

Др Сања РАДОВАНОВИЋ*

НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА СУБЈЕКТИВНОМ ОДГОВОРНОШЋУ ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ПРИЧИЊЕНЕ ПОВРЕДОМ АУТОРСКОГ ПРАВА НА ИНТЕРНЕТУ

Резиме

Појава Интернета, представљала специфичан притисак на законодавне субјекте да уреде питање коришћења ауторских дела у њеним оквирина. Из тих разлога је WIPO Уговором о ауторском праву успостављено ново искључиво овлашћење аутора – овлашћење на сваки облик јавног саопштавања дела жичним или бежичним путем, што обухвата и такво саопштавање јавности које се врши на начин да свако може имати приступ тим делима са места и у време које сам одабере, актуелна платформа веб 2.0 технички дозвољава корисницима да активно учествују у креирању садржаја који су доступни на интернету и да га међусобно размењују (у компјутерској терминологији file sharing). Генерисан садржај је врло често заштићен неким од права интелектуалне својине. Стога, проблем интернет пиратерије заузима значајно место у промишљањима о одговарајућем правном оквиру ауторскоправне (или сродноправне) заштите стваралаштва. У овом раду посебна пажња се посвећује праву аутора да захтева накнаду штете причињене повредом права на Интернету. Иако се изричито односним законима предвиђа да се у овим случајевима примењују општа правила облигационог права, кроз анализу нормативних одредаба настојаћемо да укажемо на слабости одговорности по основу кривице.

Кључне речи: ауторско право, интернет пиратерија, интернет посредник, кривица, накнада штете.

* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

I Уводна разматрања

Размена информација у савременом друштву највећим делом се одвија путем Интернета. Разумљиво, коришћење ауторских дела, која суштински представљају информацију, представља значајан део те размене. У периоду настанка глобалне рачунарске мреже, посебно важно је било питање уређења правних оквира искоришћавања ауторских дела путем Интернета. Стога појава ове рачунарске мреже, већ од њеног настајања, представљала специфичан притисак на законодавне субјекте да уреде питање коришћења ауторских дела у њеним оквирима. Из тих разлога је WIPO Уговором о ауторском праву успостављено ново искључиво овлашћење аутора – овлашћење на сваки облик јавног саопштавања дела жичним или бежичним путем, што обухвата и такво саопштавање јавности које се врши на начин да свако може имати приступ тим делима са места и у време које сам одабере.¹ Овом интернет одредбом обухваћена је радња постављања, али не и преузимања са интернета, која (радња) постаје правно санкционисана тек проширењем појма умножавања дела на све облике непосредног или посредног, привременог или трајног сачињавања копија, било којим начином и у било којој форми, у целини или делимично.²

Наведеним нормативним интервенцијама аутору су дати правни оквири у којима је могуће вршити ауторско право и у интернетском окружењу. Оно што законодавац није могао у односном временском моменту да предвиди јесу техничко-технолошки капацитети уз помоћ којих се комуникација у рачунарској мрежи одвија, а која својим континуираним усавршавањем оставља нормативну активност у заостатку. Тако, од пионирских форми интернет технологије (*www – world wide web*, светска мрежа) којим су корисници били омогућени само да складиште садржај, актуелна платформа веб 2.0 технички дозвољава корисницима да активно учествују у креирању садржаја који су доступни на интернету (тзв. *User Generated Content*³) и да га међусобно размењују (у компјутер-

1 WIPO Уговор о ауторском праву из 1996. године, у: В. Тодоровић, Међународни уговори – интелектуална и друга права, Београд 2000, 87, чл. 8.

2 Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*) - Direktiva 2001/29, чл. 2.

3 Употреба рачунарске технологије у савременом друштву у великој мери је утицала и на заступљеност компјутерске терминологије у њеном изворном облику, тј. на енглеском језику. Српски превод појединих термина обично не указује у довољној мери обичним читаоци-

ској терминологији *file sharing*).⁴ Тако генерисан садржај је врло често заштићен неким од права интелектуалне својине.⁵

Из тих разлога, проблем интернет пиратерије заузима значајно место у промишљањима о одговарајућем правном оквиру ауторскоправне (или сродноправне) заштите стваралаштва. У првом реду истиче се потреба преиспитивања садржине ауторскоправне заштите, увођења нових ограничења у корист корисника и других субјеката укључених у актуелне проблеме⁶, али и питање одговорности за повреде ауторског права на Интернету.

Овај рад има за циљ да анализира управо питање (грађанскоправне) одговорности за накнаду штете због повреде ауторског права путем интернета.

II Примена општих правила о накнади штете на штете настале повредом ауторског права на Интернету

Закон о ауторском праву и сродним правима изричито предвиђа да носилац ауторског права може, због учињене повреде, захтевати накнаду штете, према општим правилима облигационог права.⁷

Према општим правилима пак одговорност се заснива на кривици (претпостављеној) штетника код субјективне одговорности или на узрочности (опет претпостављеној) код објективне одговорности. Објективна одговорност је предвиђена за случај да је штета проузрокована услед опасне ствари или вршења опасне делатности, као и у случајевима који су изричито наведени. Уколико не постоји никаква посебна правила о одговорности, за штету се одговара по принципу субјективне одговорности. Поседовање рачунара и коришћење интернета не бисмо могли сматрати опасном ствари нити вршењем опасне делатности. Следствено, за штету

ма на њихову садржину или је превод превише гломазан за потребе брзе и ефикасне комуникације коју намеће дигитално окружење. Стога ће се у раду претежно користити енглески термини, осим у случајевима када је и српски превод довољно јасан.

