

dr Andrea Radonjanin
advokat partner u kancelariji „Moravčević Vojnović
i partneri“ OAD Beograd

Pavle Tasić
saradnik u kancelariji „Moravčević Vojnović i partneri“
OAD Beograd

TRGOVINA NA DRUŠTVENIM MREŽAMA IZVAN DISTRIBUTIVNIH KANALA PROIZVOĐAČA

Rezime: Ekspanzija interneta i novih tehnologija omogućila je izuzetno brz razvoj digitalne ekonomije. Međutim, nagli rast trgovine putem interneta direktno se odrazio i na povrede prava intelektualne svojine. Ovaj globalni trend moguće je ispratiti i u Republici Srbiji; sa rastom elektronske trgovine, raste i plodno tlo za sivu ekonomiju. Ovaj rad ima za cilj da, kroz analizu praktičnih mehanizama koje stoje na raspolaganju nosiocima prava u Republici Srbiji, ukaže na neke od aktuelnih problema koji se javljaju u kontekstu trgovine putem društvenih mreža i povrede prava intelektualne svojine.

Ključne reči: Pravo intelektualne svojine. – Povreda prava na internetu. – Nelegalna trgovina. – Društvene mreže.

1. UVOD

Poslednjih decenija, sa ekspanzijom interneta¹ i na njemu zasnovanih novih tehnologija, posvedočili smo izuzetnom razvoju digitalne ekonomije, stvaranju novih mogućnosti za prekograničnu trgovinu i investicije, i svakodnevnu pojavu novih i inovativnih modela poslovanja koji se vrše putem interneta i internet platformi. Internet je iz korena promenio način na koji se roba i usluge proizvode, isporučuju i konzumiraju². Korišćenje internet platformi,

1 Prema skorašnjim procenama pretraživača kao što su Google i Yahoo, za manje od jedne decenije, internet je porastao za više od puta 1,000 – broj internet stranica je sa 29 miliona 1998 porastao na 25 biliona do 2006, dok je već 2011. broj registrovanih internet stranica porastao za 13.86 biliona – videti WIPO Magazine, 1/2007, IP Infringements on the Internet – Some Legal Considerations, dostupno na http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2007/01/article_0005.html (10. maj 2018).

2 J. P. Meltzer, „Maximizing the Opportunities of the Internet for International Trade“, E15 Expert Group on the Digital Economy – Policy Options Paper, E15 Initiative, Geneva, 2015, dostupno na http://www3.weforum.org/docs/E15/WEF_Digital_Trade_report_2015_1401.pdf (10. maj 2018).

kao što su eBay, Alibaba, Etsy, pa čak i Google Search, omogućava korisnicima da globalno traže, lociraju i kupuju robu sa bilo kog mesta u svetu³, i direktno se odražava na porast trgovine, naročito u zemljama u razvoju⁴.

U isto vreme, ovako nagli razvoj doveo je do potrebe za regulatornom intervencijom u različitim sferama prava, pri čemu je potreba za odgovarajućom regulativom posebno vidljiva u pogledu privatnosti, sigurnosti, kao i zaštite prava intelektualne svojine. Razvoj tehnologije sa kojim pravo nastoji, manje ili više uspešno, da održi korak, kao i sve raznovrsniji načini iskorištavanja dela intelektualne svojine putem interneta, značajno su se odrazili na razmere i učestalost mogućih zloupotreba⁵. Imajući u vidu da omogućava pristup enormnoj količini informacija u svakom trenutku, sa svakog mesta, bez ograničenja, internet se često upoređuje sa jednom velikom kopir mašinom koja ima kapacitet da napravi i distribuira neograničen broj primeraka određenog sadržaja bilo gde na svetu⁶. Specifična priroda, nedostatak teritorijalnih granica, kao i anonimnost interneta, otvorili su vrata zloupotrebama dela intelektualne svojine u svakom segmentu trgovine – „tamna strana digitalnog univerzuma“⁷ omogućava da se enormne količine autorskih dela u digitalnoj formi, uključujući softver, muziku, filmove, video igrice i tekstove, distribuiraju onlajn preko posebnih internet stranica i *file-sharing* mreža, dok se pak žigovi povređuju putem „klasičnih“ radnji prodaje krivotvorene robe, ali i putem specifičnih radnji koje uključuju optimizaciju rezultata pretraživača [*search engine optimization*], neželjene elektronske poruke [*unsolicited email*], lažne elektronske poruke [*phishing*]⁸ i zauzimanje domena [*cybersquatting*]⁹.

Uzimajući u obzir opisane tendencije tržišta kao i izazove koje trgovina putem interneta postavlja pred pravnu regulativu, cilj ovog rada je da se, kroz prizmu nekoliko skorašnjih praktičnih iskustava iz Republike Srbije, sagleda postojeći zakonodavni okvir, kao i praktični mehanizmi koje nudi srpsko pra-

3 *Ibid.*

4 Clarke, George R. G.; Wallsten, Scott J. “Has the Internet Increased Trade? Evidence from Industrial and Developing Countries”, *Policy Research Working Paper* No.3167, Washington DC, 2004.

5 Prema skorašnjim istraživanjima procenjuje se da se oko 90% slučajeva povrede autorskog prava na filmskim delima dogodi na Internetu – u: J. B. Nordemann, “Liability for Copyright Infringement on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2/2001, 37.

6 P. Remoaldo, „Copyright Infringement, Law and Borders on the Internet“, dostupno na <https://paginas.fe.up.pt/~mgi97018/is/copyright.html> (10. maj 2018).

7 WIPO Magazine, 2/2011, IP Infringement Online: The Dark Side of Digital, dostupno na http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2011/02/article_0007.html#2 (10. maj 2018).

8 Postupak u kome se nastoji da se prevarno steknu poverljive informacije kao što su korisnička imena i šifre, podaci o kreditnim karticama itd., tako što se štetnik „maskira“ iza brenda od poverenja.

9 Prevarna registracija naziva domena koji su identični žigom zaštićenoj oznaci.

vo u borbi nosioca prava intelektualne svojine protiv trgovine robom putem interneta izvan distributivnih kanala proizvođača. Iako problem nelegalne trgovine putem interneta može uključivati brojne i različite aspekte, u ovom radu ograničićemo se na intelektualnopravne aspekte takve trgovine. Takođe, ovaj rad je zamišljen kao svojevrstan praktični vodič, te će se pored nužnih, osnovnih teorijskih razmatranja, pretežno fokusirati na praktične mehanizme i postojeće mogućnosti koje nosilac prava ima na raspolaganju u Republici Srbiji u borbi protiv nelegalne trgovine putem društvenih mreža, uz kratak osvrt na efikasnost svakog od njih pojedinačno i u celini.

2. TRGOVINA PUTEM INTERNETA

2.1. Globalni trendovi

Internet je postao svetska mreža međusobno povezanih računara 1989. godine kada je besplatni World Wide Web revolucionirao pristup informacijama i interakcijama između ljudi koji se nalaze na različitim lokacijama u svetu. Ova prekretnica označila je početak doba u kome svaki korisnik koji je povezan na internet može komunicirati sa bilo kojim drugim korisnikom, prikupljati informacije ili ih distribuirati širom sveta koristeći zajednički jezik Internet protokola. Već 2014. godine, globalna internet mreža imala je 3.035.749.340 korisnika što znači da je oko 40% svetske populacije imalo pristup internetu, pri čemu ova brojka eksponencijalno nastavlja da raste iz godine u godinu¹⁰.

Ekspanzija interneta direktno se odrazila na trgovinu. Internet više nije samo digitalna prodavnica, već je prerastao u globalnu platformu za poslovanje koja povećava produktivnost i sposobnost trgovaca da pristupe potrošačima, nude svoju robu i da se takmiče međusobno. Rastući pristup internetu na globalnom nivou, takođe i putem mobilnih telefona, ima veliki uticaj na ekonomiju i međunarodnu trgovinu. Uz pomoć interneta, ogromnog protoka podataka u privatnim i javnim mrežama, i mogućnosti da se podaci prenose globalno, čitave ekonomije su postale digitalne¹¹.

