

Др Соња ЛУЧИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ОДГОВОРНОСТ ВЛАСНИКА ОТВОРЕНЕ БЕЖИЧНЕ МРЕЖЕ ЗА ПОВРЕДУ АУТОРСКОГ И СРОДНОГ ПРАВА

Резиме

Масовно коришћење електронских комуникација и нових мрежних технологија довело је до широке понуде различитих дигиталних садржаја. Међу тим садржајима посебно место имају они који уживају ауторскоправну заштиту. У таквим условима се поставља питање одговорности даваоца услуга информатичког друштва за повреду ауторског и сродних права, посебно када је реч о даваоцима услуга чијим посредством се остварује комуникација корисника мрежних услуга. Аутор у раду, у светлу новије праксе Суда правде ЕУ, анализира одговорност посредничке „mere conduit“ услуге приступа интернету, чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права.

Кључне речи: слобода пружања услуга информатичког друштва, ограничење одговорности даваоца услуга који је само преносник, повреда ауторског и сродних права коју су починиле треће особе, судски налог којим се налаже обавеза заштите приступа интернету лозинком, Директива 2000/31.

І Увод

Ретко која технолошка иновација је променила и константно мења људске потребе као интернет. Ова мрежа омогућава комуникацију и размену информација на планетарном нивоу. Међутим, нове технологије отварају могућност за бројне злоупотребе, између осталог и у облику повреде ауторског и сродног права. Носиоци права предузимају мере против интернет страница које вређају ауторска права. Међутим, особе које се налазе иза тих страница често делују не само ван једне земље, него и ван Европске уније или скривају свој идентитет. Из тог разлога носиоци права делују против пружалаца приступа интернету, како би им суд на-

ложио блокирање приступа интернет страни која крши њихова права. Приступ интернету се онемогућава блокадом IP адресе или путем DNS блокаде. У случају блокаде IP адресе пружалац приступа престаје да преноси захтеве који су послати према блокираној IP адреси. DNS блокаде односе се, пак, на имена домена које корисници употребљавају уместо IP адреса којима је тешко управљати. DNS сервери, којима управљају пружаоци приступа, преводе имена домена у IP адресе. У случају DNS блокаде онемогућава се тај превод.

У Европској унији је Директивом 2001/29 успостављен посебан систем за заштиту ауторског права у информатичком друштву. Ова Директива, између осталог, прописује да државе чланице морају предвидети примерене санкције и правна средства у односу на повреде права и обавезе које су њоме одређене, као и да морају осигурати носиоцима права могућност подношења захтева за издавање судског налога против посредника „чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права“.¹ Осим тога, државе чланице су на основу Директиве 2004/48 дужне прописати поштене, правичне, ефикасне, сразмерне и одвраћајуће мере ради осигурања поштовања права интелектуалне својине, које такође обухватају судске налоге.² Такође, од значаја су и одредбе Директиве 2000/31 која у чл. 12-15 регулише одговорност посредних пружалаца услуга на подручју електронске трговине.

Суд правде ЕУ је имао прилику да развије богату судску праксу на подручју заштите ауторског права на интернету. Овај Суд је, између осталог, у неколико одлука имао прилику да одлучује о питању улоге посредника чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског права у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29. Тако је у предмету C-557/07 Суд одлучио да „субјект, који корисницима пружа само приступ интернету, а не нуди друге услуге, као што су, пре свега, услуге електронске поште, преузимања или дељења датотека, и који не спроводи ни правну, ни чињеничну контролу коришћених услуга, треба сматрати посредником у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29“.³ Овакву пресуду Суд је образложио наводећи да субјект пружа клијенту услугу коју трећа страна може употребити за повреду ауторског права. Овакво тумачење чл. 8, ст. 3. Дирек-

1 Директива 2001/29, чл. 8, ст. 3.

2 Директива 2004/48, чл. 3, 11.

3 Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-557/07>.

тиве 2001/29 Суд је још једном потврдио у пресуди у предмету C-70/10.⁴ У овој пресуди Суд је одлучио да према чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29 и чл. 11. Директиве 2004/48 носиоци права интелектуалне својине могу затражити издавање судског налога против посредника, као нпр. пружаоци приступа интернету, не само ради престанка већ учињених повреда, него и ради превенције нових повреда. На исти начин су и оператери платформи социјалних мрежа на интернету обухваћени појмом посредника у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29.⁵ Суд у Луксембургу је, дакле, више пута потврдио да пружаоце приступа интернету треба сматрати посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29, на које се, дакле, може односити судски налог у смислу исте одредбе. Међутим, нејасно је, да ли је допуштено да се од пословног субјекта који у оквиру своје делатности користи бежичну локалну мрежу с приступом интернету, а која је отворена јавности и бесплатна, на темељу судског налога захтевати да лозинком заштити приступ својој мрежи. Ово питање је проблематика спора који ће бити анализиран у даљем делу рада.

