

UNIVERZITET U BEOGRADU
PRAVNI FAKULTET

INTELEKTUALNA SVOJINA I INTERNET 2016



Urednik
prof. dr Dušan V. Popović

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

Biblioteka
ZBORNICI



INTELEKTUALNA SVOJINA I INTERNET (2016)

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Za izdavača

prof. dr Sima Avramović, dekan

Urednik

prof. dr Dušan V. Popović

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Recenzenti

prof. dr Slobodan M. Marković

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

prof. dr Dušan Nikolić

rektor Univerziteta u Novom Sadu

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

prof. dr Predrag Cvetković

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Tiraž

300



Izdavanje ovog zbornika finansijski je pomogla Fondacija
„Registar nacionalnog internet domena Srbije“.

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovano, presnimavano ili prenošeno bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

www.ius.bg.ac.rs

INTELEKTUALNA SVOJINA I INTERNET (2016)

Beograd, 2016

Sadržaj

<i>Reč urednika</i>	7
---------------------------	---

Poglavlje I

NAZIVI INTERNET DOMENA I ŽIGOM ZAŠTIĆENE OZNAKE

PROF. DR SINIŠA VARGA Ograničeno teritorijalno dejstvo upotrebe robnog ili uslužnog znaka na Internetu kao preduslov za sticanje ili održavanje prava.	11
DOC. DR AGNÈS ROBIN Internet, marques et liberté d'expression / Internet, žig i sloboda izražavanja	33
DOC. DR JELENA ČERANIĆ Povreda žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe	47
DOC. DR MARKO JOVANOVIĆ Dostavljanje u postupku rešavanja sporova povodom registracije naziva internet domena.	75

Poglavlje II

AUTORSKO PRAVO I INTERNET

PROF. DR DUŠAN V. POPOVIĆ Autorskopравни pogled na korišćenje „Tvitera“	95
PROF. DR MARIO RELJANOVIĆ Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susednih država	115
DOC. DR SANJA RADOVANOVIĆ Autorsko pravo i „Fejsbuk“, s posebnim osvrtom na pravo Srbije	139
DR ANDREA RADONJANIN Primena pravila o odgovornosti host provajdera: iskustvo nosioca prava iz Srbije	165
NOVAK VUJIČIĆ Povreda autorskog prava korišćenjem bit-torrent platformi za razmenu sadržaja putem Interneta	187

Table of contents

Chapter I

DOMAIN NAMES AND TRADEMARKS

PROF. DR SINIŠA VARGA The limited territorial effect of trademark use on the internet as a precondition for acquiring of right or right maintenance.	11
DOC. DR AGNÈS ROBIN Internet, žig i sloboda izražavanja	33
DOC. DR JELENA ČERANIĆ Trademark infringements on the sites for the auction sale of goods	47
DOC. DR MARKO JOVANOVIĆ Service of documents in the procedure for Serbian national domain names dispute resolutiona.	75

Chapter II

COPYRIGHT LAW AND THE INTERNET

PROF. DR DUŠAN V. POPOVIĆ The use of Twitter from a copyright law perspective“	95
PROF. DR MARIO RELJANOVIĆ Responsibility of hosting providers for infringements of IP rights in Serbian law and laws of the neighbouring countries	115
DOC. DR SANJA RADOVANOVIĆ Copyright and Facebook, with special reference to Serbian law	139
DR ANDREA RADONJANIN Liability of host providers in practice: recent Serbian case law	165
NOVAK VUJIČIĆ Copyright infringement by use of Bittorrent platforms for content sharing on the Internet	187

Reč urednika

Tematski zbornik „Intelektualna svojina i Internet (2016)“ nastao je kao rezultat saradnje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Fondacije „Registar nacionalnog internet domena Srbije“. U okviru ove saradnje, 2015. godine objavljen je zbornik radova „Intelektualna svojina i Internet: nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake“. Zbornik koji je sada pred čitaocima sačinjen je sa istom ambicijom – da se naučnoj i stručnoj javnosti predstave odabrani radovi koji se odnose na oblike korišćenja intelektualnih dobara na Internetu i povrede subjektivnih prava intelektualne svojine prilikom takvog korišćenja. Kao i prošle godine, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Fondacija „Registar nacionalnog internet domena Srbije“ organizovaće konferenciju „Intelektualna svojina i Internet“, na kojoj će stručnjaci za pravo intelektualne svojine, koji su pisali za ovaj zbornik, razmatrati aktuelna pitanja od interesa za internet zajednicu.

Radovi objavljeni u tematskom zborniku „Intelektualna svojina i Internet (2016)“ grupisani su u dva poglavlja. Prvo poglavlje, naslovljeno „Nazivi internet domena i žigom zaštićene oznake“, započinje radom prof. dr Siniše Varga na temu „Ograničeno teritorijalno dejstvo upotrebe robnog ili uslužnog znaka na Internetu kao preduslov za sticanje ili održavanje prava“. Autor posebnu pažnju posvećuje tumačenju pojma korišćenja oznake u kontekstu upotrebe na Internetu. Doc. dr Anjes Roben (*Agnès Robin*) piše na temu „Internet, žig i sloboda izražavanja“. U svome radu, autorka analizira francusku sudsku praksu u vezi sa korišćenjem žigom zaštićenih oznaka na Internetu. Doc. dr Jelena Čeranić takođe piše o pravu žiga. U svome radu „Povreda žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe“ autorka detaljno analizira odgovornost internet posrednika za prodaju krivotvorene robe na specijalizovanim sajtovima. Najzad, doc. dr Marko Jovanović u radu na temu „Dostavljanje u postupku rešavanja sporova povodom registracije naziva internet domena“ analizira pravila o dostavljanju u domaćem sistemu rešavanja sporova

povodom registracije naziva internet domena, u kontekstu očuvanja ključnih principa ovog ADR postupka – efikasnosti i pravne sigurnosti.

Drugo poglavlje, naslovljeno „Autorsko pravo i Internet“, započinje radom prof. dr Dušana Popovića na temu „Autorskopравни pogled na korišćenje Tvitera“. Autor ispituje uslove za autorskopravnu zaštitu tvitova, da bi potom analizirao dejstvo ograničenja autorskopravne zaštite u slučaju preuzimanja tuđih tvitova. U radu na temu „Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susednih država“ prof. dr Mario Reljanović podrobno analizira relevantne odredbe propisa o elektronskim komunikacijama i elektronskoj trgovini, te upoređuje situaciju u Srbiji sa onom u drugim državama regiona. Doc. dr Sanja Radovanović u radu na temu „Autorsko pravo i Fejsbuk, s posebnim osvrtom na pravo Srbije“ ispituje opšte uslove korišćenja ove društvene mreže. Advokat dr Andrea Radonjanin u radu na temu „Primena pravila o odgovornosti host provajdera: iskustvo nosioca prava iz Srbije“ analizira postupanje Privrednog suda u Beogradu u predmetu koji se odnosio na povredu prava proizvođača emisije i na povredu žiga na Internetu. Najzad, advokat Novak Vujičić u radu na temu „Povreda autorskog prava korišćenjem bit-torent platformi za razmenu sadržaja putem Interneta“ zaključuje da trenutno u pravu Republike Srbije ne postoje delotvorni mehanizmi građanskopravne zaštite od povreda autorskog prava učinjenih putem bit-torent platformi, kao i da su nosioci subjektivnog autorskog prava uglavnom upućeni na krivični postupak.

prof. dr Dušan V. Popović

Poglavlje I
NAZIVI INTERNET DOMENA I ŽIGOM
ZAŠTIĆENE OZNAKE

prof. dr Siniša Varga
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu

OGRANIČENO TERITORIJALNO DEJSTVO UPOTREBE ROBNOG ILI USLUŽNOG ZNAKA NA INTERNETU KAO PREDUSLOV ZA STICANJE ILI ODRŽAVANJE PRAVA

Rezime: Živimo u informacionom društvu. Informaciono društvo je društvo u kojem kreiranje, obrada i distribucija informacija postaju najznačajnije ekonomske i uopšte društvene aktivnosti. Tehnološku osnovu informacionog društva čine informaciono-komunikacione tehnologije, a centralni element njegove infrastrukture – Internet. Internet je, kao svetska mreža međusobno povezanih kompjuterskih mreža, hardversko-softverska infrastruktura koja služi kao baza za razne Internet servise. Jedan od njih je World Wide Web – www (svetska mreža). Svetska mreža je internet servis za skladištenje i pronalaženje informacija smeštenih na veb-sajtovima kao virtuelnim lokacijama unutar kibernetickog prostora. Jedna od osnovnih karakteristika Interneta je njegov globalni karakter. U tom smislu su informacije sadržane na veb-sajtovima uočljive iz svih delova sveta. To važi i za robne i uslužne znakove kada se prikazu na veb-sajtu. No zbog principa teritorijalnosti na kojem se pravo žiga zasniva, za zaključak da je robni i uslužni znak korišćen na Internetu upotrebljen i na teritoriji neke države, neophodno je utvrditi dovoljan stepen povezanosti znaka i državne teritorije. Dovoljan stepen povezanosti postoji ako je u vezi sa znakom upotrebljenim na Internetu na teritoriji odnosne države postignut komercijalni efekat. Da li je takav efekat postignut ili ne faktičko je pitanje koje se prosuđuje prema okolnostima konkretnog slučaja. U radu se navode okolnosti koje se tom prilikom mogu uzeti u obzir. No čak i kada se utvrdi da je „veb-oznaka“ korišćena na teritoriji odnosne države, kvalifikovanost tog korišćenja za priznanje ili očuvanje subjektivnog prava, uključujući i zaštitu opštepoznatog znaka, procenjuje se prema uslovima propisanim odredbama pozitivnog prava žiga. Od svih internet servisa u radu je akcenat stavljen na svetsku mrežu, kao najznačajniji.

Ključne reči: Internet. – Svetska mreža – Žig. – Načelo teritorijalnosti. – Komercijalni efekat.

1. Uvod

Tranzicija iz industrijskog u informaciono društvo u kome je znanje ključni resurs, ispoljava se u promenama koje, između ostalog, znače da su informaciono-komunikacione tehnologije (u daljem tekstu: IKT) sa ogromnim ubrzanjem i porastom postale jedan od ključnih činilaca funkcionisanja i razvoja svih segmenata društva.¹ Na sveobuhvatnost društvenih promena uzrokovanu IKT ukazuje nastanak pojmova kao što su: e-uprava, e-poslovanje, e-obrazovanje, e-zdravstvo, e-zapošljavanje, e-ekologija, e-poljoprivreda, e-nauka i dr.² Dominacija računarske i komunikacione tehnologije izmenili su stil života i rada, a samim tim i navike ljudi, tako da se praćenje i ovladavanje rezultatima tehničko-tehnološkog napretka savremenom čoveku nameće kao nužnost.³ Time je istovremeno stvorena armija ljudi sposobnih da lakše, brže i jeftinije nego ikad ranije kreiraju nove intelektualne sadržaje i druga nematerijalna dobra i da ih onda posredstvom telekomunikacionih sistema, korišćenjem

- 1 M. Kujačić, „Informacione i komunikacione tehnologije“, *Putokaz ka održivom razvoju: nacionalna strategija održivog razvoja* (ur. D. Radojević), Beograd 2011, 206. Pod informacionim tehnologijama se sadržajno podrazumevaju: skupovi znakova i kodiranje informacija, programski jezici, razvoj softvera i dokumentacija sistema, međusobno povezivanje otvorenih sistema, umrežavanje, računarska grafika, mikroprocesorski sistemi, terminalska i druga periferijska oprema, uređaji za međusobno povezivanje i interfejs, uređaji za skladištenje podataka, kao i primene svih navedenih segmenata (Ž. Micić, *Informacione tehnologije*, Čačak-Kragujevac 2001, 9). Telekomunikacije predstavljaju granu ljudske delatnosti koja se bavi prenošenjem govora, pisanih ili štampanih tekstova, mirnih ili pokretnih slika, grafike, audio signala (muzika) i drugih poruka, od jednog mesta do jedne ili više udaljenih tačaka, posredstvom elektromagnetnih talasa određenih tehničkih sistema (M. Jevtović, *Kvalitet usluga telekomunikacionih mreža*, Beograd 2002, 9).
- 2 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Plan of Action*, WSIS-03/GENEVA A/DOC/5-E, Geneva 12th December 2003, 8-9. U Strategiji razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 5/2010, pominju se e-pravosuđe i IKT u kulturi, dok se umesto e-poslovanja koristi naziv e-trgovina.
- 3 S. Midorović, „Prof. dr Slobodan M. Marković: Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo“, *Službeni glasnik*, Beograd 2014, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 9-19/2014, 633. „Ljudi će brzo promeniti svoje navike kada imaju snažan razlog da to urade“ (T. Fridman, *Svet je ravan: Kratka istorija XXI veka*, Beograd 2007, 79).

elektronskih, svetlosno emitujućih i satelitskih medija, distribuiraju nadaleko i naširoko tj. globalno.⁴ „Informaciono društvo je globalno po prirodi stvari.“⁵

Globalni karakter informacionog društva zasnovan je na virtuelnosti vremena i prostora koja se postiže telekomunikacijom i računarskim mrežama. U vremenskom smislu savremenu globalizaciju karakteriše istodobnost i bezvremenost,⁶ a u prostornom prevazilaženje geografske pozicije, daljine i državnih granica kao bitnih komunikacionih faktora,⁷ tako da osnovni resurs informacionog društva – informacija – postaje momentalno dostupna na bilo kojem kraju Zemljine kugle i pretvara se u tzv. instant informaciju.⁸

S obzirom da je pokretač globalizacije u drugim sferama, najznačajnija dimenzija globalizacije je ekonomska.⁹ „Globalizacija iz ekonomske, poslovne perspektive je, kvantitativno i kvalitativno intenziviranje pokretljivosti transfere roba, kapitala, ljudi, informacija, ideja, privrednih potencijala i mnoštva raznovrsnih prekograničnih finansijskih i nefinansijskih transakcija.“¹⁰ S druge strane, smatra se da je zaštita intelektualne svojine od značaja za podsticanje inovativnosti i kreativnosti u informacionom društvu.¹¹ I u vezi sa tim nastaju pravne neodumice s obzirom da se subjektivna prava intelektualne svojine, za razliku od globalnog karaktera informacionog društva, zasnivaju na teritorijalnom principu, odnosno štite samo na teritoriji one države na kojoj tj. za koju su priznata. Ovaj kontrast nije zaobišao ni pravo žiga. Zahvaljujući virtuelnosti prostora u kibernetском okruženju bez obzira na državu u kojoj su registrovani, svi robni i uslužni znakovi prikazani putem Interneta dostupni su javnosti bilo gde u svetu. Da li to znači i da se istovremeno smatraju

4 Nove tehnologije su nametnule neophodnost članstva u mreži koja je povezala celo čovečanstvo i time primorale pojedince i njihove zajednice na ubrzan razvoj i primenu IKT ili izolaciju i zaostajanje u razvoju (G. Đorđević, „Uticaji ICT informacionog društva na društveno-ekonomski razvoj“, *Socioeconomica* 2/2012, 195).

5 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Declaration of Principles*, WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, Geneva 12th December 2003, 8.

6 A. Munitić, A. Jeličić, „Hipotetične uzročno-posljedične veze i krugovi povratnog djelovanja razvoja virtualnog svijeta, Interneta i tehnologije“, *Naše more* 1-2/2008, 49. Bezvremenošću je u kibernetском prostoru omogućena neprekidnost u elektronskom privrednom poslovanju, dok istodobnost omogućuje komunikaciju u stvarnom vremenu.

7 D. Hinić et al., „Povećana upotreba Interneta i socijalna izolacija“, *Engrami* 3-4/2007, 48.

8 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Plan of Action*, 10.

9 N. Balaban et al., *Informacione tehnologije i informacioni sistemi*, Subotica 2009, 8.

10 *Ibid.*

11 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Declaration of Principles*, 6.

korišćenim bilo gde u svetu ili je za pravno relevantni efekat upotrebe robnog i uslužnog znaka na Internetu potrebno ustanoviti dovoljno zadovoljavajuću vezu između robnog i uslužnog znaka i državne teritorije? Cilj istraživanja je razmatranje da li se s obzirom na značaj države kao društvene organizacije još uvek može govoriti o prevazi načela teritorijalnosti nad trendovima i posledicama informacione globalizacije. Pre nego što odgovorimo na to pitanje u radu će biti obrađeni pojmovi informacionog društva, Interneta i svetske mreže.

2. Informaciono društvo, internet i svetska mreža

Informaciono društvo je društvo u kojem kreiranje, obrada i distribucija informacija postaju najznačajnije ekonomske, ali i kulturne i uopšte društvene aktivnosti,¹² kao i osnovni izvori produktivnosti i moći.¹³ To je društvo u kojem pojedinci, zajednice i narodi pun potencijal u održivom razvoju i poboljšanju kvaliteta života ostvaruju: kreiranjem, pristupanjem, korišćenjem i prenošenjem informacija i znanja.¹⁴ Dakle u informacionom društvu osnovni element, „sirovina“, pa čak i proizvod su: informacije i znanje. Zato se ključnom tehnološkom inovacijom u informacionom društvu smatra kompjuter.¹⁵

12 G. Đorđević, 192 *et seq.* Autorka navodi kako se u nekim definicijama informaciono društvo određuje kao društvo u kojem više od 50% društvenog bruto proizvoda potiče iz virtuelnih izvora.

13 A. Munitić, A. Jeličić, 53. Kao Svetski dan informacionog društva (*World Information Society Day* – WISD) obeležava se 17. maj. Ovaj datum je Svetska telekomunikaciona unija (ITU) 1973. godine proglasila za Svetski dan telekomunikacija (*World Telecommunication Day* – WTD) radi podsećanja na dan kad je 1865. godine potpisana prva međunarodna telegrafska konvencija. Srbija je bila jedna od 20 evropskih zemalja koja je potpisala pristupnicu Međunarodnom telegrafskom savezu. Rezolucijom Generalne skupštine UN br. A/Res/60/252 od marta 2006. godine, 17. maj je ustanovljen kao Svetski dan informacionog društva. Novembra iste godine na konferenciji ITU u Antaliji odlučeno je da se 17. maj slavi kao svetski dan telekomunikacija i informacionog društva (WTISD).

14 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Declaration of Principles*, 1. Nikada se do sada brojnija populacija nije uključila u razmenu i širenje baze ljudskog znanja (*World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Tunis Commitment*, WSIS-05/Tunis/Doc/7-E, Tunis 18th November 2005, 2).

15 N. Mrđa, *Informatičko društvo i mrežna organizacija preduzeća*, Beograd 2008, 14. Razlikujemo: personalne računare, mini računare, servere i super kompjutere. Najnovija dostignuća u računarskoj tehnologiji su kvantni kompjuteri. „Performansa običnog

Naime, „korišćenje ličnih računara eliminiše limit količine informacija koje pojedinac može da sakupi, autorizuje, obradi i distribuira“.¹⁶

Informaciono društvo je, između ostalog, društvo obilja informacija.¹⁷ U takvim uslovima, uslovima eksponencijalnog povećanja količine informacija, nameće se potreba umnožavanja tačaka u kojima se obrađuju informacije i donose odluke, pa u informacionom društvu osnovni model organizovanja, umesto hijerarhijskog, postaje mrežni.¹⁸ Imajući to u vidu, kao i činjenicu da je povezanost izuzetno bitan operativni činilac u izgradnji informacionog društva,¹⁹ centralni element infrastrukture informacionog društva je Internet.²⁰

Internet je globalni komunikacioni medijum kojem se može pristupiti sa bilo kojeg mesta na planeti.²¹ „Pojednostavljeno govoreći, Internet je svetska mreža međusobno povezanih računarskih mreža koje koriste TCP/IP protokol (engl. *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*)“.²² Ona se zasniva na

kompjutera određena je brojem tranzistora koji se mogu smestiti u njega i načinom povezivanja. Svaki tranzistor može biti uključen ili isključen odnosno imati vrednost 0 ili 1, što je jedan bit. Kvantni kompjuteri koriste kubite, koji su zasnovani na merama svojstva subatomske čestice. U svakom trenutku kubit može biti ili 0 ili 1, ali i negde između. To znači da kubiti u kvantnim kompjuterima mogu ispitati daleko više mogućnosti...u rešavanju matematičkih problema, kao i ispoljiti veću snagu i brzinu“ (<http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-12-09/quantum-supercomputers-entice-wall-street-vowing-higher-returns>, 18. januar 2016. godine). Na navedenoj stranici saznajemo da se problem za čije bi rešavanje običnim kompjuterima trebalo 10.000 godina, kvantnim kompjuterom reši za par sekundi.

- 16 T. Fridman, 66.
- 17 O problemima tzv. informatičkog zagađenja i potrebe selekcije i kontrole informacija vidi: Ž. Vučković, G. Stokić Simončić: „Digitalni svet i fenomen suviška informacija“, *Kultura* br. 135/2012, 152-160. Autori na str. 154. npr. navode da je danas lakše obaviti eksperiment nego proveriti da li je takav eksperiment već izveden.
- 18 N. Mrđa, 6. U takvom okruženju, nematerijalna dobra kao što su robne marke, dizajn i pronalasci postaju temelj moderne korporacije (J. Rowley, „Online branding“, *Online information review* No. 2/2004, 132).
- 19 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Declaration of Principles*, 3.
- 20 *World Summit on the Information Society Geneva 2003 – Tunis 2005 Tunis Agenda for Information Society*, WSIS-05/TUNIS/DOC6(rEV.1)-E, Tunis 18th November 2005, 6.
- 21 S. Johnson, „Trademark Territoriality in Cyberspace: An Internet Framework for Common-Law Trademarks“, *Berkeley technology law journal* No. 2/2014, 1282.
- 22 D. Popović, *Registracija naziva Internet domena i pravo žiga*, Beograd 2014, 11. Čini ga više od 5000 mreža u više od 70 država (A. Weis, „Commercialization of the Internet“, *Internet research* No. 4/2010, 420).

jednostavnom konceptu za raspoređivanje digitalnih poruka na pakete, njihovo upućivanje na željene internet adrese i, potom, njihovo naknadno spajanje u konkretne poruke.²³ Internet je počeo da se pojavljuje ranih 60-tih godina XX veka u Sjedinjenim Američkim Državama.²⁴ U početku je razvijan za potrebe vojske da bi 70-tih i 80-tih godina XX veka evoluirao kao rezultat javno-privatnog partnerstva u umrežavanju univerzitetskih i vladinih kompjutera omogućavajući komunikaciju među njima.²⁵

Preteča Interneta je ARPAnet. ARPA²⁶ je agencija koju je američka vlada osnovala 1969. godine. ARPAnet je bila računarska mreža koja je povezivala računare vojnih laboratorija, univerziteta i vladinih institucija s ciljem da se efikasnije realizuju projekti od interesa za vojsku SAD. Omogućavala je pristup udaljenim računarima, transfer fajlova i elektronsku poštu, a sve uz protok od 50 KB u sekundi.²⁷ ARPA preuzima američko ministarstvo odbrane i transformiše ARPAnet u sopstvenu mrežu koja se od 1975. godine naziva *Defense Data Network* (DDN). Američka akademska zajednica 1980. osniva svoju mrežu pod nazivom *The internet*. Ova mreža i DDN su se integrisale 1987. godine.²⁸ Nacionalne mreže za povezivanje univerziteta nastaju i u evropskim državama. Povezivanjem nacionalnih mreža SAD i Evrope oblikovana je struktura današnjeg Interneta. Internacionalno povezivanje je nastalo zahvaljujući TCP/IP protokolu i provodnicima.²⁹

„Protokoli su pravila i tehničke procedure kojima se upravlja komunikacionim tokovima u mreži računara“.³⁰ U pitanju su kompjuterski programirani

23 N. Balaban et al., 88.

24 P. Lawrence, *Law on the Internet: practical guide*, London 2000, 5.

25 M. Rustad, *Global Internet Law in a Nutshell*, St. Paul, MN, 9.

26 *Advanced Research Project Agency*.

27 A. Weis, „Commercialization of the Internet“, *Internet research* No. 4/2010, 421.

28 N. Balaban et al., 256.

29 Prvi komercijalni sistem optičkih vlakana bio je instaliran 1977. godine. Od tada optički kablovi počinju da zamenjuju bakarne telefonske žice. Optička vlakna funkcionišu tako što konvertuju podatke u svetlosne impulse. Na jednom kraju nalazi se otpremnik kojim se elektronski signali koji dolaze od umreženih kompjutera transformišu u svetlosne. Za pokretanje svetlosnih impulsa može se koristiti dioda koja emituje svetlost (LED) ili injektivno-laserska dioda (ILD). Na drugom kraju optičkog kabla je prijemnik koji svetlosne pretvara u elektronske impulse – digitalne jedinice i nule (T. Fridman, 82-83). Autor nas na sledećoj stranici obaveštava da su telekomunikacione kompanije u samo 5–6 godina investirale oko bilion (hiljadu milijardi) dolara u postavljanje kablova širom sveta.

30 N. Balaban et al., 206.

softveri koji „govore“ kompjuterima kako da komuniciraju.³¹ TCP je protokol koji se odnosi na *host-to-host* odnosno tzv. transportni sloj Interneta. Pomoću njega se: skupina podataka deli u pakete i obezbeđuje konekcija na mreži.³² IP obezbeđuje da se svaki paket tretira nezavisno od drugih i da je put svakog paketa do pošiljaoca poseban. „U takvom sistemu, svaka mašina na mreži mora da ima jedinstvenu adresu“.³³ IP adresa je numerička i sastavljena je od četiri grupe brojeva razdvojenih tačkama, kao npr. 32-bitna adresa 147.917.114.237 (IPv4) ili heksadecimalnog niza oznaka razdvojenih dvotačkama, kao npr. 128-bitna adresa 2001:0db8:582:ae33::29 (IPv6). IP adresu čine oznake mreže i kompjutera u mreži (što znači da se premeštanjem kompjutera iz jedne u drugu mrežu, IP adresa tog kompjutera menja). O dodeli i metodologiji formiranja IP adrese stara se *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA). IP adresu korisnik dobija od Internet provajdera. Internet servis provajder IP brojeve dobija od nacionalnog internet registra (NIR) ili jednog od odgovarajućih regionalnih internet registara – RIR (AFRINIC – Afrika, APNIC – Azija i region Pacifika uključujući Australiju i Novi Zeland, ARIN, – Kanada i SAD, LACNIC – Latinska Amerika i RIPE NCC – Evropa, Bliski Istok i centralna Azija).

Iako se često poistovećuju, svetska mreža i Internet nisu sinonimi.³⁴ Internet je skup mreža, kablovima ili bežično povezanih i, zahvaljujući protokolima ujednačenim na svetskom nivou, međusobno kompatibilnih kompjutera. Internet je, dakle, hardversko-softverska infrastruktura za pružanje informacionih usluga. Jedna od takvih usluga³⁵ je svetska mreža. Svetska mreža je Internet servis za: 1. skladištenje informacija sadržanih u tekstualnim dokumentima, audio zapisima, video prikazima i drugim sadržajima i 2. pristup ovim informacijama. I kao što u konvencionalnom skladištu postoje kutije, palete i kontejneri u ili na kojima je spakovana roba, tako se i na svetskoj mreži informacije grupišu na veb-sajtovima (engl. *web site*). Veb-sajtovi se nalaze

31 B. Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Terms: Judicial, Legislative and Technical Definitions*, Toronto 2001, 233.

32 Osim TCP protokola postoji i *User Datagram Protocol* (UDP). UDP je jednostavan i brz, ali ne postoji garancija da će podaci u mreži biti preneti. „Korisnik ne može da bira između TCP i UDP. Izbor vrši onaj ko razvija mrežni softver“ (N. Balaban et al., 288).

33 *Ibid.*

34 B. Sookman, 322.

35 Pored elektronske pošte, USENET-a (forumu u kojima učesnici diskutuju o definisanim temama), četovanja i drugih internet servisa.

na kompjuterima koji se zovu serveri i zauzimaju deo njihove memorije. Koncept svetske mreže kao sistema za postavljanje, organizovanje i povezivanje dokumenata kako bi oni mogli biti lako pronađeni preko Interneta stvorio je 1990/91 godine britanski kompjuterski naučnik Tim Berners-Li (*Tim Berners-Lee*) dok je bio konsultant u laboratoriji za fiziku elementarnih čestica u evropskoj organizaciji za nuklearna istraživanja – CERN u Švajcarskoj. On je dizajnirao kodni sistem HTML (*HyperText Markup Language*) – jezik za formatiranje hiperteksta na svetskoj mreži. Takođe je napravio i prvi veb-sajt³⁶ koji je postavljen 6. avgusta 1991. godine. I konačno, kreirao je protokol za transfer hiperteksta (HTTP – *Hyper Text Transfer Protokol*) na osnovu kojeg dokumenti na svetskoj mreži postaju dostupni zainteresovanim korisnicima Interneta.³⁷

Koji tačno deo memorije servera zauzima koji veb-sajt, određuje se na osnovu URL (*Universal Resource Locator*) adrese. URL adresom se vrši ista funkcija kao i kućnom adresom ili telefonskim brojem.³⁸ URL adresa, kao npr. <http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/nastavno-osoblje.htm> sastoji se iz više delova i to:

1. <http://>
2. www.
3. [jura.kg.ac.rs](http://www.jura.kg.ac.rs)
4. [/index.php/sr/nastavno-osoblje](http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/nastavno-osoblje)
5. [.htm](http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/nastavno-osoblje.htm)

Prva komponenta: <http://> ukazuje da se dokument nalazi na veb serveru.

Na osnovu www, *world wide web* skraćénice, saznajemo da je u pitanju matični veb-sajt, a ne poddomen (npr. blog). Uglavnom se smatra delom naziva internet domena.

Sledeća komponenta, [jura.kg.ac.rs](http://www.jura.kg.ac.rs) naziva se: ime ili naziv internet domena. Naziv internet domena je tekstualnog oblika i predstavlja mnemonički izraz IP adrese. To znači da svaki naziv internet domena odgovara nekoj IP adresi, a „prevođenje“ se vrši u okviru tzv. sistema naziva internet domena – DNS (*Domain Name System*). Nazivi internet domena se sastoje od dva osnovna dela koja se čitaju s desna na levo i odvojeni su tačkama. Na desnom

36 <http://info.cem.ch>

37 T. Fridman, 70-72.

38 Osim informacije o mestu dokumenta na www, URL adresom se ukazuje i na socio-ekonomski status lica koje upravlja veb-sajtom (S. Stein, *Law on the Web: A Guide for Students and Practitioners*, Harlow 2003, 7).

kraju nalazi se slovni element nazvan: naziv internet domena najvišeg nivoa (TLD – *Top Level Domain*). Nazivi internet domena najvišeg nivoa mogu biti generični (gTLD³⁹) kao npr. *.com* za pravne subjekte komercijalnog karaktera, *.net* za kompjuterske mreže (mada to danas više nije tako strogo ograničeno), *.org* za neprofitne organizacije, *.int* za međunarodne organizacije, *.gov* za vlade, *.ac* za akademsku naučno-istraživačku zajednicu itd. ili geografski (*country code* – ccTLD⁴⁰) kao npr. *.au* za Australiju, *.cn* za Kinu, *.ph* za Filipine, *.rs* za Srbiju. Posebna vrsta geografskih naziva internet domena najvišeg nivoa su internacionalizovani nazivi internet domena (IDN – *Internationalized Domain Name*) za geografske nazive internet domena koji nisu napisani engleskim alfabetom. Tako je npr. internacionalizovani naziv internet domena najvišeg nivoa za Srbiju ispisan ćiriličnim pismom i glasi *.srb*, a na svetskoj mreži je vidljiv od 3. maja 2011. godine.⁴¹ Navodno, danas u svetu postoji više od 1000 naziva internet domena najvišeg nivoa.⁴² Drugi deo naziva (npr. *jura.kg*) internet domena naziva se imenom internet domena sekundarnog nivoa. Naziv internet domena sekundarnog nivoa Internet korisnik bira po sopstvenoj volji u cilju sopstvene individualizacije na veb-u, poštujući ograničenja i zabrane koje se tiču vremenskog prvenstva,⁴³ broja znakova, interpunkcija, razmaka i dr. Iako ne mora da bude, u slučaju privrednopравниh subjekata kao „vlasnika“ veb-sajta, za naziv internet domena sekundarnog nivoa najčešće se koriste reči

-
- 39 Generične nazive internet domena najvišeg nivoa (gTLD) ne treba poistovećivati sa generičnim nazivima internet domena (*generic domain names*). *G-domain names* su nazivi internet domena (sekundarnog nivoa) koji se sastoje od reči koje predstavljaju nazive roba i usluga ili koje imaju prefiks „e“. „Generični naziv internet domena je trenutno najpoželjnija virtuelna nekretnina na Internetu“ (X-T Nguyen, „Shifting the paradigm in e-commerce: move over inherently distinctive trademarks – the e-brand, I-brand and generic domain names ascending the power?“, *American university law review* No. 4/2001, 955).
- 40 Multinacionalne kompanije sa tzv. *dot com* nazivom internet domena najvišeg nivoa su u odnosu na multinacionalne kompanije sa lokalnim odn. geografskim nazivom internet domena najvišeg nivoa bolje rangirane kako na pretraživaču „Gugl“, tako i na listi *Fortune Global 500* (J. Murphy, A. Scharl, „An investigation of global versus local online branding“, *International marketing review* No. 2/2007, 306).
- 41 Nadzor nad generičnim i geografskim nazivima internet domena vrši Internet korporacija za dodeljene nazive i brojeve – ICANN (*Ibid.*, 300).
- 42 http://www.theregister.co.uk/2015/07/10/there_are_now_1000_internet_extensions, 19. januar 2016.
- 43 O tome više u: S. Marković, „Pravnoekonomska analiza naziva internet domena“, *Intelektualna svojina i Internet: nazivi internet domena, autorskih dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. Popović), Beograd 2015, 18-23. Da li je naziv internet domena registrovan, može se proveriti odgovarajućim *whois* pretraživačkim programima.

koje se odnose na robu i usluge, poslovno ime ili verbalni robni ili uslužni znak,⁴⁴ odnosno na lako pamtljiv, prepoznatljiv i distinktivan izraz.⁴⁵

Veb-sajt je, po pravilu, skup veb-stranica (*web page*) i osim početne stranice (*home page*) sadrži i druge strane, tako da treći deo URL adrese ukazuje na stranicu ili dokument u okviru veb-sajta.

Četvrti deo URL adrese ukazuje na format stranice ili dokumenta.

Za razliku od prava žiga prema kojem u granicama svake nacionalne države isti robni ili uslužni znak za obeležavanje različitih roba i usluga može koristiti više privredno-pravnih subjekata, URL adresa, a pre svega naziv internet domena, mora biti jedinstvena, i to u celom svetu.

3. Korišćenje žigom zaštićene oznake na svetskoj mreži

U domenu elektronskog poslovanja, svetska mreža je globalni šoping centar.⁴⁶ I kao što je nekad veb-sajt značio konkurentsku prednost, danas predstavlja ekonomsku nužnost.⁴⁷ „U brzom poslovnom svetu, od novoosnovanih privrednih društava i preduzetnika do velikih međunarodnih konglomerata, veb-sajt ili stranica na Fejsbuku, Tviteru ili Linkdinu može biti prvi javni dokaz o postojanju“⁴⁸ Veb-sajtovi, kojih je 2014. godine bilo 968 miliona,⁴⁹ privrednim subjektima služe kao izlozi, kancelarije, poslovnice, prodajni i distributivni centri.⁵⁰

44 Konzistentnost između naziva internet domena i robnog i uslužnog znaka može pojačati upoznatost potrošača sa oznakom i osnažiti veze sa kanalima za komunikaciju (J. Rowley, „Online branding“, *Online informantor review* No. 2/2004, 133).

45 Za mnoge tzv. *dot com* privredne subjekte, posedovanje odgovarajućeg naziva internet domena je značajan faktor u stvaranju korporativnog imidža i promovisanju roba i usluga.

46 M. Elsmore, „The implications of intellectual property law for the auditing and protection of national and international brands: Part I. Brands in cyberspace“, *Managerial auditing journal* No. 2/2000, 120.

47 J. Murphy, A. Scharl, „An investigation of global versus local online branding“, *International marketing review* No. 3/2007, 300

48 S. Johnson, „Trademark Territoriality in Cyberspace: An Internet Framework for Common-Law Trademarks“, *Berkeley technology law journal* No. 2/2014, 1255.

49 <http://www.internetlivesstats.com/total-number-of-websites/>, 27. januar 2015. Na sajtu se navodi da ih je u septembru 2014. godine bila milijarda, ali da se procenjuje da oko 75% veb-sajtova nije aktivno.

50 X-T. Nguyen, „Shifting the paradigm in e-commerce: move over inherently distinctive trademarks – the e-brand, I-brand and generic domain names ascending the power?“, *American university law review* No. 4/2001, 949.

Korišćenjem veb-sajtova privredni subjekti ostvaruju brojne prednosti. Prvo, zbog globalnog karaktera Interneta, korišćenjem veb-sajta stvara se mogućnost da se za postojanje privrednog subjekta sazna na međunarodnom nivou. Dalje, Internet prodavnica je otvorena 24 časa dnevno. Putem Interneta je moguće sprovesti vrlo jeftino istraživanje tržišta, i uopšte se korišćenjem Interneta ostvaruju uštede u troškovima komunikacije. S obzirom da je Internet globalni informacioni autoput,⁵¹ korišćenje Interneta olakšava upoznavanje stranih tržišta. I ne samo da se olakšano saznaje za nova tržišta, ponekad je (to zavisi od vrste robe odn. proizvoda kojim se trguje) Internet najlakši način za prevazilaženje barijera za ulazak na ta tržišta.⁵² S obzirom da Internet nije ograničen na jednosmernu komunikaciju, moguće je putem veb-sajta prikupljati informacije o potrošačima, obrađivati te informacije i na osnovu dobijenih saznanja vršiti segmentaciju tržišta. Uglavnom, za ostvarenje ovih i drugih prednosti elektronskog poslovanja početni troškovi su niski i odnose se na investiranje u: zakup domena, hosting i izradu veb-sajta.

A gde su u svemu tome žigovi? Iz razloga što se svaki, pa i onlajn odn. veb marketing zasniva na komunikaciji i porukama, robni i uslužni znakovi su nezaobilazan sadržaj veb-sajtova privrednih subjekata.⁵³ To naravno ne znači da su robne tj. uslužne oznake jedini komunikacioni element veb-sajta. Privredni subjekt sa tržišnim okruženjem komunicira celokupnim dizajnom veb-sajta, pa čak i njegovom funkcionalnošću. Izgled i koncepcija sajta, sadržaj i izgled teksta, slike, boje, ažurnost, interaktivnost jesu komunikacioni elementi veb-sajta. Međutim, kada su konkretno robni i uslužni znakovi u pitanju, u uslovima koji se karakterišu preobiljem informacija, robne tj. uslužne oznake su marketinška sredstva koja olakšavaju snalaženje na tržištu i donošenje odluke o (ponovljenoj) kupovini. Ponuda je sve obimnija, proizvodi su sve složeniji, a život sve ubrzaniji, zbog čega potrošači nemaju vremena da prikupljaju i proučavaju tekstove o robi i uslugama za koje su zainteresovani. Zato se upravljaju prema svojevrsnim skraćenicama i sublimatima tržišnih informacija kakvi su robni i uslužni znakovi. Ta njihova priroda simbola naročito

51 M. Zugelder, T. Flaherty, J. Johnson, „Legal issues associated with international Internet marketing“, *International marketing review* No. 3/2000, 254.

52 A sve to je onda podsticaj za sticanje i usavršavanje znanja o međunarodnoj trgovini.

53 “Sa kibernetiskim prostorom ljudi ostvaruju interakciju na dva osnovna načina, tj. šaljući informaciju u kibernetiski prostor ili preuzimajući informaciju iz njega“ (M. Rahman, „Cyberspace claiming new dynamism in the jurisprudential philosophy: A substantive analysis of conceptual and institutional innovation“, *International journal of law and management* No. 5/2009, 284).

dolazi do izražaja u onlajn marketingu zbog smanjenog kapaciteta veb-sajta u pogledu količine informacija koja se javnosti može predstaviti, a koja je u marketinškom smislu ipak ograničena veličinom ekrana, a sada i displeja na mobilnom telefonu.⁵⁴ Robnim i uslužnim oznakama se u potpunosti zadovoljava potreba za konciznošću ekonomskog izražavanja. Pored toga, robni i uslužni znakovi služe kao parametri, odnosno kriterijumi koje kupci koriste za pretraživanje na veb-u.

Prvo pravno pitanje koje se u vezi sa upotrebom robnih tj. uslužnih oznaka na veb-u postavlja je pitanje pravno relevantnog teritorijalnog domašaja takve oznake. Svi veb sajtovi su vidljivi iz svih delova sveta. Da li to znači da se stavljanjem robne ili uslužne oznake na veb-sajt ona koristi u celom svetu? Ili nešto drugačije, da li postavljanje robne ili uslužne oznake na veb-sajt znači da se time pravno dejstvo ostvaruje u svim državama sveta, odnosno da li je postojanje veb-sajta na kojem je prikazana žigom zaštićena oznaka pravni osnov za zaključak o međunarodnoj upotrebi oznake? Pitanje nije beznačajno. Teritorijalni princip na kojem se pravo žiga zasniva osnov je za koegzistenciju dve ista robna ili uslužna znaka registrovana u različitim državama od strane različitih prodavaca za obeležavanje iste robe ili usluge. Ukoliko se robnom ili uslužnom oznakom na veb-sajtu ostvaruje pravno dejstvo međunarodnog karaktera onda titulari prava na ovim oznakama mogu tražiti sudsku zaštitu zbog povrede svojih prava. Drugim rečima, automatsko internacionalno pravno dejstvo oznake onemogućava koegzistenciju istih oznaka koje su različiti prodavci u različitim državama registrovali za obeležavanje iste robe, ako su ove robne oznake prikazane na veb-sajtovima njihovih titulara. Drugo pitanje, kojem ćemo se u većoj meri posvetiti, odnosi se na to da je žig pravo na oznaku koja se mora koristiti u privrednom prometu. U suprotnom, u slučaju da se žigom zaštićena oznaka u prometu ne koristi, žig može prestati. Ako bi se postavljanju žigom zaštićene oznake na veb sajt automatski priznalo međunarodno pravno dejstvo, onda bi to bilo dovoljno za održanje prava u svim zemljama u kojima je žig priznat. Međutim, istinski globalnih žigom zaštićenih robnih i uslužnih znakova je malo, i mnogi koje bi njihovi titulari opisali kao globalne i internacionalne, daleko su od toga.⁵⁵ Zbog toga je u pravu opšte

54 J. Rowley, „Online branding“, *Online informantor review* No. 2/2004, 133.

55 M. Elsmore, „The implications of intellectual property law for the auditing and protection of national and international brands: Part III. Brands in Europe“, *Managerial Auditing Journal* No. 5/2000, 222. Autor na str. 225. dodaje da ne mogu lokalni (parohijski) brendovi tek tako preko noći postati internacionalni, te da su mnoge istinski međunarodne poslovne aktivnosti dostupne samo velikim multinacionalnim kompanijama.

prihvaćen stav da prosto korišćenje robne ili uslužne oznake na veb-sajtu samo po sebi ne predstavlja korišćenje te oznake u prometu.⁵⁶ Prema tome, prostom postavljanju (robne ili uslužne) oznake na veb-sajt ne priznaje se automatski svetsko pravno dejstvo. To ne znači da je svako korišćenje robnog ili uslužnog znaka na veb sajtu pravno irelevantno. Zapravo smatra se da je robni ili uslužni znak prikazan na sajtu korišćen u svim onim državama u kojima je u vezi sa njim ostvaren komercijalni efekat.⁵⁷ Da li je korišćenje (robnog ili uslužnog) znaka na veb-sajtu rezultiralo komercijalnim efektom ili ne, odnosno da li uopšte predstavlja korišćenje oznake u smislu prava o žigu, faktičko je pitanje koje se rešava prema okolnostima konkretnog slučaja. U nastavku rada ćemo razmatrati te okolnosti. No ono što je na ovom mestu važno napomenuti, to je da opšteusvojeni stav da se prikazivanje (robnog ili uslužnog) znaka na veb-sajtu ne smatra samo po sebi korišćenjem žigom zaštićene oznake na teritoriji zemlje u kojoj se pravo želi ostvariti ili održati (ili zaštititi), znači da je ispitivanje okolnosti konkretnog slučaja u funkciji utvrđivanja veze između robnog i uslužnog znaka prikazanog u kibernetском, virtuelnom, prostoru i državne teritorije u njenom suštinskom, materijalnom, vidu.

3.1. Okolnosti prema kojima se utvrđuje da li je prikazivanjem robnog ili uslužnog znaka na veb-sajtu ostvaren komercijalni efekat na teritoriji odnosne države

Korišćenje oznake na Internetu smatra se upotrebom oznake unutar nacionalnih granica samo onda kada postoji domaći povezujući faktor koji prevazilazi prostu onlajn uočljivost znaka.⁵⁸ Najjači dokaz povezanosti robnog i uslužnog

56 L. Bentley, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford 2004, 893; H. MacQueen, C. Waelde, G. Laurie, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, Oxford 2008, 687.

57 *WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and other Industrial Property Rights in Signs on the Internet*, Geneva 2001. (dalje u tekstu: *WIPO Zajedničke preporuke*), Art. 2. Izraz „komercijalni efekat“ je izabran umesto izraza „u prometu“ (*in the course of trade*) kako bi obuhvatio i one situacije u kojima robni i uslužni znak prikazan na veb-sajtu komercijalno iskorišćavaju neprofitne organizacije, čime se zapravo pojam upotrebe u prometu proširuje (*Trademarks and the Internet*, WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT/25/3, Geneva 2011, rec. 51).

58 T. Bettinger, D. Thum, „Territorial trademark rights in the global village – International jurisdiction, Choice of law and Substantive law for trademark disputes on the Internet – Part two,“ *International review of intellectual property and competition law* No. 3/2000, 291/292.

znaka prikazanog na veb-sajtu i državne teritorije jeste obavljanje poslovne aktivnosti subjekta koji je kreirao sajt na kojem je oznaka prikazana. Znak prikazan na veb-sajtu je u najjačoj vezi sa teritorijom one države u kojoj „vlasnik“ sajta obavlja privrednu delatnost u vezi sa robama i uslugama za čije obeležavanje prikazana oznaka služi. To će pre svega biti ona država u kojoj korisnik znaka prodaje robu i/ili pruža usluge. Bitan pokazatelj područja obavljanja privredne delatnosti je mesto gde su locirani objekti tj. nepokretne ali i pokretne stvari koje služe za obavljanje privredne delatnosti. Tako je prikazana robna ili uslužna oznaka prevashodno povezana sa teritorijom one države gde se nalaze poslovne prostorije, prodavnice, proizvodne hale, skladišta, šleperi, autobusi i druga transportna sredstva za prevoz robe i putnika i druga tzv. *brick and mortar* odn. fizička, materijalna poslovna infrastruktura „vlasnika“ veb-sajta. Ako je pri tom registrovana privredna delatnost izrazito lokalnog karaktera kao npr. dostavljanje pica, taksi prevoz, prodaja sveže ribe, uslužno pečenje mesa i dr. onda je zaključak o povezanosti robnog ili uslužnog znaka i državne teritorije isključujućeg karaktera u smislu da je ograničen na samo jednu državu i pored toga što je veb-sajt vidljiv iz svih delova sveta.

