

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ, КЉУЧНЕ РЕЧИ И ОГЛАШАВАЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ*

Резиме

Сајтови за претраживање интернета поред услуге изв. природној претраживања интернета данас нуде и услугу изв. комерцијалној претраживања интернета. Када корисник интернета унесе одређену кључну реч у поље за претраживање, то ће активирајући приказивање интернета ојласа у резултатима комерцијалној претраживања. Реч је заправо о специфичној услузи олашавања на интернету, где се ојлас приказује у виду резултата претраге. Олашивач, међутим, за кључну реч може одабрајући ознаку која је истовремена или слична ознаци коју је жиом заштитио његов конкурент, или ознаку која је истовремена или слична чувеној ознаци трећеј лица. У таквим ситуацијама, тишулари жија покрећали су спорове збој наводне овореде жија, како против пружалаца услуге контекстуалној олашавања, тако и против самих олашивача. Док су амерички судови углавном заузели став да је дошло до неовлашћеној коришћења жиом заштитићене ознаке, Суд правде Европске уније имао је значајно рестриктивнији приступ по коме пружаоци услуге олашавања уз помоћ кључних речи по правилу не чине овореду жија, док корисници услуге моју одговарајући за овореду само из разлога овозаних са садржином ојласа. Поред критичкој осврћи на досадашње пресуде у споровима збој овореде жија, у раду се овај проблем осматра и у контексту правила о сузбијању нелојалне конкуренције.

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

Кључне речи: жиї, кључне речи, инїернетї, инїелектїуална своїна, нелојална конкуренција, конїекстїуално рекламирање.

I Уводна разматрања

Развој права интелектуалне својине одувек је био повезан са развојем технологије. Појава различитих техничких уређаја – апарата за фотокопирање, радија, телевизије, сателитског емитовања, најзад и интернета, често је доводила до измена постојећих прописа из области интелектуалне својине како би се уредили новонастали односи. Понекад је било довољно проширити примену постојећих правила на радње произашле из примене нових технологија. Један такав случај биће предмет овог рада: коришћење жигом заштићених ознака као кључних речи на интернет претраживачима које служе за активирање интернет огласа.¹ Данас, наиме, готово свако коришћење интернета подразумева коришћење услуге претраживања интернета. По правилу, корисници интернета не знају тачну адресу сајта који желе посетити, те најпре посете сајт који пружа услугу интернет претраживања. Најпосећенији такав сајт је Гугл (*Google*), који је за многе кориснике „капија интернета“. Када корисник интернета унесе одређену реч у поље за претраживање, Гугл претражи интернет сајтове и објави резултате. Претрагом се анализирају речи које се користе на веб-страницама, као и појмови које су власници сајтова одабрали као оне који најприближније осликавају садржину сајта (енгл. *tag*).² Такви резултати најчешће се означавају као тзв. природни резултати претраге, на супрот тзв. комерцијалним резултатима претраге. Наиме, поред „природног“ претраживања интернета, Гугл објављује и линкове за сајтове који су у вези са речју која је покренула претраживање. Услугу комерцијалне претраге Гугл нуди под називом *AdWords*. Назив услуге већ открива понешто о њеној суштини – „огласне речи“ (енгл. *ad* – оглас; *word* – реч).³ Услуга се заправо састоји у објављивању линка за одређени

1 Појам ознаке ће се у овом раду користити само у вези са текстуалним ознакама, тако да њиме неће бити обухваћени звукови, слике, тродимензионални облици, као и њихове комбинације.

2 Да будемо сасвим прецизни, претраживање на основу кључних речи које су сами власници сајтова одабрали (енгл. *tags*) је данас углавном напуштено, због бројних злоупотреба. Наиме, власници сајтова су намерно бирали „популарне“ кључне речи које нужно нису биле у вези са садржином сајта. На тај начин су добијани нетачни резултати. Данас се пружаоци услуге тзв. природног интернет претраживања ослањају на претраживање свих записа на веб-страницама.

3 Поред Гугла, постоје и други пружаоци ове услуге, нпр. *Yahoo! Search Marketing* или *Microsoft adCenter*.

сајт у резултатима комерцијалне претраге сваки пут када корисник у тзв. природној претрази унесе одређену реч. Гугл, дакле, повезује коришћење одређене речи у природној претрази са појављивањем одређеног линка, тј. огласа у резултатима комерцијалне претраге. На пример, уколико у претраживач унесете реч „ауди“, у резултатима тзв. природне претраге на првом месту или при самом врху требало би да буде приказан линк за званични сајт истоименог произвођача аутомобила. На такав резултат не морате наићи и у резултатима тзв. комерцијалне претраге, који се на екрану приказују десно од резултата природне претраге или изнад њих. Резултат комерцијалне претраге зависиће од тога ко је од оглашивача одабрао истоветну реч, синтагму или реченицу, коју је корисник задао у природној претрази, за активирање његовог огласа. Уколико је поминути произвођач аутомобила одабрао реч „ауди“, линк за званични сајт овог произвођача појавиће се и међу резултатима комерцијалне претраге. Најчешће се, међутим, дешава да управо конкурент одабере ознаку истоветну жигом заштићеној ознаци свога такмаца.⁴ То може „скренути“ кориснике интернета ка сајту конкурента, а самим тим и ка његовим производима односно услугама.

Гуглов пословни модел за услугу *AdWords* је заиста иновативан. Заинтересовано лице закључује уговор са Гуглом и плаћа најпре само иницијалне трошкове. Лице бира кључне речи чије коришћење у тзв. природној претрази ће иницирати појављивање линка за његов сајт у резултатима комерцијалне претраге. Број речи које се на овај начин резервишу није ограничен. Гугл чак и нуди помоћ клијентима у одабиру кључних речи и то на два начина. Најпре, Гугл пружа могућност заинтересованом лицу да предложи кључну реч коју жели да повеже са својим огласом, а затим му предлаже низ сличних, релевантних кључних речи. С друге стране, Гугл омогућава заинтересованом лицу могућност да предложи сајт који жели да рекламира у резултатима комерцијалне претраге, чија садржина ће потом посебним рачунарским програмом бити претражена, те кључне речи предложене на основу анализе садржине тог сајта. Пошто се кључне речи одаберу, а иницијални трошкови плате, Гугл започиње са објављивањем огласа. Сваки пут када се нека од одабраних кључних речи зада у тзв. природној претрази, линк за сајт корисника Гуглове услуге појавиће се у резултатима комерцијалне претраге. Сам линк праћен је кратком рекламном поруком. Резултати комерцијалне претраге представљају заправо скуп огласа приказаних у форми резултата ин-

4 Жиг је субјективно право којим се штити ознака која служи за обележавање робе или услуга одређеног произвођача односно пружаоца услуга. Предмет жига је ознака. У свакодневном говору, па чак и од стране неких правника, термин „жиг“ користи се двоструко – и да значи субјективно право и да значи предмет тог права. У овом раду неће бити таквог поистовећивања.

