

Др Јелена ЂЕРАНИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Бања Луци

виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду

ОДГОВОРНОСТ ИНТЕРНЕТ ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ ЖИГА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Европска унија је 2000. године донела Директиву о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта. Овом директивом је, између осталог, регулисана одговорност интернет посредника, тј. услови под којима ће интернет посредници уживати имунитет од одговорности за повреде које учине трећа лица, корисници њихових интернет платформи (режим тзв. „сигурних лука“). ЕУ се определила да ово питање уреди на тзв. хоризонталан начин. То значи да је одговорност интернет посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране трећих лица уређена униформно, без обзира на то да ли тим радњама долази до повреде ауторског права, права жига или неког другог права. Овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика, пре свега због различитости између искључивих овлашћења носиоцила ауторског права и овлашћења титулара жига. Осим тога, Директива оставља државама чланицама да неке аспекте одговорности уреде у складу са унутрашњим правним прописима, те је судска пракса унутар ЕУ неуједначена. Стога би требало реформисати нормативни оквир одговорности интернет посредника: с једне стране, да би се уважиле специфичности контекста у коме долази до повреде жига на Интернету, а с друге стране, како би се избегле различите интерпретације одредби Директиве од стране националних судова.

Кључне речи: повреда жига, одговорност, интернет посредник, режим „сигурних лука“, Европска унија.

I Уводне напомене

У процесу комуникације на Интернету учествује велики број субјеката и њихове улоге међусобно се разликују. У контексту употребе жи-

га на Интернету, а за потребе овог рада, могу се издвојити три групе: корисници Интернета, пружаоци интернет услуга и титулари права жига.

Интернет посредници (пужаоци интернет услуга, интернет провајдери) се посредовањем на Интернету баве у оквиру своје делатности. Услуга коју они обезбеђују је, по правилу, комерцијална. Из тога произилази да је њихов интерес у интернет комуникацији брз и ефикасан проток информација између клијената (корисника). Услуге, пак, могу да буду различитог садржаја, а најчешће се диференцирају у три групе: обично посредовање (*mere conduit*), *caching* услуге и *hostig* услуге.¹

С обзиром на убрзани развој дигиталне технологије и појаву масовног коришћења глобале рачунске мреже – Интернета крајем 20. и почетком 21. века, питања у вези са коришћењем жига на Интернету постала су веома актуелна. И док су установљене смернице и регулаторни оквир када је реч о регистрацији жигова као имена домена² и примени територијалних закона за коришћење жигом заштићених ознака на Интернету,³ питање одговорности интернет посредника, тј. онлајн платформи за повреду жигова на њиховим сајтовима и даље је контроверзно. Регулаторни оквир ЕУ у овој области оставља државама чланицама ЕУ да неке аспекте заштите уреде у складу са унутрашњим правним прописима, те је судска пракса унутар ЕУ неуједначена.

Питање одговорности интернет посредника за повреде жига на Интернету веома је сложено, између осталог, и због различитости које постоје између самих онлајн платформи и различитих начина коришћења жигова на Интернету. На сајтовима за аукцијску продају робе, жигом заштићене ознаке се могу користити да укажу на (пре)продају оригиналне робе. У оквиру услуга претраживача, жигом заштићене ознаке се могу појавити као резултати „природног“ претраживања који помажу кориснику у откривању веб-страница које раде са производима који носе жигом заштићене ознаке. Штавише, претраживачи нуде оглашавање услуга

1 Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, (уредник Душан Поповић) *Интелектуална својина и Интернет*, Београд, 2015, 86.

2 Вид. Душан Поповић, *Регистрација назива Интернет домена и право жига*, Београд, 2014.

3 Вид. WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet, WIPO Publication No. 845, Geneva, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf>, 23. март 2016.

