

Др Свјетлана ИВАНОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

УЛОГА ПОСРЕДНИКА У ЗАШТИТИ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ

Резиме

Аутор анализира улогу посредника у поступку остваривања и заштите субјективних права интелектуалне својине у дигиталном окружењу. Посредник је лице које пружа услуге приступа мрежи, чувања и преноса података у мрежи и на тај начин обезбјеђује техничке предуслове за извршење повреде права. С обзиром на то да је улога посредника углавном техничке природе, он не одговара за повреду права уколико се понаша пасивно, тј. уколико не да свој допринос повреди права. Искључење одговорности посредника за извршену повреду не утиче на могућност изрицања привремених мјера и судских налога усмјерених на престанак повреде права. Изричито је предвиђено да се посредницима не могу уводити мјере општег надзора и праћења садржаја. Преокрет у односу на постојећи режим одговорности посредника могао би да се догоди усвајањем Приједлога Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту, којим се практично уводи обавеза општег надзора посредника. Немогућност адекватне заштите права у дигиталном окружењу доводи до јачања улоге посредника. Међутим, заштита права интелектуалне својине не смије угрожавати друга права корисника Интернета.

Кључне ријечи: посредник, привремене мјере, право интелектуалне својине, одговорност, општи надзор.

І Увод

Традиционални концепт заштите права интелектуалне својине очигледно не даје задовољавајуће резултате у дигиталном окружењу. Повреде права на Интернету су учестале у толикој мјери да постају општеприхваћени модел понашања, који не прати свијест да се чини нешто што

је недопуштено или погрешно. Чак и ако корисник зна да чини нешто што је забрањено и незаконито, његов субјективни осјећај је да не ради ништа лоше. То само додатно отежава откривање, кажњавање и спречавање повреда на Интернету. Поставља се питање који је смисао постојања законом признатог субјективног права ако се не може заштитити у пракси. Штавише, ако преовлађује мишљење да одређено право не треба штитити, односно, да закон не треба примјенити, онда пропис губи легитимитет и треба га мијењати. У теорији се истиче да право интелектуалне својине губи своје етичко утемељење и да не одговара више општеприхваћеним схватањима јавног или друштвеног морала.¹ Стога, очито је да су неопходне корјените промјене и прилагођавање права интелектуалне својине новим условима, како у погледу материјалноправних одредаба, тако и по питању спровођења права и заштите у случају повреде права.

Чињеница да се заштита права интелектуалне својине тешко спроводи на Интернету, не значи да она не треба да постоји, већ је неопходно пронаћи нови модел остваривања који ће бити погодан за све заинтересоване стране, за носиоце права, кориснике, посреднике и крајње потрошаче. Нека од могућих рјешења су лиценце отвореног садржаја, претварање искључивих права у неискључива и њихово свођење на накнаду за коришћење, проширење ограничења права и сл.² Улога посредника све више добија на значају, будући да им се намеће све више обавеза, без обзира на начелно правило о ослобођењу од одговорности.

Једно од веома актуелних питања данашњице је улога посредника у повреди субјективних права интелектуалне својине. Посредници су она лица чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права, односно права интелектуалне својине. У дигиталном окружењу, то су лица која пружају услуге техничког приступа мрежи, врше пренос података путем мреже и чување података које корисници постављају на мрежу. С обзиром на то да је њихова улога углавном техничког карактера, одговорност за евентуалну повреду права коју друга лица врше је искључена, под условом да се понашају пасивно. Без обзира на евентуално учешће или допринос повреди права, посредници постају значајна кари-

1 Irini Stamatoudi, „Ethics, Reality and the Law, The Example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele2“, *Revue Hellénique de Droit International*, 63, бр. 2/2010, 946.

2 Детаљније вид. Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и интернет, - називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 83-112.

