

др Зоран МИЛАДИНОВИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И МЕРЕ ОБЕЗБЕЂЕЊА ДОКАЗА У СЛУЧАЈУ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ\*

### Резиме

У раду се анализирају привремене мере и мере обезбеђења доказа, у случају повреде права интелектуалне својине, предвиђене одредбама закона који уређују поједина права интелектуалне својине у Србији. Анализирајући одредбе закона о заштити интелектуалне својине које уређују грађанскојравну заштиту, аутор закључује да сви они садрже одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа које се прејоручују Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) и Директивом ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине. Аутор, међу тим, указује да ово питање није ваљано уређено у законима Србије који уређују поједина права интелектуалне својине. Наиме, привремене мере и мере обезбеђења доказа одређују се из истих разлога према свим пројисима који уређују поједина права интелектуалне својине, па би било логично да су и правила за одређивање истих уређена на идентичан начин. Ово тим пре ако се има у виду да је већина нових закона који уређују поједина права интелектуалне својине у Србији донета током 2009. и 2010. године, да су током 2011. и 2012. године вршене измене Закона о ауторском и сродним правима, иако да је било верилке да се ово питање у свим законима уреди на идентичан начин и тиме у потпуности усајласи са одредбама TRIPS и директивом

\* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужној права“, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

*ЕУ. Аутор на крају закључује да је неопходно да се изменама појединих закона ово ишћање уреди на идентичан начин, јер нема никаквој разлоја да се исто ишћање уређује на различите начине.*

**Кључне речи:** *интелектуална својина, индустријска својина, ауторско и сродна права, привремене мере, мере обезбеђења доказа.*

## І Уводне напомене

У последњих неколико година у Србији је у нормативном смислу учињен значајан напредак у вредновању и адекватној судској заштити права интелектуалне својине. Тај процес започет је још у време постојања бивше СРЈ, тј. 1995. године, када је усвојено неколико закона којима се одвојено уређују поједина права индустријске својине<sup>1</sup>, која су до тада била уређене једним законом.<sup>2</sup> Потом су, 1998. године, усвојени Закон о ауторском и сродним правима,<sup>3</sup> којим је материја ауторског и сродних права у нашој земљи била уређена на квалитетнији начин у односу на претходна законска решења, и Закон о заштити топографија интегрисаних кола, којим је ова област интелектуалне својине у нашој земљи први пут регулисана.<sup>4</sup> Усвајањем ових закона започет је процес усклађивања нашег права интелектуалне својине са међународним и изворима права интелектуалне својине Европске уније (даље ЕУ). Међутим, пошто су сви закони који уређују заштиту права индустријске својине већ били у завршној фази израде током 1994, када је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*), већ био усвојен, а у међувремену и у оквиру ЕУ дошло до усвајања неких аката, настала је потреба да се одредбе наших прописа о заштити интелектуалне својине ускладе са решењима из међународних аката и аката ЕУ. Из тих разлога, након девет година примене претходних, усвојени су нови прописи који уређују поједина права интелектуалне својине.<sup>5</sup> Међутим, ни овога пута у наше прописе нису била интегрисана сва она решења која држа-

1 Закон о патентима; Закон о жиговима; Закон о моделима и узорцима; Закон о географским ознакама порекла (*Службени лист СРЈ*, бр. 15/95).

2 Био је то Закон о заштити проналазака техничких унапређења и знакова разликовања из 1981 (*Службени лист СФРЈ*, бр. 34/81, 9/90).

3 Закон о ауторским и сродним правима (*Службени лист СРЈ*, бр. 24/98).

4 Закон о заштити топографија интегрисаних кола (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98).

5 Закон о жиговима; Закон о заштити топографија интегрисаних кола; Закон о правној заштити индустријског дизајна; Закон о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 62/04).

вама чланицама Светске трговинске организације, али и онима које претендују да то постану, намеће TRIPS. Зато су, током 2009. године, усвојени нови закони из области интелектуалне својине,<sup>6</sup> осим Закона о ознакама географског порекла, који је усвојен средином 2010. године<sup>7</sup> и Закона о патентима који је усвојен 2011. године.<sup>8</sup> Већ током 2011. године извршене су прве измене Закона о ауторском и сродним правима из 2009. године,<sup>9</sup> а затим су, крајем 2012, поново извршене измене овог закона.<sup>10</sup> Оваква „жива“ законодавна активност у области интелектуалне својине резултирала је усклађивањем у највећој мери српског права интелектуалне својине са међународним конвенцијама из области интелектуалне својине<sup>11</sup> и правом интелектуалне својине ЕУ.<sup>12</sup> Ова законодавна активност, примећена је и у Извештају Европске комисије за 2010. годину, где се истиче да је Србија у области заштите интелектуалне својине остварила „умерени напредак“ као и да су „неопходни даљи напори у погледу усклађивања домаћих прописа са правним тековинама ЕУ“, али и да је у погледу спровођења усвојених прописа неопходна „боља координација рада различитих државних органа“.<sup>13</sup>

Динамика којом су усвајани закони о заштити интелектуалне својине, показује да манир честих измена закона и усвајање и измена закона по хитном поступку у Србији није мимоишао ни област интелектуалне својине. То не би био проблем када би се честим изменама побољшавала законска решења која су се у пракси показала као неадекватна, што у суштини и јесте сврха измена и допуна законских решења. Нажалост то није увек случај, што се да уочити и из последњих измена Закона о ауторском и сродним правима из 2012. године.<sup>14</sup> Такође, закон-

6 Закон о жиговима; Закон о заштити топографија интегрисаних кола; Закон о правној заштити индустријског дизајна; Закон о ауторском и сродним правима, (*Службени гласник РС*, бр. 104/09).