које омогућавају употребу жигом заштићене ознаке као кључне речи за комерцијалне резултате претраге.⁴

Поред ових облика коришћења жигом заштићених ознака на Интернету који би се могли оквалификовати и као подршка слободи изражавања и информисања у дигиталном окружењу,⁵ могућа су и противзаконита коришћења жига. Тако се жигом заштићена ознака може експлоатисати на сајтовима за аукцијску продају робе како би се привукли купци за куповину кривотворене робе. Комерцијални резултати претраге могу да изазову забуну код потрошача. Најчешће се дешава да управо конкурент одабере ознаку истоветну жигом заштићеној ознаци свог такмаца. То може „скренути“ кориснике Интернета ка сајту конкурента, а самим тим и ка његовим производима односно услугама.⁶ Дакле, када је реч о коришћењу и повредама жига на Интернету, мора се узети у обзир специфичност контекста у коме се жиг појављује на Интернету. У супротном, титулари жигова би добили прешироку заштиту у дигиталном окружењу која превазилази опсег њихових искључивих овлашћења и задире у слободу изражавања и информисања и слободу конкуренције.⁷

Уколико би онлајн платформе генерално биле одговорне за проблематичан садржај који постављају корисници, то би утицало на смањење разноврсности онлајн информационих услуга и на даљи развој Интернета.⁸ Интернет платформе би највероватније морале да ограниче своје активности на трансмисију унапред одобрених садржаја са кратке листе провајдера. Тако би се њихов начин рада приближио кабловским мрежама која нуде пре-селектоване садржаје из ограниченог броја извора.⁹

Сходно томе, неопходно је да успостави режим тзв. „сигурних лука“ за онлајн платформе. Признање „сигурних лука“ односи се на имунитет од одговорности за повреде које учине корисници онлајн платформи. Наравно, ово питање треба разликовати од питања да ли начин на који

4 Душан Поповић, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на Интернету“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011, 928-929.

5 Вид. Wolfgang Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression – An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law*, The Hague / London / New York, 2010.

6 Д. Поповић (2011), 929.

7 Martin Senftleben, „An Uneasy Case for Notice and Takedown: Context-Specific Trademarks Rights“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025075, 23. март 2016, 4.

8 *Ibid.*, 5.

9 Вид. М.А. Lemely, „Rationalizing Internet Safe Harbours“, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101.

саме онлајн платформе користе жигом заштићене ознаке може довести до директне поврде.¹⁰

У првом делу рада представљен је регулаторни оквир ЕУ у вези са одговорношћу интернет посредника за повреде жига. Реч је пре свега о Директиви о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта којом су предвиђени услови под којим се интернет посредник може сматрати одговорним, тј. услови под којима ужива имунитет од одговорности („сигурне луке“). Европски законодавац определио се за тзв. хоризонтални приступ, што значи да је одговорност интернет посредника за повреде које учине трећа лица уређена униформно, независно од тога да ли је реч о повреди жига, ауторског или неког другог права. Овакав приступ изазвао је оштре критике дела доктрине. Други део рада посвећен је разлозима због којих би питање одговорности интернет посредника за повреде жига на Интернету требало да буде уређено посебно, имајући на уму специфичну природу и ограничења права жига и сходно томе специфичности његовог коришћења на Интернету.

II Директива о електронској трговини

С обзиром на динамику развоја дигиталне технологије у последњој декади 20. века, Европска комисија је у новембру 1998. године предложила доношење директиве у којој би се уредиле услуге информационог друштва. Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта донета је 8. јуна 2000. године.¹¹

1. Хоризонтални приступ

Европска унија изабрала је да питање одговорности пружаоца услуга на Интернету уреди на тзв. хоризонтални начин. То значи да је одговорност посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника уређена на идентичан начин, без обзира на то да ли њиховим радњама долази до повреде ауторског права, повреде жига, не-

10 Вид. G. Dinwoodie, M. Janis, „Lessons From the Trademark Use Debate“, *Iowa Law Review*, 92/2007, 1703.

11 Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 178 (даље: Директива о електронској трговини).

лојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте забрањеног материјала.

Овакав приступ европски законодавац образлагао је тиме да пружалац услуга спроводи исту техничку радњу – било да се бави услугом обичног посредовања, *catching* услугом или *hosting* услугом у вези са садржајем треће стране – независно од врсте садржине која је у питању. Пошто посредник изводи исту радњу и потпуно је неутралан и пасиван у односу на садржај, ЕУ сматрала је логичним да се успостави скуп правила која се примењују на све области.¹² Још током припремне фазе Директиве о електронској трговини усвојено је да ће питање одговорности интернет посредника бити уређено на тзв. хоризонталан начин. Сходно томе, приликом расправе о Директиви о ауторском праву уопште није било речи о одговорности интернет посредника. Директива о ауторском праву у информационом друштву, донета у мају 2001. године,¹³ не садржи одредбе о одговорности интернет посредника, већ упућује на Директиву о електронској трговини.¹⁴

Овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика дела научне и стручне јавности. Критичари се углавном позивају на право САД у коме одговорност интернет посредника подлеже потпуно различитим критеријума, у зависности од тога да ли одговорност у питању проистиче из повреде ауторског права или других врста незаконитог садржаја (повреде права жига или неког другог права).¹⁵

12 E. Crabit, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée”, *Revue du Droit d’Union Européenne*, 4/200, 749.

13 Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист* Л 167.