ка у ланцу заштите и спровођења права интелектуалне својине, било да сарађују са носиоцима права или надлежним органима.³

II Положај посредника у изворима права Европске уније

Одговорност посредника, односно пружалаца услуга на Интернету, у Европској унији уређена је Директивом о електронској трговини.⁴ Посредници који омогућавају приступ мрежи и пренос података путем мреже неће одговарати за садржину података, а тиме ни за повреду права, уколико нису иницирали пренос, нису утицали на избор примаоца преноса, као и на избор садржаја који се преноси, нити су вршили било какве измјене података који се преносе. Пренос података и омогућавање приступа мрежи подразумејева прављење аутоматских, привремених и пролазних копија података који се преносе. Ако привремене копије служе искључиво за омогућавање приступа мрежи и ако се не чувају дуже него што је разумно потребно за пренос, под напријед наведеним условима, посредници неће одговарати за повреду ауторског и сродних права.⁵

Посредници који омогућавају пренос података у мрежи не одговарају за стварање аутоматских, привремених и пролазних копија података, које су настале искључиво у циљу ефикаснијег преноса података. Према одредбама Директиве, то су тзв. кешинг провајдери који врше привремено и аутоматско чување података да би пренос података био ефикаснији. Прављење копија података представља радњу умножавања у ауторско-правном смислу. Да би била искључена одговорност посредника, он као давалац услуга не смије мијењати податке. Осим тога, мора поштовати услове приступа подацима, поштовати правила у вези са освјежавањем података која су прописана на опште признат и уобичајен начин. Посредник се не смије мијешати у законито коришћење технологије, која је опште призната и уобичајена у одређеној дјелатности, с циљем добијања података о коришћењу информација. Уколико су подаци у почетном облику преноса уклоњени са мреже или им је онемогућен приступ, посредник има обавезу да што прије, одмах по сазнању, уклони податке или

3 Видјети European Commission, Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for IPR enforcement, Summary of responses, 14.09.2016, доступно на адреси: [file:///C:/Users/X/Downloads/Summary%20public%20consultation_final%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/X/Downloads/Summary%20public%20consultation_final%20(1).pdf), 15.03.2017, 45-47.

4 Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савјета о одређеним правним аспектима информатичког друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 178, чл. 12-15.

5 Директива 2000/31, чл. 12.

онемогући приступ подацима које је сачувао. Исту обавезу има и ако постоји одлука суда или управног органа да се уклоне подаци или да се онемогући приступ подацима.⁶

Осим омогућавања приступа мрежи, преноса података и стварања привремених копија у те сврхе, посредници пружају услугу чувања података на мрежи или тзв. хостинг услуге. Пружаоци хостинг услуга неће одговарати за садржај података које чувају, под условом да нису упознати са противзаконитом активношћу или подацима, односно, да у погледу захтјева за накнаду штете, не знају за чињенице и околности из којих би противзаконита активност или податак били очигледни. Други услов је да посредник, односно пружалац хостинг услуге одмах по сазнању за противзакониту активност или податак, уклони те податке или онемогући приступ тим подацима. Ако прималац хостинг услуге, односно лице које је поставило спорни садржај, дјелује под надлежношћу или контролом посредника, тада нема основа за искључење одговорности.⁷

Директивом о електронској трговини изричито је искључена могућност увођења опште обавезе праћења података који се преносе, или опште обавезе да активно траже чињенице и околности које би указивале на нелегалне активности. Државе чланице могу предвидјети да посредник, као давалац услуга, има обавезу да одмах обавијести надлежне органе о наводним противзаконитим активностима или подацима које врше или пружају њихови корисници, тј. примаоци услуга. Такође, могуће је предвидјети обавезу да надлежним органима, на њихов захтјев, доставе податке који омогућавају идентификацију примаоца услуга, односно корисника са којима имају закључен уговор.⁸

Искључење одговорности посредника за повреду права не утиче на могућност изрицања привремених мјера усмјерених на спречавање и престанак вршења повреде права, као и на могућност истицања захтјева за пружање информација о извршиоцу повреде. Могућност изрицања наведених мјера посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине предвиђена је Директивом о спровођењу права.⁹ Такође, Директивом о хармонизацији одређених аспеката

6 Директива 2000/31, чл. 13.

7 Директива 2000/31, чл. 14.

8 Директива 2000/31, чл. 15.

