала то питање. Под субјективним правима интелектуалне својине на које се примјењује Директива, Комисија подразумијева бар сљедећа права: субјективно ауторско право, сродна права, *sui generis* право произвођача базе података, право на топографију полупроводничког производа, жиг, право на индустријски дизајн, патент, укључујући права на основу сертификата о додатној заштити производа, овлашћење на коришћење регистроване ознаке географског поријекла, корисни модел, право на нову биљну сорту и трговачка имена, односно фирме, ако су националним законима заштићена као искључива права.¹⁸³ Међутим, остало је нејасно да ли се Директива, односно предвиђене мјере, поступци и правни лијекови могу примјенити на имена интернет домена, пословну тајну или нелојалну конкуренцију, које се у ширем смислу такође подводе под појам интелектуалне својине. С обзиром да је предмет нашег интересовања искључиво заштита субјективних права интелектуалне својине, наведено питање остаје изван сфере нашег интересовања.

Примјена одредаба Директиве ограничена је на спорове поводом повреде права интелектуалне својине. На све остале спорове који се могу појавити у вези са правима интелектуалне својине, мјере, поступци и средства предвиђена Директивом се не примјењују. То је изричито потврдио и Европски суд правде у случају који се односио на утврђивање обавезе плаћања правичне накнаде.¹⁸⁴ У главном спору, произвођачи и увозници празних носача звука су као дужници плаћања правичне накнаде тужили организацију задужену за убирање и расподјелу правичне накнаде. Предмет спора је било утврђење домаћаја ограничења ауторског и сродних права, у виду умножавања за

¹⁸² Директива 2004/48, чл. 1.

¹⁸³ Изјава Комисије, Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/84/EC of the European Parliament and of the Council of the enforcement of intellectual property rights (2005/295/EC), OJ L 94/37, 13.04.2005.

¹⁸⁴ Пресуда Европског суда правде *ACI Adam and Others*, C-435/12, 10. априла 2014. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150786&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1354545>, (септембар 2014. године).

приватне потребе, и његовог утицаја на наплату и расподјелу правичне накнаде. Будући да спор није произашао из повреде права интелектуалне својине, нити је започео тужбом носиоца права у циљу спречавања или престанка повреде, Суд је одлучио да се одредбе Директиве о спровођењу права не могу примјенити у конкретном случају.¹⁸⁵

Изричито је предвиђено да се Директивом прописује само минимум хармонизације, те да државе чланице могу предвидјети и друга правна средства која би била повољнија за носиоце права. Другим ријечима, државе чланице могу увести строже санкције, мјере и поступке од оних предвиђених Директивом. Дакле, Директивом се, слично као и ТРИПС-ом прописује само минимум заштите, док су државе слободне да предвиде и више од тога. У случају повреде права интелектуалне својине, државе чланице могу предвидјети и друге одговарајуће санкције, не доводећи у питање мјере, поступке и правне лијекове предвиђене Директивом.¹⁸⁶ Поједине одредбе Директиве су опционе, што значи да државе нису обавезне да их имплементирају у своје национално законодавство.

Поред општих одредаба у вези са мјерама, поступцима и правним средствима, Директивом су детаљније регулисана питања које се односе на доказе, право на информацију, привремене мјере и мјере обезбјеђења, мјере које произлазе из одлуке о меритуму предмета, накнаду штете и судске трошкове и мјере обавјештавања јавности. Мјере, поступци и правни лијекови које прописују државе чланице морају бити поштени и правични, не смију бити непотребно сложени или скупи и не смију наметати неразумне рокове или неоправдана одгађања.¹⁸⁷ Такође, предвиђене мјере, поступци и правни лијекови су ефикасни, пропорционални и одвраћају од повреде права¹⁸⁸ и примјењују се на начин да се избјегне стварање препрека законитој трговини и да се осигура заштита од њихове злоупотребе.¹⁸⁹ У теорији се истиче да су ефикасност, пропорционалност и одвраћајуће дејство предвиђених мјера, поступака и средстава три кључна принципа на

¹⁸⁵ Пресуда С-435/12, пар. 61-65.

¹⁸⁶ Директива 2004/48, чл. 16.

¹⁸⁷ Директива 2004/48, чл. 3, ст. 1.

¹⁸⁸ Правило да све санкције за повреду права морају бити пропорционалне, ефикасне и да морају имати одвраћајући ефекат потиче из пресуде Европског суда правде С-68/88, *Commission v. Greece*, 21.09.1989. пар. 24. Видјети А. Koch, „Punitive Damages in European Law“, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, eds. Н. Koziol, V. Wilcox, Tort and Insurance Law, No. 25. Springer Wien New York, 2009, 200.

¹⁸⁹ Директива 2004/48, чл. 3, ст. 2.

којима почива сама Директива, а тиме и спровођење права интелектуалне својине у Европи.¹⁹⁰

Директивом је прописано која лица имају право да поднесу захтјев за примјену мјера, поступака и правних средстава. То су титулари субјективних права интелектуалне својине, према одредбама закона који се примјењује, друга лица овлашћена на коришћење права, као што су корисници лиценци, затим, организације за колективно остваривање права интелектуалне својине, првенствено ауторског и сродних права и тијела за стручну заштиту.¹⁹¹ Осим носилаца права, остале три категорије активно легитимисаних лица могу захтијевати заштиту у мјери у којој им је то допуштено одредбама националних закона и у складу са тим одредбама. Дакле, државе чланице немају обавезу да наведеним лицима признају право да захтијевају заштиту, али је то свакако препоручљиво.¹⁹² Како би се избјегли проблеми који проистичу из принципа неформалности заштите у ауторском праву, а везани су за доказивање ауторства од чега зависи и активна легитимација у примјени предвиђених мјера, поступака и средстава, Директивом је предвиђена претпоставка да се, у недостатку доказа о супротном, аутором сматра лице чије је име на уобичајен начин наведено на дјелу.¹⁹³ Наведена претпоставка односи се и на носиоце сродних права.

Директивом су предвиђене мјере прикупљања и обезбјеђења доказа о повреди субјективних права интелектуалне својине. Странка која је суду предочила разумно доступне доказе на којима заснива своје тужбене захтјеве и која је навела доказе који су под контролом супротне странке, може захтијевати да суд наложи супротној странци

¹⁹⁰ „Заштита је ефикасна само ако нема неразумних рокова или одгајања. Непристрасност и правичност су у функцији пропорционалности; заштита која би стварала препреке законитој трговини и која не би могла да спријечи злоупотребе не би се могла сматрати пропорционалном.“ А. Ohly, „Three Principles of European IP Enforcement law: Effectiveness, Proportionality, Dissuasiveness“, *Technology and Competition, Contributions in Honour of Hanns Ullrich*, (ed. J. Drexler), Larcier, 2009, 257-274. (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=1523277>, 22. септембар 2011.)

¹⁹¹ Директива 2004/48, чл. 4. Тијела за стручну заштиту нису исто што и организације за колективно остваривање ауторског и сродних права. То су најчешће интересне асоцијације чији је задатак заштита и сузбијање повреда одређених права интелектуалне својине, као што је нпр. *Business Software Alliance*. Оне штите интересе појединих носилаца права у мјери у којој им је то допуштено националним законодавством, а примарни циљ њиховог дјеловања је најчешће борба против кривотворења и пиратерије. Директивом им је признат правни интерес за предузимање мјера и поступака за заштиту права, односно статус субјекта који може користити предвиђене мјере, поступке и правна средства. R. Matanovac, „Utjecaj Direktive 2004/48/EC o provedbi prava intelektualnog vlasništva na hrvatski autorskopравни poredak“, *Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo*, Vol 6 (2005), 23.

¹⁹² Ј. Дабовић-Анастасовска, Н. Гавриловић, „European Law and the Emergent of Principles of Intellectual Property Rights Enforcement“, *Правни живот*, бр. 11/2013, 675.

¹⁹³ Директива 2004/48, чл. 5. Ово правило садржи и Бернска конвенција, чл. 15.

достављање тих доказа.¹⁹⁴ Уколико је повреда права учињена на комерцијалној основи, могуће је да се затражи достављање банковних, финансијских или комерцијалних докумената који су под контролом супротне странке.¹⁹⁵ У сваком случају, мора се водити рачуна о заштити повјерљивих информација. На захтјев странке, која је доставила разумно доступне доказе да се врши повреда права или да постоји опасност од такве повреде, суд може чак и прије покретања судског поступка, изрећи мјеру обезбјеђења доказа. То могу бити: детаљан опис робе којом се врши повреда права, уз узимање узорака или без њиховог узимања, физичка запљена такве робе и материјала и алата употребљених у производњи или дистрибуцији те робе и докумената који се на њу односе. Овакве мјере могу бити предузете и без обавјештавања супротне странке, ако постоји опасност од уништења доказа или би носиоцу права могла бити нанесена ненадокнадива штета. Да би се избјегла злоупотреба ових мјера, предвиђена је могућност условљавања њиховог изрицања полагањем обезбјеђења или другог вида осигурања, као и обавеза подносиоца захтјева да надокнади штету нанесену предузетим мјерама. Уколико подносилац захтјева за изрицање мјера обезбјеђења доказа, у предвиђеном року не покрене судски поступак за одлучивање о меритуму спора, изречене мјере се укидају.¹⁹⁶

Једна од значајних новина за већину држава чланица је право на информацију, тачније захтјев за пружање информација.¹⁹⁷ Надлежне судске власти на основу оправданог захтјева тужиоца, могу издати наредбу повредиоцу или другом лицу да открију информације о поријеклу и дистрибутивним мрежама робе или услуга којима се врши повреда субјективних права интелектуалне својине. Осим лица које врши повреду права, захтјев за пружање информације може бити усмјерен према лицу које на комерцијалној основи посједује робу којом се врши повреда права интелектуалне својине, лицу које на комерцијалној основи користи или пружа услуге којима се врши повреда права, или је означено као лице које је укључено у производњу или дистрибуцију робе или пружање услуга којима се врши повреда права. Захтјев за пружање информација је често усмјерен према интернет сервис провајдерима, као посредницима који имају кључне податке о повреди права на интернету. Међутим, откривање информација релевантних за

¹⁹⁴ Директива 2004/48, чл. 6, ст. 1.

¹⁹⁵ Директива 2004/48, чл. 6, ст. 2.

¹⁹⁶ Директива 2004/48, чл. 7.

¹⁹⁷ Директива 2004/48, чл. 8.

утврђивање повреде права интелектуалне својине може бити у супротности са заштитом приватности и личних података.

Непосредно прије почетка поступка или у току самог поступка поводом повреде субјективног права интелектуалне својине, носилац права може тражити одређивање привремене мјере. На захтјев носиоца права, судске власти могу издати привремену мјеру којом се спречава било каква повреда права интелектуалне својине или забрањује наставак наводне повреде тог права, као и мјеру којом се налаже одузимање или предаја робе за коју се сумња да се њоме врши повреда права како би се спријечио њен улазак у комерцијалне канале или кретање унутар тих канала.¹⁹⁸ Привремена мјера може бити изречена и посреднику чијим се услугама користила трећа страна за повреду права интелектуалне својине.¹⁹⁹ Ако је повреда права учињена на комерцијалној основи, предвиђено је да судске власти могу као мјеру предострожности наложити одузимање покретне и непокретне имовине наводног повредиоца права, укључујући блокирање банковног рачуна и других прихода, ако постоје околности које угрожавају евентуалну накнаду штете.²⁰⁰ Да би привремена мјера била издата, подносилац захтјева је дужан да достави све разумно доступне доказе да је носилац права и да је његово право повријеђено или да постоји непосредна опасност од такве повреде. Привремена мјера може бити донесена без саслушања туженог, ако би одлагање могло проузроковати ненадокнадиву штету носиоцу права. У случају да је издавање привремене мјере било неосновано, односно да није било повреде права, подносилац захтјева је дужан да надокнади штету нанесену таквима мјерама. Издавање привремене мјере може бити условљено давањем покрића или другог сличног осигурања за случај настанка било какве штете.

Директивом су предвиђене мјере које суд може издати након окончања судског поступка у коме је утврђено да је извршена повреда права. Као прво, суд може забранити повредиоцу да настави са радњама којима се врши повреда права.²⁰¹ Иста забрана може бити изречена и посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине. Затим, одговарајуће корективне мјере могу бити предузете у погледу робе за коју је утврђено да се њоме врши повреда неког права интелектуалне

¹⁹⁸ Директива 2004/48, чл. 9, ст. 1.

¹⁹⁹ Привремене мјере према посредницима чијим се услугама користи трећа страна за повреду ауторског или сродних права предвиђене су Директивом 2001/29.

²⁰⁰ Директива 2004/48, чл. 9, ст. 2.

²⁰¹ Директива 2004/48, чл. 11.

својине, и у погледу материјала и алата који су углавном употребљени у производњи те робе. Директивом је предвиђено да су те мјере повлачење из комерцијалних канала, коначно уклањање из комерцијалних канала или уништење. Предвиђене мјере се изричу на трошак повредиоца права. Изричито је наглашено да се приликом одлучивања о изрицању наведених мјера мора водити рачуна о сразмјери између тежине повреде и наложених правних лијекова, као и о интересима трећих страна.²⁰² На крају, Директивом је предвиђено да у одговарајућим случајевима, и на захтјев лица према коме би се могле изрећи наведене мјере, надлежне судске власти могу одредити плаћање новчане накнаде оштећеној странци као алтернативу изрицању наведених мјера. Изрицање новчане накнаде умјесто тзв. корективних мјера, могуће је само ако повреда није учињена намјерно или крајњом непажњом, ако би спровођењем корективних мјера наступила несразмјерна штета и ако се новчана накнада оштећеној странци покаже разумно задовољавајућом.²⁰³ Државе чланице нису обавезне да предвиде алтернативне мјере у својим националним законодавствима.

С обзиром да повредом права интелектуалне својине по правилу настаје штета за носиоца права, Директивом је предвиђена обавеза држава чланица да обезбједе накнаду штете. Приликом одређивања износа накнаде, судови морају узети у обзир различите околности, као што су негативне посљедице за оштећену страну, непоштено стечену добит повредиоца права, као и моралну штету нанесену носиоцу права. У одговарајућим случајевима, могуће је одредити накнаду штете у паушалном износу, на основу износа накнаде коју би повредилац права морао платити да је легално користио предмет заштите. Субјективни однос повредиоца, односно, његова савјесност утиче на накнаду штете. Штету је дужан надокнадити повредилац који је знао или је имао разумне разлоге да зна да својим понашањем врши повреду права. Уколико лице није знало или није имало разумних разлога да зна да врши повреду права, могуће је наложити поврат добити или накнаду штете.²⁰⁴

На крају, предвиђена је обавеза држава чланица да осигурају одговарајуће мјере објављивања информација о одлуци, укључујући излагање одлуке и објављивање у

²⁰² Директива 2004/48, чл. 10.

²⁰³ Директива 2004/48, чл. 12.

²⁰⁴ Директива 2004/48, чл. 13.

средствима информисања у цјелости или дјелимично. Могуће је предвидјети и додатне мјере објављивања у одређеним околностима, као што је уочљиво оглашавање.²⁰⁵

Према извјештају Комисије о примјени Директиве,²⁰⁶ иако је имплементација Директиве имала позитиван утицај на грађанскоправну заштиту права интелектуалне својине, идентификовано је неколико кључних проблема у спровођењу права. Одредбе Директиве нису могле на одговарајући начин да одговоре на изазове савременог дигиталног окружења, што је вјероватно највећи недостатак. Коришћење интернета ствара неограничене могућности за повреде права интелектуалне својине, а мјере предвиђене Директивом нису довољно ефикасне у таквим ситуацијама. Препорука је да се преиспита и размотри постојећи правни оквир за заштиту права у условима дигиталне технологије. У извјештају се наводи још неколико питања, које би требало додатно разјаснити. То је, прије свега, питање дефиниције појма интелектуална својина и обима примјене Директиве на поједина субјективна права интелектуалне својине. Споран је концепт посредника и изрицање могућих мјера и забрана према таквима лицима. Иако је детаљније регулисање препуштено државама чланицама, требало би прецизирати улогу посредника у спречавању и окончању повреда права, нарочито у дигиталном окружењу. Право на информацију о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе којом се повређују права интелектуалне својине оправдано је предмет критика, будући да је често у супротности са прописима о заштити приватности. У том смислу, неопходно је пронаћи одговарајућу равнотежу између права на информисање и заштите повјерљивих информација и приватности. Поставља се питање потребе преиспитивања концепта накнаде штете, будући да досуђени износи често не дјелују одвраћајуће на потенцијалне повредиоце права. Предлаже се детаљније разјашњење разлике између појединих мјера које се изричу у случају повреде права, као што су нпр. повлачење из комерцијалних канала и коначно уклањање робе из комерцијалних канала.²⁰⁷

²⁰⁵ Директива 2004/48, чл. 15.

²⁰⁶ Чл. 18 Директиве предвиђена је обавеза држава чланица да након истека три године од датума предвиђеног за имплементацију Директиве, поднесу Комисији извјештај о спровођењу Директиве, на основу којег Комисија сачињава извјештај о примјени Директиве, који даље прослеђује Европском парламенту, Савјету и Европском економском и социјалном одбору.

²⁰⁷ Детаљније Извјештај Комисије Европском парламенту, Савјету, Европском економском и социјалном одбору и Одбору регија о примјени Директиве 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 29. априла 2004. о спровођењу права интелектуалне својине, документ Европске комисије, COM(2010) 779 final.

ГЛАВА ТРЕЋА

ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Појам грађанскоправне заштите субјективних права интелектуалне својине

Субјективна права интелектуалне својине су овлашћења којима се штите интереси њихових титулара у вези са нематеријалним творевинама. Да би интереси титулара права били остварени, неопходно је обезбједити адекватну заштиту у случају повреде или угрожавања субјективних права. Повреда субјективног права постоји ако титулар не може уопште или може само отежано да врши своје право, као и ако је вршење права у опасности, тј. ако је право угрожено.²⁰⁸ У праву интелектуалне својине, свако неовлашћено вршење овлашћења која чине садржину субјективних права, представља повреду права. Уколико је право повријеђено или постоји опасност да буде повријеђено, титулар права стиче правозащитни захтјев, односно, могућност да од повредиоца тражи одређено понашање, како би био остварен интерес којем субјективно право служи.²⁰⁹ Захтјев је могућност да се право оствари принудним путем, те се као такав сматра најважнијим елементом субјективног права.²¹⁰ Захтјев произлази из субјективних права у случају њихове повреде и тада је упућен према одређеном лицу и то према оном које је извршило повреду права.²¹¹ Врста и садржина захтјева зависе искључиво од конкретне повреде права.

Заштита субјективног права може бити превентивна и реактивна (поствентивна).²¹² Превентивна заштита усмјерена је на спречавање радње повреде права, а реактивна на уклањање стања повреде, када је до повреде права већ дошло. Превентивно дејство имају

²⁰⁸ „Повреда субјективног права значи стање супротно субјективном праву, или опасност да такво стање настане.“ О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, 225.

²⁰⁹ *Ibid.*, 227. Наведени аутори инсистирају на разликовању захтјева и правозащитног захтјева. По њиховом схватању, захтјев је свака могућност да се од одређеног лица тражи одређено понашање, а правозащитни захтјев служи вршењу права у случају повреде права.

²¹⁰ Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2004, 293.

²¹¹ С. Крнета, „Еволуција појма „захтјев“ и његов однос према субјективном праву“, *Одабране теме приватног права*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007, 40.

²¹² О. Станковић, В. Водинелић, 229.

забрана даљег вршења повреде права, забрана понављања извршене повреде права и забрана извршења припремане радње повреде. У циљу отклањања последица повреде права, могућа је реституција, натурална реституција или накнада штете, као и уклањање стања насталог повредом права.²¹³ Заштита се остварује изрицањем одговарајућих санкција. Према сврси предузимања, санкције могу бити превентивне, натурално-реститутивне, компензаторно-репарационе и поништајне, тј. анулирајуће.²¹⁴

За разлику од неких других грана права, смисао и сврха заштите субјективних права у грађанском праву је успостављање стања које би највјероватније постојало да није било повреде или угрожавања права. Дакле, просто враћање у пређашње стање није довољно, јер се морају узети у обзир све промјене које је требало да услиједи да није било повреде. Овакав концепт је у теорији познат као прогресивна реституција.²¹⁵

Заштита повријеђеног права може се остваривати судским и вансудским путем, тј. путем тзв. самозаштите. Судска правна заштита је облик организоване правне заштите, путем којег држава субјектима права признаје право на пружање правне заштите, установљава и организује судове и уређује сам поступак заштите.²¹⁶ По правилу, заштита права се остварује у судском поступку, док вансудска заштита или самозаштита има карактер изузетка, који може бити допуштен само под одређеним условима.

Заштита субјективних права пред судом, остварује се посредством тужби. Тужбе су средства опште грађанскоправне заштите субјективних права у случају њихове повреде или угрожавања, што се односи и на субјективна права интелектуалне својине.²¹⁷ С обзиром на садржину правне заштите која се тражи, тужбе могу бити кондемпнаторне или досуђујуће, декларативне, односно утврђујуће, и конститутивне, тј. преображајне. Кондемпнаторна, досуђујућа или тужба за осуду на чинидбу је тужба којом тужилац тражи да суд наложи туженом да испуни дуговану чинидбу.²¹⁸ Декларативна, утврђујућа или тужба за утврђење је тужба у којој тужилац тражи да суд утврди постојање или непостојање одређеног правног односа или права, односно, истинитости или

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Д. Николић, *Грађанскоправна санкција - генеза, еволуција и савремени појам*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1995, 101.

²¹⁵ *Ibid.*, 134.

²¹⁶ Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука 2010, 9.

²¹⁷ Ж. Ђорђевић, „Средства грађанскоправне заштите ауторских дела и облика индустријске својине, и субјективних права поводом њих, у нашем праву“, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1987/1988, Крагујевац 1988, 299.

²¹⁸ Г. Станковић, Р. Рачић, 312.

неистинитости одређене исправе.²¹⁹ Конститутивна или преображајна тужба је тужба којом тужилац тражи промјену одређене правне ситуације.²²⁰ У пракси су најчешће кондемпнаторне тужбе.

У случају повреде субјективног права интелектуалне својине, тужилац може досуђујућом тужбом поставити неколико захтјева. Као прво, тужилац може тражити престанак повреде права и забрану даљег вршења учињене повреде. Затим, могуће је поставити захтјев за уклањање стања насталог повредом права. У том циљу, тужилац може тражити повлачење предмета повреде из привредних токова, потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, уништење или преиначење алата и опреме који се употребљавају за чињење повреда, препуштање предмета повреде носиоцу права, као и објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженика. Осим наведеног, носилац права може захтијевати накнаду штете, првенствено материјалне, и, ако је то дозвољено, у извијесним случајевима, накнаду нематеријалне штете. Тужбом за утврђење, тужилац може поставити захтјев да се утврди постојање повреде права. Осим тога, наведеном тужбом могуће је тражити утврђење својства проналазача, аутора индустријског дизајна и ствараоца топографије интегрисаног кола у споровима за признање ауторства. Уколико се врши оспоравање права индустријске својине, тужилац захтијева да суд утврди да он има право да поднесе пријаву и стекне заштиту, а не лице које је подносилац пријаве или носилац права. Преображајном тужбом се тражи измјена одређеног стања у вези са субјективним правом. То су најчешће тужбе којима се тражи поништај или раскид уговора.²²¹

Субјективна права интелектуалне својине су приватна права која се штите у грађанском судском поступку. Због специфичног предмета, питање грађанскоправне заштите наведених права је посебно регулисано законима који уређују ову област. Осим тужбених захтјева који су на располагању носиоцима права у случају повреде, предвиђене су привремене мјере, мјере обезбјеђења доказа и пенали код накнаде штете. Одредбе ових закона представљају *lex specialis* у односу на законе којима се уређују облигациони односи, парнични и извршни поступак. Дакле, поједина питања су посебно регулисана, али

²¹⁹ *Ibid.*, 314.

²²⁰ *Ibid.*, 315.

²²¹ Ж. Ђорђевић, 316.

се права интелектуалне својине штите по истом поступку и на исти начин као и остала приватна права.

2. Надлежност и састав суда

За спорове у вези са повредом права интелектуалне својине надлежни су углавном судови опште надлежности или трговински, привредни судови. У појединим државама постоје посебни судови за спорове у области права интелектуалне својине, док је у другим извршена специјализација постојећих судова, углавном по територијалном принципу. Правила о надлежности суда одређена су законом. Стварна надлежност зависи од врсте спорне ствари, док мјесна надлежност одређује који ће од више стварно надлежних судова рјешавати спор.

2.1. Упоредноправни приказ надлежности судова за спорове у области права интелектуалне својине

У упоредном законодавству, спорови у области права интелектуалне својине повјерени су различитим судовима. Поједине државе предвиђају посебне, специјализоване судове или посебна одјељења судова који суде само спорове у области интелектуалне својине. С обзиром на то да се предмети заштите најчешће користе у привредном, тржишном окружењу, није ријеткост да су надлежни привредни или трговински судови. У другим државама предвиђена је концентрација надлежности, најчешће територијална, чиме се сужава број судова који поступају по наведеним споровима. Концентрација надлежности омогућава специјализацију и усавршавање судија, што доприноси њиховом квалитетнијем раду и заштити права интелектуалне својине.

Специјализација судова или бар судија је неопходна претпоставка успјешног рјешавања спорова, а тиме и адекватне заштите субјективних права интелектуалне својине. Предности увођења специјализованих судова су вишеструке. Као прво, повјеравањем спорова у овој области једном или неколицини судова елиминисана је могућност да се већи број судија нађе у прилици да рјешава спорове у овој области. Смањење броја судија који суде одређене спорове значи, ако не стицање додатног знања у области, онда бар

стицање искуства, што може допринијети бржем и ефикаснијем рјешавању спорова. Поступак у споровима из права интелектуалне својине је у већини држава хитан, а постојање посебних судова би могло да води увођењу посебних правила поступка. На крају, инвестирање у формирање посебних судова упућује на спремност државе да заштити коришћење нематеријалних добара, што је од кључног значаја за развој и функционисање економије засноване на знању.²²²

Упркос аргументима који иду у прилог оснивању специјализованих судова, постоји и сумња у њихову оправданост. Постојање посебних судова налаже издвајање додатних трошкова за њихово функционисање, па се увијек може поставити питање да ли су трошкови сразмјерни евентуалној користи. Осим тога, потребно је да постоји критична маса спорова који би оправдали постојање посебних судова, у супротном, ако нема довољно спорова, постојање специјализованих судова губи смисао.²²³

Потреба за ефикасном заштитом субјективних права интелектуалне својине утицала је на потпуну или бар дјелимичну специјализацију судова у већини држава, упркос томе што ни ТРИПС, нити било који други извор права у овој области, не предвиђа обавезу увођења посебног судског система за спровођење права интелектуалне својине, како у грађанским, тако и у кривичним поступцима. У упоредном праву постоји неколико система специјализације судова: специјализовани судови за поједина питања или области права интелектуалне својине, специјализована одјељења судова опште надлежности или одјељења привредних судова, специјализовани апелациони судови или други облик специјализације у другостепеном поступку, надлежност привредних судова и територијална концентрација надлежности.

У мањем броју држава формиран су специјализовани судови који суде искључиво спорове из области интелектуалне својине или појединих сегмената интелектуалне својине. На примјер, посебни судови постоје у Њемачкој, Русији, Швајцарској, Португалији, Јапану, Великој Британији. У Њемачкој постоји Савезни патентни суд у чијој надлежности су поништај патента и жалбе на одлуке патентног завода. За повреде права

²²² Детаљније: *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012., 4-7. Доступно на <http://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf>, (септембар 2014.)

²²³ *Ibidem*, 6-7.

интелектуалне својине у Њемачкој су надлежни земаљски судови²²⁴ у првом степену, Виши земаљски судови²²⁵ у другом степену, док је Савезни Врховни суд највиша судска инстанца. У Њемачкој постоји тзв. систем бифуркације, односно потпуне раздвојености поступака поводом повреде права и поништаја. Такво рјешење је често на мети критика, а један од најважнијих приговора односи се на могућност да се о истом праву расправља пред два различита суда и у два различита поступка. С обзиром да је валидност права претпоставка његове повреде, ова питања су несумњиво повезана па би практично један судија могао да одлучује о томе. Са једне стране, ако би исти судија одлучивао о оба питања, то би могло, условно речено, да „замагли“ поглед на спорна питања, док, са друге стране, одлуке двоје судија би могле да буду потпуно супротне. Стога, постоје схватања да би у будућности требало усвојити систем према коме би повреда и опозив патента били у надлежности истог суда.²²⁶

У Русији од 2013. године постоји специјализовани суд у чијој надлежности су спорови у вези са признањем и престанком права индустријске својине, одлучивање о жалбама на одлуке Завода за патенте, одлучивање о поништају права индустријске својине, рјешавање о споровима у вези са правом на заштиту и у споровима због нелојалне конкуренције у вези са коришћењем знакова разликовања. Спорови због повреде права интелектуалне својине су у надлежности привредних суда, како у првом степену, тако и у поступку по жалби, а Суд за интелектуалну својину је крајња судска инстанца.²²⁷

Посебан суд који рјешава спорове због повреде патента, успостављен је 2012. године и у Швајцарској. Савезни патентни суд је искључиво надлежан за све спорове у вези са повредом патента, као и за поништај патента. О жалби на одлуке патентног суда одлучује Савезни Врховни суд. Међутим, кантонални судови и даље имају надлежност у појединим питањима, било алтернативно или подијелено.²²⁸ У Португалији од 2012.

²²⁴ *Landgerichte*.

²²⁵ *Oberlandesgericht*.

²²⁶ S. Raaijmakers, *Unifying European Patent Litigation, An exploration of the various judicial measures substantiating uniform interpretation of European patent law*, Aarhus School of Business, 25.2.2011., Доступно на: http://pure.au.dk/portal/files/34587270/Unifying_European_Patent_Law_Final_Version.pdf, (септембар 2014.)

²²⁷ *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, 27-28.

²²⁸ Уколико се питање валидности патента постави као претходно питање у грађанском судском поступку пред кантоналним судом, поступак се прекида и упућује се заинтересована страна да у остављеном року покрене поступак пред Савезним патентним судом. Такође, ако тужени противтужбом тражи поништај патента, кантонални суд ће предмет прослиједити Савезном патентном суду на рјешавање. *Patent Litigation in*

године постоји специјализовани суд за спорове у области интелектуалне својине са сједиштем у Лисабону. У надлежности овог суда су тужбе за повреду права, тужбе за поништај и жалбе на одлуке португалског Завода за патенте и жигове. Апелациони суд у Лисабону је другостепени у наведеним споровима.²²⁹

Једна од најразвијенијих земаља данашњице, Јапан, такође има посебан суд за спорове у области интелектуалне својине од 2005. године. У Јапану се прави разлика између двије врсте спорова према природи предмета заштите, односно према њиховом техничком карактеру. Спорови који проистичу из предмета заштите који имају технички карактер, као што су проналасци, корисни модели, топографије интегрисаних кола и ауторска права на рачунарским програмима, у првом степену су у надлежности Окружних судова у Токију и Осаки. Остале спорове у вези са предметима заштите који немају технички карактер, као што су дизајн, жиг, ауторско право, осим права на рачунарским програмима, сродна права, право заштите биљне сорте и нелојална конкуренција, поред два наведена суда, могу рјешавати остали окружни судови у држави. Суд за интелектуалну својину поступа као другостепени суд, јер одлучује по жалбама на одлуке наведених судова. Осим тога, у надлежности специјализованог суда су евентуални спорови и жалбе на одлуке Јапанског завода за патенте.²³⁰

Патентни спорови и спорови у вези са дизајном, у Великој Британији су у надлежности Патентног суда и Окружног патентног суда, с тим што између њих није јасно разграничена надлежност. По правилу, мање компликовани случајеви, до одређеног новчаног износа, расправљају се пред Окружним патентним судом. Компликованије спорове, као и жалбе на одлуке Завода за патенте, рјешава Патентни суд.²³¹ Спорови из ауторског права, права интерпретатора и нерегистрованог дизајна и посебног облика деликта којим се погрешно указује на поријекло робе или услуге, тзв. *passing off*, су у надлежности Окружних судова.²³²

Europe, An overview of national law and practice in the EPC contracting states, European Patent Academy, 3rd edition, 2013, 18.

²²⁹ *Patent Litigation in Europe*, 90.

²³⁰ R. Mimura, S. Ono, „Intellectual Property High Court of Japan: Establishment Development“, *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012., 60-61. Доступно на <http://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf> (септембар 2014.)

²³¹ *Patent Litigation in Europe*, 42.

²³² Поједина питања из ауторског права су у надлежности Трибунала за ауторско право. Трибунал одлучује о накнадама и тарифама уколико организације за колективно остваривање ауторског и сродних права не могу

С обзиром на трговински карактер права интелектуалне својине, спорови се често повјеравају трговинским или привредним судовима. Осим тога, поступци због повреде права интелектуалне својине често су у надлежности специјализованих одјељења судова опште надлежности, као што је случај у Италији.²³³

Територијална концентрација надлежности врши се на два начина, повјеравањем спорова искључиво једном суду²³⁴ или тачно одређеном броју судова.²³⁵ Спорови из области интелектуалне својине у Француској су у искључивој надлежности Вишег суда у Паризу,²³⁶ у првом степену, и Апелационог суда у Паризу у другом степену.²³⁷ За патентне спорове у Аустрији, надлежан је Трговински суд у Бечу, а у другом степен Виши регионални суд у Бечу.²³⁸ Интересантан облик концентрације надлежности постоји на Кипру, гдје су сви патентни спорови још у првостепеном поступку повјерени Врховном суду Кипра.²³⁹

Територијална концентрација надлежности извршена је скоро у свим бившим југословенским државама. У Словенији, спорови у области интелектуалне својине су у искључивој надлежности Окружног суда у Љубљани, осим спорова који настану између послодавца и запослених у вези са проналасцима, облицима тијела, сликама, цртежима и техничким унапређењима створеним у радном односу.²⁴⁰ У Хрватској су спорови који се односе на заштиту и употребу индустријске својине, ауторског и сродних права и других

да се договоре. Међутим, Трибунал није судски орган, већ независно тијело које по потреби рјешава спорна питања у вези са организацијама за колективно остваривање права. Слични органи, као што су комисије, савјети и сл. постоје и у другим државама и они представљају облик вансудског рјешавања спорних питања у вези са колективним остваривањем ауторског и сродних права. Одлуке Трибунала могу се преиспитати путем жалбе Вишем суду, али само у вези са правним питањима. Copyright, Designs and Patents Act 1988, чл. 145-152. Доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295.

²³³ Спорови у области интелектуалне својине у Италији су у надлежности специјализованих одјељења у неколико судова опште надлежности. Законом из 2012. године, основано је 21 Трговинских судова са Апелационим судом у сваком региону и у надлежности тих судова су спорови из компанијског права, права конкуренције, права интелектуалне својине и јавних набавки. *Patent Litigation in Europe*, 59

²³⁴ На примјер, у Француској, Аустрији, Холандији, Словенији.

²³⁵ На примјер, спорове из интелектуалне својине у Белгији суди само 5 привредних судова. У Грчкој су за већину спорова надлежни судови у Атини, Пиреју и Солуну. Детаљније вид. D. Kallinikou, „Greece's Specialised Intellectual Property Courts Regime“, *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012., 55-56.

²³⁶ *The Tribunal de Grande Instance de Paris*.

²³⁷ У надлежности истог суда је и поступак поништаја, с тим што се у пракси, поништај најчешће тражи противужбом у поступку због повреде права. P. Véron, I. Romet, *On the Way to Fair Balance, the French Approach to Patent Litigation*, May 2011, доступно на: <http://whoswholegal.com/news/features/article/28961/on-fair-balance-french-approach-patent-litigation>, (септембар 2014.)

²³⁸ *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, 25.

²³⁹ *Patent Litigation in Europe*, 22.

²⁴⁰ *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, 28.

права интелектуалне својине, у првом степену у надлежности трговачких судова.²⁴¹ С обзиром да је извршена територијална концентрација надлежности, спорове из интелектуалне својине рјешавају Трговачки судови у Загребу, Ријеци, Осијеку и Сплиту,²⁴² а по жалбама одлучује Високи трговачки суд Републике Хрватске. Изузетно, у Македонији постоје специјализована одјељења у 13 судова опште надлежности који у првом степену суде спорове из интелектуалне својине. По жалбама одлучују Апелациони судови, а Врховни суд одлучује у трећем степену.

У Сједињеним америчким државама, спорови у области интелектуалне својине су у надлежности федералних окружних судова и државних судова. У надлежности федералних окружних судова су, по правилу, спорови везани за федерална питања и спорови између странака које имају различито држављанство ако вриједност предмета спора прелази одређени новчани износ. Федерални окружни судови²⁴³ имају искључиву надлежност у споровима који се односе на патенте, заштиту биљних сорти и ауторско право, на жигове,²⁴⁴ пословну тајну и нелојалну конкуренцију, уколико су странке различитог држављанства или су повезани са тужбом због повреде права за које је надлежан федерални суд. У надлежности државних судова су спорови везани за жигове, пословну тајну и нелојалну конкуренцију, који нису у надлежности федералних судова и случајеви везани за нерегистроване жигове, у којима су странке истог држављанства. Жалбени судови у Сједињеним државама су на федералном, регионалном и државном нивоу. Федерални апелациони судови су надлежни за жалбе на одлуке Завода за патенте и жигове, као и на спорове који се односе на патент, док се жалбе на одлуке које се односе на остала права интелектуалне својине подносе регионалним судовима. У споровима који се у првом степену воде пред државним судовима, надлежни су државни апелациони судови. Највиша судска инстанца је Врховни суд САД-а.²⁴⁵

За постизање одговарајућег нивоа заштите субјективних права интелектуалне својине, специјализација судова је неопходан, али не нужно и довољан услов. Једно од веома значајних питања је састав суда, односно судија који рјешавају питања. Познавање

²⁴¹ Закон о парничном поступку, *Народне новине*, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, чл. 34б, т. 8.

²⁴² Закон о подручјима и сједиштима судова, *Народне новине*, бр. 128/14, чл. 8.

²⁴³ *US District Courts*.

²⁴⁴ Спорови у вези са жиговима могу бити у надлежности државних судова.

²⁴⁵ J. Pinyosinwat, *A Model for Specialized Intellectual Property Court in Developing Countries*, Faculty of Law, Waseda University, 2010, 55-56.

права интелектуалне својине је услов *sine qua non* заштите права. Међутим, у већини патентних спорова, а нарочито у питањима поништаја и повреде патента, осим правних, постављају се и компликована техничка питања из којих судија не може имати одговарајућа знања. Стога, у појединим државама, по узору на праксу Европског завода за патенте, поред судија професионалаца, поступају и судије који имају техничко образовање. Најчешћа структура је троје професионалних судија и двоје судија са знањем из области технике.²⁴⁶

За спорове у вези са комунитарним жигом, односно жигом Европске уније, комунитарним дизајном и комунитарним биљним сортама, надлежни су судови држава чланица којима су повјерени ти спорови. Споразумом о јединственом патентном суду, који чини дио тзв. патент пакета, предвиђено је да спорови који се односе на унитарни патент и европски патент буду у надлежности Јединственог патентног суда.²⁴⁷

Потреба увођења посебног европског суда за патенте произлази из недостатака и несавршености рјешавања постојећих спорова из ове области. Спорове који се односе на повреду и оспоравање европског патента, признатог по Конвенцији о признавању европског патента, тренутно рјешавају национални судови. Проблем се јавља нпр. уколико се жели опозив патента у више различитих држава. У том случају су повећани трошкови, постоји ризик да различити национални судови донесу различите одлуке и свакако, недостатак правне сигурности. Једна од негативних појава која прати ову врсту несигурности је и тзв. *forum shopping*, који у слободном преводу може да значи куповина или слободан избор суда. Значење овог израза односи се на праксу појединих странака у спору да свој случај изнесу пред суд који ће донијети за њих најповољнију одлуку. Треба такође имати на уму и „брзину“ рада појединих судова, као и разлике у тумачењу

²⁴⁶ Мјешовита структура суда постоји у Аустрији, Мађарској, Швајцарској, Њемачкој.

²⁴⁷ Послије доста неуспјешних покушаја увођења патента на нивоу Уније, почев још од седамдесетих година XX вијека и тзв. патента заједничког тржишта, уложени напори су коначно дали позитивне резултате. Крајем 2012. године Европски парламент и Савјет Европске уније усвојили су двије уредбе: Уредба бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите ЕУ и Уредба бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области стварања унитарне патентне заштите, која се тиче превођења. Споразум о јединственом патентном суду потписан је 19.02.2013. године. Наведене уредбе ступиле су на снагу 20. јануара 2013. године, а примјењиваће се од датума када Споразум о јединственом патентном суду ступи на снагу. Према тексту Споразума, то ће се десити послје ратификације Споразума од стране 13 држава потписница, међу којима морају бити Њемачка, Француска и Велика Британија. Споразум о јединственом патентном суду до сада је ратификовало 9 држава, међу којима је и Француска (стање на дан 1.05.2016. године). Детаљније <https://www.epo.org/law-practice/unitary.html>.

европског патентног права као и разлике у процесним законима. Да би се превазишли наведени проблеми формиран је Јединствени патентни суд у чијој надлежности су спорови који се односе на европски патент и европски патент са унитарним важењем (унитарни патент).²⁴⁸

Европски патентни суд чиниће Суд прве инстанце, Жалбени суд (Апелациони суд) и Регистар.²⁴⁹ У надлежности Европског патентног суда биће спорови везани за европски патент и унитарни патент. У искључивој надлежности овог суда биће тужбе за повреду патената и сертификата о додатној заштити, противтужба код опозива, опозив патента, тужбени захтјеви за привремене и заштитне мјере и забране, тужбе против одлука Европског патентног завода које се односе на унитарни патент.

Међутим, формирање Јединственог патентног суда, подједнако као и усвајање Уредби о јединственом патенту, на мети је критика шире правничке и научне јавности. Приговори се односе на компликовање умјесто поједностављења остваривања патентне заштите и фрагментацију у територијалном и материјалном погледу, али и у погледу надлежности за судске спорове. Механизам ближе сарадње не прихватају све државе чланице, тако да се не може стећи унитарни патент, са важењем на територији Европске уније. Различити системи заштите проналаска паралелно постоје, што води и надлежности различитих судова. Систем заштите патента од стране Јединственог патентног суда је у извијесној мјери непотпун, јер суд не рјешава о принудној лиценци, територијално је

²⁴⁸ Европски патент је патент који се стиче у поступку пред Европским заводом за патенте, према одредбама Конвенција о европском патенту (КЕП). КЕП није дио правне регулативе Европске уније и свака држава на територији Европе, без обзира на чланство у Унији, може бити чланица Конвенције о европском патенту. Дакле, ово је регионални документ којим се омогућава да се подношењем једне пријаве и вођењем јединственог поступка стекне патент који ће важити на територији више земаља. Усвајањем тзв. патентног пакета створена је могућност стицања патента европске уније, односно унитарног патента. Дакле, на овај начин, биће омогућено да се, попут комунитарног жига и комунитарног дизајна, стекне унитарни патент који ће важити на територији Уније. С обзиром да је поступак признања патента дуготрајан, сложен и скуп, тај посао биће повјерен Европској организацији за патенте, која већ има разрађен механизам испитивања пријава, али и све неопходне техничке, кадровске и организационе предуслове. Дакле, оно што је за комунитарни жиг и дизајн EUIPO (*European Union Intellectual Property Office*), то би за унитарни патент требало да буде Европска патентна организација, тачније Европски завод за патенте.

²⁴⁹ Суд прве инстанце ће чинити централно одјељење са сједиштем у Паризу, два одјељења у Лондону и Минхену и неколико локалних и регионалних одјељења у земљама чланицама које су потписале споразум. Жалбени суд (Апелациони патентни суд) ће бити смјештен у Луксембургу. Центар за обуку судија биће у Будимпешти, а Центар за арбитражу и медијацију за патенте биће у Лисабону и Љубљани.

ограничен само на чланице Европске уније, различита је процедура преиспитивања одлука за европски и унитарни патент итд.²⁵⁰

2.2. Надлежност судова у Босни и Херцеговини и Србији

Спорови из области интелектуалне својине, тачније, спорови из ауторског права, сродних права и права индустријске својине у Босни и Херцеговини, према законима о судовима оба ентитета, сматрају се привредним споровима. У Републици Српској, у првом степену суде Окружни привредни судови, а у поступку по жалби, односно у другом степену надлежан је Виши привредни суд.²⁵¹ У Федерацији Босне и Херцеговине у споровима из ауторског, сродних права и права индустријске својине, у првом степену суде општински судови који имају привредна одјељења, а у другом степену кантонални судови. Општински судови који имају привредна одјељења су у привредним споровима надлежни за подручје цијелог кантона.²⁵² У трећем степену надлежни су Врховни суд Републике Српске и Врховни суд Федерације Босне и Херцеговине.

У Дистрикту Брчко, Основни суд је надлежан у првом степену за све спорове у грађанским и привредним споровима, што значи и за спорове у области интелектуалне својине. О редовним правним лијековима изјављеним на одлуке Основног суда и ванредним правним лијековима изјављеним на правноснажне судске одлуке, одлучује Апелациони суд.²⁵³

Законом о парничном поступку предвиђено је да у првостепеном поступку и по приједлогу за понављање поступка суди судија појединац, а у другостепеном поступку и у поступку по ревизији суди вијеће од тројице судија.²⁵⁴ Идентичну одредбу садржи и Закон

²⁵⁰ Више о томе вид. R. Hilty, T. Jaeger, M. Lamping, H. Ullrich, *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Law Research Paper No. 12-12.

²⁵¹ Према Закону о судовима РС, (Сл. гласник РС бр. 37/12, чл. 29) у Републици Српској постоји пет окружних привредних судова, у Бањој Луци, Добоју, Бијељини, Требињу и Источном Сарајеву и Виши привредни суд у Бањој Луци.

²⁵² Привредна одјељења постоје у општинским судовима у Бихаћу, Орашју, Тузли, Зеници, Горажду, Травнику, Мостару, Широком Бријегу, Сарајеву и Ливну. Кантонални судови покривају подручје кантона и има их укупно 10, у Бихаћу, Оџаку, Тузли, Зеници, Горажду, Новом Травнику, Мостару, Широком Бријегу, Сарајеву и Ливну. Закон о судовима у Федерацији БиХ, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 38/05, 22/06, 63/10, чл. 23 и 25.

²⁵³ Закон о судовима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 19/07, 20/07 (исправка), 39/09 и 31/11, чл. 21, ст. 3, чл. 22.

²⁵⁴ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13, (у даљем тексту ЗПП РС), чл. 13.

о парничном поступку Федерације БиХ, што значи да у првостепену поступку у споровима због повреде права интелектуалне својине суди судија појединац, а у другом степену трочлано вијеће.

Спорове из права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини може рјешавати укупно шеснаест судова у првом степену, што је у односу на укупан број становника и учесталост спорова сувише. Таква територијална разуђеност судова можда и не би представљала проблем да није у питању специфична материја о којој судије често немају довољно знања.

Према Закону о уређењу судова Републике Србије, Виши суд у првом степену суди у споровима о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског поријекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти, ако није надлежан други суд.²⁵⁵ О жалбама на одлуке Вишег суда, одлучује Апелациони суд. Уколико спор из области интелектуалне својине настане између привредних субјеката и других правних лица у обављању њихове дјелатности, у првом степену ће бити надлежан Привредни суд.²⁵⁶ У споровима између привредних субјеката у другом степену одлучује Привредни апелациони суд.

Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава је први пут предвиђена специјализација судова који суде спорове у области права интелектуалне својине. За спорове о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског поријекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти за територију Републике Србије надлежан је Виши суд у Београду.²⁵⁷ Дакле, у споровима због повреде права интелектуалне својине између физичких лица у првом степену је надлежан искључиво Виши суд у Београду, а уколико спор настане између привредних субјеката, надлежан је искључиво Привредни суд у

²⁵⁵ Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011 и 101/2013, чл. 23, ст. 1, тачка 7.

²⁵⁶ Привредни суд у првом степену суди у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти), у споровима који настану између привредних субјеката, као и када је у наведеним споровима једна од странака физичко лице ако је са странком у односу материјалног супарничарства. Закон о уређењу судова, чл. 24, ст. 1, т. 1.

²⁵⁷ Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава *Сл. гласник РС*, бр. 101/2013., чл. 4, ст. 2. Закон се примјењује од 1. јануара 2014. године.

Београду. Тиме се врши специјализација судова у овој специфичној области, тако да ће само посебно обучене судије моћи да суде у овим споровима, што учињено по угледу на поједина страна законодавства.

Надлежност различитих судова која зависи од статуса учесника у спору, може да буде извор сукоба надлежности. Прво, могуће је да странке у спору буду истог статуса, али да се једна бави привредном дјелатношћу, а друга не. Затим, могуће је да спор настане између правних лица која се не баве привредном дјелатношћу. Код одређивања надлежности привредних судова примјењен је субјективно-објективни принцип, будући да се узимају у обзир и субјекти односа, који морају бити привредни субјекти и предмет спора, који мора настати у обављању дјелатности тих субјеката. Из одредбе о надлежности привредних судова произлази да су странке у споровима привредни субјекти, било да су то привредна друштва, предузећа, предузетници, њихова удружења или неки други облик организовања. Изузетно, странка може бити и физичко лице ако је са странком у односу материјалног супарничарства. Спорови пред привредним судовима су они који настају између привредних субјеката, као и између привредних субјеката и других правних лица у обављању дјелатности привредних субјеката. То значи да је привредни суд надлежан увијек када је једна странка привредни субјект и када спор настане у обављању привредне дјелатности. Према слову закона, довољно је да једна странка буде привредни субјект, с тим што друга странка може бити само правно лице, чиме су искључена физичка лица. То значи да аутор који самостално остварује своја права и који, дакле, није члан неког удружења или организације за колективно остваривање ауторског или сродних права, може да тужи угоститељски објекат који неовлашћено користи његову музику, али ће надлежан бити виши, а не привредни суд. Уколико би исти аутор био члан организације за колективно остваривање права и ако би организација тужила угоститељски објекат у истом случају, онда би надлежан био привредни суд. Спорови између правних лица која не обављају привредну дјелатност нису у надлежности привредног суда.²⁵⁸

²⁵⁸ У спору поводом повреде права жига између два страна правна лица, тачније двије невладине организације, појавио се негативни сукоб надлежности између Вишег суда у Београду и Привредног суда у Београду. Виши суд се огласио ненадлежним за поступање у предмету, образложивши своју одлуку тиме да су странке правна лица, те да је надлежан Привредни суд. Привредни суд се такође огласио ненадлежним јер су парничне странке правна лица непривредног карактера, која не обављају привредну дјелатност. Врховни касациони суд је одлучио да је Виши суд стварно надлежан у предмету. Да би привредни судови били надлежни потребно је да спор буде између два привредна субјекта или да буде везан за обављање привредне

Спорове о ауторским и сродним правима, као и спорове о заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског поријекла, топографије интегрисаних кола и права оплемењивача биљних сорти, према изричитој законској одредби, у првом степену суди судија појединац. У другом степену, одлучује вијеће састављено од троје судија. Састав суда је исти уколико је надлежан привредни суд, односно ако је у питању привредни спор.²⁵⁹

Упоредноправни преглед судова надлежних за спорове у области интелектуалне својине указује на тенденцију оснивања специјализованих судова или концентрацију надлежности у рукама једног или мањег броја одређених судова. У складу са таквом праксом су и посљедње измјене закона у области организације судства у Србији. Специфичност државног уређења и друштвених прилика, као и стални сукоби око надлежности између ентитета, онемогућавају увођење сличних измјена у Босни и Херцеговини. Као што смо већ навели, укупно 16 судова у првом степену рјешава спорове из интелектуалне својине, што је за територију и број становника превише, нарочито ако се узме у обзир број и учесталост спорова у овој области. Осим тога, стручност судија и познавање ове специфичне материје је упитна. За оснивање, рад и функционисање специјализованих судова, неопходна су значајна финансијска средства. С обзиром на учесталост спорова у досадашњој пракси, питање је да ли би оснивање посебног суда било сврсисходно и оправдано. Стога, најефикасније рјешење би свакако била територијална концентрација надлежности, по узору на сусједну Србију, што би тек могао да буде извор сукоба и нових проблема. С обзиром на постојећу подјелу надлежности, требало би усвојити рјешење по коме би спорови из области интелектуалне својине били у искључивој надлежности једног суда у сваком ентитету и евентуално постојећег суда у Брчко Дистрикту.²⁶⁰ На тај начин би се извршила концентрација надлежности, што би омогућило едукацију судија и њихово оспособљавање и специјализацију за ове спорове.

дјелатности, с тим што бар једна странка мора бити привредни субјект. (Решење Врховног касационог суда Србије, 9.11.2012.)

²⁵⁹ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, (у даљем тексту ЗПП Србије) чл. 35, ст. 3 чл. 482.

²⁶⁰ На примјер, Окружни привредни суд у Бања Луци у Републици Српској и Опћински суд у Сарајеву у Федерацији Босне и Херцеговине.

3. Повреда субјективних права интелектуалне својине као претпоставка грађанскоправне заштите

Основна претпоставка за заштиту субјективних права у грађанском судском поступку је њихова повреда. Повреда права постоји уколико треће лице неовлашћено, односно без постојања правног основа, врши радње које се односе на предмет заштите и које су обухваћене садржином права. Поједини закони садрже дефиницију повреде права, као што је случај са Законом о ауторском и сродним правима Србије. Повреду субјективног ауторског или сродног права представља неовлашћено вршење било које радње која је обухваћена искључивим правима носиоца ауторског или сродног права, неплаћање накнаде прописане законом или уговором, као и неизвршавање других законом прописаних обавеза према носиоцу ауторског или сродног права.²⁶¹ Тиме се отклањају недоумице у вези са питањем да ли се повреда релативних овлашћења аутора сматра повредом ауторског права. У теорији се овакав вид повреде одређује као непосредна повреда.²⁶²

Осим непосредне, у праву интелектуалне својине постоји и посредна повреда права. Њу чине радње које нису обухваћене садржином права, а усмјерене су на омогућавање, олакшавање, прикривање или помагање непосредне повреде.²⁶³ Посредна повреда права специфична је за ауторско право, сродна права и патентно право.

3.1. Непосредна повреда субјективних права интелектуалне својине

Непосредна повреда права може се дефинисати као неовлашћено предузимање од стране трећих лица оних радњи које су у искључивој надлежности титулара права у односу на предмет заштите.²⁶⁴ Из наведене дефиниције произлазе основне карактеристике повреде права. Као прво, радња којом се врши повреда права се односи на предмет заштите. Затим, радња повреде по својој садржини одговара овлашћењима титулара права. На крају, радња мора бити предузета неовлашћено, тј. без постојања одговарајућег правног основа. С

²⁶¹ ЗАСП Србије, чл. 204.

²⁶² С. Марковић, (1999), 362.

²⁶³ С. Марковић, Д. Поповић, 261.

²⁶⁴ Б. Влашковић, (1999), 86.

обзиром да субјективна права интелектуалне својине подлијежу временском и просторном ограничењу, јасно је да повреда може бити учињена само за вријеме трајања и на територији важења права.

Предмет заштите субјективних права интелектуалне својине су ауторско дјело, интерпретација, фонограм, видеограм, проналазак, ознака, дизајн и остала заштићена интелектуална добра. Кључну улогу код одређивања повреде права има обим заштите интелектуалног добра. Одређивање обима заштите је одређивање домашаја радњи чије неовлашћено предузимање од стране трећих лица представља повреду права.²⁶⁵

3.1.1. Обим заштите

У ауторском праву, заштиту уживају само оригинални елементи ауторског дјела, док неоригинални елементи остају слободни за коришћење. Такође, идеје, начела, принципи и упутства садржани у ауторском дјелу, као и метод, стил и техника стварања дјела, нису обухваћени ауторскоправном заштитом, првенствено из правнополитичких разлога. То значи да радње коришћења неоригиналних дијелова једног ауторског дјела неће представљати повреду права. Стога, за одређење обима заштите и постојања повреде ауторског права, кључни појам је оригиналност.

Обим заштите проналаска патентом дефинисан је патентним захтјевима. Патентним захтјевом, као логичком дефиницијом проналаска, одређује се граница између заштићеног и слободног, дозвољеног и недозвољеног понашања титулара патента, али и свих осталих лица. Оно што је обухваћено патентним захтјевом, у надлежности је титулара патента, а све мимо тога припада слободном стању технике које трећа лица могу слободно искоришћавати.

Приликом тумачења патентних захтјева у циљу одређивања обима патентноправне заштите, користе се опис и нацрт проналаска.²⁶⁶ Опис и нацрт проналаска су само помоћна средства за одређивање смисла и домашаја патентних захтјева. Обим заштите обухвата

²⁶⁵ *Ibid.*, 72.

²⁶⁶ Ово правило установљено је чланом 69 Конвенције о издавању европских патената и Протоколом о тумачењу члана 69, који је такође саставни дио Конвенције. Протоколом је, између осталог, предвиђено да се приликом тумачења патентних захтјева мора пронаћи равнотежа између заштите носиоца патента, на једној страни и правне сигурности трећих лица, на другој.

искључиво оно што је наведено у патентним захтјевима, што значи да се не може проширити на елементе који су евентуално наведени у опису проналаска.

Патентноправна заштита протеже се и на техничке еквиваленте проналаска. То су позната техничка средства која имају исту техничку функцију као поједини елементи проналаска, и која, захваљујући томе, могу замијенити поједине елементе проналаска који су наведени у патентном захтјеву. Смисао проширења обима заштите на техничке еквиваленте је спречавање изигравања или заобилажења патентне заштите.

Њемачка судска пракса развила је тзв. тест у три корака за утврђивање постојања повреде патента према доктрини о еквивалентима. Према доктрини о еквивалентима, повреда патента постоји ако је приликом реализације проналаска коришћен елемент који није изричито наведен у патентном захтјеву, али представља замјену којом се остварује еквивалентна функција као и елементом наведеним у захтјеву. Замјенски елемент мора испуњавати три услова. Прво, елемент који је употребљен као замјена мора производити исти ефекат као елемент проналаска наведен у патентном захтјеву. Друго, замјена мора бити таква да за просјечног стручњака из одговарајуће области технике на очигледан начин произлази из стања технике на дан подношења пријаве. Трећи услов је да просјечан стручњак мора замјенски елемент сматрати еквивалентом елемента наведеног у патентном захтјеву.²⁶⁷ Наведена три услова су заправо питања на која суд мора пронаћи одговор ради утврђења постојања повреде патента. Ако су ти услови испуњени, тужени може у приговору да истиче да је заштита призната за проналазак који је већ садржан у стању технике или да заштита уопште није могла бити призната.²⁶⁸

С обзиром да се доктрином о еквивалентима проширује обим патентноправне заштите, судови морају с нарочитим опрезом приступати тумачењу патентних захтјева. Уколико је у опису проналаска наведено више могућности којима се постиже специфичан технички ефекат предвиђен проналаском, а само једна од тих могућности је изричито предвиђена патентним захтјевом, повреда патента, према доктрини о еквивалентима, постоји једино ако еквивалент по својим специфичним ефектима одговара рјешењу

²⁶⁷ A. Harguth, S. Carlson, *Patents in Germany and Europe: Procurement, Enforcement and Defense, An International Handbook*, Kluwer Law International, 2011, 183-185.

²⁶⁸ То је тзв. *Formstein* приговор, назван по судској пресуди из 1986. године. Детаљније N. Pumfrey et alia, „The Doctrine of Equivalents in Various Patent Regimes – Does Anybody Have It Right“, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 11, 2009, 34-36.

наведеном у патентном захтјеву.²⁶⁹ Дакле, то мора бити еквивалент елементу предвиђеном у патентном захтјеву, а не елементу који је предвиђен у опису проналаска.

Правна заштита ознака које се користе за обиљежавање робе и услуга протеже се на сличне ознаке за обиљежавање идентичне или сличне робе, као и на идентичне ознаке за обиљежавање сличне робе. Идентичност, али и сличност ознака, на једној страни, и сличност робе и услуга које се њима обиљежавају, на другој, кључни су за одређивање обима заштите и евентуалне повреде права. Обим заштите коју стиче носилац жига обухвата идентичне ознаке за обиљежавање идентичне робе или услуге, идентичне или сличне ознаке за обиљежавање идентичне или сличне робе, ако постоји вјероватноћа да јавност буде доведена у заблуду, и идентичне или сличне ознаке за обиљежавање робе или услуга које нису сличне, ако жиг има углед и ако се тиме без оправданог разлога нелојално искоришћава дистинктивни карактер или углед жига, или им се наноси штета.

Титулар жига има искључиво право да другим лицима забрани коришћење знака идентичног жигом заштићеном знаку за обиљежавање идентичне робе или услуге за коју је жиг регистрован. Дакле, у случају идентитета знака и робе, односно услуга, заштита је апсолутна. Приликом процјене идентитета ознака, критеријуми морају бити врло строги. Према схватању Европског суда правде, ознака је идентична жигом заштићеној ознаци ако без икаквих измјена или додатака репродукује све елементе који чине заштићену ознаку, или ако посматрана као цјелина садржи безначајне разлике које просјечан потрошач не мора опазити на први поглед.²⁷⁰ Приликом оцјене идентичности ознака пресудан је општи утисак просјечног потрошача који је релативно добро информисан, пажљив и опрезан. С обзиром да је такав потрошач ријетко у прилици да врши директно упоређивање ознака, мора се поуздати у њихову несавршену слику која му је остала у сјећању, а ниво пажње зависи од врсте робе или услуга.²⁷¹

Заштита ознака односи се не само на идентичне, већ и на сличне ознаке, као и на сличну робу или услуге. Сличност ознака или робе није довољна за постојање повреде права, потребно је да је угрожена функција указивања на поријекло робе, односно, да

²⁶⁹ Пресуда њемачког Савезног Врховног суда X ZR 69/10, *Diglycidverbindung*, 13.09.2011. IP Case Law 2011, Vardehle Pagenberg, Минхен 2012, 124-125.

²⁷⁰ Пресуда Европског суда правде *LTJ Diffusion* C-291/00, 20. март 2003. Доступна на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48154&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=37006> (септембар 2013.)

²⁷¹ C-291/00, пар. 52.

управо због те сличности постоји вјероватноћа настанка забуне у промету, што укључује вјероватноћу довођења у везу, тј. повезивања знака који се користи са жигом заштићеним знаком. Забуна у промету значи да учесници промета имају погрешну представу о поријеклу производа, тј. робе или услуга. Забуна може бити непосредна или посредна. Непосредна забуна постоји када учесници у промету на основу сличности ознака и робе, вјерују да роба потиче из истог предузећа, односно од истог титулара жига. Посредна забуна постоји када учесници у промету сматрају да постоји повезаност између лица која исту или сличну робу означавају истим или сличним знаком, иако их разликују. Сличност ознака може бити таква да су ознаке замјенљиве, тј. да просјечан потрошач уопште не уочава разлику између њих, или их разликује али због међусобне сличности сматра да потичу од истог лица.²⁷² Уколико каснија ознака асоцира на ону која се већ користи, односно, ако опажање ознаке призива у сјећање ранију ознаку, чак и ако оне нису замјенљиве, може такође настати забуна у промету. Међутим, мисаоно повезивање двије ознаке само на основу сличности у значењу ознака, није довољно за тврдњу да постоји вјероватноћа настанка забуне.²⁷³ Дакле, чињеница да једна ознака асоцира на другу не мора нужно да значи да постоји повреда права.

Приликом испитивања сличности ознака цијени се укупан утисак које оне остављају на просјечног потрошача. При томе, нарочито су значајне визуелна, звучна и појмовна сличност ознака, као и њихови дистинктивни и доминантни елементи.²⁷⁴ Утисак који ознака оставља у свијести потрошача има одлучујућу улогу у процјени вјероватноће

²⁷² Потрошачи сматрају да су у питању тзв. серијски жигови. То су основне или сталне ознаке које једно предузеће користи у свом пословању тако што повремено изоставља или мијења неке елементе. Видјети: К. Влашковић, „Заштита познатих жигова по Првој Директиви 89/104/ЕЕЗ“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2013, 271.

²⁷³ Пресуда Европског суда правде *SABEL v Puma*, C-251/95, 11.11.1997. Доступна на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43450&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=29289> (септембар 2013.) Европски суд правде рјешавао је претходно питање у вези са тумачењем услова за заштиту жигом предвиђеног Директивом 89/104/ЕЕЗ „вјероватноћа забуне, што укључује вјероватноћу асоцијације са ранијим знаком“. Спор је настао између холандског предузећа *SABEL BV* и њемачког *Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, у вези са пријавом за регистрацију сличне ознаке за исту и сличну врсту робе у Њемачкој. Питање је било да ли је семантичка сличност, односно сличност у значењу довољна за постојање повреде права.

²⁷⁴ „О томе да ли постоји сличност неког производа с другим производом у његову називу или другим карактеристикама, просуђује се по томе да ли су просјечни потрошачи могли бити доведени у заблуду изазивањем визуелног ефекта који би произлазио из сличности назива производа и који би код потрошача могао утјецати на изазивање асоцијације на производ другог произвођача.“ Пресуда Врховног суда БиХ, бр. Gv1-24/85 од 28.11.1985. године, Билтен ВСБиХ, бр. 1/86.

настанка забуне. Просјечни потрошач уобичајено посматра ознаку као цјелину, не анализирајући посебно различите детаље.²⁷⁵

Заштита чувених жигова је шира и протеже се на све врсте робе, односно услуга, чак и ако нису сличне онима за које је жиг регистрован, када коришћење знака који је идентичан или сличан чувеном жигу без оправданог разлога нелојално користи дистинктивни карактер или углед жига или им наноси штету. Другим ријечима, да би постојала повреда чувеног жига, потребно је да коришћење знака који је идентичан или сличан чувеном жигу доводи или до паразитског искоришћавања његове репутације или до разводњавања чувеног жига. У праву Европске уније, умјесто чувеног жига уводи се појам познатих жигова, који је шири и обухвата и чувени жиг.²⁷⁶

Проширење обима заштите и на робу или услуге које нису сличне онима за које је жиг регистрован могуће је само ако су испуњени наведени услови. Прво, неопходно је да се ради о чувеном жигу, односно жигу који ужива углед.²⁷⁷ То у сваком случају мора бити регистрован робни или услужни знак, јер се проширени обим заштите не односи на нерегистроване знакове, без обзира на чињеницу да и такви знакови могу уживати углед. Приликом утврђивања да ли је жиг чувен, односно познат, узима се у обзир упознатост релевантног дијела јавности са знаком, а релевантну јавност чине корисници и сва лица која у промету долазе у додир са робом или услугама који су обиљежени заштићеним знаком. Круг тих лица зависи од врсте робе или услуга и њиховог тржишта, тако да то може бити широка потрошачка јавност или уски специјализовани кругови. При процјени степена познатости ознаке, суд ће узети у обзир све релевантне факторе, као што су удио на тржишту, интензитет, географска распрострањеност и вријеме њене употребе, као и улагање у промоцију ознаке.²⁷⁸

Уколико се установи да је заштићена ознака позната у релевантном дијелу јавности, односно да ужива углед, није потребно утврђивати да ће коришћењем исте или сличне ознаке јавност бити доведена у заблуду. Довољно је да на основу сличности између ознака,

²⁷⁵ Пресуда Европског суда правде С-251/95, пар. 23.

²⁷⁶ Детаљније о томе: К. Влашковић, *Развој правне заштите познатих жигова у немачком праву и праву Европске уније*, докторска дисертација, Крагујевац, 2015.

²⁷⁷ ЗОЖ РС, чл. 43 предвиђа заштиту за чувене жигове, док ЗОЖ БиХ у чл. 49 користи израз „жиг који има углед у БиХ“, а у загради се даље прецизира да је у питању чувени жиг.

²⁷⁸ Пресуда Европског суда правде General Motors, С-375/97, 14. септембар 1999., пар. 23-27. Доступна на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44685&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=237702> (септембар 2013.)

релевантни дио јавности повезује ознаке, чак и ако се не користе за сличну робу или услуге.²⁷⁹ Тек ако постоји таква веза између ознака, утврђује се испуњеност осталих претпоставки, које су постављене алтернативно. Потребно је да се коришћењем ознаке оштећује или нелојално искоришћава дистинктивни карактер или углед жига. Приликом испитивања да ли постоји повреда права, узимају се у обзир све релевантне околности случаја.²⁸⁰ Према схватању судске праксе, постоје три типа повреде чувеног, односно познатог жига: оштећење дистинктивног карактера ознаке или разводњавање, оштећење угледа ознаке или „наруживање“ и нелојално искоришћавање дистинктивног карактера или угледа ознаке, познато као паразитизам. Оштећење дистинктивног карактера ознаке постоји када је ослабљена способност ознаке да идентификује робу или услуге за које је регистрована, услед коришћења исте или сличне ознаке од стране трећег лица. То значи да је ослабљена једна од основних функција ознаке, функција разликовања. Слабљење моћи обиљежавања ознаке постоји нарочито ако ознака не изазива моменталну асоцијацију на робу за коју је регистрована, иако је то раније био случај. Оштећење угледа жигом заштићене ознаке може се одредити као умањење моћи привлачења коју та ознака има. Такво оштећење ће вјероватно настати уколико особине или квалитет робе или услуга које нуди треће лице негативно утичу на репутацију ознаке. Нелојално искоришћавање дистинктивног карактера или угледа жигом заштићене ознаке односи се на користи које треће лице стиче употребом идентичне или сличне ознаке. Дobar глас који ознака или роба посједују преноси се и на производе обиљежене истом или сличном знаком, те се на тај начин врши „наслањање“ на репутацију ознаке без плаћања било какве накнаде и без

²⁷⁹ Пресуда Европског суда правде *Adidas-Salomon and Adidas Benelux*, C-408/01, 23. октобар 2003. Доступна на:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48366&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=247071> (септембар 2013.)

²⁸⁰ „Чињенице да жиг ужива огроман углед за одређену врсту робе или услуге, да роба и услуга за коју је регистрован каснији знак нису сличне роби и услугама које су обиљежене ранијим жигом, да је ранија ознака јединствена у односу на било коју врсту робе или услуге, да просјечни потрошач, који је релативно добро информисан, пажљив и разуман, доводи у везу ознаке, нису довољне за тврдњу да коришћење касније ознаке оштећује или нелојално искоришћава дистинктивни карактер или углед ранијег жига. Коришћење касније ознаке може оштећивати дистинктивни карактер ранијег жига који ужива углед чак и ако ранија ознака није јединствена, као и ако је само једном коришћена. Да би коришћење касније ознаке могло да оштети дистинктивни карактер раније ознаке, потребан је доказ да је промјена економског понашања просјечног потрошача робе и услуга за које је регистрована ранија ознака настала услед коришћења касније ознаке, или да постоји озбиљна вјероватноћа да ће се таква промјена десити у будућности.“ Пресуда Европског суда правде *Intel Corporation*, C-252/07, 27. новембар 2008. Доступна на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68996&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=241693> (септембар 2013.)

улагања било каквог труда и средстава у промоцију сопствене ознаке. Паразитско искоришћавање дистинктивног карактера или угледа ознаке није условљено постојањем опасности настанка забуне у промету или евентуалног оштећења дистинктивности или угледа ознаке.²⁸¹

Обим заштите ознака географског поријекла, односно имена поријекла и географске ознаке, као и у праву жига, превазилази непосредни предмет заштите. Предмет заштите је ознака којом се означава мјесто или земља географског поријекла производа. Ознака упућује на географско поријекло, али и на одређена квалитативна својства производа који одатле потиче. Заштићену ознаку географског поријекла, односно, регистровано име поријекла и географску ознаку могу користити само лица која су стекла статус овлашћеног корисника имена поријекла или географске ознаке, и која су уписана у одговарајући регистар. Дакле, лица која обављају дјелатност на локалитету на који упућује ознака, а нису стекла својство овлашћеног корисника не смију користити заштићену ознаку географског поријекла, јер тиме врше повреду права.

По аналогiji са правом жига, поставља се питање може ли се заштићена ознака користити за обиљежавање сличне робе, односно, слична ознака за обиљежавање исте или сличне робе. Свакако, треба водити рачуна о томе да су ознаке географског поријекла специфичне у односу на остале ознаке које се користе за обиљежавање робе и услуга, јер указују на географско поријекло, али и на одређени квалитет робе. Није дозвољено коришћење регистроване ознаке за обиљежавање производа чији су квалитет, репутација или нека друга карактеристика лошији од онога што је уписано у регистар. Сходно томе, обезбјеђује се заштита од преварног понашања овлашћених корисника, а не само трећих лица, чиме се остварује гарантна функција ознаке географског поријекла, нарочито имена поријекла. Регистрована ознака се не може користити за означавање производа који нису обухваћени регистрацијом, али су исте врсте као производи обухваћени регистрацијом.²⁸² Производима исте врсте сматрају се идентични или скоро идентични производи. Појам истоврсних производа одговара појму упоредивих производа, који предвиђа Уредба

²⁸¹ Пресуда Европског суда правде *L'Oréal and Others*, C-487/07, 18. јуни 2009. пар. 38-50. Доступна на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75459&pageIndex=0&doclang=EN&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=250567> (септембар 2013.)

²⁸² ЗОГП БиХ, чл. 55, ст. 1, тачка ц. ЗОГП РС, чл. 57, ст. 1, предвиђа да се заштићена ознака не смије користити за обиљежавање сличних производа.

1151/2012.²⁸³ У теорији је изражен став да због функције гаранције квалитета, коју имају ознаке географског поријекла, упоредиви производи нису исто што и слични производи у праву жига.²⁸⁴ Наведеном Уредбом предвиђена је заштита и у случају да се коришћењем ознаке за упоредиве производе нарушава репутација заштићене ознаке географског поријекла.

Употреба заштићене ознаке забрањена је чак иако је наведено истинито поријекло производа, ако наводи јавност на погрешно мишљење да производ потиче са другог подручја. То је најчешће случај када су у питању исти називи мјеста, региона или локалитета, односно хомонимни називи. Уколико исти производ потиче са различитих локалитета који имају идентичан назив, због равноправности учесника на тржишту могуће је заштитити обје ознаке географског поријекла, осим када то може изазвати забуну у јавности о тачном географском поријеклу производа. Дакле, чак и ако је идентична ознака географског поријекла заштићена, не смије се користити на начин да изазива заблуду о поријеклу производа.

Повредом права сматра се коришћење превода, транскрипције или транслитерације назива ознаке, чак иако је наведено право поријекло производа и ако се користе изрази „тип“, „метод“, „по поступку“, „имитација“ и слични изрази. Без обзира што је наведено право поријекло производа, неминовна је директна асоцијација потрошача на заштићену ознаку. Иако је навођењем истинитог поријекла искључена превара о поријеклу, због повезивања са заштићеном ознаком, јавност је најчешће доведена у заблуду.

Осим наведених радњи, било које коришћење лажног или преварног обавјештења у погледу географског поријекла, природе или квалитета производа на паковању, реклами и другим документима, ако оставља утисак постојања везе између производа и заштићене ознаке географског поријекла, сматраће се повредом права. У том случају није обавезно коришћење заштићене ознаке, већ посредних ознака које могу да доведу јавност у заблуду у погледу поријекла производа. Такође, забрањен је сваки други поступак који би јавност могао да доведе у заблуду о географском поријеклу производа. Према томе, опасност изазивања забуне на тржишту о поријеклу производа и асоцијација на посебна

²⁸³ Regulation (EU) 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

²⁸⁴ С. Спасојевић, „Обим заштите ознака географског порекла и гарантовано традиционалних специјалитета у смислу Уредбе ЕУ 1151/2012“, *Гласник права*, Год. IV, бр. 2 (2013), 23-24, *Колизија географских ознака и жигова*, докторска дисертација, Крагујевац 2013, (104-105). (www.jura.kg.ac.rs/gp) (децембар 2013.)

квалитативна својства производа, основни су показатељи нелојалног искоришћавања заштићене ознаке географског поријекла, односно повреде права.

Предмет заштите индустријског дизајна је спољашњи изглед производа, одређен као укупан визуелни утисак који производ оставља на информисаног корисника или потрошача. Обим заштите индустријског дизајна одређен је пријавом, тачније приказом који је саставни дио пријаве у коме се морају јасно видјети сви детаљи спољашњег изгледа предмета. Носилац права на индустријски дизајн има право да користи и да другима забрани да користе заштићени дизајн. Међутим, његова овлашћења нису ограничена само на коришћење идентичног дизајна, већ се протежу и на дизајн који је у извијесној мјери сличан. За одређивање обима заштите примјењују се исти критеријуми као и за утврђивање индивидуалности дизајна.

Обим заштите индустријског дизајна укључује сваки дизајн који код информисаног корисника не изазива различит општи утисак. При одређивању обима заштите, узима се у обзир степен слободе аутора приликом стварања индустријског дизајна.²⁸⁵ Одређивање обима заштите по правилу се врши поређењем два или више дизајна. Уколико се општи утисак који дизајн оставља на информисаног корисника не разликује од општег утиска који на њега оставља други дизајн, онда се заштита једног дизајна протеже и на други. По аналогији са правом жига и заштитом ознака географског поријекла и у праву заштите индустријског дизајна, за одређивање обима заштите, а тиме и евентуалне повреде права, пресудну улогу има мјера сличности, односно различитости два или више дизајна.²⁸⁶

Постоји неколико кључних елемената приликом одређивања обима заштите дизајна. Полазна тачка је општи утисак који дизајн оставља на информисаног корисника, па се поставља питање ко се сматра информисаним корисником. Информисани корисник се не може поистовјетити са појмом просјечног потрошача, јер сама ријеч информисани упућује на већи степен пажње од просјечног. Са друге стране, то не може бити ни дизајнер, односно лице које посједује одговарајуће стручно знање, јер би могао да уочи различите детаље, које просјечни потрошач уопште не примјећује. У првом случају,

²⁸⁵ Уредба о комунитарном дизајну бр. 6/2002, чл. 10 и Директива о правној заштити индустријског дизајна 98/71, чл. 9.

²⁸⁶ „Ако се усредсредимо на сличности, установићемо да постоји повреда, а ако посматрамо разлике, утврдићемо да нема повреде права. Чак и ако су два дизајна слична, то не мора бити пресудно за постојање повреде. Неке сличности су неизбјежне, због функционалних карактеристика производа, док друге могу бити уобичајене или тривијалне за дати производ.“ D. Musker, *The Design Directive*, CIPA, 2001, 67.

просјечни потрошач би тешко обратио пажњу на неке мање разлике, што значи да би општи утисак која остављају два слична дизајна био исти, па би обим заштите неоправдано био шири. Супротно, ако би стручњак посматрао дизајн, он би врло лако могао да пронађе разлике које лаици не примјећују, па би обим заштите могао бити знатно сужен. Сходно томе, информисани корисник није ни просјечан потрошач, нити стручњак у одређеној области, већ нешто између те двије крајности, њихова својеврсна комбинација. То је крајњи потрошач који на основу личног искуства или широког знања, познаје различите дизајне у релевантној области, њихове основне карактеристике и због посебног интереса за дизајниране предмете, показује нарочит степен пажње приликом њиховог коришћења.²⁸⁷

Општи утисак који се цијени је укупни визуелни утисак који дизајн оставља на информисаног корисника. С обзиром да је дизајн спољашњи изглед производа који је одређен визуелним карактеристикама, приликом поређења два дизајна узимају се у обзир искључиво визуелне карактеристике производа. Општи или укупни утисак упућује да се дизајн посматра као цјелина, односно да се карактеристични елементи дизајна посматрају заједно, узети у цјелости.²⁸⁸ Издвајање појединих елемената као доминантних и њихово поређење не мора бити пресудно за утврђивање сличности, односно различитости општег утиска. Од пресудног значаја је колико поједини елементи, односно обиљежја дизајна утичу на општи утисак. Ако обиљежје није битно за општи утисак, његово изостављање неће изазвати другачији општи утисак и обрнуто.²⁸⁹

У пракси Европског суда правде, рјешавано је питање да ли општи утисак који дизајн оставља на информисаног корисника треба да се разликује од општег утиска који на таквог корисника оставља један или више ранијих дизајна, узетих посебно, или свака комбинација издвојених обиљежја из више познатих дизајна. Заправо, питање је да ли се

²⁸⁷ Пресуда Европског суда правде *PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, 20. октобар 2011., пар. 53 и 59. Доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111581&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350933> (септембар 2013.)

²⁸⁸ „Индивидуални карактер дизајна, који се заснива на различитом општем утиску, не може бити утврђиван на основу специфичних карактеристика више ранијих дизајна. Стога, поређење се врши између општег утиска који оставља спорни дизајн и општег утиска који производи сваки ранији дизајн на основу кога се тражи поништај.“ Пресуда Општег суда *Shenzhen Taiden / OHIM Bosch Security Systems (Équipement de communication)*, T-153/08, 22. јуни 2010., пар. 23 и 24. Доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81091&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=683171> (септембар 2013.)

²⁸⁹ Б. Влашковић, „Индивидуалност индустријског дизајна“, *Право и услуге*, ур. Миодраг Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012, 568.

процјена индивидуалности врши поређењем са једним или више ранијих дизајна појединачно, или у односу на све познате дизајне у релевантној области. За разлику од раније праксе, када је по узору на патентно право примјењивано тзв. мозаично испитивање, по коме је индивидуалност дизајна цијењена у односу на укупност свих постојећих дизајна, у новијој пракси поређење се врши са сваким дизајном појединачно. Да би се сматрало да дизајн има индивидуални карактер, општи утисак који оставља на информисаног корисника мора се разликовати од општег утиска који на таквог корисника производи један или више ранијих дизајна, узети засебно, а не комбинација издвојених обиљежја из више ранијих дизајна.²⁹⁰ Последица изложеног тумачења је могућност заштите комбинације већ познатих дизајна.

На општи утисак који дизајн оставља на информисаног корисника у знатној мјери утиче степен слободе дизајнера. Слобода аутора приликом стварања дизајна одређена је преваходно објективним ограничењима, која су последица функционалних и техничких карактеристика производа. Производ на који се преноси дизајн мора имати одређене техничке карактеристике да би остваривао своју функцију, односно служио својој сврси. Ако је изглед производа условљен тим карактеристикама, онда се њиме не може монополисати, тј. такав дизајн се не може заштитити. Осим тога, маневарски простор за испољавање креативности зависи и од врсте производа, као и од већ постојећих дизајна у одређеној области. Уколико за одређену врсту производа постоји велики број дизајна, дизајнер најчешће има сужене могућности за стварање. Супротно, ако у одређеној области нема пуно дизајна, аутор има више простора за стварање. Што је слобода дизајнера при стварању већа, и разлике између дизајна морају бити веће, јер ће дизајни између којих нема значајних разлика производити исти општи утисак на информисаног корисника. Нижи степен стваралачке слободе смањује простор за испољавање креативности, па ће постојати виши степен толеранције на евентуалне сличности између дизајна. У том случају, мање разлике ће бити довољне да изазову различит општи утисак.²⁹¹

²⁹⁰ Пресуда Европског суда правде, *Karen Millen Fashions*, C-345/13, 19. јуни 2014. Доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5ec6ea72d7e1a48a9924cc8e23556384e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOc3b0?text=&docid=153817&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=fir&part=1&cid=72204> (октобар 2014.)

²⁹¹ Пресуда Општег суда *Kwang Yang Motor v OHMI – Honda Giken Kogyo (Moteur à combustion interne avec ventilateur sur le dessus)*, T-10/08, 09. новембар 2011., пар. 33. Доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5259f44b2930b4db78475bda9ac14614d>

У новијој судској пракси, изражен је став да обим заштите субјективног права на индустријски дизајн не зависи од степена индивидуалности. Индивидуалност дизајна одређује се поређењем општег утиска који дизајн оставља са општим утиском који остављају сви дизајни који постоје до дана подношења пријаве за заштиту. Приликом одређивања обима заштите, односно утврђивања повреде битно је установити подударност општег утиска заштићеног дизајна и каснијег дизајна, којим се наводно врши повреда права. Обилежја на којима се заснива индивидуалност заштићеног дизајна у поређењу са претходно познатим стањем нису од значаја за обим заштите. Битно је само да ли постоји подударност у општем утиску.²⁹²

3.1.2. Правни основ

Свака повреда права подразумијева неовлашћено поступање, односно поступање без постојања правног основа. Правни основ за предузимање појединих радњи које се односе на предмет заштите субјективних права интелектуалне својине може бити уговор, наслеђивање, законска одредба или одлука надлежног државног органа. Дакле, треће лице може користити заштићено добро по неком од наведених правних основа, иначе, у супротном, чини повреду права.

Субјективна права интелектуалне својине подложна су промету, *inter vivos* и *mortis causae*. Изузетак у том погледу чине колективни жиг, жиг гаранције²⁹³ и заштићене ознаке географског поријекла, дакле име поријекла и географска ознака.²⁹⁴ Због личноправне компоненте субјективног ауторског права и права интерпретатора, ова права су као цјелина непреносива. Личноправна овлашћења везана су за личност носиоца те су неотуђива. Међутим, ова овлашћења се разликују од личних права, те постоји могућност да друга лица, уз дозволу титулара врше радње које чине садржину тих овлашћења. Дакле,

[.e34KaxiLc3eOc40LaxqMbN4Och8Re0?text=&docid=109283&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=860913](http://e34KaxiLc3eOc40LaxqMbN4Och8Re0?text=&docid=109283&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=860913), (октобар 2014.).

²⁹² Б. Влашковић, (2012), 569.

²⁹³ Колективни жиг и жиг гаранције може користити више лица под условом да су чланови удружења, односно да испуњавају услове квалитета предвиђене општим актима. Стога, ова права не могу бити предмет преноса права, уговора о лиценци, франшизи и залогу.

²⁹⁴ Ознаке географског поријекла не могу бити предмет уговора о преносу права, лиценци, залогу, франшизи, нити могу бити предмет наслеђивања. Изузетно, ако статус овлашћеног корисника има правно лице, престанком тог правног лица постоји могућност да његови правни сљедбеници постану овлашћени корисници ознаке географског поријекла, ако испуњавају све потребне услове.

аутор може дати дозволу другом лицу да објави дјело, да изврши измјене на дјелу, да изда дјело без навођења имена аутора и сл. У том случају нема промета овлашћења, већ носилац личноправног овлашћења даје дозволу другом лицу да врши радњу која иначе представља повреду права. Титулар права се заправо уздржава од тужбе за повреду права.²⁹⁵

Имовинскоправна овлашћења из субјективног права интелектуалне својине могу се уступати или преносити, па говоримо о конститутивном и транслативном промету. Уступање овлашћења је облик промета у коме се једно или више ужих овлашћења изводи из имовинскоправних овлашћења титулара и на име стицаоца конституише ново субјективно право на коришћење предмета заштите. То ново, изведено право је предметно, садржински, територијално и временски ограничено. За све вријеме трајања изведеног права, уступилац и даље остаје титулар уступљених овлашћења. Уступање овлашћења може бити искључиво и неискључиво. Код искључивог уступања, стицалац је једини овлашћен да врши радњу коришћења предмета заштите на одређеној територији и у одређеном временском периоду, и да се супротстави свим другима који то чине, чак и самом уступилоцу. Неискључиво уступање постоји када стицалац стиче овлашћење на коришћење предмета заштите, али не може да се супротстави другима да то исто чине. Дакле, искључиво уступање има дејство *erga omnes*, док неискључиво дјелује *inter partes*.

Пренос или цесија овлашћења је облик промета у коме преносилац престаје бити носилац овлашћења, а стицалац постаје нови носилац, односно титулар тих овлашћења. Тиме долази до потпуног прекида сваке везе између титулара и овлашћења које се преноси. Због монистичког схватања о природи субјективног ауторског права, због постојања личноправне компоненте ауторског и интерпретаторског права, аутор и интерпретатор, као и њихови наследници, не могу преносити имовинскоправна овлашћења. Дакле, аутор и интерпретатор могу само уступати поједина овлашћења.²⁹⁶ Тиме се потврђује нераскидива веза са сопственим интелектуалним творевинама.

