

*Др Игор Камбовски, ванредни професор
Правног факултета, Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу*

УДК: 330.47

КОМЕРЦИЈАЛНЕ КОМУНИКАЦИЈЕ И УСЛУГЕ ИНФОРМАТИЧКОГ ДРУШТВА

Резиме

Комерцијалне комуникације (рекламе, електронске поруке) су веома заступљен канал за успостављање односа између пословних субјеката у сфери електронске трговине. Њихов број је велики и он расте из дана у дан. Постоје мишљења да нема контроле у овој врсти комуникација, али постоје и иницијативе и конкретни кораци да се успостави правни режим комерцијалних комуникација, због повећања сигурности пословања и смањења трошкова код пословних субјеката и потрошача. У контексту потрошача, посебну пажњу заслужује сегмент заштите личних података.

***Кључне речи:** комерцијалне комуникације, електронска трговина, правни оквир, заштита личних података.*

У интернет окружењу, савремено пословање добија глобалне димензије и све су веће потребе и обавезе трговаца који послују преко платформе Е-трговине. Овај процес је изузетно динамичан и, са правног гледишта, веома тежак за регулисање и контролисање. Пословни субјекти рекламирају своје производе и активности, комуницирају и закључују уговоре међусобно и са потрошачима путем електронских порука. Правни оквир за ову врсту пословања постоји, како на националном, тако и на међународном нивоу, али праћење и регулисање ових активности представља изузетан изазов, како за правну науку која мора да прати нове технологије, тако и за регулаторе који морају поставити правни основ за ову динамичну категорију пословања.

Комерцијалне комуникације су есенција сваке врсте трговине, нарочито електронске трговине. У овом домену, ма колико то изгледало безазлено или релативно безопасно, постоје неке скривене претње које могу проузроковати озбиљне последице и које могу нарушити нормалне токове пословања. Спам поруке су својеврсни феномен који заслужује много већу пажњу и свеобухватно истраживање, из разлога што се иза тих порука крије читав индустрија, која живи од тих порука и која пружа логистику другим субјектима. У недостатку унифицираног глобалног правног уређења, остаје утисак да је ово поље још увек

са друге стране закона, али оно и даље не престаје бити предмет истраживања шире стручне правне јавности.

Респектирајући законодавства Републике Македоније и Републике Србије, овај реферат се, пре свега, односи на правна решења која садржи Директива о Е-трговини 2000/31 Европског Парламента и Савета која се односе на комерцијалне комуникације, јавност и доступност података, спам порука и промовисања активности регулисаних професија. Конкретно, Директива у члану 4 предвиђа да се државе чланице (ЕУ) морају уздржати од условљавања пружања услуга информатичког друштва претходном дозволом, одобрењем или било каквим другим ограничењем од стране државе. Ова се одредба односи на слободу оснивања специфичних трговачких друштава-пружаоца услуга (провајдера) као предуслов за пружање услуга информатичког друштва, и има за циљ олакшање приступа интернету на начин што би требала анулирати све непотребне формалности које би утицале на слободно оснивање провајдера у било којој држави чланици. У том контексту, Европска комисија је дала предлог за успостављање такозваног права „седишта“ оснивања, које би могао користити сваки субјект или друштво које ће одлучити да, путем интернета, пружа своје услуге. Ова одредба не значи да су државе чланице ограничене у погледу успостављања националног система регистрације провајдера услуга, али, у исто време, та регистрација не сме бити условљена никаквим претходним одобравањем или било каквим отежавањем комуникација које би успорило, спречило или онемогућило пружање услуга. Циљ успостављања ових регистара је јавност и доступност података. Међутим, постоји велики број активности које могу бити обављене електронским путем, коришћењем електронских средстава. Неке од тих активности, које нису конкретно везане за онлајн услуге, могу бити подложне обезбеђивању претходног одобрења или неких других законских захтева и ограничења. Тако, уколико законодавство неке земље налаже професионалне квалификације или дозволу издату од стране стручне или професионалне институције, то ће се примењивати код сваког оператора који жели да пружа онлајн услуге. У Шпанији трговци који обављају продају на даљини су обавезани да се региструју у јавном регистру пре него што почну са пословањем на интернету. Конкретно, члан 4, тачка 2 Директиве о Е-трговини говори о режиму обезбеђивања лиценци, претходно споменутом у Директиви 97/13 у области електронских комуникација¹.