9 Директива 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 157, чл. 9, ст. 1а, чл. 11(3), чл. 8, ст. 1.

ауторског и сродних права у информатичком друштву, предвиђено је да носиоци права могу захтијевати изрицање судских налога против посредника чије услуге користи трећа страна да би повриједила ауторско или сродно право.¹⁰ Дакле, иако је одговорност посредника за повреду права интелектуалне својине на Интернету искључена под предвиђеним условима, то не утиче на могућност изрицања појединих мјера према њима, како би се окончала повреда права. Разлог томе лежи у чињеници да је лицима која врше повреду права на Интернету веома тешко, а понекад чак и немогуће ући у траг. Због тога је неопходно да посредници буду прва, ако не и једина, линија одбране права на Интернету.

III Изрицање мјера за заштиту права интелектуалне својине према посреднику

Привремене мјере и судски налози, међу којима су најчешћи филтрирање садржаја и блокирање приступа, представљају посебно интересантно питање и један од проблема којима се Директива о електронској трговини није бавила. Циљ изрицања судских мјера је, прије свега, забрана постојећих и превенција будућих повреда права. Постоји неколико заједничких проблема у вези са судским забранама. Прво, Директивом је предвиђено да се не може увести обавеза општег надзора над садржајем који се поставља. Поједине мјере филтрирања садржаја управо налажу такву обавезу, што је понекад практично тешко спровести, а у сваком случају је неисплативо. Даље, не може се очекивати од свих да развију технику филтрирања, јер је то понекад немогуће. Неријешено је и питање чија би обавеза била достављање доказа да се врши филтрирање, посредникова или носиоца права. Посебно питање тиче се тежине повреде која ће бити обухваћена судском забраном. Носилац права има интерес да се убудуће спријечи не само идентична, већ и слична повреда права, док посредници немају техничке могућности да филтрирају сличан садржај, јер би то онда водило општем филтрирању.¹¹

Европски суд правде је више пута имао прилику да се изјасни о мјерама усмјереним на престанак повреде права које се изричу посредни-

10 Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 167, чл. 8, ст. 3.

11 Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni Maria Riccio, Aurélie Van der Perre, *Study on the liability of internet intermediaries*, 2007, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf, 15.05.2016, 21.

цима. У случају *L'Oréal and Others*, једно од спорних питања упућених Европском суду правде односило се на природу мјера које се могу изрећи посреднику. Наиме, спорно је било могу ли судски налози који се изричу посреднику бити усмјерени на спречавање будућих повреда, а не само на окончање повреде. Између судских забрана које се изричу лицу које врши повреду права и забрана које се изричу посредницима чије услуге користи треће лице за повреду права, постоје разлике. Прво, разлике се тичу лица према којима се забране изричу и њихове одговорности. Лицу које врши повреду права забрањује се даље вршење повреде и забрана је упућена директно извршиоцу повреде. Да би се изрекла забрана, повреда права мора бити утврђена и учинилац идентификован. Посредник може учествовати у повреди права и ту се најчешће ради о посредној повреди, или може бити потпуно несвјестан повреде, ако није знао, нити је могао да зна за повреду. Судске забране изричу се посреднику без обзира на евентуалну одговорност за повреду права или учешће у истој. Изрицање судске мјере посреднику може бити кључно, нарочито кад су у питању повреде права на Интернету, јер се често не зна и не може утврдити ко је непосредни извршилац повреде. Извршилац повреде користи услуге посредника чији је идентитет познат и који је у позицији да оконча повреду права.¹²

Сходно томе, различита је садржина мјера које се изричу према извршиоцу повреде и посреднику. Посредник, пружањем услуга, ствара техничке претпоставке за извршење повреде права, те су мјере које се изричу посреднику усмјерене превасходно на технички аспект извршене повреде. Према мишљењу Суда, мјере које се изричу посреднику се не могу ограничити искључиво на престанак вршења повреде права и забрану наставка повреде, већ и на спречавање будуће повреде права.¹³ У образложењу, Суд се позива на одредбе Директиве о електронској трговини¹⁴ и преамбулу Директиве о спровођењу права којом је предвиђено да би, у зависности од околности конкретног случаја и ако је оправдано околностима, мјере, поступци и правни лијекови који се прописују, тре-

12 Мишљење општег правозаступника *Jääskinen* у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, од 09.12.2010. године, пар. 179.

