

*Др Соња Лучић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 005.5:316.472
004.738.5:316.472
DOI: 10.46793/XXIV-11.321L

ИНФЛУЕНСЕР МАРКЕТИНГ: ПОТРЕБА УСПОСТАВЉАЊА ПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ*

Резиме

У 21. веку који карактерише убрзана дигитализација, компаније које желе да имају предност над другим компанијама, прате и нове трендове у развоју маркетинга. Другим речима, поред иновирања својих производа, последњих година компаније полако прелазе са традиционалног маркетинга путем штампе, радија и телевизије на онлајн маркетинг. Међутим, специфичан облик маркетинга, такозвани „инфлуенсер маркетинг“ постаје све важнији и популарнији због све већег умрежавања путем платформи друштвених медија као што су Facebook, Instagram, YouTube, Twitter.

Употреба јавних личности у маркетиншке сврхе није новост. Наиме, познате личности се већ дуго користе у рекламној индустрији, будући да потрошачи воле да се ослањају на њихов добар укус и искуство. У раду ће бити направљена разлика између дозвољеног оглашавања производа од стране инфлуенсера и тзв. прикривеног оглашавања као недозвољеног облика рекламирања.

Кључне речи: *инфлуенсер; пратилац; друштвене мреже; маркетинг, прикривено оглашавање.*

1. Увод

Један од феномена 21. века јесу друштвене мреже као основно место окупљања различитих генерација. Осим тога што се користе као средство комуникације на интернету, друштвене мреже постају популарно средство онлајн маркетинга. Поједине друштвене мреже се користе за умрежавање корисника (нпр. *Facebook, Twitter, LinkedIn*), неке за дељење фотографија

* Рад је настао као резултат научноистраживачког рада истраживача Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

(нпр. *Snapchat, Pinterest*), а неке за дељење видео садржаја – тзв. видео платформе (нпр. *YouTube, Vimeo, Vine*).¹ Једна од доминантних одлика друштвених мрежа јесте да имају милионе корисника.² Међу корисницима друштвених мрежа се издвајају такозвани инфлуенсери.

Реч инфлуенсер потиче од енглеског глагола „*to influence*“, што значи утицати, деловати или обликовати. Укратко, инфлуенсер је утицајна особа. Људи који објављују садржаје о разним темама као део свог присуства на друштвеним мрежама имају велики број пратилаца, нарочито међу млађом популацијом. Није одређено колико пратилаца мора имати особа на свом профилу да би се могла сматрати утицајном особом.³ Степен утицаја у највећој мери зависи од области у којој је инфлуенсер активан.

Инфлуенсери су данас најчешће вршњаци својих пратилаца на друштвеним мрежама, али и људи који уживају поштовање корисника интернета из различитих разлога, нпр. зато што су стручњаци или уважене особе са узором.⁴ Ако инфлуенсер зарађује новац својим присуством на различитим друштвеним мрежама, говори се о маркетингу инфлуенсера. Инфлуенсери зарађују новац захваљујући свом утицају на друштвеним мрежама најчешће тако што закључују уговоре са компанијама које плаћају утицајним особама да представљају њихове производе. Инфлуенсер маркетинг функционише тако што особа објављују слике и видео записе из свог свакодневног живота нпр. на инстаграму или у својој „причи“ објављују кратке одломке из свог живота. Поред тога, те особе често дају препоруке за одређене производе или брендове. Препоруке производа се чине често самоиницијативно, али и као део сарадње или партнерства са компанијом. Компаније радо пристају на овакав вид сарадње из разлога што је степен повезивања путем друштвених мрежа данас прилично висок. Захваљујући томе препоруке које врше инфлуенсери имају огроман домет, при чему се препоруке најчешће врше на ненаметљив начин, а циљна група их (не)свесно прихвата.

Многи инфлуенсери не откривају да њихова објављивања, тзв. постови укључују плаћено оглашавање предузећа. Мали број инфлуенсера то прикривање врши из незнања. Највећи број инфлуенсера, пак, намерно прикрива рекламни карактер како би постигли што већи ефекат оглашавања

¹ Lettmann S., *Schleichwerbung durch Influencer Marketing – Das Erscheinungsbild der Influencer*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), бр. 12/2018, стр. 1207.