Пружање услуга информатичког друштва није подложно обезбеђивању претходне дозволе, али и поред тога, члан 5 Директиве налаже обавезу за транспарентност провајдера услуга. Тако, у ставу 1 ове тачке су таксативно набројане све неопходне информације које провајдери морају направити доступне за широку јавност, а који се односе на њих и њихову делатност. Те информације су:

¹http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997L0013&model=guichett

- Назив провајдера услуга
- Адреса на којој је провајдер основан или има седиште
- Детаљи о провајдеру (телефон, контакти, е-маил)
- Регистар у којем је уписан провајдер и његов регистарски број (уколико такав регистар постоји)
- Уколико је делатност условљена издавањем претходног одобрења или дозволе-подаци о надлежном органу или институцији која је издала то одобрење или дозволу
- У погледу регулисаних професија-професионална или слична институција у којој је провајдер услуга регистрован, професионални назив провајдера, и линк или база са примењивим професионалним правилима.
- Порески број провајдера, у случају када су његове активности подложне опорезивању.

Такође, и цене услуга провајдера морају бити јасно и прегледно истакнуте, са објашњењем дати наведене цене обухватају и порез и трошкове испоруке.

Овакав отежавајући режим транспарентности налази своју оправданост у чињеници да је медијум (интернет!) преко којег се развијају делатности провајдера услуга веома специфичан. Због глобалног карактера интернета као медијума, прималац услуге може закључити неку трансакцију са провајдером услуга из неке земље чија је легислатива њему потпуно непозната. Такође, провајдери могу злоупотребити могућност скривања њиховог идентитета и географске локације како би преварили потрошаче или обављали незаконите радње. Захтеви садржани у чл. 5 који се односе на географску локацију и професионалне квалификације провајдера услуга су од суштинског значаја за обезбеђивање транспарентности и поверења код потрошача. Други разлог за такву обавезу је то што се, у поређењу са осталим медијумима, преко интернета најлакше и најбрже долази до тражене информације, тако што ће се на веб-страницама провајдера поставити линк за приступ посебној бази података, чиме ће све информације постати јавне и доступне.

Од тренутка оснивања у држави-чланици, провајдер услуга прихвата опште услове и захтеве за пружање услуга и на својој веб-страници објављује све информације које је дужан објавити, обавезан чланом 5 Е-Директиве, после чега може започети са промовисањем и рекламирањем својих услуга. С обзиром на чињеницу да Интернет омогућује нове и атрактивне начине вођења бизниса, он такође захтева имплементисање нових маркетиншких технологија прихватљивих и адаптивних овом медијуму. Коришћење трговинских комуникација на Интернету је уобичајено код провајдера услуга који траже остварење већег профита. Потреба о привлачењу купаца подстиче компаније да практикују све агресивнији маркетинг и нове маркетиншке технологије које саме по себи могу бити иритантне по кориснике и могу постати извор злоупотреба потрошача и њихових права.

С обзиром на чињеницу да на нивоу Заједнице још увек не постоји документ којим би биле уређене трговинске трансакције у целини, на националном нивоу

постоје правна решења која обухваћају ову материју и која пружају различите дефиниције овог концепта. У члану 7 Директиве садржан је покушај да се хармонизују комерцијалне трансакције на Интернету. Поред овог, мора се размишљати и о томе да се веб-странице сматрају маркетиншким алатом и, због тога, морају бити креиране и морају функционисати у складу са постојећим директивама из те области. У сваком случају, концепт комерцијалних трансакција је шири од оног који се односи на рекламирање и који је садржан у Директиви 97/55². (Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising). На Интернету се комерцијалне трансакције могу пронаћи на веб-страницама, новинским онлајн издањима, социјалним мрежама, порталима, претраживачима, корисничким групама, или могу бити испраћане путем е-маила хиљадама корисника без њиховог претходног захтева, сагласношћу или извештавању, тзв. спам поруке³.