7 Закона о ознакама географског порекла, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010.

8 Закона о патентима (*Службени гласник РС*, бр. 99/11).

9 Закона о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 99/11).

10 Закон о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 119/12).

11 Треба рећи да је тадашња СРЈ крајем 2002. године ратификовала Међународну конвенцију о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и установа за радиодифузију; WIPO уговор о ауторском праву и WIPO уговор о интерпретацијама и фонограмима (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/02).

12 Душан Поповић, „О ограничењима и колективном остваривању ауторског права и сродних права“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2012, стр. 295.

13 Извештај Европске комисије о напретку Србије током 2010. године, SEC (2010) 1330, стр. 35–36.

14 На пример, овим изменама укинута је тзв. музички динар за занатске радње, смањен је број техничких уређаја и предмета приликом чије продаје или увоза се плаћа

ско уређење привremenih мера и мера обезбеђења доказа из појединих актуелних закона о заштити интелектуалне својине Србије, показује да, и поред свих досадашњих измена и допуна закона, ова питања нису једнако уређена у свим законима, тако да постоји међусобна неусклађеност како између самих закона о заштити појединих права интелектуалне својине, тако и са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (*Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*).<sup>15</sup>

## II Привремене мере у случају повреде права интелектуалне својине

Привремена мера је наредба којом суд, на захтев лица које учини вероватним да је његово право повређено или да ће бити повређено, налаже лицу које ту повреду чини, или из околности произилази да ће повреду учинити, да престане са радњама које представљају повреду права, до доношења мериторне одлуке. Захтев за одређивање привремене мере предлагач може истаћи истовремено са подношењем тужбе због повреде права интелектуалне својине, али то може учинити и пре него што је тужба поднета.

Сви наши закони о заштити појединих права интелектуалне својине, осим Закона о заштити топографија интегрисаних кола, у делу о грађанскоправној заштити садрже одговарајуће одредбе о могућности да суд на захтев лица које учини вероватним да је његово право интелектуалне својине повређено или да ће бити повређено, може да одреди привремену меру престанка са радњама које представљају повреду права или које прете да се истим повреда права изврши.<sup>16</sup> Привремене мере и мере обезбеђења доказа су институти парничног и извршног поступка,<sup>17</sup> и оне су биле познате и у нашим ранијим прописима који

посбна накнада као вид обештећења аутора и субјеката сродних права за чија ауторска дела постоји вероватноћа да ће бити умножавана без сагласности аутора и сл. О критичком осврту на усвојена решења док су измене биле још у фази предлога за измену Закона о ауторском и сродним правима видети код: Д. Поповић, *нав. чланак*, стр. 307.

- 15 Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (*Службени лист ЕУ*, бр. 157/45).
- 16 Види Закон о патентима, чл. 134; Закон о жиговима, чл. 75; Закон о правној заштити индустријског дизајна, чл. 66; Закон о ознакама географског порекла, чл. 60; Закон о ауторском и сродним правима, чл. 210.
- 17 Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011); Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011).

уређују поједина права интелектуалне својине. Међутим, у наше актуелне прописе о заштити интелектуалне својине, одредбама о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа требало је детаљније уредити услове и поступак одређивања привремених мера и мера обезбеђења доказа, како би се наше право интелектуалне својине ускладило са одредбама TRIPS који је темељ у погледу обавеза држава чланица Светске трговинске организације (даље: СТО) али и оних које претендују да то постану, у погледу адекватне судске заштите права интелектуалне својине на својој територији. Ово питање било је неопходно уредити и ради усклађивања наших прописа о заштити интелектуалне својине са Директивом ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине донетом са циљем да државе чланице ЕУ, а ли и оне које претендују да то постану, ускладе своје националне прописе у погледу ефикасности грађанскоправне заштите права интелектуалне својине, у којој правила о одређивању привремених мера и мера обезбеђења доказа заузимају централно место. Када је реч о одредбама TRIPS које се односе на привремене мере и мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине, кључан је његов *Одељак 3: Привремене мере*, чл. 50. Овом одредбом у форми генералне клаузуле уређено је питање одређивања привремених мера и мера обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине, с тим што је остављено државама чланицама СТО, али и онима које претендују да постану чланице СТО, да ово питање детаљно уреде националним законодавством. Иако је реч о одредби која има генерални карактер, у питању је једна веома опширна одредба која је обликована по мери англосаксонског права која у себи обухвата институт привремених мера који је у нашем праву карактеристичан превасходно за институт извршног поступка, и институт мере обезбеђење доказа, који је за наше грађанско процесно право карактеристичан превасходно за институт парничног поступка.<sup>18</sup> Да би се разумела суштина проблема и неадекватност уређења института привремених мера у нашим законима о заштити интелектуалне својине, неопходно је упознати се са одредбом члана 50 TRIPS.

Наиме, одредбом члана 50 TRIPS прописано је да државе чланице могу националним законодавством да предвиде да су судске власти овлашћене да наложе хитне и ефикасне привремене мере:

„а) за спречавање повреде било ког права интелектуалне својине, а нарочито за спречавање пуштања у промет робе преко трговинских канала који су у њиховој надлежности, укључујући ту и увезену робу, непосредно по проласку царинске контроле;

18 Слободан Гавриловић, *Основи и средства грађанскојравне заштитије ауторској љрава у Југославији с осврћом на ујоредно љраво*, докторска дисертација, Београд, 2007, стр. 226.