Međutim, rast trgovine putem interneta ima direktne implikacije po zloupotrebu prava intelektualne svojine. Procenjeno je da je trgovina krivotvorenom robom koja se odvija na internetu najbrže rastuća oblast nelegalne trgovine. Na internetu se trguje gotovo svakom kategorijom robe koja je krivotvorena ili falsifikovana, bilo putem legitimnih poslovnih platformi kao što su onlajn aukcijske kuće ili preko posebnih internet stranica i lokacija koje prikrivaju nezakoniti karakter robe koja se prodaje.

10 N. Hitsevich, „Intellectual property rights infringement on the internet: an analysis of the private international law implications“, Unpublished Doctoral thesis, City, University of London), 2015, dostupno na https://propertibazar.com/article/intellectual-property-rights-infringement-on-the-internet_5a82c61fd64ab287a704f4ba.html (10.maj 2018).

11 J. P. Meltzer, 2015.

Svesne problema za potrošače koje ovakva trgovina potencijalno nosi, kao i štete po ekonomiju, zemlje razvijene tržišne ekonomije već su se u određenoj meri uhvatile u koštac sa problemom krivotvorene robe na internetu. Pored pravnog okvira i mogućnosti koje isti pruža proizvođačima i/ili nosiocima prava u pogledu individualne borbe protiv štetnika, EUROPOL¹², na primer, u saradnji sa desetinama nacionalnih agencija iz zemalja Evrope i Amerike, već godinama sprovodi koordinisane akcije čiji je cilj zaplena i gašenje internet stranica zbog trgovine krivotvorenim robom. U okviru ovakvih akcija, svake godine se gase desetine hiljada stranica, kako sajtova tako i stranica na Fejsbuku i Instagramu, i vrši zaplena hiljada falsifikovanih predmeta obeleženih lažnim žigovima, od luksuzne robe, sportske opreme, elektronike, do lekova, kozmetičkih proizvoda i druge krivotvorene robe¹³.

2.2. Internet trgovina u Republici Srbiji

Opisani globalni trend nije zaobišao ni Republiku Srbiju. Pa tako, prema statističkim podacima jednog od najposećenijih oglasnih portala Kupujem Prodajem, za samo godinu dana prodato je oko milion predmeta ukupne vrednosti od oko 159 miliona evra. Prema podacima Ministarstva trgovine, procenat građana Republike Srbije koji su u prilici da naručuju i kupuju robu onlajn značajno raste iz godine u godinu. Prema nekim procenama obim elektronske trgovine u Srbiji je i dalje manji od 10 procenata, ali je ovaj segment trgovine u stalnom porastu¹⁴.

I dok je elektronska trgovina u Republici Srbiji, u poređenju sa razvijenijim zemljama Evrope ili Amerike, još uvek u povoju, već je postala plodno tlo za sivu ekonomiju –prema procenama Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave, nedozvoljena trgovina putem interneta po svom obimu već uveliko prevazilazi razmere sive ekonomije na fizičkim prodajnim mestima, poput pijaca, buvljaka i slično¹⁵. Ovakva ekspanzija nedozvoljene trgovine uslovlila je pojačanu kontrolu Tržišne inspekcije, pa se tako prema nedavnim procenama oko 10 posto ukupnih kontrola koje inspekcija izvrši odnosi na onlajn trgovinu, i to najčešće na povrede prava intelektualne svojine ili na „trgovinu na crno“, dakle od strane trgovaca koji nisu registrovani za obavljanje delatnosti¹⁶.

12 Agencija Evropske Unije za saradnju u oblasti primene prava [*The European Union Agency for Law Enforcement Cooperation*]

13 EUROPOL 2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union, dostupno na <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/2017-situation-report-counterfeiting-and-piracy-in-european-union> (10. maj 2018).

14 Iz intervjuva Željka Rakića, načelnika Odeljenja za trgovinu i razvoj konkurencije pri Ministarstvu trgovine, objavljenog u listu Politika 2017, dostupno na <http://www.politika.rs/sr/clanak/371984/Raste-broj-kupaca-putem-interneta> (10. maj 2018).

15 Iz intervjuva Ivana Bošnjaka, državnog sekretara, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, objavljenog na B92 2017, dostupno na https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2017&mm=12&dd=12&nav_id=1335190 (10. maj 2018).

16 Iz intervjuva Željka Rakića, *Politika*, 2017.

Trgovina putem interneta uključuje nekolicinu različitih aspekata, pa samim tim i potrebu da se svaki od tih aspekata pravno reguliše na odgovarajući način – na primer, uslove plaćanja putem interneta, direktno ili putem korišćenja platformi kao što je Paypal, uslove koje trgovci moraju ispuniti u vezi sa oglašavanjem i trgovinom putem interneta, prava potrošača u vezi sa robom naručenom „na daljinu“ putem interneta, prava nosilaca intelektualne svojine u vezi sa robom koja se plasira putem interneta i mehanizmi zaštite istih, itd. U Republici Srbiji, opšti zakonski okvir za elektronsko poslovanje nije jedinstveno regulisan, već obuhvata više zakona – Zakon o elektronskoj trgovini¹⁷, Zakon o zaštiti potrošača¹⁸, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti¹⁹, Zakon o elektronskom dokumentu²⁰, Zakon o elektronskom potpisu²¹, Zakon o elektronskim komunikacijama²², Zakon o trgovini (ZOT)²³, Zakon o platnim uslugama²⁴. U pogledu pojedinačnih aspekata trgovine putem interneta, i to onih koji su u posebnom fokusu ovog rada, relevantni su i Zakon o autorskom i srodnim pravima²⁵, Zakon o žigovima (ZOŽ)²⁶, Zakon o posebnim ovlašćenjima radi efikasne zaštite prava intelektualne svojine (ZPO)²⁷, kao i drugi propisi iz oblasti prava intelektualne svojine.

2.3. Par ilustrativnih primera iz prakse

Tokom poslednje dve godine, evidentan je porast u broju proizvođača ili distributera koji nastoje da se individualno izbore sa problemom sive ekonomije na internetu. Iz ugla nosioca prava, nelegalna trgovina putem interneta je problem ogromnih razmera koji u potpunosti ugrožava i obesmišljava koncept njihovog legalnog poslovanja. Iz tog razloga se čak i manji distributeri često odlučuju da preduzimaju sve zakonom raspoložive korake kako bi stali na put nelojalnoj konkurenciji.

Sam proces nelegalne trgovine putem interneta izgleda tako što nelegalni trgovci, putem specijalizovanih stranica kao što su Kupujem Prodajem, Limundo, Kupindo i sličnih, ili jednostavno putem grupa, stranica ili reklama na Fejsbuku i Instragramu, potrošačima nude proizvode koji mogu predstavljati krivotvorenu robu ili biti originalni proizvodi koji nisu legalnim tokovima uvezeni u Republiku Srbiju. Potrošač putem imejla ili telefona koji je

17 *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 41/09, sa izmenama i dopunama.

18 *Ibid*, br. 62/14, sa izmenama i dopunama.

19 *Ibid*, br. 97/08, sa izmenama i dopunama.

20 *Ibid*, br. 51/09, sa izmenama i dopunama.

21 *Ibid*, br. 135/04, sa izmenama i dopunama.

22 *Ibid*, br. 44/10, sa izmenama i dopunama.

23 *Ibid*, br. 53/10, sa izmenama i dopunama.

24 *Ibid*, br. 139/14, sa izmenama i dopunama.

25 *Ibid*, br. 104/09, sa izmenama i dopunama.