4 Т. О'Reilly, *Web 2.0 Compact Definition: Trying Again*, <http://radar.oreilly.com/2006/12/web-20-compact-definition-tryi.html>, 20. 03. 2019.

5 Размена података, пак, одвија се на различите начине, а најчешће путем *peer to peer* (P2P) модела, *cloud computing*-а, друштвених мрежа, линковањем (*linking*), итд.

6 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд 2014, 157-179.

7 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 - одлука УС - ЗАСП, чл. 205, ст. 1, тачка 5.

која је настала повредом права на интернету одговара лице које је својом радњом повредило право аутора, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.⁸

Основ одговорности је, дакле, претпостављена кривица субјекта чијом радњом је штета настала. Конкретно, лице које је без овлашћења носиоца права предузело радњу која је обухваћена искључивим овлашћењима аутора, дужно је да накнади штету насталу недопуштеним искоришћавањем на интернету. С аспекта општих правила, оштећени титулар, да би успео са захтевом за накнаду, треба да докаже да између недопуштеног искоришћавања ауторског дела од стране одређеног субјекта и наступеле штете (коју ћемо, за потребе рада претпоставити да постоји) постоји узрочна веза. Јасно је да његова позиција у интернет окружењу наступеле повреде није ни мало лака.

III Питање субјективне одговорности за повреде ауторског права на Интернету

Да бисмо боље разумели контекст у којем се питање одговорности за повреду ауторског права на интернету јавља као спорно, илустроваћемо односе који уобичајено настају у комуникацији путем глобалне рачунарске мреже.

У првом реду, учесници у размени информација на интернету јесу титулари ауторског права. Интерес аутора да своје дело економски искоришћава у данашње време се најлакше остварује саопштавањем дела публици на Интернету. Тиме се стварају услови за даљу експлоатацију, у реалном и дигиталном свету, убирањем накнада од коришћења, умножавања и на друге начине. Истовремено, коришћење дела без сагласности аутора или без контроле од стране аутора или другог носиоца права, за титулара представља губитак, који се у глобалној мрежи значајно увећава. Следствено, ефикасност нормативног проширења ауторскоправне заштите учињеног пред крај двадесетог века недвосмислено зависи од питања ефикасности спровођења реформисаних закона. У том домену пак утврђивање одговорности за учињену повреду има пресудан значај.

С друге стране, корисници Интернета, коме је размена информација овим путем доминантан начин комуникације, преузимају доступан садржај и даље га деле другим корисницима, без обзира на чињеницу да

8 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља), - ЗОО, чл. 154, ст. 1.

ли су те информације заштићене или не, те да ли имају овлашћења за такве акте. Штавише, у свести корисника још није довољно изграђена потреба сагледавања да ли је оно што је технички допуштено и могуће истовремено допуштено и правно.

На крају, комуникација између претходно наведених субјеката не би могла да се одвија без интернет посредника (пружаоца интернет услуга, интернет провајдера). Њихова делатност јесте управо посредовање на интернету, по правилу на комерцијалној основи.⁹

При том, а што је у контексту овог рада релевантно, интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом ауторског права. Онда када то јесте случај, они свакако одговарају по општим правилима одговорности због неовлашћеног вршења ауторског права. То значи да се на њих примењује општи режим грађанске, односно казнене одговорности. Али, кад такве, непосредне одговорности нема, за титулара права које је путем интернета повређено, одређивање субјекта према коме ће истаћи свој захтев, што је свакако предуслов успеха у спору, није нимало лак задатак. Да би, дакле, остварио накнаду причињене штете, аутор мора да докаже да између радње одређеног субјекта и наступеле штетне последице постоји узрочна веза. У интернет окружењу, ниједна од ових релевантних чињеница није очигледна. Уз то, чини нам се као већи проблем, примена општин правила у питању ефикасне заштите показује своје слабости.

1. Одговорност интернет посредника

У пракси је присутнији, па тиме и значајнији, проблем који се јавља у оним случајевима када је интернет посредник својом услугом омогућио постављање недозвољеног садржаја и његово дељење међу корисницима. Посредник није непосредно извршио повреду, али је својом услугом омогућио да до повреде дође. Одговорност пружаоца услуге је, стога, посредна (подељена или одговорност за другог). При том, њено утврђивање се, према општим правилима о одговорности, заснива на питању савесности, односно питању да ли је интернет посредник знао

9 Стога је њихов интерес да проток информација између корисника буде брз и интензиван. Услуге, пак, могу да буду различитог садржаја, а најчешће се диференцирају у три групе: обично посредовање (*mere conduit*), *caching* услуге и *hosting* услуге. Опширније о томе в: Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, у: Д. Поповић (ур.) *Интелектуална својина и Интернет*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 83-112.