II Чињенично стање у главном поступку и претходна питања

Тобијас Мекфаден је власник продавнице аудио опреме. Он користи бежичну локалну мрежу нудећи, у близини своје продавнице, бесплатни и анонимни приступ интернету. Како би омогућио тај приступ интернету, Мекфаден користи услуге телекомуникацијског предузећа. Приступ тој мрежи био је намерно незаштићен са циљем да привуче пажњу клијената суседних трговина и пролазника. Почетком септембра 2010. године Мекфаден је изменио назив своје мреже из „mcfadden.de“ у „freiheitstattangst.de“ (у преводу: слобода уместо страха), како би изразио подршку заштити личних података и противљење претераном државном надзору.

У истом периоду на интернету је путем бежичне локалне мреже коју користи Мекфаден јавности стављено на бесплатно располагање музичко дело без овлашћења носиоца права. *Sony Music* је произвођач фонограма тог дела. Мекфаден је сматрао да није починио повреду права,

4 Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>.

5 Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-360/10. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-360/10&language=EN>.

али није могао искључити могућност да је повреду извршио један од корисника његове мреже.

Дописом од 29. октобра 2010. године, *Sony Music* је опомену Мекфадена да поштује његова права на наведени фонограм. Након те опомене, Мекфаден је пред судом који је упутио захтев поднео негативну деклараторну тужбу. Одговарајући на тужбу, *Sony Music* је поднео више против захтева којима се од Мекфадена првенствено захтева исплата штете на темељу његове непосредне одговорности за повреду права *Sony Music*-а на наведеном фонограму. Осим тога, захтевано је и окончање повреде нанесене правима *Sony Music*-а под претњом новчане казне, као и накнада његових трошкова слања опомене и трошкова поступка. Почетком јануара 2014. године донета је пресуда због изостанка Мекфадена у корист *Sony Music*-а.

Мекфаден је поднео приговор против те пресуде, навевши да је ослобођен одговорности на темељу прописа немачког права који су преузети из чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31.

У оквиру поступка по приговору, *Sony Music* је затражио да се потврди наведена пресуда и да у случају да надлежни суд не утврди непосредну одговорност Мекфадена, њему буде наложена накнада штете на темељу немачке судске праксе која се односи на посредну одговорност корисника бежичне локалне мреже из разлога што није предузео мере заштите своје бежичне локалне мреже, чиме је омогућио трећим лицима да повреди права *Sony Music*-а.

Надлежни суд је одлучио да прекине поступак који је покренут пред њим и обратио се Суду у Луксембургу. Наиме, у свом захтеву за претходно одлучивање немачки суд је навео да је склон да утврди да повреду права *Sony Music*-а није починио непосредно Мекфаден, већ непознати корисник његове бежичне локалне мреже. Ипак, овај суд је у поступку Мекфадена препознао посредну одговорност због тога што он није заштитио мрежу, чиме је омогућио анонимно чињење те повреде. Ипак, надлежни Регионални суд у Минхену је имао дилему да ли чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31, који је пренесен у немачки Закона о електронским медијима искључује сваки облик одговорности Мекфадена.

У тим околностима Регионални суд у Минхену је у свом захтеву суду у Луксембургу поставио више питања. Наиме, овај суд је пре свега хтео да сазна да ли пословни субјект који у оквиру своје делатности користи бежичну локалну мрежу с приступом интернету, која је отворена

јавности и бесплатна, пружа услугу информатичког друштва у смислу Директиве 2000/31. Такође, суд је хтео да сазна у којој је мери ограничена његова одговорност за повреде ауторског права које су починили трећи корисници, и може ли се од таквог корисника јавне бежичне мреже на темељу судског налога захтевати да лозинком заштити приступ својој мрежи.