26 *Ibid*, br. 104/09, sa izmenama i dopunama.

27 *Ibid*, br. 46/2006, sa izmenama i dopunama.

naveden na internet stranici direktno komunicira sa prodavcem, naručuje robu koja mu se isporučuje putem pošte, a samu robu najčešće plaća pouzecom, odnosno predajom odgovarajućeg novčanog iznosa u gotovini isporučiocu pošiljke prilikom preuzimanja robe. U nekoliko nedavnih praktičnih primera ovakve prodaje u Republici Srbiji, roba koja je bila predmet nelegalne trgovine su bili dijetetski suplementi, lekovi, kao i šminka i kozmetika. Nelegalni trgovci su vršili prodaju ove robe otvaranjem posebnih stranica ili grupa na društvenim mrežama Fejsbuk i Instagram. Imajući u vidu da se radi o „sitnijoj“ robi, dakle proizvodima koji su upakovani u ambalažu manjeg gabarita, pretpostavka je da se isti uvoze u Republiku Srbiju mimo redovne carinske procedure (u neprijavljenim kutijama, ličnom prtljagu i slično). S obzirom na to da ovakva roba nije uvezena legalnim tokovima, da njeni prodavci nisu imali prateće troškove uvoza, carine, pribavljanja i izrade odgovarajućih deklaracija, a u slučaju regulisane robe kao što su lekovi i dijetetski suplementi, i troškove sertifikacije i registracije u odgovarajućem registru lekova i medicinskih pomagala, kao i ostale troškove kojima su proizvođači i distributeri izloženi, jasno je da cena takve robe može biti konkurentna, odnosno daleko ispod realne cene legalnih proizvoda koji se paralelno nude na tržištu. Uz to, poslovni model u kome se ovakva roba nudi putem internet stranica i društvenih mreža, šalje poštom o trošku kupca i uplata prima u gotovini, praktično isključuje sve druge troškove koje legalni prodavci inače imaju, čak i kada posluju putem interneta (troškove vođenja trgovačke radnje, odgovarajućih evidencija, poslovnih knjiga, održavanja bankovnih računa, poreza i ostalih dažbina, itd.) Posledice ovakvog modela poslovanja po nosioca prava su višestruke – ne samo što mu nelegalna trgovina nanosi direktnu štetu, indirektnu štetu koja se ogleda u narušavanju i slabljenju reputacije brenda, već i u potpunosti obesmišljava koncept legalnog poslovanja, budući da legalni trgovci ne mogu da se takmiče sa niskim cenama nelegalnih trgovaca.

Konačno, vredi pomenuti da, pored povrede individualnih prava i interesa proizvođača robe, problem nelegalne trgovine ima daleko širi kontekst. Pre svega, uprkos tome što se kupovina robe „na crno“ na prvi pogled može činiti povoljnijom, ovakvi proizvodi mogu da ozbiljno ugroze zdravlje i bezbednost kupaca. Imajući u vidu da ne prolaze kroz redovni postupak uvoza i registracije, postoji velika mogućnost da su lekovi, dijetetski suplementi, kozmetika i ostali proizvodi ovog tipa upitnog kvaliteta, nepoznatog sastava, nebezbedni po zdravlje ili sa isteklim rokom trajanja. Nadalje, ovakvu robu ne prati odgovarajuća dokumentacija, kao što je etiketa i uputstvo na srpskom jeziku koji, prema redovnom toku stvari, obavezno moraju da sadrže informacije o sastavu proizvoda, eventualnim upozorenjima, nuspojavama i kontraindikacijama. Kada se kupovina ovakve robe vrši putem interneta, mnogo je veća mogućnost da kupac postane žrtva falsifikatora jer će teže uočiti razliku između falsifikata i originala s obzirom na to da nije u mogućnosti da fizički pregleda i oseti proizvod pre kupovine. Na kraju, evidentno je da ovakva trgovina ultimativno nije u javnom interesu, budući da se njome narušava zdrava tržišna konkurencija i oštećuje javni budžet.

3. MOGUĆI PRAVCI DELOVANJA

Jedan od načina da se lanac ovakve nelegalne trgovine relativno brzo preseče jeste kroz zaštitu korpusa prava intelektualne svojine. Ukoliko je u vezi sa određenom robom njen proizvođač ujedno i nosilac prava intelektualne svojine, neovlašćenim stavljanjem robe u promet automatski se povređuje neko od isključivih ovlašćenja iz korpusa imovinskih prava titulara prava, kao što je na primer ovlašćenje na stavljanje robe u promet koja je obeležena žigom. U praksi razlikujemo najmanje dva moguća scenarija prilikom prodaje robe „na crno“ putem interneta. Prvo, moguće je da se radi o potpuno krivotvorenoj robi, dakle proizvodima koji su bez ovlašćenja nosioca žiga obeleženi znakom koji je istovetan ili se suštinski ne razlikuje od žiga koji je registrovan u vezi sa istim ili sličnim proizvodom, kao i proizvodima koji se nalaze u pakovanju ili sadrže nalepnicu, etiketu, garantni list, uputstvo za upotrebu ili drugi predmet koji je obeležen takvim znakom. Drugo, moguće je da se radi o originalnoj robi koja je paralelnim kanalima uvezena i koja se paralelnim kanalima plasira na tržište (a vrlo često i o robi bitno izmenjenog stanja, na primer robi kojoj je istekao rok trajanja i slično), tako da se na tržištu u istom trenutku paralelno mogu naći i legalno uvezeni i ovi drugi proizvodi, te se radi o kršenju zabrane paralelnog uvoza i takođe o neovlašćenju upotrebi tuđeg žiga.

U takvim situacijama moguće je boriti se protiv nelegalne trgovine na terenu prava intelektualne svojine, odnosno mehanizmima koji su dostupni u pogledu zaštite prava intelektualne svojine u okviru različitih pravnih grana. U tom smislu se može posegnuti za krivičnom, građanskom i zaštitom u upravnom postupku, a na raspolaganju stoje i alternativni načini izvan sudске i državne vlasti. Međutim, niti jedan od ovih pristupa pojedinačno, a ni svi zajedno u celini, kao kombinacija koraka, nije bez određenih ograničenja i problema, kao što će dalje biti izloženo u ovom radu.

3.1. Gašenje stranica

S obzirom na to da internet, a u okviru njega posebno društvene mreže kao što su Fejsbuk i Instagram, predstavljaju pogodnu platformu za široku i nekontrolisanu distribuciju informacija, lica koja se bave nelegalnom trgovinom gotovo po pravilu koriste društvene mreže kao forum za nelegalno nuđenje i distribuciju robe i direktnu vezu sa korisnicima-potrošačima. Proizvođačima robe čija se prava povređuju nelegalnom trgovinom na društvenim mrežama na raspolaganju stoje redovni i alterantivni mehanizmi zaštite interesa u svetlu zaštite prava intelektualne svojine.