б) за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду.“

Судске власти су овлашћене да усвоје привремене мере *inaudita altera partes* по потреби, посебно у случају где би било какво кашњење вероватно проузроковало непоправљиву штету титулару права, или где постоји очигледан ризик од уништавања доказа.

Судске власти су овлашћене да траже од подносиоца захтева да достави сваки разумно расположиви доказ како би се са довољним степеном сигурности уверили да је подносилац захтева титулар права и да се његово право крши, или да ће повреда уследити и да наложе подносиоцу захтева да пружи гаранцију или одговарајуће обезбеђење довољно да заштити туженог и спречи злоупотребу.

У случају да су привремене мере усвојене *inaudita altera partes*, стране под дејством тих мера ће бити без одлагања обавештене, а најкасније после спровођења мера. Испитивање, ће се, укључујући право на саслушање, на захтев туженог, обавити у разумном року од пријема обавештења о мерама, а у циљу доношења одлуке о томе да ли ће се мере изменити, повући или потврдити.

Од подносиоца захтева се може тражити да достави и друге информације неопходне за идентификацију робе у питању од стране власти која ће извршити привремене мере.

Без обзира на став 4, привремене мере одређене на основу става 1 и 2 ће, на захтев туженог, бити повучене или ће на други начин престати да важе, ако поступак који треба да доведе до одлуке о датом случају није покренут у разумном року, што утврђује судска власт која изриче мере када закон државе чланице то дозвољава, или, у одсуству такве одлуке, у року који не може бити дужи од 20 радних дана или 31 календарски дан, у зависности од тога шта је дуже.

У случају да су привремене мере повучене или да су истекле услед било ког чињења или пропуста подносиоца захтева, или да је накнадно утврђено да није дошло до повреде права или услова за претњу повредом права интелектуалне својине, судске власти ће имати овлашћење да наложе подносиоцу захтева, на захтев туженог, да обезбеди туженом одговарајућу накнаду за сваку повреду изазвану овим мерама.

У мери у којој се било која привремена мера може одредити на основу управног поступка, ти поступци морају бити у складу са принципима који су у суштини еквивалентни оним наведеним у овом Одељку“.

Дакле, из тачке 1, став а члана 50 TRIPS јасно је да је реч о привременим мерама које познаје наш Закон о извршењу и обезбеђењу (чл. 285–298), док се став б) тачка 1 истог члана односи на институт мере обезбеђења доказа, који познаје наш Закон о парничном поступку (чл. 284–288).

У Директиви ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине правила о одређивању привремених мера и мера обезбеђења доказа су уређена у одвојеним одредбама. Тако су, одредбом члана 9, уређена правила о одређивању привремених мера „привремене мере и мере предострожности“, док се чл. 7 и 8 односе на мере обезбеђења доказа.

Према члану 9 Директиве, државе чланице треба националним законодавством да предвиде да судске власти могу на захтев подносиоца захтева наводном повредиоцу права издати привремени налог којим се спречава било каква непосредна повреда права интелектуалне својине или настављање наводног повређивања тог права; наложити одузимање или предају робе за коју се сумња да повређује право интелектуалне својине како би се спречио њен улазак у комерцијалне токове или њено кретање унутар тих токова.

Привремена мера може се под истим условима издати и посреднику чијим се услугама користило треће лице у повређивању права интелектуалне својине.

У случају повреде права почињене на комерцијалној основи државе чланице могу предвидети да судске власти могу, из предострожности, наложити одузимање покретне и непокретне имовине наводног повредиоца права, укључујући блокирање његовог банковог рачуна и других прихода, ако оштећена страна предочи околности које би могле довести у опасност накнаду штете. У ту сврху, надлежне власти могу наложити доставу банковних, финансијских или комерцијалних докумената или омогућити одговарајући приступ релевантним информацијама.

Државе чланице могу националним законодавством предвидети да судске власти за усвајање предлога за одређивање привремене мере могу тражити од подносиоца захтева да достави све разумно доступне доказе, како би се са сигурношћу увериле да је подносилац захтева носилац права и да се његово право повређује или да постоји непосредна опасност од повреде.

Државе чланице могу предвидети да се привремене мере због повреде права интелектуалне својине могу, у одговарајућим случајевима, одредити без саслушања туженика, нарочито када би било какво одлагање могло проузроковати неотклоњиву штету носиоцу права. У том случају странке о томе морају бити без одлагања обавештене, а најкасније након спровођења тих мера.

Државе чланице могу предвидети да се, на захтев туженика, одређене привремене мере укидају или да на други начин престаје њихово дејство, ако подносилац захтева не покрене поступак због повреде права (поднесе тужбу) пред надлежном судом у разумном року, у року од највише 20 радних дана или 31 календарских дана, зависно од тог који је рок дужи.

Судске власти могу условити одређивање привремених мера полагањем одговарајућег покрића или еквивалентног јамства од стране предлагача, намењених осигурању накнаде за било какву штету претрпљену од стране туженика.

Када су привремене мере укинуте, или када су престале производити правно дејство због било које радње или пропуста подносиоца предлога, или када је накнадно утврђено да није било никакве повреде или опасности од повреде права интелектуалне својине, судске власти могу, на захтев туженика, да наложе подносиоцу предлога да туженику пружи одговарајућу накнаду за било какву штету нанету тим мерама.

