

PRAVNOEKONOMSKA PRIRODA NAZIVA INTERNET DOMENA¹

Rezime: Težište rasprave je na istraživanju pravne prirode naziva internet domena i uočavanju sličnosti i razlika između njega i robne oznake. Utvrđeno je da naziv internet domena ima dualnu funkciju sredstva za lociranje određenog sadržaja u kibernetičkom prostoru i sredstva komunikacije između ljudi. Komunikaciona funkcija je ono što nazivu internet domena daje ekonomsku vrednost i zbog čega to dobro, uprkos njegovom tehničkom izobilju u root sistemu, predstavlja ograničeni resurs, odnosno privatno dobro u ekonomskom smislu. Prilikom razmatranja prava na registraciju naziva internet domena stavljen je akcenat na kritiku vremenskog prvenstva prijave za registraciju kao jedinog pravila za razrešenje sukoba više subjekata na isti ili sličan naziv. Takođe, odati je priznanje novim pravilima ICANN-a, koja uređuju pravo na registraciju novih naziva internet domena najvišeg nivoa vodeći računa o legitimnim interesima socijalnih zajednica i uvodeći mogućnost da se sukob više subjekata oko istog ili sličnog naziva internet domena najvišeg nivoa razreši putem aukcije. Rasprava o prirodi prava iz registracije naziva internet domena zaključena je stavom o zastupljenosti elemenata kako „ugovorne teorije“ tako i „svojske teorije“, što onemogućava da se jednoznačno odgovori na pitanje da li je pravo iz registracije naziva internet domena prenosivo bez ograničenja ili nije. Odgovor na to pitanje može se dati samo uz teleološku interpretaciju pravila o suzbijanju sajberskvotinga. Konačno, konstatovano je delimično preklapanje funkcija naziva internet domena i robne oznake, što omogućava zaštitu određenih naziva žigom, ali i uvođenje zabrane registrovanja „zbunjujuće sličnih“ naziva internet domena najvišeg nivoa u pravila ICANN-a za registrovanje novih naziva internet domena najvišeg nivoa. Ta zabrana je inače karakteristična za pravo žiga, s tim da je ona u pravu žiga ograničena na nacionalni ili regionalni okvir, dok se u oblasti registracije naziva internet domena najvišeg nivoa primenjuje globalno. Procenjeno je da nema izgleda da naziv internet domena u budućnosti postane predmet zaštite određenog novog sui generis prava intelektualne svojine u tradicionalnom smislu, upravo zbog neprimenljivosti principa teritorijalnosti zaštite (kao vladajućeg u pravu intelektualne svojine) na oblast sistema naziva internet domena, odnosno Interneta koji je globalan.

Ključne reči: Naziv internet domena. – Pravna priroda. – Privatno dobro. – Svojina. – Ugovor.

1 Ovaj rad predstavlja prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Identitetski preobražaj Srbije“.

1. UVODNE NAPOMENE

Poznato je da tehnološke promene menjaju faktičke odnose u društvu i na taj način iskušavaju izdržljivost, prilagodljivost i vitalnost prava. Istinitost ovog iskaza može se posebno jasno videti na primeru prava intelektualne svojine, čiji nastanak i razvoj su u značajnoj meri povezani s tehnološkim razvojem. Digitalna informaciono-komunikaciona tehnologija, sa Internetom kao svojom krunom, predstavlja najveći test izdržljivosti za autorsko i srodna prava. Međutim, ova tehnologija uputila je izazov i pravu znakova razlikovanja – ogranku prava intelektualne svojine, koji je tradicionalno najmanje izložen pritisku tehnoloških novina.

Naslov ovog rada određen je tako da pruži komforan prostor za raspravu o pojedinim aspektima aktuelnih društvenih odnosa koji postoje povodom označavanja na Internetu i kreću se u trouglu tehnologija-pravo-politika, bez ambicije da budu iscrpljena sva pitanja koja se mogu postaviti. U centru našeg interesovanja nalaze se naziv internet domena sa pripadajućim tehnološkim i pravnim kontekstom, i žig kao pravo intelektualne svojine kojim se štite oznake kojima pravni subjekti označavaju svoju robu ili uslugu u prometu (tzv. robne marke). Namerno preskačući opšta mesta i radikalno skraćujući izlaganje o temama koje su već bile predmet razmatranja u postojećoj literaturi,² usmerićemo našu pažnju uglavnom na pravnu prirodu internet domena i njegove regulacije, dotičući samo probleme koje liberalizacija režima internet domena najvišeg nivoa otvara na planu zaštite žigova na Internetu, a sve to u kontekstu napetosti koja postoji između univerzalnog važenja naziva internet domena, s jedne, i teritorijalne ograničenosti važenja prava intelektualne svojine, s druge strane. Cilj nam je da pokažemo da, za razliku od upravne i sudske prakse koja mora, manje ili više kreativno, da rasteže primenljivost pozitivnopravnih normi na novonastale odnose, zadatak pravne nauke je da se stalno vraća na teren pravnih vrednosti, tačnije, na propitivanje društvenopolitičkih ciljeva prava u pojedinim oblastima života, i da sugeriše normativne odgovore koji će biti rukovođeni idejom održivog blagostanja najvećeg broja ljudi.

U cilju preglednosti teksta i ekonomisanja prostorom moraćemo da koristimo skraćenice. Pritom, čini nam se da je praktičnije da zadržimo uveliko međunarodno prihvaćene engleske skraćenice nego da uvodimo srpske koje bi, verovatno, bile zbunjujuće.

2 U domaćoj literaturi svakako najsveobuhvatnije delo od kojeg vredi početi sa izučavanjem ove teme je: Dušan V. Popović, *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Beograd 2014. Takođe, potrebno je imati određena znanja o tehničkoj strani funkcionisanja Interneta, posebno o sistemu domena, *root* serverima i sl., kao i o institucionalnoj strani upravljanja funkcijama Interneta (IANA, ICANN, Ministarstvo trgovine SAD, operateri *root* servera, ovlašćeni registri). O tome postoji obilje izvora informacija na Internetu, i to od popularnih do visoko stručnih.

DN – naziv internet domena (eng. – *Internet domain name*)

TLD – naziv internet domena najvišeg nivoa (eng. – *top level domain name*)

gTLD – generički naziv internet domena najvišeg nivoa (eng. – *generic top level domain name*)

ccTLD – geografski naziv internet domena najvišeg nivoa (eng. *country code top level domain*).

2. NAZIV INTERNET DOMENA KAO TEHNIČKI LOKATOR I KAO SREDSTVO SREDSTVO KOMUNIKACIJE

Kao što je poznato, tehnički koren DN leži u činjenici da su virtualna mesta u kibernetском prostoru individualizovana nizom brojeva koji predstavljaju tzv. IP adresu svakog uređaja priključenog na Internet, odnosno svake veb stranice koja se nalazi na Internetu. Da bi ljudi mogli lakše da prepoznaju i pamte individualne oznake takvih mesta, stvoren je sistem DN koji nam omogućuje da se koristimo određenim nizom (engl. – *string*) alfanumeričkih znakova po sopstvenom izboru, kojem je dodeljena određena IP adresa.³ Dakle, egzaktna korespondentnost između konkretnog DN i konkretne IP adrese, sa tehničkim standardima i tehničkom infrastrukturom koja omogućuje da sistem DN-a funkcioniše povezujući nas nepogrešivo sa traženim uređajem ili veb stranicom, daju nam za pravo da na DN gledamo prevashodno kao na lokator/identifikator koji pokreće složene softverske mehanizme Interneta. Time, kao nesporno tehničkom činjenicom, nećemo se dalje baviti.

DN postaje predmetom od značaja za pravo zato što, kao mnemoničko pomagalo, on nužno dobija i ulogu nosača poruke u komunikaciji između ljudi. Informacije sadržane u toj poruci odnose se na subjekta koji je „nastanio“ kibernetски prostor na korespondentnoj IP adresi, kao i na sadržaj kojim je taj prostor ispunjen. Tako, možemo u delovanju DN prepoznati funkcije koje se inače pripisuju oznakama, i koje predstavljaju ishodište normiranja pravne zaštite trgovačkih imena i robnih marki. Naime, oznaka: a) individualizuje predmet označavanja u cilju njegovog razlikovanja, b) ukazuje na subjekta koji je odgovoran za predmet označavanja i c) obaveštava javnost o predmetu označavanja i populariše ga.