13 Пресуда Европског суда правде *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*, C-324/09, од 12.07.2011. године, пар. 130, 131.

14 Директива 2000/31, чл. 18 гласи: „Државе чланице осигуравају да могућности тужбе које су расположиве на основу националног права у погледу дјелатности пружања услуга информатичког друштва омогућава брзо усвајање мјера, укључујући привремене мјере, за окончање било ког наводног прекршаја и спречавање сваког даљег нарушавања интереса странака“.

бало да укључују мјере забране с циљем спречавања даљих повреда права интелектуалне својине.¹⁵

Уколико је посредник у могућности да спријечи будуће повреде права, питање је на који начин и којим средствима то може учинити, односно које конкретне мјере се могу изрећи. То је углавном препуштено националним судовима, уз обавезу поштовања општих принципа пропорционалности, ефикасности и одвраћајућег ефекта санкција. Осим тога, искључена је могућност увођења општег надзора електронских комуникација, јер би то било технички тешко изводљиво, скупо и непропорционално извршеној или будућој повреди права. Према мишљењу општег правозаступника, посреднику се може изрећи мјера забране будуће повреде само у односу на конкретног извршиоца повреде и у односу на конкретну ознаку заштићену жигом.¹⁶

Мјере које се изричу не смију бити сметња законитој трговини, што би у конкретном случају значило да се интернет оператеру, односно провајдеру наведеног сајта, не смије изрећи општа или трајна забрана продаје робе означене заштићеном ознаком.¹⁷ Улога посредника, у овом случају оператера сајта за онлајн куповину, може бити кључна за откривање извршиоца повреде, будући да су лица која врше повреду права најчешће у уговорном односу са посредником. Иако се мора водити рачуна о заштити личних података, Суд истиче да је продаја путем интернета трговинска дјелатност, те да није приватна ствар, тако да се продавац може јасно идентификовати.¹⁸

У другом случају, организација за колективно остваривање ауторског и сродних права у Белгији, *SABAM*, тужила је интернет сервис провајдера због повреде права коју су извршили корисници интернета. Суду је упућено питање да ли је интернет посреднику могуће изрећи мјеру филтрирања свих електронских комуникација, која се односе на све кориснике и да ли је могуће изрећи као превентивну мјеру, на неограничени период времена и о трошку посредника.

Директивом о електронској трговини забрањено је увођење мјере општег надзора информација које се преносе путем електронских комуникација. Забрана се односи на увођење обавезе интернет провајдера да

15 Директива 2004/48, преамбула, рецитал 24.

16 Мишљење општег правозаступника у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, пар. 182.

17 Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 140.

18 Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 142.

активно надгледа све податке својих корисника како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине. Таква мјера не би била пропорционална и била би претјерано скупа. Посредник би био дужан да превентивно надгледа све електронске комуникације и све информације које корисници размјењују путем интернета, како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине, што би било супротно Директиви о електронској трговини. Такође, мјера филтрирања би могла да угрози слободу информисања, с обзиром на то да би се могли појавити проблеми у вези са разграничењем законитог и незаконитог садржаја, што би могло водити блокирању законитих комуникација. Мора се водити рачуна и о евентуалним ограничењима ауторског права, која су прописана националним законодавством, услијед којих би исти садржај у различитим државама могао имати различит третман. Уколико би мјера филтрирања била изречена посреднику, била би нарушена равнотежа између права интелектуалне својине на једној страни и права на обављање трговинске дјелатности, права на заштиту личних података и права на слободан проток информација, на другој страни.¹⁹