тернет претраживања. Реч је о виду тзв. контекстуалног рекламирања, јер се кориснику приказују огласи који одговарају његовим идентификованим интересовањима. Сваки пут када неко од корисника интернета посети сајт корисника Гуглове услуге, користећи линк објављен у резултатима комерцијалне претраге, власник сајта платиће Гуглу извесну накнаду.⁵ Само објављивање огласа односно појављивање линка у резултатима комерцијалне претраге се не наплаћује, већ се то чини само када неки корисник интернета искористи објављени резултат да посети предложени сајт.⁶

Радње оглашивача и пружалаца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге се могу анализирати како применом правила жиговног права (II), тако и применом правила о сузбијању нелојалне конкуренције (III).

II Примена правила жиговног права

Коришћење жигом заштићених ознака за активирање огласа (конкурената) наишло је на отпор титулара жига. Покренути су бројни спорови због наводне повреде жига коришћењем заштићене ознаке у комерцијалне сврхе. Судови су, дакле, морали да се одреде између ширег и ужег тумачења радње коришћења жига. Као што ћемо се уверити, судска пракса је, за сада, неуједначена, како између европских и америчких судова, тако и унутар исте државе.

1. Повреда жига у праву САД: екстензивни приступ

Жиговно право САД уређено је на федералном нивоу Ланхамовим законом (енгл. *Lanham Act*) у коме је жигом заштићена озна-

5 За одређивање висине накнаде коју оглашивач дугује, Гугл примењује *cost-per-click* модел. Оглашивач најпре одређује износ који је спреман да плати Гуглу сваки пут када неки корисник интернета користи линк ка његовом сајту. Оглашивач такође одређује максимални дневни односно месечни износ новца који може да потроши на плаћање ове услуге. Гугл затим применом неколико критеријума одређује позицију огласа у резултатима комерцијалне претраге. Критеријуми које Гугл примењује су: висина износа који оглашивач плаћа Гуглу за сваку посету сајту; садржина огласа; количник броја посета сајту оглашивача коришћењем линка из огласа и броја приказивања огласа у резултатима комерцијалне претраге (енгл. *clickthrough rate*). Захваљујући трећем критеријуму који примењује при одређивању позиције огласа у резултатима комерцијалне претраге, Гугл пружа релативно уједначен приступ овој услузи свим заинтересованим лицима, не дајући искључиво предност оглашивачима који плаћају највише. Наиме, што је оглас посећенији односно што је више корисника преко објављеног линка посетило сајт оглашивача, то су шансе да оглас буде боље (више) позициониран у резултатима комерцијалне претраге веће.

6 Више о овој услузи: <http://adwords.google.com>.

ка дефинисана као реч, скуп речи или симбол који се користи за обележавање производа одређеног произвођача или продавца и за њихово разликовање од других производа.⁷ Како би се утврдила повреда жига, потребно је доказати да је тужени користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе, у вези са продајом, нуђењем на продају, дистрибуцијом или оглашавањем робе или услуга. Такође се мора доказати да постоји могућност изазивања забуне.

У време које је претходило појави интернета, амерички судови углавном су уско тумачили појам коришћења жигом заштићене ознаке, везујући га искључиво за такво коришћење жигом заштићене ознаке које код потенцијалног купца ствара забуну у погледу порекла робе односно услуге, у ситуацији када је потенцијални купац суочен са две сличне ознаке које упућују на исто порекло, иако означена роба односно услуга заправо имају различито порекло. Из напред наведеног може се закључити да се појам коришћења повезивао са могућношћу стварања забуне у погледу порекла робе односно услуге, тако да коришћења не би било у случају да се неко лице не служи жигом заштићеном ознаком на начин који би код потенцијалног купца створио забуну у погледу порекла робе односно услуга.⁸ Међутим, појавом интернета, амерички судови почели су да екстензивно тумаче појам коришћења жигом заштићене ознаке, како би могли да утврде повреду у ситуацијама које су подразумевале нове облике служења жигом заштићеним ознакама на интернету од стране лица која нису титулари тих жигова. Тако су у споровима који су се водили због сајберсквотингa, тј. регистравања назива интернет домена који је истоветан или битно сличан предмету туђег жига у циљу касније препродаје, судови, по правилу, сматрали да је коришћење жигом заштићене ознаке доказано, иако тужени није користио спорну ознаку за обележавање своје робе односно услуга. За доказивање коришћења жигом заштићене ознаке судовима је била довољна чињеница да је тужени регистрацију назива домена извршио у комерцијалне сврхе, покушавајући да оствари што већу добит од преноса назива домена на титуларе жига чији предмет чини истоветна ознака.⁹

7 15 U.S.C. §§ 1051 *et seq.*

8 Више о појму коришћења жигом заштићене ознаке у америчком праву: Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, „Confusion Over Use: Contextualism in Trademark Law“, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, бр. 7-24, 2007; Jennifer E. Rothman, „Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law“, *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005, стр. 105. Више о споровима у вези са коришћењем кључних речи на интернету у САД: Regina Nelson Eng, „The Purchase and Sale of Trademarks as AdWords“, *Albany Law Journal of Science and Technology*, vol. 18, 2008, стр. 493-541; Lauren Troxclair, „Search Engines and Internet Advertisers: Just One Click Away from Trademark Infringement?“, *Washington and Lee Law Review*, 2005, стр. 1365-1407.

9 Више о сајберсквотингу: Душан Поповић, *Les noms de domaine et le droit de propriété intellectuelle / Имена Инјернетј домена и право инјелекјјуалне својине*, 1. издање, Београд, 2005, стр. 39-47.