Основни правни посао којим се врши промет права међу живима је уговор. Промет субјективних права интелектуалне својине врши се по општим правилима уговорног

²⁹⁵ С. Марковић, (1999), 245.

²⁹⁶ Напоменимо да законодавац у Босни и Херцеговини не прави разлику између уступања и преноса овлашћења, па се у тексту закона користи јединствен израз пренос права. Минимална језичка корекција одредаба о „преносивости“ ауторског права била би довољна да се постигне правно-техничка прецизност.

права, ако нешто друго није предвиђено посебним законима. С обзиром на сложеност односа, закони који регулишу права интелектуалне својине предвиђају доста посебних правила, која свакако имају предност у примјени. Промет ауторског и сродних права врши се путем ауторског уговора, а промет права индустријске својине уговором о лиценци, франшизи или преносу права.

Ауторски уговор је уговор којим једно лице, носилац права, уступа или преноси имовинскоправна овлашћења из субјективног ауторског права другом лицу, стицаоцу. Предмет уговора су имовинскоправна овлашћења из субјективног ауторског права. Обавезна је писана форма ауторских уговора, осим ако законом није другачије предвиђено.²⁹⁷ Уколико уговор није закључен у писаној форми, могућа је конвалидација уговора ако је извршен у цјелини или претежном дијелу. Ауторским уговором није могуће пренијети ауторско право као цјелину, морална ауторска права, ауторска имовинскоправна овлашћења на свим будућим дјелима, као и имовинскоправна овлашћења за непознате начине искоришћавања дјела.

За разлику од ауторског права, субјективна права индустријске својине су имовинска права која подлијежу промету.²⁹⁸ Међутим, као што је већ наведено, колективни жиг, жиг гаранције и ознаке географског поријекла не могу бити у промету. Дакле, патент, жиг (индивидуални), субјективно право на индустријски дизајн и субјективно право на заштиту топографије интегрисаног кола могу бити предмет преноса или уступања путем уговора. Пренос регистрованог права и права из пријаве врши се путем уговора о преносу права, који мора бити закључен у писаној форми. Пренос права може бити потпун или дјелимичан. Да би пренос права производио дејство према трећим лицима, мора бити уписан у одговарајући регистар управе за индустријску својину.

Уговором о лиценци носилац права или подносилац пријаве уступа другом лицу право коришћења предмета заштите. Уговор о лиценци детаљно је регулисан Законом о облигационим односима,²⁹⁹ док посебни закони којима се регулишу поједина права индустријске својине садрже свега неколико штурих одредаба. Давалац лиценце је

²⁹⁷ Изузетак су тзв. мали издавачки уговори о издавању чланака, цртежа и других дјела у дневној и периодичној штампи који не морају бити у писаној форми.

²⁹⁸ Личноправно овлашћење проналазача, аутора дизајна и ствараоца топографије на назначење имена у пријави за стицање права и каснијим списима признатог права не улази у садржину признатог права.

²⁹⁹ Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 21/92, 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, (у даљем тексту ЗОО), чл. 686-711.

носилац регистрованог права или подносилац пријаве. Он се обавезује да стицаоцу лиценце уступи, у цјелини или дјелимично, право искоришћавања заштићеног проналаска, ознаке, дизајна и топографије интегрисаног кола,³⁰⁰ а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду.³⁰¹ Уговор о лиценци мора бити закључен у писаној форми, у супротном је ништав. Осим тога, да би производио дејство према трећим лицима, мора бити уписан у одговарајући регистар управе за индустријску својину.

Право коришћења жигом заштићене ознаке и заштићеног индустријског дизајна може бити предмет уговора о франшизингу. Уговор о франшизингу дефинише се као метод сарадње два или више лица, којим давалац франшизе ставља на располагање примаоцу франшизе право искључиве употребе фирме, жига, дизајна и других нерегистрованих знакова разликовања, производа и услуга, као и посебног знања и искуства, уз одређену накнаду или остваривање других предности, ради реализовања продора на тржишту.³⁰² Уговор о франшизингу је неименовани, сложени и формални уговор на који се примјењују одредбе о уговору о лиценци.³⁰³

Правни основ за коришћење субјективног права интелектуалне својине може бити и наслеђивање. Имовинскоправна овлашћења наслеђују се по општим правилима о наслеђивању и ту нема значајнијих одступања. Специфично рјешење у погледу наслеђивања ауторских имовинских права предвиђено је у Босни и Херцеговини, у којој је круг законских насљедника ограничен на дјецу, супружника и родитеље, а уколико нема ових лица, као насљедник се појављује држава.³⁰⁴ Колективни жиг и жиг гаранције не могу бити предмет промета међу живима, али је могуће да буду насљедива, уколико насљедник

³⁰⁰ У вријеме доношења ЗОО-а правна заштита топографија интегрисаног кола није постојала, па није ни предвиђена као предмет заштите. Међутим, Законом о заштити топографије интегрисаног кола прописано је да поједина овлашћења могу бити предмет уступања на основу уговора о лиценци, те се у недостатку детаљнијег регулисања примјењују одредбе ЗОО-а.

³⁰¹ Иако је законодавац изричито предвидио да предмет уговора о лиценци може бити техничко знање и искуство, односно пословна тајна, у теорији је изражен став да то није могуће јер пословна тајна није предмет субјективног права интелектуалне својине. В. С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2007.

³⁰² М. Васиљевић, *Трговинско право*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2006, 268.

³⁰³ У Нацрту Грађанског законика Србије уговор о франшизингу је посебно регулисан и то као уговор којим се успоставља однос трајне сарадње између даваоца и примаоца франшизе као самосталних пословних субјеката, којим се давалац франшизе обавезује да пренесе права и врши услуге ради укључивања корисника франшизе у пословни систем даваоца франшизе, а кориснике се обавезује да за то плаћа посредну или непосредну накнаду. *Нацрт Грађанског законика Србије*, Комисија за израду Грађанског законика, 29. мај 2015. године, чл. 1260.

³⁰⁴ Није познато да било гдје у свијету постоји овакав вид дискриминације насљедника у погледу наслеђивања ауторских права.

испуњава услове за заштиту. Заштићена ознака географског поријекла такође не може бити предмет промета, чак ни у случају смрти овлашћеног корисника. Међутим, уколико насљедник испуњава потребне услове, он може стећи својство овлашћеног корисника, без обзира што то својство није насљедиво. Ако је носилац неког од наведених права правно лице, његовим престанком или другом статусном промјеном, друго правно лице ће постати носилац права само ако испуњава услове, али је то већ у домену привредног, а не насљедног права.

Насљеђивање личноправних овлашћења отвара низ дилема. Према Закону о ауторском и сродним правима Србије, насљедници могу да врше само нека од личноправних овлашћења, али их не насљеђују.³⁰⁵ У Босни и Херцеговини, ауторско право као цјелина, осим права покајања је насљедиво, што наводи на закључак да се и личноправна овлашћења насљеђују.³⁰⁶ С обзиром да личноправна овлашћења трају и након смрти аутора, односно интерпретатора, у појединим правним системима чак и вјечно, јасно је да се она не гасе смрћу њиховог носиоца. Било да се насљеђују или не, неко се мора старати о њима док трају. Стога, садржина и обим личноправних овлашћења, мијењају се након смрти њиховог носиоца. Насљедници ауторских имовинскоправних овлашћења ће се старати и о личноправним овлашћењима аутора, односно о поштовању патернитета и интегритета самог дјела, чак и ако се она не насљеђују. Кроз заштиту личности аутора и самог дјела, остварује се заштита личноправних овлашћења аутора. О заштити патернитета и интегритета могу се старати чак и одговарајуће организације аутора. Ако се личноправна овлашћења насљеђују, то не значи да она прелазе на насљеднике у свом пуном обиму, јер се ауторство никако не може наслиједити. Насљедници могу само да врше негативни аспект тих овлашћења, односно, могу да се супротставе онима који неовлашћено присвајају, мијењају, објављују или користе дјело на недостојан начин.

У вези са личноправним овлашћењима, интересантно је питање могу ли насљедници прекорачити своја овлашћења, проузрокујући тиме повреду права. Лица која стичу овлашћења из субјективних права интелектуалне својине на основу уговора, прекорачењем овлашћења могу извршити повреду права. Када је ријеч о насљедницима,

³⁰⁵ ЗАСП РС, чл. 58.

³⁰⁶ ЗАСП БиХ, чл. 63. Ауторско право је насљедиво у Њемачкој, Хрватској, Словенији.

имовинскоправна овлашћења се наслеђују у цјелости, тако да таква ситуација није могућа. Међутим, ако наследник објави дјело супротно за живота израженој вољи аутора, он тиме чини повреду личноправног овлашћења на објављивање дјела. Спорно је само ко би у том случају могао да тражи заштиту права, ако нема других наследника, нити одговарајуће организације аутора.

С обзиром на краћи рок трајања права индустријске својине, питање наслеђивања личноправног овлашћења на назначење имена проналазача, аутора дизајна, ствараоца топографије и оплемењивача биљне сорте се ријетко поставља. Међутим, без обзира на чињеницу ко је носилац признатог права, име лица које је створило интелектуалну творевину мора бити наведено, чак и после његове смрти, осим ако не постоји супротна изјава тог лица. Изричито је предвиђено да се право проналазача на тужбу за утврђивање својства проналазача наслеђује, тако да наследници могу тражити да се изврши упис имена у пријаву и остале патентне списе, чак и након смрти проналазача.

Својство овлашћеног корисника имовинскоправних овлашћења из субјективних права интелектуалне својине могуће је стећи на основу закона или судске одлуке, односно одлуке надлежног државног органа. Коришћење предмета заштите на основу законом прописаних ограничења субјективних права је допуштено. Ограничења имају карактер изузетака, те су строго законом прописана и морају се уско тумачити. Свако прекорачење законских ограничења сматраће се повредом права. О коришћењу проналаска на основу принудне лиценце и принудне лиценце у јавном интересу одлучује суд, односно влада или други надлежни државни орган.

Посебан облик промета субјективних права интелектуалне својине врши се на основу закона. У законом предвиђеним ситуацијама, лица стичу поједина овлашћења из садржине субјективног права интелектуалне својине. То је случај са интелектуалним творевинама које настају у радном односу, односно извршавањем радних обавеза. Ако је ауторско дјело или интерпретација створена у радном односу, законска је претпоставка да је послодавац носилац свих имовинскоправних овлашћења у периоду од пет година од завршетка дјела. Ауторска имовинска права на колективном дјелу су искључиво и неограничено пренесена на послодавца, ако уговором није другачије одређено. Такође, уколико је рачунарски програм настао у радном односу или по основу уговора о наручби,

сматра се да је послодавац или наручилац искључиво и неограничено стекао ауторска имовинскоправна овлашћења на таквом програму.

3.2. Посредна повреда субјективних права интелектуалне својине

Неовлашћеним вршењем радњи које чине садржину субјективних права интелектуалне својине за вријеме трајања и на територији важења права, врши се непосредна повреда права. Осим тога, радње којима се омогућава, олакшава, припрема или прикрива повреда права, такође могу бити санкционисане. У ауторском, сродним правима и патентном праву, законом су изричито прописане радње које представљају посредну повреду права.³⁰⁷ Санкционисање посредне повреде права има превасходно превентивно дејство, јер се тиме спречава непосредна повреда права.

3.2.1. Посредна повреда ауторског и сродних права

Повреду субјективног ауторског и сродних права, осим у случају вршења радњи које су у надлежности носиоца права, представља и искоришћавање предмета заштите уз употребу неовлашћено умножених примјерака тог предмета заштите, односно на основу неовлашћене емисије и држање у комерцијалне сврхе примјерака ауторског дјела или предмета сродног права, ако држалац зна или има основа да зна да је ријеч о неовлашћено произведеном примјерку.³⁰⁸ Дакле, у случају да је повреда права већ извршена у виду неовлашћеног умножавања или емитовања предмета заштите, свако коришћење таквог примјерка или емисије, представља повреду права. Држање у комерцијалне сврхе неовлашћено умноженог примјерка предмета заштите је такође санкционисано, али само ако је држалац несавјестан. Слично рјешење постоји у Њемачкој, у којој неовлашћено умножени примјерци ауторског дјела или предмета сродног права не могу бити дистрибуирани или искоришћени у сврху јавног саопштавања, а неовлашћена емисија не

³⁰⁷ У појединим државама као што су Њемачка и Велика Британија, постоји посредна повреда жига.

³⁰⁸ ЗАСП РС, чл. 208, ст. 1, тачка 1 и 2.

може бити фиксирана на видео или аудио запис, нити саопштена јавности.³⁰⁹ У појединим законодавствима, наведене радње су санкционисане само ако је у питању рачунарски програм, као посебна врста ауторског дјела. Повреду права на рачунарском програму представља било која дистрибуција примјерка рачунарског програм и посједовање примјерка у комерцијалне сврхе, за који се зна или се основано сумња да повређује ауторско право.³¹⁰

Посебна заштита ауторског и сродних права постоји у вези са примјеном технолошких мјера и информација о управљању правима. У савременом друштву, дигиталне технологије обликују нове начине искоришћавања ауторских дјела и предмета сродноправне заштите. Титулар права није у могућности да контролише, нити да се супротстави тим облицима коришћења, упркос постојању одговарајућих овлашћења. Недовољно ефикасна правна заштита утицала је да се проблем неовлашћеног коришћења предмета заштите у дигиталном окружењу покуша ријешити превентивно, помоћу технолошких мјера заштите и информација о управљању правима. Технолошке мјере представљају било коју технологију, уређај или компоненту који су, у свом уобичајеном начину дјеловања, креирани да спријече или ограниче радње искоришћавања заштићеног добара, за чије предузимање не постоји овлашћење аутора или носиоца сродног права.³¹¹ Ефективним техничким мјерама сматрају се оне којима се постиже контрола приступа, поступак заштите, као што су кодирање, деформација или друга трансформација предмета заштите и механизам за контролу умножавања.

Осим технолошких мјера којима се спречава неовлашћено приступање заштићеном садржају, могуће је да дигитални примјерак ауторског дјела или предмета сродноправне заштите садржи тзв. информације о управљању правима. Информације о управљању правима су било које информације које је навео носилац права и којима се идентификују предмет заштите, носилац права, услови коришћења предмета заштите и било какви бројеви или кодови који представљају такве информације, ако су наведени на примјерку ауторског дјела или предмета сродног права или се појављују у вези са њиховим

³⁰⁹ Закон о ауторском праву Њемачке, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, чл. 96, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=402669.

³¹⁰ ЗАСП БиХ, чл. 107, ЗАСП РХ, чл. 112. Наведена одредба је у складу са Директивом о правној заштити рачунарских програма.

³¹¹ Директива 2001/29/ЕЗ, чл. 6, ст. 3.

саопштавањем јавности.³¹² Сврха постојања информација о управљању правима је да се носиоцима права омогући ефикаснија контрола у погледу коришћења тих права.

Заобилажење технолошких мјера које служе за заштиту ауторских дјела или предмета сродних права, као и радње којима се то омогућава, представљају повреду права, тачније, облик посредне повреде права. Правни основ за заштиту технолошких мјера садржан је у *WIPO* уговорима, Уговору о ауторском праву и Уговору о интерпретацијама и фонограмима из 1996. године. Према одредбама наведених Уговора, уговорне стране су дужне да обезбједе одговарајућу правну заштиту и ефикасна правна средства против уклањања ефикасних технолошких мјера које аутори, односно интерпретатори или произвођачи фонограма користе у вези са искоришћавањем својих права и да у вези са њиховим дјелима, интерпретацијама или фонограмима, ограниче радње које нису одобрили или које нису допуштене законом.³¹³ Наведеним Уговорима се не разрађује детаљније садржина заштите, па је стога то препуштено државама потписницама, тј. њиховом унутрашњем законодавству.

Заштита технолошких мјера на нивоу Европске уније први пут је предвиђена Директивом 91/250 о правној заштити рачунарских програма. Повредом права сматра се било која радња стављања у промет или посједовање у комерцијалне сврхе, било ког средства чије је једина намјена да олакша неовлашћено уклањање или осујећивање рада техничког уређаја који служи за заштиту рачунарског програма.³¹⁴ Већи обим заштите технолошких мјера предвиђен је Директивом 2001/29/ЕЗ о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, која је извршила значајан утицај на обликовање заштите и у државама које претендују на чланство у Унији. Према одредбама Директиве, постоје два облика повреде права у вези са технолошким мјерама. Прво, повреду права представља радња заобилажења ефективних техничких мјера које служе за заштиту ауторских дјела или предмета сродних права. Предвиђено је да државе чланице треба да осигурају адекватну правну заштиту против лица које врши радњу повреде у знању, или ако има разумног основа да зна да неко друго лице намјерава да изврши повреду. Такође, повреду права представљају и производња, увоз, дистрибуција,

³¹² Директива 2001/29/ЕЗ, чл. 7, ст. 2, *WIPO* Уговор о ауторском праву, чл. 12, ст. 2, *WIPO* Уговор о интерпретацијама и фонограмима, чл. 19, ст. 2.

³¹³ *WIPO* Уговор о ауторском праву, чл. 11, *WIPO* Уговор о интерпретацијама и фонограмима, чл. 18.

³¹⁴ Директива 91/250/ЕЕЗ, чл. 7, ст. 1, тачка ц. Идентичну одредбу садржи и Директива 2009/24/ЕЗ Европског парламента и Савјета о правној заштити рачунарских програма.

продаја, давање у закуп, оглашавање за продају или давање у закуп, посједовање у комерцијалне сврхе технологије, уређаја, производа, компоненти или пружање услуга који се представљају, оглашавају или стављају у промет у сврху заобилажења технолошких мјера, или имају само ограничен комерцијални значај или употребљивост за друге сврхе, осим за заобилажење мјера или су првенствено креирани, произведени, прилагођени или учињени у сврху омогућавања или заобилажења било којих ефективних технолошких мјера.³¹⁵ Под утицајем наведених Директива предвиђена је заштита технолошких мјера и у националним законодавствима.³¹⁶

Правна заштита информација о управљању правима предвиђена је WIPO уговорима о ауторском праву и интерпретацијама и фонограмима,³¹⁷ Директивом 2001/29/ЕЗ³¹⁸ и по узору на наведене изворе и у националним законима.³¹⁹ Повреду права представља уклањање или измјена било каквих електронских информација о управљању правима, као и стављање у промет или дистрибуција, увоз ради дистрибуције, емитовање, саопштавање јавности ауторских дјела или предмета сродних права, са којих су, без одобрења, уклоњене или измјењене електронске информације о управљању правима.³²⁰ Додатни услов је да лице које врши наведене радње без дозволе носиоца права зна или има разумног основа да зна да тиме прозрокује, омогућава, олакшава или прикрива повреду ауторског или сродних права.

Циљ уграђивања технолошких мјера заштите је спречавање неовлашћеног коришћења заштићених добара. Међутим, коришћење технолошких мјера може да онемогући искоришћавање предмета заштите по основу законских ограничења у виду суспензије и законске лиценце. Лице које је на основу закона овлашћено да користи предмет заштите због техничких препрека није у могућности да то чини без ангажовања додатних средстава. Коришћење предмета заштите по основу ограничења у том случају није у потпуности слободно или бар бесплатно, како би требало да буде. Стога, настаје сукоб између приватног интереса аутора и других носилаца права, и општег интереса заједнице, ради којег је успостављена већина ограничења ауторског и сродних права. То

³¹⁵ Директива 2001/29, чл. 6, ст. 1 и 2.

³¹⁶ ЗАСП БиХ, чл. 152, ЗАСП РС, чл. 208, ЗАСП РХ, чл. 175.

³¹⁷ УАП, чл. 12, УИФ, чл. 19.

³¹⁸ Чл. 7.

³¹⁹ ЗАСП БиХ, чл. 153, ЗАСП РС, чл. 208, ст. 1, тачка 5, ЗАСП РХ, чл. 176 итд.

³²⁰ У Босни и Херцеговини повредом се сматра и репродуковање предмета заштите са којег су уклоњене информације и правима.

значи да се санкционисањем заобилажења технолошких мјера посредно сужава обим ограничења права успостављених у општем интересу.³²¹ У циљу успостављања равнотеже интереса носилаца права и корисника, у појединим законима, по узору на одредбе Директиве, предвиђене су обавезе носилаца права у вези са остваривањем садржинских ограничења.

Носилац права има обавезу да, на захтјев лица која имају законити приступ примјерку заштићеног добра, измјени или уклони технолошку мјеру или на други начин у најкраћем могућем времену омогући коришћење предмета заштите на основу законом предвиђених садржинских ограничења права.³²² У Босни и Херцеговини, законодавац је прецизирао која ограничења се могу остваривати на наведени начин. Од носиоца права се може тражити да омогући остваривање садржинских ограничења у корист инвалидних лица, ради наставе, у случају приватног и другог сопственог репродуковања, службених поступака и ефемерних снимака радио-дифузних организација.³²³ Слично рјешење предвиђено је и у Србији. Разлика је само у томе што законодавац не прецизира ограничења која се могу остваривати уклањањем технолошких мјера, што значи да се обавеза носиоца права односи на сва ограничења. Интересантно је да уклањање технолошких мјера ради остваривања наведених садржинских ограничења може да буде уз накнаду, што додатно подрива и доводи у питање слободну употребу као вид ограничења. Уколико носилац права не омогући остваривање предвиђених ограничења, могуће је покренути поступак медијације³²⁴ или подићи тужбу³²⁵ против носиоца права.³²⁶ На сваком примјерку ауторских дјела и предмета сродних права на којима су уграђене технолошке мјере, а који су израђени или увезени у комерцијалне сврхе, мора бити јасно и видљиво назначена употреба технолошких мјера као и подаци о носиоцу права, увознику или другом лицу које има овлашћење и могућност да их отклони.³²⁷ Није могуће тражити

³²¹ С. Радовановић, „Технолошке мере у систему заштите ауторског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, 408.

³²² ЗАСП БиХ, чл. 155, ст. 1.

³²³ ЗАСП БиХ, чл. 155, ст. 3.

³²⁴ ЗАСП БиХ, чл. 155, ст. 2.

³²⁵ ЗАСП РС, чл. 208а.

³²⁶ Механизам за остваривање садржинских ограничења права може бити медијација, судски поступак или посебан административни поступак, као што је случај у Великој Британији. В. У. Gasser, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication No. 2006-04, June 2006, 29-30.

³²⁷ ЗАСП БиХ, чл. 154.

уклањање технолошких мјера ако се на основу уговора користе за интерактивно чињење дјела доступним јавности.

Наведеним законским одредбама предвиђено је да лица која имају законити приступ примјерку дјела или предмета сродних прав.а могу да захтијевају уклањање или измјену технолошке мјере да би остварили садржинска ограничења права.³²⁸ Међутим, поставља се питање да ли лица која су на основу закона овлашћена да користе заштићено добро и која уклоне, измјене или на други начин заобиђу технолошку мјеру без захтјева упућеног носиоцу права, тиме чине повреду права. С обзиром да је изричито предвиђено да само оне радње које су извршене у појединачном конкретном случају ради спровођења задатака јавне безбједности или било којег службеног поступка не подлијежу одговорности,³²⁹ закључак је да у свим другим случајевима законских ограничења заобилажење технолошких мјера без одобрења носиоца права представља повреду права. На овај начин спречавају се евентуалне злоупотребе од стране корисника, али је концепт слободне употребе доведен у питање. Коришћење дјела које би по закону требало да буде слободно, због присуства техничких препрека, условљено је тражењем дозволе од носиоца права и може да буде уз накнаду. Дакле, иако је коришћење предмета заштите, *de iure*, дозвољено на основу закона, *de facto* то није могуће без сарадње са носиоцем права. Ако постоји сагласност носиоца права за коришћење заштићеног добра и ако је за то плаћена накнада, то је заправо уговорни однос. Основ коришћења предмета заштите није више законска одредба, која очито није довољна, већ дозвола носиоца права, односно уговор. Једина разлика у односу на уобичајени уговорни однос је ограничење аутономије воље, будући да је носилац права дужан да омогући коришћење заштићеног добра.³³⁰

³²⁸ У Србији за сва ограничења, а у Босни и Херцеговини у изричито предвиђеним случајевима.

³²⁹ ЗАСП БиХ, чл. 152, ст. 5.

³³⁰ „Ограничења права представљају природну границу монополске позиције аутора. У многим европским законима о ауторском праву ограничења су формулисана на начин да „аутор не може да забрани...“ По нашем мишљењу, то би требало да значи да аутор нема овлашћење да залази у простор легитимног искоришћавања дјела на основу ограничења, било да то чини пред судом, на основу уговора или путем техничких уређаја. Његово искључиво право престаје тамо гдје почиње ограничење. Стога, ако ограничење подлијеже добијању дозволе или преговарању са носиоцем права, оно се неће разликовати од коришћења искључивог права аутора, које није ништа друго него право да дозволи, забрани и преговара о коришћењу свог дјела. Шта у том случају остаје од ограничења, чија је кључна одлика изостављање потребе да се тражи одобрење носиоца права?“ S. Dusollier, *Fair use by Design in the European Copyright Directive of 2001: An Empty Promise*, 11, www.cfp2002.org/fairuse/dusollier.pdf, (децембар 2013.).

3.2.2. Посредна повреда патента

Неовлашћено вршење искључивих овлашћења титулара патента представља непосредну повреду патента. Титулар патента има искључиво овлашћење да производи, нуди, ставља у промет, употребљава, извози, увози или складишти у те сврхе производ израђен према заштићеном проналаску, да примјењује поступак или нуди његову примјену, као и да нуди, ставља у промет, употребљава, извози, увози или складишти у те сврхе производ који је директно добијен заштићеним поступком.³³¹ Наведене радње односе се на производ који је израђен према заштићеном проналаску или је добијен поступком који је предмет заштићеног проналаска, или се односе на такав поступак. Осим тога, титулар патента има овлашћење да забрани поједине радње којима се омогућава, олакшава или припрема непосредна повреда патента, у циљу њеног спречавања или ради лакшег доказивања. Такве радње чине посредну повреду права.

Титулар патента има овлашћење да забрани нуђење и испоруку производа који чини битан елемент заштићеног проналаска, лицима која нису овлашћена за искоришћавање тог проналаска, ако је понуђачу или испоручиоцу познато, или му је из околности случаја морало бити познато да је тај производ намијењен за стављање у функцију туђег заштићеног проналаска.³³² Дакле, лице које испоручује или нуди производе који су битни за реализацију проналаска омогућава другом неовлашћеном лицу да изврши непосредну повреду патента.

Институт посредне повреде патента настао је у америчкој судској пракси. Први случај у коме је суд установио одговорност за посредну повреду патента датира још из 1871. године.³³³ Иако у конкретном случају није постојала директна повреда патента, суд је уочио да лице које производи и продаје саставне дијелове заштићеног проналаска, а који немају другу употребу осим за производњу производа заштићеног патентом, на тај начин

³³¹ ЗОП БиХ, чл. 66, ст. 1.

³³² ЗОП БиХ, чл. 66, ст. 2, ЗОП РС, чл. 14, ст. 2, тачка 5, ЗОП РХ, чл. 58, ст. 3.

³³³ Случај *Wallace v. Holmes*. Патентом је био заштићен проналасак петролејске лампе, тачније комбинација горионика и цилиндра, чија се новост огледала у специфичном начину причвршћивања који је омогућавао да цилиндар остане хладан. Тужени је производио и продавао горионике који су били исти као горионици у заштићеном проналаску, али без цилиндра. Суд је пошао од општег правила да нема повреде патента који се састоји из комбинације елемената ако сви елементи нису произведени или коришћени, али је установио да је тужени ипак извршио повреду права. Такав закључак произлази из чињенице да су се горионици могли употријебити искључиво са цилиндрима, те да се са сигурношћу могло тврдити да је тужени на тај начин „сарађивао“ са крајњим корисницима омогућивши им да повриједи патент. С. Adams, „A Brief History of Indirect Liability for Patent Infringement“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol. 22, Issue 3, 2005, 372.

омогућава повреду патента. У споровима који су услиједили, постављено је питање да ли производња и продаја производа који се могу употребијети и у друге сврхе, а не искључиво за повреду права, представља посредну повреду патента. За одговор на ово питање, пресудан је субјективни моменат, односно, намјера и знање лица које врши производњу и продају, о томе како ће се ти производи користити. Убрзо после стварања концепта посредне повреде права, довитљиви титулари патента су покушали да прошире обим заштите и на производе и потрошни материјал који су коришћени заједно са патентираним проналаском, а нису дио проналаска.³³⁴ Међутим, појава антимонополског законодавства и учења о злоупотреби патента осујетили су такве покушаје. Институт посредне повреде патента је коначно уобличен пола вијека касније, доношењем Закона о патентима.³³⁵

На европском тлу, појам посредне повреде патента настао је најприје у њемачкој теорији и судској пракси. На већину закона који предвиђају посредну повреду патента, пресудан утицај имала је одредба Конвенције о патенту заједничког тржишта.³³⁶ Босна и Херцеговина се тек усвајањем важећег Закона о патенту 2010. године уврстила у ред земаља које санкционишу посредну повреду патента.

Смисао санкционисања посредне повреде патента је да се спријечи извршење непосредне повреде или да се олакша доказивање исте. Ако су нуђење и испорука производа, односно дијелова који ће бити употребљени у производњи заштићеног проналаска забрањени, онда ће свакако бити теже извршити непосредну повреду права. Међутим, између посредне и непосредне повреде права не постоји међусобна условљеност или зависност. То значи да радња посредне повреде не мора да доведе до непосредне повреде права, довољна је могућност да до тога дође. Према ранијем схватању, посредна повреда је посматрана као облик учествовања у извршењу непосредне повреде патента, па је одговорност за посредну повреду постојала само ако је извршена непосредна повреда

³³⁴ То су биле тзв. клаузуле о везаној трговини.

³³⁵ Детаљније С. Adams, 369-398.

³³⁶ Чл. 30 Конвенције о патенту заједничког тржишта. Иако Конвенција никада није ступила на снагу, њом је започео вишестепени процес стварања јединственог, унитарног патента са важењем на територији Европске уније.

права. У савременој теорији, преовлађује схватање да радње нуђења и испоруке могу довести до повреде патента и представљају угрожавање патента.³³⁷

Да би постојала посредна повреда патента, неопходно је да буду испуњени законом предвиђени услови. Посредна повреда патента може се извршити нуђењем и испоруком производа који чини битан елемент туђег заштићеног проналаска. Дакле, то могу бити само радње нуђења и испоруке одређених производа, а не и производња таквих производа, јер би се тиме неоправдано проширило дејство патента. Нуђење или понуда је дјелатност која има за циљ подстицање лица да набави производ.³³⁸ Појам нуђења се разликује од појма понуде у облигационом праву, јер може бити како понуда тако и позив да се учини понуда.³³⁹ Испорука производа представља радњу физичке предаје производа, која није исто што и стављање у промет. Акцент је стављен на сам чин снабдијевања лица наведеним производима, без обзира на правни основ. Снабдијевањем неовлашћеног лица одређеним производима, фактички се омогућава производња заштићеног производа или спровођење заштићеног поступка. Чак и само нуђење таквих производа је довољно за постојање посредне повреде патента.

Предмет нуђења или испоруке је производ који чини битан елемент туђег заштићеног проналаска. Појам производа мора бити схваћен у ширем смислу ријечи, тако да обухвата и материје, смјесе, дијелове уређаја и све оно што може да чини дијелове патентираног проналаска. У зависности од тога да ли се ради о патентираном производу или поступку, то могу бити дијелови производа или материјали за његову производњу или уређаји, материјали или производи који се користе у заштићеном поступку. С обзиром да у једном производу или поступку може бити доста таквих производа, било је неопходно сузити круг оних чије нуђење и испорука могу утицати на повреду патента. Стога, само они производи који чине битан елемент туђег проналаска су подобни за извршење повреде права. Који се производи сматрају битним елементом проналаска, одређује се у сваком конкретном случају. Уопштено говорећи, то су они елементи проналаска који

³³⁷ С. Фишер-Шобог, „Посредна повреда патента“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Год. XLIV, бр. 3 (2010), 401.

³³⁸ Б. Влашковић, (1999), 20.

³³⁹ Да би се избјегла забуна, законодавац користи израз нуђење, а не понуда.

непосредно доприносе остваривању идеје проналаска,³⁴⁰ односно, елементи који обухватају специфичне карактеристике којима је дефинисан проналазак.³⁴¹

Ако се нуде или испоручују производи који немају другу намјену осим за заштићени проналазак, онда то може бити једна од индиција да се сматрају битним елементом проналаска. Међутим, чешћи су производи који се могу користити и у друге сврхе, што не умањује њихову подобност да се сматрају битним. Уколико се ради о производима који су уобичајени на тржишту, онда се из практичних разлога не може забранити њихово нуђење или испорука, осим када понудилац или испоручилац подстиче друго лице да изврши повреду патента.

Посредна повреда патента постојаће само ако се производи нуде или испоручују лицима која нису овлашћена за искоришћавање проналаска. Супротно, нема посредне повреде ако се испорука или нуђење врши лицима која су овлашћена да користе заштићени проналазак.

Да би постојала посредна повреда права, потребно је да буду испуњене субјективне претпоставке на страни понудиоца или испоручиоца наведених производа. Посредна повреда патента ће постојати ако је понудиоцу или испоручиоцу познато или му је из околности случаја морало бити познато да је производ намијењен за стављање у функцију туђег заштићеног проналаска. Дакле, посредни повредилац мора имати знање о подобности производа за примјену проналаска, о постојању намјере лица да у те сврхе користи испоручени производ и о постојању правне заштите за односни проналазак. Проблеми се могу јавити у вези са доказивањем знања повредиоца о наведеним чињеницама.³⁴² Ако се не може доказати да су понудилац или испоручилац били упознати са релевантним чињеницама, онда је довољно доказати да су им те чињенице морале бити познате из околности случаја, што се у теорији тумачи на начин да су биле очигледне. На примјер, ако се производ може примјенити само на начин којим се вријеђа патент и нема другу употребу, онда је очигледно да је производ намијењен за примјену туђег проналаска. Уколико се производ може употријебити и за другу намјену, онда је теже установити очигледност. Ако се нуде или испоручују производи који су уобичајени на тржишту, за

³⁴⁰ Б. Влашковић, (1999), 138.

³⁴¹ С. Марковић, (1997), 328.

³⁴² Нпр. повредилац ће знати намјере лица коме врши испоруку ако је то лице наручило производе и саопштило испоручиоцу у коју сврху набавља производе или ако је на други начин сазнало за његове намјере.

постојање посредне повреде није довољно знање понудиоца или испоручиоца о намјени производа, већ и његово активно учешће у виду подстицања других лица да изврше непосредну повреду патента.

4. Тужилац и тужени у спору због повреде права интелектуалне својине

4.1. Тужилац у спору због повреде права интелектуалне својине

Заштиту права у судском поступку може тражити свако лице чије је субјективно право повријеђено или угрожено. Угрожавање постоји уколико пријети стварна опасност да ће право бити повријеђено. Круг лица која су овлашћена да траже заштиту субјективних права интелектуалне својине није ограничен само на титуларе права. Право да подижу тужбу, осим носилаца права, имају одређена лица, којима је то право признато законом.

У случају повреде или угрожавања права, право на судску заштиту увијек и на првом мјесту има носилац права. Дакле, аутор, интерпретатор, произвођач фонограма, видеограма, емисије, базе података, носилац патента, жига, права на индустријски дизајн, права на заштиту топографије интегрисаног кола и овлашћени корисник регистроване ознаке географског поријекла, имају статус изворних носилаца права. Право на заштиту имају и њихови правни сљедбеници. То су лица на која су права пренесена, уколико је пренос права могућ,³⁴³ као и насљедници носилаца права. У случају промета овлашћења уступањем, деривативни носиоци имовинскоправних овлашћења могу тражити заштиту само ако су иста стечена на искључив начин. Дакле, само стицаоци искључиве лиценце могу подићи тужбу за заштиту права.³⁴⁴ Чак и ако је уступање извршено на искључив начин, носилац права и даље има право на заштиту.

Субјективно ауторско право и сродна права могу се остваривати индивидуално и колективно. Индивидуално остваривање врше носиоци права самостално или посредством заступника, а ако се права остварују колективно, односно за више ауторских дјела и за више аутора заједно, онда су за то задужене организације за колективно остваривање

³⁴³ Ауторско право се не може преносити, али се поједина овлашћења могу уступати.

³⁴⁴ Интересантно одступање од правила да само стицаоци искључиве лиценце могу подићи тужбу због повреде права садржи ЗОЖ РС. У члану 73, ст. 2 наводи се да „стицалац лиценце може поднети тужбу због повреде права уколико другачије није предвиђено уговором о лиценци.“ За разлику од осталих закона којима се регулишу права интелектуалне својине, није прецизирано о којој врсти лиценце се ради.

ауторског и сродних права. У надлежност организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, између осталог, спада и покретање и вођење поступака заштите код судова и других државних органа у случају повреда права које остварује организација.³⁴⁵ Дакле, за она права која се остварују посредством организације, организација има статус активно легитимисаног лица. Организација је искључиви носилац овлашћења која остварује и то својство стиче на основу уговора са аутором, односно, носиоцем права. Изузетно, организација постаје носилац овлашћења по сили закона, без уговора с аутором, ако је предвиђено обавезно колективно остваривање права.³⁴⁶ У сваком случају, организација је активно легитимисана да се стара о судској заштити ауторског права само док обавља дјелатност колективног остваривања права.³⁴⁷

Такође, постоји законска претпоставка да је организација овлашћена да дјелује за рачун свих аутора, у оквиру врсте права и врсте дјела за које је специјализована. Аутори који не желе да своја права остварују преко организације, дужни су да у писаној форми о томе обавијесте организацију, а организација крајње кориснике. Законодавац у Србији је неспретно формулисао ову одредбу, предвидјевши да аутори могу, али не и да су дужни да обавијесте организацију да ће сами остваривати своја права. Таква формулација не иде у прилог начелу правне сигурности, јер се може десити да аутор и организација истовремено остварују права. Са друге стране, чак и у оним системима гдје су аутори дужни да обавијесте организацију, није предвиђена санкција уколико то не учине. Међутим, с

³⁴⁵ Закон о колективном остваривању ауторског и сродних права, *Службени гласник БиХ*, бр. 63/2010, (у даљем тексту ЗОКОАСП), чл. 3, ст. 1, тачка г, ЗАСП РС, чл. 153, ст. 5.

³⁴⁶ У Босни и Херцеговини, обавезно је колективно остваривање сљедећих права: права слијеђења, убирања накнаде за приватну и другу сопствену употребу дјела, кабловског реемитовања, осим ако се ради о сопственим емисијама радиодифузних организација и права репродуковања актуелних новинских и сличних чланака о текућим питањима у прегледима штампе (клипинг).

³⁴⁷ „Тражилац извршења одузимањем дозволе за обављање послова колективног остваривања ауторских права више нема могућност да потражује извршење наведене пресуде из разлога што је исти у правном смислу изгубио могућност да обавља ту дјелатност, те да исти није активно легитимисан да захтијева извршење горе наведене пресуде. Тражилац извршења је у вријеме доношења извршне исправе обављао послове колективног остваривања ауторског и других сродних права на основу дозволе Института за интелектуалну својину. Спорно је да ли тражилац извршења има право потраживати ауторске накнаде за 2002, 2003, 2004, 2005. и 2006. годину, на основу извршне исправе, односно да ли је исти активно легитимисан у овом поступку за колективно остваривање ауторских и других сродних права на основу пуномоћи аутора, с обзиром да је истом одузета дозвола за обављање наведених дјелатности. Тражилац извршења нема легитимитет да расподјељује ауторима прикупљене накнаде, те би извршењем пресуде, тражилац извршења могао остварити добит коју, након тога, не би био дужан расподјелити даваоцима пуномоћи.“ Из рјешења Окружног привредног суда у Бијељини, бр. 59 0 Ср 026990 14Ср, од 17.06.2015. године.

обзиром да се остваривање права своди на плаћање накнаде од стране корисника, тешко је замислити да ће корисници два пута плаћати накнаду за једно коришћење.

Организација је овлашћена да подиже тужбу за заштиту права и за оне ауторе са којима није потписала уговор, уколико они нису изричито обавијестили организацију да ће сами остваривати своја права. Са аспекта судске заштите, могло би се поставити питање постојања процесне легитимације у случају заштите права аутора који имају статус тзв. аутсајдера. Организација за колективно остваривање ауторског и сродних права је искључиви носилац овлашћења која остварује, која стиче на основу уговора са аутором. У погледу неискључивих овлашћења, организација добија налог да у своје име, а за рачун аутора, наплати накнаду од корисника. Када су у питању аутори који нису са организацијом закључили уговор и уступили јој своја искључива овлашћења, питање је по ком правном основу организација може да подиже тужбу за заштиту тих овлашћења. С обзиром да је организација по самом закону овлашћена да штити права свих аутора, изузев оних који су изричито обавијестили организацију да ће они то чинити, то ће и у овом случају организација имати активну процесну легитимацију за вођење поступка. На овакав закључак упућују, између осталог, дјелатност и циљ организације, као и њен монополски положај. У сваком случају, претпоставка колективног остваривања права је оборива.

Законодавац у Хрватској је у циљу лакшег доказивања, предвидио претпоставку да у случају да организација за колективно остваривање права докаже постојање повреде, није потребно утврђивати повреду права појединих носилаца која се колективно остварују.³⁴⁸

У споровима због повреде права индустријске својине, уколико постоји право из пријаве, активну легитимацију за подизање тужбе има подносилац пријаве. Право из пријаве постоји у патентном праву, праву жига, праву заштите индустријског дизајна и праву заштите топографије интегрисаног кола. У патентном праву, право из пријаве настаје објављивањем пријаве, а у осталим случајевима подношењем пријаве. С обзиром да је право из пријаве условно, суд ће прекинути поступак до доношења коначне одлуке управе за индустријску својину о признању права.

Носилац малог патента, односно консенсуалног патента у Босни и Херцеговини, у извијесној мјери је ограничен у заштити свог права. Наиме, прије подношења тужбе због

³⁴⁸ ЗАСП РХ, чл. 174, ст. 2.

повреде права, неопходно је да је покренут поступак суштинског испитивања пријаве патента. Ако је поступак суштинског испитивања у току, суд ће сачекати окончање испитивања, јер од тога зависи постојање права. Дакле, судска заштита малог патента је условна и зависи од исхода поступка испитивања, подједнако као право из пријаве. Заштита коју стиче носилац малог, односно консенсуалног патента је привремена, чак, може се рећи привидна. Титулар стиче провизорну заштиту, непровјерено право којим само одлаже суштинско испитивање пријаве. Ако се при томе не прави садржинска разлика између проналазака који се штите патентом и малим патентом, онда се уз мање трошкове и краће времена врши проста регистрација права. Међутим, с обзиром да се право не може судским путем остварити, таква правна заштита је непотпуна и не доприноси правној сигурности.³⁴⁹

Ако је извршена повреда колективног жига или жига гаранције, осим носиоца наведених права, право на тужбу има корисник колективног жига и корисник жига гаранције уз сагласност носиоца колективног жига, односно жига гаранције.³⁵⁰ Тужбу због повреде имена поријекла или географске ознаке може поднијети овлашћени корисник имена поријекла или географске ознаке. Такође, тужбу може поднијети и лице које је установило име поријекла или географску ознаку, а то могу бити домаћа физичка или правна лица која на одређеном географском подручју производе производе који се означавају називом тог географског подручја, као и удружења тих лица, привредне коморе, удружења потрошача, органи локалне самоуправе и државни органи заинтересовани за заштиту ознака географског поријекла у оквиру својих активности и страна физичка или правна лица, односно страна удружења, ако је име поријекла или географска ознака призната у земљи поријекла, када то произлази из међународних уговора.³⁵¹ Због израженог јавног интереса у вези са заштитом ознака географског поријекла, право на тужбу признато је удружењу потрошача³⁵² и правобраниоцу БиХ и јавном, односно, државном тужиоцу у Србији.

³⁴⁹ С. Марковић, „Мали патент у патентном праву Србије“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању*, ур. Б. Влашковић, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац 2013, 71.

³⁵⁰ ЗОЖ БиХ, чл. 84, ст. 1.

³⁵¹ ЗОГП БиХ, чл. 19, ЗОГП РС, чл. 18, ст. 2.

³⁵² Удружење потрошача има активну легитимацију без обзира да ли је учествовало у поступку регистрације имена поријекла или географске ознаке.

Осим колективног жига, жига гаранције и ознаке географског поријекла, која су по природи колективна права и гдје по правилу постоји више овлашћених корисника, множина изворних носилаца права често се јавља и код осталих права интелектуалне својине. То су најчешће супроналазачи који заједно стекну патент и коаутори. Коауторство постоји ако је ауторско дјело створено сарадњом двају или више лица тако да дјело чини недјелјиву цјелину, а коаутори имају недјелјиво ауторско право на дјелу. О коришћењу коауторског дјела одлучују сви коаутори, с тим што коаутор не може ускратити своју сагласност супротно начелима савјесности и поштења. Ако је извршена повреда права на коауторском дјелу, сваки коаутор, као носилац јединственог права на дјелу, овлашћен је да подиже тужбе за заштиту права. Коаутори у парници имају положај јединствених супарничара, било да су тужиоци или тужени. Ако заједнички подносе тужбу против трећих лица, они су вољни јединствени супарничари, а ако их треће лице тужи, онда су нужни јединствени супарничари.³⁵³ У сваком случају, ако је више лица овлашћено да тражи заштиту права, свако од њих може тражити заштиту тог права у цјелини. То је правило о солидарности овлашћеника изричито прописано Законом о ауторском и сродним правима и Законом о патенту БиХ.³⁵⁴

У спору због повреде личноправних овлашћења, тужбу може подићи само изворни носилац тог овлашћења. Дакле, то су првенствено аутор и извођач, као и лица којима је признато личноправно овлашћење на назначење имена у пријави за заштиту права индустријске својине, без обзира на то ко је носилац права или подносилац пријаве. Проналазач, аутор дизајна и стваралац топографије интегрисаног кола имају право да траже да се у пријаву за заштиту или спис признатог права упише њихово име. За заштиту личноправног овлашћења проналазача на назначење имена предвиђена је посебна тужба за утврђење својства проналазача. Право да се тражи назначење имена не застаријева, тако да је то могуће тражити и након престанка важења субјективног права. Изричито је предвиђено да се право на тужбу наслеђује, што значи да након смрти ових лица, наслеђници могу подићи тужбу. Такође, ова лица могу да захтијевају накнаду нематеријалне штете због повреде личноправног овлашћења на назначење имена. Право на накнаду нематеријалне штете због повреде личноправних овлашћења имају аутор и

³⁵³ С. Гавриловић, *Основи и средства грађанскоправне заштите ауторских права у Југославији с освртом на упоредно право*, докторска дисертација, Београд 2006, 188.

³⁵⁴ ЗАСП БиХ, чл. 151, ст. 1, ЗОП БиХ, чл. 102.

извођач.³⁵⁵ Међутим, право на накнаду нематеријалне штете због повреде моралних права се не наслеђује.

Ако се ради о овлашћењима која прелазе на наследнике, тужбу могу подићи и наследници. С обзиром да је субјективно ауторско право као цјелина наслеђиво у Босни и Херцеговини, то значи да би наследници могли да подигну тужбу у случају повреде неког од личноправних овлашћења. Међутим, наследници би могли да захтијевају да се престане са таквим радњама или да се уклоне посљедице повреде права, али никако не би могли да траже накнаду нематеријалне штете због повреде моралних права. Опште правило прописано Законом о облигационим односима је да потраживање накнаде нематеријалне штете прелази на наследника само ако је признато правноснажном одлуком или писменим споразумом.³⁵⁶ Право на накнаду нематеријалне штете је лично и не наслеђује се, док је потраживање накнаде нематеријалне штете изузетно наслеђиво само ако се ради о већ признатом, а још нереализованом новчаном потраживању.³⁵⁷ Чак и ако

³⁵⁵ Према њемачком Закону о ауторском праву, право на накнаду нематеријалне штете, осим аутора и извођача имају аутори критичких и научних издања слободних дјела и фотографи, односно аутори фотографије, Закон о ауторском праву Њемачке, чл. 97, ст. 2. У Закону о ауторском и сродним правима Босне и Херцеговине, осим права првог издавача необјављеног слободног дјела, предвиђено је и право издавача на критичка и научна издања слободних дјела (чл. 140). Лицу које припреми издање ауторског дјела на којем су ауторска права већ истекла, призната су права која одговарају ауторским имовинским правима и другим правима аутора ако је издање резултат научног истраживања или обраде и битно се разликује од постојећих издања тог дјела. Лице које припреми издање не мора нужно бити издавач, нарочито ако припрема таквог издања обухвата научно истраживање или обраду дјела. Међутим, лицу које припреми критичко и научно издање слободног дјела изричито су призната само имовинскоправна овлашћења, па то лице не може тражити накнаду нематеријалне штете јер му личноправна овлашћења нису призната.

³⁵⁶ ЗОО, чл. 204, ст. 1.

³⁵⁷ „Тужиља је наследила сву заоставштину пок. супруга, међу којом и ауторско право и сва потраживања по основу ауторских права књижевних дела оставиоца наведених у допису Матице Српске. У погледу накнаде неимовинске штете првостепени суд је делимично усвојио тужбени захтев тужиље, налазећи да су тужени искористили предметно ауторско дело на начин којим се повређују морална ауторска права, јер су повредили интегритет дела његовим коришћењем јавним саопштавањем у непотпуној форми, у смислу члана 52, у вези члана 17. Закона о ауторском и сродним правима. Овакав закључак првостепеног суда је неприхватљив. Накнада неимовинске штете представља лично право, које престаје смрћу титулара ауторског права, па наследници умрлог могу остваривати ову накнаду само ако је правноснажно досуђена или утврђена уговором са штетником у писменој форми (чл. 204, ст. 1 Закона о облигационим односима). Из интерпретације ове норме произилази да се не ради о наслеђивању и уступању права на накнаду нематеријалне штете, него о потраживању накнаде нематеријалне штете. Дакле, јасно произилази да се у принципу безусловно не може ни наслеђивати нити сингуларном сукцесијом на друге преносити само право на накнаду нематеријалне штете, јер је то право строго лично право (*intuitu persone*), док је потраживање накнаде нематеријалне штете изузетно наслеђиво само ако је признато правноснажном одлуком или писменим споразумом. То значи да се ради о егзистентном а још нереализованом новчаном потраживању које прелази на наследнике, као имовинско-правно потраживање, без прелажења самог права на накнаду нематеријалне штете. Стога, тужиљи као наследнику коаутора у конкретном случају не припада право на накнаду неимовинске штете.“ Из рјешења Врховног суда Србије у Београду, Гж. 58/05 од 23. јуна 2005. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2006, стр. 47-49.

лице умре док траје поступак за накнаду нематеријалне штете, насљедници не могу наставити поступак.³⁵⁸ У Скици за законик о облигацијама, било је предвиђено да се право на накнаду неимовинске штете не може другоме уступати нити насљеђивати, изузев ако је уговором признато или је о њему поведен спор.³⁵⁹ У теорији има схватања да би насљедницима требало омогућити да наставе започети поступак за накнаду нематеријалне штете.³⁶⁰ Такво рјешење предвиђено је хрватским Законом о обвезним односима.³⁶¹

Личноправна овлашћења из субјективног ауторског права се не насљеђују у Србији, али насљедници могу да врше нека од тих овлашћења и то њихов негативни аспект. То значи да, у случају повреде тих овлашћења, имају право да подижу тужбу против повредиоца. По узору на поједина законодавства, у складу са концепцијом о вјечном трајању моралних права, осим насљедника, овлашћења која се тичу патернитета, интегритета и забране недостојног искоришћавања дјела, по истеку рока трајања имовинскоправних овлашћења, могу вршити и удружења аутора и институције из области културе, науке и умјетности. Осим наведених удружења и институција, након истека рока заштите, свако лице има право да штити патернитет и интегритет дјела и да се супротстави сваком облику недостојног искоришћавања ауторског дјела.³⁶² То значи да је за заштиту наведених овлашћења у Србији послије протека рока заштите дозвољена популарна тужба – *actio popularis*.

³⁵⁸ „Ако предлагатељ у току поступка пред судом умре, његови насљедници имају право на накнаду нематеријалне штете само ако је то право утврђено правноснажном одлуком или писменим споразумом.“ (Кантонални суд у Сарајеву, Билтен судске праксе Кантоналног суда у Сарајеву, 1/2001, стр. 34.)

³⁵⁹ М. Константиновић, *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Центар за документацију и публикације Правног факултета, Београд 1969, чл. 164.

³⁶⁰ „Штетник који је причинио оштећеном већу штету је у повољнијем положају од штетника који је причинио мању штету. Ако оштећени који је претрпио физичке болове тужи штетника те оствари накнаду и након тога умре, онда насљедници имају право да наслиједе. С друге стране, ако су повреде тешке, па оштећени тужи штетника, али умре прије окончања спора, онда насљедници немају право на накнаду. Претпоставља се да је воља оставиоца била да тај износ штете који би наплатио припадне његовим насљедницима. Могло би се отворити питање интереса насљедника за остварење и других облика нематеријалне штете, па чак и без обзира да ли је оштећени поднио тужбу (нпр. објављени лажни подаци у средствима јавног информисања који дубоко дискредитују лице које потом изненада умре). У италијанском праву насљедници начелно не могу тражити накнаду моралне штете коју је претрпио оставилац, али ако је оштећени лично поднио тужбу за накнаду или је то право пренио тестаментом, насљедници могу спровести одговарајући поступак захтијевајући накнаду.“ Вид. О. Антић, *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2011, стр. 68, фн. 169.

³⁶¹ Чл. 1105, ст. 1 Закона о обвезним односима Републике Хрватске („Народне новине“ бр. 35/05, 41/08, 125/11) гласи: „Тражбина накнаде неимовинске штете прелази на насљедника само ако је оштећеник поднио писани захтјев или тужбу.“

³⁶² ЗАСП РС, чл. 107.

Заштита ауторског права на анонимним и дјелима под псеудонимом повјерена је издавачу, за издата дјела, и лицу које је објавило дјело, за неиздата објављена дјела. То значи да се ова лица могу појавити као тужиоци у спору због повреде ауторског права на наведеним дјелима.

4.2. Тужени у спору због повреде права интелектуалне својине

У спору због повреде субјективних права интелектуалне својине тужени може бити било које лице које је извршило непосредну или посредну повреду права. То може бити непосредни извршилац повреде, или ако их је више, саизвршиоци, али и свако лице које је на било који начин учествовало у повреди, у виду помагања, прикривања, подстрекавања или других облика саучесништва. Тачно одређивање облика учешћа у повреди права је са становишта грађанског права ирелевантно, јер по општим правилима о одговорности за штету коју проузрокује више лица заједно, предвиђена је солидарна одговорност свих учесника. Солидарно одговарају и подстрекач, помагач и онај који је помогао да се одговорна лица не открију.³⁶³ Солидарна одговорност повредилаца изричито је предвиђена Законом о ауторском праву Босне и Херцеговине.³⁶⁴ Иако закони којима су регулисана поједина права индустријске својине не садрже такву одредбу, солидарна одговорност произлази из општих правила о одговорности више лица за штету.

Правило о солидарној одговорности иде у прилог носиоца права, будући да у таквој ситуацији може да бира кога ће да тужи. Одлука о томе зависиће од врсте повреде и садржине тужбеног захтјева који се поставља. Између осталог, носилац права ће водити рачуна о томе који повредилац ће, условно речено, бити најподеснији тужени, односно, од кога ће најлакше успјети да добије захтијевану чинидбу. На примјер, у случају неовлашћеног умножавања примјерака ауторског дјела фотокопирањем, непосредни извршилац повреде је радник у фотокопирници. С обзиром да је радњу неовлашћеног умножавања запослени извршио у оквиру својих редовних радних обавеза, сходно правилима о одговорности предузећа и правних лица за другога, за повреду је одговоран

³⁶³ ЗОО, чл. 206, ст. 1 и 2.

³⁶⁴ „Ако је више лице повриједило право из овог закона, свако од њих одговара за начињену повреду у цјелини.“ ЗАСП БиХ, чл. 151, ст. 2. Исто рјешење садржи и ЗАСП РХ, чл. 173, ст. 2.

послодавац.³⁶⁵ Лице по чијем налогу, тј. за кога је примјерак неовлашћено умножен, такође сноси одговорност. Пошто је тешко или скоро немогуће утврдити која лица су извршила копирање, носилац права ће тужити фотокопирницу, односно њеног власника. У наведеном примјеру, запослени поступа по налогу послодавца јер је умножавање књига, чланака, новина, слика и другог материјала у опису његовог радног мјеста.³⁶⁶ Међутим, постоје ситуације у којима запослени, иако извршавају радне обавезе, имају већи степен слободе и могућност да одлуче да ли ће извршити повреду или не. То су нпр. новинари који објаве туђи текст као свој, односно плагирају чланак.³⁶⁷ Дакле, чак и уколико је повреда права извршена у оквиру радних обавеза, немају сва лица исти степен самосталности у одлучивању, па тиме ни одговорности за извршене радње.³⁶⁸ За повреду права која је извршена у радном односу, одговара послодавац, а ако је намјерно проузроковао штету, онда и запослени.

Једно од веома актуелних питања је да ли посредници могу бити тужени у спору због повреде права интелектуалне својине. То отвара питање улоге и одговорности посредника за повреду права, нарочито у дигиталном окружењу. Иако, у начелу, постоји искључење одговорности посредника за повреду права интелектуалне својине, они могу бити тужена странка у спору. Директивом о спровођењу права интелектуалне својине, предвиђено је да носиоци права могу подносити захтјеве за издавање судских забрана посредницима чије услуге користе трећа страна за повреду права интелектуалне својине.³⁶⁹

³⁶⁵ „За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало. Оштећеник има право захтијевати накнаду штете и непосредно од запосленог ако је штету проузроковао намјерно.“ ЗОО, чл. 170, ст. 1 и 2.

³⁶⁶ Исто се односи на радника у штампарији или фабрици која производи производ који се односи на туђи заштићени проналазак и сл.

³⁶⁷ „Ако је новинар плагирањем или на други начин повредио морална права аутора обављајући радну дужност, за штету одговара и организација у којој ради.“ Из образложења: Основано се у жалби тужиоца наводи да првостепени суд није имао у виду одредбу члана 170, став 1 ЗОО. Примена ове одредбе захтева да се разјасни да ли је првотужени проузроковао штету из радног односа или не. У жалби тужиоца се наводи да је тужени „хонорарни уредник“, што изискује да се испита његов радно-правни статус. У поновном поступку првостепени суд ће разјаснити да ли је првотужени у радном односу и да ли му је послодавац ревија или њен оснивач, да би се знало ко одговара за повреду ауторских права тужиоца и накнаду штете, солидарно са њим. (Одлука Врховног суда Србије, Гж 89/94 од 01.09.1994., Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/1994., стр. 61.)

³⁶⁸ У теорији се недостатак пасивне легитимације запослених који немају довољно самосталности у доношењу одлука приликом извршавања радних задатака објашњава непостојањем адекватне узрочности између извршене радње и повреде права. В. С. Марковић, (1999), 364.

³⁶⁹ Директива 2004/48, чл. 11.

Исто предвиђа и Директива о хармонизацији одређених аспеката у информатичком друштву, у случају повреде ауторског и сродних права.³⁷⁰

У споровима за признање ауторства, ако се ради о коауторском дјелу, или ако постоји више проналазача или аутора дизајна, тужени може бити један од коаутора, односно супроналазача, ако је пропустио да наведе име осталих.

5. Врсте тужбених захтјева због повреде права интелектуалне својине

5.1. Тужбени захтјев за утврђење повреде права

Тужбени захтјев је најзначајнији дио тужбе којим се прецизира садржина и обим заштите коју тужилац тражи. У спору због повреде права интелектуалне својине могуће је поставити више тужбених захтјева, који су изричито предвиђени законом. Први захтјев који се поставља је тужбени захтјев за утврђење повреде права. Овим тужбеним захтјевом, тужилац тражи да суд утврди да је извршена повреда субјективног права интелектуалне својине, да је тужени извршио повреду и да је одговоран за учињену повреду. С обзиром да је утврђење повреде права претпоставка за истицање свих осталих захтјева, логично је да овај захтјев претходи свим осталим. Директивом о спровођењу права интелектуалне својине, предвиђено је да, када је донесена одлука којом је установљена повреда права интелектуалне својине, судови могу издати судску наредбу којом се повредиоцу забрањује наставак повреде права.³⁷¹ Из наведене одредбе јасно произлази да је услов за издавање било какве мјере, утврђење повреде права. Међутим, овај захтјев се често и не истиче посебно јер је обухваћен осталим захтјевима. На примјер, ако тужилац захтијева од туженог да престане са повредом права, логично је да суд прво утврђује да ли повреда права уопште постоји. Дакле, чак и ако није изричито постављен, он је прећутно садржан у захтјеву којим се тражи престанак повреде, отклањање стања насталог повредом права, накнада штете и осталим захтјевима који се могу истицати.

Утврђење повреде права је кључно за усвајање осталих захтјева. Уколико суд установи да је извршена повреда права и усвоји тужбени захтјев, тек онда се може одлучивати и о осталим захтјевима постављеним у тужби. Поставља се питање да ли

³⁷⁰ Директива 2001/29, чл. 8, ст. 3.

³⁷¹ Директива 2004/48, чл. 11.

захтјев за утврђење повреде права може бити самосталан. Тужилац ће ријетко тражити од суда да утврди да је извршена повреда права без постављања било ког другог захтјева. У том случају изостаје практични значај и смисао правне заштите. Међутим, то није немогуће ако постоји правни интерес за утврђење повреде права.

Тужба за утврђење повреде права спада у декларативне или утврђујуће тужбе.³⁷² Декларативна тужба или тужба за утврђење је тужба у којој тужилац тражи да суд утврди постојање или непостојање одређеног права или правног односа, повреду права личности или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Код тужби за утврђење, суд својом изреком не ствара нове правне односе, нити преиначује постојеће, већ на несумњив начин утврђује да ли они постоје или не.³⁷³ Тужба за утврђење може се подићи када је то предвиђено посебним прописом или ако тужилац има правни интерес да суд утврди постојање или непостојање права, правног односа, истинитости или неистинитости неке исправе прије доспјелости захтјева за чинидбу из истог односа.³⁷⁴ Осим тога, најновијим измјенама Закона о парничном поступку Републике Српске, изричито је предвиђено да се тужба за утврђење може поднијети ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице, ако је то предвиђено посебним законом или другим прописом.³⁷⁵ Исто рјешење постоји и у Србији.³⁷⁶ Тиме је извршено одступање од преовлађујућег класичног концепта процесне доктрине по којем чињенично питање не спада у домен декларативног захтјева.³⁷⁷ Према класичном концепту процесног права, декларативну тужбу је могуће подићи само за утврђење права или правног односа, јер би утврђење чињеница било супротно начелу правне сигурности.³⁷⁸ Измјенама процесних закона, омогућено је утврђивање чињеница декларативном тужбом.

³⁷² У случају да је осим захтјева за утврђење повреде права постављен још неки захтјев којим се тражи чинидба, онда је то кондемпнаторна или досуђујућа тужба.

³⁷³ М. Живановић, *Тужба за утврђење у парничном поступку*, Универзитет – Правни факултет Бања Лука, 1991, 25.

³⁷⁴ ЗПП РС, чл. 54, ст. 1 и 2.

³⁷⁵ ЗПП РС, чл. 54, ст. 3.

³⁷⁶ ЗПП Србије, чл. 194, ст. 3.

³⁷⁷ „Тужба не може бити тужба ако тражи голо утврђивање чињенице. Мора наиме, да је по среди заштита права. Када би предмет тужбеног захтева могло бити утврђивање голе чињенице, без тврдње о повреди права или позивања на правни интерес, то би заиста био куриозитет који није у складу са традицијом у досадашњој домаћој и упоредној процесној регулативи из ове области. Заштити права служе чињенице, тако да чињенице чине *основ*, а не петит, тужбеног захтева.“ М. Салма, „Чињенице као предмет деклараторне тужбе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2013, 194.

³⁷⁸ Такво рјешење и данас постоји у бившим југословенским републикама. Нпр. ЗПП Хрватске, *Службени лист*, бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, *Народне новине*, бр. 35/91, 53/91,

У теорији се истиче да би самостална тужба за утврђење повреде права могла имати значај у случају тзв. негативног утврђења. На примјер, лице које носилац права упозори да врши повреду права, односно потенцијални повредилац, би могао да тражи да суд утврди да не постоји повреда права, јер је нпр. протекао рок заштите или није плаћена такса и сл. Ако не постоји право, онда нема ни повреде права. Наводни повредилац би такође могао да тражи да суд утврди да он има право да користи предмет заштите на основу законских ограничења субјективних права интелектуалне својине. То би било позитивно утврђење. У оба наведена примјера декларативна тужба би имала учинак утврђења да повреда права не постоји. Међутим, ова питања су више у домену одбране туженог, него евентуалне превенције тужбе за повреду права. Када тужилац подиже декларативну тужбу, он то најчешће чини превентивно, јер тужени оспорава неко тужиочево право. Уколико је до повреде права већ дошло, тужилац више нема правни интерес да подигне декларативну тужбу, јер подизањем кондемпнаторне тужбе прећутно истиче и захтјев за утврђење да право које је повријеђено постоји.³⁷⁹

Ако тужилац постави тужбени захтјев за негативно утврђење којим тражи да суд утврди да не постоји повреда права, може се поставити питање ко у том случају сноси терет доказа. Врховни суд САД-а је имао прилику да се изјасни о овом питању. Према америчком патентном праву, терет доказа постојања повреде сноси носилац патента. У спорном случају, носилац патента је био тужени у спору за утврђење у коме је потенцијални повредилац, као тужилац, тражио да суд утврди да он није извршио повреду патента. Првостепени суд је сматрао да носилац патента који тврди да је извршена повреда права треба то и да докаже. Другостепени суд се није сложио, будући да је у конкретном случају носилац патента тужени, те да није истакао противтужбу нити је раскинуо уговор који је постојао између тужиоца и туженог. Из тих разлога, суд је сматрао да терет доказа сноси тужилац, који је уједно био и корисник лиценце. Међутим, Врховни суд је заузео став да када корисник лиценце декларативном тужбом против носиоца патента тражи да се утврди да не постоји повреда права, носилац патента мора да докаже да је извршена

91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 43/13, 89/14, чл. 187, ЗПП Црне Горе, Службени лист, бр. 22/2004, 76/2006, чл. 188. О недопуштености тужбе за утврђење видјети: М. Живановић, 120-131.

³⁷⁹ Г. Станковић, Р. Рачић, 315.

повреда.³⁸⁰ Таква одлука заснована је на простој правничкој логици да је тешко доказати негативну чињеницу. Ако наводни повредилац не успије да докаже да повреда не постоји, то не значи да повреда постоји, јер то није доказано. Питање постојања повреде остаје отворено, што ствара додатну несигурност за обје стране али и за све оне који би евентуално користили спорни проналазак или поступак.³⁸¹ Осим тога, носилац патента је боље упознат са суштином самог проналаска и са садржином патентних захтјева па лакше може да укаже на радње којима се врши конкретна повреда, док би повредилац морао да негира сваку теоретски могућу повреду.³⁸²

Пребацивање терета доказивања повреде патента на туженог у наведеном случају, последица је англосаксонског поротног система. Према том систему, судија, у зависности од врсте предмета спора, расподјељује дужност презентирања доказа и терет убјеђивања пороте (*burden of persuasion*) у истинитост спорних чињеница. Стога, судија унапријед одређује која ће странка сносити ризик неуспјелог увјеравања пороте у истинитост одређених тврдњи.³⁸³ У домаћем процесном праву, правила о терету доказивања потичу још из римског права и могу се изразити у три принципа. Као прво, тужилац је дужан да докаже основаност свог захтјева (*actori incumbit probatio*), друго, истицањем приговора, тужени постаје тужилац (*reus in excipiendo fiat actor*) и треће правило је да терет доказивања лежи на ономе који нешто тврди, а не на ономе ко пориче (*onus probandi incumbit ei qui affirmat, non ei qui negat*). Законом је предвиђено да странка која тврди да има неко право, доказује чињенице које су битне за настанак или остваривање права, а странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спријечила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако другачије није законом прописано.³⁸⁴ Правило да се негативне чињенице не доказују је временом напуштено, јер колико год да је тешко, оне се некад морају доказивати. Уколико странка тврди да не постоји одређена чињеница, терет доказивања сноси она странка која се позива

³⁸⁰ Пресуда Врховног Суда САД-а, „*Medtronic v. Mirowski*“, 12/1128, 22.01.2014., ПС 7/2014, 825.

³⁸¹ Supreme Court of United States, Opinion of the Court, „*Medtronic, Inc. v. Mirowski Family Venture L.L.C.*“, No. 12-1128, (January 22, 2014), 7. Доступно на: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1128_h315.pdf (приступ децембар 2014.)

³⁸² *Ibid.*, 8.

³⁸³ С. Бркић, „Терет доказивања у кривичном и парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 307.

³⁸⁴ ЗПП, чл. 231.

на њено непостојање ако од непостојања те чињенице зависи основаност њеног захтјева.³⁸⁵ Дакле, ако би се наведени случај рјешавао пред домаћим судом, тужилац би морао да докаже непостојање повреде права.

Утврђење повреде права, без истицања било ког другог захтјева и било које друге санкције, може бити значајно код преговора за закључење уговора о коришћењу заштићеног интелектуалног добра. Пресуда којом се утврђује постојање повреде права може бити повод за закључење уговора. У случају неовлашћеног коришћења предмета заштите, носилац права неће увијек бити заинтересован да забрани радње којима се врши повреда права. Умјесто забране радње повреде или накнаде штете, некада ће бити довољно да са повредиоцем закључи уговор и да дозволи коришћење заштићеног добра, а кроз вриједност накнаде за коришћење надомјести претрпљене губитке.³⁸⁶

5.2. Тужбени захтјев за престанак вршења повреде права

У случају повреде или угрожавања права, примарни циљ носиоца права је да се радње којима се врши повреда зауставе, да се спријече будуће повреде, као и да се предуприједи повреда ако до ње још није дошло, а постоје реални изгледи да ће се десити. Зато ово и јесте најчешћи тужбени захтјев који се поставља у тужби због повреде права интелектуалне својине. Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине у члану који се односи на судске забране, предвиђено је да судске власти имају овлашћење да наложе страни да престане са повредом права.³⁸⁷ Такође, Директивом о спровођењу права предвиђено је да када је донесена судска одлука којом је установљена повреда права интелектуалне својине, државе чланице ће обезбједити да судске власти могу издати судску забрану повредиоцу права којом се забрањује наставак повреде права. Директивом је даље предвиђено да носиоци права имају могућност да захтијевају издавање судских забрана посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду

³⁸⁵ Г. Станковић, Р. Рачић, 391.

³⁸⁶ То ће нарочито бити случај ако носилац права има интерес да се предмет заштите користи. Нпр. ако издавач неовлашћено умножи и стави у промет ауторско дјело, или приреди ново издање за које аутор није дао сагласност, аутор не мора нужно да тражи повлачење примјерака дјела из промета, уништење или накнаду штете. Уколико продаја тих примјерака добро иде, аутору ће бити једноставније да, условно речено, „принуди“ издавача на закључење уговора, него да се упушта у парницу, под условом да је то могуће. Пресуда којом је утврђена повреда права може бити погодна средство преговарања.

³⁸⁷ ТРИПС, чл. 44, ст. 1.

права интелектуалне својине, без обзира на њихову одговорност. Да би се осигурало поступање по судској забрани или налогу, могуће је, ако национални закони то предвиђају, предвидјети периодично плаћање казне.³⁸⁸ Оба наведена извора не прецизирају садржину судских забрана, остављајући широк маневарски простор државама чланицама. Обим и садржина судских забрана зависиће од садржине права и начина на који се врши повреда права.

Већина закона из области интелектуалне својине предвиђа посебан тужбени захтјев за престанак повреде права или забрану радњи којима се повређује право. У Босни и Херцеговини, носилац права може да истакне тужбени захтјев за забрану даљег вршења учињене повреде и будућих сличних повреда престанком или уздржавањем од радњи које то право повређују. Дакле, тужбени захтјев је првенствено усмјерен на престанак вршења радњи којима се повређује право, ако је повреда у току или је већ извршена. Радња којом се врши повреда може бити извршена као „једнократна“, али је могуће и да буде трајна.³⁸⁹ Ако повреда још траје, тражи се престанак радњи којима се право повређује, и забрана даљег вршења учињене повреде и будућих сличних повреда. Уколико је повреда већ извршена, али постоји опасност да ће бити поновљена, тужбени захтјев је усмјерен на забрану понављања повреде, односно будућих сличних повреда уздржавањем од радњи које то право повређују. Било да се забрањује даља повреда или понављање повреде, наглашена је превентивна улога наведених санкција.³⁹⁰

С обзиром да су повреда и угрожавање права законом изричито изједначени у погледу заштите права, наведени тужбени захтјев је могуће поставити и ако повреда није извршена али пријети реална опасност да ће право бити повријеђено. У том случају, захтјев је усмјерен на уздржавање од радњи којима би се извршила повреда права. Законом о ауторском и сродним правима Хрватске, предвиђено је да ако је постављен захтјев за престанак повреде права, тужилац мора да докаже да га туженик узнемирава али не мора да доказује постојање права, док туженик који тврди да има право да предузима радње које носиоца права узнемиравају, мора то и да докаже.³⁹¹

³⁸⁸ Директива 2004/48, чл. 11.

³⁸⁹ Нпр. ако је извршено неовлашћено емитовање, радња повреде је већ завршена, а ако неко неовлашћено употребљава туђу жигом заштићену ознаку за обиљежавање својих производа и ако су ти производи у промету, радња повреде траје.

³⁹⁰ Д. Николић, 106.

³⁹¹ ЗАСП РХ, чл. 177.

Тужилац мора садржински и предметно да прецизира тужбени захтјев, што значи да мора захтијевати престанак вршења или уздржавање од тачно одређених радњи, које садржински одговарају овлашћењима из појединих права интелектуалне својине. Тужбени захтјев мора бити постављен довољно широко да би се спријечило изигравање забране, али такође мора бити довољно прецизиран да би се избјегло да тужба буде одбачена због недовољне одређености тужбеног захтјева.³⁹²

Тужбеним захтјевом за престанак вршења повреде права, тражи се од туженог да се уздржи од предузимања радњи којима се врши повреда права. С обзиром на то, истиче се да је овај тужбени захтјев и тужба због повреде права по својој правној природи негаторна тужба, тј. *actio negatoria*.³⁹³

Примарни циљ носиоца права је отклањање противправног понашања којим се врши повреда права. Међутим, може се поставити питање да ли је у сваком случају када је извршена повреда права неопходно да се такве радње обуставе или да се забрани њихово понављање. На примјер, ако је извршена повреда патента којим се штити компонента једног сложеног производа, да ли је у том случају оправдано забранити производњу цијелог производа. Другим ријечима, да ли је чињеница да је извршена повреда права довољна да суд забрани спорне радње. О томе је одлучивано у америчкој судској пракси. Врховни суд је у једном случају заузео становиште да сама повреда права не мора аутоматски да води изрицању трајне забране у виду престанка коришћења предмета којим се врши повреда.³⁹⁴ Наиме, у спорном случају,³⁹⁵ првостепени суд је установио да је извршена повреда патента и досудио накнаду штете и истовремено одбио тужбени захтјев да се туженом забрани даље коришћење патентираног производа. Жалбени суд је потврдио схватање првостепеног суда примјењујући опште правило да у случају повреде патента, судови издају трајне забране само ако постоје изузетне околности, а Врховни суд је одлучивао о цјелисходности тог правила. У англосаксонском праву, суд може приликом

³⁹² С. Гавриловић, 208.

³⁹³ С. Варга, *Право индустријске својине*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2014, 171.

³⁹⁴ С. Heath, „Wrongful Patent Enforcement – Threats and Post-Infringement Invalidity in Comparative Perspective“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, Vol. 39, 3/2008, 307.

³⁹⁵ Предмет спора је био патентирани пословни модел којим се олакшава електронска трговина између појединаца успостављањем централног налога преко којег се врши продаја. Оператор популарног интернет сајта *eBay* је користио наведени пословни модел. Титулар патента, *MercExchange* је након неуспјелог покушаја да са оператором сајта закључи уговор о лиценци, подигао тужбу због повреде патента. (*eBay v. MercExchange*)

одлучивања о изрицању одговарајуће санкције да се руководи принципом правичности. Принцип правичности се заснива на тзв. тесту у четири корака. Да би суд изрекао коначну забрану, тужилац мора доказати да је претрпио тешку повреду, да су законом предвиђена средства, као што је новчана накнада штете, недовољна да компензују ту повреду, да је, поредећи посљедице које трпе тужилац и тужени, изрицање мјере по основу правичности право рјешење и да изрицање трајне мјере неће бити супротно јавном интересу.³⁹⁶ Ако је патентирани проналазак само једна од компоненти производа или пословања повредиоца и ако је тужба посљедица неуспјешних преговора, онда је новчана накнада штете довољна санкција јер би забрана коришћења производа, у овом случају пословног модела, била супротна јавном интересу.³⁹⁷ Наведена одлука је нарочито значајна јер поставља основ за спречавање злоупотребе патента од стране титулара који се не баве производњом или истраживањем, већ искључиво лиценцирањем права.³⁹⁸

Полазни критеријуми наведеног теста на коме почива принцип правичности су тежина повреде, сразмјера између учињене повреде и санкције и јавни интерес. Европски судови такође морају водити рачуна о сразмјерности повреде и санкције, будући да је то један од основних принципа које предвиђа Директива о спровођењу права. Иако законодавац приликом прописивања тужбеног захтјева за престанак повреде права не упућује суд изричито на принцип сразмјерности, као што је случај са осталим тужбеним захтјевима, то ипак мора бити кључни принцип јер све мјере и санкције које се изричу морају бити сразмјерне извршеној повреди. Примјеном принципа сразмјерности, не може се тражити уништење сложеног производа уколико је повреда учињена дијеловима тог производа који се могу засебно користити. Поставља се питање да ли је у сваком случају сврсисходно забранити коришћење сложеног производа због тога што се једним његовим дијелом вријеђа туђе право интелектуалне својине, најчешће туђи патент. Одговор би зависио од значаја дијела или компоненте у односу на цјелину производа и његово функционисање. Између случаја да је заштићено добро кључна компонента производа и да је његов учинак занемарљив, постоји непрегледан низ случајева у коме је тешко или скоро

³⁹⁶ Supreme Court of the United States, Opinion of the Court, *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, No. 05-130 (May 15, 2006), 4, доступно на: <http://www.supremecourt.us/opinions/05pdf/05-130.pdf> (приступ децембар 2013.)

³⁹⁷ *Ibid.*, 12.

³⁹⁸ То су тзв. „патентни тролови“. Детаљније R. Merges, „Introductory Note to Brief of Amicus Curiae in *eBay v. MercExchange*“, 21 *Berkeley Technology Law Journal* 997 (2006). Доступно на: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/463>, (приступ децембар 2013.)

немогуће вредновати допринос цјелини. Истина, то може да буде велики практични проблем, али, упркос томе, сматрамо да судови морају водити рачуна о принципу сразмјерности, иако није изричито прописано.

5.3. Тужбени захтјев за уклањање стања насталог повредом права

Након што суд утврди постојање повреде права и након забране вршења радњи којима се врши повреда, слједећи логичан корак је захтјев за уклањање стања насталог повредом права. Примарни циљ већине санкција које се изричу у случају повреде права је реституција, односно повраћај у пређашње стање, у мјери у којој то могуће. Најпожељнија је натурална реституција, али је тешко спроводива, нарочито у случају повреде субјективних права интелектуалне својине. Враћање у пређашње стање је могуће искључиво на материјалним добрима у којима је опредмећено заштићено интелектуално добро. Уклањање посљедица повреде права има превасходно реститутивни карактер, али се не може свести искључиво на реституцију.

Тужбени захтјев за уклањање стања насталог повредом права изричито је предвиђен законима којима се регулише област интелектуалне својине у Босни и Херцеговини.³⁹⁹ Сличан тужбени захтјев садржао је и ранији Закон о ауторском праву и сродним правима из 2002. године, којим је тужилац могао да захтијева да тужени уклони стање настало извршеном повредом и успостави стање које је било прије него што је повреда извршена.⁴⁰⁰ Иако је успостављање стања које је постојало прије повреде права пожељно, то није увијек могуће остварити у потпуности. Тужбени захтјев мора бити прецизиран, у зависности од врсте повријеђеног права и начина на који је повреда извршена.⁴⁰¹

Могло би се рећи да, осим захтјева за утврђење повреде права и забране даљег вршења повреде, сви остали тужбени захтјеви који се могу поставити у спору због повреде права интелектуалне својине имају за циљ уклањање стања насталог повредом права. У

³⁹⁹ Исти тужбени захтјев предвиђа и словеначки Закон о ауторском праву, *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah*, „Uradni list RS”, št. 16/2007, чл. 167, ст. 1, т. 3.

⁴⁰⁰ Закон о ауторском праву и сродним правима, „Службени гласник БиХ“, бр. 7/2002, чл. 112, ст. 1, тачка б.

⁴⁰¹ На примјер, ако је повријеђено личноправно овлашћења аутора на назначење имена пропуштањем да се име аутора наведе на корицама књиге, тужилац ће захтијевати од туженог да одштампа нове корице и исправи начињену грешку.

том смислу и накнада штете служи отклањању посљедица повреде права, што је у складу са општом сврхом грађанскоправне санкције.⁴⁰² То је вјероватно један од разлога због којих законодавац у Србији не предвиђа овај захтјев као посебан.

У ширем смислу, тужбени захтјев за уклањање стања насталог повредом права обухвата још неколико тужбених захтјева који се могу поставити у спору због повреде права интелектуалне својине.⁴⁰³ То су мјере које се односе на предмете којима је извршена повреда права, као и алате и опрему, односно средства уз помоћ којих је извршена повреда. Заједничка карактеристика наведених захтјева је принцип сразмјерности или пропорционалности који суд мора узети у обзир приликом одлучивања. Наиме, суд узима у обзир све околности случаја, нарочито сразмјеру између тежине учињене повреде и захтјева, као и интерес овлашћеног лица да се обезбједи ефективна заштита права.

Приликом процјене сразмјерности, односно пропорционалности захтијеване мјере, мора се узети у обзир неколико чинилаца. Као прво, губитак који ће повредилац да претрпи усљед спровођења предложене мјере не смије бити несразмјеран у односу на евентуалну накнаду за коришћење предмета заштите о којој би се стране споразумјеле. Као што је већ наведено, не може се захтијевати престанак коришћења или уништење сложеног производа ако је патентирани проналазак само један од многих проналазака које садржи тај производ или је мањег значаја у односу на цијели производ.⁴⁰⁴ Сљедећи чинилац који може да буде од значаја приликом процјене сразмјерности изречене мјере је улога носиоца права, односно тужиоца, на тржишту заштићених добара. У случају повреде патента, тужилац може бити лице које се бави производњом патентираног проналазка или примјењује заштићени поступак, истраживачка институција или лице које се искључиво бави давањем лиценци. Затим, суд може узети у обзир да ли је повредилац развио технологију самостално, што може бити случај код прекорачења овлашћења која има

⁴⁰² Д. Николић, 144.

⁴⁰³ То су захтјев за повлачење предмета повреде из привредних токова, потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова, уништење предмета повреде, уништење средстава која су искључиво или у претежној мјери намијењена или се употребљавају за чињење повреда и која су својина повредилаца и препуштање предмета повреде носиоцу права уз плаћање трошкова производње.

⁴⁰⁴ А. Ohly, „Three Principles of European IP Enforcement Law: Effectiveness, Proportionality, Deterrence“, *Technology and Competition, Contributions in Honour of Hanns Ullrich*, pp. 257-274, Josef Drexl, ed., Larciar, 2009, 8-9.

ранији корисник, или је ријеч о простом копирању или имитацији туђег производа.⁴⁰⁵ На крају, обим заштите права и степен одговорности повредиоца ће такође имати значајну улогу приликом процјене пропорционалности изречене мјере и извршене повреде.⁴⁰⁶

5.4. Тужбени захтјев за повлачење или потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова

Упориште за тужбене захтјеве који се односе на предмет повреде и алате и опрему уз помоћ којих је извршена повреда, на међународном плану представља члан 46 ТРИПС-а који предвиђа тзв. остала правна средства, а на европском нивоу чл. 10 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине, којим су регулисане корективне мјере. ТРИПС предвиђа обавезу држава чланица да, у циљу ефикасног спречавања повреда права, предвиде одговарајуће мјере у односу на робу за коју је утврђено да је њоме извршена повреда права. Мјере предвиђене ТРИПС-ом су повлачење робе из трговинских токова на начин којим се неће нанијети штета титулару права и уништење такве робе, ако то није у супротности са постојећим уставом. Повлачење робе из трговинских токова и уништење робе врше се без било какве накнаде повредиоцу.

Директивом о спровођењу права интелектуалне својине, предвиђено је да надлежне судске власти могу на тражење подносиоца захтјева изрицати тзв. корективне мјере у погледу робе за коју је установљено да је њоме извршена повреда права. То су повлачење робе из комерцијалних канала, коначно уклањање из комерцијалних канала или уништење такве робе. Предвиђено је да се наведене мјере врше без било какве накнаде. За разлику од ТРИПС-а, Директива прави разлику између повлачења робе и коначног уклањања робе из трговинских токова, односно комерцијалних канала. Међутим, осим пуке дистинкције, Директива их не дефинише што представља додатни проблем приликом њихове имплементације у поједина законодавства и даље кроз примјену у пракси.

Законодавац у Босни и Херцеговини је, по узору на одредбе Директиве, предвидио посебне тужбене захтјеве за повлачење предмета повреде из привредних токова уз

⁴⁰⁵ То је по правилу тешко доказати јер ће повредиоца у својој одбрани тврдити да се није угледао на туђи рад нити преузимао туђе идеје већ да је производ којим се врши повреда права настао као резултат његовог самосталног рада.

⁴⁰⁶ A. Ohly, 9.

уважавање интереса трећих савјесних лица и потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова. У Србији је једино Законом о жиговима предвиђено да тужилац може захтијевати одузимање и искључење из промета предмета којима је извршена повреда права, као и алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права.⁴⁰⁷ Када су у питању остала субјективна права интелектуалне својине, укључујући и жиг, искључење из промета предмета којима се врши повреда права може се изрећи као привремена мјера прије почетка судског поступка, односно прије него што суд донесе одлуку о постојању повреде права. У Хрватској, тужилац може тужбом поставити захтјев да се производи који су настали или су прибављени повредом патента, жига, индустријског дизајна и ознаке географског поријекла одузму, повуку из промета или униште. Законом о ауторском праву Њемачке предвиђен је захтјев за повлачење или потпуно уклањање из привредних токова незаконито произведених или дистрибуираних копија или копија које су намијењене незаконитој дистрибуцији.⁴⁰⁸ Сличне одредбе о повлачењу предмета повреде из трговинских токова садрже и закони других земаља.

Поставља се питање у чему је разлика између повлачења и потпуног уклањања предмета повреде из привредних токова.⁴⁰⁹ Већина држава које су у своја законодавства имплементирале одредбе Директиве, мјеру повлачења робе из привредних токова предвиђају у случају када роба више није у посједу повредиоца, односно туженог. Дакле, када се роба којом се повређују права интелектуалне својине налази у посједу трећих лица, као што су велетрговци, дистрибутери и трговци на мало, а не туженог, истиче се захтјев за повлачење предмета повреде из привредних токова. Смисао овог захтјева је да се омогући да се роба којом се повређују права интелектуалне својине повуче из промета без обзира на то код кога се налази. На такав закључак упућују и одредбе о грађанскоправној заштити садржане у законима којима се регулишу права интелектуалне својине јер предвиђају да се повлачење из привредних токова врши уз уважавање интереса трећих савјесних лица. Дакле, роба којом се врши повреда субјективних права интелектуалне својине може се повући из промета без обзира код кога се налази, при чему се мора водити рачуна о лицима која нису знала или нису могла да знају да се том робом врши повреда

⁴⁰⁷ ЗОЖ РС, чл. 73а, ст. 1, тачка 3 и 4.

