

## СУКОБ НАДЛЕЖНОСТИ У СПОРОВИМА РАДИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА НА ИНТЕРНЕТУ\*

Циљ овог рада је да укаже на проблеме који се јављају у примени њравних норми којима се регулише сукоб међународне надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жића на интернету. У раду се указује на нејрилагођеност тих норми екстрајеријоријалном карактеру интернета, као и на тенденцију евројске и домаће судске праксе да примењује посебне основе међународне надлежности који су територијално одређени и као ипакви неадекватни условима виртуелној екстрајеријоријалној окружења. Следом наведеног, предмет анализе су решења и ставови заузети у пракси домаћих судова, као и релевантне одлуке Евројског суда правде. Имајући у виду да посебни основи међународне надлежности у споровима ради вануговорне одговорности за штету, која је настала радњама предузетим на интернету, захтевају екстензивно тумачење њравних норми од стране суда, које често доводи до контрадикторних резултата, у овом раду се даје анализа предности и мана примене ојше основна надлежности у односу на посебне основе надлежности.

**Кључне речи:** Интернет. – Повреда жића. – Сукоб међународне надлежности. – Екстрајеријоријалности.

### 1. УВОД

Интернет представља светску компјутерску мрежу, односно мрежу свих мрежа корисника који у датом тренутку посредством рачунара размењују информације. Разноврсни корисници се путем рачунара могу прикључити на мрежу у сваком тренутку. Сходно наведеном, интернет представља комуникациону технологију која омогућава бржу и симултану интеракцију између корисника, ослобођену од територијалне компоненте.

Правни поредак једне државе, уколико се стави у контекст цитиране дефиниције интернета, представља „мрежу” правних норми, која

\* Овај чланак представља прерађену (скраћену и ажурирану) верзију истоименог мастер рада, одбрањеног 05.12.2016. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Слободан М. Марковић, а одбрањен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

је хијерархијски постављена, док глобални правни поредак представља „мрежу свих мрежа” правних норми. Разноврсни субјекти, физичка и правна лица, могу се „прикључити на мрежу”, тј. могу иницирати примену правних норми. Које ће се правне норме у оквиру глобалног правног поретка применити на субјекта зависи искључиво од оцене једне државе, а која ће то држава бити зависи од специфичних околности које су и изазвале примену правних норми.

Субјекти права својим појединачним или узајамним деловањем могу иницирати примену процесних и примену материјалноправних норми. У ситуацији када однос два субјекта права садржи елемент иностраности, у случају спора, субјекти права заштиту морају потражити пред судом оне државе који је овлашћен да реши конкретно спорно питање. При томе, субјекти права су слободни да се обрате било ком форуму, а дужност суда је, да, пре упуштања у одлучивање о главној ствари која је предмет спора, утврди да ли постоји његова међународна надлежност за решавање спорног односа са елементом иностраности.

О сопственој надлежности суд одлучује применом правних норми државе чију припадност има, и то на основу једностраних норми међународног приватног права односне државе, па у том смислу једна држава одређује које ће се норме глобалног правног поретка применити на субјекта права. У случају да применом релевантних норми утврди да није надлежан за одлучивање о предмету спора, суд ће донети одлуку у одговарајућој форми, којом ће одрећи тужиоцу право на заштиту у тој држави. Акцент је стављен на претходну реченицу, с обзиром на чињеницу да у датој ситуацији суд, када утврди да није надлежан, не упућује субјекта права на надлежни суд, већ субјект права поново мора сам да оцени ком форуму да се обрати.

Аналогно наведеном, жиг, као субјективно право, одликује чињеница да важи и ужива законску заштиту само у земљама у којима је у одговарајућој процедури/на одговарајући начин заштићен као жиг. Дакле, заштиту права, и у садржинском и у формалном смислу, одликује принцип територијалности. Интернет, с друге стране, представља дигитално окружење лишено територијалне компоненте. С обзиром на то да интернет као нова комуникациона технологија омогућава радњу субјекта права која иницира примену правних норми, па тако и ону радњу којом се повређује жиг, екстратериторијални карактер интернета као нове технолошке творевине ствара изазов за примену постојећих територијално условљених правних норми које се односе на надлежност суда пред којим се захтева накнада штете услед повреде жига у онлајн окружењу.

Интернет у пренесеном значењу представља „ничију и свачију земљу”, будући да су садржаји на интернету доступни широм света, али нису под ефективном и самосталном контролом једне државе. С обзиром на то да су норме о међународној надлежности просторно детерминисане, односно да исте одређују релевантне чињенице које су

се догодиле на подручју државе чији је суд надлежан и на основу којих се установљава надлежност тог суда, намеће се питање да ли су правне норме којима се уређује питање надлежности (непосредно) применљиве у споровима ради накнаде штете због повреде жиґа радњама предузетим на интернету. Одговор на претходно питање је од изузетног значаја за титулара жиґа будући да од његове садржине зависи правна и фактичка могућност заштите, као и обим заштите права титулара, те је у наставку овог рада садржана детаљна анализа основа међународне надлежности који су садржани у домаћем и европском праву, а који се примењују у споровима због накнаде штете због повреде жиґа на интернету, као и решења сукоба надлежности.

## 2. ПОЈАМ СУКОБА МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Под надлежношћу, у науци грађанског процесног права, подразумева се круг послова једног суда или другог надлежног органа, а која се према странкама испољава као дужност суда или другог надлежног органа да поступи у одређеној ствари.<sup>1</sup> За сврхе даље анализе изнете у овом раду, под појмом надлежност подразумева се судска надлежност, а под појмом поступак подразумева се парнични поступак. У теорији постоји више подела надлежности, према различитим критеријумима, а у наставку овог рада предмет детаљније анализе биће међународна надлежност, и то њени основи као релевантни фактори који доводе до сукоба надлежности судова различитих држава у поступцима ради заштите од повреде жиґа на интернету, као спора са елементом иностраности

Утврђивање основа међународне надлежности судова одређене државе представља суверено право односне државе. Питање међународне, баш као и питање унутрашње надлежности суда, држава решава на позитиван начин (тзв. једностраним нормама међународног приватног права). Прецизније, свака држава је овлашћена да одреди да су управо њени судови надлежни за поступање поводом конкретног предмета спора, а границе њеног сувереног права се у томе исцрпљују, будући да није овлашћена да одреди да је суд одређене стране државе надлежан за решавање о том спорном односу или праву. На овом месту треба приметити да конкретна држава, премда не може одређивати границе надлежности друге државе непосредно, може практично утицати на наведено са дејством само на сопственој територији, и то путем прописивања услова за признање и извршење стране одлуке, односно одређивањем граница своје индиректне међународне надлежности. Примера ради, уколико домаћи прописи предвиђају као услов за признање и извршење стране судске одлуке чињеницу да је страни суд своју надлежност

1 Б. Познић, В. Ракић– Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 86.

засновао по истом основу међународне надлежности који је познат у домаћем законодавству, неспорно је да тиме домаћи суд фактички одређује границе надлежности страног суда, јер у случају да надлежност страног суда није заснована у складу са претходно наведеним, страна одлука би била без правног дејства на територији домаће државе.

Дакле, правила о међународној надлежности судова непосредно постављају границе једног правосуђа, односно одређују онај круг ситуација у којима једно правосуђе има право и дужност да поступа.<sup>2</sup> Спорове са елементом иностраности може решавати само правосуђе оне државе чије норме о међународној надлежности предвиђају надлежност својих судова за тај случај.