или могао да зна да се путем његове услуге врши повреда ауторског права.¹⁰ Другим речима, одговорност посредника условљена је питањем да ли је са пажњом доброг привредника пружао услугу уз помоћ које је повреда извршена?

Технолошко окружење у којима се одвија размена података, затим количина информација које се преносе путем Интернета, као и брзина њиховог протока, само су неке од околности које отежавају оцену савесности. У чему се огледа узрочна веза између пружања услуге посредовања у интернетској размени информација и наступеле повреде? Следствено, које су то ситуације у којима се узима да је посредник знао или могао да зна за повреду права, односно у којима није поступао за захтеваном пажњом? То је нарочито значајно ако се узме у обзир начелно одсуство права и обавезе пружаоца интернет услуга да надзире, тј. контролише комуникацију између корисника.¹¹

а) Одговорност интернет посредника у праву ЕУ

Јасније позиционирање интернет посредника поводом повреде настале у ланцу размене информација, бар када је о европском континенту реч, уследило је након доношења Директиве о електронској трговини. Укратко, интернет посредник одговара за повреду ауторског права онда када је у имао активну улогу у комуникацији путем интернета, под следећим условима: а) уколико је био несавестан, односно уколико је знао да је постављен недозвољени садржај¹² или б) уколико, након сазнања о повреди, такав садржај није уклонио или онемогућио приступ¹³ (*notice and take down*). Када је реч о захтеву за накнаду штете, пружалац хостинг

10 Опширније о томе вид. М. Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law&Practice*, 1/2014, 75-90, Е. Smith, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, *68 Wash.&Lee Law Review* (2011), 1555-1588.

11 26. марта Европски парламент је усвојио Предлог директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, који је у стручним круговима критикован управо из разлога што оставља простора за мониторинг корисника и друге видове угрожавања приватности. Текст Предлога, доступан на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0231+0+DOC+XML+V0//EN>, 15.04.2019.

12 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), *OJ L 178*, 17.7.2000, - Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка а.

13 Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка б.

услуга одговара ако је према чињеницама и околностима конкретног случаја могао да зна за очигледну повреду права.¹⁴ То се најпре огледа у утврђивању да ли је код интернет посредника постојала свест о повреди, односно да ли је посредник знао или могао да зна да је путем услуге коју он пружа учињена повреда ауторског или неког другог права. Као релевантне околности, у законима држава чланица, узима се у обзир да ли је посредник сазнао за повреду, али и на који начин (формално или неформално), да ли се то сазнање тиче конкретног неовлашћеног садржаја, те које су то чињенице из којих он може да сазнаје да је постављеним садржајем учињена повреда права.¹⁵ Ово последње је нарочито спорно ако се има у виду да интернет посредници, према још увек важећим прописима, немају обавезу да врше надзор над разменом информација која се одвија посредством пружене услуге¹⁶, осим уколико таква обавеза не произлази из одлуке судске или управне власти за конкретан случај.¹⁷

Надаље, када је интернет посредник обавештен да је учињена повреда права путем услуге коју пружа, он има обавезу да уклони спорни садржај или онемогући приступ таквом садржају. Међутим, у државама чланицама се различито тумачи испуњење услова који доводи до његове одговорности. Наиме, у појединим државама чланицама се не сматра да је настала обавеза посредника уколико је обавештење добијено по приватној иницијативи (нпр. у Португалији). У другима се слање обавештења условљава посебним захтевима, који се односе првенствено на начин на који се обавештење доставља, на податке које мора да садржи, а нарочито оних који упућују на прецизност одређивања интернет локације на

14 Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка а.

15 У судској пракси вид. *L'Oreal v. eBay*, Е.С.Ј. С-324/09, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de866bfff7867124955b994a7720a12822e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obxe-Ne0?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=36325>, 1.04.2019, 120-122, *Twentieth Century Fox et al. v. British Telecommunication PLC*, U.K. High Court, Case No. HC10C04385, 28.07.2011, http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/28_07_11_bt_newzbin_ruling.pdf, 1.04.2019, *Ricardo v. Rolex*, BGH (Bundesgerichtshof), I ZR 73/05, 30.04.2008, <http://lexetius.com/2008,1253>, 1.04.2019,.

16 Директива 2000/31, чл. 15, ст. 1.

17 Директива 2000/31, чл. 15, ст. 2, у вези са тачком 47 Преамбуле. Међутим, управо је судска пракса појединим својим одлукама, на посредан начин, подигла ову обавезу на општи ниво. Опширније вид. Д. Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, 4-6/2010, 589, као и: С. Field, В. Nordemann, „Hosting provider liability: new cases illustrates differences between EU and US“, https://www.aippi.org/enews/2013/edition31/Corey_Field.html, 5. april 2015.

којој је повреда наступила, као и опис повреде. Само ретке државе садрже изричите одредбе о поступку обавештавања, пре него што се одлучи о одговорности интернет посредника.¹⁸

Доведемо ли наведена правила о одговорности интернет посредника са обавезом накнаде штете, закључујемо да посредник може да буде обавезан на накнаду штете уколико није поступио на очекивани начин, односно онда када је наступила његова несавесност.