У настојању да наше законе о заштити интелектуалне својине усугласи са цитираним правилима TRIPS и Директиве ЕУ, и у функцији што ефикасније судске заштите повређених или угрожених права интелектуалне својине, наш законодавац је одговарајућим одредбама у законима о заштити интелектуалне својине установио *lex specialis* одредбе у погледу привремених мера и мера обезбеђења доказа. У том смислу, добро решење је у чињеници да се, одредбама наших закона о заштити интелектуалне својине, наш законодавац није некритички повео за увршћивањем мера обезбеђења доказа у оквире института привремених мера, како је предвиђено одредбом члана 50 TRIPS, јер, независно од материје интелектуалне својине, наше грађанско право прави јасну разлику између привремених мера и мера обезбеђења доказа. Тако је и одговарајућим одредбама наших закона о заштити интелектуалне својине, посебним одредбама уређено питање одређивања привремених мера, а посебним одредбама питање обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине.

Иако је као полазна основа за уређење привремених мера због повреде права интелектуалне својине, у наше законе узета одредба члана 50 TRIPS, и члана 9 Директиве ЕУ, што је и разумљиво, јер је требало наше законодавство из ове области ускладити са међународним, односно регионалним прописима, анализом одредби које се односе на правила за одређивање привремених мера наших закона о заштити интелектуалне својине, долази се до закључка да је ово питање веома квалитетно уређено у Закону о патентима (даље: ЗОПАТ). У осталим законима, исто је само дотакнуто, па самим тим није ни усклађено са одредбом члана 50 TRIPS и чланом 9 Директиве ЕУ, док у Закону о заштити топографија интегрисаних кола (даље: ЗОЗТИК), није ни поменуто.

Према члану 134 ЗОПАТ, „на захтев лица које учини вероватним да је његово право, из објављене пријаве или признато право, повређено или да ће бити повређено, суд може, до правноснажности пресуде, одредити привремену меру: а) одузимања или искључења из промета производа



насталих или стечених повредом права; б) одузимања или искључења из промета предмета (прибор, алат) претежно употребљиваниху стварању производа којима се повређује право; в) забране настављања започетих радњи којима се повређује право.

Предлог за одређивање привремене мере може се поднети и пре подношења тужбе, под условом да се тужба поднесе у року од 30 дана од дана доношења решења о одређивању привремене мере. Ако постоји опасност од настанка ненадокнадиве<sup>19</sup> штете или ако је очигледно да постоји опасност од уништења доказа, суд може одредити привремену меру без претходног изјашњења туженог, с тим да тужени о томе мора бити обавештен без одлагања, а најдоцније у року од пет дана од дана спровођења привремене мере. Суд може наложити подносиоцу предлога да достави додатне доказе о извршеној повреди права или о постојању очигледне опасности да ће право бити повређено. Жалба против решења којим је суд одредио привремену меру не одлаже извршење решења. На питања у вези са одређивањем привремених мера, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује извршни поступак.

„На захтев лица против кога је покренут поступак због повреде права или поступак за одређивање привремене мере, суд може одредити да тужилац или лице које је поднело предлог за одређивање привремене мере положи одговарајући новчани износ као средство обезбеђења за случај неоснованости захтева.“

Закон о жиговима (даље: ЗОЖ), Закон о правној заштити дизајна (даље: ЗОПЗД) и Закон о ознакама географског порекла (даље: ЗООГП), Закон о ауторском и сродним правима (даље: ЗАСП) садрже скоро идентична решења о правилима за одређивање привремене мере, али се ова решења разликују од решења из ЗОПАТ у неколико аспеката.

19 Сматрамо да је термин ненадокнадива штета неадекватан. Ненадокнадива штета је она која се не може никако надокнадити. Таква штета једноставно не постоји, осим у случају смрти физичког лица које више не може оживети. Међутим то је губитак неког блиског лица који проузрокује душевни бол и патњу. Па и у тим случајевима, (по правилу у праву осигурања), осигуравајућа друштва, на основу унапред утврђених критеријума, досуђују одређени износ на име накнаде нематеријалне штете. У свим осталим случајевима, па и у случају повреде права интелектуалне својине, штета се може манифестовати у виду стварне штете и измакле добити, које се, иако тешко, ипак се могу проценити и нису ненадокнадиве. Чак и у оним случајевима када постоји могућност подношења тужбеног захтева за накнаду нематеријалне штете, накнада се одређује у новцу, што значи да је њу могуће утврдити и није ненадокнадива. Због тога мислимо да је требало употребити неки други, адекватнији термин, као на пример, „велика штета“, или штета коју би штетник тешко могао да надокнади и сл. Закон о ауторским и сродним правима, на пример, користи термин неотклоњива штета, што такође није адекватан термин, јер свака штета је материјална штета је у суштини отклоњива.

Прво, ови закони не садрже решење према коме, у случају постојања опасности од настанка ненадокнадиве штете или ако је очигледно да постоји опасност од уништења доказа, суд може одредити привремену меру без претходног изјашњавања туженог, с тим да тужени о томе мора бити обавештен без одлагања, а најдоцније у року од пет дана од дана спровођења привремене мере. Такво решење садржи ЗОПАТ (чл. 134, став 2) које је у суштини преузето из члана 50, став 2 TRIPS.

Друго, ови закони не предвиђају могућност да суд наложи подносиоцу предлога (што не значи да суд то не може учинити) да достави додатне доказе о извршеној повреди права или о постојању очигледне опасности да ће право бити повређено. Такав налог суд може издати лицу које подноси предлог за одређивање привремене мере према ЗОПАТ (чл. 134, став 4), а што је предвиђено ставом 3 члана 50 TRIPS и чланом 9, став 3 Директиве ЕУ.