Критеријуми од којих законодавци полазе приликом одређивања надлежности правосудних органа су различити, а умногоме зависе и од врсте спора. Општеприхваћени критеријуми – основи надлежности су следећи: а) пребивалиште/седиште/боравиште туженог, б) место налажења имовине туженог, в) место налажења покретне и непокретне ствари на којој постоји спорно право, г) место закључења/извршења закљученог правног посла, д) место деликта (место извршења штетне радње и/или место наступања штетне последице).<sup>3</sup> Ефикасна и правична заштита права тужиоца и туженог у поступку се постиже уколико се приликом установљења основа међународне надлежности пажљиво бирају они критеријуми који су у довољном интензитету везани за предмет спора.

У контексту разматрања питања сукоба међународне надлежности најпре ћемо објаснити поделу надлежности на искључиву и конкурентну (елективну), као и поделу надлежности на општу и посебну. Искључива надлежност суда одређене земље постоји у случају када је законодавством те земље, тј. њеним нормама о међународној надлежности прописано да су искључиво судови односне државе овлашћени да поступају у одређеним правним стварима. Значај искључиве надлежности се манифестује у следећим процесним последицама. Најпре, повреда правила о искључивој међународној надлежности судова домаће државе најчешће има за последицу да ће се страној одлуци о предметном питању ускратити признање и извршење на територији домаће државе чији су судови искључиво надлежни. Додатно, искључива надлежност суда подразумева дужност суда да одбије приговор међународне литиспеденције у случају да и пред страним судом тече парница о истом предмету спора. Напослетку, искључива надлежност суда је најчешће прописана у оним правним стварима за која је прописана и примена домаћег права, будући да постоји висок ниво повезаности са домаћом територијом и правом, те висок ниво заинтересованости домаће државе да се предметно питање расправи у оквирима домаћег права. Насупрот

2 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, 487.

3 *Ibid*, 491–492.

искључивој надлежности суда, постоји и елективна надлежност суда, која подразумева да домаћа држава, приликом прописивања основа сопствене надлежности, не искључује могућност поступања страног суда поводом истог питања. Стога, елективна међународна надлежност не спречава признање и извршење стране судске одлуке као што је то случај са искључивом надлежношћу, а подразумева и дужност суда домаће државе да примени правила о међународној литиспеденције у случају истицања приговора постојања истоветних парница у домаћој и страној држави. С друге стране, разлика између опште и посебне надлежности конзумира се у чињеници да ли се надлежност неког правосуђа заснива за расправљање једне посебне категорије спорова, или за све спорове у односу на одређено лице које је тужено у поступку.

Претходно описане поделе међународне надлежности имају свог значаја у контексту сукоба надлежности. Наиме, до сукоба међународне надлежности судова различитих земаља може доћи у случају када постоји елективна (конкурентна) надлежност судова различитих држава, која је последица:

- различитих квалификација или тумачења законом прописаних основа опште међународне надлежности у више држава, или
- последица постојања законом прописаних посебних основа међународне надлежности у различитим земаљама за исту категорију спорова.

Уколико домаћа држава поставља као основ међународне надлежности сопственог правосуђа седиште туженог који је привредно друштво, а под појмом седишта се према домаћем праву подразумева место где се налази управа тог туженог привредног друштва, док страна земља такође прихвата наведени општи основ надлежности али појам седишта привредног друштва право стране земље дефинише као место где се налази регистровано седиште привредног друштва, па у случају да се наведена два места разликују и налазе на територији предметних земаља, при чему ниједна од поменутих земаља не прописује искључиву надлежност свог правосуђа у односној ситуацији, постојаће позитивни сукоб међународне надлежности. С друге стране, уколико домаћа земља прописује општи основ надлежности за решавање предметног питања, док страна земља за односно питање установљава посебан основ међународне надлежности, па уколико се оба основа надлежности манифестују у конкретном спору са елементом иностраности, поново ће доћи до позитивног сукоба надлежности. Напослетку, до сукоба надлежности судова домаће и стране државе доћи ће и у случају да две или више држава постављају различите основе посебне надлежности који се истовремено остварују у одређеном спорном односу.

Као што је изложено, елективна надлежност судова доводи до позитивног сукоба надлежности, будући да постоји више форума пред којима је могуће покренути поступак са истим предметом спора. Постоје

одређени основи надлежности који су општеприхваћени у међународној заједници, прилагођени конкретној врсти спорног односа, односно права, чије усвајање тежи транспарентној, ефикасној и правичној заштити права странака на глобалном нивоу. Важно је напоменути да већина држава (па и Србија) задржава право заснивања тзв. реторзионе надлежности, што подразумева да уколико у страниј држави постоји надлежност страног суда у споровима против домаћих држављана по критеријумима надлежности које не познаје законодавство домаћег суда, ти критеријуми ће бити меродавни за постојање надлежности домаћег суда у споровима у којима је тужени држављанин те стране државе. У контексту претходно наведеног, реторзиона надлежност представља значајан инструмент уједначења права на међународном нивоу у погледу основа међународне надлежности. С тим у вези, а у циљу ефикасног решавања међународног сукоба надлежности неопходно је имати у виду основне принципе на основу којих се заснива надлежност правосудних органа једне државе, а нарочито принципе који су релевантни приликом решавања сукоба међународне надлежности судова у споровима поводом накнаде штете због повреде жига учињене на интернету. Ти принципи су: територијални принцип, персонални принцип, принцип ефекта и заштитни принцип.

### *2.1. Територијални принцип*

Државна територија се може на више начина манифестовати као основ међународне надлежности. Наиме, чињенице релевантне за одређени однос са елементом иностраности су распоређене у простору и времену, те на основу свог просторно-временског распореда могу одредити међународну надлежност одређене државе. Држављанство, пребивалиште/седиште, боравиште, место налажења имовине туженог, место предузимања штетне радње, место наступања штетне последице само су неке од описаних чињеница које могу представљати основе надлежности правосудних органа одређене државе.

Уколико се међународна надлежност заснива на основу чињенице да је релевантна радња или њен део предузета на територији једне државе, могу се уочити компликације приликом примене оваквог принципа када је реч о радњама предузетим на интернету. Будући да интернет представља медиј који је доступан у великом броју земаља, немогуће је радњу предузету на интернету локализовати искључивом применом територијалног принципа, имајући у виду да је таква радња практично предузета на глобалном нивоу. Наведено имплицира да, с једне стране, проста примена територијалног принципа у односу на радње предузете на интернету аутоматски доводи до сукоба међународне надлежности, а са друге стране, да је зарад правне извесности и ефикасне судске заштите права приликом примене територијалног принципа неопходно применити и додатне параметре како би се виртуелна радња везала за одређену државу и тиме учинила подобном да буде основ међународне надлежности.



## 2.2. Персонални принцип

Персонални принцип који се користи приликом одређивања међународне надлежности судова одређене државе полази од чињенице која је везана за личност тужиоца или туженог, а то је држављанство. Овај принцип је лако применљив на физичка лица, али будући да правна лица немају држављанство *de iure*, већ имају припадност одређене државе, овај принцип није погодан за примену код правних лица, будући да се наведена припадност у различитим држава одређује на различите начине. Наиме, док је међународно право у великој мери унификовано када су у питању основи стицања држављанства, основи припадности правног лица се разликују од државе до државе.

## 2.3. Принцип ефекта

Принцип ефекта је у тесној вези са територијалним принципом будући да исти одређује надлежност у случају када одређена радња производи последицу ван територије државе на којој је предузета. Када су у питању радње предузете на интернету, и овај принцип показује исте мане као и територијални принцип у смислу претензије већег броја земаља на надлежност у конкретном спору насталом поводом односне радње.