² Најпопуларније друштвене мреже широм света до јула 2020. године рангиране по броју активних корисника (у милионима) се могу погледати на: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>

³ Постоји мишљење да особа која има мање од 100.000 пратилаца није нарочито утицајна особа.

⁴ Peifer, K.N., *Influencer Marketing – Rechtlicher Rahmen und Regulierungsbedürfnis (Teil 2)*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), бр. 12/2018, стр. 1220.

на своје пратиоце код којих треба створити утисак да добијају посебан савет од особе коју „прате“.

Овакав начин оглашавања је у немачкој судској пракси у више одвојених судских поступака класификован као неприхватљив. У наставку рада ће бити дат краћи приказ одлука немачких судова који су имали прилику да се баве питањем (не)допуштености оглашавања на друштвеним мрежама од стране инфлуенсера.

2. Инфлуенсер маркетинг кроз немачку судску праксу

2.1. Пресуде у предметима *LG Hagen 23 O 30/17* *и LG Hannover 23 O 5/17*

Регионални суд у немачком граду Хагену је имао прилику да у предмету *LG Hagen 23 O 30/17* одлучује о неколико објављивања на инстаграму (тзв. постови) од стране инфлуенсера.⁵ Поред неколико приватних фотографија, већина постова на спорном инстаграм профилу инфлуенсера се састојала од оглашавања производа. Наиме, инфлуенсерка је на свом инстаграм профилу објавила своје фотографије са разним производима (торбе, сатови, накит, одећа, храна), и у коментарима уз фотографије је именовала произвођаче приказаних производа (помоћу ознака: *@/Links* или *# -Tags*). Кликом на поједине текстуалне одломке корисници су преусмеравани на почетну интернет страницу компанија чији производи се рекламирају. Међутим, на свим фотографијама је недостајало указивање на промотивни карактер доприноса инфлуенсерке (овај допринос се често назива „плаћено партнерство“). Другим речима, у углу текста или слике није стајала назнака у облику речи „оглас“.⁶

У другом поступку који је вођен пред Регионалним судом у ХанOVERУ⁷ и жалбеним судом у немачком граду Целе,⁸ судови су, такође, имали прилику да одлучују о оглашавању на инстаграму. Повод за овај спор је било објављивање на инстаграму једног корисника којим је најављена кампања попушта немачког ланца дрогерија *Rossmann* са следећим текстом:

⁵ Текст пресуде у предмету *LG Hagen 23 O 30/17* је доступан на адреси: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/hagen/lg_hagen/j2017/23_O_30_17_Urteil_20170913.html

⁶ Ahrens, H.J., *Influencer Marketing – Regulierungsrahmen und Konsequenzen seiner Anwendung (Teil I)*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), бр. 12/2018, стр. 1213.

⁷ Текст пресуде у предмету *LG Hannover, 23 O 5/17* је доступан на адреси: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?doc.id=JURE170037331&st=null&showdoccase=1>

⁸ Текст пресуде у предмету *OLG Celle, 13 U 53/17* је доступан на адреси: <https://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2017-Dok-034.pdf>

"...Добро вече! Свим ловцима на снижења: Пажња! Само сутра има у свим филијалама ...

*& 40% попушта на иминкање очију у интернет продавници!
Забавите се у куповини! Илустрација ... Очи: RdeL Young Super Star маскара
& Maybelline New York палета сенки за очи
#blackfriday #ad #eyes #shopping #rabatt #40prozent"*

Тек у петом реду и као други хаштаг⁹ налазила се напомена „#ad“, у краткој форми за „оглашавање“.

У оба случаја, тужилац, регистровано удружење чије статутарне дужности укључују заштиту комерцијалних интереса својих чланова је покренуо поступак након неуспешног упозорења корисника инстаграма.