Европски суд правде је убрзо послије тога имао прилику да се изјасни о сличном случају. Иста организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, *SABAM*, тужила је оператера платформе за друштвене мреже, *Netlog*, због чувања и јавног саопштавања музичких дјела са њеног репертоара од стране корисника друштвене мреже. Организација је тражила изрицање мјере филтрирања садржаја у циљу спречавања повреде ауторског права. Међутим, као и у претходном случају, суд је истакао да се хостинг провајдеру не смију изрицати мјере филтрирања података које корисници друштвене мреже постављају на мрежу, ако се филтрирање примјењује на све кориснике, као превентивна мјера, на неограничени период времена и искључиво на трошак провајдера, и ако би се таквим филтрирањем могао идентификовати садржај заштићен правима интелектуалне својине, а све у циљу спречавања повреде тих права.²⁰

Европски суд правде имао је прилику да се изјасни о могућности изрицања уопштене забране вршења повреде права интелектуалне својине у случају *Telekabel*. У спорном случају, суд је наложио провајдеру да оконча повреду права, препуштајући му избор конкретних мјера. Мјере

19 Пресуда Европског суда правде *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, од 24.11.2011. године, пар. 47-53.

20 Пресуда Европског суда правде *SABAM v. Netlog*, C-360/10, од 16.02.2012. године.

којима би се окончала повреда ауторског права не би требало да угрозе приступ законитом садржају, односно садржају којим се не врши повреда ауторског права. У том смислу, постављено је питање уравнотежења интереса различитих страна, односно уравнотежења њихових права, заштите ауторског и сродних права носилаца права, заштите слободе предузетништва посредника и заштите слободе информисања корисника интернета. Општи правозаступник је изнио став да уопштена забрана изречена посреднику да својим клијентима даје приступ тачно одређеној страници на интернету на којој се врши повреда ауторског права, не обезбјеђује усклађеност основних права страна на које се односе, конкретно ауторског права, слободе предузетништва и слободе приступа информацијама.²¹

Међутим, Суд је одступио од мишљења општег правозаступника отварајући простор за изрицање уопштених налога посредницима да прекину повреду, без прецизирања конкретних мјера, под условом да предузете мјере не лишавају кориснике Интернета могућности да законито приступају информацијама и да те мјере спречавају или бар отежавају неовлашћено приступање предметима заштите, те да озбиљно обесхрабрују кориснике интернета који за приступање неовлашћеном садржају користе услуге провајдера.²² Јасно је да се мора водити рачуна о интересима корисника интернета, али и о ефикасној заштити права интелектуалне својине. Међутим, истиче се да је потпуна забрана, односно престанак повреде права у пракси тешко остварив, те би у том случају изрицање мјера које је могуће заобићи представљало својеврстан компромис којим би се удовољило интересима корисника и носилаца ауторског права.

Примјећујемо да Суд у извијесној мјери ублажава концепт ефикасности мјера, јер уколико спречавање повреде није могуће, онда прихвата као минимум бар отежавање приступа незаконитом садржају и обесхрабрење корисника Интернета да то чине. Чини се да Суд, на овај начин, прећутно прихвата немогућност ефикасног сузбијања повреда ауторског права на Интернету, прихватајући као легитиман и довољан циљ отежавање приступа предмету заштите. Уколико је немогуће отклонити повреду права, онда је довољно барем указати на нелегалност садржаја коме се

21 Мишљење општег правозаступника *Cruz Villalón* у случају *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, 26.11.2013, пар. 89-90.

22 Пресуда Европског суда правде *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH i Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, C-314/12, од 27. марта 2014. године, пар. 64.

приступа, што би могло утицати на свијест појединих корисника. Да ли се то може сматрати довољном и ефикасном мјером, друго је питање.

IV Одговорност посредника за повреду права интелектуалне својине

Субјективна права интелектуалне својине су апсолутна права, што значи да тужбени захтјев може бити усмјерен против било ког лица које врши повреду тог права. Изрицање мјера посредницима не може да се уклопи у опште стандарде о одговорности за повреду права, јер погађа трећа савјесна лица. Кључно питање је могу ли се судски налози изрицати лицима која нису одговорна за повреду права. Повреда права интелектуалне својине постоји без обзира на субјективни однос извршиоца, дакле, без обзира на то да ли је знао или могао знати да врши повреду права. Кривица може да буде од значаја само за поједине тужбене захтјеве, као што је захтјев за накнаду штете или неосновано обогаћење. То значи да се остали тужбени захтјеви, као што су захтјев за престанак повреде, уклањање стања насталог повредом права, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права или средстава која су употребљена за повреду права, могу изрицати без обзира на кривицу. Дакле, наведене мјере могу се изрицати и другим лицима, а не само извршиоцима повреде. У теорији постоје схватања да мјере које се изричу према посредницима, без обзира на њихову одговорност, имају утемељење у римском праву у тзв. *in rem* тужбама, односно тужбама којима се штите апсолутна права.²³