III Област примене чл. 12. Директиве 2000/31

Општи оквир за одговорност интернет провајдера садржан је у чл. 12-14 Директиве о електронској трговини, који прописују три услова под којима се интернет провајдер не може сматрати одговорним за повреде права које учини треће лице користећи његове услуге. Према чл. 12. ове Директиве провајдер који само преноси информације или обезбеђује приступ мрежи и који а) не иницира пренос, б) не бира примаоца преноса и ц) не бира и не мења информације садржане у преносу, не може се сматрати одговорним за такву информацију. Такве информације могу бити и у облику дигиталних дела заштићених ауторским правима. Одговорност је, такође, искључена у случају дугорочног или трајног складиштења података на серверу (хостинг), као и у случају аутоматског, привременог и пролазног смештаја информација, под условом да је сврха складиштења да се повећа ефикасност преноса тих информација.⁶ Да би могао да се ослободи од одговорности у смислу чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини, Мекфаден као оператер бежичне мреже преко које су песме могле илегално да се преузму, треба да се квалификује као интернет провајдер. Директива о електронској трговини не дефинише појам услуге информатичког друштва. Међутим, Директива 98/48 у чл. 1(2) прописује да је услуга информатичког друштва свака услуга која се обично пружа уз накнаду, на даљину, електронским средствима и на лични захтев примаоца услуга. У спорном случају, Мекфаден није испунио један критеријум из ове дефиниције, тј. није понудио своје услуге уз надокнаду. Међутим, из раније праксе Суда правде произилази да накнаду за услугу коју је пружио субјект у оквиру своје привредне делатности не плаћају нужно особе које су њени корисници. То посебно важи када се услуга бесплатно пружа у сврху оглашавања робе или услуга које се нуде, с обзиром на то да је трошак те активности садржан у продајној цени ро-

6 Eva Inés Obergefell, „Gerichtlich verordneter Passwortschutz für WLAN-Hotspots – Zur Reichweite der Access Provider – Privilegierung von kommerziellen WLAN-anbietern“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 48/2016, 3490.

бе или услуга.⁷ Имајући то у виду, Суд је у предметном спору закључио да услуга коју пружа корисник комуникацијске мреже и која се састоји у томе да се та мрежа ставља на бесплатно располагање јавности, представља „услугу информатичког друштва“, под условом да се та услуга врши у сврху оглашавања робе или услуга које се нуде.

Директива 2000/31, дакле, ограничава грађанску одговорност посредника, искључујући сваку тужбу за накнаду штете која се темељи на било ком облику грађанске одговорности. Са друге стране, обавеза држава чланица ЕУ да предвиде судски налог против посредног пружаоца услуга произлази из чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29. Могућност да се изда судски налог посреднику, који пружа приступ интернету и чије услуге користи трећа особа вређајући туђе ауторско или сродно право, произлази и из праксе Суда правде ЕУ.⁸

У предметном случају Суд правде ЕУ је чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31 протумачио у смислу да носилац ауторског или сродног права који је претрпео штету услед повреде свог права, не може захтевати накнаду штете од пружаоца приступа интернету, због тога што су трећа лица користећи тај приступ повредила његово право. Осим тога, носилац права не може захтевати ни накнаду трошкова слања опомене или судских трошкова насталих поводом захтева за накнаду штете. С друге стране, Суд је заузео став да носилац права може захтевати спречавање наставка повреде, као и покриће трошкова слања опомене и судских трошкова од пружаоца приступа комуникацијској мрежи чије су услуге биле коришћене за чињење те повреде, под условом да се ти захтеви односе на или следе након изрицања налога од стране националног суда или другог надлежног органа којим се том даваоцу услуга забрањује омогућавање наставка повреде права.

Суд правде ЕУ је у вези са постављеним питањима, такође, заузео став да не постоје сметње за доношење судског налога којим се пружаоцу приступа комуникацијској мрежи, под претњом новчане казне, налаже да заштити своју бежичну мрежу и „детектује“ сваког поједунца који се прикључује на његову мрежу, како би тај појединац могао да сноси одговорност за повреду ауторског или сродног права.

7 Вид. Пресуду Суда правде ЕУ у предметима: C-291/13 и C-191/97.

8 Вид. Пресуду Суда правде ЕУ у предметима: C-70/10, C-360/10 и C-314/12.

IV Заштита WI-FI мреже лозинком

Пресуда Суда правде ЕУ у случају *McFadden/Sony Music* је донета дан након што је Европска комисија објавила пројекат подршке отворене бежичне мреже на јавним местима.⁹ WI-FI мрежа је бежична локална мрежа. Власник WI-FI мреже има потпуну контролу над њом: може променити име мреже, лозинку, број повезаних корисника, омогућити или онемогућити размену информација међу корисницима, и многе друге могућности. Са друге стране, интернет повезује много локалних мрежа преко рутера. Корисници, по правилу, не могу контролисати интернет везу.