Комерцијалне комуникације: Трговинске или комерцијалне комуникације су дефинисане у члану 2-ф као: било која форма комуникације створена за промовисање, директно или индиректно, добара, услуга или брэнда компаније, организације или лица, или праћење трговинских, индустријских или занатских активности. Иако ова одредба успоставља одређене ситуације које су ван концепта, ипак је сам концепт веома опсежан и укључује рекламирање било које врсте комуникације у правцу промовисања производа или услуга. Разграничење није увек јасно, али се сматра да се информације чији је циљ да се обезбеди објективно информисање о производу или услузи, не могу сматрати комерцијалном комуникацијом. У погледу ове дефиниције потребно је испуњавање два услова: бити технолошки неутралан, на начин на који би свака комерцијална комуникација, без обзира на медијум, била предмет уређивања Директиве; и постићи ширину и свеобухватност како би транспарентност и поверљивост нашли широку примену, пре свега због развоја и заштите потрошачких права. Још један императив који се мора поштовати и регулисати јесте заштита легитимних очекивања просечног потрошача који је прилично обазрив и неповерљив. У функцији испуњавања ових услова у Интернет окружењу, потребни су строжији захтеви од оних које су имплементирани у старијим директивама, зато што Интернет пружа потрошачима нове модусе и могућности за куповину. Истраживање на Интернет тржишту значи много више од посете одређене веб-странице из разлога што се оно никад не завршава на томе-обично се наставља са кликом на неком споредном линку који води до неке друге веб-странице хостиране од стране неког другог провајдера услуга са седиштем у другој земљи. У међувремену, на компјутеру је могуће отворити још

²http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=E N&numdoc=31997L0055&model=guichett

³ Chissick, M., Kelman, A., *Electronic Commerce-Law and Practise*, 3-rd edition, Sweet & Maxwell, London, 2002, стр. 40

прозора на којима се нуде производи или услуге везане са иницијалним претраживањем. Ово може изазвати конфузију код неких мање искусних потрошача у погледу перцепције информације, траженог производа и компаније која га рекламира и нуди на Интернет тржишту.

Са аспекта Директиве, члан 6-а и б налажу да комерцијалне комуникације и лице у чије су име спроведене, морају бити јасно и прецизно истакнути и одвојени од осталих. Ово нормативно решење омогућује примаоцима да направе разлику између комерцијалних комуникација и осталих информација до којих се може доћи на нету. Такође, с обзиром на чињеницу да се комерцијалне комуникације могу поставити на веб-страницама која су у власништву трећих лица, (путем банера...), мора бити јасно истакнуто и видљиво ко рекламира производ или услугу. У том смислу, смањује се ризик од забуне и конфузије код потрошача. Још увек није разјашњено како ова идентификација може функционисати у пракси: Неки аутори сматрају да може постојати више врста, у зависности од Интернет апликација која су на располагању. Тако, они предлажу власницима веб-страница да сортирају и групишу све комерцијалне комуникације на једно посебно место названо „рекламе“. Затим, постои обавеза за транспарентност у случајевима када се комерцијалне комуникације састоје од промотивних понуда (дисконти, премије, поклони, наградне игре). Сагласно чл. 6-ц и д, услови за учешће у овим промотивним понудама морају бити јасно и прегледно истакнути и презентирани потенцијалним учесницима, или као опција да на самој веб-страници постоји линк који ће бити посвећен јединствено овим понудама и који ће садржати потребне детаљне информације и услове за учешће. Приликом примењивања начела земље порекла, за признавање ових комуникација је довољно да исте буду признате у земљи у којој је провајдер био основан.

Други проблем у погледу уређивања комерцијалних комуникација Директивом 2000/31 може произићи из тога што је наведена директива некоординисана са Директивом која се односи на тенденциозно рекламирање. Да би се могло оценити дали је рекламирање тенденциозно, национални судови могу успоставити виши ниво заштите од оног који је предвиђен Директивом, чиме контрола рекламирања долази у надлежност судова у држави у којој је прималац услуга, што представља својеврсну дигресију у поређењу са одредбом из члана 6 Директиве 2000/31 где је успостављено начело земље порекла. У овом случају могуће су две интерпретације: или ће ова два решења узајамно бити прихваћена, (у том случају не би дошло до изузимања судова у погледу одлучивања о навођујућој природи комерцијалних комуникација; или ће Директива 2000/31 бити дерогирана Директивом 89/552 (названа Директивом о телевизији без граница). Имајући у обзир велики број координираних поља пословања, сматра се да би преовладала друга опција, све до изналажења компромисног решења од стране Европске комисије које ће бити узајамно прихватљиво и које ће успоставити начело узајамног признавања.