Уколико интернет провајдер или хостинг провајдер, као пружалац услуга, омогући другом лицу да изврши повреду права, онда се може говорити о посредној одговорности, односно посредној повреди права. Одговорност посредника који активно учествује у повреди, утиче на избор садржаја, мијења садржај и сл. не може бити искључена. У том случају, посредник одговара за повреду права, према општим правилима о грађанскоправној одговорности. Међутим, уколико посредник није знао или није могао да зна да се његове услуге користе за повреду права, његова одговорност је искључена, али се од њега може захтијевати да предузме мјере којима ће бити прекинута повреда права. Тужбени захтјев да се престане са повредом права може бити упућен лицу које није одговорно

23 Martin Husovec, „Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 4, бр. 22013, 118.

за повреду права, али је у фактичкој могућности да повреду оконча, а окончање повреде и спровођење мјера, по правилу, пада на терет онога према коме су мјере изречене.

Мјере које се изричу на терет посредника могу да оптерете његово пословање, нарочито ако се ради о мјерама које су усмјерене на превенцију повреда и које су трајнијег карактера. Од посредника се може тражити да оконча повреду и да у границама својих могућности учествује у њеном спречавању, али се мора водити рачуна да се на тај начин не намећу претјерани трошкови. Трошкови извршења и спровођења мјера не би требало да буду несразмјерни извршеној повреди, нарочито узимајући у обзир учешће, односно допринос посредника који је често минималан. Мјере које имају превентивни карактер су у интересу носиоца права, па би било саввим оправдано да они сносе дио трошкова спровођења тих мјера.²⁴

Понашање посредника може се, у одређеним ситуацијама, окарактерисати као посредна повреда права. Без обзира на разлике у појединим правним системима, постоји неколико заједничких стандарда посредне повреде права. Прво, пресудна је савјесност посредног повредиоца, односно пропуштање да се предузме дужна пажња да би се спријечила непосредна повреда. Другим ријечима, кључно је да ли је тзв. посредни повредилац знао или морао да зна за непосредну повреду права. То је субјективни критеријум, који представља централни елемент одговорности за посредну повреду права. Други критеријум, објективног карактера, је улога и функција наводног посредног повредиоца, односно степен контроле коју посредни повредилац има над непосредном повредом. Не могу на исти начин бити третирана лица која имају неутралну улогу у повреди права и лица чија је дјелатност усмјерена на стицање користи од непосредне повреде права. Треће, могућност носиоца права да открије повреду и непосредног извршиоца значајан је за постојање посредне повреде права, јер је потреба за санкционисањем посредне повреде израженија у случајевима када носилац права не може да тужи непосредног повредиоца.²⁵

Посредни повредилац не одговара за радњу другог лица, већ за сопствени допринос тој радњи, односно, пропуст да спријечи непосредну повреду. Уколико је посредна повреда права изричито прописана, онда

24 Pekka Savola, „Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers“, *JIPITEC*, бр. 5/2014, 119.

25 Matthias Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9, бр. 1/2014, 89-90.

одговорност посредног повредиоца не зависи од одговорности непосредног повредиоца. Поставља се питање шта ће се десити ако није дошло до непосредне повреде права, да ли ће и тада постојати одговорност. С обзиром да је то посебна радња повреде, одговорност постоји без обзира да ли је извршена непосредна повреда. Међутим, то правило би тешко могло да се примјени за посреднике, односно лица која својим услугама омогућавају извршење непосредне повреде права. Савјесност посредника је од пресудног значаја, ако је посредник знао или је морао знати за непосредну повреду права, онда ће одговорати по општим правилима о грађанскоправној одговорности.