Осим у случајевима сајберсквотинга, ширем тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке прибегавано је и у споровима који су се водили због истоветности појмова које власници сајтова бирају за обележавање својих сајтова (енгл. *tags*) са жигом заштићеним ознакама. Ови појмови немају посебан значај за „обичне“ кориснике интернета, али олакшавају комуникацију међу рачунарима и омогућавају претраживање интернета. Током деведесетих година, пружаоци услуге тзв. природног претраживања интернета у великој мери су се ослањали на ове појмове, одабране од стране власника сајтова, приликом претраживања многобројних веб-страница. Убрзо се, међутим, показало да све већи број власника сајтова намерно бира „популарне“ појмове који не одликавају садржину сајта, што је доводило до нетачних резултата претраживања. Пружаоци услуге интернет претраживања су због тога осмислили друге начине претраживања, ослањајући се све више на анализирање свих записа на веб-страници. Међутим, и поред тога што ови појмови немају значај који су некада имали за тзв. природно претраживање интернета, и данас има спорова које покрећу титулари жига због неовлашћеног коришћења жигом заштићене ознаке од стране власника сајтова. На пример, у предмету *Tdata Inc. v. Aircraft Technical Publishers*¹⁰ суд је закључио да се тужени неовлашћено служио жигом заштићеном ознаком, што сведочи о његовој несавесности. Суд је радње туженог окарактерисао као коришћење жигом заштићене ознаке и поред тога што појмови које власник сајта бира да „представљају“ његов сајт нису видљиви корисницима. Суд је сматрао да „иницијална“ забуна, а самим тим и коришћење, постоји, иако потрошачи накнадно могу схватити да је дошло до забуне.

Најзад, појава контекстуалног рекламирања довела је до спорова покренутих због коришћења жигом заштићених ознака за активирање огласа у резултатима тзв. комерцијалне претраге, у којима су амерички судови у већини случајева прибегавали екстензивном тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке. Иако је већина тих спорова окончана вансудским поравнањем, они нам ипак могу пружити неке смернице, јер су судови имали прилике да се изјасне о томе да ли је у конкретном случају било коришћења жигом заштићене ознаке. Први у низу спорова пред америчким судовима вођених због коришћења жигом заштићених ознака за активирање огласа на интернету био је спор између једног америчког произвођача тапета и Гугла. У спору *Google v. ABWF*, калифорнијски суд утврдио је да је Гугл непосредно повредио жиг, дозвољавајући да истоветна ознака буде коришћена за активирање огласа у резултатима тзв. комерцијалне претраге на свом сајту за интернет претраживање.¹¹ Суд се на више места позивао на пресуду у

10 2006 WL 181991 (S.D. Ohio 23.1.2006).

11 No. C 03-05340 JF, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6228, 23 (N.D. Cal. 30.3.2005).

предмету *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.* у коме је утврђено да је Нетскејп, некада доминантни програм за коришћење интернета, повредио туђи жиг тако што је пружао услугу која је повезивала коришћење ознака истоветних жигом заштићеним ознакама са активирањем интернет огласа.¹² Међутим, услуга коју је својевремено пружао Нетскејп и услуга коју пружа Гугл нису сасвим једнаке. Услуга коју је пружао Нетскејп је подразумевала активирање огласа у оквиру интернет странице која је садржавала резултате претраге, али је сам оглас најчешће био означен само речима „кликни ме“, те је обичан корисник интернета могао бити доведен у заблуду у погледу порекла огласа, тј. његове везе са резултатима претраживања. Уколико би корисник поступио онако како му је огласом сугерисано, интернет страница са резултатима претраге била би аутоматски замењена страницом оглашивача. Иако је Гугл у своју одбрану истицао чињеницу да су огласи који се појављују у резултатима његове услуге комерцијалног претраживања јасно означени, тј. да је оглашивача могуће одмах идентификовати, па нема могућности стварања забуне, суд је сматрао да су околности случаја у довољној мери сличне онима из предмета *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*, те је закључио да је Гугл неовлашћено користио туђу жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе. Спор је окончан вансудским поравнањем.

У предмету *GEICO v. Google* суд је такође утврдио да је Гугл, пружајући услугу контекстуалног рекламирања, користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе.¹³ Суд је извршио поређење са предметима у којима су титулари жига тужили привредно друштво *WhenU* због начина на који је функционисао његов производ – рачунарски програм *SaveNow*.¹⁴ Наиме, овај програм активирао је интернет огласе у посебним „прозорима“ (енгл. *pop-up ads*) на основу речи које је корисник интернета уносио у програм за претраживање интернета. Овај програм такође је користио жигом заштићене ознаке за активирање огласа, али, како је истакао суд, приликом продаје огласног простора оглашивач није могао да бира ознаке које ће активирати његов оглас, већ је то програм касније чинио аутоматски, анализирајући садржину огласа. Ознаке и огласи су били класификовани у одређене категорије, а

12 354 F.3d 1020 (9th Cir. 2004).

13 330 F. Supp. 2d 700 (E.D. Va. 2004). Спор је окончан вансудским поравнањем, тако да суд није био у прилици да се изјашњава о евентуалној повреди жигом заштићене ознаке. Ипак, индикативно је да суд јесте утврдио да радње које је Гугл предузео представљају коришћење жигом заштићене ознаке.

14 Реч је о три предмета: *U-Haul Int'l, Inc. v. WhenU.Com, Inc.*, 279 F. Supp. 2d 723, 727 (E.D. Va. 2003); *Wells Fargo & Co. v. WhenU.Com, Inc.*, 293 F. Supp. 2d 734, 762 (E.D. Mich. 2003); *1-800-Contacts, Inc. v. WhenU.Com, Inc.*, 414 F. 3d 400, 404 (2d Cir. 2005).

оглас се аутоматски активирао када дође до поклапања категорије робе односно услуга којој припадају оглас и ознака. Суд је утврдио да је Гуглов пословни модел значајно другачији, јер се заснива на одабиру ознака од стране оглашивача, најчешће на предлог самог Гугла. Због тога су радње Гугла окарактерисане као коришћење жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе.

Тренд екстензивног тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке од стране америчких судова прекинут је одлуком у предмету *Rescuecom Corp. v. Google*.¹⁵ Спор је покренут због Гуглове услуге објављивања огласа у тзв. комерцијалним резултатима претраге, али је суд, супротно дотадашњој пракси, закључио да „интерна употреба“ жигом заштићене ознаке за активирање интернет огласа не потпада под појам коришћења у смислу жиговног права. Суд је истакао да се постојање радње коришћења жигом заштићене ознаке мора доказивати независно од доказивања могућности наступања забуне, те доказивања да је коришћење жигом заштићене ознаке извршено у комерцијалне сврхе. Посматрајући ова три елемента одвојено (коришћење, комерцијална намена, могућност забуне), суд је закључио да се радње које Гугл предузима пружајући услугу *AdWords* не могу сматрати коришћењем жигом заштићених ознака, пошто није било коришћења спорног знака за обележавање робе или услуга како би се приказало да оне потичу од другог лица. Поврх тога, суд је истакао да објављивање огласа у комерцијалним резултатима претраге ни на који начин не утиче на доступност корисницима резултата тзв. природне претраге, не мења те резултате, нити одвраћа кориснике од претраживања сајтова на које упућују „природни“ резултати. Међутим, другостепени суд¹⁶ је заузео супротан став, притом се позивајући на пресуду у предмету *1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc.* Другостепени суд је, наиме, окарактерисао радње које је Гугл предузео као коришћење жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе, притом истичући Гуглову активну улогу у одабиру кључних речи које ће служити за активирање интернет огласа, насупрот већ описаног механизма који је користило привредно друштво *WhenU*. Суд је одбацио аргумент Гугла да укључивање жигом заштићених ознака у интерни директоријум који користи рачунарски програм не представља коришћење жигом заштићене ознаке. У пресуди је истакнуто да би у супротном пружаоци ове услуге могли да користе жигом заштићене ознаке на начин који би доводио потрошаче у заблуду, што није у складу ни са језичким ни са телеолошким тумачењем Ланхамовог закона. Другостепени суд је закључио да Гугл чак и подстиче клијенте на коришћење жигом заштићених ознака сугеришући им