Specifičnost virtuelnog okruženja društvenih mreža, kada se u njegovom okviru obavlja nelegalna trgovina, kreira bar dva moguća pristupa za titulare prava intelektualne svojine da zaštite svoje interese. Oba načina zasnivaju se na činjenici da se nedozvoljene radnje obavljaju u okviru usluga

posredovanja na internetu od strane društvene mreže kao internet provajdera²⁸, te se na ovaj način aktivira odgovornost host provajdera kao posrednika. Prvi je isključivo usmeren protiv provajdera, dok je drugi primarno usmeren na korisnika usluga društvenih mreža. Suštinska razlika ova dva puta jesu institucionalni odnosno, van-institucionalni, autonomni okvir u kome se zaštita traži²⁹. Različita je i sama priroda zahteva i različiti su autoriteti koji povodom postavljenih zahteva odlučuju. Prvi pristup podrazumeva postavljanje i dokazivanje pitanja odgovornosti samog provajdera u sudskom postupku a po osnovu povrede prava intelektualne svojine nosioca prava od strane korisnika usluga provajdera. Drugi način jeste preduzimanje odgovarajućih radnji prema autonomnim pravilima provajdera usmerenih direktno protiv članova mreža, tj. lica koja krše prava. Opredeljivanje za jedan odnosno drugi put u praksi diktiraju obim kršenja prava, dostupnost informacija o štetniku, značaj ugroženog interesa, ponašanje provajdera, itd. Jasno je da masovne povrede prava, nanošenje velike štete i pasivno držanje provajdera kao i nemogućnost bilo kakvog identifikovanja ili lociranja lica koja vrše povredu prava mogu da iniciraju potrebu da titular prava usmeri svoj zahtev za zaštitu prava direktno protiv provajdera. Ovakvo pitanje odgovornosti provajdera tiče se građanskog sudskog postupka i primene supstancijalnih zakonskih normi. Ovaj rad se neće baviti posebno odgovornošću provajdera, budući da je ova tema već detaljno razmatrana u teoriji³⁰, već samo ukazuje na mogućnost delovanja u tom pravcu. Razloge za ovo vidimo pre svega u činjenici da postojeća restriktivna regulativa po pitanju odgovornosti provajdera³¹, zatim „mudro“ držanje provajdera u okviru skrojenih uslova korišćenja njihovih usluga i postupanje po prijavama za povredu prava³², te obimu nelegalne trgovine i mogućnosti

-
- 28 M. Reljanović, „Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije pravu susednih država“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016, 116.
- 29 Tako društvene mreže propisuju svoje Uslove korišćenja koje između ostalog neizostavno regulišu i pitanje prava intelektualne svojine. Vid. npr. Uslovi korišćenja Instagrama, dostupno na <https://help.instagram.com/47874558852511>; Uslovi korišćenja Fejsbuka, dostupno na <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (2. maj 2018).
- 30 O odgovornosti host provajdera uopšteno videti na primer Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2014, 75–90, E. Smith, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, 68 *Wash. & Lee Law Review* (2011), 1555–1588, R. J. Barcelo, „Liability for online intermediaries: a European perspective“, *European Intellectual Property Review* 1998, S. Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i internet*, Beograd, 2015, 116, 83–112.
- 31 U uporednopravnoj teoriji i praksi je generalno prihvaćeno rešenje da će odgovornost provajdera postajati samo u slučaju njegove nesavesnosti. Slično, u Srbiji ZOT u čl. 18 propisuje da pružalac usluga koji skladišti podatke nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka ako nije znao niti je mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podatka; i odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućiti pristup tom podatku.
- 32 Prihvatanje uslova korišćenja i mehanizam postupanja u slučaju prijave povrede prava donege osiguravaju provajdere u slučaju postavljanja pitanja njihove odgovornosti.

identifikacije subjekata koji se bave nedozvoljenom trgovinom³³, ne opravdava ovu vrstu reakcije radi zaštite interesa titulara prava³⁴.

Sa druge strane zaštita putem autonomnih pravila provajdera zasniva se na relativno jednostavnom postupku prijave povrede od strane titulara prava u ustaljenoj proceduri. Dakle za razliku od sudskog postupka gde sud odlučuje na temelju čvrstih dokaza o činjenicama o kojima je strankama dato pravo da raspravljaju, postupak zaštite pred provajderom je suštinski drugačiji i daleko jednostavniji, pa stoga nedelotvorniji. Prijava za povredu prava intelektualne svojine zasniva se na „labavom“ osnovu, tj. tvrdnji titulara da određeni korisnik zloupotrebljava njegovo pravo, što po pravilu potkrepljuje odgovarajućim dokazima. Ne može se reći da je tu reč o pravoj zaštiti, već više o korektivnom delovanju protiv očiglednih prekršilaca prava. Osnovna sankcija sastoji se u eliminisanju korisnika iz društvene mreže, tj. brisanju korisnikovog naloga zbog kršenja uslova korišćenja mreže. Za titulara prava to znači privremeni prekid lanca trgovine do krajnjih korisnika. Jasno je da ni o kakvoj naknadi štete, daljoj zabrani povređivanja kroz ovu proceduru ne može biti reči, već o jednoj običnoj *ad hoc* meri uklanjanja virtuelnog profila, tj. naloga sa mreže. S obzirom na ovo, i sami titulari prava svesno pribegavaju ovom načinu više radi održavanja svojevrstne higijene brenda pod kojim se nelegalna trgovina vrši, nego delotvornog obračunavanja sa nelegalnom trgovinom. Na ovaj način se pre svega saniraju više ili manje lokalna štetna dejstva po reputaciju brenda koja u krajnjoj liniji ugrožavaju poslovne aranžmane sa potencijalnim pribaviocima prava³⁵, a legalnim korisnicima pričinjavaju nezanemarljivu štetu kroz nelojalnu konkurenciju.

Treba razumeti da su dometi ovakvog načina zaštite uslovljeni pre svega i najviše potrebom provajdera da isključe vlastitu odgovornost za nelegalne akte korisnika njegovih posredničkih usluga. Prema tome, zaštita titulara prava je u drugom planu. Eventualni pozitivni efekti odluke provajdera – uklanjanje neovlašćeno distribuiranog sadržaja – jesu pozitivan ali kratkotrajan učinak. Eliminisanog korisnika ništa ne sprečava da „otvori“ nov profil, koji mu služi kao virtuelno prodajno mesto, hipotetički neograničeni broj puta. Nesumnjivo iz navedenog sledi da ovaj vid borbe sa nelegalnom trgovinom predstavlja tek jednu akutnu meru bez ozbiljnijih izgleda da se problem na duži rok razreši. Smisao ograničene delotvornosti leži pre svega u cilju pro-

33 Mahom su to fizička lica ili grupa povezanih fizičkih lica koja maskiraju (ukoliko imaju) svoje pravne entitete (najčešće u formi društva sa ograničenom odgovornošću), koje se „pažljivo“ koriste samo u određenim segmentima trgovine i do određene granice kako se ne bi ostavljali tragovi u poslovnim knjigama.

34 S obzirom na prisustvo stranog elementa, potencijalnih proceduralnih poteškoća, velikih troškova vođenja sporova, kao i neizvesnosti u pogledu merodavnog prava, jurisdikcije i konačnog rešenja svih prethodnih pitanja kao i samog spora, ovakvi postupci izgledaju kao *ultima ratio* kada su sve druge opcije za zaštitu prava iscrpljene.

35 Tako npr. renomiran i širom sveta prisutan brend za proizvodnju šminke možda neće osetiti u većoj meri posledice nedozvoljene trgovine njihovim proizvodima preko društvenih mreža u Srbiji, ali se lokalnim distributerima time značajnije ugrožava poslovanje, što opet posredno utiče na poslovni odnos sa titularom prava.

vajdera da se ogradi od sopstvene odgovornosti u situaciji kada mu je povreda prava prijavljena, tj. kada mu je to stavljeno do znanja³⁶.