У првом случају суд у Хагену је најпре заузео став да плаћени доприноси инфлуенсера представљају пословне активности у смислу чл. 2, ст. 1(1) немачког Закона против нелојалне конкуренције.¹⁰ Овакав став Суда произилази из намере инфлуенсера да унапреде продају производа компаније коју рекламирају. То даље наводи на закључак да се доприноси утицајних лица морају мерити према стандардима прописа о конкуренцији, при чему је Суд у Хагену у спорном случају, између осталог, видео повреду чл. 5а, ст. 6 Закона против нелојалне конкуренције.¹¹

Суд у Хагену је, такође, истакао да је профил утицајне особе на друштвеним мрежама одавао утисак модног блога. Из свеукупних околности не произилази да је примарни циљ оглашавање производа. Коришћење @ -веза и хаштагова (#) за произвођача не мења ништа: промотивни карактер не постаје очигледан, као што је судско Веће утврдило из сопственог искуства. Поред тога Суд је на основу сопственог истраживања открио да међу пратиоцима инфлуенсера постоје и различити малолетници, који рекламни карактер још теже препознају.¹²

Суд у Хагену је у конкретном случају у поступку инфлуенсера видео и повреду чл. 6, ст. 2 Закона о телемедијима.¹³ Наиме, инстаграм профил инфлуенсера је електронска пошта у смислу чл. 6, ст. 2 Закона о телемедијима.

⁹ Хаштаг је врста ознаке метаподатака који корисницима на друштвеним мрежама омогућава лакше проналажење порука са одређеном темом или садржајем.

¹⁰ Текст немачког Закона против нелојалне конкуренције (нем. Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) је доступан на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/

¹¹ Нелојално поступа и онај ко комерцијалну сврху пословне трансакције не чини препознатљивом, под условом да то не произилази директно из околности и непрепознавање је погодно да наведе потрошача да донесе пословну одлуку коју иначе не би донео.

¹² Видети чл. 3, ст. 4 немачког Закона против нелојалне конкуренције.

¹³ Текст Закона о телемедијима (нем. Telemediengesetz - TMG) је доступан на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/_6.html. Овај Закон у Немачкој регулише правне оквире за тзв. телемедије и представља централни пропис за право интернета. Телемедиј је правни појам за електронске информационе и комуникационе услуге.

Суд је инстаграм профил оценио као својеврсни модни блог, у коме се инфлуенсер претвара да разговара са својим пратиоцима о моди. У ствари, поступци инфлуенсера имају за циљ само да наведу пратиоца да посети веб странице компаније повезане са ознаком @ или #. Овај комерцијални карактер се, при том, прикрива.

Инфлуенсери, такође, вређају и чл. 58, ст. 1 и 3 Међудржавног уговора о радиодифузији.¹⁴ Суд у Хагену је инстаграм профил оценио као телемедију у смислу чл. 1 Међудржавног уговора о радиодифузији. То значи да оглашавање мора бити јасно препознатљиво и јасно одвојено од остатка садржаја, што у предметном спору није био случај. Коначно, надлежни немачки суд је у анализираном случају забележио и повреду чл. 3(а) Закона против нелојалне конкуренције за одређене производе у вези са чл. 10, ст. 1 Уредбе ЕУ о прехранбеним и здравственим подацима који се наводе на храни,¹⁵ као и повреду чл. 11, ст. 1 Законика о храни и храни за животиње¹⁶ у вези са чл. 7, ст. 1(б) Уредбе ЕУ 1169/2011¹⁷, будући да је инфлуенсерка доделила квалитет детоксикације производа (користила је кључну реч „detox“).

У другом случају Регионални суд у Хановеру је сматрао да је спорно објављивање инфлуенсера у складу са чл. 5а, ст. 6 немачког Закона против нелојалне конкуренције. По мишљењу овог суда из свеукупних околности, комерцијална сврха је била непогрешива и одмах препознатљива на први поглед. Суд се, при том, није фокусирао на просечног немачког потрошача, већ је инстаграм објаву оцењивао на основу утиска потрошача који су упознати са карактеристикама специфичним за медије, посебно „младим девојкама и женама које занима козметика“. За ове потрошаче промотивни карактер је очигледан на основу неколико чињеница: професионалне фотографије, употребе израза „ловци на снижења“, хаштагова у вези са темом #rossmann #eys #shopping #rabatt #40prozent и употребе хаштага #ad. Конкретно, довољан је хаштаг #ad, јер посебна група потрошача која је пратила инфлуенсера говори енглески језик. Употреба израза „оглас“ из тог разлога није потребна. Уосталом, и просечни пратиоци на инстаграму су свесни да велики број објава плаћају компаније. Из ових разлога, суд у Хановеру је такође одбацио повреду немачког Закона о телемедијима. Осим тога, суд је сматрао да није постојала ни

¹⁴ Текст Међудржавног уговора о радиодифузији (нем. Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) је доступан на адреси:

https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=10000000000000000502

¹⁵ Текст Уредбе је доступан на адреси:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32006R1924>.