U američkoj literaturi pojavio se termin „kibernerski znak“ (engl.– *cybermark*)⁴ koji, po našem mišljenju, odlično nagoveštava pravnu prirodu

3 „DN je ljudima bliska (engl.- *human friendly*, prim. S.M.) adresa kompjutera, koja je obično u formi koja se lako pamti i identifikuje, kao što je www.wipo.int. WIPO, „The Management of Internet Names and Addresses – Intellectual Property Issues, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, Executive Summary“, *WIPO Publication No. 439*, April 1999.

4 D. L. Burk, „Cybermarks“, *Minnesota Law Review*, 94/2010, 1375 i dalje. Autor je taj termin koristio u donekle drugom kontekstu, nastojeći da objasni da žigom zaštićeni znak

DN. S jedne strane, on asocira na engleski termin „*trademark*“ kojim se označava robni znak, odnosno žig kojim je taj robni znak zaštićen, upućujući nas da se nalazimo na terenu znakova razlikovanja i njihove pravne zaštite. S druge strane, on stavlja do znanja da je reč o znaku čiji se predmet označavanja nalazi u kibernetском a ne u realnom prostoru, te da je do predmeta označavanja moguće doći tek putem DN. To ukazuje da DN ima dualnu funkciju: tehničkog lokatora i nosača poruke u međuljudskoj komunikaciji. U funkciji tehničkog lokatora u kibernetском prostoru on mora biti jedinstven u celom svetu, što otvara pitanje univerzalnog (svetskog) prava na određeni DN. U funkciji nosača poruke u međuljudskoj komunikaciji on može biti sporan zbog sadržavanja eventualno neistinitih, uvredljivih, zbunjujućih ili drugih informacija koje povređuju prava drugih lica (npr. žig) ili njihove legitimne interese, čime se otvara pitanje mesta izvršenja protivpravne radnje, odnosno jurisdikcije koja će da je sankcioniše, te oblika i teritorijalnog domašaja te sankcije.

DN, kao nematerijalno dobro od interesa za pravo intelektualne svojine, prepoznat je još sredinom 90tih godina prošlog veka kroz sukob sa žigom, i to na dva načina. Prvo, tradicionalnim oblicima povrede žiga pridružilo se korišćenje tuđe žigom zaštićene oznake kao komponente DN (preciznije, DN drugog ili trećeg nivoa) za identifikaciju veb stranice na kojoj se nudi ili reklamira ista ili slična vrsta robe ili usluge za koju je žig registrovan. Ukoliko je reč o tzv. čuvenom žigu, podrazumeva se da povreda postoji nezavisno od vrste robe ili usluge koja se nudi ili reklamira na veb stranici. Drugo, prilikom registracije DN, kao vidu „nastanjivanja“ praznog kibernetского prostora, došlo je do problema jer su titulari žiga često bili onemogućeni da registruju DN koji sadrži njihovu žigom zaštićenu oznaku zato što ih je u tome pretekao neki nesavesni registrant DN-a (engl.- *cybersquatting*). U oba slučaja se dominantna reakcija prava sastojala u tome da se potvrde ili uspostave mehanizmi zaštite interesa titulara starijeg prava intelektualne svojine, tačnije starijeg žiga. DN je, dakle, u pravu intelektualne svojine percipiran isključivo kao sredstvo ugrožavanja prava i legitimnih interesa titulara žiga.

Vredi pomenuti još jedan detalj, iako on deluje kao „opšte mesto“. Napred je rečeno da je DN niz alfanumeričkih znakova, koji zainteresovano lice bira po sopstvenoj volji. Sa aspekta tehničke funkcije DN kao lokatora u kibernetском prostoru, postoji bezbroj kombinacija slova i brojeva, tako da ne bi trebalo da postoji sukob interesa između registranta DN i npr. titulara starijeg žiga. Ukoliko ipak dođe do kolizije DN sa starijim žigom drugog lica, registrant može bez problema odabrati drugi DN i tako rešiti problem lokacije svog računara ili veb stranice na Internetu. Iz toga se može pogrešno zaključiti da je sistem DN-a neograničeni resurs. Činjenica je, međutim, da su određeni DN poželjniji od drugih, da neki nemaju nikakvu ekonomsku vrednost, a neki se procenjuju na astronomske cifre.⁵ To je povezano sa njihovom

(engl.- *trademark*) trpi izvestan preobražaj svojih funkcija kad se koristi na Internetu kao DN ili kao ključna reč za pretraživanje, metatag i sl.

5 Najveća naknada koja je ikad plaćena za prenos DN s jednog registranta na drugog iznosi 35 mil. dolara. Reč je o „*VacationRentals.com*“ koji je od prvog registranta pribavila kom-

komunikacionom funkcijom, i dovodi ih u ravan sa drugim nematerijalnim dobrima čija ekonomska vrednost korespondira sa korisnošću informacije koju oni izražavaju.

Šta čini osnovu korisnosti, pa time i ekonomske vrednosti DN? Manheim i Solum su izdvojili pet osnovnih svojstava.⁶ Prvo je da tražilac određenog sadržaja na Internetu (npr. informacije o stambenim kreditima) može intuitivno ili logički pogoditi kako DN tražene veb stranice glasi (npr. krediti.com). Drugo je da je DN podoban za pamćenje. Treće je podobnost ND da služi kao brend svog registranta i njegove aktivnosti ne samo na Internetu, nego i u realnom svetu. Četvrto je smislenost DN, odnosno njegova podobnost da prenese tačnu ili pozitivnu poruku o registrantu i /ili onome što čini sadržaj veb stranice. Peto je lakoća „ukucavanja“ DN u pretraživač preko tastature. Iz rečenog je jasno zašto npr. za manastir Mileševu, Srpsku pravoslavnu crkvu ili srpsku dijasporu DN drugog nivoa „beli_andeo“ ima veću vrednost od npr. „qwer“, „sunce“ ili „67439hd“.

Iz gornjih konstatacija o manje-više očiglednim činjenicama može se izvući jedan dragocen zaključak: sistem DN-a je, u ekonomskim smislu, ograničeni resurs, te njegova raspodela ima potencijal da stvara socijalne sukobe. Stoga je registracija DN delikatno društveno pitanje koje se mora razmatrati u kontekstu ekonomske efikasnosti, socijalne pravde i ukupnog blagostanja zajednice. Za stručnjaka iz oblasti prava intelektualne svojine to, pre svega, znači potrebu da svoje interesovanje za zaštitu interesa titulara starijih žigova od DN proširi i na: a) sam DN kao nematerijalno dobro određene ekonomske vrednosti, b) pravo na registraciju DN i c) pravo iz registracije DN.

Ovime ne dovodimo u pitanje činjenicu da DN, kao takav, nije predmet zaštite u okviru pozitivnog prava intelektualne svojine. Naime, u pravu intelektualne svojine važi načelo *numerus clausus*-a u pogledu vrsta intelektualnih dobara koja su predmet zaštite; budući da DN nije na tom spisku, ne može se govoriti o intelektualnoj svojini na DN.

2.1. DN kao nematerijalno dobro određene ekonomske vrednosti

Kao i sva intelektualna dobra, DN je u suštini informacija čiji je smisao da bude saopštena drugima. Zavisno od toga šta ta informacija govori o njenom odašiljaocu, njegovim aktivnostima kao i od toga kakvu reakciju će izazvati kod njenog primaoca, DN može imati određenu ekonomsku vrednost. Ta vrednost se najbolje uočava prilikom dobrovoljne transakcije prenosa registracije određenog DN s jednog na drugog registranta.

panija HomeAway 2007. godine. Zatim slede „PrivateJet.com“ (30.18 mil. dolara, 2012), „Insure.com“ (16 mil. dolara, 2009), „Sex.com“ (14 mil. dolara, 2014) itd. Vidi „Top 20 Most Expensive Domain Names Ever Sold“ na www.shoutmeloud.com/top-10-most-expensive-domain-names-ever-sold.html (pristup januara 2015.).

6 K. M. Manheim, L. B. Solum, „An Economic Analysis of Domain Names Policy“, *Hastings Commercial and Entertainment Law Journal*, 25/2003, 351, 352.

Pokušaćemo da pokažemo zašto i za koga određeni DN ima ili nema ekonomsku vrednost. Čini nam se da je moguće uočiti dva glavna tipa situacija: a) DN sadrži oznaku koja objektivno i vrednosno neutralno identifikuje registranta i/ili njegovu delatnost u realnom svetu, i koja predstavlja najlogičniji način da se on locira i u kibernetičkom prostoru; b) DN sadrži oznaku koja je aktivnošću registranta ili drugog lica postala njegov društveno priznati simbol i/ili simbol njegove aktivnosti u realnom ili kibernetičkom svetu.