На жалост, Директива 2000/31 не садржи посебне одредбе о комерцијалним комуникацијама које се односе на заштиту малолетника, као што је то случај са Директивом-Телевизија без граница, чиме ова осетљива и ранљива група примаоца-корисника услуга информатичког друштва остаје незаштићена. Ипак, предлог Комисије за регулисање промовисања продаје садржи одредбе за заштиту малолетника. Тако, овај се проблем може решити другим инструментима широког опсега који су већ усвојени или на којим раде европске институције. Они покушавају одстранити незаконске и штетне садржаје, оне које повређују права потрошача, права интелектуалне својине и др. Међу осталим мерама које се предузимају у циљу спречавања и онемогућавања приступа малолетним лицима оним веб-страницама намењеним одраслим лицима, ови инструменти пружају иновативна решења заснована на најновијим технологијама: контрола приступа, алати за утврђивање и верификацију идентитета или узрасти, различити софтверски филтри и др. На крају, и сама Интернет бизнис заједница, на бази добре трговинске праксе, може успоставити своје саморегулацијске механизме што може још више допринети побољшању општег стања у погледу заштите малолетних лица.

Нежељене комерцијалне комуникације: Провајдери услуга могу покушавати доћи до нових клијента путем коришћења електронске поште. У свакодневној комуникацији путем е-маила намеће се проблем т.з. спам-порука, који се састоји од слања нежељених, нетражених електронских порука хиљадама примаоца, путем којих неки субјект промовише своје производе и услуге. Коришћење нових компјутерских технологија у великој мери олакшава креирање, чување и организовање личних података. У одређеним земљама са ниским нивоом заштите личних података, такве се информације користе као роба којом се тргује и чији трансфер од једне до друге компаније служи као база података везаних за потрошаче, према којим се касније шаљу спам поруке. Ако коришћење/испраћање спам порука није регулисано, ова пракса може бити веома иритантна за примаоце, с обзиром на чињеницу да су капацитети за чување електронских порука, и поред све моћнијих сервера, ипак лимитирани и огроман број спамова може успорити и отежати коришћење услуга провајдера и функционисање интерактивних мрежа⁴.

У функцији успешне борбе против спам порука, у члану 7, тачка 1 Е-Директиве је предвиђено да такве поруке морају бити јасно означене како би их прималац могао брзо идентификовати, одмах након пријема. Најефикаснији начин за брзу идентификацију спам порука је уколико у пољу "subject-(предмет, наслов)" буде назначен комерцијални карактер њиховог садржаја. Уколико

⁴ Претпоставља се да смањење продуктивности пословања кошта сваку компанију по 1 \$ на минут, због читања или брисања спам порука од стране запошљених. Нека истраживања поврћују да је број спам порука у 2009 години износио приближно 130 милијарди порука дневно, док је у 2014 години тај број надмашио 200 милијарди спам порука

таква пракса буде успостављена, примаоци ће моћи селектирати или обрисати спам поруке одмах након пријема. Ипак, ова одредба само парцијално решава проблем са спам порукама. Члан 7, тачка 2 оставља могућност да државе чланице усвоје систем за заштиту по сопственом избору, али није разјашњено које тело би обављало контролу и надзор-то може бити државни орган, изабрани провајдери услуга или независно тело. У сваком случају, мора бити успостављен систем регистра у којима ће провајдери уписивати податке о испорученим спам порукама. Постоји становиште на нивоу Уније да ови регистри морају бити унифицирани и функционални на нивоу заједнице, или, уколико постоје на националном нивоу, морају успоставити интерактивну и функционалну комуникацију између њих ради шире доступности података. Пошто члан 7, тачка 2 не фаворизује ни један од два система, остаје на државама да саме изаберу систем⁵. Тако, први систем обавезује провајдере услуга да питају сваког појединачног корисника њихових услуга дали жели да прима спам-поруке и у којим областима интересовања, после чега би тај корисник примао само оне поруке (из оних области) за које је дао изричиту сагласност. Такви се корисници одмах после анкетирања уписују у регистар. Овај систем је био предмет великих критика од стране провајдера услуга из разлога што их обавезује да убеђују кориснике и да предузимају активности за њихову регистрацију. Са друге стране, овај систем значи повећање степена заштите приватности. У овом контексту изгледа прихватљиво и становиште Европске Комисије о забрани коришћења електронских порука за директно рекламирање без претходне сагласности примаоца, садржано у Директиви за заштиту личних података у електронским комуникацијама.