Međutim, robnim ili uslužnim znakom prikazanim na veb-sajtu se i bez obavljanja delatnosti na teritoriji odnosne države može na njoj ostvariti komercijalni efekat.⁵⁹ Tako nešto je moguće zaključiti na osnovu ozbiljnih odnosno značajnih (*significant*) planova da se u nekoj zemlji započne sa obavljanjem privrednih aktivnosti čime se značajno umnožava broj okolnosti na osnovu kojih se može smatrati da je robnim ili uslužnim znakom prikazanim na veb sajtu ostvaren komercijalni efekat na teritoriji odnosne države. Sve okolnosti od značaja za utvrđivanje u kojoj državi je prikazivanjem robnog i uslužnog znaka na veb-sajtu ostvaren komercijalni efekat su prema WIPO Zajedničkim preporukama svrstane u četiri grupe i to:

1. Nivo i karakter poslovne aktivnosti „vlasnika“ veb-sajta u vezi sa teritorijom odnosne države.
2. Povezanost ponude roba i usluga date na veb-sajtu sa teritorijom odnosne države.
3. Povezanost načina upotrebe robnog ili uslužnog znaka sa tržištem odnosne države.
4. Step en usklađenosti korišćenja oznake na veb-sajtu i ovlašćenja koja proističu iz sadržine priznatog prava.

⁵⁹ Internet je omogućio privrednim subjektima da i bez prodaje obezbede neprekidno podsećanje i time izgradnju poslovnog ugleda (S. Johnson, 1261).

3.1.1. Nivo i karakter poslovne aktivnosti

Povezanost robnog i uslužnog znaka i državne teritorije se, pre svega, utvrđuje na osnovu geografske pozicioniranosti mušterija korisnika oznake odnosno kupaca roba i korisnika usluga, odnosno teritorije na kojoj se oni fizički nalaze. Međutim, komercijalni efekat robnim ili uslužnim znakom prikazanim na veb-sajtu može biti ostvaren i na teritoriji one države u kojoj „vlasnik“ veb-sajta još ne obavlja privrednu delatnost ako je sa mušterijama nalazećim na teritoriji odnosne zemlje uspostavio druge „poslovno motivišuće odnose“ (*commercially motivated relationships*). Drugi „poslovno motivišući odnosi“ mogu, primera, radi biti uspostavljeni upućivanjem reklamnih poruka ili obaveštenja o robi putem elektronske pošte. U svakom slučaju okolnost od značaja za utvrđivanje povezanosti robnog ili uslužnog znaka prikazanog na sajtu i državne teritorije može biti geografska lociranost ne samo stvarnih nego i potencijalnih kupaca i korisnika usluga.

Povezanost robnog ili uslužnog znaka i teritorije konkretne države može biti utvrđena primenom logičkog zaključivanja *argumentum a contrario*. Ukoliko bi se na osnovu pomenutih ili drugih okolnosti moglo zaključiti o povezanosti robnog ili uslužnog znaka upotrebljenog na Internetu sa državama A i B, a na veb-sajtu je vidno istaknuta napomena, tzv. disklejmer o tome da „vlasnik“ veb-sajta isključuje mogućnost prodaje roba ili pružanja usluga na tržištu države A, onda je jasno da je oznaka namenjena za korišćenje samo na teritoriji države B. I obrnuto, ako se u napomeni navodi da je isporuka moguća samo u državi B, onda je jasno da se na teritoriji države A ne nalaze ne samo stvarni, nego ni potencijalni kupci roba privrednog subjekta koji oznaku za obeležavanje te robe koristi na veb-sajtu.⁶⁰ No ono što je u vezi sa ovim bitno naglasiti to je da pomenuto logičko zaključivanje može biti osnov za utvrđivanje ograničenog teritorijalnog dejstva oznake prikazane na veb-sajtu samo ako se „vlasnik“ veb-sajta zaista pridržava postavljene napomene. Takođe, tzv. disklejmer je pravno irelevantan i kada je napisan na jeziku koji nije u komercijalnoj upotrebi u državi na koju se napomena odnosi ili je napisan na odgovarajućem jeziku ali na nejasan ili konfuzan način. Korišćenje ovakvih napomena može biti izuzetno bitno za privredne subjekte iz više razloga.

60 Vidimo da tzv. disklejmer može biti formulisan na pozitivan ili negativan način. S tim u vezi, ukoliko ne postoji država A/B dilema, a napomena je formulisana afirmativno, sadržina napomene se tumači jedino bukvalno.

Pre svega, postavljanje ovakvih disklejmera ih lišava potrebe da vrše globalno pretraživanje žigova (što može biti vrlo skupo) i drugo, može preventivno delovati u smislu otklanjanja odgovornosti za povredu žiga. Postavljanje disklejmera osim što može biti dobrovoljno može biti i prinudno ako se npr. vrši po osnovu pravosnažne sudske odluke.

Okolnosti od značaja za utvrđenje ograničenog teritorijalnog dejstva oznake prikazane na veb-sajtu su i postprodajne aktivnosti „vlasnika“ veb-sajta poput garancija, servisa, prodaje rezervnih delova, kao i druge aktivnosti koje jesu u vezi sa oznakom prikazanom na veb-sajtu, ali se ne sprovode na Internetu. Pod njima se pre svega podrazumevaju reklamne aktivnosti: u nacionalnoj štampi, televiziji, radiju, bilbordima i drugim neinternetkim reklamnim medijima, kao i sponzorstva lokalnih, nacionalnih i međunarodnih sportskih i drugih događanja i priredaba.

3.1.2. Povezanost ponude sa teritorijom odnosne države

Povezanost ponude sa teritorijom odnosne države se, pod pretpostavkom da se oznaka prikazana na veb-sajtu koristi za obeležavanje ponuđenih roba i usluga, pre svega utvrđuje na osnovu činjenica da li se ponuđene robe ili usluge mogu zakonito isporučivati na teritoriji države čijim potrošačima je učinjena ponuda (odnosno poziv da „vlasniku“ veb-sajta učine ponudu), kao i da li su cene iskazane u valuti koja je zakonito sredstvo plaćanja u odnosnoj zemlji. Prema tome, ponuda mora biti u skladu sa propisima odnosne države kojima se regulišu uslovi za proizvodnju i promet robe. Ukoliko roba nije proizvedena u skladu sa standardima koji se u toj državi primenjuju ili informacije o robi na deklaraciji nisu napisane u skladu sa relevantnim pravnim propisima ili je u toj zemlji zabranjen promet tom robom,⁶¹ ili su u pitanju drugi slični razlozi, ne bi se moglo zaključiti da je oznakom prikazanom na veb-sajtu postignut komercijalni efekat na teritoriji odnosne države. Isto se odnosi i na slučaj kad je plaćanje predviđeno u valuti koja u datoj državi nije u upotrebi, ali ne i ako su cene izražene u valuti koja u toj zemlji nije zakonito platežno sredstvo, a prema kojoj će se obračunavati u zavisnosti od kursa te valute na dan plaćanja, pri čemu se plaćanje vrši u valuti koja je u odnosnoj državi zakonsko sredstvo

61 Ne mora se to odnositi isključivo na oružje, narokotike i tome slično, već i na robu široke potrošnje poput alkoholnih pića i svinjskog mesa čiji je promet npr. zabranjen u nekim arapskim zemljama u kojima je na snazi šerijatsko pravo.

robno-novčanog prometa. Izražavanje cene u američkim dolarima ili u Evropi u evrima ipak samo po sebi ne isključuje nameru prodavca da trguje u zemlji u kojoj dolar tj. evro nisu zakonska sredstva plaćanja jer se radi o svetskoj odn. regionalnoj trgovačkoj valuti. No, i kad su ova dva uslova ispunjena, roba se može zakonito isporučiti u odnosnoj državi i platiti u valuti koja je u njoj zakonsko sredstvo plaćanja, komercijalni efekat neće biti postignut ako roba ili usluge realno nisu dostupne potrošačima te zemlje, tj. oni ih realno ne mogu pribaviti.

Povezanost ponude sa teritorijom odnosne države je očigledna ukoliko je predmet ponude u skladu sa potrošačkim navikama, kulturom i tradicijom relevantnog dela javnosti neke države. Primera radi, primanje narudžbina za slavske kolače može da bude prilično precizan indikator teritorije na kojoj se „sajber“ znak (ne) koristi.

3.1.3. Povezanost načina upotrebe robnog ili uslužnog znaka sa tržištem odnosne države

Povezanost načina upotrebe robnog ili uslužnog znaka sa potrošačkim navikama, kulturom i tradicijom odnosne države može se utvrđivati prema tome:

- da li su na veb-sajtu, na kojem je (robni ili uslužni) znak prikazan, sadržani podaci o sredstvima komunikacije koji su dostupni Internet korisnicima iz odnosne države,
- da li se u URL adresi veb-sajta koristi geografski naziv internet domena najvišeg nivoa koji upućuje na odnosnu državu,
- da li je tekst na veb-sajtu napisan na jeziku koji koristi relevantan deo javnosti odnosne zemlje,
- da li veb-sajt na kojem je oznaka prikazana posećuju Internet korisnici iz odnosne zemlje.

Stepen interaktivnosti je vrlo važan pokazatelj povezanosti robnog i uslužnog znaka prikazanog na veb-sajtu i državne teritorije. Minimum stepena interaktivnosti zadovoljen je ako veb-sajt sadrži broj telefona i adresu „vlasnika“ sajta koji se nalaze odn. dostupni su potrošačima odnosne zemlje. Dodatni faktori koji utiču na rast stepena interaktivnosti su: omogućavanje kontakta postavljanjem adrese elektronske pošte, mogućnost elektronske narudžbe, plaćanja i isporuke potrošačima sa teritorije odnosne države.

Korišćenje geografskog naziva Internet domena najvišeg nivoa je značajan pokazatelj teritorijalne usmerenosti privredno-pravnog subjekta koji

robnog ili uslužnog znaka koristi na sajtu. Isto se odnosi i na jezik, s tim što se korišćenje engleskog jezika ne ograničava samo na englesko govorno područje i u zavisnosti od ostalih okolnosti konkretnog slučaja može da znači da je korišćenjem robnog ili uslužnog znaka na sajtu postignut komercijalni efekat na tržištu države u kojoj engleski jezik nije u službenoj upotrebi. Takođe korišćenje engleskog jezika, samo po sebi, ne znači da je oznaka korišćena u svim zemljama u kojima je engleski jezik u službenoj upotrebi.

U kojoj državi je korišćenjem robnog ili uslužnog znaka na sajtu postignut komercijalni efekat može se zaključiti prema poreklu relevantnog broja posetilaca tog sajta. Odakle potiču posetioci sajta može se zaključiti prema poreklu Internet korisnika koji ostavljaju komentare ili se prijavljuju za mejling listu kako bi bili uredno obaveštavani o npr. novim modelima i/ili usavršavanjima proizvodima ili drugim bitnim promenama, kao i ako je na veb-sajtu predviđen tzv. forum – prema poreklu diskutanata, a što se u svim ovim varijantama pre svega utvrđuje prema jeziku na kojem ostavljaju ili primaju poruke.

3.1.4. Stepen usklađenosti korišćenja oznake na veb-sajtu i ovlašćenja koja proističu iz sadržine priznatog prava

Pretpostavka je da je oznaka prikazana na veb-sajtu namenjena za korišćenje na onoj teritoriji za koju je registrovana. Ukoliko je registrovana od strane „vlasnika“ veb-sajta onda to može biti okolnost koja je od značaja za održavanje prava. Komercijalni efekat se međutim, takvom oznakom može postići i onda kada na teritoriji odnosne države nije registrovana na ime „vlasnika“ veb-sajta, ali je takva okolnost više od značaja za utvrđivanje povrede žiga, jer se takvo korišćenje smatra korišćenjem u zloj veri, vrlo često potaknutim namerom da se nelojalno iskoriste reputacija ili distinktivni karakter predmetnog znaka.

*

Koje će činjenice za utvrđenje povezanosti robnog ili uslužnog znaka prikazanog na veb sajtu i državne teritorije zavisi od konkretnog slučaja. U nekim slučajevima to mogu biti sve navedene i opisane okolnosti, u nekim samo neke, a u nekim nijedna od ovih, što znači da pored nabrojanih okolnosti za dokazivanje komercijalnog efekta oznake korišćene na veb-sajtu mogu

biti odlučne i druge okolnosti.⁶² Drugo, zbog načela specijalnosti, jasno je da ponuda, obavljanje delatnosti, registracija i sve druge okolnosti moraju biti u vezi sa robom i uslugama za čije se obeležavanje oznaka prikazana na veb-sajtu koristi.

3.2. Pravna kvalifikovanost korišćenja robnog ili uslužnog znaka prikazanog na veb-sajtu

Čak i kad se utvrdi da je robni ili uslužni znak prikazan na sajtu korišćen na teritoriji odnosne države, odnosno čak i kad se utvrdi na kojoj teritoriji je oznakom prikazanom na veb-sajtu postignut komercijalni efekat, to, samo po sebi, nije dovoljno za priznanje ili održanje prava. Da li je korišćenjem znaka prikazanog na sajtu na teritoriji odnosne države postignuto pravno dejstvo zavisi od toga da li su korišćenjem oznake na veb-sajtu ispunjeni uslovi koji su pozitivnim pravom države, na čijoj teritoriji je takvim korišćenjem oznake postignut komercijalni efekat, predviđeni za: sticanje distinktivnosti znaka upotrebom u prometu, *common law* zaštitu neregistrovanog znaka, održanje prava ili zaštitu opštepoznatog znaka.

Tako će se npr. sticanje distinktivnosti upotrebom u prometu u pravu Evropske unije ceniti prema sledećim uslovima: 1) tržišni udeo, 2) stepen intenzivnosti, širina geografskog tržišta i trajanje korišćenja znaka, 3) visina ulaganja u promociju znaka, 4) srazmera relevantnog dela javnosti koji znak percipira kao oznaku porekla i 5) da li je podnosilac prijave priložio potvrde privredne komore ili nekih drugih profesionalnih udruženja.⁶³

Sticanje pravne zaštite neregistrovanog znaka u anglosaksonskom pravu je oduvek bilo geografski ograničeno na zonu u kojoj privredni subjekt stvarno uživa poslovni ugled (*zone of actual goodwill*). To je područje u kojem privredni subjekt zaista prodaje robu ili pruža usluge (*zone of actual market*

62 Problem je što različite države mogu usvojiti različite standarde u vezi sa faktorima značajnim za utvrđenje povezanosti robnog i uslužnog žiga prikazanog na svetskoj mreži sa njihovom teritorijom (Z. Slovakova, „Protection of trademarks and the Internet with respect to the Czech law“, *Journal of International Commercial Law and Technology* No. 2/2006, 73).

63 C-108/97 *Windsurfing Chiemsee* [1999] ECR I-2779, tač. 51. Više o sticanju distinktivnosti upotrebom u prometu vidi: S. Lučić, „Nametanje znaka u prometu kao žig“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije* (ur. S. Đorđević), Kragujevac 2014, 515-524.

penetration), pod uslovom da obim prometa nije zanemarljiv i područje u kojem se robni ili uslužni znak zahvaljujući, pre svega, reklamnim aktivnostima prepoznaje kao žig privrednog subjekta koji ga koristi (*zone of reputation*). Granice ovih područja, kao i da li za tako nešto uopšte ima osnova, određuju se prema sledećim kriterijumima: 1) obim prodaje, 2) pozitivni i negativni razvojni trendovi u datom geografskom području, 3) odnos aktuelnih mušterija odnosnog privrednog subjekta prema ukupnom broju potrošača, 4) obim i intenzitet reklamnih aktivnosti i 5) tržišni udeo korisnika robnog ili uslužnog znaka,⁶⁴ a sve to da bi se utvrdilo da li je robni i uslužni znak bio stvarno korišćen u kapacitetu koji nije beznačajan⁶⁵ odn. da li je upotreba robnog i uslužnog znaka bila, kumulativno: deo redovnih poslovnih aktivnosti (*deliberate*), konzistentna i kontinuirana.⁶⁶

Što se održanja prava tiče, našim pozitivnim pravom je propisano da upotreba žigom zaštićene oznake na domaćem tržištu mora biti ozbiljna i kontinuirana (odn. bez prekida dužeg od pet godina od registracije ili poslednjeg korišćenja – zavisno od toga da li je robni znak uopšte ikad korišćen ili ne). Primera je bezbroj, ali ako bi recimo privredni subjekt na tržištu Republike Srbije samo prodavao rezervne delove i vršio popravke, to bi se prema *WIPO* Zajedničkim preporukama moglo smatrati kao korišćenje žigom zaštićene oznake na teritoriji Srbije, ali da li je to korišćenje ozbiljno ili ne moralo bi se posebno dokazivati utvrđenjem namere titulara žiga (da li je takva upotreba žiga motivisana jedino očuvanjem prava, a bez stvarne namere da se roba obeležena tim znakom prodaje na domaćem tržištu⁶⁷) i shvatanja prometa. Drugim rečima, preduzimanje samo postprodajnih aktivnosti ne bi se moglo, i pored ostvarenog komercijalnog efekta, samo po sebi, automatski smatrati ozbiljnom upotrebom žigom zaštićene oznake na domaćem tržištu. Osim svega toga, žig bi se mogao održati i onda kada zaštićeni znak uopšte nije korišćen na domaćem tržištu, ako za to postoji opravdan razlog.

64 S. Johnson, 1259. Ovim kriterijumima, a u vezi sa upotrebom robnog i uslužnog znaka na Internetu, autor na str. 1290. dodaje sledeće kriterijume: obim i način reklamiranja na Internetu, dužina i vid internet prisutnosti, svrha i karakter prisutnosti na Internetu i broj poseta veb-sajtu na mesečnoj bazi.

65 *Ibid.*, 1268.

66 *Ibid.*, 1284.

67 Razloga za takvu odluku može da bude mnogo. Možda se na nekom drugom tržištu ostvaruje viša zarada pa se celokupna prodaja usmerava tamo ili je u pitanju kartelni sporazum o podeli tržišta, pa je srpsko tržište „pripalo“ drugoj ugovornoj strani itd.

4. Zaključak

Sadržaj veb-sajtova je globalno vidljiv. Isto važi i za robne i uslužne znakove prikazane na vebu. No njihova globalna uočljivost nije dovoljna za zaključak da su samim tim komercijalno upotrebljeni u svakoj odn. bilo kojoj državi sveta. Da bi se upotrebom robnog i uslužnog znaka na svetskoj mreži proizvelo nacionalno pravno dejstvo, potrebno je da je takva upotreba robnog i uslužnog znaka u dovoljnoj meri povezana sa konkretnom jurisdikcijom. Dovoljna mera povezanosti postoji ako je u vezi sa oznakom prikazanom na Internetu na teritoriji države ostvaren komercijalni efekat. Da li je komercijalni efekat ostvaren ili ne faktičko je pitanje koje se procenjuje prema okolnostima svakog posebnog slučaja. Međutim, čak i kad se utvrdi da je na teritoriji neke države u vezi sa znakom prikazanim na veb-sajtu ostvaren komercijalni efekat, odnosno i kad se utvrdi da je oznaka prikazana na sajtu korišćena na tržištu odnosne države, kvalifikovanost takvog korišćenja za proizvođenje pravnog dejstva procenjuje se prema uslovima propisanim pozitivnim pravom žiga. I zato, imajući u vidu ove dve premise, da se korišćenje robnog i uslužnog znaka na veb-sajtu i uopšte Internetu samo po sebi ne smatra korišćenjem znaka u prometu konkretne države i da se kvalifikovanost korišćenja oznake na teritoriji konkretne države za proizvođenje odgovarajućeg pravnog efekta utvrđuje prema njenom pozitivnom pravu, možemo zaključiti da je u lokalno/globalno kontrastu prava žiga i Interneta „pobedilo“ načelo teritorijalnosti.

Prof. Dr. Siniša Varga
Associate Professor, University of Kragujevac – Faculty of Law

THE LIMITED TERRITORIAL EFFECT OF TRADEMARK USE ON THE INTERNET AS A PRECONDITION FOR ACQUIRING OF RIGHT OR RIGHT MAINTENANCE

Abstract: Trademarks can be used on the Internet, especially on web sites. If it is done so, they can be viewed globally. But mere global perceptiveness of a trademark used on a web site is not a sufficient element so as to conclude that a trademark has been used on the market within a specific country. It is well known that the Industrial Property Law and therefore Trademark law is based on the principle of territoriality. Consequently, a sufficient connecting factor between trademarks used on the Internet and state territory must be established in order to qualify certain activity as legally relevant. The so called cyber mark is considered to be used only in a country where a certain commercial effect may be identified. Whether a commercial effect occurred is established with respect to all the circumstances of a particular case. A number of significant factors for determining commercial effect in a specific country are listed in the 2001 WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs on Internet. But even when a requirement of commercial effect is met, the rules on acquiring or maintaining a trademark right will be interpreted under the criteria laid down by the applicable law of the country in question.

Key words: Internet. – World Wide Web. – Trademarks. – Principle of territoriality. – Commercial effect.

Agnès Robin

Maître de conférences HDR en Droit privé, Université de Montpellier

Membre de l'Equipe de recherche Créations immatérielles et Droit (UMR 5815)

INTERNET, MARQUE ET LIBERTÉ D'EXPRESSION

Résumé: Ces dernières années, le droit des marques a connu un bouleversement lié au développement des TIC et de l'utilisation des marques via l'internet. L'utilisation de l'internet comme moyen de communication à grande échelle a eu pour conséquence de permettre aux personnes de s'emparer des marques semi-figuratives en particulier, pour diffuser des informations étrangères à la commercialisation de produits et services. Les juges français ont été saisis de ces questions et ont, parfois sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adopté une position très libérale en faveur de la liberté d'expression, lorsqu'il est jugé que l'information est diffusée en dehors de la vie des affaires.

Mots-clés: Marques. – Internet. – Nom de domaine. – Liberté d'expression (art. 10 CEDH). – Vie des affaires.

La contrefaçon de marque n'est admise en droit communautaire, mais également en droit français qui applique la jurisprudence de la Cour de justice, que dans une certaine limite. D'après l'approche qu'en retient le droit communautaire, la contrefaçon n'est constituée que si l'utilisation d'un signe sans le consentement du titulaire de la marque est susceptible de porter une atteinte aux fonctions de la marque.¹ L'atteinte à la marque est donc conditionnée par la définition de ses fonctions et l'on sait à quel point la jurisprudence de la CJUE a contribué à cette définition.²

1 J. Canlorbe, «Contrefaçon de marque. Usage illicite», *J.-Cl. Marques*, Fasc. 7513, n° 15.

2 Si l'approche de la Cour de la fonction de la marque fut tout d'abord assez étroite, la cantonnant à sa fonction de garantie de provenance pour les consommateurs (v. «L'exercice de ce droit doit dès lors être réservé aux cas dans lesquels l'usage du signe par un tiers porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs

Mais avant que soit caractérisée l'atteinte à l'une des fonctions de la marque, l'atteinte est d'abord conditionnée par le fait que l'usage du signe doit exister «**en tant que marque**» en vertu de l'article 5 §5 de la directive 89/104 prévoit que les droits conférés par la marque «n'affectent pas les dispositions applicables dans un État membre et relatives à la protection contre l'usage qui est fait d'un signe à des fins autres que celles de distinguer les produits et services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice» et qu'il soit utilisé «**dans la vie des affaires**», selon les termes de l'article 5 §1 de la directive précise que le titulaire est habilité à faire interdire l'usage de la marque «*dans la vie des affaires*». Cette exigence trouve également un écho dans le règlement sur la marque communautaire (RMC, art. 9 §1) et dans l'accord ADPIC, dont l'article 16 indique que «le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tout tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de commerce ou de fabrique est enregistrée [...]».

Dès lors, la marque qui est un outil de régulation du marché, ne peut se concevoir en dehors de l'activité commerciale ou publicitaire. Elle ne peut permettre à son titulaire d'en interdire l'usage lorsque celui-ci est réalisé à des

la provenance du produit» (v. CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *Arsenal : PIBD* 2003, III, p. 262; *D.* 2003, p. 424 et p. 755, note P. de Candé; *Propri. intell.* 2003, n° 7, p. 200, G. Bonet, pt 51). Cette approche a par la suite été réitérée par la Cour de justice, dans des termes plus ou moins proches (V. par exemple, CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-245/02, *Anheuser-Busch*, *Rec. I-10989*; *Propri. ind.* 2005, comm. 3, A. Folliard-Monguiral; *Propri. intell.* 2005, n° 15, p. 189, G. Bonet, pt 59. - V. également, CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-48/05, *Adam Opel : Rec. I-1017*; *D.* 2007, Pan. 2835, obs. S. Durrande; *PIBD* 2007, n° 849, III, p. 241; *Propri. intell.* 2007, n° 23, p. 239, G. Bonet; *Propri. ind.* 2007, comm. 18, A. Folliard-Monguiral, pt 21), elle fut ensuite élargie à d'autres fonctions comme notamment celle consistant à garantir la qualité de ce produit ou de ce service, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité» (v. CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal : PIBD* 2009, III, p. 1305; *Propri. intell.* 2010, n° 34, p. 655, G. Bonet; *JCP G* 2009, 180, p. 39, note L. Marino; *CCE* 2009, comm. 111, C. Caron; *Propri. ind.* 2009, comm. 51, A. Folliard-Monguiral, pt 58. - Sur cet arrêt, V. B. Humblot, «Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque»: *RLDI* oct. 2009, n° 1749. - Y. Reboul, «L'arrêt de la Cour de justice du 18 juin 2009. L'Oréal-Bellure : comment résister à la rançon de la gloire»: *Légicom* 2010, n° 44, p. 5). Certains usages ne comportant pas d'atteinte aux fonctions de la marque se trouvent donc soustraits au délit d'usage illicite.

fins autres que commerciales, concurrentielles ou publicitaires.³ C'est la raison pour laquelle les juges admettent l'idée selon laquelle une marque peut faire l'objet d'une citation notamment à des fins d'information sur les produits et services marqués, par les journalistes ou par les associations de consommateurs, sous réserve que l'information n'ait pas pour conséquence d'induire le consommateur en erreur et n'ait pas pour effet de dénigrer la marque elle-même. La publicité comparative est elle-même autorisée sous réserve de ne pas (art. L. 121-9 C. conso.: «La publicité comparative ne peut : 1° Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent; 2° Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent; 3° Engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent; 4° Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé»). Dans les cas d'information erronée ou d'information dénigrante, la faute sera cependant sanctionnée mais sur le fondement des principes de responsabilité civile (art. 1382 et 1383 C. civ.)⁴. Bien que l'usage sera jugé illicite, il n'y aura pas place pour autant pour la contrefaçon...

Ainsi, loin d'être absolu⁵, le droit de marque est, comme tout droit de propriété, contrebalancé par des considérations d'intérêt général. Or, dans ce domaine comme dans d'autres, la liberté d'expression, qui est d'intérêt général, constitue une limite à la monopolisation par le droit de propriété. Dès lors, un équilibre doit-il être trouvé entre la défense du droit de marque et la possibilité de s'exprimer par l'utilisation des signes qui sont des formes d'expression

3 TGI Paris, 22 févr. 1995 : *PIBD* 1995, III, p. 257: dans une affaire où la chaîne de télévision TF1 se plaignait de la reproduction de sa marque figurative en couverture d'un journal dont une enquête était consacrée à ses émissions, le TGI de Paris a-t-il rejeté l'action en contrefaçon au motif que «la marque a été reproduite à des fins d'information et en dehors de toute relation concurrentielle», après avoir constaté que «pour être répréhensible, l'usage d'une marque doit être fait à des fins commerciales ou publicitaires» et que «l'usage dans un but d'information ne constitue pas une contrefaçon»

4 V. par ex. TGI Paris, 29 mai 2001, *SARL One.Tel c/ Nicolas M., legalis.net*.

5 v. M. Vivant, «Touche pas à mon filtre! Droit de marque et liberté de création: de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle», *JCP E* 1993, I, p. 251.

et des vecteurs de communication. Le droit de marque est tout particulièrement finalisé et ne peut ainsi être défendu *qu'en tant que tel* (instrument de régulation de la concurrence ou du marché) (I) et *dans un contexte donné* (la vie des affaires) (II), dont l'application au domaine de l'internet, et plus particulièrement, dans le cadre de l'utilisation des réseaux sociaux, offrent de beaux exemples.

1. Internet et liberté d'expression: l'usage de la marque en tant que marque

Pour pouvoir remplir sa fonction, la marque doit être utilisée comme signe distinctif (A). Cette règle trouve bien entendu également à s'appliquer lorsque le signe est utilisé *via* internet et a pour conséquence, comme on le voit parfois en jurisprudence, d'écarter le grief de contrefaçon lorsque le signe est utilisé à d'autres fins (B).

1.1. La marque utilisée en tant que... marque

Pour que la contrefaçon puisse être caractérisée, il faut que le signe ait été utilisé à titre de marque, c'est-à-dire pour désigner des produits et des services. Cette exigence qui n'est pas posée par les textes, résulte de l'interprétation qu'a fait la Cour de justice de l'article 5 §1 de la Directive, sur la base de l'expression «usage (...) pour des produits ou services». ⁶ La Cour de justice a ainsi eu l'occasion, suite à une question préjudicielle d'un juge allemand, de préciser, à propos d'un commerce de modèles réduits de voitures sur lesquels était apposée la marque *Opel*, que l'article 5 §1 a) devait «être interprété en ce sens qu'il vise l'usage d'un signe identique à la marque pour des produits commercialisés ou des services fournis par le tiers qui sont identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée». ⁷ Ainsi, l'usage du signe par un tiers pour désigner les produits et services du titulaire de la marque n'est pas susceptible d'être qualifié de contrefaçon, sauf s'il s'agit de promouvoir simultanément ses produits et services, comme l'a jugé la Cour de justice

⁶ J. Passa, «Conditions de la contrefaçon de marque», *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, comm. 42, pp. 590-604, sp. p. 597.

⁷ CJUE, 25 janv. 2007, *Adam Open AG c/ Autec AG*, aff. C-48/05, préc.

à propos d'une publicité comparative.⁸ Ainsi, une publicité par laquelle l'annonceur compare les produits et les services qu'il commercialise avec ceux d'un concurrent vise, à l'évidence, à promouvoir les produits et les services de cet annonceur. Par une telle publicité, l'annonceur cherche à distinguer ses produits et services, en comparant leurs caractéristiques avec celles de produits et de services concurrents. (...) Dès lors, l'utilisation par un annonceur, dans une publicité comparative, d'un signe identique ou similaire à la marque d'un concurrent aux fins d'identifier les produits ou les services offerts par ce dernier s'analyse comme un usage pour les produits ou les services mêmes de l'annonceur, au sens de l'article 5, §1 et 2» (pts 35 et 36).

Ainsi, le droit de marque n'est pas un droit exclusif qui a pour objectif de monopoliser un signe *per se*, mais seulement de le réserver en ce qu'il permet de désigner des produits ou des services identifiés par le titulaire de la marque. Le principe de spécialité étant donc clairement l'un des facteurs du caractère relatif du droit de marque.

1.2. La marque utilisée en tant que...

Bien que la jurisprudence française ait tardé dans l'application de ce principe⁹, l'on peut dire aujourd'hui qu'elle se conforme à la règle selon laquelle la marque ne peut servir à interdire l'utilisation du signe à d'autres fins que pour désigner les produits et services du tiers.

Enseigne, dénomination sociale, nom commercial. Dans l'affaire *Céline*, au sujet de laquelle le juge français a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle, les juges ont affirmé qu'il était possible pour un tiers d'utiliser un signe à titre de dénomination sociale, de nom commercial ou d'enseigne sans que la contrefaçon de marque ne soit caractérisée. Ainsi, elle rappelle tout d'abord qu'«une dénomination sociale, un nom commercial ou une enseigne n'a pas, en soi, pour finalité de distinguer des produits et des services» et que «dès lors, lorsque l'usage d'une dénomination sociale, d'un nom commercial ou d'une enseigne se limite à identifier une société ou à signaler un fonds de commerce, il ne saurait être considéré comme étant fait «pour des produits

8 CJUE, 12 juin 2008, *O2 Holdings*, C-533/06.

9 Pour l'arrêt de principe, v. Cass. com., 10 mai 2011, n° 08-16.641, *Dermo-esthétique*: *PIBD* 2011, n° 943, III, p. 458; *Propr. ind.* 2011, n° 72, obs. P. Tréfigny-Goy.

ou des services» (pt 21).¹⁰ Néanmoins, la Cour nuance en ajoutant que «même en l'absence d'apposition (sur les produits), il y a usage «pour des produits et des services» (...) lorsque le tiers utilise ledit signe de telle façon qu'il établit *un lien* entre le signe constituant la dénomination sociale, le nom commercial ou l'enseigne du tiers et les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers» (pt 23).

Cette règle a trouvé à s'appliquer dans l'utilisation d'une marque *via* internet. De fait, si l'usage d'une marque dans les pages d'un site internet constitue une contrefaçon dès lors qu'il est effectué en relation à des produits ou des services couverts par cette marque¹¹, il ne peut en être de même lorsque la marque est utilisée pour d'autres fins que pour désigner les produits et services du tiers.

Ainsi, dans l'affaire *VIP ROOM*¹², un DJ avait fait état sur sa page *Facebook* de son activité de DJ dans les discothèques *VIP ROOM* établies à Cannes et Saint-Tropez. Il avait alors reproduit le logo de la marque déposée du même nom. Les titulaires de la marque l'ont assigné en contrefaçon et ont fait valoir que la marque était utilisée dans la vie des affaires. Les juges ont relevé que, s'il y a lieu d'admettre que cette page *Facebook* «constitue un instrument de promotion de l'activité professionnelle de DJ de Elliott S. et que la dénomination *VIP ROOM* est donc utilisée dans la vie des affaires, celle-ci n'était pas utilisée pour commercialiser des services mais simplement pour désigner les endroits dans lesquels il avait pu fournir des prestations de DJ». L'usage de la marque n'est donc pas fait en tant que marque, mais pour désigner l'enseigne des établissements (la preuve en était d'ailleurs fournie, selon les juges, par le fait que les mentions de la marque *VIP ROOM* étaient toujours accompagnées de la mention Cannes ou Saint-Tropez). Les titulaires de la marque sont donc déboutés de leur action en contrefaçon.

10 CJCE, 11 sept. 2007, *Céline SARL c/ Céline SA*: Rec. I-7041; *PIBD* 2007, n°863, III, p. 698; *Propr. intell.* 2008, n° 26, p. 142, obs. G. Bonet; *CCE* 2007, n° 132, obs. C. Caron; *Propr. ind.* 2007, n° 86, obs. A. Folliard-Monguiral; *RTD com.* 2008, p. 712, obs. J. Azéma; M. Dhenne, «Les conflits marques et autres indications d'origine (l'après arrêt Céline)» : *Propr. ind.* 2008, étude 14.

11 Par ex. v. CA Paris, 13 oct. 1999: *CCE* 2000, comm. 2, C. Caron, sanctionnant l'usage de marques de luxe sur un site sur lequel sont proposées des répliques des modèles authentiques; TGI Paris, 13 mars 2009 : *PIBD* 2009, III, p. 1199 pour des contrefaçons de modèles de lampes.

12 TGI Paris, 25 sept. 2014, *JR Connect et Night Management Production c/M. Elliott S. alias DJ EI'S*, *legalis.net*.

Nom de domaine. La question s'est naturellement posée quant à l'usage d'une marque à titre de nom de domaine. Après une lente évolution des décisions, la jurisprudence française est aujourd'hui fixée. Ainsi la Cour de cassation a pu faire application du principe de spécialité pour décider que, même si le titulaire de la marque l'a déposée dans la classe 38 (services de communication informatique et télématique), la contrefaçon ne peut être caractérisée, dès lors que l'identité de produits ou de services commercialisés sur le site et ceux couverts par la marque ne peut être démontrée.¹³

Œuvre de l'esprit. La Cour de cassation a eu également l'occasion d'affirmer que l'usage d'un signe comme titre d'une œuvre n'était pas susceptible de constituer un acte de contrefaçon, considérant que la Cour d'appel a exactement déduit de son analyse «que le titre Elles ont posé pour lui au sein duquel était inséré le signe Lui n'était pas utilisé à titre de marque».¹⁴ On peut ainsi admettre, comme le souligne M. Vivant, que la marque Coca-Cola puisse être utilisée par Andy Warhol pour ses créations.¹⁵

2. Internet et liberté d'expression: l'usage de la marque dans la vie des affaires

Comme on l'a déjà précisé en introduction, l'article 5 §1 de la directive 89/104 sur les marques prévoit que les actes que le titulaire est habilité à faire interdire en vertu de son droit exclusif sont des actes d'usage du signe «dans la vie des affaires». Bien que cette condition n'ait pas été transposée en droit français (art. L. 713-2 et L. 713-3 CPI), l'exigence est, ainsi que le souligne J. Passa¹⁶, intégrée dans la loi française par le jeu de l'interprétation conforme. Ainsi que la Cour de justice a pu le préciser, l'usage de la marque dans la vie des affaires doit être entendu comme l'usage du signe dans le contexte d'une activité commerciale

13 Cass. com., 13 déc. 2005, *Soficar c/ Le Tourisme moderne* : *JurisData* n° 2005-031317; *Rev. Lamy dr. immat.* févr. 2006, n° 13, p. 9, note F. Sardain; *Légipresse* 2006, n° 231, III, p. 81, note M.-E. Haas. – V. égal. Cass. com., 7 juin 2006, *Ebel* : *JurisData* n° 2006-034027; *D.* 2006, p. 2030, obs. C. Manara.

14 Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-22.739: *PIBD* 2011, n° 946, III, p. 556.

15 («De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle», *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*», comm. 1, pp. 3-15, sp. p. 14.

16 Art. préc.

visant un avantage économique et non dans le domaine privé». ¹⁷ La condition d'usage «dans la vie des affaires» exclut que la contrefaçon puisse ainsi être caractérisée lorsque la marque est utilisée à des fins parodiques, polémiques ou à des fins d'information (A). Pour autant, la responsabilité civile peut parfois être retenue lorsque les propos ont pour effet le dénigrement de la société ou des produits ou services qu'elle commercialise (B).

2.1. Marque et usage parodique, polémique ou à des fins d'information

Trois affaires ont fortement marqué la jurisprudence française, révélant, à notre sens, d'une part, la difficulté à admettre le caractère finalisé du droit de marque, et d'autre part, la difficile intégration de la notion «d'usage dans la vie des affaires» comme condition d'application de la marque.

Affaire *Danone*. Dans la première de ces affaires, la société *Danone* reprochait aux exploitants d'un site internet critiquant la politique sociale de cette entreprise et appelant au boycott de ses produits, d'avoir utilisé la marque verbale *Danone*, ainsi que différentes marques verbales, semi-figuratives ou figuratives sur un site internet (auquel il était donné accès par les noms de domaine *jeboycottedanone.com* et *jeboycottedanone.net*). La cour d'appel de Paris déboute la société *Danone* de son action en contrefaçon ¹⁸, au motif que «le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression, par ailleurs reconnu tant par les traités et conventions internationales rappelés par l'association Réseau Voltaire, implique que cette association et Olivier Malnuit puissent, sur les sites internet litigieux, dénoncer sous la forme qu'ils estiment appropriée les conséquences sociales des plans de restructuration mis en place par les intimés; que si cette liberté n'est pas absolue, elle ne peut néanmoins subir que les restrictions rendues nécessaires par le respect des droits d'autrui;

¹⁷ CJCE, 12 nov. 2002, *Arsenal Football Club plc c/ Matthew Reed*, aff. C. C-206/01: *Rec. I-10273*; *D.* 2003, p. 755, note P. de Candé; *JCP E* 2003, 1468, §10, obs. Boespflug, P. Greffe et Barthélémy; *Propr. intell.* 2003, n° 7, p. 197, obs. G. Bonet; *PIBD* 2003, n° 764, III, p. 263; *RJDA* 2003/2, n° 204 et chron. J. Passa, p. 195. V. égal. CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09: *D.* 2011, p. 1965, obs. C. Manara; *JCP* 2011, act. 875, obs. Y. Picod; *JCP E* 2011, n° 1818, §14, obs. C. caron; *PIBD* 2011, n° 952, III, p. 718; *RLDI* 2011/74, n° 2444, obs. L. Costes; *CCE* 2011, n° 99, obs. C. Caron; *Propr. ind.* 2011, n° 71, note A. Folliard-Monguiral.

¹⁸ CA Paris, 30 avr. 2003 : *RIPIA* 2003, n° 212, p. 7; *D.* 2003, p. 2685, obs. S. Durrande.

Considérant qu'à cet égard, les sociétés Compagnie Gervais Danone et Groupe Danone ne sauraient invoquer les dispositions de l'article L 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, dès lors que, par les modifications apportées à la marque Danone par l'adjonction du pronom et du verbe «jeboycotte» et les textes qui l'accompagnent, l'association Réseau Voltaire et Olivier Malnuit montrent clairement leur intention de dénoncer les pratiques sociales des sociétés mises en cause et les risques pour l'emploi, sans induire en erreur le public quant à l'identité des auteurs de la communication;(...) ».

Affaires Areva et Esso. Dans le cadre des deux autres affaires, les titulaires des marques *Esso* et *Areva* reprochaient à une association de défense de l'environnement (Greenpeace) d'avoir pastiché leurs marques sur son site internet, tout en y associant un propos dénonçant les conséquences des activités de ces entreprises sur l'environnement. L'action en contrefaçon intentée par ces sociétés a finalement été rejetée par la cour d'appel de Paris dans l'une et l'autre de ces affaires, au motif, notamment, que les détournements de marques en question «ne visent manifestement pas à promouvoir la commercialisation de produits ou de services concurrents (...) mais relèvent d'un usage purement polémique étranger à la vie des affaires et à la compétition entre entreprises».¹⁹ Les pourvois sont rejetés par la Cour de cassation dans deux arrêts datés du même jour.²⁰ Seule l'étude de l'arrêt rendu dans l'affaire *Esso* s'avère cependant pertinente au regard du droit de marque, les juges affirmant que : «l'association Greenpeace France a pour objet la protection de l'environnement et la lutte contre toutes les formes de pollution et de nuisances; qu'il relève ensuite que

-
- 19 CA Paris, 16 nov. 2005, n° 04/12417 : *JurisData* n° 2005-288792; *PIBD* 2006, III, p. 53; *Propri. intell.* 2006, n° 18, p. 103, V.-L. Bénabou; *Propri. ind.* 2006, comm. 4, P. Tréfigny; *CCE* 2006, comm. 8, C. Caron; *Légipresse* 2006, III, p. 86, note E. Baud et S. Colombet. - CA Paris, 17 nov. 2006, n° 04/18518 : *JurisData* n° 2006-320290; *PIBD* 2007, III, p. 92; *CCE* 2007, comm. 8, C. Caron; *Propri. ind.* 2007, comm. 6, P. Tréfigny : «la SPCEA ne saurait se fonder sur les dispositions de l'article L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle dès lors que [...] les signes utilisés sur les sites Internet ne visent aucunement à promouvoir la commercialisation de produits ou de services, concurrents de ceux de la SPCEA, mais relèvent au contraire d'un usage purement polémique étranger à la vie des affaires»
- 20 Cass. com., 8 avr. 2008: n° 07-11.251 : *JurisData* n° 2008-043507; *PIBD* 2008, III, p. 372; *D.* 2008, p. 1208, obs. S. Lavric; *D.* 2008, p. 2402, note L. Neyret; *JCP G* 2008, II, 10106, note C. Hugon; *CCE* 2008, comm. 77, C. Caron; *Légipresse* 2008, III, p. 123, note J. Canlorbe; *RTD civ.* 2008, p. 487, obs. P. Jourdain. - Cass. com., 8 avr. 2008, n° 06-10.961 : *JurisData* n° 2008-043528; *PIBD* 2008, III, p. 370; *D.* 2008, p. 1274, obs. J. Daleau

les signes incriminés ont été utilisés dans le cadre d'une campagne destinée à informer les citoyens sur les moyens employés, selon l'association Greenpeace, pour faire échec à la mise en œuvre du protocole de Kyoto sur les changements climatiques, et à dénoncer les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles; qu'en l'état de ces constatations, dont il résultait que l'usage d'éléments des marques renommées distinguant les produits et services de la société Esso, sous une forme modifiée résumant ces critiques *dans un contexte polémique*, constituait un moyen proportionné à l'expression de telles critiques, la cour d'appel a légalement justifié sa décision; (...)» (nous soulignons).

Plusieurs observations peuvent être faites à propos de ces décisions. Tout d'abord, on a fait remarquer que la Cour de cassation avait adopté une position audacieuse dans la mesure où elle avait fait application d'une «exception de parodie», alors que la loi sur les marques ne connaissait pas, contrairement à celle sur le droit d'auteur (art. L. 122-5, 4° CPI) dont on sait qu'elle est fondée sur la liberté d'expression. Néanmoins, outre le fait que, dans aucune des affaires, les juges n'emploient l'expression «exception de parodie» ou même «parodie», il y a lieu de s'interroger comme le font certains auteurs²¹, quant à la pertinence du fondement relatif à la liberté d'expression (art. 10 CEDH). En effet, la limite que constitue l'exigence d'usage dans la vie des affaires doit en principe suffire à rejeter l'action en contrefaçon lorsque, comme le précise la Cour, la reprise de la marque est réalisée dans un contexte polémique. Nul besoin, en effet, d'en appeler au dispositif des textes fondamentaux si l'équilibre est assuré en interne par les textes communautaires eux-mêmes. Ceci incite à penser que le besoin de se référer à la liberté d'expression tel qu'il avait été exprimé dans les décisions des juges du fond rendus tout d'abord en la forme des référés²²,

21 J. Passa, «Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque», *Propriété intellectuelle* 2005, chron. 2, n° 10 : «Le droit de marque étant inopposable, la qualification de contrefaçon est nécessairement exclue, sans même que le défendeur ait, sur le terrain du droit des marques, à invoquer la liberté d'expression ou une prétendue exception de parodie ou encore l'absence de risque de confusion, ces moyens de défense supposant qu'une atteinte au droit de marque est *a priori* constituée ou susceptible de l'être»; J. Canlorbe, *L'usage de la marque d'autrui*, préf. G. Bonet, Litec, coll. IRPI, 2008, n° 287 à 340

22 CA Paris, réf., 26 fév. 2003, *Assoc. Greenpeace France c/Esso*; D. 2003, p. 1831, note B. Edelman; *Propriété intellectuelle* 2003, n° 8, p. 322, obs. V.-L. Bénabou; *ibid.* n° 9, obs. M. Vivant; *PIBD* 2003, n° 766, III, p. 323; CCE 2003, n° 38, note C. Caron; *Légipresse* 2003, III, p. 41, note E. Baud et Colombet: «Considérant que le principe à valeur constitutionnelle

montre que l'intégration de la condition d'usage dans la vie des affaires dans les décisions françaises, est certainement le fruit d'une lente évolution. Enfin, le fait de fonder la décision sur un usage étranger à la vie des affaires plutôt que sur la liberté d'expression, a pour conséquence de permettre de retenir une application potentiellement plus large de l'utilisation des marques à des fins de communication et d'information. En effet, en se fondant sur la liberté d'expression, les juges auraient certainement dû apprécier le degré de nécessité de l'utilisation du signe par rapport au but recherché par l'expression et la communication de l'information, et ainsi procéder à une balance des intérêts soumise au test de proportionnalité, ce qui eut peut-être pu nuire, à terme, à la liberté d'expression elle-même. La mention à une notion propre au droit des marques doit donc être pleinement approuvée et montrant au passage le remarquable équilibre interne opéré par la directive.