U prvom slučaju reč je o oznaci koja nije stvar slobodnog izbora registranta, nego je takoreći zadata na osnovu spoljnih okolnosti. To može biti savesno stečeno lično ili trgovačko ime, naziv vrste robe, usluge ili određene aktivnosti, ali isto tako naziv određenog geografskog lokaliteta, istorijskog događaja, umetničkog dela, plemena, naroda, verskog ili drugog duhovnog opredeljenja i dr. Potražnja za DN sa takvom oznakom je veća nego što ima takvih raspoloživih DN.⁷

U drugom slučaju se radi o oznaci čija korisnost je izgrađena zahvaljujući radu i drugim ulaganjima određenog subjekta koji je istu podigao na nivo simbola svog identiteta i svoje aktivnosti. Takve oznake nisu vredne samo onima koji su ih „izgradili“, nego i mnogim drugim subjektima koji bi ih rado koristili za svoje potrebe, eksploatišući njihovu reputaciju. Otuda, postoji velika tražnja za DN koji sadrže takve oznake.⁸

Inženjeri koji obezbeđuju funkcionisanje sistema DN-a nastoje (i uspevaju) da prošire tehničku infrastrukturu, broj tzv. *root* servera i kapacitet „spiska“ svih postojećih i budućih DN (engl.– *domain name space*), tako da svako na planeti u mnogo narednih godina može da registruje koliko želi DN. To obilje tehničkih kapaciteta za rad sistema DN-a, međutim, ne sme da nas zavede da ga tretiramo kao neograničeni resurs. Ne samo da održavanje sistema proizvodi troškove koje neko mora da plati, nego, kako smo već rekli, među milijardama postojećih i budućih DN, tražnja postoji za relativno ma-

7 Ilustrujmo to primerima. Izvesno je da na svetu postoji veći broj lica sa savesno stečenim ličnim imenom Julia Roberts, koja imaju određenu vrstu biznisa koji žele da predstave na Internetu pod DN „JuliaRoberts.com“. Tehnička funkcija DN, međutim, određuje da takav DN može registrovati samo jedno jedino lice na celom svetu. Takođe, npr. najveće versko hodočašće koje se svake tri godine odvija na po jednoj od četiri lokacije u Indiji je Kumbh Mela na kojem se radi ritualnog kupanja u svetim rekama okupi do 100 miliona Hindusa. Ime ovog događaja koji se smatra najvećim redovnim mirnim okupljanjem ljudi na svetu ima ogroman značaj za Indiju i celokupnu Hindu kulturu. Nije teško zamisliti poželjnost DN „KumbhMela.com“ u zajednici koja broji preko milijardu ljudi na raznim kontinentima, ali samo jedan subjekt može da ga registruje (primer uzet iz A. Chander, „The New, New Property“, *Texas Law Review*, 81/2003, 717). Analogno važi za pojmove kao npr. Kilimandžaro, Monparnas, reggae, belcanto, Atlantic, krediti, rent-a-car i mnogi, mnogi drugi.

8 Ovde je reč, po pravilu, o oznakama koje funkcionišu kao robne marke (brendovi) u realnom svetu, i čija upotreba se želi proširiti i na poslovanje na Internetu (npr. „Siemens“, „Toyota“, „Intel“, „BBC“ i dr.). Ima, međutim, i oznaka koje su se afirmisale prvo u kibernetičkom prostoru, zahvaljujući Internetu i elektronskoj trgovini, kao na primer „Amazon“, „PayPal“, „eBay“, „Google“.

lim brojem onih koji se izdvajaju po svojoj informacionoj korisnosti/ vrednosti. Sa stanovišta ekonomske analize, to znači da je sistem DN ograničen resurs i da predstavlja tzv. privatno dobro, jer ga karakterišu rivalski karakter i isključivost.⁹

Ova konstatacija se odnosi na sve segmente sistema DN-a, počev od pružanja usluge *root* servisa¹⁰, preko upravljanja TLD do registracije individualnog DN.

2.2. Pravo na registraciju DN

Kao što je poznato, sistem DN je hijerarhijski organizovan. Svaki TLD označava „familiju“ DN drugog nivoa, koja se stručno zove „zona“. Za organizaciju TLD odgovoran je danas ICANN. Ne ulazeći u genezu današnje situacije, možemo samo konstatovati da je broj TLD od svega nekoliko (u poslednjoj deceniji prošlog veka) narastao na čitavih 735.¹¹ Eksplozivni rast je, zapravo, posledica specifične politike koju ICANN vodi od 2011. godine, kad su se postojećim gTLD i ccTLD pridružile stotine novih gTLD, kao i tzv. internacionalizovanih ccTLD i gTLD. Ključna novina te politike je, zapravo, da je sistem DN-a postavljen tako da bude otvoren za neograničeno povećanje broja TLD, zavisno od tražnje.

Upravljanje pojedinim ccTLD i internacionalizovanim ccTLD je ICANN poverio nacionalnim ili regionalnim administracijama, a gTLD i internacionalizovanim gTLDN određenim subjektima privatnog prava i organizacijama. Svi oni imaju svojstvo akreditovanih operatora registra. Smisao i cilj tog složenog poduhvata je da se u uslovima jedinstvenog *root* servisa podstakne konkurencija između operatora registara TLD i da se time višestruko uveća mogućnost svakoga da slobodno odabere i uz što manji trošak registruje DN koji mu najviše odgovara. Uvećanjem mogućnosti izbora DN, kao i

9 K. M. Manheim, L. B. Solum, 347 i dalje. Bitno je napomenuti da se pojmovi „privatno dobro“ i „javno dobro“ koriste isključivo u ekonomskom smislu, a ne u smislu koji označava da li to dobro ima značaja za javni interes ili ne. Sistem DN-a svakako ima značaja za javni interes i on predstavlja javni resurs, ali je istovremeno „privatno dobro“ u ekonomskom smislu. Autori daju jedno ilustrativno poređenje sa zemljištem kao ekonomskim dobrom. Iako na planeti ima još mnogo neiskorišćenog zemljišta bez vlasnika, određene parcele imaju astronomsku vrednost, dok su druge bez vrednosti jer nema tražnje za njima. Stoga, iako predstavlja resurs od javnog interesa, zemljište je privatno dobro *par excellence*.

10 Zahvaljujući mrežnom efektu koji uvećava korisnost određenog dobra proporcionalno uvećanju broja njegovih potrošača, danas je na Internetu neprikosnovena uloga jednog *root* servisa kojim upravlja ICANN. Pre osnivanja ICANN-a postojao je propali pokušaj osnivanja konkurentskog *root* servisa AlterNIC, kao reakcije na monopol koji je imala privatna firma Network Solutions (prethodnik ICANN-a). Iako i danas postoji nekoliko malih zasebnih *root* servisa (npr. Name.Space) koji opslužuju potrebe nekolicine pretežno zatvorenih informacionih mreža, *root* servis pod upravom ICANN-a ima sve elemente stanja koje ekonomisti zovu „prirodni monopol“ i to na planetarnom nivou.

11 Listu svih TLD drži ICANN-u subordinisana organizacija IANA. Vidi <http://www.iana.org/domains/root/db> (pristup februara 2015).

uvođenjem konkurencije među operatorima registara TLD, sistem DN-a nije prestao biti ograničeni resurs, tj. privatno dobro u ekonomskom smislu. Ovo stoga što su i dalje pojedini DN (bilo kog nivoa) poželjniji od drugih upravo zbog svoje informacione vrednosti o kojoj smo govorili ranije. Drugim rečima, za pojedine TLD kao i za pojedine DN drugog i trećeg nivoa ima više interesenata koji se međusobno isključuju.

To nas navodi na pitanje kako pojedini subjekt stiče pravo da bude operator registra određenog gTLD, odn. kako pojedini subjekt stiče pravo da bude registrant (da registruje) određeni DN.¹²

Kao što je poznato, sukob dva subjekta oko istog dobra može da se pravno rešava na osnovu različitih principa.¹³ U oblasti DN, osnovni je princip vremenskog prvenstva (lat.– *prior tempore, potior iure*). To znači da će, ukoliko su ispunjeni svi drugi propisani uslovi, određeni DN biti registrovan na ime lica koje je prvo formalno zatražilo registraciju (engl.– *first come first serve*). Zanimljivo je da isti princip važi i u pravu industrijske svojine kad dva ili više lica podnesu prijavu kojom traže zaštitu za isto nematerijalno dobro (npr. pronalazak, dizajn, robni znak).