15 No. J:04-CV-1055 (NAM/GHL), 2006 U.S. Dist. LEXIS 70409, 16 (N.D.N.Y. 28.9.2006).

16 562 F.3d 123 (2d Cir. 3.4.2009).

„прикладне“ кључне речи путем програма *Keyword Suggestion Tool*. Овом пресудом другостепени суд приклонио се данас преовлађујућем екстензивном тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке у америчком праву.

2. Повреда жига у праву ЕУ: рестриктивни приступ

У марту 2010. године, највиши суд Европске уније – Суд правде ЕУ донео је дуго очекивану одлуку поводом дозвољености коришћења ознака истоветних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа у комерцијалним резултатима Гуглове интернет претраге.¹⁷ Реч је, заправо, о одлуци донетој у поступку решавања претходног питања које је Суду правде поставио Касациони суд Републике Француске, познатој као предмет *LVMH*.¹⁸ Суд ипак није могао да се изјасни о свим спорним аспектима ове Гуглове услуге, јер је био ограничен питањима које му је поставио француски суд. У овом предмету постојала је тзв. двострука истоветност – кључна реч и жигом заштићена ознака биле су истоветне, као и категорија робе у вези са којима се ознаке користе. Најкраће речено, Суд правде сматра да Гугл, пружајући услугу *AdWords*, не чини повреду туђег жига, као што ни радње корисника ове услуге – оглашивача који бирају кључне речи истоветне предмету туђег жига за активирање својих огласа – не представљају повреду жига *per se*.

Суд правде је најпре закључио да на основу чл. 5, ст. 1, под а) Директиве о хармонизацији жиговног права¹⁹ и чл. 9, ст. 1, под а) Уредбе о комунитарном жигу²⁰ титулар жига може забранити оглашивачу да користи без његове сагласности ознаку која чини предмет његовог жига као кључну реч у вези са оглашавањем на интернет претраживачима своје робе или својих услуга које су *истиовейне* онима за које је титуларов жиг регистрован, у случају да оглас активиран кључном речју не омогућава просечном кориснику интернета да утврди да ли рекламирана роба односно услуге потичу од титулара жига или од лица које је

17 Суд правде ЕУ, спојени предмети бр. C–236/08, C–237/08 и C–238/08, *Google France SARL v. Louis Vuitton Malletier SA*.

18 Иако оснивачким уговорима ЕУ није прописано каква су дејства прелиминарних одлука Суда правде, опште је прихваћено да су оне обавезујуће за националне судове, посебно када је пресудом, односно мишљењем, Суд правде одлучивао о правној ваљаности националног правног акта. Исто важи када је у питању тумачење, јер је национални суд везан тим тумачењем, тј. интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања. Детаљније код: Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, 1. издање, Београд, 2006, стр. 62–71.

19 Прва директива Савета бр. 89/104/ЕЕС од 21. децембра 1988. године о хармонизацији жиговног права држава чланица.

20 Уредба Савета бр. 40/94 од 20. децембра 1993. године о комунитарном жигу.

са њим повезано, или то омогућава само у ограниченој мери. Суд је, дакле, утврдио да у случају истоветности роба односно услуга и у случају немогућности утврђивања или отежаног утврђивања правог порекла робе односно услуга, титулар жига може да се супротстави таквом коришћењу ознаке која чини предмет његовог жига. Овакав закључак суда је сасвим очекиван, јер представља заштиту основне функције жигом заштићене ознаке – обележавање порекла робе или услуга.²¹ Чињеница да је жигом заштићена ознака употребљена на интернету, а не у „физичком свету“, правно је ирелевантна. Треба, међутим, истаћи да суд овде не заузима став у односу на радње пружаоца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге, већ у односу на радње самог оглашивача, пошто је оглашивач аутор рекламне поруке. Пошто у описаној ситуацији заправо нема коришћења жигом заштићене ознаке за обележавање робе односно услуга већ се она користи у вези са робом односно услугама,²² суд повезује радњу коришћења жигом заштићене ознаке као кључне речи са садржином огласа, те закључује да је титулар жига овлашћен да се супротстави таквом коришћењу заштићене ознаке само: (1) када се огласом сугерише да постоји економска веза између оглашивача и титулара жига; (2) када, иако се не сугерише постојање економске везе између оглашивача и титулара жига, садржина огласа је нејасна у мери да просечно пажљиви корисник интернета не може утврдити, на основу линка и рекламне поруке, да оглашивач није повезан са титуларом жига. Према томе, да би се утврдило да ли је дошло до повреде жига коришћењем жигом заштићене ознаке као кључне речи, треба анализирати садржину огласа који се активира уношењем спорне кључне речи у интернет претраживач. Гугл, иначе, одраније омогућава титуларима жига да забране коришћење заштићених ознака у огласима трећих лица.²³ Уколико оглас, на пример, садржи поруку којом се потрошач позива да упореди производе једног произвођача са конкурентским производима, а у самом огласу се при том користи жигом заштићена ознака, титулар жига може тражити од Гугла да оглас блокира.²⁴

21 Функција указивања на порекло робе или услуге је једина функција ознаке која је заштићена на основу жиговног права. Уколико једно лице обележава и пушта у промет своју робу обележену знаком која је заштићена туђим жигом, онда оно врши повреду жига. Због тога је ова функција ознаке истовремено и функција жига. Тако: Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, 1. издање, Сарајево, 2007, стр. 145.

22 Занимљиво је да се формулацијом „коришћење ознаке у вези са робом односно услугама“ Суд правде ЕУ приближава америчком жиговном праву које познаје „коришћење ознаке у комерцијалне сврхе“.