## 2.4. Заштитни принцип

Заштитни принцип је принцип заснивања надлежности државе који се примењује у кривичном праву, а који полази од националног интереса повређеног извршењем кривичног дела. Оправдање примене овог принципа темељи се на оцени да су казне које националне државе прописују за кривична дела почињена на њиховој територији против безбедности, интегритета и независности других држава неадекватне.

# 3. ЗНАЧАЈ НОРМИ КОЈИМА СЕ РЕШАВА СУКОБ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА

Сукоб међународне надлежности се решава нормама међународног приватног права, на позитиван начин и на територијалном нивоу државе која има интерес да преузме право одлучивања о одређеном спорном правном или фактичком питању. Значај норми међународног приватног права којима се успоставља надлежност судских органа одређене државе из угла странака, огледа се у правним и неправним чињеницама које у одређеној мери утичу на коначно решење спора. Прецизније, норме којима се успоставља међународна надлежност суда директно „активирају” постојање одређених чињеница које су значајне за решавање спора, чиме индиректно предодређују исход конкретног судског поступка. У наставку је дат преглед најважнијих чињеница које су од утицаја на решење спора, а које предодређују надлежност суда одређене државе.

### 3.1. Колизционе нормe – меродавно њраво

Код сваког спора са страним елементом, па и код спора насталог поводом накнаде штете због повреде жига на интернету као глобалном медију, суд надлежан за решавање спора меродавно право утврђује полазећи од колиззионих норми које су део објективног права државе суда (*lex fori*), примењујући при томе опште институте садржане у међународном приватном праву државе суда (нпр. нормe непосредне примене, јавног поретка, *renvoi*). Дакле, од правних норми садржаних у објективном праву државе суда у највећој мери зависи исход спора. Прецизније, општи институти међународног приватног права и колизционе нормe који својом заједничком применом дају одговор на питање које право ће се применити као меродавно приликом одлучивања о предмету спора разликују се од државе до државе. С тим у вези, одређене државе (међу њима и Србија) прихватају примену института упућивања и узвраћања (*renvoi*), док друге државе дозвољавају примену искључиво упућивања, али не и узвраћања.<sup>4</sup> Такође, начин квалификације правних појмова одређује међународно приватно право одређене државе, а нормe јавног поретка државе суда могу отклонити дејство норми меродавног права које претендују на примену. Међународно приватно право државе суда одређује и начин сазнања страног права, односно да ли ће се страног право третирати као право или као чињеница, те да ли ће последично бити на суду или на странкама да докажу садржину страног права. Напошетку, колизционе нормe државе суда директно или индиректно (уколико односна држава дозвољава примену института *renvoi*) одређују државу чије ће право бити меродавно за мериторно решавање спора, а све на основу повезница које је право државе суда једнострано признало као правно релевантне за решавање спорних правних односа.

Значај избора меродавног права може се увидети на примеру који ћемо објаснити у наставку. Наиме, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, у члану 28. став 3, прописује да је за противправност радње меродавно право места где је радња извршена или где је последица наступила, а ако је радња извршена или је последица наступила на више места – довољно је да је радња противправна по праву било ког од тих места. С тим у вези, у Немачкој су називи привредних друштава заштићени као жигови, а њихова заштита почиње употребом у трговини, без потребе регистрације. Стога, уколико је такав назив привредног друштва коришћен у Србији за обележавање исте или сличне врсте робе као робе коју нпр. продаје носилац назива, по успостављању надлежности српског суда, суд би донео две садржински и мериторно супротне одлуке, у зависности од тога да ли постојање повреде жига, односно противправност радње употребе назива привредног друштва цени према домаћем или немачком праву. Ово стога што

4 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр.; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон, чл. 6.



важећи Закон о жиговима не признаје судску заштиту знака који није регистрован као жиг, осим уколико није реч о општепознатом знаку, па предметни назив привредног друштва не би по том основу могао бити заштићен пред судом Србији.

### 3.2. Правила постојуйка који се води љред надлежним судом

Осим материјалноправних питања, право државе суда предодређује и процесноправна правила која се имају применити приликом решавања о предмету спора. Наиме, опште правило које прихвата највећи број земаља, па и Србија, јесте да држава својим колизионим нормама регулише право меродавно за материјалноправне односе са елементом иностраности.<sup>5</sup> Наведено имплицира да држава суда задржава искључиво право да примењује своја процесноправна правила, што подразумева да појединац заштиту својих права (па тако и жига) може тражити пред надлежним органима стране државе у одговарајућем поступку и према правилима које познаје и прописује та страна држава, без обзира на начин заштите који предвиђа меродавно право. Процесноправни аспект заштите од повреде жига пред судом има велики утицај на коначан исход спора, и то из разлога предочених у наставку, уз навођење примера манифестације наведеног утицаја у праву Србије.

Наиме, процесноправна правила различитих држава дају странкама различита процесноправна овлашћења, али и ограничења и терете. У Србији се примарна заштита у случају повреде жига остварује у парничном поступку пред судом опште<sup>6</sup> или посебне надлежности<sup>7</sup>, у зависности од врсте парничних странака. Сходно наведеном, суд приликом управљања поступком примењује одредбе Закона о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП)<sup>8</sup> чије су норме од кључног утицаја на исход спора. Већ сама начела именованог закона потврђују наведено: расправно начело као и начело диспозиције странака доводе до тога да странке морају самостално и са повећањом пажњом да прибаве, доставе и презентују све релевантне чињенице суду, да са нарочитом пажњом постављају захтеве у току поступка, будући да су последице пропуштања тешко отклоњиве. Сходно наведеном, ЗПП поставља правило да је суд дужан да размотри и утврди само чињенице које су странке изнеле и да изведе само доказе које су странке предложиле, да суд одлучује искључиво у границама тужбеног захтева, те предвиђа могућност доношења пресуде због пропуштања и изостанка, ограничава могућност изношења нових чињеница након закључења припремног рочишта, односно првог рочишта за главну расправу<sup>9</sup>. Надаље, од процесноправних пра-

5 *Ibid*, чл. 1, ст. 1.

6 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016), чл. 23 ст. 1, тач. 7.

7 *Ibid*, чл. 25, ст. 1, тач. 2.

8 *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

9 *Ibid*, чл. 7, чл. 3 ст. 1, чл. 350, чл. 351, чл. 314.

вила директно и индиректно зависи и дужина трајања поступка, што је од кључне важности за ефикасну заштиту од повреде жига и могућност отклањања штетних последица и спречавања увећавања већ настале штете.

#### 4. РЕШЕЊА СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ САДРЖАНА У ДОМАЋИМ И ЕВРОПСКИМ ПРОПИСИМА

У случају постојања позитивног сукоба међународне надлежности, на први поглед, тужилац је привилегован у односу на туженог будући да може да бира форум пред којим ће тужити (што узрокује појаву *forum-shopping-a*). Развојем модерног друштва и технологије, појавом интернета, те употребом интелектуалних творевина (укључујући и жигом заштићене ознаке) на интернету, узрокује се „брисање” граница између земаља, будући да садржаји постављени на интернету постају доступни широм Земљине кугле. Интернет је постао медиј комуникације на којем се одвијају различити облици интеракције између правних и физичких лица широм света, па између осталог и комерцијална делатност. Другим речима, интернет је постао виртуелно комерцијално окружење и платформа на којој се одвија размена добара и услуга, и сви пратећи садржаји пословања физичких и правних лица (оглашавање, нуђење роба и услуга итсл). У складу са наведеним, интернет доводи до елиминације државних граница при обављању правног промета између учесника, чиме су елиминисане и просторне баријере неовлашћеној употреби туђих права (укључујући и жиг). Учесници на тржишту, закључењем тзв. дистанционих уговора посредством интернета, стварају виртуелни правни саобраћај, што проузрокује могућност да се ефекти радње предузете на интернету истовремено или у краћем временском интервалу испоље на учеснике широм света, којима је садржај путем интернета учињен доступним. С друге стране, када је у питању заштита права, и то како њени материјалноправни аспекти (материјални услови за остваривање заштите) тако и процесноправни аспекти (правила поступка у ком се остварује заштита), државне границе – државни ауторитет и принуда и даље остају кључни фактор за њено остваривање. Из наведеног разлога, ефикасно остваривање правне заштите, те остваривање права на накнаду штете због повреде жига учињене на интернету, претходно зависи од одговора на питање: Суд које земље је међународно надлежан за решавање спора поводом накнаде штете због неовлашћене употребе жига на интернету?