¹⁶ Текст немачког Законика о храни и храни за животиње је доступан на адреси:

<https://www.gesetze-im-internet.de/lfgb/>

¹⁷ Текст Уредбе 1169/2011 је доступан на адреси:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011R1169>. Ова Уредба је главни пропис који се односи на означавање хране у ЕУ.

повреда Међудржавног уговора о радиодифузији, будући да није било уређивачког садржаја од којег би се оглашавање могло разликовати. Наиме, цео спорни инстаграм профил се састојао само од оглашавања.

Жалбени суд у немачком граду Целе је овај случај видео другачије. Наиме, овај суд је сматрао да хаштаг *#ad* није јасан и на први поглед није препознатљив. Сасвим је могуће, по мишљењу суда, да потрошачи не примете хаштаг у петом реду. У прилог томе иде и чињеница да се уноси у инстаграму аутоматски скраћују, а последњи део уноса се може позвати само кликом на „више“. Жалбени суд је, дакле, изричито оставио отвореним питање да ли је хаштаг *#ad* заправо уопште погодан да довољно означи оглас. Поред тога, овај суд је истакао да се комерцијални карактер може идентификовати само ако је комерцијални карактер несумњив и јасан на први поглед. Није довољно ако се комерцијални карактер може препознати само на основу аналитичког разматрања. Наиме, тада читалац пажљиво прати објаву, занемарујући чињеницу да је у питању реклама. Овде је то управо случај: сам квалитет фотографије не пружа никакве информације о комерцијалном карактеру. Разни хаштагови и употреба израза „ловци на снижења“ показали су комерцијални карактер. То постаје очигледно тек након што читалац сагледа цео текст. Спорна инстаграм објава, по мишљењу жалбеног суда, представља повреду чл. 5а, ст. 6 Закона против нелојалне конкуренције.

2.2. Пресуда суда у Берлину у предмету KG Berlin – 5 W 221/17

После судова у Хагену и Целу, следећи немачки суд који је имао прилику да се бави темом „инфлуенсер маркетинга“, скривеним оглашавањем и друштвеним мрежама био је Врховни суд у Берлину.¹⁸ Овај суд је, пре свега, морао да одговори на питање да ли је хаштаг „*#sponsoredby*“ довољан као ознака која искључује скривено оглашавање.

Повод за спор била су објављивања модних чланака које је аустријска блогерка редовно постављала на свом инстаграм профилу. Блогерка је своја објављивања повезивала са одговарајућим веб страницама компанија, а да их није све означила као рекламна објављивања. Означена су била само два од петнаест објављивања. Један пост је имао ознаку „*#poweredby*“, други је означен као „*#ad*“.

¹⁸ У питању је пресуда суда у предмету: KG Berlin – 5 W 221/17. Текст пресуде је доступан на адреси: <https://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2017-Dok-046.pdf>

Удружење социјалне конкуренције из Берлина¹⁹, сматрајући да је поступак инфлуенсерке незаконито прикривено оглашавање, је поднело тужбу Земаљском суду у Берлину. Овај суд је, пак, одбацио тужбу Удружења. Међутим, жалбени поступак је окончан у корист тужиоца. Изнад свега, чињеница да се блогер повезивао са страницама одговарајућих компанија навела је судије на закључак да у конкретном случају постоји предузимање пословног чина. Иако се не може искључити да је блогер ове везе поставио из чистог ентузијазма или из чисте потребе за комуникацијом, ово би требало сматрати мало вероватним с обзиром на опсег теме у облику петнаест сличних постова на инстаграму.

Што се тиче места у објави на које је постављен додатак „#ad“, берлински суд се сложио са мишљењем суда у Целу. Другим речима, суд је одлучио да ознака „#ad“ није довољна ознака која би могла да искључи могућност скривеног оглашавања. Ни пратиоци којима је енглески матерњи језик нису могли из ове идентификације извући сигуран закључак да је реч о комерцијалном доприносу. Ознака „#sponsoredby“ је, такође, оцењена као недовољан хаштаг, који би искључио могућност прикривеног оглашавања.