23 Гугл је усвојио различита интерна правила у вези са коришћењем жигом заштићених ознака у интернет огласима (енгл. *Google Trademark Policy*) за различите државе. Детаљније на сајту: <http://adwords.google.com>

24 На пример: „Упоредите наше хамбургере са Мекдоналдсовим!“

У предмету *LVMH*, суд је заузео став само у односу на ситуацију у којој постоји истоветност ознака и истоветност роба односно услуга које потичу од титулара жига, с једне стране, и оглашивача, с друге стране, пошто је био везан питањем које је поставио француски суд. Због начина на који је питање формулисано, суд није могао да анализира неке друге честе ситуације до којих долази на интернету. На пример, корисници често чине грешке приликом уношења речи у поља за претрагу. Најчешће се приликом куцања погрешно у једном слову. Оглашивач може везати појављивање свог интернет огласа управо за реч која се од жигом заштићене ознаке разликује у једном слову. Иако се Суд правде ограничио само на истоветне ознаке, ваља подсетити да се заштита уобичајено пружа и битно сличним ознакама, уколико постоји могућност наступања забуне код учесника у промету.²⁵

Суд је даље разматрао да ли овакво коришћење жигом заштићене ознаке од стране оглашивача може нарушити рекламну функцију ознаке.²⁶ Суд, наиме, сматра да рекламна функција ознаке неће бити нарушена због чињенице да конкуренти титулара жига користе истоветну ознаку за активирање својих огласа у резултатима комерцијалне претраге, јер се тиме ни на који начин не утиче на резултате тзв. природне претраге. Тврдња суда је засигурно тачна када је реч о сајтовима титулара жигова чији предмет је чувена ознака, али не нужно и за сајтове титулара жигова чији предмет је ознака просечног степена познатости. Тачно је да се линкови за сајтове морају појавити у резултатима тзв. природне претраге, али тврдити да ће они бити високо позиционирани и из тога закључивати да рекламна функција ознаке није ничим нарушена је, понављамо, пука претпоставка. Можемо чак замислити ситуацију у којој титулар жига није присутан на интернету, нема свој веб-сајт. Тада се он једноставно не може појавити у резултатима тзв. природне претраге. Ипак, закључак Суда се може прихватити у погледу чувених ознака, а управо рекламна функција чувених ознака се *нейосредно* штити жиговним правом.

Суд је, потом, закључио да пружалац услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге, где је активирање огласа повезано са коришћењем жигом заштићених ознака, не користи жигом заштићену

25 И када је реч о АДР поступцима вођеним због сајберсквотинга, арбитражна већа пружала су заштиту титуларима жига када се регистровани назив домена од жигом заштићене ознаке разликовао само у нпр. једном слову (грешке у куцању). Наравно, под условом да су испуњени и остали услови, пре свега несавесност регистранта.

26 Рекламна функција ознаке штити се у жиговном праву само посредно, путем заштите функције означавања порекла робе односно услуге. Рекламна функција изузетно може бити непосредно заштићена када је реч о чувеној ознаци. Таква заштита назива се заштитом од разводњавања.

ознаку у смислу чл. 5, ст. 1 и 2 Директиве о хармонизацији жиговног права и чл. 9, ст. 1 Уредбе о комунитарном жигу. Суд сматра да пружалац услуге контекстуалног оглашавања омогућава својим клијентима да користе ознаке које су истоветне или сличне жигом заштићеним ознакама, притом сам не користећи те ознаке. Стварање техничких услова за коришћење ознаке суд, дакле, не изједначава са самим коришћењем ознаке. За разлику од преовлађујућег става америчких судова, Суд правде Европске уније определио се за рестриктивно тумачење појма коришћења жигом заштићене ознаке, изричито искључујући могућност да радње Гугла буду подведене под појам коришћења ознаке. Подсетимо, амерички судови подводили су Гуглове радње под појам коришћења жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе.

Суд правде је, најзад, тумачећи чл. 14 Директиве о електронској трговини²⁷ закључио да пружалац услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге није одговоран за карактер похрањеног садржаја, као ни за радње оглашивача, уколико је његова улога била пасивна. То значи да неће бити одговоран онај пружалац услуге који није учествовао у активностима оглашивача, није имао контролу над похрањеним садржајем, није знао за незаконите радње оглашивача односно одмах је уклонио похрањени садржај и онемогућио активности оглашивача чим је сазнао за њихову природу. Сматрамо да радње које предузима Гугл никако не могу бити окарактерисане као пасивне, јер у већини случајева управо Гугл сугерише потенцијалним оглашивачима прикладне кључне речи за које би требало „везати“ појављивање огласа у резултатима комерцијалне претраге. Посебно проблематичном чини нам се ситуација у којој је Гугл предложио оглашивачу да користи као кључну реч ознаку која чини предмет туђег жига, а сам оглас сугерише повезаност између титулара жига и оглашивача. Због тога ће неизбежна последица ове пресуде Суда правде бити појачана контрола пружалаца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге над садржином огласа, како би се избегли барем евидентни случајеви повреде. Пружаоци услуге оглашавања ће такође морати хитно да реагују у случају да буду упозорени од стране титулара жига на наводне незаконите радње оглашивача. Примена чл. 14 Директиве о електронској трговини у спору из области жиговног права ипак нам се чини изненађујућом, будући да је поменути члан инспирисан одредбама америчког Миленијумског закона о ауторском праву у дигитално доба (енгл. *Digital Millenium Copyright Act*). Ово правило успостављено је да би се искључила одговорност хостинг сајтова и интернет провајдера у случајевима повреде ауторског права и сродних права на интернету. Суд правде ЕУ, пак, овај

27 Директива Европског парламента и Савета бр. 2000/31/ЕС од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима услуга информатичког друштва на унутрашњем тржишту, а нарочито електронске трговине.

члан примењује у спору из области жиговног права подводећи пружаоце услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге интернета под ширу категорију пружалаца услуга на интернету. Гугл ће, дакле, на захтев титулара жига бити дужан да уклони спорни оглас. Уколико таквих захтева буде било у великом броју, приход Гугла од услуге *AdWords* драстично ће опасти, те ова „победа“ пред Судом правде неће имати повољне финансијске ефекте, напротив.

Најзад, шта се може закључити из одлуке Суда правде у предмету *LVMH*? Најпре, да пружаоци услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге не користе жигом заштићену ознаку у смислу жиговног права ЕУ, те да могу бити одговорни само уколико су знали за недозвољену природу огласа и/или нису реаговали када их је на повреду упозорио титулар жига. С друге стране, корисници услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге чине повреду жига само уколико оглас не омогућава просечном кориснику интернета да утврди да ли рекламирана роба односно услуге потичу од титулара жига или од лица које је са њим повезано, или то омогућава само у ограниченој мери. Из претходног можемо закључити да Суд правде много уже дефинише појам коришћења жигом заштићене ознаке него што је то случај у америчком праву.