Од одговора на наведено питање, односно од начина на који се решава „глобални” сукоб закона зависи у којој мери ће титулар жига бити заштићен од неовлашћене употребе жигом заштићене ознаке од стране трећих лица на интернету.

Пре упуштања у анализу релевантних одредби српског и европског законодавства, неопходно је објаснити значај европске регулативе за решавање сукоба надлежности у споровима поводом накнаде штете због повреде жиға на интернету, који се воде пред судовима Републике Србије. Наиме, Република Србија је ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (у даљем тексту: Споразум о стабилизацији и придруживању), који је почео да се примењује на територији Србије дана 1. септембра 2013. године.<sup>10</sup> Чланом 75. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању, насловљеним „Интелектуална, индустријска и комерцијална својина”, ставом 3, прописано је следеће: „Србија ће предузети неопходне мере како би најкасније 5 година од стицања на снагу овог споразума обезбедила ниво заштите интелектуалне, индустријске и комерцијалне својине који је сличан нивоу који постоји у Заједници, укључујући деловно-ворна средства за спровођење тих права.”

Имајући у виду цитирану одредбу, јасно је да правила која важе у Европској унији, иако се непосредно не примењују у Републици Србији, имају значајан утицај на примену, тумачење и стварање домаћег права, када је у питању остваривање и заштита права интелектуалне својине, што по природи ствари супсумира и заштиту жиға.

#### *4.1. Домаће норме којима се решава сукоб међународне надлежности у жићовним споровима ради накнаде штете учињене на интернету*

Домаће право садржи општу норму којом се одређује међународна надлежност суда у свим врстама спорова и посебну норму која установљава елективну надлежност суда у споровима поводом вануговорне одговорности за штету. Општи основ надлежности је пребивалиште, боравиште или седиште туженог у складу са чланом 46. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.<sup>11</sup>

Предметни основ надлежности не ствара знатне проблеме у примени, али може изазвати потешкоће за тужиоца и то с обзиром на следеће околности. Тужилац најчешће не познаје прописе државе пребивалишта, седишта или боравишта туженог и у мањој је могућности да се са истим упозна. Додатно, тужени је у могућности да се боље упозна и са правилима поступка пред надлежним судом односне државе, почевши од тога да се служи језиком поступка. С друге стране, могућа је и ситуација да ознака тужиоца није заштићена жигом у земљи пребивалишта, боравишта или седишта туженог, а да је противправна радња

10 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

11 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

туженог произвела дејство на тржишту земље у којој је жиг тужиоца регистрован. Дакле, изложено процесно решење може неоправдано ићи на штету тужиоца услед асиметрије информација у односу на туженог и лоших пројекција и планова тужиоца на којима је засновао структуру заштите жига на светском тржишту.

Други основ надлежности применљив у споровима поводом накнаде штете због повреде жига на интернету је посебан основ надлежности стипулисан чланом 53. ставом 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (штета настала на територији СР Југославије). Приликом примене овог посебног основа надлежности јављају се проблеми узроковани неприлагођеношћу наведене правне норме специфичностима штете проузроковане радњама повреде жига предузетим на интернету. Првенствено се јавља проблем дефинисања појма места настанка штете, а затим и тумачење тог појма у контексту штете која је проузрокована радњама на интернету.

Појам места настанка штете могуће је идентификовати у домаћем законодавству на двојак начин: као место где је предузета штетна радња или као место где је штетна последица наступила, а значење појма места настанка штете може се утврдити применом законских правила којима се регулише парнични поступак. Конкретно, значење појма места настанка штете може се утврдити применом законских правила којима се регулише парнични поступак. Прецизније, Закон о парничном поступку представља супсидијеран извор права у односу на Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, који се примењује у случају да одређено питање није регулисано у именованом закону. Закон о парничном поступку предвиђа да је у споровима због вануговорне одговорности за штету, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица наступила.<sup>12</sup> Дакле, суд Републике Србије би био надлежан за решавање предметног спора у случају да је штетна радња извршена или штетна последица наступила на територији Републике Србије.

Ипак, чак и када се ближе одреди појам места настанка штете, дефинисање појма места настанка штете на гореописани начин није адекватно када је реч о штети која је настала радњама повреде жига које су предузете на интернету будући да је интернет медиј који је симултано доступан у великом броју земаља. Простор на ком је штетна радња предузета би се евентуално могао ограничити идентификацијом оних држава у којима је интернет садржај којим је учињена повреда жига доступан корисницима интернета те земље. Исто важи и у случају када се као место настанка штете узима место где је штетна последица наступила, имајући у виду да штетна последица по правилу наступа у свим оним земљама у којима је релевантни интернет садржај доступан.

12 Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013– одлука УС, 74/2013– одлука УС, 55/2014, чл. 44, ст. 1.

Имајући у виду наведено, практична последица дословне примене цитираних законских одредби довела би до немогућности ефикасне примене института међународне литиспеденције. Прецизније, уколико би тужилац, услед неизвесне надлежности суда и ограниченог рока за подношење тужбе, поднео тужбу пред више форума, сваки од тих форума би морао/могао применити правила о међународној литиспеденцији, што би вероватно довело до неизвршивости одлука на територијама свих држава у којима је тужба поднета. Крајњи резултат наведеног би били превелики трошкови заштите проузроковани на страни тужиоца (трошкови поступка и заступања пред више различитих форума) и велика вероватноћа неефикасне заштите права услед прекомерне примене института међународне литиспеденције.

#### 4.2. Право Европске уније – Уредба Брисел I и Уредба о жићу ЕУ

Године 1968. закључена је Бриселска конвенција о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима. Конвенција је ступила на снагу 1973. године. У складу са тежњама Европске економске заједнице да прошири поље примене Бриселске конвенције и уједначи основе надлежности у већини држава Европе, 16. септембра 1988. године државе чланице Европске економске заједнице и поједине државе чланице *EFTA* (Европског удружења слободне трговине) закључиле су Лугано конвенцију о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима. Напослетку, донета је Уредба бр. 44/2001 (тзв. Брисел I Уредба).<sup>13</sup> Данас је на снази измењена верзија Уредбе Брисел I, и то Уредба бр. 1215/2012, од 12. децембра 2012. године.