Новина анализиране пресуде суда у Берлину је што се суд изричито изјаснио против хаштага „#sponsoredby“ као дозвољене ознаке. После пресуде суда у Берлину немачка судска пракса се нашла на добром путу да постане јединствена по питању „маркетинга инфлуенсера“. У прилог томе говори још неколико пресуда немачких судова о маркетингу инфлуенсера, а које су донете после анализиране пресуде берлинског суда. Напред анализиране и друге пресуде немачких судова, чији ће приказ касније бити дат, а које за предмет имају маркетинг инфлуенсера, говоре да маркетинг инфлуенсера правно делује у тзв. сивој зони. Јер, за разлику од конвенционалног оглашавања, маркетинг инфлуенсера представља циљањо поступање пре свега младих да путем канала друштвених мрежа који првобитно нису коришћени за оглашавање, већ за размену приватних „статусних извештаја“ о тренутном месту налажења, одмору или другим слободним активностима шаљу рекламне поруке, а да их на први поглед не доживљавају као такве. Ова врста оглашавања се на основу праксе немачких судова може сматрати фундаментално недопустивом. Међутим, пресуда суда у Минхену у предмету 4 НКО 14312/18 донета је у корист инфлуенсера. Управо ова пресуда доводи у питање јединство немачке судске праксе о „маркетингу инфлуенсера“, односно отвара питање потребе успостављања посебне регулативе за ову врсту маркетинга. Због њеног значаја, у наставку рада ће бити дат краћи приказ и ове пресуде.

¹⁹ Удружење социјалне конкуренције (нем. Der Verband Sozialer Wettbewerb-<http://www.vsw.info/0000098fd0d98b0b/index.html>) је удружење из Берлина које је више од 30 година активно на пољу борбе против нелојалне конкуренције и привредног криминала. Од 2018. године Удружење све више упозорава утицајне особе које на својим профилима рекламирају производе или брендове.

2.3. Пресуда у предмету LG Karlsruhe 13 O 38/18 KfH

Регионални суд у немачком граду Карлсруе, такође, је имао прилику да се бави питањем тагова на инстаграму инфлуенсерке која је у време доношења одлуке имала више од четири милиона пратилаца и објављивала неколико стотина својих слика годишње, често са кратким пратећим текстовима.²⁰ После клика на фотографију, појављивале су се ознаке (тагови) које садрже назив марке одеће или додатне опреме коју носи инфлуенсерка. Клик на такву ознаку води даље до инстаграм налога одговарајућег произвођача одеће. Објаве нису биле означене као рекламе.

Суд је сматрао да су објављивања изазвала интересовање за одећу коју је инфлуенсерка носила на фотографијама. Будући да корисник може доћи до веб локације произвођача са само два клика, суд је сматрао да се на овај начин врши промоција произвођача у смислу чл. 2, ст. 1, тач. 1 немачког Закона против нелојалне конкуренције.

Очигледна приватност неких објављивања, као и чињеница да инфлуенсерка није плаћена за сва објављивања не искључује њену одговорност.²¹ Инфлуенсерка се на својим објавама представљала као особа и пријатељ, а не као „пуки“ модел. Приватни карактер објављених фотографија и пратеће приче уз њих (нпр. празнични контекст итд.) не мењају постојање пословне трансакције, већ указују на супротно. Наиме, суштина инфлуенсер маркетинга се састоји у томе што инфлуенсер истовремено ради на свом имиџу и аутентичности, због чега рекламира одговарајуће брендове и чланке, и тако „негује“, односно увећава свој круг пратилаца.²² Осим тога, постављањем тагова, инфлуенсерка није могла да тврди да је објавила уреднички прилог. Наиме, постављање тага побуђује пажњу пратилаца и очекивање да једним кликом могу сазнати више. Другим речима, таг служи рекламирању друге компаније.²³

Објаве на инстаграму не служе само за информисање и формирање мишљења. Напротив, инфлуенсери путем постова промовишу сопствене пословне активности и у ту сврху имају тзв. пословни кориснички рачун (*Business Account*). Сви пратиоци инфлуенсера, при том, нису у стању да процене рекламни карактер објаве инфлуенсера. Ово се посебно односи на младе пратиоце инфлуенсера.