У предмету *LVMH* Суд правде ЕУ није, међутим, имао прилику да подробније анализира постојање евентуалне повреде тзв. проширене функције жигом заштићене ознаке, односно рекламне функције ознаке, пошто је прелиминарни поступак вођен у погледу тзв. двоструке истоветности (истоветност ознака, истоветност врста робе односно услуга). Подсетимо да се у жиговном праву рекламна функција само изузетно штити непосредно и то једино када је реч о чувеним ознакама. Заштитом рекламне функције чувене ознаке напушта се основни концепт жиговног права по коме се заштита пружа ознаци која служи за обележавање робе односно услуга. Логика заштите рекламне функције чувених ознака је другачија, јер се ознака посматра као вредност по себи, те се штити њена јединственост. Истине ради, иза формулације о заштити јединствености чувене ознаке крије се заправо заштита која се пружа средствима које је титулар уложио у ознаку. Заштита рекламне функције чувене ознаке назива се заштитом од разводњавања (енгл. *dilution*). Разводњавање чувене ознаке може се јавити у три основна облика. Први облик се испољава у виду нарушавања реномеа, репутације ознаке (енгл. *tarnishment*), други облик у виду нарушавања дистинктивног карактера ознаке (енгл. *blurring*), док се трећи облик јавља у виду стицања неправичне предности захваљујући ослањању на репутацију или дистинктивност туђе чувене ознаке (енгл. *unfair advantage, free riding*).²⁸

28 Поменути трећи облик разводњавања представља специфичност права ЕУ и националних права појединих држава чланица ЕУ. Прописи САД не познају овај облик

Ускоро се очекује да Суд правде ЕУ донесе одлуку у поступку решавања претходног питања у вези са коришћењем жигом заштићених ознака као кључних речи приликом активирања огласа на интернету, у контексту разводњавања чувене ознаке. Реч је о спору између мултинационалне компаније „Интерфлора“ која пружа услуге испоручивања цвећа на кућну адресу и трговинског ланца „Маркс енд Спенсер“.²⁹ До спора је дошло пошто је „Маркс енд Спенсер“ користио ознаку „интерфлора“ за активирање огласа за своју нову услугу – испоручивање цвећа на кућну адресу. За разлику од предмета *LVMH*, Суд правде ЕУ ће имати прилику да се изјасни и у вези са применом чл. 5, ст. 2 Директиве о хармонизацији жиговног права и чл. 9, ст. 1, под ц) Уредбе о комуни-тарном жигу на спорни облик коришћења чувене ознаке. Подсетимо, овим члановима утврђује се овлашћење титулара жига да се супротстави коришћењу ознаке која је истоветна или слична жигом заштићеној ознаци у вези са робом или услугама које нису сличне онима за које је жигом заштићена ознака регистрована, када се таквим коришћењем извлачи корист из дистинктивног карактера или реномеа ознаке, односно када се наноси штета дистинктивном карактеру или реномеу ознаке. Општи правозаступник³⁰ је, у већ објављеном мишљењу,³¹ закључио да се одредбе ових чланова могу применити и на случај коришћења ознаке истоветне чувеној жигом заштићеној ознаци у вези са истом врстом робе или услуга, што одговара околностима под којима је коришћена ознака „интерфлора“, под условом: а) да се у огласу помиње спорна ознака; и б) да се ознака користи као генерични појам за читаву врсту роба или услуга, или да оглашивач користи моћ привлачења ознаке, њен реноме или престиж као и резултате маркетиншких активности преду-

разводњавања, иако се он признаје неким, додуше малобројним, пресудама. Више о рекламној функцији чувене ознаке: Hector Macqueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie, Abbe Brown, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy*, 2. издање, Оксфорд, 2011, стр. 679–682.

29 Суд правде ЕУ, предмет бр. С–323/09, *Interflora Inc. and Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Limited*. За разлику од предмета *LVMH*, Гугл овде није страна у спору.

30 Општи правозаступник (енгл. *advocate general*) је члан Суда правде чија дужност је да непристрасно и независно представи своје виђење предмета и препоручи доношење одређене одлуке. Општи правозаступник је независан и у односу на Суд и у односу на стране у поступку. Он не може учествовати у доношењу пресуда, нити сме присуствовати већању и гласању. У свом мишљењу, општи правозаступник даје детаљан приказ чињеница у предмету, поднесака странака, врши анализу правних питања и даје препоруку о томе како предмет треба решити. Више о овом специфичном институту права ЕУ: А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 22–25.

31 Мишљење општег правозаступника Јаскинена од 24. марта 2011. године доступно је на сајту Суда правде ЕУ.

зетих у вези са ознаком. С обзиром на чињеницу да се као први услов поставља коришћење ознаке у самом огласу, нема значајних одступања од става који је Суд правде заузео у предмету *LVMH*. Осим у случају да Суд правде не заузме другачији став у односу на мишљење општег правозаступника, пресуда у предмету *Interflora* требало би да прати досадашњу логику Суда – повреда би била могућа једино у случају да се ознака користи у тексту огласа односно у случају да је оглас нејасан у мери да код корисника интернета ствара забуну у погледу постојања економске везе између оглашивача и титулара жига.³²

III Примена правила о сузбијању нелојалне конкуренције

Да би постојала повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције, одређено лице мора користити туђе интелектуално добро на начин који није у складу са добрим пословним обичајима. Радње коришћења туђег интелектуалног добра могу се јавити у виду имитације туђег производа, услуге или рекламе, односно у виду коришћења туђе ознаке. Када је реч о имитацији, треба нагласити да право сузбијања нелојалне конкуренције нема за сврху њено спречавање, већ спречавање радњи које представљају повреду добрих пословних обичаја. Имитација, дакле, сама по себи није забрањена, али то постаје када дође до забуне или опасности од забуне у привредном промету, односно када се паразитски искоришћава туђи рад или углед. Паразитско искоришћавање ће наступити када постоји значајни раскорак између количине времена, рада, новца који је у свој производ или услугу уложио „изворни“ привредни субјект, од оног који је уложио имитатор. Поред тога, радње коришћења туђег интелектуалног добра могу се јавити и у облику коришћења туђе ознаке. Да би дело постојало, довољно је да се ознака користи *de facto*. Да би радња коришћења туђе ознаке представљала радњу нелојалне конкуренције, потребно је да постоји повреда добрих пословних обичаја. Таква повреда би постојала уколико би услед коришћења туђе ознаке дошло до стварања забуне или опасности од за-