⁴⁰⁸ Закон о ауторском праву Њемачке, чл. 98, ст. 2.

⁴⁰⁹ Поједине државе, као што су Грчка, Шпанија и Румунија, не праве разлику између повлачења и потпуног уклањања робе из привредних токова.

права. Међутим, ако се роба нађе код крајњег корисника, односно потрошача и ако се не користи у комерцијалне сврхе, таква роба више није у привредним токовима. С обзиром да се говори о повлачењу робе из привредних токова, предмети повреде који се налазе код крајњих корисника не спадају у ову категорију.

С друге стране, коначно или потпуно уклањање робе из привредних токова указује на коначни, трајни карактер изречене мјере. Роба, односно предмет повреде који је коначно уклоњен не може бити враћен у привредне токове. По правилу, сљедећи корак је уништење такве робе, али када је у питању грађанскоправна заштита, то је могуће само ако је постављен такав захтјев. На примјер, у Француској је захтјев за потпуно уклањање робе из привредних токова предуслов за уништење робе.⁴¹⁰

Уколико потпуно уклањање предмета из привредних токова има трајни карактер, онда мјера повлачења предмета може да буде схваћена као привремена. То значи да би предмети који су повучени из промета могли бити враћени у привредне токове, под претпоставком да се повреда права може отклонити. Од врсте повреде права и начина на који је извршена зависиће могућност да се повреда отклони и да се предмети поново нађу у привредним токовима. То ће, у крајњој линији, одредити тужиоца приликом постављања тужбених захтјева. Ако је повреда таква да се може отклонити, поставиће захтјев за повлачење робе из привредних токова. Супротно, ако се повредом задире у саму суштину заштићеног добра и ако се не може отклонити без измјене самог предмета, тужилац ће захтијевати потпуно уклањање из привредних токова. На примјер, ако су производи неовлашћено означени туђим жигом, уклањање ознаке са паковања би отклонило повреду. Међутим, ТРИПС-ом је изричито предвиђено да, у односу на робу са кривотвореним жигом, једноставно уклањање незаконито стављеног жига није довољно, осим у изузетним случајевима.

Трајност мјере може да се посматра и са процедуралног аспекта. Повлачење предмета повреде из привредних токова може да се изриче као привремена мјера, прије доношења одлуке о меритуму спора, али и као коначна мјера коју суд изриче након окончања поступка поводом повреде права. У неким државама, повлачење робе из промета је могуће изрећи само као привремену мјеру.⁴¹¹ Директивом је мјера повлачења робе из

⁴¹⁰ Види Анализу примјене Директиве о спровођењу права интелектуалне својине, документ Европске комисије SEC(2010) 1589 final, стр. 19.

⁴¹¹ *Ibid.*

привредних токова предвиђена као једна од мјера које произлазе из одлуке о меритуму спора. Међутим, оно што свакако треба имати у виду је да уколико суд у поступку због повреде права донесе одлуку о повлачењу робе из привредних токова, таква одлука не може имати привремени карактер.

Повлачење, односно дефинитивно уклањање робе из привредних токова отвара питање шта се даље дешава са том робом. Уколико су предмети повреде само привремено повучени из трговинских токова, теоретски је могуће да поново буду враћени у промет. Ако је извршено дефинитивно уклањање из робних токова, не постоји могућност њеног поновног враћања, али остаје нејасна даља судбина такве робе. Роба која је повучена из промета се мора негдје смјестити, што значи да неко мора сносити трошкове чувања такве робе. Директивом је изричито предвиђено да се корективне мјере, дакле повлачење, коначно уклањање робе из привредних токова, као и уништење робе, спроводе на трошак повредиоца права, осим ако се не позову на одређене разлоге да то не учине. Међутим, трошкови складиштења такве робе, усљед инсолвентности туженог, у пракси често падају на терет онога који је захтијевао мјеру. То је један од разлога да се осим повлачења и складиштења, захтијева и уништење робе којом се повређују права интелектуалне својине.

5.5. Тужбени захтјев за уништење или преиначење предмета повреде

Осим повлачења и потпуног уклањања предмета повреде из привредних токова, тужилац може захтијевати и уништење предмета повреде. Будући да спречава даље повреде права, уништење предмета повреде има превентивни карактер. Уништење као санкцију предвиђа ТРИПС, и то само ако је то у складу са уставом одређене државе. Директивом је такође предвиђена могућност уништења предмета повреде.

У односу на остале корективне мјере које се могу изрећи у случају повреде субјективних права интелектуалне својине, уништење предмета повреде се најчешће примјењује. Уништење предмета повреде је грађанскоправна санкција, која се разликује од уништења у царинском или кривичном поступку. Прво питање које се поставља је шта се сматра предметом повреде. Одредбама ТРИПС-а и Директиве, предвиђено је да суд може наложити уништење робе за коју је утврђено да повређује неко субјективно право интелектуалне својине. Законодавац у Босни и Херцеговини даје широку, уопштenu

формулацију, не прецизирајући шта се сматра предметом повреде. Предмет повреде се одређује у сваком појединачном случају, у зависности од врсте повреде и начина на који је извршена. То су предмети који настају неовлашћеним умножавањем или јавним саопштавањем ауторског дјела, неовлашћеном производњом патентираног производа или примјеном патентираног поступка, неовлашћеним означавањем свог производа туђом заштићеном ознаком, неовлашћеном производњом или подражавањем туђег заштићеног дизајна и сл. Дакле, предмети који настану као резултат неовлашћених радњи којима се врши повреда права су предмети повреде.

Законодавац у Србији, бар када је у питању заштита ауторског и сродних права, проширује појам предмета којима је извршена повреда права, осим примјерака предмета заштите, и на њихову амбалажу, матрице, негативе и слично.⁴¹² Према Закону о патентима, предметима повреде сматрају се сви производи који су настали или стечени повредом права.⁴¹³ У Хрватској се под предметима повреде подразумијевају сви примјерци који су бесправно израђени или стављени на тржиште или су намијењени стављању на тржиште.⁴¹⁴ Закон о ауторском праву Њемачке предвиђа уништење неовлашћено произведених или дистрибуираних примјерака, или примјерака који су намијењени неовлашћеној дистрибуцији, који су у посједу повредиоца или су његова својина.⁴¹⁵ На овај начин се поставља значајно ограничење, јер се захтјев за уништење предмета којима се врши повреда не може поставити када ти предмети нису више у државини или својини повредиоца. Дакле, уколико лице које врши повреду права отуђи те примјерке, не може се захтијевати њихово уништење.

Уништење предмета повреде је заправо веома строга санкција која производи значајне економске, али и правне посљедице. Остављајући по страни уништење предмета повреде као казнену мјеру, у грађанском праву, уништење дубоко задире у туђа својинска овлашћења. Ово је још једно од питања у коме два субјективна, приватна права долазе у сукоб. Из тог разлога, ТРИПС изричито упућује на усаглашеност са уставним одредбама.

За разлику од њемачког законодавца, у нашем праву нема сличног ограничења, па се поставља питање да ли би се захтјев за уништење могао поставити ако је повредилац

⁴¹² ЗАСП РС, чл. 205, ст. 1, тачка 3.

⁴¹³ ЗОП РС, чл. 133, ст. 1, тачка 5.

⁴¹⁴ ЗАСП РХ, чл. 181, ст. 1.

⁴¹⁵ Закон о ауторском праву Њемачке, чл. 98, ст. 1.

отуђио предмет повреде. Осим принципа сразмјерности, у том случају долазе до изражаја интереси трећих лица и њихова права. На овом мјесту бисмо могли направити својеврсно поређење са стварноправним институтом стицања од невластника. Лице које стиче ствар од невластника мора бити савјесно. По истом принципу, савјесност би могла да буде од значаја код постављања захтјева за уништење предмета којом се врши повреда права. Ако је стицалац несавјестан, односно, ако је знао да се ради о предметима којима се врши повреда права, онда би било сасвим оправдано да се тражи њихово уништење. У супротном, ако стицалац није знао, нити је могао да зна за ту чињеницу, то би евентуално могао да буде основ за одбијање тужбеног захтјева. Када су у питању предмети којима се врши повреда права, својина на предмету није спорна, већ природа предмета који се стиче. Према правилима о стицању од невластника, чак и ако је стицалац савјестан, не може стећи својину од невластника ако је ствар украдена.⁴¹⁶ Предмети којима се врши повреда права нису украдени, него су неовлашћено произведени, дакле произведени су без дозволе титулара права, па се у извијесном смислу могу уподобити украденим стварима. То може бити један од аргумената којим се оправдава могућност уништења предмета којима се врши повреда права, чак и када нису у својини повредиоца.

Са друге стране, својина је потпуна власт на ствари, у овом случају на примјерку предмета заштите који је неовлашћено произведен. Без обзира на начин настанка и поријекло производа, власник је једини који има *ius abutendi*, односно овлашћење располагања предметом својине, које обухвата чак и право уништења тог предмета. Поставља се питање да ли се носиоцима субјективних права интелектуалне својине даје превише овлашћења ако им се омогућава да захтијевају уништење туђег предмета. Другим ријечима, чиме се може правдати ограничење права својине у корист другог приватног, субјективног права. Сва права подлијежу извијесним ограничењима, која морају бити изричито предвиђена и која су углавном у јавном интересу. Међутим, у сукобу два приватна права, законодавац ипак даје предност субјективном праву интелектуалне својине над правом својине. Уколико је у питању својина повредиоца, ограничење својине је потпуно оправдано, али нисмо сигурни да је то оправдано ако је спорни предмет у својини трећег савјесног лица. Стога, приликом постављања захтјева за уништење предмета повреде, требало би водити рачуна о интересима трећих савјесних лица и у

⁴¹⁶ Закон о стварним правима, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 124/08, 58/09, 95/11 и 60/15, чл. 111.

сваком конкретном случају одмјерити предности и недостатке и за једну и другу страну. Изузетно, захтјев за уништење је у потупности оправдан у случају да су спорни предмети опасни по живот и здравље људи.

Осим уништења, већина закона предвиђа могућност преиначења предмета повреде. Изузетно, законодавац у Босни и Херцеговини не предвиђа изричито овај тужбени захтјев. Међутим, с обзиром да је предвиђен посебан тужбени захтјев за уклањање стања насталог повредом права, један од начина да се то постигне би могло да буде преиначење предмета повреде.

Приликом одлучивања о усвајању захтјева за уништење или преиначење предмета повреде, као и осталим захтјевима који се односе на предмет повреде и средства којима је учињена повреда, узимају се у обзир све околности случаја, нарочито сразмјера између тежине учињене повреде и захтјева, као и интерес овлашћеног лица да се обезбједи ефективна заштита права. То је тзв. принцип сразмјерности или пропорционалности, који предвиђају ТРИПС и Директива о спровођењу права. Према одредбама ТРИПС-а и Директиве, осим сразмјере између тежине повреде и наложених правних средстава, узимају се у обзир и интереси трећих лица.

Принцип сразмјерности, односно пропорционалности је постојао у појединим европским државама и прије усвајања, а затим и након имплементације Директиве. Њемачка судска пракса изградила је неколико критеријума који се узимају у обзир приликом процјене сразмјере између тежине учињене повреде и наложене правне санкције. Први критеријум је кривица повредиоца, односно степен пажње, односно непажње, или умишљај приликом извршења повреде. Иако одговорност за повреду права постоји без обзира на кривицу, од степена одговорности зависи остварење појединих тужбених захтјева, између осталих и захтјев за уништење или повлачење предмета повреде из трговинских токова. Не може се на исти начин поступати у случају умишљајне, намјерне повреде и нехата. Затим, тежина учињене повреде опредјељује да ли ће суд усвојити тужбени захтјев за уништење или преиначење предмета повреде. По правилу, суд ће досудити уништење само у случају најтежих повреда, нпр. када је неовлашћено произведени примјерак идентичан предмету заштите. Сљедећи критеријум је упоређивање штете коју ће повредилац претрпјети уништењем или повлачењем предмета повреде у односу на штету коју је претрпио носилац права усљед повреде. Мора се водити рачуна о

томе да уништење предмета повреде није казнена мјера и да штета коју повредилац трпи уништењем предмета повреде не може бити несразмјерна у односу на штету коју је претрпио носилац права. На крају, суд мора размотрити да ли се циљ санкционисања може постићи неком другом примјеренијом мјером, која не би била толико строга за повредиоца. Међутим, њемачки Савезни суд наглашава да је уништење предмета повреде у служби опште превенције у односу на све остале повреде, те да чак и у случају када се повреда може отклонити на друге начине, захтјев за уништење не мора бити несразмјеран.⁴¹⁷ У Италији је било случајева у којима је суд сматрао да је захтјев за уништење предмета повреде несразмјеран. Жалбени суд у Милану је 1977. године одбио захтјев за уништење у случају повреде патента из разлога што је важење патента истицало за два мјесеца.⁴¹⁸ Судови у Луксембургу сматрају да се повлачење предмета повреде из привредних токова и њихово уништење не могу досудити у случају када су предмети повреде у посједу крајњих потрошача, јер би то било супротно принципу пропорционалности.⁴¹⁹

Управо принцип пропорционалности је био одлучујући да законодавац, у одређеним случајевима, предвиди изузетке од примјене захтјева за уништење предмета повреде. Први изузетак односи се на архитектонске објекте. Посебан ауторскоправни третман грађевина као реализованих дјела архитектуре долази до изражаја и у погледу њихове грађанскоправне заштите. Тужбени захтјев за уништење или преиначење предмета повреде не може се поставити у односу на изграђене архитектонске објекте. Изузетно, поједини закони дозвољавају да се досуди уништење објекта ако је то сврсисходно, узимајући у обзир све околности случаја, нарочито мању вриједност објекта,⁴²⁰ или ако постоји посебно оправдан разлог за његово уништење.⁴²¹ Није сасвим јасно да ли је, осим уништења, могуће захтијевати преиначење објекта ако је то сврсисходно, односно, ако за то постоје оправдани разлози. Иако то из језичког тумачења спорних одредаба не произлази, мишљења смо да у овом случају треба поћи од њиховог циља и већ споменутог

⁴¹⁷ Report drafted by the Legal Sub-group of the European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Corrective Measures in Intellectual Property Rights*, question 5.1., стр. 75, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/corrective_measures_en.pdf, (приступ новембар 2013. године).

⁴¹⁸ *Ibid.*, 77.

⁴¹⁹ *Ibid.*, 81.

⁴²⁰ ЗАСП БиХ, чл. 156, ст. 2.

⁴²¹ ЗАСП РХ, чл. 181, ст. 3.

принципа пропорционалности. С обзиром на материјалну, али и употребну вриједност грађевинског објекта, не може се поставити захтјев за његово уништење, односно рушење или преиначење јер не би постојала сразмјера између тежине учињене повреде и санкције. Међутим, ако је законодавац допустио да се дозволи рушење објекта у случају када је то сврсисходно и ако је објекат мање вриједности, тим прије би се могло дозволити преиначење таквог објекта, нарочито узимајући у обзир интерес овлашћеног лица да се обезбједи ефективна заштита права. Суд би требало да води рачуна о спроводивости преиначења објекта, као и о трошковима, јер је могуће да трошкови преиначења буду већи од трошкова уништења објекта. Законодавац у Хрватској иде корак даље, па предвиђа да ако су уништење или преиначење предмета повреде, укључујући и грађевине, несразмјерни природи и интензитету повреде, а повреда се може отклонити на неки други начин, суд може одредити друге потребне мјере.⁴²²

Тужбени захтјев за уништење или преиначење не може се поставити ни у случају сложених предмета, када је повреда права извршена дијеловима који се могу раздвојити, под условом да производња тих дијелова и њихово стављање у промет нису противзаконити. Дакле, и у овом случају преовлађује принцип сразмјерности.

5.6. Тужбени захтјев за уништење или преиначење средстава којима је извршена повреда права

Осим тужбеног захтјева за уништење или преиначење предмета повреде, тужилац може захтијевати уништење или преиначење средстава којима је извршена повреда права. ТРИПС-ом је предвиђено да се сировине и алати чија је преовлађујућа употреба била у стварању робе којом се врши повреда права, без икакве надокнаде повуку из трговинских токова на начин који ће свести ризик од даљих повреда права на најмању могућу мјеру.⁴²³ Директивом је предвиђено да се тзв. корективне мјере могу предузети у одговарајућим случајевима у погледу материјала и алата углавном употребљених у стварању или

⁴²² ЗАСП РХ, чл. 181, ст. 4. Наведена одредба је веома флексибилна јер оставља простора да се у сваком конкретном случају, у зависности од врсте заштићеног добра и начина повреде, одреди и одговарајућа санкција. Међутим, једно од основних начела грађанског судског поступка је да суд одлучује у границама постављеног захтјева, те да не иде ни мимо ни преко тужбеног захтјева, па се поставља питање да ли би суд могао да одређује друге потребне мјере без тужбеног захтјева.

⁴²³ ТРИПС, чл. 46.

производње те робе.⁴²⁴ За разлику од ТРИПС-а који предвиђа само повлачење из трговинских токова, Директива иде корак даље, па, осим повлачења и коначног уклањања из трговинских токова, предвиђа и могућност уништења материјала и алата употребљених за извршење повреде права. Одредбе Директиве имплементирани су у национална законодавства.

У Босни и Херцеговини, тужилац може захтијевати уништење средстава која су искључиво или у претежној мјери намијењена или се употребљавају за чињење повреда и која су својина повредилаца.⁴²⁵ Из наведене одредбе произлази да тужилац може захтијевати уништење не само оних средстава која се употребљавају за извршење повреде, него и средстава која су намијењена за ту сврху. Дакле, није битно да ли је повреда права већ извршена или постоји опасност да ће се десити. То мора бити њихова искључива или претежна намјена, јер ако се могу употријебити и у друге сврхе, њихово уништење не би било у складу са принципом сразмјерности.⁴²⁶ Са друге стране, средства која имају другу намјену али се употребљавају за вршење повреде права могу бити уништена, уколико је то у складу са начелом сразмјерности. У сваком случају, може се захтијевати уништење само оних средстава која су својина повредилаца.⁴²⁷ То значи да ако повредилац изнајми опрему којом ће извршити неовлашћено умножавање ауторског дјела, не може се захтијевати уништење те опреме. Другачије рјешење би представљало неоправдано задирање у својинска овлашћења лица која нису извршила повреду права. Међутим, могло би се поставити питање доприноса власника средстава извршеној повреди, ако зна у коју сврху ће средства бити употребљена. Уколико власник средстава којима се врши повреда права на било који начин учествује у повреди, помаже или прикрива повреду, онда се и такво лице може сматрати повредиоцем, без обзира што није директно извршило чин повреде права.

Тужилац у Србији може захтијевати уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, ако је то

⁴²⁴ Директива 2004/48, чл. 10, ст. 1.

⁴²⁵ Законодавац предвиђа само могућност уништења средстава, а не и њихово преиначење. Уколико би се преиначењем могло уклонити стање настало повредом права, онда би могао да буде постављен такав захтјев. У сваком случају, мора се водити рачуна о принципу сразмјерности.

⁴²⁶ Италијански суд је одбио захтјев за уништење средстава уз помоћ којих је извршена повреда права због тога што је могућа њихова законита употреба. Види Извјештај: *Corrective Measures in Intellectual Property Rights*, питање 5.1., стр. 77.

⁴²⁷ Одредба о својинском ограничењу је настала по узору на њемачко право.

неопходно за заштиту права. Закон о патентима предвиђа одузимање или уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета који су претежно употребљени у стварању производа којима се повређује право.⁴²⁸ Слично рјешење постоји и у хрватском праву, с тим што се може захтијевати уништење, преиначење или предаја средстава којима је повреда учињена. Међутим, ако би уништењем средстава којима је извршена повреда настала већа штета од штете која је настала повредом права, и ако нису у питању средства која су искључиво или претежно намијењена за повреду права, не може се досудити било која од наведених мјера. Дакле, уништење средстава којима је извршена повреда права може се захтијевати изузетно, ако је то неопходно за заштиту права и ако је то у складу са принципом сразмјерности.

5.7. Тужбени захтјев за препуштање предмета повреде носиоцу права уз плаћање трошкова производње

У спору због повреде права интелектуалне својине, осим повлачења предмета повреде из привредних токова, коначног уклањања из привредних токова, уништења или преиначења, носилац права може захтијевати да му се предмети повреде предају уз плаћање трошкова производње. Предаја предмета повреде није предвиђена ни ТРИПС-ом нити Директивом, али постоји у упоредном законодавству.⁴²⁹ Већина закона захтјев за предају предмета повреде предвиђа као алтернативу уништењу или преиначењу предмета повреде, па умјесто уништења или преиначења, тужилац може захтијевати предају предмета повреде. У Босни и Херцеговини је захтјев за предају, односно препуштање предмета повреде предвиђен као самостални захтјев. Упркос томе, мјеста за истицање овог захтјева може бити само ако није истакнут захтјев за уништење.

Носилац права може имати интерес да му се предмети повреде предају ако су таквог квалитета да би их он могао даље користити. Предаја се врши уз плаћање трошкова производње,⁴³⁰ односно уз накнаду која не може бити већа од трошкова производње.⁴³¹ Осим предмета повреде, према хрватском и њемачком ауторском праву, могуће је тражити

⁴²⁸ ЗОП РС, чл. 133, ст. 1, тачка 6.

⁴²⁹ Захтјев за предају предмета повреде предвиђен је по узору на њемачко право.

⁴³⁰ У Босни и Херцеговини.

⁴³¹ ЗАСП РХ, чл. 181, ст. 2. Законодавац поставља горњу границу накнаде, али је могуће да накнада буде нижа од трошкова производње.

предају алата и опреме, односно средстава којима је извршена повреда права. Као и у претходним тужбеним захтјевима, суд приликом одлучивања полази од принципа сразмјерности.

Поред предаје предмета повреде носиоцу права умјесто уништења, у упоредном праву постоји могућност тзв. секундарне употребе предмета повреде у виду уклањања ознаке којом се врши повреда жига, рециклирања, поклањања у добротворне сврхе и сл. Ово питање није уређено на међународном, нити на нивоу Уније. Због одсуства хармонизације, постоји разноликост у погледу националног регулисања. Секундарна употреба предмета повреде је могућа у грађанском, царинском или кривичном поступку због повреде права интелектуалне својине. У појединим државама дозвољена је само у грађанском или царинском поступку, а у појединим државама није уопште дозвољена.⁴³² У праву интелектуалне својине бивших југословенских држава, секундарна употреба предмета повреде није дозвољена.

5.8. Тужбени захтјев за објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог

Једно од најефикаснијих средстава за отклањање стања насталог повредом права у појединим ситуацијама може да буде објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог. Објављивањем пресуде, шира јавност се упознаје са чињеницом да је извршена повреда права, да је повреду права извршило одређено лице, као и да је изречена одговарајућа санкција. Такође, објављивање пресуде може имати и превентивно дејство, будући да дјелује као додатно средство одвраћања од будућих повреда права.

Директивом о спровођењу права, предвиђено је да у поступцима покренутим поводом повреде субјективних права интелектуалне својине, судске власти могу, на тражење подносиоца захтјева и на трошак повредиоца права, наложити одговарајуће мјере објављивања информације о одлуци, укључујући излагање одлуке или њено објављивање у цјелини или дјелимично. Осим тога, државе чланице могу предвидјети и додатне мјере

⁴³² Секундарна употреба предмета повреде није дозвољена у Француској, Словенији, Холандији, Белгији и Грчкој.

објављивања које су примјерене одређеним околностима, укључујући уочљиво оглашавање.⁴³³

Објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог предвиђа већина закона из области интелектуалне својине.⁴³⁴ Законодавац у Хрватској детаљније регулише ово питање наводећи да правноснажна пресуда којом је макар и дјелимично усвојен захтјев за заштиту права, може бити објављена у средствима јавног информисања на трошак туженог. Пресуда се може објавити у цјелости, али је понекад довољно ефикасно објављивање само дијела пресуде и то обавезно изреке и оног дијела из којег је видљиво о каквој се повреди ради и ко је повриједио односно право.⁴³⁵ У Закону о ауторском праву Њемачке предвиђено је да се пресуда може објавити на трошак стране која је изгубила спор, с тим што природу и обим публикавања одређује суд а пресуда се мора објавити у року од три мјесеца од правноснажности пресуде.⁴³⁶

Тужбени захтјев за објављивање пресуде у средствима јавног информисања најчешће се користи у случају нарушавања части и угледа усљед повреде личноправних овлашћења. Титулар личноправног овлашћења објављивањем пресуде добија извијесну моралну сатисфакцију. На примјер, ако је повријеђено право патернитета, јавност треба да буде обавјештена о томе ко је заиста аутор дјела.⁴³⁷ Такође, ако је неко неовлашћено

⁴³³ Директива 2004/48, чл. 15.

⁴³⁴ У ЗАСП-у БиХ, предвиђен је тужбени захтјев за објављивање пресуде, без назнаке да се објављивање врши на трошак туженог.

⁴³⁵ ЗАСП РХ, чл. 180,

⁴³⁶ ЗАСП Њемачке, чл. 103.

⁴³⁷ “Пресудом Окружног суда у Београду П. број 124/05 од 27.09.2005. године, ставом првим изреке, усвојен је тужбени захтев тужиоца и утврђено да је тужени повредио тужиочева ауторска права, тако што је на плакатима са текстом „Србијо да ли памтиш? Да ли видиш? Да ли живиш?“ објавио фотографију –портрет Зорана Ђинђића, чији је аутор тужилац, без навођења имена аутора и без плаћања накнаде за искоришћавање ауторског дела тужиоца. Ставом другим изреке забрањено је туженом даље повређивање ауторског права тужиоца било каквим даљим објављивањем и коришћењем овог ауторског дела под претњом новчане казне. Ставом трећим изреке тужени је обавезан да на свом Интернет сајту на главној страници током 30 дана од дана правноснажности ове пресуде објављује пресуду под претњом новчане казне... Према чињеничном стању који је првостепени суд правилно и у потпуности утврдио, тужени је током марта 2005. године спорну фотографију са пропатним текстом „Србијо! Да ли памтиш? Да ли видиш? Да ли живиш?“ објавио на билбордима широм Србије и на Интернет сајту туженог, не наводећи име аутора фотографије. У књизи аутора Милоша Васића „Атентат на Зорана“ која је објављена 2005. године, спорна фотографија објављена је на насловној страни књиге, а као аутор фотографије наведен је тужилац. Према допису Владе Републике Србије од 23.08.2005. године и извештају Владе Републике Србије од 15.09.2005. године, Канцеларија за сарадњу са медијима Владе Републике Србије не располаже подацима да ли је спорна фотографија дата туженом и по ком основу, нити ко је аутор спорне фотографије и да ли постоји уговор о преносу ауторских права са аутора на Владу Републике Србије. Код овако утврђеног чињеничног стања, правилно је у побјаној пресуди примењено материјално право када је утврђено да је тужени објављивањем спорне фотографије без навођења имена аутора и без плаћања накнаде за искоришћавање ауторског дела повредио ауторска права

присвојио туђи проналазак, у интересу је правог проналазача да се то објави. Објављивање пресуде у случају повреде личноправних овлашћења је облик неновчане накнаде нематеријалне штете. За разлику од новчане накнаде нематеријалне штете, објављивање пресуде могу захтијевати и насљедници, јер постоји интерес да се чак и након смрти лица или након истека рока трајања имовинскоправних овлашћења или патента зна ко је аутор одређеног дјела или проналазач.⁴³⁸

Примјена захтјева за објављивање пресуде не ограничава се искључиво на повреду личноправних овлашћења. Често се користи и у случају повреде пословног угледа, паразитског искоришћавања познатости туђе ознаке, подражавања туђег заштићеног добра и другим ситуацијама када се изазива забуна на тржишту. Смисао објављивања пресуде је да јавност буде обавијештена о томе да роба обиљежена одређеном ознаком не потиче од лица овлашћеног да је користи. Осим моралне сатисфакције, у овом случају неизоставни су и економски ефекти објављивања пресуде. Код изазивања забуне на тржишту, релевантну јавност чине прије свега потрошачи, али и други учесници на тржишту. Потрошачи ће бојкотовати робу туженог, посебно ако ознаку која је неовлашћено коришћена прати представа о одређеном квалитету робе, а остали учесници на тржишту ће

тужиоца, па је туженом забрањена даља повреда права и наложено објављивање пресуде о трошку туженог. Наиме, спорна фотографија представља ауторско дело у смислу члана 2. став 2. тачка 9. Закона о ауторским и сродним правима „Службени лист СЦГ“, бр. 61/2000). Чланом 9. став 2. истог Закона предвиђено је да се аутором сматра лице чије су име, псеудоним или знак назначени на примерцима дела, или наведени приликом објављивања дела, док се не докаже другачије. Члановима 14.-18. истог Закона заштићена су морална права аутора, и то право патернитета, право на назначење имена, право објављивања, право на заштиту интегритета дела и право на супротстављање недостојном искоришћавању дела. Према члану 177. став 1. тач. 1, 2. и 6. истог Закона, носилац ауторског права тужбом може захтевати утврђивање повреде права, престанак повреде права и објављивање пресуде о трошку туженог. Тужилац је током поступка доказао да је аутор спорне фотографије у смислу члана 9. став 2. Закона о ауторским и сродни правима, а тужени није доказала супротно, будући да извештајима добијеним од Владе Републике Србије није потврђена тврдња туженог да је спорну фотографију добио из документације Владе Србије у време када је премијер био Зоран Живковић, те да се ради о јавном добру које се може користити без ограничења. Стога је побијаном пресудом правилно усвојен тужбени захтев тужиоца и утврђено да су објављивањем спорне фотографије – портрета Зорана Ђинђића без навођења имена тужиоца као аутора повређена морална права аутора, предвиђена у чл. 14.-18. Закона о ауторским и сродним правима. Правилно је примењен и члан 177. став 1. тач. 1, 2. и 6. истог Закона када је туженом наложен престанак повреде права и објављивање пресуде о трошку туженог на Интернет сајту туженог на главној страници током 30 дана од дана правноснажности пресуде. Имајући у виду дефиницију јавног гласила у смислу члана 11. Закона о јавном информисању („Службени гласник РС“, бр. 43/2003 и 61/2005), оваква обавеза објављивања пресуде, у електронском медију, у складу је са чланом 10. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, будући да је овакав начин мешања у слободу медија законит и у складу са легитимним циљем заштите ауторског права тужиоца, а време од 30 дана од објављивања на главној страници Интернет сајта туженог, по оцени Врховног суда, представља подесан начин ограничења слободe медија и меру сразмерну легитимном циљу коме се тежи.“ Пресуда Врховног суда Србије, Гж 145/06 од 24.10.2007. године.

⁴³⁸ Захтјев за објављивање пресуде у случају повреде личноправних овлашћења није условљен постојањем нематеријалне штете.

избјегавати пословање са туженим. Економски ефекти таквог понашања учесника на тржишту би требало да се „прелију“ на страну тужиоца, чиме би се постигло ако не отклањање, онда бар ублажавање претрпљених губитака.

5.9. Тужбени захтјев за накнаду штете

Уколико је повредом права интелектуалне својине проузрокована штета, тужилац може поставити захтјев за накнаду штете. У том случају примјењују се општа правила о накнади штете и одговорности за штету, осим ако законом није другачије одређено. Према општим правилима облигационог права, штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист). То је материјална или имовинска штета, а наношење другог физичког или психичког бола или страха је нематеријална штета. Захтјев за накнаду материјалне или имовинске штете могуће је поставити у случају повреде свих права интелектуалне својине, док се нематеријална штета углавном везује за повреду личноправних овлашћења.

Обавезу накнаде штете предвиђају ТРИПС и Директива о спровођењу права. Одредбама ТРИПС-а је предвиђено да су судске власти овлашћене да наложе прекршиоцу да плати титулару права накнаду штете довољну да компензира повреду коју је титулар претрпио усљед повреде његовог права, ако је прекршилац знао или је имао разумног основа да зна да је учествовао у прекршајној активности.⁴³⁹ Наведена одредба садржи само смјернице у погледу износа накнаде штете, а државе чланице могу даље да прецизирају шта ће се сматрати довољним износом за компензацију повреде права. Даље, ТРИПС предвиђа обавезу држава чланица да предвиде накнаду штете ако постоји кривица повредиоца, односно ако је знао или је имао разумног основа да зна да врши повреду права. У случају савјесног поступања, односно ако повредилац није знао или није имао разумног основа да зна да учествује у повреди права, ТРИПС-ом је опционо предвиђена могућност да државе чланице у одговарајућим случајевима предвиде враћање профита и/или исплату претходно утврђене штете.⁴⁴⁰ Тиме је отворена могућност да државе чланице предвиде одговорност за проузроковану штету без обзира на кривицу повредиоца.

⁴³⁹ ТРИПС, чл. 45, ст. 1.

⁴⁴⁰ ТРИПС, чл. 45, ст. 2.

Напомињемо да је ово само минимум заштите и да државе чланице увијек могу предвидјети и више од тога. С обзиром да је ТРИПС трговински споразум, наведене одредбе се односе само на материјалну штету.

Директивом је предвиђена обавеза држава чланица да обезбједе да надлежни суд, на захтјев оштећене стране, наложи повредиоцу права, који је знао или је имао разумног основа да зна да врши повреду права, да плати носиоцу права накнаду која одговара стварној штети коју је претрпио повредом права.⁴⁴¹ Приликом одређивања накнаде штете суд узима у обзир све околности случаја, као што су негативне економске посљедице, укључујући изгубљену добит носиоца права, било коју непоштено стечену добит повредиоца права и друге елементе, нпр. моралну штету коју је носилац права претрпио повредом његових права. Ако је износ претрпљене штете тешко установити, могуће је одредити паушални износ накнаде штете, који би минимално одговарао накнади за дозвољено коришћење предмета заштите. Дакле, лице које изврши повреду права је дужно да надокнади насталу штету у цјелости, а с обзиром да је тешко утврдити износ штете, алтернативно је дата могућност да се одреди паушални износ одређен према накнади за дозвољено коришћење заштићеног добра.

Уколико је повредилац поступао са дужном пажњом, односно ако није знао или није имао разумног основа да зна да врши повреду права, Директивом је предвиђена могућност да државе чланице предвиде и његову одговорност за накнаду штете, с тим што би у том случају суд могао да наложи поврат добити или накнаду штете, који могу бити унапријед одређени. Државе које прихвате ову могућност заправо уводе објективну одговорност за накнаду штете, без обзира на кривицу, с тим што би кривица утицала на обим накнаде штете.⁴⁴²

5.9.1. Накнада материјалне штете

Штета усљед повреде субјективних права интелектуалне својине може настати из уговорног односа или извршењем деликта. Стога, постоји уговорна и вануговорна (деликтна) одговорност за штету. Уколико дужник не испуни уговорну обавезу или

⁴⁴¹ Директива 2004/48, чл. 13.

⁴⁴² R. Matanovac, „Utjecaj Direktive 2004/48/EC o provedbi prava intelektualnog vlasništva na hrvatski autorskopравни poredak“, 47.

задоцни са њеним испуњењем, повјерилац има право да захтијева накнаду штете коју је претрпио.⁴⁴³ Повреда права интелектуалне својине може се извршити неизвршењем уговорне обавезе или прекорачењем уговорених овлашћења. Ако између штетника и оштећеног постоји уговорни однос и ако је штета настала у вези са тим уговором, примјењиваће се правила о уговорној одговорности за штету. Носилац права као повјерилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у вријеме закључења уговора морао предвидјети као могуће посљедице повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.⁴⁴⁴ Дакле, у случају уговорне одговорности за штету, дужник одговара до висине тзв. предвидљиве штете. Изузетно, ако је штета настала усљед преваре, намјерним неиспуњењем или због крајње непажње, дужник одговара за цјелокупну штету. Међутим, у пракси, штета чешће настаје мимо уговорног односа.

Основне претпоставке за накнаду штете према класичном концепту субјективне одговорности за штету су постојање штете, кривица штетника и узрочна веза између понашања штетника и штете.⁴⁴⁵ Материјална штета, према општим правилима облигационог права, постоји када је усљед повреде субјективног права, дошло до умањења нечије имовине или је спријечено њено повећање. Кривица штетника постоји када је штету проузроковао намјерно или непажњом.⁴⁴⁶ Намјерно или умишљајно проузроковање штете (*dolus*) постоји када је штетник имао намјеру да својим чињењем или нечињењем произведе штетну посљедицу (директни умишљај) или ако је био свјестан да својим поступањем може проузроковати штету и пристао је на то, иако му то није био циљ (евентуални умишљај).⁴⁴⁷ Ако штетник није имао намјеру да изазове штету и ако је уз повећану или обичну пажњу то могао избјећи, онда постоји кривица усљед непажње (*culpa*). Непажња може бити груба или крајња (*culpa lata*), када штетник није обратио ни ону пажњу коју би имао просјечан човјек у датим околностима и обична или лака непажња (*culpa levis*), када штетник није поступао онако како би поступао пажљив човјек, односно

⁴⁴³ ЗОО, чл. 262, ст. 2.

⁴⁴⁴ ЗОО, чл. 266, ст. 1.

⁴⁴⁵ О. Антић, *Облигационо право*, шесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2011, 466.

⁴⁴⁶ ЗОО, чл. 158.

⁴⁴⁷ О. Антић, (2011), 468.

добар домаћин или добар привредник у околностима конкретног случаја.⁴⁴⁸ Да би постојала одговорност за штету, између понашања штетника и проузроковане штете мора постојати узрочна веза. У упоредном праву прихваћена је теорија адекватне узрочности, према којој се од више различитих узрока који би могли проузроковати штетну последицу трага за оним који је подесан, адекватан да по редовном току ствари произведе штетну последицу.⁴⁴⁹

Лице које проузрокује штету дужно је накнадити је, осим ако не докаже да је штета настала без његове кривице.⁴⁵⁰ То значи да оштећени не мора доказивати кривицу штетника, већ само узрочну везу између штетникове радње и проузроковане штете. Терет доказивања постојања кривице, тачније, њеног одсуства, пребачен је на штетника, који може да се ослободи одговорности ако докаже да није крив. Међутим, осим субјективне одговорности, у законом предвиђеним случајевима могућа је и објективна одговорност за штету, без обзира на кривицу.

Општи циљ накнаде штете је реституција, односно успостављање стања које је постојало прије настанка штете. У Закону о облигационим односима прихваћен је концепт потпуне накнаде штете, што значи да ће суд приликом одлучивања узети у обзир и оне околности које су наступиле послје проузроковања штете и досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у стање у коме би се налазила да није било штетне радње.⁴⁵¹ Изузетно, могуће је одступање од тог начела и снижење накнаде уколико је оштећени слабог имовног стања и ако би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу, под условом да штета није проузрокована намјерно или крајњом непажњом.⁴⁵²

Правило је да се врши натурална реституција, уколико је то могуће и у мјери у којој је могуће, у супротном, врши се новчана накнада штете. С обзиром на специфичну природу заштићеног интелектуалног добра, натурална реституција је тешко изводива у праву интелектуалне својине, па се најчешће врши новчана накнада штете.⁴⁵³ Одређивање

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*, 479.

⁴⁵⁰ ЗОО, чл. 154.

⁴⁵¹ ЗОО, чл. 190.

⁴⁵² ЗОО, чл. 191, ст. 1.

⁴⁵³ Натурална реституција би могла доћи у обзир у случају повреде патента, када се тужиоцу може досудити предаја производа израђених према заштићеном проналаску или предаја неовлашћено умножених примјерака ауторског дјела, примјерака фонограма или видеограма у случају повреде ауторског или сродних

износа накнаде штете је свакако једно од најтежих практичних питања. У праву интелектуалне својине постоје три метода обрачуна висине износа накнаде штете. То су диференцијална метода, метода противправне добити штетника и метода аналогije са лиценцном накнадом, односно накнадом за уступање или пренос права.

5.9.1.1. Методи обрачуна накнаде штете

Диференцијални метод заснива се на обрачуна разлике која постоји између стања у коме се налази имовина оштећеног након повреде права, и стања у коме би се налазила да се повреда није десила. Штета коју оштећени трпи усљед повреде права обухвата корист коју би према редовном току ствари остварио и трошкове отклањања последица повреде права.⁴⁵⁴ Иако је ова метода на први поглед најправичнија, њен основни недостатак је немогућност тачног предвиђања користи које би оштећени остварио да се није десила повреда права. Чак и да није дошло до повреде права, оштећени можда не би остварио никакву корист јер би то онемогућила нека друга околност. У процесном смислу, тужилац би коришћењем ове методе имао врло тежак задатак да докаже добит коју би остварио да се повреда није десила. Доказивање измакле користи може да буде нарочито тешко ако повреда права, односно незаконито коришћење утиче на обим законитог коришћења.⁴⁵⁵ Такође, учестале повреде права често утичу на смањење потражње за одређеним производима, наносе штету пословном угледу предузећа и сл.⁴⁵⁶

Примјеном метода противправне добити штетника, висина накнаде штете обрачунава се на начин да сва добит коју штетник оствари повредом права представља штету коју мора надокнадити оштећеном. Дакле, између добити штетника и износа штете стављен је знак једнакости, чиме је оштећеном као тужиоцу олакшано доказивање. Претпоставка је да би оштећени стекао ту добит да није дошло до повреде права. Међутим,

права. Вид. З. Миладиновић, „Накнада штете по ЗОО и прописима о заштити права интелектуалне својине“ у *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*, Зборник радова, Крагујевац, ур. Радован Вукадиновић, Београд 2009, 316.

⁴⁵⁴ С. Марковић, (1997), 333; С. Марковић, (1999), 370-371; З. Миладиновић, (2012), 423.

⁴⁵⁵ На примјер, ако се на тржишту појаве производи неовлашћено обиљежени туђим жигом који имају нижу цијену у односу на легалне производе, онда ће то утицати на промет легалних производа.

⁴⁵⁶ Детаљније у извјештају: European Commission, *Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States*, Commission Staff Working Document, SEC (2010) 1589 final, 23.

основни недостатак ове методе је у томе што се не може сва добит коју штетник оствари приписати чину повреде права. Добит коју штетник оствари након повреде права, слично као и добит коју би оштећени остварио да није било повреде, зависи од више фактора. Могуће је да штетник, осим повреде права, извршио значајна улагања или предузео ризичан пословни подухват, те на тај начин остварио велику добит. Такође, могуће је да штетник уопште не оствари добит, што не значи да оштећени није претрпио штету. Стога, ако се користи овај метод обрачуна износа накнаде штете, тужилац може добити само онај дио добити који је у непосредној узрочној вези са повредом права, најчешће одређени проценат, а никако цјелокупну добит.⁴⁵⁷

Њемачка судска пракса развила је правила приликом досуђивања накнаде штете по методу добити штетника. У споровима због повреде права индустријске својине, штетник је дужан да плати онај дио добити који је остварио захваљујући неовлашћеном коришћењу туђег интелектуалног добра.⁴⁵⁸ Полазна тачка је питање у којој мјери је неовлашћено коришћење туђег проналаска утицало на одлуку потрошача да купи производ. Дакле, неопходно је установити узрочну везу између коришћења туђег заштићеног добра у одређеном производу и одлуке потрошача да купи такав производ. Одређивање дијела добити коју је штетник остварио захваљујући повреди права не може се свести само на преиспитивање узрочне везе или доприноса. Осим тога, неопходно је да се носиоцу права обезбједи правична компензација због тога што је штетник неовлашћеним коришћењем патента узурпирао његову позицију и присвојио користи које му припадају. Суд мора да одреди који су фактори утицали на одлуку потрошача и да их одмјери у односу на потребу правичне компензације. Приликом куповине машина, техничких уређаја и других сличних производа који имају употребну вриједност, чињеница да је у питању патентирани производ неће пресудно утицати на одлуку купца, осим ако то није неки револуционарни проналазак који нема одговарајуће еквиваленте. То у великој мјери зависи и од врсте заштићеног добра. На примјер, код повреде жига, комерцијални успјех штетника се не може приписати искључиво употреби туђег жига. Ситуација је потпуно другачија ако је дизајн одређеног производа једини мотив куповине. Тешко је успоставити јединствено

⁴⁵⁷ С. Марковић, Д. Поповић, 270. У њемачкој судској пракси, обично се досуђује између 15% и 60% добити штетника.

⁴⁵⁸ Овај принцип је изричито постављен од стране Савезног врховног суда у одлуци *Gemeinkostenanteil* из 2001. године, која се односила на дизајн и *Noblesse* из 2006. у праву жига. Након тих одлука, судови прихватају исти принцип и у патентним споровима.

правило за патентиране производе, будући да су проналасцима често само усавршавају већ постојећи производи.⁴⁵⁹

Према схватању њемачког Савезног врховног суда (*BGH*), приликом обрачуна накнаде штете по методу противправне добити штетника, узима се у обзир само онај дио добити који се може приписати коришћењу туђег заштићеног проналаска или другог интелектуалног добра. При одређивању тог дијела добити, суд мора установити да ли се и у којој мјери добит може приписати техничким особинама производа које посједује захваљујући проналаску и свим другим факторима који су утицали на одлуку потрошача да купи производ. То могу бити дизајн производа, очекивани квалитет производа с обзиром на репутацију произвођача или ниже цијене.⁴⁶⁰

У другом случају, њемачки Савезни врховни суд је истакао да на одлуку потрошача да купи производ којим је извршена повреда патента могу утицати представа потрошача о производу и рекламирање техничких особина и предности таквог производа. Суд мора узети у обзир да ли су, и у којој мјери, специфичне техничке особине и предности патентираних проналаска биле познате потрошачима и утицале на њихову одлуку да купе производ којим се врши повреда патента. Представа потрошача о особинама, као и о техничким и економским предностима производа, може да потиче од директне или индиректне рекламе производа или специфичног паковања производа. Не треба занемарити да је то само један од фактора који утичу на одлуку потрошача да купи производ којим се врши повреда патента и на тај начин увећа добит штетника, односно повредиоца.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Суд у Франкфурту је одлучивао о износу накнаде штете по методу добити штетника у случају неовлашћеног коришћења амбалаже за флаше. За одређивање износа накнаде, тачније удјела у добити, од пресудног значаја је утицај проналаска на одлуку потрошача да купе производ. У спорном случају, проналазак који је садржан у производу је утицао на одлуку о куповини. Иако је патентом обухваћен цијели производ, он је ипак представљао само мало побољшање постојећег стања технике. Због тога је суд на име накнаде штете, одредио износ 50% од добити штетника. Ради потврде добијеног износа, суд је извршио поређење са износом који се добије примјеном метода аналогije са лиценцном накнадом. (Пресуда Вишег регионалног суда у Франкфурту, 6 U 136/10, 31.03.2011.)

⁴⁶⁰ Пресуда Савезног врховног суда, *BGH, Flaschenträger*, I ZR 51/11, 24.07.2012. *JIPLP, GRUR Int.* 2013. Суд је такође истакао да је неважно да ли би штетник остварио исту добит и да није извршио повреду патента.

⁴⁶¹ Пресуда Савезног Врховног суда, *BGH, Kabelschloss*, X ZR 130/12, 3.09.2013. *Bardehle Pagenberg, IP Report 2014/I, 4-5. GRUR*, 12/2013, 1212. У конкретном случају, Врховни суд је потврдио пресуде првостепеног и другостепеног суда којима је на име накнаде штете носиоцу патента досуђен износ од 10% од добити штетника. Наиме, суд је установио да су спорним патентом само усавршени детаљи познатог производа. Релевантни потрошачи нису одмах могли уочити патентиране особине и одговарајуће техничке и економске предности производа, будући да није постојало посебно паковање нити реклама.

Метод аналогije са накнадом за уступање или пренос права почива на обрачуну износа накнаде штете према уобичајеној накнади коју би штетник платио за дозвољено искоришћавање предмета заштите. Дакле, штета коју оштећени трпи једнака је накнади коју би примио за дозвољено коришћење предмета заштите на основу уговора. Иако се, бар на први поглед, примјеном овог метода најлакше врши обрачун, он има својих недостатака. У областима интелектуалне својине у којима је развијен промет права, није тешко одредити уобичајену накнаду за искоришћавање предмета заштите. Међутим, ако у одређеној области нема праксе, биће тешко одредити одговарајућу накнаду. Осим тога, ако штетник има обавезу да плати само износ који би иначе платио да је закључио уговор са носиоцем права, онда су легални и нелегални корисници изједначени. Из тог разлога, накнада за дозвољено коришћење дјела се узима само као основица за обрачун штете.⁴⁶²

Лиценцна накнада се најчешће увећава, с тим што износ зависи од околности конкретног случаја. Приликом одређивања износа накнаде, треба узети у обзир да положај носиоца права није исти ако слободно уговара лиценцну накнаду и уколико тај износ добија као накнаду штете у поступку због повреде права. У другом случају, он има додатне трошкове као што су трошкови судског поступка. Осим тога, судски поступак може трајати и неколико година, па ће накнаду добити послје дужег временског периода. Такође, носилац права нема могућност избора лица које ће извршити повреду права, као што може бирати уговорну страну, што увијек носи већи ризик инсолвентности. То су неки од разлога због којих лиценцна накнада треба да буде увећана, ако се накнада штете рачуна по том основу.⁴⁶³

Одредбе Директиве упућују на коришћење свих наведених метода обрачуна висине накнаде штете. Приликом одређивања износа накнаде штете, суд узима у обзир све околности случаја. За процјену износа материјалне штете од пресудног значаја су економске посљедице извршене повреде права. Као прво, то је изгубљена добит или измакла корист оштећеног. Измакла корист се дефинише као добит која би се према редовном току ствари могла основано очекивати да није дошло до повреде права.⁴⁶⁴ Ако је оштећени привредни субјект који користи повријеђено добро у оквиру своје дјелатности, економске посљедице повреде права могу да се огледају у опадању продаје, односно

⁴⁶² С. Марковић, Д. Поповић, 270.

⁴⁶³ Пресуда суда у Минхену, (7 О 17716/09), 25.03.2010.

⁴⁶⁴ О. Антић, (2011), 520.

смањењу тражње за производом, смањењу цијене производа, губитку удјела на тржишту производа, губитку пословних прилика изазваних повредом права, као и негативном утицају на пословни углед предузећа.⁴⁶⁵ Осим измакле користи, штету чине и трошкови мјера предузетих за спречавање и отклањање повреде права. Поред негативног економског утицаја на оштећеног, значајан показатељ који може утицати на одмјеравање износа штете је и противправна добит штетника. Добит штетника се састоји не само у финансијској добити насталој усљед повреде права, већ се мора водити рачуна и о обиму рекламе, дистрибуције и продаје робе или услуга којима се врши повреда права, као и квалитету такве робе.⁴⁶⁶ Уколико се накнада штете одређује у паушалном износу, што је алтернатива утврђивању износа претрпљене штете, основ чини износ накнаде које би штетник морао платити да је тражио дозволу за коришћење заштићеног добра. Паушална накнада се, заправо, заснива на лиценцној накнади.

5.9.1.2. Упоредноправни приказ накнаде штете

Законодавац у Босни и Херцеговини предвиђа да се обим накнаде штете одређује према општим правилима о накнади штете или према уговореној или уобичајеној накнади за законито коришћење предмета заштите.⁴⁶⁷ То значи да је у наведеним законима прихваћен метод аналогije са накнадом за законито коришћење предмета заштите. С обзиром да ознаке географског поријекла не могу бити у промету, накнада штете у случају повреде имена поријекла или географске ознаке одређује се према општим правилима о накнади штете, с тим што повредилац накнаду штете плаћа свим лицима која имају статус овлашћеног корисника.⁴⁶⁸

У законима којима су регулисана поједина права интелектуалне својине у Србији, нема посебних одредаба о обиму накнаде штете, осим да се штета накнађује према општим правилима облигационог права. У Хрватској се такође примјењују општа правила облигационог права, с тим што осим захтјева за накнаду штете, носиоцу права стоји на располагању захтјев за накнаду због неовлашћеног коришћења предмета заштите. Ако је

⁴⁶⁵ AIPPI Resolution, Q203, *Damages for infringement, counterfeiting and piracy of Trademarks*, Yearbook 2008/II, 419-421.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ ЗАСП БиХ, чл. 157, ст. 2, ЗОП БиХ, чл. 104, ст. 2, ЗОЖ БиХ, чл. 82, ст. 2, ЗОИД БиХ, чл. 81, ст. 2.

⁴⁶⁸ ЗОГП БиХ, чл. 73, ст. 2.

неовлашћеним коришћењем предмета заштите извршена повреда права, носилац права може захтијевати накнаду која је уобичајена за ту врсту коришћења или накнаду прописану цјеновником организације за колективно остваривање права.⁴⁶⁹ Овај захтјев је независан у односу на захтјев за накнаду штете и значајно олакшава положај носиоца права. Носилац права не мора доказивати штету, већ је довољно да докаже да је извршена повреда права да би био досуђен износ уобичајене накнаде.

У њемачком Закону о ауторском праву такође постоји могућност плаћања новчане накнаде у случају повреде права, умјесто накнаде штете. Лице које је извршило повреду права, ако није поступало намјерно или са непажњом, може платити новчани износ у висини правичне накнаде која одговара накнади за уговорно коришћење повријеђеног добра и на тај начин избјећи судски поступак. Додатни услов је да би изрицање санкција повредиоцу изазвало несразмјерну штету и да оштећено лице прихвати ту накнаду. Плаћање износа накнаде заправо има учинак дозволе за коришћење предмета заштите.⁴⁷⁰

У англосаксонском праву, тачније праву САД-а, постоји више врста обештећења у случају повреде права интелектуалне својине. Осим накнаде претрпљене штете, предвиђен је законом одређени износ накнаде или тзв. *statutory damages* и могућност плаћања вишеструке накнаде, односно тзв. *exemplary damages (punitive damages)*. Носилац ауторског права има право да захтијева накнаду стварне штете коју је претрпио усљед повреде и добит коју је остварио повредилац, ако се може приписати чину повреде и ако није узета у обзир приликом обрачуна стварне штете. Приликом одређивања добити повредиоца, носилац права је дужан да докаже укупан приход штетника, а штетник треба да докаже трошкове који се одузимају од тог износа, као и износ добити који је остварен захваљујући другим факторима, а не повреди ауторског права.⁴⁷¹

Умјесто доказивања стварно претрпљене штете, тужилац може, у било ком моменту прије доношења пресуде, тражити од суда да досуди износ накнаде чији је распон унапријед прописан законом.⁴⁷² Ако је повреда извршена намјерно суд може повећати

⁴⁶⁹ ЗАСП РХ, чл. 179, ст. 1, ЗОП РХ, чл. 95е.

⁴⁷⁰ Закон о ауторском праву Њемачке, чл. 100.

⁴⁷¹ *USA Copyright Act*, § 504, b.

⁴⁷² Законом је прописано да тужилац може захтијевати износ у распону од 750\$ до 30.000\$ за повреду ауторског права, ако суд сматра да је износ правичан. (*USA Copyright Act*, § 504, c) У случају заобилажења технолошких мјера заштите и сваке друге повреде према *Digital Millenium Copyright Act*, § 1201, тужилац може да тражи износ не мањи од 200\$ нити већи од 2500\$ по сваком чину заобилажења, по сваком уређају,

износ,⁴⁷³ а уколико повредилац није знао да врши повреду могуће је смањити износ накнаде.⁴⁷⁴ Законом прописана накнада, тзв. *statutory damage*, специфична је за право САД-а, а предвиђена је у још неколико држава.⁴⁷⁵ Историјски, законска накнада је настала у САД-у у циљу да се носиоцима права обезбједи било каква накнада за повреду права у случају када је тешко доказати стварну штету.⁴⁷⁶ Међутим, досуђивање законом предвиђене накнаде у пракси је често произвољно, несразмјерно, непринципијелно и понекад прекомјерно.⁴⁷⁷ У одређеним ситуацијама, могуће је досудити додатни износ у висини двоструке лиценце накнаде коју би тужени платио за коришћење ауторског дјела.⁴⁷⁸ Ако је предмет повреде право индустријске својине, поред накнаде претрпљене штете, која не може бити мања од износа уобичајене лиценце накнаде, судови могу досудити и тзв. казнену накнаду до троструког износа утврђене или одређене накнаде штете.⁴⁷⁹

Судови у Великој Британији могу, с обзиром на околности случаја, досудити додатни износ штете (*additional damages*), ако то правичност изискује. Тежина учињене повреде и корист коју је штетник остварио повредом права, нарочито се узимају у обзир.⁴⁸⁰ Ако штетник није знао и није имао разлога да зна да врши повреду права, тужилац не може тражити од њега накнаду штете.

Руски грађански законик предвиђа могућност да се у случају повреде појединих искључивих права интелектуалне својине умјесто накнаде штете досуди износ накнаде за извршену повреду у границама прописаним законом и уколико је то, с обзиром на околности случаја, оправдано и правично.⁴⁸¹ У том случају тужилац не мора доказивати износ претрпљене штете, довољно је да је извршена повреда права. Тужилац може да

производу, компоненти, понуди или услузи. Такође, за сваку повреду § 1202 истог закона могуће је тражити износ између 2500\$ и 25000\$.

⁴⁷³ Максимално до 150000\$.

⁴⁷⁴ Али не мање од 200\$.

⁴⁷⁵ Осим САД-а, унапријед прописани износ накнаде могуће је досудити у Канади, Кини, Русији, Украјини, Бугарској и још неким државама. Детаљније Р. Samuelson, Р. Hill, Т. Wheatland, „Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?“, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2013, 534.

⁴⁷⁶ Р. Samuelson, Т. Wheatland, „Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform“, *William & Mary Law Review*, Vol. 51, 2009, 446.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, 441.

⁴⁷⁸ USA Copyright Act, § 504 d.

⁴⁷⁹ United States Patent Law, 35 U.S.C. § 284.

⁴⁸⁰ Copyright, Designs and Patents Act (1988), § 97, § 229.

⁴⁸¹ Гражданский кодекс Российской Федерации, „Российская газета“, N 230-ФЗ 2006, (у даљем тексту: Руски грађански законик), чл. 1252, ст. 3.

изабере да суд досуди износ накнаде у распону између 10.000 и 5.000.000 рубаља или двоструку вриједност неовлашћених примјерака предмета заштите, односно двоструку вриједност која би иначе била плаћена у случају легалног коришћења тј. двоструку вриједност лицендне накнаде.⁴⁸²

Примјећујемо да све више законодавстава, умјесто класичне накнаде штете, предвиђа као алтернативу плаћање накнаде у висини износа за дозвољено коришћење предмета заштите, на основу уговора, или износа унапријед предвиђеног законом. Предност овог начина обештећења је у избјегавању дуготрајног и тешког поступка доказивања стварно претрпљене штете. Оштећени као тужилац не мора да доказује износ претрпљене штете, већ чињеницу да је извршена повреда права и да је тужени извршио повреду права, да би могао захтијевати предвиђену накнаду. Иако је овакав начин обештећења погодан, могуће су двије ситуације у којима не би био сасвим оправдан. Прво, штета коју је тужилац претрпио може бити знатно већа од предвиђене накнаде и у том случају је принуђен да бира између износа који је релативно „сигуран“ и ризика доказивања стварне штете. Друго, могуће је да, иако је извршена повреда права, тужилац није претрпио штету или је она занемарљива, па би у том случају плаћање накнаде довело до неоснованог обogaћења тужиоца.⁴⁸³ Питање је има ли уопште основа за досуђивање накнаде, ако нема штете. Швајцарски Врховни суд је рјешавао питање да ли се, у случају повреде права, може досудити законом предвиђена накнада ако носилац права није претрпио штету. У спорном случају, носилац права је одбио да закључи уговор о лиценци патента, након чега је извршена повреда права. Према швајцарском патентном закону, накнада штете у висини лицендне накнаде може се досудити само ако је носилац права претрпио економску штету. С обзиром да је носилац права одбио да закључи уговор, суд је установио да он није претрпио материјални губитак, односно штету.⁴⁸⁴ У сваком случају, коначну одлуку доноси суд узимајући у обзир све околности случаја и водећи рачуна о томе да је накнада оправдана и правична.

⁴⁸² Руски грађански законик, чл. 1301, 1311, 1515, ст. 4, 1537, ст. 2.

⁴⁸³ Тешко је замислити да нема штете, јер титулар у случају неовлашћеног коришћења предмета заштите увијек бива ускраћен бар за накнаду коју би добио да је закључен уговор. Мада, није искључено да носилац права уступи своја овлашћења бесплатно, нпр. ако да дозволу за коришћење интелектуалног добра у хуманитарне сврхе, под условом да такво коришћење није обухваћено ограничењем права.

⁴⁸⁴ Пресуда швајцарског Врховног суда, „Milk Skimmer“, 4С 337/2005, 19.12.2005. GRUR Int 11/2006, 956-958. О. А. Rognstad, „Compensation and Restitution in EU Intellectual Property Law“, in: *Remedies and Substantive Law – European Dimensions of Economic and Private Law*, eds, M. Andenas, K. Lillehot, University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series No. 2011-18, 54.

У одређеним ситуацијама, досуђивање накнаде у износу који би био плаћен на основу уговора, да није дошло до повреде права, суштински означава накнадну легализацију коришћења предмета заштите и својеврсну принудну лиценцу. То значи да таква одредба садржи у себи претпоставку да се штета састоји само у губитку лиценчне накнаде, док се други облици евентуалне штете не узимају у обзир. Будући да то може дјеловати подстицајно на потенцијалне повредиоце, неопходно је овај вид накнаде штете ограничити само на оне ситуације у којима штетник није поступао намјерно или с крајњом непажњом.

5.9.2. Казнена накнада штете

Циљ накнаде материјалне штете је да се имовина оштећеног доведе у оно стање у коме би се налазила да није извршена повреда права. Новчана накнада материјалне штете одређује се као компензаторно-репарациона санкција.⁴⁸⁵ Дакле, сврха новчане накнаде штете је превасходно компензација.⁴⁸⁶ Међутим, све чешће се поставља питање да ли новчана накнада материјалне штете може имати и превентивни карактер. Поједине грађанскоправне санкције имају превентивну сврху, али је превенција, како специјална, тако и генерална, специфична одлика кривичноправних санкција. У материји права интелектуалне својине, у појединим међународним изворима права изричито се наводи да санкције у случају повреде права интелектуалне својине, самим тиме и накнада штете, имају превентивну функцију. На примјер, ТРИПС-ом се захтијева да државе чланице предузму средства за спречавање повреда и која спречавају даље повреде права.⁴⁸⁷ Такође, Директивом о спровођењу права предвиђено је да све мјере морају бити пропорционалне, ефикасне и морају имати одвраћајући ефекат.⁴⁸⁸ Циљеви накнаде штете које Директива изричито предвиђа су компензација и превенција, тј. одвраћање. Иако су одредбе

⁴⁸⁵ Д. Николић, 115.

⁴⁸⁶ Према ријечима чувеног проф. Перовића: „Од штетника не треба одузети ни мање ни више него онолико колико износи штета причињена оштећеном.“ С. Перовић, „Уводна реч на VI сусрету Копаоничке школе природног права“, *Десет година копаоничке школе природног права*, Београд 1996, 131.

⁴⁸⁷ ТРИПС, чл. 41, ст. 1.

⁴⁸⁸ Директива, чл. 3, ст. 2.

Директиве изричите у том погледу,⁴⁸⁹ ипак сматрамо да је отворен пут увођењу института казнене накнаде штете у европско право.

5.9.2.1. Казнена накнада у упоредном законодавству

Казнена накнада штете је специфична за англосаксонско право.⁴⁹⁰ То је новчана накнада која се досуђује у случају нарочито тешких повреда права и која је вишеструко већа од стварно претрпљене штете. Циљеви казнене накнаде су кажњавање штетника и одвраћање од будућих повреда права, односно превенција, како специјална тако и генерална. Кажњавање и превенција су циљеви кривичног права, а не грађанског, па се казнена накнада често одређује као својеврсна комбинација кривичне и цивилне санкције.⁴⁹¹ С обзиром да досуђени износи могу бити изузетно високи и многоструко већи од претрпљене штете, овај облик накнаде превазилази компензацију, која је легитимни циљ и сврха накнаде штете у цивилном праву. Иако је, због своје прекомјерности и казног карактера, предмет критика у државама у којима постоји, све више је изражена тенденција њеног ширења, нарочито у медијском праву, праву интелектуалне својине и у оквиру заштите личних права.

Европско континентално право не предвиђа изричито казнену накнаду као вид санкције за претрпљену штету. Међутим, под утицајем англосаксонског права, накнада штете у појединим случајевима, било прикривено или отворено, одступа од чисто компензаторне функције и поприма казнени карактер. На примјер, у литератури постоје схватања да одштетно право у Њемачкој није у потпуности компензаторног карактера, те да могућност суда да приликом одмјеравања накнаде штете узме у обзир финансијско стање оштећеног и штетника, степен кривице штетника, као и то да ли је штета настала

⁴⁸⁹ У аLINEЈИ 26 преамбуле Директиве наводи се: „Циљ није увођење обавезе прописивања казнене одштете, него да се омогући накнада на темељу објективног критерија, узимајући у обзир трошкове носиоца права, попут трошкова идентификације и истраживања.“

⁴⁹⁰ У америчком праву *punitive damage*, а у енглеском *exemplary damage*.

⁴⁹¹ „Казнена накнада је у правом смислу ријечи „квази-криминална“ санкција, јер се налази на пола пута између грађанског и кривичног права. Досуђује се као „штета“ тужиоцу против туженог у приватној тужби, а ипак већина сматра да сврха такве одштете није компензација, већ да је по својој природи новчана казна.“ D. G. Owen, „A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform,“ *Villanova Law Review*, Vol. 39, (1994), 365.

извршењем кривичног дјела, указују на елементе казног карактера накнаде штете.⁴⁹² Према мишљењу истог аутора, сатисфакција као сврха накнаде нематеријалне штете превазилази оквире прости компензације и има елементе казне.⁴⁹³

Накнада штете у случају повреде права интелектуалне својине у већини законодавстава превазилази компензацију као сврху накнаде.⁴⁹⁴ Поједини аутори је сматрају „сивом зоном“ између компензације, неоснованог обogaћења и казнене накнаде.⁴⁹⁵ У прилог тој тврдњи истиче се да осим диференцијалног метода, који полази од утврђивања стварно претрпљене штете, преостали методи обрачуна накнаде штете, које је развила њемачка судска пракса, немају строго компензаторни карактер. Наиме, они омогућавају да оштећени добије накнаду без обзира на то да ли је уопште био вољан да уступи лиценцу и чак ако је добит штетника већа или мања од онога што би он успио да оствари да није извршена повреда права. Ови методи нису усмјерени на претрпљене губитке и на оштећеног, већ на штетника и одузимање његове добити.⁴⁹⁶

Одредба француског Законика о интелектуалној својини којом је предвиђено да, у случају повреде ауторског права, суд може наложити одузимање свих или дијела прихода које је штетник стекао повредом права и додијелити оштећеном, тумачи се као прикривени облик казнене накнаде.⁴⁹⁷

Могућност досуђивања паушалног износа накнаде штете у виду двоструког или троструког износа лиценцне накнаде је најочитији облик приближавања казненој одштети.

⁴⁹² A. R. Fiebig, „The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments“, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 22:635, (1992), 652.

⁴⁹³ Истиче се паралела између основних функција накнаде нематеријалне штете и казнене накнаде у англосаксонском праву. Смисао сатисфакције је да оштећеној страни одговарајућим правним средствима обезбједи задовољење за понашање штетника, слично као и казнена одштета. Даље, она намеће примјетан финансијски терет за штетника. Трећа функција сатисфакције је превенција, што је суштински исто што и функција одвраћања, специфична за казнену накнаду. Међутим, судови истичу двије основне разлике између сатисфакције као сврхе накнаде нематеријалне штете и казнене одштете. Приликом одређивања износа накнаде, примарни значај имају обим и озбиљност повреде, а други фактори, попут финансијске ситуације штетника се мање узимају у обзир. Друго, функција сатисфакције не проузрокује директно казнени карактер накнаде нематеријалне штете. Суштинска разлика је у томе што накнада нематеријалне штете треба да ублажи повријеђена осјећања оштећеног, док се казнена одштета фокусира на кажњавање штетника. *Ibid.*, 653-655.

⁴⁹⁴ Може се рећи да право интелектуалне својине, као грана права, има пионирску улогу у процесу увођења казнене накнаде у европско право.

⁴⁹⁵ V. Behr, „Punitive Damages in America and German Law – Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts“, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78:105, (2003), 137.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, 137-138.

⁴⁹⁷ Француски законик о интелектуалној својини, L 331-1-4. J.S. Borghetti, „Punitive Damages in France“, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, eds. H. Koziol, V. Wilcox, Springer-Verlag, Wien 2009, 58-59.

Иако поједина законодавства одричу постојање казнене накнаде штете, сврха прописивања увећане накнаде превазилази просту компензацију. Увећање накнаде у случају неовлашћеног коришћења предмета заштите потиче из праксе колективних организација за остваривање ауторског и сродних права у Њемачкој и Белгији. У случају неовлашћеног коришћења ауторских дјела које спадају у њен репертоар, GEMA је наплаћивала двоструку накнаду, правдајући то увећаним трошковима пословања.⁴⁹⁸ У Белгији, колективне организације наплаћују двоструку накнаду за неовлашћено репродуковање ауторског дјела, а ако такав примјерак садржи лажни потпис, онда чак и троструку накнаду. Вишеструка накнада се најчешће наплаћује ако је тешко доказати износ претрпљене штете или ако су повријеђена морална права. Међутим, двострука или трострука накнада не смије прелазити износ стварно претрпљене штете, односно, не смије имати казнени карактер.⁴⁹⁹

Све више закона којима се регулишу права интелектуалне својине предвиђа могућност обештећења у виду двоструког или троструког износа лицендне накнаде. На примјер, носилац права интелектуалне својине може добити обештећење у виду двоструког износа разумне накнаде у Аустрији, под условом да је штета намјерно проузрокована.⁵⁰⁰ У појединим европским државама, двострука лицендна накнада се може досудити за повреду ауторског права и права индустријске својине, а ако је штета намјерно проузрокована, могућа је чак и трострука накнада.⁵⁰¹ Умјесто накнаде штете, у Русији је могуће досудити правичну накнаду у висини двоструког износа који би био плаћен за легално коришћење предмета заштите.⁵⁰²

Бивше југословенске републике изричито предвиђају вишеструку накнаду као облик обештећења у случају повреде права интелектуалне својине. Ако је повреда права извршена намјерно или из крајње непажње, умјесто накнаде штете, оштећени може захтијевати двоструки износ накнаде коју би добио за дозвољено коришћење предмета

⁴⁹⁸ У теорији се сматра да то није права казнена накнада, већ само проширени износ компензације који обухвата трошкове истраживања, проналажења и гоњења повредиоца права. Међутим, те трошкове има и сваки други оштећени, а не само организација за колективно остваривање права. U. Magnus, „Punitive Damages and German Law“, *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, eds. L. Meurknes, E. Nordin. Cambridge, Antwerp, Portland 2012, 252.

⁴⁹⁹ European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, 36.

⁵⁰⁰ Закон о ауторском праву Аустрије, (*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*), (BGBl. I. Nr. 99/2015), §87.

⁵⁰¹ European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, 36-43.

⁵⁰² В. фн. 491.

заштите у Словенији⁵⁰³ и Хрватској⁵⁰⁴ за повреду ауторског и сродних права, и у Македонији⁵⁰⁵ за повреду ауторског, сродних и права индустријске својине. У Босни и Херцеговини, Србији и Црној Гори оштећени може захтијевати накнаду до троструког износа уобичајене накнаде за уговорно коришћење заштићеног добра, односно до троструког износа стварне штете и измакле добити. Иако приватна казна није својствена грађанском праву и правној традицији јужнословенских народа, закони наведених држава, осим Србије и Црне Горе, изричито наглашавају казнени, односно пенални карактер санкције.

Проблем досуђивања казнене накнаде нарочито је изражен у материји заштите ознака географског поријекла. С обзиром да регистроване ознаке географског поријекла не могу бити у промету и да се као основица не може узети лиценцна накнада, предвиђено је да, у случају да је повреда имена поријекла или географске ознаке учињена намјерно или из крајње непажње, одговорно лице може бити обавезано да плати накнаду до троструког износа стварне штете и измакле добити. Интересантно је да су идентичну одредбу у Србији садржали закони из 1995. године, којима су се уређивана преостала права индустријске својине. Дакле, у случају повреде свих права индустријске својине, која је учињена намјерно или из крајње непажње, било је предвиђено досуђивање троструког износа стварне штете и измакле користи.⁵⁰⁶ Упркос практичним проблемима одређивања основице за обрачун накнаде штете у области заштите ознака географског поријекла, тешко би се могло наћи оправдање за овакво рјешење. Накнада до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде чак не мора нужно имати казнени карактер, јер не мора прелазити износ стварно претрпљене штете. Али, ако је изричито предвиђено да се досуђује троструки износ стварне штете и измакле добити, онда то очито превазилази сврху и смисао накнаде штете. На тај начин, овлашћени корисници регистроване ознаке географског поријекла имају повлашћен положај у односу на остале титуларе субјективних права интелектуалне својине.

⁵⁰³ *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah, Uradni list RS, št. 16/2007 - uradno prečiščeno besedilo*, 68/2008, 110/2013, чл. 168, ст. 3.

⁵⁰⁴ ЗАПС РХ, чл. 183.

⁵⁰⁵ Закон за авторското право и сродните права, *Службен весник на РМ*, бр. 115/2010, чл. 170, Закон за индустријската сопственост, *Службен весник на РМ*, бр. 21/2009, 24/2011, чл. 303.

⁵⁰⁶ Детаљније З. Миладиновић, „Судска заштита субјективних права интелектуалне својине у нашем праву“, *Правни живот*, 11/2003, 897-917.

У Босни и Херцеговини је предвиђено да приликом одлучивања о захтјеву за плаћање пенала, суд узима у обзир све околности случаја, нарочито обим настале штете, степен кривице повредиоца, износ уговорене или уобичајене накнаде и превентивни циљ пенала. С обзиром да је један од кључних критерија за досуђивање вишеструке накнаде обим настале штете, закључак је да се она не може досудити ако штета није настала. Као што је већ наведено, вјероватноћа да носилац права није претрпио штету је изузетно мала, нарочито ако је у питању тежа повреда права, мада, теоријски, таква могућност постоји. Сматрамо да је на овај начин начелно искључена могућност да се досуди износ увећане накнаде иако нема штете. Други значајан критериј је степен кривице повредиоца. Обична непажња није довољна за увећани износ накнаде, али се не може на исти начин третирати груба непажња, директна или евентуална намјера. Уговорена или уобичајена накнада се може увећати до троструког износа, што не мора бити случај. Увећање може бити незнатно, а троструки износ је максимални износ који не смије бити премашен. Тужилац увијек може да тражи троструки износ, а суд мора да процијени да ли је то у конкретном случају цјелисходно. Носилац права може тражити разлику до износа потпуне штете, ако је већа од досуђеног пенала. Практично, то значи да је износ потпуне накнаде штете горња граница до које се може досудити накнада. Међутим, могуће је да троструки износ накнаде буде већи од износа претрпљене штете. У том случају, иако није изричито предвиђено да се износ мора ограничити на потпуну штету, тумачењем се може закључити да тај износ не би требало да буде већи.

Поставља се питање да ли је двострука или трострука накнада у сваком случају казног карактера, чак и уколико то није изричито предвиђено. Полазиште за рјешење овог проблема, бар на европском тлу, треба тражити у одредбама Директиве о спровођењу права. Директива предвиђа да паушални износ, који се може досудити уколико се не може установити износ претрпљене штете, треба да буде најмање у износу накнаде за дозвољено коришћење предмета заштите. Дакле, то је само минимум, што значи да је препорука да буде већи. Међутим, не треба заборавити три кључна принципа на којима почива Директива, ефикасност, пропорционалност и одвраћајући ефекат санкције. Ако повредилац ризикује да плати само износ који би платио да је закључио уговор, онда таква мјера нема одвраћајући ефекат. Са друге стране, предвиђање двоструког или троструког износа лицендне накнаде као износа штете може бити у одређеним ситуацијама

непропорционално, чак и ако је штетник поступао намјерно или са крајњом непажњом. Други проблем је то што, у случају да неке државе предвиде вишеструки износ накнаде, а неке не, не би био остварен основни циљ Директиве, а то је уједначен ниво заштите на територији Уније, односно хармонизација права.⁵⁰⁷ Закључак који произлази из таквог тумачења Директиве је да државе чланице не могу уводити опште правило о двоструком износу накнаде штете, али да морају предвидјети правило којим ће омогућити плаћање паушалног износа који превазилази хипотетичну лиценцну накнаду до износа који је у складу са принципом ефикасности и одвраћања и, у исто вријеме, пропорционалан претрпљеној штети.⁵⁰⁸ Тиме се само потврђује кључна улога суда приликом процјене наведених критерија и одмјеравања износа накнаде.

Ако санкција за повреду права, у овом случају вишеструка лиценцна накнада, мора бити ефикасна и имати за циљ одвраћање од повреде права, да ли је она исто што и казнена накнада. За одговор на ово питање кључно је тумачење појма одвраћања од повреде права. Санкција која има одвраћајући ефекат треба да спријечи повредиоца да понови повреду права, али треба да дјелује и на све остале потенцијалне повредиоце. Таква санкција представља својеврсно упозорење о могућим посљедицама недозвољеног понашања. То је неопходно, јер би у супротном повредилац могао трошкове накнаде штете посматрати као дио редовних пословних издатака. Дакле, она мора имати превентивни карактер.

Поставља се питање да ли се између одвраћања и превенције може ставити знак једнакости. Превенција значи спречавање радње прије него што је настала или спречавање њеног понављања. Одвраћање је можда синоним за спречавање, мада, чини се да садржи додатни призвук застрашивања. Одвратити значи спријечити, задржати, осујетити некога да изврши нешто што је намјеравао. Одвраћање се може посматрати као један од видова превенције и то као превенција застрашивањем.

⁵⁰⁷ O. A. Rognstad, 56.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

5.9.2.2. Превенција као сврха накнаде штете

Санкција која има одвраћајући ефекат има превентивну сврху, али је питање може ли служити кажњавању, односно, може ли имати казнени ефекат. Другим ријечима, да ли је превентивна функција довољна за квалификацију накнаде као казнене. Одговор на ово питање треба тражити на терену сврхе појединих санкција. Сврха накнаде штете у европском праву је компензација, док је сврха казнене накнаде у англосаксонском праву кажњавање и превенција. Кажњавање или одмазда је страни елемент у грађанском праву, реликт давних времена када није постојала јасна граница између кривичног и грађанског права. Управо сврха кажњавања је највише на мети критика теорије. Уколико занемаримо кажњавање, које није својствено европском приватном праву, преостаје превенција као легитимни циљ вишеструке накнаде. Присталице увођења казнене накнаде у Европи одбацују функцију кажњавања и дају примат превенцији. Поједини аутори се чак залажу за промјену назива и увођење тзв. превентивних санкција, односно превентивне накнаде штете.⁵⁰⁹ То би значило одступање од класичног концепта накнаде штете, чија је сврха компензација и давање предности превентивној функцији одштете. Уколико би било могуће досудити износ који превазилази износ претрпљене штете, функција одвраћања или превенције била би примарна. Превенција грађанских деликата која би се постигла увећаном накнадом била би довољно оправдање за увођење казнене одштете, са становишта економске анализе права. Међутим, истицање казнене одштете као инструмента оптималне превенције наилази на отпор и посматра се као нешто што је неправично.⁵¹⁰

Основни приговор који се може истаћи теорији о превентивној накнади штете је да превенција није једини циљ одштетног права. Превенцијом се не може оправдати обавеза штетника да накнади штету, нити право оштећеног да тражи одштету. Ако би превенција била главни циљ одштетног права, онда би за постојање одговорности било небитно да ли

⁵⁰⁹ „Ако је критика казнене накнаде заснована на неспремности да се прихвати одмазда (казна) као функција накнаде штете, санкције које су само одвраћајуће не заслужују овакве критике. Одбацивање казне као функције одштетног права, већину критика казнене накнаде чини превазиђеним. Ради појмовне прецизности, било би корисно да се уведе нови термин, као на примјер, превентивна накнада штете.“ G. Wagner, *Punitive Damages in European Private Law, Handbook of European Private Law*, eds. J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, 2011, 5.

⁵¹⁰ Детаљније: А. Мојашевић, „Казнена одштета у америчком праву“, *Страни правни живот*, бр. 1/2011, 213-214.

је уопште проузрокована или претрпљена било каква штета, довољно би било понашање штетника.⁵¹¹ Превенција не може бити примарни циљ одштетног права, већ може имати утицаја и бити остварена у оквиру основне сврхе одштетног права, а то је компензација. Постоје схватања да одштетно право, тачније компензација, суштински има превентивни ефекат.⁵¹² Међутим, ако превенцију схватамо у најширем смислу, онда свака санкција има превентивни циљ. Свијест штетника или било којег другог повредиоца о санкцији која му пријети, требало би да дјелује одвраћајуће, тј. превентивно. Јасно је да то није увијек довољно и да степен превентивног дејства зависи од садржине конкретне санкције.

Са друге стране, ако је циљ накнаде штете да се оштећеном надомјесте претрпљени губици, сваки износ који превазилази наведени циљ искаче из оквира компензације и тиме појачава превентивну функцију санкције. Поставља се питање да ли у сваком случају двоструки или троструки износ лицендне накнаде превазилази износ неопходан да се изврши компензација. Могуће је да стварна штета буде и већа од тог износа. У прилог томе говори и одредба која упућује да накнада може бити досуђена до потпуне накнаде, ако је штета већа. То значи да вишеструка накнада не мора нужно да излази из оквира компензације као сврхе накнаде штете. То је могуће ако је за основицу која се умножава узета лицендна накнада. У том случају, вишеструка накнада одређује се као, у основи, паушални износ, који ослобађа оштећеног обавезе доказивања штете. Ако жели потпуну одштету, дужан је доказати стварно претрпљену штету. Супротно, ако суд може досудити вишеструки износ стварне штете и изгубљене добити, онда је изричито наглашен казнени карактер такве накнаде, која увијек превазилази компензацију. Дакле, ако је износ накнаде већи од износа довољног за компензацију, до изражаја долази превентивна функција и по правилу, казнени карактер накнаде. У мјери у којој превазилази износ компензације, накнада служи кажњавању и има израженију превентивну сврху. Превенција не може бити једини нити примарни циљ накнаде штете, већ само један од посредних циљева. Санкција која има превентивни карактер није због тога казнена, али казнене санкције увијек имају за

⁵¹¹ Н. Koziol, „Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?“, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, eds. Н. Koziol, V. Wilcox, Springer-Verlag, Wien, 2009, 290.

⁵¹² „Општа идеја одштетног права је да обавезивањем штетника да надокнади штету након њеног проузроковања, он буде подстакнут да поступа са дужном пажњом прије него што проузрокује штету, како би спријечио да се она уопште деси.“ W.H. van Boom, „Compesating and Preventing Damage: Is there Any Future Left for Tort Law?“, *Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*, Vol. I, Stockholm 2006, 287.

циљ превенцију. Када је у питању накнада штете, накнада која превазилази износ компензације има казнени карактер.

Вишеструка накнада, по правилу, има казнени карактер. Није неопходно да износ накнаде превазилази стварно претрпљену штету да би се сматрао казним. Сама чињеница да судови могу досудити увећани износ уговорене или уобичајене накнаде, говори у прилог тези да је по среди вид кажњавања. То потврђују и субјективне претпоставке одговорности штетника, односно, намјера или крајња непажња повредиоца права као услов за изрицање вишеструке накнаде. Ако се двоструки или троструки износ накнаде може досудити само за умишљај и крајњу непажњу, онда се тиме, између осталог, штетник кажњава за своје понашање.

Постоје схватања да је вишеструку, тачније двоструку лиценцну накнаду могуће оправдати повећаним трошковима око проналажења повредиоца, судског поступка, поремећаја тржишта и других трошкова којих не би било да је уговор редовно закључен. Износ ових трошкова би могао бити изједначен са лиценцном накнадом. У том случају, двострука накнада не би била квалификована као казнена накнада, већ као износ довољан да компензује претрпљене губитке.⁵¹³ Међутим, слични трошкови настају при свакој повреди права, па би се тиме права интелектуалне својине неоправдано фаворизовала у односу на друга права. Чак и када би се прихватило ово крајње неубједљиво оправдање увећаног износа лиценцне накнаде, оно би било примјенљиво само на двоструку, али не и на троструку накнаду.

Казнена накнада се углавном оправдава потребом да се казненоправна заштита употпуни у приватном праву, те да недозвољено понашање које представља нарочито тешке повреде права, а остаје ван домаћаја кривичноправних и прекршајноправних санкција, буде санкционисано. Такође, истиче се да санкције у приватном праву немају довољно одвраћајући, односно превентивни карактер, па би казнена накнада требала да служи том циљу.⁵¹⁴ Међутим, често се занемарују разлике између кривичноправне и грађанскоправне заштите добара. Сврха кривичног права је кажњавање учиниоца, специјална и генерална превенција, а санкција је усмјерена на личност учиниоца. Сврха грађанскоправне санкције је реституција, конкретно у одштетном праву компензација, а

⁵¹³ Н. Koziol, 305.

⁵¹⁴ *Ibid.*, 293-295.

санкција је углавном имовинске природе. Чак и оне санкције које имају превентивни карактер не могу имати елементе казне, будући да кажњавање није својствено континенталном приватном праву.

Кажњавање штетника доводи до пребацивања тежишта проблема са оштећеног на штетника. Циљ компензације је да се оштећеном надомјесте претрпљени губици, тако да је у првом плану штета коју је оштећени претрпио и његов положај. Са друге стране, уколико се досуђује вишеструка накнада која је већа од претрпљене штете, онда у први план избија положај штетника и потреба да се он казни. Дакле, циљ није само надокнадити губитак, већ казнити штетника за недозвољено понашање. У првом случају, штетник надокнађује износ штете коју је проузроковао својим понашањем. Негативне економске последице штетног догађаја прелазе на штетника, односно, његову имовину. Ако штетник плаћа више од онога што је проузроковао, онда је то терет за имовину, несразмјеран његовој одговорности. За износ накнаде који прелази износ претрпљене штете, оштећени стиче корист без постојања правног основа, па износ казнене накнаде постаје облик неоснованог обогаћења оштећеног на рачун штетника.⁵¹⁵

Увођење казнене накнаде, односно пенала у правне системе појединих европских држава оправдава се различитим аргументима. Казнена накнада у виду вишеструке накнаде у праву интелектуалне својине правда се потребом појачане заштите ове врсте субјективних права.⁵¹⁶ Она је само један од инструмената којима се настоје отклонити недостаци недовољног нивоа заштите права интелектуалне својине. Међутим, неадекватна заштита субјективних права интелектуалне својине, бар у већини бивших југословенских држава, последица је недовољног степена развијености привреде и тржишног начина привређивања, недовољне свијести о природи и значају нематеријалних добара, као и недовољног знања и искуства у примјени постојећих одредаба. Материјалноправне одредбе углавном нису спорне, већ је срж проблема у њиховом спровођењу. Савремени тренд глобализације намеће прихватање међународних стандарда и хармонизацију прописа. Међутим, не могу се сви институти некритички преузимати и условно речено,

⁵¹⁵ С. Радовановић, „Трострука накнада у нашем праву интелектуалне својине“, *Правни живот*, бр. 11/2003, 839.

⁵¹⁶ У АИППИ резолуцији се истиче да уколико закони не могу на други начин да обезбједе одвраћање од намјерне повреде права интелектуалне својине, предвиђање увећаног износа накнаде штете може бити оправдано у цивилним споровима. АИППИ Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I, p. 247-248.

„пресађивати“ у поједине правне системе. У том процесу, мора се водити рачуна о локалним приликама, тј. о постојећим социјалним, економским и културним условима али и о правном систему.⁵¹⁷ Ако занемаримо све околности и фокусирамо се искључиво на правни аспект, сврха приватног права не може бити кажњавање. Субјекти приватног права, тј. субјекти грађанскоправног односа су равноправни, што је једно од темељних уставних начела. Равноправност означава да ниједна страна у грађанскоправном односу нема власт над другом, као што је случај у јавноправном односу у коме држава има ауторитет над својим грађанима. Уколико су субјекти односа равноправни, онда ниједан учесник не може бити у позицији да кажњава друге. Чак и када је извршена повреда права, санкција не би требала да буде казнена, јер искључиво држава може да кажњава.