14 На основу тачке 16 Преамбуле Директиве о ауторском праву одговорност за активности у електронском окружењу не односи се само на ауторско и сродна права, већ и на остале области као што су клеветање, преварно оглашавање или повреда жига, и обрађена је хоризонтално у Директиви (ЕЗ) Европског парламента и Савета бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине, на унутрашњем тржишту која појашњава и хармонизује различита правна питања у вези са услугама информационог друштва укључујући и електронску трговину. Ова директива треба да се спроведе у временском оквиру сличном оном за спровођење Директиве о електронској трговини, пошто та директива предвиђа хармонизован оквир принципа и одредби релевантних, између осталог, за важан део ове директиве. Ова директива не утиче на одредбе које се односе на одговорност у тој директиви.

15 Одговорност интернет посредника за повреде ауторског права регулисана је Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму из 1998. године (енг. *Digital Milenium Copyright Acta – DMCA*). Проблем одговорности пружаоца услуга у свим другим областима регулисан је Законом о пристојности у комуникацијама из 1996. године (енг. *Communications Decency Act – CDA*). Вид. M. Peguera, „The

2. Режим „сигурних лука“

На основу Директиве о електронској трговини, ограничење одговорности је условљено чињеницом да:¹⁶

а) провајдер није знао и није морао знати за незакониту радњу или информацију и, у погледу захтева за накнаду штете, није знао за чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне; или

б) провајдер је, након што је сазнао или постао свестан, реаговао хитно како би уклонио или онемогућио приступ информацији.

Дакле, Директива о електронској трговини предвиђа имунитет провајдера и у погледу грађанскоправне и кривичноправне одговорности,¹⁷ и прописује два различита услова када је реч о степену знања. Да би се ослободио одговорности за накнаду штете, потребно је да пружалац услуге није знао и није морао знати за незакониту радњу или информацију и није имао свест о чињеницама и околностима из којих је незаконита радња или информација била очигледна. Када је реч о кривичноправној одговорности, пак, ова одредба се тумачи тако да чак и када је пружалац услуге имао одређени степен свести (у смислу да је знао за чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне), уживаће имунитет, докле год није знао или није морао знати за незакониту радњу или информацију. У сваком случају, пружалац услуге и даље ће уживати имунитет који му омогућавају одредбе о „сигурним лукама“, уколико хитно уклони информацију након што добије одговарајуће знање или информацију.

Међутим, Директива о електронској трговини не објашњава шта доводи до „знања“ или „свести о чињеницама или околностима“ из којих су незаконите радње или информације очигледне. У оцени чињенице да је постојала свест о повреди, односно околност да је провајдер знао или морао знати за повреду путем услуге коју он пружа, узимају се у обзир различита мерила: да ли је интернет посредник знао за повреду и на који

DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems“, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009.

16 Директива о електронској трговини, чл. 14, ст. 1.

17 Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003), („Ограничења одговорности предвиђена Директивом су успостављена на хоризонталан начин, што значи да покривају одговорност, и грађанску и кривичну, за све врсте незаконитих радњи које су иницирале треће стране“).

начин (формално или неформално), да ли се то сазнање односи на конкретан неовлашћени садржај, те које су то околности из којих је он могао црпети сазнање о недозвољеном коришћењу ауторских дела или жига. Потоње се у пракси чини највише спорним, због чињенице да пружаоци интернет услуга немају обавезу да врше надзор над интернет саобраћајем који се одвија у оквиру пружене услуге,¹⁸ осим уколико таква обавеза не произилази из одлуке судске или управне власти за конкретан случај.¹⁹ Међутим, управо је судска пракса појединим својим одлукама, на посредан начин, подигла ову обавезу на општи ниво.²⁰