Stoga, čak i ovakva, načelno brza mera, ne mora uvek da pruži odgovarajući rezultat. Koncept alternativne zaštite zasniva se na autonomnoj regulativi društvenih mreža kao internet provajdera. Pozitivni efekti su kratkotrajni, pa suprotstavljanje nelegalnoj trgovini putem prijave provajderima predstavlja brz način reagovanja, bez ozbiljnijih posledica po nelegalne trgovce, samo uzgredan vid borbe koji svedoči o ozbiljnim namerama nosioca prava, činjenici da su nelegalni trgovci pod budnom pažnjom što će ih eventualno obeshrabrili za dalje povređivanje prava. Konačno, imajući u vidu mogućnosti koje internet i nove tehnologije pružaju, nelegalni trgovci su već iznašli alternativne načine vršenja trgovine kojima zaobilaze ograničenja predviđena autonomnim pravilima provajdera. Pa tako, na primer, sve veći obim prodaje obavlja se putem zatvorenih stranica i grupa na društvenim mrežama (ili čak zatvorenih Viber grupa), dakle grupa u kojima pristup sadržaju imaju samo članovi odobreni od strane administratora grupe, što onemogućava nosioce prava da saznaju i prate tokove nelegalne trgovine. Takođe, nelegalni trgovci često pribegavaju zacrnjivanju dela fotografije proizvoda koji nude putem interneta³⁷, tako da se ne vidi pun naziv proizvoda ili žig pod kojim se nudi, pa u tom slučaju provajder odbija uklanjanje sadržaja budući da se ne radi o evidentnoj kopiji žiga nosioca prava, te provajder ne može da potvrdi da li prijavljeni sadržaj zaista povređuje prava nosioca.

3.1. Postupak pred Tržišnom inspekcijom

U slučaju nedozvoljene trgovine na internetu, titular prava ima mogućnost da inicira ili pokrene postupak inspeksijskog nadzora. Postupak inspeksijskog nadzora predstavlja zaštitu prava intelektualne svojine kroz institute upravnog prava u upravnom postupku. Ovaj pristup je u odnosu na sve druge, uzimajući u obzir posledice donetih odluka i hitnost postupanja inspeksijskih organa, možda i najefikasniji metod da se lanac nedozvoljene trgovine prekine. Na titularu prava ostaje da u sudskom postupku eventualno namiri štetu koju je pretrpeo.

Zakonski osnov za ovakav vid zaštite propisuju ZOT i ZPO. Treba napomenuti da ZPO propisuje postupak zaštite isključivo u slučaju krivotvorene robe.³⁸ U zavisnosti od toga o kom obliku povrede prava se radi – da li o krivotvorenoj robi, ili o originalnoj robi koja je paralelno uneta u Republiku Srbiju i koja se paralelno prodaje sa originalnom robom ovlašćenih distributera

36 Sanja Radovanović, „Autorsko pravo i Fejsbuk, s posebnim osvrtom na pravo Srbije“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016, 164.

37 Na primer, kada se radi o dijetetskom suplementu u vezi sa kojim je registrovan žig „ULTIMATE NUTRITION“, nelegalni trgovac je prekrpio deo proizvoda tako da se može pročitati „ULTIMATE NUTRI“

38 ZPO, čl. 3, st. 1, tač. 3.

– zaštita putem inspekcijskog nadzora se može zasnivati na jednom od dva pomenuta zakonska rešenja.

3.1.1. Inspekcijski nadzor u slučaju krivotvorene robe

U smislu ZPO, nadležni organ postupa po službenoj dužnosti ili po zahtevu nosioca prava u slučaju prodaje krivotvorene robe (između ostalog, i putem interneta), koji zahtev se podnosi u pismenoj formi Tržišnoj inspekciji, kao organu nadležnom za vršenje inspekcijskog nadzora u oblasti zaštite žigova³⁹. Tržišna inspekcija u postupku nadzora ima čitav dijapazon ovlašćenja, pa tako može da na licu mesta po službenoj dužnosti privremeno oduzme svu zatečenu robu koja je predmet ili sredstvo povrede prava intelektualne svojine, da izrekne meru privremene zabrane obavljanja delatnosti kojom se povređuju prava titulara⁴⁰, itd. Za razliku od ZOT, ovaj zakon propisuje obavezu titulara prava da u roku od 15 dana od dana obaveštavanja od strane inspekcijskog organa opravda preduzete mere tako što će da pokrene sudski postupak za određivanje privremene mere, i da u tom roku obavesti organ o pokrenutom postupku, odnosno o privremenoj meri koju je sud doneo⁴¹.

Isto tako, prema čl. 26 st. 2 ZPO nadležni organ, postupajući po zahtevu titulara prava, može odrediti privremenu meru privremenog oduzimanja robe, u odnosu na šta takođe postoji obaveza pokretanja sudskog postupka od strane nosioca prava, i obaveštavanja o pokrenutom postupku, odnosno o donetoj privremenoj meri. Privremeno oduzimanje robe traje do dostavljanja odluke nadležnog suda kojom je određena privremena mera⁴². U slučaju nepostupanja od strane titulara u odgovarajućem roku prema obaveštenju inspekcijskog organa, oduzeta roba se vraća licu od kog je oduzeta, dok titular može biti odgovoran za štetu koja je pričinjena licu od koga je roba oduzeta.

3.1.2. Inspekcijski nadzor u slučaju originalne robe kojom se neovlašćeno trguje

Ukoliko se pak radi o slučaju da se originalna roba prodaje izvan ovlašćenih distributivnih kanala (na primer povredom zabrane paralelnog uvoza), titularu prava na raspolaganju stoji mogućnost da inicira postupak inspekcijskog nadzora prema ZOT. Za razliku od inspekcijskog nadzora u postupku po ZPO, ovaj postupak se pokreće samo po službenoj dužnosti⁴³. Titular ima pravo na inicijativu za pokretanje postupka, ali u tako iniciranom postupku nema svojstvo stranke⁴⁴.

Osnov za pokretanje ovog postupka nalazi se u činjenici da lice koje se bavi trgovinom na crno ne ispunjava uslove propisane za trgovca u smislu opštih uslova za trgovinu, a koji se tiču tehničkih uslova, mesta za trgovinu,

39 ZPO, čl. 14, čl. 20.

40 ZPO, čl. 15, st. 1.

41 ZPO, čl. 16, st. 2.

42 ZPO, čl. 17, st. 1 i čl. 28, st. 1.

43 ZOT, čl. 67, st. 1.

44 ZOT, čl. 67, st. 2.

svojstva robe, isprava koje prate robu, cena evidencije prometa, deklaracija, poslovnog imena, radnog vremena⁴⁵. Iako motiv titulara u ovom slučaju može biti, između ostalog, i zaštita prava intelektualne svojine (usled, na primer, povrede žiga zbog paralelnog uvoza), za inspekcijski postupak pokrenut po osnovu ZOT i odlučivanje Tržišne inspekcije irelevantna je povreda prava intelektualne svojine.

Sadržina zahteva kojim se podnosi inicijativa za pokretanje postupka nije posebno propisana, ali je radi efikasnijeg postupanja Tržišne inspekcije poželjno da sadrži tačan i potpun opis robe, podatke o nosiocu prava, kopije internet stranica iz kojih se vidi nudenje robe ili bilo kakvi podaci o oglašavanju robe, podaci o adresi gde se trgovina obavlja ili gde se, prema mišljenju podnosioca prijave, nalazi roba, dostupni podaci o licu za koje se sumnja da vrši nelegalnu trgovinu, podaci o pošiljkama, pakovanjima, o poznatim datumima otpremanja robe, fotografije robe, itd. Imajući u vidu propisane uslove za obavljanje trgovine, u okviru inicijative treba istaći da je upitno da li roba koja se nelegalno prodaje ispunjava zdravstvene ili opšte bezbednosne uslove, uslove pakovanja, ambalaže, obeležavanja, zaštite životne sredine⁴⁶. Konačno, treba naglasiti i da se radi o robi koja se prodaje na malo bez deklaracije – s obzirom na elemente koje deklaracija mora da sadrži⁴⁷, stavljanje u promet nedeklarisane robe predstavlja potencijalno ozbiljne rizike po zdravlje i bezbednost ljudi i životnu sredinu prilikom upotrebe takve robe.