Треће, према ЗООГП (чл. 60, став 1) ако се одређивање привремене мере тражи пре подношења тужбе због повреде права, тужба се мора поднети у року од 15 дана од дана *извршења привремене мере*, у супротном ће привремена мера бити укинута. Ово решење захтева посебан коментар. Прво, није јасно зашто је одредбом члана 60, став 1 ЗООГП предвиђен краћи рок за подношење тужбе, у односу на рок који предвиђају остали закони, а тај рок износи 30 дана. Према члану 50, став 6 TRIPS, и према члану 9, став 5 Директиве ЕУ, државе чланице у овом случају могу предвидети рок који не може бити дужи од 21 радних дана или 31 календарски дан зависно од тога шта је дуже. Друго, ЗООГП, предвиђа да се тужба мора поднети у року од 15 дана од дана извршења привремене мере, док сви остали закони предвиђају да тај рок тече од дана доношења решења о одређивању привремене мере.

Четврто, имајући у виду да суд мериторном одлуком може утврдити да није било повреде права интелектуалне својине, одредбама ЗОПАТ (чл. 135), ЗОЖ (чл. 78), ЗОПЗД (чл. 69) и ЗООГП (чл. 63), предвиђено је да на захтев лица против кога је покренут поступак због повреде неког од права интелектуалне својине или поступак за одређивање привремене мере, суд може одредити да тужилац или лице које је поднело предлог за одређивање привремене мере положи одговарајући новчани износ као средство обезбеђења за случај неоснованости захтева. ЗАСП не садржи такву одредбу што сматрамо да није добро и то из следећих разлога: Прво такву обавезу за тужиоца, односно лице које предлаже одређивање привремене мере требало је предвидети како би се елиминисала могућност злоупотребе института привремене мере, која је предвиђена у корист носиоца права. Друго, таква одредба у ЗАСП требала се наћи и из разлога што је то предвиђено у TRIPS (чл. 50, став 3) и у Директиви ЕУ (чл. 9, став 6) тако да би у том смислу таква одредба

ЗАСП била у складу са TRIPS и Директивом ЕУ. Уосталом, таква одредба постојала је још у Закону о ауторском праву из 1929. године.<sup>20</sup>

У вези са одређивањем привремених мера у случају повреде права интелектуалне својине, постављају се неколико питања на која нема одговора у одредбама закона о заштити интелектуалне својине.

Прво питање, је у ком року је суд дужан да донесе одлуку о захтеву предлагача за одређивање привремене мере. С обзиром да осим ЗОПАТ и ЗАСП који у вези са одређивањем привремених мера, односно мера обезбеђења доказа упућују на сходну примену правила којима је уређен извршни поступак, остали закони не садрже било каква решења, закључак је да је суд дужан да такву одлуку донесе у што краћем року, а најкасније у року од осам дана, како је предвиђено одредбом члана 451 ЗПП.

Друго питање, које се у пракси појавило као спорно у вези са одређивањем привремених мера, јесте да ли се лицу према коме је одређена привремена мера може наложити извршење истих оних радњи чије се извршење тражи тужбеним захтевом (у случају када се одређивање привремене мере захтева истовремено са подношењем тужбе), односно који ће бити постављени тужбеним захтевом у случају када се одређивање привремене мере тражи пре подношења тужбе. Има мишљења да није битан садржај привремене мере и да се лицу према коме се одређује привремена мера могу наложити све оне чинидбе које се постављају или ће бити постављене тужбеним захтевом „јер привремена мера увек траје само одређено време, најчешће до правоснажно окончаног поступка по тужби, па се њом не решава трајно спорни однос, док се решењем којим се одлучује о тужбеном захтеву трајно решава спорни однос“.<sup>21</sup> Чини нам се да је ово једно фактичко питање и да није могуће дати један униформни одговор који би се примењивао у сваком случају када се захтева одређивање привремене мере. Иако ће се у већини случајева налог чинидби које се постављају тужбеним захтевом и захтевом за одређивање привремених мера „подударати“, то не мора увек бити случај. Питање је како би се тужени обештетио ако му је привременом мером наложен шири обим чинидби од онога који буде одређен коначном одлуком суда. Ово питање посебно се поставља у случају одређивања привремених мера код повреде или опасности од повреде ауторског и сродних права, будући да ЗАСП не садржи одредбу према којој би суд, на захтев лица против кога је покренут поступак због повреде права или поступак за одређивање привремене мере, могао да наложи тужиоцу или лицу које је поднело предлог за одређивање

20 Вид. Закон о заштити ауторског права из 1929. године, параграф 60, став 5.

21 Слободан Сворцан, *Коментар закона о њарничном њосћуйку*, Крагујевац, 2012, стр. 1028.

привремене мере да положи одређени износ новца на име обезбеђења за случај да се коначном одлуком суда утврди да је захтев био неоснован. Мислимо да је не само у ЗАСП већ и у све наше законе о заштити интелектуалне својине требало унети одредбу коју садржи Директива ЕУ, према којој „када су привремене мере укинута или када су престале производити правно дејство због било које радње или пропуста подносиоца предлога или када је накнадно утврђено да није било никакве повреде или опасности од повреде права интелектуалне својине, судске власти могу, на захтев туженика, да наложе подносиоцу предлога да туженику пружи одговарајућу накнаду за било какву штету нанету тим мерама“ (чл. 9, став 7 Директиве).