3. Изрицање привремених мера

Европски концепт „сигурних лука“ не ограничава могућност изрицања привремених мера против пружаоца услуга. Као што је предвиђено у преамбули Директиве о електронској трговини ограничење одговорности посредног пружаоца услуга не утиче на могућност привремених мера различитих врста; такве привремене мере могу се састојати од судских налога или налога управних органа којима се захтева окончање или спречавање неког прекршаја, укључујући уклањање незаконитих информација и онемогућавање приступа истим.²¹

Овај принцип, начелно предвиђен у преамбули, даље је разрађен у свакој одредби Директиве о електронској трговини која се односи на „сигурне луке“ било да је реч о радњама обичног посредовања (*mere conduit*), *catching* услугама и *hosting* услугама. Што се тиче радњи обичног посредовања и *catching* услуга, одредбе Директиве не утичу на могућност да суд или управни орган, у складу са правним системом државе чланице, захтева од пружаоца услуге окончање или спречавање повреда.²² Поред тога, у случају *hosting* „сигурних лука“, Директива предвиђа да та одредба не утиче на могућност да државе чланице утврде поступке којима се уређује уклањање или онемогућавање приступа информацијама.²³

Дакле, на основу ове директиве посреднику се може наметнути и, на неки начин, проактивна обавеза да спречи повреде убудуће. Наредбе

18 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 1.

19 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 2.

20 С. Радовановић, 93.

21 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 45.

22 Директива о електронској трговини, чл. 12, ст. 3. (*mere conduit*), чл. 13, ст. 2. (*catching* услуге), чл. 14, ст. 3. (*hosting* услуге).

23 Директива о електронској трговини, чл. 14, ст. 3.

ове врсте – које могу да подразумевају надзор, тј. контролу над системом како би се спречило да се спорни садржај који је већ уклоњен поново постави на Интернет – морају ипак да буду довољно специфичне како се не би повредила забрана из члана 15. Директиве о електронској трговини. Овим чланом предвиђено је да државе чланице не могу да уведу општу обавезу за пружаоце услуга да при пружању услуга из чланова 12, 13. и 14. надзиру информације које се преносе или похрањују нити општу обавезу да активно траже чињенице или околности које би указивале на противзаконите активности.²⁴ Неки судови су одбили привремене мере чији је циљ да спрече повреду убудуће уз образложење да би тиме повредили члан 15. Са друге стране, границе ове забране су на неки начин не-сигурне, пошто Директива оставља простора да се прихвати наметање обавезе надзирања под условом да нису „опште“ по природи. У преамбули Директиве о електронској трговини предвиђено је да државама чланицама није дозвољено да прописују обавезе надзирања за пружаоца услуга као обавезе опште природе; то се не односи на обавезе надзирања у појединачним случајевима, а посебно не утиче на привремене мере државних органа у складу са националним законодавством.²⁵

У сваком случају, Директива о електронској трговини не обавезује државе чланице да обезбеде привремене мере у својим националним правима, већ предвиђа да „сигурне луке“ не спречавају изрицање привремених мера против посредника, докле год су оне у складу са националним правом. Дакле, могућност изрицања привремених мера зависи од права сваке државе чланице, и разликује се од државе до државе, и од области до области.

4. Економска корист пружаоца услуге

Иако Директива о електронској трговини не помиње изричито услов да пружалац услуге, да би могао да се позива на имунитет, не сме имати директну економску корист, судска пракса држава чланица ЕУ га је установила. Економска корист, пак, не мора потицати непосредно од лица које неовлашћено користи жиг, већ је услов задовољен и ако је пружалац интернет услуга на посредан начин прибавио добит која је у вези са неовлашћеним садржајем.²⁶

24 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 1.

25 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 47.

26 Душан Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 583.

5. Поступак обавештења и уклањања

Директива о електронској трговини не садржи одредбе о поступку обавештења и уклањања (енг. *notice and take down*). Директива настоји да охрабри добровољне споразуме у оквиру индустрије, као што је и прописано у прембули. Постојеће, али и новонастајуће разлике у законодавствима и судској пракси држава чланица у погледу одговорности пружаоца услуга који делују као посредници спречавају несметано функционисање унутрашњег тржишта, посебно успоравањем развоја прекограничних услуга и нарушавањем тржишне конкуренције. Ова директива би требало да буде одговарајућа основа за развој брзих и поузданих поступака уклањања и онемогућавање приступа незаконитим информацијама; такви механизми могу се развити на основу добровољних споразума између свих заинтересованих страна и државе чланице би требало да их подстакну; усвајање и спровођење таквих поступака у интересу је свих страна укључених у пружање услуга информационог друштва.²⁷

И док се ненаметање поступка обавештења и уклањања сматрало адекватним у почетном стадијуму, Директива предвиђа могућност да се у будућности донесе амандман којим би се увео такав поступак. Ипак, до тога још није дошло.