Једно од питања на које је Суд у Луксембургу требао да протумачи односи се на дилему да ли су мере попут прекида интернет везе, њена заштита лозинком или надзор свих комуникација пренесених том везом усклађене са Директивом 2000/31. У својој ранијој пракси, Суд је пресудио да се релевантним одредбама 2001/29 и 2000/31, с обзиром на темељна права која се примењују, противи судски налог насловљен на даваоца услуге приступа интернету да успостави систем филтрирања у превентивне сврхе, који се примењује на све електронске комуникације са свим његовим клијентима и који искључиво он плаћа.¹⁰ Имајући то у виду, Суд је у анализираном случају заузео став да налог да се искључи интернет веза очигледно није у складу са захтевом праведне равнотеже између темељних права, јер задире у битан садржај права на слободу предузетништва. Осим тога, таква мера је супротна чл. 3. Директиве 2004/48, на темељу које суд који је издао судски налог мора пазити да предузете мере не стварају препреку законитој трговини.

Што се тиче праћења свих пренесених информација, таква мера мора, по мишљењу Суда, бити искључена као супротна чл. 15, ст. 1. Директиве 2000/31 који забрањује, између осталог, да се пружаоцима приступа комуникацијској мрежи наметне општа обвеза праћења информација које преносе. Са друге стране, Суд је сматрао да меру чији је циљ заштита интернет везе путем лозинке треба сматрати нужном за осигурање делотворне заштите основног права на заштиту интелектуалног власништва.

Могућност да се судским налогом наложи власнику отворене бежичне мреже да лозинком заштити приступ тој мрежи, у циљу заштите ауторског или сродног права, проблематична је из више разлога. Наиме,

9 Reto Mantz, „Rechtssicherheit für WLAN? – Die Haftung des WLAN-Betreibers und das *McFadden-Urteil* des EuGH“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21/2016, 817.

10 Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-70/10.

увођење обавезе заштите може да доведе у питање пословање предузећа, која акцесорно уз своје остале делатности нуде приступ интернету. Наиме, постоји могућност да одређена предузећа одустану од те додатне услуге, ако би она претпостављала улагања и прописана ограничења везана за заштиту мреже и управљање корисницима. С друге стране, одређени корисници те услуге, као на пример клијенти ресторана брзе хране или трговине, могу да одустану од њеног коришћења, ако би она укључивала обавезу идентификације приликом уношења лозинке. Наметање обавезе заштите бежичне мреже за особе које користе ту мрежу како би пружиле приступ интернету својим клијентима и јавности значи да морају идентификовати кориснике и похранити њихове податке. Обавеза регистрације корисника и похрањивања приватних података спадају, пак, у прописе о делатности телекомуникацијских оператера и других даваоца услуга приступа интернету.¹¹ Налагање таквих административних ограничења чини нам се непропорционалним када се ради о особама које својим клијентима и потенцијалним клијентима предлажу приступ интернету путем бежичне мреже, на акцесоран начин у односу на њихову главну делатност. У оквиру вођења поступака против повреде ауторског или сродног права, заштита мреже није сама себи циљ, већ само представља претходну меру која омогућава кориснику да извршава одређени надзор над активностима везаним за ту мрежу. Стога је додела активне и превентивне улоге посредним даваоцима услуга супротна њиховом посебном статусу, које штити Директива 2000/31.

V Закључак

Директива о електронској трговини заступа хоризонтални режим одговорности, што значи да се одредбе о органичењу од одговорности примењују на све врсте повреда. Директива уводи такозвани режим „сигурних лука“ по коме пружалац услуга информационог друштва, који на одређени начин наступа на итнеренту, тј. испуњава услове из чланова 12–14 Директиве, није обавезан да врши претходни мониторинг садржаја који преноси, односно складишти, нити је дужан да активно тражи чињенице које указују на противзаконите активности.¹²

11 Gerald Spindler, „Die neue Providerhaftung für WLANs – Deutsche Störerhaftung adé?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 34/2016, 2451.

12 О режиму тзв. „сигурних лука“ више у Јелена Ђеранић, „Одговорност интернет посредника за повреду жига у праву Европске уније“, *Право и привреда*, 7-9/2016, 413-427.