2.2. Marque et dénigrement

Si l'action en contrefaçon se révèle impuissante à combattre l'usage d'une marque à des fins polémiques, parodiques ou d'information, il reste possible pour le titulaire de protéger ses intérêts en mettant en œuvre l'action en responsabilité de droit commun applicable aux abus de la liberté d'expression (art. 1382 C. civ.), la loi sur la liberté de la presse étant inapplicable aux entreprises. Le principe est d'ailleurs exprimé dans les trois affaires susmentionnées (Danone, Esso et Areva) et pour des solutions, là encore, similaires, le dénigrement n'ayant pas été retenu à l'encontre des utilisateurs des marques. La décision la plus intéressante de ce point de vue, est celle rendue dans l'affaire *Areva*. La Cour devait, en effet, trancher sur le point de savoir si la caricature de la marque *Areva* qui présentait la marque de façon particulièrement dévalorisante (ombre portée en forme de tête de mort), constituait une faute, sachant que les juges du fond avaient retenu la responsabilité civile de l'association. Elle retint que «ces associations agissant conformément à leur objet, dans un but

de la liberté d'expression implique que, conformément à son objet statutaire, l'association Greenpeace puisse, dans ses écrits ou sur son site internet, dénoncer sous la forme qu'elle estime appropriée au but poursuivi par les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles; que si cette liberté n'est pas absolue, elle ne peut néanmoins subir que les restrictions rendues nécessaires par la défense des droits d'autrui»

d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin, n'avaient pas abusé de leur droit de libre expression». Dans l'affaire *Esso*, les juges du fond avaient déjà considéré qu'«il n'est pas établi que par l'usage des éléments, tels que le remplacement des S par des signes évoquant le dollar et l'expression au besoin semi-figurative STOP ESSO, la défenderesse ait cherché à discréditer aux yeux du public les produits protégés par les marques *Esso* et ainsi porté atteinte aux droits de la demanderesse».²³

En définitive, si l'utilisation de la marque en dehors de la vie des affaires a pu être décrite comme une exception au droit des marques, il faut reconnaître qu'elle en est en réalité une condition d'application du droit des marques et donc une limite interne au monopole d'exploitation. Et, bien que notre propos se soit cantonné à l'usage de la marque à des fins parodiques, polémiques ou à des fins d'information, elle peut jouer dans d'autres cas, comme l'animation d'une page *Facebook*, ainsi que l'on éprouvé les titulaires de la marque *Plus belle la vie*.²⁴ Conformément à la notion «d'usage dans la vie des affaires», les juges ont affirmé, après analyse des circonstances de l'espèce, que «si l'activité commerciale peut s'entendre hors des seules opérations commerciales conduites par des personnes commerçantes, elle doit viser l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique.» Or, il n'était pas prouvé que la personne réalisait «des échanges commerciaux ayant pour but de distribuer des biens ou des services sur le marché». Ainsi, non seulement, aucune contrefaçon sur le fondement des articles L. 713-2 et L. 713-3 CPI ne pouvait être constatée, mais surtout le retrait de l'information par l'hébergeur, invalidé par les juges, coûta au titulaire de la marque la réparation du préjudice subi par l'internaute victime d'une «censure» du fait de la fermeture de sa page consacrée à la série (indemnisée à hauteur de 10 000€), sans compter que, au plan marketing, l'action dirigée par le titulaire de la marque contre le réseau social ou contre l'internaute, aura peut-être eu sur l'image de la marque un impact négatif!²⁵ Sur les réseaux sociaux, il y a fort à parier que la vie des marques sera plus dure encore...

23 TGI Paris, 30 janv. 2004 : *PIBD* 2004, III, p. 229.

24 TGI Paris, 28 nov. 2013, *Laurence c/ Telfrance Serie, Facebook France, legalis.net*. Dans cette affaire, une personne avait ouvert une page *Facebook* dédiée à la série, qui contenait le nom et le logo de la série *Plus belle la vie*, déposée en tant que marque.

25 C. Manara et Ch. Roquilly, «Le risque d'érosion du capital-marque sur les réseaux sociaux: efficacité et limites des instruments juridiques», *sagepublications.com*, 2011.

Agnès Robin

docent, Fakultet pravnih i političkih nauka Univerziteta u Monpeljeu (Francuska)
član istraživačkog tima «Intelektualna dobra i pravo» (UMR 5815)

INTERNET, ŽIG I SLOBODA IZRAŽAVANJA

Rezime: Poslednjih godina, pravo žiga je pretrpelo značajne izmene uzrokovane sve raširenijim korišćenjem informaciono-komunikacionih tehnologija, a naročito usled korišćenja žigom zaštićenih oznaka na Internetu. Korišćenje Interneta kao sredstva komunikacije dovelo je do toga da određene osobe iskoriste polufigurativne oznake za širenje informacija koje nisu u vezi sa stavljanjem u promet proizvoda. Francuske sudije su odlučivale o takvim oblicima korišćenja oznake, i to često tumačenjem člana 10 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava. Francuski sudovi su najčešće zauzimali stav koji je išao u prilog slobodi izražavanja, naročito u situacijama kada je sud utvrdio da je korišćenje oznake bilo van privrednog konteksta.

Ključne reči: Žig. – Internet. – Nazivi internet domena. – Sloboda izražavanja (čl. 10 EKLJP). – Poslovanje.

Doc. dr Jelena Čeranić
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci
naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu

POVREDA ŽIGA NA SAJTOVIMA ZA AUKCIJSKU PRODAJU ROBE

Ubrzani razvoj Interneta i sajtova za aukcijsku prodaju robe, kao što je „eBay“, omogućili su prodavcima i kupcima da se direktno povezuju i šire poslovanje nezavisno od geografskih granica. Ova nova tržišta otvorila su mogućnosti za nove povrede žiga, pre svega prodajom krivotvorene robe na Internetu. Stoga se nameće pitanje odgovornosti za prodaju krivotvorene robe na sajtovima za aukcijsku prodaju robe. U središtu rasprave je dilema da li su odgovorni samo korisnici onlajn platformi za aukcijsku prodaju robe ili se može uspostaviti i odgovornost internet posrednika na čijim sajtovima dolazi do povreda. Rad nastoji da rasvetli ovo pitanje kroz prizmu sudske prakse koja je u uporednom pravu neujednačena. Najpre je, analizom presude u predmetu *Tifani & Co v. eBay*, predstavljen američki pristup pitanju odgovornosti internet posrednika. Zatim su razmotrena dva značajna predmeta iz evropske sudske prakse – *LVMH v. eBay* pred francuskim sudom i *L'Oréal v. eBay* pred engleskim sudom, koji se za mišljenje obratio Evropskom sudu pravde. Posebna pažnja posvećena je Smernicama koje je usvojio Evropski sud pravde kad je reč o odgovornosti internet posrednika za povredu žiga. Naposljetku je ispitan međunarodnopravni okvir odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, sa osvrtom na Trgovinski sporazum protiv krivotvorenja robe (koji nije stupio na snagu) i Memorandum o razumevanju o prodaji krivotvorene robe putem Interneta.

Ključne reči: Povreda žiga. – Internet. – Posredna odgovornost. – Krivotvorena roba. – Sajtovi aukcijskih kuća.

1. Uvod

Dinamika razvoja digitalne tehnologije s kraja 20. i početka 21. veka doprinela je ubrzanju protoka informacija, pre svega zahvaljujući globalnoj računarskoj

mreži – Internetu.¹ Činjenica da su najrazličitiji sadržaji, putem Interneta, globalno dostupni omogućava lakšu i bržu razmenu ideja, obrazovanje i zadovoljenje širokog dijapazona potreba savremenog čoveka.

Globalna računarska mreža – Internet utiče na gotovo sve segmente privrede i društva, pa tako i na privredni promet. Pojava masovnog korišćenja Interneta doprinela je uspostavljanju novih načina onlajn trgovine, koji se umnogome razlikuju od onih klasičnih. Sredinom devedesetih godina prošlog veka, osnovani su prvi sajtovi za aukcijsku prodaju robe, na kojima se prodavci i kupci direktno povezuju i trguju na Internetu. Naravno novi način trgovine otvorio je put novim mogućnostima povrede prava intelektualne svojine. Prilikom trgovine na Internetu, tj. na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, najčešće dolazi do povrede prava žiga i to prodajom krivotvorene robe.²

U trgovinu na sajtovima za aukcijsku prodaju robe uključene su tri grupe subjekata: korisnici Interneta (prodavci i kupci), pružaoci internet usluga i titulari prava žiga. Osnovna dilema koja prožima problematiku povrede žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe jeste da li su odgovorni samo korisnici onlajn platformi za aukcijsku prodaju robe ili se može uspostaviti odgovornost internet posrednika na čijim platformama dolazi do povreda?

Internet posrednici nisu nužno neposredno povezani sa povredom prava žiga. Kada to jeste slučaj, oni odgovaraju po opštim pravilima odgovornosti za neovlašćenu uporebu tuđeg žiga. Problem se, međutim, javlja u onim slučajevima, štaviše pretežnim, kada je internet posrednik svojom uslugom omogućio postavljanje nedozvoljenog sadržaja. Tada je odgovornost pružaoca usluge posredna (podeljena ili odgovornost za drugog). Pri tom, njeno utvrđivanje se, prema opštim pravilima odgovornosti, zasniva na pitanju savesnosti, odnosno pitanju da li je posrednik znao ili morao da zna da se putem njegove usluge vrši povreda. Imajući u vidu tehnološko okruženje u kojem se razmena

1 „Pojednostavljeno govoreći, Internet je svetska mreža međusobno povezanih računarskih mreža koje koriste TCP/IP protokol (engl. *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*).“ (Vid. D. Popović, *Registracija naziva Internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 11).

2 „Prema domaćoj, u zakonu utemeljenoj pravnoj terminologiji, „žig“ je naziv za subjektivno pravo industrijske svojine, koje za predmet zaštite ima oznaku (znak, robnu marku) kojom nosilac žiga obeležava svoju robu ili uslugu u privrednom prometu u cilju njihovog razlikovanja od iste ili slične robe ili usluge drugog subjekta. Pod pravom žiga podrazumevamo skup pravnih propisa kojima se uređuje materija pravne zaštite oznake žigom.“ (Vid. S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 139).

podataka odvija, količinu informacija koje se prenose putem Interneta i brzinu njihovog protoka, ocena savesnosti nameće potrebu posebnog tumačenja postojećih odredaba o odgovornosti internet posrednika. To je naročito značajno ako se uzme u obzir odsustvo prava i obaveza pružaoca usluga da nadzire, tj. kontroliše komunikaciju između korisnika.³

Pitanje odgovornosti za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe je regulisano na različite načine u uporednom pravu. Glavna linija podele ide Atlanskim okeanom, u smislu da razlika postoji, pre svega, u pristupu Sjedinjenih Američkih Država i evropskih zemalja. Međutim, ni unutar same Evropske unije sudska praksa država članica nije ujednačena kada je reč o odgovornosti za povredu žiga na Internetu. Osim toga, međunarodno pravo, shvaćeno u smislu međunarodnih pravno obavezujućih izvora (tzv. tvrdo međunarodno pravo), ovo pitanje ne reguliše, dok tzv. meko pravo nudi određena rešenja.

Različitost pristupa pojedinih zemalja pitanju odgovornosti za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe najbolje se može ilustrovati analizom njihove sudske prakse. Kao reprezentativna ističu se tri slučaja iz sudske prakse SAD, Francuske i Ujedinjenog Kraljevstva. U sva tri predmeta tužena strana je kompanija „eBay“, a ovaj triptih čine: *Tiffany & Co v. eBay* u Sjedinjenim Američkim Državama, *LVHM v. eBay* u Francuskoj i *L'Oréal v. eBay* u Ujedinjenom Kraljevstvu, pri čemu je poslednji spor od naročitog značaja jer se engleski sudija obratio Evropskom sudu pravde za mišljenje (postupak rešavanja prethodnog pitanja). Tim povodom Evropski sud pravde zauzeo je stav o posrednoj odgovornosti za povredu žiga koji bi trebalo da se primenjuje ujednačeno u svim državama članicama EU.

Danas postoji veliki broj sajtova za aukcijsku prodaju robe, a najpoznatiji je onaj koji je 1995. godine osnovala kompanija „eBay“.⁴ Iako se značajan procenat trgovine tiče novih proizvoda, „eBay“ prevashodno služi kao sajt koji obezbeđuje

3 S. Radovanović, „Građanskopravna odgovornost Internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 86-87.

4 Dve decenije kasnije, kompanija ima više od 248 miliona članova koji godišnje trguju dobrima čija vrednost iznosi oko 52 milijarde dolara, što predstavlja više od bruto društvenog proizvoda 125 zemalja u svetu. Da bi mogli koristiti usluge trgovačke platforme, prodavci moraju da plate na početku određenu naknadu. Osim toga, nakon svake uspešne transakcije, prodavci moraju da plate kompaniji „eBay“ proviziju koja iznosi od 5,25 do 10 odsto od krajnje prodajne cene.

globalnu infrastrukturu za prodaju polovne robe.⁵ Pitanje odgovornosti za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe ne bi trebalo posmatrati samo u kontekstu kompanije „eBay“. Međutim, ova kompanija je bila tužena strana u tri najznačajnija spora koja su, na neki način, trasirala put regulisanju ove materije. Činjenica da su usvojeni pristupi zasnovani prevashodno na kapacitetima kompanije „eBay“, naravno nije dobra za ostale operatere koji obezbeđuju onlajn platforme za trgovinu, a koji nemaju ekonomski potencijal ove kompanije.

S obzirom na to da su se kroz sudsku praksu pojedinih zemalja iskristalisali različiti pristupi pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, rad nastoji da rasvetli ovo pitanje upravo kroz prizmu sudske prakse. U prvom delu, analizom presude u predmetu *Tiffany & Co v. eBay* predstavljen je američki pristup. U drugom delu rada razmotrene su dve značajne presude iz evropske sudske prakse. Najpre predmet *LVMH v. eBay* pred francuskim sudom, a zatim predmet *Loréal v. eBay* pred engleskim sudom, koji se za mišljenje obratio Evropskom sudu pravde. Posebna pažnja posvećena je smernicama koje je usvojio Evropski sud pravde kada je reč o ovom pitanju. U trećem delu rada ispitan je međunarodnopravni okvir odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe.

2. Odgovornost internet posrednika za povredu žiga u pravu Sjedinjenih Američkih Država

U pravu Sjedinjenih Američkih Država, izraz posredna, sekundarna odgovornost (engl. *secondary liability*) predstavlja tzv. kišobran termin (engl. *umbrella term*) koji obuhvata različite vrste tužbi za povredu žiga. Suština je da odgovoran nije samo tuženi koji je koristio žig tužioca. U takvim slučajevima, tuženi se smatra odgovornim za povrede do kojih je došlo tako što je treća strana koristila žig tužioca. Titular žiga radije podnosi tužbu za posrednu odgovornost umesto da tuži treću stranu za neposredno nanošenje povrede. Podnošenje tužbe za posrednu odgovornost utiče na efikasnost procesa jer omogućava titularu žiga da se, u jednom postupku, zaštiti od onoga čije ponašanje omogućava istovremene višestruke povrede od strane neposrednih korisnika.⁶

5 R. Botsman, R. Rogers *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins Publisher, 2010, 144-145.

6 G. Dinwoodie, „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape“, *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014, 463.

2.1. Predmet *Tiffany & Co v. eBay*

Najpoznatiji predmet iz sudske prakse SAD, kada je reč o posrednoj odgovornosti za povredu žiga na Internetu, je spor između slavne njujorške zlatare i srebrnarnice, Tifani (*Tiffany & Co*)⁷ i kompanije „eBay“ iz 2008. godine. Portfelj kompanije Tifani uključuje registrovane žigove za „Tiffany“, „Tiffany & Co“, kao i boju tzv. Tifani plavo. S obzirom na prestiž ovog brenda, Tifani je meta različitih oblika povrede žiga. Početkom novog milenijuma ova kompanija vodila je niz sporova prevashodno u vezi sa povredom žiga prodajom krivotvorene robe na Internetu. Ohrabrena prvobitnim uspesima u sporovima, kompanija Tifani je podnela tužbu protiv kompanije „eBay“, najvećeg internet posrednika za aukcijsku prodaju robe, navodeći da ona, svojim ponašanjem, olakšava prodaju krivotvorene robe. Spor je izazvao veliku pažnju javnog mnjenja, ne samo u SAD, nego i šire.

2.1.1. Okružni sud za Okrug Južni Njujork

Kompanija Tifani je 2008. godine podnela tužbu Okružnom sudu za Okrug Južni Njujork protiv kompanije „eBay“. U tužbi se navodi da je kompanija „eBay“ odgovorna za neposrednu i posrednu povredu žiga, neloyalnu konkurenciju, lažno reklamiranje i neposredno i posredno razvodnjavanje žiga. Kompanija Tifani okarakterisala je sajt „eBay“ kao buvlju pijacu na kojoj se prodaju falsifikati.⁸

Kompanija „eBay“ odbacila je ovakve optužbe, navodeći da je kompanija Tifani, suočena sa krivotvorenjem širom sveta, odabrala da održi lekciju ne onima koji su odgovorni za proizvodnju, uvoz i pokušaje prodaje krivotvorene robe, već internet posredniku „eBay“, subjektu koji nije nikada posedovao, sam trgovao, ili svesno dozvolio trećim stranama, korisnicima njegove onlajn trgovačke platforme, da trguju krivotvorenim robom.⁹

7 Tokom 170 godina postojanja, žig *Tiffay & Co* postao je sinonim romantike, stila, kvaliteta i luksuza. Zlatara Tifani proslavljena je u romanu „Doručak kod Tifanija“ i filmu snimljenom po njemu, a pominjana je i u filmu „Muškarci vole plavuše“, u kome Merlin Monro peva ‘Dijamanti su devojčini najbolji prijatelji’. Tifanijev nakit je nosila i prva dama i modna ikona Amerike, Žaklina Kenedi. Shodno tome, sama kompanija često ističe da je ona, na neki način, deo kulturne baštine i jedan od simbola SAD. (Vid. M. Rimmer, „Breakfast at Tiffany’s: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011, 5).

8 *Ibid.*, 7.

9 *Ibid.*

Kompanija „eBay“ istakla je da titulari žigova imaju zakonsku obavezu da nadziru svoje žigove i utužuju povrede. Uzimajući u obzir ekonomske kapacitete kompanije Tifani, ona, ipak, nije posvetila dovoljno sredstava rešavanju problema prodaje krivotvorene robe na Internetu. Argument da je internet posrednik „eBay“ na neki način svesno „zatvorio oči“ pred krivotvorenom robom marke Tifani, kompanija „eBay“ pobija dokazima o višegodišnjim naporima koje, u granicama svojih mogućnosti, ulaže kako bi uklonila krivotvorenu robu sa svog sajta.

Kompanija „eBay“ sprovela je veliki broj mera kako bi osigurala autentičnost proizvoda koji se reklamiraju na njenom sajtu. Najpre, razvila je i upravlja Programom za proveru prava vlasnika (engl. *the Verified Rights Owner (VeRO) Program*), tzv. program VeRO. Reč je o sistemu obaveštavanja i uklanjanja (engl. *notice and take down system*) koji omogućava titularima žigova do dostave obaveštenje o povredi (engl. *a Notice of Claimed Infringement (NOCI)*) kompaniji „eBay“, navodeći oglase na kojima se nude krivotvoreni proizvodi, kako bi kompanija mogla da ih ukloni. Isto tako, kompanija „eBay“ pruža vlasnicima žigova prostor na svom sajtu, tzv. stranica o meni (engl. *an „About Me“ page*), kako bi upozorila korisnike o eventualnim falsifikatima. Najzad, „eBay“ suspenduje stotine hiljada prodavaca svake godine za koje se sumnja da su uključeni u nezakonite aktivnosti. Na ove mere kompanija „eBay“ godišnje potroši više od dvadeset miliona dolara. Uprkos tome, kompanija Tifani podnela je tužbu protiv kompanije „eBay“.

Na osnovu prava SAD-a, standard posredne odgovornosti za povredu žiga je veoma jasan. Vrhovni sud SAD-a je u predmetu *Inwood Laboratories Inc v. Ives laboratories Inc*¹⁰ ustanovio standarde za uspostavljanje posredne odgovornosti. U ovom predmetu, tuženi proizvođač lekova prodao je apotekama lekove koji izgledaju kao generički, a neke od njih su učinile neposrednu povredu predstavljajući lek kao brendiran. Tužilac je tužio proizvođača generičkih lekova za posrednu povredu žiga. Vrhovni sud zauzeo je stanovište po pitanju posredne odgovornosti: ukoliko proizvođač ili distributer namerno navodi nekoga na povredu žiga, ili ako nastavlja da snabdeva svojim proizvodima nekoga za koga zna ili mora da zna da je uključen u povredu žiga, proizvođač ili distributer je posredno odgovoran za svaku povredu nenatu kao rezultat prevare. Dakle, na osnovu tzv. „Inwood“ testa postoje dve situacije kada se može ustanoviti posredna (sekundarna) odgovornost: (1) namerno navođenje; i (2) nastavak snabdevanja uz znanje o povredi.¹¹

10 Vrhovni sud SAD, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

11 G. Dinwoodie, 472.

Inače, iako su obe kompanije, i Tifani i „eBay“, želele da se predstavljaju kao zaštitnici prava potrošača, čini se da su u raspravi o pravu žiga, krivotvorenju i posrednoj odgovornosti prava potrošača zanemarena.¹²

U obrazloženju presude iz jula 2008. godine ističe se da je u obostranom interesu da se reši problem prodaje krivotvorene robe – kompanije Tifani kako bi zaštitila slavno ime, a kompanije „eBay“ kako bi sačuvala ugled sajta kao sigurnog mesta za poslovanje. Stoga je ključno pitanje ko je odgovoran da nadzire, kontroliše korišćenje žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe.

Okružni sud je tužbu odbio uz sledeću argumentaciju.¹³

Prvo, to što je kompanija „eBay“ koristila Tifanijev žig u svojim reklamama, na naslovnoj strani, i na sponzorisanim linkovima, predstavlja dozvoljeno korišćenje žiga.

Drugo, kompanija „eBay“ nije odgovorna za posrednu povredu žiga. Kada je kompanija Tifani obavesti o određenom, konkretnom artiklu za koji smatra da nije originalan, kompanija „eBay“ odmah ukloni tu aukciju. Kompanija „eBay“ je, ipak, odbila da nadzire sajt i preventivno uklanja aukcije Tifanijevog nakita pre nego što postanu javne. Zakon ne uspostavlja odgovornost za posrednu povredu žiga za odbijanje internet posrednika da preduzme takve preventivne korake u svetlu „osnovane pretpostavke“ ili „uopštenog znanja“ o tome da se krivotvorena roba prodaje na sajtu. Vrlo jednostavno, zakon zahteva određeno, konkretno znanje, u smislu da se tačno navede koji je proizvod krivotvoren i koji prodavac ga je postavio, pre nego što se zatraži od internet posrednika (u konkretnom slučaju kompanije „eBay“) da preduzme neku aktivnost.

Treće, što se tiče dela tužbe koji se odnosi na nelojanu konkurenciju, povredu, i upotrebu lažnih opisa i predstavljanja, kompanija Tifani nije uspela da dokaže osnovanost tih navoda. Naime, kompanija „eBay“ je do sada uklanjala svaku aukciju na koju bi kompanija Tifani ukazala i preduzela veliki broj dodanih mera da smanji broj aukcija na kojima se nude potencijalno krivotvoreni proizvodi.

Četvrto, kada je reč o delu tužbe koji se odnosi na lažno oglašavanje, zaključeno je da korišćenje Tifanijevog žiga prilikom reklamiranja predstavlja legalno korišćenje žiga. Pošto se autentični proizvodi robne marke Tifani

12 M. Rimmer, 8.

13 Okružni sud Okruga Južni Njujork, *Tiffany Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY, 2008).

prodaju na sajtu „eBay“, kompanija Tifani nije uspjela da dokaže da je osporena praksa reklamiranja kompanije „eBay“ prevarna.

Najzad, kompanija Tifani nije dokazala da je to što je kompanija „eBay“ koristila njen žig prouzrokovalo razvodnjavanje žiga (engl. *dilution*).¹⁴ Nikada nije došlo do narušavanja distinktivnog karaktera (engl. *blurring*) oznake. Naprotiv, kompanija „eBay“ nije koristila žig kompanije Tifani kako bi napravila asocijaciju sa sopstvenim proizvodom, već je umesto toga, koristila žig direktno za reklamiranje dostupnosti autentičnih Tifanijevih proizvoda na svom sajtu. Isto tako nije bilo ni narušavanja renomea, reputacije (engl. *tarnishment*) oznake.

U zaključku presude stoji da Sud saoseća sa kompanijom Tifani i drugim titularima prava koji su uložili velika sredstva u razvoj svojih brendova da bi onda bili prinuđeni da gledaju kako ih drugi nezakonito i efikasno eksploatišu na Internetu. Ipak, zakon je jasan: titular žiga je dužan da nadzire, kontroliše svoj žig, a internet posrednik, kao što je „eBay“, ne može biti odgovoran za povredu žiga samo na osnovu toga što je znao ili je morao da zna da na njegovom sajtu generalno može doći do povrede žiga.

Kompanija „eBay“ oslobođena je presudom Okružnog suda. Međutim, kompanija Tifani odlučila je da podnese žalbu Apelacionom sudu.

2.1.2. Apelacioni sud SAD

Prvostepena presuda u predmetu *Tiffany & Co v. eBay Inc* izazvala je veliku pažnju američke, pa i svetske javnosti. Povodom te presude i žalbe na istu, na adresu Apelacionog suda SAD-a stigao je veliki broj podnesaka od strane tzv. *amicus curiae*. Jedni su podržavali prvostepenu presudu, kao npr. *Yahoo*, *Amazon*, *Google* itd, izražavajući strah da bi u suprotnom pravo žiga moglo predstavljati prepreku komunikaciji na Internetu. Drugi su se, pak, protivili presudi, zahtevajući da se uspostavi odgovornost internet posrednika „eBay“ za povredu žiga, ako pruža uslugu zahvaljujući kojoj se prodaje velika količina krivotvorene robe. Tako se Savet modnih dizajnera Amerike požalio na

14 Zaštita reklamne funkcije oznake naziva se zaštitom od razvodnjavanja (engl. *dilution*). Razvodnjavanje se može u pravu SAD javiti u dva osnovna oblika. Prvi oblik se ispoljava u vidu narušavanja renomea, reputacije oznake (engl. *tarnishment*), a drugi oblik u vidu narušavanja distinktivnog karaktera oznake (engl. *blurring*). (Vid. D. Popović, „Žigom zaštićene oznake, ključne reči i oglašavanje na Internetu“, *Pravo i privreda*, 4-6/2011, 939).

posledice prvostepene presude, ističući da ukoliko je na titularu žiga da nadzire aukcije, to zahteva da svi modni dizajneri prate „eBay“ i druge sajtove za aukcijsku prodaju robe širom sveta, 24h dnevno, 365 dana godišnje.¹⁵

Apelacioni sud SAD-a potvrdio je presudu Prvostepenog suda u vezi sa tužbom kompanije Tifani kada je reč o povredi žiga i razvodnjavanju žiga, ali je vratio na dalji postupak deo koji se odnosi na prevarno reklamiranje.¹⁶

Prvo, Apelacioni sud se složio sa Prvostepenim sudom da nije bilo neposredne povrede. Uspostavljati odgovornost zato što kompanija „eBay“ ne može da garantuje originalnost svih Tifanijevih proizvoda koji se nude na njenom sajtu neopravdano bi sprečavalo zakonitu preprodaju originalnih Tifanijevih proizvoda.

Drugo, Apelacioni sud je razmatrao da li je kompanija „eBay“ uključena u posrednu povredu žiga. Sud zaključuje da je Prvostepeni sud ispravno presudio u korist kompanije „eBay“. Primenjujući precedent iz predmeta *Inwood Laboratories Inc v. Ives laboratories Inc*, Apelacioni sud navodi da je za uspostavljanje posredne odgovornosti za povredu žiga potrebno da pružalac usluge ima više od opšteg znanja ili osnova da zna da se njegove usluge koriste kako bi se prodavala krivotvorena roba. Iako je kompanija „eBay“ priznala da generalno zna da se krivotvorena roba marke Tifani prodaje na njenom sajtu, to nije dovoljno da se uspostavi odgovornost na osnovu tzv. „Inwood“ testa.

Treće, Apelacioni sud potvrdio je deo presude u vezi sa razvodnjavanjem žiga, tvrdeći da nije bilo narušavanja ni distinktivnog karaktera oznake ni renomea, reputacije oznake. Ne postoji drugi žig ili proizvod u pitanju koji kompanija „eBay“ koristi i na taj način narušava distinktivni karakter ili renome Tifanijevog žiga. S druge strane, kompanija Tifani isticala je da samo krivotvorenje razvodnjava vrednost njenih proizvoda. To možda jeste tačano, ali kako sama kompanija „eBay“ ne prodaje njene proizvode, ona nije uključena u razvodnjavanje žiga.

Najzad, Apelacioni sud SAD zaključio je da ima još pitanja koja treba da se razmotre kada je reč o prevarnom oglašavanju. Zakon predviđa da je kompanija „eBay“ odgovorna za reči koje bira pošto su one zavele ili zbunile

15 The Council of Fashion Designers, „Brief in Support of the Appellants-Plaintiffs“, Submission in *Tiffany (NJ) inc v eBay Inc*, in the Court of Appeals for the Second Circuit (22 October 2008), https://www.eff.org/files/filenode/tiffany_v_ebay/fashiondesigner-samicus.pdf, 18. februar 2016.

16 Apelacioni sud, *Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

potrošače. Kompanija „eBay“ je upozorila da će to imati negativne posledice na sve koji se reklamiraju na Internetu, a koji nisu u mogućnosti da potvrde autentičnost sve robe čiju prodaju reklamiraju. Zakon, pak, zabranjuje oglašavanje koje nagoveštava da je sva roba koja se nudi na sajtu tuženog originalna, kada u stvari, kao ovde, prilično veliki deo nje nije. Stoga je Apelacioni sud vratio slučaj Prvostepenom sudu da ponovo razmotri tužbu u svetlu njegovih zapažanja.

Prvostepeni sud bio je mišljenja da nema dovoljno dokaza u prilog tvrdnji da je oglašavanje bilo prevarno ili zbudjujuće. Predstavljene dokazi ne ukazuju na to da je bilo koji potrošač bio prevaren oglašavanjem kompanije „eBay“.

Kompanija Tifani je, naravno, bila razočarana odlukom Apelacionog suda, izjavivši da kompanija „eBay“ namerno zavodi potrošače zbog profita, a Sud, nažalost, nalazi načina da opravda njene aktivnosti. Osim toga, ovakva odluka neće pomoći nevinom potrošaču koji je žrtva nezakonite prakse na Internetu.¹⁷

2.1.3. *Vrhovni sud SAD*

Nezadovoljna odlukom Apelacionog suda, kompanija Tifani zatražila je dozvolu da se žali Vrhovnom sudu SAD. U peticiji se navodi, prvo, da je Apelacioni sud nekorektno odgovorio na postavljena pitanja koja su veoma važna u eri moderne internet ekonomije. Žigovi su od vitalnog značaja jer omogućavaju potrošačima da ocene kvalitet proizvoda koji ne mogu ni da vide ni da dodirnu. Osim toga, kao što ovaj slučaj ilustruje, elektronska trgovina je onima koji se bave krivotvorenjem otvorila nove mogućnosti i nova tržišta koja nisu postojala pre trideset godina.

Kompanija Tifani navela je da ovaj slučaj predstavlja priliku da Sud pojasni doktrinu posredne odgovornosti za povredu žiga kako bi ona makar delimično oslikavala, ili bar ne bi ignorisala, duboke promene koje su se dogodile od vremena kada je Sud poslednji put odlučivao o ovom pitanju. Kompanija nije propustila da u peticiji pomene da se, povodom istih ili sličnih tužbi, evropska sudska praksa dosta razlikuje od stava pravosudnih organa SAD-a.

U odgovoru, kompanija „eBay“ navodi da su presude Prvostepenog i Apelacionog suda u skladu sa sudskim precedentima. Osim toga, izjavila je

17 M. Rimmer, 16.

da ima jak motiv da sprovede širok spektar mera protiv krivotvorenja kako bi zaštitila svoj ugled kao sigurno mesto za poslovanje. A presude stranih sudova koje se tiču prava žiga i posredne odgovornosti nemaju nikavog značaja za sudsku praksu SAD-a.

Vrhovni sud SAD odbio je peticiju, uz obrazloženje da su niži sudovi savesno obavili posao i predstavili uverljive razloge na osnovu kojih su doneli presude.

3. Odgovornost internet posrednika za povredu žiga u Evropskoj uniji

Unutar Evropske unije, sudska praksa država članica neujednačena je kada je reč o odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe. Dva predmeta posebno su značajna i interesantna. S jedne strane, to je spor koji je grupacija Luj Viton Moet Henesi – HVMH (*Louis Vuitton Moët Hennessy*) vodila protiv kompanije „eBay“ u Francuskoj, a ostaće upamćen po tome što je jedan od retkih da je sud proglasio „eBay“ krivim za povredu žiga. S druge strane, spor koji je kompanija Loreal (*L'Oréal*) pokrenula protiv kompanije „eBay“ značajan je zbog toga što se engleski sudija obratio za mišljenje Evropskom sudu pravde, tj. pokrenuo je postupak rešavanja prethodnog pitanja. Tim povodom, Sud je usvojio smernice za tumačenje pojedinih direktiva EU, a u vezi sa pitanjem odgovornosti internet posrednika za povredu žiga.

3.1. Francuska – predmet *Louis Vuitton Moët Hennessy v. eBay*

Luj Viton Moet Henesi – HVMH (*Louis Vuitton Moët Hennessy*) je grupacija čiji portfelj sadrži preko 60 luksuznih žigova.¹⁸ Dve kompanije iz grupacije LVMH, Luj Viton (*Loius Vuitton Malletier*) i Kristijan Dior (*Christian Dior*), podnele su tužbu Privrednom sudu u Parizu protiv internet posrednika, kompanije „eBay“, zbog povrede žiga na Internetu. U predmetu *LVMH v. eBay* iz 2008. godine, Privredni sud u Parizu je potvrdio tužbu kompanija Luj Viton i Kristijan Dior.

18 Među njima su i robna marka Luj Viton (*Louis Vuitton*), parfem Dior (*Dior*), šampanjac Moet (Moët), kao i Teg Huer (*Tag Heuer*).

3.1.1. Privredni sud u Parizu

Nakon što je pred Privrednim sudom u Parizu postupak pokrenut, kompanija „eBay“ uložila je prigovor da francuski sud nije nadležan i da bi predmet trebalo da se prosledi sudu SAD-a, kao sudu mesta gde se štetna radnja dogodila. Alternativno, mogao bi da se procesuiru i u stranim sudovima gde je šteta pretrpljena – kao što su Australija, Kina, Kanada, SAD i Novi Zeland. Sud je bio mišljenja da je prigovor o nenadležnosti neosnovan i odbacio ga. Francuski sud smatrao je da ne postoje nikakva ograničenja i da jeste nadležan da sudi u predmetu *LVMH v. eBay*.

Kompanija „eBay“ tvrdila je da uživa status običnog posrednika (engl. *mere conduit*),¹⁹ i da bi stoga trebalo da bude izuzeta iz svake neposredne odgovornosti, a da su korisnici njenog sajta ti koji su odgovorni za svaku vrstu prevarnog ponašanja. Kompanija je istakla da svakako učestvuje u borbi protiv povreda robnih žigova i da je, između ostalog, ustanovila tzv. program VeRO koji pomaže u tome da se zaštiti intelektualna svojina i da se nadoknadi šteta svakoj žrtvi povrede žiga.

Prema mišljenju francuskog suda „eBay“ nije samo običan posrednik, već i broker pošto je uključen u plaćene komercijalne aktivnosti i igra „vrlo aktivnu ulogu“ kako bi povećao broj transakcija na osnovu kojih dobija provizije.²⁰ Shodno tome, „eBay“ da ne može uživati status običnog posrednika i izuzeća koja iz takvog statusa proističu.

Štaviše, Sud je zaključio da je kompanija „eBay“ izvršila ozbiljna krivična dela kršeći obavezu da obezbedi da njeno poslovanje ne izaziva nezakonite radnje na štetu grupacije LVMH. Sud je presudio da je, dopuštajući prodaju krivotvorene robe na svom sajtu, na štetu Luj Vitona i Kristijan Diora, kompanija „eBay“ kriva za prevarno ponašanje i nanošenje štete pošto svesno nije preduzela neophodne mere da spreči tu prodaju. Isto tako, dozvoljavajući prodaju parfema marki Kristijan Dior, Žerlan (*Guerlain*), Živanši (*Givenchy*)

19 Internet posrednici (pružaoci internet usluga, internet provajderi), pak, se posredovanjem na Internetu bave u okviru svoje delatnosti. Usluga koju oni obezbeđuju jeste, po pravilu komercijalna. Iz toga proizilazi da je njihov interes u internet komunikaciji brz i intenzivan protok informacija između klijenata (korisnika). Usluge mogu da budu različitog sadržaja, a najčešće se diferenciraju u tri grupe: obično posredovanje (*mere conduit*), *caching* usluge i *hosting* usluge. (Vid. S. Radovanović, 86).

20 Vid. ASY Cheung, KH Pun, „Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers“ *European Intellectual Property Review*, 11/2009, 559-567.

i Kenzo (*Kenzo*), proizvoda koji se mogu prodavati samo preko mreže distributera koje su odobrili njihovi vlasnici, kompanija „eBay“ je kriva za nedozvoljenu prodaju. Sud je naredio kompaniji „eBay“ da kompanijama Luj Viton i Kristijan Dior isplati odštetu od više miona evra.

U saopštenju za štampu, grupacija LVMH izjavila je da ovakva odluka doprinosi očuvanju nacionalnog nasleđa i kulturne baštine Francuske. Presuda predstavlja značajan korak u pogledu zaštite žiga i dizajna od parazitskog ponašanja. Sud daje važan doprinos zaštiti kreativnog rada koji čini značajan deo nacionalnog nasleđa i obezbeđuje veliki broj radnih mesta u Francuskoj.²¹ Ovakva argumentacija veoma je interesantna jer počiva na kombinaciji komercijalnih sa nacionalnim razlozima. Pozivanja na nacionalno nasleđe je, naravno, bilo i u drugim kontekstima u okviru zaštite intelektualne svojine. Zaštita kulturnog nasleđa pominjana je u vezi sa autorskim pravom, geografskim oznakama za vina i prehrambene proizvode i tradicionalnim znanjima. Ipak, ono što donekle iznenduje jeste da je pojam nacionalnog nasleđa u ovom slučaju maksimalno proširen kako bi obuhvatio proizvode različitih preduzeća u okviru grupacije LVMH – vino i alkoholna pića, modu, kožnu galanteriju, parfeme i kozmetiku, satove i nakit i dr.²²

U odgovoru na tužbu, kompanija „eBay“ tvrdila je da će odluka imati negativan uticaj na izbor potrošača i slobodu konkurencije. Ukoliko se krivotvorena roba pojavi na sajtu, internet posrednik je svakako hitno uklanja, tako da presuda u pitanju nema veze sa borbom protiv krivotvorenja, već sa pokušajem grupacije LVMH da zaštiti nekonkurentnu trgovačku praksu. Ovakva praksa loše će uticati ne samo na mogućnost izbora potrošača, već i na egzistenciju onih prodavaca na Internetu koji poštuju zakon. Budući da će presuda uticati na smanjenje zajedničke potrošnje, ona predstavlja korak unazad kako za same potrošače, tako i za poslovanje uopšte. Presuda narušava slobodu konkurencije i omogućava titularima žigova da pojačaju kontrolu na tržištu. Takođe, presuda utiče na prodaju polovne robe, kao i novih originalnih proizvoda. Osim toga, „eBay“ je podvukao da je uložio i ulaže velika novčana sredstva kako bi se lakše otkrivala i uklanjala krivotvorena roba.²³ Stoga je kompanija „eBay“ podnela žalbu Apelacionom sudu.

21 LVMH, „eBay Found Guilty of Gross Misconduct towards the LVMH Group“, Press Release, 30 Jun 2008, <http://www.lvmh.com/news-documents/press-releases/ebay-found-guilty-of-gross-misconduct-towards-the-lvmh-group/>, 23. februar 2016.

22 M. Rimmer, 21.

23 *Ibid.*

3.1.2. Apelacioni sud u Parizu

U septembru 2010. godine, Apelacioni sud u Parizu potvrdio je prvostepenu presudu protiv internet posrednika „eBay“, istakavši da je odgovoran za prodaju krivotvorenih proizvoda Luj Viton i Kristijan Dior na svom sajtu, kao i parfema Dior, Žerlan, Živanši i Kenzo zbog povrede mreže selektivne distribucije koju su titulari ustanovili. Grupacija LVMH je pozdravila uspostavljanje ovakve sudske prakse kao značajnog koraka u smeru zaštite potrošača ubuduće. Štaviše, presuda doprinosi pojašnjenju pravila koja se primenjuju u vezi sa trgovinom na Internetu, kako bi se sprečila nezakonita praksa i osigurala veća pravna sigurnost u korist potrošača.

Zanimljivo je da je Apelacioni sud, ipak, značajno smanjio visinu kazni koje je kompanija „eBay“ trebalo da plati na osnovu prvostepene presude. Stoga je ovakvu presudu, tj. smanjenje visine kazni, kompanija „eBay“ doživela, na neki način, kao pobedu.

3.2. Ujedinjeno Kraljevstvo – predmet

L'Oréal SA and Ors v. eBay International AG and Ors v. eBay

Kompanija Loreal (*L'Oréal*),²⁴ proizvođač i distributer parfema, kozmetike i drugih luksuznih proizvoda pokrenula je sporove protiv internet posrednika „eBay“ u Belgiji,²⁵ Francuskoj²⁶ i Ujedinjenom Kraljevstvu. Postupak u Ujedinjenom Kraljevstvu je od posebnog značaja jer se engleski sudija obratio Evropskom sudu pravde. On je pokrenuo postupak rešavanja prethodnog pitanja,²⁷

24 Ogranak za luksuzne proizvode ove kompanije uključuje Loreal premijum parfem i kozmetičke brendove, kao što su Lankom (*Lancôme*), Ralf Loren (*Ralph Lauren*), Stela Makartni (*Stella McCartney*), Iv Sen Loran (*Yves St Laurent*), i Đorđo Armani (*Giorgio Armani*). Njegov portfelj sastoji se od 23 veoma poznata žiga.

25 Sud u Briselu odbacio tužbu Loreala protiv kompanije „eBay“ uz obrazloženje da je kompanija „eBay“ saradivala sa tituraima robnih žigova i preduzela dovoljno mera kako bi sprečila prodaju krivotvorene robe.

26 U Francuskoj se kompanija „eBay“ uspešno odbranila pred Prvostepenim sudom u Parizu u sporu protiv Loreala zbog nedozvoljene prodaje parfema. Sud je utvrdio da je „eBay“ ispunio svoje obaveze u smislu da je preduzeo sve neophodne radnje da se suprotstavi prodaji krivotvorenih proizvoda.

27 Ovaj postupak se još naziva i postupak pribavljanja interpretativne ili preliminarne odluke Suda. Svi ovi prevodi pokušavaju da na najbolji način prevedu engleski termin

tj. zatražio mišljenje Suda o nekim bitnim pitanjima kada je reč o onlajn trgovini i odgovornosti internet posrednika za povredu žiga u okviru unutrašnjeg tržišta.

Dakle, engleski sudija je ovu tužbu razmatrao u širem kontekstu, u svetlu evropskog prava. Da li je kompanija „eBay“ odgovorna za povrede žiga koje su počinili njeni korisnici? Da li sama kompanija „eBay“ čini povrede koristeći žig u vezi sa spornom robom? U suštini, to su glavna pitanja iz tužbe.

Prvo, jedna četvrtina tuženih, pojedinaca koji koriste onlajn trgovačku platformu kompanije „eBay“, povredila je žig – bilo prodajom izvan autorizovanih kanala bilo prodajom krivotvorene robe.

Drugo, odgovor na pitanje da li prodaja na sajtu testera i nezapakovanih proizvoda predstavlja povredu žiga zavisi od tumačenja Direktive o žigu.

Treće, kompanija „eBay“ nije posredno odgovorna za povrede koje učine korisnici njene onlajn trgovačke platforme. Kompanija „eBay“ i njeni konkurenti osnovali su novi forum za trgovinu gde su rizici od povreda veći nego u slučaju tradicionalnih metoda trgovine. S obzirom na to da ga je stvorila i da od njega profitira, kompanija „eBay“ bi trebalo da snosi posledice tog povećanog rizika, a ne titular prava čija je intelektualna svojina povređena. Uprkos ovakvim razmišljanjima, sudija je istakao da, u svetlu domaćeg precedentnog prava, „eBay“ nije u zakonskoj obavezi da spreči povredu registrovanog žiga treće strane.²⁸

Četvrto, da li je kompanija „eBay“ povredila žig koristeći ga na sponzorisanim linkovima i na sajtu u vezi sa spornom robom zavisi od tumačenja Direktive o žigu za šta su potrebne smernice Evropskog suda pravde.

Peto, da bi se odgovorilo na pitanje da li kompanija „eBay“ može da se brani pozivajući se na član 14 Direktive o elektronskoj trgovini, takođe su potrebne smernice Evropskog suda pravde.

preliminary ruling procedure koji u stvari podrazumeva rešavanje prethodnog pitanja koje upućuje nacionalni sudija (Vid. A. Čavočki, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2006, 181, fn. 160).

28 *L’Oreal SA and Ors v eBay International AG and Ors*, 22. maj 2009, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1094.html>, 23. februar 2016.

3.3. Smernice Evropskog suda pravde: Pojašnjenje odgovornosti kompanija koje rade na Internetu za povrede žiga od strane korisnika

Evropski sud pravde je u predmetu *L'Oréal and Others v. eBay*²⁹ u presudi od 12. jula 2011. usvojio smernice o nekim pitanjima koja su se pojavila u sporu koji je kompanija L'oreal pokrenula protiv kompanije „eBay“ u Engleskoj. Ove smernice tiču se tumačenja Direktive (EZ) br. 89/104³⁰ (Direktive o žigu), Direktive (EZ) br. 2000/31³¹ (Direktive o elektronskoj trgovini), Direktive (EZ) br. 2004/48³² (Direktive o primeni prava intelektualne svojine) i Direktive (EZ) br. 76/768³³ (Direktive o kozmetici).