У прилог казненој накнади у приватном праву, често се прави поређење са уговорном казном. Уговорна казна је облик кажњавања дужника коју повјерилац и дужник могу уговорити због неиспуњења уговорне неновчане обавезе. Оба института служе обештећењу носиоца права у случају повреде права, односно дужника у случају неиспуњења уговорних обавеза. У оба случаја, лице може тражити обештећење до потпуне накнаде штете, ако је претрпљена штета већа од казнене накнаде, односно уговорне казне. Повјерилац има право да захтијева уговорну казну и кад је њен износ већи од штете коју је претрпио, па чак и кад није претрпио никакву штету. Суштинска одлика уговорне казне је то што је она специфична искључиво за уговорни однос и настаје сагласношћу воља уговорних страна. Казнена накнада може се захтијевати у случају повреде права и није везана искључиво за повреду уговорних обавеза. Уговорна казна се може предвидјети само за неновчане обавезе, док казнена накнада не подлијеже тој врсти ограничења. Осим тога, казнена накнада је прописана законом, мимо воље носиоца права, а нарочито лица које је извршило повреду права. О уговорној казни се стране споразумијевају, а казнена накнада је прописана законом.⁵¹⁸ Дакле, кажњавање путем уговорне казне се заснива на изричитој вољи и пристанку стране која се кажњава.

Законом о облигационим односима искључена је могућност кумулације уговорне казне и износа накнаде предвиђене законом за неиспуњење уговорне обавезе или

⁵¹⁷ Ситуација у којој се врши прилагођавање локалних прилика међународним утицајима назива се домаћи (локални) глобализам, а ширење локалних утицаја у свјетским размјерама је глобализација локализма. Детаљније вид. G. Dutfield, U. Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2008, 3.

⁵¹⁸ С. Марковић, (1997), 336, фн. 19.

задоцњење са испуњењем накнаде.⁵¹⁹ Наведена одредба представља основ да се умјесто накнаде штете настале повредом уговорне обавезе, законом предвиди износ накнаде или пенал који ће бити плаћен у том случају. Независно од назива, законом предвиђена накнада не мора нужно имати казнени карактер. Ова одредба упућује на могућност да се законом предвиди накнада за случај неиспуњења уговорне обавезе, што значи да се односи искључиво на уговорну одговорност за штету. То је заправо санкција за неиспуњење уговорне обавезе. Казнена накнада или пенал у праву интелектуалне својине почива на истом принципу, с тим што се не ограничава само на штету насталу из уговорног односа и примјењује се ако је повреда права извршена намјерно или крајњом непажњом.

Без обзира на све аргументе у прилог и против казнене накнаде у европском приватном праву, она све више добија на значају и постаје дио правног система појединих европских држава. Интересантно је да у прихватању казнене накнаде предњаче углавном мање развијене земље у којима заштита интелектуалне својине није на задовољавајућем нивоу.⁵²⁰ Увођење вишеструке накнаде правда се потребом јачања заштите и стварања санкција које ће имати одвраћајући ефекат. Међутим, на тај начин је пренаглашен значај интелектуалних добара и субјективних права којима се штите у односу на остала добра и њима својствена права.⁵²¹ Осим тога, тиме је отворен пут за увођење казнене накнаде и приватне казне и у друге гране права. За свако субјективно право које не може бити на други начин адекватно заштићено, могло би се, потпуно легитимно, тражити увођење неког облика приватне казне. То би довело до поновног приближавања грађанског и кривичног права у правцу који није најпожељнији. Умјесто јачања заштите прописивањем санкција које имају казнени карактер и које би због тога могле да дјелују као потенцијална пријетња која ће одвратити учиниоца од повреде права, требало би можда више пажње обратити на спровођење и извршење тих санкција у пракси.

Казнена накнада штете почива на уговореној или уобичајеној накнади за коришћење интелектуалног добра. Уколико је уговорна накнада основ за накнаду штете, односно, ако се примјењује метода аналогije са лиценцном накнадом, могло би се размислити и о другачијим рјешењима, која не би нужно имала пенални карактер.

⁵¹⁹ ЗОО, чл. 276.

⁵²⁰ Бивше југословенске државе потврђују ову тврдњу.

⁵²¹ С. А. Поповић, „Обавеза на накнаду троструке штете у случају повреде права индустријске својине“, *Правни живот*, бр. 11/1995, 801.

Уговорена или уобичајена накнада углавном служи као основица за обрачун штете. Ако је штета проузрокована обичном непажњом, претпоставка је да уговорена или уобичајена накнада представља довољно обештећење за носиоца права који не жели да се упушта у поступак доказивања претрпљене штете. Међутим, ако је повреда права извршена намјерно или крајњом непажњом, онда би требало досудити увећани износ накнаде, који не би смио бити већи од износа претрпљене штете. О увећању износа одлучује суд, зависно од околности конкретног случаја. Тиме би се елиминисала могућност да се досуди вишеструка накнада која би била већа од износа претрпљене штете, а истовремено би постојала разлика између извршиоца повреде који је крив и оног који није. Дакле, практични учинак би био скоро идентичан, без потребе наглашавања казненог карактера накнаде штете и својеврсног застрашивања, које, ипак, није одлика грађанског права.

5.9.3. Накнада нематеријалне штете

Право титулара субјективних права интелектуалне својине на накнаду материјалне, имовинске штете је неспорно. Међутим, ситуација није тако једноставна када је у питању неимовинска, односно нематеријална штета. Проблеми дефинисања нематеријалне штете уопште у грађанском праву одражавају се и у материји интелектуалне својине. Као што је један од горућих проблема у прошлом вијеку било питање допуштености новчане накнаде нематеријалне штете, тако је и данас ништа мање актуелно питање права правних лица на накнаду нематеријалне штете. Ако свему томе придодемо специфичан карактер заштићених интелектуалних добара, посебност правне природе појединих субјективних права, јасно је да је ријеч о изузетно сложеном проблему.

5.9.3.1. Појам нематеријалне штете

Нематеријална штета, у теорији се дефинише као повреда неког неимовинског, личног добра или као штета која се огледа у губитку или оштећењу неког личног добра, које не може бити објекат економске размјене или процјене.⁵²² Сходно томе, нематеријална штета у праву интелектуалне својине везује се углавном за повреду

⁵²² З. Петровић, Н. Мрвић Петровић, *Накнада нематеријалне штете*, Службени гласник, Београд 2012, 16.

личноправних овлашћења која су призната титуларима права, односно творцима интелектуалних добара. С обзиром да садржину ауторског права и права интерпретатора, поред имовинскоправних, чине и личноправна овлашћења, нематеријална штета најчешће настаје повредом ових субјективних права. Нематеријална штета може настати и повредом личноправног овлашћења на назначење имена ствараоца интелектуалног добра. Осим тога, према Закону о облигационим односима, свако nanoшење другоме физичког или психичког бола или страха представља нематеријалну штету,⁵²³ што значи да повредом права интелектуалне својине може бити проузрокована нематеријална штета под општим условима.

Накнада нематеријалне штете може бити неновчана и новчана. Неновчана накнада нематеријалне штете врши се објављивањем пресуде или исправке, повлачењем изјаве којом је извршена повреда права личности или на други начин којим се може остварити сврха која се постиже накнадом.⁵²⁴ У теорији, преовлађује став да се неновчана накнада може захтијевати и у случају кад не постоји душевни бол због повреде права личности, у која, између осталих, спадају и ауторска морална права.⁵²⁵ Новчана накнада нематеријалне штете досуђује се за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица и за претрпљени страх, уколико околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава.⁵²⁶ Она не зависи од постојања или досуђивања материјалне штете. С обзиром да се физички и душевни болови не могу измјерити нити вриједносно изразити као материјална штета, досуђује се правична новчана накнада. При одлучивању о захтјеву за накнаду нематеријалне штете и о висини њене накнаде, суд води рачуна о значају повријеђеног добра и циљу коме служи та накнада, као и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.⁵²⁷ Сврха накнаде нематеријалне штете је сатисфакција, односно субјективно задовољење оштећеног, које се постиже отклањањем или

⁵²³ ЗОО, чл. 155.

⁵²⁴ ЗОО, чл. 199. Захтјев за објављивање пресуде о трошку туженог у случају повреде права интелектуалне својине није уско везан за нематеријалну штету, јер се може поставити и у њеном одсуству.

⁵²⁵ М. Дедијер, „Неновчана и новчана накнада нематеријалне штете“, *Правни живот*, бр. 9-10/1992, 1478.

⁵²⁶ ЗОО, чл. 200, ст. 1. Детаљније о облицима новчане накнаде нематеријалне штете: М. Драгичевић, „Новчана накнада нематеријалне штете“, *Зборник радова Правног факултета у Источном Сарајеву*, бр. 5, 2009, 279-294.

⁵²⁷ ЗОО, чл. 200, ст. 2.

умањивањем штетних посљедица.⁵²⁸ Нематеријална штета се не може квантификовати, али се правичном новчаном накнадом, као и објављивањем пресуде, оштећеном омогућава извијесно задовољење за претрпљену штету. Оштећеном се пружа сатисфакција ради успостављања нарушене психичке равнотеже.⁵²⁹

У Закону о облигационим односима прихваћен је субјективни концепт нематеријалне штете, по коме се штета везује за постојање физичког или психичког бола. Овакав приступ је предмет критика, јер одатле произлази да ако нема болова или страха, онда не може постојати ни нематеријална штета. У упоредном законодавству и судској пракси, присутан је тренд прихватања објективног концепта нематеријалне штете, према коме се она дефинише као објективна повреда права личности.⁵³⁰ Уколико се прихвати објективни концепт накнаде штете, онда сатисфакција као сврха накнаде губи значај, а долази до изражаја компензаторна и превентивна функција накнаде штете.⁵³¹

5.9.3.2. Нематеријална штета у праву интелектуалне својине

Разлике у дефинисању појма штете и начина накнаде утичу и на могућност накнаде нематеријалне штете у праву интелектуалне својине. Накнада нематеријалне штете могућа је ако су испуњени општи услови предвиђени Законом о облигационим односима. То значи да није довољно да је извршена повреда права, односно заштићеног нематеријалног добра, већ да оштећени носилац права трпи душевне болове, као и да јачина тих болова оправдава досуђивање правичне новчане накнаде. С обзиром да је предмет заштите нематеријално добро, које је резултат интелектуалног, стваралачког, креативног или практичног рада његовог творца, нематеријална штета се углавном јавља у виду душевних болова због повреде угледа и части. Положај носиоца права, који није истовремено творац

⁵²⁸ О. Антић, (2011), 522.

⁵²⁹ Д. Николић, 126.

⁵³⁰ Објективна концепција нематеријалне штете прихваћена је у Француској, Њемачкој, Аустрији, Швајцарској, Русији итд. Детаљније: М. Baretić, „Појам и функције неимовинске штете према новом Закону о обвезним односима“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, Posebni broj, 2006, 479-487. Такође, објективни концепт нематеријалне штете прихваћен је у хрватском Закону о обвезним односима из 2005. године, према коме већ и сама повреда права „особности“ представља неимовинску штету. Х. Качер, „Концепт нематеријалне штете по Закону о обвезним (облигационим) односима из 1978. и успоредба са концептом из хрватског Закона о обвезним односима из 2005.“, у: *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*, Зборник радова, (ур. Р. Вукадиновић), Београд 2009, 251.

⁵³¹ М. Baretić, 491-495.

заштићеног добра, не може бити исти као положај ствараоца, мада није искључена могућност да и он трпи нематеријалну штету. Осим тога, иако нематеријална штета најчешће настаје повредом личноправних овлашћења, могуће је, бар теоријски, да буде проузрокована и повредом имовинских права. Све док се појам нематеријалне штете везује за одређену врсту душевних болова, као последицу повреде права, а не за сам чин повреде права личности, ирелевантно је које је право повријеђено. Уколико би био прихваћен објективни концепт нематеријалне штете, онда би се поставило питање да ли права интелектуалне својине, чак и она у чију садржину улазе личноправна овлашћења, спадају у права личности, односно лична права. У теорији има схватања да „морална права ауторства и право изума“ припадају субјективним правима личности.⁵³² Међутим, наведено схватање занемарује да личноправна овлашћења аутора и проналазача нису лична права, већ су увијек везана за одређено ауторско дјело или проналазак и настају поводом њих.

Да би се отклониле недоумице и проблеми у вези да примјеном општих правила облигационог права, савремени закони из области интелектуалне својине предвиђају посебна правила о накнади нематеријалне штете. Међутим, у ранијем периоду, непостојање одговарајућих одредаба је изазивало мноштво проблема и различите ставове о накнади штете, како у теорији, тако и у пракси. На примјер, закони о ауторском праву бивше Југославије садржали су општу одредбу о накнади штете, не прецизирајући врсте штете. Поједини теоретичари сматрали су да се не може тражити новчана накнада неимовинске штете која је проузрокована повредом личноправних овлашћења ауторског права, већ искључиво објављивање пресуде о трошку туженог.⁵³³ Други су сматрали да је новчана накнада нематеријалне штете могућа само у случају драстичне повреде угледа и части аутора, када на други начин није могуће уклонити извршену повреду.⁵³⁴

За разлику од ранијих, југословенских, закона у области права интелектуалне својине, којима није јасно прецизирано да ли и која лица имају право на накнаду

⁵³² А. Radolović, „Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 27, br. 1, 2006, 149.

⁵³³ „У ауторском праву накнада неимовинске штете има приоритетно за циљ задовољење, сатисфакцију оштећеника и субјективног је карактера. Стога се сатисфакција код неимовинске штете у ауторском праву искључиво састоји у јавном објављивању пресуде, у јавном извињењу за нанесене увреде и клевете и сл. за разлику од сатисфакције у грађанском праву, гдје се она може састојати и у новцу.“ В. Спаић, 241.

⁵³⁴ С. Крнета, „Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права“, *Одабране теме приватног права*, Зборник радова, ур. М. Повлакић, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007, 482.

нематеријалне штете, савремени прописи су недвосмислени. Законом о ауторском и сродним правима у Босни и Херцеговини изричито је предвиђено да аутор и извођач имају право да захтијевају праведну новчану одштету за претрпљене душевне болове због повреде моралних права. Приликом одлучивања о наведеном захтјеву, суд ће узети у обзир све околности случаја, а нарочито интензитет и трајање душевних болова.⁵³⁵ Захтјев за новчану накнаду нематеријалне штете је независан од накнаде материјалне штете и може се поставити чак и када такве штете нема. Дакле, законом је изричито предвиђено да нематеријалну штету чине душевни болови због повреде моралних права, да се може захтијевати праведна новчана накнада за претрпљене душевне болове и да то право имају само аутор и извођач, а не и други носиоци права. Морална или нематеријална штета може настати искључиво повредом моралних, односно, личноправних овлашћења. Слично рјешење, по којем само аутор и интерпретатор имају право на тужбу за накнаду неимовинске штете због повреде моралних права, постоји и у Србији,⁵³⁶ Црној Гори,⁵³⁷ Словенији,⁵³⁸ Македонији.⁵³⁹ У хрватском Закону о ауторском праву нема посебних одредаба о накнади нематеријалне штете, већ се примјењују општа правила из Закона о обвезним односима.⁵⁴⁰ Нематеријална, односно неимовинска штета се дефинише као повреда права личности,⁵⁴¹ а под правима личности подразумијевају се „права на живот, тјелесно и душевно здравље, углед, част, достојанство, име, приватност особног и

⁵³⁵ ЗАСП БиХ, чл. 159.

⁵³⁶ ЗАСП РС, чл. 205, ст. 2.

⁵³⁷ ЗАСП ЦГ, чл. 194.

⁵³⁸ ЗАСП РС, чл. 169.

⁵³⁹ ЗАСП РМ, чл. 169.

⁵⁴⁰ “При одлучивању о висини накнаде штете чије је ауторско морално право повријеђено треба водити рачуна о свим околностима конкретног случаја. Досуђена висина накнаде нематеријалне штете треба бити у складу с временом и простором, треба водити рачуна какву поруку тиме суд шаље странкама, па и јавности.“ Из образложења: „Како је у конкретном случају управо тужитељев рад прихваћен на натјечају за израду идејног рјешења стамбених и пословних објеката, те како је првоступањски суд правилно утврдио да је у изведби туженик битно одступио од идејног рјешења тужитеља, то је туженик деформирањем, сакаћењем и другим мијењањем ауторског дјела повриједио ауторово морално право. При одлучивању о висини било је потребно водити рачуна да је повреда учињена због стјечања имовинске користи од стране туженика, јер је зграда направљена у комерцијалне сврхе, да је повреда трајна, а штета коју је она проузрочила има дуготрајне последице, треба водити рачуна коју поруку досуђени износ накнаде штете шаље туженику, па и шире. Она не смије бити изван контекста времена и простора у којем живимо.“ Пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске, Рž-6991/02 од 02.12.2003. године.

⁵⁴¹ ЗОО, чл. 1046.

обитељског живота, слободу и др.⁵⁴² Отворена листа права особности, односно личности, оставља простора да се међу њих сврстају и морална права аутора.⁵⁴³

Аутор дизајна има право на накнаду нематеријалне штете која настаје повредом личноправног овлашћења на назначење имена аутора. Право на накнаду нематеријалне штете припада искључиво аутору дизајна, без обзира на то ко је носилац индустријског дизајна или подносилац пријаве.

Законом о патенту БиХ предвиђена је накнада нематеријалне штете због повреде моралног права проналазача. Проналазач може тражити правичну новчану одштету за претрпљену душевну бол због повреде моралних права.⁵⁴⁴ Овај захтјев не зависи од накнаде имовинске штете и може се поставити чак и кад имовинске штете нема. Приликом одлучивања о захтјеву, суд узима у обзир све околности наведеног случаја, нарочито интензитет и трајање душевне боли проузроковане повредом моралног права.⁵⁴⁵ Осим накнаде нематеријалне штете, проналазач чије име није наведено, може захтијевати да се његово име упише у пријаву и остале исправе, као и у одговарајуће регистре. Такође, уколико је више лица заједнички створило проналазак, то право има сваки проналазач чије је име изостављено. Уз захтјев за упис имена, може се поставити захтјев за објављивање пресуде о трошку туженог.

Захтјев за уписивање имена проналазача и објављивање пресуде о трошку туженог законодавац је сврстао у одредбу под насловом нематеријална штета. Суштински, ради се о повреди личноправног овлашћења проналазача на назначење имена у пријави и осталим списима. Наслов одредбе упућује на тумачење да су наведени захтјеви облици неновчане накнаде нематеријалне штете. Међутим, нематеријална штета се у истој одредби дефинише као постојање душевног бола због повреде моралног права. Поставља се питање да ли у сваком случају повреде права, настаје нематеријална штета, односно, да ли свака повреда личноправног овлашћења изазива душевну бол код проналазача. Уколико се на тај начин тумачи наведена одредба, онда би тиме био отворен путу објективизацији појма нематеријалне штете у нашем праву.

⁵⁴² ЗОО, чл. 19, ст. 2.

⁵⁴³ Б. Блажевић, „Како до правичне накнаде неимовинске штете у случају повреде ауторског права и сродних права“, *Зборник Хрватског друштва за ауторско право*, бр. 10/2009, 104.

⁵⁴⁴ Иако се у Закону о патенту говори о моралним правима, у множини, проналазач има само једно морално право, тачније личноправно овлашћење на назначење имена у пријави, патентним списима и осталој документацији.

⁵⁴⁵ ЗОП БиХ, чл. 106, ст. 5.

У Закону о патентима Србије предвиђена је тужба за утврђивање својства проналазача, ако је у пријави патента или другој исправи наведено лице које није проналазач. Накнада нематеријалне штете због повреде моралног права проналазача није посебно предвиђена, али би примјеном општих правила о накнади штете проналазачу могла бити досуђена уколико би били испуњени општи услови из Закона о облигационим односима.

5.9.3.3. Накнада нематеријалне штете у праву Европске уније

У упоредном праву, постоје различита схватања о накнади нематеријалне штете. Накнада нематеријалне штете у Белгији везана је за повреду репутације, односно угледа, која скоро увијек потиче од повреде права. С обзиром да је тешко одредити износ претрпљене штете, по правилу се досуђује паушални износ накнаде. У ауторскоправним споровима, судови досуђују накнаду нематеријалне штете због повреде моралних права, мада је дуго времена досуђивана само симболична накнада.⁵⁴⁶

Право на новчану накнаду нематеријалне штете у Њемачкој, осим аутора и извођача имају писци научних издања и фотографи.⁵⁴⁷ Интересантно је да је у Грчкој могућа накнада нематеријалне штете за повреду свих права интелектуалне својине, а што се тиче жига, то је често и једини облик обештећења који се може добити.⁵⁴⁸

Уколико је извршена повреда личноправних овлашћења аутора интелектуалне творевине у Русији, он има право на признање права, право да захтијева успостављање стања прије повреде права, право да захтијева престанак радњи којима се врши повреда права или којима се пријети да ће повреда бити извршена, право на накнаду нематеријалне штете и право на објављивање пресуде.⁵⁴⁹ Осим тога, част, достојанство и пословни углед ствараоца посебно су заштићени према прописима о заштити од клевете.⁵⁵⁰

Регулисање накнаде нематеријалне штете у Европској унији углавном је препуштено националном законодавству. Директива о спровођењу права интелектуалне својине наводи нематеријалну или моралну штету као један од критеријума које суд узима

⁵⁴⁶ European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, 23-24.

⁵⁴⁷ Њемачки Закон о ауторском праву, чл. 97, ст. 2.

⁵⁴⁸ *Damages in Intellectual Property Rights*, 28.

⁵⁴⁹ Руски грађански законик, чл. 1251, ст. 1.

⁵⁵⁰ Руски грађански законик, чл. 152.

у обзир приликом одређивања накнаде штете. Поред критеријума економске природе, као што су изгубљена добит оштећеног и непоштено стечена добит повредиоца права, у одговарајућим случајевима узима се у обзир и нематеријална штета коју трпи титулар права услед повреде његовог субјективног права. Смисао одредбе је да се омогући потпуна накнада штете коју је носилац права претрпио. Уколико се на основу наведених критерија не може одредити износ стварно претрпљене штете, као алтернативу, Директива предвиђа накнаду штете у паушалном износу, на основу елемената као што је барем износ накнаде коју је повредилац морао платити да је тражио дозволу за коришћење заштићеног добра.⁵⁵¹

Европски суд правде је имао прилику да се изјасни о тумачењу наведене одредбе Директиве о накнади нематеријалне штете.⁵⁵² У конкретном случају, спорно је било да ли титулар права може захтијевати накнаду нематеријалне штете у случају када се накнада одређује у паушалном износу, на основу хипотетичког износа накнаде која би била плаћена за допуштено коришћење. Повреда права на аудиовизуелном дјелу извршена је неовлашћеним преузимањем дијелова филма „Двије домовине: Куба и ноћ“ у документарни филм који се бавио дјечијом проституцијом на Куби, и његовим приказивањем на шпанској телевизијској станици. Титулар права, који је уједно био редитељ, сценариста и продуцент филма, тражио је накнаду штете у износу одређеном на основу накнаде на коју би имао право да је извршилац повреде тражио одобрење за коришћење дјела. Тражени износ тужилац је одредио на основу тарифе организације за колективно остваривање права на аудиовизуелним дјелима. Поред тог износа, тужилац је поставио захтјев за накнаду нематеријалне штете коју је претрпио.

Директивом су алтернативно предвиђена два начина за одређивање накнаде штете: утврђивање стварно претрпљене штете и одређивање паушалног износа на основу накнаде која би била плаћена за допуштено коришћење. С обзиром да је у конкретном случају тражен износ на основу хипотетичке накнаде коју би тужилац добио за легално коришћење предмета заштите, постављено је питање да ли се у том случају може захтијевати накнада нематеријалне штете. Општи правозаступник је у свом мишљењу пошао од језичког, системског и циљног тумачења наведене одредбе Директиве. Накнада

⁵⁵¹ Директива 2004/48, чл. 13, ст. 1.

⁵⁵² Случај *Liffers*, C-99/15.

штете у облику паушалног износа одређује се на основу елемената као што је барем износ накнада које би извршилац повреде морао платити да је тражио одобрење за коришћење тог права, што значи да је то само минимум који се може захтијевати, што не искључује нематеријалну штету.⁵⁵³ Смисао Директиве је да омогући накнаду стварно претрпљене штете, а начини одређивања износа накнаде су у служби остварења наведеног резултата. Системско тумачење наводи на закључак да се поједини начини одређивања накнаде не могу одвојено тумачити јер чине дио исте одредбе.⁵⁵⁴ На крају, правозаступник тврди да би изостављање накнаде нематеријалне штете било супротно циљевима Директиве, која почива на принципима ефикасности, пропорционалности и одвраћајућем карактеру санкција. Накнада штете која би се заснивала на хипотетичкој накнади за допуштено коришћење би увијек била мања од износа стварно претрпљене штете, те не би имала одвраћајући карактер.⁵⁵⁵

Суд је у пресуди истакао да одређивање износа накнаде штете мора имати за циљ цјеловиту накнаду штете коју је носилац права стварно претрпио, укључујући и нематеријалну штету која је евентуално настала повредом права. Паушално одређивање износа накнаде на основу хипотетичних лиценцих накнада обухвата само материјалну штету, те носилац права мора имати могућност да тражи и накнаду нематеријалне штете ради остваривања накнаде која одговара стварно претрпљеној штети.⁵⁵⁶ Дакле, захтјев за накнаду нематеријалне штете могуће је поставити само уколико је титулар права заиста претрпио такву штету, независно од постојања и начина обрачуна материјалне, односно имовинске штете. Иако се у тексту Директиве не прави разлика између појединих облика штете, наведеном пресудом је потврђено да се одредбе Директиве односе на претрпљену штету у цјелини, која у одговарајућим случајевима обухвата и нематеријалну штету.

⁵⁵³ Мишљење општег правозаступника *Wathelet* у случају *Christian Liffers v Producciones Mandarin SL and Mediaset España Comunicación SA, anciennement Gestevisión Telecinco SA*, C-99/15, од 19.11.2015. године, пар. 21-22, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5bcebd33dcaf747c4abb2de22609e705d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=171785&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=firs&part=1&cid=874801>, (март 2016. године).

⁵⁵⁴ *Ibid.*, пар. 25-26.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, пар. 31-35.

⁵⁵⁶ Пресуда Европског суда правде *Christian Liffers v Producciones Mandarin SL and Mediaset España Comunicación SA, anciennement Gestevisión Telecinco SA, Liffers*, C-99/15 од 17.03.2016. године, пар. 25-26, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5bcebd33dcaf747c4abb2de22609e705d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=171785&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=firs&part=1&cid=874801>, (март 2016. године).

5.9.3.4. Повреда имовинскоправних овлашћења као основ за накнаду нематеријалне штете

Титулари личноправних овлашћења имају право на накнаду нематеријалне штете због повреде тих овлашћења. Међутим, поставља се питање може ли нематеријална штета настати повредом имовинскоправних овлашћења. С обзиром да се, у недостатку посебних одредаба о накнади штете, примјењују општа правила из Закона о облигационим односима, постоји могућност да се накнада нематеријалне штете досуди свим лицима која су претрпјела такву штету. Видови нематеријалне штете су прецизно законом прописани, тако да би оштећено лице могло да трпи душевне болове због повреде угледа или части. Повреда имовинскоправних овлашћења, односно недозвољено економско искоришћавање заштићеног нематеријалног добра, неспојиво је са концептом нематеријалне штете. У судској пракси могу се наћи и супротни примјери, у којима је досуђивана накнада нематеријалне штете због повреде патента и жига, као имовинских права. Аргументи којима се образлажу такве одлуке су различити.

Интересантан је случај повреде патента из деведесетих година прошлог вијека, у коме је првостепени суд досудио накнаду нематеријалне штете, а другостепени и ревизијски суд потврдили такву одлуку.⁵⁵⁷ Првостепени суд је досудио накнаду нематеријалне штете која се огледа у психичком болу који је тужилац претрпио услед неовлашћеног економског искоришћавања патента, нарочито узимајући у обзир дужину трајања повреде, дужину трајања поступка и патњи туженог приликом његовог вођења.⁵⁵⁸ У истом предмету, другостепени суд је установио да повреда права заштићеног проналаска представља „право личности да иступа као проналазач на тржишту, па угрожавање тог права несумњиво код човека ствара осећај осујећености, због чега трпи душевне болове.“⁵⁵⁹ Ревизијски суд је установио да је носилац патента претрпио нематеријалну штету због повреде угледа као аутора.⁵⁶⁰

У истом предмету, три различита суда истичу различите аргументе за досуђивање нематеријалне штете у случају повреде патента као имовинског права. Ниједан од

⁵⁵⁷ Детаљну анализу наведеног случаја вид. Б. Новаковић, „Накнада нематеријалне штете и недозвољено економско искоришћавање патента,“ *Право и привреда*, бр. 5-8/2000, 695-707.

⁵⁵⁸ Пресуда Округног суда у Београду, П-2848/90.96 од 21.09.1997. године.

⁵⁵⁹ Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 100/97 од 16.06.1998. године.

⁵⁶⁰ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. И. 7334/98 од 15.09.1999. године.

наведених аргумената се не би могао прихватити. Уколико неовлашћено економско искоришћавање патента може проузроковати психичке болове, онда би свака повреда било ког имовинскоправног овлашћења могла да доведе до истог. Дакле, сваки економски губитак и свако спречавање постизања економске добити могло би да проузрокује душевне болове. То би било прешироко тумачење појма нематеријалне штете, нарочито јер су њени облици законом изричито предвиђени. Осим тога, дужина трајања поступка и „патња“ повријеђеног у поступку не могу бити релевантни за одмјеравање штете настале услед повреде права, већ евентуално за питање поштовања права на суђење у разумном року.

Другостепени суд полази од душевних болова које проналазач трпи због повреде права личности да иступа као проналазач на тржишту. Не постоји лично право било ког лица да иступа на тржишту, а чак и када би постојало, оно сигурно не би било лично, већ право економске природе. Једино личноправно овлашћење које има проналазач је овлашћење на назначење имена у пријави патента и осталим списима. Проналазач не мора уопште да иступа на тржишту, јер он своје право може да пренесе другоме. Осим тога, он се може одрећи свог овлашћења на назначење имена. Име под којим проналазач или носилац патента иступа на тржишту приликом економског искоришћавања патента је ближе фирми привредног субјекта, него личном праву.

На крају, у одлуци ревизијског суда, наведено је да носилац патента трпи нематеријалну штету због повреде угледа као аутора. Јасно је да се мисли на проналазача као аутора проналаска, иако то није адекватан термин. Као што је већ наведено, носилац патента не мора истовремено бити и проналазач, тако да у том случају сигурно не може доћи до повреде његовог стваралачког угледа. Чак и ако је проналазач, или један од проналазача, носилац патента, економско искоришћавање заштићеног проналаска скоро увијек има за посљедицу материјалну штету. Повреда угледа проналазача би изузетно била могућа, ако би начин и сврха искоришћавања проналаска били нарочито увредљиви.

Новчана накнада нематеријалне штете често је досуђивана у случају повреде жига, односно душевних болова због повреде угледа носиоца жига. Жиг као субјективно право којим се штити ознака представља „својеврсну легитимацију производа и произвођача, па се самим тим успоставља директна веза између жига и његовог носиоца.“⁵⁶¹ Иако је

⁵⁶¹ Б. Новаковић, 699.

имовинско право којим се не штити стваралаштво, већ односи на тржишту и конкуренција, повреда жига може бити праћена повредом пословног угледа носиоца жига. У судској пракси, често је досуђивана накнада нематеријалне штете због повреде угледа носиоца жига.⁵⁶² Досуђивање нематеријалне штете због повреде пословног угледа носиоца жига је упитно, а ако је уз то носилац жига правно лице, онда је накнада нематеријалне штете нарочито спорно питање.

5.9.3.5. Накнада нематеријалне штете правном лицу

О праву правних лица на новчану накнаду нематеријалне штете постоје различита схватања у теорији, судској пракси и законодавству. Закони у области права интелектуалне својине упућују на примјену општих прописа о накнади штете. У Закону о облигационим односима, не прави се разлика између физичких и правних лица. Међутим, дефиниција нематеријалне штете и услови досуђивања новчане накнаде упућују на тумачење да правним лицима не може бити досуђена новчана накнада нематеријалне штете. Према прихваћеној субјективној концепцији, за нематеријалну штету неопходно је постојање физичких и психичких болова и страха, које правно лице не може доживјети. Штета због повреде угледа не састоји се у умањењу угледа, већ у психичким патњама које из тога произлазе.⁵⁶³ С обзиром да правно лице није способно да трпи душевне или психичке болове, није могуће досудити правичну новчану накнаду због повреде угледа. Поједини аутори су, пак, истицали да правно лице чине људи који заједнички дјелују у циљу остварења одређених интереса, те да људи који чине правно лице могу да трпе психички бол због повреда нанесених њиховом колективитету.⁵⁶⁴ Међутим, не треба заборавити да правно лице има сопствени субјективитет, различит од и независан од појединаца који га чине. Због различитих тумачења судске праксе, Врховни суд Србије је 2001. године заузео

⁵⁶² „За повреду заштићеног робног жига тужилац има право и на накнаду нематеријалне штете, која представља сатисфакцију због повреде коју је претрпио због смањеног угледа на тржишту на односном подручју, усљед продаје производа који су гарантовали контролу квалитета по стандардима тужиоца, иако то није био случај. Утврђивање висине ове штете врши се сагласно одредби из члана 200. став 2. Закона о облигационим односима, а у вези члана 88. Уредбе са законском снагом о патентима и знацима разликовања (Службене новине РБХ, бр. 21/93 и 13/94).“ Пресуда Апелационог суда Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, Гж-282/02, од 24.10.2002. године. Наведено према Х. Тајић, *Зборник судске праксе судова у Босни и Херцеговини у области грађанског права*, Сарајево 2005, 135.

⁵⁶³ В. Марковић, „Накнада неимовинске штете правних лица“, *Правни живот*, бр. 10/2001, 537.

⁵⁶⁴ С. Марић, „Право правних лица на неимовинску штету“, *Правни живот*, бр. 10/2002, 696.

јединствен став да „правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.“⁵⁶⁵ Дакле, у случају повреде пословног угледа правног лица, могуће је објављивање пресуде о трошку туженог, али не и накнада у новцу.

Иако закони којима се регулишу права интелектуалне својине не садрже изричиту одредбу о праву правних лица на накнаду нематеријалне штете, то је посредно омогућено у поступку сузбијања нелојалне конкуренције. Према посљедњим измјенама Закона о трговини Републике Србије, изричито је предвиђено право трговца на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа.⁵⁶⁶

Нелојална конкуренција или непоштена тржишна утакмица је радња трговца усмјерена против другог трговца, тј. конкурента, којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји и којом се наноси или се може нанијети штета конкуренту.⁵⁶⁷ У законима Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, изричито се као облик нелојалне конкуренције наводи неовлашћена употреба туђег имена, фирме, жига, ознаке или другог спољног обиљежја ако се тиме ствара или може створити забуна на тржишту.⁵⁶⁸ Најчешћи облици непоштене тржишне утакмице којима се врши повреда права интелектуалне својине су коришћење туђих ознака за обиљежавање робе или услуга, као и имитација туђег производа, услуге или рекламе.

Средство грађанскоправне заштите од нелојалне конкуренције је тужба за сузбијање нелојалне конкуренције. Тужбом за сузбијање нелојалне конкуренције могуће је захтијевати утврђивање радње нелојалне конкуренције, забрану њеног даљег вршења, отклањање насталих посљедица и накнаду штете. Осим накнаде материјалне штете, оштећени трговац има право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног

⁵⁶⁵ Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године.

⁵⁶⁶ Интересантно је да је Законом о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума из 1974. године била предвиђена новчана накнада за повреду пословног угледа правног лица, па овај закон представља претечу данашњем Закону о трговини.

⁵⁶⁷ Као радње нелојалне конкуренције наводе се: изношење неистинитих и увредљивих тврдњи о другом трговцу, изношење података о другом трговцу, његовој роби или услузи који су усмјерени на нарушавање угледа и пословања тог трговца, продаја робе са ознакама, подацима или обликом, којима се оправдано ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета и других својстава те робе, стицање, коришћење и одавање пословне тајне без сагласности њеног имаоца, ради отежавања његовог положаја на тржишту, обећање, тј. давање поклона веће вриједности или других погодности другим трговцима у циљу стицања предности у односу на друге конкуренте и друге сличне радње које су супротне добрим пословним обичајима. Закон о трговини, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 53/2010, 10/2013, чл. 50.

⁵⁶⁸ Закон о трговини, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 6/2007, 52/11, 67/13, чл. 59, ст. 1, тачка ж, Закон о унутрашњој трговини, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 40/10, чл. 51, ст. 1, тачка ф.

угледа. С обзиром да трговац може бити како физичко тако и правно лице које обавља дјелатност продаје робе, закључак је да правно лице има право на накнаду нематеријалне штете. Законом је прецизирано да то може бити само штета због повреде пословног угледа трговца. Суд ће досудити правичну новчану накнаду нематеријалне штете, ако нађе да то околности случаја оправдавају. Нарочито се узимају у обзир значај, трајање и интензитет повреде, ефекат повреде на пословање тужиоца, значај повријеђеног добра и циљ коме служи накнада, као и то да се накнадом не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.⁵⁶⁹ Тужбу због радње нелојалне конкуренције могуће је подићи у субјективном року од шест мјесеци од сазнања за радњу и учиниоца, а све у оквиру објективног рока од три године од окончања радње. Дакле, у случају непоштеног тржишног понашања, односно нелојалне конкуренције, правном лицу које има статус трговца је изричито признато право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа.

Дакле, ако је титулар жига правно лице, имаће могућност да тражи накнаду нематеријалне штете у случају тужбе за сузбијање нелојалне конкуренције. Супротно, ако подигне тужбу због повреде жига као субјективног права интелектуалне својине, неће моћи да тражи накнаду нематеријалне штете. Поставља се питање да ли од избора начина и облика заштите зависи могућност накнаде нематеријалне штете. Намеће се закључак да је тужба за сузбијање нелојалне конкуренције погодније средство заштите титулара жига у односу на тужбу због повреде субјективног права, уколико се повредом права врши и повреда добрих пословних обичаја. Међутим, ако се ради о повреди осталих права интелектуалне својине и ако радња повреде не доводи до нелојалне конкуренције, титулари тих права неће имати право на накнаду нематеријалне штете. Сходно томе, поједина субјективна права интелектуалне својине имају неједнак третман у зависности од облика и могућности заштите.

У упоредном праву, све више законодавстава признаје правним лицима право на новчану накнаду нематеријалне штете. Правно лице може добити новчану накнаду нематеријалне штете у француском и швајцарском праву, енглеско право предвиђа цивилни деликт клевете којим се штити углед правног лица, а у англоамеричком праву

⁵⁶⁹ Закон о трговини Републике Србије, чл. 50а.

исти учинак има казнена одштета.⁵⁷⁰ Руски грађански законик предвиђа да правна лица имају иста права у случају повреде пословног угледа као и физичка лица, што значи да, између осталог, имају право на накнаду моралне штете.⁵⁷¹ Супротно, њемачка теорија и судска пракса не признају правним лицима право на новчано обештећење због повреде угледа.⁵⁷²

Већина бивших југословенских република предвиђа право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете правним лицима. Облигацијски законик Словеније предвиђа да за повреду угледа и доброг имена, суд може правном лицу досудити правичну новчану накнаду независно од материјалне штете, чак и кад материјалне штете нема, ако оцијени да околности случаја то оправдавају.⁵⁷³ Закон о обвезним односима Хрватске предвиђа да ће суд, ако тежина повреде и околности случаја оправдавају, досудити правичну новчану накнаду правном лицу за повреду угледа и других права личности правног лица, независно од накнаде имовинске штете, чак и ако такве штете нема.⁵⁷⁴ Скоро идентичну одредбу садржи и Закон о облигационим односима Црне Горе⁵⁷⁵ и Македоније.⁵⁷⁶

Нови закони о облигационим односима бивших југословенских република напуштају субјективну концепцију нематеријалне штете из Закона о облигационим односима из 1978. године, који се још увијек примјењује у Србији, Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине. Нематеријална штета дефинише се као наносење другоме физичког или психичког бола или страха, као и повреда права личности и угледа правног лица,⁵⁷⁷ или само као повреда права личности.⁵⁷⁸ Проширивањем појма нематеријалне штете, створени су законски предуслови да правно лице добије новчану одштету због повреде угледа.

У Србији и Босни и Херцеговини не постоји законски основ за досуђивање правичне новчане накнаде као облика накнаде нематеријалне штете правним лицима.

⁵⁷⁰ Д. Драговић, „Накнада нематеријалне штете правном лицу због повреде пословног угледа,“ у: *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања*, ур. З. Петровић, Београд 2010, 128-130.

⁵⁷¹ Руски грађански законик, чл. 152, ст. 7.

⁵⁷² Д. Драговић, 129.

⁵⁷³ *Obligacijski zakonik, Uradni list RS, št. 83/2001*, чл. 183.

⁵⁷⁴ *Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine RH, 35/05, 41/08...*, чл. 1100, ст. 3.

⁵⁷⁵ *Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list ЦГ, 47/2008*, чл. 207, ст. 3.

⁵⁷⁶ *Zakon za obligacionite односи, Služben vesnik РМ, 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009*, чл. 189, ст. 3.

⁵⁷⁷ У Словенији и Црној Гори.

⁵⁷⁸ У Хрватској и Македонији.

Изузетак представља већ споменути Закон о трговини Србије којим је предвиђено право правног лица на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа у поступку сузбијања нелојалне конкуренције. Нацртом Грађанског законика, предвиђено је увођење правичне новчане накнаде неимовинске штете правном лицу у Србији. Предложено је да суд може, узимајући у обзир све околности, нарочито тежину повреде и тежину кривице, досудити правичну новчану накнаду правном лицу у случају повреде угледа правног лица и других права личности својствених његовој правној природи. Накнада неимовинске штете је независна од постојања и накнаде имовинске штете.⁵⁷⁹ Дакле, накнада нематеријалне штете је предвиђена у случају повреде права личности правних лица.

Неимовинска штета се у Нацрту Грађанског законика одређује као повреда права личности и доношење другог физичког или душевног бола.⁵⁸⁰ У права личности, између осталог, спадају част и углед, а правно лице ужива заштиту свих права личности, осим оних која произлазе из природних својстава човјека као физичког лица.⁵⁸¹ Наведеним приједлогом уводи се објективни критеријум за одређивање појма нематеријалне штете. Уколико се сама повреда права личности сматра штетом, а не њене посљедице у виду психичких и физичких болова, онда је тиме отворен пут да се правном лицу призна нематеријална штета.⁵⁸² Такође, вјероватно ће исти тренд слиједити и закони о облигационим односима у Републици Српској и Федерацији БиХ.

Иако је новчана одштета нематеријалне штете правним лицима све присутнија у савременом законодавству и судској пракси,⁵⁸³ у теорији су мишљења подијелена. Присталице новчане накнаде нематеријалне штете истичу да правна лица уживају пословни углед на тржишту који може бити нарушен, те да се објављивањем пресуде о трошку туженог у средствима јавног информисања може само дјелимично остварити обештећење, јер та мјера неће погодити лице одговорно за штету на исти начин као

⁵⁷⁹ Осим наведеног, предвиђена су и два алтернативна приједлога. Према првом приједлогу, правно лице има право на правичну накнаду неимовинске штете у случају повреде угледа или других права личности својствених његовој правној природи. Према другом приједлогу, правна лица имају право на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вриједности које произлазе из природе њиховог субјективитета. Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, Нацрт, Београд, 29.05.2015. године, (у даљем тексту Нацрт Грађанског законика Србије), чл. 361, стр. 154. Текст Нацрта доступан на: <http://www.mpravde.gov.rs>, (приступ фебруар 2016. године).

⁵⁸⁰ Нацрт Грађанског законика Србије, чл. 296, ст. 2.

⁵⁸¹ Нацрт Грађанског законика Србије, чл. 87.

⁵⁸² Б. Морат, „О неким принципијелним питањима нематеријалне штете,“ *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 31/32, 2010, 76.

⁵⁸³ Европски суд за људска права је у неколико случајева досудио нематеријалну штету правним лицима.

новчана накнада.⁵⁸⁴ Међутим, такав став отвара питање сврхе накнаде нематеријалне штете, јер се њоме постиже сатисфакција оштећеног, а не кажњавање штетника. Пословни углед је једно од личних права правних лица, односно привредних субјеката који своју дјелатност обављају на тржишту. Уколико је пословни углед везан за иступање субјеката на тржишту, онда његова повреда нужно има имовинске последице.⁵⁸⁵ Повредом или нарушавањем угледа на тржишту, по правилу долази до смањења тражње за производима или услугама које су предмет дјелатности привредног субјекта, смањења броја купаца и пословних партнера и уопште умањења пословне активности. Све то може бити вид економског губитка, односно материјалне штете. Поставља се питање да ли су последице повреде пословног угледа искључиво имовинске и у чему се састоје негативни неимовински ефекти. Заправо, питање је да ли повреда пословног угледа увијек има искључиво економске последице.

Последице повреде пословног угледа могле би се сагледати из аспекта дјелатности правног лица. Уколико правно лице обавља искључиво привредну дјелатност, свака повреда пословног угледа имала би директно или индиректно негативне економске последице, односно, одразила би се на пословање тог правног лица. Дакле, последица би скоро увијек могла бити материјална штета. Супротно, ако су у питању установе или друге институције чија дјелатност нема уопште или нема искључиво лукративни карактер, ситуација је другачија. Повреда угледа или доброг гласа које правно лице ужива у заједници не мора увијек имати негативне економске последице, јер је то понекад чак и немогуће. Могуће је да повреда угледа посредно утиче на смањење прихода, што би проузроковало незнатну материјалну штету. Међутим, повреда репутације установе може имати знатно теже и далекосежније последице од било које материјалне штете или губитка прихода. Та својеврсна стигматизација установе би у системима који прихватају објективну концепцију представљала нематеријалну штету. Чак и када би се овакав вид штете могао признати правним лицима, спорна би била сврха новчане накнаде

⁵⁸⁴ З. Миладиновић, „Накнада нематеријалне штете због повреде права интелектуалне својине у судској пракси,“ *Грађанска кодификација*, зборник радова, ур. Р. Ковачевић-Куштримовић, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш 2004, 96-97.

⁵⁸⁵ Према ранијим схватањима трговачко име, односно фирма сврставано је у права индустријске својине. С. Крнета, „Лична права правних лица,“ *Одабране теме приватног права*, ур. М. Повлакић, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево 2007, 426.

нематеријалне штете, одакле слиједи да је неновчана накнада нематеријалне штете ефикасније средство у случају повреде угледа и части.

5.10. Тужбени захтјев за пружање информација

У случају повреде права интелектуалне својине, могуће је поставити захтјев за пружање информација о лицима која учествују у повреди права и дистрибутивним каналима робе или услуга којима се врши повреда права. Право на информацију предвиђено је још ТРИПС-ом, али само као опционо, а не и обавезно за државе чланице. Државе могу предвидјети да судске власти наложе прекршиоцу да обавијести титулара права о идентитету трећих лица која су укључена у производњу и дистрибуцију робе и услуга којима се врши повреда права, као и о њиховим дистрибутивним каналима.⁵⁸⁶ Титулар права може да тражи наведене информације само ако је у питању озбиљна повреда права, што значи да се мора водити рачуна о сразмјерности постављеног захтјева учињеној повреди права.⁵⁸⁷ Директивом о спровођењу права, право на информацију је детаљније регулисано и предвиђено као обавезно. Државе чланице морају обезбједити да, у поступку поводом повреде права интелектуалне својине, надлежна судска власт може наредити повредиоцу права или другом лицу да достави информације о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се врши повреда права.⁵⁸⁸ Државе чланице ЕУ, као и оне које претендују на учлањење, ускладиле се своје законе са наведеном одредбом.

Право на информацију потиче из Велике Британије, од тзв. *Norwich Pharmacal* наредбе, којом је могуће захтијевати откривање информација или докумената од стране трећих лица која не учествују у повреди права, али могу да пруже корисне податке о повреди. Ова судска наредба је први пут употребљена 1974. године, у случају повреде патента увозом хемијске супстанце која је била предмет патентне заштите, од стране непознатих увозника.⁵⁸⁹ Носилац патента је знао да се врши повреда патента увозом хемијске супстанце, али није знао ко је увозник, те је тражио од царинских органа

⁵⁸⁶ ТРИПС, чл. 47.

⁵⁸⁷ С. Согреа, (2007), 429.

⁵⁸⁸ Директива 2004/48, чл. 8.

⁵⁸⁹ Случај *Norwich Pharmacal v Commissioners of Customs and Excise*.

информацију о томе. Смисао ове наредбе је да се трећа лица која посједују информације о недозвољеном понашању принуде да помогну онима који су погођени таквим понашањем, односно који евентуално трпе штету. Другим ријечима, добијање информација о туженом био је неопходан предуслов за покретање судског поступка. Да би овај захтјев могао бити постављен, неопходно је било да су испуњени сљедећи услови: постојање разлога за подизање тужбе, односно постојање повреде права, умијешаност трећег лица у извршење радње повреде, чак и невољно, непостојање другог разумног начина да се идентификује извршилац повреде, пружање информација има за циљ само откривање идентитета извршиоца повреде, без намјере да се врши сакупљање других доказа о повреди права и непостојање правнополитичких разлога који би спријечили откривање информација, као што је повјерљивост или тајност података.⁵⁹⁰

Може се рећи да је захтјев за пружање информација превасходно у служби прикупљања и обезбјеђења доказа о повреди права. Постоји неколико значајних питања у вези са правом на информацију. Као прво, битно је ко може да захтијева пружање информација и под којим условима, затим, од кога се информације могу тражити и на крају, шта се може захтијевати, односно која је садржина информација које се могу открити.

Захтјев за пружање информација о повреди права може да тражи тужилац, под условом да је захтјев оправдан и сразмјеран. Дакле, слично као што је већ било предвиђено ТРИПС-ом, и Директивом је још једном потврђен принцип сразмјерности изречене мјере или средства учињеној повреди. То значи да се захтјев не може тражити за било коју наводну повреду права, већ за ону која је, по мишљењу суда, довољно озбиљна да оправдава откривање информација о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе и услуга. У појединим државама, претходни услов за тражење информације је да је суд утврдио постојање повреде права.⁵⁹¹ У том случају, добијене информације нису у служби прикупљања доказа за утврђење повреде права, већ треба да прецизирају околности под

⁵⁹⁰ N. Suzor, „Privacy v Intellectual Property Litigation: Preliminary Third Party Discovery on the Internet,“ *Australian Bar Review*, Vol. 25, 2004, 243.

⁵⁹¹ Нпр. у Белгији и Луксембургу.

којима је извршена повреда права, што може да буде од значаја за неке друге тужбене захтјеве.⁵⁹²

Тужилац може да захтијева информације о повреди права од самог повредиоца али и трећих лица. То је једна од основних разлика у односу на одредбу ТРИПС-а, према којој је само прекршилац морао да обавијести титулара права о идентитету трећих лица која учествују у производњи и дистрибуцији спорне робе или услуга. Према Директиви, обавезу пружања информација има лице за које је утврђено да на комерцијалној основи посједује робу којом се врши повреда права, користи услуге којима се врши повреда права, или пружа услуге које се користе у активностима којима се врши повреда права. Обавезу давања информација има и оно лице које је укључено у производњу, фабричку производњу или дистрибуцију робе или пружање услуга, а чије име су открила претходно наведена лица. У пракси, лица која имају обавезу пружања информација су произвођачи, дистрибутери и посредници у размјени робе и услуга, као што су превозници, интернет провајдери, сајтови за онлајн куповину и сл. Осим лица која су на комерцијалној основи укључена у производњу или дистрибуцију робе или услуга којима се врши повреда права, информације се могу тражити и од посредника који су савјесни, односно који немају утицаја на вршење повреде права. Улога посредника у повреди права интелектуалне својине на интернету је посебно актуелно питање у савременом праву интелектуалне својине.

Посредници на интернету су интернет сервис провајдери, сајтови за размјену података, сајтови за „онлајн“ куповину и други који омогућавају приступ и размјену заштићених интелектуалних добара, односно производа у којима су материјализована заштићена интелектуална добра, а тиме, посредно, и повреду права. Иако најчешће обезбјеђују само техничку подршку и немају утицаја на избор садржаја и радње комитената, њихова улога у спречавању повреда права интелектуалне својине на интернету се све више преиспитује. Иако је начелно прихваћено искључење одговорности посредника у повреди права уколико се пасивно понашају, све више се намеће обавеза чињења, односно, активно-превентивног понашања.⁵⁹³ Остављајући по страни евентуалну

⁵⁹² European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Evidence and Right of Information in Intellectual Property Rights*, 2009, стр. 11.

⁵⁹³ Детаљније: Д. Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на интернету: преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 580.

одговорност за повреду права, као и могућност изрицања неких других мјера, захтјев за пружање информација може бити постављен посреднику. То произлази из одредаба Директиве, будући да посредници пружају услуге које се користе у активностима којима се врши повреда права. Дакле, чак и када није изричито предвиђено да се од посредника на интернету могу тражити информације, то произлази из опште обавезе коју има било који посредник.

Значајно ограничење круга лица обавезних на пружање информација је дјеловање на комерцијалној основи. На тај начин се искључују крајњи корисници, односно потрошачи робе и услуга којима се врши повреда права. Међутим, државе чланице могу увијек предвидјети строжи режим од оног предвиђеног Директивом. Са друге стране, Директивом није прецизирано шта се сматра дјеловањем на комерцијалној основи, што може изазвати проблеме у пракси. У погледу услова дјеловања на комерцијалној основи, постоје три могућа режима прихваћена у државама чланицама Европске уније. У једној групи држава, захтјев за пружање информација може се поставити само ако је повреда права учињена на комерцијалној основи.⁵⁹⁴ Другу групу држава чине оне чијим законима је предвиђено да се информације могу тражити од трећих лица само уколико посједују робу, користе услуге или пружају услуге којима се врши повреда права на комерцијалној основи, док је за лице које је извршило повреду права ирелевантно да ли то чини на комерцијалној основи или не.⁵⁹⁵ На крају, постоје и оне државе у којима се информације о повреди и учиниоцу могу тражити од повредиоца и од трећих лица без обзира да ли је њихова дјелатност комерцијална, односно, у којима комерцијална дјелатност није услов за пружање информација.⁵⁹⁶

Већина закона не садржи дефиницију комерцијалне дјелатности. Изузетно, поједини закони⁵⁹⁷ прецизирају да се комерцијалном дјелатношћу сматра свака радња предузета у циљу постизања директне или индиректне економске користи. У неким државама, сматра се да је повреда права учињена на комерцијалној основи ако је радња повреде учињена ради стицања добити на начин да изазива знатну штету носиоцу

⁵⁹⁴ На примјер, у Италији, Шпанији, Бугарској, Чешкој, Финској, Летонији, Кипру и Малти. Видјети извјештај: *Evidence and Right of Information in Intellectual Property Rights*, 108-120.

⁵⁹⁵ На примјер, у Њемачкој, Аустрији, Словенији, Белгији, Луксембургу, Мађарској и Пољској. *Ibidem*.

⁵⁹⁶ На примјер, у Француској, Великој Британији, Данској, Холандији, Шведској, Грчкој, Румунији, Словачкој, Естонији, Литванији и Португалији. *Ibidem*.

⁵⁹⁷ Нпр. у Словенији и Аустрији.

ауторског права или значајан финансијски губитак носиоцу права индустријске својине. Ако је повреда ауторског права извршена путем рачунарског система или мреже, не тражи се да је учињена с циљем стицања добити.⁵⁹⁸ Интересантно је схватање о активности предузетој на комерцијалној основи које постоји у Њемачкој. Свака повреда права, која је чак учињена у приватној сфери, ако је нарочито тешка, односно ако се односи на предмет заштите који има знатну комерцијалну вриједност, може бити окарактерисана као учињена на комерцијалној основи.⁵⁹⁹

Директивом је прецизирано шта чини садржину информација које су наведена лица дужна да открију. То су имена и адресе произвођача, дистрибутера, добављача и других претходних посједника робе или услуга, као и продаваца на велико и продаваца на мало којима је роба намијењена, као и информације о количинама које су произведене, отпремљене, примљене или наручене, као и о цијени добијеној за ту робу или услуге. Подаци о идентитету лица која су укључена у ланац производње или дистрибуције могу бити од значаја за њихову одговорност или даље прикупљање информација, док подаци о количини произведене робе или цијени могу помоћи код обрачуна накнаде штете.

Носилац права, односно тужилац има право да захтијева информацију о повреди права, али то не значи да је лице од кога се таква информација тражи дужно да је у сваком случају открије. Нико не може бити принуђен да открије информацију којом би признао своје учешће или учешће блиских особа у радњи повреде права. Осим тога, добијене информације не смију бити злоупотребљене. Уколико тражена информација представља пословну тајну или неки други лични, приватни податак, питање је да ли је оправдано да буде откривена ради заштите права интелектуалне својине. Нарочито је спорно да ли и коју врсту информација о својим клијентима може да открије интернет сервис провајдер, односно посредник на интернету. Другим ријечима, право на информацију долази у сукоб са правом на приватност и правом на заштиту личних података.

⁵⁹⁸ *Evidence and Right of Information in Intellectual Property Rights*, 112-113.

⁵⁹⁹ Неовлашћено постављање цијелог музичког албума који се тек појавио у продаји на интернет, или постављање филма који се недавно појавио у биоскопима, у судској пракси се сматра дјеловањем на комерцијалној основи. *Ibid.*, 114.

5.10.1. Право на информацију у пракси Европског суда правде

Право на информацију, које је у служби заштите права интелектуалне својине, долази у сукоб са правом на приватност, па се поставља питање да ли је могуће и ком праву дати предност. О постављеном питању изјашњавао се Суд правде Европске уније. Шпанско удружење продуцентата и издавача музичких и аудиовизуелних дјела тражило је 2005. године од Привредног суда у Мадриду да изда привремену мјеру против предузећа које је, између осталог, обезбјеђивало приступ интернету, односно против интернет провајдера. Удружење је тражило да суд нареди предузећу да открије идентитет и физичку адресу одређених лица којима је омогућио приступ интернету, а чије ИП адресе су им биле познате. Та лица су, користећи програм за размјену података, омогућила приступ заштићеним фонограмима чији је носилац права било удружење. Удружење је тврдило да су наведена лица извршила повреду права интелектуалне својине и тражило откривање споменутих информација, како би покренуло грађански судски поступак. Интернет провајдер је тврдио да је према Закону о информатичком друштву и електронској трговини, откривање тражених података могуће само у кривичном поступку или ради јавне сигурности и националне одбране, никако у грађанском поступку. Суд у Мадриду је поставио претходно питање Европском суду правде о допустивости откривања личних података у грађанском судском поступку ради заштите права интелектуалне својине, односно да ли су државе чланице дужне да уведу такву обавезу ради ефикасне заштите интелектуалне својине.

Одлучујући о постављеном питању, суд је закључио да се ниједном Директивом, које уређују питања заштите интелектуалне својине и заштите личних података и приватности, не намеће обавеза откривања личних података у грађанском судском поступку. Међутим, ако се одбије захтјев за пружање информација с позивом на заштиту личних података, онда се поставља питање у којој мјери се постиже адекватна заштита права интелектуалне својине. Заправо, право на својину, па тиме и интелектуалну својину, као и право на одговарајућу судску заштиту је у сукобу са правом на приватност, односно, правом на заштиту личних података. Значи ли то да право на приватност има предност у односу на заштиту права интелектуалне својине? Суд је установио да се приликом тумачења права, мора обезбједити правична равнотежа између различитих права унутар

једног правног поретка, као и да се одредбе Директива не могу тумачити на начин да су супротне општим правним принципима.⁶⁰⁰ Закључак Суда је да Директива 2002/58/ЕЗ Европског парламента и Савјета о обради података о личности и заштити приватности у сектору електронских комуникација не искључује могућност да државе предвиде обавезу откривања личних података у грађанском судском поступку, али истовремено не намеће такву обавезу.⁶⁰¹ Изнесени став, Европски суд правде је потврдио каснијом одлуком у сличном случају у коме је организација за колективно остваривање права из Аустрије тражила од интернет сервис провајдера откривање података о идентитету корисника ИП адреса ради покретања грађанског судског поступка.⁶⁰²

Пред Европским судом правде нашао се сличан случај, овога пута из Шведске. Издавачко предузеће које је било носилац права умножавања, издавања и дистрибуције 27 аудио књига, тражило је од интернет сервис провајдера откривање имена и адреса лица која су у одређеном периоду са познатих ИП адреса поставила спорни електронски садржај путем сервиса за размјену података. Одбијајући захтјев, провајдер се позвао на одредбе Директиве о задржавању података, којом се забрањује откривање података о претплатницима који користе одређену ИП адресу свима, осим јавним властима. Међутим, Суд правде је установио да Директива о задржавању података добијених или обрађених у вези са пружањем јавно доступних електронских комуникационих услуга или мрежа, не забрањује примјену националног законодавства којим се предвиђа право на добијање информације у спору због повреде права интелектуалне својине, јер то право не спада у материју коју регулише споменута Директива. Уколико је националним законом предвиђено да се у грађанском судском поступку за заштиту права интелектуалне својине, од интернет сервис провајдера може захтијевати информација о претплатнику или кориснику који је наводно извршио повреду права, онда је такав захтјев допуштен. При томе, ако је националним законом лице овлашћено да захтијева откривање личних

⁶⁰⁰ Пресуда Европског суда правде C-275/06, од 29. јануара 2008. године, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5cc57e249f44945b9a856f2dc81934ee3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchyOe0?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=905408>, (март 2014. године).

⁶⁰¹ Пресуда Европског суда правде C-275/06, *Promusicae*, пар. 53-55.

⁶⁰² Пресуда Европског суда правде C-557/07, од 19. фебруара 2009. године, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v Tele2 Telecommunication GmbH*, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77489&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=907211>, (март 2014. године).

података, као што је случај са правом на информацију, надлежни суд мора увијек да одмјери супротстављене интересе, узимајући у обзир све околности случаја и водећи рачуна о принципу пропорционалности.⁶⁰³ Дакле, захтјев за пружање информација мора бити усклађен са правом на заштиту приватности и личних података, о чему одлучује суд у конкретном случају.⁶⁰⁴

Европски суд правде није пружио прецизан одговор на питање да ли интернет сервис провајдер има обавезу да пружи информације о својим клијентима у вези са наводном повредом права на Интернету. То питање је препуштено националном законодавству држава чланица. Међутим, улога провајдера, или у ширем смислу посредника, понекад је пресудна за откривање и сузбијање повреда права на интернету. У вези са тим, може се поставити питање да ли ће откривање информација о идентитету корисника заиста у сваком случају помоћи носиоцу права да открије учиниоца и да ефикасно заштити своје субјективно право и да ли је можда у савременим условима дигиталног окружења посредник кључни субјект за остваривање заштите ауторског права на интернету. Треба имати у виду да, чак и када би провајдер имао обавезу да открије информације о клијентима, заштита права на интернету не би била загарантована, јер клијенти нису у сваком случају непосредни извршиоци радње повреде. Осим тога, било какво праћење активности клијената би заправо дубоко задирало у њихову приватност на интернету. У том зачараном кругу заштите ауторских права на интернету и заштите приватности корисника интернета, чини се да се од посредника превише очекује, нарочито ако је посредник пуки преносилац сигнала који нема утицаја на садржај и чија је улога искључиво техничке природе.

Интернет провајдери могу да одбију пружање информација које могу бити од значаја за откривање и санкционисање повреде права интелектуалне својине, позивајући се на заштиту приватности својих клијената. Ако носилац права не добије податке о идентитету корисника, он неће моћи заштити своје субјективно право. На први поглед,

⁶⁰³ Пресуда Европског суда правде C-461/10, од 19. априла 2012. године, *Bonnier Audio AB and Others v Perfect Communication Sweden AB*, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=908275>, (март 2014. године).

⁶⁰⁴ У појединим државама, примјетна је пракса интернет оператора да, на захтјев носилаца ауторског и сродних права, упућују опомене корисницима интернета због повреде наведених права. Међутим, такво понашање интернет оператора је незаконито будући да о повреди права може одлучивати само суд. Детаљније: М. Рељановић, „Поступања интернет оператора поводом наводног кршења ауторских права – законодавство и пракса у Србији“, *Правни записи*, Год. IV, бр. 1/2013, 134.

заштита приватности и права интелектуалне својине искључују једно друго. Уколико се ова права међусобно искључују, питање је које од њих има предност. Коначну одлуку о томе, Суд правде препушта државама чланицама које треба да одмјере интересе и да примјене принцип пропорционалности на основу преовлађујућег схватања друштва о томе.⁶⁰⁵

Најновији случај који се нашао пред Европским судом правде тиче се питања односа права на добијање информације и заштите личних података. У претходно наведеним случајевима, Суд правде је имао прилику да се изјасни о споровима између носиоца права интелектуалне својине и корисника интернета, тачније посредника од којих су носиоци права захтијевали откривање информација. Први пут је пред Судом постављено питање да ли се банка може позвати на банкарску тајну, како би одбила пружање информација које су потребне ради заштите права интелектуалне својине у судском поступку против лица која посредством интернета продаје робу којом се врши повреда права.⁶⁰⁶

У спорном случају, привредно друштво *Coty Germany* било је носилац искључиве лиценце за производњу и стављање у промет парфема означених знаком заштићеним комунитарним жигом.⁶⁰⁷ У јануару 2011. године, друштво је преко интернет аукцијске платформе купило бочицу парфема са заштићеним жигом. Када се испоставило да се купљеним производом врши повреда права, друштво је затражило од интернет портала да му открије стварно име носиоца корисничког рачуна путем којег је парфем продат. Захтјев је одбијен, те се друштво обратило банци у којој је рачун био отворен и затражило име и адресу власника рачуна на који је уплаћен износ цијене, јер је у питању продавац. Међутим, банка је такође одбила да пружи тражене информације, позивајући се на обавезу чувања банкарске тајне. Друштво је поднијело тужбу Регионалном суду у Магдебургу, који је наложио банци откривање информација. Виши регионални суд у Наумбургу је, поступајући по жалби банке, укинуо првостепену пресуду, наводећи да банка има право да одбије свједочење у оквиру грађанског судског поступка. Тужилац се обратио Савезном суду, који је од Европског суда правде тражио разјашњење питања да ли се банкарска

⁶⁰⁵ I. Stamatoudi, „Ethics, Reality and the Law, The Example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele2“, *Revue Hellénique de Droit International*, 63, 2/2010, Athens – Thessaloniki, 946.

⁶⁰⁶ Случај *Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg*, C-580/13.

⁶⁰⁷ *Davidoff Hot Water*.

институција може позвати на банкарску тајну ради одбијања пружања информација о имену и адреси власника рачуна у поступку заштите права интелектуалне својине. Другим ријечима, питање је да ли су одредбе Директиве о спровођењу права које се односе на право информација, усклађене са националним прописима о чувању банкарске тајне.

Овдје се заправо поставља питање сукоба права на информацију и права на заштиту личних података. Директивом је предвиђено да се на оправдан и сразмјеран захтјев тужиоца могу захтијевати информације о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се врши повреда права од лица за које је утврђено да на комерцијалној основи пружа услуге које се користе у активностима које повређују право. Право на пружање информација не смије утицати на примјену одредаба које уређују заштиту личних података, односно заштита права интелектуалне својине не би смјела да угрози заштиту личних података. Право на информацију није апсолутно нити аутономно право које би појединци могли остваривати директно од извршиоца повреде и других лица, већ право које тужилац ужива само у оквиру поступка због повреде права интелектуалне својине ради остваривања судске заштите. Оно је у функцији остваривања основног људског права, права на правни лијек, који је инструмент заштите права својине, тачније права интелектуалне својине.⁶⁰⁸

Државе чланице су дужне да воде рачуна о обезбјеђивању правичне равнотеже између различитих основних људских права. Уколико би лице, у конкретном случају банка, могла да одбије пружање информације, позивајући се неограничено и безусловно на банкарску тајну, то би онемогућило остваривање права интелектуалне својине. Закључак суда је да је одредба која неограничено и безусловно допушта банкарској институцији да се позове на банкарску тајну како би избјегла пружање информација о имену и адреси власника рачуна, који на комерцијалној основи пружа услуге које се користе при повреди права, супротна овлашћењу носиоца права интелектуалне својине да судским путем оствари своје право.⁶⁰⁹

У мишљењу општег правозаступника наводи се да је у конкретном случају ријеч о ограничењу спровођења и остваривања основних људских права, тачније права на правни

⁶⁰⁸ Пресуда Европског суда правде *Coty Germany GmbH v Stadtsparkasse Magdeburg*, C-580/13, од 16.07.2015. године, пар. 29, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165900&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=910624>, (септембар 2015. године).

⁶⁰⁹ Пресуда Суда правде Европске уније *Coty Germany*, C-580/13.

лијек и права интелектуалне својине у корист права на заштиту личних података. Да би ограничење остваривања права било оправдано, потребно је водити рачуна о испуњености одређених услова. Као прво, ограничење мора бити прописано законом и мора бити такво да се поштује суштина права које се ограничава. У конкретном случају, правозаступник сматра да спречавање остваривања судске заштите нарушава суштину права интелектуалне својине.⁶¹⁰ Ограничења морају бити пропорционална, односно могу се утврђивати само када су неопходна и када су потребна ради заштите права и слобода других. Правозаступник сматра да у конкретном случају треба оцијенити да ли је ограничење права примјерено, нужно и пропорционално за постизање законитог циља.⁶¹¹ Носиоцу права се ускраћује информација о власнику рачуна, тј. о претпостављеном повредиоцу права, у циљу заштите банкарске тајне. Питање је да ли је таква врста ограничења примјерена и нужна, односно постоји ли други начин за остваривање жељеног циља. Пропорционалност ограничења односи се на утврђење у којој мјери циљеви заштите одређених права у односу на друга права, могу да надокнаде с тим повезане губитке. Приликом утврђивања пропорционалности, национални суд мора узети у обзир следеће околности: врсту и обим информација које захтијева тужилац, доказе о повреди права и доказе да је наводни повредилац поступао незаконито, постојање битне штете нанесене носиоцу права, као и гаранцију тужиоца да ће добијене информације употребити само за покретање поступка против наводног повредиоца, а не у друге сврхе.⁶¹²

Наведеном пресудом је још једном потврђено да национални судови морају водити рачуна о правичној равнотежи између супротстављених основних права. Пресуду никако не треба тумачити на начин да су банке дужне да носиоцима права пружају информације о власницима рачуна. Као што ни чување банкарске тајне не може бити безусловно и апсолутно, тако ни заштита интелектуалне својине не може имати примат над заштитом личних података. Права морају бити уравнотежена, о чему су национални судови дужни да воде рачуна у сваком конкретном случају.

⁶¹⁰ Мишљење општег правозаступника Cruz Villalón, у случају *Coty Germany*, C-580/13 од 16.04.2015. пар. 39, доступно на:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=910624>, (септембар 2015. године).

⁶¹¹ *Ibid.*, пар. 40.

⁶¹² *Ibid.*, пар. 43.

Дакле, суд мора у сваком случају да оцијени да ли је захтјев за пружање информација оправдан и сразмјеран извршеној повреди и на основу тога донијети одлуку. Уколико се информације о извршеној повреди или лицу које је извршило повреду не могу добити на други начин, онда би суд могао да нареди банци да открије податке о својим клијентима. Подразумијева се да се добијене информације могу користити само за потребе судског поступка и да се не смију злоупотребљавати. Оно што оправдава изрицање такве мјере било би коришћење рачуна за нелегалне активности, односно за сврху повреде права. Истина, банка није дужна да води рачуна о сврси, намјени или поријеклу средстава на рачуну, али, ако постоји довољно доказа да се неко на комерцијалној основи бави продајом робе којом се врши повреда права, и ако је то једини начин да се дође до извршиоца, нема разлога да банка ускрати потребне информације. Откривање података које представљају банкарску тајну могуће је само на основу одлуке суда,⁶¹³ односно органа који има јавноправна овлашћења, а не на захтјев лица које је носилац приватног права. Тиме се елиминише евентуални приговор да се откривање банкарске тајне врши ради заштите приватног права, јер одлуку о томе у крајњој линији доноси суд.

5.10.2. Право на информацију у бившим југословенским државама

Право на информацију је у законима бивших југословенских република предвиђено као дужност обавјештавања, обавеза пружања информација или захтјев за доставу података. За разлику од Директиве, којом је предвиђено право носиоца права на информацију о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се врши повреда права, овдашњи законодавци полазе од тога да је то дужност или обавеза коју имају одређена лица. Законима којима се регулишу права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини, предвиђена је дужност достављања података о извору и дистрибуционим каналима робе или услуга којима се врши повреда права. Изричито је предвиђено да суд може наредити достављање података о повреди права и то на оправдан захтјев једне од странака у току парнице због повреде права. За разлику од Директиве, којом је предвиђено

⁶¹³ Законом о банкама Србије изричито је предвиђено да обавеза чувања банкарске тајне не постоји ако се подаци саопштавају на основу одлуке или захтјева надлежног суда. Закон о банкама, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 48, ст. 1, т. 1.

да само тужилац може захтијевати пружање информација, законодавац у Босни и Херцеговини не прецизира о којој странци се ради, тако да је могуће да захтјев постави и тужени. Теоријски, тужени би могао да тражи информације о повреди права које би евентуално могле да буду од значаја за његову одбрану. Међутим, ако узмемо у обзир од којих лица се могу захтијевати информације о повреди права, тј. о извору и дистрибутивним каналима робе или услуга, као и циљ и смисао тражења тих информација, мало је вјероватно да тужени у спору због повреде права интелектуалне својине може поставити такав захтјев. Изузетно, то би било могуће само код тужбе за негативно утврђење, којом би наводни повредилац захтијевао да суд утврди да не постоји повреда права.

Обавезу пружања информација има првенствено лице које је извршило повреду права. Осим повредиоца, подаци могу бити тражени и од лица која у обиму комерцијалне дјелатности посједују робу за коју се сумња да се њоме повређује право, или користе услуге за које се сумња да се њима повређује право, или пружају услуге за које се сумња да се њима повређује право.⁶¹⁴ Дакле, то су лица која на комерцијалној основи посједују робу којом се врши повреда права, односно користе или пружају услуге којима се врши повреда права. Суд може захтијевати податке и од лица које је означено као умијешано у производњу, израду или дистрибуцију робе или давање услуга за које се сумња да се њима врши повреда права. Законодавац прецизира да је радња предузета у обиму комерцијалне дјелатности ако је предузета за прибављање посредне или непосредне економске користи. Радње савјесних крајњих потрошача су изричито изузете из појма комерцијалне дјелатности. Информације које се могу тражити су подаци о лицима која учествују у повреди права и о количини и цијени робе или услуга којима се врши повреда права.

Појединим законима у Србији, предвиђено је да суд може наложити туженом да да обавјештења о трећим лицима која су повезана са повредом или да преда документе који су у вези са повредом.⁶¹⁵ Одредбе закона о заштити патента и жига детаљније регулишу ову обавезу и усклађене су са одредбама Директиве о спровођењу права. Предвиђено је да суд може наложити лицу које је извршило повреду права да пружи информације о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе и услуга којима се повређује право из објављене

⁶¹⁴ ЗАСП БиХ, чл. 162, ЗОП, чл. 109, ЗОЖ, чл. 88, ЗОИД, чл. 87, ЗОГП БиХ, 79.

⁶¹⁵ ЗАСП РС, чл. 213, ЗОИД РС, чл. 70, ЗОГП РС, чл. 79.

пријаве или признато право. Исто се може тражити од лица код кога је пронађена роба која се налази у промету, или пружа услуге у промету, којима се повређује право из пријаве или признато право, као и од лица за које је утврђено да на комерцијалном нивоу пружа услуге које се користе у активностима које повређују право из објављене пријаве или признато право.⁶¹⁶ Умјесто критеријума комерцијалне дјелатности, законодавац полази од робе или услуга које се налази у промету, док се трећа група лица односи на посреднике. Лице које не изврши обавезу пружања тражених информација одговара за штету која из тога произађе.

Носилац права у Хрватској, који је покренуо парнични поступак због повреде права интелектуалне својине, може захтијевати достављање података о поријеклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се повређује његово право.⁶¹⁷ Изричито је предвиђено да се захтјев може поставити у облику тужбе или привремене мјере. Осим према туженом, захтјев за достављање података може бити упућен лицу које у обављању своје привредне дјелатности посједује робу или пружа услуге за које се сумња да се њима врши повреда права или лицу које у обављању своје привредне дјелатности пружа услуге које се користе у радњама за које се сумња да се њима повређује право. Лице према коме је постављен захтјев може одбити достављање тражених података из истих разлога из којих би могао одбити да сведочи. Уколико одбије да достави податке без оправданог разлога, одговара за штету која одатле произлази.

6. Привремене мјере

Судски поступак у случају повреде права интелектуалне својине може трајати и по неколико мјесеци, односно година. За то вријеме, док се не докаже да је извршена повреда права, неопходно је онемогућити да тужени настави са радњама којима се врши наводна повреда права или да изврши неке од планираних радњи. Ефикасно средство којим се то постиже су привремене мјере.

Обавеза увођења привремених мјера предвиђена је ТРИПС-ом и Директивом о спровођењу права интелектуалне својине. Привремене мјере према ТРИПС-у обухватају

⁶¹⁶ ЗОП РС, чл. 139, ЗОЖ РС, чл. 79.

⁶¹⁷ ЗАСП РХ, чл. 187, ЗОП РХ, чл. 95i, ЗОЖ РХ, чл. 79а, ЗОИД РХ, чл. 56с, ЗОЗПОИ РХ, чл. 49.

привремене мјере за спречавање повреде права и мјере обезбјеђења доказа. То је посљедица утицаја англосаксонског права, док се у континенталним правним системима прави разлика између наведених мјера. Предвиђено је да су судске власти овлашћене да наложе хитне и ефикасне мјере за спречавање повреде било ког права интелектуалне својине, нарочито за спречавање пуштања у промет робе преко трговинских канала који су у њиховој надлежности, укључујући и увезену робу, непосредно по проласку царинске контроле.⁶¹⁸ Да би суд изрекао привремену мјеру, подносилац захтјева треба да достави сваки разумно расположиви доказ, како би се са довољним степеном сигурности увјерили да је подносилац захтјева титулар права и да се врши повреда његовог права или да постоји непосредна опасност настанка повреде.

Директивом о спровођењу права, привремене мјере и мјере обезбјеђења доказа су раздвојене и регулисане посебним члановима. Државе чланице могу издати наводном повредиоцу права привремени судски налог којим се спречава било каква непосредна повреда права интелектуалне својине или се забрањује наставак наводне повреде тог права, наложити одузимање или предају робе за коју се сумња да повређује право интелектуалне својине како би се спријечио њен улазак у комерцијалне токове, или њено кретање унутар тих токова.⁶¹⁹

По редовном току ствари, страна против које се изриче мјера има право да буде обавјештена и саслушана. Међутим, и ТРИПС-ом и Директивом предвиђено је да су судске власти овлашћене да усвоје привремене мјере и без саслушања друге стране, ако би било какво кашњење, односно одлагање мјере, проузроковало непоправљиву штету титулару права.⁶²⁰ Ако су привремене мјере усвојене без саслушања друге стране, онда ће та друга страна бити без одлагања обавијештена о томе, а најкасније последице спровођења мјера. Уколико су привремене мјере одређене прије покретања поступка у коме ће се одлучивати о повреди права, титулар права је дужан да покрене поступак у разумном року који одређује судска власт изричући привремену мјеру или ако тај рок није одређен, у року који не може бити дужи од 20 радних дана или 31 календарски дан, у зависности од тога

⁶¹⁸ ТРИПС, чл. 50.

⁶¹⁹ Директива 2004/48, чл. 9.

⁶²⁰ Непоправљива штета је она која би се тешко могла надокнадити јер би тужени могао да промијени сједиште пословања и сл.

шта је дуже. Ако подносилац захтјева не подигне тужбу, привремене мјере се укидају или престају на други начин.

Издавање привремених мјера може бити условљено полагањем одговарајућег износа или еквивалентног обезбјеђења намијењеног осигурању накнаде за било какву штету коју туженик може претрпјети. То ће бити случај када су привремене мјере укинуте, када су престале важити због било које радње или пропуштања подносиоца захтјева, или када је накнадно утврђено да није било никакве повреде права или опасности од повреде права интелектуалне својине.

Ако је повреда права учињена на комерцијалној основи, Директивом је предвиђено да судске власти могу, као мјеру предострожности наложити одузимање покретне и непокретне имовине наводног повредиоца права, укључујући блокирање банковног рачуна и других прихода, под условом да оштећена страна предочи околности које би могле довести у опасност накнаду штете. Надлежне власти могу наложити доставу банковних, финансијских или комерцијалних докумената или одговарајући приступ релевантним информацијама.⁶²¹

За разлику од ТРИПС-а који не спомиње посреднике, Директивом је изричито предвиђено да се привремене мјере могу изрећи према посреднику, чијим се услугама користила трећа страна за повреду права интелектуалне својине. Појам посредника се различито схвата у различитим законима. Поставља се питање могу ли се привремене мјере изрицати према оним посредницима који немају никаквог утицаја нити учешћа у повреди права. У појединим државама је изричито предвиђено да се привремене мјере могу изрицати само према посредницима који свјесно помажу учиниоцу повреде те да се не могу изрицати против тзв. невиних посредника.⁶²²

У појединим државама, предвиђено је да се привремене мјере могу изрећи према сваком посреднику, без обзира да ли су то превозници, складиштари, интернет сервис провајдери, платформе за електронску трговину и сл.⁶²³ Друге државе праве разлику између посредника у области информационих технологија и осталих, као што су

⁶²¹ Директива 2004/48, чл. 9, ст. 2.

⁶²² То је случај у Аустрији, с тим што је Законом о ауторском праву Аустрије предвиђено да привремена мјера може бити одређена против посредника ако повредилац користи услуге посредника и ако је претходно упућено упозорење. European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Injunctions in Intellectual Property Rights*, 2. Закон о ауторском праву Аустрије, §81 (1a).

⁶²³ То је нпр. случај у Француској. *Ibid.*, 9.

превозници, који могу бити чак сматрани одговорним за повреду, ако се стварни повредилац не може пронаћи.⁶²⁴ Постоје и они системи у којима се привремене мјере не могу изрећи против „невиних“ посредника, односно оних који ни на који начин не учествују у повреди права.⁶²⁵ У Шведској се од „невиног“ посредника могу захтијевати информације, али је за изрицање привремене мјере потребно да посредник помаже или подстрекава повредиоца.⁶²⁶

Поступак за одређивање привремених мјера уређен је националним прописима и стога, постоје мање или веће разлике. У англосаксонском праву, тачније у Великој Британији, привремене мјере су брза и практична метода привремене заштите за сложене случајеве као што је повреда патента. Судови не расправљају питање права на заштиту, већ у први план стављају комерцијалне посљедице понашања. Предлагач привремене мјере не мора доказати повреду, а суд треба да утврди да ли би накнада штете у будућем спору била довољна мјера за тужиоца, као и да ли је тужилац у стању да обештети туженог, ако би се привремена мјера показала неоснованом. Сва правна питања судови у Великој Британији остављају за каснији спор у коме ће се одлучивати о меритуму ствари.

Супротно, у Њемачкој се привремена мјера често прихвата као коначна и обавезујућа одлука суда. То је нарочито изражено у случају повреде патента ако валидност права није спорна. Дакле, тужилац треба да докаже вјероватност постојања права, као и вјероватност да патент неће бити оспорен у поступку по приговору или поступку поништаја, и постојање повреде. Осим тога, судови морају водити рачуна о праву друге стране да се изјасни о изрицању привремене мјере. Циљ изрицања привремене мјере је спречавање настанка непоправљиве штете. У поступку одређивања привремене мјере износе се сви докази као да је у питању поступак у коме се расправља о меритуму ствари, с том разликом што се наведене чињенице морају учинити вјероватним, а не и доказати. Изрицањем привремене мјере постиже се провизорна заштита, али се та прелиминарна одлука суда често касније потврди у поступку по тужби.⁶²⁷

За изрицање привремених мјера у Француској, потребно је да докази који су разумно доступни тужиоцу упућују да је његово право повријеђено или да би могло бити

⁶²⁴ На примјер, у Финској. *Ibid.*

⁶²⁵ Нпр. Пољска. *Ibid.*, 16.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ J. Klink, E. Geldard, „Cherry Picking in Crossborder Patent Infringement Actions: A Comparative Overview of German and UK Procedure and Practice“, *EIPR*, (2004), 497-498.

повријеђено. Судови ће одредити привремену мјеру ако тужени нема озбиљних аргумената да оспори признато право, односно ако не би могао да оспори важење признатог права, јер ако постоји сумња да би нпр. патент могао бити поништен, онда нема основа да се одреди привремена мјера. Осим тога, судови у пракси воде рачуна о усклађивању интереса супротстављених страна.⁶²⁸

6.1. Привремене мјере у законодавству Босне и Херцеговине

Привремене мјере су процесни инструмент којим се носиоцу права омогућава провизорна заштита, прије доношења одлуке о повреди права. По својој правној природи, привремене мјере су институт извршног права, односно средство обезбјеђења. Привременом мјером се тражи привремена правна заштита да би се заштитили интереси једног субјекта, док се не оконча поступак за пружање правне заштите.⁶²⁹ У ширем смислу, привремене мјере спадају у судске мјере обезбјеђења које су у Босни и Херцеговини регулисане законима о парничном поступку Републике Српске и Федерације БиХ. Закони којима се регулишу поједина права интелектуалне својине предвиђају посебна правила за привремене мјере, при чему се, за све оно што није посебно регулисано, примјењују правила о мјерама обезбјеђења. Треба нагласити да, иако закони о парничном поступку предвиђају привремену мјеру као врсту мјера обезбјеђења посебну по начину одређивања, она се по садржини разликује од привремене мјере у праву интелектуалне својине. Наиме, привремена мјера у праву интелектуалне својине је општи назив за судске мјере обезбјеђења које се могу изрећи, док се у ЗПП-у привременом мјером назива само она која се изриче без претходног обавјештавања и саслушања друге стране.

Закони којима се уређују поједина права интелектуалне својине садрже правила о привременим мјерама која су у доброј мјери усклађена са одредбама ТРИПС-а и Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. Привремена мјера се одређује ради обезбјеђења захтјева по приједлогу тужиоца, односно предлагача. Приједлог за одређивање привремене мјере може се поставити прије подизања тужбе, у току поступка

⁶²⁸ P. Véron, I. Romet, *On the Way to Fair Balance, the French Approach to Patent Litigation*, <http://whoswholegal.com/news/features/article/28961/on-fair-balance-french-approach-patent-litigation>, (септембар 2014. године).

⁶²⁹ Р. Рачић, *Извршно процесно право*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука, 2009, 185.

или у току поступка по правним лијековима, дакле, у свим фазама грађанског судског поступка. Једно од често постављаних питања у теорији и пракси јесте да ли постоји временско ограничење за тражење привремене мјере којом се забрањује наставак повреде. Поставља се питање у ком року од сазнања за повреду, носилац права може захтијевати привремену мјеру. Основна одлика поступка за одређивање привремене мјере је хитност, што значи да се све радње и одлуке морају спроводити и доносити у што је могуће краћем року. Међутим, питање је да ли и колико носилац права може толерисати понашање повредиоца, прије него што затражи привремену мјеру. У нашем праву, као и у већини држава, нема посебних одредаба о томе, те је одлучивање о том питању препуштено судској пракси.⁶³⁰

Према општим правилима, суд ће одредити мјеру обезбјеђења ако предлагач учини вјероватним постојање потраживања или права и ако постоји опасност да би противник обезбјеђења могао спријечити или знатно отежати остварење потраживања.⁶³¹ Да би суд одредио привремену мјеру у случају повреде права интелектуалне својине, предлагач је дужан да учини вјероватним да је носилац права интелектуалне својине и да је његово право повријеђено или да пријети стварна опасност од повреде.⁶³² Дакле, није неопходно да докаже да је носилац права или да је повреда права извршена, већ само да то учини

⁶³⁰ На примјер, у Њемачкој је пракса да се привремена мјера захтијева у року од 4 до 6 седмица од сазнања за повреду права, а уколико прође више времена, подносилац захтјева мора да објасни зашто раније није поднио захтјев. Слична ситуација постоји и у неким другим државама, гдје судови пасивно понашање носиоца права најчешће тумаче као пристајање на повреду. *Injunctions in Intellectual Property Rights*, 10.