Уредба Брисел I регулише питање надлежности на сличан начин као и домаће право. Наиме, када су у питању спорови чији је предмет накнада штете услед повреде жића на интернету, надлежност суда државе чланице се може установити по општем и посебном основу надлежности, који основи се разликују у зависности од држављанства туженог. Наиме, неопходно је напоменути да Уредба Брисел I прописује тзв. црну и белу листу основа надлежности.<sup>14</sup> Бела листа представља листу основа надлежности који се примењују искључиво у односу на тужене који имају домицил у држави чланици Европске уније. С друге стране, црна листа представља основе надлежности који се примењују у односу на тужене који немају домицил у држави чланици, у односу на које се надлежност цени у складу са правилима о надлежности који важе у земљи држави чланици пред чијим судом је то лице тужено, без обзира на њихову садржину и усаглашеност са Уредбом Брисел I. С обзиром на наведено, јасно је да Уредба Брисел I своју примену субјективно ограничава на лица са домицилом у некој од држава чланица. У погледу појма

13 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, 511–512.

14 *Ibid*, 513.

домицила, Уредба Брисел I у члану 62 прописује да ће ради утврђења да ли тужени има домицил у некој држави чланици, суд консултовати норме о домицилу те државе чланице.

Општи основ надлежности установљен је чланом 4 Уредбе Брисел I, који предвиђа да лице које има домицил у држави чланици Европске уније треба бити тужено управо у земљи домицила, осим у случајевима посебне надлежности судова држава чланица предвиђених Одељцима 2 до 7 Поглавља II, када та лица могу бити тужена и ван земље домицила. Одељцима 2 до 7 Уредбе Брисел I предвиђени су посебни критеријуми надлежности, а критеријум који је применљив у споровима поводом накнаде штете проузроковане радњама предузетим на интернету прописан је чланом 7 ставом 1 тачком 2. – место где се штетни догађај десио или се може десити.

Из напред изложеног се може уочити да је формулација критеријума надлежности предвиђена Уредбом Брисел I још непрецизнија од сличне одредбе домаћег права, будући да не даје никакво ближе термилошко одређење „штетног догађаја”. Транспарентно и извесно решење сукоба надлежности не даје ни Уредба бр. 2017/1001, која се примењује када је реч о жигу Европске уније (раније коришћен назив „комунитарни жиг”). Чланом 125 Уредбе бр. 2017/1001 о жигу Европске уније<sup>15</sup> супсидијерно су прописана три основа надлежности у споровима због повреде жига Европске уније, па тужилац може тужбу против повредиоца права поднети једном од следећа три надлежна форума по доле наведеном редоследу што значи да могућност подношења тужбе првом од та три форума искључује могућност подношења тужбе сваком следећем:

- суду земље чланице у којој тужени има домицил или у којој има пословну јединицу;
- суду земље чланице у којој тужилац има домицил или у којој има пословну јединицу;
- суду где се налази седиште Завода за интелектуалну својину Европске уније.

Претходна три основа надлежности су прописана супсидијерно, док постоји и четврти основ надлежности, који је прописан алтернативно. Следствено, тужилац у случају повреде жига Европске уније може поднети тужбу једном од три горенаведена форума, у зависности од тога који му је од та три у конкретном случају први доступан, **или** четвртном форуму – суду оне државе чланице на чијој територији је радња повреде учињена или прети да ће бити учињена. Анализом основа надлежности прописаних у случају повреде жига ЕУ, јасно је да постоји знатно виши степен извесности у погледу надлежности суда. Уколико домицил туженог није познат тужиоцу или тужени нема домицил у држави чланици, сукоб надлежности се решава на повољан начин за тужиоца будући да форум домицила тужиоца пружа истом јасну слику свих аспеката

15 *Сл. лисџ ЕУ*, бр. L 154/1, 16. мај.2017.



заштите од повреде жига пред судом (првенствено поступка и садржине заштите, о чему је било речи у претходном делу рада, у оквиру одељка под називом Значај сукоба надлежности). С друге стране, када је у питању алтернативни основ надлежности очигледно је да ни Уредба о жигу ЕУ, као ни домаће право, нити Уредба Брисел I, није прилагодила основ надлежности повреди жига причињеној на интернету.

## 5. РЕШЕЊА СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ УСВОЈЕНА У ДОМАЋОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ И ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Премда се у теорији тврди да тумачење права од стране суда представља примену, а не стварање права („*Ius dicere et non jus dare*”), одлучивање суда о својој међународној надлежности у споровима чији је предмет накнада штете настала услед радњи повреде жига на интернету управо доказује да тумачење релеватних позитивноправних норми о надлежности управо подразумева стваралачку делатност суда.

### 5.1. Релевантна домаћа судска пракса

Домаћа судска пракса је изузетно оскудна када су у питању одлуке којима се решава сукоб надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жига на интернету, а ретки примери манифестују креативну улогу суда у примени правних норми о надлежности. Ипак, и у окружењу малобројних судских одлука донетих од стране домаћих судова у односним споровима, ретки примери судске праксе манифестују креативну улогу суда у примени правних норми о надлежности.

Виши трговински суд донео је дана 23. августа 2004. године пресуду бр. Пж 2653/04 у којој је заузео следећи став: „Коришћење сајтлова је суштински најјефтинији и најефикаснији начин олашавања производа, али је истовремено и начин којим се највише вређају људи права у случају повреде, јер је реч о медију који у ствари не познаје територијалне границе. Суд ипак није узео у обзир да је подручје Београда управо најбројније подручје у погледу кућа на коме је људи извршио повреду његових живота. Суд није узео у обзир ни позитивну одредбу чл. 52. ст. 1. ЗПП о изборној месној надлежности, коју ипак познају сви национални закони развијених земаља. Посебно није узета у обзир наведена одредба чл. 52. ст. 1. ЗПП која се примењује и у случају повреде жића, јер се сваком повредом жића наноси штета зато што извршилац повреде није плаћао лиценцну накнаду, те је дужан да је плаћа, али у виду накнаде штете. Према члану 52. ст. 1. ЗПП за суђење у споровима о вануговорној одговорности за штету, поред суда оштре месне надлежности, надлежан је суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица настала. У конкретном случају првостепен суд није узео у обзир да је штетна радња, па и штетна

*последница којом се чини повреда жиџова тужилоца учињена и на подручју Београда, који својом надлежношћу покрива Трговински суд у Београду и то на начин описан у тужби односно коришћењем означених сајтџова. Према томе, тужилац има моћност да тужбу поднесе или суду ошћие надлежности или пак суду на чијем подручју је шћиейна радња извршена или суду на чијем је подручју шћиейна последница настуила. Пошћио се у конкретном случају тврди уз захћев за накнаду шћиеите да се повреда жиџа тужилоца врши на начин описан у тужби коришћењем сајтџова, онда је шћиейна последница настуила и на подручју Београда. То подручје својом надлежношћу покрива Трговински суд у Београду”*

Именована пресуда је од значаја за оцену међународне надлежности у спорџвима поводом накнаде штете због повреде жиџа на интернету, иако је у њџ предмет оцене месна, а не међународна надлежност. Наиме, одлучивање суда о месној надлежности подразумева да је наведени суд претходно већ установио међународну надлежност домаћег правосуђа. Додатно, у појединим земљама правила о месној надлежности судџва уједно представљају и правила о међународној надлежности судџва одређене земље, што је био случај и са Србијом до доношења Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља. Напоследку, српско право усваја исте критеријуме надлежности и када је у питању међународна надлежност.

Пресуда Вишег трџвинског суда даје дефинитивну локализацију места извршења штетне радње/наступања штетне последице користећи се помоћним критеријумом за који држи да има одлучујућу улогу приликом детерминисања надлежног суда, а то је критеријум бројности купаца робе или услуга на подручју на ком је извршена повреда жиџа (доктрина ефекта).