Pojava elektronskih tržišta, kao što je sajt za aukcijsku prodaju robe „eBay“, omogućila je pravnim i fizičkim licima da trguju direktno jedni sa drugima na Internetu, uz smanjenje rizika u vezi sa isporukom i plaćanjem. Prilikom pokušaja da se uspostavi ravnoteža između prava titulara žiga i internet posrednika, kao što je kompanija „eBay“, neophodno je da se definiše šta se zakonski može očekivati da učini onaj ko pruža takve usluge kako bi sprečio povrede od strane trećih lica.

Evropski sud pravde u presudi iz jula 2011. godine zauzeo je stav o pravu žiga, posrednoj odgovornosti i krivotvorenju. Sud je izdao saopštenje o presudi, nazvaši ga 'Pojašnjenje o odgovornosti kompanija koje rade na Internetu za povrede žiga od strane korisnika',³⁴ i naglasio da nacionalni sudovi moraju da naredе kompanijama da preduzimaju mere usmerene ne samo na okončanje neke povrede prava intelektualne svojine, već i na sprečavanje takve povrede ubuduće.³⁵

29 Evropski sud pravde, *L'Oréal and Others v. eBay*, predmet br. C-324/09, 12. juli 2011.

30 Prva direktiva (EZ) br. 89/104 od 21. decembra 1988. o približavanju prava država članica u vezi sa žigovima, *Službeni list EZ*, br. L 40.

31 Direktiva (EZ) br. 2000/31 od 8. juna 2000. o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta, *Službeni list EZ*, br. L 178.

32 Direktiva (EZ) br. 2004/48 od 29. aprila 2004. o primeni prava intelektualne svojine, *Službeni list EZ*, br. L 195.

33 Direktiva br. 76/768 od 27. jula 1976. o približavanju prava država članica u vezi sa kozmetičkim proizvodima, *Službeni list EZ*, br. L 262.

34 Evropski sud pravde, Sud daje pojašnjenje odgovornosti kompanija koje rade na Internetu za povrede žiga izvršene od strane korisnika, *Saopštenje za štampu* br. 69/11, 12. juli 2011.

35 E. Bonadio, „Trade marks in online marketplaces, the CJEU' s stance in *L'Oréal v. eBay*“, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2/2012, 37-41.

Prvo, kada robu koja se nalazi u trećoj državi, a koja nosi žig registrovan u državi članici EU ili komunitarni žig i pre toga nije stavljena na tržište Evropskog ekonomskog prostora, ili u slučaju komunitarnog žiga, Evropske unije, (i) ekonomski operater proda na Internetu bez odobrenja titulara žiga potrošaču koji se nalazi na teritoriji na kojoj žig važi ili (ii) kad se takva roba nudi ili reklamira na takvim tržištima koja ciljaju na potrošače koji se nalaze na toj teritoriji, titular žiga može da spreči tu prodaju, nuđenje ili reklamiranje na osnovu propisa predviđenih članom 5 Direktive (EZ) 89/104 o približavanju prava država članica u vezi sa žigovima, izmenjenu i dopunjenu Sprazumom o evropskom ekonomskom prostoru od 2. maja 1992, ili članom 9 Uredbe (EZ) br. 40/94 od 20. decembra 1993. o komunitarnom žigu. Na nacionalnim je sudovima da procene, u zavisnosti od specifičnosti slučaja, da li postoje relevantni faktori na osnovu kojih se može zaključiti da se nuđenje ili oglašavanje na Internetu, a koje je dostupno sa teritorije na kojoj važi taj žig, odnosi na potrošače na toj teritoriji.

Drugo, Sud ističe da kada titular žiga snabdeva ovlašćene distributere proizvodima koji nose taj žig, a namenjeni su za demonstraciju potrošačima u ovlašćenim maloprodajnim objektima, ili flašama obeleženim žigovima iz kojih se mogu uzeti male količine kako bi se potrošačima dale kao besplatni uzorci, u nedostatku bilo kakvih suprotnih dokaza, smatra se da takva roba nije stavljena na tržište u smislu Direktive (EZ) br. 84/104 i Uredbe (EZ) br. 40/94.

Treće, član 5 Direktive (EZ) br. 89/104 i član 9 Uredbe (EZ) br. 40/94 moraju se tumačiti u smislu da titular žiga može, na osnovu isključivih prava koja mu pruža žig, da se suprotstavi preprodaji robe, kao u slučaju ovog spora, na osnovu toga što je osoba koja preprodaje robu uklonila pakovanje, a posledica tog uklanjanja je takva da nedostaje ključna informacija, kao što je informacija u vezi sa identitetom proizvođača ili osobe odgovorne za marketing kozmetičkih proizvoda. Čak i kada uklanjanjem pakovanja ta ključna informacija nije uklonjena, titular žiga može da se suprotstavi preprodaji parfema ili kozmetičkog proizvoda koji nosi njegov žig, a nije upakovan u kutiju, ukoliko ustanovi da je uklanjanje pakovanja oštetilo izgled proizvoda i, stoga, ugled koji uživa žig.

Četvrto, na osnovu člana 5, stav 1, tačka a) Direktive (EZ) br. 89/104 i člana 9, stav 1, tačka a) Uredbe (EZ) br. 40/974, titular žiga ovlašćen je da spreči operatera na Internetu da reklamira – uz upotrebu ključne reči koja je identična sa njegovim žigom – robu koja nosi njegov žig, a koja se nudi

na tržištu, kada reklamiranje ne omogućava prilično dobro informisanim i obazrivim korisnicima Interneta, ili im omogućava ali sa poteškoćama, da utvrde da li ta roba potiče od titulara žiga ili preduzeća ekonomski povezanog sa titularom, ili, u suprotnom, potiče od treće strane.

Peto, Sud nalazi da operater na onlajn tržištu ne „koristi“ – za potrebe člana 5 Direktive (EZ) br. 89/104 ili člana 9 Uredbe (EZ) br. 40/974 – znakove identične ili slične žigu koji se pojavljuju u ponudama za prodaju na njegovom sajtu.

Šesto, član 14 Direktive (EZ) br. 2000/31 od 8. juna 2000. o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta (“Direktiva o elektronskoj trgovini”) primenjuje se na internet posrednika ukoliko je njegova uloga bila pasivna. To znači da neće biti odgovoran onaj pružalac usluge koji nije učestvovao u aktivnostima oglašivača, nije imao kontrolu nad pohranjenim sadržajem i nije znao za nezakonite radnje oglašivača.³⁶

Međutim, Sud je odredio da čak i kada nije igrao aktivnu ulogu, operater na Internetu treba hitno da reaguje. Dakle, kada internet posrednik ne igra aktivnu ulogu u smislu prethodnog paragrafa i obezbeđena usluga potpada pod nadležnost člana 14, stav 1 Direktive (EZ) br. 2000/31, internet posrednik se ipak ne može pozivati na izuzeće od odgovornosti koje je predviđeno tom odredbom, ukoliko je bio svestan činjenice ili okolnosti na osnovu kojih bi savestan ekonomski operater morao da shvati da su ponude za prodaju bile nezakonite i, u tom slučaju, propustio da hitno reaguje, odnosno da odmah ukloni pohranjeni sadržaj i onemogući aktivnosti oglašivača čim je saznao za njihovu prirodu, u skladu sa članom 14, stav 1, tačka b) Direktive (EZ) br. 2000/31.

Sedmo, što se tiče pravnih lekova, Sud smatra da države članice treba da obezbede da nacionalni sudovi nadležni za zaštitu prava intelektualne svojine mogu da naredе operateru koji posluje na onlajn tržištu da preduzme mere koje doprinose, ne samo okončanju povrede, već i sprečavanju daljih povreda te vrste. Evropski sud pravde insistira da ti nalozi moraju da budu efikasni, proporcionalni i odvrćajući i ne smeju predstavljati prepreke zakonitoj trgovini.

Ova presuda izazvala je oprečne reakcije. Sama kompanija „eBay“ u prvi mah bila je veoma optimistična, ocenivši da pojašnjava određena pitanja i omogućava

³⁶ Vid. D. Popović (2011), 938-939.

trgovinu svim žigovima u Evropi.³⁷ Međutim, i dalje je dosta toga ostavljeno na ocenu nacionalnim sudovima. Stoga drugi, pak, smatraju da presuda Evropskog suda pravde predstavlja prepreku za kompaniju „eBay“ – posebno uzimajući u obzir različite ishode postupaka pred nižim nacionalnim sudovima. Ovakva odluka ima opsežne posledice na „eBay“ i njegove korisnike.³⁸

Moglo se čuti i da je ovo jasna odluka u korist titulara žigova, pošto predviđa daleko veći teret za internet posrednike, u smislu da su dužni da nadziru sadržaj onoga što na Internet postavljaju njihovi korisnici.³⁹ Provajderi se ne mogu više kriti iza toga da su samo obični posrednici (engl. *mere conduit*) i na taj način biti izuzeti od odgovornosti predviđene članom 14 Direktive o elektronskoj trgovini kako bi dokazali da nisu odgovorni za postupke svojih korisnika, ukoliko su igrali aktivnu ulogu u promociji ili prodaji robnih žigova; ili su stekli znanje o činjenicama ili okolnostima koje treba da im ukažu da su ponude za prodaju nezakonite, a oni su propustili da hitno reaguju.⁴⁰ Dakle, čim su postali svesni povrede, oni mogu biti odgovorni. Jedno od ključnih pitanja je da li je pismo upozorenja koje im je poslao titular žiga dovoljno jasno, detaljno i potkrepljeno. Međutim, s obzirom na to da milioni korisnika postavljaju oglase za najrazličitije proizvode, kompanija „eBay“ i drugi operateri na Internetu suočavaju se sa ozbiljnim izazovom da uspostave mehanizam koji će im omogućiti da se bave velikim brojem obaveštenja u isto vreme.⁴¹

Pristup Evropskog suda pravde omogućava titularima slavih žigova veće mogućnosti da ostvare svoja prava, u mnogome na štetu korisnika, malih preduzeća, i trgovaca na malo na Internetu. Ova odluka štiti luksuzne brendove, koji su postali povezani sa kulturnim nasleđem Evropske unije. Kao takva, može se okarakterisati kao protekcionistička kada je reč o posrednoj odgovornosti u digitalnom okruženju. Takođe, potrebno je da Evropski sud pravde što pre pojasni izuzetke kako za posrednike, tako i za potrošače kada je reč o pravu žiga.⁴²

37 „eBay responds to the CJEU Ruling in the eBay vs. L’Oreal UK Case“, <https://www.ebaymainstreet.com/news-events/ebay-responds-cjeu-ruling-ebay-vs-lor%C3%A9al-uk-case>, 24. februar 2016.

38 M. Rimmer, 29-30.

39 J. Smith, J. Silver, „L’Oreal v eBay: A Warning to Online Marketplace Operators“, <http://jiplp.blogspot.rs/2011/08/loreal-v-ebay-warning-to-online.html>, 24. februar 2016.

40 *Ibid.*

41 E. Bonadio, 41.

42 M. Rimmer, 31.

4. Međunarodnopravni okvir odgovornosti internet posrednika za povredu žiga

S obzirom na to da korisnici imaju pristup internet stranicama koje se kreiraju i uređuju u drugim državama, granice važenja nacionalnih propisa su probijene. Stoga je dodatni izazov za zakonodavne subjekte najrazvijenih država da odgovornost internet posrednika za povredu žiga regulišu na međunarodnom nivou. Međutim, postojeći obavezujući izvori međunarodnog prava, kao što su međunarodni sporazumi i konvencije, uopšte ne regulišu ovo pitanje.

Pitanje posredne odgovornosti za povrede žiga na Internetu dobilo je na značaju tek sa pojavom masovnog korišćenja Interneta, te nije iznenađujuće što Pariska konvencija iz 1883. godine ne sadrži odredbe o tome. Slična je situacija i sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property – TRIPS*),⁴³ iz 1994. godine. Prema TRIPS-u, u delu posvećenom ostvarivanju prava intelektualne svojine, države potpisnice se obavezuju da u okviru postojećih sudskih, odnosno upravnih postupaka osiguraju efikasnu zaštitu prava intelektualne svojine.⁴⁴ Pritom, postupci koji se vode povodom povrede prava ne bi trebalo da budu komplikovani, dugotrajni niti previše skupi.⁴⁵ Odluka mora biti donesena u pisanom obliku i njom se mogu obuhvatiti samo pitanja o kojima su strane imale priliku da se izjasne.⁴⁶ Dakle, isključive odredbe o odgovornosti zbog povrede prava žiga na Internetu nisu predviđene. Stoga je ostavljeno državama potpisnicama da, u okviru postojećih pravnih mehanizama ili stvaranjem novih, odgovore standardima TRIPS-a u smislu efikasne zaštite prava žiga.

Kada je reč o novim obavezujućim pravnim mehanizmima, postojao je pokušaj donošenja Trgovinskog sporazum protiv krivotvorenja robe, ali je završen neuspešno. S druge strane, tzv. meko međunarodno pravo, kao što je npr. Memorandum o razumevanju o prodaji krivotvorene robe putem Interneta, nudi određena rešenja.

43 Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine, 1994, Vid. V. Todorović, *Međunarodni ugovori*, Službeni glasnik, Beograd 2000, 155-187.

44 Čl. 41, st. 1 TRIPS.

45 Čl. 41, st. 2 TRIPS.

46 Čl. 41, st. 3 TRIPS.

4.1. Trgovinski sporazum protiv krivotvorenja robe

Titulari prava intelektualne svojine zagovarali su uspostavljanje viših standarda zaštite intelektualne svojine putem međunarodnih ugovora. Jedan od pokušaja u tom smeru bio je Trgovinski sporazum protiv krivotvorenja robe (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA*).⁴⁷ Inicijatori pregovora bili su SAD i Japan, a u zvaničnim pregovorima otpočetim 2006. godine učestvovalo je više zemalja, kao i Evropska komisija. Sporazum je zaključen 2011. godine između SAD, Kanade, Australije, Južne Koreje, Maroka, Singapura i Novog Zelanda. U januaru 2012. godine Sporazumu se priključila i Evropska unija. Predviđeno je da će ACTA stupiti na snagu kada ga ratifikuje najmanje šest država potpisnica.

Jaka ekonomija u budućnosti, uključujući stalni rast broja radnih mesta, može se postići samo uz visoke standarde zaštite intelektualne svojine na međunarodnom nivou. Zaštita intelektualne svojine nije samo ekonomsko ili trgovinsko pitanje. Krivotvoreni proizvodi, kao što su farmaceutske proizvodi, električni uređaji i sl. predstavljaju ozbiljnu pretnju za zdravlje i bezbednost potrošača, kao i nacionalnu bezbednost. U tom kontekstu, pretpostavljalo se da bi trgovinski sporazum mogao da ima veliki uticaj u borbi protiv krivotvorenja robe, kao globalnom problemu koji pogađa sve nacionalne ekonomije.⁴⁸

Sporazum naglašava da proliferacija krivotvorene i piratske robe, kao i usluga kojima se distribuira krivotvoreni material, podriva zakonitu trgovinu i održivi razvoj svetske ekonomije, uzrokuje značajne finansijske gubitke za titulara prava i za zakonito poslovanje, u pojedinim slučajevima obezbeđuje izvor prihoda za organizovani kriminal i predstavlja rizik za društvo.

Donošenje ACTA je u znaku nekoliko specifičnih okolnosti. Prva je da pregovarači od početka nisu imali ambicije da sačine sporazum koji bi bio široko prihvaćen, već su njegov teritorijalni domet ograničili na „klub“ sačinjen od malog broja država. U tom smislu, ACTA ne pripada nijednom od postojećih institucionalnih okvira za međunarodno regulisanje zaštite intelektualne svojine, već ustanovljava sopstveno telo (ACTA komitet) koje će se starati o sporazumu. Stoga je ACTA plurilateralni (a ne multilateralni)

47 Trgovinski sporazum protiv krivotvorenja robe, 15. novembar 2010, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/november/tradoc_147002.pdf, 25. februar 2016.

48 M. Rimmer, 36-37.

sporazum, tj. otvoren je za pristup samo državama članicama Svetske trgovinske organizacije (WTO) pod uslovima o kojima mora postojati saglasnost svih postojećih država članica. Druga okolnost je da su pregovori pretežno vođeni u tajnosti, što ukazuje da pregovarači nisu smatrali da je celishodno da javnost njihovih zemalja bude upoznata sa onim na čemu rade njihovi diplomatski predstavnici. Zahvaljujući "curenju" informacija je od 2008. do 2010. godine na svetlost dana izašlo nekoliko radnih nacrti sa pregovaračkim pozicijama pojedinih država, na osnovu čega je otpočela svetska kampanja protiv ACTA, vođena od strane brojnih nevladinih organa i intelektualaca.⁴⁹

Sadržinski posmatrano, ACTA počiva na odredbi člana 1. stav 1 TRIPS-a na osnovu koje pojedine države članice mogu svojim zakonodavstvom da propišu jaču zaštitu intelektualne svojine od one koja je propisana u TRIPS-u. U tom smislu, ACTA se može smatrati „TRIPS plus“ sporazumom u oblasti standarda sudske i upravne zaštite intelektualne svojine.

U javnosti se kao jedan od najčešćih i najozbiljnijih argumenata protiv ACTA navodi opasnost da primena sporazuma može ugroziti privatnost korisnika Interneta, dovesti do zloupotrebe njihovih ličnih podataka i ugroziti slobodu komunikacije.

Ukratko, ono od čega je internet zajednica najviše strepela (a bilo je sadržano u ranijim verzijama ACTA) jesu propisi koji bi: a) naložili pružaocima internet usluge, ili ih stimulisali da sami nadgledaju saobraćaj na Internetu radi detekcije nezakonitih radnji; b) dopustili nosiocima prava da nadgledaju saobraćaj na Internetu radi detekcije nezakonitih radnji; c) omogućili nosiocima prava da traže od pružaoca internet usluge da korisniku koji više puta navodno povređuje pravo intelektualne svojine uskrati pristup Internetu; d) omogućili nosiocima prava intelektualne svojine da zahtevaju od pružaoca internet usluga da blokiraju pristup određenim sajtovima bez odluke suda; e) proširili odgovornost za nezakonite radnje na Internetu i na pružaoce internet usluga; f) omogućili pristup podacima o identitetu korisnika internet usluge bez odluke suda.⁵⁰

Kada su ovakve informacije „procurile“ usledila je mobilizacija javnog mnjenja protiv donošenja ACTA. Može se pretpostaviti da je silina tih negativnih reakcija doprinela da iz završnog dokumenta budu izostavljene sve

49 S. Marković, „Trgovinski sporazum protiv krivotvorenja robe (ACTA) – sadržina, ciljevi, značaj“, *Pravo i privreda*, 7-9/2012, 199-200.

50 *Ibid.*, 210-211.

maksimalističke odredbe, tako da je on sveden na meru koja predviđa zaštitu iznad nivoa propisanog TRIPS-om, ali ne prelazeći već dostignuti nivo zaštite u EU i SAD.⁵¹

Dakle, u konačnoj verziji tj. u potpisanom sporazumu kao sporna ostala je samo odredba člana 27, stav 4, za koju se može reći da je benigna i bleđa u odnosu na ono što je prvobitno bilo predviđeno. Ovim članom predviđeno je da članica može, u skladu sa svojim zakonskim i podzakonskim aktima, ovlastiti svoje nadležne organe da naredi pružiocima internet usluge da titular prava bez odlaganja otkrije informaciju koja je dovoljna za identifikaciju pretplatnika čiji nalog je navodno upotrebljen za povredu prava, ukoliko je taj titular prava pokrenuo zakonski postupak zbog povrede žiga, autorskog ili srodnog prava, i ukoliko je ta informacija tražena u cilju zaštite tih prava. Ovaj postupak mora biti primenjen na način kojim se izbegava stvaranje prepreka zakonitim aktivnostima, uključujući elektronsku trgovinu, i koji, u skladu sa pravom članice, štiti osnovna načela kao što su sloboda izražavanja, pravedni postupci i privatnost.

Iako ACTA u potpisanoj verziji nije sadržala ništa od onoga čega se javnost najviše bojala, Evropska unija zatražila je mišljenje Evropskog suda pravde o usklađenosti odredaba ACTA sa osnovnim pravima EU, pre svega slobodom govora, izražavanja, zaštite podataka, ali i pravima intelektualne svojine. Nezapamćeno je u istoriji evropskih integracija da je neki akt izazvao tako veliku pažnju javnog mnjenja. Parlamentarnu debatu pratilo je lobiranje od strane građana EU, uključujući i masovne ulične demonstracije.⁵² Najzad, na sudbinu ovog sporazuma Unija je stavila tačku u julu 2012. godine kada je Evropski parlament odbio, ubedljivom većinom poslanika, da ga ratifikuje, čime je okončana debata o njegovoj kompatibilnosti sa pravnim tekovinama EU (fr. *acquis communautaire*).

4.2. Memorandum o razumevanju o prodaji krivotvorene robe putem Interneta

S obzrom na to da je Evropska komisija učestvovala u izradi Trgovinskog sporazuma protiv krivotvorenja robe, a da je Evropski parlament u julu 2012. godine odbio da ga ratifikuje, nameće se pitanje šta se dogodilo u međuvremenu, te je EU odustala od ideje da se ovo pitanje uredi na međunarodnom nivou?

51 *Ibid.*, 202.

52 Vid. S. Radovanović, 99 (fn. 73).

Mogu se izdvojiti najmanje dva razloga za odbijanje ratifikacije ACTA. Prvo, to je protivljenje javnog mjenja i masovne demonstracije protiv ovog sporazuma. Drugo, poslednjih nekoliko godina, Evropska komisija rukovodila je dijalogom u kome je učestvovalo preko trideset aktera (među kojima su bili i titulari robnih marki i internet posrednici), a u vezi sa njihovim ulogama u rešavanju problema prodaje krivotvorene robe putem Interneta. Taj dijalog rezultirao je, 2011. godine, usvajanjem Memoranduma o razumevanju (MoR).⁵³ Unija je shvatila da Memorandum može da posluži kao sredstvo kojim bi ona nametnula, kao univerzalan, svoj pristup pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga. Evropska komisija je prethodno zaključila da instrumenti kao što je MoR mogu lakše da se prošire izvan granica Evropske unije. Naime, u bilateralnim kontaktima sa EU, administracija SAD-a se zainteresovala za rešenja iz ovog memoranduma.⁵⁴

Ono što je možda najznačajnije jeste da su obaveze koje strane (uključujući tu i velike kompanije, kao što su „eBay“ i „Amazon“, i titulari žigova) preuzimaju na osnovu MoR-a veće, u smislu da prevazilaze dostignuti nivo zaštite u EU i SAD. U Memorandumu se izričito navodi da on niti zamenjuje niti tumači postojeći pravni okvir, i da se ne može koristiti kao dokazno sredstvo u postupcima pred sudom.

Što se tiče opsega Memoranduma o razumevanju, geografski, on je ograničen na pružanje usluga u Evropskom ekonomskom prostoru, a sadržinski se odnosi samo na krivotvorenu robu, a ne i na sporove o paralelnom uvozu ili sistemima selektivne distribucije. Štaviše, Memorandum se ne bavi svim posrednicima, već samo internet posrednicima čije usluge koriste treće strane kako bi pokrenule trgovinu robe na Internetu.

Centralni deo MoR-a odnosi se na sisteme obaveštenja i uklanjanja, što nije iznenađujuće pošto ih sve onlajn platforme već koriste. Strane se obavezuju da nastave da koriste takve sisteme. Pored obaveštenja i uklanjanja zasnovanog na pojedinačnim artiklima, MoR omogućava titularima žigova da obaveste onlajn platforme o prodavcima koji su generalno uključeni u prodaju krivotvorene robe, i internet posrednici bi trebalo da uzmu ove informacije u razmatranje kao deo njihovih proaktivnih i preventivnih mera. Jasno je da je ovo pokušaj da se „pomeri“ od specifičnosti obaveštenja koje sudska praksa zahteva da bi se mogla uspostaviti posredna odgovornost.⁵⁵

53 Memorandum o razumevanju o prodaji krivotvorene robe putem Interneta, 4. maj 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf, 13. februar 2016.

54 G. Dinwoodie, 468-469.

55 *Ibid.*, 470.

Memorandum o razumevanju se takođe bavi zloupotrebom sistema obaveštenja i uklanjanja. Na osnovu MoR-a, ukoliko titular žiga obavesti posrednika bez obraćanja odgovarajuće pažnje, može mu ubuduće biti odbijen pristup sistemu i dužan je da nadoknadi platformi sve gubitke koja je ona pretrpela zbog takvog obaveštenja. I prodavci bi trebalo da budu obavešteni o tome kada je aukcija uklonjena, uključujući razlog za to. Isto tako, trebalo bi da im se omogući da odgovore na to što im je aukcija uklonjena, što uključuje i detalje o kontaktu strane koja je takvo obaveštenje dostavila. Ovakve odredbe unete su u MoR kako bi se uspostavila ravnoteža u okviru sistema obaveštenja i uklanjanja.⁵⁶

Osim toga, MOR sadrži odredbe o proaktivnim i preventivnim merama. Sprečavanjem budućih povreda obezbeđuje se da se ponude krivotvorene robe ne pojavljuju na Internetu. Ovaj dogovor između internet posrednika odnosi se na „prikladne, komercijalno razumne i tehnički izvodljive mere, uzimajući u obzir njihove odgovarajuće poslovne modele.“ Ovde se podrazumevaju tehnologije otkrivanja i preventivna uklanjanja, ili provere nekih prodavaca pre nego im se dozvoli da prodaju na Internetu.⁵⁷

S obzirom na to da MoR uglavnom sprovede multinacionalne kompanije, postoji rizik da se pravne norme (koje bi trebalo da se primenjuju na sve) uspostave u skladu sa kapacitetom i sofisticiranošću velikih ekonomskih operatera, mada to može da se dogodi i kada se principi razvijaju kroz sudsku praksu. Stoga je javni nadzor je od velike važnosti.⁵⁸

5. Zaključak

S druge strane, MoR doprinosi smanjenju troškova ograničavajući troškove parničenja. Instrumenti tzv. mekog međunarodnog prava, kao što je MoR, čini se da su mnogo pogodniji za razvoj međunarodno obavezujućih normi nego pregovaranje multilateralnih instrumenata međunarodnog javnopravnog karaktera. Najzad, očekuje se da se zahvaljujući MoR-u postepeno harmonizuju zakonodavstva i ujednače sudske prakse na međunarodnom planu.

Internet, globalna računarska mreža koja obezbeđuje komunikaciju među korisnicima širom sveta, definisan je tehničko-tehnološkim mogućnostima,

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*, 470- 471.

58 *Ibid.*, 471.

više manje uravnoteženim na svetskom nivou. U takvom ambijentu, različita regulativa, a još više neprecizna, koja dopušta neujednačene interpretacije, doprinosi pravnoj nesigurnosti. Primarni zajednički interes svih učesnika interaktivne komunikacije jeste da se uspostave normativni okviri za harmonizaciju propisa na svetskom nivou.⁵⁹

Kada je reč o odgovornosti internet posrednika za povredu žiga na sajtovimama za aukcijsku prodaju robe, nacionalni i međunarodni pristupi ovom pitanju nisu harmonizovani. Uočljiva je tzv. tansatlanska podela, tačnije podela između pristupa koji su usvojili sudovi SAD u parnicama o žigu, i onog njihovih partnera u evropskim sudovima. Osim toga, ni sudska praksa država članica unutar EU nije, do skoro, bila ujednačena. Pokušaji da se na međunarodnom planu harmonizuju pristupi država pitanju odgovornosti internet posrednika za povredu žiga, putem Trgovinskog sporazuma protiv krivotvorenja robe, završeni su neuspešno. Međutim, očekuje se da će to biti postignuto zahvaljujući mehanizmima tzv. mekog međunarodnog prava, kao što je Memorandum o razumevanju o prodaji krivotvorene robe na Internetu. Čini se da su ovakvi instrumenti nekada prikladniji za razvoj međunarodnih pravno obavezujućih normi, nego pregovaranje multilateralnih instrumenata međunarodnog javnopravnog karaktera.

Naposletku, u pravnoj i političkoj borbi između luksuznih modnih marki i „čudovišta“ digitalne ekonomije, kao što je kompanija „eBay“, interesi potrošača su zapostavljeni ili čak izostavljeni.⁶⁰ Sasvim je jasno da postoji potreba da se reformiše pravo žiga, posebno kada je reč o izuzecima od odgovornosti, kako bi se bolje zaštitili interesi potrošača. To bi takođe podrazumevalo razvoj sofisticiranog shvatanja uloge potrošača u zajedničkoj potrošnji u pravu žiga i na elektronskom tržištu.

59 Vid. S. Radovanović, 96.

60 M. Rimmer, 39.

Doc. Dr. Jelena Čeranić

Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka

Research Associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

TRADEMARK INFRINGEMENTS ON THE SITES FOR THE AUCTION SALE OF GOODS

The rapid development of the Internet and websites like eBay have created new ways for sellers and buyers to connect to each other and to expand their businesses beyond geographical limits. These new markets have also, however, given counterfeiters new opportunities to expand their reach. The heart of the dispute is not whether counterfeit goods should flourish on auction houses sites, but rather, who should bear the burden of policing trademarks in Internet commerce. This paper engages in a comparative study of internet intermediary liability in respect of trademark infringement. There is a lack of harmonization on national and international approaches to intermediary liability in the field of trademark law. In particular, there is a distinct Atlantic division between the approach taken by United States courts, and that of its counterparts in European courts. Moreover, the question of intermediary (secondary) liability for trade mark infringement on Internet has still not been harmonized within the EU. The first part of the article considers the litigation by Tiffany against eBay Inc across a number of levels of the court system of the USA. The second part is dedicated to two litigations in the EU: LVMH against eBay in France and L'Oréal against eBay in United Kingdom. The English court considered an action by L'Oréal against eBay in light of larger considerations of European Law and asked the European Court of Justice for the opinion. In 2011 the European Court of Justice provided guidance on some of the larger questions raised by the dispute. The court issued a press release on the judgment, calling the ruling a 'Clarification on the liability of companies operating internet marketplace for trade mark infringements committed by users'. The special attention in this paper is devoted to that guidance. The third part of the article analyses the international framework as regards intermediary liability for online trademark infringements, focusing on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (which has never entered into force) and Memorandum of Understanding on Sale of Counterfeit Goods via the Internet.

Key words: Trademark infringement. – Internet. – Intermediary liability. – Counterfeiting goods. – Auction houses sites.

DOSTAVLJANJE U POSTUPKU REŠAVANJA SPOROVA POVODOM REGISTRACIJE NAZIVA INTERNET DOMENA¹

Rezime: Predmet ovog rada je analiza pravila o dostavljanju u Pravilniku o rešavanju sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije. Autor najpre objašnjava pojam i svrhu dostavljanja uopšte, a zatim prikazuje evoluciju pravila o dostavljanju u Pravilniku i analizira njihov sadržaj. Nakon što je skrenuo pažnju na potencijalne teškoće do kojih je moglo da dođe u primeni odredaba o dostavljanju kakve su bile pre izmena Pravilnika iz 2014. godine, autor ocenjuje pravila o elektronskom dostavljanju sa stanovišta procesne efikasnosti i pravne sigurnosti, zaključujući da nova pravila ispunjavaju oba navedena kriterijuma.

Cljučne reči: Dostavljanje. – Alternativno rešavanje sporova. – Pravilnik o postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih inetrnet domena Srbije. – Komisija za rešavanje domenskih sporova.

1. Uvod

Postupak rešavanja sporova povodom registracije naziva internet domena predstavlja poseban metod alternativnog rešavanja sporova. Specijalizovana pravila za rešavanje ove vrste sporova prvi put su uspostavljena krajem devedesetih godina XX veka, kada su Internet korporacija za dodeljena imena i brojeve (engl. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, skraćeno ICANN)² i Svetska organizacija za intelektualnu svojinu (engl. *World*

1 Rad je nastao kao prilog projektu „Identitetski preobražaj Srbije“ na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

2 ICANN je organizacija koja koordinira i održava svetsku internet mrežu i obezbeđuje njeno nesmetano funkcionisanje. Više o ICANN-u vid. Jeanette Hofmann, „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)“, *Global Information Society Watch* 2007, 39-47. O ulozi ICANN-a u održavanju Interneta vid. Jonathan Weinberg,

Intellectual Property Organization, skraćeno WIPO) formulisale Jednoobrazna pravila za rešavanje domenskih sporova (engl. *Rules for Uniform Dispute Resolution Policy*, u daljem tekstu: UDRP pravila).³ UDRP pravila se primenjuju na rešavanje sporova povodom registracije tzv. generičnih domena prvog nivoa (engl. *Generic Top Level Domains*, skraćeno gTLDs), koji su globalnog karaktera.⁴ Što se tiče sporova povodom registracije geografskih domena, njihovo rešavanje u principu koordiniraju nacionalni registri, koji su slobodni da sami propisuju pravila po kojima će se ti sporovi rešavati. Ipak, nacionalni registri često prate rešenja predviđena UDRP pravilima kada uređuju rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena, i to bilo tako što predviđaju shodnu primenu UDRP pravila na rešavanje sporova povodom registracije naziva geografskih domena, bilo tako što usvajaju posebne pravilnike modelovane po uzoru na UDRP pravila.⁵

U Srbiji je za rešavanje sporova povodom registracije nacionalnih internet domena (.rs i .cpb) nadležna Komisija za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena (u daljem tekstu: Komisija) koja je obrazovana pri Privrednoj komori Srbije. Komisija je uspostavljena u skladu sa članom 2 Sporazuma o saradnji između Registra nacionalnog internet domena Srbije (RNIDS) i Privredne komore Srbije, potpisanog krajem 2010. godine.⁶ Na postupak rešavanja sporova primenjuje se Pravilnik o postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena iz 2011. godine, sa izmenama iz 2012. i 2014. (u daljem tekstu: Pravilnik).⁷ Pravilnik sveobuhvatno uređuje postupak rešavanja sporova

„ICANN, ‘Internet Stability’ and New Top Level Domains“, *Communications Policy and Information Technology* (eds. Lorrie Faith Cranor, Shane Greenstein), MIT Press, Cambridge (Massachusetts) 2002, 3-24.

3 Više o nastanku UDRP pravila vid. John G. White, „ICANN’s Uniform Domain Name Disputes Resolution Policy in Action“, *Berkeley Technology Law Journal* 1/2001, 229-250; Andrew F. Christie, „The ICANN Domain Name Dispute Resolution System as a Model for Resolving other Intellectual Property Disputes on the Internet“, *The Journal of World Intellectual Property* 1/2002, 105-117.

4 Više o nazivima internet domena i upravljanju njihovim sistemom vid. Dušan V. Popović, *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 11-33, sa daljim upućivanjima.

5 Graham J. H. Smith, *Internet Law and Regulation*, Sweet and Maxwell, London 2007⁴, 187.

6 Tekst Sporazuma je dostupan na veb-adresi: <http://www.rnids.rs/data/DOKUMENTI/Ostali%20dokumenti/sporazum20110421.pdf>

7 *Službeni glasnik RS* br. 31/2011, 24/2012 i 67/2014. Prečišćena verzija Pravilnika dostupna je na veb-adresi <http://www.rnids.rs/data/DOKUMENTI/Opsti%20akti/Pravilnik%20o%20postupku%20za%20rešavanje%20sporova%20povodom%20registracije%20nacional->

povodom registracije naziva nacionalnih internet domena i redigovan je po uzoru na UDRP pravila.⁸

Predmet ovog rada biće analiza pravila o dostavljanju u postupku rešavanja sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije. U tom cilju najpre će pažnja biti posvećena objašnjavanju predmeta i značaja dostavljanja kao procesne radnje uopšte (2.), zatim će biti predstavljena i objašnjena pravila o dostavljanju koja su na snazi u trenutno važećoj verziji Pravilnika (3.), nakon čega ćemo pokušati da damo ocenu sistema dostavljanja u postupku pred Komisijom (4.).

2. O dostavljanju uopšte

Pod dostavljanjem se podrazumeva procesna radnja kojom se adresatu pismena koje je predmet dostavljanja omogućava da se upozna sa njegovom sadržinom.⁹ U kontekstu opštih procesnih načela, cilj dostavljanja je da podrži i zaštiti princip kontradiktornosti tako što će učesnicima u postupku omogućiti da stiču uvid u sve činjenice i okolnosti koje suprotna strana iznese.¹⁰ Shodno tome, čitav niz procesnih instituta u građanskom sudskom postupku vezuje se za uredno dostavljanje. Tako, na primer, parnica počinje da teče (urednim) dostavljanjem tužbe tuženom,¹¹ za uredno dostavljanje pismena se vezuje početak toka različitih procesnih rokova,¹² uredno dostavljanje tužbe tuženom je

nih%20internet%20domena-interno%20prečišćen%20tekst.pdf. Napominjemo da je verzija Pravilnika iz 2011. godine nosila naziv „Pravilnik o rešavanju sporova povodom registracije .rs domena“. Međutim, kako od kraja januara 2012. godine .rs domen više nije jedini nacionalni internet domen u Srbiji, već mu se pridružio i ćirilični domen .cp6, to je bilo potrebno uskladiti Pravilnik već i u samom njegovom nazivu sa ovom promenom. Takvo usklađivanje je učinjeno izmenama i dopunama Pravilnika od 19. marta 2012. godine.

- 8 Detaljno o ovom Pravilniku vid. Dušan Popović, Marko Jovanović, „Osvrt na Pravilnik o postupku za rešavanje sporova povodom registracije .rs domena“, *Pravo i privreda* 1-3/2011, 7-28
- 9 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2004⁷, 367; Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 2010, 228.
- 10 Lojze Ude, *Civilno procesno pravo*, Uradni list RS, Ljubljana 2002, 193.
- 11 Čl. 203 st. 1 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014 (u daljem tekstu: ZPP).
- 12 Primera radi, rok za podnošenje odgovora na tužbu iznosi 30 dana od dana dostavljanja tužbe sa priložima (čl. 297 st. 1 ZPP), rok za zakazivanje i održavanje pripremnog ročišta iznosi 30 dana od dana dostavljanja tužiocu odgovora na tužbu (čl. 301 st. 1

jedna od pretpostavki za donošenje presude zbog propuštanja,¹³ itd. Imajući u vidu ovaj veliki značaj dostavljanja za integritet celog postupka, ne čudi što su pravila o dostavljanju u građanskom sudskom postupku veoma precizno i detaljno formulisana.¹⁴

Pitanje dostavljanja u građanskom sudskom postupku postaje naročito delikatno ukoliko je ovu radnju potrebno izvršiti u inostranstvu.¹⁵ Budući da je nadležnost sudova i drugih državnih organa da preduzimaju procesne radnje (pa tako i radnju dostavljanja) ograničena na teritoriju domaće države, dostavljanje adresatima koji se nalaze u inostranstvu obavlja se po posebnim pravilima.¹⁶ Tako, ako dostavljanje treba da se izvrši fizičkim ili pravnim licima u inostranstvu ili stranim državljanima koji uživaju imunitet, dostavljanje se izvršava diplomatskim putem, osim ako u međunarodnom ugovoru ili zakonu nije drugačije predviđeno,¹⁷ a ako dostavljanje treba da se izvrši državljanima Republike Srbije u inostranstvu, ono može da se izvrši preko nadležnog konzularnog predstavnika ili diplomatskog predstavnika Republike Srbije koji vrši konzularne poslove u stranoj državi ili preko pravnog lica međunarodno registrovanog za obavljanje poslova dostavljanja¹⁸. Zbog svoje komplikovanosti, i diplomatski i konzularni način dostavljanja ispoljavaju upadljive manjkavosti na planu procesne efikasnosti.

Diplomatsko dostavljanje podrazumeva korišćenje mehanizama međunarodne pravne pomoći i zajedničko učešće organa države-molilje (koji pismeno koje je predmet dostavljanja prenose od suda ili drugog organa koji je naredio dostavljanje do diplomatsko-konzularnog predstavnništva Republike Srbije nadležnog za teritoriju na kojoj je potrebno izvršiti dostavljanje) i zamoljene države (koji preuzimaju pismeno koje je predmet dostavljanja od diplomatsko-konzularnog predstavnništva Republike Srbije nadležnog za teritoriju na kojoj je potrebno izvršiti dostavljanje i dalje se staraju da pismeno bude dostavljeno adresatu).

ZPP), rok za žalbu protiv presude donate u prvom stepenu iznosi 15 dana od dana dostavljanja prepisa presude (čl. 367 st. 1 ZPP) itd.

13 Čl. 350 st. 1 t. 1 ZPP.

14 Tako, na primer, srpski ZPP dostavljanju posvećuje skoro čitavu XI glavu.

15 O problemima prekograničnog dostavljanja u građanskom sudskom postupku vid. Octavian Capatina, „L'entraide judiciaire internationale“, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* vol. 179 (1983), 318 i dalje.

16 Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012¹⁴, 525-526.

17 Čl. 133 st. 1 ZPP.

18 Čl. 133 st. 2 ZPP.

Ovo zajedničko učešće organa države-molilje i zamoljene države potrebno je ne samo u fazi slanja pismena koje je predmet dostavljanja njegovom adresatu, već i u povratnom smeru – u fazi slanja dokaza o izvršenom dostavljanju organu koje je dostavljanje naredio. Iz okolnosti da se prekogranično dostavljanje diplomatskim putem odvija u saradnji organa dveju država proizlaze dve poteškoće ovog metoda dostavljanja. Prva poteškoća je izuzetna sporost diplomatskog vida dostavljanja koje za uspešno obavljanje po pravilu zahteva najmanje nekoliko meseci.¹⁹ Druga poteškoća jeste okolnost da se na postupak prekograničnog dostavljanja primenjuju dva procesna prava – pravo države-molilje (koje uređuje postupak dostavljanja dokle god se pismeno koje je predmet dostavljanja nalazi kod organa države-molilje) i pravo zamoljene države (koje uređuje postupak dostavljanja počevši od trenutka kada se pismeno koje je predmet dostavljanja nađe kod organa zamoljene države pa do samog dostavljanja). Budući da je samo dostavljanje adresatu u nadležnosti organa zamoljene države, organi zamoljene države će, osim ako nisu drugačije zamoljeni i ako postupanje po takvoj molbi ne bi bilo u suprotnosti sa javnim poretkom zamoljene države, dostavljanje izvršiti prema sopstvenim procesnim pravilima. U takvoj situaciji, urednost dostavljanja će se procenjivati prema pravilima zamoljene države, a ne prema pravilima države-molilje,²⁰ što potencijalno može da predstavlja problem sa stanovišta integriteta postupka, koji će se, sa druge strane, uvek ceniti iz perspektive pravila države-molilje, tj. države pred čijim sudom se predmetni postupak vodi.²¹

Iako je konzularno dostavljanje pošteđeno ove procesnopravne parcelacije jer ceo postupak izvode organi domaće države, treba primetiti da je, prema

-
- 19 Prema istraživanju koje je osamdesetih godina XX veka sproveo profesor Milan Pak, prosečno trajanje dostavljanja diplomatskim putem u slučaju kada se adresat nalazi u nekoj evropskoj državi iznosilo je šest meseci, dok je za dostavljanje u vanevropske države bilo potrebno barem duplo više vremena. Vid. Milan Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1986, 101. Premda nam nije poznato da je u skorije vreme obavljano neko slično istraživanje, smatramo da je osnovano verovati da se situacija nije značajnije poboljšala, tim pre što je diplomatsko-konzularna mreža Republike Srbije redukovaniya nego što je to bila diplomatsko-konzularna mreža SFRJ.
- 20 Ovaj stav su podržali i sudovi Republike Srbije. Vid. odluku Okružnog suda u Požarevcu, R. 32/2002 od 9. oktobra 2002, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* br. 2/2004, 86, kao i odluku Višeg trgovinskog suda, Iž 2714/2007 od 23. decembra 2008, dostupno u bazi podataka *paragraf.net*.
- 21 O mogućnostima ubrzanja i pojednostavljanja dostavljanja diplomatskim putem u srpskom pravu vid. Marko Jovanović, „Vers un système de notification transfrontière des actes judiciaires plus rapide – quelle perspective pour le droit serbe ?“, *Annals FLB – Belgrade Law Review* No. 3/2013, 199-215.

pravilima ovog metoda, samo dostavljanje pismena adresatu u nadležnosti konzularnog predstavnika Republike Srbije koji nije ovlašćen da preduzima bilo kakve mere ukoliko pristanak adresata na dostavljanje izostane. Shodno tome, u slučaju neuspešnog dostavljanja konzularnim putem, konzularni službenik Republike Srbije o tome obaveštava organ koji je naredio dostavljanje, a taj organ potom treba da pribegne dostavljanju diplomatskim putem.²² Čak i bez egzaktnih podataka o trajanju ovih radnji može se osnovano pretpostaviti da će u ovom slučaju doći do znatnog odugovlačenja postupka.

Pravila o dostavljanju znatno su fleksibilnija u postupcima alternativnog rešavanja sporova. Razloga za tu fleksibilnost ima nekoliko. Prvo, pribegavanje alternativnim mehanizmima rešavanja sporova predstavlja izmeštanje spora iz nadležnosti državnih organa kako u pogledu samog postupka razmatranja predmeta zahteva i rešavanja o njemu, tako i u pogledu izvođenja pomoćnih radnji (među kojima je i dostavljanje) koje treba preduzeti kako bi se došlo do formalno valjane odluke koja će, kao takva, biti legitimna i podobna da proizvodi obavezujuće dejstvo. Čim dostavljanje (ili bilo koju drugu pomoćnu procesnu radnju) ne preduzimaju državni organi, nestaju i ograničenja koja proizlaze iz principa teritorijaliteta i suvereniteta državne vlasti i koja uslovljavaju komplikovanost dostavljanja u građanskom sudskom postupku. Drugo, budući da je autonomija volje suštinska karakteristika alternativnih mehanizama rešavanja sporova i, u krajnjoj liniji, osnov njihove nadležnosti, stranke u sporu su u principu i u granicama merodavnih imperativnih propisa slobodne da se dogovore o svim elementima sistema rešavanja sporova kome će se podvrgnuti, pa tako i o postupku dostavljanja. Relaksiranje pravila o dostavljanju voljom strana u sporu može se objasniti okolnošću da je jedan od osnovnih razloga okretanja alternativnim načinima rešavanja sporova njihova efikasnost, odnosno brzina,²³ pa strane u sporu ugovaranjem manje komplikovanih sistema dostavljanja omogućavaju uštedu vremena potrebnog za izvođenje ove procesne radnje i, shodno tome, brži dolazak do rešenja.

22 Vid. u tom smislu: Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2010⁴, 161.

23 Vid. u tom smislu: C. Bühring-Uhle, L. Kirchhoff, G. Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006², 27; Jean-François Guillemain, „Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution“, *ADR in Business* (eds. Jean-Claude Goldsmith, Arnold Ingen-Housz, Gerald H. Poin-ton), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006, 22-23; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014², 62.