⁶³¹ ЗПП РС, чл. 269, ст. 1.

⁶³² Сматра се да постоји вјероватноћа даље повреде права када је противник обезбјеђења емитовао најаву телевизијског ријалити шоуа, насловљавајући га именом на коме предлагач обезбјеђења има ауторска права. "Из списка, тј. из образложења рјешења произлази да је неспорно да су предлагатељи осигурања овлаштеници ауторских права темељем одредби из чланка 12. ставак 2. ЗАПСП-а, ТВ емисије - reality showa под називом "Б. Б." од 16. рујна 1998. године. То значи да су овлаштене особе за подношење приједлога за одређивање привремене мјере у смислу чланка 185. ЗАПСП-а. Неспорно је даље да је противник осигурања тијekom студеног и просинца 2003. године емитирао ТВ програм насловљавајући га називом "Б. Б." и хрватским пријеводом "В. Б.". Како је темељем чланка 5. ставак 4. и 5. ЗАПСП-а предмет ауторског права ауторско дјело у цјелини, укључиво и наслов дјела, то је противник осигурања повриједио ауторско право предлагатеља осигурања јер је неовлаштено искористио наслов reality showa "Б. Б." за наслов свог ТВ reality showa. Тиме је испуњена и друга претпоставка из чланка 185. ЗАПСП-а за доношење привремене мјере. Предлагатељи су учинили вјеројатним да постоји непосредна опасност даље повреде права, будући да је противник осигурања 13. просинца 2003. године емитирао најаву телевизијског reality showa "Б. Б." и позвао потенцијалне натјецатеље на пријаву у ТВ show." Пресуда Високог трговачког суда Републике Хрватске, Пж-2478/04 од 21.04.2004. године.

вјероватним, што значи да треба да пружи довољно доказа како би суд могао закључити да је постојање права и повреде вјероватно.⁶³³

Осим наведеног, носилац права мора да учини вјероватним и једну од алтернативно постављених претпоставки: опасност да ће остваривање захтјева бити онемогућено или знатно отежано, да је привремена мјера потребна ради спречавања настанка штете коју ће бити касније тешко поправити или да претпостављени повредилац, доношењем привремене мјере, која би се касније у поступку показала као неоправдана, не би претрпио веће негативне посљедице од оних које би, без доношења такве привремене мјере, претрпио носилац права.⁶³⁴ Да би се предлагачу олакшало доказивање опасности да ће остваривање захтјева бити отежано или онемогућено, законодавац је изричито предвидио да таква опасност постоји ако би захтјеве требало остваривати у иностранству. Такође, предлагач може, умјесто да доказује да ће остваривање захтјева бити онемогућено или знатно отежано, да учини вјероватним да ће предложена привремена мјера претпостављеном повредиоцу проузроковати само незнатну штету.

Привремена мјера може бити донесена и без претходног обавјештавања и саслушања супротне стране, по принципу *inaudita altera partes*. У том случају, предлагач је дужан, да осим наведених услова, учини вјероватним да би било какво одгађање изрицања привремене мјере проузроковало носиоцу права настанак штете коју би било тешко поправити.⁶³⁵ Рјешење о изрицању такве мјере суд је дужан доставити супротној страни одмах након њеног спровођења.⁶³⁶

⁶³³ На примјер, доказ да је предлагач носилац права је исправа о патенту, жигу или другом праву индустријске својине, али и пријава за заштиту, затим уговор о лиценци или ауторски уговор и сл.

⁶³⁴ ЗАСП БиХ, чл. 160, ст. 1 и 2, ЗОП, чл. 107, ст. 1 и 2, ЗОЖ, чл. 86, ст. 1 и 2, ЗОИД, чл. 85, ст. 1 и 2, ЗОП БиХ, чл. 77, ст. 1 и 2. У прелазним и завршним одредбама Закона о заштити топографије интегрисаног кола предвиђено је да се на грађанскоправну заштиту топографија заштићених према том закону примјењују одредбе Закона о патенту.

⁶³⁵ То је привремена мјера у ужем смислу, онако како је предвиђена ЗПП-ом.

⁶³⁶ „На приједлог аутора или другог носитеља ауторског права који учини вјероватним да је ауторско право повријеђено или да постоји непосредна опасност од повреде права, суд може одредити привремену мјеру забране позоришне представе у којој се неовлашћено користе ауторска музичка дјела. Суд је овлашћен одредити привремену мјеру и без обавјештавања противника осигурања ако постоји опасност од настанка тешко надокнадиве штете. Будући да су предлагатељи осигурања у приједлогу истакли да се у представи користе 54 гласбена дјела, између осталог, 24 неовлашћено прерађена гласбена дјела, а да се при том аутори нису ни на који начин консултирали, нису дали одобрење, а нити су у програму представе наведени, ради се о врло озбиљним повредама ауторских права, а природа повреде је таква да би без ове привремене мјере ауторима настала ненадокнадива штета.“ Пресуда Високог трговачког суда Хрватске, Пж-3964/03 од 08.04.2003. године.

Када су у питању врсте привремених мјера које се могу одредити, то могу бити било које мјере којима се може постићи циљ обезбјеђења. Ипак, законом су изричито предвиђене двије врсте мјера, а то су забрана радњи којима се врши повреда права и одузимање, уклањање из промета и похрањивање предмета повреде и средстава повреде који су искључиво или у претежној мјери намијењени, односно употребљавају се за чињење повреда.⁶³⁷ Дакле, суд може на приједлог носиоца права одредити и друге мјере којима ће се остварити сврха привремене заштите.

6.2. Поступак издавања привремене мјере

Поступак за доношење привремене мјере одвија се према одредбама закона о парничном поступку, ако нешто друго није предвиђено. Носилац права, као предлагач, подноси приједлог за одређивање привремене мјере. Примјерак приједлога доставља се другој страни, противнику обезбјеђења, односно наводном повредиоцу права на одговор. Према ЗПП-у, мјера обезбјеђења се не може одредити ако противник обезбјеђења није имао могућности да се изјасни о приједлогу за њено одређивање, осим ако је другачије предвиђено, у случају када се мјере одређују без саслушања друге стране. Противник обезбјеђења се о приједлогу може изјаснити у року од осам дана од достављања приједлога. Изузетно, суд може одредити привремену мјеру без претходног изјашњавања и саслушања друге стране под непријед наведеним условима. У том случају, суд ће рјешење о привременој мјери доставити другој страни одмах након њеног спровођења, а противнику обезбјеђења се оставља рок од три дана за одговор у коме може оспорити

⁶³⁷ “На захтјев особе која учини вјероватним да је њезино ауторско право повријеђено суд може, и прије доношења пресуде, наредити да се привремено одузму или искључе из промета предмети или да се забрани настављање започетих радњи којима би се могла нанијети повреда ауторског права. По налажењу овога суда тужитељ је учинио вјеројатним да је његово ауторско право на искориштавање појединих ауторских доприноса, дјела, повријеђено, тако што је та иста ауторска дјела тужени објавио у својем часопису под насловом "Свијет". Наиме, из документације списа произлази вјеројатним да је управо тужитељ имао искључиво право на искориштавање тих ауторских дјела, доприноса за часопис, што произлази из изјава појединих аутора. Тужитељ основано истиче да није тражио издавање привремене мјере, којом би се туженом забранило издавање часописа под насловом "Свијет", већ је привременом мјером тражена забрана располагања и распорчавања само броја 2 магазина "Свијет" од 13. 5. 1994. па за овакву привремену мјеру није било одлучно тко је носитељ права на издавање часописа под насловом "Свијет", већ је било одлучно тко има право на искориштавање ауторских дјела, тј. доприноса који су објављени у часопису број 1 под насловом "Свијет". Како је утврдио овај суд тужитељ је учинио вјеројатним да је имао овлаштење за искориштавање ауторских дјела која су без ауторова допуштења уврштена од 13. 5. 1994. у тужеников магазин.“ Пресуда Високог трговачког суда Хрватске, Пж-2437/94 од 15.11.1994. године.

одлуку о привременој мјери. Ако противник обезбјеђења оспори одлуку, суд је дужан да у року од три дана закаже рочиште. У зависности од резултата расправљања, суд може укинути рјешење о привременој мјери, ако утврди да нису испуњене претпоставке за њено одређивање, или да замијени рјешење новим рјешењем о одређивању привремене мјере.⁶³⁸

Ако је привремена мјера одређена прије подизања тужбе, суд ће у рјешењу одредити рок у којем предлагач мора подићи тужбу, који не може бити дужи од 20 радних дана или 31 календарског дана од дана достављања рјешења предлагачу, зависно од тога који рок истиче касније. Уколико предлагач не подигне тужбу, суд ће ставити ван снаге спроведене радње и обуставити поступак.⁶³⁹

Против рјешења о одређивању привремене мјере допуштена је жалба, која не одлаже извршење рјешења. Према ЗПП-у, жалба се може изјавити у року од осам дана од достављања рјешења. Жалба се доставља противнику обезбјеђења који може поднијети суду одговор на жалбу у року од три дана. О жалби одлучује другостепени суд у року од 15 дана од дана достављања првостепеном суду одговора на жалбу или истека рока за подношење одговора на жалбу. Против рјешења о привременој мјери обезбјеђења, жалба није дозвољена.⁶⁴⁰ Закони који регулишу права интелектуалне својине не садрже посебне одредбе о жалби, али из одредаба произлази да се против привремене мјере може уложити приговор. Наиме, предвиђено је да суд мора одлучити о приговору против рјешења о привременој мјери у року од 30 дана од подношења одговора на приговор, односно истека рока за подношење тог приговора.⁶⁴¹ С обзиром да је законима о парничном поступку у оба ентитета као правни лијек против средства обезбјеђења предвиђена жалба, питање је због чега је законодавац предвидио приговор као правни лијек против привремене мјере. Један од могућих одговора на ово питање могао би да потиче од дејства рјешења о привременој мјери. Рјешење о одређивању мјера обезбјеђења има дејство рјешења о

⁶³⁸ ЗПП, чл. 278.

⁶³⁹ У ЗПП-у је предвиђено да суд укида спроведене радње, међутим, у процесној теорији се истиче да је то погрешно. Вид. Р. Рачић, (2009), 186.

⁶⁴⁰ ЗПП, чл. 282. Интересантно је да се, према ранијим прописима, против рјешења којим се изриче привремена мјера могла изјавити жалба или противљење. Противник предлагача могао је изјавити противљење само ако му прије доношења рјешења није била дата могућност да се изјасни о привременој мјери. Детаљније Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1965, 568.

⁶⁴¹ ЗАСП БиХ, чл. 160, ст. 7, ЗОЖ, чл. 86, ст. 10, ЗОИД, чл. 85, ст. 10, ЗОГП БиХ, чл. 77, ст. 10. Изузетно, у Закону о патенту предвиђен је рок од мјесец дана за одлучивање о приговору, што је вјероватно резултат пропуста законодавца да усклади рокове, јер рок од мјесец дана није исто што и 30 дана.

извршењу из закона о извршном поступку, а против рјешења о извршењу може се изјавити само приговор.

Извијесно је да закони из области права интелектуалне својине нису усклађени са важећим Законима о парничном поступку у Босни и Херцеговини. Привремена мјера као посебна врста мјере обезбјеђења била је предвиђена Законом о извршном поступку из 1978. године. Осим привремених мјера, наведени закон је предвиђао претходне мјере и заложно право на непокретности као средства обезбјеђења. Претходна мјера се могла одредити на основу одлуке која гласи на новчано потраживање, а није постала правноснажна или извршна, ако повјерилац учини вјероватном опасност да би се без тог обезбјеђења осујетило или знатно отежало остварење потраживања.⁶⁴² Привремена мјера се могла изрећи за обезбјеђење новчаног или неновчаног потраживања под истим условима као и претходна мјера, с разликом да се она могла одредити прије покретања и у току судског поступка, као и по окончању тих поступака.

Законом о извршном поступку из 1978. године био је предвиђен приговор као правни лијек против рјешења о привременој мјери. Законодавац је приликом прописивања привремених мјера очигледно преузео рјешења из ранијих закона о ауторском и сродним правима и о праву индустријске својине, не водећи рачуна о измјенама у погледу регулисања мјера обезбјеђења. Мјере обезбјеђења, иако институт извршног права, регулисане су Законом о парничном поступку, па су неминовно унијете и одређене измјене. Стога, одредбе закона којима се регулишу права интелектуалне својине треба ускладити са одредбама процесних закона, тачније са Законом о парничном поступку и умјесто приговора као правног лијека, предвидјети жалбу на одлуку суда о привременој мјери.

У пракси, судови ријетко изричу привремену мјеру, чак и ако је изричу, чине то приликом подизања тужбе, а скоро никада прије покретања поступка. Изрицање привремених мјера прије подизања тужбе у области права интелектуалне својине може да буде пресудно за даљи ток судског поступка и заштиту права уопште. Привремена мјера не смије бити истовјетна тужбеном захтјеву, јер би се у том случају њом исцрпила садржина заштите. Дакле, ако се привремена мјера тражи истовремено кад се подигне тужба, онда она не смије бити иста као и тужбени захтјев.

⁶⁴² Закон о извршном поступку, 1978, чл. 253.

Закони о правима индустријске својине садрже одредбу о одређивању средства обезбјеђења уколико се привремена мјера покаже неоснованом. Суд може одредити одговарајући новчани износ као средство обезбјеђења за случај неоснованости захтјева за изрицање привремене мјере на терет подносиоца захтјева, а на захтјев лица против кога је покренут поступак за изрицање привремене мјере.⁶⁴³

6.3. Привремена мјера у Србији

У Закону о ауторском и сродним правима Србије предвиђено је неколико одредаба о одређивању привремених мјера. Суд може одредити привремену мјеру одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда и мјеру забране настављања започетих радњи којима би се могла извршити повреда. Носилац права мора поднијети захтјев којим ће тражити изрицање привремене мјере и мора учинити вјероватним да је његово право повријеђено или да ће бити повријеђено.⁶⁴⁴ Уколико је привремена мјера одређена прије подизања тужбе, тужба се мора подићи у року од 30 дана од доношења рјешења. Правни лијек против рјешења о одређивању привремене мјере је жалба, која нема суспензивно дејство. Према ранијем схватању судске праксе, чак и када је дужник уложио жалбу против привремене мјере, она се сматрала приговором.⁶⁴⁵

За разлику од Закона о ауторском и сродним правима, закони којима се регулишу права индустријске својине садрже потпуније одредбе о одређивању привремене мјере. Предвиђено је да суд може одредити привремену мјеру одузимања или искључења из промета производа насталих или стечених повредом права, предмета претежно употребљених у стварању производа којима се повређује право и забране настављања започетих радњи којима се повређује право. Суд може одредити привремену мјеру без претходног обавјештавања туженог ако постоји опасност од настанка ненадокнадиве штете. У том случају, тужени мора бити обавијештен о таквој мјери без одлагања, а најкасније у року од пет од дана спровођења привремене мјере. Осим тога, суд може

⁶⁴³ ЗОП БиХ, чл. 107, ст. 9, ЗОЖ чл. 90, ЗОИД, чл. 89, ЗОГП БиХ, чл. 81.

⁶⁴⁴ ЗАСП РС, чл. 210.

⁶⁴⁵ М. Врховшек, В. Козар, „Одређивање привремене мере у поступку грађанскоправне заштите жига“, *Правни живот*, бр. 11/2002, 929.

одредити да лице које је поднијело приједлог за одређивање привремене мјере положи одговарајући износ на име обезбеђења за случај неоснованости захтјева.⁶⁴⁶

Законом о жиговима је предвиђено да суд обавезно одређује привремену мјеру у случају истовјетности знака са раније заштићеним знаком у односу на исте робе или услуге за које је жиг регистрован. У случају да суд одређује привремену мјеру без саслушања друге стране, ако постоји опасност од настанка ненадокнадиве штете, дужан је да одлуку донесе у року од 10 дана од дана подношења приједлога. Интересантно је да је ово једина одредба којом се одређује рок за одлучивање о приједлогу за одређивање привремених мјера. Поједини закони упућују на примјену правила о извршном поступку на она питања која нису изричито регулисана, што значи да ће се за остала права интелектуалне својине примјенити одредбе ЗПП-а. Суд је дужан да донесе одлуку о одређивању привремене мјере у што краћем року, а најкасније у року од осам дана од дана подношења приједлога.⁶⁴⁷

Закони о заштити индустријског дизајна и о заштити ознака географског поријекла, за разлику од осталих закона, не садрже одредбе о изрицању привремене мјере без обавјештавања и саслушања супротне стране, што би требало измијенити и усагласити са одредбама ТРИПС-а и Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. На сва она питања која нису посебно регулисана законима из области интелектуалне својине, примјениће се одредбе Закона о парничном поступку⁶⁴⁸ и Закона о извршењу и обезбеђењу.⁶⁴⁹

7. Обезбеђење доказа

Доказивање је процесна дјелатност парничних странака и суда која се предузима ради потпуног и правилног утврђивања стања ствари.⁶⁵⁰ Доказивањем се изводи закључак о постојању или непостојању, односно истинитости или неистинитости чињеница и

⁶⁴⁶ ЗОП РС, чл. 135.

⁶⁴⁷ З. Миладиновић, „Привремене мере и мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, 677.

⁶⁴⁸ ЗПП Србије.

⁶⁴⁹ Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

⁶⁵⁰ Г. Станковић, Р. Рачић, 383.

чињеничних тврдњи од којих ће зависити основаност тужбеног захтјева. Свака странка износи чињенице на којима заснива свој захтјев и дужна је да докаже тачност тих чињеница.

Принцип формалности заштите и стицање права индустријске својине у поступку пред надлежним државним органом, не само да доприноси правној сигурности, већ и олакшава доказивање права у судском поступку. Носилац права своје субјективно право доказује одговарајућом исправом о признатом праву. Супротно, принцип неформалности заштите у ауторском и сродним правима може изазвати проблеме у вези са доказивањем постојања права и својства титулара права. Стога, законом је предвиђена оборива претпоставка да се аутором сматра лице чије су име, псеудоним или неки други знак означени на дјелу на уобичајен начин.

У циљу обезбјеђења доказа, носиоци ауторског и сродних права могу да депонују оригинале или примјерке својих дјела, односно предмета заштите, код органа управе надлежног за послове интелектуалне својине. Надлежни орган води књигу евиденције о депонованим ауторским дјелима и предметима сродноправне заштите. Законска је претпоставка да права на дјелима и предметима заштите која су уписана у књигу евиденције постоје и да припадају лицу које је назначено као њихов носилац. Онај ко тврди супротно, дужан је да то докаже.⁶⁵¹

7.1. Мјере прикупљања доказа

На ефикасно спровођење права и успијех у судском поступку, пресудни утицај имају ваљани докази. Због природе нематеријалних добара, постојање њихове повреде није увијек лако доказати, те је прикупљање и чување доказа од кључног значаја за заштиту права. С обзиром да су докази о повреди права најчешће под контролом повредиоца, тужилац мора имати на располагању средства која ће му помоћи прибављање таквих доказа. Осим тога, увијек постоји опасност од уништења или прикривања доказа, што би знатно отежало заштиту права.

ТРИПС и Директива о спровођењу права предвиђају мјере за прикупљање доказа. ТРИПС-ом је предвиђено да судске власти могу, уколико странка достави разумно

⁶⁵¹ ЗАСП, чл. 164.

доступне доказе за подржавање својих захтјева и када се докази којим ће подржати своје наводе налазе под контролом супротстављене странке, да нареде супротстављеној странци достављање тих доказа, водећи рачуна о заштити повјерљивих информација.⁶⁵²

Скоро идентичну одредбу садржи и Директива о спровођењу права. Према одредбама Директиве, на захтјев странке која је предочила разумно доступне доказе за основаност истакнутих тужбених захтјева и која је навела да су докази под контролом супротне странке, суд може наложити тој странци да предочи такве доказе.⁶⁵³ Новина у односу на текст ТРИПС-а је одредба по којој се разумним доказом може сматрати разуман узорак знатног броја примјерака дјела или било ког другог предмета заштите. Дакле, носилац права мора тражити од суда достављање доказа под контролом друге стране, укључујући узимање узорака. У пракси, може бити спорно када се сматра да је доказ под контролом супротне стране. То могу бити докази који су у посједу трећег лица, под условом да их то лице држи по налогу супротне стране.

Директивом је предвиђено да суд може наредити достављање банковних, финансијских или комерцијалних докумената који су под контролом супротне странке ако је повреда права извршена на комерцијалној основи. Приликом извођења доказа, мора се водити рачуна о заштити повјерљивих података.⁶⁵⁴ Наведена одредба потиче из англосаксонског права тачније од тзв. *Mareva injunction* или *freezing injunction*. То је привремена мјера којом се „замрзава“ имовина туженог до окончања судског поступка, односно, којом се тужени у грађанском судском поступку онемогућава да располаже имовином до доношења пресуде. Да би суд изрекао привремену мјеру, мора бити испуњено неколико услова. Прво, тужилац мора имати довољно доказа који указују да ће успјети у парници. Друго, мора постојати стварни ризик да се пресуда неће моћи извршити, односно да тужилац неће моћи остварити своја права. Изворно, такав ризик је постојао уколико је имовина могла бити пренијета у другу државу. Треће, мјера мора бити правична и погодна, јер се не би могла додијелити ако би била несразмјерна извршеној повреди и ако би туженом наносила претјерану штету. Посљедњи услов, који све више губи на значају, нарочито у Великој Британији, је да предмет „замрзавања“ мора бити у

⁶⁵² ТРИПС, чл. 43, ст. 1.

⁶⁵³ Директива 2004/48, чл. 6, ст. 1.

⁶⁵⁴ Директива 2004/48, чл. 6, ст. 2.

надлежности поступајућег суда, односно да се ова привремена мјера може тражити само у границама једне државе.⁶⁵⁵

Одредба Директиве о извођењу доказа имплементирана је у законодавство Босне и Херцеговине. На захтјев суда, који одлучи да ће извести предложени доказ који се налази код супротне странке, странка ће предати доказна средства којима располаже. Ако повреда достиже обим комерцијалне дјелатности, суд може захтијевати предају банковне, финансијске и пословне документације од друге странке.⁶⁵⁶ У сваком случају, суд мора обезбједити заштиту повјерљивих података и водити рачуна о томе да се не врши злоупотреба судског поступка како би се од супротстављене странке прибавили повјерљиви подаци.

Прикупљање доказа је од кључног значаја за успијех у судском поступку због повреде права интелектуалне својине. Докази се најчешће налазе у посједу других лица, а неријетко постоји опасност да исти буду уништени или да носилац права на други начин буде онемогућен да прибави потребне доказе. Из тог разлога, веома је битно да носилац права има могућност да захтијева обезбјеђење доказа, чак и прије покретања судског поступка.

7.2. Мјере за обезбјеђење доказа

Одредбе о обезбјеђењу доказа предвиђене су ТРИПС-ом и Директивом о спровођењу права. Под утицајем англосаксонског права, ТРИПС предвиђа само привремене мјере, које могу бити усмјерене на спречавање повреде било ког права интелектуалне својине и за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду.

Директивом о спровођењу права предвиђено је да на захтјев странке која је предочила разумно доступне доказе да се врши повреда права интелектуалне својине или да постоји опасност од такве повреде, суд може одредити брзе и ефикасне мјере за очување релевантних доказа о наводној повреди права. Суд може наредити детаљан опис робе којом се врши повреда права, уз узимање узорака такве робе или без узимања,

⁶⁵⁵ D. Capper, „The Need for Mareva Injunctions Reconsidered,“, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Issue 5, 2005, 2162-2163.

⁶⁵⁶ Сматра се да радња повреде достиже обим комерцијалне дјелатности ако је предузета за прибављање посредне или непосредне економске користи.

физичку запљену робе и у одређеним ситуацијама материјала и алата употребљених у производњи и дистрибуцији те робе, запљену докумената који се односе на ту робу. Уколико постоји опасност од уништења доказа или ако би одгађање прикупљања доказа могло нанијети ненадокнадиву штету носиоцу права, мјере за очување доказа се могу предузети и без саслушања друге странке. У том случају, странка мора о томе бити обавијештена без одлагања, а најкасније након спровођења тих мјера, и мора јој се дати могућност да буде саслушана, што може утицати на евентуалну измјену, укидање или потврђивање одлуке о одређивању мјера.⁶⁵⁷

С обзиром да се мјере за очување доказа могу изрећи и прије покретања поступка због повреде права, лице које је захтијевало одређивање тих мјера је дужно да покрене поступак за доношење мериторне одлуке у разумном року који одређује суд, а који не може бити дужи од 20 радних дана или 31 календарског дана, зависно од тога који је рок дужи. Ако лице, на чији захтјев су одређене мјере за очување доказа, не покрене судски поступак у остављеном року, мјере ће бити укинуте или ће на други начин престати њихово дејство. Уколико су мјере укинуте или су престале да важе због било које радње или пропуста подносиоца захтјева, или ако је накнадно утврђено да није било повреде права или опасности од повреде права, тужени може тражити одговарајуће обештећење. За осигурање накнаде штете коју тужени може претрпјети, изрицање мјера за очување доказа може бити условљено полагањем одговарајућег износа или еквивалентног средства обезбјеђења.⁶⁵⁸

Државе чланице, као и оне које претендују на чланство у Унији, дужне су да предвиде мјере за обезбјеђење доказа у случају повреде права интелектуалне својине. Међутим, поједине државе су предвиђале такве мјере и прије усвајања поменуте Директиве. У Француској је постојао институт „*saisie-contrefaçon*“, у Великој Британији „*Anton Piller order*“. На захтјев носиоца права, суд у Француској може одредити одузимање предмета којима се врши наводна повреда права и свих пратећих докумената, као и одузимање опреме и инструмената који се користе за производњу или недозвољену дистрибуцију предмета заштите. Лице од кога су предмети одузети има право да у

⁶⁵⁷ Директива 2004/48, чл. 7, ст. 1.

⁶⁵⁸ Директива 2004/48, чл. 7, ст. 2-4.

одређеном року, који је раније износио 30 дана, захтијева од суда укидање спроведених мјера и враћање одузетих предмета.⁶⁵⁹

Носилац права у Великој Британији, који сумња да се врши повреда права и да постоји реална опасност да ће докази о повреди бити уништени, може тражити од суда помоћу тзв. *Anton Piller order*, да омогући њему или његовом заступнику прикупљање доказа. Назив налога потиче из истоименог спора из 1976. године, који се односио на откривање повјерљивих информација. У изузетним околностима, ако подносилац захтјева, на први поглед, има изгледа да успије у спору, ако би потенцијална штета коју би претрпио била висока, ако је јасно да тужени посједује кључни доказ и ако постоји реална могућност да уништи или располаже тим материјалом, суд је могао да нареди туженом да допусти заступницима тужиоца да приступе његовим просторијама и да провјере и одузму те доказе. Дакле, суд овлашћује тражиоца захтјева да прегледа просторије туженог и да копира или заплијени сваки доказ који може бити од значаја у судском спору. Циљ ове наредбе је обезбјеђење доказа. Тужилац, односно лице које захтијева издавање тог налога, мора положити одговарајуће обезбјеђење за штету коју би друга страна претрпјела ако би се захтјев показао неоснованим.⁶⁶⁰

Посебан проблем представљају прекограничне повреде права интелектуалне својине и прикупљање доказа који се налазе на територији друге државе. Прикупљање доказа у тим случајевима у Европској унији регулисано је посебном Уредбом Савјета о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским или трговинским споровима.⁶⁶¹ Циљ ове Уредбе је поједностављење и убрзање сарадње између судова држава чланица у извођењу доказа. Према наведеној Уредби, извођење доказа се може вршити преко надлежног суда друге државе чланице, коме ће упутити захтјев за извођење доказа, без посредовања централног органа или другог надлежног органа. Друга могућност, која представља новину, је да у изузетним ситуацијама, суд може непосредно изводити доказе у другој држави, по одобрењу централног органа. Осим поједностављења процедуре, предвиђени су и рокови у којима се докази морају извести. Извођење доказа које врши замољени суд мора бити извршено у року од 90 дана, а централни орган мора

⁶⁵⁹ Француски Законик о интелектуалној својини, L-332-1 – L-332-4.

⁶⁶⁰ D. Bainbridge, *Intellectual Property*, Pearson, Longman, 2007, 165.

⁶⁶¹ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (Evidence Regulation).

одлучити о захтјеву за непосредно извођење доказа у року од 30 дана од пријема захтјева.⁶⁶²

Могућност извођења доказа у другој држави олакшава доказивање у прекограничним споровима, што је нарочито значајно код повреде права интелектуалне својине. Међутим, примјена Уредбе отвара неколико спорних питања. Једно од њих, тиче се могућности коришћења прикупљених доказа у другим поступцима, који се тичу истог предмета, а воде се или у другој држави или пред другим надлежним органом.⁶⁶³ У поступку за поништај патента који је вођен у Енглеској, докази су између осталог прикупљени у Њемачкој и САД-у. Тужилац је тврдио да ти докази могу бити коришћени и у поступку пред њемачким, холандским судом или пред Европским заводом за патенте. Међутим, суд је изнио становиште да се докази изведени на основу Уредбе могу користити за потребе суда који је тражио извођење тих доказа, те да би свака даља употреба тих доказа била забрањена, изузев ако то суд или лица на која се докази односе, нису изричито дозволили. Ограничење коришћења прикупљених доказа може бити изузетно значајно због заштите повјерљивих информација.⁶⁶⁴ Ово и слична питања, као и уопште прекогранична повреда права, у домену је међународног приватног права, те се њима нећемо детаљније бавити.

Обезбјеђење доказа је институт процесног права, регулисан законима о парничном поступку. Докази се, по правилу, изводе на главној расправи. Међутим, ако постоји оправдана бојазан да неки доказ неће моћи да се изведе или да ће његово касније извођење бити отежано, може се предложити извођење тог доказа у току поступка, прије главне расправе или чак и прије покретања парнице.⁶⁶⁵ Обезбјеђење доказа може се тражити и у току поступка поводом приједлога за понављање поступка.

У теорији се сматра да је институт обезбјеђења доказа настао као резултат сукоба између процесних начела непосредности и економичности, с једне стране, и основног

⁶⁶² Детаљније вид. „Taking Evidence in IP/IT Matters“, *Judicial Cooperation in Matters of Intellectual Property and Information Technology*, 2006, стр. 8, <http://www.ulb.ac.be/droit/ipit/docs/takingevidence.pdf>, (септембар 2014.).

⁶⁶³ На примјер, то може бити поступак пред Европским заводом за патенте или поступак за поништај патента или другог права индустријске својине.

⁶⁶⁴ Случај *Dendron GmbH v The Regents of the University of California*, High Court, Chancery Division, Patent Court of March 16, 2004, детаљније: „Taking Evidence in IP/IT Matters“, *Judicial Cooperation in Matters of Intellectual Property and Information Technology*“, стр. 9-11.

⁶⁶⁵ ЗПП РС, чл. 169.

начела пружања правне заштите, с друге стране.⁶⁶⁶ Начело непосредности односи се на прикупљање процесне грађе и извођење доказа и означава да судску одлуку мора донијети онај судија који је учествовао у извођењу доказа. Поступак за обезбјеђење доказа представља одступање од начела непосредности, јер докази могу бити изведени пред судом који није надлежан за рјешавање конкретног спора. Начело економичности, односно, процесне економије означава да је суд дужан да пружи правну заштиту у што краћем року и уз што мање трошкове. То, између осталог, значи да се докази изводе непосредно и да суд одлучује који ће се докази извести. Извођење доказа у поступку прије главне расправе или чак и прије покретања поступка, можда није у складу са начелом економичности, али с обзиром да остваривање права може бити доведено у питање, свакако доприноси ефикасности судског поступка.

Приједлог за обезбјеђење доказа, суд доставља противнику на одговор у остављеном року ако је противник предлагача познат. Изузетно, ако постоји опасност за обезбјеђење доказа, суд може о приједлогу одлучити и без претходног изјашњавања противника. У том случају, приједлог за обезбјеђење доказа доставиће се противнику обезбјеђења заједно са рјешењем којим се усваја приједлог. У рјешењу којим се усваја приједлог, суд одређује рочиште за извођење доказа, наводи чињенице о којима ће се изводити докази и доказе који ће се извести. Извођење доказа може започети у изузетним случајевима чак и прије него што се рјешење о усвајању приједлога за обезбјеђење доказа достави противнику. Против рјешења којим се усваја приједлог за обезбјеђење доказа, као и против рјешења којим се одлучује да извођење доказа започне прије него што се рјешење достави противнику, није допуштена посебна жалба.⁶⁶⁷ Жалба је допуштена против рјешења којим се одбија приједлог за извођење доказа.

У поступку обезбјеђења доказа надлежан је суд на чијем се подручју налазе ствари које треба разгледати, односно суд на чијем подручју борави лице које треба саслушати. Суд који је усвојио приједлог за обезбјеђење доказа одредиће посебно рочиште на коме ће докази бити изведени, о чему ће бити сачињен записник. Ако су докази изведени прије покретања поступка, суд који је извео доказе чуваће записник до покретања поступка. Уколико је парнични поступак у току, а поступак обезбјеђења доказа није спровео суд

⁶⁶⁶ С. Зуглиа, С. Трива, *Коментар Закона о парничном поступку*, I свезак, Народне новине, Загреб 1957, 606.

⁶⁶⁷ ЗПП РС, чл. 172.

пред којим се води поступак, тај суд ће бити дужан да достави записник поступајућем суду.⁶⁶⁸

7.3. Мјере обезбјеђења доказа у Босни и Херцеговини

Законодавац у Босни и Херцеговини предвиђа посебна правила за обезбјеђење доказа у поступку заштите права интелектуалне својине, која представљају *lex specialis* у односу на законе о парничном поступку. Претпоставке и услови за изрицање мјера за обезбјеђење доказа, слични су као у случају изрицања привремених мјера ради обезбјеђења тужбеног захтјева. Предлагач који тражи обезбјеђење доказа мора учинити вјероватним,⁶⁶⁹ односно мора пружити разумне доказе,⁶⁷⁰ да је носилац права интелектуалне својине, да је његово право повријеђено или да пријети стварна опасност од повреде, као и да ће докази о тој повреди бити уништени или да касније неће моћи бити изведени.⁶⁷¹ Промптно прикупљање доказа може бити од изузетног значаја, нарочито за поједине предмете заштите и повреде права.⁶⁷²

За носиоца права, веома значајна је могућност да се обезбјеђење доказа тражи без претходног обавјештавања и саслушања супротне стране. У том случају, носилац права је дужан да, осим наведених услова, учини вјероватним и постојање опасности да ће докази о повреди, због радњи противника, бити уништени или се касније неће моћи извести. Дакле, овдје је кључно понашање супротне стране, односно противника предлагача. Према Закону о парничном поступку, обезбјеђење доказа без претходног обавјештавања и саслушања супротне стране, врши се у изузетним случајевима, чиме се оставља могућност широког тумачења изузетних ситуација. Овдје се те изузетне околности конкретизују у виду понашања супротне странке, тј. противника предлагача и његовог доприноса уништењу доказа. Међутим, поставља се питање да ли се на тај начин неоправдано сужава простор за обезбјеђење доказа по принципу *inaudita altera partes*, јер увијек постоји

⁶⁶⁸ Г. Станковић, Р. Рачић, 397.

⁶⁶⁹ ЗАСП БиХ, чл. 161, ст. 1, ЗОП, чл. 108, ст. 1.

⁶⁷⁰ Појам „разумних доказа“ вјероватно је преузет из текста Директиве о спровођењу права и није уобичајен у нашем процесном праву.

⁶⁷¹ ЗОЖ БиХ, чл. 87, ст. 1, ЗОИД БиХ, чл. 86, ст. 1, ЗОГП БиХ, чл. 78, ст. 1.

⁶⁷² На примјер, садржај којим се врши повреда ауторског или сродних права на интернету може бити уклоњен са мреже, средства и алати којим је извршена повреда могу бити склоњени из просторија повредиоца или чак уништени.

могућност да неко друго лице, које није противник предлагача, односно супротна странка, угрози доказе.

Рјешењем о обезбјеђењу доказа, суд може одредити извођење било којег доказа, као што су увиђај просторија, пословне документације, инвентара, база података, компјутерских меморијских јединица или других ствари, одузимање узорака предмета повреде, преглед и предају докумената, одређивање и саслушање вјештака, саслушање свједока и др.⁶⁷³ Уколико се покаже да је приједлог за обезбјеђење доказа неоправдан или ако носилац права тај приједлог не оправда, супротна страна може да тражи враћање одузетих предмета, забрану употребе прибављених информација и накнаду штете.⁶⁷⁴

Поступак обезбјеђења доказа одвија се према одредбама закона о парничном поступку, тачније према одредбама којима се регулишу привремене мјере, односно судске мјере обезбјеђења, осим ако нешто друго није предвиђено законима којима се регулишу права интелектуалне својине. Међутим, законодавац није у потпуности извршио усклађивање са одредбама Директиве и ТРИПС-а, када су у питању мјере обезбјеђења доказа. Наиме, није прецизирано да ли се мјере обезбјеђења доказа могу тражити прије покретања поступка, односно у ком року од доношења мјере би се поступак морао покренути. Изричито је предвиђено да се обезбјеђење доказа може тражити и после правоснажно окончаног поступка, ако је то потребно ради покретања поступка према ванредним правним лијековима, или за вријеме таквог поступка.⁶⁷⁵ Уколико се обезбјеђење доказа може тражити прије покретања поступка за понављање поступка, требало би исто омогућити и прије покретања првостепеног поступка. У споровима поводом повреде права интелектуалне својине, обезбјеђење доказа може бити од пресудног значаја не само за успјех у парници, већ може утицати и на одлуку да се покрене поступак. С обзиром да се на поступак обезбјеђења доказа примјењују опште одредбе о судским мјерама обезбјеђења, закључујемо да се обезбјеђење доказа може тражити прије подизања тужбе. На то упућује и одредба посебних закона о правима интелектуалне својине, којом су предвиђене санкције у случају да се приједлог за

⁶⁷³ ЗАСП БиХ, чл. 161, ст. 3, ЗОП БиХ, чл. 108, ст. 3, ЗОЖ БиХ, чл. 87, ст. 4, ЗОИД БиХ, чл. 86, ст. 4, ЗОП БиХ, чл. 78, ст. 4.

⁶⁷⁴ ЗАСП БиХ, чл. 161, ст. 6, ЗОП БиХ, чл. 108, ст. 6, ЗОЖ БиХ, чл. 87, ст. 8, ЗОИД БиХ, чл. 86, ст. 8, ЗОП БиХ, чл. 78, ст. 8.

⁶⁷⁵ Треба напоменути да се обезбјеђење доказа после правоснажног поступка може тражити само у случају понављања поступка, не и у случају ревизије. В. Г. Станковић, Р. Рачић, 395.

обезбјеђење доказа покаже неоправданим или га носилац права не оправда. Носилац права ће оправдати приједлог за обезбјеђење доказа тиме што ће подићи тужбу. Међутим, ради прецизности одредбе, требало би, по узору на ТРИПС и Директиву, предвидјети рок у коме ће носилац права оправдати тај приједлог. Законодавац у Србији предвиђа рок од 30 дана од доношења рјешења о одређивању привремене мјере или мјере обезбјеђења доказа.

Прибављање и обезбјеђење доказа не смију угрозити права друге стране у поступку, нити неоправдано нанијети штету. Ризик да ће се мјере обезбјеђења показати неоправданим и претјераним, те да ће противник предлагача претрпјети штету мора бити умањен одговарајућим средством обезбјеђења. Закони којима се регулишу права индустријске својине предвиђају да суд може одредити одговарајући износ као средство обезбјеђења за случај неоснованости приједлога на терет предлагача, а по захтјеву лица против кога је поступак покренут.⁶⁷⁶ Осим тога, суд мора водити рачуна о заштити повјерљивих података и о томе да се судски поступак не злоупотреби с циљем прибављања повјерљивих података супротне стране. Упркос свим предностима које мјере за обезбјеђење доказа, и у ширем смислу привремене мјере, пружају носиоцима права, њихова примјена у пракси није на завидном нивоу.

8. Улога посредника у поступку заштите субјективних права интелектуалне својине

Традиционални концепт заштите права интелектуалне својине очигледно не даје задовољавајуће резултате у дигиталном окружењу. Повреде права на интернету су учестале у толикој мјери да постају општеприхваћени модел понашања, који не прати свијест да се чини нешто што је недопуштено или погрешно. Чак и ако корисник зна да чини нешто што је забрањено и незаконито, његов субјективни осјећај је да не ради ништа лоше.⁶⁷⁷ То само додатно отежава откривање, кажњавање и спречавање повреда на интернету. Поставља се питање који је смисао постојања законом признатог субјективног права ако се не може заштитити у пракси. Шта више, ако преовлађује мишљење да одређено право не треба штитити, односно, да закон не треба примјенити, онда пропис

⁶⁷⁶ ЗОП БиХ, чл. 108, ст. 8, ЗОЖ БиХ, чл. 87, ст. 9, ЗОИД БиХ, чл. 89, ЗОГП БиХ, чл. 81.

⁶⁷⁷ Морамо примјетити да у земљама у којима заштита интелектуалне својине није на завидном нивоу, свијест повредиоца није битно другачија ни код повреда које се не дешавају на интернету. У прилог томе говори слоган кампање босанскохерцеговачке организације за колективно остваривање ауторских права на музичким дјелима АМУС, који гласи: „Неовлаштена употреба музике је крађа као и свака друга.“

губи легитимитет и треба га мијењати. У теорији се истиче да право интелектуалне својине губи своје етичко утемељење и да не одговара више општеприхваћеним схватањима јавног или друштвеног морала.⁶⁷⁸ Стога, очито је да су неопходне корјените промјене и прилагођавање права интелектуалне својине новим условима, како у погледу материјалноправних одредаба, тако и по питању спровођења права и заштите у случају повреде права.

Чињеница да се заштита права интелектуалне својине тешко спроводи на интернету, не значи да она не треба да постоји, већ је неопходно пронаћи нови модел остваривања који ће бити погодан за све заинтересоване стране, за носиоце права, кориснике, посреднике и крајње потрошаче. Нека од могућих рјешења су лиценце отвореног садржаја, претварање искључивих права у неискључива и њихово свођење на накнаду за коришћење, проширење ограничења права и сл.⁶⁷⁹ Улога посредника све више добија на значају, будући да им се намеће све више обавеза, без обзира на начелно правило о ослобођењу од одговорности.

Једно од веома актуелних питања данашњице је улога посредника у повреди субјективних права интелектуалне својине. Директивом о спровођењу права интелектуалне својине изричито је предвиђено да се привремене мјере спречавања и забране повреде права, као и коначни судски налози, могу издати посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине.⁶⁸⁰ Такође, Директивом о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, предвиђено је да носиоци права могу поднијети захтјев за судску забрану против посредника чије услуге користи трећа страна да би повриједила ауторско или сродно право.⁶⁸¹ Посредници су она лица чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права, односно права интелектуалне својине, што значи да они не морају активно учествовати у повреди права.

⁶⁷⁸ I. Stamatoudi, 946.

⁶⁷⁹ Детаљније: С. Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, у: *Интелектуална својина и интернет, називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке*, ур. Д. Поповић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015., 83-112.

⁶⁸⁰ Директива 2004/48, чл. 9, ст. 1а и чл. 11(3).

⁶⁸¹ Директива 2001/29, чл. 8, ст. 3.

Директивом о електронској трговини регулисана је одговорност посредних пружалаца услуга.⁶⁸² Посредни пружаоци услуга или посредници су лица која омогућавају приступ мрежи, врше пренос података путем комуникационе мреже (тзв. провајдери) и врше чување података, односно, пружаоци тзв. хостинг услуга. Хостинг услуге или услуге домаћина, како би гласио превод на српски језик, састоје се у пружању корисницима простора на Интернету, на коме они постављају податке који постају доступни и другим корисницима Интернета.

Посредници који омогућавају приступ мрежи и пренос података путем мреже неће одговарати за садржину података, а тиме ни за повреду права која се тиме чини, под сљедећим условима: они не смију иницирати пренос, не смију утицати на избор примаоца преноса, не смију утицати на избор садржаја који се преноси, нити смију вршити било какве измјене података који се преносе. Пренос података и омогућавање приступа мрежи подразумејева прављење аутоматских, привремених и пролазних копија података који се преносе. Ако привремене копије служе искључиво за омогућавање приступа мрежи и ако се не чувају дуже него што је разумно потребно за пренос, под напријед наведеним условима, посредници неће одговарати за повреду ауторског и сродних права.⁶⁸³ Дакле, одговорност интернет посредника, односно провајдера, искључена је уколико се понашају пасивно.

Посредници који омогућавају пренос података у мрежи не одговарају за стварање аутоматских, привремених и пролазних копија података, које су настале искључиво у циљу ефикаснијег преноса података. Према одредбама Директиве, то су тзв. кешинг провајдери који врше привремено и аутоматско чување података да би пренос података био ефикаснији. Примјер услуге кешинг провајдера је тзв. *proxy server*, на коме се чувају локалне копије вебсајтова којима корисници најчешће приступају. Умјесто да се подаци сваки пут преузимају са оригиналног сервера, *proxy server* чува копије тако да се подаци „повлаче“ из његове меморије, чиме се убрзава приступ жељеном садржају. Локална копија мора бити идентична оригиналном садржају и мора бити доступна под истим

⁶⁸² Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савјета о одређеним правним аспектима информатичког друштва на унутрашњем тржишту, посебно електронске трговине (Директива о електронској трговини), чл. 12-15.

⁶⁸³ Директива 2000/31, чл. 12.

условима, што значи да ако постоји лозинка или сличан облик блокаде приступа на изворном садржају, исто мора постојати и на копији.⁶⁸⁴

Прављење копија података представља радњу умножавања у ауторскоправном смислу. Да би била искључена одговорност посредника, он као давалац услуга не смије мијењати податке. Осим тога, мора поштовати услове приступа подацима, поштовати правила у вези са освјежавањем података која су прописана на опште признат и уобичајен начин. Посредник се не смије мијешати у законито коришћење технологије, која је опште призната и уобичајена у одређеној дјелатности, с циљем добијања података о коришћењу информација. Уколико су подаци у почетном облику преноса уклоњени са мреже или им је онемогућен приступ, посредник има обавезу да што прије, одмах по сазнању, уклони податке или онемогући приступ подацима које је сачувао. Исту обавезу има и ако постоји одлука суда или управног органа да се уклоне подаци или да се онемогући приступ подацима.⁶⁸⁵

Осим омогућавања приступа мрежи, преноса података и стварања привремених копија у те сврхе, посредници пружају услугу чувања података на мрежи или тзв. хостинг услуге. Пружаоци хостинг услуга неће одговарати за садржај података које чувају, под условом да нису упознати са противзаконитом активношћу или подацима, односно, да не знају за чињенице и околности из којих би била видљива противзаконита активност или податак. Други услов је да посредник, односно пружалац хостинг услуге одмах по сазнању за противзакониту активност или податак, уклони те податке или онемогући приступ тим подацима. Ако прималац хостинг услуге, односно лице које је поставило спорни садржај, дјелује под надлежношћу или контролом посредника, тада нема основа за искључење одговорности.⁶⁸⁶

Искључење одговорности посредника за пуки пренос података, омогућавање приступа мрежи, сачињавање привремених копија, као и за пружање хостинг услуга, не утиче на могућност суда или органа управе да захтијевају од посредника, као даваоца услуга, окончање или спречавање прекршаја. Осим тога, државе могу самостално да утврде поступке којима се уређује уклањање или онемогућавање приступа информацијама.

⁶⁸⁴ *EU Study on the Legal Analysis of the Single Market for the Information Society, Liability of online intermediaries*, November 2009, 7-8.

⁶⁸⁵ Директива 2000/31, чл. 13.

⁶⁸⁶ Директива 2000/31, чл. 14.

Дакле, иако је одговорност посредника за повреде права интелектуалне својине на интернету искључена под наведеним условима, то не утиче на могућност изрицања појединих мјера према њима како би се окончала повреда права. Разлог томе лежи у чињеници да је лицима која врше повреду права на Интернету веома тешко, а понекад чак и немогуће ући у траг. Због тога је неопходно да посредници буду прва, ако не и једина, линија одбране права на Интернету.

Директивом о електронској трговини изричито је искључена могућност увођења опште обавезе праћења података који се преносе, или опште обавезе да активно траже чињенице и околности које би указивале на нелегалне активности. Државе чланице могу предвидјети да посредник, као давалац услуга, има обавезу да одмах обавијести надлежне органе о наводним противзаконитим активностима или подацима које врше или пружају њихови корисници, тј. примаоци услуга. Такође, могуће је предвидјети обавезу да надлежним органима, на њихов захтјев, доставе податке који омогућавају идентификацију примаоца услуга, односно корисника са којима имају закључен уговор.⁶⁸⁷

Посебно питање је одговорност посредника у случају тзв. претраживача (*search engine* – у дословном преводу машина за претраживање, платформа за претраживање), односно њихова заштита. Директивом о електронској трговини није посебно регулисано ово питање, па је у појединим државама, посебан режим одговорности предвиђен и за претраживаче. У случају претраживача, треба правити разлику између простих резултата претраживања и тзв. *adwords*, тј. огласа, односно оних ријечи које упућују на комерцијалне сајтове, односно комерцијалне резултате. Када је у питању једноставна претрага и њени резултати, тзв. природни резултати, друштвена корист од претраживача је већа од евентуалног усмјеравања на незаконит садржај. У појединим државама се таквим претраживачима изричито признаје статус простог посредника или евентуално, хостинг провајдера.⁶⁸⁸ Другу групу чине они провајдери, односно, претраживачи који на задати појам нуде оне садржаје од којих имају приход. При томе, није битно да ли се на тим сајтовима налази садржај којим се евентуално врши повреда права, већ је кључно да као резултате прво нуде оне од којих имају финансијску корист. С обзиром да утичу на избор резултата претраживања, они не могу бити обухваћени ограничењем одговорности, као у

⁶⁸⁷ Директива 2000/31, чл. 15.

⁶⁸⁸ T. Verbiest, G. Spindler, G. Maria Riccio, A. Van der Perre, *Study on the liability of internet intermediaries*, 2007, 19.

случају тзв. обичних претраживача, односно, оних који нуде прости, природне резултате претраге. Посебно је питање какав је однос кључних ријечи које су евентуално заштићене жигом и резултата који спадају у тзв. *adword*, односно, да ли употреба жигом заштићене ознаке као појма за претраживање и нуђење огласа као резултата представља повреду жига.⁶⁸⁹

Осим претраживача, Директивом није регулисано питање хиперлинкова, што је такође веома актуелно. Поједине државе, као што су Аустрија, Шпанија и Португалија, подводе хиперлинкове под режим искључења одговорности који важе за хостинг провајдере. Међутим, хиперлинк није у истом статусу као и претраживач. Мора се водити рачуна о томе да лице које поставља хиперлинк зна на који садржај упућује, што значи да ту нема аутоматизма, као у случају претраживача (*search engine*). Изузетно, ако у међувремену, након постављања хиперлинка дође до промјене садржаја, онда би се могло поставити питање да ли је лице знало за ту промјену.

8.1. Судске мјере за заштиту права интелектуалне својине према посреднику

Судске забране, међу којима су најчешће филтрирање садржаја и блокирање приступа, представљају посебно интересантно питање и један од проблема којима се Директива о електронској трговини није бавила. Циљ судских забрана је, прије свега, забрана постојећих и превенција будућих повреда права. Постоји неколико заједничких проблема везаних за судске забране. Прво, Директивом је предвиђено да се не може увести обавеза општег надзора над садржајем који се поставља. Поједине мјере филтрирања садржаја управо налажу такву обавезу, што је понекад практично тешко спровести, а у сваком случају је неисплативо. Даље, не може се очекивати од свих да развију технику филтрирања, јер је то понекад немогуће. Неријешено је и питање чија би обавеза била достављање доказа да се врши филтрирање, посредникова или носиоца права. Посебно питање, које се појавило најприје у Њемачкој, а потом и у Француској и Италији, тиче се тежине повреде која ће бити обухваћена судском забраном. Носилац права има интерес да се убудуће спријечи не само идентична, већ и слична повреда права, док

⁶⁸⁹ *Ibid.*, 20.

посредници немају техничке могућности да филтрирају сличан садржај јер би то онда водило општем филтрирању.⁶⁹⁰

У Француској је прихваћен принцип супсидијарности у погледу судских забрана. Принцип супсидијарности значи да се судске забране могу изрећи посреднику који омогућава приступ интернету, тек ако се не могу изрећи или би њихово изрицање хостинг провајдеру било неефикасно. Насупрот француској судској пракси, судови у Њемачкој не примјењују принцип супсидијарности. Дакле, аутор спорног садржаја који је постављен на интернет не мора нужно бити први тужен, што би био резултат дословног тумачења супсидијарности. Према њемачкој судској пракси, нема сметњи да се судска забрана изриче прво посреднику, без обзира на његов евентуални допринос и учешће у повреди права.⁶⁹¹

У погледу изрицања судских забрана према посредницима, постоји јединствен став да се ограничење одговорности посредника за евентуалну повреду права на интернету не односи на судске забране, односно да се оне могу изрицати независно од одговорности за повреду права. Судске забране су наредбе да се блокира приступ интернету или да се филтрира садржај, чиме се заправо уводи обавеза надзора над интернетом, што је у супротности са Директивом о електронској трговини, којом је изричито искључена могућност увођења општег надзора. О томе је расправљано у њемачкој судској пракси. У конкретном случају, аукцијска платформа, која је окарактерисана као хостинг провајдер, упозорена је да је у току повреда права. Обавеза хостинг провајдера је била не само да уклони спорни садржај, већ и да предузме све технички разумне и исплативе мјере да би спријечила будуће повреде. Иако у спорном случају обавеза надзора није била општа, једини начин да се предуприједи будуће повреде права и тако испуне обавезе из судског налога је надзор над садржајем, чиме се посредник доводи у незавидну и правно неизвјесну позицију. Обавеза надзора се не односи само на спорни садржај, већ и на сваки сличан садржај, који мора бити блокиран и заустављен.⁶⁹²

Што се тиче судских забрана које се изричу посредницима, оне могу бити изричито предвиђене или већ садржане у општим правилима, као што је случај у Њемачкој. Посебно питање је да ли се судске забране изричу као привремене мјере или као коначне судске

⁶⁹⁰ *Ibid.*, 21.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 50.

⁶⁹² *Ibid.*, 51.

забране. У Њемачкој се прави јасна разлика између изрицања судске забране посреднику која је коначна и привремене забране, која је заправо привремена мјера. У Италији је наглашена превентивна природа ове мјере, тако да се она издаје са важењем до доношења коначне судске одлуке. Интересантно је да је у Француској, суд донио одлуку да судска забрана, иако изречена као привремена мјера, може трајати неограничено. Дакле, евидентан је сукоб значења привремене мјере у материјалном и формалном, тачније процедуралном значењу.⁶⁹³

Када су у питању судске забране, мора се водити рачуна о томе да ли је у питању директна или индиректна, односно, посредна или непосредна повреда права. Судске забране у грађанским судским споровима могу бити блокирање садржаја системима за размјену садржаја или дистрибутерима таквог садржаја. У једном случају у Данској, суд је донио одлуку о блокирању приступа вебсајту на коме су се налазили МРЗ фајлови којима је вршена повреда ауторског права. Суд је установио да интернет провајдер врши директну повреду ауторског права, тиме што привремено, у дјелићу милисекунде на свом рутеру сачини копију спорног садржаја. Међутим, ова одлука је донијета прије Директиве о електронској трговини, тако да ограничење одговорности за привремене копије дјела, предвиђено Директивом, није узето у обзир.⁶⁹⁴

У већини случајева, судске забране се изричу посредницима због посредне повреде права. Један од најзначајнијих случајева потиче из Белгије, а тиче се повреде ауторског права коришћењем *P2P* технологије. Првостепени суд је установио да се интернет провајдеру, иако није директно извршио повреду права, може изрећи мјера филтрирања података и активног тражења повреда на интернету, под условом да је технички изводљиво, при чему је одлуку о томе требало препустити стручном мишљењу вјештака. Тужилац је успио да докаже да је таква мјера технички изводљива и суд је 2007. године донио одлуку да се интернет провајдеру изрекне мјера филтрирања садржаја у циљу спречавања повреде ауторског права. Приговор туженог да се на тај начин уводи општи надзор је одбијен, уз образложење да се чланови 15 и 12 Директиве о електронској трговини не односе на судске забране. Такође, суд је истакао да техничко рјешење које олакшава идентификацију заштићеног музичког садржаја на интернету има ограничене

⁶⁹³ *Ibid.*, 56.

⁶⁹⁴ *Tele2 vs. IFPI*, City Court of Copenhagen, 25.10.2006. *Ibid.*, 57.

могућности филтрирања и блокирања таквог садржаја, без увођења општег надзора. Посредник би и даље уживао ограничење одговорности предвиђено Директивом, будући да не би имао активну улогу у свему томе.⁶⁹⁵

У наставку ћемо изложити неколико пресуда Европског суда правде.

8.1.1. Пресуда *L'Oréal and Others*

L'Oréal је произвођач парфема и козметичких производа који има неколико регистрованих жигова у Великој Британији, а такође и комунитарни жиг. Тужени *eBay* управља електронском платформом за продају путем интернета, која обухвата аукцијску продају, продају по унапријед одређеној цијени и друге облике продаје путем интернета, при чему добија одређени проценат од продајне цијене. Један од услова коришћења ове платформе је и забрана продаје кривотворених производа и повреде жига. *L'Oréal* је 2007. године тужио *eBay* за повреду права интелектуалне својине у неколико европских држава, између осталих и у Великој Британији. Спорна је била продаја 17 производа, од којих су поједини производи били кривотворени, продати без амбалаже, неки су били намијењени америчком тржишту, а поједини нису уопште били намијењени за продају. Осим тога, спорно је било коришћење жигом заштићене ознаке као кључне ријечи за претраживање која је упућивала на спонзорисани садржај, односно на вебсајт туженог. Тужилац је захтијевао изрицање судске забране туженом као интернет посреднику, која може доћи у обзир чак и у случају да тужени не сноси одговорност за повреду права. Тужени је, у међувремену, инсталирао систем за филтрирање који открива коришћење сајта супротно правилима, као и програм који ће омогућити откривање производа којима се врши повреда права интелектуалне својине.

Суд у Великој Британији је упутио Европском суду правде неколико претходних питања. Једно од постављених питања тичало се изрицања судских забрана интернет посреднику, односно, тумачења треће реченице члана 11 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. Европски суд правде, први пут је добио прилику да се изјасни о наведеној одредби. Спорно питање је било могу ли судски налози који се изричу

⁶⁹⁵ SABAM v. Scarlet, Tribunal de première instance de Bruxelles, 29.06.2007. *Ibid.*, 58.

посреднику бити усмјерени на спречавање будућих повреда, а не само на забрану наставка повреде права, односно окончање повреде.⁶⁹⁶

Прва реченица члана 11 Директиве односи се на изрицање судских налога или забрана којим се повредиоцу права забрањује наставак повреде права. Дакле, судске забране су усмјерене преваходно на престанак повреде права и забрану даљег наставка повреде. Трећом реченицом истог члана предвиђено је да носиоци права имају могућност да издају судску забрану посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине. Између судских забрана које се изричу лицу које врши повреду права и забрана које се изричу посредницима чије услуге користи треће лице за повреду права, постоје разлике. Прво, разлике се тичу лица према којима се забране изричу и њихове одговорности. Лицу које врши повреду права забрањује се даље вршење повреде и забрана је упућена директно извршиоцу повреде. Да би се изрекла забрана, повреда права мора бити утврђена и учинилац идентификован. Посредник може учествовати у повреди права и ту се најчешће ради о посредној повреди, или може бити потпуно несвјестан повреде, ако није знао, нити је могао да зна за повреду. Судске забране изричу се посреднику без обзира на евентуалну одговорност за повреду права или учешће у истој. Изрицање судске мјере посреднику може бити кључно, нарочито кад су у питању повреде права на интернету, јер се често не зна и не може утврдити ко је непосредни извршилац повреде. Извршилац повреде користи услуге посредника чији је идентитет познат и који је у позицији да оконча повреду права.⁶⁹⁷

Сходно томе, различита је садржина мјера које се изричу према извршиоцу повреде и посреднику. Посредник, пружањем услуга, ствара техничке претпоставке за извршење повреде права, те су мјере које се изричу посреднику усмјерене преваходно на технички аспект извршене повреде. Према мишљењу суда, мјере које се изричу посреднику се не могу ограничити искључиво на престанак вршења повреде права и забрану наставка повреде, већ и на спречавање будуће повреде права.⁶⁹⁸ У образложењу, Суд се позива на

⁶⁹⁶ Случај *L'Oréal and Others*, C-324/09.

⁶⁹⁷ Мишљење општег правозаступника *Jääskinen* у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, од 09.12.2010. године, пар. 179, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5d16e04b2b91142f0817e8c542520ec5e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchyOe0?text=&docid=83750&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1141841>, (март 2015. године).

⁶⁹⁸ Пресуда Европског суда правде *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*, C-324/09, од 12.07.2011. године, пар. 130, 131, доступно на:

одредбе Директиве о електронској трговини⁶⁹⁹ и преамбулу Директиве о спровођењу права којом је предвиђено да би, у зависности од околности конкретног случаја и ако је оправдано околностима, мјере, поступци и правни лијекови који се прописују, требало да укључују мјере забране с циљем спречавања даљих повреда права интелектуалне својине.⁷⁰⁰

Уколико је посредник у могућности да спријечи будуће повреде права, питање је на који начин и којим средствима то може учинити, односно које конкретне мјере се могу изрећи. То је углавном препуштено националним судовима, уз обавезу поштовања општих принципа пропорционалности, ефикасности и одвраћајућег ефекта санкција. Осим тога, искључена је могућност увођења општег надзора електронских комуникација, јер би то било технички тешко изводљиво, скупо и непропорционално извршеној или будућој повреди права. Према мишљењу општег правозаступника, посреднику се може изрећи мјера забране будуће повреде само у односу на конкретног извршиоца повреде и у односу на конкретну ознаку заштићену жигом.⁷⁰¹

Мјере које се изричу не смију бити сметња законитој трговини, што би у конкретном случају значило да се интернет оператеру, односно провајдеру наведеног сајта, не смије изрећи општа или трајна забрана продаје робе означене заштићеном ознаком.⁷⁰² Улога посредника, у овом случају оператера сајта за онлајн куповину, може бити кључна за откривање извршиоца повреде, будући да су лица која врше повреду права најчешће у уговорном односу са посредником. Иако се мора водити рачуна о заштити личних података, суд истиче да је продаја путем интернета трговинска дјелатност, те да није приватна ствар, тако да се продавац може јасно идентификовати.⁷⁰³

У наведеној пресуди, Суд правде Европске уније је први пут имао прилику да се изјасни о тумачењу треће реченице члана 11 Директиве о спровођењу права интелектуалне

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5d16e04b2b91142f0817e8c542520ec5e.e34KaxiLc3eOc40LaxqMbN4OchyOe0?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1141841>, (март 2015. године).

⁶⁹⁹ Директива 2000/31, чл. 18 гласи: „Државе чланице осигуравају да могућности тужбе које су расположиве на основу националног права у погледу дјелатности пружања услуга информатичког друштва омогућава брзо усвајање мјера, укључујући привремене мјере, за окончање било ког наводног прекршаја и спречавање сваког даљег нарушавања интереса странака.“

⁷⁰⁰ Директива 2004/48, преамбула, рецитал 24.

⁷⁰¹ Мишљење општег правозаступника у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, пар. 182.

⁷⁰² Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 140.

⁷⁰³ Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 142.

својине, којом се предвиђа могућност изрицања судских забрана лицу чије услуге користи треће лице за повреду права. Суд је заузео став да се судска наредба којом се забрањује повреда права посредницима разликује од забрана које се изричу лицима која врше повреду права. Судска забрана или тужбени захтјев који је усмјерен на престанак повреде права изриче се лицу које је извршило повреду права, али такође и посреднику као лицу које је у прилици да оконча повреду права, без обзира на његову евентуалну одговорност. Једно од питања тичало се домашаја судских забрана, тачније питања да ли се судским забранама може само одредити престанак повреде или могу бити усмјерене на спречавање будућих повреда. Став суда је да треба спријечити будуће повреде, али средства и начини на који се то постиже морају бити одговарајући.

8.1.2. Пресуда *Scarlet Extended*

SABAM је организација за колективно остваривање ауторског и сродних права у Белгији, док је *Scarlet* интернет сервис провајдер, који пружа само услуге приступа интернету. Током 2004. године, колективна организација је закључила да корисници интернета, користећи услуге споменутог провајдера, путем *P2P* технологије преузимају музички садржај са репертоара организације, без тражења дозволе и плаћања накнаде. Организација је затражила изрицање привремене мјере према интернет сервис провајдеру, тврдећи да ће на тај начин најлакше прекинути повреду права. Колективна организација је захтијевала престанак повреде права, блокирањем или онемогућавањем корисника да на било који начин шаљу или примају фајлове који садрже музичка дјела, без дозволе носиоца права.

Првостепени суд у Бриселу је пресудом из 2004. године утврдио да је извршена повреда ауторског права и захтијевао од вјештака да утврди да ли је рјешење које предлаже *SABAM* технички изводљиво, постоје ли други начини праћења употребе *P2P* софтвера и да одреди трошкове захтијеване мјере. Закључак вјештака је био да, упркос бројним техничким препрекама, изводљивост филтрирања и блокирања дијелова незаконитог садржаја не може бити у потпуности искључена. На основу таквог мишљења, суд је 2007. године донио одлуку којом је усвојио тужбени захтјев. Тужени се жалио на такву одлуку суда, тврдећи да је одлуку суда немогуће спровести пошто није доказана

ефикасност система филтрирања и блокирања садржаја, као и да инсталирање такве опреме наилази на бројне практичне препреке и проблеме. Осим тога, било који покушај блокирања садржаја осуђен је на пропаст због техничких препрека да трећа лица провјере садржај фајлова. Тужени је истакао да је таква одлука супротна закону којим је имплементирана Директива о електронској трговини, јер систем блокирања и филтрирања садржаја нужно значи општи надзор над садржајем. Посљедњи аргумент туженог против одлуке суда тичао се повреде прописа о заштити личних података и тајности комуникација, будући да филтрирање садржаја подразумијева обраду ИП адреса, које су лични подаци.

С обзиром на изнесене аргументе, суд је поставио претходно питање Европском суду правде да ли је постављање механизма за филтрирање и блокирање у складу са правом Европске уније. Питање је било да ли је интернет посреднику могуће изрећи судску забрану којом се одређује филтрирање свих електронских комуникација, које се односе на све кориснике и да ли је могуће изрећи као превентивну мјеру, на неограничени период времена и о трошку посредника, као и блокирање садржаја којим се врши повреда ауторског права.

Директивом о спровођењу права интелектуалне својине и Директивом о информатичком друштву, изричито је предвиђено да се судске забране могу изрицати и према посреднику чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине. Изрицање судских забрана не утиче на искључење одговорности посредника за повреду права интелектуалне својине. Посредницима се могу изрицати мјере које су усмјерене на забрану и престанак повреде права. Европски суд правде је заузео став да мјере које се изричу посреднику не морају бити усмјерене само на престанак повреде која је у току, већ и на превенцију будућих повреда.⁷⁰⁴

Директивом о електронској трговини забрањено је увођење мјере општег надзора информација које се преносе путем електронских комуникација. Конкретно, забрана се односи на увођење обавезе интернет провајдера да активно надгледа све податке својих корисника како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине. Таква мјера не би била пропорционална и била би претјерано скупа. У конкретном случају, имплементација система за филтрирање би значила да посредник идентификује све

⁷⁰⁴ Пресуда Европског суда правде *L'Oréal and Others*, C-324/09.

комуникације својих корисника које се односе на коришћење *P2P* технологије, да идентификује садржај заштићен правом интелектуалне својине, да одреди садржај који се преноси незаконито и да блокира дијелење садржаја које сматра незаконитим. Посредник би био дужан да превентивно надгледа све електронске комуникације и све информације које корисници размјењују путем интернета, како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине, што би било супротно Директиви о електронској трговини.

Заштита права интелектуалне својине је гарантована Повељом Европске уније о основним правима и слободама, али не може бити апсолутна. Судови морају водити рачуна о усклађености заштите и правичној равнотежи основних људских права. У конкретном случају, ауторско право као право интелектуалне својине мора бити усклађено са правом на вођење послова, односно слободом предузетништва. Инсталирање система за филтрирање садржаја би значило да интернет сервис провајдер има обавезу надзора свих електронских комуникација кроз мрежу, у интересу носилаца права. Осим тога, надзор није временски ограничен, односи се на све будуће повреде и усмјерен је на заштиту не само свих постојећих дјела, него и оних која ће тек настати.⁷⁰⁵ Инсталирање програма за филтрирање садржаја би било компликовано и скупо, што није у складу са Директивом о спровођењу права. Тиме би била нарушена равнотежа између заштите права интелектуалне својине и права на вођење послова, коју ужива интернет оператор, а такође и заштита приватности и личних података корисника услуга интернет провајдера. Такође, мјера филтрирања би могла да угрози слободу информисања, с обзиром да би се могли појавити проблеми у вези са разграничењем законитог и незаконитог садржаја, што би могло водити блокирању законитих комуникација. Мора се водити рачуна и о евентуалним ограничењима ауторског права, која су прописана националним законодавством, услед којих би исти садржај у различитим државама могао имати различит третман. Уколико би мјера филтрирања била изречена посреднику, била би нарушена равнотежа између права интелектуалне својине на једној страни и права на обављање трговинске дјелатности,

⁷⁰⁵ Пресуда Европског суда правде *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, од 24.11.2011. године, пар. 47, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1149982> (март 2015. године).

право на заштиту личних података и право на слободан проток информација, на другој страни.⁷⁰⁶

Суд је закључио да се интернет сервис провајдеру као посреднику не може изрећи мјера филтрирања садржаја и то свих електронских комуникација које се одвијају путем мреже, а нарочито оних који укључују коришћење *P2P* технологија, како би се идентификовао садржај заштићен правом интелектуалне својине и блокирао пренос таквог садржаја. Филтрирање садржаја не може бити изречено као превентивна мјера, искључиво на терет посредника, нити може бити изречена на неодређени период времена.⁷⁰⁷

8.1.3. Пресуда *SABAM*

Европски суд правде је убрзо послје тога имао прилику да се изјасни о сличном случају. Иста организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, *SABAM*, тужила је оператора платформе за друштвене мреже, *Netlog*, због чувања и јавног саопштавања музичких дјела са њеног репертоара од стране корисника друштвене мреже. Организација је тражила изрицање мјере филтрирања садржаја у циљу спречавања повреде ауторског права. Међутим, као и у претходном случају, суд је истакао да се хостинг провајдеру не смију изрицати мјере филтрирања података које корисници друштвене мреже постављају на мрежу, ако се филтрирање примјењује на све кориснике, као превентивна мјера, на неограничени период времена и искључиво на трошак провајдера, и ако би се таквим филтрирањем могао идентификовати садржај заштићен правима интелектуалне својине, а све у циљу спречавања повреде тих права.⁷⁰⁸

8.2. Правна природа одговорности посредника за повреду права интелектуалне својине

Када су у питању мјере које се изричу посредницима, може се поставити питање о ком облику одговорности је ријеч, те да ли се ради о секундарној одговорности,

⁷⁰⁶ Пресуда *Scarlet Extended* C-70/10, пар. 53.

⁷⁰⁷ Пресуда *Scarlet Extended* C-70/10.

⁷⁰⁸ Пресуда Европског суда правде *SABAM v. Netlog*, C-360/10, од 16.02.2012. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1151875>, (март 2015. године).

одговорности за повреду права или је пак у питању објективна одговорност. Могућност изрицања мјера према посредницима, само због тога што они имају фактичке и правне могућности да прекину или спријече повреду права, проширује обим заштите права. Ниво остваривања, односно заштите права утиче на обим овлашћења, тј. обим и садржину субјективног права. Поставља се питање да ли се на овај начин обим заштите права неовлашћено проширује, будући да дјелује и на лица која нису одговорна за повреду права. Судске забране, односно мјере које се изричу посредницима у англосаксонском праву представљају посебну врсту средстава заштите у грађанском судском поступку. Осим судских забрана, у случају повреде права интелектуалне својине могуће је захтијевати накнаду штете, износ профита, додатну или казнену одштету у случају нарочито тешких повреда права и предају предмета којима се врши повреда права.⁷⁰⁹ Постоје схватања да мјере које се изричу према посредницима, без обзира на њихову одговорност, имају утемељење у римском праву у тзв. *in rem* тужбама, односно тужбама којима се штите апсолутна права.⁷¹⁰ Међутим, изрицање мјера према посредницима, нарочито блокирање сајтова, може да угрози право на правично суђење, принцип законитости и може да пребаци трошкове спровођења мјера на посреднике.⁷¹¹

Субјективна права интелектуалне својине су апсолутна права што значи да тужбени захтјев може бити усмјерен против било ког лица које врши повреду тог права. Мјере блокирања на интернету посредно погађају непосредне извршиоце повреде, а посредници само олакшавају спровођење тих мјера. Изрицање мјера посредницима не може да се уклопи у опште стандарде о одговорности за повреду права, јер погађа трећа савјесна лица. Кључно питање је могу ли се судске мјере изрицати лицима која нису одговорна за повреду права. Повреда права интелектуалне својине постоји без обзира на субјективни однос извршиоца, дакле, без обзира на то да ли је знао или могао знати да врши повреду права. Кривица може да буде од значаја само за поједине тужбене захтјеве, као што је захтјев за накнаду штете или неосновано обогаћење. То значи да се остали тужбени захтјеви, као што су захтјев за престанак повреде, уклањање стања насталог повредом права, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права или

⁷⁰⁹ Опширније D. Bainbridge, 168-177.

⁷¹⁰ M. Husovec, „Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 4 (2), 2013, 118.

⁷¹¹ *Ibid.*, 126.

средстава која су употријебљена за повреду права, могу изрицати без обзира на кривицу. Дакле, наведене мјере могу се изрицати и другим лицима, а не само извршиоцима повреде. Међутим, није јасно чиме се могу оправдати мјере забране повреде права изречене посредницима, ако нису знали или нису могли да знају да је извршена повреда права.

Када је у питању одговорност посредника за повреду жига, судови у Србији изричу шпедитерима мјере уништавања робе на њихов трошак, иако они често нису били у прилици чак ни да виде робу. Суд шпедитере третира као лица која су омогућила извршење повреде права, будући да су омогућили стављање у промет производа обиљежених жигом заштићеном ознаком. Образложење суда је да су могли да знају да се том робом врши повреда жига из простог разлога јер је жиг право које настаје уписом у Регистар и које се објављује у службеном гласилу Завода за интелектуалну својину, што представља јавну исправу.⁷¹²

Законои у БиХ немају изричитих одредаба о одговорности посредника за повреду права интелектуалне својине или мјерама које се могу изрицати. Једина одредба која се односи на посреднике, односно лица чије су услуге биле употријебљене за повреду права, тиче се претпоставке постојања повреде, ако је то већ утврђено у поступку према трећем лицу.⁷¹³ Дакле, уколико лице изврши повреду права користећи услуге другог лица, онда се у поступку против тог другог лица не мора доказивати постојање повреде.

Директивом о електронској трговини, искључена је одговорност посредника за повреду права, под условом да није знао или није могао да зна за повреду права. Међутим, правила о искључењу одговорности не утичу на изрицање мјера којима ће се окончати повреда права која је у току. То значи да се мјере према посреднику могу изрећи без обзира на евентуалну одговорност, односно, без обзира да ли је знао или могао да зна за повреду права.

Уколико интернет провајдер или хостинг провајдер, као пружалац услуга, омогући другом лицу да изврши повреду права, онда се може говорити о посредној одговорности, односно посредној повреди права. Одговорност посредника који активно учествује у повреди, утиче на избор садржаја, мијења садржај и сл. не може бити искључена. У том случају посредник одговара за повреду права, према општим правилима о

⁷¹² Трговински суд у Београду, Р 2547/10, од 04.03.2010. године.

⁷¹³ ЗАСП БиХ, чл. 156, ст. 3.

грађанскоправној одговорности. Посредник може дјеловати као саизвршилац, подстрекач, помагач, што је небитно са становишта грађанског права. Међутим, уколико посредник није знао или није могао да зна да се његове услуге користе за повреду права, његова одговорност је искључена, али се од њега може захтијевати да предузме мјере којима ће бити прекинута повреда права. Тужбени захтјев да се престане са повредом права може бити упућен лицу које није одговорно за повреду права, али је у фактичкој могућности да повреду оконча, а окончање повреде и спровођење мјера, по правилу, пада на терет онога према коме су мјере изречене. Ако се према посреднику могу изрећи мјере без обзира на његову савјесност, онда то указује на постојање својеврсног облика објективне одговорности за повреду права интелектуалне својине. Упркос томе, од посредника се не може тражити накнада штете ако није крив за повреду, тј. ако није знао или могао знати за повреду права.

8.2.1. Одговорност посредника за посредну повреду права

Понашање посредника може се, у одређеним ситуацијама, окарактерисати као посредна повреда права. Посредна повреда права интелектуалне својине није на исти начин регулисана у различитим државама. Штавише, не постоји јединствен концепт посредне повреде свих права интелектуалне својине. У нашем праву, постоји само посредна повреда ауторског и сродних права и патента, док у појединим државама постоји и посредна повреда жига.⁷¹⁴ Без обзира на разлике у појединим правним системима, постоји неколико заједничких стандарда посредне повреде права. Прво, пресудна је савјесност посредног повредиоца, односно пропуштање да се предузме дужна пажња да би се спријечила непосредна повреда. Другим ријечима, кључно је да ли је тзв. посредни повредилац знао или морао да зна за непосредну повреду права. То је субјективни критеријум, који представља централни елемент одговорности за посредну повреду права. Други критеријум, објективног карактера, је улога и функција наводног посредног повредиоца, односно степен контроле коју посредни повредилац има над непосредном повредом. Не могу на исти начин бити третирана лица која имају неутралну улогу у повреди права и лица чија је дјелатност усмјерена на стицање користи од непосредне

⁷¹⁴ Нпр. у Њемачкој и Великој Британији.

повреде права. Треће, положај носиоца права у односу на откривање повреде и непосредног извршиоца значајан је за постојање посредне повреде права јер је потреба за санкционисањем посредне повреде израженија у случајевима када носилац права не може да тужи непосредног повредиоца.⁷¹⁵

У њемачком праву постоји посебан концепт посредне повреде ауторског права и права жига, који се заснива на тзв. одговорности „посредника“, према којем је могуће изрећи искључиво мјере забране повреде, али није могуће захтијевати накнаду штете. Сличан концепт постоји у праву Велике Британије и произлази из начела правичности, док се у Француској за посредну повреду права одговара по општим правилима о грађанскоправној одговорности.⁷¹⁶

Посредни повредилац не одговара за радњу другог лица, већ за сопствени допринос тој радњи, односно, пропуст да спријечи непосредну повреду. Уколико је посредна повреда права изричито прописана, онда одговорност посредног повредиоца не зависи од одговорности непосредног повредиоца. Поставља се питање шта ће се десити ако није дошло до непосредне повреде права, да ли ће и тада постојати одговорност. С обзиром да је то посебна радња повреде, онда одговорност постоји без обзира да ли је извршена непосредна повреда. Међутим, то правило би тешко могло да се примјени за посреднике, односно лица која својим услугама омогућавају извршење непосредне повреде права. Савјесност посредника је од пресудног значаја, ако је посредник знао или је морао знати за непосредну повреду права, онда ће одговорати по општим правилима о грађанскоправној одговорности. Међутим, ако се мјере забране или престанка непосредне повреде могу изрећи посреднику без обзира на то да ли је знао или морао знати за повреду права, онда постоји објективна одговорност. Могло би се рећи да постоји општа обавеза уздржавања од повреде туђег апсолутног права.

У англосаксонском праву постоји посредна, секундарна одговорност за повреду права, док су у француском и њемачком праву примјењују општа правила о одговорности за повреду права. У праву Велике Британије, посредник је сматран учесником у повреди права, тачније посебном врстом помагача. Посредник омогућава или олакшава извршење повреде права и у томе се састоји његов допринос повреди. Кључни елеменат за постојање

⁷¹⁵ M. Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9, 1/2014, 89-90.

⁷¹⁶ *Ibid.*, 75-90.

одговорности посредника је контрола над радњом повреде, што значи да уколико посредник није могао утицати на повреду права, онда није постојала ни заједничка намјера да се изврши повреда права, па тиме ни његова одговорност. Судска пракса истиче да посредник има дужност да испоштује туђе право, тј. обавезу да не изврши или не одобри повреду права. На тај начин се уводи стандард дужне пажње, иако садржина тог стандарда није најјаснија чак ни самом суду.⁷¹⁷

У француском праву се примјењују општа правила о одговорности, што значи да ако постоји повреда права, онда ће постојати одговорност. Посредници одговарају за повреду обавезе дужне пажње да предузму све потребне мјере предострожности да спријече повреду права од стране трећих лица. Међутим, таква обавеза може бити супротна забрани увођења општег надзора, па се дужност посредника сводила на спречавање будућих повреда постављањем идентичног незаконитог садржаја на интернет. Умјесто режима *notice and take down*, који подразумијева да интернет посредник одмах по обавјештењу о незаконитом садржај исти уклони, судска пракса је изградила тзв. *notice and stay down* режим, пребацујући обавезу надзора на носиоце права. Носиоци права имају обавезу да надгледају садржај вебсајтова и да обавијесте интернет посредника о свакој новој повреди права интелектуалне својине.⁷¹⁸

У њемачком праву, поред општег режима одговорности за повреду права, постоји посебан концепт одговорности умјешача или ометача.⁷¹⁹ То је лице које свјесно и узрочно доприноси повреди права коју врши друго лице. Одговорност тог лица је посебна врста одговорности која не зависи од кривице, јер је одлучујући фактор незаконитост, односно противправност понашања. Концепт *Störerhaftung* представља проширење одговорности на трећа лица која нису извршила штетну радњу, али су у позицији да обезбједе престанак. Примјењује се када повредилац није познат, када се не може пронаћи или ако природа повреде захтијева хитну акцију. Међутим, од овог лица се може захтијевати само престанак повреде права, али не и накнада штете.⁷²⁰

Европски суд правде је имао прилику да се изјасни о томе ко се може сматрати посредником и његовој евентуалној одговорности.

⁷¹⁷ C. Angelopoulos, *Beyond the Safe Harbours: Harmonizing Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013–72, 6-7.

⁷¹⁸ *Ibid.*, 12.

⁷¹⁹ *Störerhaftung*.

⁷²⁰ *Ibid.*, 14-16.

8.2.2. Пракса Европског суда правде

Вебсајт под именом *kino.to* омогућио је корисницима приступ великом броју филмова који су могли да се гледају директно или да се преузму са Интернета. Између осталих, на том сајту су били постављени филмови чији су носиоци права били тужиоци у главном спору, *Constantin Film* и *Wega*, који нису дали сагласност за постављање тих филмова. *Telekabel* је већински интернет сервис провајдер у Аустрији. Није било никакве уговорне или било какве друге везе између спорног сајта и интернет провајдера. Тужиоци су, мимо суда, тражили од Телекабела да блокира сајт. Кад то није учињено, обратили су се Привредном суду у Бечу да изда привремену мјеру којом ће туженом забранити да својим корисницима омогући приступ спорном сајту, путем блокаде домена и ИП адресе. Тужени је тврдио да нема никакве везе са спорним вебсајтом и да он пружа услуге крајњим корисницима, који не поступају незаконито. Шта више, блокада приступа спорном сајту нити је могућа нити разумна, па су предложене мјере сматране несразмјерним. Обје стране су се жалиле на привремену мјеру, а сајт је, у међувремену, затворен акцијом њемачких власти. Другостепени суд је преиначио одлуку првостепеног суда и забранио пружање приступа спорној страници, не наводећи конкретне мјере. Суд је сматрао да то што тужени даје својим клијентима могућност приступа садржајима који су незаконито стављени на располагање јавности, чини туженог посредником. При томе, небитно је да ли су сами клијенти оператера поступали на незаконит начин. Туженом је требало на општи начин забранити повреду права интелектуалне својине, без прецизирања конкретних мјера. Судски налог туженом налаже обавезу резултата тј. циља, а тужени треба да одабере средство за остварење тог циља и да у ту сврху учини све што је разумно и могуће.

Врховни суд је поставио претходно питање Европском суду правде: да ли члан 8, ст. 3 Директиве о информатичком друштву треба тумачити у смислу да лице која поставља заштићено дјело на интернет без сагласности носиоца права користи услуге провајдера, чије услуге користе лица која приступају интернету? Другим ријечима, да ли интернет сервис провајдер, који пружа услуге приступа интернету корисницима, омогућивши тим лицима приступ сајту на коме су неовлашћено постављени заштићени филмови, има улогу

посредника у смислу Директиве. Даље, поставља се питање да ли је уопштена забрана, изречена од стране суда, у складу са основним правима и правом ЕУ.

У мишљењу правозаступника, наводи се да је судски налог, тј. забрану, могуће издати не само против провајдера који пружа приступ интернет страници на којој је постављен незаконит садржај, већ и против провајдера који даје приступ кориснику који приступа тој страници. У прилог таквом ставу, наводе се двије врсте аргумената. Прво, провајдеру који кориснику пружа приступ интернету могуће је изрећи судски налог јер је он посредник чије услуге користе оператери странице са незаконитим садржајем за повреду ауторског права. Друго, судски налог против провајдера може се правдати чињеницом да су корисници, односно клијенти провајдера, сами поступали незаконито јер су услуге користили за повреду ауторског права.⁷²¹

За квалификацију посредника, пресудно је да трећа страна користи његове услуге за повреду права интелектуалне својине. У спорном случају, оператер спорног сајта не користи услуге интернет провајдера да би поставио незаконит садржај, тј. да би извршио повреду права, нити је са њим у било каквом односу, али његове услуге користе крајњи корисници који приступају таквом садржају или га преузимају. Дакле, провајдер у овом случају није омогућио приступ интернету лицу које је извршило повреду права, већ лицу које је приступило незаконитој понуди. Спорно је да ли лице које ставља на располагање јавности садржај којим се врши повреда ауторског права, истовремено користи услуге посредника који пружа приступ интернету лицу које приступа таквом садржају.

Према мишљењу правозаступника, интернет сервис провајдер има улогу посредника, будући да повредилац права, тј. оператер спорног сајта користи његове услуге да би спорни садржај био доступан на интернету. За чињење садржаја доступним јавности у контексту дигиталних технологија, неопходан је приступ интернету. Према ријечима правозаступника, иако интернет страница не би престала да буде доступна ако би један провајдер престао да постоји, несумњиво је да су провајдери који омогућавају приступ корисницима интернета заједнички неопходни за радњу стављања на располагање јавности, те да је стављање на располагање јавности релевантно само од тренутка када

⁷²¹ Мишљење општег правозаступника *Cruz Villalón* у случају *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, 26.11.2013. пар. 34, доступно на:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144944&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1162888>, (септембар 2014. године).