U slučaju utvrđenih nepravilnosti, Tržišni inspektor može odrediti mere otklanjanja nepravilnosti, privremene zabrane prometa određene robe, privremenog zatvaranja objekta, privremene zabrane obavljanja trgovine van prodajnog objekta, i oduzimanja robe⁴⁸. Za razliku od postupka inspekcijskog nadzora koji se vodi prema odredbama ZPO, prilikom donošenja mera ne postoji nikakva obaveza titulara prava u smislu pokretanja daljih sudskih postupaka radi direktne zaštite prava, te u tom smislu ovaj postupak može biti povoljniji za nosioca prava koji neće nužno biti izložen troškovima parničnog postupka sa neizvesnim trajanjem i mogućnošću naplate od štetnika, čak i u slučaju uspeha u sporu. Trajanje mera izrečenih od strane tržišnog inspektora može najduže trajati do proteka zakonskog roka za određenu meru⁴⁹.

45 ZOT, čl. 30–43.

46 Naročito ukoliko se radi o osetljivoj robi koja može da ima ozbiljne implikacije po zdravlje ljudi (poput šminke, suplemenata u ishrani, lekova itd.) ukoliko se proizvodi koriste nakon isteka roka trajanja ili izvan uputstava proizvođača. S obzirom da po pravilu proizvode koji se prodaju na crno ne prate deklaracija i odgovarajuće isprave, postoje ozbiljni rizici po zdravlje potrošača, na čemu treba insistirati prilikom obraćanja nadležnim organima. Ovo utoliko više što bi eventualne negativne posledice širih razmera, u javnosti pre bile pripisane brendu, nego činjenici da se određeni brendirani proizvod zloupotrebljava, te bi šteta koja se sastoji u narušenoj reputaciji bila nemerljiva.

47 Shodno čl. 40 ZOT, prilikom trgovine na malo roba mora imati deklaraciju sa podacima o vrsti robe, sastavu, količini, podatke o proizvođaču, zemlji porekla, uvoza, datumu proizvodnje, uvozniku, kvalitetu kao i eventualna upozorenja na opasnost ili štetnost robe.

48 Iako je propisana mogućnost oduzimanja zatečene robe čl. 58 st. 1. ZOT, u praksi Tržišna inspekcija ne sprovodi ovu meru.

49 ZOT čl. 66.

Prema nedavnom pozitivnom iskustvu više nosilaca prava, u toku samog inspekcijskog nadzora Tržišna inspekcija vrši sva ona ovlašćenja i dužnosti koja zakon propisuje⁵⁰, ali može uključiti i druge inspekcijske organe i preduzeti i druge istražne radnje. Naime, opserviranjem i upoređivanjem podataka koji se ostavljaju prilikom isporuka robe, tj. inspekcijom pružalaca kurirskih usluga, može se ući u trag licu koje obavlja nelegalno trgovinu, na primer uviđom adrese na kojima kurir isplaćuje novac za otpremljenu robu⁵¹, što su po prirodi stvari poverljive informacije do kojih nosilac prava neće imati pristup. U slučaju da se uviđajem na licu mesta indikacije da lice obavlja trgovinu na određenoj adresi potvrde kao istinite, Tržišni inspektor je ovlašćen da u skladu sa članom 55 ZOT izvrši pregled prostora u kom se trgovina obavlja, da vrši identifikaciju lica, uzima pismene i usmene izjave lica koja obavljaju trgovinsku delatnost, svedoka, da fotografiše, itd. Ukoliko Tržišni inspektor prilikom inspekcijskog nadzora utvrdi da postoje elementi kažnjivih dela na strani lica koje se bavi nelegalnom trgovinom, ima dužnost da podnese prijavu nadležnom organu, tj. zahtev za podnošenje prekršajne prijave, odnosno prijave za druge kažnjive radnje⁵².

3.2. Krivična prijava

Ostvarivanje zaštite u krivičnom postupku podrazumeva da je nedozvoljenom prodajom robe na crno učinjena radnja odgovarajućeg krivičnog dela. Neovlašćenom prodajom robe preko interneta se pre svega čine krivična dela iz grupe dela protiv privrede. S obzirom na činjenicu da se počinioci krivičnih dela u vezi sa nelegalnom trgovinom robe i povredom prava intelektualne svojine gone po službenoj dužnosti, uloga titulara prava je u podnošenju krivične prijave nadležnom javnom tužilaštvu koje dalje postupa.

Prometom robe u vezi sa kojom se povređuju prava intelektualne svojine na internetu u obzir dolazi inkriminacija za delo neovlašćene upotrebe tuđeg poslovnog imena i žiga iz člana 238 Krivičnog zakonika⁵³. U pogledu prijave za navedeno delo treba imati na umu da li u lancu neovlašćenog uvoza, nabavljanja i prodaje robe učestvuje više lica, s obzirom na to da zakon propisuje kvalifikovan oblik kada postoji organizovana mreža preprodavaca

50 ZOT čl.55–56.

51 Treba imati u vidu da prodavci na crno ostavljaju netačne podatke, tako da sam rezultat nadzora, tj. eventualno uspešno lociranje jesu uža stvar inspekcijskog posla koja zavisi od saznatih činjenica tokom samog nadzora.

52 ZOT čl. 56, st. 1 tač. 3.

53 (1) Ko se u nameri da obmane kupce ili korisnike usluga posluži tuđim poslovnim imenom, tuđom geografskom oznakom porekla, tuđim žigom ili tuđom drugom posebnom oznakom robe ili usluga ili unese pojedina obeležja ovih oznaka u svoje poslovno ime, svoju geografsku oznaku porekla, svoj žig ili svoju drugu posebnu oznaku robe ili usluga kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine. (2) Ko u svrhu prodaje u većoj količini ili vrednosti nabavlja, proizvodi, prerađuje, stavlja u promet, daje u zakup ili skladišti robu iz stave 1 ovog člana ili se bavi pružanjem usluga neovlašćeno koristeći tuđe oznake, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. Krivični zakonik (KZ), *Službeni glasnik RS*, br 85/2005, sa izmenama i dopunama.

ili posrednika⁵⁴. Dalje, nedozvoljenom trgovinom robe na internetu se može zahvatiti u biće krivičnog dela nedozvoljene trgovine iz člana 235 KZ. Radnja ovog krivičnog dela obuhvata neovlašćeno nabavljanje robe u većoj vrednosti u svrhu prodaje, ili neovlašćeno i u većem obimu bavljenje trgovinom ili posredovanjem u trgovini. Takođe zakon predviđa kvalifikovani oblik dela ukoliko se radi o organizovanoj mreži preprodavaca ili posrednika⁵⁵. Nije ovom prilikom moguće predvideti sve okolnosti koje se mogu javiti od slučaja do slučaja, od čega u krajnjoj liniji zavisi koja krivična dela će biti obuhvaćena nedozvoljenim radnjama trgovine preko interneta. Indikativno može delovati okolnost da lice koje preduzima nedozvoljene radnje ima određen položaj u privrednom društvu čije kapacitete iskorišćava u izvršavanju krivičnih dela (npr. iskorišćavanje prostorija za skladištenje robe). Tako dolazi u obzir i krivično delo zloupotreba položaja ovlašćenog lica iz člana 227 KZ⁵⁶. Naravno, moguće je tražiti zaštitu u pogledu krivičnih dela kojima se štite prava intelektualne svojine iz glave dvadesete KZ ukoliko su nedozvoljenim radnjama obuhvaćena bića navedenih dela⁵⁷. Na kraju, moguće je pozivati se na kaznene odredbe posebnih zakona poput ZOŽ. Ovaj zakon propisuje mogućnost podnošenja prijave za privredni prestup protiv pravnog lica i prekršajne prijave protiv preduzetnika koji povredi pravo žiga u smislu navedenog zakona⁵⁸.