Najapstraktnije posmatrano, principu vremenskog prvenstva u raspodeli ograničenih resursa (privatnih dobara) ne može se mnogo toga prigovoriti. On je ne samo egzaktn i siguran, već je i logičan s obzirom na činjenicu da u hronologiji bilo kojih događaja u spoljnjem svetu, prethodni događaji menjaju svet i utiču na potonje događaje. Jednostavno, nije moguće preokrenuti taj sled i sačekati potonji događaj da bi smo ocenili da li prethodni događaj treba ili ne treba da se desi. Suština moguće kritike principa vremenskog prvenstva usmerena je, zapravo, samo na ono što prethodi njegovoj konkretnoj primeni, a to su selekcija i kvalifikacija subjekata koji ravnopravno pretenduju na isto dobro. Drugim rečima, pitanje je da li se princip vremenskog prvenstva primenjuje odmah i neposredno, ili se primenjuje tek pošto se pitanje prava na određeno dobro nije moglo raspraviti po nekom drugom osnovu (npr. eliminacijom određenih subjekata zbog neispunjenja određenih propisanih uslova).¹⁴

12 Na ovom mestu moramo da ukažemo na činjenicu da je Džon Postel (1943-1998), od mnogih nazvan ocem sistema DN-a, 1994. godine napisao: „Razmišljanje o pravima i svojini na domenima je neumեսno. Umesno je razmišljanje o odgovornosima i uslugama zajednici“. Vidi J. Postel „Domain Name System Structure and Delegation“, RFC, March 1994, 4 (<https://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>). Njegov inženjerski entuzijazam i ondašnji rudimentarni stadijum razvoja Interneta nisu mu dali da nasluti da će sistem DN-a postati ekonomski resurs oko čije raspodele se vode društvene borbe.

13 Npr. u naslednim monarhijama će najstariji sin monarha naslediti presto (princip biološkog senioriteta). U nekoj kompaniji koja ima kuću za odmor, službenik koji je viši u hijerarhiji će imati prednost nad nižim prilikom korišćenja iste (princip socijalnog senioriteta). Stipendiju za školovanje će pre dobiti student koji je slabijeg ekonomskog stanja nego onaj koji je jačeg, odnosno onaj koji ima bolji uspeh u školovanju nego onaj sa slabijim uspehom (princip socijalne potrebe ili nagrade). Na prazno parking mesto parkiraoće svoj auto vozač koji je pre stigao (vrincip vremenskog prvenstva).

14 Na primer, ako dva vozača žele da parkiraju svoj auto na mestu koje je rezervisano za zaposlene u određenoj kompaniji, onaj koji ne ispunjava taj uslov neće imati pravo da se parkira bez obzira na činjenicu što je stigao prvi.

Za nedovoljno uređena društva, odnosno neuređene ili nedovoljno uređene oblasti društvenog života karakteristična je primena ogoljenog principa vremenskog prvenstva, bilo *de facto* ili *de iure*. Pionirsko doba sistema DN-a bilo je obeleženo apsolutnom vladavinom tog principa, koji je zatim donekle ublažen mogućnošću da subjekt koji smatra da ima preče pravo na oznaci koju je drugo lice već registrovalo kao DN drugog nivoa, traži i eventualno dobije pravo na registraciju (tačnije, prenos registracije sa prvog registranta na njega).¹⁵ Ta mogućnost je data samo titularima starijeg žiga za oznaku koja je ista ili slična DN drugog nivoa.

Kad se početkom ovog milenijuma počelo govoriti o liberalizaciji politike registracije TLD, a imajući u vidu iskustva sa primenom relativno rigidnog principa vremenskog prvenstva prilikom registracije DN¹⁶, poslovna i akademska javnost je uglavnom signalizirala povećanu opasnost za interese titulara starijih žigova. Naime, sa nepredvidljivim povećanjem broja TLD, proporcionalno raste rizik kolizije DN drugog nivoa sa tuđim ranijim žigom. Dugim rečima, iako je taj problem već bio predmet regulisanja u Pravilima UDRP, iskazana je zabrinutost za efikasnost primene tih Pravila u uslovima povećanog broja sporova.

Retki teoretičari su, međutim, postavili i sledeće suštinsko pitanje. Koje su posledice primene principa vremenskog prvenstva na registraciju DN po one subjekte koji nisu prvi zatražili registraciju DN, a nisu titulari žiga niti bilo kojeg drugog prava industrijske svojine; koji možda nemaju čak ni pristup Internetu, a ipak imaju određene sadašnje ili buduće legitimne interese na oznaci koja je deo DN? Zbog mogućnosti registracije neograničenog broja novih TLD, to pitanje posebno dobija na značaju u kontekstu interesa globalne zajednice za geografski ravnomernim i održivim razvojem. Naime, u uslovima sve većeg jaza između bogatih i siromašnih pojedinaca i zajednica, odnosno između ekonomski razvijenih i nerazvijenih delova sveta, raspodela svakog ograničenog resursa prema principu vremenskog prvenstva u pokretanju određene složene formalne procedure pretvara se u pravo ekonomski jačeg subjekta koji je bliži konkretnom resursu i koji može da podnese finansijski teret učestvovanja u takmičenju za pravo. Na taj način, ovaj princip se

15 Ovde mislimo na mogućnost da titulari starijih prava ospore prvom registrantu pravo na DN drugog nivoa u postupku pred InterNIC-om pre 1999. godine, kao i na ICANN-ovu Jedinственu politiku rešavanja sporova o nazivima internet domena (engl. skraćenica – UDRP) sa pripadajućim Pravilima posle 1999. godine.

16 Jedno od najviše opominjućih iskustava je bila činjenica da su pojedini subjekti iz SAD imali stotine hiljada registrovanih DN na svoje ime. Primera radi, na dan 1. jula 2001. godine je kompanija Los Gatos iz Kalifornije imala 1.462.575 registrovanih DN, konzorcijum oko kompanije Coventry Investment L.T.D. iz Floride 615.750, kompanija Name-Demo.Com iz Njujorka 227.100 itd. (vidi ZookNIC, Internet Intelligence, Top Domain Name Holders, http://www.zooknic.com/Domains/top_holders.html, pristup februar 2015). Takođe nije bez značaja i geografska distribucija od ICANN-a akreditovanih operatora registra TLD. U 2002. godini ih je u Severnoj Americi bilo 54, Evropi 35, Aziji 16, Australiji 4, Africi i Južnoj Americi 0. Reč je podacima iz ICANN statistike, preuzetim iz A. Chander, 730.

pretvara u instrument ne samo konzervacije, nego i produbljivanja već postojeće nejednakosti u globalnoj raspodeli dobara, društvene moći i uticaja na budućnost.¹⁷

Navedeni problem se može razmatrati iz dva ugla. Prvi se tiče raspodele globalnih dobara u kontekstu socijalne pravde i održivog razvoja. Suština je u tome da „tihi i slabi možda nikad neće naslediti ovu planetu“ ako *prior tempore, potior iure* ostane dominantni princip raspodele globalnih dobara.¹⁸ Drugi ugao se tiče pitanja ekonomske efikasnosti raspodele, odnosno kako izvršiti privatizaciju određenog globalnog dobra a da ono pri tom dođe u ruke subjekta koji će ga najefikasnije koristiti ne samo u svom interesu, nego i u interesu cele zajednice.¹⁹

Iako polaze iz različitih uglova i analiziraju različite moguće opcije, oba razmatranja se sreću u oceni da je javna aukcija društveno i ekonomski najopravdaniji način privatizacije (raspodele) DN. Poenta je u tome da se na taj način pravo na DN dodeljuje pojedinom subjektu po tržišnoj ceni, a da se prihod od toga može staviti u funkciju globalnog ravnomernog razvoja i otklanjanja postojećih razlika između bogatih i siromašnih. Ostavljajući sad po strani niz značajnih pitanja o kojima se može raspravljati, zanimljivo je pogledati da li i u kojoj meri je savremeni sistem DN-a prihvatio ove sugestije.