корисници интернета имају приступ спорном садржају. Сходно, лице које врши повреду ауторског права у сврху повреде, користи чак и услуге провајдера који обезбјеђује приступ кориснику интернета, без обзира на чињеницу да са њим није закључио уговор.⁷²²

Један од аргумената одбране је био да тужени није ни у каквим уговорним или другим односима са повредиоцем права, те да се судска забрана не може изрећи због тога. Међутим, за изрицање судске забране против посредника није неопходно постојање било каквог односа са извршиоцем повреде, јер посредник, по правилу, није нити извршилац, помагач или подстрекач у повреди, те, под унапријед предвиђеним условима, не сноси одговорност за извршену повреду. Одсуство одговорности не утиче на могућност изрицања мјере којом ће се окончати повреда. У том смислу, провајдери морају бити сматрани посредником чије услуге користи треће лице да повриједи ауторско право. Судску забрану, односно мјеру престанка повреде права, могуће је изрећи чак и ако посредник није провајдер повредиоца права, већ само провајдер корисницима који приступају спорном сајту. Улога провајдера је кључна уколико је повреда права извршена ван територије Европске уније, јер оператери и сајт не могу бити процесуирани, па преостаје само посредник.⁷²³

Суд закључује да се израз посредник односи на свако лице које у мрежи омогућава трећој страни повреду над заштићеним дјелом или другим предметом заштите. Повреда над предметом заштите постоји уколико је такав предмет на интернет постављен без овлашћења носиоца права. Провајдер који пружа приступ интернету омогућава својим клијентима да изврше повреду права, али и да приступе садржају који је трећа страна неовлашћено ставила на располагање јавности. У том смислу, провајдер има улогу посредника јер се његове услуге користе за повреду ауторског или сродног права.⁷²⁴

Одлука Телекабел је значајна због тумачења појма посредника у смислу одредаба Директиве о информатичком друштву, у погледу могућности изрицања привремене мјере посреднику. Дакле, суд одлучује о питању да ли је могуће изрећи привремену мјеру према

⁷²² *Ibid.*, пар. 47 и 48.

⁷²³ *Ibid.*, пар. 57.

⁷²⁴ Пресуда Европског суда правде *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH i Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, C-314/12, од 27. марта 2014. године, пар. 30-32, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1162888>, (септембар 2014. године).

посреднику. С обзиром да су посредници прва линија одбране у случају повреде права интелектуалне својине на интернету, изрицање привремене мјере је пожељно.

Друго, поставља се питање каква мора бити изречена мјера у погледу садржине, односно, да ли може бити уопштена или мора бити прецизирана, као и да ли постоји повреда основних права. У вези са тим, пресуда упоређује однос права интелектуалне својине, слободу предузетништва и слободу приступа информацијама.

Директивом о електронској трговини предвиђена је забрана увођења мјера општег надзора над електронским саобраћајем, те је јасно да се посреднику не може наметати таква обавеза. Међутим, када су у питању мјере према посреднику којом ће се забранити повреда права, питање је да ли суд мора прецизирати врсту мјера и начин престанка повреде или то може препустити посреднику. У спорном случају, суд је наложио провајдеру да оконча повреду права, препуштајући му избор конкретних мјера. У остварењу траженог резултата, посредник ће примјенити мјере које ће бити прилагођене ресурсима којима располаже и које ће бити усклађене са другим обавезама које он има извршавајући своју дјелатности.⁷²⁵ Дакле, суд начелно прихвата могућност изрицања уопштених забрана.

Специфичност процесног права Аустрије је у томе што, уколико се судским налогом захтијева остварење резултата, лице коме је налог упућен може се ослободити одговорности, ако докаже да је предузело све разумне мјере. То практично значи да посредник треба да оконча повреду само уколико је то могуће извести без претјераних напора и трошкова посредника и уколико то не угрожава његово пословање. Такође, мјере којима би се окончала повреда ауторског права не би требало да угрозе приступ законитом садржају, односно садржају којим се не врши повреда ауторског права. У том смислу је постављено питање уравнотежења интереса различитих страна, односно уравнотежења њихових права, заштите ауторског и сродних права носилаца права, заштите слободе предузетништва посредника и заштите слободе информисања корисника интернета. Према мишљењу општег правозаступника, могућност да се посредник у даљем току поступка ослободи одговорности за неизвршење судског налога, ако докаже да је предузео све разумне мјере, не може осигурати равнотежу између различитих права. Ако посредник примјени блажу мјеру блокирања водећи рачуна о интересу својих клијената, корисника

⁷²⁵ Пресуда Европског суда правде *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, пар. 52.

интернета, и њиховој слободи приступа информацијама, ризикује плаћање периодичне казне. У супротном, ако спроведе строжу мјеру блокирања, клијенти неће бити задовољни. Могућност ослобођења од одговорности у извршном поступку не може битно побољшати позицију посредника. Са друге стране, аутор увијек може истаћи ризик од масовне повреде својих права путем спорне странице. Закључак правозаступника је да уопштена забрана изречена посреднику да својим клијентима даје приступ тачно одређеној страници на интернету на којој се врши повреда ауторског права, не обезбјеђује усклађеност основних права страна на које се односе, конкретно ауторског права, слободе предузетништва и слободе приступа информацијама.⁷²⁶

Међутим, суд је одступио од мишљења општег правозаступника отварајући простор за изрицање уопштених налога посредницима да прекину повреду, без прецизирања конкретних мјера, под условом да предузете мјере не лишавају кориснике интернета могућности да законито приступају информацијама и да те мјере спречавају или бар отежавају неовлашћено приступање предметима заштите, те да озбиљно обесхрабрују кориснике интернета који за приступање неовлашћеном садржају користе услуге провајдера.⁷²⁷ Јасно је да се мора водити рачуна о интересима корисника интернета, али и о заштити права интелектуалне својине. Основни принципи на којима се темељи заштита права су ефикасност, пропорционалност и одвраћајући карактер санкција и мјера које се изричу. Дакле, мјере заштите ауторског права морају бити ефикасне. Међутим, истиче се да је потпуна забрана, односно престанак повреде права у пракси тешко оствариво, те би у том случају изрицање мјера које је могуће заобићи представљало својеврстан компромис којим би се удовољило интересима корисника и носилаца ауторског права.

Примјећујемо да суд у извијесној мјери ублажава концепт ефикасности мјера јер уколико спречавање повреде није могуће, онда прихвата као минимум бар отежавање приступа незаконитом садржају и обесхрабрење корисника интернета да то чине. Чини се да суд, на овај начин, прећутно прихвата немогућност ефикасног сузбијања повреда ауторског права на интернету, прихватајући као легитиман и довољан циљ отежавање приступа предмету заштите. Уколико је немогуће отклонити повреду права, онда је довољно барем указати на нелегалност садржаја коме се приступа, што би могло утицати

⁷²⁶ Мишљење С-314/12, пар. 89 и 90.

⁷²⁷ Пресуда *UPC Telekabel Wien*, С-314/12, пар. 64.

на свијест појединих корисника. Да ли се то може сматрати довољном и ефикасном мјером, друго је питање.

8.3. Усклађеност мјера које се изричу посредницима са принципима спровођења права

У теорији је спорно има ли основа да се принципи спровођења права, као што су ефикасност, пропорционалност и одвраћајући карактер санкција примјењују и на посреднике који нису извршиоци радње повреде и који не сnose одговорност за евентуалну повреду права.⁷²⁸ Другим ријечима, да ли се према посреднику могу изрицати исте мјере као и према повредиоцу. У мишљењу општег правозаступника у случају *L'Oral v eBay* наводи се да мјере које се изричу према посреднику нису исте као мјере које се изричу извршиоцу повреде. Међутим, као и све остале мјере и санкције, и оне морају бити усклађене са основним принципима спровођења права, односно морају бити ефикасне, пропорционалне и одвраћајућег карактера. Према мишљењу правозаступника, мјере против посредника којим се спречавају даље повреде жига нису у складу са начелом пропорционалности.⁷²⁹ Међутим, правозаступник такође сматра да се од посредника може захтијевати не само престанак радње којом се врши повреда права, већ и спречавање понављање исте или сличне повреде права у будућности, ако је то предвиђено националним законодавством. Најзначајније је да посредник зна шта се тачно тражи од њега, односно да су мјере конкретизоване и одређене, као и да нису немогуће, непропорционалне и да не стварају обавезу општег надзора.⁷³⁰ Да би се према посреднику могле изрећи мјере којима се спречава повреда права, неопходно је да се ради о истом повредиоцу и о истој ознаци, тачније ознака и повредилац морају бити унапријед одређени, тј. познати.⁷³¹

Принцип пропорционалности почива на јасној економској логици, а то је да што већу штету трпи носилац права, то јачи механизми заштите морају бити, односно судске мјере и забране морају теже погађати извршиоца повреде.⁷³² Међутим, када су у питању

⁷²⁸ Детаљније P. Savola, „Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers“, *JIPITEC* 5 (2014), 119.

⁷²⁹ Мишљење општег правозаступника у случају *L'Oréal v eBay*, C-324/09, пар. 181.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*, пар. 182.

⁷³² P. Savola, 126.

лица која не учествују у повреди права и не носе одговорност за повреду права, а према њима се могу изрећи забране, спорна је економска утемељеност истих. Свака мјера или забрана, која се изриче посредницима, утиче и на њихово пословање. Иако непосредно не учествују у извршењу повреде, њихов допринос повреди је посредан, на шта указује и сам израз посредници. Начелно, не прави се разлика између мјера које се изричу извршиоцу повреде и посреднику. Ипак, принцип пропорционалности налаже да се у сваком конкретном случају води рачуна о мјерама које се изричу, лицима према којима се изричу, као и о ефикасности и домашају тих мјера. Мјере које се изричу посредницима могу бити теже и могу се одражавати чак и на кориснике и њихов слободан приступ информацијама, под условом да је у питању тежа повреда, што се мјери губицима које трпи носилац права.

Приликом процјене пропорционалности мјера изречених према посредницима, конкретно, мјере блокирања садржаја на интернету, узимају се у обзир одређени критеријуми. То су степен незаконитости радње, односно садржаја и правни основ блокирања, ефикасност мјере, трошкови, супсидијарност и поштовање права других лица.⁷³³ Незаконитост садржаја, односно, повреда права, предуслов је за изрицање мјере блокирања садржаја. Поставља се питање да ли блокирање треба да буде усмјерено на постављање заштићеног садржаја, на блокирање приступа садржају корисницима или спречавање умножавања и дијелења таквог садржаја. С обзиром да блокирање треба да буде усмјерено на радњу извршења повреде, онда би требало блокирати приступ оним корисницима за које се може очекивати да ће извршити повреду права. Ефикасност мјере означава њену дјелотворност и спроводивост. Уколико се мјера блокирања лако може заобићи, упитна је њена сврха. Блокирање мора бити ефикасно бар у тој мјери да смањује економске губитке носиоца права, у супротном, његов значај је симболичан или информативан. Блокирањем се трошкови заштите пребацују на трећу страну, тј. на посреднике, провајдере. Тренутно, трошкове блокирања носе провајдери, мада има основа да се у будућности бар дио трошкова пребаци на носиоце права, јер се ипак штите њихови приватни интереси и у њихову корист се спроводе мјере. Приликом процјене пропорционалности мјере блокирања, није без значаја могући редослијед лица према

⁷³³ *Ibid.*, 125-128.

којима се изричу мјере. Коначно, мјере блокирања којима је циљ заштита права интелектуалне својине, не смију угрожавати друга права корисника на интернету.⁷³⁴

Мјере и забране изричу се на терет лица које погађају, што није проблем ако је у питању извршилац повреде. Међутим, мјере које се изричу на терет посредника могу да оптерете његово пословање, нарочито ако се ради о мјерама које су усмјерене на превенцију повреда и које су трајнијег карактера. Од посредника се може тражити да оконча повреду и да у границама својих могућности учествује у њеном спречавању, али се мора водити рачуна да се на тај начин не намећу претјерани трошкови. Трошкови извршења и спровођења мјера не би требало да буду несразмјерни извршеној повреди, нарочито узимајући у обзир учешће, односно допринос посредника који је често минималан. Мјере које имају превентивни карактер су у интересу носиоца права, па би било сасвим оправдано да они сnose дио трошкова спровођења тих мјера.

Једна од мјера које се могу изрицати према посреднику, осим блокирања вебсајта на коме се налази спорни садржај, јесте и дисконекција индивидуалног корисника, односно прекид приступа интернету. Посредник који обезбјеђује приступ интернету својим корисницима, односно, клијентима, може, по налогу суда, престати пружати услуге приступа кориснику који врши повреду права. Уколико је могуће идентификовати индивидуалног корисника који врши повреду права, ефикасна санкција за његово понашање може бити прекид приступа интернету од стране провајдера. Међутим, изрицање те санкције отвара низ спорних питања, која се могу посматрати кроз три основна принципа спровођења права, ефикасност, пропорционалност и одвраћајући ефекат санкције.⁷³⁵

Прекид приступа интернету од стране интернет провајдера не значи да је корисник у потпуности спријечен да врши повреду права, јер увијек постоји могућност коришћења јавних или отворених приступа интернету. То што корисник нема приступ интернету од своје куће, не значи да не може да приступи интернету у јавној установи, библиотеци или угоститељском објекту, гдје тренутно борави. Упитно је могу ли се уопште такве мјере изрицати, у контексту заштите људских права. Кориснику се ускраћује право на правично суђење, јер је тужени у таквим случајевима посредник, односно интернет провајдер, док се

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ Видјети М. Husovec, М. Peguera, „Much Ado About Little: Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, IIC, 2/15, 10-37.

корисник не појављује као странка у поступку. С обзиром да не учествује у поступку, угрожено је његово право да буде саслушан у поступку, а такође не може користити ни правне лијекове.⁷³⁶

Кључни приговор мјери ограничења приступа интернету односи се на ограничење слободе изражавања. За сваки облик ограничења људских права и слобода, неопходно је да буду предвидљива, оправдана и пропорционална. С обзиром да се мјерама за заштиту интелектуалне својине намећу ограничења, исте критеријуме морају испуњавати и изречене мјере. Мјера је предвидљива уколико је предвиђена законом, што доприноси правној сигурности. Оправданост мјере може се посматрати кроз питања њене неопходности и цјелисходности, односно, питања да ли се исти резултат могао постићи неком другом мјером, која би била мање рестриктивна, као и да ли је та мјера најефикасније средство за постизање задатог циља. Крајњи циљ је заштита права интелектуалне својине на интернету, односно престанак вршења радње повреде или њено онемогућавање. Мјера ограничења приступа интернету изриче се посреднику, али погађа крајњег корисника, који врши повреду права. Неопходност изрицања мјере забране приступа интернету може се посматрати са становишта интереса посредника и крајњег корисника. Посреднику би више одговарало када би мјера била изречена директно кориснику, мада би без сарадње посредника било тешко уопште идентификовати корисника. Са друге стране, кориснику се не мора у потпуности ограничити приступ интернету да би се спријечила повреда права, већ само ограничити саобраћај путем протокола за размјену података, под условом да је то технички изводљиво и исплативо.⁷³⁷

Из наведеног произлази да се тешко може наћи оправдање за мјеру прекида приступа интернету, јер је њена ефикасност и пропорционалност упитна. Укидање приступа интернету није гаранција да корисник неће више вршити повреде права, јер по правилу, увијек има алтернативне приступе. С обзиром да се мјера изриче посреднику, односно интернет провајдеру, а не директно кориснику, он увијек може да промијени провајдера или да приступи путем бежичне и слободне конекције. Чак и када корисник не би имао алтернативне приступе интернету, тешко да би то могло битно утицати на смањење повреда права. Иако је приступ интернету неопходан технички предуслов за

⁷³⁶ *Ibid.*, 28-30.

⁷³⁷ *Ibid.*, 34-35.

извршење повреде права, то не значи да би сваком кориснику који врши повреду права требало укинути приступ интернету и да бисмо тиме ријешили наведени проблем. Осим тога, мјера мора бити цјелисходна и мора бити сразмјерна извршеној повреди. Укидањем приступа интернету, корисник се онемогућава не само да изврши повреду права, већ и да врши било коју дозвољену активност. На тај начин, изреченом мјером не само да се не постиже жељени циљ, него се остварују и додатни негативни ефекти у виду угрожавања основних људских права и слобода.

9. Судски поступак и оглашавање рјешења о признању права ништавим као претходно питање

Субјективна права индустријске својине стичу се у посебном управном поступку пред надлежним државним органом. Уколико на дан доношења рјешења или на датум подношења пријаве, нису били испуњени законом прописани услови за признање права, рјешење о признању права, може се огласити ништавим. У појединим државама, оглашавање рјешења ништавим је у искључивој надлежности органа управе који одлучује о признању права, док се у другим, то питање може поставити у поступку због повреде права.

Систем подвојености или бифуркације, који означава да утврђивање повреде права и оглашавање рјешења ништавим нису у надлежности истог органа, постоји у Њемачкој.⁷³⁸ У земљама романског правног система, као што су Француска или Белгија, о валидности права, као и о повреди права, одлучује суд. Тужени може, у своју одбрану, истицати приговор ништавости права, а поступак оглашавања рјешења о признању ништавим, могуће је тражити противтужбом.

Оглашавањем рјешења о признању права ништавим врши се његово уклањање из правног поретка због најтежих облика незаконитости. Рјешење има ретроактивно дејство, са изузетком дејства на уговоре који су у претежном дијелу извршени и на правноснажне судске одлуке о повреди права. Међутим, поставља се питање да ли се поништај може тражити у току судског поступка и какве су последице пропуштања одређених лица да траже поништај или оспоравање права.

⁷³⁸ О повреди права одлучују судови, а о оглашавању рјешења ништавим Савезни патентни суд.

С обзиром на тежину повреде, логично је да се оглашавање ништавим може учинити у свако доба, што је случај са рјешењем о признању патента. Специфичност поступка за признање жига и функције жига налажу одступање од тог правила. Рјешење о признању жига може се огласити ништавим ако у вријеме регистрације нису били испуњени услови за заштиту. У праву жига постоје апсолутни и релативни услови за признање жига. Релативни услови су отклоњиве сметње за регистрацију и лице које има правни интерес може у поступку истаћи приговор којим ће спријечити признање заштите, а уколико то пропусти, може да покрене поступак за оглашавање рјешења о признању права ништавим. Међутим, уколико је носилац ранијег права као заинтересовано лице, током пет узастопних година прије подношења приједлога, толерисао постојање и коришћење каснијег жига, он неће имати право да тражи оглашавање рјешења ништавим, под условом да је носилац каснијег жига савјестан. Ако је жиг регистрован у злој вјери, тј. супротно принципу савјесности и поштења, онда нема временског ограничења за тражење поништаја. Ограничење рока за оглашавање рјешења ништавим предвиђено је из разлога правне сигурности, јер су у питању отклоњиве сметње за признање заштите. Протеком рока од пет година, носилац ранијег жига је прећутно дао сагласност за коришћење каснијег жига.

Уколико носилац ранијег жига у року од пет година не оспори каснији жиг, то значи да практично постоје два иста жига. Питање је каква је њихова правна судбина и међусобни однос. Другим ријечима, да ли коришћење заштићеног знака у промету представља повреду права, ако су оба лица титулари жига. Носилац ранијег жига може оспоравати каснији жиг, односно тражити оглашавање рјешења о признању каснијег жига ништавим до истека петогодишњег рока. Осим тога, он може тужити титулара каснијег жига због повреде права, независно од оглашавања ништавим. Право титулара ранијег жига на подношење тужбе због повреде права није условљено претходним тражењем поништаја. О томе се изричито изјаснио Европски суд правде наводећи да је титулар ранијег жига овлашћен да покрене, како поступак поништаја каснијег жига, тако и судски поступак због повреде права. Титулар жига има овлашћење да забрани свим трећим лицима коришћење знака у промету, укључујући и титулара каснијег жига за исти знак,

без потребе да каснији жиг буде претходно поништен.⁷³⁹ Повреда права постоји без обзира на даљу судбину каснијег жига. Подсјетимо, за постојање повреде права пресудно је коришћење знака у промету, без обзира на чињеницу да ли је каснији знак регистрован или не.

Након истека предвиђеног петогодишњег рока, титулар ранијег жига више нема право да се супротстави коришћењу каснијег жига, нити да оспори његову валидност, под условом да је носилац каснијег жига био савјестан. Свјесно толерисање употребе касније регистрованог жига за исту робу, доводи до преклузије права на оглашавање каснијег рјешења ништавим. Међутим, да би се сматрало да носилац ранијег жига толерише коришћење истог знака за исту робу од стране конкурента, он мора бити у позицији да оспори ту употребу у предвиђеном временском периоду. За протек рока у коме може доћи до губитка права на поништај каснијег жига, неопходно је да буду испуњени одређени услови, о чему се изјаснио Европски суд правде. Први услов је да каснији жиг мора бити регистрован, што значи да само коришћење знака није довољно. Затим, пријава за регистрацију каснијег жига мора бити поднесена у доброј вјери, односно титулар каснијег жига мора бити савјестан. Сама регистрација није довољна, већ је неопходно да се знак користи у промету. На крају, титулар ранијег жига мора знати за регистрацију каснијег жига и за употребу заштићеног знака.⁷⁴⁰

Ако се носилац ранијег жига прећутно сагласио са постојањем каснијег жига, питање је каква су права носиоца каснијег жига. Према праву Европске уније, носилац касније регистрованог жига не може забранити носиоцу раније регистрованог жига да користи знак, чак и ако се он више не може противити употреби каснијег жига. То значи да се носилац каснијег жига не може позвати на повреду свог права употребом ранијег жига. У случају евентуалног спора, носилац каснијег жига не би успио са тужбом против носиоца раније регистрованог жига. Наведено правило је последица досљедне примјене принципа првенства раније регистрованог жига, јер титулар жига не може да забрани

⁷³⁹ Пресуда Европског суда правде *Fédération Cynologique Internationale v Federación Canina Internacional de Perros de Pura Raza*, C-561/11, од 21.02.2013. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134112&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1184033>, (децембар 2015. године).

⁷⁴⁰ Пресуда Европског суда правде *Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc.*, C-482/09, од 22.09.2011. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1185604>, (децембар 2015. године).

титулару раније стеченог права коришћење знака. Дакле, могуће је да два различита титулара права користе исти знак за обиљежавање исте или сличне робе, а да ни један ни други не могу да заштите своје право у међусобном односу, тј. да ни један од њих не може тужити другог. То практично значи да је њихово право да свим трећим лицима забране коришћење истог знака ограничено у односу на титулара регистрованог жига који је савјестан. Дакле, жиг који је касније регистрован, ограничен је у корист титулара ранијег жига, чак и када он више није у могућности да оспори каснији жиг, нити да забрани коришћење спорног знака.

Спорно је да ли су у таквим ситуацијама нарушене основне функције жига и какав је утицај на потрошаче. Европски суд правде је истакао да титулар раније регистрованог жига не може тражити поништај каснијег жига, уколико су оба лица користила исти знак дужи временски период и ако се ради о поштеној конкурентској употреби, под условом да такво коришћење не утиче на основну функцију жига, тј. на указивање на поријекло робе.⁷⁴¹ У спорном случају, радило се о истом знаку за исту робу који је коришћен од стране два различита привредна субјекта. Пресудно је било то што основна функција жига није била угрожена јер су потрошачи, упркос идентитету ознака, разликовали један производ од другог по укусу и квалитету.⁷⁴² Међутим, ако су функције жига угрожене и ако су потрошачи доведени у заблуду коришћењем истог знака од стране два различита титулара права, онда има мјеста за заштиту од неојалне конкуренције.

Постојање и валидност субјективног права интелектуалне својине, претпоставка је постојања повреде права. У процесној материји, постојање субјективног права има статус претходног питања. Осим оглашавања рјешења ништавим, у праву жига постоје посебни случајеви престанка жига због некоришћења.

У поступку због повреде жига, тужени може да се брани истицањем приговора некоришћења заштићеног знака од стране титулара жига. Коришћење знака у промету је један од основних услова одржавања жига као субјективног права на снази. Уколико титулар жига не користи жиг у периоду од пет година непрекидно, а нема за то оправданих разлога, могуће је захтијевати престанак жига. Престанак жига, као и поступак оглашавања рјешења о признању права ништавим, у надлежности је управе за

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² У питању је било коришћење ознаке *Budweiser* за пиво од стране два произвођача у Великој Британији.

индустријску својину. У парницама због повреде жига, постојање жига је претходно питање, што значи да ће суд прекинути поступак све док надлежни орган не донесе одлуку. Дакле, суд не може одлучивати о ваљаности права, јер то питање није у његовој надлежности.

У праву жига Европске уније, наведено питање је ријешено је на другачији начин. Наиме, судови, у чијој надлежности су спорови у вези са жигом Европске уније (раније комунитарним жигом), имају искључиву надлежност за поступке у вези са повредом права, поступке за утврђење непостојања повреде права, под условом да су такве тужбе допуштене националним законодавством, и противтужбе за опозив или проглашење рјешења о признању жига ништавим.⁷⁴³ Осим што се опозив или поништај жига може тражити противтужбом, могуће је да тужени истакне приговор у односу на опозив жига, у коме би се позвао на недостатак стварне употребе знака у вријеме покретања поступка поводом тужбе због повреде права. Редовно средство за опозив, тј. престанак жига због некоришћења у судском поступку је противтужба, а изузетно, то може бити и приговор. Дакле, суд може у поступку одлучивати о престанку жига због некоришћења.

Сличну одредбу садржи и Директива о праву жига. Титулар жига има право да забрани коришћење знака само у обиму у којем права носиоца жига у вријеме подношења тужбе због повреде права не подлијежу могућности опозива због недостатка стварне употребе.⁷⁴⁴ То значи да уколико су испуњени услови за опозив због некоришћења у вријеме подизања тужбе, суд ће у том дијелу одбити тужбени захтјев. Суд ће испитивати постојање услова за опозив жига на основу приговора туженог. Ако тужени у своју одбрану истакне приговор којим се позива на некоришћење жига, носилац жига мора доказати да је током периода од пет година прије датума подношења тужбе стварно користио знак у промету или да постоје оправдани разлози због којих знак није коришћен, ако је од регистрације до подношења тужбе прошло више од пет година. Да би одлучио о постојању повреде права, суд посредно утврђује да ли су испуњени услови за престанак жига, у ком случају неће постојати повреда. Дакле, суд не доноси одлуку о опозиву, тј. престанку жига због некоришћења, већ само одбија тужбени захтјев у дијелу у којем су испуњени услови за престанак жига.

⁷⁴³ Правило Савјета бр. 207/2009 о жигу Европске уније (кодификована верзија), чл. 96.

⁷⁴⁴ Директива Европског парламента и Савјета бр. 2015/2436 о усклађивању законодавстава држава чланица, чл. 17.

Поставља се питање како ће наведена одредба бити имплементирана у домаће законодавство, узимајући у обзир тренутно подијељену надлежност између судова и управе за индустријску својину. Наиме, пресуда којом је одбијен тужбени захтјев због некоришћења жига има дејство само у односу према странкама у спору. Иако је утврђено да се жигом заштићени знак не користи, такав жиг није уклоњен из правног промета све док надлежни орган не донесе одлуку о престанку жига. Са друге стране, лице које користи спорни знак и које има правни интерес да тражи престанак жига због некоришћења, више неће бити заинтересовано за то, под условом да, у поступку због повреде права, његов приговор о некоришћењу буде усвојен. Уколико би титулар таквог жига тужио неко треће лице због повреде права, оно би опет могло да истакне приговор због некоришћења, а суд би морао поново да утврђује да се спорни знак не користи.

Одлучивање суда о претходном питању доприноси процесној економији и спречава одуговлачење поступка, јер умјесто прекида поступка, суд непосредно одлучује о томе. Према Закону о парничном поступку, када одлука суда зависи од претходног рјешења питања да ли постоји неко право или правни однос, суд може самостално одлучивати о претходном питању, чак и ако је у надлежности другог органа, осим ако посебним прописима није другачије одређено.⁷⁴⁵ Дакле, са становишта процесног права, суд може одлучивати о некоришћењу знака као разлогу за престанак жига. Међутим, изричито је предвиђено да одлука суда о претходном питању има правно дејство само у парници у којој је то питање ријешено. То је један од разлога због којих је наведено рјешење не иде у прилог правној сигурности.

Правно посматрано, жиг као субјективно право постоји све док се не донесе рјешење о престанку жига, али, *de facto*, титулар жига не користи знак у промету у периоду дужем од пет година без оправданих разлога, што значи да нема повреде права. Наравно, суд о томе не води рачуна по службеној дужности, већ заинтересовано лице, односно, тужени, мора истаћи приговор. Дакле, између чињеничног стања и права постоји несклад. Један од начина да се тај несклад превазиђе је протек периода важења жига, под условом пасивног понашања титулара жига, односно, под условом да не плати таксу.

⁷⁴⁵ ЗПП РС, чл. 12.

10. Рок за подношење тужбе у спору због повреде субјективних права интелектуалне својине

Остваривање заштите субјективних права подлијеже застаријевању. Застарјелост се у теорији дефинише као престанак права да се захтијева принудно извршење обавезе по протеку законом одређеног рока.⁷⁴⁶ Посљедица протеча рока у коме лице није вршило своје овлашћење је губитак права да се оствари заштита тог овлашћења судским путем. Дужник може извршити своју обавезу, али се не може принудити да то учини. Застаријевању подлијежу облигациона права, док апсолутна права не застаријевају. Протек рока у праву интелектуалне својине, због специфичне правне природе, води престанку субјективних права. Међутим, то није посљедица застаријевања, већ законом прописаног ограничења трајања субјективних права интелектуалне својине.

Са становишта теме којом се бавимо, од нарочитог значаја је питање како протек времена утиче на могућност остваривања судске заштите субјективних права интелектуалне својине. Другим ријечима, у ком року се може подићи тужба због повреде права. Застаријевање права на тужбу зависи од врсте субјективног права и од тужбеног захтјева који се поставља у тужби.

За повреду ауторског и сродних права, није предвиђено временско ограничење за подизање тужбе због повреде права, што значи да тужба због повреде права не застаријева. Разлог је у специфичној правној природи ауторског права које чине личноправна и имовинскоправна овлашћења. Тужбени захтјев због повреду личноправних овлашћења не застарјева, чак ни у случају оних овлашћења која имају ствараоци интелектуалних творевина које се штите у праву индустријске својине. Тужбени захтјеви за утврђење повреде права, за престанак вршења повреде права, за отклањања стања насталог повредом ауторског и сродних права не застаријевају. Изузетно, застарјева захтјев за накнаду штете према општим правилима облигационог права. Према Закону о облигационим односима, захтјев за накнаду штете застарјева у субјективном року од 3 три године, од када је оштећени сазнао за штету и учиниоца, а све у оквиру објективног рока од пет година од када је штета настала.

⁷⁴⁶ О. Станковић, В. Водинелић, 209.

За разлику од ауторског и сродних права, заштита субјективних права индустријске својине може се тражити у законом предвиђеном року. Тужба због повреде субјективног права индустријске својине, може се подићи у субјективном року од три године од дана када је тужилац сазнао за повреду и учиниоца, у оквиру објективног рока од пет година од дана када је повреда први пут учињена. Исти рок предвиђен је и у случају тужбе због повреде права из пријаве. Уколико је извршена повреда личноправног овлашћења на назначење имена проналазача, односно аутора дизајна и ствараоца топографије интегрисаног кола, тужбени захтјев за заштиту ових овлашћења не застаријева.

11. Тужба за утврђење својства проналазача

У оквиру грађанскоправне заштите субјективних права индустријске својине, осим тужбе за заштиту права у случају повреде у виду неовлашћеног искоришћавања предмета заштите, предвиђене су посебне тужбе. То су: тужба за утврђење својства проналазача, тужба за оспоравање права на заштиту и тужба за заштиту права запосленог, односно послодавца у случају проналазака створених у радном односу. Наведене тужбе усмјерене су преваходно на заштиту лица која су створила интелектуално добро и лица која имају право на заштиту.

Проналазач има личноправно овлашћење да буде признат као проналазач и да његово име буде наведено у патентној пријави, патентним исправама и регистрима управе за индустријску својину. Овлашћење проналазача на назначење имена у патентној пријави и осталим списима не чини садржину патента као субјективног права интелектуалне својине. У ширем смислу, може се посматрати као дио проналазачког права, односно права које припада проналазачу непосредно по стварању проналаска. Носилац овог овлашћења је искључиво проналазач, без обзира на то ко је носилац патента. Личноправно овлашћење проналазача на назначење имена је као минимално право признато Париском конвенцијом.⁷⁴⁷ Такође, ово овлашћење предвиђено је Конвенцијом о издавању европских патената.⁷⁴⁸ Средство за заштиту наведеног овлашћења у грађанском судском поступку је тужба за утврђење својства проналазача.

⁷⁴⁷ ПК, чл. 4^{ter}.

⁷⁴⁸ КЕП, чл. 62.

Повреда личноправног овлашћења на назначење имена проналазача врши се изостављањем имена проналазача или навођењем погрешног имена у патентној пријави, патентним исправама или регистрима управе за индустријску својину. Проналазач може да се одрекне права на назначење имена у пријави, али је у том случају подносилац пријаве дужан да проналазачеву изјаву о томе достави управи за индустријску својину. Надлежни орган управе не испитује да ли је лице које је наведено у пријави патента заиста проналазач, као што не испитује ни да ли је лице које подноси пријаву овлашћено да то чини.

Уколико је у пријави патента и одговарајућим исправама и регистрима наведено име лица које није проналазач, онда проналазач има право да тужбом од суда захтијева да његово име буде уписано на одговарајућем мјесту у пријави и наведеним исправама. Право на подношење тужбе има стварни проналазач уколико је његово име изостављено или је погрешно име наведено у пријави и патентним списима. Наведеном тужбом се не рјешава сукоб два независна проналазача око истог проналаска, већ евентуални пропуст у навођењу имена проналазача. Ако се ради о заједничком проналаску више проналазача, право на тужбу има проналазач чије име није наведено у пријави патента. Дакле, постоје два случаја у којима се може захтијевати утврђење својства проналазача и уписивање имена у пријаву. Први постоји када је супротно вољи проналазача изостављено његово име или је наведено име другог лица, а други када се ради о заједничком проналаску више проналазача, који нису сви наведени у пријави.

У спору за утврђење својства проналазача, тужилац је увијек проналазач. Тужени је подносилац пријаве или носилац патента, али и лице чије име је погрешно наведено у патентној пријави. Уколико је ријеч о заједничком проналаску, тужени је супроналазач или лице које је поднијело пријаву. У случају да име проналазача није уопште уписано у пријаву и остале иправе и регистре, према Закону о патенту Хрватске, проналазач може тужити Завод за интелектуално власништво и захтијевати уписивање свог имена.⁷⁴⁹

Тужба за утврђење својства проналазача није везана за рок трајања патента као субјективног права. Рок за подношење тужбе није ограничен, те осим проналазача, након његове смрти, тужбу могу подићи и његови насљедници. Незастаривост права на тужбу може се објаснити природом овлашћења које се штити. С обзиром да је предмет заштите

⁷⁴⁹ ЗОП РХ, чл. 95b.

личноправно овлашћење проналазача, смисао је да се очува својеврни патернитет над проналаском, односно својство проналазача. Проналазач има лични, морални интерес да се у сваком тренутку зна да је он створио одређени проналазак. То није само лични, појединачни интерес проналазача, већ и јавни, општи интерес науке, стваралаштва и друштва да се ода признање онима који су допринијели његовом развоју.

Право на подизање тужбе послије смрти имају и наслѣдници проналазача, који не постају носиоци тог овлашћења. Личноправна овлашћења се не насљеђују јер су везана за личност носиоца. Након смрти проналазача, наслѣдници стичу овлашћење да захтијевају навођење имена проналазача у пријави и осталим списима ради очувања патернитета и дигнитета проналазача, али и већ наведеног општег интереса да се зна ко су били покретачи развоја друштва.

Признање својства проналазача се фактички врши у пријави патента и списима због практичне евиденције. Међутим, суштински, признање својства проналазача није нераскидиво везано за стицање и признање патентоправне заштите проналаска. Проналазач задржава то својство, без обзира на даљу правну судбину проналаска, чак и ако никада не стекне патентоправну заштиту. То је један од разлога због кога се рок за подизање тужбе не ограничава на трајање патента.

С обзиром да се тужбом штити личноправно овлашћење проналазача, тужилац може, поред захтјева којим тражи уписивање имена у пријаву, истаћи захтјев за објављивање правноснажне пресуде у средствима јавног информисања на трошак туженог и захтјев за накнаду нематеријалне штете. Проналазач може тражити да се досуди правична новчана одштета за претрпљену душевну бол због повреде моралних права. Приликом одлучивања о постављеном захтјеву, суд узима у обзир све околности случаја, нарочито интензитет и трајање душевне боли проузроковане повредом моралног права.⁷⁵⁰ Уколико тужбу за утврђење својства проналазача подижу наслѣдници, они немају право да захтијевају накнаду нематеријалне штете.

Тужба за утврђење својства проналазача је усмјерена на признање својства ствараоца интелектуалног добра које има статус творевине у праву интелектуалне својине. Осим проналазача, исто право на назначење имена имају и ствараоци осталих интелектуалних творевина, аутор дизајна, стваралац топографије интегрисаног кола и

⁷⁵⁰ ЗОП БиХ, чл. 106.

оплемењивач билне сорте. На сва питања у вези са заштитом права ствараоца топографије, примјењују се одредбе закона којима се регулишу патенти.

Лице које себе сматра аутором дизајна, или његов правни сљедбеник, може тужбом захтијевати да суд утврди да је он аутор дизајна који је предмет пријаве или регистрованог индустријског дизајна и да као такав буде наведен у пријави и свим другим документима и регистрима управе за индустријску својину.

Примјећујемо да законодавци у БиХ и Србији користе израз правни сљедбеник лица које себе сматра аутором дизајна. Наведени израз упућује на закључак да се у улози тужиоца може појавити и било који правни сљедбеник аутора дизајна, на примјер лице коме је уступљено право на стицање заштите. За разлику од тужбе за утврђење својства проналазача коју могу подићи искључиво проналазач и његови насљедници, признање ауторства над дизајном може захтијевати било који правни сљедбеник, а не само насљедник. Наведено рјешење је упитно из неколико разлога. Најприје, тужба за признање ауторства је усмјерена на заштиту моралног права аутора дизајна, тачније његовог личноправног овлашћења на назначење имена. Основна карактеристика личних права је непреносивост. Упркос томе што се личноправна овлашћења не насљеђују, насљедници могу се старају о њима, тј. да подижу тужбу за заштиту тих овлашћења, али то ни у ком случају не би могли да врше остали правни сљедбеници. Друго, правни сљедбеници аутора дизајна стичу само овлашћења имовинскоправне природе, као што је овлашћење на подношење пријаве и стицање заштите или признато субјективно право. Они не могу стећи личноправно овлашћење, нити се могу старати о заштити истог. С обзиром да је право на признање ауторства незастариво, неко се мора старати о његовој заштити након смрти аутора дизајна. По аналогији са ауторским правом и заштитом личноправних овлашћења аутора, јер су предмети заштите истовремено и дјела примјењене умјетности, то могу бити искључиво насљедници аутора због њихове личне везе са аутором. Осим тога, остали правни сљедбеници аутора дизајна немају правни интерес да се старају о заштити његових личних права. Стога, иако се у закону говори о правним сљедбеницима, због правне природе овлашћења које се штити, сматрамо да то могу бити само насљедници аутора дизајна.

Осим признања ауторства, тужилац може захтијевати објављивање пресуде о трошку туженог, накнаду неимовинске и имовинске штете и трошкова поступка. Као и у патентом праву, рок за подношење тужбе за признање ауторства није ограничен.

Оплећењивач биљне сорте има право да његово име буде наведено у одговарајућим регистрима и јавним исправама које се односе на додјелу оплећењивачког права. Уколико име оплећењивача није наведено, он има право на подизање тужбе за признање својства оплећењивача. Ако суд усвоји тужбени захтјев за признање својства оплећењивача, наложиће управи надлежној за признање права оплећењивача да изврши упис имена оплећењивача у одговарајуће регистре и исправе у року од 30 дана од правноснажности пресуде. Право на подношење тужбе за признање својства оплећењивача биљне сорте не застаријева и послије смрти прелази на његове насљеднике.⁷⁵¹

Оплећењивачем се према закону сматра лице које је креирало или открило и развило нову сорту независно или заједно са другим лицима, лице које је послодавац споменутог лица или лице које је наручило његов рад, као и лице које је правни сљедбеник лица које је креирало или открило и развило нову сорту или његовог послодавца.⁷⁵² Под лицем се подразумејева физичко или правно лице.

У Србији је предвиђена тужба за утврђивање својства проналазача, којом оплећењивач може да захтијева да се утврди његово својство оплећењивача и да његово име, односно назив буде назначен у захтјеву за додјеливање права и осталим исправама и регистрима.⁷⁵³ Из наведених одредаба произлази да оплећењивач може бити како физичко, тако и правно лице. Правно лице има статус оплећењивача биљне сорте у случају да је биљна сорта створена у радном односу, у ком случају се послодавац по сили закона сматра оплећењивачем, и у случају када сорта настане по наруцби, када наручилац има статус оплећењивача.

Имајући у виду да је овлашћење на назначење имена у пријави и осталим списима личноправно овлашћење, поставља се питање да ли лице које има статус оплећењивача биљне сорте и које је правно лице, може имати то овлашћење. То се коси са основним принципом права интелектуалне својине да стваралац интелектуалне творевине може бити само физичко лице, једно или више њих. С обзиром да се стварање, откривање и развијање

⁷⁵¹ ЗЗНСБ, чл. 48.

⁷⁵² ЗЗНСБ, чл. 2, ст. 1, а.

⁷⁵³ Закон о заштити права оплећењивача биљних сорти, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009, 88/2011, чл. 42.

нове биљне сорте најчешће врши заједничким радом у оквиру одговарајуће установе, право на признање биљне сорте може имати та установа, односно правно лице, али право на назначење имена може имати само непосредни стваралац биљне сорте.

12. Тужба за оспоравање права на заштиту

Заједничка карактеристика свих субјективних права индустријске својине је да се стичу у управном поступку пред надлежним органом управе. Надлежни орган, у границама својих овлашћења и могућности, испитује испуњеност формалноправних и материјалноправних услова за заштиту нематеријалног добра, не испитујући, при томе, по службеној дужности, да ли је лице које подноси пријаву заиста овлашћено да то чини. С обзиром да ствараоци интелектуалних добара могу располагати овлашћењем на подношење пријаве и стицање заштите, хипотетички, свако лице може поднијети пријаву за стицање права. Специфичност заштите регистроване ознаке географског поријекла налаже испитивање услова које овлашћени корисник мора испуњавати да би стекао то својство. Дакле, једино се приликом стицања својства овлашћеног корисника регистрованог имена поријекла или географске ознаке испитује да ли лице испуњава неопходне услове.⁷⁵⁴

Орган управе надлежан за послове интелектуалне својине не испитује да ли лице које подноси пријаву заиста има право на заштиту. Уколико неовлашћено лице поднесе пријаву за заштиту или чак стекне субјективно право, овлашћено лице има право да тужбом оспорава његово право. Тужба за оспоравање права на заштиту специфична је за сва субјективна права индустријске својине, осим за стицање својства овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла, из већ наведених разлога.

⁷⁵⁴ То је последица непреносивости својства овлашћеног корисника, као и чињенице да свако лице које обавља дјелатност на одређеној територији може стећи својство овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла.

12.1. Тужба за оспоравање патента

Тужбом за оспоравање права на заштиту може се оспоравати право на подношење пријаве за заштиту и већ признато субјективно право. Уколико је пријаву за заштиту поднијело неовлашћено лице, тужбом за оспоравање права тужилац захтијева од суда да утврди да право на подношење пријаве има он, а не лице које је поднијело пријаву за заштиту. Уколико је право већ признато, тужилац тражи да суд утврди да је он носилац права умјесто лица које је уписано као носилац права.

Уколико је интелектуално добро створено заједничком сарадњом више лица, односно, ако се ради о заједничком проналаску, сва лица имају право на заштиту, те тужилац захтијева да суд утврди да право на заштиту има и он, а не само лице које је поднијело пријаву. Такође, када је право већ признато, а постоји више лица која имају право на заштиту, свако од тих лица може тражити да буде уписано као носилац права заједно са лицем или лицима која су већ уписана. У случају множине субјеката који имају право на заштиту, тужилац не оспорава право другог лица на заштиту, већ тражи да се утврди да и он има право на заштиту. Стога, законодавац у Србији предвиђа тужбу за утврђивање права на заштиту, а не за оспоравање права.⁷⁵⁵ Суштински, у оба случаја, било да постоји једно или више овлашћених лица, тужилац тражи да се утврди да он има право на заштиту. Разлика је само у томе да ли је лице које је поднијело пријаву или стекло заштиту, овлашћено или не. Ако је лице неовлашћено, у том случају се сасвим оправдано може говорити о оспоравању права. Уколико је, пак, пријаву поднијело овлашћено лице, а тужилац је само изостављен, у том случају он не оспорава ничије право, већ тражи да се утврди да и он има исто право. Чак би се по том критеријуму могло говорити о постојању двије различите врсте тужби, тужбе за оспоравања права на заштиту и тужбе за утврђивање права на заштиту.

Тужбу за оспоравање права, односно за утврђивање права на заштиту, може поднијети лице које је изворни носилац права и његов правни сљедбеник, тј. лице које је правним послом стекло право на заштиту. Уколико је ријеч о утврђивању права на заштиту проналаска, тужилац може бити проналазач, његов правни сљедбеник и послодавац, ако се ради о проналаску створеном у радном односу. Тужени може бити лице које је

⁷⁵⁵ ЗОП РС, чл. 140.

неовлашћено поднијело пријаву, ако је поступак за признање права у току, и лице које је на основу такве пријаве постало носилац права, тј. носилац патента или малог патента. Осим тога, тужени може бити и правни слѣдбеник лица које је неовлашћено поднијело пријаву или неовлашћено стекло патент. То може бити било које лице које је од неовлашћеног подносиоца пријаве стекло право из пријаве, односно, које је од неовлашћеног носиоца права стекло то право. Тужени може бити и лице које је овлашћено на подношење пријаве и стицање заштите, под условом да више лица има право на заштиту.

У зависности од тога да ли се тужбом оспорава право на подношење пријаве или већ стечено право, разликују се рокови за подношење тужбе и правне посљедице. Тужба којом се оспорава право на подношење пријаве може се поднијети све до окончања поступка по пријави, тј. до доношења рјешења о признању права. Уколико је право признато, тужбу је могуће поднијети за све вријеме трајања права. У сваком случају, поступак по овим тужбама је хитан.

По окончању судског поступка, суд ће правноснажну пресуду доставити надлежном органу управе ради уписа промјене подносиоца пријаве или носиоца права у одговарајући регистар. Ако поступак по пријави није окончан, на основу правноснажне пресуде, надлежни орган ће у пријаву и регистре пријава, умјесто имена туженог, уписати име тужиоца. Уколико је право већ признато, име тужиоца биће уписано у регистар признатих права, регистар пријава и исправу о признатом праву.⁷⁵⁶

У Босни и Херцеговини, Законом о патенту није предвиђена посебна тужба за оспоравање права.⁷⁵⁷ Умјесто тога, оспоравање права могуће је једино у поступку оглашавања рјешења о признању права ништавим. Ако је патент или консенсуални патент признат на име лица које није имало право на патентну заштиту проналаска, рјешење о признању права се може огласити ништавим. Законодавац у Босни и Херцеговини је прописао разлоге за оглашавање рјешења о признању патента ништавим по узору на одредбе Конвенције о признавању европских патената.⁷⁵⁸ Поступак оглашавања рјешења

⁷⁵⁶ З. Миладиновић, (2012), 210.

⁷⁵⁷ Интересантно је да је Закон о патенту БиХ настао по узору на хрватски закон у коме је тужба за утврђење права на заштиту детаљно регулисана.

⁷⁵⁸ Европски патент се стиче у јединственом поступку пред Европским заводом за патенте, након чега се „дијела“ на онолико патената колико је држава назначено у пријави. Начелно, патенти су независни, с тим што су разлози за оглашавање рјешења о признању патента ништавим једнаки за све и предвиђени

ништавим је у надлежности органа управе који је донио рјешење, односно, у Босни и Херцеговини, у надлежности Института за интелектуалну својину. Дакле, надлежни орган управе не испитује по службеној дужности да ли подносилац пријаве има право на заштиту, али постоји могућност да о томе разматра у поступку оглашавања рјешења о признању права ништавим.

Поступак оглашења рјешења ништавим може бити покренут на приједлог заинтересованог лица, правобраниоца, омбудсмена или по службеној дужности. Патент се може огласити ништавим из законом предвиђених разлога, који се углавном односе на постојање материјалноправних услова за признање заштите. Признање права без постојања одговарајућих услова супротно је јавном интересу, па стога наведена лица која имају јавноправна овлашћења могу тражити оглашавање патента ништавим. У случају да је право признато неовлашћеном лицу, поступак ће покренути заинтересовано лице, а то је, по правилу, лице које има право на заштиту. Евентуално, поступак за оглашавање рјешења о признању патента могао би да покрене омбудсмен по жалби заинтересованог лица. Орган управе не испитује по службеној дужности да ли лице има право на заштиту ни у поступку признања права, па тим прије то неће чинити кад је право већ признато, а улога правобраниоца је да заступа државне органе, а не појединачне интересе.

Проналазач или његов правни сљедбеник у Босни и Херцеговини немају могућност да штите своја права све док се не донесе рјешење о признању патента. Проналазач има право да тражи уписивање имена уколико је повријеђено личноправно овлашћење на назначење имена и да тражи накнаду нематеријалне штете. Међутим, промјена имена проналазача не указује на то ко је заиста овлашћен да тражи заштиту. Уколико неовлашћено лице поднесе пријаву за заштиту проналаска, проналазач или његов правни сљедбеник су принуђени да чекају окончање поступка да би покренули поступак оглашавања рјешења о признању патента ништавим. Дакле, они не могу благовремено да реагују и да спријече да патент буде признат на име лица које нема право на заштиту. То свакако не иде у прилог правној сигурности.

Ако се право може оспоравати само у поступку оглашавања рјешења ништавим, поставља се питање у ком обиму се рјешење оглашава ништавим. Да ли се само мијења

Конвенцијом. Вид. чл. 138 КЕП-а. Босна и Херцеговина има статус државе на коју је проширено дејство европског патента, будући да је потписала Споразум о сарадњи и проширењу европског патента.

име носиоца права или се задире у садржину признатог права. Рјешење о признању патента може бити оглашено ништавим у цјелини или дјелимично. Оглашавање рјешења ништавим је ванредно правно средство које се користи против рјешења која садрже најтеже облике незаконитости, тј. која су у тренутку доношења имала тежак недостатак који се касније не може отклонити, односно, протеком времена конвалидирати. С обзиром да таква рјешења садрже најтеже недостатке, она се не поништавају, укидају или мијењају, већ се оглашавају ништавим. Оглашавање ништавим врши се посебним рјешењем, које има декларативни, а не конститутивни карактер.⁷⁵⁹ Управним актом којим се рјешење о признању права оглашава ништавим само се констатује постојање стања које је разлог ништавости, чиме је такав акт *ipso iure* уклоњен из правног поретка.⁷⁶⁰ Стога, рјешење које садржи најтеже облике незаконитости се може огласити ништавим у свако доба, без икаквог временског ограничења. У томе је предност оглашавања рјешења ништавим у односу на тужбу за утврђење права на заштиту.

Уколико је патент признат на име лица које нема право на заштиту, његово постојање је супротно циљу патентне заштите. То значи да такав патент треба да буде уклоњен из правног живота. Рјешење о признању патента се оглашава ништавим из разлога што је постојање проналаска заштићеног на име неовлашћеног лица супротно јавном интересу да техничка достигнућа буду доступна свима за коришћење.⁷⁶¹ Међутим, уколико би рјешење било у цјелости оглашено ништавим, то значи да лице које има право на заштиту, не би могло да је оствари. У поступку оглашавања рјешења ништавим утврђују се оне чињенице од којих зависи одлука органа управе. Другим ријечима, у надлежности органа управе је питање да ли носилац патента има право на заштиту проналаска, а не утврђивање да ли то право има неко друго лице. Надлежни орган би могао само да констатује да одређено лице нема право на заштиту.

Са друге стране, остаје отворено питање да ли би проналазач или његов правни сљедбеник могли да остваре своја права након оглашења рјешења ништавим. Без обзира на ретроактивно дејство оглашавања рјешења ништавим, према коме се сматра да рјешење није ни било донијето, проналазак је већ постао дио стања технике, те проналазак није нов.

⁷⁵⁹ С. Лилић, П. Димитријевић, М. Марковић, *Управно право*, Савремена администрација, Београд 2004, 349-350.

⁷⁶⁰ Р. Марковић, *Управно право*, општи део, друго поправљено и проширено издање, „Слово“ АД, Београд 2002, 446-448.

⁷⁶¹ С. Марковић, (1997), 150.

Ретроактивност се не односи на материјалноправне посљедице које је признање патента произвело, као што је објављивање проналаска. Чак и ако би проналазач поново покренуо поступак заштите, проналазак више не би испуњавао услове за заштиту.

Правнополитички посматрано, немогућност проналазача или његовог правног сљедбеника да послје протека одређеног периода времена траже заштиту је у извијесној мјери оправдана. Поступак признања патента може трајати више година. Ако проналазач или његов правни сљедбеник толеришу чињеницу да је неовлашћено лице поднијело пријаву за заштиту и ако поводом тога не предузимају ништа до признања заштите, онда не видимо разлог да то чине касније. Међутим, проблем је у томе што је законодавац у Босни и Херцеговини у новом Закону о патенту у потпуности изоставио тужбу за утврђивање права на заштиту, коју би било могуће подићи бар до доношења рјешења о признању патента. У том случају, проналазач, односно његов правни сљедбеник, би имао могућност да оспорава право неовлашћеног лица до доношења рјешења о признању права.

Циљ оглашавања рјешења ништавим је да се из правног поретка uklони правни акт који садржи најтеже облике незаконитости. Дакле, оглашавање рјешења ништавим у најширем смислу служи јавном интересу, одржавању јавног поретка. Са друге стране, тужбом за оспоравање права на заштиту или за утврђивање права на заштиту, штити се субјективно право појединца. Иако се, бар на први поглед, постиже исти ефекат, циљеви и крајњи домаћај оба средства су различити. На крају, не треба заборавити да се ради о два различита вида заштите, о управноправној и грађанскоправној заштити. Стога, требало би предвидјети посебну тужбу за утврђивање права на заштиту.

Хрватским законом о патенту детаљно је регулисан захтјев за утврђење права на патент. Проналазач и његов правни сљедбеник могу тужбом захтијевати утврђење свог права на патент, ако је пријаву патента поднијело неовлашћено лице. Такође, ако је проналазак створен заједничким радом више лица, а пријаву је неовлаштено поднијело једно од тих лица, остали проналазачи и њихови правни сљедбеници имају право да захтијевају утврђење свог права на заштиту. Тужба за утврђење права на заштиту може се поднијети до доношења рјешења о признању патента.⁷⁶² Примјећујемо да проналазач или његов правни сљедбеник могу захтијевати утврђење права на заштиту само до признања

⁷⁶² ЗОП РХ, чл. 95а.

права, тј. до доношења рјешења о признању права. Након признања патента, овлашћено лице може једино да покрене поступак оглашавања рјешења ништавим.

Ако је право на заштиту патентом утврђено правноснажном судском одлуком, лице које има право на заштиту може да настави започети поступак за признање патента у року од три мјесеца од дана правноснажности судске одлуке, или да поднесе нову пријаву патента за исти проналазак, у ком случају може захтијевати да му се призна датум подношења пријаве коју је поднијело неовлашћено лице.

Уколико је тужба за оспоравање права допуштена, поставља се питање какве су правне последице правноснажне пресуде. Тужилац тужбом захтијева да суд утврди да право на заштиту има он, а не лице које је поднијело пријаву или већ стекло заштиту. Ако суд усвоји његов тужбени захтјев, поставља се питање да ли је неовлашћени корисник за вријеме док је био носилац патента или подносилац пријаве, вршио радњу повреде патента или права из пријаве, и има ли основа да се евентуално захтијева накнада штете. Другим ријечима, да ли пресуда има ретроактивно правно дејство. Тужбени захтјев је усмјерен на утврђивање права на заштиту и њиме се не задире у обим и садржину патента као субјективног права. Једино што се мијења је субјект, односно носилац права јер орган управе не испитује да ли је лице овлашћено да тражи заштиту. Услови који се односе на проналазак су објективни и њихово постојање или непостојање не зависи од лица које је поднијело пријаву. Патент као субјективно право постоји без обзира да ли је носилац овлашћено или неовлашћено лице. Носилац патента може њиме да располаже и може својим радњама или пропуштањем да доведе до престанка права. Чињеница да је патент заштићен на име лица које није имало право на заштиту неће утицати на садржину самог права.

Приликом оспоравања права на заштиту не мијења се ништа у садржини права, већ се мијења име носиоца права. Међутим, у теорији се истиче да промјена имена носиоца права у одговарајућим регистрима није само пука техничка исправка, већ пренос права са туженог на тужиоца.⁷⁶³ У упоредном праву, у појединим законима, предвиђено је да овлашћено лице може да тражи од неовлашћеног лица да му пренесе право на заштиту проналаска или патент, ако је право већ признато.⁷⁶⁴ Туженом се не може одрећи својство

⁷⁶³ С. Марковић, (1997), 152.

⁷⁶⁴ Патентни закон Немачке, чл. 8.

носиоца права које му је признао надлежни државни орган у одговарајућем поступку, без обзира што није имао право на то. Ако пођемо од тезе да се ради о преносу права, то може бити само пренос који је у извијесној мјери ограничен или се може говорити о фикцији преноса. Пренос је деривативни облик стицања права, што значи да стицалац изводи своје право из права претходника, што овдје свакако није случај. У наведеном случају, пренос није усмјерен на стицање патента као субјективног права, већ на стицање права на патент. Стицалац не изводи своје право из права претходника, јер је његово право јаче, али он ступа на мјесто претходника због специфичности поступка стицања патента. Радње претходника не могу бити занемарене нити поништене, јер у том случају овлашћено лице више не би могло заштитити проналазак због непостојања материјалноправних услова. Дакле, пресуда којом се оспорава право на заштиту проналаска не може имати ретроактивно дејство.

Пресуда којом се оспорава право на заштиту проналаска и на основу које се врши упис промјене носиоца права има конститутивно дејство. Тужилац постаје носилац права од момента уписа у одговарајуће регистре. Одатле произлази да ранији носилац права, без обзира што није имао право на заштиту, није вршио повреду права. Уколико је ранији носилац права располагао тим правом путем уговора о лиценци, залога и на сличан начин, и ако су та располагања уписана у регистар, она неће имати дејство према новом носиоцу права, тј. лицу које има право на заштиту, јер, како је већ наведено, он своје право не изводи из права претходника. Неовлашћено лице је дужно да лицу које има право на заштиту преда све користи које је имало од коришћења заштићеног проналаска, а лице које има право на заштиту као нови носилац права има обавезу да ранијем носиоцу права надокнади трошкове патентне заштите, трошкове одржавања права и трошкове у вези са судским поступцима због повреде права.⁷⁶⁵

У појединим патентним законима предвиђен је рок у коме се право на заштиту проналаска може оспоравати. На примјер, у њемачком патентном закону лице које има право на заштиту може захтијевати пренос права на подношење пријаве, односно патента, у року од двије године од објављивања рјешења о признању патента, под условом да је носилац патента био савјестан.⁷⁶⁶ У француском праву је такође предвиђено временско

⁷⁶⁵ Детаљније вид. С. Марковић, (1997), 152-153.

⁷⁶⁶ Патентни закон Њемачке, (*Patentgesetz*), чл. 8.

ограничење за подношење тужбе за оспоравање права. Рок износи три године од објављивања признања права, уколико је носилац патента био савјестан, а у супротном, уколико се може доказати да је носилац права био несавјестан, рок је три године од истека субјективног права.⁷⁶⁷

12.2. Тужба за оспоравање жига

Тужба за оспоравање жига може се подићи у два случаја. Први случај постоји уколико је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења, а други се односи на оспоравање права на заштиту туђег општепознатог знака.

12.2.1. Оспоравање жига регистраног супротно принципу савјесности и поштења

Ако је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења или је знак регистрован на основу такве пријаве, лице чији је правни интерес тиме повријеђен, може тражити да га суд прогласи за подносиоца пријаве или носиоца права. Такође, исти захтјев могуће је поставити у случају да је пријавом повријеђена законска или уговорна обавеза. Уколико суд усвоји тужбени захтјев, надлежни орган ће, по пријему пресуде или на захтјев тужиоца, уписати тужиоца као подносиоца пријаве или носиоца жига у одговарајући регистар. Дакле, ово је облик оспоравања жига у којем је пријаву за заштиту поднијело или је жиг стекло неовлашћено лице.

Један од релативних разлога за одбијање пријаве жига у праву Босне и Херцеговине постоји када је знак поднесен супротно принципу добре вјере, савјесности и поштења.⁷⁶⁸ Уколико је пријава жига поднесена супротно наведеним принципима, знак неће бити заштићен само уколико заинтересовано лице поднесе приговор. Надлежни орган управе не испитује по службеној дужности постојање наведених услова, већ је неопходно да заинтересовано лице, у року од три мјесеца од дана објављивања уредне пријаве, поднесе

⁷⁶⁷ Француски Законик о интелектуалној својини, L611-8.

⁷⁶⁸ Законодавац истовремено спомиње принцип добре вјере и савјесности и поштења, мада би се могло рећи да се ради о изразима који имају исто значење. Појам који се означава изразом савјесност и поштење у континенталном праву одговара појму који се означава изразом добра вјера (*good faith*) у англосаксонском праву. Вид. О. Антић, "Савесност и поштење у облигационом праву", *Правни живот*, бр. 10/2003, 568.

приговор. Заинтересованим лицем сматра се лице које би имало право да поднесе пријаву. Ако заинтересовано лице пропусти наведени рок и жиг буде признат, могуће је оглашаваће рјешења о признању жига ништавим.

Уколико је жиг регистрован супротно принципу савјесности и поштења, могуће је оспоравање жига и у судском поступку, путем тужбе за оспоравање којом тужилац захтијева од суда да га прогласи носиоцем жига. Такође, истом тужбом је могуће оспоравати право на подношење пријаве и захтијевати да суд тужиоца прогласи за подносиоца пријаве.

Основно питање које се поставља је како тумачити принцип савјесности и поштења и шта се под тим принципом подразумијева. Принцип савјесности и поштења или добре вјере, како се назива у изворима права Европске уније, представља правни стандард који се конкретизује у зависности од околности конкретног случаја. Директивом о усклађивању права држава чланица у области жигова, пријава поднесена у злој вјери предвиђена је опционо као један од апсолутних разлога за одбијање регистрације или поништај жига.⁷⁶⁹ То значи да државе нису обавезне, односно, да имају слободу имплементирања наведене одредбе. Такође, државе чланице могу предвидјети да ће као један од релативних разлога за одбијање регистрације или поништај жига постојати уколико се жиг може замијенити са ранијим жигом који је заштићен у иностранству, под условом да је у тренутку подношења пријаве подносилац пријаве дјеловао у злој вјери.⁷⁷⁰ То ће бити случај ако је подносилац пријаве знао за намјеру носиоца жига у иностранству да прошири своје пословање и на земљу пријавиоца. Подношење пријаве у злој вјери један је од апсолутних разлога за оглашење жига Европске уније ништавим.⁷⁷¹

У пракси Европског суда правде, није се претјерано често расправљало о принципу зле вјере. Један од случајева у коме се расправљало о несавјесном понашању, тј. о понашању у злој вјери, односио се на комунитарни жиг. Спор је настао између учесника на тржишту који су производили сличне производе сличног облика и изгледа. Тужилац и тужени су се дуги низ година бавили производњом истих производа веома сличног спољашњег изгледа, а један од њих је регистровао тродимензионални комунитарни жиг.

⁷⁶⁹ Директива 2015/2436 Европског парламента и Савјета од 16.12.2015. године о усклађивању законодавстава држава чланица о жиговима, чл. 4, ст. 2.

⁷⁷⁰ Директива 2015/2436, чл. 5, ст. 4 (с).

⁷⁷¹ Уредба 207/2009 о комунитарном жигу, чл. 52.

Тужени је противтужбом захтијевао поништај комунитарног жига из разлога што је тужилац поднио пријаву за заштиту жига у злој вјери. Европски суд правде је имао прилику да се изјасни о тумачењу појма зле вјере, односно о томе који су фактори неопходни и довољни да би се сматрало да је учесник на тржишту поступао у злој вјери приликом подношења пријаве.

Суд је у пресуди истакао неколико критеријума који се морају узети у обзир приликом процјене да ли је подносилац пријаве поступао у злој вјери, тј. супротно принципу савјесности и поштења. Прво, мора се узети у обзир чињеница да ли је подносилац пријаве знао или је морао знати да треће лице користи, бар у једној држави чланици, идентичан или сличан знак за идентичан или сличан производ који се може довести у везу са знаком за који се тражи заштита. Други критеријум је намјера подносиоца пријаве да спријечи трећа лица да наставе са коришћењем знака. Трећи критеријум је степен правне заштите коју ужива знак трећег лица и знак за који се тражи заштита.⁷⁷²

Знање подносиоца пријаве или чињеница да је морао знати за постојање истог или сличног знака који се користи за обиљежавање истог или сличног производа, може произаћи из општег познавања тржишта спорног производа или трајања такве употребе. Уколико се знак користи у дужем временском периоду, претпоставља се да је подносилац пријаве морао знати за ту чињеницу. Међутим, чињеница да је подносилац пријаве знао или морао знати да треће лице дуго користи исти или сличан знак, сама по себи није довољна за закључак о постојању зле вјере. Осим његовог знања, неопходна је и намјера да трећим лицима онемогући коришћење знака, као субјективни критеријум. Показатељ постојања намјере да се конкурентима ограничи коришћење знака може бити регистрација без намјере стварног коришћења тог знака.⁷⁷³

Ако је спорни знак дуготрајном употребом за обиљежавање истих или сличних производа стекао одређени степен правне заштите, подношење пријаве у циљу елиминисања конкуренције са тржишта може бити један од показатеља несавјесног

⁷⁷² Пресуда Европског суда правде *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v Franz Hauswirth GmbH*, C-529/07, 11.06.2009. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=74488&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390>, (фeбруар 2016. године).

⁷⁷³ *Ibid.*, пар. 39-44.

понашања. Дакле, потребно је водити рачуна о репутацији и степену познатости оба знака, знака за који се подноси пријава и знака који користе остали конкуренти. Оно што је у конкретном случају било од нарочитог значаја је сам знак, тачније чињеница да је у питању тродимензионални знак који се састоји од облика и изгледа цијелог производа. Према мишљењу општег правозаступника, неопходно је испитати у којој мјери постојећи конкуренти имају слободу избора у погледу обликовања производа, нарочито узимајући у обзир техничке и комерцијалне карактеристике производа и сам начин производње. Ако је слобода избора облика производа ограничена, онда је стицање монопола над тим обликом један од показатеља поступања подносиоца пријаве у злој вјери.⁷⁷⁴ Чак би се могло поставити питање да ли је конкретни знак у довољној мјери дистинктиван и може ли се уопште заштитити такав облик.⁷⁷⁵ Ситуација би била потпуна другачија да је у питању дводимензионални знак или знак који има висок степен дистинктивности.

Подносилац пријаве који већ успјешно послује на одређеном тржишту могао би стицањем правне заштите спријечити паразитско копирање од стране нових учесника на тржишту. Уколико би то био начин да се подносилац пријаве осигура од паразитског понашања других учесника, онда бисмо тешко могли рећи да се ради о непоштеном или неетичком понашању на тржишту. Дакле, чак и намјера да се остали учесници на тржишту спријече да користе одређени знак не мора бити сама по себи непоштена.⁷⁷⁶

Наведеном пресудом су одређени критеријуми на основу којих се може одредити непоштено понашање или понашање у злој вјери. Присуство неког од наведених критеријума није по себи доказ несавјесног понашања, већ се све околности морају узети у обзир и сагледати од случаја до случаја.

⁷⁷⁴ У конкретном случају, заштићен је облик и спољашњи изглед чоколадног ускршњег зеке, који је везан за традицију прославе ускршњих празника у Аустрији и земљама њемачког говорног подручја. Вид. мишљење општег правозаступника *Sharpston* у случају *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, C-529/07, 12.03.2009, пар. 66, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=73741&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390>, (фебруар 2016. године).

⁷⁷⁵ Заштита тродимензионалних знакова жигом темељи се у већини случајева на дистинктивности стеченој дуготрајном употребом, а из заштите су изричито искључени облици условљени природом производа, облици неопходни за постизање техничког резултата и облици који производу дају суштинску вриједност. Детаљније: Б. Влашковић, „Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању*, ур. Б. Влашковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2013, 77-87.

⁷⁷⁶ Мишљење општег правозаступника у случају C-529/07, пар. 67-68.

У другом случају пред Европским судом правде расправљано је о томе да ли је само знање или претпоставка знања подносиоца пријаве да се у вријеме подношења пријаве исти или сличан знак користи у иностранству, довољно за закључак да подносилац пријаве поступа у злој вјери или су потребни још неки субјективни критеријуми. Суд је потврдио став изнесен у претходној пресуди, према коме је за поступање у злој вјери потребно узети у обзир све околности случаја које су постојале у вријеме подношења пријаве. Ако је подносилац пријаве знао или је морао знати да друго лице користи исти или сличан знак за обиљежавање исте или сличне робе у иностранству, то не значи да је пријава поднијета у злој вјери.⁷⁷⁷

Појам зле вјере се може дефинисати као непоштено понашање које није у складу са стандардима прихваћеног привредног понашања којег се придржава разумно и искусно лице на одређеном тржишту.⁷⁷⁸ Да би се утврдило да постоји зла вјера, односно, да се подносилац пријаве понаша супротно принципу савјесности и поштења, неопходно је доказати двије ствари: да је подносилац пријаве знао или је морао знати да знак припада неком трећем лицу и да је знак пријавио у непоштеној намјери.⁷⁷⁹

Поставља се питање како доказати да је подносилац пријаве знао или је морао да зна да знак припада трећем лицу. Уколико се подносилац пријаве може довести у везу са лицем које заиста има право на заштиту, односно, ако су они већ у неком односу, пословном, уговорном, радном, личном и слично, онда се може закључити да је подносилац пријаве знао да то лице има право на заштиту.⁷⁸⁰ У пракси се често дешава да по престанку радног односа или неког другог облика сарадње, једно лице поднесе пријаву за заштиту знака који је раније заједнички коришћен или који се и даље користи.⁷⁸¹ Такође,

⁷⁷⁷ Пресуда Европског суда правде *Malaysia Dairy Industries Pte. Ltd v Ankenævnet for Patenter og Varemærker*, C-320/12, 27.06.2013. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138862&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1253493>, (фебруар 2016. године).

⁷⁷⁸ ОХИМ Студија о случајевима зле вјере, *Bad Faith Case Study*, ОХИМ, 31.01.2003. године, стр. 3, доступно на: <http://euipo.europa.eu/en/enlargement/pdf/badfaithCS3101.pdf>, (фебруар 2016. године).

⁷⁷⁹ А. Рачки-Маринковић, „Жигови пријављени у злој вјери у хрватском праву и праву Европске уније“, Зборник Правног факултета у Загребу, 2-3/2009, 328.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, 329.

⁷⁸¹ „Тужилац је оснивач и суиздавач часописа за историју науке, под називом „Флогистон“, јединог такве врсте у нашој земљи, који је познат у научним круговима и чији је први број изашао 1995. године. Тужени је био запослен код тужиоца, као одговорни уредник овог часописа, до 2002. године, када му је престао радни однос на његов лични захтев, те који је Савезном заводу за интелектуалну својину СЦГ, поднео пријаву за признање жига за знак „Флогистон“ на своје име. Обавестио је тада председника тужиоцевог управног одбора да часопис не може даље носити исто име јер је реч „Флогистон“ регистрована и заштићена у Заводу.

ако је у питању знак који ужива одређени степен познатости, односно ако је у питању општепознати знак, претпоставка је да је подносилац пријаве знао за ту чињеницу. Велика сличност између знакова указује на то да је подносилац пријаве знао или је морао да зна за ранији знак.⁷⁸² Очигледан примјер несавјесног поступања, чак у извијесним случајевима и предаторске праксе, је регистровање личних имена познатих или историјских личности, као и назива ауторских дјела која су у јавном домену.⁷⁸³

С обзиром да се жиг стиче регистрацијом и да се признати жиг службено објављује, подносилац пријаве увијек може да се информише о постојању истих или сличних жигова, те бисмо у сваком случају могли да претпоставимо да је могао или чак морао да зна за постојање туђег регистрованог жига. То би нарочито био случај ако су у питању жигови регистровани у другој држави. Међутим, чак и кад бисмо могли да претпоставимо да је подносилац пријаве морао да зна за регистрацију, то још увијек није доказ постојања зле вјере, односно несавјесног понашања. Осим тога, неопходна је непоштена намјера пријавиоца.

Савјесност и поштење представљају корективни принцип у односу на принцип првенства, односно, правило први у времену, јачи у праву. Први у времену не мора и не би требало да буде јачи у праву, уколико је првенство стекао непоштено. Овдје се заправо мисли на првенство у погледу регистрације, односно подношења пријаве, мада лице чије су интереси оштећени најчешће раније почне да користи знак у промету, те бисмо могли говорити о фактичком првенству. У законодавствима у којима се заштита стиче искључиво регистрацијом, тј. у којима се заштита не може заснивати на употреби, одбијањем заштите или оглашавањем ништавим жига због пријаве поднесене у злој вјери, фактички се штите нерегистровани знакови које користе домаћи привредници.⁷⁸⁴

У поступку по ревизији Врховни суд је нашао да су првостепени и другостепени суд тужиоцу пружили грађанскоправну заштиту за повређено право из пријаве жига за знак, односно за реч, која је назив стручног часописа, а тиме и носиоцем права из пријаве у смислу одредбе члана 66 Закона о жиговима. Ово будући да је тужиочев правни интерес повређен, јер је пријава за признање жига поднета противно начелу савесности и поштења, нелојалним поступком туженог, без консултације са тужиоцем као суиздавачем.“ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1639/07 од 04.10.2007. године, Билтен Округног суда у Београду, Београд 2008.

⁷⁸² А. Tsoutsanis, *Trademark Registrations in Bad Faith*, Oxford University Press, 2010, 195.

⁷⁸³ *Ibidem*, 197.

⁷⁸⁴ А. Kur, *Not Prior in Time, But Superior in Right: How Trademarks Registrations Can Be Affected by Third Party Interests in a Sign*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-10, 23.

Концепт зле вјере, односно понашање супротно принципу савјесности и поштења, на први поглед, близак је нелојалној конкуренцији. Међутим, сам концепт зле вјере је шири од нелојалне конкуренције. Под појам нелојалне конкуренције подводи се свако понашање које је супротно добрим пословним обичајима. Међутим, за санкционисање нелојалне конкуренције, неопходан предуслов је постојање конкурентског односа, што не мора увијек бити случај када је у питању оспоравање жига.⁷⁸⁵

У ширем смислу, пријава или регистрација жига, коју поднесе представник или заступник носиоца жига без овлашћења носиоца права, такође може бити предмет оспоравања. Уколико представник или заступник носиоца жига у једној држави, без овлашћења носиоца права, поднесе пријаву или региструје жиг на своје име у једној или више држава, носилац права се може супротставити траженом регистровању или тражити брисање жига. Ако је законом односне државе допуштено, носилац права може тражити пренос регистрације на своје име, под условом да представник или заступник не оправда своје поступке.⁷⁸⁶ Дакле, у овом случају неовлашћено лице је овлашћени представник или заступник носиоца жига регистрованог у једној држави, који нема овлашћење да поднесе пријаву или региструје жиг на своје име у другој држави.

12.2.2. Оспоравање права на заштиту туђег општепознатог знака

Осим наведеног, други облик оспоравања жига односи се на оспоравање заштите за знакове који имају статус општепознатих у смислу члана 6^{bis} Париске конвенције за заштиту индустријске својине. Физичко или правно лице које у промету користи знак за обиљежавање робе или услуга који има статус општепознатог знака, а да при томе тај знак није регистрован, има могућност да тужи друго лице које је касније за тај исти знак поднијело пријаву или га регистровало на своје име за обиљежавање исте или сличне врсте робе или услуга.

Чланом 6^{bis} Париске конвенције предвиђена је обавеза земаља чланица да одбију или пониште регистровање и забране употребу фабричког или трговачког жига који представља репродукцију, подражавање или превод знака који се у земљи регистровања

⁷⁸⁵ ОХИМ Студија о случајевима зле вјере, 3.

⁷⁸⁶ Чл. 6septies Париске конвенције за заштиту индустријске својине.

или употребе сматра несумњиво познатим. Пријављени или регистровани жиг мора бити такав да може створити забуну са несумњиво познатим знаком и мора се употребљавати за обиљежавање истовјетних или сличних производа. То чак не мора бити цјелокупан знак, довољно је да битан дио жига представља репродукцију или подражававање несумњиво познатог знака.⁷⁸⁷ Дакле, неопходно је постојање вјероватноће изазивања забуне између пријављеног или регистрованог жига и знака који се користи у промету и који има статус несумњиво познатог. Осим тога, спорни знак се мора користити за обиљежавање истовјетних или сличних производа.

ТРИПС-ом је проширено дејство члана 6^{bis} Париске конвенције на робе или услуге које нису сличне онима за које је регистрован жиг, под условом да коришћење тог жига указује на везу између робе или услуга и власника регистрованог жига и под условом да би интереси власника регистрованог жига таквом употребом вјероватно били оштећени.⁷⁸⁸ Међутим, то проширење заштите се односи само на општепознате жигове који су регистровани. С обзиром да су у питању роба или услуге који су различити од оних обиљежених општепознатим жигом и да се тиме заправо штити репутација таквог жига, наведена одредба представља основ за проширену заштиту општепознатих и чувених жигова.⁷⁸⁹

За одређивање да ли је знак несумњиво познат узима се у обзир упознатост релевантног дијела јавности са знаком, а релевантну јавност чине стварни и потенцијални корисници робе, односно услуга које се обиљежавају тим знаком и лица укључена у токове дистрибуције те робе и услуга. Детаљније смјернице за одређивање који се знак сматра општепознатим или несумњиво познатим дате су у Заједничкој препоруци WIPO-а о условима заштите општепознатих жигова из 1999. године.⁷⁹⁰ Фактори који могу да буду од значаја приликом процјене степена познатости знака су нарочито: степен познатости или препознавања знака у релевантном дијелу јавности, трајање, опсег и географско подручје употребе знака, трајање, опсег и географско подручје промоције знака, укључујући рекламирање и излагање на сајмовима и изложбама робе или услуга која се означава

⁷⁸⁷ Париска конвенција, чл. 6^{bis}.

⁷⁸⁸ ТРИПС, чл. 16 (3).

⁷⁸⁹ *UNCTAD-ICTSD Resource Book on TRIPS and Development*, 240-241.

⁷⁹⁰ *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization (WIPO) at the Thirty-Fourth Series of Meetings of the Assemblies of the Member States of WIPO, September 20 to 29, 1999, WIPO Geneva 2000. (У даљем тексту Заједничка препорука.)

знаком, трајање и географско подручје било које регистрације или пријаве знака у мјери у којој утичу на употребу или препознавање знака, подаци о поступцима заштите права која се односе на знак, вриједност повезана са знаком.⁷⁹¹

У погледу географског подручја на коме је знак општепознат, Европски суд правде је заузео став да знак не мора бити познат на цијелој територији, већ је довољно да буде познат у знатном дијелу државе. У конкретном случају, тужени је, као агент за некретнине, у свом пословању користио спорни знак дужи низ година на подручју града и његове шире околине.⁷⁹²

Париском конвенцијом предвиђен је рок од пет година од дана регистравања за тражење брисања таквог жига, осим у случају да је жиг регистрован или употребљаван злонамјерно, у ком случају нема временског ограничења. Зла намјера постоји ако је лице које региструје или користи спорни знак знало за постојање несумњиво познатог знака и вјероватно намјеравало да извуче корист од могуће забуне између несумњиво познатог знака и оног који он користи.⁷⁹³

Тужилац је лице које користи општепознати знак који није регистрован, а тужени лице које је за тај исти знак поднијело пријаву или стекло жиг ради обиљежавања исте или сличне робе и услуга. У овом случају, одступа се од правила о првенству које важи у праву индустријске својине. Први у времену није увијек јачи у праву. Тужилац од суда тражи да му призна право на заштиту и да у регистар жигова унесе његово име умјесто имена туженог. Ако тужени докаже да је исти или сличан знак користио у промету исто колико и тужилац или дуже од њега, тужбени захтјев ће бити одбијен. Тужбу за оспоравање регистрације општепознатог знака могуће је подићи у року од пет година од уписа жига у регистар жигова. Временско ограничење тужбе за оспоравање регистрације жига предвиђено је из разлога правне сигурности, јер се не може вјечно чекати да корисник општепознатог знака искористи своја овлашћења.

Уколико суд усвоји тужбени захтјев којим се оспорава жиг или несумњиво познати жиг, тачније којим се оспорава право на заштиту, надлежна управа за индустријску

⁷⁹¹ Чл. 2, ст. 1 Заједничке препоруке.

⁷⁹² Пресуда Европског суда правде *Alfredo Nieto Nuño v Leonci Monlleó Franquet*, C-328/06, 22.11.2007. године, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70040&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1263357>, (фебруар 2016. године).

⁷⁹³ G. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, *BIRPI*, 1969, 93.

својину ће уписати тужиоца као подносиоца пријаве или носиоца жига у одговарајући регистар и податке о томе објавити у службеном гласилу.⁷⁹⁴ Права трећих лица прибављена од подносиоца пријаве или носиоца права чије је право оспорено, престају даном уписивања новог подносиоца пријаве, односно носиоца жига. Ако су трећа лица прибавила права од ранијег подносиоца пријаве или носиоца права, чије је право судском одлуком оспорено, даном уписивања новог подносиоца пријаве, односно новог носиоца жига, престају сва права трећих лица.

12.3. Тужба за оспоравање права на индустријски дизајн

Право на заштиту индустријског дизајна такође може бити предмет оспоравања. Предвиђена су два случаја оспоравања, први у коме се оспорава право на подношење пријаве и други у коме се оспорава признато право на индустријски дизајн. Ако је пријаву за заштиту индустријског дизајна поднијело неовлашћено лице, аутор дизајна или његов правни сљедбеник може захтијевати да суд утврди да он има право на подношење пријаве. Уколико је у питању индустријски дизајн створен заједничким радом више аутора, право на подношење пријаве имају сви аутори. Аутор дизајна, без чијег знања би била поднесена пријава, има право да тужбом захтијева да суд утврди да он има право на подношење пријаве заједно са лицем или лицима која су већ поднијела пријаву.

Ако је лице већ стекло статус носиоца субјективног права на индустријски дизајн, аутор дизајна, или његов правни сљедбеник, може тужбом захтијевати утврђење да он има право на заштиту, умјесто лица или заједно са лицем на чије је име регистрован индустријски дизајн. Дакле, као и у случају права на подношење пријаве и овдје постоје двије различите ситуације. Прва постоји када неовлашћено лице стекне субјективно право на индустријски дизајн, у ком случају се оспорава његово право. Друга се односи на постојање множине лица која имају право на заштиту, у ком случају једно или више њих није стекло субјективно право, па тражи утврђење права на заштиту.

Тужбу за утврђење права на подношење пријаве за заштиту индустријског дизајна могуће је поднијети до окончања поступка за признање индустријског дизајна. Тужбу за

⁷⁹⁴ Законом о жигу БиХ предвиђено је да ће Институт извршити упис у одговарајући регистар по пријему пресуде или на захтјев тужиоца, што значи да може дјеловати по службеној дужности или на захтјев странке.

утврђење да је тужилац носилац регистрованог дизајна могуће је поднијети за све вријеме трајања субјективног права на индустријски дизајн.

Примјећујемо да су оспоравање патента и дизајна регулисани на скоро идентичан начин. Један од разлога је свакако природа заштићеног добра које је у оба случаја резултат људског стваралаштва, тј. творевина. У оба случаја могуће је оспоравати право на подношење пријаве и признато право, уколико је подносилац пријаве или носилац права неовлашћено лице. Такође, уколико је више лица заједнички створило проналазак или дизајн, сви ће имати подједнако право на заштиту, па они који су евентуално изостављени могу путем тужбе да утврђују своје право на заштиту. Дакле, у другом случају, тужени је лице овлашћено на стицање заштите, с тим што је и тужилац овлашћен да заједно са туженим поднесе пријаву или стекне заштиту. Иако се говори о оспоравању права, то није најисправнији израз, будући да се, у случају када више лица има право на заштиту, само утврђује да тужилац има право на заштиту. Стога, умјесто тужбе за оспоравање права на заштиту, прецизније је говорити о тужби за утврђење права на заштиту.

Због различите функције, оспоравање жига се разликује од оспоравања патента и дизајна. Право на подношење пријаве и признати жиг се могу оспоравати због тога што је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења и уколико се ради о општепознатом знаку који ужива посебну заштиту и предност у односу на знак који је касније пријављен или је регистрован. Смисао тужбе за оспоравање права у сваком случају је да се утврди да право на заштиту има лице које подноси тужбу, а не лице које је стекло заштиту или поднијело пријаву за заштиту права.

13. Тужба за заштиту права послодавца или запосленог

Значајан дио интелектуалних творевина настаје у оквиру извршавања редовних радних обавеза, односно, у радном односу. Правни статус творевина насталих у радном односу је сложен због утицаја права интелектуалне својине, са једне стране, и радног права, са друге стране. Наведене гране права почивају на различитим принципима у погледу присвајања резултата рада. Основни принцип радног права је да сви резултати које запослени створи својим радом припадају послодавцу. Са друге стране, смисао права интелектуалне својине је да резултате стваралачког, духовног рада присваја њихов

непосредни стваралац, у овом случају запослени. Кључно питање је како помирити ова два супротстављена принципа и ком принципу дати предност. Потреба за постизањем компромиса између двије гране права довела је до успостављања посебног правног режима за интелектуалне творевине настале у радном односу. У појединим државама, заштита интелектуалних творевина насталих у радном односу је изричито регулисана у оквиру права интелектуалне својине, док је у другим то питање препуштено радноправном законодавству, колективним уговорима, актима послодавца или уговору о раду. Правни статус творевина насталих у радном односу није регулисан ни на међународном, нити на регионалном нивоу.

Творевине које могу настати у радном односу су ауторско дјело, проналазак, индустријски дизајн и топографија интегрисаног кола. Традиционално, творевине настале у радном односу, према правном режиму, могу се подијелити у двије групе. Прва обухвата ауторска дјела створена у радном односу, а друга проналаске створене у радном односу. На топографије интегрисаног кола и индустријски дизајн створене у радном односу, сходно се примјењују одредбе којима се регулишу проналасци створени у радном односу. Предмет нашег интересовања је превасходно грађанскоправна заштита проналазака створених у радном односу.

С обзиром да правни статус проналазака из радног односа није регулисан на међународном нивоу, ово питање је различито уређено у појединим државама, од постојања посебних закона о проналасцима у радном односу, преко регулисања ове материје у оквиру закона о патентима, до препуштања уређења овог питања радноправном законодавству, општим актима послодавца или уговору о раду. Законом о патенту Босне и Херцеговине изричито је предвиђено да се питање права на заштиту проналаска створеног у радном односу уређује посебним прописом, општим актима послодавца или уговором о раду. У Србији је Законом о патенту ово питање детаљно регулисано, а неке развијене државе, попут Њемачке и скандинавских земаља имају посебан закон о заштити наведене врсте проналазака.