б) Одговорност интернет посредника у праву Србије

Одговорност интернет посредника, односно пружаоца услуга информационог друштва у праву Републике Србије нормативно је уређено Законом о електронској трговини (у даљем тексту: ЗЕТ).¹⁹ Имајући у виду да је ЗЕТ донесен по узору на европску Директиву, ни усвојена решења се суштински не разликују од наведених европских оквира. Стога ћемо, за потребе даље анализе, истакнути укратко границе у којима се креће одговорност посредника за наступелу штету.

Тако, једнако праву ЕУ, посредник одговара за повреду онда када је знао или могао да зна за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај података и није, одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклонио или онемогућио приступ том податку.²⁰

Ни у нашем праву није предвиђена обавеза надзора садржаја који се складишти и размењује путем интернета. Међутим, уколико постоји основана сумња да се коришћењем услуге предузимају недопуштене радње или размењује недопуштени садржај, посредник је у обавези да о томе обавести надлежни државни орган. Откривање података о кориснику, као и уклањање садржаја и онемогућавање приступа сумњивом садржају могуће је само на основу судске или управне одлуке.²¹ Потоње се непосредно надовезује на питање одговорности за накнаду штете. Уколико

18 *EU Studies on the Legal Analysis of a Single Market for the Information Society – New rules for a New Age?*, 6. *Liability of online intermediaries*, DLA Piper 2009, 19. Судска пракса земаља чланица Европске уније изградила је и додатни услов одговорности провајдера, који Директива о електронској трговини не поставља изричито. Реч је о економској користи интернет провајдера која стоји у непосредној вези са извршеном повредом ауторског права путем услуге провајдера. Опширније вид. Д. Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, 583.

19 Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009 и 95/2013 – ЗЕТ, чл. 1.

20 ЗЕТ, чл. 18.

21 ЗЕТ, чл. 20, у вези са ЗАСП, чл. 210.

пођемо од тога да се кривица, као услов одговорности за накнаду штете, може искључити онда када посредник докаже да није поступао са намером нити непажњом, одсудна чињеница јесте условљена питањем шта се сматра непажњом у пружању услуге.²²

Претходно смо истакли да посредник нема обавезу да контролише садржину информација које се размењују на интернету. У том смислу, он свакако не одговара за штету која је проузрокована неовлашћеним искоришћавањем ауторског дела путем интернета до тренутка када је за повреду сазнао. Али, да ли је обавештавање посредника од стране лица чија су права повређена довољан сигнал да посредник треба да предузме радње којима би се спречила даља штета?

Могло би се замислити да посредник спречи даљу повреду, тиме што ће онемогућити приступ недозвољеном садржају или уклонити недозвољени садржај. Међутим, таквим поступањем би се могла повредити права других субјеката. Ту, у првом реду, имамо у виду право на слободу изражавања и право на приватност. Због тога се у правничким круговима нарочито инсистира на дефинисању позиције посредника у погледу повреде права, јер посредник нема ингеренције да одлучује о правима, па тако ни о повредама. С тим у вези, обавештавање о постојању повреде иницира настанак обавезе посредника да о томе обавести надлежне органе и даље поступа у складу са њиховим одлукама.

У контексту одговорности за накнаду штете, подсетимо се, посредник се не сматра несавесним онда када је запримио обавештење о евентуалној повреди, већ онда када пропусти да о томе обавести надлежне органе. Уз то, посредник би могао да одговара и онда када на основу одговарајућег судског или управног акта не пружи податке који су релевантни за откривање субјекта који је својим поступањем непосредно проузроковао штету.²³ Тада се његово пропуштање може сматрати непажњом. Дакле, кривица посредника постоји и његова одговорност за накнаду причињене штете јесте субјективна, јер није поступао са очекиваном пажњом. Обавештавањем надлежних органа о повреди и, касније, о починиоцу, посредник се ослобађа одговорности.

22 Марио Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и праву суседних држава“, у: *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Душан Поповић), 2016, 119-134.

23 ЗЕТ, чл. 20, ст. 3, а сходно ЗАСП-у, чл. 213.

2. Одговорност непосредног починиоца повреде ауторског права на Интернету за накнаду штете

Након што је утврђен (учињен вероватним) субјект који је својом радњом могао непосредно извршити повреду ауторског права, оштећени титулар може поднети захтев за накнаду претрпљене штете против лица које је означено као претпостављени починилац. Одређивање дужника накнаде штете заснива се на претпоставци да је лице које је власник *ip* протокола уједно и лице које је непосредно предузело радњу повреде права аутора, чиме је проузрокована штета. Ова претпостављена веза између власника *ip* адресе, радње повреде и проузроковане штете најчешће одговара стварном стању. Ипак, према општим правилима о накнади штете, кривица, као основ одговорности, се претпоставља за лице из чије радње или пропуштања је настала штета. Узрочну везу између радње и штете, као и саму штету треба да докаже оштећени.