После жалбе инфлуенсера на пресуду првостепеног суда, Виши регионални суд у Карлсруеу утврдио је да инфлуенсер своје постова не

²⁰ Пресуда у предмету 13 O 38/18 KfH је доступна на адреси:

http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=27294

²¹ Terhaag M., Schwarz, C., *Influencer - Die Wundertüte des Online – Marketings*, Kommunikation & Recht, бр. 10/2019, стр. 614.

²² Исто.

²³ Исто.

инстаграму мора означити као оглашавање, чак и ако користи тзв. тагове који воде до веб странице одређене компаније.²⁴ Такозвано „таговање“ приватних фотографија са указивањем на компаније такође се рачуна као оглашавање.

2.4. Пресуда у предмету *LG München 4 НКО 14312/18*

Регионални суд у Минхену је, такође, имао прилику да одлучује о (не)дозвољеном оглашавању на инстаграму.²⁵ Наиме, тужилац, Удружење за заштиту конкуренције, је захтевало да се инфлуенсерки забрани, између осталог, оглашавање различитих производа или брендова на свом налогу, осим ако нису изричито означени као реклама. У тренутку подизања тужбе инфлуенсерка је имала 485.000 пратилаца на инстаграму и редовно је објављивала своје слике, често са кратким пратећим текстовима. На свом профилу се бавила модом, својим животом мајке малишана, јогом, путовањима и другим темама. Неки од њених постова су садржали упућивања на произвођаче одеће коју носи или друге предмете који се могу видети на сликама. Неки од ових постова су били означени. Наиме, после клика на одговарајућу тачку на слици, појављивало се име компаније чији су производи приказани. После клика на име компаније, пратиоци су били преусмерени на рачун компаније.

Предмет поступка су била четири посебна поста која су таговала разна предузећа У својој одлуци, суд је пошао од тога да инфлуенсерка није примила новац за постове. Тачније, тужилац није могао да докаже ту чињеницу. Из тог разлога није постојала обавеза обележавања оглашавања, као у случају када постоји плаћање од стране конкретне компаније. Суд је на крају пресудио да постови инфлуенсерке не представљају прикривено оглашавање.

Жалбени суд у Минхену је, такође, одбацио предметну тужбу.²⁶ Овај суд је сматрао да постови инфлуенсерке нису нелојални у смислу прописа о конкуренцији, будући да им недостаје пословна активност у смислу чл. 5а, ст. 6 немачког Закона против нелојалне конкуренције. Према томе, комерцијална сврха пословне активности мора бити јасна, осим ако то не произилази директно из околности конкретног случаја. Овај услов је испуњен, пак, ако ће недостатак обележавања вероватно навести потрошача на пословну одлуку коју иначе не би донео. Иако није доказано да је инфлуенсерка добијала

²⁴ Пресуда Вишег регионалног суда у Карлсруеу у предмету 6 U 38/19 је доступна на адреси: http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=32291

²⁵ Пресуда Регионалног суда у Минхену у предмету 4 НКО 14312/18 је доступна на адреси: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2019-N-7496?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

²⁶ Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету 29U 2333/19 је доступна на адреси: https://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3011

новчану надокнаду од линкованих компанија, жалбени суд је претпоставио да инфлуенсерка делује у комерцијалне сврхе. У прилог таквом мишљењу суд је навео чињеницу да инфлуенсери са таквим доприносима промовишу како сопствене пословне активности тако и активности повезаних компанија. Међутим, без обзира на ово, суд је негирао повреду чл. 5а, ст. 6 Закона о нелојалној конкуренцији. Велики број пратилаца и чињеница да је то јавни профил познатог инфлуенсера са такозваном плавом ознаком значило би да је комерцијална сврха поста лако препознатљива.