### III Мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине

Један од основних разлога честих повреда права интелектуалне својине свуда у свету јесте недовољна ефикасност њихове судске заштите.<sup>22</sup> Свест о томе да је судска заштита спора и неефикасна охрабрује повредиоце права интелектуалне својине у њиховим противзаконитим активностима, упркос постојању релативно квалитетних материјалноправних прописа о заштити интелектуалне својине.<sup>23</sup> Зато је један од акцената модернизације прописа не само оних који непосредно уређују заштиту интелектуалне својине у међународном и упоредном праву, уношење одредби којима ће се омогућити да се судски и управни поступци одвијају брзо и ефикасно. У том правцу су и одредбе TRIPS, који овом питању посвећује читаво једно поглавље (Део III Спровођење права интелектуалне својине, чл. 41–62) и одредбе Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, које овом питању такође посвећују нарочиту пажњу. У овим прописима посебно место заузимају одредбе које се односе на обезбеђење доказа, којима се државе чланице обавезују да омогуће судским властима да наложе хитне и ефикасне мере „за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду права“.

У циљу усклађивања наших закона о заштити интелектуалне својине са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ, и у циљу што ефикасније судске заштите повређених или угрожених права интелектуалне својине, наш законодавац је, у одредбама о грађанскоправној заштити права

22 Слободан Марковић, *Ауторско и сродна њрава*, Београд, 1999, стр. 379.

23 На пример, данас се заштита интелектуалне својине остварује свим могућим облицима заштите: грађанскоправном, управноправном (од стране инспекцијских и царинских органа) и кривичноправном.

интелектуалне својине, осим у ЗОЗТИК, установио *lex specialis* одредбе у погледу мера обезбеђења доказа и уопште обезбеђивања доказне грађе. Но, иако се чини да су у питању одредбе *lex specialis* у односу на одредбе ЗПП које уређују обезбеђење доказа (чл 284–288), чини нам се да су у питању одредбе начелног карактера и да ће се у самом поступку обезбеђења доказа примењивати одредбе члана 284–288 ЗПП, нашта једино упућује ЗОПАТ који у члану 136, став 5 изричито каже: „на питања у вези са обезбеђењем доказа, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује парнични поступак.“ Наши остали закони о заштити интелектуалне својине, не садрже упућујућу одредбу о сходној примени одредби парничног поступка у погледу самог поступка за обезбеђење доказа (надлежност суда да предузме потребне мере, садржина поднеска којим се тражи обезбеђење доказа, надлежност суда за чување доказа који су изведени пре подношења тужбе и сл.), што мислимо да није добро решење, али да нема друге могућности до да се примене ова општа правила о обезбеђењу доказа предвиђена одредбама чл. 284–288 ЗПП.

За разлику од привремених мера где постоје одређене разлике у нашим законима о заштити интелектуалне својине, одредбе које се односе на мере обезбеђења доказа су скоро идентичне, уз минималне разлике на које ћемо указати у наредним редовима. Полазећи од одредби TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, сви наши закони о заштити интелектуалне својине, осим ЗОЗТИК, садрже скоро идентичну одредбу према којој на предлог лица које учини вероватним да је његово право из објављене пријаве или признато право (за права индустријске својине), повређено, односно да може доћи до повреде тог права, или да постоји опасност од настанка неотклоњиве штете, као и да постоји оправдана сумња да ће докази о томе бити уништени или ће их касније бити немогуће прибавити, суд може приступити обезбеђењу доказа без претходног обавештавања или саслушања лица од кога се докази прикупљају. Обезбеђењем доказа сматра се преглед просторија, књига, докумената, база података, као и заплена ствари и испитивање сведока и вештака.<sup>24</sup> Ипак, највећи квалитет законских решења која се односе на мере обезбеђења доказа, је у томе што суд може одредити меру обезбеђења доказа и *без њпреходној саслушања лица* од кога се докази прикупљају. Лицу од кога се докази прикупљају на напред описани начин, судско решење о обезбеђењу доказа биће уручено у тренутку прикупљања доказа, а одсутном лицу чим то постане могуће. *Ratio* оваквог законског решења је у ономогућавању повредиоца права да уклони или уништи доказе о повреди права, што би се иначе сигурно десило када би се докази обезбеђивали редовним путем,

24 Вид. ЗОПАТ, чл. 136; ЗОЖ, чл. 76; ЗОПЗД, чл. 67; ЗООГП, чл. 61; ЗАСП, чл. 211.

тј. уз претходно обавештавање или саслушање лица од кога се докази прикупљају. Овакво законско решење је тим пре оправданије ако се зна да субјекти права интелектуалне својине за повреду својих права често сазнају случајно или од других лица и да нису у могућности да те доказе обезбеде лично.

Обезбеђење доказа може се тражити истовремено са подношењем тужбе због повреде права али и пре подношења тужбе, под условом да се тужба поднесе у одређеном року од дана доношења решења којим се одређује обезбеђење доказа. Да носилац права интелектуалне својине не би злоупотребио меру обезбеђења доказа, одредбама ЗОПАТ, ЗОЖ, ЗОПЗД, ЗАСП је прописано да он има обавезу да тужбу поднесе у року од 30 дана од дана доношења решења којим се одређује обезбеђење доказа. Чланом 62, став 1 ЗООГП предвиђено је да је у том случају подносилац предлога за одређивање привремене мере и мере обезбеђења доказа дужан да тужбу поднесе у року од 15 дана од дана *извршења мере* обезбеђења доказа. Није јасно зашто је одредбом ЗООГП, овај рок упла краћи у односу на остале законе, и зашто се тај рок рачуна не од дана доношења решења о усвајању предлога за обезбеђење доказа већ од дана извршења тог решења.