Претпоставка да је власник *ip* адресе предузео штетну радњу у одређеној мери се удаљава од примене општих правила о одговорности. У случају повреде права путем интернета, дакле, претпостављена кривица се заснива на претпостављеној узрочној вези. Подсетимо се, претпоставка узрочности је основ објективне одговорности. У домену субјективне пак тужилац треба да докаже да је тужени предузео штетну радњу, а његова кривица се претпоставља.

С обзиром на то да је основ одговорности претпостављена кривица власника, односно корисника, означени дужник накнаде штете се може ослободити одговорности, сходно општим правилима, ако докаже да је штета настала без његове кривице, да до повреде ауторског права није дошло ни намерно, нити крајњом непажњом. У контексту повреде права путем интернета, тешко је замисливо да постоје околности које би упутиле на одсуство кривице. Опрезност корисника приликом размене садржаја на интернету јесте понашање које се очекује од учесника на интернету. Другим речима, уздржавање корисника од постављања садржаја који није сам створио или за које нема сагласност требало би да буде једнако уздржавању од коришћења ауторских дела у традиционалном значењу. Међутим, нису незамисливе ситуације у којима тужени није уопште предузео штетну радњу. Примера ради, због одсуства тужени није био ни физички у могућности да приступа интернету са означене *ip* адресе. Очигледно је да се применом општих правила његова одговорност искључује. Разлог томе није (само) одсуство кривице, већ околност

која искључује и узрочну везу између поседовања *ip* адресе и предузете радње којом је учињена повреда ауторског права.

У погледу остваривања захтева за накнаду штете чини нам се да је ствар јасна: носилац права неће успети у спору, јер власник *ip* адресе није пасивно легитимисан, сходно правилима о субјективној одговорности. С аспекта титулара права, овакав исход није охрабрујући, већ због чињенице да је утврђивање конкретног субјекта који је радњу предузео дуготрајан и неизванстан поступак. Онда када власник није извршио повреду права, штетну радњу је могло да предузме било које лице. Терет доказивања пада на тужиоца, због чега би се могло догодити да правна заштита поводом проузроковане штете изостане.

*а) Екскурс: одлука Европског суда у предмету
Bastei Lübbe GmbH & Co. KG против Michaela Strotzera, C-149/17²⁴*

У спору који се у првостепеном поступку водио пред Општинским судом у Минхену, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG*, као произвођач фонограма и носилац ауторског и сродних права на звучној верзији једне књиге, захтевао је од туженог новчану накнаду штете настале недозвољеним преузимање и дељењем наведене књиге путем платформе за размену, а са интернетског прикључка чији је власник тужени. Настојећи да искључи своју одговорност, *Michael Strotzer* је негирао предузимање радњи повреде, наводећи да је његов интернетски прикључак био довољно заштићен, а у време настале повреде и искључен. Осим тога, тужени је навео да су спорном прикључку могли приступити и његови родитељи са свог рачунара, али да у њиховом рачунару није пронађено спорно дело нити су се његови родитељи уопште користили програмом интернетске мреже за размену.

Наведено чињенично стање могли бисмо сматрати уобичајеним, не улазећи у то да ли родитељи јесу или нису предузели непосредно радњу повреде, јер дигиталне копије садржаја једним кликом могу да буду избрисане из меморије рачунара. Нас, стога, посебно интересује правна оцена поступајућег суда.

С тим у вези, првостепени суд је одбио тужбу, уз образложење да тужени није одговоран за накнаду штете, јер су недозвољену радњу могли предузети и његови родитељи.

24 *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG vs. Michael Strotzer, C-149/17*<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CN0149&from=EN>, 20.02.2019.

Одлучујући по жалби, Земаљски суд у Минхену I, одбија аргументацију првостепеног суда, наводећи да се околношћу да су и трећа лица имала могућност да користе исти интернетски прикључак не доказује да ту радњу није предузео управо тужени. Међутим, поступајући суд је сматрао да би обавезивање туженог могло бити противно према тумачењу судске праксе Савезног врховног суда, у смислу којег тужени може да ускрати давање информација о могућим починиоцима недозвољених радњи, уколико су они чланови породице.

Наиме, тужилац, да би успео у спору, треба да докаже повреду ауторског права. Савезни врховни суд сматра да је претпоставка да је власник интернетског прикључка извршио непосредну радњу повреде ако се нико други истим прикључком није могао користити у тренутку када се повреда догодила. То пак значи да претпоставка одговорности власника не постоји у оним случајевима када интернетски прикључак није био довољно заштићен или је био свесно остављен на коришћење и другим особама. Тада секундарни терет доказивања пада на власника, који у довољној мери испуњава обавезу коју има, ако само наведе да су друга лица, уз евентуално откривање њихових идентитета, имала самостални приступ интернетском прикључку и да су могле учинити повреду права. Међутим, уколико су друга лица чланови уже породице, сходно посебној заштити брака и породице из чл. 7 Повеље ЕУ и односних одредаба немачког уставног права, ова обавеза не постоји. С тим у вези, поступајући Земаљски суд је прекинуо поступак и Европском суду упутио два претходна питања:

1. Треба ли чл. 8, ст. 1. и 2. у вези са чл. 3, ст. 1 Директиве 2001/29²⁵ тумачити на начин да су санкције за повреде права стављања на располагање јавности одређеног дела и даље „ефикасне и одвраћајуће“ у случају када је одговорност власника интернетског прикључка преко којег су почињене повреде ауторског права преузимањем и дељењем садржаја искључена ако је навео да је осим њега бар још један члан породице имао

25 Према овим одредбама, државе чланице морају предвидети примерене санкције и правна средства у односу на повреде права и обвеза одређених овом Директивом и предузети све потребне мере за примену тих санкција и правних средстава. Тако прописане санкције морају бити ефикасне, пропорционалне и одвраћајуће. Осим тога, свака држава чланица мора предузети потребне мере како би обезбедила да носиоци права чији су интереси угрожени радњом којом се врши повреда на њеној државној територији могу поднети, између осталог, тужбу за накнаду штете и/или захтјев за издавање судског налога.

могућност приступа том интернетском прикључку, али при том није пружио више детаља о томе ко је и на који начин користио интернет?

2. Треба ли чл. 3, ст. 2 Директиве 2004/48²⁶ тумачити на начин да су мере за осигурање права интелектуалне својине и даље ефикасне у случају кад је одговорност власника интернетског прикључка преко којег су извршене повреде права дељењем заштићеног садржаја искључена онда када је власник навео да је уз њега бар још један члан породице имао приступ том интернетском прикључку, а да није пружио више детаља на основу којих би се могло утврдити како је и када тај члан породице користио интернет?

Премда је захтев за новчану накнаду штете из наведене одлуке био заснован на потраживању специфичне уговорне казне која је саставни део опомене носиоца права упућене лицу које је повреду извршило (нем. *Abmahnung*)²⁷, питање о којем се суштински расправља тиче се постојања одговорности. Европски суд је у одлуци истакао да се немачко законодавство, према тумачењу суда који је упутио захтев, а на основу којег власник интернетског прикључка, преко којих су неовлашћено дељени садржаји, не може бити одговоран ако је именовано барем једног члана своје породице који је имао приступ том прикључку, али при том није пружио више детаља о томе како се и када тај члан породице користио наведеним прикључком.

-
- 26 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Text with EEA relevance), *OJ L 157, 30.4.2004*, – Директива 2004/48. У смислу ове Директиве, под истим претходно наведеним условима, у случају повреде почињене у комерцијалне сврхе државе чланице предузимају оне мере које су потребне да се надлежним судским телима омогући да наложе, када је прикладно, и на темељу захтева странке, доставу банковних, финансијских или пословних докумената који су под контролом супротне странке, подложно заштити повјерљивих информација о спровођењу
- 27 *Urheberrechtsgesetz (Закон о ауторском праву)*, § 97а, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/UrhG/97a.html>, Gesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273), 11.04. 2019. Наиме, уколико дође до повреде искључивог права, титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (*Abmahnung*) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титутулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (*Vertragsstrafe*). Овај институт, који бисмо у суштини могли свести на обавезу плаћања уговорне казне због непоштовања законске обавезе нечињења, у немачком праву је био признат у судској пракси и пре него што је нормативно уобличен. Наше право не познаје сличан институт, али се у теорији расправљало о његовој допуштености. Вид. Сања Радовановић, «Законске обавезе нечињења као предмет уговора (у праву интелектуалне својине)», *Право и привреда*, 7-9/2017, 247-263, Сања Радовановић, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Нови Сад 2017, 52-81.

На овом месту ћемо изоставити аргументе које је Европски суд истакао у образложењу одлуке. Оно што привлачи нашу пажњу јесте исход тумачења које је Суд у одлуци пружио, а посебно с аспекта домаћег права. Дакле, како власник прикључка, који очигледно није проузроковао штету, може да буде ослобођен одговорности за њену накнаду уколико пружи довољно информација које ће учинити вероватним да је одређено друго лице, или више њих, учинило повреду, то значи да ће власник прикључка одговарати за накнаду штете, чак и ако је очигледно да је није проузроковао, уколико таквим информацијама не снабде титулара права.

б) Одговорност непосредног починиоца повреде ауторског права путем интернета за накнаду штете у праву Србије de lege lata

У домаћем праву, како смо већ навели, одговорност за проузроковану штету заснива се на претпостављеној кривици. Применом општих правила, то би значило да се власник интернет прикључка ослобађа одговорности, уколико докаже, у контексту примера из немачке судске праксе, да радњу повреде уопште није ни предузео. Чини се да право аутора на накнаду штете, која при том може да буде и имовинска и неимовинска, и уз то великог обима, тиме остаје осујећено.

Међутим, према ЗАСП-у²⁸, суд може наложити туженом да да обавештења о трећим лицима која су повезана са повредом или преда документе који су у вези са повредом. Уколико то не учини, тужени ће одговарати за штету која тиме буде проузрокована.

Тако, када је носилац ауторског права поднео тужбу против власника прикључка ради накнаде штете због повреде настале дељењем заштићеног садржаја путем интернета, који очигледно такву радњу није предузео, суд може туженом да наложи достављање података о лицима која су повезана са повредом и за то му остави примерени рок. У случају да тужени не поступи по налогу, суд може да усвоји тужбени захтев и обавезе туженог на накнаду штете. Његова одговорност тада није због предузете радње повреде, већ због пропуштања да се пружи информације о повреди.