Po našem mišljenju, brižljivost i transparentnost sa kojom je ICANN pripremao prelazak na novi liberalni sistem gTLD je uzorna. U najširim mogućim konsultacijama sa privredom, naukom, predstavnicima vlada i nevladinih organizacija, ICANN je bio otvoren za sve moguće ideje, pod uslovom da su bile kompatibilne sa dva ključna cilja: podsticanje konkurencije i očuvanje tehničke stabilnosti Interneta. Jedinstveni službeni dokument koji sadrži

-
- 17 U kontekstu prava intelektualne svojine i razvoja (gde se javlja isti problem), vidi Izveštaj britanske vladine Komisije za prava intelektualne svojine, čiji je zadatak bio da ispita kako se sistem prava intelektualne svojine može staviti u službu siromašnih ljudi i zemalja u razvoju. U tom izveštaju, pored ostalog, stoji: „Teškoća je što su one (zemlje u razvoju, prim. S.M.) ‘naknadno došavše’ (engl.- second comers) u svet koji su ‘prvodošavši’ (engl.- first comers) već oblikovali.“ Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy - Final Report, London 2002, 3. (http://www.cipr.org.uk/graphic/documents/final_report.htm , pristup februara 2015). Takođe, vidi S. Marković, Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo, Beograd 2014, 285 i dalje, 317 i dalje.
- 18 A. Chander, 715-797. Posle ekstenzivne kritike principa *prior tempore potior iure*, kao formalnog i nepravednog , autor razmatra razne filozofske poglede na fenomen svojine (radna, utilitaristička i lična teorija), da bi zatim pravio paralele sa istorijskim iskustvima privatizacije zajedničkih dobara (engl.- *commons*) kao što su zemljište u SAD, okeani, Antartik i kosmos.
- 19 K. M. Manheim, L. B. Solum, 319-454. Posle detaljne argumentacije da je sistem DN-a javni resurs po svom značaju za zajednicu, a privatno dobro po svojoj ekonomskoj prirodi, autor otvara pitanje ekonomski najefikasnijeg načina raspodele DN. Pri tom, koristi se negativnim i pozitivnim iskustvima u oblasti regulisanja telekomunikacija u SAD (telefonska mreža i radiodifuzni spektar).

sve elemente novog sistema i koji je uveliko u primeni je Vodič za prijaviocce gTLD iz juna 2012. godine.²⁰

Nije nam cilj da detaljno opisujemo postupak u kojem se priznaju novi gTLD, odnosno u kojem određeni subjekti stiču svojstvo operatora registra novog gTLD.²¹ Umesto toga, pokušaćemo da na relativno uopšten način odgovorimo na pitanje *na kojim principima se zasniva pravo na novi gTLD*.

Može se reći da dominiraju tri ideje kojima se koriguje princip vremen-skog prvenstva. Prva je da se ne dopušta zloupotreba tog principa na štetu određenog legitimnog interesa uže ili šire zajednice. Druga je da će dva, u svemu ravnopravna, konkurenta za isti gTLD razrešiti svoj konflikt tek na aukciji. Treća je da sličnost prijavljenog gTLD sa drugim koji je već registrovan ili prijavljen za registraciju, predstavlja prepreku za registraciju, čime po prvi put dolazi do primene određenih pravila žigovnog prava u odnosima između prijavilaca odnosno registranata gTLD.

Krenimo redom. Po prvi put se prilikom registracije gTLD omogućuje društvenim grupama da neposredno, a ne posredstvom predstavnika države, artikulišu svoje legitimne interese u vezi sa određenim DN, i na taj način spreče registraciju konkretnog gTLD na ime subjekta koji je prvi podneo prijavu za registraciju. Naime, u složenoj proceduri registracije gTLD omogućeno je formalno organizovanim društvenim grupama (npr. udruženjima) čija aktivnost je neposredno povezana sa jasno određenom društvenom zajednicom da ulože prigovor na konkretan gTLD koji je prijavljen. Taj prigovor može dovesti do sprečavanja registracije tog gTLD ako se u postupku pred ekspertskim telom za rešavanje spora dokaže da bi njegova registracija „stvorila verovatnoću suštinske štete za prava ili legitimne interese značajnog dela zajednice na koju prijavljeni gTLD eksplicitno ili implicitno cilja“.²²

Po našem mišljenju, ovime je učinjen ogroman napredak u odgovornom upravljanju globalnim resursom kao što je Internet, i to u najboljem duhu vizije informacionog društva kao društva koje mora da počne da zatvara postojeći jaz između vidljivih, bogatih i moćnih, na jednoj strani, i onih koji

20 ICANN, gTLD Applicant's Guidebook, 4.6.2012 (<http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agb>), (pristup februara 2015).

21 Za tu svrhu vidi npr. D. S. Pahl, E. Null, „The New Generic Top-Level Domain Program – A New Era of Risk for Trademark Owners and the Internet“, *The Trademark Reporter*, 101/2011, 1763. i dalje. Akcenat u ovom radu, kao i u većini drugih na sličnu temu, je na mehanizmima zaštite prava i legitimnih interesa titulara žigova. Takođe vidi M. V. B. Partridge, J. A. Arnot, „Expansion of the Domain Name System – Advantages, Objections and Contentions“, *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, 22/2012, 323. i dalje.

22 *gTLD Applicant's Guidebook*, poglavlje 3, 22. Zatim su razrađene indicije koje ukazuju verovatnoću nastanka štete. Među njima su najznačajnije: a) prijavilac ne postupa ili nema nameru da postupa u skladu sa interesima zajednice ili korisnika u širem smislu, što uključuje i da prijavilac nije predložio ili nema nameru da uvede delotvornu bezbednosnu zaštitu za korisnike; b) ometanje osnovnih aktivnosti zajednice, kao posledica funkcionisanja prijavljenog gTLD-a; c) zavisnost zajednice od prijavljenog gTLD prilikom obavljanja njenih najznačajnijih aktivnosti.

su, ne svojom voljom, na marginama planetarnog razvoja, na drugoj strani. Praktičan efekat izloženog instituta „prigovora zajednice“ je u tome što ime-
na koja u geografskom, etničkom, istorijskom ili kulturološkom smislu imaju
odlučujući značaj za identitet ili javnu percepciju identita određene zajednice,
ne može iskoristiti za gTLD niko drugi osim te zajednice, odnosno njenog
predstavnika. Na taj način ostaje sačuvan konkurentski potencijal te zajedni-
ce ako i kad ona odluči da registruje odgovarajući gTLD.

Naravno, nije moguće izbeći primedbu da male i pasivne zajednice, bez
odgovarajućeg oblika formalnog organizovanja i daleko od glavnih tokova sa-
vremenog života, neće ni znati da je neko prijavio gTLD na koji bi trebalo
uložiti prigovor, a zasigurno neće imati sredstva za komplikovanu proceduru
koja zatim sledi. ICANN je i taj problem donekle ublažio uvođenjem institu-
cije „nezavisnog prigovarača“ (engl.– *independent objector*). To je stručni po-
jedinac kojeg bira ICANN u strogo propisanom postupku, čiji je zadatak da
ulaže prigovore na prijavljene gTLD iz dva moguća razloga: a) javni interes i
b) razlozi na kojima se temelji „prigovor zajednice“. Ima osnova da se veruje
da će nezavisni prigovarač biti dragocen u zaštiti legitimnih interesa pojedinih
društvenih zajednica koje ne budu u mogućnosti da podnesu „prigovor
zajednice“.

Druga korekcija principa vremenskog prvenstva jeste aukcija. Evidentno
je da ICANN nije prihvatio aukciju kao glavni metod privatizacije DN. To je
i logično s obzirom na dve činjenice: a) ne moraju da postoje konkurenti za
svaki prijavljeni gTLD, i b) ako ima dva ili više konkurenata za jedan prijavlje-
ni gTLD, moguće je da svi osim jednog budu eliminisani u fazama postupka,
koje prethode aukciji (početna i proširena evaluacija prijave, te spor oko istog
ili sličnog gTLD). U tom smislu, aukcija kao metod za registrovanje gTLD je
pre izuzetak nego pravilo. Ipak, značaj uvođenja aukcije u postupak sastoji se
u tome što između dva nezavisna prijavioca istog gTLD, koji ispunjavaju sve
druge uslove i u svemu su ravnopravni, umesto vremenskog prvenstva prijave
odlučuje visina novčane sume koju su spremni da plate za taj gTLD. Na taj
način se ostvaruje teorijska ideja da je najpravednije i ekonomski najefikasnije
da se privatizacija javnih resursa vrši putem aukcije, a da se novac koji je
tako dobijen stavi u funkciju javnog interesa.