У ширем смислу у мере обезбеђења доказа спадају и информације о лицима која учествују у повреди права. У том смислу неки наши закони о заштити интелектуалне својине (ЗОЖ, ЗОПЗД, ЗООГП, ЗАСП), садрже уопштене одредбе у којима стоји да суд може наредити лицу које је извршило повреду права из пријаве, или признатог права, регистроване ознаке географског порекла или ауторског и сродног права, да пружи информације о трећим лицима која су учествовала у повреди права и о њиховим дистрибутивним каналима. Лице које не изврши обавезу пружања информација одговара за штету која због тога произађе (чл. 79, став 2 ЗОЖ, чл. 70 ЗОПЗД, чл. 64 ЗООГП, чл. 213 ЗАСП). Сасвим другачију одредбу садржи ЗОПАТ који у члану 139, став 2 предвиђа да суд може наложити пружање информације о пореклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се повређује право из објављене пријаве следећим лицима: лицу код кога је пронађена роба која се налази у промету, а којом се повређује право из објављене пријаве или признато право; лицу које пружа услуге у промету, а којима се повређује право из објављене пријаве или признато право; лицу за које је утврђено да на комерцијалној основи пружа услуге које се користе у активностима које повређују право из објављене пријаве или признато право; лицу које је навело друга лица на производњу или дистрибуцију роба или пружање услуга којима се повређује право из објављене пријаве или признато право. Ставом 3 истог члана прецизирано је шта се подразумева под информацијама о повреди права из објављене пријаве за признање па-

тента, односно признатог патента, па се у том смислу каже да су то подаци о произвођачима, дистрибутерима, добављачима и другим лицима која су претходно била укључена у производњу или дистрибуцију робе или пружање услуга, и о продавцима којима је роба намењена, као и подаци о количинама произведене, испоручене или наручене робе или услуга, и ценама оствареним за такву робу или услугу.

Очигледно је да је ово законско решење квалитетније од напред цитираних законских одредби према којима суд може наложити само туженоме да пружи потребне информације о повреди права и лицима која су у томе учествовала или учествују. Није јасно зашто то није предвиђено и осталим законима о заштити интелектуалне својине, када такву могућност предвиђа Директива ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (чл. 8, став 1). Ова нелогичност се тим пре односи на ЗАСП чија је одредба члана 213, која се односи на обавезу пружања информација о лицима која су учествовала у повреди, корак уназад у односу на одредбу члана 179 ЗАСП из 1998, којом је било предвиђено да суд може наложити „лицу које је повезано са повредом туђег ауторског или сродног права (штампар, произвођач, увозник, снабдевач, власник примерка предмета заштите и слично) да да обавештење или преда документа који су у вези са повредом права“. Ако ова лица не би дала потребне информације одговарала би за штету која из тога произађе. Колико је ово решење било квалитетно показује и чињеница да су ове обавезе била ослобођена лица која су по закону изузета од обавезе сведочења.

Види се да је овакву законску обавезу требало предвидети свим нашим законима о заштити интелектуалне својине. Формулације законских решења према којима се штетне последице за непружање информација о лицима која су учествовала или учествују у повреди права односе само на туженог као лице према коме је усмерен налог суда, делују охрабрујуће на саучеснике, помагаче и подстрекаче у повреди права интелектуалне својине.

Да је у погледу обезбеђења доказа нужна аналогна примена правила парничног поступка, показује чињеница да у законима о заштити интелектуалне својине нема одредби о томе који суд је надлежан да поступа по захтеву за обезбеђење доказа. Међутим, одредбом члана 285 ЗПП предвиђено је да, је ако је предлог за обезбеђење доказа поднет у току парничног поступка, за поступање надлежан суд пред којим је поступак покренут. Међутим, ако се тражи обезбеђење доказа пре покретања поступка, као и у хитним случајевима ако је поступак већ у току, надлежан је нижи суд првог степена на чијем се подручју налазе ствари које треба да се разгледају, односно на чијем подручју борави лице које треба саслушати. То значи да ће у свим случајевима повре-

де права интелектуалне својине, када се тражи обезбеђење доказа пре покретања поступка и у хитним случајевима (а поступак због повреде права интелектуалне својине је према свим нашим законима о заштити интелектуалне својине хитан),<sup>25</sup> доказе изводити нижи суд, који иначе није надлежан за спорове из области интелектуалне својине.

Према француском праву обезбеђење доказа о повреди права се спроводи кроз посебну процедуру „*seizure of illicit copies*“ („*saisie-contrefaçon*“ L 332–1 до 332–4). Ова процедура је брза и ефикасна, а њено спровођење је у надлежности полиције и суда. Али ако та мера може да нанесе значајну штету наводном повредиоцу или трећем лицу потребна је претходна специјална дозвола председника суда више инстанце.<sup>26</sup> У читавом поступку посебну улогу има ангажовани судски извршитељ, који својим присуством потврђује чињенице повреде права верификујући прикупљене доказе.

У Енглеској су носиоци права овлашћени да заплене неовлашћене умножене примерке ауторских дела, например, а да претходно не добију за то налог суда. Да не би било злоупотребе тог механизма самопомоћи, исти је условљен и ограничен низом чињеница. Примерци ауторског дела морају бити јавно изложени или на други начин понуђени на продају, или припремљени за издавање, локална полиција мора бити благовремено обавештена о томе, заплена се може извршити само на јавном месту, не сме бити примењена сила.<sup>27</sup> Независно од ове врсте самопомоћи, постоји могућност прибављања доказа обезбеђивањем судског налога којим се захтева од неке особе да пружи податке релевантне за тужбу због повреде права (податке о лицу које чини повреду, канале протока примерака, количине и сл.).