Pojednostavljivanje pravila o dostavljanju upadljivije je kod neadjudikativnih mehanizama alternativnog rešavanja sporova. Naime, neadjudikativni mehanizmi po pravilu ni ne uređuju na poseban način postupak dostavljanja. Ovo je stoga što neadjudikativni mehanizmi ne predstavljaju „zamenu“ za građanski sudski postupak, već samo „dodatnu mogućnost“ za rešavanje spora. Shodno tome, pasivnost jedne od strana u sporu, bilo da je uslovljena njenom neobaveštenošću (usled propusta u dostavljanju obaveštenja o početku postupka, poziva na sastanak ili drugog pismena) ili namernom pasivnošću, za posledicu ima nemogućnost da se uopšte otpočne postupak rešavanja spora (u slučaju da ne postoji prethodni sporazum strana da se pribegne nekom od neadjudikativnih mehanizama rešavanja spora),²⁴ odnosno zaključak da alternativni postupak rešavanja spora nije bio uspešan (ukoliko je između strana postojao prethodni sporazum da se pribegne nekom od neadjudikativnih mehanizama rešavanja sporova, ali su usled pasivnosti jedne od strana istekli rokovi predviđeni za njegovo odvijanje)²⁵. U tom slučaju, spor će morati da bude iznet pred neki formalniji mehanizam rešavanja, ali strana koja usled propusta u dostavljanju nije obavestena o otpočinjanju neadjudikativnog postupka ili se tokom njegovog trajanja namerno držala pasivno neće trpeti nikakve posledice na planu svojih prava i obaveza. Drugim rečima, takva strana u okviru neadjudikativnog mehanizma neće biti obavezana ni na šta sa čim se nije saglasila.

Što se adjudikativnih mehanizama tiče, relaksacija pravila o dostavljanju se ogleda u propisivanju da će se procesna pismena dostavljati na bilo koji način koji obezbeđuje dokaz da je pismeno odaslato. To uglavnom podrazumeva izjednačavanje mogućnosti dostavljanja preporučenom poštom, kurirom i elektronskim putem, nezavisno od toga da li se dostavljanje obavlja u državi sedišta institucije koja administrira adjudikativni metod rešavanja sporova ili u inostranstvu.²⁶

24 Vid. npr. čl. 2.4 Pravilnika o medijaciji Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (2012), čl. 3.4 Pravilnika o medijaciji Međunarodne trgovinske komore (2014), čl. 3.3 Pravilnika o medijaciji Kairskog regionalnog centra za međunarodnu trgovinsku arbitražu (2013), čl. 3.2 Pravilnika o mirenju pred Spoljnotrgovinskom arbitražom pri Privrednoj komori Srbije (2013).

25 Vid. npr. čl. 6(d) Pravilnika o medijaciji Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (2012), čl. 8.1(e) Pravilnika o medijaciji Međunarodne trgovinske komore (2014), čl. 9.1(a) Pravilnika o medijaciji Kairskog regionalnog centra za međunarodnu trgovinsku arbitražu (2013), čl. 7.1(b)(iii) Pravilnika o medijaciji Singapurskog međunarodnog centra za medijaciju.

26 Vid. npr. čl. 3.2 Pravilnika o arbitraži Međunarodne trgovinske komore (2012), čl. 2.1 Pravilnika o arbitraži Singapurskog međunarodnog arbitražnog centra (2013), čl. 2.1 Švajcarskih arbitražnih pravila (2012).

Neki arbitražni pravilnici predviđaju nešto stroža pravila za dostavljanje elektronskim putem, pa tako propisuju da se dostavljanje elektronskim putem (koje, između ostalog, obuhvata dostavljanje elektronskom poštom ili faksom) može obavljati samo preko adrese koja je u te svrhe dogovorena između strana ili koju je u tu svrhu odredila strana kojoj se dostavljanje na ovaj način ima vršiti.²⁷ U svakom slučaju, dostavljanje pismena u okviru adjudikativnih alternativnih mehanizama rešavanja sporova ne zahteva učešće državnih organa niti podrazumeva pribegavanje dugotrajnom i komplikovanom postupku diplomatskog dostavljanja.

Poređenje pravila o dostavljanju u građanskom sudskom postupku sa pravilima o dostavljanju u okviru alternativnih načina rešavanja sporova omogućava da se izvede nekoliko zaključaka koji su od značaja za razmatranje pitanja dostavljanja u postupku rešavanja domenskih sporova. Prvo, dostavljanje i u sudskom i u alternativnom sistemu rešavanja sporova služi istoj svrsi: da omogući svakoj strani u postupku da, između ostalog, bude na odgovarajući način obavestena o činjenicama i okolnostima koje iznosi suprotna strana da bi mogla da odluči da li će se i kako o tim činjenicama i okolnostima izjasniti. U svakom slučaju, i to je drugi zaključak, na konkretan sadržaj pravila o dostavljanju utiču dva važna faktora: potreba da se poštuju osnovni principi pravičnosti pravozaštitnog postupka (i to pre svega princip kontradiktornosti) i nastojanje da se obezbedi što veća procesna efikasnost. Ali, imajući u vidu suštinske razlike između sudskog postupka i alternativnih mehanizama rešavanja sporova, a koje smo u ovom odeljku bliže prikazali, rigidnost pravila o dostavljanju je veća u sudskom nego u alternativnim postupcima.

3. Odredbe o dostavljanju u Pravilniku o postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih domena Srbije

Pravila o dostavljanju doživela su zanimljivu evoluciju u postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih domena Srbije. Do stupanja na snagu izmena i dopuna Pravilnika 2014. godine, Pravilnik je, u članu 18, propisivao da se dostavljanje poziva i drugih pismena u postupku

²⁷ Vid. npr. čl. 2.2 UNCITRAL-ovog Arbitražnog pravilnika (2010), čl. 4.3 Pravilnika o arbitraži Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (2014).

vrši putem elektronske pošte, preporučene pisma uz potvrdu o prijemu ili na drugi način koji obezbeđuje pisani dokaz o tome da je pismeno upućeno. Ranije važeći Pravilnik je, dakle, predviđao ravnopravnost različitih metoda dostavljanja i praktično je preuzimao rešenje prihvaćeno u velikom broju institucionalnih arbitražnih pravilnika koje smo prikazali u prethodnom odeljku. Navedena ravnopravnost različitih metoda dostavljanja je isto tako značila da je u svakom konkretnom slučaju bilo potrebno da opredeliti se na koji način će dostavljanje biti izvršeno. Ta odluka je u praksi pripadala stručnoj službi Komisije. Pošto nije bilo preciznih pravila koja bi stručnu službu uputila kada treba pribeci kakvom obliku dostavljanja, može se pretpostaviti da se stručna služba u svakom konkretnom slučaju opredeljivala za ono rešenje koje bi, u svetlu svih relevantnih okolnosti datog slučaja, na najbolji način ostvarivalo principe kontradiktornosti i procesne efikasnosti.

Pa ipak, u praksi se pokazalo da je navedena ravnopravnost različitih načina dostavljanja bez propisivanja jasnih smernica za izbor načina koji treba primeniti u svakom konkretnom slučaju mogla da dovede do usporavanja postupka, barem u fazi slanja tužbe tuženom na odgovor. Tako je, na primer, u jednom predmetu²⁸ u tužbi bilo navedeno da registrant ima poštansku adresu u inostranstvu pa je stručna služba, u cilju veće pouzdanosti da će pismeno zaista biti primljeno, odlučila da mu tužbu na odgovor pošalje i preporučene pismom uz potvrdu o prijemu i elektronskim putem. Međutim, pošiljka upućena poštom se Komisiji vratila sa naznakom da adresat nije pronađen na navedenoj adresi.²⁹ Da je stručna služba odlučila da tužbu na odgovor pošalje samo preporučenom pošiljkom, što ne bi bila nerazumna odluka imajući u vidu prisustvo elementa inostranosti, početna faza postupka rešavanja spora bi bila značajno usporena. Naime, s obzirom na to da je pretpostavljena adresa registranta bila u inostranstvu, utvrđivanje adrese njegovog redovnog

28 Vid. predmet broj 49.rs-4(12).

29 U praksi nije iznenađujuće da lica koja nesavesno registruju naziv domena u pogledu čije oznake nisu titulari žiga (tzv. sajberskvoteri) prilikom registracije domena navedu lažnu adresu. Prema čl. 8 Opštih uslova o registraciji naziva nacionalnih internet domena, odgovornost za tačnost navedenih podataka je u prvom redu na registrantu. Ako se kao registrant pojavljuje strani državljanin ili pravno lice sa sedištem u inostranstvu, RNIDS bi teško mogao da proveri ispravnost navedenih podataka, iako ga čl. 8 st. 8 Opštih uslova načelno ovlašćuje da, samostalno ili u saradnji sa ovlašćenim registrom, takvu proveru učini. Budući da se pod ovlašćenim registrom podrazumeva registar ovlašćen od RNIDS-a, a ne inostrani registar, mišljenja smo da bi provera ispravnosti podataka o adresi koja se nalazi u inostranstvu prevazilazila samostalne tehničke mogućnosti RNIDS-a i izlazila van okvira odredbe čl. 8 st. 8 Opštih uslova.

boravišta (u slučaju da je fizičko lice), odnosno poslovnog sedišta ili ogranka (u slučaju da je pravno lice), što je nalagao nekadašnji član 18 stav 2 Pravilnika, bilo bi vremenski zahtevno i po svoj prilici teško izvodljivo, budući da bi podrazumevalo obraćanje organima nadležnim za unutrašnje poslove države pretpostavljenog redovnog boravišta, odnosno sedišta registranta, pa bi stručna služba praktično bila „primorana“ da promeni način dostavljanja i pismeno uputi elektronskim putem. Ali, čak i u tom slučaju, postupak bi već bio usporen za vreme koje je bilo potrebno da štampana verzija tužbe ode do pretpostavljene adrese u inostranstvu i neuručena se vrati Komisiji. Ipak, ovakav ishod je u konkretnom slučaju srećom izbegnut odlukom stručne službe da istovremeno primeni dva načina dostavljanja.

Uprkos povoljnom ishodu, opisani slučaj je ukazao na potrebu izmena Pravilnika u delu koji se tiče dostavljanja. Načelno, moglo se govoriti o dve mogućnosti za izmenu do tada važećih pravila. Jedna mogućnost bi bila da se zadrži ravnopravnost različitih načina dostavljanja ali da se predvide jasne instrukcije za postupanje stručne službe Komisije prilikom odabira merodavnog načina u svakom konkretnom slučaju. Druga mogućnost bi bila pojednostavljivanje pravila o dostavljanju koje bi išlo u pravcu predviđanja samo jednog načina dostavljanja i to onog za koji se proceni da na optimalan način miri potrebe zaštite principa kontradiktornosti i obzire procesne efikasnosti. Opređeljivanje za prvu mogućnost bi dalo manevarski prostor za odabir najprikladnijeg metoda dostavljanja u svakom konkretnom slučaju, ali bi zahtevalo priličnu „vidovitost“ u predviđanju različitih mogućnih procesnih situacija i osmišljavanju adekvatnih smernica za postupanje stručne službe u svakom konkretnom slučaju. Sa druge strane, opređeljivanje za drugu mogućnost poštediti bi stručnu službu Komisije potrebe utvrđivanja i procene relevantnih okolnosti i odabira njima najprikladnijeg metoda dostavljanja, ali bi pred pisce izmena i dopuna Pravilnika postavilo delikatan zadatak izbora onog načina dostavljanja za koji se može osnovano pretpostaviti da u opštem slučaju najbolje miri sve faktore koji određuju konkretnu konfiguraciju sistema dostavljanja.

Sadržaj izmena i dopuna Pravilnika iz 2014. godine pokazao je da je prevladalo shvatanje da je poželjnije pojednostaviti pravila o dostavljanju tako što će se umesto dotadašnjih nekoliko ravnopravnih mogućnosti uvesti samo jedan metod dostavljanja i to dostavljanje elektronskim putem.³⁰

30 Članom 18 st. 1 izmenjene verzije Pravilnika propisano je: „Dostavljanje poziva i drugih pismena u postupku vrši se elektronskim putem. Kao dokaz o izvršenom dostavljanju

U opredeljivanju za metod dostavljanja koji će biti zadržan, oslonac je pronađen u UDRP pravilima, koja su još 2009. godine odstupila od ravnopravnosti različitih vidova dostavljanja i propisala da se komunikacija između panela za rešavanje sporova i stranaka odvija elektronskim putem.³¹

Opredeljivanje za dostavljanje elektronskim putem u prvom trenutku je, međutim, otvorilo jednu praktičnu poteškoću. Naime, shodno članu 16 stav 3 tačka 3 Pravilnika, tužba u postupku za rešavanje domenskih sporova obavezno sadrži, između ostalog, i elektronsku adresu registranta (tuženog), što je i logično, budući da je taj podatak neophodan za dalju komunikaciju u postupku, počevši već od samog dostavljanja tužbe na odgovor. Elektronska adresa registranta, kao i drugi njegovi kontakti, jesu podaci kojima raspolaže RNIDS i koji se mogu učiniti javno dostupnim preko WHOIS baze podataka, osim ukoliko registrant ne zatraži da RNIDS aktivira zaštitu njegovih podataka, na šta ima pravo prema Opštim uslovima o registraciji naziva nacionalnih internet domena. Pravilnik, sa druge strane, ovlašćuje tužioca da pre podnošenja tužbe uputi zahtev RNIDS-u za dobijanje podataka o kontaktu za sporni naziv nacionalnog internet domena, i to na način opisan u Opštim uslovima o registraciji naziva nacionalnih internet domena.³² Ali, Opšti uslovi koji su važili u trenutku izmena i dopuna Pravilnika³³ predviđali su samo dužnost RNIDS-a da nadležnim organima omogući pristup podacima o kontaktima, i to u skladu sa važećim propisima Republike Srbije.³⁴ Ukoliko bi podatke o kontaktima zatražilo zainteresovano lice, RNIDS je najpre morao da zatraži saglasnost registranta da zainteresovanom licu dostavi tražene podatke.³⁵ Ukoliko bi takva saglasnost registranta izostala a traženi podaci bi bili potrebni radi pokretanja sudskog postupka ili postupka alternativnog rešavanja domenskog spora, RNIDS bi bio ovlašćen da tražene podatke svejedno dostavi zainteresovanom licu, ali pod uslovom da to lice „(...) *nedvosmisleno dokaže da je pokrenut postupak (...)*“ rešavanja domenskog spora.³⁶ Upravo ovim uslovom se otvarao svojevrsni začarani krug: po prirodi stvari, jedini „*nedvosmisleni*“

smatraće se štampani primerak poslate elektronske poruke iz kojeg se vidi da je poruka štampana sa liste poslatih poruka“.

31 Vid. čl. 2 UDRP pravila. Više o ovim izmenama vid. D. Popović, 130.

32 Čl. 16 st. 2 Pravilnika.

33 To su bili Opšti uslovi iz 2012. godine, dostupni na veb-adresi: https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2012_12_22-opsti_uslovi-registracija_domena.pdf.

34 Čl. 12 st. 1 Opštih uslova iz 2012. godine.

35 Čl. 12 st. 2 Opštih uslova iz 2012. godine.

36 Čl. 12 st. 3 Opštih uslova iz 2012. godine.

dokaz pokretanja postupka jeste dokaz da je podneta tužba Komisiji za rešavanje domenskih sporova. Ali, kako postupak započinje urednim podnošenjem tužbe,³⁷ a da bi tužba bila uredna neophodno je da sadrži sve obavezne elemente, među kojima su i kontakt-podaci registranta, uslov iz člana 12 stav 3 Opštih uslova o registraciji naziva nacionalnih internet domena iz 2012. godine bilo je praktično veoma teško, ako ne i nemoguće ostvariti.

Opisana neusklađenost je verovatno uticala da se Opšti uslovi izmene 2014. godine. Tom prilikom je, između ostalog, u Opšte uslove uvedena i odredba prema kojoj podatke koji su potrebni radi pokretanja i vođenja sudskog spora ili postupka alternativnog rešavanja spora u vezi sa nazivom domena, uključujući i podatke za koje je aktivirana zaštita od javnog objavljivanja posredstvom WHOIS servisa, RNIDS dostavlja na zahtev upućen službenim putem od strane nadležnog suda ili tela za alternativno rešavanje sporova.³⁸ Na ovaj način prevaziđene su procesne poteškoće do kojih je moglo da dođe primenom člana 12 Opštih uslova iz 2012. godine.

Pre svega, eksplicitnim davanjem ovlašćenja „*telu za alternativno rešavanje sporova*“ otklonjena je dilema da li se Komisija za rešavanje sporova eventualno mogla smatrati „*nadležnim organom*“ u smislu člana 12 stav 1 Opštih uslova iz 2012. godine. Iako bi verovatno bilo moguće pronaći argumente u prilog takvog tumačenja, mišljenja smo da bi Komisija, imajući u vidu okolnost da je osnovana sporazumom dva nedržavna tela – jedne fondacije i jedne komore, teško mogla da se podvede pod pojam organa u svetlu značenja koje ovom terminu daju upravnopravni propisi.³⁹ Shodno tome, smatramo da bi u postupku rešavanja domenskog spora pred Komisijom primena stava 3 člana 12 Opštih uslova iz 2012. godine bila praktično neizbežna.

Upravo u tom pogledu do izražaja dolazi naročito značajna prednost izmena Opštih uslova iz 2014. godine. Naime, davanjem ovlašćenja Komisiji da zatraži podatke o zaštićenim kontaktima registranta, pomiren je interes efikasnog odvijanja postupka pred Komisijom sa dužnošću zaštite podataka o registrantu. Označavanje Komisije kao ovlašćenog lica za upućivanje zahteva za dostavljanje podataka donosi nekoliko prednosti. Prvo, ukida se potreba

37 Vid. čl. 16 st. 1 i 6 Pravilnika.

38 Čl. 13 st. 2 Opštih uslova iz 2014. godine. Istovetna odredba je zadržana i u čl. 13 st. 2 trenutno važećih Opštih uslova iz 2015. godine, čiji je tekst dostupan na veb-adresi: https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2015_09_19-opsti-uslovi-registracije-domena_0.pdf.

39 O definiciji upravnog organa vid. Zoran R. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 143 i dalje.

za postavljanjem uslova pružanja „*nedvosmislenog dokaza*“ RNIDS-u da je pokrenut postupak rešavanja domenskog spora. Drugo, budući da se zainteresovano lice više ne pojavljuje kao tražilac podataka, ne postoji opasnost od zloupotrebe podataka o registrantu do koje bi potencijalno moglo da dođe ako bi se Opšti uslovi izmenili samo tako da ubuduće ne zahtevaju da lice koje navodi da namerava da pokrene postupak pred Komisijom pruži određeni dokaz ozbiljnosti svoje namere ili ako bi RNIDS počeo da liberalnije tumači ranije važeću odredbu o potrebi pružanja nedvosmislenog dokaza. Podaci o registrantu se sada dostavljaju Komisiji, koja će ih učiniti dostupnim tužiocu samo ako tužba (bez podataka o kontaktima registranta) zaista i bude podneta Komisiji. Time se, zapravo, čuva smisao odredbe ranije važećih Opštih uslova u delu u kome se traži visok stepen pouzdanja da će podaci o registrantu biti iskorišćeni samo za svrhe pokretanja postupka pred Komisijom. Konačno i naročito praktično važno, izmene Opštih uslova iz 2014. godine omogućile su i efikasno odvijanje postupka pred Komisijom jer je uklonjen začarani krug u koji bi se upalo striktnom primenom člana 12 stav 3 Opštih uslova iz 2012. godine.

4. Ocena sistema dostavljanja u postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije

Sistem dostavljanja u postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije bi trebalo ceniti u svetlu dva osnovna principa koja pravila o dostavljanju treba da zadovolje: principa efikasnosti i pravne sigurnosti.

Efikasnost jednog sistema pravila se može posmatrati iz nekoliko uglova: ekonomskog, sociološkog, itd.⁴⁰ Ipak, imajući u ulogu pravila o dostavljanju u postupku rešavanja domenskih sporova, čini se najcelishodnijim zadržati se na analizi *procesne* efikasnosti ovih pravila, koju bi trebalo ceniti kroz prizmu vremena potrebnog za izvođenje određene procesne radnje i njenih troškova.⁴¹

40 Više o tome vid. Marko Jovanović, „Efikasnost postupka rešavanja sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan V. Popović), Beograd 2015, 34-36.

41 Vid. u tom smislu: Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 185.

U vezi sa kriterijumom vremena potrebnog za izvođenje dostavljanja elektronskim putem, jasno se nameće zaključak da je isključenjem poštanskog dostavljanja znatno ubrzano vreme koje iziskuje ova procesna radnja. Naime, ako bi se, kao što je to bilo moguće prema Pravilniku iz 2012. godine, dostavljanje obavljalo poštanskim putem, urednost takvog dostavljanja bi se, prema opštim pravilima, dokazivala potvrdom o prijemu, osim ukoliko se, zbog nemogućnosti da se utvrdi poštanska adresa primaoca, ne pribegne fikciji da je pismeno uredno dostavljeno samim upućivanjem na poslednju poznatu adresu primaoca.⁴² Da bi potvrda o prijemu pismena koje je bilo predmet dostavljanja mogla da se predstavi kao dokaz, potrebno je vreme da pismeno fizički stigne primaocu, koji će tu potvrdu potpisati i overiti, odnosno na kojoj će biti zabeleženo da je dostavljanje odbijeno ili iz drugog razloga nije bilo moguće. Shodno tome, dostavljanje poštanskim putem trajalo je, osim u slučaju pribegavanja opisanoj fikciji o urednom dostavljanju u slučaju kada adresa primaoca nije poznata, bar jedan ceo dan ili duže, zavisno od toga gde se nalazi prebivalište ili sedište primaoca. Kod dostavljanja elektronskim putem, ovaj utrošak vremena, koliko god on bio mali i objektivno znatno kraći od vremena potrebnog za izvođenje iste procesne radnje u građanskom sudskom postupku, suštinski ne postoji, jer se elektronska komunikacija odvija trenutno. Dakle, može se zaključiti da je, u svetlu kriterijuma vremena potrebnog za izvođenje, pojednostavljivanje pravila o dostavljanju doprinelo povećanju efikasnosti sistema rešavanja domenskih sporova,⁴³ i to naročito kada dostavljanje treba izvršiti u inostranstvu, što je gore opisani primer iz prakse Komisije potvrdio.

Što se tiče troškova, elektronsko dostavljanje, za razliku od poštanskog, ne zahteva angažovanje kurirske službe, pravnog lica registrovanog za poslove dostavljanja, niti plaćanje poštarina. Sve i ako bismo stali na stanovište da dostavljanje elektronskim putem nije potpuno besplatno jer iziskuje plaćanje troškova internet-veze, ti troškovi spadaju u fiksne troškove funkcionisanja Privredne komore pri kojoj je Komisija uspostavljena i po svom iznosu su svakako značajno niži od troškova poštanskog dostavljanja, kako posmatrano u svakom pojedinačnom slučaju, tako i mereno u određenoj jedinici vremena (mesečno, godišnje). Prema tome, i u pogledu troškova potrebnih za izvođenje, nameće se zaključak da propisivanje elektronskog dostavljanja poboljšava efikasnost sistema rešavanja domenskih sporova pred Komisijom.

42 Vid. čl. 18 st. 3 Pravilnika iz 2012. godine.

43 Tako i: M. Jovanović (2015), 45.

Analiza pravne sigurnosti elektronskog dostavljanja, sa druge strane, zahteva malo detaljniju raspravu. Početna tačka ove rasprave trebalo bi da bude podsećanje na opštu svrhu dostavljanja kao procesne radnje, a to je, kako smo naveli i na početku ovog rada, upoznavanje adresata sa sadržinom pisano preduzete radnje ili odluke. Uredno dostavljanje, pored toga što omogućava adresatu da, nakon što se upoznao sa sadržinom pismena koja je bilo predmet dostavljanja, pripremi svoju procesnu poziciju i izloži svoje argumente u skladu sa principom kontradiktornosti, pruža izvesnost i suprotnoj strani kao i samom organu pred kojim se vodi postupak da se taj postupak sprovodi u skladu sa osnovnim zahtevima poštenog i pravičnog suđenja (*due process*).⁴⁴ Ne čudi zato da fiktivni metodi dostavljanja, kojima se pribegava u krajnjim okolnostima, a koji ne pružaju dokaz da je adresat zaista i saznao za sadržaj pismena koje je bilo predmet dostavljanja, neretko nailaze na oštre kritike u teoriji.⁴⁵

Član 18 stav 1 Pravilnika propisuje da će se kao dokaz o izvršenom dostavljanju smatrati štampani primerak poslate elektronske poruke iz koga se vidi da je poruka štampana sa liste poslatih poruka.⁴⁶ Pravilnik, dakle, ne zahteva dokaz da je adresat zaista i primio elektronsku poruku, odnosno da ju je pročitao. Zahtev za takvim dokazom, uostalom, ne bi ni bilo celishodno postaviti, jer ako bi se kao dokaz tražilo odašiljanje elektronske potvrde da je poruka pročitana (čije slanje zavisi od volje adresata), ceo postupak dostavljanja bi veoma lako mogao da bude kompromitovan a rešavanje spora blokirano.

U svetlu izloženog, na prvi pogled bi se moglo reći da pravilo o dokazivanju uspešnosti dostavljanja iz člana 18 stav 1 Pravilnika zapravo uvodi metod fiktivnog dostavljanja koji bi se mogao kritikovati sa stanovišta pravne sigurnosti, jer ne pruža uverenje da je adresat zaista i upoznat sa sadržajem pismena koje je bilo predmet dostavljanja, što je sama svrha ove procesne radnje. Ipak, čini nam se da bi ovakav zaključak bio preoštar i ishitren. Naime, prilikom ocene pravne sigurnosti trebalo bi sve vreme imati na umu da je postupak pred Komisijom specijalizovan i alternativni postupak rešavanja sporova. Specijalizovanost u kontekstu ocene pravne sigurnosti se ogleda u

44 U tom smislu i: Dušica Palačković, *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2004, 148.

45 Za kritički osvrt na dostavljanje pribijanjem na oglasnu tablu suda vid. npr. Milijan Sesar, „Dostavljanje oglasnom pločom suda u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* br. 2/2006, 46-49.

46 U ovom pogledu Pravilnik prati rešenje koje je predviđeno članom 2 UDRP pravila.

okolnosti da se ovim mehanizmom rešavaju *domenski* sporovi, pa bi, prema tome, bilo opravdano smatrati da komunikacija elektronskim putem treba da ima prednost u odnosu na komunikaciju redovnom poštom.⁴⁷ Alternativnost postupka utiče na ocenu pravne sigurnosti elektronskog dostavljanja tako što iznošenje spora pred Komisiju ne isključuje mogućnost postupanja suda u istoj stvari.⁴⁸ Tako, strana koja smatra da su joj povređena osnovna procesna prava – primera radi neodgovarajućim dostavljanjem – uvek može da pribegne redovnom mehanizmu rešavanja sporova. Štaviše, alternativnost se na ocenu pravne sigurnosti dostavljanja odražava na još jedan bitan način. Naime, za razliku od sudskog postupka, u kome nije predviđena mogućnost produženja zakonski postavljenih procesnih rokova, Pravilnik u članu 25 stav 2 dozvoljava produženje rokova određenih Pravilnikom, uz ograničenje da produženju treba pribeći u posebno opravdanim slučajevima i uz brigu arbitražnog veća da se postupak na taj način ne odugovlači. Budući da Pravilnik ne ograničava krug rokova u odnosu na koje dozvoljava produženje, treba zaključiti da ova mogućnost postoji u odnosu na sve rokove, pa tako i one čije se računanje vezuje za uspešno dostavljanje.

Značaj ove odredbe za pravnu sigurnost elektronskog dostavljanja nam se čini velikim. Pretpostavimo da je tužba poslata registrantu na odgovor elektronskim putem 1. marta, što će, prema članu 18 stav 1 Pravilnika, biti dan koji će se smatrati danom dostave tužbe i od koga počinje da teče rok od 15 dana za dostavljanje odgovora na tužbu.⁴⁹ U skladu sa opštim pravilima o računanju rokova izraženih u danima,⁵⁰ taj rok će isteći 16. marta.⁵¹ Pretpostavimo dalje da je iz određenih opravdanih razloga (npr. tehnički problemi sa serverom) registrant efektivno dobio tužbu tek 5. marta, čime mu je praktično ostalo samo 10 dana za dostavljanje odgovora. Ako bi rok za slanje odgovora na tužbu predviđen članom 17 stav 3 Pravilnika bio fiksna (kao što su rokovi za slanje odgovora na tužbu u građanskom sudskom postupku), bilo bi teško braniti stav da su pravila o dokazivanju uspešnosti elektronskog dostavljanja u Pravilniku o rešavanju domenskih sporova postavljena u skladu sa zahtevima pravne sigurnosti. Tu, međutim, do izražaja dolazi mogućnost za produženje

47 Tako i: M. Jovanović (2015), 45.

48 Čl. 7 st. 3 Pravilnika eksplicitno propisuje: „*Prihvatanjem nadležnosti Komisije strane u postupku se ne odriču prava na traženje sudske zaštite u stvari koja je predmet postupka*“.

49 Ovaj rok je predviđen u čl. 17 st. 3 Pravilnika.

50 Vid. čl. 103 st. 2 ZPP.

51 Ovo pod pretpostavkom da 16. mart nije neradni dan.

roka za dostavljanje odgovora na tužbu korišćenjem ovlašćenja iz člana 25 stav 2 Pravilnika koju bi arbitražno veće u opisanom slučaju, teorijski, moglo da primeni i produži rok za dostavljanje odgovora na tužbu za vreme za koje je registrantov server bio van funkcije. Na taj način, smatramo, Pravilnik omogućava da se postupak rešavanja domenskih sporova odvija brzo, ali i da istovremeno bude dovoljno fleksibilan da dozvoljava prilagođavanja koja su nekad neophodna usled potrebe zaštite drugih procesnih principa, kao što bi u opisanom hipotetičkom slučaju bio princip pravne sigurnosti.

U svetlu svega izloženog, smatramo opravdanom ocenu da sistem dostavljanja u postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije ispunjava zahteve efikasnosti, kako posmatrano kroz kriterijum efikasnosti tako i kroz kriterijum procesne sigurnosti.

5. Zaključak

Pravila o dostavljanju u u postupku za rešavanje sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije imaju veliki značaj za efikasnost i delotvornost ovog sistema rešavanja sporova. Prelaskom na isključivo elektronsku komunikaciju između strana u sporu i Komisije, domaći postupak za rešavanje domenskih sporova se uskladio sa međunarodnim tendencijama oslikanim u UDRP pravilima. Isto tako, smanjili su se troškovi postupka rešavanja sporova i ubrzalo njegovo odvijanje. Iako bi, na prvi pogled, moglo da se pomisli da elektronska komunikacija ne pruža optimalan stepen pravne sigurnosti, detaljnija analiza pravila o dostavljanju u postupku pred Komisijom pokazala je da postoji nekoliko mehanizama kojim se jemči zaštita osnovnih principa poštenog i pravičnog postupka. Budući da su izmene Pravilnika kojima je isključena mogućnost poštanskog dostavljanja stupile na snagu pre manje od dve godine, još uvek je rano govoriti o praktičnim učincima navedenih izmena. U dosadašnjoj praksi Komisije nisu zabeleženi veći problemi u vezi sa primenom pravila o dostavljanju, tako da se može osnovano pretpostaviti da će tako biti i u narednom periodu, budući da je jedan od ciljeva pojednostavljivanja pravila o dostavljanju upravo bio da se ova procesna radnja učini još lakšom i bržom za sprovođenje nego što je pre izmena Pravilnika bila.

Doc. Dr. Marko Jovanović
Assistant Professor, University of Belgrade – Faculty of Law

SERVICE OF DOCUMENTS IN THE PROCEDURE FOR SERBIAN NATIONAL DOMAIN NAMES DISPUTE RESOLUTION

Abstract: This paper focuses on the analysis of rules on service of documents within the procedure for settlement of disputes arising out of registration of Serbian national domain names. After explaining the notion and the general purpose of service of documents, the author presents the evolution of the provisions on service of documents in the Rules of procedure for settlement of disputes arising out of registration of Serbian national domain names and analyzes their content. A special attention is given to potential problems which might have arisen under the rules on service of documents prior to the changes enacted in 2014. The rules which are currently in force are then examined from the standpoint of procedural efficiency and legal certainty. The author concludes that the rules satisfy both of the aforementioned criteria and contribute to the overall improvement and modernization of the domain name dispute resolution system in Serbia.

Keywords: Service of documents. – Alternative dispute resolution. – Rules on the procedure for settlement of disputes arising out of registration of Serbian national domain names. – Commission for resolution of domain name disputes.

Poglavlje II
AUTORSKO PRAVO I INTERNET

prof. dr Dušan V. Popović
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

AUTORSKOPRAVNI POGLED NA KORIŠĆENJE „TVITERA“*

Rezime: „Tviter“ je danas jedna od najpopularnijih društvenih mreža, čijim korisnicima se omogućava da razmenjuju kratke tekstualne poruke, tvitove, koji sadrže svega 140 karaktera. U radu se najpre analizira ispunjava li tvit uslove za autorsko-pravnu zaštitu. Takođe, autor ispituje da li bi se preuzimanjem tuđeg tvita, pod pretpostavkom da on predstavlja autorsko delo, vređalo subjektivno autorsko pravo. U drugom delu rada analiziraju se tvitovi koji sadrže primerke tuđih autorskih dela ili predmeta srodnopravne zaštite, najčešće fotografije ili video zapise. Autor ispituje da li ovaj način javnog saopštavanja predstavlja radnju povrede prava ili je, naprotiv, dopušten zakonom kao vid ograničenja subjektivnog autorskog ili srodnog prava. Najzad, autor analizira tvitove koji sadrže hiperlinkove ka primercima tuđih autorskih dela ili predmeta srodnopravne zaštite, u svetlu novije prakse Suda pravde Evropske unije.

Ključne reči: Autorsko pravo i srodna prava. – Društvene mreže. – Internet. – Ograničenja prava. – Povreda prava.

1. Uvod

Među najposećenijim sajtovima na Internetu svakako su sajtovi društvenih mreža.¹ Sledeći uspeh „Fejsbuka“, društvena mreža „Tviter“ posle nekoliko godina dostigla je broj od preko petsto miliona korisnika, od kojih su preko trista miliona aktivni korisnici. „Tviter“ je osnovan 2006. godine i predstavlja kombinaciju društvene mreže i mikro-bloga. „Tviter“ registrovanim korisnicima omogućava da postavljaju i primaju kratke tekstualne poruke, tvitove,

* Ovaj članak je rezultat rada na projektu „Identitetski preobražaj Srbije“.

1 Prema podacima kompanije « Alexa », specijalizovane za utvrđivanje posećenosti sajtovima na Internetu, « Tviter » je deveti po posećenosti, dok je « Fejsbuk » na drugom mestu liste najposećenijih sajtova na svetu u 2015. godini. Vid. <http://www.alexacom>

koje sadrže svega 140 karaktera. Neregistrovani korisnici mogu samo čitati tuđe tvitove, pod uslovom da titular naloga (tviteraš) nije ograničio pristup svome nalogu određenim kategorijama lica. Korisnici mogu tvitovati putem „Tviterovog“ veb-sajta, putem aplikacije (npr. na mobilnim telefonima), a u nekim državama i slanjem SMS poruka.

Kada je osnovan, „Tviter“ je često nazivan „SMS-om Interneta“. Međutim, „Tviter“ je mnogo više od servisa za razmenu poruka. On predstavlja istinsku društvenu mrežu čiji uticaj na javni život sve više raste. Na osnovu broja i sadržine tvitova, kao i broja retvitovanja (prosleđivanja tvita drugog tviteraša) danas se prilično pouzdano može utvrditi stav javnog mnjenja o određenom političkom ili društvenom pitanju, može se proceniti popularnost nekog muzičkog izvođača, filma ili televizijskog programa, može se utvrditi domašaj određene reklamne kampanje...² U početnom periodu, dok je bio ograničen na razmenu tekstualnih poruka, „Tviter“ nije predstavljao naročiti izazov po interese nosilaca autorskog prava i srodnih prava. Pitanje eventualnih povreda autorskog prava postavljalo se unutar same mreže, tj. između korisnika „Tvitera“. Naime, pojedini korisnici smatrali su da tvit uživa autorskopravnu zaštitu, zbog čega bi retvitovanje bez saglasnosti „autora“ predstavljalo povredu prava. Mogućnost autorskopravne zaštite tvita, kao i eventualnu primenu ograničenja subjektivnog autorskog prava, u slučaju da je autorskoprava zaštićena tvitova moguća, ispitaćemo u prvom delu ovog rada. Nakon što je „Tviter“ omogućio postavljanje fotografija i kratkih video-zapisa, kao i linkova ka ovakvim sadržajima, pitanja navodne povrede autorskog i srodnih prava postavila su se i izvan kruga korisnika ove mreže i dovela do sporova između nosilaca prava intelektualne svojine i tviteraša koji su postavili određeni sadržaj ili link ka takvom sadržaju u okviru svog tvita. Mogućnost povrede subjektivnog autorskog i/ili srodnog prava postavljanjem fotografije, video-zapisa ili hiperlinka ka ovakvim intelektualnim dobrima ispitaćemo u drugom delu rada.

2 Za detaljniju analizu „Tvitera“ kao indikatora javnog mnjenja vid. npr. Joseph DiGrazia, Karissa McKelvey, Johan Bollen, Fabio Rojas, „More tweets, more votes: social media as a quantitative indicator of political behaviour“, dostupno na sajtu: <http://www.ssrn.com> (12.12.2015); Thorsten Hennig-Thurau, Caroline Wiertz, Fabian Feldhaus, „Does Twitter matter? The impact of microblogging word of mouth on consumers' adoption of new movies“, dostupno na sajtu: <http://www.ssrn.com> (12.12.2015).

2. Tvit kao predmet autorskopravne zaštite

Uslovi za priznanje autorskopravne zaštite u međunarodnom i uporednom autorskom pravu harmonizovani su u velikoj meri.³ Domaće pravo ne predstavlja izuzetak. Ipak, primena takvih ujednačenih kriterijuma za sticanje autorskopravne zaštite na konkretnu ljudsku tvorevinu može dovesti do sporova. Naime, ispunjenost uslova originalnosti tvorevine, kao osnovnog uslova za priznanje autorskopravne zaštite, u praksi se različito tumači, naročito u slučaju kada određene karakteristike tvorevine, kao što je na primer njen obim, u izvesnoj meri ograničavaju ispoljavanje originalnosti stvaraoaca. U prvom odeljku najpre ćemo analizirati da li se opisani problem javlja i u vezi sa tvitovima. Potom ćemo, pod pretpostavkom da tvit jeste autorsko delo, ispitati da li se tuđi tvit može retvitovati ili „prepisati“ bez saglasnosti njegovog autora, na osnovu nekog od propisanih ograničenja subjektivnog autorskog prava ili, naprotiv, takva radnja predstavlja povredu prava.

2.1. Uslovi za priznanje autorskopravne zaštite

Poznato je da autorskopravnu zaštitu mogu uživati samo ljudske tvorevine koje imaju originalni duhovni sadržaj i koje su izražene u određenoj formi.⁴ U kontekstu evropskog kontinentalnog autorskog prava, jasno je da tvit, kao kratka tekstualna poruka, jeste ljudska tvorevina koja ima duhovni sadržaj i određenu formu. Pitanje autorskopravne zaštite tvita svodi se, dakle, na pitanje ispunjenosti uslova originalnosti jedne takve tekstualne poruke. Može li, dakle, poruka dužine do 140 karaktera biti dovoljno originalna da bi uživala

3 Vid. npr. Bernska konvencija za zaštitu književnih i umetničkih dela, čl. 2-3.

4 Podsetimo da se smatra da je delo ljudska tvorevina čak i ukoliko je stvaralac koristio tehničke uređaje kao pomoćna sredstva, sve dok je preovlađujući uticaj čoveka na nastanak tvorevine. Nadalje, uslov postojanja duhovnog sadržaja treba shvatiti kao neposrednu komunikaciju koju autorsko delo uspostavlja između ljudi. Naime, za razumevanje autorskog dela ne smeju biti potrebna prateća saznanja ili uputstva koja su izvan dela (npr. kreditna kartica nije autorsko delo jer nema značenje po sebi, tj. nije sredstvo neposredne komunikacije između ljudi). Najzad, formu treba razumeti kao raspored znakova koje ljudi koriste u svojoj komunikaciji (npr. raspored reči, tonova...). Kada se u autorskom pravu govori o određenosti forme ne misli se, dakle, na materijalnu formu u kojoj delo postaje faktički dostupno ljudskim čulima. Za podrobija objašnjenja vid. Slobodan M. Marković, Dušan V. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, „Dosije studio“, Beograd 2014, 38-41.

autorskopravnu zaštitu? Načelno govoreći, na ovo pitanje se može potvrdno odgovoriti. Ipak, odgovor će zavistiti od analize konkretnog tvita. Dužina tvita ne može *a priori* predstavljati prepreku nalazu originalnosti takve tvorevine. Postoje i druge ljudske tvorevine, kao na primer aforizmi, kojima se zbog obima ne uskraćuje autorskopravna zaštita. Zakonom o autorskom i srodnim pravima propisano je da se autorskopravna zaštita priznaje „(...) bez obzira na (...) umetničku, naučnu ili drugu vrednost, namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja (...)“.⁵ U ovom pogledu domaće pravo harmonizovano je sa pravom Evropske unije, gde takođe mali obim/veličina tvorevine ne predstavlja prepreku priznanju autorskopravne zaštite. Na primer, presudom Suda pravde Evropske unije donetom u predmetu *Infopaq* potvrđeno je da odlomak iz novinskog članka koji čine svega jedanaest reči može predstavljati autorsko delo ukoliko je uslov originalnosti ispunjen.⁶

U domaćem pravu, zakonodavac navodi *exempli causa* vrste autorskih dela (pisana dela, govorna dela, dramska dela, dramsko-muzička dela, koreografska dela, pantomimska dela, dela koja potiču iz folklora, muzička dela, filmska dela, dela likovne umetnosti, dela arhitekture, primenjene umetnosti i industrijskog oblikovanja, kartografska dela, planovi, skice, makete, fotografije, pozorišna režija).⁷ To, naravno, ne sprečava da i drugim intelektualnim tvorevinama, kao što su tvitovi, bude priznata autorskopravna zaštita, ukoliko ispunjavaju opšte uslove za njeno priznanje. Ima, međutim, zakonodavstava gde se autorskopravna zaštita priznaje samo onim tvorevinama koje se mogu ubrojati u neku od zakonom pobrojanih kategorija dela. U britanskom pravu, na primer, autorskopravna i srođnopravna zaštita priznaje se samo sledećim kategorijama tvorevina i pseudotvorevina: književno delo, dramsko delo, muzičko delo, umetničko delo, film, fonogram, emisija, grafički dizajn izdanja književnog, muzičkog ili dramskog dela.⁸ Ipak, originalni tvit mogao bi se svrstati u kategoriju književnih dela, u ekstenzivnom tumačenju tog pojma, te bi načelno mogao uživati autorskopravnu zaštitu.

5 Zakon o autorskom i srodnim pravima (nadalje, ZASP RS), *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012, čl. 2, st. 1.

6 Sud pravde EU, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, predmet br. C-5/08, 16. juli 2009. god., §27-51.

7 ZASP RS, čl. 2, st. 2.

8 Zakon o autorskom pravu, pravu zaštite dizajna i patentima (*UK Copyright, Designs and Patents Act*), 15. novembar 1988. god., deo I, poglavlje I, odeljak I.

Pitanje priznanja autorskopravne zaštite tvita svodi se, dakle, prevashodno na pitanje utvrđivanja njegove originalnosti. U autorskom pravu, originalnost se definiše kao individualnost, tj. jedinstvenost dela. Izvor originalnosti dela nalazi se u ličnosti autora. Ukoliko autor, makar i u najmanjoj meri, utisne svoj specifični duhovni pečat u svoju intelektualnu tvorevinu, tj. ukoliko u njoj izrazi onaj deo svog duha koji je različit od duha drugih ljudi, njegova tvorevina stiče karakter originalnog dela. Ima, međutim, i onih oblasti ljudskog stvaralaštva u kojima, iako postoji prostor za ispoljavanje originalnosti, to polje je malo zbog tehničkih, logičkih, funkcionalnih ili drugih uslovljenosti. Reč je o tvorevinama efemernog karaktera, koje se, pod uslovom da nisu istovetne nekoj drugoj tvorevini, ipak smatraju originalnim (npr. jelovnici, reklamni slogani, katalozi...). Takve tvorevine često se nazivaju sitnijem autorskog prava. Originalnost se, dakle, priznaje tvorevinama koje nisu rezultat namernog ili nesvesnog podražavanja već postojeće kulturne baštine ili koje nisu rezultat intelektualnog rada koji je strogo određen spoljnim okvirima koji ne ostavljaju prostor za izražavanje individualnosti onoga koji radi.⁹ Pisanje tvita jeste determinisano tehničkim karakteristikama društvene mreže (nemogućnost korišćenja više od 140 karaktera), ali to, po našem mišljenju, nužno ne sprečava ispoljavanje individualnosti, tj. originalnosti stvaraoca.

Ipak, stav po kome je autorskopravna zaštita tvita moguća bilo bi pogrešno razumeti kao potvrdu o učestalosti ispunjenosti uslova za autorskopravnu zaštitu u praksi. Naime, već površnim uvidom u sadržinu poruka razmenjenih na „Tvitieru“ može se zaključiti da uslov originalnosti nije uvek zadovoljen. Naime, veliki broj tvitova svodi se na puko iznošenje činjenica, lišeno svake individualnosti (npr. tvitovi o saobraćajnoj gužvi ili vremenskim prilikama). Podsetimo, Zakonom o autorskom i srodnim pravima propisano je da autorskopravnom zaštitom nisu obuhvaćene opšte ideje, postupci, metode rada, ili matematički koncepti kao takvi, kao i načela, principi i uputstva koji su sadržani u autorskom delu.¹⁰ Ipak, postoje i oni tvitovi, najčešće šaljivog ili ciničnog karaktera, u kojima je jasno odslikana individualnost njihovog stvaraoca/pisca. Takvi tvitovi mogli bi uživati autorskopravnu zaštitu, pošto bi zadovoljili uslov originalnosti. Međutim, i ovde treba imati u vidu činjenicu da je teško izraziti se na originalan način u samo 140 karaktera, zbog

9 Za detaljniju analizu vid. S. M. Marković, D. V. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, 40-41.

10 ZASP RS, čl. 6, st. 1.

čega se autorskoppravna zaštita retko kada priznaje tvorevinama malog obima. U tom smislu, poučan je primer naslova autorskih dela, koji vrlo retko uživaju samostalnu autorskoppravnu zaštitu, budući da nisu dovoljno originalni *per se*.