32 Не треба сасвим искључити могућност да ће Суд правде закључити да је учињена повреда жига, пре свега због специфичности саме ознаке „интерфлора“ коју користе правна лица организована у међународну мрежу пружалаца услуге испоручивања цвећа на кућну адресу. Због мноштва (овлашћених) корисника ознаке, Суд правде би евентуално могао закључити да корисник интернета може поверовати да и „Маркс енд Спенсер“ спада у овлашћене кориснике. Ипак, овај аргумент нам се не чини сасвим уверљивим, јер се у огласу не користи ознака „интерфлора“. Из текста огласа, корисник интернета би могао да закључи једино да је реч о истој/сличној врсти услуге. Подсетимо, спорни оглас гласи: „www.marksandspencer.com/flowers Дивно свеже цвеће и биљке. Наручите до пет поподне како би било испоручено сутрадан.“

буне у промету. Забуна може бити двострука: (1) учесници у промету могу погрешно веровати да предмет означавања припада ономе чија је ознака; или (2) учесници у промету могу погрешно веровати да између лица које користи туђу ознаку и лица чија је ознака постоји нека веза, пословна сарадња и сл.³³

Јасно је да пружаоци услуге интернет оглашавања не користе туђу ознаку за обележавање своје робе или услуга, нити имитирају туђ производ, услугу или рекламу. Исто се може закључити и за већину оглашивача. Наиме, лица чији интернет оглас се активира уношењем ознаке истоветне ознаци коју је друго лице заштитило жигом, по правилу, не користе туђу ознаку за обележавање своје робе. Уколико би то чинили, постојала би не само повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције, већ и повреда жига. Такође, они оглашивачи који не имитирају туђ производ, услугу или рекламу не чине радњу нелојалне конкуренције. Уколико би, међутим, реклама која се активира жигом заштићеном ознаком представљала имитацију рекламе конкурента или би се подражавали производи или услуге конкурента, постојала би повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Ипак, у таквој ситуацији повреда се не би састојала у коришћењу туђе ознаке за активирање интернет огласа, већ у имитирању рекламе и/или производа односно услуга конкурента. Коришћење туђе ознаке као кључне речи био би тада само један од споредних елемената спорног понашања, али не би самостално могло да буде квалификовано као радња нелојалне конкуренције.

Чини се да би повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције могла да се утврди једино у случају да се појам коришћења туђе ознаке тумачи екстензивно, не везујући се нужно за обележавање робе односно услуга. Могућност таквог екстензивног тумачења зависи од формулације прописа о непоштеној тржишној утакмици. Под претпоставком да коришћење туђе ознаке није самом формулацијом одредбе изричито везано за обележавање робе односно услуга, коришћење туђе ознаке за активирање огласа на интернету могло би се подвести под овај тип коришћења туђег интелектуалног добра на начин који није у складу са добрим пословним обичајима. Иако туђа ознака која је употребљена на овај начин није видљива корисницима интернета, она има улогу „скретничара“ приликом коришћења интернета. Једноставно речено, да није било коришћења туђе ознаке, ми не бисмо се нашли пред сајтом конкурента. Уколико бисмо желели да направимо поређење са „физичким“ светом, туђе ознаке које се на овај начин користе на интернету одгова-

33 Више код: Весна Бесаровић, *Интелектуална својина – индустријска својина и ауторско право*, 4. издање, Београд, 2005, стр. 383–384; Слободан Марковић, *нав. дело*, стр. 271–293.

рале би путоказима које потрошачи прате како би дошли до продајног места. Ти путокази садрже туђу ознаку и стварају очекивање код потрошача да ће на продајном месту заиста и наћи производе који потичу од титулара ознаке. Међутим, када потрошачи стигну до продајног места, схватају да очекиваних производа/услуга нема. Као што је већ речено, екстензивно тумачење појма коришћења туђе ознаке у смислу права нелојалне конкуренције могуће је само у случају да релевантна одредба не везује коришћење ознаке за обележавање робе односно услуга. У супротном, коришћења туђе ознаке неће бити, а тиме ни повреде правила о сузбијању нелојалне конкуренције.

IV Закључна разматрања

У традицији европског жиговног права јесте да се појам коришћења жигом заштићене ознаке тумачи рестриктивно, тј. да се правна заштита ознаке по правилу ограничава на заштиту функције упућивања на порекло робе односно услуга.³⁴ Амерички судови, на супрот европским, пружају у извесној мери шири обим заштите ознаци, што је последица различитог законског уређивања повреде жига. Наиме, амерички Ланхамов закон везује повреду жига за коришћење заштићене ознаке у комерцијалне сврхе, што може довести до забуне на тржишту. Коришћење ознаке у комерцијалне сврхе може бити разнолико, што погодује екстензивном тумачењу појма коришћења ознаке. Тиме се може објаснити и различито поступање америчких и европских судова у споровима насталим због коришћења ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на интернету. Док су амерички судови по правилу сматрали да су пружаоци услуге контекстуалног оглашавања користили ознаку у смислу жиговног права, највиши суд Европске уније у начелу је искључио одговорност пружалаца услуге оглашавања за повреду жига. Када је реч о радњама корисника услуге контекстуалног оглашавања, Суд правде ЕУ заузео је став по коме ће повреда жига постојати само уколико „извире“ из саме садржине огласа. Коришћење ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на интернету, не представља, дакле, повреду жига *per se*. Ипак, у овом тренутку још увек није познат став Суда правде у погледу коришћења ознака истоветних или сличних *чувеним* жигом заштићеним ознакама на описани начин. Чини се, међутим, да до повреде жига у виду разводњавања ознаке може доћи само у случају када се чувена ознака користи у самом огласу или је оглас нејасан и

34 Изузетно, непосредна заштита пружа се рекламној функцији чувене ознаке, као што је већ објашњено.

може створити утисак код корисника интернета да постоји одређена веза између оглашивача и титулара чувеног жига. Без тога, чини се неубедљивим став по коме би за наступање разводњавања била довољна сама радња коришћења ознаке истоветне или сличне чувеној ознаци за активирање огласа на интернету, независно од садржине огласа, и то из следећих разлога: 1) резултати комерцијалне претраге не замењују резултате тзв. природне претраге, што за последицу има појављивање линка за сајт титулара чувене ознаке у резултатима природне претраге; 2) појављивање линка/огласа за сајт титулара чувене ознаке у близини других линкова за сајтове или огласа на интернету који би својом садржином наводно ставили чувену ознаку у негативни контекст заправо не може утицати на реноме ознаке, јер се сајт титулара чувене ознаке у сваком случају може појавити у таквом окружењу и у резултатима тзв. природне претраге; 3) дистинктивни карактер чувене ознаке није угрожен све док се чувена ознака неовлашћено не помиње у огласу на интернету у вези са обележавањем друге врсте робе/услуга или у виду генеричног појма; 4) нема извлачења користи из репутације или дистинктивног карактера туђе чувене ознаке уколико сам оглас није споран, јер активирање огласа на интернету путем кључних речи није *per se* забрањено, како је утврдио Суд правде у предмету *LVMH*. Биће свакако занимљиво видети како ће се о овим питањима ускоро изјаснити Суд правде ЕУ у предмету *Interflora*.