За обезбеђење доказа због повреде ауторског права у Енглеској је, од посебног значаја процесно-правни инструмент који су развили британски судови, познат под именом *Anton Piller order*, у новије време познат као *Search order*. Наиме, овим налогом се даје овлашћење тужиоцу да претражи просторије противне стране и да копира и заплени сваки документ или други доказ од значаја за наводну повреду права. У циљу спречавања уништења или сакривања доказа, противна страна се о томе не обавештава. Међутим, да би се ова ригорозна мера дозволила њен тражилац мора претходно да предочи озбиљност штете и јасан доказ да противна страна има у поседу инкриминишући материјал, као и да постоји опасност од његовог уништења. Уз то, ова мера је праћена оба-

25 ЗОПАТ, чл. 137 ст. 2; ЗОЖ, чл. 71 ст. 4; ЗОПЗД, чл. 62, ст. 4; ЗООП, чл. 56, ст. 4; ЗАСП, чл. 207 ст. 2.

26 С. Гавриловић, *нав. дело*, стр. 228.

27 *Ibid.*



везом ангажовања адвоката који ће бити супервизор спровођења мере, а не пуномоћник њеног тражиоца.<sup>28</sup>

#### IV Закључна разматрања

Привремене мере и мере обезбеђења доказа су веома значајна врло често и ефикасна правна средства у спречавању повреде права интелектуалне својине. Наиме, иако је правило да се спорови због повреде права интелектуалне својине решавају по хитном поступку, ови поступци се никако не могу окончати у тако кратком року у оквиру кога би се спречило наступање штетних последица по субјекта чија су права угрожена или повређена. У настојању да се наши прописи о заштити права интелектуалне својине ускладе са упоредним, европским и светским стандардима заштите, сви наши прописи из ове области, осим Закона о заштити топографија интегрисаних кола, садрже посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине. Све те одредбе су *lex specialis* у односу на одредбе ЗПП и ЗИС, што значи да имају првенство у примени, а тек ако неко питање није уређено овим посебним законима примењују се одредбе ЗПП и ЗИП.

Анализом и упоређивањем законских одредби из области интелектуалне својине које се односе на привремене мере и мере обезбеђења доказа, и њиховим упоређивањем са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, долази се до следећих закључка:

Прво, добро решење наших закони о заштити интелектуалне својине је што садрже посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа и што ова два правна института јасно разграничавају. Наиме, независно од права интелектуалне својине, наше грађанско процесно право прави јасну разлику између привремених мера, као института превасходно извршног поступка и мера обезбеђења доказа, као института превасходно парничног поступка.

Друго, имајући у виду да у погледу предмета заштите у праву интелектуалне својине не постоје битније разлике (у питању су нематеријална добра) није јасно зашто Закон о заштити топографија интегрисаних кола не садржи одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа. Штавише, такве одредбе нису предвиђене ни у Предлогу новог закона о заштити топографија интегрисаних кола.

Треће, иако већина закона о заштити интелектуалне својине садржи посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења до-

28 *Ibid.*, стр. 229.

каза, између ових закона постоје битне разлике, што свакако није добро решење. Иако су полазне основе за увођење ових института у наше прописе о заштити интелектуалне својине биле одредба TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, једино су одредбе ЗОПАТ у потпуности усклађене са одредбама TRIPS и Директиве, док са осталим законима то није случај, јер само делимично и непотпуно додичу ове правне институте.

Четврто, иако се у стручној литератури истиче да су привремене мере и мере обезбеђења доказа дело твораца TRIPS, подаци говоре да су привремене мере биле познате још у првом Закону о жиговима Србије из 1884. године, односно у првом Закону о заштити ауторског права некадашње Краљевине Југославије из 1929. године, и то квалитетније него у одредбама TRIPS и у већини наших данашњих прописа о заштити интелектуалне својине.

Пето, у циљу стављања у исти положај свих носилаца права интелектуалне својине, неопходно је будућим изменама закона о заштити интелектуалне својине на потпуно исти начин уредити правила за одређивање привремених мера и мера обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине. Као основа за ваљано уређење овог питања требало би узети важећа решења ЗОПАТ, где су ова питања веома квалитетно уређена.

**Zoran MILADINOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

## **TEMPORARY INJUNCTIONS AND MEASURES FOR OBTAINING EVIDENCE IN CASE OF VIOLATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

### **Summary**

*The author of this work analyzes temporary injunctions and measures related to obtaining evidence in case of violation of intellectual property rights foreseen in the provisions of the laws regulating intellectual property rights in Serbia. Analyzing the provisions on protection of intellectual rights that regulate civil law issues, the author concludes that all of them include the regulations on temporary injunctions and measures related to obtaining evidence in case of violation of intellectual property recommended by the Agreement on Trade*

*Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and EU Directive on the enforcement of intellectual property rights. However, the author points out that this issue has not been adequately dealt with in the Republic of Serbia laws that regulate certain intellectual property rights. Namely, according to all intellectual property regulations, temporary injunctions and measures related to obtaining evidence are passed for the same reasons, so it would be logical that the rules that define them are identically regulated, especially given the fact that majority of new laws on intellectual property rights were passed in Serbia in 2009 and 2010 and that the Law on copyright and related rights was amended in 2011 and 2012. This was an opportunity to regulate this issue in all these laws in an identical way and thus, to harmonize them with the TRIPS provisions and the EU Directive. Finally, the author concludes that it is necessary to amend these laws so that they will be uniformly regulated, since there are no reasons why they should be regulated otherwise.*

**Key words:** *intellectual property, industrial property, copyright and related rights, temporary injunctions, measures related to obtaining evidence.*