S obzirom na činjenicu da je „Tviter“ globalna društvena mreža, pitanje originalnosti tvita trebalo bi sagledati ne samo u kontekstu evropskog kontinentalnog prava, već i s obzirom na pravila koja važe u *common law* sistemima. Na primer, u autorskom pravu Sjedinjenih Američkih Država kriterijum originalnosti dugo se tumačio u skladu sa doktrinom *Sweat of the brow* (bukvalni prevod: znoj na čelu). Na osnovu ove doktrine, autorskoppravnu zaštitu treba priznati svakoj tvorevini koja je rezultat samostalnog rada. Na ovaj način, autorskoppravna zaštita može se priznati i tvorevinama kao što su telefonski imenici koji su sačinjeni samostalno, iako se oni sastoje iz niza činjenica poređanih po uobičajenom, predvidljivom redosledu. Takav imenik ili druga baza podataka ne bi smeo biti kopiran, već bi konkurent morao da samostalnim (ponovnim) prikupljanjem podataka sačini sopstveni imenik. Tužbeni zahtev usmeren na utvrđivanje povrede autorskog prava mogao bi biti odbijen samo ukoliko tuženi dokaže da je isto/slično autorsko delo nastalo njegovim nezavisnim, samostalnim radom. Primena ove doktrine izraz je nerazumevanja sadržine kriterijuma originalnosti autorskog dela, a dovela je i do mešanja uslova za utvrđivanje povrede subjektivnog autorskog prava i uslova za utvrđivanje postojanja radnje nelojalne konkurencije. Konačno, presudom donetom u predmetu *Feist* Vrhovni sud SAD je odbacio doktrinu *Sweat of the brow*, navodeći da je njena primena narušila dihotomiju između ideje i forme, koja mora biti očuvana u autorskom pravu.¹¹ Ipak, i pored napuštanja ove doktrine, može se zaključiti da je uslov originalnosti moguće lakše ispuniti u pravu SAD nego u evropskom kontinentalnom pravu, pošto se autorskoppravna zaštita priznaje rezultatu svakog intelektualnog rada koji prevazilazi oblast namernog podražavanja i sadrži makar minimalnu meru originalnosti.¹² Imajući to u vidu, neki tvitovi svakako bi mogli uživati autorskoppravnu zaštitu.

11 Vrhovni sud SAD, *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Service Co.*, predmet br. 89-1909, 27. mart 1991. god.

12 Više o pojmu originalnosti u uporednom autorskom pravu: Jane C. Ginsburg, „The concept of authorship in comparative copyright law“, *Columbia Law School Research Paper* 03-51, 2003; Daniel J. Gervais, „Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law“, *Journal of the Copyright Society of the USA* vol. 49, 2002, 949-981.

U Opštim uslovima korišćenja „Tvitera“ ne zauzima se stav o podobnosti tvitova za sticanje autorskopravne zaštite. Bez ikakvog pominjanja vrste prava o kojoj je reč, u Opštim uslovima stoji: „Vi zadržavate svoja prava na bilo kom sadržaju koji postavite na našem servisu. Postavljajući sadržaj, ustupate nam bez naknade teritorijalno neograničenu, neisključivu licencu (uz ovlašćenje na ustupanje pod-licence) koja se odnosi na korišćenje, umnožavanje, saopštavanje, aranžiranje, preradu, izdavanje, prosleđivanje i stavljanje u promet takvog sadržaja u bilo kom medijumu ili pomoću bilo kog načina distribucije (postojećeg ili kasnije razvijenog).“¹³ U citiranoj odredbi tvitovi se ne nazivaju autorskim delima već „sadržajem“, a pravo čiji je titular tviteraš ne označava se kao subjektivno autorsko pravo.

O nepostojanju ujednačenog pristupa pitanju priznanja autorskopravne zaštite tvitovima svedoči i nedavni spor u Francuskoj, nastao povodom izdavanja zbirke najboljih i najgorih tvitova pod nazivom „Biseri ‘Tvitera’ i Interneta“.¹⁴ Naime, ugledna izdavačka kuća „Larus“ izdala je zbirku tvitova, ne pribavljajući prethodno saglasnost tviteraša za ovaj vid privrednog iskorišćavanja intelektualnog dobra (autorskog dela?). Na osnovu dostupnih informacija nejasno je da li je izdavačka kuća pribavila takvu saglasnost od samog „Tvitera“, u čijim se Opštim uslovima navodi da svaki korisnik ustupa ovoj društvenoj mreži ovlašćenje na izdavanje „sadržaja“. Na osnovu činjenice da je izdavač prikupio „najbolje i najgore tvitove“, po sopstvenom izboru, može se zaključiti da odabrane intelektualne tvorevine zadovoljavaju uslov originalnosti, te predstavljaju autorska dela. Pretpostavka je da su odabrani upravo oni tvitovi u kojima su tviteraši u dovoljnoj meri odslikali svoju individualnost, a ne banalni tvitovi kojima se saopštavaju opštepoznate činjenice. Čak i ukoliko je izdavač pribavio saglasnost „Tvitera“ za ovaj vid privrednog iskorišćavanja tvitova, mogućnost povrede subjektivnog autorskog prava ipak nije isključena. Naime, u pomenutoj zbirci većina tvitova je umnožena bez navođenja imena njihovog autora, čime se povređuju ličnopravna ovlašćenja titulara autorskog prava. Nakon izrazito negativnih reakcija na pojavu ovog izdanja, pre svega u samoj tviter-zajednici, izdavač je putem svog tviter-naloga saopštio da povlači iz prodaje spornu zbirku.¹⁵

13 Opšti uslovi korišćenja „Tvitera“, odeljak V, dostupno na sajtu: <https://twitter.com/tos?lang=en> (14.12.2015). Napomena: U američkom pravu se pojam licence koristi i u kontekstu ustupanja imovinskopравnih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnog autorskog prava, dok se u evropskom kontinentalnom pravu ovaj pojam vezuje isključivo za ustupanje ovlašćenja koja čine sadržinu nekog od prava industrijske svojine.

14 Franc. « *Les perles des tweets et du net.* ».

15 Vid. tvit objavljen na nalogu izdavačke kuće „Larus“ („Larousse“) 22. januara 2014. godine.

2.2. Povreda subjektivnog autorskog prava

U slučaju da određeni tvit ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu, njegovo prosleđivanje (retvitovanje) bez saglasnosti titulara autorskog prava predstavljaće radnju povrede prava, osim u slučaju kada je preduzimanje takve radnje bez saglasnosti titulara prava dopušteno zakonom kao vid ograničenja prava. Podsetimo da se ograničenja subjektivnog autorskog prava mogu javiti u dva oblika – kao suspenzija prava i prava na naknadu, s jedne strane, ili kao zakonska licenca, s druge strane. U prvu grupu ubrajamo ona ograničenja kojima se potpuno ukidaju isključiva imovinskopravna ovlašćenja autora. Treća lica mogu, dakle, koristiti tuđe autorsko delo bez plaćanja naknade i bez pribavljanja saglasnosti autora ili njegovog pravnog sledbenika. Druga grupa ograničenja odnosi se zapravo na dozvolu koju zakonodavac, u propisanim slučajevima, daje drugima da koriste tuđa autorska dela bez saglasnosti autora ili njegovog pravnog sledbenika, ali uz obavezu plaćanja naknade. Zakonska licenca je, dakle, instrument kojim se isključiva imovinskopravna ovlašćenja pretvaraju u zakonsku obligaciju.¹⁶

U domaćem i uporednom pravu propisano je ograničenje subjektivnog autorskog prava u slučaju citiranja. Naime, dozvoljeno je, bez saglasnosti autora i bez plaćanja naknade, umnožavanje kao i drugi oblici javnog saopštavanja kratkih odlomaka autorskog dela, odnosno pojedinačnih kratkih autorskih dela, pod sledećim uslovima:

- 1) da je delo objavljeno;
- 2) da se pomenuti odlomci ili kratka dela, bez izmena, integrišu u drugo delo, ako je to neophodno radi ilustracije, potvrde ili reference, uz jasnu naznaku da je reč o citatu i u skladu sa dobrim običajima;
- 3) da se na pogodnom mestu navede ko je autor citiranog dela, koji je naslov citiranog dela, kada je i gde je citirano delo objavljeno, odnosno izdato, ukoliko su ti podaci poznati.¹⁷

S obzirom na činjenicu da bi tvit koji ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu predstavljao autorsko delo izuzetno malog obima, bilo bi dozvoljeno njegovo citiranje u celini. Korisnicima „Tvitiera“ poznato je da se ovakav vid

16 Za detaljniju analizu ograničenja autorskog prava propisanih u domaćem pravu vid. Dušan Popović, „O ograničenjima i kolektivnom ostvarivanju autorskog prava i srodnih prava“, *Pravo i privreda* 7-9/2012, 294-316.

17 ZASP RS, čl. 49.

citiranja već obavlja na mreži u obliku retvitovanja, kada se celokupan tuđi tvit prosleđuje, zajedno sa naznačenjem imena njegovog autora. Međutim, u slučaju „prepisivanja“ a ne retvitovanja tuđeg tvita, autorsko pravo bilo bi povređeno ukoliko se ne navede ime autora citiranog tvita.

Iako je prilikom propisivanja ograničenja autorskog prava u svrhu citiranja zakonodavac dodatno utvrdio obavezu navođenja imena autora i naslova citiranog dela, podsetimo da je, zapravo, reč o opštoj obavezi, koja važi prilikom korišćenja tuđeg autorskog dela na osnovu bilo kog od propisanih ograničenja. Takođe, na osnovu propisanog ograničenja prava mogu se iskorišćavati samo tuđa objavljena autorska dela – dakle, dela koja su prvi put saopštena javnosti od strane samog autora ili uz njegovu saglasnost. Najzad, ograničenja subjektivnog autorskog prava moraju se propisati i tumačiti u skladu sa tzv. testom u tri koraka. Naime, svako ograničenje mora delovati pod precizno utvrđenim uslovima (prvi korak), a obim ograničenja ne sme biti u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela (drugi korak), niti sme vređati legitimne interese titulara autorskog prava (treći korak).¹⁸

Nije nam poznato da je neki korisnik „Tvitera“ podneo tužbu zbog povrede autorskog prava nadležnom sudu protiv drugog korisnika zbog „prepisivanja“ tvita bez naznačenja imena autora.¹⁹ Ipak, sve više korisnika podnosi „Tviteru“ zahtev za uklanjanje tvita zbog navodne povrede autorskog prava.

18 U domaćem pravu, tzv. test u tri koraka je propisan čl. 41 ZASP RS. Na ovaj način pravo Srbije usklađeno je sa čl. 9, st. 2 Bernske konvencije za zaštitu književnih i umetničkih dela. Test u tri koraka propisan je i Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS), kao i Direktivom EU o informatičkom društvu. Iako je test „u tri koraka“ iz čl. 5, st. 5 Direktive EU o informatičkom društvu nesumnjivo inspirisan testom uspostavljenim Bernskom konvencijom, ova dva testa nisu sasvim jednaka. Naime, dok se u Bernskoj konvenciji govori o izuzecima i ograničenjima koji nerazumno ne vređaju interese autora, u Direktivi se pominju interesi titulara prava (koji nisu nužno autori), čime se proširuje krug lica čije interese treba uzeti u obzir prilikom propisivanja izuzetaka i ograničenja. U TRIPS-u se takođe govori o interesima titulara prava, dok je Zakon o autorskom i srodnim pravima RS dosledno recipirao odredbu Bernske konvencije (vid. TRIPS, čl. 13; ZASP RS, čl. 41). Za detaljniju analizu „testa u tri koraka“ vid. Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary to the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, Oxford 2007, 134-155.

19 U pravu Sjedinjenih Američkih Država, tužba za povredu autorskog prava može se podneti samo ukoliko je autorsko delo prethodno registrovano u Uredu za autorsko pravo. Podsetimo, registracija ne predstavlja konstitutivni element za nastanak subjektivnog autorskog prava, već samo uslov za traženje sudske zaštite u slučaju povrede prava. Registracija se može izvršiti tokom čitavog roka trajanja autorskopravne zaštite.

Takav zahtev podnosi se na osnovu internog akta „Politika zaštite autorskog prava“ (engl. *Twitter Copyright Policy*), koji je deo Opštih uslova korišćenja „Tvitera“. Ovim aktom implementirano je tzv. pravilo „obavešti i ukloni“ (engl. *notice and takedown*), na osnovu koga se može isključiti odgovornost hosting sajtova za povredu autorskog prava koju izvrše njihovi korisnici, ukoliko za povredu nisu znali, kao i u slučaju kada su odmah po saznanju za povredu reagovali uklanjanjem ili blokiranjem spornog sadržaja. Kao kompanija sa sedištem u Sjedinjenim Američkim Državama, „Tviter“ je na ovaj način uskladio svoje poslovanje sa Odeljkom 512 Milenijumskog zakona o autorskom pravu u digitalno doba (engl. *Digital Millennium Copyright Act – DMCA*).²⁰ Ovaj nacionalni autorskopравни propis ostvario je značajan uticaj na inostrane zakonodavce. Na primer, Evropski parlament i Savet usvojili su Direktivu br. 2000/31/EZ o određenim pravnim aspektima usluga informatičkog društva, naročito elektronske trgovine, na unutrašnjem tržištu (poznatiju kao Direktiva o elektronskoj trgovini).²¹ Članom 14 ove Direktive propisuju se slični uslovi za isključenje odgovornosti hosting sajtova.²²

Stoga, u slučaju „prepisivanja“ tuđeg tvita koji ispunjava uslov originalnosti, te uživa autorskopravnu zaštitu, autor tvita može podneti zahtev za uklanjanje spornog sadržaja zbog navodne povrede autorskog prava. Zahtev se podnosi elektronskim putem i mora sadržavati podatke neophodne za identifikaciju autora i spornog tvita, kao i izjavu o tačnosti dostavljenih podataka. Ukoliko „Tviter“ odluči da privremeno blokira pristup spornom tvitu, obavestiće o tome korisnika naloga na kome je učinjena navodna povreda autorskog prava. Istom prilikom, tom korisniku biće dostavljen primerak zahteva za uklanjanje tvita, kao i upustvo za sačinjavanje odgovora na takav zahtev. Ukoliko odgovor na zahtev za uklanjanje tvita bude sačinjen, njegov primerak će se dostaviti korisniku čije autorsko pravo je navodno povređeno. Umesto privremeno uklonjenog tvita, na tviter-nalogu će biti istaknuto obaveštenje o uklanjanju tvita zbog navodne povrede autorskog prava, kao i linkovi

20 Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 28. oktobar 1998. god.

21 *Sl. list EZ*, br. L178, 17. juli 2000. god.

22 Za detaljniju analizu odgovornosti posrednika na Internetu vid. Sanja Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet: nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 83-112; Dušan Popović, „Povreda autorskog prava i srodnih prava na Internetu: preispitivanje uloge posrednika“, *Pravo i privreda* 4-6/2010, 579-593.

ka „Tviterovoj“ Politici zaštite autorskog prava i ka Milenijumskom zakonu o autorskom pravu u digitalno doba (DMCA). Kompanija „Tviter“ će, dakle, na osnovu zahteva za uklanjanje tvita i odgovora na zahtev, ukoliko ga bude, odlučiti da li će onemogućiti pristup spornom sadržaju. Ukoliko „Tviteru“ u roku od deset radnih dana od dana podnošenja zahteva za uklanjanje tvita ne bude dostavljen dokaz da je pokrenut postupak pred nadležnim sudom za određivanje privremene mere, kompanija može odlučiti da odblokira sporni sadržaj.²³

„Tviteru“ se upućuje sve više zahteva za uklanjanje tvitova u kojima je prepisan sadržaj tuđeg tvita bez navođenja imena korisnika (autora) čiji tvit je preuzet. Poznat je, na primer, slučaj američke komičarke Olge Leksel koja je pisala šale i viceve na svom nalogu na „Tviteru“. Šale su bile toliko uspele da su ih mnogi korisnici „Tvitera“ prepisivali bez navođenja izvora. Komičarka je uspešno blokirala sporne tvitove, podnoseći na desetine zahteva za uklanjanje spornog sadržaja. U svojim zahtevima, autorka je osim originalnosti i izvornosti tvita, navela i činjenicu da značajan deo prihoda ostvaruje upravo pišući kratke humorističke tekstove.

3. Korišćenje tuđih fotografija i video zapisa ili hiperlinkova ka takvim sadržajima

U dosadašnjem delu rada analizirali smo samo „klasične“ tvitove, tj. tvitove koji se sastoje jedino iz ispisanog teksta. Sadržinu tvitova, međutim, mogu činiti i fotografije i video zapisi, kao i linkovi ka njima. Vrlo često, korisnici „Tvitera“ koriste tuđe fotografije i video zapise kako bi ilustrovali određenu tekstualnu poruku, a mogu ih koristiti i samostalno. Fotografije i video zapisi uživaju autorskopravnu zaštitu (video zapisi uživaju i srodnopravnu zaštitu), pa njihovo korišćenje bez saglasnosti titulara prava može predstavljati povredu subjektivnog autorskog prava.²⁴ Napominjemo da predmet naše analize nisu slučajevi korišćenja (odlomaka) tuđih autorskih dela koji su izmenjeni

23 Vid. Politika zaštite autorskog prava, dostupno na sajtu: <https://support.twitter.com/articles/15795#3> (28.12.2015).

24 Video zapisi uživaju srodnopravnu zaštitu putem prava proizvođača videograma. Ukoliko je na nosaču zabeleženo kinematografsko delo, što najčešće jeste slučaj, intelektualno dobro će uživati i autorskopravnu zaštitu. Radi jednostavnosti izlaganja, u radu pominjemo samo autorskopravnu zaštitu.

u svrhu karikature ili parodije, već slučajevi korišćenja „izvornih“, neizmenjenih (odlomaka) tuđih autorskih dela.²⁵

3.1. Fotografije i video zapisi

U slučaju iskorišćavanja fotografije ili video zapisa bez saglasnosti titulara prava, može se delovati na dva načina. Najpre, titulari prava mogu uputiti „Tviteru“ zahtev za uklanjanje, tj. onemogućavanje pristupa spornom tvidu, na osnovu „Tviterove“ Politike zaštite autorskog prava. Takođe, moguće je pokrenuti postupak za utvrđivanje povrede autorskog prava pred redovnim sudom. U oba slučaja važe napomene koje smo već učinili prilikom razmatranja navodnih povreda autorskog prava u vezi sa „klasičnim“ tekstualnim tvidom. Povreda autorskog prava neće biti utvrđena jedino u slučaju da je korisnik „Tvitera“ upotrebio tuđu fotografiju ili video zapis bez saglasnosti titulara prava na osnovu nekog od propisanih ograničenja subjektivnog autorskog prava.

U evropskom kontinentalnom pravu, u osnovnom nacionalnom autorskopravnom propisu taksativno se navode uslovi pod kojima se subjektivno pravo ograničava. Reč je, zapravo, o precizno opisanim situacijama u kojima je korišćenje tuđeg autorskog dela bez saglasnosti titulara prava dopušteno. Ipak, zakonodavac nema potpunu slobodu prilikom propisivanja ograničenja, pošto je vezan odredbama međunarodnih konvencija u oblasti autorskog prava. Naime, minimalna prava zagarantovana međunarodnim konvencijama ne mogu biti ukinuta ili smanjena, izuzev ako je to dopušteno odredbama same konvencije. Prilikom propisivanja ograničenja autorskog prava zakonodavac, dakle, nije vezan odredbama međunarodnih konvencija samo ukoliko predmet ograničavanja čine ovlašćenja koja ne ulaze u korpus tzv. minimalnih prava, zato što ih međunarodne konvencije ne poznaju ili zato što ih ne kvalifikuju kao minimalna. Među brojnim propisanim ograničenjima subjektivnog autorskog prava nailazimo na tri koja bi *prima facie* mogla delovati u slučaju korišćenja tuđe fotografije ili video zapisa na „Tviteru“. Reč je o ograničenju u slučaju umnožavanja autorskog dela u lične nekomercijalne svrhe, ograničenju u svrhu citiranja i ograničenju prava u slučaju umnožavanja i javnog saopštavanja primeraka autorskih dela u okviru izveštavanja medija o tekućem događaju.

25 Prerada objavljenog autorskog dela u svrhu karikature ili parodije dozvoljena je čl. 54a ZASP RS, pod uslovom da se na taj način ne stvara ili ne može stvoriti zabuna u pogledu izvora dela.

Smatramo, međutim, da se korisnik „Tvitera“ ipak ne bi mogao pozvati na ograničenje autorskog prava koje se odnosi na umnožavanje autorskog dela u lične nekomercijalne svrhe, iz više razloga. Najpre, postavljanje fotografije ili video zapisa u okviru tvita ne bi se moglo okarakterisati kao radnja preduzeta u lične nekomercijalne svrhe. Svaki post ima relativno široku potencijalnu publiku, koja se može kretati od kruga pratilaca određenog tvider-naloga (kada je korisnik „Tvitera“ odabrao da ograniči pristup svome nalogu) do svih korisnika ove društvene mreže (kada korisnik naloga nije ni na koji način ograničio pristup svojim tvidovima). Potom, ovo ograničenje deluje jedino u odnosu na preduzete radnje umnožavanja dela. Prilikom tvidovanja, međutim, umnoženi primerak dela se javno saopštava, a radnje javnog saopštavanja nisu obuhvaćene propisanim ograničenjem prava.²⁶ Najzad, ovaj tip ograničenja svakako se ne odnosi na snimanje izvođenja, predstavljanja i prikazivanja dela, pa video zapisi i fotografije sa muzičkih koncerata ili predstava, na primer, ne bi mogli biti korišćeni bez saglasnosti titulara prava.²⁷

Tviteraš koji je u okviru svog tvita iskoristio tuđu fotografiju ili video zapis bez saglasnosti titulara prava mogao bi se pozvati na ograničenje propisano u svrhu citiranja. Kao što smo već objasnili, citiranje odlomaka tuđeg autorskog dela, odnosno citiranje kraćeg autorskog dela u celini, moguće je samo uz navođenje imena autora i naslova dela, a radi potvrde, reference ili ilustracije. Takođe, neophodno je da je citirano autorsko delo prethodno bilo objavljeno uz saglasnost titulara prava. Načelno govoreći, na osnovu tzv. prava citiranja mogao bi se iskoristiti kratki odlomak iz određenog videozapisa, ukoliko bi pomenuti uslovi bili ispunjeni. Smatramo, međutim, da u slučaju korišćenja fotografije, po pravilu, ne bi bili zadovoljeni propisani kriterijumi pod kojima ovo ograničenje prava deluje. Korišćenje delova tuđe fotografije najčešće nije moguće, pošto fotografija može preneti željenu poruku samo ukoliko se posmatra u celini. Iskorišćavanjem tuđe fotografije u celini, pak, preduzima se radnja koja je u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela i kojom se narušavaju legitimni interesi titulara autorskog prava. Tvidovanje tuđe fotografije bez saglasnosti titulara autorskog prava ne može, po našem mišljenju, biti „opravdano“ propisanim ograničenjem prava u svrhu citiranja, pošto svi uslovi iz tzv. testa u tri koraka, po pravilu, neće

26 ZASP RS, čl. 46, st. 2: „Umnoženi primerci dela iz stava 1 ovog člana ne smeju se stavljati u promet niti koristiti za bilo koji drugi oblik javnog saopštavanja dela.“

27 ZASP RS, čl. 46, st. 3, pod 1).

biti ispunjeni.²⁸ Naime, smatraće se da je preduzeta radnja u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela svaki put kada određeni način korišćenja dela uđe u tržišnu utakmicu sa načinom na koji titulari prava uobičajeno ekonomski iskorišćavaju isključivo pravo intelektualne svojine, time ih lišavajući značajne ekonomske koristi. Uslov koji se odnosi na nevredanje legitimnih interesa titulara prava redovno se tumači tako da pojam interesa obuhvati ne samo određeno subjektivno pravo titulara, već i svaku drugu postojeću ili potencijalnu korist ili štetu. Legitiman interes je svaki interes koji je zasnovan na zakonu ali i svaki interes čija zaštita je opravdana ciljevima koji podupiru sistem isključive zaštite intelektualnih dobara.²⁹

Najzad, subjektivno autorsko pravo ograničeno je u slučaju kada je za potrebe izveštavanja javnosti putem štampe, radija, televizije i drugih medija o tekućim događajima potrebno umnožiti i javno saopštiti primerak objavljenog autorskog dela koje se pojavljuje kao sastavni deo tekućeg događaja o kome se javnost izveštava.³⁰ Da bi ovo ograničenje prava delovalo u slučaju tvitovanja tuđih fotografija i video zapisa, potrebno je da se ispuni nekoliko uslova. Prvo, autorsko delo koje se na ovaj način iskorišćava mora prethodno biti objavljeno uz saglasnost autora, što je opšti uslov za ograničenje subjektivnog autorskog prava. Drugo, samo autorsko delo mora biti sastavni deo događaja o kome se izveštava (npr. javnost se obaveštava o premijeri filma, pa se u tu svrhu saopštava odlomak iz filmskog dela). Treće, događaj o kome se javnost obaveštava mora biti aktuelan (tekući). Ne može se, dakle, umnožavati i javno saopštavati tuđe autorsko delo, čak i ukoliko je ono sastavni deo događaja o kome se izveštava, ukoliko je od tog događaja prošlo nekoliko meseci ili godina. Četvrto, korišćenje tuđeg autorskog dela ne sme biti u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela i ne smeju se vredati legitimni interesi titulara autorskog prava, što su opšti uslovi pod kojima se subjektivno pravo može ograničiti. Stoga se, po pravilu, ne bi mogla koristiti tuđa autorska dela u celini, već njihovi odlomci, kako iskorišćavanje autorskog dela na osnovu propisanog ograničenja ne bi bilo u konkurenciji sa redovnim načinom iskorišćavanja. Peto, ograničenje

28 Za objašnjenje tzv. testa u tri koraka vid. odeljak 2.2. ovog rada.

29 Više kod: C. M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary to the TRIPS Agreement*, Oksford 2007, 134-155.

30 ZASP RS, čl. 43.

deluje samo u slučaju korišćenja tuđeg autorskog dela u sklopu izveštavanja medija o određenom događaju. Sporno je, međutim, da li se „Tviter“ može svrstati u kategoriju medija. Restriktivno tumačenje ovog pojma vodilo bi nas traženju odgovora u registru javnih glasila, gde društvene mreže svakako nisu upisane. Ipak, ekstenzivnim tumačenjem, i društvene mreže mogle bi se označiti kao svojevrsni mediji, naročito u slučaju kada određeni nalog/profil na društvenoj mreži ima mnogobrojne pratioce i pristup mu nije ograničen. Nesporno je da nalozi pojedinih „uticajnih tviteraša“ imaju veću posećenost i čitanost nego sajtovi mnogih „klasičnih“ medija. Smatramo, dakle, da bi prilikom odgoaranja na pitanje o tome da li je određeni nalog na „Tviteru“ medij u smislu pomenute odredbe trebalo analizirati način na koji se nalog inače koristi. Ukoliko tviteraš koristi svoj nalog sa ambicijom obaveštavanja javnosti (nikome ne ograničava pristup, redovno piše o tekućim događajima, ima mnogo pratilaca i sl.), ni po čemu se ne izdvaja od „klasičnih“ medija.

Nasuprot pristupu evropskog kontinentalnog prava, u *common law* sistemima se ne propisuje množina ograničenja, od kojih svako deluje u po jednoj, precizno definisanoj situaciji, već se primenjuje opšte pravilo o pravičnoj (fer) upotrebi (engl. *fair use doctrine*). Da li određena radnja iskorišćavanja tuđeg autorskog dela predstavlja radnju pravične upotrebe, utvrđuje se na osnovu okolnosti pod kojima je preduzeta. U Sjedinjenim Američkim Državama, doktrina o pravičnoj upotrebi vodi poreklo iz sudske prakse, ali je danas kodifikovana članom 107 Zakona o autorskom pravu SAD. Propisani su i kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje da li preduzeta radnja predstavlja radnju pravične upotrebe:

- 1) svrha i karakter upotrebe, uključujući pitanje da li je preduzeta radnja komercijalne ili neprofitne i obrazovne prirode;
- 2) priroda autorskog dela;
- 3) obim i relevantnost preuzetog odlomka autorskog dela; i
- 4) dejstvo koje preduzeta radnja ostvaruje na tržištu ili na vrednost iskorišćenog autorskog dela.

Iako na prvi pogled može delovati drugačije, primena pravila o pravičnoj upotrebi u *common law* sistemima dovodi do rešenja koja se tek neznatno razlikuju od onih za koja su se opredelili evropski zakonodavci.

3.2. Hiperlinkovi kojima se upućuje ka primercima tuđih autorskih dela

Na „Tviteru“, kao i na drugim društvenim mrežama, mnogo su češći postovi u kojima korisnici postavljaju hiperlinkove kojima upućuju ka primercima tuđih autorskih dela, od onih postova koji sadrže sâm primerak (odlomka) tuđeg autorskog dela. Primerak tuđeg autorskog dela postavljen je, dakle, na drugom sajtu. Aktiviranjem hiperlinka koji je ispisan u tvitu, otvara se novi „prozor“ u kome se saopštava primerak tuđeg autorskog dela ili se delo saopštava u obliku video frejminga, tj. dolazi do „umetanja“ video zapisa koji je zapravo postavljen na drugom sajtu.³¹ Po pravilu, video frejming je moguć samo ako se tvitu pristupa sa računara, dok se prilikom korišćenja „Tvitera“ preko mobilnog telefona aktiviranjem hiperlinka uvek otvara novi „prozor“ u kome se primerak tuđeg autorskog dela saopštava.

Brojni su slučajevi u kojima je „Tviter“ onemogućio pristup tvitu koji sadrži link kojim se upućuje na primerak tuđeg autorskog dela, nakon što mu titular autorskog (ili srodnog) prava uputio zahtev za uklanjanje tvita, podnet na osnovu Politike zaštite autorskog prava.³² Međutim, na pitanje o tome da li upućivanje hiperlinkovima ka primercima tuđih autorskih dela predstavlja povredu subjektivnog autorskog (ili srodnog) prava, sudska praksa još uvek nije dala potpuni odgovor. Tumačeći pojam javnog saopštavanja, u smislu Direktive EU o informatičkom društvu, Sud pravde EU razvio je i počeo da primenjuje kriterijume „različitog tehničkog sredstva“ i „nove javnosti“, i to najpre u predmetima koji se tiču postavljanja hiperlinka kojim se upućuje na predmet zaštite postavljen na drugom sajtu *uz saglasnost* titulara prava.³³ U skladu sa presudom donetom u predmetu *Svensson*, povreda subjektivnog autorskog ili srodnog prava postojala bi samo u slučaju da se predmet zaštite

31 Hiperlinkom se može uputiti i ka audio zapisu.

32 Na primer, tokom 2015. godine onemogućen je pristup brojnim tvitovima i blokirani su tviter-nalozii pojedinih korisnika koji su tviitalovali hiperlinkove ka video zapisima golova sa fudbalskih utakmica, nakon što je nekoliko američkih fudbalskih saveza podnelo zahteve na osnovu „Tviterove“ Politike zaštite autorskog prava.

33 Sud pravde EU, *Nils Svensson, Sten Sjogren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB*, predmet br. C-466/12, 13. februar 2014. god. Za podrobnii analizu ove presude vid. Dušan V. Popović, „Povreda autorskog i srodnih prava na Internetu: osvrt na noviiju praksu Evropskog suda pravde“, *Intelektualna svojina i Internet: nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 62-69.

iskorišćava uz pomoć drugog tehničkog sredstva u odnosu na ono korišćeno prilikom primarnog (inicijalnog) saopštavanja. Ukoliko to nije slučaj, saopštavanje javnosti postojalo bi samo ukoliko se spornom radnjom predmet zaštite čini dostupnim onom delu javnosti koji titular prava nije imao u vidu prilikom primarnog saopštavanja. Potrebno je, dakle, da postoji „nova javnost“ u odnosu na onu kojoj je namenjeno primarno saopštavanje predmeta zaštite na Internetu. Primena kriterijuma „različitog tehničkog sredstva“ i „nove javnosti“ svakako je u interesu održavanja dominantnog modela korišćenja Interneta. Kritičarima ovakvog tumačenja pojma javnog saopštavanja opravdano bi se moglo prigovoriti da bi suprotni pristup otežao, ako ne i ozbiljno ugrozio održivost dosadašnjeg načina onlajn komuniciranja. Takođe, postavilo bi se i pitanje sankcionisanja učinilaca povrede prava putem postavljanja hiperlinkova. Broj takvih lica izuzetno je velik, oni deluju iz različitih država sveta, koriste servere koji se često ne nalaze u državi njihovog državljanstva ili prebivališta.

U vezi sa primenom kriterijuma „nove javnosti“ mogle bi se izneti dve značajne zamerke. Najpre, čini se da sâm kriterijum sadrži u sebi dozu subjektivnosti. Naime, Sud pravde novu javnost definiše kao javnost koju titular prava nije imao u vidu prilikom primarnog saopštavanja predmeta zaštite. Smatramo da u svakom konkretnom slučaju neće biti jednostavno i nesporno utvrditi koji krug lica je titular prava „imao u vidu“ prilikom primarnog saopštavanja autorskog dela, odnosno predmeta srodnopravne zaštite. Takođe, posledica primene kriterijuma „nove javnosti“ moglo bi biti *de facto* uvođenje formalnosti u autorsko pravo. Naime, titular autorskog ili srodnog prava koji bi želeo da „kontrolniše“ saopštavanje predmeta zaštite na Internetu morao bi da tehničkim sredstvima ograniči pristup predmetu zaštite na sajtu na kome se on primarno saopštava ili, barem, da na sajtu istakne izjavu kojom zabranjuje upućivanje hiperlinkom. U interesu pravne sigurnosti, ovo sporno pitanje se mora što pre razjasniti.

U slučaju upućivanja hiperlinkom na veb-sajt na kome je predmet zaštite primarno saopšten *bez saglasnosti* titulara autorskog ili srodnog prava, sporna radnja bi se načelno mogla označiti kao radnja posredne povrede prava koja se sastoji u pomaganju, pa čak i podstrekivanju na preduzimanje radnje neposredne povrede prava. Ipak, logički je neodrživo primenjivati kriterijum „nove javnosti“ u predmetima koji se odnose na korišćenje hiperlinka kojim se upućuje na sajt na kome je predmet zaštite postavljen uz saglasnost titulara prava, a ne primenjivati ga u slučaju kada saglasnosti titulara prava nije bilo. Međutim, smatramo da primena kriterijuma „nove javnosti“ u ovom slučaju ne bi dovela do suprotnih zaključaka. Naime, javnost koja zahvaljujući hiperlinku

može saznati za određeni predmet zaštite svakako je „nova“, jer titular prava nije planirao niti preduzeo nikakvo saopštavanje na Internetu, do koga je ipak došlo nedozvoljenom radnjom trećeg lica.³⁴

4. Završne napomene

Mogućnost autorskopravne zaštite tvita bilo bi pogrešno razumeti kao potvrdu o učestalosti ispunjenosti uslova za autorskopravnu zaštitu tvitova u praksi. Naime, već površnim uvidom u sadržinu poruka razmenjenih na „Tviteru“ može se zaključiti da uslov originalnosti nije uvek zadovoljen. Naime, veliki broj tvitova svodi se na puko iznošenje činjenica, lišeno svake individualnosti. Ipak, postoje i oni tvitovi, najčešće šaljivog ili ciničnog karaktera, u kojima je jasno odslikana individualnost njihovog stvaraoca. Takvi tvitovi mogli bi uživati autorskopravnu zaštitu, pošto bi zadovoljili uslov originalnosti. Međutim, i ovde treba imati u vidu činjenicu da je teško izraziti se na originalan način u samo 140 karaktera, zbog čega se autorskopravna zaštita retko kada priznaje tvorevinama izrazito malog obima. U slučaju da određeni tvit ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu, njegovo prosleđivanje (retvitovanje) bez saglasnosti titulara autorskog prava predstavljaće radnju povrede prava, osim u slučaju kada je preduzimanje takve radnje bez saglasnosti titulara prava dopušteno zakonom kao vid ograničenja prava. Međutim, ograničenje prava ne deluje u slučaju kada se tuđi tvit preuzima bez navođenja izvora. Tviteraš čiji originalni tvit je „prepisan“, a ne retvitovan, mogao bi, stoga, da podnese zahtev za uklanjanje tvita, na osnovu „Tviterove“ Politike zaštite autorskog prava, ili da pokrene sudski postupak za utvđivanje povrede autorskog prava.

Društvene mreže predstavljaju posebnu vrstu posrednika na Internetu i mogu odgovarati za povredu autorskog prava i srodnih prava u slučaju da, nakon saznanja za povredu, nisu onemogućili pristup spornom primerku intelektualnog dobra koji je korisnik mreže postavio na svom profilu/nalogu. Kao privredno društvo sa sedištem u Sjedinjenim Američkim Državama, „Twitter“ je opšte uslove korišćenja svoje mreže uskladio sa američkim Milenijumskim zakonom o autorskom pravu u digitalno doba, kojim je utvrđeno pravilo „obavesti i ukloni“.

34 Za sveobuhvatnu autorskopravnu analizu korišćenja hiperlinkova vid. D. V. Popović, „Povreda autorskog i srodnih prava na Internetu: osvrt na noviju praksu Evropskog suda pravde“, 59-81.

Slična obaveza propisana je i u mnogim drugim zakonodavstvima, pa i u pravu Evropske unije. Shodno pomenutom zakonu, kao i sopstvenoj Politici zaštite autorskog prava, „Tviter“ je dužan da odmah po prijemu obaveštenja o navodnoj povredi prava onemogući pristup spornom primerku autorskog dela ili predmeta srodonpravne zaštite. Iako se i korisniku koji je na svom tviter-nalogu navodno povredio autorsko pravo omogućava da uputi odgovor na zahtev za uklanjanje tvita, ovakvom mehanizmu može se izneti jedna važna načelna zamerka. Naime, uspostavljanjem posebnog mehanizma za preduzimanje svojevrstnih privremenih mera od strane hosting sajta umanjuje se uloga redovnih sudova u oblasti prinudnog sprovođenja i zaštite prava intelektualne svojine. „Tviteru“, kao i drugim društvenim mrežama, može se zameriti nepostojanje dovoljnih garancija nezavisnosti u odlučivanju, što otvara put arbitrarnosti, a u krajnjem ishodu i zloupotrebi pomenutog mehanizma u svrhu cenzure. Takođe, prilikom sačinjavanja odgovora na zahtev za uklanjanje tvita, prosečni tviteraš po pravilu nema pravnu pomoć, pa često ne može izneti sve činjenice koje mu idu u prilog (npr. propusti da se pozove na propisano ograničenje subjektivnog autorskog prava).

Odlomci tuđih autorskih dela i predmeta srodonpravne zaštite, koji se saopštavaju u tvitovima, po pravilu nisu nastali tako što je sâm korisnik izradio primerak predmeta zaštite (npr. zabeležio izvođenje autorskog dela). Naprotiv, u većini slučajeva tviteraš koristi hiperlink kojim upućuje na primerak koji je treće lice postavilo na nekom serveru koji nije u vlasništvu „Tvitera“. U „Tviterovoj“ Politici zaštite autorskog prava ne pravi se razlika između tvitova koji sadrže hiperlink i tvitova koji sadrže odlomak autorskog dela ili predmeta srodonpravne zaštite. I jedna i druga vrsta tvitova može, dakle, biti predmet tzv. mehanizma „obavesti i ukloni“. Međutim, ukoliko bi pred redovnim sudom bio pokrenut postupak za utvđivanje povrede autorskog prava zbog korišćenja hiperlinka kojim se upućuje ka primerku tuđeg autorskog dela, ishod takvog spora se u ovom trenutku ne bi mogao predvideti. Delimičan odgovor na pitanje o tome da li korišćenje hiperlinkova predstavlja povredu autorskog prava dao je Sud pravde Evropske unije. Naime, povreda subjektivnog autorskog ili srodnog prava postojala bi samo u slučaju da se predmet zaštite iskorišćava uz pomoć drugog tehničkog sredstva u odnosu na ono korišćeno prilikom primarnog (inicijalnog) saopštavanja. Ukoliko to nije slučaj, saopštavanje javnosti postojalo bi samo ukoliko se spornom radnjom predmet zaštite čini dostupnim onom delu javnosti koji titular prava nije imao u vidu prilikom primarnog saopštavanja. Potrebno je, dakle, da postoji „nova javnost“ u odnosu na onu kojoj je namenjeno primarno saopštavanje

predmeta zaštite na Internetu. Do ovog zaključka sud je došao u sporu koji se odnosi na upućivanje hiperlinkom ka predmetu zaštite koji je na veb-sajt postavljen uz saglasnost titulara prava. Ne vidimo prepreku da se kriterijum „nove javnosti“ primeni i u predmetima koji se odnose na korišćenje hiperlinkova kojima se upućuje na primerak predmeta zaštite koji je na veb-sajt postavljen bez saglasnosti titulara prava.

Najzad, vrlo je važno podsetiti na činjenicu da u velikom broju slučajeva titulari autorskog prava tolerišu iskorišćavanje odlomaka predmeta zaštite, pošto se njihovim javnim saopštavanjem popularizuje autorsko delo ili predmet srodno-pravne zaštite. Zbog toga ne treba gubiti iz vida činjenicu da neće svaki titular prava intelektualne svojine odlučiti da podnese zahtev za uklanjanje tvita i/ili pokrene sudski postupak zbog povrede prava, čak i u slučaju da je nesporno da u konkretnom slučaju njegovo subjektivno pravo intelektualne svojine nije ograničeno.

Prof. Dr. Dušan V. Popović
Associate Professor, University of Belgrade – Faculty of Law

THE USE OF TWITTER FROM A COPYRIGHT LAW PERSPECTIVE*

Abstract: „Twitter“ is undoubtedly one of the most popular social networks, which enables users to send and read short 140-character messages called tweets. The present paper analyzes first whether a tweet meets the criteria prescribed for copyright protection. The author examines whether by re-tweeting one infringes copyright, provided that a tweet itself is copyrightable. In the following chapter, the author analyzes the use of more complex tweets, i.e. those containing a copy of a copyrighted work or a subject-matter of related rights, usually photographs or visual works. It is examined whether this type of communication to the public of third party's works is allowed as an exception and limitation to the copyright protection or, to the contrary, represents an act of infringement of an intellectual property right. Finally, the author analyzes tweets containing hyperlinks to copies of copyrighted works or subject-matter of related rights, in light of the recent case law of the Court of Justice of the European Union.

Key words: Copyright and related rights. – Social networks. – Internet. – Limitations and exceptions. – Infringement.

* This paper results from the research undertaken within the project of the Faculty of Law of the University of Belgrade „Identity transformation of Serbian law“.

prof. dr Mario Reljanović
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

ODGOVORNOST HOSTING PROVAJDERA ZA POVREDE PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE U PRAVU SRBIJE I PRAVU SUSEDNIH DRŽAVA

Rezime: Položaj hosting provajdera, kao pružalaca specifičnih usluga u elektronskim komunikacijama, regulisan je na nivou Evropske unije u opštem režimu elektronske trgovine. Zahvaljujući harmonizaciji nacionalnih zakonodavstava sa pravom EU, zakonska rešenja u Republici Srbiji ne razlikuju se značajno od država u regionu, kao ni ostalih država članica Evropske unije. Međutim, tako unifikovan režim odgovornosti hosting provajdera za sadržaj koji njihovi korisnici skladište u prostoru koji su zakupili nailazi na veoma različita tumačenja u praksi, na probleme sa sprovođenjem, kao i generalno nerazumevanje ili ignorisanje detalja koji hosting provajdere izdvajaju kao pružaoce usluga posebnog karaktera. Istraživanje je usmereno na analizu nacionalnog zakonodavstva, kao i zakonodavstva nekoliko država iz regiona; kroz uočavanje opštih (ali i specifičnih) problema u rešavanju položaja hosting provajdera, kao i kroz analizu skromne dostupne prakse, ukazuje se na mnoga još uvek neodgovorena pitanja kada je reč o odgovornosti za postavljanje sadržaja na internet sajtove. U mnoštvu različitih vrsta hostinga, kao i u različitom odnosu prema korisnicima njihovih usluga, hosting provajderi se ne mogu poistovetiti sa učiniocima povrede prava po automatizmu. Režim isključenja njihove odgovornosti je tako postavljen da se može razmišljati o njegovom unapređenju kako kroz izmene i dopune zakonodavstava posmatranih zemalja, tako i kroz stvaranje šireg konsenzusa i usvajanje pravnih stavova i mišljenja od strane nauke, struke i sudske prakse, koji će doprineti stvaranju preciznijeg kruga obaveza hosting provajdera u situacijama povrede prava intelektualne svojine, kao i bližem određivanju njihovih odgovornosti u slučajevima kada svoje obaveze povrede, ili ne ispune na odgovarajući način.

Ključne reči: Hosting provajder. – Elektronska trgovina. – Pravo intelektualne svojine. – Odgovornost za naknadu štete.

1. Uvodna razmatranja

Hosting podrazumeva uslugu skladištenja podataka u elektronskoj formi. Hosting provajder iznajmljuje određeni elektronski prostor korisniku, u koji se skladište elektronski podaci koje korisnik izabere. Pojam hosting može biti sličan pojmu posrednika na Internetu, ali između njih ne postoji potpuna identičnost. Posredničke uloge mogu biti različite: obezbeđivanje osnovne infrastrukture kako bi se stvorile pretpostavke da se komunicira elektronskim putem; obezbeđivanje mogućnosti povezivanja na Internet, povezivanja sa drugim računarima na intranet mreži; posredovanje u pretraživanju sadržaja na Internetu; hosting usluge koje obezbeđuju zakup korisniku određenog prostora u računarskoj mreži¹. Samo se ovi poslednji mogu nazvati hosting provajderima; hosting dakle kao opšti pojam podrazumeva pružanje neke usluge korisnicima Interneta, odnosno računarske mreže.

Pojam hosting provajder može se posmatrati veoma raznoliko, što se po pravilu i čini u stručnoj literaturi i praksi.

U najširem smislu, pod hostingom se podrazumeva svako iznajmljivanje prostora korisnicima na serveru provajdera, bez obzira na namenu njegovog korišćenja. Ova osnovna podela deli se dalje na „veb-hosting“, gde korisnik zakupljuje server kod hosting provajdera, odnosno prostor na kojem će se nalaziti internet sajt ovog korisnika², i hosting ostalog sadržaja (koji mogu predstavljati video, audio materijali, fotografije, tekstovi i tome slično, koje korisnici lako razmenjuju među sobom, ali i hosting servera za skladištenje elektronske pošte).

Iz ove jednostavne podele proističe da hosting provajder, kao pružalac usluge hostinga, pruža uslugu kojom omogućava korisniku da skladišti određene informacije u elektronskoj formi na svojim serverima (računarima). Pod hostingom se dakle ne podrazumevaju internet provajderi čiji je zadatak da korisnike povežu na Internet mrežu i omoguće mu komunikaciju sa drugim korisnicima, bez potrebe da hostuju neki njegov sadržaj na nekom od svojih servera. Naravno, moguće je da internet provajder istovremeno bude i hosting provajder nekom klijentu.³

1 Pablo Baistrocchi, „Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce“, *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol. 19 – Issue 1 (2002), 116.