Македонски Закон о електронској трговини садржи прилично прецизну одредбу у погледу комуницирања и пружања услуга путем интернета. Тако, Закон дефинише услуге Информатичког друштва као услуге које се пружају за надокнаду, на даљину, путем електронских средстава, и што је у овом контексту најважније, на лични захтев примаоца. Ово је од есенцијалног значаја из разлога што нежељене комерцијалне комуникације-спам поруке које круже медијумом-интернетом, у великој мери отежавају комуникацију и могу довести потенцијалног корисника до заблуде у погледу ствари, и испровоцирати његову погрешну одлуку. Ово са аспекта основних уговорно-правних начела производи рушљивост уговора, што повлачи и надокнаду штете. На жалост, или на срећу, македонска трговинска пракса се још увек није сударила са овим проблемом који би, вероватно, био решен сагласно постојећим законским решењима који уређују

⁵ Овде је реч о тзв. Opt-in и opt-out системима. Укратко, opt-in систем омогућује потенцијалном кориснику да сам изабере услуге које му одговарају и начин на којем ће се користити његови лични податци, док код opt-out система постојећи корисник већ прима комерцијалне комуникације (е-маил) на бази установљене праксе и без посебног захтева за изричиту сагласност.

овај домен уговора са правним недостацима, али би био интересантан из аспекта Е-трговине као својеврсни преседан у домаћим трговинским трансакцијама.

Промовисање активности регулисаних професија -Захваљујући Директивама којима се уређују регулисане професије, у великој мери је олакшано међусобно признавање услуга пружених од стране професионалаца из различитих држава чланица. Директива о Е-трговини не садржи одредбе којима би се отежавала или онемогућила имплементација ових директива. Постоје и друге професије чије услуге могу бити пружане онлајн, а које нису биле предмет уређивања на нивоу Заједнице. Ово не спречава та лица да уживају своја права да директно пружају своје услуге. У сваком случају, постоји конкретан проблем код правника, рачуновођа и још неколико професија из разлога што пружање њихових услуга може бити ограничено од стране њихових професионалних органа, асоцијација и кодекса понашања.

Члан 8, тачка 1 обавезује државе чланице да се осигурају да је коришћење комерцијалних комуникација од стране чланова регулисаних професија дозвољено. Сагласно начела земље порекла, ове комерцијалне комуникације морају бити усаглашене са правилима која уређују њихово пословање у земљи у којој су основани. Државе чланице се морају осигурати да су те комуникације усаглашене и са професионалним правилима која се односе на независност, дигнитет и част професије, професионалног поверења и коректности према клијентима и осталим члановима професије. Креатори Директиве су били свесни да дискриминаторски третман код примене начела земље порекла може довести до креирања строгих и ригидних професионалних норми. Због тога, директива подстиче стварање кодекса понашања код регулисаних професија на нивоу Заједнице, ради дефинисања информација које могу бити пружане у функцији комерцијалних трансакција. Европска Комисија ради на припреми ових кодекса понашања ради њиховог усаглашавања са комунитарним правом.

*Igor Kambovski, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, "Goce Delchev" University in Shtip*

COMMERCIAL COMMUNICATION AND INFORMATION SOCIETY SERVICES

Summary

Commercial communication is the essence of each type of trade, in particular electronic commerce. In this area, however, it may seem harmless or relatively harmless, there are some hidden threats that can cause serious consequences that can

disrupt the normal flow of business. Spam messages are a phenomenon that deserves much more attention and extensive research, because the whole industry is hiding behind, which exists of these messages or provides logistic to other subjects. In the absence of a unified global legal framework, the impression is that this field is still on the other side of the law, but it is the subject of research of many legal professionals.

Key words: *Commercial communications, E-commerce, legal framework, personal data protection.*

Литература

- Cheeseman, R. H., Business Law: Legal Environment, Online Commerce, Business Ethics and International Issues-6-th edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2007.
- Chissick, M., Kelman, A., Electronic Commerce-Law and Practise, 3-rd edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- Коевски, Г., Електронското склучување на договорите и одговорноста за нивно исполнување, Деловно право бр. 20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009.
- Камбовски, И., Електронска трговија и електронски договор, (докторска дисертација), Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје, 2009, (у штампи).
- Schneider, P. G., Electronic Commerce: Seventh Annual Edition, Thomson Course Technology, 2007.