Naravno, postavlja se pitanje „cene“ dodele gTLD u onim (znatno broj-
nijim) slučajevima kad nije bilo uslova za aukciju. Trenutno, svaki podnosilac
prijave za novi gTLD mora računati na trošak od najmanje 185.000 US dolara
(taksa za ispitivanje prijave), kao i po 25.000 US dolara za godišnju taksu
za održavanje statusa operatora registra (ukoliko ga stekne). Reč je o admi-
nistrativno postavljenim iznosima koji ne korespondiraju sa ekonomskom
vrednošću gTLD kao ograničenog resursa, već su u korelaciji sa troškovima
administriranja postupka i održavanja sistema DN-a. Stoga, pretežna namena
tog novca nije da preko ICANN-a bude upotrebljen za ciljeve pravednije glo-
balne raspodele koristi od tekovina informacionog društva, već da indirektno
služi kao ekonomska prepreka za učestvovanje u „trci“ za nove gTLD subjek-
tima (pre svega fizičkim licima) koji bi novi sistem mogli da zloupotrebe radi

sajberskvotinga.²³ Time, međutim, značaj aukcije nije ništa manji. Naime, ona se sprovodi onda kad, upravo zbog pretenzije dva ravnopravna subjekta na isti gTLD, njegova priroda kao ograničenog resursa dođe do izražaja, odnosno kad postoje realni uslovi da se postigne tržišna „cena“ po kojoj će on biti privatizovan. Sudbina tako ostvarenog iznosa je da preko ICANN-a bude usmeren ka globalnim razvojnim ciljevima informacionog društva. To će najčešće biti gTLD koji označavaju vrstu robe ili usluge, odnosno određenu privrednu aktivnost, i koji su namenjeni registrantima iz te privredne branše.

Rafinirani ICANN-ov sistem rešavanja sukoba dva subjekta oko prava na isti gTLD, međutim, vodi računa o još jednoj mogućoj situaciji. Ako jedan subjekt predstavlja određenu društvenu zajednicu, sukob oko prava na konkretni gTLD će se, na njegov zahtev, prvo rešavati u postupku „evaluacije prvenstva zajednice“ (engl. – *Community Priority Evaluation Procedure*).²⁴ Ako se u tom postupku dokažu kredibilitnost i sadržajnost veze između tog subjekta, zajednice i konkretnog prijavljenog gTLD, on će imati prvenstvo u odnosu na takmaca, čime aukcija postaje izlišna. Ovime su uzeti u zaštitu oni prijavioci koji legitimitet svog zahteva za konkretni gTLD zasnivaju na legitimnom interesu određene zajednice koju predstavljaju.

Konačno, uslov za registraciju gTLD je da takav alfanumerički niz (engl. – *string*) nije sličan ranije prijavljenom ili registrovanom gTLD. Od kako postoji sistem DN-a pa do 2011. godine, jedina briga je bila da konkretan DN ne bude isti ili sličan tuđoj oznaci koja je pre toga zaštićena žigom. Eventualna sličnost između dva DN drugog ili trećeg nivoa nije predstavljala problem, jer njihova tehnička funkcija lokatora u kibernetičkom prostoru time nije bila ugrožena. Tek je sa liberalizacijom registracije gTLD u punoj meri prepoznata njegova dragocena komunikaciona vrednost kao kibernetičkog znaka. Drugim rečima, uslov za registraciju nije više samo da bude različit od svih drugih koji su već registrovani ili prijavljeni, kako bi mogao da vrši svoju tehničku funkciju lokatora, već on ne sme biti ni sličan njima, kako prosečan korisnik Interneta ne bi došao u zabunu.²⁵ Sukob sva subjekta oko sličnih gTLD se rešava ili u postupku „evaluacije prvenstva zajednice“ (vidi gore) ili u postupku aukcije.

Sve što je do sada rečeno o modifikacijama principa vremenskog prvenstva prilikom registracije DN odnosi se samo na nove gTLD. Kad je reč o registraciji DN drugog nivoa, taj princip je u skoro neokrnjenom obliku i dalje je na snazi. Njegove eventualne modifikacije i ublažavanja će ubuduće biti stvar poslovne politike operatora registra novih gTLD. Nije teško pretpostaviti da će jedan aspekt njihove međusobne konkurencije na tržištu DN drugog nivoa da se odvija upravo kroz način na koji će urediti pitanje prava na DN drugog nivoa.

23 J. M. Borson, „World of Infinite Domain Names: Why ICANN’s New GTLD Policy Inadequately Addresses Consumer Protection and Legitimate Trademark Concerns”, *Wayne Law Review*, 58/2012/13, 493.

24 *gTLD Applicant’s Guidebook*, poglavlje 4, 8. i dalje.

25 *gTLD Applicant’s Guidebook*, poglavlje 4, 2. i dalje.

2.3. Pravo iz registracije DN

Kad određeno lice postane registrant određenog DN, ono svakako ima pravo da ga koristi, kako u smislu tehničkog lokatora u kibernetском prostoru, tako i u smislu sredstva socijalne komunikacije. Ova nesporna konstatacija, međutim, prikriva teška pitanja koja se tiču pravne prirode prava koje je registrant stekao registracijom svog DN. Drugim rečima, pošto je ostvario svoje pravo *na registraciju* određenog DN-a, pitamo se koje i kakvo pravo mu pripada *iz registracije*, tj. na osnovu registracije. Traženje odgovora na ovo pitanje nije samo stvar puke pravnoteorijske radoznalosti, nego se tiče neposrednih imovinskih interesa registranta i njegovih pravnih sledbenika.

Sasvim konkretno govoreći, moguća su dva pristupa. Prvi je da je pravo iz registracije DN ugovornog karaktera jer je ustanovljeno ugovorom koji je registrant zaključio sa ovlašćenim registrom. Drugi je da je reč o pravu koje ima svojinski karakter s obzirom na njegovu apsolutnu i isključivu prirodu.

U prilog „ugovorne teorije“ idu relativno očigledni razlozi. Pravo registranta nastaje kao posledica ugovornog lanca koji počinje s ICANN-om i završava se s registrantom.²⁶ Prvo ICANN ovlašćuje konkretnog operatora registra TLD da zaključuje ugovore sa ovlašćenim registrima (eng. – *registrar*), da bi na kraju registrant ugovorom pribavio od ovlašćenog registra uslugu korišćenja sistema DN-a. DN je, praktično govoreći, samo sredstvo za korišćenje te usluge. Registrant ima pravo na DN samo dok ima pravo na uslugu korišćenja DN sistema preko ovlašćenog registra, što znači da povreda bitnih ugovornih obaveza za koje je odgovoran registrant povlači sobom raskid ugovora od strane ovlašćenog registra, pa time i prestanak prava iz registracije DN. Štaviše, raskid ugovora može nastupiti i kao posledica naknadne promene politike od strane ICANN-a, ukoliko je ugovor između ovlašćenog registra i registranta postao nekonstistentan sa novom politikom. To su sve argumenti koje je američka sudska praksa imala u vidu u par navrata kad se priroda prava iz registracije DN postavila kao prethodno pitanje u sporovima oko mogućnosti „zaplene“ DN radi izvršenja novčanog potraživanja registrantovog poverioca na registrantovoj imovini.²⁷ Valja, međutim, naglasiti da je ne samo u tim predmetima bilo pojedinačnih izdvojenih sudijskih mišljenja, već je bilo i sasvim suprotnih odluka drugih sudova.

Kad se razmišlja o svojinskom karakteru prava iz DN, potrebno je imati u vidu da je DN nematerijalno dobro, te da ne može biti reči o svojini u klasičnom značenju svojine na stvarima. Takođe, DN je informacija (dakle, nije fizička pojava), tako da se ne može smatrati ni bestelesnom stvari kao

26 Ako je reč o DN u okviru ccTLD, postoji ugovor između registra nacionalnih DN i registranta.

27 Vrhovni sud Virdžinije u predmetu Network Solutions Inc. v. Umbro International (529 S.E.2nd 80) iz 2000. Ceo tekst presude dostupan je na <http://caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1462313.html> (pristup marta 2015). Na istoj liniji bio je i Državni apelacioni sud Kalifornije u predmetu Palacio Del Mar Homeowners Ass'n v. McMahan (95 Cal. Rptr. 3d 445) iz 2009. Ceo tekst presude dostupan je na <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/californiastatecases/G040349.pdf> (pristup marta 2015).