2 Postoji više vrsta veb-hostinga: preko deljenog hosting servera, preko namenskog hosting servera, preko virtuelnog privatnog servera.

3 Osnovna podela na obično posredovanje (*mere conduit*), posredovanje uz čuvanje podataka (*caching*) i posredovanje u skladištenju podataka na Internet na neograničeno vreme (hosting). Vid.: Sanja Radovanović, *Građanskopravna odgovornost internet po-*

Činjenica da hosting podrazumeva ustupanje određenog prostora u kojem korisnik skladišti sadržaj koji sam odabere (u formi internet sajta, ili na drugi način) otvara mogućnost zloupotrebe tog prostora i postavljanja sadržaja koji nije zakonit.⁴ Ukoliko korisnik koji ispunji elektronski prostor koji mu je dodeljen to čini postavljajući različite nedozvoljene materijale, postavlja se pitanje odgovornosti svih strana koje učestvuju u takvoj elektronskoj komunikaciji.⁵ Istraživanje je usmereno na potencijalnu odgovornost hosting provajdera, lica koje je omogućilo da dođe do skladištenja nedozvoljenih podataka; za početak, otvara se niz praktičnih pitanja u kojima propisi ne prate u potpunosti tehnološki razvoj elektronskih komunikacija i elektronske trgovine.

Problem može nastati kada se postavi pitanje da li su klasičnom definicijom „hosting provajdera“ obuhvaćeni kompanije koje svoje aktivnosti zasnivaju na održavanju sajtova sa popularnim sadržajima – društvene mreže ili razni zabavni sadržaji – a na kojima veći deo podataka ostavljaju sami korisnici? Na primer, *You Tube*, *Facebook*, *eBay* – svi ovi sajtovi generišu jedan deo svog sadržaja, dok je veći deo dok je veći deo sadržaja objavljen od strane korisnika kojima su navedeni sajtovi omogućili postavljanje različitog materijala. Postavlja se veoma kompleksno pitanje, da li se oni mogu smatrati hosting provajderima i dokle seže njihova odgovornost za kršenja prava intelektualne svojine aktivnostima drugih ljudi koji registracijom na pomenutim sajtovima stižu i pravo da na njima objavljuju sadržaje, takozvano aktivno učešće korisnika u kreiranju sadržaja (engl. *User Generated Content*)? Čini se da se aktivnosti ovih sajtova sasvim uklapaju u definiciju hostinga, to jest da se oni mogu smatrati hosting provajderima. Da li se mogu smatrati odgovornim za povredu prava intelektualne svojine, i pod kojim uslovima, biće analizirano u daljem tekstu. Na ovom mestu se može ipak napomenuti da sudska praksa različitih država nije ujednačena kada je reč o uslovima odgovornosti, ali da nema nikakve sumnje da se na njih primenjuju pravila koja važe za hosting provajdere.⁶

srednika za povredu autorskog prava, u: Dušan Popović (ur.), *Intelektualna svojina i Internet*, Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 91-92.

- 4 Protivpravnost sadržaja može biti raznovrsna, počev od povrede autorskog i srodnih prava, pa do dečje pornografije.
- 5 Tri strane koje se javljaju su osoba koja postavlja materijal, osoba (osobe) koje ga preuzimaju ili na drugi način koriste, kao i internet/hosting provajder koji stvara tehničke preuslove da do elektronske komunikacije dođe. Vid.: Mario Reljanović, *Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji*, u: Dušan Popović (ur.), *op.cit.*, 113-137.
- 6 *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society – Liability of online intermediaries*, European Commission, Information Society and Media

Isto pitanje se takođe može postaviti kada je reč o forumima i blogovima, koji su i zamišljeni tako da korisnici generišu veći deo sadržaja. „Vikipedije“ takođe spadaju u ovu kategoriju, kao i sajtovi na kojima korisnici postavljaju fotografije, u odnosu na koju može postojati izvestan stepen odgovornosti hosting provajdera za sadržaj koji se postavlja.

Konačno, dodatnu zabunu unosi i relativno nova tehnologija „cloud hosting“ (za sada ne postoji odgovarajući termin na srpskom jeziku), gde se korisnicima omogućava istovremeno parcijalno pohranjivanje podataka na velikom broju povezanih servera.

U kojim slučajevima će hosting provajderi biti odgovorni za sadržaje koje postavljaju korisnici njihovih usluga? U teoriji su aktuelna dva pristupa.⁷ Prema sistemu striktno odgovornosti, hosting provajderi su odgovorni bez obzira na znanje o legalnosti materijala koji čine sadržinu hostinga njihovih klijenata. Ovaj sistem nije uobičajen, i obično je posledica nekih ranijih zalaganja da se u obavezi provajdera mora naći i konstantan i potpun nadzor nad svim materijalom koji se postavlja. Ukoliko ne obezbedi potpun nadzor, odgovornost provajdera derivira iz same činjenice da je neki sadržaj postavljen, bez obzira da li je za njega znao i da li je probao da preduzme adekvatne mere prema klijentu koji je prekršio zakon. Budući da ovako nešto u savremenim uslovima nije moguće tražiti i ne biti moglo biti niti tehnički izvodljivo ni ekonomski isplativo, ova teorija je praktično prepustila mesto drugoj teoriji prema kojoj je hosting provajder odgovoran za štetu koja nastaje kršenjem zakona ukoliko je za tako nešto znao i na to pristao. Pri tome se za osnov (građanske) odgovornosti uzimaju namera i krajnja nepažnja – dakle, ukoliko je provajder imao izvesno znanje o kršenju zakona i nije reagovao povodom toga, kao i ukoliko je morao znati na osnovu činjenica koje su mu bile poznate da određeni korisnik skladišti nedozvoljene sadržaje.

Od izuzetne važnosti je analizirati osnovne sisteme i standarde koji su u ovoj oblasti aktuelni, kako u zakonodavstvima tako i u sudskoj praksi. Razmatranje koje sledi imaće u fokusu pravo i praksu u Republici Srbiji i nekoliko zemalja regiona. Naravno budući da nacionalno pravo u savremenom pravnom prometu ne postoji u vakuumu, nužno će biti osvrnuti se i na pojedina rešenja kada je reč o pravu Evropske unije.

Directorate General, November 2009, 35. Tekst studije dostupan je na Internet adresi: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/legal-analysis-single-market-information-society-smart-20070037>, 20.02.2016.

7 Pablo Baistrocchi, *op.cit.*, 114.

2. Regulativa hostinga u Republici Srbiji

Kada je reč o specifičnoj regulativi koja bi se ticala odgovornosti hosting provajdera, ona u Republici Srbiji ne postoji. Njihov položaj regulisan je opštim režimom pružanja elektronskih usluga, koji se primenjuje na sve elektronske komunikacije, odnosno na sve oblike elektronske trgovine.

Zakon o elektronskim komunikacijama (u daljem tekstu: ZEK) ne poznaje pojam provajder, već koristi generički pojam operator za sve vrste elektronskih komunikacija. Prema zakonskoj odredbi, „operator je lice koje obavlja ili je ovlašćeno da obavlja delatnost elektronskih komunikacija“⁸.

Hosting se takođe ne pominje kao moguća usluga koju pružaju operatori. Ista je situacija i u Pravilniku o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja⁹ (u daljem tekstu: Pravilnik).

Da li se hosting može smatrati vrstom elektronske komunikacije? Ovo zavisi, između ostalog, i od prihvaćene definicije hostinga. Kao što je analizirano u prethodnom tekstu, hosting predstavlja kompleksan i raznovrsan skup delatnosti. ZEK definiše elektronsku komunikacionu uslugu kao „uslugu koja se po pravilu pruža uz naknadu, a sastoji se u celini ili pretežno od prenosa signala u elektronskim komunikacionim mrežama, uključujući telekomunikacione usluge i usluge distribucije i emitovanja medijskih sadržaja, ali ne obuhvata usluge pružanja medijskih sadržaja ili obavljanja uredničke kontrole nad medijskim sadržajima koji se prenose putem elektronskih komunikacionih mreža i usluga, niti obuhvata usluge informacionog društva koje se u celini ili pretežno ne sastoje od prenosa signala elektronskim komunikacionim mrežama“¹⁰. Usluga hostinga definitivno pretpostavlja elektronsku komunikaciju, jer hosting provajder omogućava korisniku elektronsko povezivanje i pohranjivanje elektronskih podataka u prostoru koji je ustupio, odnosno

8 Član 4. tačka 30. Zakona o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013 – odluka US i 62/2014.

9 Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja, *Službeni glasnik RS*, br. 38/2011, 44/2011 – ispr. i 13/2014. U dodatku uz Pravilnik „Obaveštenje operatora za upis u evidenciju“ se u katalogu mogućih usluga operatora navodi i „iznajmljivanje infrastrukture“ (šifra EKU0119) što može ličiti na vrstu usluge koju obavljaju hosting provajderi, ali se pod time ne mora nužno podrazumevati iznajmljivanje servera korisnicima.

10 ZEK, član 4. tačka 10.

iznajmio. Problem nastaje kada se u ovu konstrukciju pokušaju pozicionirati varijante hostinga koji se korisnicima ne naplaćuje (većina društvenih mreža, forumi otvorenog tipa, kao i druge vrste internet sajtova na kojima sami korisnici besplatno kreiraju celokupan sadržaj, ili bar većinu sadržaja).

Kada je reč o društvenim mrežama, kao i o drugim vrstama sajtova koji su lukrativnog karaktera ali ne ostvaruju profit kroz naplatu usluge korisnicima, čini se da ima mesta širem tumačenju jer ovde jeste u pitanju lukrativna delatnost koja se realizuje kroz marketinške aktivnosti, dok je prema korisnicima koji postavljaju sadržaje besplatna. Imajući ovo u vidu, mogu se zamisliti dve situacije: jedna u kojoj je vlasnik sajta istovremeno i vlasnik prostora koji prepušta korisnicima, dakle istovremeno je i hosting provajder; i druga u kojoj vlasnik sajta iznajmljuje od hosting provajdera prostor za ovakvu Internet prezentaciju. U drugom slučaju, situacija je veoma jednostavna i svodi se na to da hosting provajder jeste operator u smislu ZEK, jer svoje usluge naplaćuje. U prvoj situaciji takođe je reč o delatnosti koja je pokrenuta radi stvaranja dobiti, pa bi ekstenzivno tumačenje zakonske norme, da hosting provajder pruža „uslugu uz naknadu“ ali da tu naknadu ne naplaćuje onima koji koriste uslugu već drugim licima kroz oglašavanje na tom sajtu (što je takođe vid hostinga u najširem smislu, jer se i na taj način oglašivaču uz naknadu ustupa određeni elektronski prostor). Ovakvo ekstenzivno tumačenje može dovesti do zaključka da i u prvom slučaju hosting provajder jeste operator u smislu ZEK, samo da u njegovom radu postoje dve grupe korisnika – jedna koja ne plaća zakup prostora na kome skladišti sadržaje, i druga koja to čini u svrhe marketinga.

Kada je reč o forumima, blogovima i raznim sličnim internet formama, hosting provajderi u ovom slučaju definitivno mogu da se smatraju operatorima, jer oni svoje usluge naplaćuju vlasniku internet sajta a ne direktno korisnicima koji postavljaju sadržaj, ali je evidentno da se ovakva delatnost može uvrstiti u citiranu definiciju (hosting provajder nije dužan da zna kako će se iznajmljeni server popunjavati informacijama, niti može da ograniči korisnika hostinga u tom pogledu) i da se svodi na već opisanu situaciju.

Može se dakle zaključiti da se prema važećim propisima hosting provajder uglavnom može podvesti pod institut operatora, bar kada je reč o veb-hostingu, čime se ceo obim prava, obaveza i odgovornosti koje postoje u ovom režimu primenjuje i na hosting provajdere, naravno imajući u vidu specifičnosti usluga koje pružaju. Kao prostor za interpretacije kroz sudsku praksu i mišljenja stručne javnosti, ostaju situacije u kojima se hosting ne naplaćuje

direktno od korisnika, već se koriste drugi mehanizmi internet marketinga da bi se učinio lukrativnim a za samog korisnika kome se ustupa prostor na serveru, elektronska komunikacija koju obavlja jeste besplatna.

Za dalju analizu pravnog okvira, od značaja je pojam „usluge informacionog društva“, koji se definiše kao „usluga koja se pruža na daljinu, po pravilu uz naknadu putem elektronske opreme za obradu i skladištenje podataka, na lični zahtev korisnika usluga, a posebno trgovina putem Interneta, nuđenje podataka i reklamiranje putem Interneta, elektronski pretraživači, kao i omogućavanje traženja podataka i usluga koje se prenose elektronskom mrežom, obezbeđivanje pristupa mreži ili skladištenje podataka korisnika usluga“. Pružalac usluga informatičkog društva jeste „pravno lice ili preduzetnik, kao i fizičko lice koje ima svojstvo trgovca u skladu sa zakonom koji uređuje trgovinu, koje pruža usluge informacionog društva“.¹¹ Ukoliko se provajderi smatraju pružaocima usluga informacionog društva, između njih i korisnika stvara se odnos u kojem su specifična prava i obaveze regulisane Zakonom o elektronskoj trgovini (u daljem tekstu: ZET), kao i Zakonom o zaštiti potrošača¹².

Propisi, škrta kada je reč o definiciji pojmova, takođe ne sadrže izričite odredbe ni o ovlašćenjima operatora u slučaju povrede prava intelektualne svojine. Pravilnik sadrži opštu odredbu u članu 32. kojom se nalaže operatoru da, u skladu sa propisima, primeni odgovarajuće tehničke i druge mere, u cilju sprečavanja zloupotreba i prevara u vezi sa korišćenjem elektronskih komunikacionih mreža i usluga.

11 Zakon o elektronskoj trgovini, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009 i 95/2013, član 3. tačke 3. i 4.

12 Izričitom odredbom člana 4. stav 3. ZET, određeno je da će se taj Zakon primenjivati umesto Zakona o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, samo u onom delu u kojem nudi širi obim zaštite potrošačima. Dakle, Zakon o zaštiti potrošača relevantan je kao propis koji se supsidijarno primenjuje u slučajevima elektronske trgovine. U samom tekstu tog Zakona međutim nema odredbi koje bi mogle biti relevantne za specifičan odnos između potrošača, pružaoca usluge i trećeg lica čija su prava intelektualne svojine povređena. Jedina odredba koja se bavi pitanjem intelektualne svojine, tiče se odgovornosti trgovca koji vršenjem obmanjujuće poslovne prakse navodi ili preti da navede potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo, tako što mu daje netačna obaveštenja ili stvaranjem opšteg utiska ili na drugi način, čak i kada su obaveštenja koja daje tačna, dovodi ili preti da dovede prosečnog potrošača u zabludu u pogledu, između ostalog, položaja, osobina ili prava trgovca ili njegovog zastupnika koji se odnose na njegov identitet ili imovinu, kvalifikacije i status, pripadnost ili povezanost, svojinska, prava intelektualne svojine i odobrenja kojima raspolažu, nagrade ili priznanja koja su primili (član 19, stav 1, tačka 6).

Odgovornost pružaoca usluga elektronske trgovine, odnosno u konkretnom slučaju hosting provajdera, regulisana je članom 18. ZET, koji se odnosi na trajno skladištenje podataka:

„Pružalac usluga koji skladišti podatke pružene od strane korisnika usluga, na zahtev korisnika usluga, nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka, ako: 1) nije znao niti je mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podatka; 2) odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućí pristup tom podatku.

Odredba stava 1. ovog člana ne primenjuje se u slučajevima kada je korisnik usluga lice zavisno na bilo koji način od pružaoca usluga (povezana privredna društva u smislu zakona kojim se uređuje položaj privrednih društava).“

Uslovi iz stava 1. zadati su kumulativno, što znači da se od provajdera očekuje aktivno delovanje od trenutka kada sazna da postoji protivpravna aktivnost korisnika. Od njega se međutim ne očekuje da uspostavi puni nadzor nad podacima koji korisnik skladišti, niti bi to bilo u skladu sa pravom na privatnost i slobodom komunikacije lica. U tom smislu, relevantan je i član 20. ZET:

„Prilikom pružanja usluga informacionog društva, pružalac usluga nije dužan da pregleda podatke koje je skladištio, preneo ili učinio dostupnim, odnosno da ispituje okolnosti koje bi upućivale na nedopušteno delovanje korisnika usluga.

Pružalac usluga mora da obavesti nadležni državni organ ako osnovano sumnja da: 1) korišćenjem njegove usluge korisnik usluga preduzima nedopuštene aktivnosti; 2) je korisnik njegove usluge pružio nedopušteni podatak.

Pružalac usluga dužan je da na osnovu odgovarajućeg sudskog, odnosno upravnog akta, predoči sve podatke na osnovu kojih se može preduzeti otkrivanje ili gonjenje počinitelaca krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica.

Obaveštenje o nedopuštenom delovanju ili podatku na osnovu kojeg pružalac usluga postupa u smislu člana 18, stav 1, tačka 2) i člana 19, stav 1, tačka 2) ovog zakona, mora da sadrži podatke o pošiljaocu obaveštenja, preciznom opisu mesta na internet stranici, odnosno drugom elektronskom prikazu na kojem se javlja nedopušteni podatak, kao i obrazloženje nedopuštenosti.“

Izvesno je da se za odgovornost hosting provajdera traži namera u protivpravnom delovanju, ili krajnja nepažnja. Za običnu nepažnju neće odgovarati, a kada će postojati (i kako će se dokazivati) namera ili krajnja nepažnja, ostaje na sudskoj praksi da uobličí u godinama koje slede. Sasvim je izvesno

da je postojala namera da se vređaju prava intelektualne svojine, onda kada se hosting provajder aktivno uključi u promociju protivpravnog sadržaja koji hostuje; krajnja nepažnja bi se možda mogla povezati sa obavezom reagovanja u situacijama kada dobije informaciju o tome da korisnik skladišti protivpravni materijal, a po tome ništa ne preduzme.

Citirani delovi ZET predstavljaju interpretaciju članova 12. – 14. Direktive o elektronskoj trgovini Evropske unije¹³ (u daljem tekstu: Direktiva) kojom se reguliše odgovornost posrednika pružalaca usluga, a koja predviđa tri oblika posredovanja: posrednik u prenosu informacija, privremeni smeštaj informacija (engl. *caching*) i trajni smeštaj informacija (*hosting*). U članu 14. data je definicija hostinga, kao usluga pohranjivanja (skladištenja) informacija korisnika. Nadalje, hosting provajder neće biti odgovoran za kršenje propisa učinjeno od strane korisnika, ukoliko nema informacija niti se od njega može očekivati da poseduje informacije o protivpravnosti pohranjenog materijala, kao i ukoliko odmah po saznanju da je u pitanju nezakonita sadržina ukloni spornu sadržinu ili joj onemogućí pristup – sasvim je izvesno da je srpski zakonopisac upravo u ovoj odredbi našao inspiraciju za citirano rešenje iz člana 18. ZET. Direktiva kod sva tri oblika posredovanja isključuje obavezu posrednika da prati informacije koje korisnici prenose ili pohranjuju, kao i obavezu da aktivno traga za činjenicama ili okolnostima koje bi ukazivale da neko od korisnika krši propise – i ovo rešenje je verno preneto u član 20. ZET.¹⁴ Iako je član 14. Direktive, koji se odnosi na hosting provajdere, kritikovan kao neprecizno formulisan i sklon različitim interpretacijama, a naročito kao nedovoljan da obuhvati sve moderne vidove hosting usluga, nesumnjiv je uticaj ovog evropskog propisa na stvaranje odredaba koje se tiču odgovornosti hosting provajdera u srpskom zakonodavstvu.

Može se postaviti još jedno relevantno pitanje, šta se dešava ukoliko se hosting usluge ne okarakterišu kao usluge informatičkog društva? Takva interpretacija zakona je moguća, mada malo verovatna u praksi, budući da je već citirana definicija ovog pojma a jasno označila skladištenje podataka korisnika kao jednu od takvih usluga. Međutim, definicija pominje da se usluge

13 Direktiva 2000/31/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 8. jula 2000. godine, o određenim pravnim aspektima usluga informatičkog društva na unutrašnjem tržištu, posebno elektronske trgovine (Direktiva o elektronskoj trgovini), *Službeni glasnik EU* L178/1 od 17. jula 2000. godine.

14 Detaljnije o evropskom i uporednim sistemima odgovornosti posrednika: Sanja Radovanović, *op.cit.*, 83 – 112.

pružaju „po pravilu, uz naknadu“. Šta će se dogoditi ukoliko su one, iz bilo kojeg razloga, za korisnika besplatne? Mogu se naći primeri da se veb hosting ne naplaćuje kada je deo paketa širih usluga koje operator nudi korisniku. Takođe, već pominjani servisi koji se održavaju na osnovu kontribucija korisnika i apsolutno su besplatni za iste (na primer *Facebook*, ili *YouTube* koji pod određenim uslovima može i platiti korisnicima za postavljeni materijal) ne mogu se u potpunosti podvesti pod ovu definiciju. U tom slučaju se ZET ne primenjuje na hosting provajdere, a relevantan zakon je Zakon o trgovini¹⁵. Ovaj propis ne poznaje pojam usluga informacionog društva kao poseban pravni režim, tako da se na hosting provajdere moraju primeniti opšte odredbe o pružaocima usluga.¹⁶

Sankcionisanje nezakonitog postupanja hosting provajdera, u ZET je regulisano na sledeći način:

„Na zahtev subjekta čija su prava povređena, sud može odrediti meru ograničenja pružanja usluge informacionog društva, ako podnosilac zahteva učini verovatnim postojanje povrede, odnosno nastupanje nenadoknadive štete.

Sud može merom iz stava 1. ovog člana da naredi uklanjanje spornog sadržaja, zabranu radnji koje su dovele do kršenja prava, odnosno drugog oblika zaštite srazmerno cilju koji se želi postići merom. Po nalogu iz mere iz stava 1. ovog člana, dužni su da postupaju svi pružaoci usluga koji prenose, skladište ili omogućavaju pristup podacima na koje se mera odnosi.

Na postupak, nadležnost i uslove određivanja mere iz stava 1. ovog člana shodno se primenjuju pravila o privremenim merama, u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršenje i obezbeđenje.“¹⁷

Ove odredbe sasvim su primenjive na slučajeve hostinga – u stavu 2. citiranog člana izričito se navode pružaoci usluga koji skladište ili omogućavaju pristup podacima na koje se sudska mera odnosi. U skladu sa time hosting provajder može biti kažnjen i za prekršaj, u slučaju da propusti da izvrši obavezu obaveštavanja nadležnog državnog organa o nedopuštenim aktivnostima ili podacima korisnika njegove usluge ili ne predoči sve podatke,

15 Zakon o trgovini, *Službeni glasnik RS*, br. 53/2010, 10/2013.

16 Mora se priznati da je ovakva logička konstrukcija podvođenja usluga hosting provajdera i određivanja njihove odgovornosti ipak teško primenjiva kada se sagledaju relevantne odredbe Zakona o trgovini. Pretpostavka je da će se u praksi, naročito u sudskim postupcima, uvek primenjivati odredbe Zakona o elektronskoj trgovini.

17 Član 21a. ZET.

saglasno odgovarajućem sudskom, odnosno upravnom aktu. Izuzetno, u slučaju posebno teških povreda ili ponavljanja povreda, hosting provajderu se može izreći zabrana vršenja delatnosti pravnom licu u trajanju od tri do šest meseci.¹⁸

Ukoliko dođe do povrede autorskog prava ili drugog prava intelektualne svojine, nosilac prava se može štititi u parničnom sudskom postupku. Članovima 205. i 206. Zakona o autorskom i srodnim pravima¹⁹ (u daljem tekstu: ZASP), propisano je da nosilac autorskog prava može tražiti: utvrđenje povrede prava; prestanak povrede prava; uništenje ili preinačenje predmeta kojima je izvršena povreda prava, uključujući i primerke predmeta zaštite, njihove ambalaže, matrice, negative i slično; uništenje ili preinačenje alata i opreme uz pomoć kojih su proizvedeni predmeti kojima je izvršena povreda prava, ako je to neophodno za zaštitu prava; naknadu imovinske štete; objavljivanje presude o trošku tuženog; naknadu neimovinske štete zbog povrede svojih moralnih prava. Ako je povreda imovinskog prava učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom, tužilac može, umesto naknade imovinske štete, zahtevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene naknade koju bi primio za konkretni oblik korišćenja predmeta zaštite, da je to korišćenje bilo zakonito.

Ovo se međutim odnosi na lice koje čini povredu autorskog prava. Šta se dešava sa hosting provajderom? Za njegov položaj mogu biti relevantne odredbe članova 210. – 213. ZASP:

„Na zahtev nosioca prava koji učini verovatnim da je njegovo autorsko ili srodno pravo povređeno, ili da će biti povređeno, sud može da odredi privremenu meru oduzimanja ili isključenja iz prometa predmeta kojima se vrši povreda, odnosno meru zabrane nastavljanja započelih radnji kojima bi se mogla izvršiti povreda. Na zahtev nosioca prava koji učini verovatnim da je njegovo autorsko ili srodno pravo povređeno, odnosno da može doći do povrede tog prava ili da postoji opasnost od nastanka neotklonjive štete, kao i da postoji opravdana bojazan da će dokazi o tome biti uništeni ili da će ih kasnije biti nemoguće pribaviti, sud može odrediti meru obezbeđenja dokaza bez prethodnog obaveštenja ili saslušanja lica od koga se dokazi prikupljaju. Obezbeđenjem dokaza, u smislu stava 1. ovog člana, smatra se pregled prostorija, knjiga, dokumenata, baza podataka i dr. kao i zaplena dokumenata i predmeta kojima je povreda izvršena, ispitivanje svedoka

18 Član 22. stav 1. tačka 5) i član 22. stav 4. ZET.

19 Zakon o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012.

i veštaka. Licu od koga se dokazi prikupljaju, sudsko rešenje o određivanju mere obezbeđenja dokaza biće uručeno u trenutku prikupljanja dokaza, a odsutnom licu čim to postane moguće.

Privremene mere, odnosno obezbeđenje dokaza iz čl. 210. i 211. ZASP mogu se tražiti i pre podnošenja tužbe, pod uslovom da se tužba podnese u roku od 30 dana od dana donošenja rešenja o određivanju privremene mere, odnosno rešenja o određivanju obezbeđenja dokaza...“

Sasvim je izvesno da se ove mere direktno dotiču hosting provajdera, budući da se upravo od njega očekuje da izvrši sudsku privremenu meru. U tu svrhu postoji i odredba člana 213. ZASP, koja predviđa da „*sud može naložiti tuženom da da obaveštenja o trećim licima koja su povezana sa povredom ili preda dokumente koji su u vezi sa povredom*“. Tuženi dakle predaje sudu sve podatke koji su od značaja za uklanjanje spornog materijala; od hosting provajdera se očekuje da u potpunosti izvrši sudsku odluku u najkraćem mogućem roku. Od trenutka kada primi sudsku odluku, hosting provajder više ne može da računa na svoju savesnost, odnosno činjenicu da nije znao niti je mogao znati da neko od korisnika vređa autorsko pravo i druga prava intelektualne svojine. Zbog toga će odgovarati za štetu koja nastane od trenutka kada je tehnički mogao/morao da izvrši obavezu koju mu je naložio sud, pa do trenutka kada je to i učinio.

Prava intelektualne svojine uživaju i krivičnopravnu zaštitu. Tako, Krivični zakonik²⁰ (u daljem tekstu: KZ) inkriminiše različita krivična dela protiv intelektualne svojine, između ostalih i „*Neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava*“ (član 199. KZ), kojim je predviđeno oduzimanje i uništenje predmeta kojima se vrši povreda autorskog ili srodnog prava. Analogno sa time, izvršiće se uklanjanje i brisanje spornog sadržaja sa Internet sajta, u slučaju kada se povreda vrši na ovaj način. Time se implicira i saradnja hosting provajdera sa nadležnim organima u ovom postupku.

Obaveze hosting provajdera precizira Zakonik o krivičnom postupku²¹ (u daljem tekstu: ZKP) opštim odredbama o obavezama trećih lica. Osim obaveze uklanjanja spornog materijala, hosting provajder mora predati

20 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

21 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

organu koji vodi postupak svu dokumentaciju i predmete, uključujući i elektronske zapise i druge zadržane podatke, koji se mogu smatrati relevantnim u dokaznom postupku: „Lice koje drži predmete koji se moraju oduzeti ili mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku dužno je da organu postupka omogući pristup predmetima, pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu i da ih na zahtev organa preda.“ Ukoliko hosting provajder odbije da to učini, javni tužilac ili sud može ga kazniti novčano do 150.000 dinara, a ako i posle toga odbije da ispuni svoju dužnost, može ga još jednom kazniti istom kaznom.²²

Ove odredbe govore dakle o obavezama hosting provajdera u predistražnom i krivičnom postupku, ali ne i o njegovoj krivičnoj odgovornosti. Hosting provajder će očigledno biti krivično odgovoran ukoliko je izvršilac ili saizvršilac ovog dela. U ostalim slučajevima, hosting provajder može biti pomagač, ili odgovarati za neprijavlivanje izvršenja krivičnog dela²³. Slučajevi krivične odgovornosti u svakom slučaju predstavljaju izuzetak, i to u onim situacijama kada postoje dokazi da je hosting provajder znao da korisnik postavlja nedozvoljeni sadržaj i nije učinio ništa da takvu praksu prekine, odnosno prijavi (ovo je na primer moguće kada se neko lice – koje može ali ne mora biti nosilac autorskog ili srodnog prava – obrati hosting provajderu i obavesti ga o postojanju nedozvoljenog materijala). Moguće je zamisliti i situaciju u kojoj hosting provajder zna za postojanje nedozvoljenog sadržaja i promoviše ga – na primer, reklamira na nekom drugom Internet sajtu, i tako dalje).

U dostupnoj sudskoj praksi vezanoj za aktivnosti Tužilaštva za visokotehnološki kriminal, nema primera pokretanja krivičnog postupka protiv hosting provajdera internet sajtova koji su objavljivali sporne sadržaje, kojima su se vređala prava intelektualne svojine.

Kao što se može zaključiti iz prethodne analize, pravo Republike Srbije ne poznaje specifične odredbe koje se odnose na odgovornost hosting provajdera. One odredbe koje se mogu analogno primeniti na slučajeve hostinga nedozvoljenog sadržaja, nisu uvek dovoljno precizne. Ostaje da se vidi kakva će biti sudska praksa i kakvi će biti stavovi suda, odnosno interpretacije pojedinih normi, kako bi se upotpunila slika o ovom pitanju.

22 ZKP, članovi 147. i 148.

23 KZ, član 332. stav 2.

3. Iskustva država u regionu

Kada je reč o uporednim iskustvima u regionu, trebalo bi napomenuti da su sve posmatrane države transponovale Direktivu o elektronskoj trgovini u svoje nacionalne pravne sisteme, jedne na osnovu obaveze koja proističe iz članstva u Evropskoj uniji (Hrvatska, Rumunija, Austrija), a druge u sklopu procesa harmonizacije sa pravom Evropske unije (Crna Gora, Bosna i Hercegovina). Otuda su pravni okviri dosta slični, ne i sasvim jednaki budući da gotovo svaka država reguliše pojedine segmente položaja davaoca usluga informatičkog društva, a samim tim i hosting provajdera, na specifičan način.

Republika Hrvatska je položaj hosting provajdera regulisala Zakonom o elektroničkoj trgovini²⁴. Zakon je u potpunosti usklađen sa Direktivom. Zakon ne poznaje pojam provajdera, već koristi izraz „davatelj usluga“. Članom 18. regulisan je položaj hosting provajdera, i to na identičan način kako je uređeno Direktivom: davatelj usluga neće biti odgovoran za podatke koje je skladištio na zahtev korisnika, ukoliko nije imao saznanja niti je mogao znati da postoji nedopušteno delovanje korisnika, odnosno da je sadržina pohranjenih podataka suprotna propisima, kao i ukoliko je uklonio podatak ili onemogućio pristup podatku, odmah po saznanju da postoji protivpravna radnja korisnika. Ova pravila o isključenju odgovornosti neće važiti ukoliko su davatelj usluga i korisnik povezana lica, odnosno lica na bilo koji način zavisna jedno od drugoga. Prilikom pružanja usluge, davatelj usluga nije obavezan pregledati podatke koje je skladištio, preneo, ili učinio dostupnima, kao ni ispitivati okolnosti koje bi upućivale na nedozvoljeno delovanje korisnika. Međutim, davatelj usluga mora odmah po saznanju obavestiti nadležni državni organ, ukoliko utvrdi: 1) postojanje osnovane sumnje da korišćenjem njegove usluge korisnik preduzima nedopuštene aktivnosti; 2) postojanje osnovane sumnje da je korisnik usluge pružio nedopušteni podatak. Takođe, davatelj usluge mora na osnovnu odgovarajuće sudske odluke ili upravnog akta, predložiti sve podatke na osnovu kojih se može preduzeti otkrivanje ili progon počinitelja krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica.²⁵ Istovetna obaveza predviđena je i Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima Republike

24 Zakon o elektroničkoj trgovini, *Narodne novine RH*, br. 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

25 Član 21. Zakona o elektroničkoj trgovini Republike Hrvatske.

Hrvatske²⁶ u kojem je članom 187. predviđena opšta obaveza svakog lica koje u svom poslovanju stekne saznanja o povredi nekog prava zaštićenog ovim Zakonom, da na zahtev nosioca prava pruži sve informacije i dokaze o tome, kao i da će u slučaju da to propusti ili izričito odbije, biti odgovoran za nastalu štetu. Sasvim je sigurno da će se ovakva obaveza posebno odnositi na hosting provajdera čiji korisnik vrši povredu prava.

Zakon o elektroničkoj trgovini sadrži još relevantnih odredaba, kada je reč o obavezama i odgovornostima hosting provajdera. One se ne odnose samo na ovu kategoriju lica već na sve davatelje usluga, ali se naravno analogno primenjuju i na situacije hostinga. Tako, svako ko smatra da davatelj usluga svojim postupanjem krši neko njegovo pravo, uključujući prirodno i prava intelektualne svojine, može zahtevati od suda da donese odluku o privremenoj meri. Privremenom merom se mogu zabraniti sporne radnje, kao i narediti davatelju usluga da onemogući ili pristup spornim podacima, ili ih otkloni.²⁷ Sasvim je jasno da se u primeni ovih pravila na hosting provajdere može od njih tražiti da uklone svaki materijal kojim se krši pravo intelektualne svojine nekog lica. Ukoliko hosting provajderi ne poštuju ove obaveze, mogu im se izreći prekršajne novčane kazne.

Privremene mere predviđene su i pomenutim Zakonom o autorskom pravu i srodnim pravima. Članom 185. ovog Zakona, predviđeno je da na predlog ovlašćene osobe koja učini verovatnim da je povređeno neko pravo iz Zakona ili da postoji neposredna opasnost od povrede prava, sud može odrediti bilo koju meru koja je usmerena na prestanak ili sprečavanje povrede. Sama odredba je pre izmena iz 2007. godine sadržala neke od tih mera: da se privremeno oduzmu ili iz prometa uklone predmeti ili sredstva kojima se povređuju ta prava, kao i sredstva koja mogu poslužiti kao dokazi da je došlo do povrede prava; da se zabrani nastavak započetih radnji kojima se povređuju ili bi se mogla povrediti prava. Sada su pojedine od tih mera regulisane članom 185a. Izmenama Zakona iz 2007. godine izričito je predviđeno da nalog o privremenoj meri sud može izreći i protiv posrednika čije usluge koriste treće osobe da bi povredile pravo zaštićeno tim Zakonom. Kada je u pitanju radnja povrede intelektualnih prava postavljanjem određenog materijala na Internetu, izvesna je obaveza hosting provajdera da izvrši uklanjanje spornog sadržaja, prema odluci suda.

26 Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Republike Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 167/03, 79/2007, 80/2011, 141/2013, 127/2014.

27 *Ibidem*, član 22b.

Odgovornost hosting provajdera u *Crnoj Gori* regulisana je Zakonom o elektronskoj trgovini²⁸. Ni ovaj Zakon ne poznaje pojam hosting provajdera, već se zakonodavac zadržava na definisanju opšteg pojma davaoca usluga informacionog društva. Zakonski tekst se takođe oslanja na Direktivu, tako da su osnovi isključenja odgovornosti hosting provajdera, kao i njegove obaveze obaveštavanja u određenim slučajevima, identični već opisanim. Davalac usluga informacionog društva koji skladišti podatke pružene od strane korisnika, na zahtev korisnika, nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka, ako: 1) nema saznanja niti je mogao znati o nedopuštenom delovanju korisnika ili sadržaju podatka i postupcima za naknadu štete iz nedopuštenog delovanja korisnika ili sadržaja skladištenih podataka; 2) odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku, ukloni ili onemogućí pristup tom podatku. Isključenje odgovornosti hosting provajdera ne primenjuje se u slučajevima kada je korisnik usluge lice zavisno na bilo koji način od davaoca usluge. Prilikom pružanja usluge informacionog društva davalac usluga koji skladišti podatke nije dužan pregledati podatke koje je skladištio, preneo ili učinio dostupnim, odnosno ispitivati okolnosti koje bi upućivale na nedopušteno delovanje korisnika. On međutim mora obavestiti nadležni državni organ ako utvrdi: postojanje osnovane sumnje da korišćenjem njegove usluge korisnik preduzima nedopuštene aktivnosti; postojanje osnovane sumnje da je korisnik njegove usluge pružio nedopušteni podatak. Davalac usluga informacionog društva dužan je takođe da, na osnovu odgovarajućeg sudskog, odnosno upravnog akta, predoči sve podatke na osnovu kojih se može preduzeti otkrivanje ili gonjenje počinitelaca krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica.²⁹

Zanimljivo je da su izmenama i dopunama Zakona iz 2010. godine uvedeni članovi 6a. i 6b. koji će se primenjivati od dana prijema Crne Gore u članstvo Evropske unije.³⁰ Ovim članovima predviđeno je da se prema pružaocu usluga informacionog društva sa sedištem u državi članici Evropske unije može preduzeti jedna ili više mera ograničenja slobode pružanja usluga informacionog društva, ukoliko njegova usluga predstavlja ozbiljnu opasnost za, između ostalog, pravni poredak Crne Gore. Predviđene sankcije uključuju:

28 Zakon o elektronskoj trgovini Crne Gore, *Službeni list RCG*, broj 80/2004, 41/2010, 56/2013.

29 Članovi 20. i 22. Zakona o o elektronskoj trgovini Crne Gore.

30 Član 16. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o elektronskoj trgovini, *Službeni list RCG*, broj 41/2010.

1) objavljivanje obavještenja o mogućim nedozvoljenim radnjama davaoca usluga informacionog društva i o postupku za njihovo obustavljanje; 2) nalog davaocu usluga da preduzme mere za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti; 3) zabranu vršenja određenih radnji; 4) blokadu rada računara, odnosno baza podataka i perifernih uređaja; 5) privremenu zabranu vršenja delatnosti; 6) podnošenje krivične ili druge odgovarajuće prijave; 7) nalog pravnom licu koje vrši javne usluge (pružanje usluga elektronskih komunikacija i sl.) da davaocu usluga, kojem je izrečena mera zabrane vršenja delatnosti, obustavi isporuku, odnosno pružanje usluga neophodnih za obavljanje delatnosti. Navedene mere preduzimaju se po službenoj dužnosti ili na zahtev pravnog, odnosno fizičkog lica čija prava su ugrožena, odnosno povređena, primereno opasnosti zbog čijeg otklanjanja se preduzimaju. Izvesno je da svaka protivpravna aktivnost, pa i povreda prava intelektualne svojine, može da se podvede pod opasnost za pravni poredak – valja sačekati primenu ovih pravila i videti kakva će se praksa formirati. U slučaju da se citirane odredbe tumače na ovaj način, uspostaviće se širi oblik odgovornosti hosting provajdera za sadržaje kojima se krše prava intelektualne svojine.

Zakon o autorskom i srodnim pravima Crne Gore³¹ na sličan način kao i u drugim analiziranim zakonodavstvima utvrđuje obavezu hosting provajdera, između ostalih lica, da pruži sve podatke o izvoru povrede (korisniku koji je sporni sadržaj skladištio). Hosting provajder se u ovim odredbama prepoznaje u vidu „lica koje u komercijalne svrhe pruža usluge koje se koriste u aktivnostima za vršenje povrede“.³² Na istom principu kao u prethodno analiziranim pravnim sistemima Srbije i Hrvatske su regulisane i privremene mere koje sud može primeniti u postupku radi zaštite prava intelektualne svojine.

31 Zakon o autorskim i srodnim pravima Crne Gore, *Službeni list RCG*, broj 37/2011.

32 Član 190. Zakona o autorskim i srodnim pravima Crne Gore. U predloženim izmenama i dopunama Zakona, predviđeno je uvođenje člana 192a. koji bi za cilj imao sprečavanje ponavljanja kršenja prava intelektualne svojine preko istog hosting provajdera, a kojom se vrši usklađivanje sa članom 11. Direktive 2004/48/EZ o sprovođenju prava intelektualne svojine i članom 8(3) Direktive 2001/29/EZ o informacionom društvu: „U slučaju povrede njegovog autorskog prava ili srodnog prava, nosilac prava može da podnese tužbu zahtevajući sudsku zabranu protiv posrednika čiju je uslugu koristila treća strana da izvrši povredu njegovog prava.“ Ova odredba, ukoliko bude usvojena u predloženom obliku, svakako će ustanoviti nove obaveze i novi vid potencijalne odgovornosti za hosting provajdera.

Bosna i Hercegovina regulisala je položaj hosting provajdera Zakonom o elektronskom pravnom i poslovnom prometu³³. Slično kao u već opisanim rešenjima, Zakon ne pominje pojam hosting provajder, već koristi opšti termin davalac usluga. Član 26. posvećen je isključenju odgovornosti hosting provajdera – ovo rešenje u najvećoj meri identično je već opisanim.³⁴ Isto se odnosi i na odsustvo obaveze nadziranja podataka koje korisnici skladište, kao i obaveze saradnje sa državnim organima i slučaju pokretanja postupaka protiv korisnika. Ono po čemu se ovo rešenje razlikuje od ostalih koja su analizirana, jeste izričita odredba da su hosting provajderi (davaoci usluga hostinga) *dužni* da, na zahtev trećih lica, daju ime i adresu bilo kojeg korisnika usluga s kojim su zaključili sporazum o pohranjivanju informacija, ako treća lica imaju preovlađujući pravni interes za utvrđivanje identiteta korisnika i određenog protivzakonitog činjeničnog stanja, kao i ako učine verovatnim da znanje ovih informacija čini značajnu pretpostavku za pravno procesuiranje.³⁵ Ovo je izuzetno problematično rešenje sa stanovišta zaštite podataka o ličnosti³⁶, a posebno zabrinjava činjenica da je samim hosting provajderima ostavljeno

33 Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, *Službeni glasnik BiH*, broj 88/2010.

34 Manja razlika postoji u kriterijumu da davalac usluga nije znao, niti je mogao znati da postoji povreda prava intelektualne svojine. U odredbi člana 26. stoji: „Davalac usluga koji, od korisnika osigurane (unesene) informacije pohrani, nije odgovoran za informacije pohranjene na zahtjev korisnika, ako on nema pouzdano saznanje o protupravnoj aktivnosti ili informaciji, i iz zahtjeva za naknadu štete, također, nije upoznat s činjenicama ili okolnostima iz kojih je očigledna protupravna aktivnost ili informacija“... Iako je donekle drugačije formulisana, ova odredba se mora čitati na isti način kako je data u Direktivi, jer je transponovanje sadržine tog propisa bio očigledan cilj zakonopisaca. Dakle, hosting provajder neće biti odgovoran ukoliko nije znao, niti je mogao znati da postoji kršenje prava. Svako drugo tumačenje vodilo bi konfuziji koja je na primer stvorena u Rumuniji, gde Zakon o elektronskoj trgovini (Romanian Parliament, Law no. 365/2002 on electronic commerce, Publishing 1 in the Official Gazette no. 959 from 29/11/2006, Part I), kojim je u pravni sistem uvedena pomenuta Direktiva, sadrži odredbu o isključenju odgovornosti ukoliko hosting provajder *nije znao* za kršenje zakona, što tužioca dovodi o položaj da dokaže suprotnu činjenicu, čak i kada iz okolnosti slučaja može biti sasvim evidentno da je *morao znati*. Videti više o rumunskom rešenju u: Mihaela Giuraniuc, „Liability of Intermediary Service Providers In Romania“, *Juridical Tribune*, Volume 1, Issue 2/2011.

35 Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, član 28. stav 4.

36 Nije izvesno da ova situacija odgovara bilo kojem izuzetku predviđenom u članu 6. Zakona o zaštiti ličnih podataka BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 49/2006, 76/2011.

da odluče ko ima pretežniji pravni interes, kao i da li je otkrivanje ovih podataka značajna pretpostavka za njihovo procesuiranje. Putevi prometa takvih informacija moraju čini se ostati u domenu sudskih odluka, eventualno odluka drugih državnih organa koji su nadležni za nadzor nad radom hosting provajdera i koji svakako poseduju adekvatnije kapacitete provere postojanja navedenih pravnih standarda (na primer, inspektori nadležnog ministarstva koje vrši nadzor nad primenom ovog Zakona, kako je određeno članom 30. ovog propisa³⁷).

Zakon o autorskom i srodnim pravima Bosne i Hercegovine³⁸ u članu 156. reguliše obim prava na zaštitu nosioca prava intelektualne svojine u sudskom postupku. Stav 3. ovog člana može se odnositi na položaj hosting provajdera, i glasi: „U postupku protiv lica čije su usluge bile upotrebljene za povredu prava, a postojanje te povrede već je pravosnažno ustanovljeno u postupku prema trećem licu, pretpostavlja se da povreda prava postoji.“ Postavlja se pitanje da li postoji nesaglasnost ovog rešenja sa članom 26. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, budući da se pretpostavlja da nisu postojali uslovi isključenja odgovornosti hosting provajdera, dok je na tim licima da u postupku dokažu drugačije. U situaciji kada hosting provajderi izričitom zakonskom odredbom nisu dužni da kontrolišu sadržaje koje skladište njihovi korisnici čini se da su ovakva rešenja u dva zakona u potencijalnom sukobu. Jedno od mogućih rešenja problema bilo bi ciljno tumačenje odredbe iz Zakona o autorskom i srodnim pravima, pa se hosting provajderi ne bi mogli podvesti pod „lice čije su usluge upotrebljene za povredu prava“, već bi pod udar takvog rešenja došla samo ona lica koja su svesno i namerno učestvovala u povredi prava intelektualne svojine. Tek ukoliko se, na načine koji su već analizirani, utvrdi da je i hosting provajder znao ili morao znati za povredu prava, primena ove odredbe na njega imala bi smisla.

Kao i u Republici Srbiji, tako i u regionu nema puno primera prakse u vezi sa povredama prava intelektualne svojine u kojima su nosioci prava vodili spor i protiv hosting provajdera. U Rumuniji je jedan takav slučaj

37 Ovakvo rešenje bilo bi slično onome koje je primenjeno u Zakonu o elektronskom poslovanju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike srpske*, br. 59/2009, koji davanje ovakvih podataka ograničava na ovlašćena lica u vršenju upravnog i stručnog nadzora (član 19. stav 3. Zakona).