Имајући у виду да је, када су у питању спџрови поводом повреде жиџа на интернету, судска пракса оскудна, начела којима се воде судови приликом одлучивања о међународној надлежности у спџровима поводом накнаде штете настале услед радњи повреде жиџа на интернету могуће је утврдити и анализом друге врсте спџрова у којима преовлађују истоветне чињеничне околности. Сходно наведеном, одређени степен релевантности за предметни проблем имају и спџрови ради накнаде штете због повреде ауторског права учињене на интернету. Српски судови су у таквим спџровима заузели уједначен став када је у питању међународна надлежност домаћег суда, који се квалитативно разликује у односу на становиште суда изнето у пресуди Вишег трџвинског суда. Апелациони суд у Београду заузео је став да се међународна надлежност суда процењује према врсти штете која се тужбом тражи. Сходно наведеном, како је у поступцима пред именованим судовима поред материјалне тражена и накнада нематеријалне штете, суд је своју међународну надлежност ценио искључиво на основу захтева за накнаду нематеријалне штете те је извео следећи закључак: у конкретном случају ради се о спџру о вануговорној одговорности за штету са међународним

елементом, па је првостепени суд пропустио да има у виду одредбу члана 53, став 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља којом је предвиђена надлежност домаћег суда. Према тој законској одредби, у споровима о вануговорној одговорности за штету надлежност суда СР Југославије постоји ако та надлежност постоји по одредбама члана 46 и члана 50–52 овог закона или ако је штета настала на територији СР Југославије. У конкретном случају захтев тужбе је и накнада нематеријалне штете због повреде ауторских права која је настала у сфери личних добара тужиоца, дакле штета је настала на територији домаћег суда где се налази пребивалиште оштећеног (тужиоца).

Да напред наведени став има снагу судске праксе сведочи и чињеница да је исти став усвојен од стране Вишег суда у Београду, као непосредно нижег суда у односу на Апелациони суд у Београду, у решењу бр. 4 П4 209/15 од дана 27. јануара 2016. године. Конкретним тумачењем права, пре свега ауторског права као права које за предмет има лично добро, а затим и локализацијом места настанка нематеријалне штете у месту пребивалишта оштећеног, суд је заправо увео нови критеријум надлежности када су у питању спорови за накнаду штете због повреде ауторског права на интернету у ситуацији када је макар један захтев тужиоца у оквиру тужбе накнада нематеријалне штете, а то је критеријум пребивалишта тужиоца. Као што је изнето, судови Републике Србије су ретко одлучивали о сопственој надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жића на интернету, док је питање сукоба међународне надлежности код повреде права интелектуалне својине чешће био предмет решавања у ауторским споровима, где је суд имао и умногоме креативнији приступ приликом тумачења норми о надлежности. У сваком случају, остаје да се уверимо да ли ће судови који поступају у споровима за накнаду штете настале услед радњи повреде жића на интернету преузети досадашњу праксу установљену у ауторским споровима или ће своје одлуке заснивати на новоусвојеним принципима. У сваком случају, модел и узор одлучивања судова би свакако требало да буду ставови из релевантних одлука Европског суда правде, с обзиром на обавезе Републике Србије преузете ратификацијом Споразума о стабилизацији и придруживању.

## *5.2. Релевантна пракса Европског суда правде*

Европски суд правде је институција Европске уније у чију надлежност, између осталог, спада и доношење одлука о прелиминарним питањима, што подразумева обавезујуће тумачење права ЕУ од стране Европског суда правде за државе чланице. Управо је поменути механизам прелиминарног одлучивања Европског суда правде довео до формирања судске праксе у погледу решавања сукоба надлежности у споровима поводом повреде жића на интернету пред судовима држава чланица Европске уније.

Европски суд правде донео је дана 19. априла 2012. године одлуку о претходном питању у предмету бр. С-523/10, којом су установљена основна начела на основу којих се има тумачити у то време важећи члан 5 (а тренутно важећи члан 7) Уредбе Брисел I, који прописује да је у споровима који се односе на деликте и квазиделикте, надлежан суд места где се штетни догађај догодио или могао догодити.<sup>16</sup> Чињенични супстрат прелиминарне одлуке је повреда аустријског жига чији је титулар привредно друштво основано у Аустрији. Повреда жига се састоји у употреби кључне речи идентичне жигу за сврхе оглашавања на интернету, на вебсајту *google.de* у циљу оглашавања. Друштво повредилац је друштво које је основано у Немачкој, а бави се продајом опреме за сноуборд широм света (између осталог и на територији Аустрије), док се титулар жига бави производњом и продајом опреме за скијање, заједно са резервним деловима и пратећом опремом, дакле и титулар жига и друштво повредилац продају исту врсту робе. На крају, неопходно је напоменути да кључна реч идентична жигу није коришћена на вебсајту *google.at* од стране туженог.

Суд је најпре направио дистинкцију између места настанка штете и места где се одиграо/могао одиграти штетни догађај. Затим, одређено је место где је штета настала, односно могла настати, с позивом на дефиницију установљену одлуком Европског суда правде у предмету бр. С-189/08 *Zuid-Chemie*, са закључком да је реч о месту где је догађај који може изазвати деликтну одговорност резултирао настанком штете.<sup>17</sup> По дефинисању појма места настанка штете, суд је дао тумачење члана 5 Уредбе Брисел I, прилагођено дигиталном окружењу, локализујући место где се догодио/могао догодити штетни догађај. У наставку је цитиран део образложења предметне одлуке: „У контексту интернетa, Суд иакође држи да, у случају наводне повреде личних права, особа која сматра да јој је право повређено садржајем објављеним на интернету, има право избора да иужбу због одговорности у погледу целокупне ирејфирљене штеће поднесе суду оне државе чланице у којој се налази седиште њених интереса (види *eDate Advertising* и остали, § 52). Суд је иом ириликком иримеио да крииеријум центра интереса особе чија су права повређена служи иредвидљивости надлежности с обзиром да дозвољава иужиоцу да лако идентификује суд иред којим може иужити, а иуженом да разумно иредвиди иред којим судом може бити иужен (види *eDate Advertising* и остали, §50). Ииак, као иио је оишти иравозастуйник иштиакао у § 20 свој Мишљења, иакав ириситуй, у иицифичном контексту повреде личних права, не може се иримениити и на одређивање надлежности у погледу повреде права интелектуалне својине, као иио је ио иредмеи илавној иостиуйка. Суиройно иишуацији у којој су ивређена лична права ииитулара, која ирава су заишићена у свим државама

16 Европски суд правде, *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, предмет бр. С-523/10, 19. април 2012. год.

17 *Ibid*, § 21.

чланицама, заштићена националној жићи је у начелу ограничена на територију државе чланице у којој је жић регистрован, па, уопштено, носилац жића не може да се ослони на заштићену жићу права ван територије државе у којој је жић регистрован. Судови оне државе чланице у којој је повређени жић регистрован су ти који су најспособнији да испитају, имајући у виду тумачење Директиве 2008/95 дао у, између остало, случајевима C-236/08 до C-238/08 Google France и Google [2010] ECR I-2417, као и случај C-324/09 L'Oréal и остали [2011] ECR I-6011, да ли ситуација иста као она која је предмет главне посујке, заиста повређује заштићени национални жић. Стога, неопходно је заузети став да радња која се односи на повреду жића регистрованог у држави чланице, а која се састоји у употреби, од стране олашивача, кључне речи идентичне оној која је заштићена жићом, на претраживачу вебсајта који оперише као највиши интернет домен државних кодова друге државе чланице, може бити предмет судској посујки у држави чланице у којој је жић регистрован.”