Обе одлуке имају позитиван ефекат на инфлуенсере. Међутим, то не важи за раније анализиране пресуде. Неуједначена пракса немачких судова о питању оглашавања на инстаграму отвара, пак, питање када постови са везама морају бити означени као реклама, што представља велику правну несигурност. Стога се са пажњом очекује пресуда немачког Врховног суда. Наиме, због велике важности предмета, Виши регионални суд у Минхену је одобрио жалбу. До тада, инфлуенсери би морали бити опрезни у својим објављивањима.

3. Закључна разматрања

Са повећањем броја корисника на друштвеним мрежама, истовремено се повећава, не само проценат оглашавања на овим платформама, него се појављују и нови канали оглашавања. Један од њих је инфлуенсер маркетинг. Међутим, с обзиром да интернет није подручје без правног регулисања, поставља се питање одговарајућих правних ризика приликом зараде новца од стране утицајних особа на друштвеним мрежама.

За разлику од других облика маркетинга, инфлуенсер маркетинг се не обраћа целокупном тржишту и свим потенцијалним потрошачима на мрежи, већ одређеној циљној групи, тј. пратиоцима инфлуенсера. Друга значајна разлика у односу на конвенционални маркетинг је та што радње оглашавања нису препознатљиве као такве на први поглед.

Једна од најпопуларнијих платформи друштвених медија за овај облик маркетинга је инстаграм. Корисници могу да отпремају слике које други корисници могу да виде, коментаришу и „лајкују“ их. Ако корисник има много пратилаца, домет утицаја на његове фотографије и „рекламне“ поруке може бити огроман, чинећи их занимљивим за произвођаче који виде шансу да своје маркетиншке поруке шире преко њих у одговарајућу циљну групу. Наравно, овакав образац утицаја не функционише само на инстаграму, већ и на другим друштвеним мрежама. На пример, инфлуенсер маркетинг је веома успешан у оквиру видео платформе *YouTube*. Исецци у којима инфлуенсери уводе производе сврсисходно се постављају испред видео снимака на овој видео платформи. Ова врста пласмана производа није бесплатна. Она се плаћа новцем, бесплатним производима или попустима. Међутим, у највећем

броју случајева овакве радње оглашавања нису означене као такве, чиме се отвара питање допуштености таквих поступака.

Утицајни маркетинг је релативно нова појава на пољу маркетинга. Из тог разлога је правна регулатива још увек нејасна. Али као у случају многих других појава на пољу друштвених медија, не постоји нужна потреба да се стварају нова правна правила за њихово регулисање, већ да се прво испита да ли су постојећи законски прописи применљиви и на овај нови развој. Полазна тачка је сигурно закон који уређује заштиту конкуренције, као и правила оглашавања. Поред тога, релевантни су и прописи којима се штите знакови који се у промету користе за разликовање робе и услуга (прописи о жиговима), као и прописи којима се штите ауторска права.

Правни проблем у вези са рекламирањем на инстаграму од стране утицајних особа се своди на питање када постоји тзв. прикривено оглашавање. У пракси је, наиме, тешко направити границу између уредничког изражавања мишљења и оглашавања. Ако инфлуенсер рекламира производе које је сам купио и наведе при том предности и недостатке производа, нема прикривеног оглашавања. Међутим, ако инфлуенсер закључи уговоре о оглашавању са компанијама, на основу ког добија производе или неку другу корист на име презентације производа на друштвеним мрежама, представљање таквих производа сматраће се оглашавањем. Међутим, захтев за означавањем оглашавања је оно што „угрожава“ маркетинг инфлуенсера. Да не би нарушили аутентичност инфлуенсера, компаније и инфлуенсери се труде да што је могуће неприметније испоштују захтев за означавање оглашавања. Захтеви за означавање зависе, при том, од појединачног случаја и одабраног медија за оглашавање. Једна варијанта је употреба одговарајућих алата за означавање оглашавања на појединачним платформама. На пример, „плаћено партнерство“ на инстаграму или „брендирани садржај“ на фејсбуку. Друга сигурна варијанта је стављање израза „оглас“ или „реклама“ испред поста. Такође, могуће је на почетку назначити да је компанија која се рекламира производ ставила бесплатно на располагање.

Немачки Врховни суд се још увек није изјашњавао да ли је употреба израза „оглашавање“ или „реклама“ у хаштаговима довољна за означавање оглашавања. За сада је начелно употреба хаштагова довољна, при чему хаштаг „оглашавање“ мора увек бити на првом месту.