Овај приступ фаворизовања споразума између страна довео је до неуједначених резултата. Чини се да је споразум био постигнут у неким земљама између пружаоца интернет услуга и титулара права, мада са мало или без публицитета. Мали број земаља је усвојио законодавство које спроводи поступак обавештења.²⁸

6. Идентификација корисника услуга

Директива о електронској трговини предвиђа да државе чланице могу утврдити обавезе за пружаоце услуга информационог друштва да одмах обавесте надлежне органе јавне власти о наводним противзаконитим радњама или информацијама које предузимају односно пружају корисници њихових услуга или обавезу да надлежним органима на њихов захтев доставе информације које омогућавају идентификацију корисника њихових услуга са којима имају споразум о похрањивању информација.²⁹ Дакле, Директи-

27 Директива о електронској трговини, преамбула, тач. 40.

28 Вид. М. Регуера, 490.

29 Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 2.

ва само предвиђа обавезу да се открију информације за пружаоце *hosting* услуга, а не за оне који служе само као обични посредници.

Треба напоменути да Директива о електронској трговини није једина релевантна у овој области. Директива (ЕЗ) бр. 2006/24 од 15. марта 2006. године о задржавању података који су произведени или процесуирани у вези са одредбама о јавно доступним услугама електронске комуникације или јавних комуникационих мрежа настоји да хармонизује законодавство држава чланица у вези са комуникацијима и обавезама пружалаца услуга на Интернету да задрже одређене податке које су они произвели или процесовали.³⁰ Примењује се на саобраћај и локацију података и на правна и физичка лица и на повезане податке неопходне да се открије претплатник или регистровани корисник,³¹ али не и на садржај електронске комуникације. Циљ ове директиве је да осигура да подаци буду доступни у сврхе истраге, откривања и процесуирања озбиљних кривичних дела, као што је дефинисано у националном закону сваке државе чланице.³² Подаци могу бити предати надлежној националној власти у специфичним случајевима и у складу са националним законом.³³

Стога, могућност титулара права (како права жига тако и ауторског права) да добије информацију од пружаоца услуге о појединцима који наводно користе услуге за повреду права напослетку зависи од националног закона државе чланице. Штавише, европско право о заштити података прописује обавезу поверења, искључујући могућност откривања таквих информација, осим ако су државе чланице одабрале да усвоје специфично законодавство које омогућава ову комуникацију личних података као неопходну да се заштите права других. Европски суд правде сматра да док државе чланице нису спречене да намећу обавезу откривања личних података у оквиру грађанских поступака за повреду права жига или ауторског права, оне такође не морају да успоставе такву обавезу.³⁴

30 Директива (ЕЗ) бр. 2006/24 о задржавању података који су произведени или процесуирани у вези са одредбама о јавно доступним услугама електронске комуникације или јавних комуникационих мрежа (даље: Директива о задржавању података).

31 Директива о задржавању података, чл. 1, ст. 2.

32 Директива о задржавању података, чл. 1, ст. 1.

33 Директива о задржавању података, чл. 4.

34 М. Регуера, 493.

III Разлози за успостављање специфичног режима одговорности интернет посредника за повреду жига

Жиг је субјективно право којим се штити ознака која служи за обележавање робе или услуга одређеног произвођача односно пружаоца услуге. Дакле, 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. псеудотворевинама 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 се не сме занемарити.³⁵

Стога се заштита ознаке жигом и овлашћења која проистичу из овог права не могу упоређивати са широким кругом искључивих овлашћења која уживају носиоци ауторског права. Између ауторског права и права жига постоје бројне разлике чија анализа превазилази границе овог рада. Стога ћемо указати само на неке од њих, које су значајне у контексту залагања за успостављање посебног режима одговорности интернет посредника за повреду жига.