Да бисмо могли говорити о заштити права запосленог или послодавца у вези са проналасцима створеним у радном односу, потребно је најприје дефинисати појам проналаска из радног односа. Постоје двије врсте проналазака из радног односа који се у

правној теорији називају службени и полуслужбени проналасци,⁷⁹⁵ односно проналасци из радног односа у ужем и у ширем смислу.⁷⁹⁶ У прву групу проналазака из радног односа спадају проналасци које запослени створи извршавајући своје редовне радне обавезе или посебно наложене послове у вези са научно-техничким истраживањем и развојем, и проналасци који настану у извршавању уговора о истраживачком раду закљученог са послодавцем. Другу групу проналазака из радног односа чине они проналасци које запослени створи у вези са активностима послодавца или коришћењем материјално-техничких средстава, информација и других услова које је обезбједио послодавац.⁷⁹⁷ Законодавац је предвидио да се проналасцима из радног односа сматрају и они проналасци које запослени створи у року од годину дана од престанка радног односа, а који би, да су створени за вријеме трајања радног односа, спадали у прву или другу групу проналазака.⁷⁹⁸

Основно питање које се поставља је ко има право на заштиту проналазака из радног односа, запослени као проналазач или послодавац. Право на заштиту проналазака из прве групе, тзв. службених проналазака, има послодавац, под условом да уговором није другачије уређено. Ако право на заштиту проналаска има послодавац, запослени има право на посебну накнаду. Право на заштиту полуслужбених проналазака, тј. проналазака из друге групе, има запослени, а послодавац има право на економско искоришћавање проналаска. Израз који је употребљен упућује на садржину проналазачког права, што

⁷⁹⁵ С. Марковић, (1997), 353.

⁷⁹⁶ З. Миладиновић, „Заштита проналазака створених у радном односу“, *Правни живот*, бр. 13/2009, 383-384, З. Миладиновић, „Правни режим интелектуалних добара створених у радном односу“, *Право и привреда*, 7-9/2012, 233-246, слично и М. Јањић, *Правни режим проналазака створених у радном односу*, Београд, 1965, 35.

⁷⁹⁷ „У правноснажно окончаном поступку утврђено је, да је тужилац као запослени радник туженог предузећа аутор техничког решења које је створено 1988. године. Ново техничко решење се односи на боље функционисање сушаре за семенски кукуруз која је изграђена 1988. године, чији је инвеститор тужено предузеће. Недостатак сушаре се показао већ у првој години експлоатације који се огледао у раду пребирне траке. Наиме, долазило је до загушавања клипа који је довео до тога да је већ у првој сезони био ангажован радник који је ручно отклањао загушење. Тужилац је предложио решење проблема на основу кога је престала потреба ангажовања радника. Ново решење је у примени код туженог од почетка августа 1989. године када је и почела сезона. Одмах је у примени потврђена његова техничка оправданост која се огледала у финансијском ефекту који се изражавао као разлика између бруто зарада ангажованог неквалификованог радника и повећања потрошње електричне енергије...Налазом и мишљењем вештака утврђено је да се ради о новом техничком решењу технолошког проблема о тзв. проналаску подстицаја, да се ради о полуслужбеном проналаску који је настао тако што је тужилац пратећи делатност туженог предузећа уочио наведени технички проблем а затим приступио његовом решавању, да је проналазак створен у вези са његовим радом у организацији удруженог рада, да је тужиоцу било омогућено коришћење информација и других услова створених код туженог предузећа, да је до новог техничког решења управо дошло захваљујући тим условима.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев I 140/06.

⁷⁹⁸ ЗОП РС, чл. 57.

значи да лице које има право на заштиту има право да поднесе патентну пријаву и да по стицању патента, искоришћава проналазак. Међутим, личноправни сегмент проналазачког права, овлашћење на назначење имена проналазача, има само проналазач, без обзира ко има право на заштиту.

Специфичан правни режим проналазака из радног односа налаже и посебан облик судске заштите. Законом о патентима Србије предвиђена је посебна тужба за заштиту права послодавца или запосленог.⁷⁹⁹ Овом тужбом се може захтијевати утврђивање и заштита права послодавца или запосленог у вези са проналаском из радног односа. Дакле, наведена тужба није средство правне заштите у свим споровима који могу настати између послодавца и запосленог, већ само у оним који се тичу утврђивања ко има право на заштиту или на економско искоришћавање проналаска.

Питања која могу бити спорна јесу да ли проналазак спада у групу службених или полуслужбених проналазака, ко има право на заштиту таквог проналаска, запослени проналазач или послодавац, поштовање обавезе обавјештавања послодавца о проналаску и запосленог о намјери коришћења, питања у вези са накнадом коју остварује запослени и слично. Сви остали спорови који могу настати између запосленог или послодавца, а не тичу се питања ко има право на заштиту, рјешавају се редовним путем. То могу бити спорови који се тичу извршавања уговора о лиценци, непоштовања обавезе чувања пословне тајне и други слични спорови.⁸⁰⁰ Дакле, тужба је превасходно усмјерена на утврђење права на заштиту запосленог или послодавца.

Да би се уопште могло установити ко има право на заштиту, једно од првих питања које може бити предмет расправљања у вези са утврђењем права запосленог или послодавца на заштиту проналаска, је питање о којој врсти проналаска се ради. Како је наведено, законодавац у Србији предвиђа двије врсте проналазака из радног односа, службене и полуслужбене. Право на заштиту службених проналазака има послодавац по самом закону, *ex lege*, а право на заштиту полуслужбених проналазака запослени. Наведене одредбе су диспозитивног карактера, што значи да запослени и послодавац увијек могу уговорити нешто друго.

⁷⁹⁹ ЗОП РС, чл. 141.

⁸⁰⁰ С. Марковић, (1997), 362, 3. Миладиновић, *Заштита проналазака...*, 388.

У упоредном праву, проналасци из радног односа су сврстани у двије или три групе, у зависности од доприноса запосленог и послодавца стварању проналаска. Проналасци из радног односа су у њемачком праву регулисани посебним Законом о заштити проналазака из радног односа.⁸⁰¹ Према наведеном Закону, службени проналасци су проналасци створени у радном односу, државној, јавној или војној служби за вријеме трајања радног односа или службе, настали извршавањем задатака из уговора о раду или служби, или на основу искуства и дјеловања послодавца, а сви остали проналасци сматрају се слободним проналасцима.⁸⁰² Запослени проналазач је дужан да обавијести послодавца о створеном проналаску, без обзира о којој врсти проналаска се ради, изузев ако се не ради о проналаску који очигледно нема везе са дјелатношћу послодавца. Право на заштиту службених проналазака има послодавац, осим ако не изјави да није заинтересован да заштити проналазак, а проналазач има право на накнаду. У погледу слободних проналазака који спадају о област дјелатности послодавца, право на заштиту има проналазач, а послодавац има прече право у погледу стицања неискључиве лиценце.

У француском праву, према Законику о интелектуалној својини, предвиђене су двије, односно три врсте проналазака из радног односа. Прву групу чине они проналасци које запослени створи у оквиру редовних радних обавеза извршавајући свој „инвентивни задатак“ из радног односа или спроводећи студију или истраживање које је послодавац изричито наредио.⁸⁰³ Послодавац је у том случају изворни носилац права на стицање патента по сили закона, уколико нешто друго није предвиђено уговором између запосленог и послодавца. Запослени има право на додатну накнаду, а услови за исплату додатне накнаде одређују се колективним уговором, актима послодавца или уговором о раду. Другу групу практично чине сви остали проналасци, који се не могу сврстати у прву групу, а право на заштиту тих проналазака припада запосленом проналазачу. Међутим, ако запослени створи проналазак извршавајући своје радне задатке у оквиру дјелатности послодавца или користећи знања, технологију или друга посебна средства послодавца, послодавац може, под предвиђеним условима и пропорционално свом доприносу,

⁸⁰¹ *Gesetz über Arbeitnehmererfindungen* из 1957. године. Текст закона доступан на http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229679, (март 2015. године).

⁸⁰² Њемачки Закон о заштити проналазака у радном односу, чл. 4.

⁸⁰³ R. Matanovac Vučković, I. Kunda, „Materijalnoправно i kolizijskopравно uređenje intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 32, 1/2011, 81.

захтијевати сва или нека права у односу на такав проналазак или заштићени патент.⁸⁰⁴ У том случају, запослени има право на правичну накнаду, коју одређују радник и послодавац уговором, а уколико они не могу да се договоре, накнаду ће одредити посебна комисија.⁸⁰⁵

У британском праву, послодавац има право на заштиту проналазака који су настали извршавањем уобичајених радних задатака или посебно наложених радних задатака, под условом да се проналазак разумно може очекивати као резултат обављања тих задатака. Осим тога, послодавац има право на заштиту проналазака које запослени створи извршавањем радних задатака, под условом да је у вријеме извршавања тих задатака имао посебну обавезу да унаприједи пословне интересе послодавца, што се одређује с обзиром на природу радних задатака и одговорности која произлази из тих задатака. Право на заштиту осталих проналазака има запослени.⁸⁰⁶

Према Закону о патентима Србије, запослени који створи проналазак у радном односу има обавезу да одмах обавијести послодавца о томе у форми писменог извјештаја. Послодавац је дужан да се у року од два мјесеца од пријема уредног извјештаја, или од сазнања за проналазак, ако је запослени пропустио да поднесе извјештај, изјасни о томе да ли сматра да проналазак спада у групу службених или полуслужбених проналазака. Дакле, квалификација проналаска као службеног или полуслужбеног је у надлежности послодавца. Ако је у питању проналазак који спада у групу службених проналазака, послодавац је дужан да обавијести запосленог да ли ће поднијети пријаву за заштиту. Послодавац је дужан да поднесе пријаву за заштиту проналаска у року од шест мјесеци од дана када је запослени обавијештен о томе.

Уколико послодавац не жели да поднесе пријаву или ако пропусти да поднесе пријаву у предвиђеном року, дужан је да о томе у писменој форми обавијести запосленог, који има право да проналазак заштити на своје име. Пропуштањем послодавца да заштити проналазак, запослени стиче могућност да то учини. Чак и ако послодавац не обавијести запосленог о свом одустајању, протеком рокова за изјашњење или за подношење пријаве, запослени стиче право да на своје име заштити проналазак. Дакле, неизјашњавање или ћутање послодавца сматра се одустанком од права, чиме запослени стиче право на

⁸⁰⁴ То би, практично, била трећа група проналазака.

⁸⁰⁵ Француски законик о интелектуалној својини, L611-7.

⁸⁰⁶ The Patents Act 1977, чл. 39, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=330537, (март 2015. године).

заштиту. Супротно, у њемачком праву послодавац има право на заштиту чак и уколико пропусти да се изјасни о томе да ли жели да заштити проналазак. Дакле, послодавац не губи право на заштиту ако пропусти да се изјасни о коришћењу проналаска, јер је законом уведена оборива претпоставка да је обавјештавањем послодавца дошло до преноса права на заштиту са запосленог на послодавца.⁸⁰⁷

Када се установи ко има право на заштиту проналаска, значајно питање је каква су права друге стране, запосленог или послодавца, поводом истог проналаска. Запослени има право на посебну накнаду од послодавца који има право да заштити његов проналазак. У упоредном праву, постоје посебна правила помоћу којих се одређује износ накнаде. На примјер, министарство рада у Њемачкој предвиђа посебне смјернице за обрачун накнаде. Износ накнаде зависи од комерцијалне вриједности проналаска, а вриједност проналаска се може одредити помоћу неколико критеријума. Ако се проналазак искоришћава уступањем права, тј. путем уговора о лиценци, вриједност проналаска једнака је лиценцној накнади. За случај да послодавац користи проналазак, без уступања другим лицима, вриједност проналаска се одређује на основу аналогije са лиценцном накнадом, на основу добити послодавца, која се одређује као разлика између прихода и трошкова пословања у вези са коришћењем проналаска или на основу процијењене вриједности проналаска, односно цијене коју би послодавац платио за дати проналазак на тржишту.⁸⁰⁸ Накнада запосленом одређује се у проценту од вриједности проналаска,⁸⁰⁹ који зависи од радних обавеза и положаја који има запослени проналазач, али и од средстава и знања које је обезбједио послодавац.⁸¹⁰

У Француској је до 2000. године износ накнаде одређиван у зависности од зараде запосленог и то максимално до 12 мјесечних плата запосленог. Врховни суд је 2000. године први пут досудио изузетно висок износ накнаде запосленом и заузео становиште да

⁸⁰⁷ То једна од новина предвиђених измјенама њемачког Закона о проналасцима из радног односа 2009. године. Детаљније R. Matanovac Vučković, I. Kunda, 79.

⁸⁰⁸ D. Harhoff, K. Hoisl, *Institutionalized Incentives for Ingenuity – Patent Value and the German Employees' Inventions Act*, Discussion Paper 2006-12, January 2006, Munich School of Management University of Munich, доступно на: <http://epub.ub.uni-muenchen.de/> (приступ април 2015. године).

⁸⁰⁹ У приватном сектору, накнада запосленом се одређује у износу између 10% и 20% вриједности проналаска. M. Peberdy, A. Strowel, „Employee's right to compensation for inventions – a European perspective“, *Life Sciences* 2009/10, 65, доступно на: www.practicallaw.com/lifescienceshandbook, (приступ април 2015. године).

⁸¹⁰ S. Wolk, „Remuneration of Employee Inventors – Is There a Common European Ground? A Comparison of National Laws on Compensation of Inventors in Germany, France, Spain, Sweden and United Kingdom“, *IIC*, Vol. 42, 3/2011, 279, 280.

накнада не би требало да зависи од плате запосленог. На додатну накнаду требало би да утичу специфичне околности стварања проналаска и економска вриједност коју проналазак има за послодавца.⁸¹¹ У праву Велике Британије, запослени проналазач остварује право на накнаду само под посебним условима. Уколико послодавац има право на заштиту, запослени проналазач ће имати право на посебну накнаду само под условом да је проналазак од изузетне користи за послодавца, што је у пракси изузетно тешко доказати.⁸¹² Дакле, за разлику од континенталног дијела Европе, у британском праву запослени проналазач ће ријетко имати право на посебну накнаду за проналазак.

У случају да послодавац и запослени не могу постићи договор у вези са додатном накнадом коју послодавац исплаћује запосленом проналазачу, накнаду ће одредити суд или у појединим државама посебне комисије.⁸¹³

У патентном праву Србије, ако послодавац заштити проналазак на своје име, запослени има право на накнаду зависно од ефеката економског искоришћавања проналаска, чак и у случају ако послодавац располаже правом, тј. пренесе право или уступи лиценцу за коришћење заштићеног проналаска. Дакле, запослени има право на посебну накнаду за проналазак, поред редовне плате или другог облика накнаде коју добија за свој рад. Из законске одредбе произлази да запослени има право на накнаду само ако послодавац заштити проналазак, па се оправдано може поставити питање да ли ће запослени имати право на накнаду уколико послодавац не заштити проналазак патентом, али га користи у производњи и чува га као пословну тајну. Заштита проналаска патентом није гаранција његовог доприноса увећању прихода или смањењу трошкова послодавца, јер остварењу наведених циљева више доприноси фактичко коришћење проналаска. Правна заштита проналаска омогућава стицање монопола на коришћење и правног основа да носилац патента забрани коришћење проналаска свим осталим лицима. Послодавац стиче користи од искоришћавања проналаска, било да он сам користи проналазак или

⁸¹¹ *Ibid.*, 285.

⁸¹² Један од ријетких случајева у коме је проналазачу признато право на накнаду је *Kelly and another v GE Healthcare Ltd* [2009] EWHC од 11.02.2009. године. У пресуди се наводи да користи које је послодавац остварио захваљујући проналаску, далеко превазилазе све оно што би се по редовном току ствари могло очекивати као резултат рада запосленог. При томе, суд се није ограничио само на профит предузећа, који је био изузетно висок, већ и на потпуни преображај тог предузећа и његову позицију на тржишту.

⁸¹³ У Француској постоји посебна комисија која даје приједлог о висини накнаде на коју незадовољне стране могу да се жале првостепеном суду у року од мјесец дана од обавјештења о накнади. Уколико се у наведеном року не жале, приједлог комисије ће имати дејство уговора између запосленог и послодавца. S. Wolk, 283.

право уступа даље. Стога, право запосленог на накнаду не би требало условљавати постојањем патентноправне заштите проналаска.

Сљедеће питање које се намеће јесте да ли је коришћење проналаска неопходно за остваривање права запосленог на накнаду, односно да ли запослени има право на накнаду у случају да послодавац не користи проналазак. Некоришћење проналаска може бити дио пословне стратегије послодавца који је процијенио да ће имати више користи ако касније почне са коришћењем проналаска, у тренутку који је повољнији, узимајући у обзир услове на тржишту. Послодавац чак не мора уопште да користи заштићени проналазак, али ће на основу признатог права моћи да забрани свим другим лицима, најприје конкурентима, његово коришћење. Иако у наведеним случајевима послодавац можда не стиче корист која је мјерљива, он ће стећи бар конкурентску предност. Будући да се свака корист и предност коју послодавац стиче од проналаска суштински може приписати управо том проналаску, запослени проналазач би требало да има право на одговорајућу накнаду за свој рад.

У другом случају, уколико право на заштиту има запослени, послодавац има право економског искоришћавања проналаска, уз обавезу да запосленом исплати накнаду у складу са уговором који закључе поводом конкретног проналаска. Дакле, запослени има право на заштиту проналаска патентом, а послодавац има право економског искоришћавања уз накнаду. Треба напоменути да право послодавца на економско искоришћавање проналаска уз накнаду произлази из уговора који они тим поводом закључују. Послодавац у том случају има својеврсно право првенства у погледу могућности стицања искључиве лиценце. Запослени је овлашћен да поднесе пријаву, али је његово право располагања проналаском ограничено у периоду од шест мјесеци од када послодавац буде обавијештен о проналаску. Послодавац би у наведеном року требало да се изјасни о томе да ли жели да прибави искључиву лиценцу од проналазача. Уколико послодавац нема интереса да закључи уговор, запослени може потпуно слободно да располаже својим правом. Изузетак постоји у случају да полуслужбени проналазак обухвата производну тајну послодавца.

Ако полуслужбени проналазак обухвата производну тајну послодавца, он има право да спријечи објављивање таквог проналаска, уз обавезу да запосленом исплати накнаду. Практично, запослени нема право да заштити проналазак и накнада коју му послодавац у том случају исплаћује треба да компензује губитке због тог ограничења.

Тужилац и тужени могу бити само запослени или послодавац, у зависности од тога ко има право на заштиту. Посебност тужбе за заштиту права запосленог или послодавца је у кратком року застаријевања, јер се може поднијети у року од двије године од дана објављивања пријаве за признање патента, под условом да није прошло више од двије године од престанка радног односа у којем је проналазак створен. Кратак рок за подизање тужбе којом се штите права запосленог или послодавца је карактеристичан за радноправне спорове.⁸¹⁴

С обзиром да је тужбени захтјев усмјерен на утврђење права запосленог или послодавца на заштиту проналаска, поставља се питање какав је однос ове тужбе према тужби за утврђење права, која је карактеристична за сва права индустријске својине. Тужба за утврђење права на заштиту, односно тужба за оспоравање права се може подићи уколико је неовлашћено лице поднијело пријаву за заштиту или је стекло субјективно право. Проналазач или лице које има право на заштиту проналаска може захтијевати утврђење свог права на заштиту или већ стеченог права од сваког лица које је поднијело пријаву или је стекло патент. Иако је тужба за заштиту права запосленог или послодавца, бар на први поглед, усмјерена на утврђење права на заштиту, она је ипак посебна у односу на тужбу за утврђење права. Прво, ријеч је о посебној врсти проналазака, тачније о проналасцима који се подводе под посебан правни режим у погледу права на заштиту. Право на заштиту могу имати и запослени и послодавац и у томе је основна разлика у односу на редовно утврђење права на заштиту у ком случају је тужени најчешће неовлашћено лице. Запослени и послодавац су лица која се појављују као тужилац или тужени, тачније, један од њих је увијек тужилац, а други тужени. Путем ове тужбе се, осим утврђења права на заштиту, могу постављати сви захтјеви који произлазе или су у вези са утврђењем права на заштиту. Дакле, то није само питање ко има право на заштиту, већ и питање права запосленог на накнаду, права послодавца на економско искоришћавање проналаска и слично. Ипак, највећа разлика у односу на тужбу за утврђење права на заштиту је у погледу рока у коме се може подићи тужба за заштиту запосленог или послодавца. Тужбу за утврђење права на заштиту је могуће подићи за све вријеме трајања заштите, уколико је патент већ признат, или до признања права, ако се захтијева утврђење права на пријаву, а тужбу за заштиту права послодавца или запосленог у року од двије

⁸¹⁴ З. Миладиновић, *Заштита проналазака...*, 389.

године од објављивања пријаве патента. Краћи рок за подизање тужбе предвиђен је у интересу правне сигурности и потребе да се што прије разјасни спорно питање коме припада право на заштиту.

У Закону о патентима Србије, предвиђено је да тужбу за утврђивање права на заштиту могу подићи проналазач, његов правни слѣдбеник и послодавац. Тужбом за утврђење права, тужилац од суда захтијева утврђење да право на заштиту проналаска припада њему, умјесто лицу које је поднијело пријаву или заједно са лицем које је поднијело пријаву. Нелогично је да се изричито спомиње послодавац, а запослени изоставља. Међутим, с обзиром да је запослени проналазач, наведену одредбу бисмо могли тумачити у ширем смислу, па би и запослени проналазач имао право на подношење тужбе за утврђење права на заштиту, уколико право на заштиту не припада послодавцу.

Уколико би запослени, односно послодавац пропустио предвиђени двогодишњи рок за подизање тужбе, поставља се питање да ли би могао да захтијева утврђење права на заштиту послје истека тог рока, путем тужбе за утврђење права. Тужба за заштиту права запосленог или послодавца, иако у основи тужба којом се захтијева утврђење права на заштиту, ипак представља посебно средство заштите запосленог или послодавца и уређења њиховог међусобног односа. Законодавац је предвидио посебну тужбу имајући у виду управо специфичности односа запосленог и послодавца и интерес да се њихови међусобни спорови рјешавају у што краћем року. Системским тумачењем наведених одредаба долази се до закључка да након истека рока за подизање тужбе за заштиту права запосленог или послодавца, није могуће поднијети тужбу за утврђивање права на заштиту.⁸¹⁵

На основу правноснажне пресуде којом је усвојен тужбени захтјев запосленог или послодавца за утврђење права на заштиту, надлежни орган ће извршити упис промјене носиоца права у одговарајући регистар.

⁸¹⁵ Детаљније З. Миладиновић, *Заштита проналазака...*, 390.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

УПРАВНОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Уводна разматрања

Субјективна права интелектуалне својне су приватна, грађанска права којима се штите интереси њихових титулара. Међутим, у односу на остала субјективна права, права индустријске својине специфична су по свом настанку будући да се стичу у управном поступку пред управним органом. Дакле, орган управе одлучује о стицању приватног, субјективног права. Такође, орган управе, у одређеним ситуацијама, одлучује и о престанку субјективних права. Надлежни орган управе врши оглашавање рјешења о признању права ништавим, мада би се могло дискутовати да ли се у том случају ради о престанку права због ретроактивног дејства поништаја, односно, могло би се поставити питање да ли је право уопште постојало. Управа за индустријску својину одлучује и о посебним случајевима престанка жига, због некоришћења, и у другим законом предвиђеним случајевима.

Други аспект управноправне заштите односи се на остваривање ауторског и сродних права, тачније на колективно остваривање ауторског и сродних права. Наиме, организације за колективно остваривање ауторског и сродних права су приватноправни субјекти, удружења, која морају добити дозволу за обављање послова колективног остваривања права. Осим тога, надлежни орган управе све вријеме врши надзор над пословањем организације.

Царинска заштита представља значајан аспект управноправне заштите субјективних права интелектуалне својине. Царински органи имају кључну улогу у спречавању повреда права интелектуалне својине на граници. Они представљају прву линију одбране од уласка робе којом се врши повреда права на територију и тржиште државе. На захтјев носиоца права или по службеној дужности, царински орган може да прекине царински поступак и задржи робу за коју се сумња да се њоме врши повреда субјективних права интелектуалне својине. Носилац права има могућност да пред

надлежним судом покрене поступак у коме ће бити утврђено да ли је извршена повреда права. Дакле, коначну одлуку о томе да ли постоји повреда права или не, доноси суд, а царински органи имају само улогу помоћног органа, који олакшава откривање повреде права, тачније, робе којом се врши повреда права.⁸¹⁶

Осим тога, контролу спровођења права у оквиру својих надлежности врше и одговарајући инспекцијски органи. Инспекцијски органи врше контролу у вези са прекршајима, који у ширем смислу представљају облик казненоправне заштите права интелектуалне својине. За спровођење надзора над поштовањем одредаба закона којима се уређују права интелектуалне својине, надлежна је инспекција која врши надзор прописа из области промета робе и услуга, односно тржишна инспекција.⁸¹⁷

Царински и инспекцијски органи у поступку заштите субјективних права интелектуалне својине имају улогу извршних органа који олакшавају откривање повреде права. Коначну одлуку о томе да ли постоји повреда права или не, доноси суд. Стога бисмо, у ширем смислу, царинску и инспекцијску заштиту субјективних права интелектуалне својине могли подвести под судску заштиту.

2. Заштита субјективних права интелектуалне својине у управном спору

2.1. Појам управног спора

Један од облика судске заштите субјективних права интелектуалне својине је заштита у управном спору. Управни спор је облик судске контроле над радом управе која обухвата оцјену законитости управних аката. То је спор између доносиоца управног акта, са једне стране, и субјекта који сматра да су тим актом повријеђени његови права и интереси, са друге стране.⁸¹⁸ У теорији се управни спор одређује као посебна категорија судског спора о законитости једног конкретног управноправног чина, која се од стране

⁸¹⁶ Детаљније З. Миладиновић, Царински поступак са робом којом се повређују права интелектуалне својине, *Право, теорија и пракса*, 7-8/2006, 3-16.

⁸¹⁷ Детаљније З. Миладиновић, Овлашћења инспекцијских органа у заштити права интелектуалне својине, *Правни живот*, 13/2007, 411-428.

⁸¹⁸ Р. Марковић, 510.

надлежног суда рјешава по посебном поступку, а у коме је тужена страна неки орган или организација јавне управе.⁸¹⁹

Постоји више различитих врста управних спорова, као што су субјективни и објективни, спор ограничене јурисдикције, тј. спор за поништај управног акта и спор пуне јурисдикције. Према циљу са којим се води управни спор, субјективни се покреће ради заштите конкретног субјективног права, а објективни са циљем заштите објективног права. У зависности од врсте аката управе против којих се води спор, субјективни управни спор се покреће против појединачних аката, а објективни против општих аката, тј. управних прописа, у оним државама гдје је то могуће. Према овлашћењима суда, спор може бити спор ограничене и пуне јурисдикције. Спор ограничене јурисдикције је заправо спор за поништај управног акта, тј. спор о законитости управног акта, гдје суд, ако установи незаконитост, враћа предмет на поновно одлучивање. У спору пуне јурисдикције, суд поред контроле законитости, одлучује о садржини самог акта.⁸²⁰

Предмет управног спора је управни акт, тачније законитост управног акта. Управни акт се дефинише као акт којим надлежна институција, тј. орган управе, управна организација или организација са јавним овлашћењима, рјешава о извјесном праву или обавези појединца или правног лица у некој управној ствари.⁸²¹ Одређење предмета управног спора зависи од концепције коју прихвата законодавац. У правном систему Босне и Херцеговине, предмет управног спора је одређен веома уско, јер општи акти управе, односно управни прописи, акти пословања, материјални акти управе не могу бити предмет контроле у управном поступку. Управни акти који могу бити предмет управног спора карактеришу сљедећа обиљежја: то је правни акт, појединачни, ауторитативни акт, акт који доносе овлашћени субјекти у некој управној ствари.⁸²² Осим тога, управни акт против којег се може водити управни спор мора бити коначан. Управни акт је коначан ако се против њега не могу користити редовна правна средства у управном поступку. Својство коначности има сваки другостепени управни акт и првостепени управни акт против којег

⁸¹⁹ З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Службени гласник, Београд 2010, 33.

⁸²⁰ С. Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 571-572.

⁸²¹ Закон о управним споровима Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 19/02, 88/07, 83/08, 74/10 (у даљем тексту ЗУС БиХ), чл. 8, ст. 2.

⁸²² Детаљније С. Голијанин, „Предмет управног спора у правном систему Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVIII, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2011, 179-180.

није допуштена жалба. У Босни и Херцеговини, управни спор се не може водити против управних аката донесених у стварима у којима је судска заштита осигурана ван управног спора, против управних аката донесених у стварима у којима се по изричитој одредби закона не може водити управни спор и у стварима о којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучују Парламентарна скупштина или Предсједништво Босне и Херцеговине.⁸²³

Управни спор се може покренути не само против коначних управних аката, него и у случају тзв. ћутања управе. Ћутање управе постоји када надлежни орган по захтјеву, односно, по жалби странке, у законом прописаним роковима, не донесе одговарајући управни акт. Постоје два облика у којима се може испољити ћутање управе: недоношење првостепеног управног акта по захтјеву странке или по службеној дужности, уколико против тог акта није допуштена жалба, или као недоношење другостепеног акта по жалби изјављеној против првостепеног акта или првостепеног управног ћутања.⁸²⁴ Ћутање управе се изједначава са негативним управним актом, односно, третира се као одбијање жалбе или захтјева.

У управном спору се врши побијање незаконитих управних аката. Управни акти се могу побијати из сљедећих разлога: ако није примјењен или је неправилно примјењен закон, пропис заснован на закону или општи акт, ако је акт донио ненадлежни орган, ако у управном поступку који је претходио доношењу акта није поступљено по правилима поступка, ако чињенично стање није потпуно и правилно утврђено или ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања и ако је надлежна институција, рјешавајући по слободној оцјени, прекорачила границе овлашћења која су јој дата правним прописима и супротно циљу у којем је овлашћење дато.⁸²⁵

2.2. Управни спор у области права интелектуалне својине

Права индустријске својине стичу се у строго формалном, управном поступку пред државним органом надлежним за послове индустријске својине. Иако су права индустријске својине приватна, грађанска права, којима се штите појединачни интереси

⁸²³ ЗУС БиХ, чл. 10.

⁸²⁴ М. Рађеновић, *Право управног спора*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2010, 73.

⁸²⁵ ЗУС БиХ, чл. 11.

њихових носилаца, стичу се у управном поступку, пред државним органом, што представља својеврстан парадокс.⁸²⁶ Поступак стицања субјективних права индустријске својине је прописан законом и подзаконским актима и представља посебан управни поступак. Орган управе надлежан за послове интелектуалне својине у Босни и Херцеговини је Институт за интелектуалну својину. С обзиром да је Институт самостална државна управна организација,⁸²⁷ односно институција која на државном нивоу врши јавну функцију, примјењују се одредбе државних закона о управном поступку и управном спору.⁸²⁸

Према Закону о управним споровима, управни спор против коначних управних аката државних институција у Босни и Херцеговини је у надлежности Управног одјељења Суда Босне и Херцеговине. У управним споровима одлучује вијеће састављено од тројице судија, изузев ако је законом нешто друго предвиђено. У Србији, управни спор је у надлежности Управног суда у Београду.

На просторима бивше СФРЈ, према прописима о заштити индустријске својине, одлуке управног органа надлежног за послове интелектуалне својине биле су коначне и против њих се могао покренути управни спор. Дакле, није била обезбјеђена двостепеност у одлучивању. У складу са стандардима које прописује ТРИПС, актуелним законима свих држава насталих распадом бивше СФРЈ предвиђено је да се против одлука органа управе који одлучује о захтјеву за признавање одређеног субјективног права, као и против одлуке о поништају већ признатог субјективног права, може изјавити жалба надлежном органу. О жалби углавном одлучују Вијећа или Комисије за жалбе при органу надлежном за интелектуалну својину, а у неким државама је та улога повјерена Влади. У Србији, о жалбама на одлуке управе за индустријску својину одлучује Влада, тачније посебна Административна комисија. Специфичност предмета заштите права индустријске својине и сложеност испитивања услова за признање заштите, налажу да о жалби одлучује орган који посједује одређени степен стручности и знања у овој области. То је нарочито изражено у поступку стицања патента, који је врло сложен и захтијева учешће стручњака

⁸²⁶ У теорији патентног права, наведени проблем се објашњава тиме да „државни орган који признаје патент није типичан управни орган, већ има правосудне прерогативе на основу којих, својим одлукама, конституише патент као грађанско субјективно право.“ С. Марковић, (1997), 12.

⁸²⁷ Закон о оснивању Института за интелектуалну својину Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 43/2004, чл. 1.

⁸²⁸ У правном систему Босне и Херцеговине постоје чак четири закона о управном поступку и о управним споровима, по један у сваком ентитету, у Брчко Дистрикту и један на државном нивоу.

из различитих области технике из којих проналазак може бити. Стога, без обзира у чијој надлежности било одлучивање по жалби, орган који одлучује мора бити довољно стручан.

У Босни и Херцеговини, против одлука Института за интелектуалну својину у поступку стицања субјективних права индустријске својине донесених у првом степену, допуштена је жалба о којој одлучује Комисија за жалбе Института. Против одлуке Комисије за жалбе није допуштена жалба, већ се може покренути управни спор. Дакле, другостепена одлука Института је коначна и против ње се може водити управни спор. У поступку оглашавања рјешења о признању права ништавим, рјешење Института је коначно и против њега се може водити управни спор. Такође, у посебним случајевима престанка жига, рјешење о престанку жига је коначно и против њега се може водити управни спор.

Осим поступка стицања субјективних права индустријске својине, у надлежности Института је поступак давања дозволе и контрола над радом организација за колективно остваривање ауторског и сродних права. Против одлуке Института у поступку давања дозволе, као и у поступку контроле над радом колективне организације, не може се изјавити жалба, већ се може покренути управни спор. У области колективног остваривања права, између колективних организација и корисника може настати спор у вези са закључењем колективних уговора или одређењем тарифе који се повјерава Савјету за ауторско право као независном и непристрасном органу. Против одлуке Савјета допуштено је покренути управни спор.

Дакле, предмет управног спора у области права интелектуалне својине може бити другостепена одлука Комисије за жалбе Института која се односи на стицање права индустријске својине, првостепена коначна одлука о оглашавању рјешења о признању права ништавим, првостепена коначна одлука о престанку жига, првостепена одлука Института у поступку давања дозволе и контроле над радом организације за колективно остваривање ауторског и сродних права и одлука Савјета за ауторско право.

Управни спор покреће се тужбом, а тужбу подноси оно лице које сматра да је управни акт незаконит. То може бити физичко или правно лице ако је управним актом повријеђено неко његово право или на закону заснован интерес, групе које заступају колективне интересе, ако су управним актом повријеђени њихова права или колективни интереси, орган управе, служба за управу, пословна јединица привредног друштва, насеље или група лица, који немају својство правног лица, ако могу бити носиоци права и обавеза

о којима се рјешавало у управном поступку. Управни спор може покренути правобранилац ако је управним актом повријеђен закон на штету Босне и Херцеговине или је повријеђен закон у корист правног или физичког лица. Такође, управни спор може покренути омбудсмен за Босну и Херцеговину и интервенисати у поступку који је у току, ако су управним актом повријеђени људско достојанство, права и слободе грађана загарантовани Уставом.⁸²⁹ Тужена страна је доносилац управног акта, односно институција чији се управни акт побија. Осим тужиоца и туженог, положај странке у поступку има треће заинтересовано лице коме би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету.

У области права интелектуалне својине, тужилац може бити подносилац пријаве или носилац права индустријске својине, као и организација, односно удружење у поступку издавања дозволе или контроле над радом организације за колективно остваривање ауторског и сродних права. То могу бити и правобранилац и омбудсмен, под условом да је повреда учињена на штету државе, или ако су повријеђена људска права и слободе. Тужени је Институт за интелектуалну својину, јер се управни спор води против његових одлука. У улози трећег заинтересованог лица може бити лице које је носилац неког изведеног права, као што је корисник лиценце или франшизе.

Тужба се подноси у законом предвиђеном преклузивном року. Према Закону о управним споровима Босне и Херцеговине предвиђен је општи рок од 60 дана од дана када је подносилац тужбе обавијештен, односно када је примио побијани управни акт. Исти рок важи и за правобраниоца и омбудсмена Босне и Херцеговине, када су овлашћени за покретање управног спора.⁸³⁰ Појединим законима је изричито предвиђено да се управни спор може покренути у року од 30 дана од дана пријема одлуке Института. Краћи рок је предвиђен у поступку заштите жига, ознаке географског поријекла и индустријског дизајна када се управни спор покреће против другостепене одлуке Комисије за жалбе, као и против одлуке Савјета за ауторско право. За сва остала питања која могу бити предмет управног спора, примјењује се општи рок од 60 дана од пријема одлуке против које се подноси тужба.

Рок за подизање тужбе у појединим законима којима се регулишу права интелектуалне својине очито није усклађен са општим роком предвиђеним ЗУС-ом. Осим

⁸²⁹ ЗУС БиХ, чл. 2.

⁸³⁰ ЗУС БиХ, чл. 19.

тога, рок није исти ни за сва субјективна права, нити за сва питања, односно све управне акте који могу бити предмет управног спора, а тичу се истог субјективног права. На примјер, у поступку стицања жига, за покретање управног спора против другостепене коначне одлуке Комисије за жалбе, предвиђен је рок од 30 дана, а за остале одлуке, које се односе на оглашавање рјешења ништавим и престанак жига, није ништа изричито предвиђено, што значи да се примјењује општи рок. У интересу правне сигурности и уједначавања појединих права интелектуалне својине, требало би ускладити рокове за покретање управног спора јер не видимо оправдан разлог за неједнако третирање појединих управних аката.

За покретање управног спора у Србији, предвиђен је општи рок од 30 дана од дана достављања управног акта странци, с тим што је могуће законом предвидјети и краћи рок. Против одлуке Владе по жалби на одлуке Завода за интелектуалну својину, могуће је покренути управни спор у року од 30 дана од пријема одлуке Владе.

Тужба за покретање управног спора има несуспензивно дејство, другим ријечима не одгађа извршење побијаног управног акта, под условом да законом није другачије прописано. Суд или институција надлежна за спровођење извршења побијаног управног акта, могу, на захтјев тужиоца, одлучити да одгоде извршење, под условом да би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одгађање није противно јавном интересу.

Тужба у управном спору је усмјерена на побијање незаконитог управног акта, тачније тужилац захтијева да се управни акт поништи као незаконит. То је садржина сваког тужбеног захтјева у управном спору јер је управни спор усмјерен преваходно на поништај управног акта. Осим поништаја управног акта, тужилац може тражити повраћај ствари или накнаду штете, у ком случају постоје посебни случајеви спора пуне јурисдикције.⁸³¹

2.3. Поступак по тужби

У поступку по тужби у управном спору постоје двије фазе: претходни и редовни поступак. У претходном поступку одлучује се о постојању процесних претпоставки за

⁸³¹ С. Лилић, 585.

вођење спора. Ако нису испуњени формални услови за вођење управног спора, тужба ће бити одбачена рјешењем, без улажења у меритум ствари. У претходном поступку постоји могућност да се управни акт поништи без вођења редовног поступка. Наиме, ако је тужба уредна, тј. ако није одбачена из формалних разлога, а суд сматра да оспорени акт има битне недостатке који спречавају оцјену законитости, суд ће пресудом поништити акт без достављања тужбе на одговор.⁸³²

Ако у претходном поступку тужба није одбачена, нити је управни акт поништен, уредна тужба доставља се на одговор туженој страни и заинтересованим лицима. Тиме започиње друга фаза, тј. редовни поступак по тужби. Суд одређује рок за достављање одговора на тужбу, који не може бити краћи од 10, нити дужи од 20 дана. У наведеном року, тужена страна је дужна да достави све списе који се односе на предмет.

Начин рада суда у поступку по управном спору се разликује у односу на друге судске поступке. У Босни и Херцеговини је правило да суд о управним споровима рјешава на нејавној сједници. Изузетно, због сложености спорне ствари или ако нађе да је то потребно ради бољег разјашњења стања ствари, могуће је одржати усмену расправу.⁸³³ Супротно, у Србији суд рјешава на основу чињеница утврђених на одржаној усменој јавној расправи. Изузетно, расправа неће бити одржана ако је предмет спора такав да очигледно не изискује саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања или ако странке на то изричито пристану.

Суд испитује законитост управног акта у границама тужбеног захтјева, али при томе није везан разлозима тужбе. На ништавост коначног управног акта суд пази по службеној дужности. Управни спор се рјешава пресудом којом се тужба уважава као основана или одбија као неоснована. Ако се тужба уважава, постоје двије могуће ситуације. Прво, пресудом се коначни управни акт поништава и враћа надлежној институцији на поновно рјешавање, у ком случају постоји спор ограничене јурисдикције. Друго, пресудом се коначни управни акт поништава и рјешава се управна ствар и таква пресуда у свему замјењује коначни управни акт. То ће бити случај ако би поновно вођење поступка пред надлежним органом тужиоцу изазвало штету која би се тешко могла надокнадити или ако је на основу јавних исправа или других доказа очигледно да је

⁸³² То су нарочито тешки недостаци, нпр. ако управни акт не садржи диспозитив.

⁸³³ ЗУС БиХ, чл. 29.

чињенично стање другачије од оног утврђеног у управном поступку или ако је већ једном поништен управни акт у управном спору, а надлежни орган није у потпуности поступио по пресуди.⁸³⁴ У наведеним ситуацијама, суд ће сам утврдити чињенично стање и на основу тако утврђеног чињеничног стања ријешити управну ствар. Суд може сам ријешити управну ствар и у случају када је управни спор покренут због ћутања управе.

Пресуда којом је тужба уважена, а оспорени управни акт поништен има асполутно дејство јер обавезује сва лица на која утиче управни акт који је оспораван. Са друге стране, пресуда којом је тужба одбијена има релативно дејство јер дјелује само на странке у поступку. То значи да би други тужилац могао да поднесе тужбу против истог управног акта из других разлога и да би таква тужба могла бити уважена.⁸³⁵

Пресуда суда у управном спору је коначна и може се побијати само ванредним правним лијековима. Ванредни правни лијекови у управном спору у Босни и Херцеговини су: захтјев за понављање поступка, захтјев за заштиту законитости и захтјев за преиспитивање судске одлуке. О захтјеву за понављање поступка одлучује Вијеће Управног одјељења Суда БиХ-а које је донијело пресуду. Захтјев за преиспитивање судске одлуке може се поднијети због повреде закона или правила поступка, а о њему одлучује Апелационо одјељење у вијећу од тројице судија. Захтјев за заштиту законитости може захтијевати искључиво правобранилац због повреде закона или правила поступка, а о њему такође одлучује Апелационо одјељење у вијећу од тројице судија. Сва средства се могу захтијевати у року од 30 дана од дана достављања странци одлуке против које се захтјев подноси. У Србији су предвиђена два ванредна правна средства: захтјев за преиспитивање судске одлуке и понављање поступка. О захтјеву за понављање поступка одлучује суд који је донио одлуку, а преиспитивање судске одлуке је у надлежности Врховног касационог суда.

Заштита субјективних права интелектуалне својине у управном спору је облик судске контроле над радом управе, тачније органа управе у чијој надлежности је поступак стицања и поједини облици престанка права. Управни спор је усмјерен на поништај управног акта који садржи одређене облике незаконитости. За разлику од осталих облика судске заштите, управни спор се не води због повреде субјективног права, већ због

⁸³⁴ ЗУС БиХ, чл. 34, ст. 3.

⁸³⁵ Р. Марковић, 557-558.

испитивања законитости одлуке од које може зависити да ли право уопште постоји. Посредно, то може утицати и на постојање или непостојање повреде права, али ће се то питање ријешити у другом судском поступку.

ГЛАВА ПЕТА

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

1. Уводна разматрања

Кривотворење и пиратерија су у савременим условима, захваљујући првенствено развоју технологије, постали глобални феномен. Иако су у прошлости кривотворени углавном скупи и луксузни производи, на мети данашњих фалсификатора су скоро сви производи, од лијекова, козметике, техничке робе, резервних дијелова па све до прехранбених производа, производа за домаћинство и других производа широке потрошње. Оштећење функција појединих права интелектуалне својине, посебно знакова разликовања, као и сама повреда субјективних права интелектуалне својине су занемарљиве у односу на тешке посљедице које поједини кривотворени производи могу имати по живот и здравље људи.⁸³⁶ Кривотворење и пиратерија као криминалне активности морају се посматрати заједно са другим облицима као што су трговина људима, трговина дрогом, корупција и прање новца, а све под заједничким окриљем организованих криминалних група.

Према најновијим подацима за 2015. годину, Кина представља црну тачку на листи држава из којих потиче кривотворена роба, будући да скоро двије трећине кривотворене робе на тржишту Европске уније потиче из Кине. Значајну улогу у откривању кривотворених производа који потичу из других држава и спречавању њиховог уласка на тржиште Европске уније имају царински органи. У заједничком извјештају Еуропола и *ОНИМ-а*, идентификовани су основни проблеми и слабе тачке у откривању кривотворених производа. То је најприје систем дистрибуције и ланац снабдијевања, у коме често долази до препакивања производа који се потом шаљу на крајње одредиште. Друга слаба тачка је спровођење и заштита права, и то немогућност малих и средњих предузећа да се на ефикасан начин супротставе повредама права и ограничени донети кривичноправне

⁸³⁶ На примјер, козметички производи који садрже токсичне супстанце, батерије и пуњачи за мобилне телефоне и преносиве рачунаре који су подложни експлозији и изазивању пожара. Посебну опасност по живот и здравље представљају кривотворени лијекови.

заштите. Истиче се да би јачању кривичноправне заштите свакако допринијело и веће улагање у истрагу и откривање извршилаца кривичних дјела, као и сарадња са посредницима и рекламним компанијама у циљу откривања кривотворених производа који се продају електронским путем. Посебан нагласак треба да буде на едукацији потрошача, јер подаци указују да је тражња за брендираним производима већа од њиховог разумијевања опасности коју представљају кривотворени производи. Поред потрошача, посебан проблем је и што истражни органи, тужиоци и судије не познају довољно материју права интелектуалне својине, што је препрека одговарајућој примјени права.⁸³⁷

Поставља се питање оправданости и потребе постојања кривичноправне заштите права интелектуалне својине, као типичних приватних права. У теорији се наводи да кривичноправна заштита треба да буде вид допунске заштите и да надомјести недостатке грађанскоправне заштите права интелектуалне својине.⁸³⁸ У прилог томе, истиче се неколико аргумената. Прво, заштита у кривичном праву треба да отклони немогућност потпуне компензације у грађанском праву. Иако је потпуну компензацију у праву интелектуалне својине тешко остварити, то није немогуће. Друго, грађанскоправна заштита се фокусира на заштиту права жртве, а не на саму жртву. Заштита жртве у праву интелектуалне својине није од нарочитог значаја, осим у случају кривотворења лијекова и других производа који могу бити опасни по живот и здравље људи. Треће, грађанскоправне санкције, по правилу, нису превентивне. Пораст кривотворења и пиратерије указује на потребу предвиђања казни које би поништавале евентуалну корист од извршења кривичног дјела, односно које би биле одвраћајуће. Четврто, носиоци права су често суочени са фактичком немогућношћу откривања извршиоца повреде или прикупљања доказа, што утиче и на немогућност остваривања судске заштите. То нарочито долази до изражаја уколико се повреда права врши коришћењем достигнућа савремене дигиталне технологије. Пети аргумент везан је за социјалне аспекте повреде права и јавни интерес. Кривотворење и пиратерија могу угрозити јавни интерес тиме што

⁸³⁷ Europol & Office for Harmonization in the Internal Market, „2015 Situation Report on Counterfeiting in the European Union,“ A joint project between Europol and the Office for Harmonization in the Internal Market, April 2015, 50-51.

⁸³⁸ A. Wechsler, „Criminal Enforcement of Intellectual Property Law – An Economic Approach“, *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, ed. C. Geiger, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2012, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 11-05, 9-10.

ће онемогућити остварење сврхе и функције права, а то је подстицање иновативности и креативности.⁸³⁹

Поред аргумената који иду у прилог јачању улоге државних органа у заштити субјективних права интелектуалне својине, односно јачању кривичноправне заштите, у теорији се наводе и супротни аргументи. Истиче се да је истрага у вези са откривањем кривичних дјела против интелектуалне својине често компликована и дуготрајна, да су досуђене казне углавном ниске, да постоје доста озбиљнији облици криминала којим би државни органи требало да се баве, да повреда права интелектуалне својине не би требало да буде кривично дјело и сл.⁸⁴⁰

Први међународни извор права, који је на цјеловит начин приступио регулисању заштите права интелектуалне својине, је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Поред грађанскоправне и административне, односно управно-правне заштите, као и заштите права на граници, у царинском поступку, ТРИПС-ом је по први пут предвиђена кривична заштита субјективних права интелектуалне својине. Истина, кривичноправној заштити посвећен је само један члан ТРИПС-а.

Чланом 61 ТРИПС-а предвиђена је обавеза држава чланица да предвиде кривичноправну заштиту и одговарајуће казне, барем у случају свјесног кривотворења жига или пиратства ауторских права која се врше на комерцијалној основи. Дакле, ТРИПС-ом јер предвиђен минимум заштите, што значи да су државе чланице слободне да и за остале повреде права интелектуалне својине, како жига и ауторског права, тако и осталих права, предвиде кривичноправну заштиту.

Према дефиницији датој ТРИПС-ом, роба са кривотвореним жигом подразумијева сву робу, укључујући амбалажу, која без овлашћења носи жиг идентичан жигу регистрованој за такву робу, или жигу који се по својим битним својствима не може разликовати од таквог жига, и који сходно томе на основу закона земље увоза вријеђа право власника жига. Роба произведена на основу незаконито присвојених ауторских дјела подразумијева било коју копирану робу направљену без сагласности титулара права или лица које је он овластио у земљи производње, која је урађено директно или индиректно са

⁸³⁹ *Ibidem.*

⁸⁴⁰ G. Urbas, „Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights: Interaction Between Public Authorities and Private Interests”, *New Frontiers of Intellectual Property Law IP and Cultural Heritage – Geographical Indications – Enforcement – Overprotection*, C. Heath, A.K. Sanders (eds.), IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, Oxford and Portland, Oregon, 2005, 306.

предмета, при чему израда те копије представља, на основу закона земље увоза, повреду ауторског или сродног права.⁸⁴¹ Као што је већ наведено, кривотворење жига и пиратство ауторског права су појмови који су по свом значењу ужи од појма повреде тих права.

Обавезна кривичноправна заштита предвиђена је само у случају свјесног кривотворења жига или пиратства ауторског права. Таква одредба упућује на намјеру учиниоца, односно на умишљајно понашање и искључује нехат. Лице које није знало нити је могло да зна да врши повреду права, неће бити кривично одговорно.

Још један битан критеријум за кривичноправну заштиту је дјеловање на комерцијалној основи. Поставља се питање шта се сматра дјеловањем на комерцијалној основи. Свјетска трговинска организација је у поступку рјешавања спора између Кине и САД-а, дала својеврсно тумачење дјеловања на комерцијалној основи у смислу члана 61 ТРИПС-а. Дјеловање на комерцијалној основи се одређује с обзиром на обим и домаћај типичне или уобичајене комерцијалне активности у односу на одређени производ на одређеном тржишту. Да ли ће кривотворење и пиратерија одређеног производа на одређеном тржишту бити извршени на комерцијалној основи, зависи од обима коришћења које је уобичајено и типично у односу на такав производ на таквом тржишту. Наведено тумачење које појам комерцијалне основе одређује релативно, у зависности од специфичне ситуације, оставља простор државама чланицама да претпоставке за кривичну одговорност предвиде у зависности од услова тржишта.⁸⁴²

Санкције које државе могу предвидјети су казна затвора или новчана казна, алтернативно или кумулативно. Казне морају бити довољно високе да дјелују као мјера одвраћања и да одговарају износима казни које се примјењују за кривична дјела одговарајуће тежине. На државама чланицама је да процијене износе и трајање казни које ће дјеловати одвраћајуће. За разлику од грађанскоправне заштите, одвраћајући или превентивни карактер санкција у кривичном праву је потпуно легитиман.

У одговарајућим случајевима, поред наведених казни, државе чланице ће предвидјети одузимање, запљену и уништавање робе која вријеђа право и свих материјала и прибора који су се преовлађујуће користили при извршењу кривичног дјела. Суштнски, поред изрицања казни, предвиђене су мјере безбједности, тачније мјера одузимања

⁸⁴¹ ТРИПС, фн. 20.

⁸⁴² Детаљније: Н. Г. Русе-Кхан, *From Trips to ACTA: Towards A New "Gold Standard" in Criminal IP Enforcement*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 10-06, 10.

предмета. Одузимају се предмети који су били намијењени или употребљени за извршење кривичног дјела и предмети који су настали извршењем кривичног дјела. Мјера одузимања предмета има карактер споредне казне. Сврха одузимања предмета састоји се у отклањању услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дјела. Конкретно, отклања се опасност од неке ствари, тачније опасност поновног вршења кривичног дјела.⁸⁴³

На крају, предвиђено је да државе чланице могу предвидјети кривичноправну заштиту и у другим случајевима повреде права интелектуалне својине, посебно ако се повреда врши свјесно и на комерцијалној основи. Државе имају различит приступ кривичноправној заштити права интелектуалне својине. То зависи преваходно од степена развијености државе и врсте права као објекта заштите. Многе земље у развоју предвиђају кривичну заштиту патента, јер кривичне санкције дјелују одвраћајуће на потенцијалне извршиоце радње повреде. С друге стране, развијене државе у којима је постигнут висок степен патентноправне заштите имају мање потребе за кривичноправном заштитом. Осим тога, доказивање повреде жига или ауторског права је неупоредиво лакше у односу на утврђење повреде патента, које захтијева стручну експертизу.⁸⁴⁴

Детаљније одредбе о кривичноправној заштити биле су предвиђене Трговинским споразумом против кривотворења – АСТА споразумом, који није усвојен. Поред неуспјеха АСТА, као међународног споразума, постојао је још један покушај да се материја кривичноправне заштите интелектуалне својине уреди на нивоу Европске уније. Првобитни приједлог Директиве о спровођењу права интелектуалне својине садржавао је одредбе о кривичноправној заштити права. Након критика научне и стручне јавности на приједлог директиве из 2003. године,⁸⁴⁵ сљедеће године је усвојена Директива којом је регулисана само грађанскоправна и административна заштита. Комисија је 2006. године објавила измјењени приједлог Директиве о кривичноправној заштити права интелектуалне

⁸⁴³ З. Стојановић, *Кривично право*, општи део, XVI издање, Правна књига, Београд 2009, 299-300.

⁸⁴⁴ С. Соггеа, (2007), 450.

⁸⁴⁵ Један од приговора односио се на приједлог изрицања кривичних санкција према физичким и правним лицима, упркос чињеници да поједини правни системи не предвиђају кривичну одговорност правних лица. Видјети: W. Cornish et alia, „Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: The European Commission’s Proposed Directive“, *European Intellectual Property Review*, 2003, 25(10), 447-449.

својине.⁸⁴⁶ Међутим, и тај измјењени приједлог је доживио неуспијех јер је 2010. године повучен.

Искуства из упоредног права упућују на закључак да је кривичноправна заштита субјективних права интелектуалне својине ипак секундарна у односу на грађанскоправну заштиту. На примјер, свака повреда права интелектуалне својине, уколико је извршена са умишљајем, представља кривично дјело у Њемачкој. Међутим, јавни тужилац покреће кривични поступак по службеној дужности само уколико постоји јавни интерес, док се у свим осталим случајевима повреде, кривично гоњење предузима по приватној тужби. Тужилац најчешће покреће поступак у случају кривотворења чувених жигова и пиратерије популарних музичких дјела. Приватне тужбе су ријетке, јер се носилац права чешће одлучује за грађанскоправну заштиту.⁸⁴⁷

Поједина законодавства врше концентрацију надлежности за спровођење кривичног поступка због повреде права интелектуалне својине. На примјер, кривични поступак због повреде патента у Аустрији, у искључивој је надлежности Регионалног кривичног суда у Бечу. Специфичност кривичне процедуре због повреде права интелектуалне својине је покретање поступка по приватној тужби. Дакле, носилац права, а не јавни тужилац покреће кривични поступак јер се сматра да приватни интерес носиоца права претеже у односу на јавни интерес да се спријечи кривотворење. Носилац права одлучује да ли ће покренути поступак, које ће захтјеве поставити и увијек има могућност да одустане од гоњења, што није случај са поступком који се покреће по службеној дужности. Међутим, без обзира што су поједине радње повреде права интелектуалне својине инкриминисане, у пракси, повредиоце теже погађа накнада штете у виду губитка добити него евентуална новчана или чак и затворска казна.⁸⁴⁸

У упоредном праву, постоје три система регулисања кривичноправне заштите права интелектуалне својине. Први систем је систем посебног кривичног права, у коме се све инкриминације прописују законима који регулишу права интелектуалне својине. Посебно

⁸⁴⁶ *Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Criminal Measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights*, Commission of the European Communities, COM(2006) 168 final, 26.04.2006.

⁸⁴⁷ WIPO, Advisory Committee on Enforcement, *Intellectual Property Litigation Under the Civil Law Legal System: Experience in Germany*, prepared by J. Bornkamm, 04.06.2004., 3.

⁸⁴⁸ C. Schumacher, M. Horak, S. Salomonowitz, „Austria: The Right Place for Effective IP Enforcement”, *Mondaq Intellectual Property*, 12.04.2010. доступно на <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=97996>, (септембар 2014.)

регулисање оправдава се специфичношћу предмета заштите и потребом познавања посебних појмова. Такав систем постоји у Њемачкој, Швајцарској и Јапану. Други систем је систем општег кривичног права, према коме су кривична дјела у области интелектуалне својине регулисана кривичним законима или законцима, нпр. у САД, Великој Британији и Италији. Трећи систем је мјешовити, у коме су поједина кривична дјела предвиђена општим кривичним законом, а друга пак, законима у области интелектуалне својине. Мјешовити систем постоји у Француској.⁸⁴⁹

Кривичноправна заштита права интелектуалне својине је на просторима бивше Југославије уређена на сличан начин. Током XX вијека, за вријеме постојања бивше државе, кривичноправна заштита интелектуалних добара је била предвиђена спорадично, углавном у законима који су регулисали ауторско право. Кривична дјела због повреде ауторског права предвиђали су Закон о ауторском праву из 1957. године, 1968. године, као и закон из 1978. године.⁸⁵⁰ Кривични закони из тог времена нису предвиђали посебне одредбе о повреди права интелектуалне својине јер је уврштавање посебне групе тих кривичних дјела у кривично законодавство новијег датума. Заштита права интелектуалне својине је у кривичном законодавству била предвиђена најчешће у оквиру одредаба о кривичним дјелима против слободе и права грађана. На примјер, Кривични закон ФНРЈ из 1957. године предвиђао је кривично дјело повреде ауторског права.⁸⁵¹

До систематизованог уређења кривичноправне заштите права интелектуалне својине у кривичним законима или законцима, долази тек почетком овог вијека. Међутим, у већини законодавстава, систематизација није до краја спроведена. Чак и у оним државама у којима су предвиђена кривична дјела против интелектуалне својине, заштита жига и ознаке географског поријекла, а понегдје и индустријског дизајна, сврстана је у кривична дјела против трговине. Поједина права индустријске својине, као што је право на топографију интегрисаног кола, остала су ван домашаја кривичноправне заштите.

⁸⁴⁹ М. Verović, „Usklađenost kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj s tendencijama zaštite u Europskoj uniji,“ *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol 31, br. 1, 2010, 656.

⁸⁵⁰ З. Миладиновић, „Кривичноправна заштита права интелектуалне својине“, *Право – теорија и пракса*, бр. 3-4/2007, 8.

⁸⁵¹ *Ibidem*.

2. Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини

У Босни и Херцеговини, од законодавне реформе 2010. године, прихваћен је систем општег регулисања кривичног права, према коме је свим кривичним дјелима из ове области мјесто у кривичном закону. Специфичност уређења Босне и Херцеговине подразумијева постојање чак четири кривична закона, на државном нивоу, на нивоу ентитета и Брчко Дистрикта. Кривичним законом Босне и Херцеговине предвиђена су кривична дјела повреде ауторских права, док су ентитетским законима и законом Брчко Дистрикта, предвиђена кривична дјела против индустријске својине у оквиру кривичних дјела против привреде.

2.1. Кривична дјела повреде ауторског права

Кривичним законом Босне и Херцеговине предвиђена су кривична дјела повреде ауторских права.⁸⁵² У посебној глави Закона предвиђено је пет чланова којима су прописана кривична дјела повреде ауторских права. Кривично дјело злоупотребе ауторских права⁸⁵³ има за предмет заштите личноправна овлашћења аутора и умјетника извођача, односно интерпретатора. Личноправна овлашћења аутора и извођача су овлашћење на признање ауторства или право патернитета, овлашћење на назначење имена аутора или извођача, овлашћење на заштиту интегритета дјела и овлашћење на супротстављање недостојном искоришћавању дјела.

Први облик кривичног дјела злоупотребе ауторских права представља повреду права патернитета у ауторскоправном смислу, односно присвајање ауторства. Лице које под својим именом или под именом другог, објави, прикаже, изведе, пренесе или на други начин саопшти јавности туђе ауторско дјело или дозволи да се то учини врши радњу наведеног кривичног дјела (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 1). Дакле, радњу извршења кривичног дјела врши оно лице које, под својим именом или именом другог лица, на било који начин саопшти јавности туђе ауторско дјело или дозволи да се то учини.

⁸⁵² Кривични закон Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15, (у даљем тексту КЗ БиХ), глава XXI.

⁸⁵³ КЗ БиХ, чл. 242.

Други облик наведеног кривичног дјела постоји када се без навођења имена или псеудонима аутора објави, прикаже, изведе, пренесе или на други начин саопшти јавности туђе ауторско дјело на којем је означено име или псеудоним аутора или ако се на недозвољен начин унесу дијелови туђег ауторског дјела у своје дјело или се дозволи да се то учини (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 2). Предмет заштите је овлашћење на назначење имена аутора, јер радњу кривичног дјела врши свако ко саопшти јавности дјело без навођења имена или псеудонима аутора. Други подоблик кривичног дјела чини лице које на недозвољен начин, што значи без навођења имена аутора, унесе дијелове туђег ауторског дјела у своје дјело или дозволи да се то учини. Сматрамо да би уношење дијелова туђег ауторског дјела у своје дјело могло да буде облик повреде права патернитета и да суштински одговара радњи извршења првог облика кривичног дјела злоупотреба ауторских права. Разлика је само у обиму дјела, јер се у првом случају јавно саопштава туђе дјело у цјелости, а у другом се дијелови туђег дјела уносе у своје ауторско дјело. Тиме се практично под својим именом врши објављивање дијела туђег дјела. Овлашћење на назначење имена аутора представља технички аспект и један од најчешћих, али не и јединих облика повреде права патернитета. Међутим, то су ипак два различита овлашћења, о чему је законодавац водио рачуна.

Трећи облик кривичног дјела злоупотребе ауторских права постоји када лице уништи, изобличи, нагрди или на други начин, без одобрења аутора, измјени туђе ауторско дјело (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 3). Радњу извршења представља измјена, тачније нарушавање интегритета ауторског дјела. Законодавац је изричито предвидио да се уништењем, нагрђивањем или изобличавањем дјела може извршити радња кривичног дјела, али и сваком другом измјеном без одобрења аутора. Дакле, свако нарушавање интегритета, чак и оно које би могло у естетском, умјетничком или било ком другом смислу да представља побољшање дјела, представља радњу извршења кривичног дјела.

Законом су предвиђена још два облика кривичног дјела злоупотребе ауторских права која се односе на заштиту права извођача. Радњу извршења кривичног дјела чини лице које без навођења имена или псеудонима умјетника извођача објави, прикаже, пренесе или на други начин саопшти јавности његову изведбу (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 4). Изузетно, кривично дјело неће постојати ако умјетник извођач жели остати анониман. Такође, свако ко уништи, изобличи, нагрди или сакати или на други начин, без одобрења

умјетника извођача, измјени снимљену изведбу умјетника извођача, врши кривично дјело (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 5). Дакле, нарушавање интегритета интерпретације и ненавођење имена извођача су инкриминисане радње. Треба напоменути да није извршено термиолошко усклађивање са Законом о ауторском и сродним правима јер се више не користи израз умјетник извођач, већ само извођач, те би у том смислу требало измјенити наведене одредбе.

Овлашћење на супротстављање недостојном коришћењу ауторског дјела није посебно инкриминисано, што је вјероватно последица нераздвајања овог овлашћења од заштите интегритета дјела према ранијем ЗАСП-у.

Учиниолац кривичног дјела злоупотребе ауторских права може бити свако лице. Облик кривице који се захтијева у свим случајевима је умишљај, јер мора постојати свијест о томе да се радња извршења кривичног дјела предузима у односу на туђе ауторско дјело или туђу изведбу, односно интерпретацију.⁸⁵⁴ За све наведене облике алтернативно је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године.

Поред основних облика наведеног кривичног дјела, предвиђен је и тежи облик уколико је извршењем кривичног дјела прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета, а извршилац је поступао с циљем прибављања такве имовинске користи или проузроковања такве штете (КЗ БиХ, чл. 242, ст. 6). За тежи облик кривичног дјела злоупотребе ауторских права запријеђена је казна затвора од 6 мјесеци до пет година.

Друго кривично дјело повреде ауторских права је недозвољено кориштење ауторских права.⁸⁵⁵ Објект заштите код овог кривичног дјела су имовинскоправна овлашћења из субјективног ауторског права. Предвиђено је неколико облика наведеног кривичног дјела.

Први облик кривичног дјела недозвољеног коришћења ауторских права постоји ако неко без одобрења аутора или другог носиоца ауторског права, односно лица које је овлашћено да изда одобрење, када је такво одобрење потребно, или противно њиховој забрани, фиксира на материјалну подлогу, репродукује, умножи, стави у промет, изнајми,

⁸⁵⁴ Н. Делић, „Кривична дела против интелектуалне својине“, у: *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени*, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, XLIII редовно годишње саветовање, ур. Станко Бејатовић, 191.

⁸⁵⁵ КЗ БиХ, чл. 243.

увезе, пренесе преко државне границе, прикаже, изведе, одашиље, пренесе, учини доступним јавности, преведе, прилагоди, обради, преради или на други начин употреби ауторско дјело (КЗ БиХ, чл. 243, ст. 1). Са становишта ауторског права, овим обликом кривичног дјела обухваћени су сви облици коришћења ауторског дјела који спадају у имовинскоправна овлашћења аутора.

Прво, то је фиксирање дјела на материјалну подлогу или тјелесни носач, тачније производња примјерака дјела. Затим, репродуковање и умножавање примјерака дјела, стављање у промет и изнајмљивање, увоз и преношење преко државне границе примјерака дјела, спадају у круг имовинскоправних овлашћења и облика коришћења дјела у тјелесном облику. Осим тога, радњу кривичног дјела представља приказивање, извођење, одашиљање, преношење, чињење дјела доступним јавности, што се може подвести под облике јавног саопштавања дјела, тачније коришћење дјела у бестјелесном облику. Превод, прилагођавање, обрада и прерада представљају радњу којом се врши повреда искључивог овлашћења на прераду дјела. На крају, било који други начин коришћења ауторског дјела, ако се врши без одобрења аутора или другог носиоца ауторског права, може представљати радњу извршења кривичног дјела. Одредба је отвореног типа, што значи да њоме могу бити обухваћени сви појавни облици искоришћавања ауторског дјела који у вријеме усвајања закона нису били познати.

Радња извршења мора бити предузета неовлашћено, дакле, без одобрења, односно дозволе аутора или другог носиоца ауторског права, односно лица које је по закону овлашћено да даје дозволу, или противно њиховој забрани. Дакле, уколико је аутор или носилац ауторског права уговором или другим правним послом дао дозволу за коришћење дјела, нема кривичног дјела. Може се поставити питање да ли ће постојати кривично дјело уколико дође до прекорачења уступљених или пренесених овлашћења. Слиједећи логику грађанскоправне заштите и смисао норме, прекорачење овлашћења је такође недостатак дозволе. Уколико се дјело користи на основу законске лиценце или суспензије искључивих имовинскоправних овлашћења, гдје је дозвола дата самим законом, мора се водити рачуна о смислу и домашају конкретног ограничења ауторског права. Свако коришћење ауторског дјела на основу ограничења ауторског права мора бити изричито предвиђено законом, не смије бити супротно уобичајеном искоришћавању дјела и не смије у неразумној мјери штетити законитим интересима аутора. Коришћење ауторског дјела на основу ограничења

које би превазилазило смисао и оквире ограничења представљало би такође радњу извршења кривичног дјела.

Други облик кривичног дјела односи се на коришћење интерпретације, односно изведбе умјетника извођача. Радњу извршења кривичног дјела чине радње снимања, репродуковања, умножавања, стављања у промет, изнајмљивања, увоза, преноса преко државне границе, приказивања, извођења, одашиљања, преноса, чињења доступним јавности или коришћења на други начин извођења умјетника извођача (КЗ БиХ, чл. 243, ст. 2). Дакле, радња извршења је иста као и у претходном облику, с тим што се односи на коришћење интерпретације. Објект заштите су имовинскоправна овлашћења интерпретатора, односно извођача. Као и у претходном облику, радње коришћења врше се без одобрења извођача, односно лица које је овлашћено да да одобрење, када је то према одредбама закона потребно или противно њиховој забрани.

Посебан облик недозвољеног коришћења ауторских права представља омогућавање неовлашћене употребе ауторског дјела или интерпретације. Наведени облик кривичног дјела врши лице које у намјери да омогући неовлашћену употребу ауторског дјела или изведбе умјетника извођача произведе, увезе, пренесе преко државне границе, стави у промет, изнајми, омогући другоме употребу или коришћење било које врсте опреме или средства којем је основна или претежна сврха омогућити неовлашћено отклањање или осујећивање техничког средства или рачунарског програма намијењеног заштити права аутора или умјетника извођача од неовлашћене употребе (КЗ БиХ, чл. 243, ст. 3). Објект заштите су техничка средства или рачунарски програми, другим ријечима техничке мјере које служе заштити ауторских дјела и интерпретација од неовлашћене употребе.

За све наведене облике кривичног дјела недозвољеног коришћења ауторских права алтернативно је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године. Учиницац може бити било које лице, а у погледу степена кривице тражи се умишљај. Уколико је у питању омогућавање неовлашћене употребе ауторског дјела или интерпретације отклањањем технолошких мјера заштите, изричито је предвиђено да учинилац мора поступати у намјери да омогући неовлашћену употребу ауторског дјела.

Предмети који су били намијењени или употребљени за извршење кривичног дјела недозвољеног коришћења ауторских права или су настали извршењем кривичног дјела, биће одузети и уништени. Посебан, лакши облик кривичног дјела представља држање

предмета који су били намијењени или употребљени за извршење наведених кривичних дјела или су настали извршењем кривичних дјела. Лице код кога се затекну такви предмети, а које је то знало или могло знати или је било дужно да зна казниће се новчаном казном или казном затвора до шест мјесеци (КЗ БиХ, чл. 243, ст. 4).

Поред наведених основних облика, постоји и тежи облик, уколико је извршењем кривичног дјела прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета, а учинилац је поступао с циљем прибављања такве имовинске користи или проузроковања штете. За тежи облик запријеђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година (КЗ БиХ, чл. 243, ст. 5).

Наведеним кривичним дјелима штите се ауторско право и право извођача. Кривичним законом Босне и Херцеговине предвиђена је кривичноправна заштита осталих сродних права, бар оних која су постојала у вријеме доношења закона, тј. права произвођача фонограма и права произвођача емисија.

Кривично дјело недозвољено коришћење права произвођача звучне снимке има за предмет заштите имовинскоправна овлашћења произвођача фонограма.⁸⁵⁶ Радњу извршења представља емитовање, директно или индиректно умножавање звучне снимке, односно фонограма, неовлаштено стављање у промет, изнајмљивање, увоз, пренос преко државне границе или чињење фонограма доступним јавности (КЗ БиХ, чл. 244, ст. 1). Дакле, као и у наведеним кривичним дјелима, радњу извршења чине облици привредног коришћења фонограма као предмета заштите, које се врши без одобрења произвођача фонограма, када је одобрење потребно у складу са законом или противно његовој забрани.

Истим чланом регулисано је недозвољено коришћење радиодифузних емисија. Радња извршења је прописана алтернативно и чине је реемитовање емисије, снимање, умножавање или стављање у промет снимка емисије које се врши без одобрења носиоца права у вези са радиодифузним емисијама или противно његовој забрани (КЗ БиХ, чл. 244, ст. 2). На овом мјесту треба напоменути да назив кривичног дјела није најпрецизнији, јер се односи само на права произвођача звучне снимке, тј. фонограма а истим чланом је инкриминисано и недозвољено коришћење права произвођача емисија. Ради постизања правнотехничке прецизности требало би измјенити назив кривичног дјела у смислу

⁸⁵⁶ КЗ БиХ, чл. 244.

недозвољеног коришћења сродних права или слично, или одредбе које се односе на право произвођача радиодифузних емисија измјестити у засебан члан.

За оба облика кривичног дјела недозвољеног коришћења права произвођача звучне снимке, алтернативно је прописана новчана казна или казна затвора до једне године. Поред основних облика, предвиђен је и тежи облик који постоји ако је извршењем кривичног дјела прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета, а извршилац је поступао с циљем прибављања такве имовинске користи или проузроковања такве штете (КЗ БиХ, чл. 244, ст. 3). У том случају, предвиђена је казна затвора у трајању од шест мјесеци до пет година. Предмети који су били намијењени или употребљени за извршење кривичног дјела или су настали извршењем кривичног дјела, биће одузети и уништени.

Кривично дјело недозвољено коришћење права радиодифузије⁸⁵⁷ по својој садржини очигледно не одговара наслову. Радњу извршења врши лице које без одобрења овлаштеног дистрибутера енкриптираног сателитског сигнала, производи или обавља монтажу, мијења, увози, извози, продаје, изнајмљује или на други начин ставља у промет материјални или нематеријални уређај или систем за декодирање таквог сигнала (КЗ БиХ, чл. 245, ст. 1). Непходан услов је да то лице зна или мора знати да тај уређај или систем претежно служи за декодирање енкриптираног сигнала. За ово кривично дјело запријеђена је алтернативно новчана казна или казна затвора до три године. Тежи облик постоји уколико је извршењем кривичног дјела прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета, а учинилац је поступао умишљајно, управо с циљем проузроковања таквих посљедица (КЗ БиХ, чл. 245, ст. 2). За тежи облик предвиђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година. Као и у претходним случајевима, предвиђено је одузимање и уништење предмета који су били намијењени или употребљени за извршење кривичног дјела или су настали извршењем кривичног дјела.

Лице које прима енкриптирани сателитски сигнал који је декодиран без одобрења овлаштеног дистрибутера и обавља даљњу дистрибуцију таквог сигнала, ако зна или мора знати да је такав сигнал неовлашћено декодиран, врши кривично дјело недозвољене дистрибуције сателитског сигнала (КЗ БиХ, чл. 246). За извршење овог кривичног дјела запријеђена је новчана казна или казна затвора до шест мјесеци. Тежи облик постоји ако је

⁸⁵⁷ КЗ БиХ, чл. 245.

прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета и у том случају запријеђена је новчана казна или казна затвора до три године.

Примјећујемо да у погледу садржине и назива појединих кривичних дјела постоји несклад који је вјероватно последица очигледне редакторске омашке. Наиме, под насловом недозвољено коришћење права произвођача звучне снимке, један од облика кривичног дјела односи се на коришћење радиодифузне емисије. Са друге стране, одредбом којом је прописано кривично дјело недозвољено коришћење права радиодифузије, предвиђено је кривично дјело недозвољене дистрибуције сателитског сигнала, тачније један од његових облика. Интересантно је да за више од десет година важења закона и скоро исто толико измјена и допуна, законодавац ниједном није интервенисао у погледу кривичних дјела повреде ауторских права. За почетак, требало би извршити барем редакторске исправке како би наслов кривичног дјела одговарао радњи извршења. Осим тога, 2010. године у Босни и Херцеговини су усвојени нови закони у области права интелектуалне својине који су знатно проширили круг предмета заштите и њима одговарајућа овлашћења, који су регулисани у нашем праву. Претходни закон о ауторском праву предвиђао је искључиво право извођача, право произвођача фонограма и права организација за радиодифузију. Тренутно важећим законом, круг сродних права је знатно проширен и обухвата, поред наведених и право филмског продуцента, односно произвођача видеограма, право произвођача базе података и право првог издавача слободног дјела. Стога, ваљало би постојеће одредбе ускладити са актуелним законом.

За већину кривичних дјела повреде ауторских права предвиђена је алтернативно новчана казна или казна затвора до 3 године. Изузетно, за основни облик недозвољеног кориштења права произвођача звучне снимке и недозвољеног кориштења права радиодифузије запријеђена је новчана казна или казна затвора у трајању до једне године. За она кривична дјела за која је предвиђен лакши облик, запријеђена је новчана казна или казна затвора до 6 мјесеци. Тежи облик кривичног дјела постоји када је извршењем кривичног дјела прибављена знатна имовинска корист или је проузрокована знатна штета, а учинилац је поступао с циљем прибављања такве имовинске користи или проузроковања такве штете. За тежи облик у свим случајевима запријеђена је искључиво казна затвора у трајању од 6 мјесеци до 5 година. Осим у случају злоупотребе ауторских права, предвиђена је мјера безбједности одузимање и уништење предмета који су били

намијењени или употријебљени за извршење кривичног дјела или су настали извршењем кривичног дјела.

2.2. Кривична дјела повреде права индустријске својине

Поведа права индустријске својине инкриминисана је ентитетским законима, односно законом Брчко дистрикта. У Кривичном закону Републике Српске, кривична дјела против права индустријске својине сврстана су у кривична дјела против привреде и платног промета.⁸⁵⁸ Предвиђена су сљедећа кривична дјела: неовлашћена употребе туђе фирме, узорка или модела и неовлашћена употреба туђег проналаска.⁸⁵⁹ У ширем смислу, у кривична дјела против права индустријске својине може се сврстати и одавање и неовлашћено прибављање пословне тајне.⁸⁶⁰

Законодавац је предвидио два облика кривичног дјела неовлашћене употребе туђе фирме, узорка или модела. Први облик постоји када се лице послужи туђом фирмом, туђим жигом или заштитним знаком, туђом ознаком о геграфском поријеклу или другом посебном ознаком робе или унесе поједина обиљежја ознака у своју фирму, свој жиг или заштитни знак или у своју посебну ознаку робе, а све у намјери да обмане купце или кориснике услуга (КЗ РС, чл. 272, ст. 1). Радња кривичног дјела састоји се у обмањивању купаца или корисника услуга коришћењем туђе фирме, жига, заштитног знака, ознаке географског поријекла или друге посебне ознаке. Такође, радњу кривичног дјела представља и уношење појединих обиљежја наведених ознака у своју фирму, жиг, заштитни знак или посебну ознаку робе. Законом је изричито предвиђено постојање намјере да се купац робе или корисник услуге обману наведеним радњама.

Други облик неовлашћене употребе туђе фирме, узорка или модела састоји се у неовлашћеном коришћењу туђег узорка или модела или пуштању у промет предмета израђених на њиховој основи које се врши у намјери обмањивања купаца робе или корисника услуга (КЗ РС, чл. 272, ст. 2). За оба наведена облика алтернативно је

⁸⁵⁸ Кривични закон Републике Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13, у даљем тексту КЗ РС.

⁸⁵⁹ КЗ РС, чл. 272 и 273.

⁸⁶⁰ КЗ РС, чл. 269.

предвиђена новчана казна или казна затвора до три године. Такође, предвиђено је одузимање предмета насталих извршењем кривичног дјела.

Неовлашћена употреба туђег жига и ознаке географског поријекла подводи се под употребу фирме, што није сасвим прецизно. Ознака заштићена жигом или ознака географског поријекла не мора да буде, и најчешће, није назив фирме. Заједнички именоватељ свих облика наведеног кривичног дјела је намјера извршиоца да обмане купце робе или кориснике услуга неовлашћеним коришћењем туђег знака разликовања. У вријеме усвајања наведеног закона, умјесто права индустријског дизајна коришћени су термини узорак или модел. Постојеће одредбе би требало усагласити са актуелном терминологијом у области права индустријске својине.

Кривично дјело неовлашћене употребе туђег проналаска има два облика. Први облик постоји када се у производњи или привредном промету неовлашћено употреби туђи пријављени или заштићени проналазак (КЗ РС, чл. 273, ст. 1). Објект заштите је туђи пријављени или заштићени проналазак, тачније коришћење таквог проналаска у производњи или привредном промету. Законом није детаљније регулисано којим радњама се може извршити кривично дјело, али се може закључити да то може бити било која радња коришћења проналаска која чини садржину патента. За извршење овог кривичног дјела запређена је казна затвора до три године. Законом је предвиђено изрицање мјере одузимања предмета израђених на основу неовлашћене употребе туђег проналаска.

Други облик кривичног дјела представља неовлашћено објављивање суштине туђег проналака прије него што је проналазак објављен на начин утврђен законом (КЗ РС, чл. 273, ст. 2). У поступку стицања патента, проналазак се службено објављује након истека 18 мјесеци од датума подношења пријаве. Проналазак објављивањем постаје доступан јавности и улази у стање технике. За овај облик кривичног дјела алтернативно је предвиђена новчана казна или казна затвора до двије године.

Скоро идентичне одредбе садржи и Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине.⁸⁶¹ У оквиру кривичних дјела против привреде, пословања и сигурности платног промета предвиђена су сљедећа кривична дјела: повреда проналазачког права, неовлашћено коришћење туђег модела и узорка и неовлашћена употреба туђе твртке,

⁸⁶¹ Кривични закон, *Сл. новине ФБиХ*, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14, у даљем тексту КЗ ФБиХ.

односно фирме.⁸⁶² Повреду проналазачког права врши свако лице које у пословању неовлашћено употреби туђи пријављени или заштићени проналазак (КЗ ФБиХ, чл. 262). Дакле, ради се о повреди имовинскоправних овлашћења која чине садржину патента и права из пријаве патента. Назив кривичног дјела не одговара садржини предвиђене радње, јер проналазачко право у праву индустријске својине није исто што и признато право. Проналазачко право обухвата овлашћење проналазача да захтијева заштиту и да његово име буде назначено у пријави и осталим списима. Осим тога, подносилац пријаве за заштиту проналазачка, као и носилац патента, најчешће није проналазач. За ово кривично дјело запреиђена је казна затвора од три мјесеца до пет година.

Постоје два облика кривичног дјела неовлашћеног коришћења туђег модела и узорка. Први облик постоји када неко на свом производу у промету неовлашћено употреби туђи пријављени или моделом или узорком заштићени вањски облик, слику или цртеж (КЗ ФБиХ, чл. 263, ст. 1). Дакле, у питању је коришћење у промету туђег заштићеног или пријављеног модела или узорка. Као и у праву Републике Српске, примјетна је неусаглашеност са актуелним законодавством и термином индустријски дизајн. Други облик представља неовлашћено објављивање предмета пријаве туђег модела или узорка (КЗ ФБиХ, чл. 263, ст. 2). За први облик предвиђена је казна затвора до три године, а за други, предвиђена је новчана казна и казна затвора до пет година.⁸⁶³

Интересантно је да законодавац инкриминисао неовлашћено објављивање пријаве модела или узорка, односно индустријског дизајна, а да није исто предвидио за пријаву патента.⁸⁶⁴ Примјетна је још једна разлика која има можда чак и дубље, теоријско утемељење. Законодавац у Републици Српској неовлашћену употребу туђег узорка или модела предвиђа у истом члану којим регулише неовлашћену употребу туђе фирме, односно жига и ознаке географског поријекла које се врши у циљу обмањивања купаца. У Федерацији БиХ, инкриминисана је објава пријаве узорка и модела, односно индустријског дизајна, као и коришћење предмета заштите који је пријављен, на основу права из пријаве. То упућује на закључак да се модел и узорак, једном ријечју, индустријски дизајн у

⁸⁶² КЗ ФБиХ, чл. 262-264.

⁸⁶³ Саставни везник и у тексту закона упућује на кумулацију новчане казне и казне затвора, односно упућује на то да санкције нису прописане алтернативно.

⁸⁶⁴ Законодавац у Републици Српској је поступио супротно.

Републици Српској посматра као знак разликовања, док је у Федерацији заштита индустријског дизајна ближа патентноправној заштити.

Лице које се у циљу обмане купца или корисника услуга послужи туђом твртком, жигом, заштитним знаком или посебном ознаком робе или унесе поједина обиљежја туђе ознаке у своју твртку, жиг, заштитни знак или посебну ознаку робе врши кривичног дјела неовлашћене употребе туђе твртке, односно фирме (КЗ ФБиХ, чл. 264). За извршење наведеног дјела запријеђена је казна затвора до једне године.

Кривични закон ФБиХ не спомиње изричито ознаке географског поријекла, мада бисмо их могли подвести под посебне ознаке робе или ознаке о врсти, садржају, поријеклу и каквоћи производа. Посебно кривично дјело обмана купаца постоји када лице, с циљем обмане купаца, стави у промет производе с ознаком у коју су унесени подаци који не одговарају садржају, врсти, поријеклу или каквоћи производа, или стави у промет производе без ознаке о садржају, врсти, поријеклу или каквоћи производа када је таква ознака прописана (КЗ ФБиХ, чл. 265). Запријеђена казна је казна затвора до три године и новчана казна.

Кривични закон Брчко Дистрикта инкриминише повреду појединих права индустријске својине у оквиру кривичних дјела против привреде, пословања и сигурности платног промета.⁸⁶⁵ По својој садржини, овај закон на идентичан начин регулише повреду појединих права индустријске својине као и истоимени закон ФБиХ.

Кривичним законима Брчко Дистрикта и Федерације БиХ предвиђена су кривична дјела против система електронске обраде података. С обзиром да се већина кривичних дјела односе на рачунарске програме који су у праву интелектуалне својине заштићени као ауторска дјела, поједини облици су посебно интересантни са становишта судске заштите права интелектуалне својине.

Кривично дјело оштећење рачунарских података и програма је дјело чија се радња састоји у неовлашћеном оштећењу, брисању, уништењу или на други начин чињењу неупотребљивим или неприступачним туђих рачунарских података или рачунарских програма (КЗ ФБиХ, чл. 393, ст. 1). Посебан облик овог кривичног дјела постоји ако се упркос мјерама заштите неовлашћено приступи рачунарским подацима или програмима

⁸⁶⁵ Кривични закон, *Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 52/11, 33/13 – пречишћени текст, чл. 256-258.

или се неовлашћено пресреће њихов пренос (КЗ ФБиХ, чл. 393, ст. 2). Осим тога, онемогућавање или отежавање рада или коришћења рачунарског система, рачунарских података или програма или рачунарске комуникације такође представља посебан облик овог кривичног дјела (КЗ ФБиХ, чл. 393, ст. 3). За први облик запријеђена је новчана казна или казна затвора до једне године, а за преостала два, новчана казна или казна затвора до три године.

Кривично дјело рачунарско кривотворење постоји када лице неовлашћено изradi, унесе, измијени, избрише или учини неупотребљивим рачунарске податке или програме који имају вриједност за правне односе, с циљем да се употребе као прави или да сам употреби такве податке или програме. За рачунарско кривотворење запријеђена је новчана казна или казна затвора до три године (КЗ ФБиХ, чл. 394).

Тежи облик наведених кривичних дјела постоји када је кривично дјело учињено у односу на рачунарске податке или програме органа, јавних служби, јавних установа или привредног друштва од посебног интереса или када је проузрокована знатна штета. Предвиђено је одузимање посебних уређаја, средстава, рачунарских програма или података створених, коришћених или прилагођених ради извршења кривичних дјела.

Радња извршења кривичног дјела рачунарске преваре састоји се у неовлашћеном уношењу, оштећењу, измјени или прикривању рачунарског податка или програма или на други начин утицају на исход електронске обраде података, с циљем да себи или другом прибави противправну имовинску корист и тиме другом проузрокује имовинску штету (КЗ ФБиХ, чл. 395). За основни облик запријеђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година. Тежи облици рачунарске преваре одређени су с обзиром на износ прибављене имовинске користи, сходно чему је запријеђена тежа казна, односно казна затвора у дужем трајању.

Ометање рада система и мреже електронске обраде података постоји када неко неовлашћеним приступом у систем или мрежу електронске обраде података изазове застој или поремети рад тог система или мреже (КЗ ФБиХ, чл. 396).