### 5.3. Место где се одиграо догађај који је довео до настанка штете

Када је у питању место где се одиграо догађај који је довео до наводне повреде националног жића путем употребе кључне речи истоветне жићом заштићеној ознаци на интернет претраживачу који оперише на нивоу највишег интернет домена државних кодова друге државе чланице, треба приметити да територијално ограничење заштите националног жића није таквог карактера да искључује међународну надлежност судова држава чланица у којима тај жић није регистрован. Штавише, утврђено је да место где се одиграо догађај који је довео до настанка штете може представљати важан везивни фактор са аспекта јурисдикције, имајући у виду да то место може бити веома значајно у погледу доказивања и спровођења поступка.

У ситуацији наводне повреде националног жића регистрованог у држави чланице, због приказивања рекламе на интернет претраживачу, коришћењем кључних речи истоветних жићом заштићеној ознаци, догађајем који је изазвао наводну повреду жића треба сматрати активацију техничког процеса приказивања рекламе од стране оглашивача, према претходно одређеним параметрима, а која је креирана за сопствене комерцијалне сврхе, а не треба сматрати само приказивање рекламе као такво. Као што је то суд раније установио, оглашивач, а не пружалац односне услуге је тај који бирањем кључне речи која је истоветна туђој жићом заштићеној ознаци, жић користи у комерцијалне сврхе (Google France и Google, § 52, 58). Догађај који је изазвао могућу повреду жића, имајући у виду напред наведено, последица је радњи оглашивача путем коришћења услуге за сврхе комерцијалне комуникације. Тачно је да је технички процес објављивања од стране оглашивача активиран, у крајњој линији, на серверу – претраживачу који је коришћен од стране оглашивача. Ипак, у складу са циљем предвидљивости, којем правила о надлежности морају тежити, место установљења сервера не може бити

сматран местом где одиграо догађај који је довео до настанка штете у смислу примене чл. 5, ст. 3 Уредбе 44/2001, из разлога његове географске неодређености. Супротно, с обзиром на своју одређеност, како за тужиоца тако и за туженог, као и с обзиром на ефикасност у спровођењу поступка и извођењу доказа, неопходно је сматрати да је место оснивања оглашивача место где је одлучено о процесу активације приказа.

Из напред наведеног произлази да је радња која се односи на наводну повреду жига регистрованог у држави чланици путем употребе, од стране оглашивача, кључне речи истоветне туђој жигом заштићеној ознаци, на претраживачу интернет сајтова који оперише као највиши интернет домен државних кодова друге државе чланице, може бити предмет тужбе и пред судовима државе чланице места оснивања оглашивача. Може се закључити да Европски суд правде тумачењем спорног члана Бриселске конвенције установљава два самостална и конкурентна основа надлежности. Конкретно, Европски суд правде додељује надлежност судовима државе чланице у којој је жиг регистрован или судовима државе чланице у којој је основан тужени.

У пракси је много вероватније да предметно тумачење спорне одредбе Уредбе Брисел I доведе до тога да тужиоци поступке покрећу пред судовима државе чланице у којој је жиг регистрован, и то из најмање два разлога. Први разлог се односи на преклапање основа надлежности, односно на чињеницу да је општи основ надлежности који предвиђа Уредба Брисел I, а то је надлежност суда државе седишта туженог, истоветан основу надлежности којим се предвиђа надлежност суда државе инкорпорације туженог.

Државе примењују различите теорије приликом одређивања места седишта привредног друштва, па тако седиште друштва локализују у месту где се налази стварно седиште друштва (центар активности друштва), управа друштва, регистровано седиште итсл. Ипак, сва ова места морају бити унутар граница исте државе, будући да јако мали број држава у свету примењује институт редомицијализације (*redomicialisation*). Стога, држава у којој се налази седиште туженог и држава у којој је тужени основан се подударају. Сходно наведеном, уколико се у предметним жиговним споровима примене основи надлежности које је Европски суд правде утврдио својим тумачењем, тужилац се заправо налази у објективној могућности да заснује надлежност или по општем основу (домицил – место оснивања) или по једном посебном основу (место регистрације жига). Други разлог се односи на следеће: у случају да постоји могућност демаркације државе у којој је тужени основан од државе у којој се налази његово седиште, веће су шансе да би тужилац поступак иницирао пред судом у држави у којој је жиг регистрован будући да су му у том случају позната сва његова овлашћења и аспекти заштите жига. На крају, како је и сам суд констатовао, суд државе где је жиг регистрован може да оцени да ли је реч о повреди права или не, на начин који је за тужиоца повољнији и извеснији.



## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Примена норми којима се прописује посебан основ надлежности за спорове чији је предмет вануговорна одговорност за накнаду штете, у споровима ради накнаде штете због повреде жиґа учињене на интернету, узрокује неизвесност у погледу надлежног форума, јер повезнице које се користе приликом опредељивања надлежног суда нису прилагођене условима виртуелног окружења. Наиме, критеријуми посебне надлежности који се користе за одређивање надлежног форума у споровима за накнаду штете односе се на просторни аспект (место предузимања/наступања) штетне радње или штетне последице, те нису подобни да на директан и недвосмислен начин одреде надлежност у споровима у којима се штетна радња одиграла или штетна последица наступила на интернету као „екстратериторијалном” окружењу. Сходно наведеном, пресудна је улога суда у решавању сукоба међународне надлежности.

На основу анализе домаћег и европског права и релевантне судске праксе дате у претходном делу рада, може се уочити да судови заузимају квалитативно различите ставове и изводе различите закључке када је у питању крајње значење критеријума надлежности прописаних у одговарајућим важећим правним актима, користећи се „правном гимнастиком” и екстензивним тумачењем, те прилагођавајући просторне критеријуме надлежности екстратериторијалном карактеру интернета. При томе, иако дају различите дефиниције места настанка штете, које је подлога како домаће тако и европске норме о посебној надлежности у споровима за накнаду штете из вануговорне одговорности, судовима Републике Србије и Европском суду правде заједничко је становиште да је у споровима ради накнаде штете због повреде жиґа на интернету дозвољена примена горепоменуће одредбе о посебној надлежности суда.

Прихватањем става домаћег суда да је у предметним споровима надлежан суд државе где се у највећем броју налазе купци добара која се оглашавају на интернету чиме се повређује жиґ, ствара се апсолутна неизвесност како за туженог, тако и за тужиоца, а долази и до преурањеног мериторног испитивања тужбеног захтева. С друге стране, усвајање описаног становишта домаћег суда значило би да би тужени своје пословање практично морао ускладити са прописима о жиґу свих оних земаља у којима је могуће извршити куповину добара која оглашава тужени путем интернета, што би за њега било практично немогуће, будући да би или било скопчано са огромним трошковима (у сваком таквој земљи би било неопходно радити решерш жиґа) или би било технички неизводиво (систем регистрације жиґа није у свим земљама исти). Напоследку, суд би оцењивањем интензитета повреде жиґа у смислу бројности купаца предметног производа заправо испитивао меритум тужбеног захтева, и то преурањено, пре утврђења да ли има овлашћење да поступа у предметној правној ствари. При томе, суд би вршио оцену повреде жиґа са аспекта домаћег права, пре него што је утврдио да ли

је домаће право меродавно за решавање спорног односа. Суд не може утврдити меродавно право све док не одлучи о сопственој надлежности, с обзиром да меродавно право одређују колизионе норме државе суда који је међународно надлежан да поступа у одређеном спору. На крају, неопходно је скренути пажњу и на то да је домаћим Законом о жиговима<sup>18</sup>, у члану 38, а у вези са чланом 72, прописано да се повредом жига сматра и само неовлашћено нуђење робе, односно услуга под заштићеним знаком, те чињеница да ли је производ који је нуђен (оглашаван) на интернету касније стављен у промет, није од утицаја на постојање повреде жига у српском праву, па са аспекта српског права суд свакако не може узети да је од пресудног утицаја за постојање и интензитет повреде жига бројност купаца добара, а камоли на бази те чињенице установити међународну надлежност. Чак и у случају да се повреда жига састоји у стављању у промет робе под заштићеним жигом, гореописани став домаћег суда не би био правилан, с обзиром на то да домаћи Закон о облигационим односима, у члану 31, прописује да се сматра се да је сваки уговор закључен у месту у коме је *йонудилац имао своје седиште, односно йребивалиште у йренуџку кад је учинио йонуду*, па се, местом закључења уговора о продаји, те тиме и местом стављања у промет наведене робе се, у складу са српским правом, никако не може сматрати Република Србија, уколико тужени нема седиште у Републици Србији.