Uopšte govoreći, postojeća kaznena regulativa ne pravi razliku u pogledu toga da li se radnja navedenih krivičnih dela ostvaruju na internetu, pa je potrebno instruktivno navoditi u prijavama nadležnim organima u čemu se sastoje povrede i na koji način se neovlašćenim nudjenjem robe na internetu ostvaruju bića određenih krivičnih dela, i priložiti sve dokaze koje mogu ići u prilog efikasnijem gonjenju počinioca. Kako bi pripremio krivičnu prijavu na osnovu koje će nadležni organi moći (i želeti) da postupaju, u praksi će titular prava prethodno morati da uradi jedan deo detektivskog posla tako što će izvršiti test kupovinu nelegalnih proizvoda radi prikupljanja podataka o lancu komunikacije sa nelegalnim trgovcem, lokaciji sa koje se pošiljka šalje (ukoliko je nelegalni trgovac navede na pošiljci), načinu oglašavanja, količini robe koju nelegalni trgovac prodaje i shodno tome obimu krivične aktivnosti, itd. Takođe, titular će pokušati da inicira razgovor, odnosno dopisivanje sa nelegalnim trgovcem, kako bi prikupio što više relevantnih informacija koje

54 KZ čl. 238 st. 3. Ako je učinilac iz stava 2 ovog člana organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika ili pribavio imovinsku korist koja prelazi iznos od milion i petsto hiljada dinara, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina.

55 KZ čl. 235 st. 4.

56 Odgovorno lice koje iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granica svog ovlašćenja ili nevršenjem svoje dužnosti pribavi sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu protivpravnu imovinsku korist ili drugom nanese imovinsku štetu, ukoliko time nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine. KZ, čl. 277 st. 1.

57 Npr. u članu 201 st. 1 KZ propisano je da će se kazniti svako ko neovlašćeno uvozi, nudi radi stavljanja u promet, stavlja u promet, skladišti proizvode koji su zaštićeni patentom.

58 ZOŽ, čl 84-85.

moгу da osvetle tok nelegalne trgovine – koliko često se roba uvozi u Republiku Srbiju, odakle, da li je moguće vratiti robu kojom nije zadovoljan i na koju adresu, da li negde može da uživo vidi robu kako bi saznao lokaciju skladišta, itd. Međutim, jasno je da su efekti ovakvog mehanizma zaštite veoma ograničeni – pre svega, uloga i uticaj nosioca prava na tok postupka iscrpljuje se podnošenjem krivične prijave, pri čemu sam nosilac nema daljeg uticaja na tok postupka pred krivičnim organima. U praksi, osim ako se ne radi o većem obimu krivotvorene robe ili o evidentno organizovanoj mreži nelegalnih trgovaca, krivični organi će se retko upustiti u procesuiranje krivične prijave i preduzimanje radnji povodom iste. Sa druge strane, u slučaju efikasnog procesuiranja nelegalnih trgovaca, osim direktne sankcije i prekida toka nelegalne trgovine u identifikovanim slučajevima, ovaj rezultat obično ima šire implikacije po tržište određenog proizvoda, jer obeshrabruje ostale nelegalne trgovce za koje nosilac prava ne zna, ili o kojima ne poseduje odgovarajuće dokaze.

3.3. Carinske mere

Način da se nelegalnoj trgovini stane na put pre nego što roba dopre na tržište Srbije jesu mere carinskih organa. Carinskim zakonom (CZ) propisani su uslovi za donošenja mera za zaštitu prava intelektualne svojine na granici⁵⁹.

Osnovni preduslov za postupanje carinskih organa u skladu sa odredbama ovog zakona je da se radi o robi koja je u carinskom postupku, dakle prijavljena na granici. Tada postoji mogućnost da titular prava ili sam organ, po službenoj dužnosti, prekine carinski postupak i zadrži robu u slučaju postojanja sumnje da se uvozom, ili tranzitom robe koje je predmet postupka, povređuju prava intelektualne svojine⁶⁰. Jasno je da su dometi zaštite u skladu sa ovim odredbama Carinskog zakona praktično ograničeni samo na robu koja prolazi legalnim putem preko granice, i to mahom na očigledno krivotvorenu robu.

Iako predstavlja pogodan način za intervenisanje u slučaju krivotvorene robe koja se pokušava legalnim putem plasirati na tržište, za titulare prava mnogo je aktuelniji problem trgovine na „crno“ robom koja se nelegalno uvozi. Međutim, kada roba tajnim kanalima bez ikavke prateće dokumentacije ulazi na tržište Srbije, ili kada se roba krijumčari, odnosno ne prijavljuje na granici, pre svega, i sam nosilac prava, a i carinski organi će po pravilu teško saznati za postojanje takve robe, pa je time i isključena bilo kakva mogućnost preduzimanja mera. U ovim situacijama su ovlašćenja carinskih organa svedena na primenu kaznenih odredbi. U tom smislu, sve radnje suprotne carinskim propisima predstavljaju carinske prekršaje koji omogućavaju donošenje mera privremenog oduzimanja robe do okončanja prekršajnog postupka⁶¹.

59 Službeni glasnik Republike Srbije, 18/2010, sa izmenama i dopunama, čl. 280–287a.

60 CZ, čl 281, st.1 i čl 282.

61 Član 298. CZ

3.4. Parnični postupak

Kao poslednja mogućnost (pri čemu ne mislimo da je ovo hronološki poslednja mogućnost, već je navodimo kao poslednju zbog toga što iz određenih praktičnih razloga može biti najnepovoljnija za nosioca prava) ostaje pokretanje parničnog postupka protiv štetnika zbog povrede isključivih imovinskih prava titulara.

U slučajevima prodaje krivotvorene robe ili robe koja je paralelno uvezena u Republiku Srbiju i koja se neovlašćeno prodaje putem društvenih mreža, nosilac prava evidentno ima osnova da pokrene parnični postupak zbog povrede žiga i nelojalne konkurencije i da zahteva prestanak povrede prava, oduzimanje i uništenje proizvoda koji su predmet nelegalne trgovine, kao i naknadu pretrpljene štete⁶². U skladu sa članom 72. ZOŽ, povredom žiga smatra se svako neovlašćeno korišćenje zaštićenog znaka od strane bilo kog učesnika u prometu. Član 38 stav 3 tačka 2 dalje navodi da nosilac žiga ima pravo da zabrani, između ostalog i nuđenje robe, njeno stavljanje u promet ili njeno skladištenje u te svrhe, ili obavljanje usluga pod zaštićenim znakom. U slučaju krivotvorene robe, evidentno je da korišćenje žigova nosioca u svrhu reklamiranja i prodaje krivotvorene robe putem društvenih mreža predstavlja neovlašćeno korišćenje zaštićenog znaka u smislu člana 72. Alternativno, ukoliko je predmet nelegalne trgovine originalna roba, iako je članom 40 predviđeno iscrpljenje prava nosioca žiga⁶³, imajući u vidu da se u ovom slučaju radi o paralelnom uvozu robe (član 40, stav 1), a često i o robi narušenog kvaliteta i isteklog roka trajanja (član 40, stav 2), ovakva radnja nelegalnog trgovca bi predstavljala akt paralelnog uvoza koji nije dozvoljen, te bi nosilac imao prava da zabrani stavljanje u promet takve robe. Učesnici na tržištu Republike Srbije dužni su da se u svom ponašanju pridržavaju načela savesnosti i poštenja, kao i da se uzdrže od postupaka kojima se može drugom prouzrokovati šteta. Odredbom člana 50. stav 2. ZOT propisano je da je nepoštena tržišna utakmica (nelojalna konkurencija) zabranjena, dok je u stavu 1. istog člana navedeno da se nelojalnom konkurencijom tj. nepoštenom tržišnom utakmicom, primera radi, smatra naročito prodaja robe (tj. vršenje usluga) sa oznakama ili podacima kojima se opravdano stvara zabuna u pogledu izvora, kvaliteta ili drugih svojstava robe (tj. usluga). U tom smislu, nosilac prava bi mogao da tvrdi da se prodajom krivotvorene robe pod oznakama koje su