Пред српским судовима се до сада није водио ниједан спор због наводне повреде жига путем коришћења жигом заштићене ознаке за активирање огласа на интернету. Закон о жиговима Републике Србије³⁵ не пружа основ за екстензивно тумачење појма коришћења жигом заштићене ознаке. Тако је чланом 38 Закона прописано да носилац жига има искључиво право да знак заштићен жигом користи за обележавање робе односно услуга на које се тај знак односи. Носилац жига може забранити и коришћење заштићене ознаке на етикетама, у пословној документацији, у реклами. Пошто ни оглашивачи, ни пружаоци услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге не употребљавају жигом заштићену ознаку за обележавање своје робе односно услуга, нема коришћења ознаке у смислу жиговног права, а тиме ни повреде жига. Супротно важи једино у случају продаје кривотворене робе, која би се приде рекламирала у комерцијалним резултатима претраге на интернету. Међутим, тада би повреда жига постојала независно од интернет оглашавања, јер би за утврђивање повреде било довољно доказати неовлашћено коришћење туђе ознаке за обележавање робе. И у српском праву, заштита титулару чувене ознаке могла би се пружити само у

35 Сл. гласник РС, бр. 104/2009 од 16. децембра 2009. године.

случају да садржина огласа на интернету може водити разводњавању чувене ознаке. Међутим, као што смо већ закључили, тада би разводњавање произишло из садржине огласа а не из радње коришћења ознаке која је истоветна или слична чувеној ознаци за активирање огласа на интернету. Такође, сматрамо да се на спорну ситуацију не могу применити ни правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Чланом 50 Закона о трговини Републике Србије³⁶ као једна од радњи нелојалне конкуренције (непоштене тржишне утакмице) утврђена је продаја робе са ознакама, подацима или обликом, којима се оправдано ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета и других својстава те робе. Формулација ове одредбе чини се да не допушта екстензивно тумачење радње коришћења туђе ознаке јер се у Закону говори о „продаји робе са ознакама...“; чиме се, сматрамо, појам коришћења везује за обележавање робе.³⁷ Уколико би роба која се рекламира у резултатима комерцијалне претраге била обележена ознакама другог трговца, повреда би извирала из радње обележавања робе туђом ознаком, а не из радње коришћења ознаке заштићене туђим жигом за активирање огласа на интернету. Примена правила о сузбијању нелојалне конкуренције била би могућа у случају имитирања рекламе конкурента, али тада би, поново, повреда произишла из садржине огласа на интернету а не из самог коришћења туђе ознаке за активирање огласа.

Најзад, проблем неовлашћеног коришћења жигом заштићених ознака може се посматрати и у контексту заштите људских права, пре свега слободе говора (изражавања). Проширивање обима заштите коју

36 *Сл. гласник РС*, бр. 53/10 од 29. јула 2010. године.

37 Чини се да би по ранијем Закону о трговини (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005 од 6. октобра 2005. године) коришћење кључних речи истоветних туђим ознакама у сврху активирања интернет огласа могло бити сматрано радњом нелојалне конкуренције, пошто коришћење туђих ознака није у Закону било изричито повезано са њиховим истицањем на роби. Наиме, чланом 23, став 7 Закона као радња нелојалне конкуренције означена је свака неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг, услужни жиг, знак квалитета, знак порекла и др.) или употреба ознака које нису законом заштићене, којом се ствара или се може створити заблуда у промету робе на штету другог трговца који те ознаке употребљава у свом пословању. Пошто би услов неовлашћене употребе ознаке био испуњен, било би потребно доказати да спорна употреба ствара или може створити заблуду у промету. Таква заблуда би, међутим, била краткотрајна и лако отклоњива – трајала би онолико колико је кориснику интернета потребно да посети сајт оглашивача. Прегледом сајта, корисник би, по правилу, лако могао утврдити да није реч о траженим производима (под условом да се на сајту не рекламира/продаје кривотворена роба). Поменимо и да су амерички судови, додуше у споровима због повреде жига, заузели став да је довољно и наступање тзв. иницијалне заблуде: корисник интернета би могао на брзину одлучити да посети спорни сајт преко линка из огласа, иако би неколико секунди касније закључио да је није реч о сајту стварног титулара ознаке.

жиговно право пружа ознаци значајно би ограничило слободу говора и довело нас у ситуацију да неке ознаке не смемо јавно да користимо. Дошло би до извесног монопола на речи! Основна функција ознаке у жиговном праву јесте да обележи робу односно услуге које потичу од њеног титулара. Ознака несумњиво има и друге функције, али све оне не морају бити заштићене правом. Тим пре што жигом заштићене ознаке не представљају творевине упоредиве са ауторским делима или проналасцима. Реч је о тзв. псеудотворевинама³⁸ које не настају као резултат стваралаштва са индивидуалним духовним обележјима човека, већ као функција одређене привредне делатности. Приликом тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке та њена суштинска карактеристика не сме се занемарити. Случајеви коришћења туђег интелектуалног добра на начин супротан добрим пословним обичајима по правилу се могу санкционисати прописима о сузбијању нелојалне конкуренције, што додатно говори у прилог рестриктивног тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке.

Dušan POPOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

TRADEMARKS AND INTERNET KEYWORD ADVERTISING

Summary

A part from providing for “natural” or “organic” search results, Internet search engines started providing for “commercial” search results as well. When an Internet user types a keyword in the search field, that word will activate an Internet ad within the “commercial” search results. Actually, this is an online advertising service where ads are being displayed in the form of “commercial” search results. Nothing, however, prevents the advertiser from opting for a keyword identical or similar to its competitor’s trademark or to third party’s trademark with a reputation to activate its online ad. Trademark owners brought numerous actions for trademark infringement, both against service providers and advertisers. While US courts generally found trademark infringement in such cases, the Court of Justice of the European Union opted for a more nuanced, restrictive approach: in principle, service providers do not infringe a

38 Термин који користи проф. Слободан Марковић.

trademark, while service users (advertisers) may infringe a trademark only when the infringement can be found in respect of the Internet ad itself. Further to the analysis of trademark infringement case law, the paper focuses on the possible application of unfair competition rules in this context.

Key words: *trademark, keywords, Internet, intellectual property, unfair competition, contextual advertising.*