1. Различита образложења за заштиту

Када је реч о разлозима за признање овлашћења у области интелектуалне својине, типична образложења су она у вези са подстицајем и наградом. Према утилитаристичком образложењу подстицаја, могућност економског искоришћавања интелектуалног добра искључиво је резервисана за ствараоца како би се охрабрило стваралаштво и осигурало стварање интелектуалних добара за укупну добробит друштва. С друге стране, тешко је доказати да у друштву постоји потреба за стварањем жигом заштићених ознака. Штавише, жигови и поруке које они преносе често доприносе томе да одлука потрошача у вези са куповином буде мање објективна, а да трговац са објективно најбољом понудом, а без познатог жига, нема одговарајући успех на тржишту.³⁶

35 Д. Поповић (2011), 946.

36 R. S. Brown, „Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols“, *Yale Law Journal*, 108/1999, 1619 (наведено према: М. Senftleben, 8).

Ни аргумент природног права о награди не може се применити у контексту права жига. Додуше, титулар жига утроши и време и новац за стварање одређеног бренда. Стога, аргументи законитости и правде сугеришу да резултат ових напора припада њему. Међутим, упоређујући жиг са интелектуалним творевинама, као што су књижевна и уметничка дела и патенти, јасно је да титулари жигова, ипак, не заслужују да буду награђени у истој мери као аутори и проналазачи.

И док ауторска дела и проналасци, након истека рока трајања заштите, постају део јавног домена и тако доприносе богатству културне баштине човечанства, жиг може бити монополисан *ad infinitum* од стране титулара жига сталним обнављањем регистрације и коришћењем у трговини. Инвестирање у стварање бренда је појединачна, маркетиншка одлука за коју титулар жига не може да очекује награду друштва као целине. Дакле, оба класична образложења – аргумент у вези са подстицајем и аргумент у вези са наградом – непримењива су у праву жига.

2. Различит обим заштите

Коришћење жигом заштићене ознаке на Интернету од стране неовлашћеног лица не доводи нужно до повреде. Да би се установила повреда жига на онлајн платформама – сајтови за аукцијску продају робе, претраживачи, услуге оглашавања на основу кључних речи – неопходна је детаљна оцена контекста у коме се жиг појављује.³⁷ Тако, на пример, када је реч о коришћењу жигом заштићене ознаке као кључне речи за резултате комерцијалне претраге на Интернету, за констатацију повреде није довољно да је жигом заштићена ознака само неовлашћено коришћена. 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 услуга потичу од титулара жига или од лица које је са њим повезано, или то омогућава, али само у ограниченој мери.³⁸ Коришћење ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на Интернету, не представља, дакле, повреду жига *per se*. Слично, појачана заштита славних жигова од разводњавања захтева оцену да ли је употреба у питању повређује дистинктивни карактер (енг. *blurring*) или реноме, репутацију ознаке (енг. *tarnishment*), или стиче неправичну предност захваљујући

37 М. Senftleben, 13-14.

38 Д. Поповић (2011), 939.

ослањању на репутацију или дистинктивност ознаке (енг. *unfair advantage, free riding*).

Дакле, коришћење жигом заштићене ознаке на Интернету од стране лица које није титулар жига, не имплицира да је дошло до повреде, већ морају бити испуњени још неки услови. С друге стране, постављање ауторског дела од стране неовлашћеног лица на онлајн платформама довољно је да се оправда његово уклањање. Како чињење доступним јавности материјала који ужива ауторскоправну заштиту на Интернету представља облик коришћења који спада у искључива овлашћења носиоца ауторског права, обично постављање дела без претходне дозволе указује на повреду.

С тим у вези, јасно је да систем обавештења и уклањања који се односи на жигом заштићене ознаке мора бити у прилагођен специфичном контексту, у смислу да се могу узети у обзир ограничења права жига. У супротном би титулар жига имао превелику контролу над комуникацијама на Интернету која превазилази оквире његових искључивих овлашћења. Проблем неовлашћеног коришћења жигом заштићених ознака може се посматрати и у контексту заштите људских права, пре свега слободе говора (изражавања). Проширење обима заштите коју жиговно право пружа означи значајно би ограничило слободу говора и довело нас у ситуацију да неке ознаке не смемо јавно да користимо.³⁹

Дакле, поступак обавештења и уклањања не може се униформно примењивати и на ауторско право и на право жига. Управо због различитог обима заштите, такав поступак би пружао или титуларима жига превелика овлашћења у вези са уклањањем (уколико се усклади са ауторским правом) или носиоцима ауторског права недовољно овлашћења (уколико се усклади са специфичним контекстом у коме се успоставља заштита жигом). У жиговним системима са хоризонталним режимом „сигурних лука“, као што је систем жига ЕУ, суд је тај који је дужан да изврши ова нијансирања у зависности од специфичности сваког конкретног случаја.