62 Član 73a ZOŽ i član 50a, stav 1 ZOT

63 Prema ranijem zakonskom rešenju, institut „iscrpljenje prava“ je dozvoljavao tzv. paralelni uvoz gde nosilac žiga nije mogao trećem licu zabraniti promet robe koja je označena žigom ukoliko je roba nabavljena bilo gde u svetu preko tog nosioca žiga ili lica koje je on ovlastio (tzv. „sistem međunarodnog iscrpljenja prava“). Međutim, izmenama zakona sistem međunarodnog iscrpljenja zamenjen je nacionalnim sistemom, pa sada nosilac žiga i dalje nema pravo da spreči promet robe koja nosi njegov žig, ukoliko je ta roba po prvi put stavljena u promet u Republici Srbiji od strane samog nosioca žiga ili lica koje je on ovlastio, ali je nosilac žiga ovlašćen da trećim licima zabrani promet robe ukoliko su ta treća lica robu obeleženu žigom nabavila u inostranstvu i potom je uvezla u Republiku Srbiju radi dalje preprodaje – nacionalni sistem dakle onemogućava paralelni uvoz.

identične zaštićenom žigu stvara zabluda među potrošačima, čime se potrošači obmanjuju da proizvod nelegalnog trgovca ima isti kvalitet i svojstva kao originalni proizvod nosioca prava, dok se nosiocu prava nanosi materijalna šteta u vidu izmakle dobiti, kao i nematerijalna šteta koja se očituje u narušavanju reputacije i vrednosti žiga.

Iako se nelegalnom trgovinom putem društvenih mreža evidentno može zadirati u isključiva prava titulara i nanositi velika materijalna šteta, titulari prava su suočeni sa ozbiljnim praktičnim problemima u slučaju pokretanja parničnog postupka protiv štetnika. Pre svega, postavlja se pitanje pasivne legitimacije, odnosno tačne identifikacije lica protiv koga je potrebno pokrenuti parnični postupak. Vrlo često, imajući u vidu mogućnost da osoba koja koristi određenu društvenu mrežu ostane u potpunosti anonimna, titular prava, i pored sveg detektivskog rada, neće biti u mogućnosti da tačno identifikuje i imenuje lica koja su štetnici. Ili pak, ukoliko i dođe do imena fizičkog lica koje se krije iza određene stranice, titular prava neće raspolagati odgovarajućim podacima (adresa, broj lične karte ili matični broj) na osnovu kojih je moguće tačno identifikovati ovo lice. Imajući u vidu veliki propust trenutno važećeg ZOŽ, teoretski bi, u slučaju anonimnosti štetnika, zakonski rok za podnošenje tužbe mogao lako proteći pre nego što nosilac prava postane svestan povrede prava ili identiteta štetnika⁶⁴. Iz ovog razloga, nosilac prava može biti onemogućen da protekom roka zaštiti svoja prava čak i u slučaju tekuće povrede. Takođe, čak i u slučaju uspeha u sporu nakon višegodišnje parnice i velikih troškova, imajući u vidu da su nelegalni trgovci mahom fizička lica, upitno je da li bi postojala imovina na kojoj je moguće izvršiti presudu u pogledu naknade štete koju je nosilac pretrpeo, pa čak i samih troškova postupka. Konačno, kako bi se sagledao tačan obim i kompleksnost problema, treba napomenuti da se nelegalnom trgovinom određenog proizvoda retko bavi jedno lice, već se uobičajeno radi o više desetina štetnika koji na isti način povređuju prava jednog titulara. Imajući u vidu troškove kojima će titular biti izložen u postupku zaštite svojih prava u okviru parničnog postupka, dužinu trajanja postupka, kao i broj štetnika, a sa druge strane neizvesnost u pogledu namirenja troškova od strane štetnika, pokretanje parničnog postupka se čini kao najnepovoljnija opcija u borbi protiv nelegalne trgovine.

4. ZAKLJUČAK

Složenost problema nelegalne trgovine putem interneta reflektuje se i na složenost mogućnosti njihovog rešavanja. Raznovrsnost fenomena nelegalne trgovine koja se obavlja na internetu jednako nudi raznovrsnost pravnih mehanizama da se takvoj trgovini suprotstavi. Sa druge strane nagoveštava disproporciju između složenosti problema i efikasnosti različitih pristupa

64 Članom 74 ZOŽ predviđeno je da se tužba zbog povrede prava može podneti u roku od 3 godine od dana kada je tužilac saznao za povredu i učinioca, a najdocije u roku od 5 godina od kada je povreda *prvi put učinjena*.

rešavanju problema. Očigledno je da kompleksnost nedozvoljenih radnji iziskuje različite pravne puteve i taktike da se takve radnje suzbijaju, jer nijedan način pojedinačno nije dovoljno efikasan.

Nosiocu prava čija je intelektualna svojine povređena nelegalnom trgovinom putem društvenih mreža na raspolaganju stoji više praktičnih mehanizama kako bi zaštitio svoja prava u okviru upravnog, krivičnog i građanskog postupka, kao i alternativni načini izvan sudske i državne vlasti. U okviru dostupnih mehanizama, gašenje naloga na društvenim mrežama putem prijave povrede u skladu sa autonomnim pravilima provajdera, u kombinaciji sa postupkom zaštite prava intelektualne svojine u okviru upravnog postupka kroz inspekcijски nadzor, prema skorašnjim iskustvima više nosilaca prava, se pokazalo kao relativno efikasan i brz način da se lanac nelegalne trgovine preseče, ali nije konačno i sveobuhvatno rešenje problema. Imajući u vidu ograničenja pojedinačnih koraka, ni mobilisanje svih dostupnih rešenja ne garantuje uspešnu borbu i postizanje odgovarajućih rezultata protiv štetnika. Za ovo postoji više razloga. Pre svega, ozbiljnost i novost problematike nelegalne trgovine putem interneta zahteva da se tek iznađu odgovarajuća pravna rešenja. Kao i u većini slučajeva gde imamo ukrštanje interneta, novih tehnologija i prava intelektualne svojine, zaštita prava je uvek aktuelno pitanje, predmet konstantne debate, traženja odgovarajućeg balansa i prilagođavanja postojećih zakonskih rešenja novom, digitalnom okruženju. U konkretnom slučaju, osim što je nelegalna trgovina evidentan problem za proizvođače i njihove distributere koji u skladu sa zakonom vrše prodaju originalnih proizvoda, isti prevazilazi domen individualnih prava i interesa, prevashodno zbog interesa potrošača koji su u ovom slučaju ugroženi.

Iz navedenih razloga, problem nelegalne trgovine ima mnogo širi društveni kontekst, i zavređuje detaljniju pažnju i koordinisan angažman državnih organa, a ne samo individualnih nosilaca prava.

Andrea Radonjanin, Ph.D

*Attorney at Law, Partner, Moravčević Vojnović i Partneri Attorneys'
Partnership Belgrade*

Pavle Tasić

*Associate, Moravčević Vojnović i Partneri Attorneys'
Partnership Belgrade*

ILLICIT TRADE OVER SOCIAL MEDIA

Abstract: *Rapid expansion of the Internet and new technologies, have fostered the remarkable and rapid development of the digital economy. However, such hasty growth of Internet trade directly influenced the growth of infringement of intellectual property rights. This global trend can also be noticed in the Republic of Serbia, where the development of electronic trade directly correlates to the increase in grey economy. Within this setting, this paper aims to examine the practical mechanisms which a rightholder from the Republic of Serbia has at its disposal, and explore the actual problems and difficulties that occur within the context of illicit trade over the social media and infringement of intellectual property rights.*

Key words: *Intellectual Property Rights. – Online infringement. – Illicit trade. – Social media.*