Посредник омогућава или олакшава извршење повреде права и у томе се састоји његов допринос повреди. Од пресудног значаја је контрола над радњом повреде, што значи да уколико посредник није могао утицати на повреду права, онда није постојала ни намјера да се изврши повреда права, па тиме ни његова одговорност. Судска пракса истиче да посредник има дужност да испоштује туђе право, тј. обавезу да не изврши или не дозволи повреду права. На тај начин се уводи стандард дужне пажње, иако садржина тог стандарда није најјаснија чак ни самом суду.²⁶

V Режим одговорности посредника у Приједлогу Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту

Упркос ограничењу одговорности посредника за повреду права под утврђеним условима, нови Приједлог Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту би могао знатно да поштри постојећи режим одговорности. Средином септембра 2016. године, Европска комисија је објавила приједлог наведене Директиве, чије усвајање би требало да допринесе унапређењу заштите ауторског права у Европској унији и успостављање јединственог дигиталног тржишта. Међутим, Приједлог Директиве је изазвао бурне реакције научне и стручне јавности.²⁷ На мети критика, између осталог, нашла се и одредба којом се,

26 Christina Angelopoulos, *Beyond the Safe Harbours: Harmonizing Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, бр. 72/2013, 6-7.

27 Max Planck Institute for Innovation and Competition, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernization of European Copyright Rules, 2017, доступно на: http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_PART_G_incl_Annex-2017_03_01.pdf, 08.04.2017; Open Letter from European Research Centres, EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age, 24.02.2017, доступно на адреси: <http://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/>, 08.04.2017.

ако буде усвојена, битно мијења одговорност посредника. Наиме, предвиђена је обавеза хостинг провајдера који похрањују велику количину ауторских дјела и других садржаја које су поставили корисници, да предузму мјере филтрирања садржаја ради остваривања права аутора и спречавања неовлашћеног приступа.²⁸ Практични учинак ове одредбе је увођење мјере филтрирања садржаја и општег надзора.

Увођење општег надзора над садржајем који корисници постављају је у супротности са Директивом о електронској трговини, којом је изричито искључена могућност увођења опште обавезе праћења података или активног тражења чињеница и околности које би указивале на неlegalне активности. Спорна одредба је у супротности са досадашњом праксом Европског суда правде, који је више пута имао прилику да се изјасни о мјерама филтрирања и надзора садржаја. Према схватању Суда, суштински проблем успостављања надзора над садржајем је у повреди права свих корисника Интернета. Надзор над садржајем може да угрози право на приватност, слободу изражавања и слободу предузетништва, односно пословања на Интернету.

Наметање обавезе увођења посебних мјера филтрирања нужно је повезано са повећањем трошкова пословања платформи, што може чак угрозити опстанак мањих учесника на тржишту. Са друге стране, може се поставити питање да ли је мјера филтрирања у складу са основним принципима заштите и остваривања права. Директивом о спровођењу права интелектуалне својине предвиђено је да мјере и поступци морају бити поштени и правични, не смију бити непотребно компликовани или скупи, и морају се примјењивати на начин да се избјегне стварање препрека законитој трговини.²⁹ Примјена мјере филтрирања садржаја би за већину посредника проузроковала додатне трошкове, могла би да буде компликована и да додатно отежа приступ законитом садржају. У крајњој линији, обавеза надзора над садржајем би у знатној мјери пребацила терет спровођења и заштите права на посреднике.

Једно од спорних питања би могло да буде на кога би се наведена одредба могла примјенити. Наиме, обавезу увођења посебних мјера имали би провајдери који чувају велику количину ауторских дјела и другог садржаја. Потпуно је нејасно шта се може сматрати великом количином

28 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – COM (2016)593, 14.09.2016.

29 Директива 2004/48, чл. 3.

података које неко похрањује и да ли то зависи од самог провајдера, односно од његове величине. Упитно је ко ће одлучивати о количини садржаја потребног за надзор, као и која је линија раздвајања између мале и велике количине садржаја.