što je npr. električna energija. S druge strane, jasno je da DN ne može biti ni predmet intelektualne svojine, budući da ga nijedan zakon ne stavlja na ograničenu listu pravno zaštićenih intelektualnih dobara. Dakle, svojinski karakter DN može postojati samo u jednom posrednom smislu, izvedenom na osnovu analogije sa svojinom na stvarima i intelektualnom svojinom. U prilog tom shvatanju navodi se da iako pravo iz registracije DN nastaje na osnovu ugovora sa ovlašćenim registrom, ono ne može prestati niti otkazom od strane ovlašćenog registra, niti prestankom njegovog postojanja. U ovom potonjem slučaju administriranje konkretnog DN prelazi kod drugog ovlašćenog registra, tako da pravo iz registracije DN nastavlja da postoji bez obzira na nestanak subjekta koji ga je ugovorom sa registrantom ustanovio. Štaviše, registrant može preneti svoje pravo iz registracije DN drugome, a da se ovlašćeni registar tome ne može usprotiviti. Konačno, ne postoje ograničenja u pogledu roka trajanja ovog prava. Zanimljivo je, međutim, da se sud u vodećem predmetu iz američke sudske prakse nije koristio ovim argumentima kad je zauzeo stav o DN kao predmetu svojine, već je pošao od toga da DN: a) predstavlja interes koji se može precizno definisati, b) jeste podoban za isključivo prisvajanje i kontrolu, c) rađa legitimno pravo na isključivost.²⁸

Ključna posledica tretmana prava iz DN kao svojine jeste da to pravo postaje podobno za slobodan promet, što uključuje obezbeđenje potraživanja, kao i izvršenje. Izričita potvrda podobnosti prava iz DN za slobodan promet data je u presudi Federalnog apelacionog suda SAD 2011. godine u predmetu *GoPets Ltd. v. Hise*.²⁹ Tu je bila reč o situaciji u kojoj je savesni registrant preneo svoje pravo iz registracije DN članu svoje porodice. Međutim u periodu između registracije DN i prenosa prava iz tog DN treće lice (tužilac) je registrovalo žig sa kojim je DN došao u koliziju. Tužilac je tražio da se prenos prava iz DN tretira kao nova registracija koja je nezakonita jer vređa tuđi žig. Utvrdivši da je pravo iz DN svojina, sud je odlučio da postoji kontinuitet tog prava od prve registracije DN, te da se prenos prava iz DN ne može smatrati novom registracijom. Time otpada i tvrdnja da je sticalac prava iz DN zapravo nesavesni registrant, i da njegovo pravo nije validno.

Jedna od mogućih konsekvenci, „svojinske teorije“ je da se na prinudno brisanje registracije ili njen prenos na drugog zbog sukoba sa starijim žigom gleda kao na vid eksproprijacije, što otvara pitanje zašto država ne plaća

28 Federalni apelacioni sud Devetog okruga u predmetu *Cremen v. Cohen* (337 F. 3d 1024) iz 2003. Ceo tekst presude dostupan je na <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1483800.html> (pristup marta 2015). Spor se vodio oko odgovornosti ovlašćenog registra za propust zbog prevarnog prenosa DN „sex.com“ s jednog na drugog registranta. Kasnije je isti sud potvrdio svoj stav o DN kao predmetu svojine u odluci *Office Depot v. Zuccarini* (596 F. 3d 696) iz 2010. Tu je mesna nadležnost suda za spor oko izvršenja potraživanja na pravu na DN, određena in rem logikom (mesto nalaženja registra, odnosno ovlašćenog registra) čime je implicitno potvrđeno da pravo na DN može biti predmet izvršenja.

29 Federalni apelacioni sud Devetog okruga, *GoPets Ltd. v. Hise* (657 F. 3d 08-56110). Ceo tekst presude dostupan je na <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/09/22/08-56110.pdf> (pristup marta 2015).

pravičnu naknadu registrantu koji je ostao lišen svog DN-a.³⁰ Iako smatramo da su argumenti u prilog ove teze, najblaže rečeno, prenategnuti, ona je ilustrativna za jedan deo teorije i prakse koji polazi od toga da je svojinska priroda prava iz DN nesporna.

Stvar, međutim nije tako jednostavna. Pitanjem pravne prirode prava iz DN bavili su se i brojni paneli za rešavanje sporova povodom DN, na osnovu UDRP pravila ICANN-a. Takvi paneli, na osnovu tužbe titulara žiga, ispituju da li je tuženi registrant: a) registrovao DN koji je isti ili zbunjujuće sličan za znakom koji je tužilac zaštitio žigom, b) imao pravo ili legitimni interes da to učini, i c) registrovao i koristio svoj DN na nesavestan način. Ako je odgovor na sva tri pitanja pozitivan, panel nalaže brisanje DN iz registra ili prenos prava iz DN na tužioca. U praksi je uočeno da tretman prava iz DN kao jednoznačno svojinskog prava donekle kompromituje smisao UDRP-a kao instrumenta borbe protiv sajberskvotinga. Naime, jednom savesno registrovani DN može dobiti na ekonomskoj vrednosti ukoliko drugo lice naknadno registruje istovetan ili sličan žig. Tada registrant može doći u iskušenje da unovči tu vrednost prenosom prava iz DN na treće lice koje ima namere za nesavesno korišćenje tog DN. Drugim rečima, postaje moguće pribavljanje savesno registrovanog DN radi njegovog nesavesnog korišćenja. Stoga je neophodno primeniti diferencijalni pristup: ako je pribavilac DN lice koje je povezano sa prenosiocem, prenos se ne smatra novom registracijom jer važi svojinski koncept prava iz DN; ako je, pak, pribavilac lice koje nije povezano sa prijaviocem, svojinska teorija ustupa mesto ugovornoj teoriji, tj. dolazi do diskontinuiteta na pravu iz registracije DN jer se prenos tretira kao nova registracija.³¹ Naime, zaključuje se novi ugovor između ovlašćenog registra i registanta pod uslovima primenjenim na okolnosti koje postoje toga dana.

Rezultat ovog diferencijalnog pristupa tretiranju pravne prirode prava iz DN jeste onemogućenje nesavesnog pribavljanja DN među nepovezanim licima. Naravno, pitanje je zašto samo među nepovezanim licima. Zašto nesavesnost povezanih lica nije smetnja pribavljanju DN-a? Zato što pribavilac DN koji je povezan sa prenosiocem svakako ima legitimni interes da koristi taj DN jer je npr. suvlasnik zajedničkog privrednog društva, pravni sledbenik prenosioca u određenom poslu ili sl. Iz tih razloga ne mogu kumulativno biti ispunjena sva tri uslova UDRP koja su neophodna da bi se titular žiga mogao uspešno suprotstaviti registraciji istovetnog ili zbunjujuće sličnog DN.

Zanimljivo je, međutim, da je uprkos distinkciji koja je opisana, deo američke sudske prakse ostao na poziciji svojinske teorije, utemeljene u po-

30 B. C. Brian, „Private Property for Public Use – the Federal Trademark Dilution Act and Anticybersquatting Consumer Protection Act as Violations of the Fifth Amendment Takings Clause“, *Journal of Intellectual Property Law*, 11/2003, 202. i dalje.

31 Vidi odluku WIPO panela u predmetu *Twitter Inc. v. Geigo Inc.* (D2011-1210) iz 2011. Ceo tekst odluke dostupan na <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2011-1210> (pristup marta 2015). Takođe vidi odluku WIPO panela u predmetu *Diet Center Worldwide, Inc v. Jason Acatiff* (D2012-1609) iz 2012. Ceo tekst je dostupan na <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2012-1609> (pristup marta 2015).

menutoj odluci *GoPets Ltd. v. Hise*. Tako je 2012. godine Federalni okružni sud Arizone u predmetu *Airfix.com v. AirFX LLC* odlučio da je transfer prava iz registracije DN između nepovezanih lica dopušten iako je treće lice u međuvremenu registrovalo žig sa kojim je DN došao u koliziju.³² Odluka se temelji na uverenju da je pravo iz registracije DN oblik svojine, te da pribavilac DN samo nastavlja kontinuitet prava iz registracije prethodnika.

Rezimirajući izloženo, možemo konstatovati da je u ovom trenutku nemoguće pružiti jednoznačan odgovor na pitanje o pravnoj prirodi prava iz registracije DN. Prisutni su elementi kako ugovornog, tako i „svojinskog“ prava, s tim da oni dolaze do većeg ili manjeg izražaja zavisno od situacije. Kad je reč o mogućnosti da pravo iz registracije DN bude sredstvo obezbeđenja potraživanja i predmet namirenja u postupku izvršenja, svojinski elementi ovog prava su dominantni. Međutim, kad je reč o negocijabilnosti prava iz registracije DN, pretežu ugovorni elementi ovog prava. Naime, ako se promet dešava između nepovezanih lica, smatra se da nema „svojinskog“ kontinuiteta prava, već pribavilac podleže obavezi ispunjenja uslova registracije, prema okolnostima koje postoje na taj dan. Ako se promet dešava između povezanih lica, odnosno lica između kojih postoji određen odnos pravnog sledstva (npr. zbog prometa svojine na privrednom društvu dolazi i do prometa odgovarajućeg prava iz registracije DN), čini se deluje „svojinski“ kontinuitet prava iz prve registracije. Ovo, ipak, samo naizgled. Naime, i tad pribavilac podleže obavezi ispunjenja uslova registracije prema okolnostima koje postoje na taj dan, s tim što će on, kao lice koje ima legitiman interes za tim DN, te uslove svakako ispuniti. Prema tome, ovde ne dolazi do promene prirode prava iz registracije DN, već je reč o logičnim posledicama primene tri gorepomenuta kumulativna uslova iz UDRP.