Неовлашћени приступ заштићеном систему и мрежи електронске обраде података је кривично дјело које има два облика. Први се састоји у кршењу мјера заштите ради неовлашћеног укључивања у систем или мрежу електронске обраде података, а други се састоји у употреби тако добијеног податка (КЗ ФБиХ, чл. 397).

Кривично дјело рачунарске саботаже односи се на радње ометања поступка електронске обраде података органима јавне власти, јавним службама, установама, привредним друштвима или другим правним лицима од посебног јавног интереса, којим се проузрокује штета у износу већем од 500.000 КМ (КЗ ФБиХ, чл. 398).

Закључно се може констатовати да кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини није усклађена са одредбама ТРИПС-а. Као што је већ наведено, ТРИПС-ом је предвиђена обавеза држава чланица да предвиде кривичноправну заштиту барем у случају кривотворења жига и пиратства ауторских права. Жиг као субјективно право није на одговарајући начин заштићен. Први разлог неадекватне заштите је у томе што се жиг подводи под појам фирме, мада су жиг и фирма различити појмови, који се само изузетно могу подударати. Чак и уколико постоји подударност између жига и фирме, објект и функције заштите нису исти. Друго, радњу извршења кривичног дјела чини коришћење туђег заштићеног знака за обиљежавање својих производа или уношење појединих обиљежја у своју ознаку с циљем обмањивања купаца. Не прави се разлика између истовјетности и сличности како ознака, тако и робе и услуга који се њима обиљежавају, што је са становишта права интелектуалне својине изузетно значајно.

Осим тога, одредбе Кривичног закона Босне и Херцеговине о заштити ауторског права су недовољно прецизне, са редакторским грешкама које би требало исправити. До усвајања важећих закона, поједина кривична дјела била су предвиђена Законом о ауторском праву. Одредбе тих закона су одавно престале да важе, а већ пет година ништа није предузето у погледу реформе кривичног законодавства, односно оних одредаба које се односе на заштиту права интелектуалне својине. Стога, неопходно је, прије свега, извршити усклађивање кривичног законодавства са актуелним законима из области права интелектуалне својине.

Посебан проблем је подијељена надлежност јер су поједина кривична дјела регулисана ентитетским законима, а друга законом на државном нивоу. С обзиром да су права интелектуалне својине у надлежности државе, а не ентитета, логично би било да се на државном нивоу регулишу кривична дјела против интелектуалне својине, која би, поред повреде ауторских права обухватила и повреду жига, регистроване ознаке географског поријекла, индустријског дизајна и патента, као и топографије интегрисаног кола, чија заштита тренутно није предвиђена ни једним кривичним законом.

Не постоји изричита одредба према којој би кривичноправна заштита права интелектуалне својине била у искључивој надлежности државе. Према слову Устава, у искључивој надлежности институција Босне и Херцеговине је спровођење међународних и међуентитетских кривичноправних прописа, укључујући и односе са Интерполом.⁸⁶⁶ Међутим, уколико су субјективна права регулисана на државном нивоу, а не ентитетским законима, онда би и кривичноправна заштита тих права требало да буде јединствено регулисана. То би значило да би кривична дјела из ове области била у надлежности Суда БиХ, што је у складу са концентрацијом судске надлежности у погледу заштите интелектуалне својине. Међутим, управо у томе и јесте кључни проблем и главна препрека реформи кривичног законодавства.

3. Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Србији

Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Србији, регулисана је Кривичним закоником.⁸⁶⁷ Кривичним закоником предвиђена су сљедећа кривична дјела против интелектуалне својине: повреда моралних права аутора и интерпретатора, неовлашћено искоришћавање ауторског дјела или предмета сродног права, неовлашћено уклањање или мијењање електронске информације о ауторском и сродним правима, повреда проналазачког права и неовлашћено коришћење туђег дизајна. Поред наведених дјела, Закоником је прописана неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга, која је сврстана у кривична дјела против привреде.⁸⁶⁸ У ширем смислу, кривична дјела против безбједности рачунарских података, такође имају за објект заштите рачунарски програм као интелектуално добро. У кривична дјела против безбједности рачунарских података спадају: оштећење рачунарских података и програма, рачунарска саботажа, прављење и уношење рачунарских вируса, рачунарска превара, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података, спречавање и ограничавање приступа јавној рачунарској мрежи, неовлашћено

⁸⁶⁶ Устав БиХ, чл. III, тачка 1g.

⁸⁶⁷ Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014, (у даљем тексту КЗ СР), Глава XX.

⁸⁶⁸ КЗ СР, чл. 233.

коришћење рачунара или рачунарске мреже и прављење, набављање и давање другом средстава за извршење кривичних дјела против безбједности рачунарских података.⁸⁶⁹

Кривично дјело повреде моралних права аутора и интерпретатора има за објект заштите морална, личноправна овлашћења аутора и интерпретатора. Постоје три појавна облика овог дјела, која се односе на заштиту права патернитета, заштиту интегритета дјела и заштиту части и угледа аутора. Радња првог облика састоји се у приписивању себи својства аутора на туђем дјелу. Лице које под својим именом или именом другог у цјелини или дјелимично објави, стави у промет примјерке туђег дјела или интерпретације или на други начин саопшти јавности туђе ауторско дјело или интерпретацију врши радњу повреде моралних права (КЗ СР, чл. 198, ст. 1). Други облик састоји се у измјени или преради туђег ауторског дјела или туђе интерпретације без дозволе аутора, односно интерпретатора (КЗ СР, чл. 198, ст. 2). Трећи облик врши лице које ставља у промет примјерке туђег ауторског дјела или интерпретација на начин којим се вријеђа част и углед аутора или интерпретатора (КЗ СР, чл. 198, ст. 3). Сви предмети који су настали извршењем кривичног дјела одузеће се. За све облике алтернативно је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године за повреду патернитета, до једне године за нарушавање интегритета, и до 6 мјесеци за недостојно искоришћавање дјела или интерпретације. За други облик предвиђено је да се гоњење предузима по приједлогу, а за трећи облик, тј. недостојно искоришћавање дјела, само по приватној тужби.

Неовлашћено искоришћавање ауторског дјела или предмета сродног права има за објект заштите имовинскоправна овлашћења аутора, односно носилаца сродних права. Постоји неколико облика овог кривичног дјела. Први се састоји у неовлашћеном објављивању, снимању, умножавању или саопштавању јавности на други начин, у цјелини или дјелимично, ауторског дјела, интерпретације, фонограма, видеограма, емисије, рачунарског програма или базе података (КЗ СР, чл. 199, ст. 1). За наведени облик предвиђена је затворска казна у трајању до три године. Радњу извршења чини и стављање у промет и држање у намјери стављања у промет примјерака ауторског дјела или предмета сродноправне заштите који су неовлашћено умножени или неовлашћено стављени у промет (КЗ СР, чл. 199, ст. 2). Тежи облик постоји када је дјело учињено у намјери прибављања имовинске користи за себе или другог (КЗ СР, чл. 199, ст. 3). Предвиђен је и

⁸⁶⁹ КЗ СР, чл. 298-304а.

лакши облик неовлашћеног искоришћавања ауторског дјела или предмета сродног права. Лакши облик обухвата производњу, увоз, стављање у промет, продају, давање у закуп, рекламирање у циљу продаје или давања у закуп или држање у комерцијалне сврхе уређаја или средстава чија је основна или претежна намјена уклањање или заобилажење технолошких мјера заштите (КЗ СР, чл. 199, ст. 4). За тежи облик прописана је казна затвора од шест мјесеци до пет година, а за лакши, алтернативно је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године.

Кривично дјело релативно новијег датума је неовлашћено уклањање или мијењање електронске информације о ауторском или сродним правима. Радња извршења састоји се у неовлашћеном уклањању или измјени електронских информација о ауторском или сродном праву, односно стављање у промет, увоз, извоз, емитовање или други облик саопштавања јавности предмета заштите са којег је електронска информација неовлашћено уклоњена или измијењена. За ово кривично дјело предвиђена је новчана казна и казна затвора до три године, кумулативно, а не алтернативно, а предмети настали извршењем кривичног дјела се одузимају и уништавају (КЗ СР, чл. 200).

Повреда проналазачког права је кривично дјело које има три појавна облика. Први облик се састоји у неовлашћеном искоришћавању производа или поступка заштићеног патентом у привредном промету (КЗ СР, чл. 201, ст. 1). Радњу извршења представљају производња, увоз, извоз, нуђење, стављање у промет, складиштење или кориштење у привредном промету заштићеног производа или поступка. Учинилац наведеног дјела казниће се новчаном казном или казном затвора до три године. Уколико је извршењем овог облика прибављена имовинска корист или проузрокована штета у износу преко милион динара, постојаће тежи облик кривичног дјела, за који је запријеђена казна затвора у трајању од једне до осам година (КЗ СР, чл. 201, ст. 2). Други облик састоји се у неовлашћеном објављивању или на други начин чињењу доступним јавности суштине туђег пријављеног проналаска, прије него што је тај проналазак службено објављен (КЗ СР, чл. 201, ст. 3). За наведени облик прописана је новчана казна или казна затвора до двије године. Трећи облик повреде проналазачког права чини лице које неовлашћено поднесе пријаву патента или у пријави не наведе или лажно наведе проналазача (КЗ СР, чл. 201, ст. 4). Дакле, објект заштите у овом случају је личноправно овлашћење

проналазача да његово име буде наведено у патетној пријави и осталим списима. Запријеђена је казна затвора у трајању од шест мјесеци до пет година.

Кривично дјело неовлашћено коришћење туђег дизајна има два појавна облика. Радња извршења овог кривичног дјела састоји се у неовлашћеном коришћењу туђег пријављеног, односно заштићеног дизајна на свом производу у промету (КЗ СР, чл. 202, ст. 1). Други облик постоји када неко неовлашћено објави или на други начин учини доступним јавности предмет пријаве туђег дизајна, прије него што је објављен на законом предвиђен начин (КЗ СР, чл. 202, ст. 2). У првом случају објект заштите су имовинскоправна овлашћења носиоца дизајна или подносиоца пријаве, а у другом се дизајн штити од неовлашћеног објављивања, усљед којег би дизајн изгубио новост. За оба дјела, алтернативно су прописане новчана казна или казна затвора у трајању до три, односно једне године.

Кривичноправна заштита жига и ознаке географског поријекла предвиђена је кривичним дјелом неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга, у оквиру кривичних дјела против привреде.⁸⁷⁰ Радња кривичног дјела састоји се у обмањивању купаца робе или корисника услуга на начин да се извршилац послужи туђим пословним именом, туђом географском ознаком поријекла, туђим жигом или туђом другом посебном ознаком робе или услуга или да унесе поједина обиљежја тих ознака у своје пословно име, своју географску ознаку поријекла, свој жиг или у своју другу посебну ознаку робе или услуге (КЗ СР, чл. 233, ст. 1). За основни облик овог кривичног дјела, запријеђена је новчана казна или казна затвора до три године. Тежи облик овог кривичног дјела састоји се у набављању, производњи, преради, стављању у промет, давању у закуп и складиштењу веће количине или вриједности робе која је обиљежена ознакама које су предмет неовлашћене употребе или у пружању услуга неовлашћено користећи туђе ознаке (КЗ СР, чл. 233, ст. 2). Најтежи облик постоји уколико је учинилац организовао мрежу препродаваца или посредника или је прибавио имовинску корист која прелази износ од милион и петсто хиљада динара (КЗ СР, чл. 233, ст. 3). За тежи облик запријеђена је казна затвора од шест мјесеци до пет година, а за најтежи затвор у трајању од једне до осам година.

⁸⁷⁰ КЗ СР, чл. 233.

У ширем смислу кривично дјело одавање пословне тајне, као једно од дјела против привреде, такође се може сврстати у кривична дјела у области интелектуалне својине, мада пословна тајна не спада у субјективна права интелектуалне својине. Радњу извршења овог кривичног дјела врши лице које неовлашћено другом саопшти, преда или на други начин учини доступним јавности податке који представљају пословну тајну или их прибавља у намјери да их преда непозваном лицу. Ако је дјело учињено из користољубља или у погледу нарочито повјерљивих података, постојаће тежи облик дјела. Предвиђен је и нехатни облик дјела. Пословном тајном сматрају се подаци и документа који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа проглашени пословном тајном чије би откривање могло да проузрокује штетне посљедице за субјекте привредног пословања (КЗ СР, чл. 240).

Постоје схватања да се кривична дјела учињена путем штампе или других средстава јавног информисања такође односе на права интелектуалне својине.⁸⁷¹ Уколико је кривично дјело извршено објављивањем информације у новинама, на радију, телевизији или другом јавном гласилу, извршиоцем кривичног дјела сматра се аутор информације. Уколико је аутор остао непознат, ако је информација објављена без сагласности аутора и ако су постојале стварне и правне сметње за гоњење аутора, извршиоцем ће се сматрати одговорни уредник. Осим тога, извршиоцем кривичног дјела сматраће се издавач за кривично дјело извршено путем неповремене штампане публикације, а ако нема издавача штампар који је за то знао и произвођач, за кривично дјело извршено путем компакт диска, грамофонске плоче, филма за јавно и приватно приказивање, видео средстава и сличних средстава намијењених ширем кругу лица.⁸⁷² Међутим, кривична дјела учињена путем средстава јавног информисања, само се дјелимично односе на права интелектуалне својине. Прво, радњу извршења наведеног кривичног дјела чини објављивање информације путем средстава јавног информисања. Информација која се објављује не мора нужно бити ауторско дјело, нити уживати ауторскоправну заштиту. Основни услов ауторскоправне заштите је оригиналност, коју већина информација које се објављују у средствима јавног информисања не испуњава. Друго, објект заштите су информације које могу, али не морају уживати ауторскоправну заштиту, а не ауторско дјело. Исто се односи

⁸⁷¹ Н. Тањевић, „Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Србији“, *Безбедност*, бр. 1/2011, 154.

⁸⁷² КЗ СР, чл. 38 и 39.

и на одговорност издавача, штампара и произвођача. Они могу, али не морају бити носиоци сродних права. Чак и ако су носиоци сродноправне заштите, објект кривичноправне заштите нису овлашћења из субјективног ауторског или сродног права, већ садржина која је на њима забиљежена. Сродним правима се не штити садржај, већ инвестиција у њихову производњу.

Посебан значај за кривичноправну заштиту интелектуалне својине у Србији има Закон о организацији и надлежности органа за борбу против високотехнолошког криминала.⁸⁷³ Наведеним законом се оснивају посебне организационе јединице државних органа које су специјализоване за откривање, кривично гоњење и суђење за кривична дјела која се подводе под високотехнолошки криминал. Под високотехнолошким криминалом подразумева се вршење кривичних дјела код којих се као објекат или средство извршења јављају рачунари, рачунарски системи, рачунарске мреже, рачунарски подаци, као и њихови производи у материјалном или електронском облику. Производима у електронском облику посебно се подразумевају рачунарски програми и ауторска дјела која се могу употријебити у електронском облику.⁸⁷⁴ Конкретно, у кривична дјела која се подводе под високотехнолошки криминал спадају кривична дјела против безбједности рачунарских података, кривична дјела против интелектуалне својине, имовине, привреде и правног саобраћаја, ако број примјерака ауторских дјела прелази 2000 или настала материјална штета прелази износ од милион динара.⁸⁷⁵

Законом је предвиђена организациона структура државних органа за поступање у случајевима високотехнолошког криминала. У оквиру државних органа надлежних за поступање у откривању кривичних дјела, кривичном гоњењу и судском поступку, формирана су посебна одјељења за борбу против високотехнолошког криминала. За поступање у кривичним дјелима која се подводе под високотехнолошки криминал, надлежно је Више јавно тужилаштво у Београду, тачније посебно одјељење за борбу против високотехнолошког криминала, односно Посебно тужилаштво. У оквиру министарства надлежног за унутрашње послове, организована је служба за борбу против високотехнолошког криминала. Виши суд у Београд, тачније Одјељење за борбу против

⁸⁷³ *Сл. гласник*, бр. 61/05 и 104/09, у даљем тексту ЗОНВК.

⁸⁷⁴ ЗОНВК, чл. 2.

⁸⁷⁵ ЗОНВК, чл. 3.

високотехнолошког криминала, је у првом степену надлежан за наведена кривична дјела за територију цијеле државе, а у другом степену Апелациони суд у Београду.

Упркос настојањима да се кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Србији унаприједи, основна примједба која се може упутити законодавцу односи се на неједнак третман појединих права интелектуалне својине.⁸⁷⁶ Кривична дјела којима се санкционише повреда жига и ознаке географског поријекла нису предвиђена у оквиру кривичних дјела против интелектуалне својине, већ против привреде. Осим тога, право на топографију интегрисаног кола је изостављено из кривичноправне заштите. Ако већ постоји посебна глава Кривичног законика којом су предвиђена кривична дјела против интелектуалне својине, онда би било логично да се повреда свих права интелектуалне својине налази на истом мјесту.

4. Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Хрватској

Кривична дјела против интелектуалне својине у Хрватској су регулисана Казненим законом.⁸⁷⁷ Законодавац у Хрватској предвиђа сљедећа кривична дјела против интелектуалне својине: повреда особних права аутора или умјетника извођача, недозвољена употреба ауторског дјела или изведбе умјетника извођача, повреда других ауторском сродних права, повреда права на изум, повреда жига и повреда регистроване ознаке поријекла. Осим кривичних дјела против интелектуалне својине, предвиђена су и кривична дјела против рачунарских система, програма и података. Радња извршења наведених дјела скоро у потпуности одговара истоименим кривичним дјелима у праву Србије и Босне и Херцеговине. Разлика је само у томе што хрватски казнени закон предвиђа повреду жига и регистроване ознаке поријекла као кривична дјела против интелектуалне својине, а не против привреде. Међутим, законодавац је пропустио да предвиди кривично дјело повреде индустријског дизајна.

Кривично дјело повреде жига састоји се у неовлашћеном коришћењу у промету знака који је истовјетан са заштићеним жигом за истовјетну робу или услуге или сличан заштићеном жигу у односу на производе који су истовјетни или слични онима за које је

⁸⁷⁶ Детаљније З. Миладиновић, (2007), 16-17.

⁸⁷⁷ Казнени закон *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15, (у даљем тексту КЗ РХ, глава XXVII Казнена дјела против интелектуалног власништва, чл. 284-290.

жиг регистрован, чиме јавност може бити доведена у заблуду о поријеклу производа и чиме извршилац прибавља знатну имовинску корист или проузрокује знатну штету (КЗ РХ, чл. 288). Кажњив је и покушај извршења овог кривичног дјела. За извршење овог кривичног дјела запријеђена је казна затвора до три године.

Повреда регистроване ознаке поријекла постоји када лице противно прописима користи ознаку поријекла, ознаку географског поријекла производа и услуга и ознаку традиционалног угледа пољопривредних и прехрамбених производа и на тај начин прибавља знатну имовинску корист или проузрокује знатну штету (КЗ РХ, чл. 289).

Предмети који су били намијењени или употребљени за извршење кривичног дјела биће одузети, а предмети који су настали извршењем кривичних дјела биће одузети и уништени. Изузетно, код кривичног дјела недозвољеног коришћења ауторског дјела, изведбе и повреде других сродних права носилац права може затражити предају предмета насталих извршењем кривичног дјела, уз накнаду која не може бити виша од трошкова производње. Таква накнада је државни приход намијењен сузбијању кривичних дјела против интелектуалне својине. Предмети који су настали извршењем кривичног дјела повреде жига и ознаке поријекла ће се одузети и уништити. Умјесто уништења, могуће је да суд одлучи да се ознака учини непрепознатљивом и да предмете настале извршењем кривичног дјела искористи у хуманитарне сврхе.

За кривична дјела повреде личних права аутора или умјетника извођача, као и за облик кривичног дјела повреде права на изум, код којег се радња извршења дјела састоји у неовлашћеном подношењу патентне пријаве, неовлашћеном објављивању проналаска или ненавођењу, односно лажном навођењу имена проналазача, гоњење се предузима по приједлогу оштећеног или другог заинтересованог лица. Такође, за наведена дјела прописана је казна затвора до једне године, а за сва остала кривична дјела против интелектуалне својине предвиђена је казна затвора до три године.

Изричито је предвиђено да ће пресуда за кривична дјела против права интелектуалне својине на захтјев оштећеника, када има за то оправдан интерес, бити јавно објављена о трошку учиниоца.

ЗАКЉУЧАК

Заштита субјективних права интелектуалне својине је неопходна претпоставка укључивања у токове свјетског тржишта и међународне трговине. Потреба за јачањем заштите ове врсте права, добрим дијелом, произлази из прихватања међународних обавеза. Специфичност права интелектуалне својине заснива се на посебном предмету заштите и функцији коју поједина права остварују. То је оно што их разликује у односу на друга субјективна права. Начин остваривања и спровођења права условљава посебна правила и мања одступања у односу на друга права. Међутим, чак ни посебан предмет заштите и специфичне карактеристике, не дају основа да се овим правима пружа посебан третман у односу на друга субјективна права. Правила спровођења, која у извијесној мјери одступају од општих, нису и не смију бити у функцији повлашћеног положаја ових права у односу на остала субјективна права. Осим тога, проблем заштите права интелектуалне својине је на терену спровођења материјалноправних одредаба и постојећих законских рјешења.

Основна средства заштите субјективних права интелектуалне својине у судском поступку су тужбе. Најзначајнија и, у пракси, свакако најчешћа је тужба због повреде права. Тужбу због повреде права може поднијети свако овлашћено лице, носилац права, његов наследник, стицалац искључиве лиценце или друго лице коме је то право изричито признато законом. Тужбом се прецизирају сљедећи тужбени захтјеви: захтјев за утврђење повреде права, захтјев за престанак вршења повреде права, захтјев за уклањање стања насталог повредом права, захтјев за повлачење или потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова, захтјев за уништење или преиначење предмета повреде или средстава којима је извршена повреда права, захтјев за препуштање предмета повреде носиоцу права уз плаћање трошкова производње, захтјев за објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог, захтјев за накнаду штете, захтјев за пружање информација. Да би се спријечила повреда права и наступање штете, до доношења коначне одлуке суда, тужилац може тражити издавање привремене мјере. Како би се спријечило да докази буду уништени, могуће је захтијевати издавање мјере обезбјеђења доказа. Привремене мјере и мјере за обезбјеђење доказа могу бити издате прије покретања судског поступка.

Осим тужбе због повреде права, заштита субјективних права интелектуалне својине остварује се посредством тужбе за утврђивање својства проналазача, уколико је извршена повреда личноправног овлашћења на назначење имена проналазача. Наведена тужба је у функцији заштите проналазачког права. Ако је пријаву за заштиту субјективног права индустријске својине поднијело неовлашћено лице, или је стекло право, а да при томе нема право на заштиту, овлашћено лице може тужбом да захтијева оспоравање признатог права и утврђивање права на заштиту. Тужба за оспоравање, односно, утврђивање права на заштиту је изузетно значајно средство којим се отклањају недостаци управног поступка за стицање субјективних права индустријске својине, будући да орган управе не испитује да ли подносилац пријаве има право на заштиту. Посебан случај утврђивања права на заштиту постоји уколико је интелектуално добро створено у радном односу. Ради утврђивања права на заштиту и других спорних питања у вези са тим, предвиђена је тужба за заштиту права запосленог или послодавца.

Претпоставка успјешног рјешавања спорова, а тиме и адекватне заштите субјективних права интелектуалне својине, је специјализација судова за спорове у области интелектуалне својине. У упоредном законодавству постоје различити облици специјализације, од формирања посебних судова, до територијалне концентрације надлежности у рукама једног или више судова опште надлежности или привредних судова. Предности увођења специјализованих судова су вишеструке. Специјализација судова води својеврсној концентрацији поступака и судија који поступају у тим поступцима. Повјеравање спорова у овој области једном или неколицини судова елиминише могућност да се већи број судија нађе у прилици да рјешава спорове у овој области. Смањење броја судија који суде одређене спорове доприноси њиховом стручном оспособљавању и специјализацији у области интелектуалне својине, што може допринијети бржем и ефикаснијем рјешавању спорова. Поступак у споровима из права интелектуалне својине је у већини држава хитан, а постојање посебних судова би могло да води увођењу посебних правила поступка. Улагање у формирање посебних судова упућује на спремност државе да заштити коришћење нематеријалних добара.

Упоредноправни преглед надлежности судова за спорове у области интелектуалне својине указује на тенденцију оснивања специјализованих судова или концентрацију надлежности у рукама једног или мањег броја одређених судова. Специфичност државног

уређења и друштвених прилика, као и стални сукоби око надлежности између ентитета, онемогућавају увођење сличних измјена у Босни и Херцеговини. Спорове из области интелектуалне својине, у првом степену, суди укупно 16 судова, што је за територију и број становника превише. Стручност судија и познавање ове специфичне материје није на задовољавајућем нивоу. За оснивање, рад и функционисање специјализованих судова, неопходна су значајна финансијска средства. С обзиром на учесталост спорова у досадашњој пракси, оснивање посебног суда не би било сврсисходно и оправдано. Сматрамо да би најефикасније рјешење била територијална концентрација надлежности, по узору на сусједну Србију, што би тек могао да буде извор сукоба и нових проблема. С обзиром на постојећу подјелу надлежности, требало би усвојити рјешење по коме би спорови из области интелектуалне својине били у искључивој надлежности једног суда у сваком ентитету и, евентуално, постојећег суда у Брчко Дистрикту. На тај начин, извршила би се концентрација надлежности, што би омогућило едукацију судија и њихово оспособљавање и специјализацију у области права интелектуалне својине.

Посебна правила о судској заштити субјективних права интелектуалне својине произлазе из посебног, нематеријалног карактера предмета заштите. Заштита права у виду спровођења конкретних мјера, по правилу, врши се на материјалним добрима у којима су опредмећена нематеријална добра, што доводи до подривања својинског концепта на њима. Дакле, право интелектуалне својине на нематеријалном добру, долази у сукоб са правом својине на материјалном добру у коме је извршена његова материјализација. То нарочито долази до изражаја код постављања захтјева за уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда или средстава и алата уз чију помоћ је извршена повреда. Конкуренција различитих права у једном предмету нужно води потреби њиховог међусобног уравнотежења. Право титулара субјективног права интелектуалне својине на нематеријалном добру, сукобљава се са правом власника предмета у коме је то добро материјализовано. Ако носилац права може поставити захтјев за уништење предмета којима је извршена повреда права, тиме се врши задирање у право својине другог лица. Да би једно право било заштићено, друго право мора бити ограничено. Стога, код одмјеравања супротстављених интереса, нужно је узети у обзир принцип сразмјерности и примјенити ону санкцију која је сразмјерна учињеној повреди.

Принцип сразмјерности или пропорционалности користи се приликом одмјеравања сразмјере између тежине учињене повреде и наложене правне санкције. Постоји неколико критеријума који се узимају у обзир приликом процјене сразмјерности. То су степен кривице, тежина учињене повреде, упоређивање штете или губитака коју трпи једна страна у односу на штету коју је претрпјела друга страна и да ли се циљ кажњавања може остварити неком другом санкцијом. Осим принципа сразмјерности, основни принципи заштите и спровођења права су принцип ефикасности и одвраћајући карактер санкција. Принцип ефикасности односи се забрану неразумног одуговлачења поступка и поштовање рокова. Одвраћајући карактер санкција подразумијева да санкције треба да буду довољно строге како би дјеловале на потенцијалне извршиоце.

Потреба јачања заштите субјективних права интелектуалне својине често се користи као повод за некритичко преузимање института који су страни концепту евроконтиненталног приватног права. Један од таквих института је казнена накнада у виду вишеструке накнаде за проузроковану штету. То је један од инструмената чији је циљ отклањање недостатака недовољног нивоа заштите права интелектуалне својине. Неадекватна заштита субјективних права интелектуалне својине на просторима бивших југословенских република, последица је недовољног степена развијености привреде, недовољне свијести о природи и значају нематеријалних добара, као и недовољног познавања права од стране субјеката који су дужни да примјењују постојеће одредбе. Иако савремена глобализација намеће прихватање међународних стандарда и усклађивање домаћих прописа са изворима права Европске уније, мора се водити рачуна о постојећим социјалним, економским и културним приликама, као и о постојећем правном систему.

Сврха казнене накнаде је кажњавање, које није карактеристично за приватно право. Једно од основних начела грађанског права је равноправност субјеката грађанскоправног, односно, приватноправног односа. Равноправност субјеката означава да ниједна страна у грађанскоправном односу нема власт над другом. Супротно, јавноправни однос увијек карактерише власт, односно ауторитет државе над својим грађанима. Ако су субјекти односа равноправни, ниједна страна не може кажњавати друге, јер искључиво држава има то право. Осим тога, увођење казнене накнаде у сфери заштите права интелектуалне својине, отвара пут увођењу приватне казне и у друге гране права, које се не могу на други начин адекватно заштитити. Умјесто прописивања грађанскоправних санкција које имају

казнени карактер, требало би више пажње обратити на спровођење и извршење тих санкција у пракси.

Сврха грађанскоправних санкција је реституција која означава да повријеђено или угрожено добро треба довести у стање у коме би се налазило да повреде или угрожавања није било. Конкретно, у одштетном праву, сврха је компензација чији је циљ да се оштећеном надомјесте претрпљени губици. Дакле, циљ накнаде штете није и не може бити кажњавање штетника. Уколико штетник плаћа износ већи од претрпљене штете, оштећени стиче корист без правног основа.

Увођење казнене накнаде се оправдава превентивном функцијом накнаде штете, што је становишта већ наведених циљева и сврхе одштетног права упитно. Ако се превенција схвата у ширем смислу, онда свака санкција има превентивни карактер. Међутим, превенција не може бити циљ у одштетном праву, већ само може имати утицаја у оквиру компензације, као примарног циља накнаде штете. Свијест штетника о санкцији која му пријети, требало би дјелује превентивно, али не треба заборавити да то може бити само један од споредних ефеката одштете, јер је превенција, општа и специјална, одлика кривичноправних санкција. Ако се на име накнаде штете, може досудити износ који је већи од претрпљене штете, онда се даје примат превентивној функцији одштете. Иако би, са становишта економске оправданости санкције, превентивна функција казнене одштете била довољан разлог за њено увођење, то ипак превазилази оквире компензације. Превенција, као сврха одштетног права и уопште грађанскоправне санкције, оправдана је све док не превазилази компензацију јер, у супротном, служи кажњавању.

Казнена накнада штете почива на уговореној или уобичајеној накнади за коришћење интелектуалног добра, јер та накнада служи као основица за обрачун штете. Ако је уговорна накнада основ за накнаду штете, могло би се размислити и о другачијим рјешењима, која не би нужно имала пенални карактер. Уколико је штета проузрокована обичном непажњом, претпоставка је да уговорена или уобичајена накнада представља довољно обештећење за носиоца права који не жели да се упушта у поступак доказивања претрпљене штете. Међутим, ако је повреда права извршена намјерно или крајњом непажњом, онда би требало досудити увећани износ уобичајене накнаде, који не би смио бити већи од износа претрпљене штете. О увећању износа одлучује суд, зависно од околности конкретног случаја. При томе, увећани износ уговорене или уобичајене накнаде

не би требало да има казнени карактер, све док не прелази износ стварне штете и изгубљене добити, па не видимо разлог да законодавац изричито истиче да суд води рачуна о превентивном циљу пенала, нити да се уопште истиче пенални карактер санкције.

Проблем досуђивања казнене накнаде нарочито је изражен у материји заштите ознака географског поријекла. С обзиром да ознаке географског поријекла нису и не могу бити у промету, не постоји лиценцна накнада нити било која накнада која би могла бити плаћена за коришћење. Право коришћења заштићене ознаке географског поријекла, било имена поријекла или географске ознаке, може стећи било које лице које испуњава услове за то. У случају неовлашћеног коришћења ознаке географског поријекла, не постоји основица за обрачун накнаде штете у виду уговорене или уобичајене накнаде за коришћење предмета заштите. Стога, законодавац прописује да ће у случају да је повреда имена поријекла или географске ознаке учињена намјерно или крајњом непажњом, тужилац моћи да тражи накнаду до троструког износа стварне штете и измакле добити. Чак и уколико би се накнада до троструког износа лиценцне накнаде за остала права интелектуалне својине могла прихватити, под условом да не прелази износ стварно претрпљене штете, не постоји ниједан аргумент којим би се могло оправдати овакво рјешење. Тиме се директно подрива смисао накнаде штете и компензација као циљ одштете. Накнада штете заснива се на принципу да оштећени не би требало да добије ни више ни мање од оног износа штете коју је заиста претрпио. Иако смо свјесни да је то у пракси тешко оствариво, недопустиво је да законодавац предвиди да накнада штете може чак три пута бити већа од стварно претрпљене штете. Осим тога, не видимо разлог због којег би субјективно право заштите ознаке географског поријекла имало повлашћен положај, како у односу на остала права интелектуалне својине, тако и у односу на остала субјективна права.

Поред практичних тешкоћа око обрачуна износа материјалне штете поводом повреде нематеријалних добара, посебан проблем представља питање накнаде нематеријалне штете. Право на накнаду нематеријалне штете у праву интелектуалне својине имају само носиоци личноправних овлашћења, поводом повреде тих овлашћења. По природи ствари, то могу бити само физичка лица. Међутим, у пракси и теорији, све више је заступљено схватање да и правна лица могу претпрјети нематеријалну штету. Према важећем Закону о облигационим односима, прихваћена је субјективна концепција

нематеријалне штете, по којој се штета везује за постојање физичког или психичког бола. С обзиром да правно лице не може да трпи психичке или физичке болове, не може претрпјети ни нематеријалну штету. У упоредном праву и већини бивших југословенских република, прихваћен је објективни концепт нематеријалне штете, према коме се штета дефинише као повреда права личности. Нематеријална штета се углавном везује за повреду пословног угледа правног лица. Међутим, штета због повреде угледа се такође заснива на физичким или психичким боловима због повреде угледа, које, правно лице, као што смо већ навели, не може доживјети. Уколико би била прихваћена објективна концепција нематеријалне штете и уколико би се могло говорити о одређеним „личним“ правима правног лица, онда би нематеријална штета могла бити досуђена.

Повреда пословног угледа, по правилу, има негативне економске посљедице, у виду смањења пословне активности, смањења броја купаца, смањења тражње за производом и сл. Уколико правно лице обавља искључиво привредну дјелатност, свака повреда угледа има и негативне економске посљедице, што значи да се посљедица увијек манифестује у облику имовинске, материјалне штете. Супротно, када су у питању правна лица која се не баве привредном дјелатношћу, односно чија дјелатност нема лукративни карактер, повреда угледа или доброг гласа правног лица не мора увијек имати негативне економске посљедице. Повреда угледа правног лица које нема лукративни карактер и својеврсна стигматизација тог лица може имати знатно теже и далекосежније посљедице од било које материјалне штете.

У циљу ефикасне заштите субјективних права интелектуалне својине, предвиђен је захтјев за пружање информација о извршеној повреди, учиниоцу и дистрибутивним каналима робе којом се врши повреда права. Наведене информације се, између осталог, могу тражити од лица која у обиму комерцијалне дјелатности посједују робу за коју се сумња да се њоме врши повреда права, користе услуге за које се сумња да се њима повређује право и пружају услуге за које се сумња да се њима повређује право интелектуалне својине. Интернет сервис провајдери се баве пружањем услуга, које могу да буду искоришћене за повреду права интелектуалне својине. Интернет провајдер је у ширем смислу посредник и његова улога у откривању и сузбијању повреда на интернету је значајна, а понекад и пресудна. Он постаје кључни субјект за остваривање заштите ауторског права на интернету. Међутим, кључни проблем у вези са откривањем

информација о идентитету корисника је нарушавање приватности корисника. Такође, упитно је да ли то може помоћи носиоцу права да открије учиниоца и да ефикасно заштити своје субјективно право. Чак и када би провајдер имао обавезу да открије информације о клијентима, заштита права на интернету не би била загарантована јер клијенти не морају бити непосредни извршиоци повреде. Дакле, на једној страни постоји потреба да се оствари заштита ауторских права на интернету, а са друге, да се очува приватност корисника интернета. У таквим околностима, а нарочито ако је посредник пуки преносилац сигнала који нема утицаја на садржај и чија је улога искључиво техничке природе, посреднику се често неосновано намећу обавезе.

Изрицање привремених мјера у поступку поводом повреде субјективних права интелектуалне својине може да буде од пресудног значаја за заштиту права. Привремене мјере су предвиђене законима којима се регулишу поједина права интелектуалне својине. Наведене одредбе представљају *lex specialis* у односу на одредбе закона о парничном поступку. Привремене мјере су процесни инструмент којим се носиоцу права омогућава провизорна заштита, прије него што суд донесе одлуку о повреди права. По својој правној природи, привремене мјере су институт извршног права и спадају у судске мјере обезбјеђења. Међутим, општи појам привремене мјере предвиђен законом о парничном поступку, разликује се од појма привремене мјере у праву интелектуалне својине. Привремена мјера је посебна врста судске мјере обезбјеђења, која је посебна по начину одређивања и изриче се без претходног обавјештавања и саслушања супротне странке. У праву интелектуалне својине, привремена мјера је општи назив за судске мјере обезбјеђења које се могу изрећи.

У погледу регулисања привремених мјера, закони из области права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини нису усклађени са важећим законима о парничном поступку. Приликом прописивања привремених мјера, законодавац је преузео рјешења из ранијих закона о ауторском и сродним правима и о праву индустријске својине, који су били усклађени са Законом о извршном поступку из 1978. године. Наиме, према наведеним законима, против рјешења о привременој мјери могао се истаћи приговор. То рјешење је преузето и у важећим законима који регулишу област интелектуалне својине. Међутим, према Закону о парничном поступку, на рјешење о привременој мјери може се изјавити жалба. Стога, одредбе закона којима се регулишу права интелектуалне својине

треба ускладити са одредбама процесних закона, тачније са Законом о парничном поступку и умјесто приговора, као правни лијек предвидјети жалбу на одлуку суда о привременој мјери.

Традиционални концепт заштите права интелектуалне својине не може се примјенити у дигиталном окружењу. Повреде права на интернету су учестале у толикој мјери да постају општеприхваћени модел понашања, који не прати свијест да се чини нешто што је недопуштено или погрешно, што додатно отежава откривање, кажњавање и спречавање повреда на интернету. Смисао постојања законом признатог субјективног права које се не може заштитити у пракси доведен је у питање, јер губи легитимитет и треба га мијењати. Право интелектуалне својине у савременим условима не одговара општеприхваћеним схватањима јавног или друштвеног морала. Стога, неопходне су корјените промјене и прилагођавање права интелектуалне својине новим условима, како у погледу материјалноправних одредаба, тако и по питању спровођења права и заштите у случају повреде права.

Чињеница да се заштита права интелектуалне својине тешко спроводи на интернету, не значи да она не треба да постоји, већ је неопходно пронаћи нови модел остваривања који ће бити погодан за све заинтересоване стране, за носиоце права, кориснике, посреднике и крајње потрошаче. Улога посредника све више добија на значају, будући да им се намеће све више обавеза, без обзира на начелно правило о ослобођењу од одговорности.

Субјективна права интелектуалне својине су апсолутна права, што значи да су сва лица дужна да се уздрже од повреде права. Другим ријечима, тужбени захтјев може бити усмјерен против било ког лица које врши повреду тог права. Тужбени захтјев за престанак повреде права може бити постављен не само извршиоцу повреде, него и лицу које није непосредни извршилац повреде, али је у прилици да ту повреду оконча. То су најчешће лица чије услуге користе трећа лица за извршење повреде права, односно посредници. Даље, то значи да судска наредба којом се забрањује повреда права интелектуалне својине може бити изречена лицу које је извршило повреду права и посреднику који је у прилици да оконча повреду права, без обзира на његову евентуалну одговорност за повреду права. Посредници су фактички у прилици да прекину или спријече повреду права. Могућност изрицања мјера према посредницима, којима се тражи престанак повреде права, доводи до

проширења обима заштите права. Ниво остваривања, односно заштите права утиче на обим овлашћења, тј. обим и садржину субјективног права. Уколико се заштита проширује и дјелује и на лица која нису одговорна за повреду права, обим заштите се неовлашћено проширује.

У циљу онемогућавања повреда права на интернету, у ситуацијама кад није могуће установити ко је непосредни извршилац повреде, мјере којима се спречава повреда изричу се посредницима. Посредници олакшавају спровођење тих мјера, које би требало да погађају крајње кориснике, односно извршиоце радње повреде. Међутим, изрицање мјера према посредницима не може да се уклопи у опште стандарде одштетног права, јер погађа трећа савјесна лица. Повреда права интелектуалне својине постоји без обзира на субјективни однос извршиоца, дакле, без обзира на то да ли је знао или могао знати да врши повреду права. Кривица може да буде од значаја само за поједине тужбене захтјеве, као што је захтјев за накнаду штете. Остали тужбени захтјеви, за престанак повреде, уклањање стања насталог повредом права, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права или средстава која су употријебљена за повреду права, могу се изрицати без обзира на кривицу. Дакле, наведене мјере могу изрицати и другим лицима, а не само извршиоцима повреде. Уколико посредник није знао, нити је могао да зна за извршену повреду, а могу му се изрећи мјере престанка и забране повреде, онда то упућује на постојање објективне одговорности.

Друго могуће тумачење је да посредник заправо врши посредну повреду права и да се на тај начин проширује појам посредне повреде права интелектуалне својине, а тиме и обим права. Уколико се ради о посредној повреди права, постоји неколико критеријума који су од значаја за одговорност посредника. То су савјесност посредника, степен контроле коју посредник има над повредом и улога посредника у откривању и санкционисању повреде. Први критеријум односи се на питање да ли је посредник знао или је могао да зна да је извршена повреда права, односно да ли је предузео све што је било у његовој моћи и да ли је показао дужну пажњу да би се спријечила непосредна повреда права. Други критеријум тиче се степена контроле које посредник има над повредом права. Дакле, без обзира на то да ли је знао или могао да зна да је извршена непосредна повреда права, битно је да ли је објективно био у могућности да утиче на

извршење повреде права. На крају, уколико носилац права није у прилици да тужи извршиоца повреде, усмјериће своје захтјев према посреднику.

Једна од мјера које је могуће изрећи посреднику је мјера којом посредник укида корисницима приступ интернету. То је радикална мјера за коју се тешко може наћи оправдање. Укидање приступа интернету није гаранција да корисник више неће вршити повреде права. С обзиром да се мјера изриче посреднику, односно интернет провајдеру, а не директно кориснику, он увијек може да промијени провајдера или да приступи путем бежичне конекције. Приступ интернету је неопходан технички предуслов за извршење повреде права, али се повреде права не могу спријечити укидањем приступа интернету. Чак и ако би се корисник онемогућио да изврши повреду права, он не би могао да изврши било коју дозвољену активност. Могућност злоупотребе приступа интернету за извршење повреде права не смије да води ограничењу или потпуном укидању. Ако бисмо се водили том логиком, свака активност која би могла бити коришћена на недозвољен начин или у недозвољене сврхе би могла бити забрањена. То свакако није цјелисходно нити сразмјерно извршеној повреди. Осим тога, укидање приступа интернету би довело до угрожавања основних људских права и слобода.

Судска контрола управних аката је облик управноправне заштите права интелектуалне својине. Управносудска заштита права интелектуалне својине, значајна је, првенствено, због специфичног поступка стицања субјективних права индустријске својине. Права индустријске својине стичу се у поступку пред надлежним органом управе. У надлежности истог органа су и поступак оглашавања рјешења о признању права ништавим и посебни случајеви престанка жига. Предмет заштите није право интелектуалне својине као такво, већ законитост акта којим се одлучује о неком праву. То може бити било која одлука органа управе у поступку стицања права индустријске својине, одлука о оглашавању рјешења о признању права ништавим, одлука о престанку права, одлука у поступку издавања дозволе или надзора над радом организације за колективно остваривање ауторског и сродних права и одлука Савјета за ауторско право. Надлежни суд, уколико установи да је акт незаконит, може да га поништи и врати органу управе на поновно одлучивање. Изузетно, у законом предвиђеним случајевима, орган управе може сам да одлучи, тј. да исправи неправилност без враћања органу управе.

Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Босни и Херцеговини није усклађена са одредбама ТРИПС-а. Државе чланице су у обавези да обезбједе кривичноправну заштиту барем у случају кривотворења жива и пиратства ауторских права. Жиг као субјективно право не ужива одговарајућу заштиту јер се жиг подводи под појам фирме, мада су жиг и фирма различити појмови, који се само изузетно могу подударати. Чак и уколико постоји подударност између жига и фирме, објект и функције заштите нису исти. Радњу извршења кривичног дјела чини коришћење туђег заштићеног знака за обиљежавање својих производа или уношење појединих обиљежја у своју ознаку с циљем обмањивања купаца. Не прави се разлика између истовјетности и сличности како ознака, тако и робе и услуга који се њима обиљежавају, што је са становишта права интелектуалне својине изузетно значајно.

Одредбе Кривичног закона Босне и Херцеговине о заштити ауторског права су недовољно прецизне, са редакторским грешкама које би требало исправити. До усвајања важећих закона, поједина кривична дјела била су предвиђена Законом о ауторском праву. Одредбе тих закона су престале да важе, а ништа није предузето у погледу реформе одредаба кривичног законодавства које се односе на заштиту интелектуалне својине. Стога, неопходно је извршити усклађивање кривичног законодавства са актуелним законима из области интелектуалне својине. Посебан проблем је подијељена надлежност јер су поједина кривична дјела регулисана ентитетским законима, а друга, законом на државном нивоу. С обзиром да су права интелектуалне својине у надлежности државе, а не ентитета, логично би било да се на државном нивоу регулишу кривична дјела против интелектуалне својине, која би, поред повреде ауторских права обухватила и повреду жига, ознаке географског поријекла, индустријског дизајна и патента. Уколико су субјективна права регулисана на државном нивоу, а не ентитетским законима, онда би и кривичноправна заштита тих права требало да буде јединствено регулисана. То би значило да би кривична дјела из ове области била у надлежности Суда БиХ, што је у складу са концентрацијом судске надлежности у погледу заштите интелектуалне својине, али управо у томе и јесте кључни проблем и главна препрека реформи кривичног законодавства.

ЛИТЕРАТУРА

Монографије, уџбеници и друга систематска дјела

- 1) АНТИЋ, Оливер: *Наследно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011;
- 2) АНТИЋ, Оливер: *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011;
- 3) БЕСАРОВИЋ, Весна: *Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005;
- 4) БЕСАРОВИЋ, Весна, ЖАРКОВИЋ, Благота: *Интелектуална својина, Међународни уговори*, Досије, Београд, 1999;
- 5) VAINBRIDGE, David: *Intellectual Property*, Pearson, Longman, 2007;
- 6) VODENHAUSEN, G.: *Guide to the application of the Paris convention for the protection of industrial property, as Revised at Stockholm in 1967*, VIRPI, 1969;
- 7) ВАРГА, Синиша: *Право индустријске својине*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2014;
- 8) ВАСИЉЕВИЋ, Мирко: *Трговинско право*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2006;
- 9) ВЕРОНА, Алберт: *Право индустријског власништва*, Загреб, 1978;
- 10) ВЛАШКОВИЋ, Божин: *Садржина и повреда патента*, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1999;
- 11) ВЛАШКОВИЋ, Ксенија: *Развој правне заштите познатих жигова у немачком праву и праву Европске уније*, докторска дисертација, Крагујевац, 2015;
- 12) ГАВРИЛОВИЋ, Слободан: *Основи и средства грађанскоправне заштите ауторских права у Југославији с освртом на упоредно право*, докторска дисертација, Београд, 2006;
- 13) DUTFIELD, Graham, SUTHERSANEN, Uma: *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2008;
- 14) ЖИВАНОВИЋ, Милорад: *Тужба за утврђење у парничном поступку*, Универзитет – Правни факултет Бања Лука, 1991;
- 15) ЗУГЛИА, С., ТРИВА, С.: *Коментар Закона о парничном поступку*, Народне новине, Загреб, 1957;
- 16) ЈАЊИЋ, Миодраг: *Правни режим проналазака створених у радном односу*, Београд, 1965;
- 17) КОНСТАНТИНОВИЋ, Михаило: *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Центар за документацију и публикације Правног факултета, Београд, 1969;
- 18) КОШУТИЋ, Б: *Основи права Европске уније*, Београд, 2010;
- 19) ЛИЛИЋ, Стеван: *Управно право, Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014;
- 20) ЛИЛИЋ, Стеван, ДИМИТРИЈЕВИЋ, Предраг, МАРКОВИЋ, Милан: *Управно право*, Савремена администрација, Београд, 2004;
- 21) МАРКОВИЋ, Ратко: *Управно право*, Слово АД, Београд, 2002;

- 22) МАРКОВИЋ, Слободан: *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд, 2014;
- 23) МАРКОВИЋ, Слободан, ПОПОВИЋ, Душан: *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014;
- 24) МАРКОВИЋ, Слободан: *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2007;
- 25) МАРКОВИЋ, Слободан: *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999;
- 26) МАРКОВИЋ, Слободан: *Патентно право*, Номос, Београд, 1997;
- 27) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2012;
- 28) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш, 2004;
- 29) НИКОЛИЋ, Душан: *Грађанскоправна санкција - генеза, еволуција и савремени појам*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1995;
- 30) ПЕТРОВИЋ, Здравко, МРВИЋ ПЕТРОВИЋ, Наташа: *Накнада нематеријалне штете*, Службени гласник, Београд, 2012;
- 31) ПОЗНИЋ, Боривоје: *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1965;
- 32) ПОПОВИЋ, Душан: *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012;
- 33) РАЂЕНОВИЋ, Мирјана: *Право управног спора*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2010;
- 34) РАЧИЋ, Ранка: *Извршно процесно право*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука, 2009;
- 35) СПАИЋ, Војислав: *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Сарајево, 1969;
- 36) СПАСОЈЕВИЋ, Соња: *Колизија географских ознака и жигова*, докторска дисертација, Крагујевац, 2013;
- 37) СТАНКОВИЋ, Обрен, ВОДИНЕЛИЋ, Владимир: *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1996;
- 38) СТАНКОВИЋ, Гордана, РАЧИЋ, Ранка: *Парнично процесно право*, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука, 2010;
- 39) СТОЈАНОВИЋ, Драгољуб, АНТИЋ, Оливер: *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2004;
- 40) СТОЈАНОВИЋ, Зоран: *Кривично право*, Правна књига, Београд 2009;
- 41) SUTHERSANEN, Uma: *Utility Models and Innovation in Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Geneva, 2006;
- 42) ТОМИЋ, Зоран: *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Службени гласник, Београд, 2010;
- 43) ТРИФКОВИЋ, Милош: *Нелојална утакмица*, ИП „Свјетлост“ Завод за уџбенике и наставна средства, Сарајево 1990;
- 44) TSOUTSANIS, Alexander: *Trademark Registrations in Bad Faith*, Oxford University Press, 2010;
- 45) HARGUTH, Alexander, CARLSON, Steven: *Patents in Germany and Europe: Procurement, Enforcement and Defense, An International Handbook*, Kluwer Law International, 2011;

- 46) CORREA, Carlos: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, 2007;
- 47) CORREA, Carlos: *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, T.R.A.D.E. South Center Working Papers, 1999.

Чланци

- 1) ADAMS, Charles, *A Brief History of Indirect Liability for Patent Infringement*, Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 22, Issue 3, 2005;
- 2) ANGELOPOULOS, Christina: *Beyond the Safe Harbours: Harmonizing Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013–72;
- 3) АНТИЋ, Оливер: *Савесност и поштење у облигационом праву*, Правни живот, бр. 10/2003;
- 4) BARETIĆ, Marko: *Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 56, 2006;
- 5) BEHR, Volker: *Punitive Damages in America and German Law – Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, 2003;
- 6) БЛАЖЕВИЋ, Борислав: *Како до правичне накнаде неимовинске штете у случају повреде ауторског права и сродних права*, Зборник Хрватског друштва за ауторско право, бр. 10/2009;
- 7) BORGHETTI, Jean-Sébastien: *Punitive Damages in France*, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, eds. H. Koziol, V. Wilcox, Springer-Verlag, Wien, 2009;
- 8) БРКИЋ, Снежана: *Терет доказивања у кривичном и парничном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2012;
- 9) VAN BOOM, Willem: *Compensating and Preventing Damage: Is there Any Future Left for Tort Law?*, Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa, Vol. I, Stockholm, 2006;
- 10) VEROVIĆ, Marko: *Usklađenost kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj s tendencijama zaštite u Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol 31, br. 1, 2010;
- 11) ВЛАШКОВИЋ, Божин: *Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом*, Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању, ур. Б. Влашковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013;
- 12) ВЛАШКОВИЋ, Божин: *Индивидуалност индустријског дизајна*, Право и услуге, ур. М. Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012;
- 13) ВЛАШКОВИЋ, Ксенија: *Заштита познатих жигова по Првој Директиви 89/104/ЕЕЗ*, Анали Правног факултета у Београду, 1/2013;
- 14) ВРХОВШЕК, Мирослав, КОЗАР, Владимир: *Одређивање привремене мере у поступку грађанскоправне заштите жига*, Правни живот, бр. 11/2002;
- 15) GASSER, Urs: *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model*, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication No. 2006-04;
- 16) GEIGER, Christophe: *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law*, Intellectual Property Law: Methods and

- Perspectives, (ed. Graeme V. Dinwoodie) Cheltenham, UK/Northampton, Edward Elgar, 2013;
- 17) ГОЛИЈАНИН, Сања: *Предмет управног спора у правном систему Босне и Херцеговине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 58, 2011;
 - 18) ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА, Јадранка, ГАВРИЛОВИЋ, Ненад: *European Law and the Emergent of Principles of Intellectual Property Rights Enforcement*, Правни живот, бр. 11/2013;
 - 19) ДЕДИЈЕР, Милован: *Неновчана и новчана накнада нематеријалне штете*, Правни живот, бр. 9-10/1992;
 - 20) ДЕЛИЋ, Наташа: *Кривична дела против интелектуалне својине*, Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени, ур. Станко Бејатовић;
 - 21) ДРАГИЧЕВИЋ, Милица: *Новчана накнада нематеријалне штете*, Зборник радова Правног факултета у Источном Сарајеву, бр. 5, 2009;
 - 22) ДРАГОВИЋ, Д.: *Накнада нематеријалне штете правном лицу због повреде пословног угледа*, Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања, ур. З. Петровић, Београд, 2010;
 - 23) ЂОРЂЕВИЋ, Живомир: *Средства грађанскоправне заштите ауторских дела и облика индустријске својине, и субјективних права поводом њих, у нашем праву*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1987/1988, Крагујевац, 1988;
 - 24) KALLINIKOU, Dionysia: *Greece's Specialised Intellectual Property Courts Regime*, Study on Specialised Intellectual Property Courts, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012;
 - 25) КАЧЕР, Хрвоје: *Концепт нематеријалне штете по Закону о обвезним (облигационим) односима из 1978. и упоредба са концептом из хрватског Закона о обвезним односима из 2005.*, Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda, ур. Р. Вукадиновић, Београд, 2009;
 - 26) KLINK, Jan, GELDARD, Edwards: *Cherry Picking in Crossborder Patent Infringement Actions: A Comparative Overview of German and UK Procedure and Practice*, EIPR, 2004;
 - 27) КОСН, В. А.: *Punitive Damages in European Law*, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (eds. H. Koziol, V. Wilcox), Tort and Insurance Law, No. 25. Springer Wien New York, 2009;
 - 28) KOZIOL, Helmut: *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?*, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, eds. H. Koziol, V. Wilcox, Springer-Verlag, Wien, 2009;
 - 29) КРНЕТА, Славица, *Еволуција појма „захтјев“ и његов однос према субјективном праву*, Одабране теме приватног права, ур. М. Повлакић, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007;
 - 30) КРНЕТА, Славица: *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права*, Одабране теме приватног права, Зборник радова, ур. М. Повлакић, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007;
 - 31) КРНЕТА, Славица: *Лична права правних лица*, Одабране теме приватног права, ур. М. Повлакић, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2007;
 - 32) KUR, Annette: *Not Prior in Time, But Superior in Right: How Trademarks Registrations Can Be Affected by Third Party Interests in a Sign*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-10;

- 33) KUR, Annette, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04;
- 34) LEISTNER, Matthias: *Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 9, 1/2014;
- 35) MAGNUS, Ulrich: *Punitive Damages and German Law*, The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?, eds. L. Meurknes, E. Nordin, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012;
- 36) МАРИЋ, Снежана: *Право правних лица на неимовинску штету*, Правни живот, бр. 10/2002;
- 37) МАРКОВИЋ, Вера: *Накнада неимовинске штете правних лица*, Правни живот, бр. 10/2001;
- 38) МАРКОВИЋ, Слободан: *Мали патент у патентном праву Србије*, Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању, ур. Б. Влашковић, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 2013;
- 39) МАРКОВИЋ, Слободан, *Јавни домен и право интелектуалне својине*, Право и привреда, бр. 4-6/2011;
- 40) МАТАНОВАС ВУЏКОВИЋ, Romana, KUNDA, Ivana: *Materijalnopravno i kolizijskopravno uređenje intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 32, 1/2011;
- 41) МАТАНОВАС, Romana: *Utjecaj Direktive 2004/48/EC o provedbi prava intelektualnog vlasništva na hrvatski autorskopравни poredak*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, Vol 6, 2005;
- 42) MERGES, Robert: *Introductory Note to Brief of Amicus Curiae in eBay v. MercExchange*, Berkeley Technology Law Journal, 1-1-2006;
- 43) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Привремене мере и мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине*, Право и привреда, бр. 4-6/2013;
- 44) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Правни режим интелектуалних добара створених у радном односу*, Право и привреда, 7-9/2012;
- 45) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Накнада штете по ЗОО и прописима о заштити права интелектуалне својине*, Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda, Зборник радова, ур. Р. Вукадиновић, Београд, 2009;
- 46) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Заштита проналазака створених у радном односу*, Правни живот, бр. 13/2009;
- 47) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Раскид уговора због промењених схватања аутора (право покајања)*, Право и привреда, бр. 5-8/2009;
- 48) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Кривичноправна заштита права интелектуалне својине*, Право – теорија и пракса, бр. 3-4/2007;
- 49) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Овлашћења инспекцијских органа у заштити права интелектуалне својине*, Правни живот, 13/2007;
- 50) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Царински поступак са робом којом се повређују права интелектуалне својине*, Право, теорија и пракса, 7-8/2006;
- 51) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Накнада нематеријалне штете због повреде права интелектуалне својине у судској пракси*, Грађанска кодификација, ур. Р. Ковачевић-Куштримовић, Правни факултет, Ниш, 2004;
- 52) МИЛАДИНОВИЋ, Зоран: *Судска заштита субјективних права интелектуалне својине у нашем праву*, Правни живот, 11/2003;

- 53) МОЈАШЕВИЋ, Александар: *Казнена одштета у америчком праву*, Страни правни живот, бр. 1/2011;
- 54) МОРАИТ, Бранко: *О неким принципијелним питањима нематеријалне штете*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 31/32, 2010;
- 55) НОВАКОВИЋ, Братислав: *Накнада нематеријалне штете и недозвољено економско искоришћавање патента*, Право и привреда, бр. 5-8/2000;
- 56) ONLY, Ansgar: *Three Principles of European IP Enforcement law: Effectiveness, Proportionality, Dissuasiveness, Tecnology and Competition*, Contributions in Honour of Hanns Ullrich, (ed. J. Drexl), Larcier, 2009;
- 57) OWEN, David: *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, Villanova Law Review, Vol. 39, 1994;
- 58) ПЕРОВИЋ, Слободан: *Уводна реч на VI сусрету Копаоничке школе природног права*, Десет година копаоничке школе природног права, Београд, 1996;
- 59) PINYOSINWAT, Jumpol: *A Model for Specialized Intellectual Property Court in Developing Countries*, Faculty of Law, Waseda University, 2010;
- 60) ПОПОВИЋ, Душан: *Критички осврт на Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPs)*, Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ: 2011, (ур. Вук Радовић), Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2011;
- 61) ПОПОВИЋ, Душан: *Повреда ауторског права и сродних права на интернету: преиспитивање улоге посредника*, Право и привреда, бр. 4-6/2010;
- 62) ПОПОВИЋ, Слободан: *Обавеза на накнаду троструке штете у случају повреде права индустријске својине*, Правни живот, бр. 11/1995;
- 63) PUMFREY Nicholas et alia, *The Doctrine of Equivalents in Various Patent Regimes – Does Anybody Have It Right*, Yale Journal of Law and Technology, Vol. 11, 2009;
- 64) РАДОВАНОВИЋ, Сања: *Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект*, Интелектуална својина и интернет, називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке, ур. Д. Поповић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015;
- 65) РАДОВАНОВИЋ, Сања: *Технолошке мере у систему заштите ауторског права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2011;
- 66) РАДОВАНОВИЋ, Сања: *Трострука накнада у нашем праву интелектуалне својине*, Правни живот, бр. 11/2003;
- 67) RADOLOVIĆ, Aldo: *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006;
- 68) RAČKI-MARINKOVIĆ, Ana: *Žigovi prijavljeni u zloj vjeri u hrvatskom pravu i pravu Evropske unije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2-3/2009;
- 69) REICHMAN, J, C: *Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement*, Virginia Journal of International Law, Vol. 37, 1997;
- 70) РЕЉАНОВИЋ, Марио: *Поступања интернет оператора поводом наводног кршења ауторских права – законодавство и пракса у Србији*, Правни записи, год. IV, бр. 1/2013;
- 71) ROGNSTAD, Ole Andreas: *Compensation and Restitution in EU Intellectual Property Law, Remedies and Substantive Law – European Dimensions of Economic and Private Law*, eds, M. Andenas, K. Lillehot, University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series No. 2011-18;

- 72) RUSE-KHAN, Henning Grosse: *IP Enforcement Beyond Exclusive Rights*, Intellectual Property Enforcement From a Development Perspective, ed. C. Correa, Elgar, 2009, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No 09-08;
- 73) RUSE-KHAN, Henning Grosse: *From Trips to ACTA: Towards A New "Gold Standard" in Criminal IP Enforcement*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 10-06;
- 74) САЈИМА, Марија: *Чињенице као предмет деклараторне тужбе*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2013;
- 75) SAMUELSON, Pamela, HILL, Phil, WHEATLAND, Tara: *Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 2013;
- 76) SAMUELSON, Pamela, WHEATLANDE, Tara: *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, William & Mary Law Review, Vol. 51, 2009;
- 77) SAVOLA, Pekka: *Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers*, ЈИПТЕС 5/2014;
- 78) СПАСОЈЕВИЋ, Соња: *Обим заштите ознака географског порекла и гарантовано традиционалних специјалитета у смислу Уредбе ЕУ 1151/2012*, Гласник права, год. IV, бр. 2/2013;
- 79) STAMATOUDI, Irini: *Ethics, Reality and the Law, The Example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele2*, Revue Hellénique de Droit International, 63, 2/2010, Athens – Thessaloniki;
- 80) SUZOR, Nicolas: *Privacy v Intellectual Property Litigation: Preliminary Third Party Discovery on the Internet*, Australian Bar Review, Vol. 25, 2004;
- 81) ТАЊЕВИЋ, Наташа: *Кривичноправна заштита права интелектуалне својине у Србији*, Безбедност, бр. 1/2011;
- 82) URBAS, Gregor: *Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights: Interaction Between Public Authorities and Private Interests*, New Frontiers of Intellectual Property Law IP and Cultural Heritage – Geographical Indications – Enforcement – Overprotection, eds. C. Heath, A.K. Sanders, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, Oxford and Portland, Oregon, 2005;
- 83) FIEBIG, Andre: *The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments*, Georgia Journal of International & Comparative Law, Vol. 22, 1992;
- 84) ФИШЕР-ШОБОТ, Сандра: *Посредна повреда патента*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. XLIV, бр. 3/2010;
- 85) HARNHOFF, Dietmar, HOISL, Karin: *Institutionalized Incentives for Ingenuity – Patent Value and the German Employees' Inventions Act*, Discussion Paper 2006-12, Munich School of Management University of Munich;
- 86) HEATH, Christophe: *Wrongful Patent Enforcement – Threats and Post-Infringement Invalidity in Comparative Perspective*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), Vol. 39, 3/2008;
- 87) HILTY, Reto, JAEGER, Thomas, LAMPING, Matthias, ULLRICH, Hanns: *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Law Research Paper No. 12-12;
- 88) HUGENHOLTZ, Bernt, SENFTLEBEN, Martin: *Fair Use in Europe, In Search for Flexibilities*, Amsterdam, November 2011;

- 89) HUSOVEC, Martin, PEGUERA, M.: *Much Ado About Little: Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions*, IIC, 2/15;
- 90) HUSOVEC, Martin: *Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC), Vol. 4, 2/2013;
- 91) CAPPER, David, *The Need for Mareva Injunctions Reconsidered*, Fordham Law Review, Vol. 73, Issue 5, 2005;
- 92) CORNISH, William et alia: *Procedures and Remedies for Enforcing IPRs: The European Commission's Proposed Directive*, European Intellectual Property Review, 2003, 25(10);
- 93) YU, Peter K.: *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, Houston Law Review, Vol. 46, 2009;
- 94) WAGNER, Gerhard: *Punitive Damages in European Private Law*, Handbook of European Private Law, eds. J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, 2011;
- 95) WECHSLER, Andrea: *Criminal Enforcement of Intellectual Property Law – An Economic Approach*, Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research, ed. C. Geiger, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2012;
- 96) WOLK, Sanna: *Remuneration of Employee Inventors – Is There a Common European Ground? A Comparison of National Laws on Compensation of Inventors in Germany, France, Spain, Sweden and United Kingdom*, IIC, Vol. 42, 3/2011.

Извјештаји, студије и остали извори

- 1) AIPPI Resolution, Q203, *Damages for infringement, counterfeiting and piracy of Trademarks*, Yearbook 2008/II;
- 2) AIPPI Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I;
- 3) *Bad Faith Case Study*, OHIM, 2003, доступно на: <http://euipo.europa.eu/en/enlargement/pdf/badfaithCS3101.pdf>;
- 4) *Bardehle Pagenberg, IP Report 2014/I*, доступно на: http://www.bardehle.com/uploads/files/IP_Report_2014_I.pdf;
- 5) DUSOLLIER, Séverine: *Fair use by Design in the European Copyright Directive of 2001: An Empty Promise*, www.cfp2002.org/fairuse/dusollier.pdf;
- 6) European Commission, *Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States*, Commission Staff Working Document, SEC (2010) 1589 final;
- 7) *EU Study on the Legal Analysis of the Single Market for the Information Society, Liability of online intermediaries*, November 2009;
- 8) Report drafted by the Legal Sub-group of the European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Corrective Measures in Intellectual Property Rights*;
- 9) European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*;
- 10) European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Evidence and Right of Information in Intellectual Property Rights*, 2009;
- 11) European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Injunctions in Intellectual Property Rights*;

- 12) Europol & Office for Harmonization in the Internal Market, *2015 Situation Report on Counterfeiting in the European Union*, A joint project between Europol and the Office for Harmonization in the Internal Market, April 2015;
- 13) *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization at the Thirty-Fourth Series of Meetings of the Assemblies of the Member States of WIPO, September 20 to 29, 1999, WIPO Geneva, 2000;
- 14) MIMURA, Ryoichi, ONO, Shinjiro: *Intellectual Property High Court of Japan: Establishment Development*, Study on Specialised Intellectual Property Courts, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012;
- 15) MUSKER, David, *The Design Directive*, CIPA, 2001;
- 16) *Patent Litigation in Europe*, An overview of national law and practice in the EPC contracting states, European Patent Academy, 2013;
- 17) PEBERDY, Morag, STROWEL, Alain: *Employee's right to compensation for inventions – a European perspective*, Life Sciences, 2009/10, доступно на: www.practicallaw.com/lifescienceshandbook;
- 18) RAAIJMAKERS, Sybren: *Unifying European Patent Litigation*, An exploration of the various judicial measures substantiating uniform interpretation of European patent law, Aarhus School of Business, 2011;
- 19) SCHUMACHER, C., HORAK, M., SALOMONOWITZ, S.: *Austria: The Right Place for Effective IP Enforcement*, Mondaq Intellectual Property, 2010;
- 20) *Study on Specialised Intellectual Property Courts*, International Intellectual Property Institute and United States Patent and Trademark Office, 25.01.2012;
- 21) ТАЈИЋ, Хасо: *Зборник судске праксе судова у Босни и Херцеговини у области грађанског права*, Сарајево, 2005;
- 22) *Taking Evidence in IP/IT Matters*, Judicial Cooperation in Matters of Intellectual Property and Information Technology, 2006, <http://www.ulb.ac.be/droit/ipit/docs/takingevidence.pdf>;
- 23) *UNCTAD-ICTSD Resource book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005;
- 24) VERBIEST, T. et alia: *Study on the liability of internet intermediaries*, 2007;
- 25) *WIPO Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Geneva, 1978;
- 26) WIPO, Advisory Committee on Enforcement, *Intellectual Property Litigation Under the Civil Law Legal System: Experience in Germany*, prepared by J. Bornkamm, 2004;
- 27) **Véron, Pierre, Romet, Isabelle: *On the Way to Fair Balance, the French Approach to Patent Litigation***, <http://whoswholegal.com/news/features/article/28961/on-fair-balance-french-approach-patent-litigation>.

Правни извори

- 1) *Закон о ауторском и сродним правима*, Сл. гласник БиХ, бр. 63/2010;
- 2) *Закон о колективном остваривању ауторског и сродних права*, Сл. гласник БиХ, бр. 63/2010;

- 3) *Закон о патенту*, Сл. гласник БиХ, бр. 53/2010;
- 4) *Закон о жигу*, Сл. гласник БиХ, бр. 53/2010;
- 5) *Закон о заштити ознака географског поријекла*, Сл. гласник БиХ, бр. 53/2010;
- 6) *Закон о индустријском дизајну*, Сл. гласник БиХ, бр. 53/2010;
- 7) *Закон о заштити топографије интегрисаног кола*, Сл. гласник БиХ, бр. 53/10;
- 8) *Закон о заштити нових сорти биља*, Сл. гласник БиХ, бр. 14/2010;
- 9) *Закон о оснивању Института за интелектуалну својину Босне и Херцеговине*, Сл. гласник БиХ, бр. 43/2004;
- 10) *Закон о управним споровима*, Сл. гласник БиХ, бр. 19/02, 88/07, 83/08, 74/10;
- 11) *Кривични закон Босне и Херцеговине*, Сл. гласник БиХ, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15;
- 12) *Закон о ауторском праву и сродним правима*, Сл. гласник БиХ, бр. 7/2002;
- 13) *Закон о парничном поступку*, Сл. гласник Р. Српске, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13;
- 14) *Закон о судовима*, Сл. гласник Р. Српске, бр. 37/12;
- 15) *Кривични закон Републике Српске*, Сл. гласник Р. Српске, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13;
- 16) *Закон о стварним правима*, Сл. гласник Р. Српске, бр. 124/08, 58/09, 95/11 и 60/15;
- 17) *Закон о трговини*, Сл. гласник Р. Српске, бр. 6/2007, 52/11, 67/13;
- 18) *Закон о судовима*, Сл. новине Федерације БиХ, бр. 38/05, 22/06, 63/10;
- 19) *Кривични закон*, Сл. новине ФБиХ, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 и 76/14;
- 20) *Закон о унутрашњој трговини*, Сл. новине ФБиХ, бр. 40/10;
- 21) *Закон о судовима*, Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ, бр. 19/07, 20/07 (исправка), 39/09 и 31/11;
- 22) *Кривични закон*, Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ, бр. 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 52/11, 33/13 – пречишћени текст;
- 23) *Закон о облигационим односима*, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и Сл. гласник Р. Српске, бр. 21/92, 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04;
- 24) *Закон о ауторском и сродним правима*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС;
- 25) *Закон о патентима*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 99/2011;
- 26) *Закон о жиговима*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 104/2009 и 10/2013;
- 27) *Закон о ознакама географског порекла*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 18/2010;
- 28) *Закон о правној заштити индустријског дизајна*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 104/2009, 45/2015;
- 29) *Закон о заштити топографија полупроводничких производа*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 55/2013;
- 30) *Закон о заштити пословне тајне*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 72/2011;
- 31) *Закон о заштити права оплемењивача биљних сорти*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 41/2009, 88/2011;
- 32) *Закон о парничном поступку*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014;
- 33) *Закон о извршењу и обезбеђењу*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014;
- 34) *Закон о уређењу судова*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011 и 101/2013;

- 35) *Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 101/2013;
- 36) *Закон о трговини*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 53/2010, 10/2013;
- 37) *Закон о банкама*, Сл. гласник Р. Србије, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015;
- 38) *Кривични законик*, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014;
- 39) *Закон о организацији и надлежности органа за борбу против високотехнолошког криминала*, Сл. гласник Р. Србије бр. 61/05 и 104/09;
- 40) *Закон о ауторском и сродним правима*, Сл. лист Црне Горе, бр. 37/11;
- 41) *Закон о патенту*, Сл. лист Црне Горе, бр. 42/15;
- 42) *Закон о парничном поступку*, Сл. лист Црне Горе, бр. 22/2004, 76/2006;
- 43) *Закон о облигационим односима*, Сл. лист Црне Горе, 47/2008;
- 44) *Закон о ауторском праву и сродним правима*, Народне новине Р. Хрватске, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14;
- 45) *Закон о патенту*, Народне новине РХ, бр. 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11, 76/13;
- 46) *Закон о обвезним односима*, Народне новине Р. Хрватске, бр. 35/05, 41/08, 125/11;
- 47) *Закон о парничном поступку*, Народне новине Р. Хрватске, бр. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14;
- 48) *Закон о подручјима и сједиштима судова*, Народне новине Р. Хрватске, бр. 128/14;
- 49) *Казнени закон*, Народне новине, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15;
- 50) *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah*, Uradni list RS, št. 16/2007 - uradno prečišćeno besedilo, 68/2008, 110/2013;
- 51) *Obligacijski zakonik*, Uradni list RS, št. 83/2001;
- 52) *Закон за ауторското право и сродните права*, Службен весник на РМ, бр. 115/2010;
- 53) *Закон за индустриската сопственост*, Службен весник на РМ, бр. 21/2009, 24/2011;
- 54) *Закон за облигационите односи*, Службен весник на РМ, бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009;
- 55) *Бернска конвенција о заштити књижевних и умјетничких дјела*, 1886;
- 56) *Париска конвенција за заштиту индустријске својине*, 1883;
- 57) *Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине*, 1994;
- 58) *Конвенција о европском патенту*, 1973;
- 59) *WIPO Уговор о ауторском праву*, 1996;
- 60) *WIPO Уговор о интерпретацијама и фонограмима*, 1996;
- 61) *Уредба о ратификацији Конвенције о оснивању Светске организације за интелектуалну својину*, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 31/72 и Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 4/86 – др. уредба;
- 62) *Директива Савјета 91/250/ЕЕЗ од 14. априла 1991. године о правној заштити рачунарских програма*;
- 63) *Директива Европског парламента и Савјета 96/9/ЕЗ од 11. марта 1996. године о правној заштити база података*;
- 64) *Директива 98/71/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 13. октобра 1998. године о правној заштити дизајна*;
- 65) *Директива 98/44/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 6. јула 1998. године о правној заштити биотехнолошких проналазака*;

- 66) Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 22. маја 2001. године о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву;
- 67) Директива 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине;
- 68) Директива 2006/115/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 12. децембра 2006. године о праву давања у закуп и праву давања на послугу и о одређеним сродним правима;
- 69) Директива 2009/24/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 23. априла 2009. године о правној заштити рачунарских програма;
- 70) Директива 2015/2436 Европског парламента и Савјета од 16. децембра 2015. године о усклађивања права држава чланица у области жигова;
- 71) Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима информатичког друштва на унутрашњем тржишту, посебно електронске трговине;
- 72) Уредба Савјета бр. 6/2002 од 12. децембра 2001 о комунитарном дизајну;
- 73) Уредба Европског парламента и Савјета бр. 1151/2012 од 21. новембра 2012. године о шемама квалитета за пољопривредне и прехранбене производе;
- 74) Уредба Савјета бр. 2100/94 од 27. јула 1994. године о комунитарном праву сортне заштите;
- 75) Уредба Савјета бр. 207/2009 од 26. фебруара 2009. године о жигу Европске уније (кодификована верзија);
- 76) Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (Evidence Regulation);
- 77) Закон о извршном поступку, 1978;
- 78) Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Београд, 29. мај 2015. године;
- 79) Закон о ауторском праву Њемачке, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=402669;
- 80) Патентни закон Њемачке, *Patentgesetz*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180973;
- 81) Закон о заштити проналазака из радних односа Њемачке, *Gesetz über Arbeitnehmererfindungen*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=229679;
- 82) Законик о интелектуалној својини Француске, *Code de la propriété intellectuelle*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=403412;
- 83) Закон о ауторском праву Аустрије, *Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=395335;
- 84) Руски грађански законик, Гражданский кодекс Российской Федерации, Российская газета, N 230-ФЗ 2006, доступно на: <http://rg.ru/2006/12/22/grazhdansky-kodeks.html>;
- 85) USA Copyright Act, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=338108;
- 86) Digital Millennium Copyright Act, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=337359;

- 87) *United States Patent Law*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=371712;
- 88) *Закон о патентима Велике Британије, The Patents Act*, доступно на: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=330537;
- 89) *Statement by the Commission concerning Article 2 of Directive 2004/84/EC of the European Parliament and of the Council of the enforcement of intellectual property rights (2005/295/EC), OJ L 94/37, 13.04.2005;*

Судска пракса

- 1) Пресуда Европског суда правде *ACI Adam and Others*, C-435/12, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150786&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1354545;>
- 2) Пресуда Европског суда правде *LTJ Diffusion*, C-291/00, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48154&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=37006;>
- 3) Пресуда Европског суда правде *SABEL v Puma*, C-251/95, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43450&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=29289;>
- 4) Пресуда Европског суда правде *General Motors*, C-375/97, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44685&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=237702;>
- 5) Пресуда Европског суда правде *Adidas-Salomon and Adidas Benelux*, C-408/01, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48366&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=247071;>
- 6) Пресуда Европског суда правде *Intel Corporation*, C-252/07, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68996&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=241693;>
- 7) Пресуда Европског суда правде *L'Oréal and Others*, C-487/07, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75459&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=250567;>
- 8) Пресуда Европског суда правде *PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111581&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350933;>
- 9) Пресуда Европског суда правде *Karen Millen Fashions*, C-345/13, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5ec6ea72d7e1a48a9924cc8e23556384e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOc3b0?text=&docid=153817&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72204;>
- 10) Пресуда Општег суда *Shenzhen Taiden/OHIM Bosch Security Systems*, T-153/08, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81091&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=683171;>
- 11) Пресуда Општег суда *Kwang Yang Motor v OHIM – Honda Giken Kogyo*, T-10/08, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5259f44b293>

- [0b4db78475bda9ac14614d.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Och8Re0?text=&docid=109283&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=860913;](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109283&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=860913;)
- 12) Пресуда Европског суда правде *Nieto Nuñot*, C-328/06, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70040&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1263357;>
- 13) Пресуда Европског суда правде *Fédération Cynologique Internationale*, C-561/11, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134112&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1184033;>
- 14) Пресуда Европског суда правде *Budějovický Budvar*, C-482/09, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1185604;>
- 15) Пресуда Европског суда правде *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, C-529/07, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=74488&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390;>
- 16) Мишљење општег правозаступника *Sharpston* у случају *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, C-529/07, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=73741&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390;>
- 17) Пресуда Европског суда правде, *Promusicae*, C-275/06, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5cc57e249f44945b9a856f2dc81934ee3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchyQe0?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=905408;>
- 18) Пресуда Европског суда правде, *LSG – Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, C-557/07, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77489&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=907211;>
- 19) Пресуда Европског суда правде, *Bonnier Audio and Others*, C-461/10, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=908275;>
- 20) Мишљење општег правозаступника *Jääskinen* у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5d16e04b2b91142f0817e8c542520ec5e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchyQe0?text=&docid=83750&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1141841;>
- 21) Пресуда Европског суда правде *L'Oréal and Others*, C-324/09, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5d16e04b2b91142f0817e8c542520ec5e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchyQe0?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1141841;>
- 22) Пресуда Европског суда правде *Scarlet Extended*, C-70/10, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1149982;>

- 23) Пресуда Европског суда правде *SABAM*, C-360/10, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1151875>;
- 24) Мишљење општег правозаступника *Cruz Villalón* у случају *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144944&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1162888>;
- 25) Пресуда Европског суда правде *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1162888>;
- 26) Пресуда Европског суда правде *Malaysia Dairy Industries*, C-320/12, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138862&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1253493>;
- 27) Мишљење општег правозаступника *Cruz Villalón* у случају *Coty Germany*, C-580/13, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=910624>;
- 28) Пресуда Европског суда правде *Coty Germany*, C-580/13, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165900&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=910624>;
- 29) Мишљење општег правозаступника *Wathelet* у случају *Liffers*, C-99/15, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5bcebd33daf747c4abb2de22609e705d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=171785&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=874801>;
- 30) Пресуда Европског суда правде *Liffers*, C-99/15, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5bcebd33daf747c4abb2de22609e705d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTahn0?text=&docid=171785&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=874801>;
- 31) Пресуда Врховног Суда САД-а, *Medtronic v. Mirowski*, 12/1128, ПС 7/2014;
- 32) Opinion of the Supreme Court of the United States, *Medtronic, Inc. v. Mirowski Family Venture L.L.C.*, No. 12-1128, доступно на: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1128_h315.pdf;
- 33) Opinion of the Supreme Court of the United States, *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, No. 05-130, доступно на: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-130.pdf>.

САДРЖАЈ

УВОД	1
1. ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА	1
2. ХИПОТЕЗЕ	4
3. МЕТОДИ ИСТРАЖИВАЊА	5
4. СТРУКТУРА РАДА	6
ГЛАВА ПРВА	9
СУБЈЕКТИВНА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	9
1. ПОЈАМ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	9
1.1. Појам ауторског и сродних права	12
1.2. Појам права индустријске својине	15
2. САДРЖИНА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	22
2.1. Садржина субјективног ауторског права и сродних права	22
2.2. Садржина субјективних права индустријске својине	28
3. ОГРАНИЧЕЊА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	35
4. ИНТЕРЕСИ УЧЕСНИКА У ОСТВАРИВАЊУ СУДСКЕ ЗАШТИТЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	45
ГЛАВА ДРУГА	49
МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ОКВИРИ ЗАШТИТЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	49
1. МЕЂУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	49
2. ЗНАЧАЈ ТРИПС-А ЗА СУДСКУ ЗАШТИТУ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	55
3. ИЗВОРИ ПРАВА ЕУ ЗНАЧАЈНИ ЗА СУДСКУ ЗАШТИТУ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	62
ГЛАВА ТРЕЋА	72
ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	72
1. ПОЈАМ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	72

2. НАДЛЕЖНОСТ И САСТАВ СУДА	75
2.1. Упоредноправни приказ надлежности судова за спорове у области права интелектуалне својине.....	75
2.2. Надлежност судова у Босни и Херцеговини и Србији	83
3. ПОВРЕДА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ КАО ПРЕТПОСТАВКА	
ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ	87
3.1. Непосредна повреда субјективних права интелектуалне својине.....	87
3.1.1. Обим заштите.....	88
3.1.2. Правни основ	99
3.2. Посредна повреда субјективних права интелектуалне својине.....	105
3.2.1. Посредна повреда ауторског и сродних права	105
3.2.2. Посредна повреда патента.....	111
4. ТУЖИЛАЦ И ТУЖЕНИ У СПОРУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	115
4.1. Тужилац у спору због повреде права интелектуалне својине.....	115
4.2. Тужени у спору због повреде права интелектуалне својине.....	122
5. ВРСТЕ ТУЖБЕНИХ ЗАХТЈЕВА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	124
5.1. Тужбени захтјев за утврђење повреде права.....	124
5.2. Тужбени захтјев за престанак вршења повреде права.....	128
5.3. Тужбени захтјев за уклањање стања насталог повредом права.....	132
5.4. Тужбени захтјев за повлачење или потпуно уклањање предмета повреде из привредних токова.....	134
5.5. Тужбени захтјев за уништење или преиначење предмета повреде	137
5.6. Тужбени захтјев за уништење или преиначење средстава којима је извршена повреда права	142
5.7. Тужбени захтјев за препуштање предмета повреде носиоцу права уз плаћање трошкова производње	144
5.8. Тужбени захтјев за објављивање пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог.....	145
5.9. Тужбени захтјев за накнаду штете.....	148
5.9.1. Накнада материјалне штете.....	149
5.9.1.1. Методи обрачуна накнаде штете	152
5.9.1.2. Упоредноправни приказ накнаде штете	156
5.9.2. Казнена накнада штете	160
5.9.2.1. Казнена накнада у упоредном законодавству	161

5.9.2.2. Превенција као сврха накнаде штете	167
5.9.3. Накнада нематеријалне штете	173
5.9.3.1. Појам нематеријалне штете.....	173
5.9.3.2. Нематеријална штета у праву интелектуалне својине.....	175
5.9.3.3. Накнада нематеријалне штете у праву Европске уније.....	179
5.9.3.4. Повреда имовинскоправних овлашћења као основ за накнаду нематеријалне штете	182
5.9.3.5. Накнада нематеријалне штете правном лицу	184
5.10. Тужбени захтјев за пружање информација.....	190
5.10.1. Право на информацију у пракси Европског суда правде	195
5.10.2. Право на информацију у бившим југословенским државама	201
6. ПРИВРЕМЕНЕ МЈЕРЕ.....	203
6.1. Привремене мјере у законодавству Босне и Херцеговине.....	207
6.2. Поступак издавања привремене мјере	210
6.3. Привремена мјера у Србији.....	213
7. ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ ДОКАЗА	214
7.1. Мјере прикупљања доказа.....	215
7.2. Мјере за обезбјеђење доказа.....	217
7.3. Мјере обезбјеђења доказа у Босни и Херцеговини	222
8. УЛОГА ПОСРЕДНИКА У ПОСТУПКУ ЗАШТИТЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	224
8.1. Судске мјере за заштиту права интелектуалне својине према посреднику.....	229
8.1.1. Пресуда L'Oréal and Others	232
8.1.2. Пресуда Scarlet Extended.....	235
8.1.3. Пресуда SABAM	238
8.2. Правна природа одговорности посредника за повреду права интелектуалне својине ...	238
8.2.1. Одговорност посредника за посредну повреду права.....	241
8.2.2. Практика Европског суда правде.....	244
8.3. Усклађеност мјера које се изричу посредницима са принципима спровођења права	249
9. СУДСКИ ПОСТУПАК И ОГЛАШАВАЊЕ РЈЕШЕЊА О ПРИЗНАЊУ ПРАВА НИШТАВИМ КАО ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ.....	253
10. РОК ЗА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У СПОРУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	259
11. ТУЖБА ЗА УТВРЂЕЊЕ СВОЈСТВА ПРОНАЛАЗАЧА	260
12. ТУЖБА ЗА ОСПОРАВАЊЕ ПРАВА НА ЗАШТИТУ	265

12.1. Тужба за оспоравање патента	266
12.2. Тужба за оспоравање жига.....	273
12.2.1. Оспоравање жига регистрованог супротно принципу савјесности и поштења	273
12.2.2. Оспоравање права на заштиту туђег општепознатог знака.....	279
12.3. Тужба за оспоравање права на индустријски дизајн	282
13. ТУЖБА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА ПОСЛОДАВЦА ИЛИ ЗАПОСЛЕНОГ	283
ГЛАВА ЧЕТВРТА	294
УПРАВНОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	294
1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА	294
2. ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У УПРАВНОМ СПОРУ	295
2.1. Појам управног спора.....	295
2.2. Управни спор у области права интелектуалне својине.....	297
2.3. Поступак по тужби.....	301
ГЛАВА ПЕТА.....	305
КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ	305
1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА	305
2. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....	312
2.1. Кривична дјела повреде ауторског права.....	312
2.2. Кривична дјела повреде права индустријске својине	320
3. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У СРБИЈИ.....	326
4. КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ХРВАТскоЈ.....	332
ЗАКЉУЧАК	334
ЛИТЕРАТУРА	346
САДРЖАЈ	361