У даљем поступку, тужени би могао да истиче да не постоји његова кривица, јер он нема сазнања о чињеницама које треба да саопшти другој страни. Такав случај би био, примера ради, онда када његов интернетски прикључак није заштићен, односно преко њега се свако лице

28 ЗАСП, чл. 213.

може слободно користити интернетом. Оштећени носилац ауторског права би се тиме поново нашао у почетној позицији. Повреда постоји, штета постоји, али је штетник који би био обавезан на њену накнаду, и даље непознат. Тужени власник интернетског прикључка се ослобађа одговорности.

Чак и да тужени поступи по налогу суда, остваривање захтева за накнаду штете остаје упитно. Подсетимо се, успех тужиоачевог захтева зависи од оборивих претпоставки: о томе да је извршио повреду (само због чињенице да је у техничком смислу могао да је изврши) и о кривици.

в) Преиспитивање концепта субјективне одговорности непосредног починиоца повреде ауторског права путем интернета за накнаду штете у праву Србије

Субјективна одговорност јесте облик одговорности за повреде ауторског права. У највећем броју случајева недозвољеног искоришћавања ауторског дела кривица субјекта који се позива на одговорност јесте присутна или је бар тешко доказати да ње нема. Када је реч о повреди права путем интернета, чини нам се да субјективна одговорност у свом изворном значењу није облик који титулару гарантује остваривање његовог права.

Први разлог томе јесте околност да примена општих правила о накнади штете из ЗОО није могућа без извесних корекција. Једна од њих јесте и питање претпоставки о околностима које су релевантне за успех у спору. Док се према општим правилима претпоставља кривица субјекта који је предузео штетну радњу, у овом случају се претпоставља који субјект је ту радњу предузео, а у другом реду његова кривица. То, надаље, значи да се лице чија се одговорност претпоставља, може ослободити одговорности ако докаже да је повреду права која је проузроковала штету извршило неко друго лице. Уколико то не докаже, претпостављени одговорни може да буде обавезан на накнаду штете, ако не пружи релевантне информације којима је (опет претпостављено) располагао.

Посматрамо ли наведена правила, која успоставља ЗАСП, према којима штету ипак може да сноси власник интернетског прикључка, без обзира на кривицу за учињену повреду, чини нам се да одговорност за накнаду штете због повреде права путем интернета ипак није субјективна одговорност у свом чистом виду. Истина, није реч ни о објективној одговорности, јер се тужени обавезује на накнаду штете не због повреде права која је непосредно проузрокована коришћењем интернетског при-

кључка, већ због пропуштања да достави податке релевантне за остваривање права на накнаду штете носиоцу ауторског права. Исто тако, не можемо говорити ни о одговорности за другог, не само због тога што законодавац не предвиђа изричито такву одговорност, већ и због чињенице да власник интернетског прикључка постаје дужник обавезе накнаде у изузетним случајевима и под посебним условима. Следствено, чини нам се да је интервенција законодавца била неизбежна како би се оштећеном аутору или другом титулару обезбедило остваривање права. Та интервенција, ипак, није доследна нити је до краја задовољила циљ. Ни предстојећа реформа домаћег Закона о ауторском праву и сродним правима не доноси значајније новине у овом питању. Штавише, имамо ли у виду раније цитирану одлуку Европског суда, можемо очекивати додатну неизвесност у погледу принудног остваривања права аутора.

Наиме, У Предлогу Закона о изменама и допунама ЗАСП²⁹, који је у скупштинској процедури од почетка фебруара ове године, предложена је измена односног члана, на начин да суд може да нареди лицу које је извршило повреду ауторског или сродног права да пружи информације о трећим лицима која су учествовала у повреди ауторског или сродног права и о њиховим дистрибутивним каналима, или да преда документе који су у вези са повредом права.³⁰ Достављање информација може се наредити и лицу код кога је пронађена роба која се налази у промету и којим се повређује ауторско или сродно право, које пружа услуге у промету којима се повређује ауторско или сродно право, за које је утврђено да у обављању делатности пружа услуге које се користе у активностима којима се повређује ауторско или сродно право или које је од стране претходно наведених лица наведено као лице укључено у производњу или дистрибуцију роба или пружање услуга којима се повређује ауторско или сродно право.³¹ У процесном смислу, лица којима се налаже достављање информација имају својство сведока. Из тих разлога, Предлогом је изричито предвиђена сходна примена Закона о парничном поступку у погледу права сведока да одбије сведочење, односно одговор на постављена питања. Дакле, сведок може да ускрати одговор на поједина питања ако за то постоје оправдани разлози, а нарочито ако би својим одговором на

29 Предлог Закона о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (даље: Предлог ЗАСП), који је у скупштинској процедури од 08. фебруара 2019. године. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/225-19.pdf, 27.03.2019.

30 Реч је о чл. 213 важећег ЗАСП. Предлог ЗАСП, чл. 60, ст. 1.

31 Предлог ЗАСП, чл. 62, ст. 2.