Imajući sve to u vidu, čini se da je ocena o dualnoj (ugovorno-svojinskoj) pravnoj prirodi prava iz registracije DN najuverljivija.³³

3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

S obzirom na izloženu komunikacionu funkciju i s njom povezanu korisnost/ vrednost DN, može se postaviti pitanje da li je DN kandidat za ulazak na spisak nematerijalnih dobara koja se štite isključivim pravima intelektualne svojine. Drugim rečima, da li DN predstavlja intelektualnu svojinu registranta, *de lege ferenda*?

32 Detalji i kritika presude u F. M. Abbott, "On the Duality of Internet Domain Names – Propertization and its Discontents", *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, 3/2013, 35,36.

33 Tako F. M. Abbott, 45 i dalje. Autor se u svom razmatranju dosta bavi specifičnostima odnosa između UDRP i američkog *Anticybersquatting Consumer Protection Act*-a (ACPA) iz 1999., kojim je pružena mogućnost sudske zaštite od neovlašćene registracije DN, kao alternative UDRP ili kao vid sudske kontrole odluka panela koji su primenjivali UDRP. Budući da propis tog tipa ne postoji u Srbiji, nismo ulazili u to pitanje.

Pre nego pokušamo da damo odgovor na to pitanje, moramo se podsetiti na par činjenica. Počnimo od toga da oznaka koja čini DN bez sumnje može biti predmet zaštite žigom, pod uslovom da ispunjava zakonom propisane uslove. Na prvom mestu su uslovi da se ta oznaka koristi za označavanje određene robe ili usluge, da je distinktivna i da nije ista ili zbunjujuće slična oznaci koju je drugo lice zaštitilo ili prijavilo za zaštitu, za istu ili sličnu vrstu robe ili usluge. Po pravilu, privredni subjekti nastoje da svoju žigom zaštićenu oznaku registruju kao DN. Zaštita tog legitimnog interesa je *ratio* svih propisa za suzbijanje sajberskvotinga. Pomenuli smo već i mogućnost obrnutog sleda događaja: oznaka koja je prvo registrovana kao DN za veb stranicu na kojoj se nudi i prodaje određena roba ili usluga može da bude zaštićena žigom (npr. „amazon.com“ za prodaju knjiga ili „google.com“ za različite usluge pretraživanja Interneta) ukoliko su zadovoljeni gorepomenuti uslovi.

Drugo, oznake koje čine određeni DN posebno vrednim su, po pravilu, one koje opisuju ili sugerišu sadržaj koji je njima označen. Imajući, na primer, u vidu ogromne razmere industrije erotike i pornografije na Internetu, jasno je zašto je „sex.com“ među ekonomski najvrednijim DN. To, međutim, upućuje na zaključak da upravo takve oznake, odnosno DN ne mogu biti zaštićene žigom jer ne ispunjavaju uslov distinktivnosti – one su generične, odnosno opisne. Upravo izneta konstatacija predstavlja osnov za razmišljanje o razlikama između funkcije robne oznake i DN. Osnovna funkcija robne oznake koja se štiti žigom je ukazivanje na poreklo proizvoda.³⁴ Pri tom, reč je poreklu u apstraktnom smislu koji se iscrpljuje u predstavi o jednom te istom subjektu koji proizvodi, odnosno prodaje svu robu određene vrste, koja je označena istim robnim znakom. Dakle, žigom zaštićena oznaka nam ne govori o imenu i adresi tog subjekta. Štaviše realna adresa titulara žiga ne može biti predmet zaštite, jer svako ko se nalazi na istoj ili sličnoj adresi ima pravo da je u prometu slobodno koristi, pa makar se bavio istom privrednom delatnošću kao i titular žiga. Nasuprot tome, DN je primarno adresa registranta u kibernetičkom prostoru, tj. njena svrha je da zainteresovano lice „dovede“ do konkretnog i tačnog mesta u kibernetičkom prostoru, koje je „nastanio“ registrant. Ta činjenica daje pečat i komunikacionoj funkciji DN, a to je da opisujući ili sugerišući sadržaj veb stranice navede zainteresovano lice da zaključi kako bi adresa mogla glasiti. Vidimo, dakle, da postoji razlika između funkcija DN kao oznake u kibernetičkom prostoru, i robne oznake u realnom životu, mada ima i određenih preklapanja. To polje preklapanja je, zapravo, jedino moguće polje zaštite DN putem žiga.

Konačno, u pomenutim pravilima ICANN-a za registraciju novih TLD vidljiv je diskretni prodor pravila žigovnog prava. Reč je uvođenju kategorije „zbunjujuće sličnih TLD“ koje su dva ili više lica prijavila za registraciju. Kao što je napred već pomenuto, afirmacija nastojanja da se u razumnoj meri eliminiše mogućnost registracije sličnih TLDN može se objasniti jedino prepoznavanjem značajne komunikacione funkcije DN kao kibernetičkog znaka.

34 Reč je konstataciji koja je opšte mesto u pravu žiga. Detaljnije vidi npr. u S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2014, 141.

Iako je ovde reč zasad samo o TLD, vredi istaći da se pitanje sličnosti ne postavlja u geografski ograničenom prostoru kao u pravu žiga, već se postavlja globalno.

Iz svega izloženog smatramo da je moguće zaključiti sledeće: a) DN i robni znak su u osnovi dve različite vrste oznaka i imaju različite funkcije; stoga svaka od njih ostaje u svom pravnom okviru, b) u meri u kojoj DN predstavlja kibernetički znak, DN se približava funkciji robne oznake, čak se s njom donekle preklapa; c) rezultat toga je mogućnost zaštite određenih DN žigom, kao i najnoviji diskretni prodor pravila prava žiga u uslove za registraciju TLD, koji afirmišu zabranu registracije „zbunjujuće sličnih“ TLD na globalnom nivou, c) DN nije kandidat za ulazak na listu nematerijalnih dobara koja se štite pravom intelektualne svojine u tradicionalnom smislu; bitan razlog za to vidimo u vladavini principa teritorijalnosti u pravu intelektualne svojine, koje (načelo) nije primenljivo na DN s obzirom na globalni karakter sistema DN-a odnosno Interneta.

Slobodan Marković, Ph.D

Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL AND ECONOMIC NATURE OF INTERNET DOMAIN NAMES

Abstract: *The focus of the discussion is on the legal nature of Internet domain names (DN) and the perception of similarities and differences between DN and trademarks. It was found that DN has a dual function, serving as means for locating certain contents in cyberspace and as means of communication between people. It is the communication function that gives the DN its economic value and makes it, despite its technical abundance in the root system, a limited resource, that is a private good in economic terms. When considering the right to register DN, the emphasis is placed on criticism of temporal priority of application for registration as the only rule for the resolution of conflict between two or more subjects wanting the same or similar DN. Also, tribute is paid to the new rules of ICANN, which regulate the right to register new TLD taking into account the legitimate interests of the social community and the possibility that the conflict between two or more subjects over the same or similar TLD be resolved by auction. The debate about the nature of the right stemming from DN registration pointed at the elements of the „contract theory“ and „ownership theory“, making it impossible to unequivocally answer the question whether this right is transferable without restrictions or not. The answer to this question can be given only by employing the teleological interpretation of the rules on suppression of cybersquatting. Finally, partial overlapping of functions of DN and trademarks was established. Within this overlapping areas certain DN can be protected as trademarks, as well as confusingly similar TLDs cannot be registered according to ICANN rules for registering new TLD. This prohibition of*

registration of confusingly similar signs is characteristic of trademark law where it is limited to national or regional territory, while in the area of registration of TLD it is applied globally. It is estimated that chances for DN to become in the future the object of protection of eventual sui generis intellectual property right in traditional sense are small. This is due to inapplicability of the territoriality principle of protection (which dominates the intellectual property rights) to DN system of the Internet, which is global.

Key words: *Internet domain name. – Legal nature. – Private good. – Ownership. – Contract.*