С друге стране, пракса Европског суда правде којом се појам места настанка штете тумачи у корист надлежности суда државе регистрације жига, такође показује одређене недостатке и недоследности. Наиме, установљење надлежности суда регистрације жига за одлучивање у односним споровима би, с једне стране, довело до неоснованог проширења дејства начела територијалности жига, а с друге стране би се створила предност на страни тужиоца, а све на штету туженог. Установљење међународне надлежности суда регистрације жига у односним споровима проширује територијално дејство жига утолико што тумачење да је место настанка штете (као посебан основ међународне надлежности суда) једнако месту регистрације жига, само по себи повлачи последицу да је знак чија се повреда утврђује у парничном поступку заштићен жигом на оној територији где је до повреде дошло. Дакле, предметна ознака а рiогi, самом чињеницом да је суд регистрације жига надлежан, ужива жиговну заштиту, коју можда не би уживала уколико се примени другачије тумачење места настанка штете.

Установљење међународне надлежности суда регистрације жига се чини нарочито неоправданим у следећим случајевима:

- уколико два различита лица, тужилац и тужени, поседују жигом заштићен исти знак у различитим државама;
- уколико је интернет садржај којим се повређује жиг тужиоца био доступан само у земљи у којој жиг није регистрован.

18 Сл. гласник РС, бр. 104/2009 и 10/2013.

Недостаци предметног решења морали би се отклонити кроз примену адекватних правила материјалног права у конкретном поступку. С тим у вези, Светска организација за интелектуалну својину, 2001. године, донела је Заједничку препоруку која се односи на заштиту жигова и осталих права индустријске својине на интернету (у даљем тексту: „Заједничка препорука”), којом се дају смернице за супстанцијално испитивање повреде жића на интернету.<sup>19</sup> Заједничком препоруком је дефинисано да се под употребом жића сматра искључиво употреба која има комерцијални ефекат у држави Париске уније, што се има ценити према листи фактора наведених у самој препоруци (нпр. предузимање радњи планирања пословања, припремних радњи пред отпочињање пословања, самих радњи пословања у држави чланици итсл), која није исцрпна, те суд може применити и друге релевантне критеријуме у утврђивању постојања комерцијалног ефекта. Ситуацију у којој су два различита лица титулари жигова регистрованим у две различите државе, који за предмет имају идентичне ознаке, Заједничка препорука решава на начин да право коришћења жигом заштићене идентичне ознаке на интернету има лице које је прво послало обавештење о повреди права (енгл. *notification of infringement*) другој страни. Конкретно, чланом 10 Заједничке препоруке прописано је да ће лице које има регистрован жиг на идентичном знаку моћи да користи жиг у земљама назначеним у обавештењу о повреди права, само уколико таква употреба нема комерцијалне ефекте.

Имајући у виду неизвесност коју са собом носи примена посебног основа надлежности у споровима чији је предмет накнада штете услед повреде жића на интернету, која иде нарочито на штету како туженог, али потенцијално и на штету тужиоца, може се закључити да у односним споровима принцип правичности и правне сигурности захтевају примену општег основа међународне надлежности, који надлежност суда установљава према боравишту/пребивалишту/седишту туженог. Наиме, тужени своје пословање/поступање усклађује са окружењем у ком делује, односно са прописима државе боравишта/пребивалишта/седишта будући да му је таква држава центар животних/словних активности. С друге стране, предност општег основа надлежности за тужиоца огледа се у чињеници да је њему пружена извесност у погледу форума, а да неће бити лишен заштите с обзиром да уколико радња туженог производи последице ван територије државе чији је суд надлежан, спор ће се решавати у складу са утврђеном садржином меродавног права. Напослетку, угрожавање правне сигурности и ефикасности поступка се нарочито огледа у великој могућности да настану компликације везане за признање и извршење одлуке, које се поново врши у држави пребивалишта/боравишта/седишта туженог, а све са посебним акцентом на то да су у већини земаља услови одбијања признања јавни поредак државе

19 Текст Препоруке доступан је на сајту Светске организације за интелектуалну својину: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf> (11.12.2019).

признања, ускраћивање права на одбрану туженом, те искључива међународна надлежност суда државе признања. Ради лакшег разумевања, неопходно је направити паралелу између решења према ком је надлежан суд регистрације жига, по посебном основу надлежности, и решења према ком је надлежан суд боравишта/пребивалишта/седишта туженог, по општем основу надлежности. У првој ситуацији, тужени је доведен пред „свршен чин”, будући да суд надлежност цени према посебном основу међународне надлежности, тј. према месту настанка штете, за које суд држи да се налази на територији државе регистрације жига. Последица наведеног је да је знак употребљен на територији на којој важи као жиг, без обзира на чињеницу где је штетни интернет садржај био доступан, на ком серверу је постављен, коме је био намењен и сл. Дакле, тужени би увек повредио жиг коришћењем знака на интернету, уколико је тај знак заштићен жигом било где у свету, а при томе тужени вероватно није ни имао свест да је предметни знак заштићен жигом приликом његове употребе на интернету. У другој ситуацији, када се међународна надлежност суда установи према општем основу надлежности, тужени коришћењем знака на интернету који у некој земљи ужива заштиту као жиг, није *a priori* повредио жиг, већ је жиг повредио уколико на то указују норме меродавног права.

Темпо развоја цивилизације се непрестано убрзава, а иновације су сваким даном све бројније. У контексту проблематике овог рада, сликовит пример немогућности примене одредбе о посебној надлежности у споровима за накнаду штете из вануговорне одговорности, била би ситуација из будућности, у којој грађанин једне државе планете Земље проузрокује штету грађанину стране државе исте те планете, током боравка на планети Марс. С обзиром да би у описаној хипотетичкој ситуацији место настанка штете било на Марсу, судови би пред собом имали немогућ задатак да примене одредбу о посебној међународној надлежности, те би вероватно пресудила примена опште норме о надлежности. За крај, остаје питање, или пре индивидуална оцена сваког од нас, да ли ситуацију у којој је немогуће применити неку правну норму треба поистоветити са ситуацијом у којој примена једне правне норме може довести до мноштва различитих решења, у зависности од тумачења субјекта који је примењује?

#### О ауторки

Милица Жаркић је рођена 1991. године. Основне академске студије завршила је на Правном факултету Универзитета у Београду. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађала је у генерацији 2014/2015. године. Након завршетка мастер студија положила је правосудни и адвокатски испит. Члан је Адвокатске коморе Београда од 2017. године, а тренутно ради као адвокат сарадник у Заједничкој адвокатској канцеларији Буквић, Звијер, Јелачић, Томашевић и сарадници.