Одговорност посредника на Интернету уређена је по тзв. хоризонталном приступу, што значи да је одговорност уређена на идентичан начин, без обзира о којој врсти повреде права се ради. Иако такав приступ није најбоље рјешење, јер се не узимају у обзир специфичности појединих права, у теорији се истиче да промјена режима одговорности посредника ипак треба да се врши у оквиру Директиве о електронској трговини, а не на нивоу појединих сектора, као што је случај са овим Приједлогом.³⁰

Одредба о увођењу мјера према посредницима није усклађена са релевантним изворима права Европске уније који уређују ово питање. Поједини аутори истичу да је одредба супротна постојећим Директивама и ставу Европског суда правде и да таква не може бити усвојена, без значајних измјена.³¹

VI Закључак

Заштита субјективних права интелектуалне својине знатно је отежана у дигиталном окружењу. Практични проблеми у вези са откривањем и санкционисањем повреде и извршиоца повреде на Интернету условили су јачање улоге посредника. У условима када је скоро немогуће пронаћи извршиоца повреде, носиоцу права преостаје да се обрати посреднику. Посредник пружа услуге приступа мрежи, чувања и преноса података у мрежи и често је једина тачка везивања и спона ка лицу које врши повреду права. Иако пружа услуге које трећа лица могу користити за повреду права, он не мора бити одговоран за извршену повреду. Одговорност посредника је искључена под тачно одређеним условима, предвиђеним Директивом о електронској трговини. Ограничење одговорности посредника не утиче на могућност изрицања привремених мјера и судских налога усмјерених на престанак повреде права, јер су посредни-

30 Giancarlo F. Frosio, „Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy“, *111 Northwestern University Law Review Online*, 2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2912272>, 12.04.2017, 21.

31 Christina Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Centre for Intellectual Property and Information Law, University of Cambridge, January 2017.

ци у прилици да окончају повреду. Садржина изречених мјера не може бити усмјерена на увођење општег надзора над информацијама које се преносе или чувају у мрежи.

Приједлог да се поштри одговорност посредника и да се уведе мјера филтрирања садржаја, тј. општег надзора, вјероватно је осуђен на пропаст из више разлога. Прво, упитно је да ли је таква мјера у сваком случају технички изводљива, а ако и јесте, она је нужно повезана са увећаним трошковима спровођења. Додатни трошкови у вези са спровођењем мјере могли би да угрозе пословање појединих посредника. Са становишта корисника, надзор над садржајем може угрозити право на приватност и слободу изражавања. Европски суд правде је више пута истакао да се у сваком конкретном случају мора водити рачуна о успостављању правичне равнотеже између различитих права, као и о интересима свих учесника једног односа.

Пооштравање одговорности посредника не може се правдати практичним тешкоћама у вези са заштитом права на Интернету, јер би у том случају терет спровођења права био пребачен на посреднике. Посредници могу одиграти важну улогу, али треба имати на уму да они нису ни носиоци права, нити државни органи и да им се не могу наметати мјере које би угрозиле њихово пословање.

Svjetlana IVANOVIĆ, PhD

Assistant professor at the Faculty of Law University of Istočno Sarajevo

THE ROLE OF INTERMEDIARIES ON ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN DIGITAL ENVIRONMENT

Summary

The paper deals with role of intermediaries on enforcement of intellectual property rights in digital environment. Intermediary service provider provides access to network, storage of information and transmission of data in communication network. Due to its technical role, intermediary service provider is not liable for infringement of rights if he acts passively. Limitation of liability of internet intermediaries for infringement of rights doesn't affect the possibility of imposing provisional measures and injunctions in order to stop infringement. Internet providers shall not be imposed general obligation to monitor informa-

tion which they transmit or store. Turn around compared to the existing regime of liability of intermediaries could happen by adopting the proposal for a directive on copyright in the digital single market, which effectively introduces the obligation of general monitoring of content. The impossibility of adequate protection of rights in the digital environment leads to strengthening the role of intermediaries. However, the protection of intellectual property rights must not violate the rights of other Internet users.

Key words: *intermediary, provisional measures, intellectual property rights, liability, general monitoring.*