та питања изложио тешкој срамоти, знатној имовинској штети или кривичном гоњењу себе или своје сроднике одређене врсте и степена родбинске везе.³²

У образложењу Предлога, у вези са наведеном изменом, односно новом одредбом, наводи се да се њеним увођењем настоји ускладити домаће право са чл. 8 Директиве 2004/48/EУ (о праву на информисање) и темељним вредностима модерног европског друштва.³³ Ипак, управо је Европски суд у одлуци *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG* против *Michaela Strotzera*, истакао „да се задирање у породични живот сматра недопустивим“ онда када носилац ауторског права има на располагању друга средства којим би се могло обезбедити утврђивање грађанскоправне одговорности власника интернетског прикључка. Уколико то није случај, посебна заштита породице противи се циљу Директиве 2001/29 и Директиве 2004/48, којима се настоји титулару права обезбедити ефикасна заштита. Заштита породице је, дакле, подређена заштити аутора.

IV Уместо закључка

Неспорно је да питање заштите ауторског права (и сродних права) у ери доминације дигиталне размене садржаја још увек није добило задовољавајући нормативни одговор. Штавише, у погледу одговорности за повреду ауторског права путем интернета чини се да је несклад између традиционалних правних оквира и захтева за нужном модернизацијом права посебно изражен. Иако је одговорност по основу претпостављене кривице стуб савременог одштетног права, у интернетском окружењу она показује своје слабости. Наиме, остваривање права аутора на накнаду штете зависи суштински од терета доказивања у поступку који се овим поводом води. (Уосталом, у томе се делом налази и оправдање претпоставке о кривици у савременом одштетном праву). Стога свака неизвесност у погледу елемената од којих зависи остваривање накнаде штете, његов поверилачки положај чини тежим. Тим пре када неизвесност потиче од различитих тумачења постојећих одредаба од стране оних који те одбредбе имају да примене на конкретан случај. Осим тога, осврнемо ли се на одлуку Европског суда поводом спора пред немачким судом, у којој се истиче „да претпоставка одговорности власника не постоји у оним случајевима када интернетски прикључак није био довољно зашти-

32 Закон о парничном поступку (ЗПП), *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 249, ст. 1.

33 Образложење уз чл. 62 Предлога, 57-58.

ћен или је био свесно остављен на коришћење и другим особама“, чини се да је остваривање права аутора на накнаду штете причињене дељењем садржаја путем интернета ипак упитно или изискује велике трошкове.

Стога смо мишљења да се инсистирањем на субјективној одговорности, односно одговорности за сопствене радње, може угрозити право аутора, у смислу остваривања одштетног захтева. На сличне ризике је правни поредак поредак већ одговорио преваљивањем обавезе накнаде са штетника на треће лице, у случајевима изричито прописане одговорности за другог или посебних случајева одговорности. *Ratio legis* оваквих нормативних решења налази се у околности да између штетника и одговорног лица уобичајено већ постоји посебан правни однос који ово радвајање штетника и одговорног чини оправданим. При том, чак и када се питање утврђивања штетника не јавља као спорно, обавезивање трећег је целисходније (с аспекта оштећеног, а уједно и функционсалности правног поретка).³⁴ Штавише, када је у питању одговорност за накнаду штете причињене повредом права аутора на интернету, лице које би се могло обавезати на накнаду (власник *ip* адресе, нпр.), најчешће и јесте непосредно својом радњом извршило повреду. Околност да се позиција оштећеног аутора чини лакшом у погледу остваривања накнаде, заштиту права чини ефикаснијом. Коначно, ни превентивна функција не би била занемарена, будући да би одговорна лица настојала заштитити приступ својим *ip* адресама, налозима на друштвеним мрежама или другим интернетским локацијама.

34 М. Караникић Мирић, *Објективна одговорност*, Београд 2013, 218, 219. Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, 2018, 492.

PhD, *Sanja* RADOVANOVIĆ

Associate professor at the Law Faculty of the University of Novi Sad

**SOME QUESTIONS RELATING TO THE SUBJECTIVE
RESPONSIBILITY FOR THE COMPENSATION OF DAMAGES
PRESENTED BY THE COPYRIGHT OF COPYRIGHT
ON THE INTERNET**

Summary

The occurrence of the Internet represented a specific pressure on the legal entities to regulate the issue of using copyrighted works in its framework. For these reasons, the WIPO Copyright Treaty has established a new exclusive authorization of the author - the authorization for every form of public communication of a piece of wire or wireless, including such a public announcement that is made in such a way that everyone can access those works from place and time which they choose, the current web 2.0 platform technically allows users to actively participate in the creation of content that is available on the Internet and exchange it interchangeably (in computer terminology file sharing). Generated content is often protected by some of the intellectual property rights. Therefore, the problem of Internet piracy takes a significant place in the discussions about the appropriate legal framework of copyright (or related law) protection of creativity. In this paper, special consideration is paid to the author's right to claim damages caused by violations of Internet rights. Although explicitly by the relevant laws it is foreseen that in these cases the general rules of the obligation right will be applied, we shall endeavor to point out the lack of liability based on fault through the analysis of normative provisions.

Keywords: *copyright, internet piracy, internet provider, liability, fault, compensation of damage.*