Наиме Директива предвиђа да је од одговорности за нелегалност садржаја изузет сваки пружалац услуге који врши чист технички пренос података, привремено складиштење података и трајно складиштење података. Иако Директива регулише питање ограничења од одговорности, она не регулише питање сазнања за нелегалан садржај и процедуре скидања - онемогућавања спорног садржаја. Тиме су ова питања препуштена земљама чланицама да их регулишу својим националним прописима.

Суд правде ЕУ имао је прилику да у случају *McFadden/Sony* одговори на низ спорних питања која се односе на одговорност власника отворене WI-FI мреже. Пресуда Суда правде ЕУ у овом случају великим делом је донета у корист власника отворених WI-FI мрежа. Наиме, Суд је у пресуди истакао да прављење отворене WI-FI мреже доступне јавности, са циљем да се привуку нове муштерије, је „услуга информатичког друштва“. Суд је, такође, истакао да власник отворене WI-FI мреже не одговара за повреду ауторског или сродног права коју учини треће лице користећи његову мрежу. За изузимање од одговорности морају бити испуњени следећи услови: а) власник отворене WI-FI мреже није иницирао процес преноса података; б) власник није одабрао примаоца преноса; в) власник није користио, ни модификовао информације које садрже пренос података. Са друге стране, провајдери морају лозинком да заштите своју мрежу, ако им се укаже на кршење ауторских права са њихове адресе. Такође, корисници који користе мрежу морају да открију свој идентитет како би добили приступ мрежи, све у циљу спречавања кршења ауторских права, односно лакше утврђивање одговорности.

Анализираном пресудом доводи се у питање реализација плана Европске комисије да се до 2020. године омогући бесплатан WI-FI на јавним местима. Наиме, Европска комисија је своју иницијативу бесплатног интернета презентовала тако да ће приступ интернету бити могућ без лозинке. Суд правде ЕУ је у својој пресуди, пак, признао право власника ауторског или сродног права да траже заштиту лозинком отворене WI-FI мреже. Пресуда Суда правде ЕУ, такође, не иде у прилог ни онима који воде рачуна о својој приватности приликом коришћења отворених мрежа.

Српски Закон о електронској трговини у великој мери је усклађен са Директивом о електронској трговини.¹³ Имајући у виду да информационе технологије постају саставни део сваке животне сфере, њихово регулисање не може бити препуштено само једном закону. У том смислу су

13 Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, 41/2009 и 95/2013.

драгоцена искуства земаља чланица ЕУ, пре свега пракса Суда правде ЕУ и националних судова земаља чланица.

Sonja LUČIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of law University of Kragujevac

LIABILITY FOR OPERATORS OF OPEN WI-FI NETWORK FOR INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

Summary

A provider that offers free unprotected Wi-Fi should not be held responsible when their users use the service to infringe copyright. This is according to the Court of Justice of the European Union (CJEU) in case McFadden/Sony. The CJEU found that the provider may be able to rely on the "mere conduit" defence against liability in the E-commerce Directive. In contrast to an internet website host, a Wi-Fi provider normally doesn't store any information (such as copyright works) of a more permanent nature. For example, the downloading of a film is not normally continued for any length of time and, after having transmitted the information, the Wi-Fi provider no longer has any control over that information. A Wi-Fi-provider is simply not in a position to take action to remove certain information or disable access to it at a later time.

In addition, the CJEU concluded that a national court could order a provider of free Wi-Fi to take steps to prevent the infringement through password protected accounts and obtaining user identity information. In this decision the CJEU has struck a balance between the interests of copyright holders and other fundamental rights, especially in relation to the right of freedom to conduct a business and the right of others to information. As pointed out by the CJEU, when several fundamental rights protected under EU law are at stake, it is for the national authorities or courts concerned to ensure that a fair balance is struck between those rights.

One controversial aspect is that a court may issue an injunction requiring a Wi-Fi provider to password protect its network, but the CJEU has stated that password protection is an effective measure only if the user is required to provide identity details to the Wi-Fi provider so that the user cannot act anonymously. However, a provider may not try to obtain users' identity details by mandatory means. That would interfere with users' right to privacy (Art. 7

EU Charter of Fundamental Rights) and potentially the right to protect personal data (Art. 8 EU Charter of Fundamental Rights).

Key words: *free movement of information society services, limitation of liability of a provider of 'mere conduit' services, infringement of copyright and related rights by third-party users, injunction entailing an obligation to password – protect an Internet connection, Directive 2000/31/EC.*