Оглашавање од стране утицајних лица стога генерално није забрањено - међутим, оглашавање мора бити идентификовано као такво. Ако инфлуенсер добије нешто заузврат за свој допринос, то је несумњиво реклама коју инфлуенсер мора означити. Међутим, последњих година неколико судова у Немачкој су доносили пресуде против инфлуенсера, иако инфлуенсери нису добили ништа заузврат. То се односи на случајеве у којима су инфлуенсери сами купили одређене производе и које су означили на инстаграму (тј. веза до произвођача је постављена на фотографији или видео снимку), а да ово није

означено као оглашавање. Суд је овакве случајеве окарактерисао као недопустиво прикривено оглашавање (нпр. пресуда Регионалног суда у Хајлброну у предмету О 14/18 КfН или пресуда Регионалног суда у Карлсруеу у предмету 13 О 38/1). У образложењу својих пресуда судови су навели да таква објављивања увек треба посматрати у контексту целокупног система. Бесплатне објаве имају за циљ и промоцију сопствене компаније, због чега су у нераскидивом контексту са плаћеним доприносима за оглашавање. Ако још увек не постоји сарадња са повезаном компанијом, може се претпоставити да је она у сваком случају усмерена ка таквој сарадњи.

Анализиране пресуде немачких судова наводе на закључак да ознаке попут „спонзорисано“ или „#ad“ треба избегавати. Уместо тога, треба користити изразе попут „оглашавање“, и треба их ставити на почетку поста са текстом и фотографијама.

За прикривено оглашавање по правили је одговоран инфлуенсер. Међутим, оглашена компанија такође може бити одговорна, и то у случају када је компанија покренула тајно оглашавање или је свесно, односно активно била укључена у то. Супротно томе, одговорност оглашаване компаније обично ће бити негирана, ако уопште не постоји пословни однос између компаније и инфлуенсера.

Наш Закон о оглашавању у чл. 12, ст. 1 прописује да је прикривено оглашавање забрањено. Прикривено оглашавање се при том дефинише као „представљање робе, услуге, пословног имена, жига или друге ознаке, односно активности физичког или правног лица које се бави производњом роба или пружањем услуга, са намером да то представљање има сврху оглашавања и да може да доведе јавност у заблуду у погледу његове стварне природе, с тим да се сматра да намера нарочито постоји, ако се обавља уз новчану или другу накнаду“.²⁷ Исти Закон у чл. 27 прописује да оглашавање у електронским медијима као и у програмским садржајима доступним на захтев путем мрежа електронске комуникације, у замену за новчану или другу накнаду или из самопромотивних разлога мора бити јасно препознатљиво.

Искуства немачких судова свакако могу бити од велике користи домаћим судовима у спорним ситуацијама у вези инфлуенсер маркетинга.

²⁷ Видети чл. 12, ст. 2 Закона о оглашавању (Сл. гласник РС бр. 6/2016, 52/2019).

*Sonja Lučić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

INFLUENCER MARKETING – THE NEED TO ESTABLISH LEGAL REGULATIONS

Summary

In the 21st century, which is characterized by accelerated digitalization, companies that want to have an advantage over other companies are following new trends in marketing development. In other words, in addition to innovating their products, in recent years companies have slowly switched from traditional marketing through print, radio and television to online marketing. However, a specific form of marketing, the so-called "influencer marketing" is becoming increasingly important and popular due to the increasing networking through social media platforms such as Facebook, Instagram, YouTube, Twitter.

The use of public figures for marketing purposes is not new. Namely, celebrities have been used in the advertising industry for a long time, since consumers like to rely on their good taste and experience. Influencer marketing, however, is not regulated by special regulations, but it is also not legally allowed. The analyzed judgments of the German courts show that it is difficult to distinguish between private and business statements of influential persons, because it depends on the specific circumstances of the individual case. Numerous questions regarding influencer marketing are open, so the courts will have a lot of work to do in the years to come. In this sense, the intervention of legislative bodies in the regulatory sense is expected in order to close the existing legal gaps in terms of legal regulation of influencer marketing.

Key words: *influencer, follower, social networks, marketing, surreptitious advertis.*