IV Закључна разматрања

Како би одговорила на убзани развој дигиталне технологије и појаву масовног коришћења Интернета, Европска унија је 2000. године донела Директиву о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тр-

39 *Ibid.*, 945-946.

жишта. Овом директивом регулисана је одговорност интернет посредника за повреде које су извршила трећа лица користећи њихове интернет платформе и успостављен јережим тзв. „сигурних лука“ за онлајн платформе. Европска унија изабрала је да питање одговорности пружаоца услуга на Интернету уреди на тзв. хоризоналан начин. То значи да је одговорност интернет посредника за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника уређена униформно, без обзира на то да ли њиховим радњама долази до повреде ауторског права, жига или неког другог права.

Међутим, овакво решење је од самог почетка било предмет оштрих критика, пре свега, због различитости овлашћења која произилазе из права жига и ауторског права. Обим заштите у случају жигом заштићене ознаке много је другачији у односу на искључива овлашћења из ауторског права. Коришћење жига на Интернету од стране неовлашћеног лица не доводи нужно до повреде, као у случају ауторског права, већ је потребно да буду испуњени и неки додатни услови. Стога би примена јединственог поступка обавештења и уклањања довела до прекомерне заштите жига у дигиталном окружењу која превазилази обим заштите у праву жига. Узимајући у обзир разлике између права жига и ауторског права, потребно је да успостави посебан режим „сигурних лука“ конципиран у складу са специфичностима права жига.

С обзиром на различитост тумачења релевантних одредби Директиве од стране националних судова држава чланица, Европска комисија је 2010. године отпочела консултације у вези са потребом и начинима спровођења реформи у овој области. Након што су се о овом питању изјаснили бројни заинтересовани субјекти, Комисија је донела одлуку да реформе нису потребне.⁴⁰ Међутим, чини се да је такав приступ више опредељен чињеницом да су ставови интересних група толико међусобно различити да је евидентно тешко остварити компромис.⁴¹ Уместо тога, Комисија се одлучила да отпочне преиспитивање Директиве о спровођењу права интелектуалне својине, како би се хармонизација остварила на хоризонталном нивоу, уједначавањем пре свега поступка обавештења и уклањања. Осим тога, у оквиру пројекта Јединственог дигиталног тржишта (*Digital Single Market*), Дигитална агенда за Европу 2020 (*Digital Agen-*

40 EU Commission Communication (COM 2011) 942, „A Coherent Framework for Building Trust in The Digital Single Market for e-commerce and online services“, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/COM2011_942_en.pdf, 11. април 2016.

41 С. Радовановић, 95.

da for Europe 2020)⁴² засигурно ће поново отворити поменута спорна питања регулисана Директивом о електронској трговини.

Jelena ČERANIĆ, PhD

Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES FOR TRADEMARK INFRINGEMENT IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

During the last decades, the issue of trademarks and Internet has become more and more complex, especially the question of liability of online platforms for the use of trademarks on their sites. In 2000, the European Union adopted the Directive on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce in the Internal Market. The EU chose to tackle the issue of Internet Service Providers liability in so-called horizontal manner – that is drafting the safe harbours to cover intermediaries' liability for any kind of unlawful content provided by their users, whether it constituted copyright infringement, trademark infringement, defamation, unfair competition, hate speech or any other type of illicit material. This solution was criticized from the very beginning. Trademark rights are a specific type of intellectual property. Instead of constituting exploitation rights, they are granted to safeguard market transparency. So, trademark law is not comparable with the broad exploitation rights awarded in copyright law (different rationale of protection, different scope of protection, need for specific notice and take down standard etc.). It becomes clear that a notice and take down system relating to trademarks must be context-specific enough to allow the consideration of the inherent limits of trademark rights. Otherwise, overbroad control over online communications will be offered that does not correspond to the scope of the underlying exclusive rights. However, Digital Agenda for Europe 2020 will certainly reopen certain controversial issues regulated by the E-Commerce Directive.

Key words: *trademark infringement, liability, internet intermediaries, safe harbours regime, European Union.*

⁴² Digital Agenda for Europe 2020, доступно на адреси: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy>, 11. април 2016.