38 Zakon o autorskom i srodnim pravima Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, broj 63/2010.

završen vansudskim poravnanjem.³⁹ U Austriji je Vrhovni sud zauzeo stav da će pružalac usluge biti odgovoran za povredu prava intelektualne svojine samo ukoliko je povreda bila očigledna, odnosno ukoliko ju je moglo uočiti „lice bez pravnog obrazovanja i bez posebnog ispitivanja (istraživanja) sadržaja“.⁴⁰ Čini se da je za sada praksa dosta skromna i da će proći još značajan period vremena, pre nego što se uspostave odgovarajući standardi u interpretaciji, inače veoma sličnih, pravnih okvira.

4. Zaključak

Na osnovu prethodne analize, mogu se izvesti određeni zaključci o položaju i odgovornosti hosting provajdera u pravnom sistemu Republike Srbije, kao i pojedinih zemalja u okruženju.

Najpre, izvesno je da je pravni položaj hosting provajdera gotovo unifikovan. Po pravilu, sve analizirane države donele su zakone o elektronskoj trgovini koji se u manjoj ili većoj meri svode na transpoziciju Direktive o elektronskoj trgovini. Razlike koje ipak postoje uglavnom potiču iz specifičnih interpretacija Direktive, različite sudske prakse (ili nedostatka iste), kao i drugih relevantnih zakona koji se odnose na autorsko pravo i srodna prava. Međutim, sama odredba člana 14. Direktive koji se odnosi na hosting je predmet različite prakse i tumačenja – kako se kaže, možda i najšireg opsega od svih rešenja koja su u ovom propisu primenjena⁴¹, tako da će od drugih propisa i sudske prakse zavisiti kako će biti primenjen i u kojoj meri će oblikovati osnove odgovornosti hosting provajdera utvrđivanjem uslova isključenja njihove odgovornosti u određenim slučajevima.

Kada je reč o kvalitetu regulisanja u nacionalnim zakonima, primećuje se da ne postoji definicija hosting provajdera, odnosno da su oni prepoznati samo kao podvrsta pružalaca usluga informatičkog društva. Analognom primenom se međutim može uspostaviti pravni režim u kojem je njihov položaj relativno određen i izvestan. Postoje nedoumice u pogledu pravnih

39 Mihaela Giuraniuc, *op.cit.*, 146.

40 T.Verbiest, G.Spindler, G.M.Riccio, A.v.d. Pere, *Study On the Liability of Internet Intermediaries*, 2007, 37-38. Studija je dostupna na Internet adresi: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf, 20.02.2016.

41 *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society – Liability of online intermediaries, op.cit.*, 16.

standarda – na primer, kada će se smatrati da su znali, odnosno mogli znati na osnovu dostupnih informacija, da postoji nelegalna aktivnost nekog njihovog korisnika. Pojam koji izaziva kontroverzu jeste i „zavisnost“ korisnika od hosting provajdera. U tekstu Direktive stoji „pod nadležnošću ili kontrolom“, dok ZET upotrebljava izraz „lice zavisno na bilo koji način“, što je veoma različit kontekst od evropskog. U evropskoj praksi postoji nedoumica da li se ovaj izuzetak od posebnog režima odgovornosti primenjuje i u situacijama kada ne postoji pravna i formalna veza zavisnosti i kontrole između pružaoca usluge i korisnika, ali se ona ogleda u faktičkom pristupu ograničavanja sadržaja koji se može skladištiti (na primer „Wikipedija“, koja ima veliki broj urednika koji vrše nadzor nad sadržajem koji se postavlja⁴²). Velika je nepoznanica i kako se navedene odredbe i celokupan pravni okvir mogu primeniti na nove načine i vidove „hostinga“, koji izmiču klasičnom poimanju ovog pojma.⁴³ Posebno je zanimljivo rešenje koje se sreće u bosanskohercegovačkom propisu, a koje *de facto* uspostavlja hosting provajderu obavezu kontrole sadržaja koji se skladišti, što jeste posledica nekih evropskih trendova (na primer, doslovnim tumačenjem sudske prakse u Nemačkoj može se doći do zaključka da se provajderima stvara takva obaveza) ali otvara jako veliki broj drugih važnih pitanja i ugrožavanja različitih prava. Daleko je smislenije nametanje obaveza hosting provajderu kroz standard „izvodljivih i razumnih preventivnih mera“ u cilju sprečavanja budućih povreda propisa, koje će se tumačiti u odnosu na svaki pojedinačni slučaj

42 *Ibid.*, 17.

43 U tom smislu se na primer razvijaju različite prakse – prema jednoj se sadržaj na društvenim mrežama poistovećuje sa izdavačkom aktivnošću, dok je hosting provajder zapravo „urednik“ tog sadržaja, koji svakako može uticati na uklanjanje ili neobjavlivanje određenih informacija; prema drugoj, na odgovornost hosting provajdera za sadržinu koja je postavljena utiče i značaj hosting usluge u celom procesu, odnosno skupu pruženih usluga (dobar primer za to su stranice na kojima korisnici izlažu predmete za aukciju/prodaju; provajderi su tada pružaoci usluge hostinga pod uslovom da su serveri na kojima se nalazi sajt u njihovom vlasništvu) ali se njihova osnovna delatnost se sastoji u posredovanju između prodavaca i kupaca). Sudovi Ujedinjenog kraljevstva dele sve situacije na one u kojima hosting provajderi imaju facilitatorsku ulogu i one u kojima efektivno daju autorizaciju protivpravnom ponašanju korisnika. Naravno, u drugom slučaju se ne primenjuje poseban režim koji isključuje odgovornost hosting provajdera; kako će ponašanje provajdera biti okarakterisano, zavisi i od ugovornog odnosa sa korisnicima, ali i od okolnosti konkretnog slučaja. Grčki sudovi smatraju da hosting provajderi blogova ne mogu biti smatrani niti za vlasnike sadržaja, ni za urednike, ili izdavače. *Ibid.*, 16-17.

(a pri tome proističe iz iste sudske prakse sudova u Nemačkoj, ali u daleko racionalnijoj interpretaciji)⁴⁴.

Ostaje dakle da se vidi kako će praksa iskristalisati odgovornost hosting provajdera u smislu naknade štete koja je nastala protivpravnim korišćenjem autorskog dela, ili kršenjem prava intelektualne svojine na drugi način, putem postavljanja nedozvoljenih sadržaja od strane korisnika. Sudska praksa u Evropi i svetu još uvek nije ustaljena; čak i u državama članicama Evropske unije, koje povezuje ista regulativa, pravni standardi i tumačenja se značajno razlikuju. Na prostorima država Balkana je za sada primetno odsustvo sudske prakse, što je svojevrsan apsurd kada se zna da, na primer, veliki broj internet sajtova sadrži objavljena autorska dela bez znanja ili odobrenja nosilaca autorskog prava. Da li će nosioci autorskog i srodnih prava u budućnosti biti aktivniji u potenciranju odgovornosti hosting provajdera, ostaje da se vidi. Iz oskudne prakse Tužilaštva za visokotehnološki kriminal, može se zaključiti da hosting provajderi redovno i potpuno saraduju u postupcima utvrđivanja povreda autorskog i srodnih prava. Moguće je da takav nivo kooperativnosti dovodi do odustanka oštećenih nosilaca autorskog i srodnih prava da utvrde njihovu odgovornost u parnicama za naknadu štete, odnosno predstavlja vansudsko formiranje standarda preporučenog ponašanja u skladu sa analiziranim članom 18. Zakona o elektronskoj trgovini.

Prof. Dr. Mario Reljanović

Associate Professor, University „Union“ – Faculty of Law

RESPONSIBILITY OF HOSTING PROVIDERS FOR INFRINGEMENTS OF IP RIGHTS IN SERBIAN LAW AND LAWS OF THE NEIGHBOURING COUNTRIES

Abstract: Position of hosting providers, as providers of specific services in electronic communications, is regulated at European Union level within general legal regime for electronic commerce. Regarding harmonization processes of national legislations with EU *acquis*, legal solutions in Republic of Serbia are not much different

44 Ove mere se mogu odnositi na blokiranje i brisanje naloga pojedinih korisnika, tehničke mere kojima će se sprečiti ponovno postavljanje istih fajlova/sadržaja za koje je već jednom utvrđeno da sadrže nezakoniti materijal, i slično.

of those found in the region, as well as in legal frameworks of other EU member-states. However, even this high level of unification of hosting providers liability for the content their customers upload to Internet sites they are hosting, encounters very different interpretations in practice, problems with implementation, as well as general misunderstanding or ignoring of specific details that single out hosting providers as special services providers. Research is targeted at national legislation analysis, as well as analysis of some other states in the region; by marking off both general and specific problems in resolution of the problem of hosting providers' position in legal system and presentation of modest jurisprudence, we are pointing out many unanswered questions regarding the liability for content of Internet sites. Bearing in mind different types of hosting and different relations between users/customers and providers, hosting providers cannot be automatically equated with other offenders. System of exclusion of their liability has been set in the way that one could think of its improvement both by amending existing national laws and creating wide consensus and adoption of legal positions by legal scientists, practitioners and judiciary, all contributing to creation of more specified set of obligations of hosting providers in situations of violations of intellectual property rights, as well as specification of their responsibilities and liabilities when they do not fulfil their obligations, or participate in such violations.

Key words: Hosting provider. – Electronic commerce. – Intellectual property rights. – Damages liability.

doc. dr Sanja Radovanović
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

AUTORSKO PRAVO I FEJSBUK, S POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVO SRBIJE

Rezime: Od samog nastanka, Internet, kao globalna računarska mreža, predstavljao je sredstvo razmene informacija. Tu funkciju ostvaruje i danas. Ipak, komunikacija koja se odvija putem globalne računarske mreže značajno se razlikuje u odnosu na njenu pionirsku fazu. S jedne strane, broj korisnika računara je drastično povećan. Osim toga, spektar uređaja koji omogućavaju povezivanje je izuzetno širok. Tako, pored tradicionalnih računara, Internet je dostupan i na uređajima mobilne telefonije ili televizijskim prijemnicima. Drugim rečima, dostupan je svima i u svakom trenutku. Uz to, činjenica da moderne veb platforme omogućavaju aktivno učešće korisnika u kreiranju sadržaja dostupnih na Internetu, čini ovaj vid komunikacije dominantnim. Takav tehnološki ambijent inspirisao je internet posrednike da kreiraju nove usluge, povezivanje u društvene mreže. Za relativno kratko vreme, društvene mreže su se razvile u istinski društveni fenomen, koji je u mnogim svojim aspektima uzdrmao sad već tradicionalne principe savremenih pravnih sistema. U ovom radu zadržaćemo se samo na autorskopravno relevantnim pitanjima u vezi sa sadržajem koji generišu korisnici jedne od najbrojnijih društvenih mreža, Fejsbuk (Facebook). S tim u vezi, posebnu pažnju ćemo posvetiti međusobnom odnosu Uslova korišćenja usluge, sa kojima se korisnik prilikom registrovanja na mrežu saglašava, i zakonskim okvirima iskorišćavanja autorskog dela.

Ključne reči: Autorsko pravo. – Fejsbuk. – Iskorišćavanje autorskog dela. – Uslovi korišćenja Fejsbuk usluga. – Odgovornost za povredu autorskog prava na društvenoj mreži.

1. Uvodna razmatranja

Komunikacija koja se odvija putem Interneta zasnovana je na slobodi izražavanja i razmene ideja. U tom pogledu, između autorskog prava i Interneta postoji nužna povezanost, budući da na ovim premisama počiva i autorsko-pravna zaštita ljudskog stvaralaštva. Međutim, autorsko pravo, radi postizanja

cilja, garantuje svom titularu ostvarivanje imovinske koristi, čija je svrha dvojaka: nagrada za intelektualni rad i podsticaj daljeg stvaralaštva, kako samog autora, tako i društva u celini. Posmatrano iz tog ugla, Internet i autorsko pravo se nalaze na suprotstavljenim stranama modernog društva. Tehničko-tehnološki razvoj i brzina kojom se odvija protok informacija na globalnoj računarskoj mreži uslovile su značajan porast povreda autorskog prava i proširile mogućnosti takvih nedozvoljenih činjenja. Pritom, euforična atmosfera razmene različitog sadržaja putem Interneta ne jenjava ni decenijama nakon globalizacije računarske mreže. Štaviše, utisak je da se ona pojačava novim veb platformama i internet uslugama. Jedna od njih jeste i društveno umrežavanje. Uopšteno, društvena mreža predstavlja određeni broj ljudi koji se međusobno povezuju, putem računarske tehnologije, po osnovu istih ili sličnih interesa, a radi razmene informacija koja se odvija unutar grupe.¹ Pri tom, komunikacija koja se u okviru društvenih mreža odvija ne ograničava se samo na zadovoljavanje prirodne potrebe čoveka, kao socijalnog bića, za kontaktom sa drugima. Sve više do izražaja dolazi i njihova uloga u obavljanju poslovne delatnosti.²

Počeci nastanka društvenih mreža vezuju se za kraj XX veka.³ Danas su one izuzetno raznovrsne i rasprostranjene. Najbrojnija među njima, Fejsbuk (Facebook)⁴, prema podacima za poslednji kvartal 2015. godine, broji 1.590.000.000 aktivnih korisnika.⁵

Usluge Fejsbuka su vrlo raznovrsne: od komunikacijskih, preko zabavnih, do marektinških, što objašnjava i veliko interesovanje internet korisnika

1 J. Grbavac, V. Grbavac, „Pojava društvenih mreža kao globalnog komunikacijskog fenomena“, *Media, culture and public relations*, 5/2014, 2, 206.

2 „Društvene mreže, također imaju svoju ulogu i u marketingu, a služe i za web promociju, te razna oglašavanja koja se smatraju društveno odgovornim i izrazito ekološkim jer se ne troši niti papir, a nema niti otpada kojim zagađuje okolinu. One su zasnovane na internetskim i pokretnim tehnologijama za koje se svakodnevno razvijaju nove aplikacije i dodaci vezani za igru, ugodu i zabavu.“ J. Grbavac, V. Grbavac, *op.cit.*, 207.

3 Prvom društvenom mrežom smatra se SixDegrees.com. Nastala je 1997. godine, a okupljala je isključivo stare školske drugare (ali bez profila i vidljivih lista prijatelja). J. Grbavac, V. Grbavac, *op.cit.*, 210.

4 Društvena mreža Fejsbuk je osnovana 2004. godine. U početku je bila namenjena studentima Univerziteta Harvard, kojem je pripadala i grupa osnivača (među njima i Mark Zuckerberg), ali je vrlo brzo poprimila karakter globalne. O razvoju kompanije Fejsbuk vid. <http://newsroom.fb.com/company-info/>, 1. mart 2016.

5 Dostupno na adresi: <http://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>, 10. mart 2016.

za članstvo u ovoj mreži. S tim u vezi, od korisnika koji želi da otvori nalog, odnosno profil na Fejsbuku, se zahteva da se saglasi sa Uslovima korišćenja usluga, kojima se uređuju odnosi između korisnika i provajdera. Ti Uslovi se pretežno odnose na sadržaj koji korisnik objavljuje (postavlja) na svojim stranicama i prava koja u vezi sa njim ima Fejsbuk. Nama je posebno zanimljiv segment autorskog prava.

Naime, sadržaj koji korisnici Fejsbuka postavljaju na svoje profile uglavnom se sastoje od teksta, video snimaka, fotografija, audio zapisa. Razumljivo, ovakav sadržaj može da predstavlja duhovni izraz njegovog tvorca, te da ispunjava i uslove autorskopravne zaštite. Na određeni način, postavljanjem sadržaja na Fejsbuk, korisnik-autor izražava nameru da svoju tvorevinu saopšti i drugim licima, najčešće onima koji ulaze u krug njegovih prijatelja. Međutim, činom objavljivanja dela na društvenoj mreži, korisnik, saglasno Uslovima korišćenja usluge, ustupa Fejsbuku pravo da delo iskorišćava. Ova okolnost značajno sužava pravo autora, a istovremeno ga postavlja u loše pregovaračke pozicije u pogledu eventualne mogućnosti ekonomskog iskorišćavanja dela.⁶

Osim toga, dostupnost dela na društvenim mrežama čini delo „ranjivim“. Jednostavnim klikom na opciju „podeli“ (engl. *share*), krug prijatelja kojima je autor prvobitno delo saopštio se u sekundama umnožava i do nekoliko hiljada puta.⁷ Autorsko delo postaje „društveno“, ili još preciznije „globalno“. Imajući u vidu da su, s pravnog aspekta, Uslovi korišćenja usluge generator takvih aktivnosti, smatramo praktično značajnim osvrnuti se na njihov odnos sa zakonskim odredbama o autorskopravnoj zaštiti.

6 J.G. Alm, „Sharing Copyrights: The Copyright Implications of User Content in Social Media“, *Journal of Public Law and Policy*, 35/2014, 106

7 To je naročito alarmantno u onim slučajevima u kojima se iskorišćavanje dela povezuje sa komercijalizacijom korisničkih strana, kao što je plaćanje oglašivačkog prostora (čija se vrednost, pak, određuje spram broja poseta, „sviđanja“ i sličnim parametrima). Slikovit primer jeste video snimak Džeja Lihtenbergera (Jay Lichtenberger), koji je postavljen na sajtu YouTube, a podeljen putem Fejsbuk stranica brojnih poznatih ličnosti. Najveći broj pregleda ostvaren je upravo na stranicama pevača Tyrese Gibson, koji je sporni sadržaj objavio bez saglasnosti autora. R. Price „Facebook’s new video business is awash with copyright infringement and celebrities are some of the biggest offenders“, dostupno na adresi: <http://www.businessinsider.com/facebook-copyright-infringement-facebook-content-id-celebrities-2015-5>, 1. mart 2016. Vid. još: R. Price, „Facebook’s copyright infringement epidemic“, dostupno na adresi: <http://www.dailydot.com/entertainment/facebook-video-content-id-copyright-infringement/>, 1. mart 2016.

2. Autorsko pravo u okviru društvene mreže Fejsbuk

2.1. Sadržaj postavljen na Fejsbuku, kao autorsko delo

Autorsko delo, kao predmet autorskopravne zaštite, predstavlja originalnu duhovnu tvorevinu autora, izraženu u određenoj formi, bez obzira na umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.⁸ Sledstveno, da bi sadržaj koji korisnik postavlja na svoj Fejsbuk profil uživao autorskopravnu zaštitu, potrebno je da ispunjava navedene uslove.

U kontekstu ovog rada, uslove autorskopravne zaštite ćemo posmatrati u vezi sa različitim vrstama sadržaja koje korisnici najčešće postavljaju.

Najpre, uslov da sadržaj predstavlja originalnu duhovnu tvorevinu autora, odnosno da je proizvod ljudskog stvaralaštva, odnosi se na pitanje da li je korisnik, u njegovom stvaranju, koristio sopstveni rad, ili je sadržaj već postojao u prirodi, pa ga je korisnik samo zabeležio ili predstavio.⁹ Pri tom, korisnik ne mora na isključiv način da stvara sopstvenim radom. Moguće je, a u računarskom svetu se i podrazumeva, da se korisnik u određenoj meri oslanja na različite uređaje ili sredstva, kojima izražava rezultate svog intelektualnog stvaralaštva. S tim u vezi, pitanje da li je u stvaranju određenog sadržaja doprinos rada korisnika dovoljan da se takav sadržaj kvalifikuje kao ljudsko stvaralaštvo zavisi od okolnosti da li je u konkretnom slučaju prepoznatljiva individualna kretativnost tvorca ili je delo rezultat mašinskog procesa.¹⁰ Iako je ponekad vrlo teško opredeliti granicu između ljudskog i mašinskog, u pogledu ovog uslova mogli bismo da zaključimo da je sadržaj koji korisnici postavljaju na Fejsbuk profile uglavnom proizvod njihovog rada.

Ocena originalnosti zavisi od pitanja da li korisnici odnosni sadržaj stvaraju nezavisno jedni od drugih, odnosno od već postojeće kulturne baštine, te da li je takav sadržaj „strogo determinisan spoljnim okvirima koji ne ostavljaju prostor za izražavanje lične duhovne individualnosti onoga koji radi.“¹¹ Drugim rečima, originalnost pretpostavlja individualnost njegovog tvorca, mogućnost da se stvoreno delo njemu pripiše.

8 Čl. 2. st. 1. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (ZASP), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 104/2009, 99/2011. i 119/2012.

9 S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2013, 36.

10 S. Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Beograd 1999, 119.

11 S. Marković, D. Popović, *op.cit.*, 37

Kako je najčešće reč o aktivnostima korisnika koje se svode na postavljanje komentara, sopstvenih video zapisa ili fotografija, uslov originalnosti u pogledu nezavisnog stvaranja dela može, bez većih dilema, da bude zadovoljen. Manje je, međutim, zastupljen sadržaj koji ispunjava i suštinski element originalnosti – individualnost njegovog tvorca, bez kojeg se ni sadržaj korisnika ne može smatrati autorskim delom.¹²

Ovo je naročito slučaj sa fotografijama i video zapisima koji pretežno predstavljaju samo beleženje određenih događaja korisnika, ali ne i duhovni izraz onoga koji je koristio tehnička sredstva za takva beleženja.¹³

Slično, kada je reč o komentarima ili statusima, kao obliku literarnog stvaralaštva na Fejsbuku, dilema u vezi sa kvalifikovanjem ovakvih sadržaja kao autorskopравnih tiče se prvenstveno obima u kojem oni predstavljaju individualni izraz stvaralaštva. Razlog tome leži u činjenici da je najčešće reč o kratkim, jezičkim izrazima ličnog doživljaja sopstvenog dela ili onog koje je postavio drugi korisnik. Zapravo, najčešće je reč o uobičajenoj komunikaciji. Zbog toga se pitanje originalnosti svakako čini spornim. Naime, originalnost predstavlja uslov autorskopравne zaštite. Proizvod ljudskog stvaralaštva koji, uz druge navedene, zadovoljava ovaj uslov, predstavlja autorsko delo. Međutim, iako se autorskopравna zaštita prostire na delo u celini i u njegovim delovima, njome su zapravo obuhvaćeni samo originalni elementi tvorevine. Stoga, s obzirom na to da je reč o kratkim sadržajima, malo je verovatno da će u takvom stvaralaštvu doći do izražaja neophodna individualnost tvorca. Naravno, kratki komentari ili objavljeni statusi korisnika ne isključuju se *a priori* iz autorskopравne zaštite, već se utvrđenje uslova zaštite čini zahtevnijim zadatkom.

Nadalje, individualnost, kao pretpostavka uslova originalnosti, stoji u neposrednoj vezi sa duhovnim sadržajem koji autorsko delo mora da ima.

12 W. Clark, „Copyright, Ownership and Control of User-Generated Content on Social Media Websites“, dostupno na adresi: <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Jerry%20clark%20final%20Copyright,%20Ownership,%20and%20Control%20of%20User-Generated%20Content%20on%20Social%20Media%20Websites.pdf>, 12. februar 2016.

13 Primera radi, neobičan ugao fotografisanja, različito osvetljenje ili senka na određenim objektima, ambijent u kojem se fotografija sačinjava, izbor garderobe ili nakita, naglašavanje određenih momenata u kadru i slično mogu da budu kriterijumi razlikovanja autorskopравno zaštićenih fotografija od onih koje to nisu. Vid. odluku u predmetu *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F. Supp. 2d 444, 455 (S.D.N.Y. 2005), dostupno na adresi: http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005_Mannion.pdf, 12. februar 2016.

Sledstveno, sadržaj koji korisnik postavlja mora da bude namenjen racionalnim ili emotivnim (zajednički – duhovnim) doživljajima drugih korisnika.¹⁴ Pri tom, navedeni duhovni značaj korisnici treba da crpe neposredno iz postavljenog sadržaja.

Konačno, da bi originalna ljudska tvorevina uživala status autorskog dela, potrebno je da bude izražena u određenoj formi, odnosno da bude materijalizovana. Materijalizacija, pak, ne pretpostavlja materijalnu, telesnu formu¹⁵, već se ogleda u okolnosti da je delo napustilo intelektualnu sferu njegovog tvorca i postalo pristupačno čulima drugih. Sledstveno, postavljanje sadržaja na društvene mreže predstavlja način njegovog izražavanja. Ukoliko takav sadržaj ispunjava i ostale navedene uslove, reč je o autorskom delu, odnosno o autorskopravno zaštićenom sadržaju. Osim toga, autorsko delo može da nastane i u fizičkom, realnom okruženju, a da se putem Fejsbuka javnosti samo saopštava. I ove situacije su obuhvaćene analizom autorskog prava na navedenoj društvenoj mreži.

2.2. Autorskopravna ovlašćenja na društvenoj mreži Fejsbuk

Trenutak materijalizacije originalne duhovne tvorevine, odnosno autorskog dela predstavlja istovremeno trenutak nastanka autorskog prava. Drugim rečima, od tog momenta autor stiče niz ovlašćenja isključivog karaktera, imovinskopravne i ličnopravne prirode. U savremenom društvu ta isključiva ovlašćenja, bar kada je reč o onim vrstama stvaralaštva koja su zastupljena na Fejsbuk društvenoj mreži, možemo svesti uglavnom na sledeća: ovlašćenje na priznanje autorstva¹⁶, ovlašćenje na naznačenje imena autora¹⁷, ovlašćenje na objavljivanje dela¹⁸, ovlašćenje na zaštitu integriteta dela¹⁹, ovlašćenje na suprotstavljanje nedostojnom korišćenju dela²⁰, ovlašćenje na umnožavanje dela²¹,

14 S. Marković, D. Popović, *op.cit.*, 36

15 Uslov da autorsko delo bude izraženo u materijalnoj formi postoji u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima, kao što je, primera radi, pravo Sjedinjenih Američkih Država. Navedeno prema: S. Marković, D. Popović, *op.cit.*, 37.

16 Čl. 14. ZASP.

17 Čl. 15. ZASP.

18 Čl. 16. ZASP.

19 Čl. 17. ZASP.

20 Čl. 18. ZASP.

21 Čl. 20. ZASP.

ovlašćenje na stavljanje primeraka dela u promet²², ovlašćenje na davanje primeraka dela u zakup²³, ovlašćenje na javno saopštavanje uključujući interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti (tzv. internet odredba)²⁴, ovlašćenje na prilagođavanje, aranžiranje i drugu izmenu dela (prerada dela)²⁵.

Autor, kao izvorni nosilac, nadalje raspolaže svojim isključivim ovlašćenjima imovinskopravne prirode. Ukratko, on je slobodan da odluči da li će ili neće ustupiti ovlašćenja koja čine sadržinu njegovog prava, na koji vremenski period, u kom obimu, na isključiv ili na neisključiv način. Međutim, kada se materijalizacija autorskog dela vrši na društvenoj mreži, kao što je Fejsbuk, isključivo autorsko pravo dobija drugačije obrise. Autorskopravna zaštita sada se smešta u okvire ugovora, koji autor zaključuje sa Fejsbukom.

Naime, iako korisnik-autor ugovor zaključuje radi otvaranja profila putem kojeg će komunicirati sa ostalim korisnicima ove društvene mreže (registrovanje na mrežu), Uslovi korišćenja usluga Fejsbuka, koje čine sastavni deo pomenutog ugovora, sadrže odredbe kojima se zapravo uređuju, između ostalog, i odnosi koji nastaju povodom autorskopravno zaštićenog sadržaja. Na njima ćemo se posebno zadržati.

3. Uslovi korišćenja usluga društvene mreže Fejsbuk u kontekstu autorskog prava korisnika

3.1. O pravnom dejstvu Uslova korišćenja usluga društvene mreže Fejsbuk

Registrovanje fejsbuk profila odvija se u nekoliko koraka: unošenje identifikacionih podataka (kada je reč o profilu: lično ime i prezime), broja mobilnog telefona ili adresu elektronske pošte, predlog lozinke za pristup nalogu i, na kraju, pritisak na upadljivo polje „Registruj se“, kojim se postupak registracije okončava.²⁶

22 Čl. 21. ZASP.

23 Čl. 22. ZASP.

24 Čl. 30. ZASP.

25 Čl. 31. ZASP.

26 Registrovanje naloga moguće je na adresi: <https://www.facebook.com/?sttype=lo&jlou=Afej-D74jQA18jZyjj5SvYC3GXhftM0HMXXJBrLT4mabtnzWlBd4g5bu0s6setB4lmbWj08dP7ble4Q5gg9gelH5&smuh=44018&lh=Ac8Fdo8FAOpuWZUC>, 22. januar 2016.

Na samoj stranici na kojoj se registracija vrši, pre nego što odabere opciju za registraciju, korisniku se predočava da se izborom navedene opcije saglašava sa „Uslovima korišćenja“ i potvrđuje da je upoznat sa „Politikom zaštite podataka“ i „Korišćenja „kolačića“. Drugim rečima, potvrđivanjem registracije profila, između korisnika i kompanije Fejsbuk nastaje ugovorni odnos, čija sadržina je unapred određena. Sledstveno, korisnik pristupa ugovoru, takvom kakav je, i nema mogućnost da utiče na njegovu sadržinu. Reč je, dakle, o ugovoru po pristupu.²⁷ Već sama ta činjenica navodi nas da analiziramo do koje mere, odnosno pod kojim uslovima i u kom obimu odredbe ovog ugovora, a u kontekstu rada posebno značajnih Uslova korišćenja usluge, predstavljaju obavezujući okvir za korisnika.

Ugovori po pristupu, po svojoj prirodi, predstavljaju pravno valjan okvir obavezivanja. Njihovo zaključivanje vezano je pretežnim delom za delatnosti u kojima je učestalost ugovaranja posebno izražena, a uslovi koje jedna strana nudi su isti za sve saugovarače. Time se značajno ubrzava pravni promet roba i usluga. Činjenica da jedna strana ugovoru samo pristupa ne narušava princip građanskog prava o ravnopravnosti ugovornih strana, jer ugovorna strana, pristupnik, ipak ima mogućnost izbora da se sa ponuđenim uslovima saglasi (u celini) ili ih odbije. Ipak, ovakav način zaključivanja ugovora predstavlja relevantnu okolnostu u pogledu pitanja koja se odnose na tumačenje ugovora²⁸, ali i na obavezujuće dejstvo akata na koje se sam ugovor poziva, odnosno koji čine njegovu sadržinu.²⁹ Reč je, zapravo, o opštim uslovima poslovanja, po svojoj prirodi, autonomnim opštim aktima. Kompanija Fejsbuk pravila poslovanja uređuje nekolicinom međusobno povezanih akata. Mi ćemo, za potrebe ovog rada, naročitu pažnju posvetiti Uslovima korišćenja usluga³⁰, a na preostale ćemo se osvrnuti u meri u kojoj je to potrebno.

Prema opštim pravilima ugovornog prava, da bi Uslovi korišćenja usluga imali obavezujuće dejstvo, potrebno je da korisnik bude upoznat sa njihovom sadržinom ili da je prema okolnostima zaključenja ugovora morao da bude upoznat.

Ukoliko se osvrnemo na činjenicu da je ugovor između korisnika i kompanije Fejsbuk, koja pruža usluge društvenog umrežavanja, zaključen putem

27 J. Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, 340.

28 Čl. 100. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 28/78, 39/85, 45/89, *Službeni list SRJ* br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

29 Čl. 142. ZOO

30 Dostupno na adresi: <https://www.facebook.com/legal/terms>, 21. januar 2016.

Interneta, u formi sve zastupljenijeg tzv. *web-wrap* ili *browse-wrap*³¹ ugovora, neizbežno je ukazati na polazne premise u oceni njegove punovažnosti.

Naime, sporna pitanja vezana za ovaj način zaključivanja ugovora odnose se upravo na pitanje da li su strani koja pristupa ugovoru, ovde korisniku, bili ili morali biti poznati uslovi ugovora koje zaključuje. Kako enter-ugovori nisu regulisani na izričit način zakonskim odredbama, u pogledu njihove punovažnosti potrebno je osvrnuti se upravo na opšta pravila ugovornog prava. U tom smislu, odgovor na pitanje da li uslovi korišćenja usluge obavezuju korisnika zavisi od činjenice da li se korisnik upoznao, odnosno morao upoznati sa njihovom sadržinom.³² Za nas je od posebnog značaja alternativni uslov: korisnik je morao biti upoznat.

Kako je to već napred objašnjeno (a korisnicima poznato), nakon unošenja podataka, da bi se okončao postupak otvaranja profila, odnosno registrovanja, dovoljno je da korisnik izabere konačnu opciju na odnosnoj veb stranici, koja je pri tom vizuelno naglašena, i time postaje deo društvene mreže. Za razliku od brojnih sličnih ugovora koji su se u praksi javljali u pogledu licenciranja računarskih programa,³³ postupak registrovanja na Fejsbuk društvenu mrežu moguće je okončati i bez prethodnog izričitog saglašavanja sa Uslovima korišćenja. Drugim rečima, internet stranica na kojoj se nalaze relevantni Uslovi nije, u tehničkom smislu, postavljena na način da njeno otvaranje predstavlja korak ka registrovanju korisnika, već se korisnik samo obaveštava da klikom na opciju „Registruj se“ prihvata Uslove korišćenja i potvrđuje da ih je pročitao. Istina, u istom tekstu obaveštenja, koji je pri tom sačinjen nesrazmerno malim slovima u odnosu na preostali deo početne strane, postavljena je i veza ka odnosnom sadržaju. Dakle, registrovanje je moguće i bez prethodnog upoznavanja korisnika sa obavezujućom sadržinom. Ipak, okolnost da je pružalac usluga, Fejsbuk, omogućio korisniku pristup relevantnim aktima svakako umanjuje ovu manjkavost postupka registracije i ocenu obavezujućeg dejstva Uslova usmerava na pitanje savesnosti, odnosno nesavesnosti korisnika.

31 Kod ove vrste ugovora, za koje u srpskom jeziku ne postoji adekvatan prevod, uslovi zaključivanja se ne navode uz ponuđenu robu ili uslugu, već se korisnik upućuje na link putem kojeg može da se upozna sa sadržinom opštih uslova poslovanja. Ova obaveštenja predstavljaju osnov pretpostavke da je korisnik preuzimanjem robe ili započinjanjem korišćenja usluge izjavio svoju saglasnost i sa ovim uslovima. Vid. S. Radovanović, *Ugovor o licenci softvera*, Beograd 2012, 117.

32 S. Radovanović, *Ugovor o licenci softvera*, 102-119.

33 S. Radovanović, *Ugovor o licenci softvera*, 119.

U tom smislu, pak, savesnim korisnikom bi se smatrao onaj korisnik koji je postupao sa potrebnom pažnjom prilikom zaključivanja ugovora, odnosno koji je ocenio sve okolnosti pod kojima se pravno obavezuje prema drugom subjektu. U suprotnom, korisnik bi se smatrao nesavesnim, te se ne bi mogao pozvati na činjenicu da mu obavezujući uslovi korišćenja usluge nisu bili poznati. Uz to, pošto se savesnost ceni prema okolnostima konkretnog slučaja, mogli bismo dodatno u prilog obavezujućeg dejstva Uslova istaći i činjenicu da, u današnjem društvu, korisniku nikako nije moglo biti nepoznato da kompanija Fejsbuk, kao najbrojnija društvena mreža, posluje pod određenim uslovima. Korisnik je, zapravo, mogao očekivati da će njegovo umrežavanje biti podvrgnuto posebnim pravilima ponašanja u okviru internet zajednice kojoj želi da se priključi. Zahtev savesnosti korisnika svakako ukazuje na njegovu obavezu da se sa tim uslovima upozna. Naravno, pretpostavka je da su mu oni (uslovi) dostupni, što konkretno jeste slučaj. Ipak, način na koji se oni objavljuju, te činjenica da na samoj veb stranici za registraciju ne postoji verzija za štampu, upućuje na to da je kompanija Fejsbuk svesno marginalizovala korisniku najznačajnije uslove registracije.

3.2. „Deljenje“ (sharing) sadržaja i informacija putem usluga Fejsbuka

Pošto smo utvrdili načelno pravno obavezujuće dejstvo Uslova, iz razloga koji su prethodno navedeni, u predstojećem delu ćemo se zadržati na relevantnim odredbama.

U vezi sa autorskim pravom, posebno nam je značajna odredba drugog odeljka „Deljenje sadržaja i informacija“ Izjave o pravima i obavezama³⁴, koja glasi:

„Vi ste vlasnik svog sadržaja i svih informacija koje objavite putem usluge Fejsbuk i možete da upravljate načinima deljenja istih koristeći postavke privatnosti i aplikacija.

34 Izjava o pravima i obavezama (*Statement of Rights and Responsibilities*) jeste naziv dokumenta na koje se upućuje na početnoj strani Fejsbuka, prilikom registracije. Međutim, ova Izjava predstavlja sastavni deo Uslova korišćenja usluga, koji obuhvataju niz akata (Principi Fejsbuk usluge, Politika o privatnosti, itd.). Stoga ćemo u daljem tekstu najčešće koristiti opšti termin – Uslovi korišćenja usluga.

Pored toga:

- 1. U slučaju sadržaja koji je zaštićen pravima intelektualne svojine, poput fotografija i video zapisa (IP sadržaj), dajete nam sledeću, izričitu dozvolu, u skladu sa vašim postavkama privatnosti i aplikacija: dodeljujete nam neekskluzivnu, prenosivu dozvolu koja se može podlicencirati, za koju se ne plaća naknada i koja važi za ceo svet, da koristimo bilo koji sadržaj koji postavite u usluzi Fejsbuk ili u vezi sa tim (IP dozvola). Ta IP dozvola prestaje da važi kada izbrišete IP sadržaj ili nalog, osim u slučaju da je sadržaj već podeljen sa drugima, koji isti nisu izbrisali.*
- 2. Kada izbrišete IP sadržaj, on se briše na način sličan pražnjenju korpe na računaru. Međutim, razumete da uklonjeni sadržaj može da zaostane u rezervnim kopijama tokom određenog, razumnog vremenskog perioda (tokom kog neće biti dostupan drugim licima).³⁵*

3.2.1. Ko je titular autorskog prava na zaštićenom sadržaju u okviru društvene mreže Fejsbuk?

Prvom odredbom ovog odeljka se ističe da korisnik (odnosno autor) zadržava sva prava u vezi sa sadržajem koji je postavljen na društvenu mrežu. Međutim, u daljem tekstu istog odeljka se predviđa da korisnik-autor daje kompaniji Fejsbuk saglasnost da iskorišćava objavljeni (postavljeni) sadržaj, odnosno ustupa kompaniji vršenje svog prava na neisključiv način, uz mogućnost daljeg prenosa ove saglasnosti bez naknade, koje (iskorišćavanje) nije teritorijalno ograničeno.

Opseg navedenog ustupanja autorskopравnih ovlašćenja je postavljen toliko široko, da titularu ne ostavlja mnogo prostora za vršenje sopstvenog prava. Štaviše, u određenim aspektima dolazi do izražaja nezanemarljiva protivrečnost. Stoga se postavlja pitanje primenljivosti, odnosno punovažnosti ovakvog ustupanja.

35 Citirani odeljak predstavlja zvanični (od strane kompanije Fejsbuk) prevod teksta Uslova korišćenja usluge sa engleskog jezika na srpski. Međutim, u ovom prevodu postoje izvesna odstupanja u odnosu na originalnu verziju, te imajući u vidu uvodni deo Uslova kojom se izričito ukazuje da se u takvom slučaju primenjuje originalna verzija, u radu ćemo se rukovoditi upravo njom. Potreba da se citira srpska verzija nametnuta je činjenicom da veliki broj korisnika Fejsbuka na ovoj društvenoj mreži komunicira putem srpske verzije stranice, uz upotrebu alatki (takođe) na srpskom jeziku.

Tako, kako smo već objasnili, registriranjem korisnika Fejsbuk stiće saglasnost za iskorišćavanje korisničkog sadržaja na neisključiv način, pa i onog koji je zaštićen autorskim pravom. Prvo pitanje koje se u vezi sa ovim postavlja jeste da li je ovakvo raspolaganje moguće za dela koja još nisu nastala, pošto još nije ni započeto korišćenje usluge.

Prema našem Zakonu, ustupanje imovinskih ovlašćenja za delo koje još nije stvoreno dozvoljeno je samo ukoliko su u trenutku raspolaganja određeni vrsta budućeg dela i radnje njegovog iskorišćavanja. Ustupanje ovih ovlašćenja za sva buduća dela jednog autora, kao i za još nepoznate (u objektivnom smislu) oblike iskorišćavanja je ništavo.³⁶ Kada je reč o delima koja su nastala u realnom svetu, a na Fejsbuku se samo saopštavaju drugima, čini se da primeni ove odredbe nema mesta. Već započinjanjem korišćenja usluge, korisnik bi morao da bude upoznat sa činjenicom da internet posrednik raspolaže pravom da delo iskorišćava. Sporno je, međutim, da li takva saglasnost proizvodi dejstvo i za dela koja su nastala na Fejsbuku, budući da, u trenutku kada je ona data, ona nisu postojala. To bi, primera radi, mogao biti slučaj sa statusima korisnika koji ispunjavaju uslove autorskopravne zaštite.

Dalje, neisključiv način raspolaganja sa kojim se korisnik saglašava prilikom registracije, sam po sebi, praktično ne predstavlja značajno sužavanje autorskog prava. Međutim, kompanija Fejsbuk neisključivu licencu dalje opredeljuje kao neopozivu i prenosivu. Ukoliko posmatramo ovu saglasnost sa navedenim atributima, nužno nam se nameće potreba za tumačenjem odnosne odredbe.

Kod neisključive (proste) saglasnosti, sticalac ugovorom zapravo pribavlja dozvolu za preduzimanje određenih radnji, odnosno vršenje ovlašćenja, sa relativnim dejstvom (*inter partes*). On nema aktivnu legitimaciju da se suprotstavlja istovetnom iskorišćavanju od strane trećih lica, još manje davaoca, niti da dalje raspolaže ustupljenim ovlašćenjem.³⁷ Nasuprot tome, isključivom saglasnošću autor ustupa sticaocu ovlašćenje iskorišćavanja koje deluje prema svima (*erga omnes*). Dakle, sticalac je snabdeven subjektivnim pravom apsolutne prirode, koje sadržinski odgovara ustupljenom ovlašćenju, odnosno ovlašćenjima.³⁸ Sledstveno, on može dalje njima da raspolaže, da ih u celini ili delimično ustupa drugim subjektima ili, pak, prenese. Ipak, u vezi sa daljim

36 Čl. 66. ZASP.

37 Čl. 62. st. 3. ZASP.

38 Čl. 62. st. 2. ZASP.

prometom zaštićenog sadržaja, isključivi sticalac ima jedno ograničenje koje proizlazi iz autorskopravne prirode ustupljenog ovlašćenja, bar kada je reč o pravnim sistemima kontinentalne Evrope, koje prihvataju monistički koncept autorskog prava.³⁹ Naime, on načelno može dalje da ustupa ili prenosi ugovorom stečeno pravo, u celini ili delimično, ali je neophodno da za takva raspolaganja pribavi saglasnost autora ili njegovih naslednika.⁴⁰

Objašnjenje navedenog pravila proizlazi neposredno iz okolnosti da je autor isključivi nosilac ličnopравnih ovlašćenja, koja su neprenosiva i neodvojiva komponenta autorskog prava. Stoga, ovlašćenje autora da dozvoli ili ne dozvoli promenu subjekta njegovih imovinskih ovlašćenja, ima za cilj da zaštiti njegovu ličnost i u onim slučajevima kada se, makar privremeno, „odrekao“ svojih imovinskih ovlašćenja. Prirodno, korisnik-autor se ne može odreći ovog ovlašćenja da utiče na dalje raspolaganje njegovim pravom. Sledstveno, korisnik-autor se ne može unapred saglasiti niti u pogledu nepoznatih subjekata kojima se njegovo pravo dalje prometuje, niti u pogledu dela koja još nisu ni nastala. Sledstveno, sporna odredba Uslova korišćenja ne daje jasno značenje da li je ustupanje neisključivo (u kom slučaju nije prenosivo) ili je isključivo.

Istina, većina savremenih pravnih sistema poznaje određene slučajeve u kojima takva saglasnost proizlazi iz ugovora između autora i nosioca autorskog prava. Takav je slučaj sa ugovorom o narudžbi računarskog programa⁴¹, te sa delima nastalim u radnom odnosu⁴². U svakom od navedenih slučajeva, poverilac određene činidbe iz ugovora, koja rezultira nastankom autorskog dela ili je autorsko delo predmet prestacije, postaje isključivi nosilac imovinske komponente autorskog prava (na određeno vreme ili trajno). Ovo normativno rešenje nametnuto je praktičnom potrebom da se zaštite privredni interesi subjekta koji je uložio finansijska sredstva u stvaranje autorskog dela, radi njegovog daljeg iskorišćavanja.

To svakako ne može biti slučaj sa delima koja se postavljaju na Fejsbuk stranice. Razlog tome prvenstveno leži u primarnoj funkciji usluge koju ova kompanija pruža i u okviru koje je delo nastalo: komunikacija, odnosno razmena informacija.

39 S. Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Beograd 1999, 106.

40 Čl. 62. st. 2. i čl. 64. st. 1. ZASP.

41 Čl. 95. st. 3. ZASP.

42 Čl. 98. st. 1. ZASP.

Na kraju, ukoliko pri opredeljivanju da li je kompanija Fejsbuk imala u vidu neisključivo ili isključivo sticanje imovinskopravnih ovlašćenja na korisnikovom sadržaju, iz razloga koje smo prethodno naveli, može se zaključiti da je reč o neisključivom ustupanju. Štaviše, do istog rezultata dolazimo i ukoliko u vidu imamo pravila tumačenja ugovora po pristupu: nejasne odredbe tumače se u korist strane koja je ugovoru pristupila.⁴³ Isto tako, u sumnji o sadržini i obimu prava koje se ustupa, odnosno prenosi autorskim ugovorom, smatra se da je ustupljeno, odnosno preneseno manje prava.⁴⁴

3.2.2. Obim ustupljenog iskorišćavanja autorskog dela na društvenoj mreži Fejsbuk

Kako je već navedeno u citiranom odeljku, kompanija Fejsbuk može da iskorišćava zaštićeni sadržaj, bez obaveze plaćanja naknade korisniku-autoru. Odnosna odredba Uslova korišćenja usluge Fejsbuka ne govori na koji način i u kom obimu ova kompanija to može da čini. Ključno pitanje jeste da li se takvo korišćenje ograničava samo na deljenje sadržaja unutar mreže, odnosno u okviru usluge koju pruža ili u vezi sa njom, ili putem Interneta uopšte, ili je čak moguće autorsko delo koje je postavljeno na Internet, shodno ustupljenim ovlašćenjima, u fizičkom svetu umnožavati, prerađivati, stavljati u promet ili iskorišćavati na drugi način?

S tim u vezi, prvi korak ka preciziranju odredbe, odnosno utvrđivanju njenog domašaja jeste definisanje usluga koje kompanija pruža svojim korisnicima. Izbegavajući da se u radu posveti nesrazmerna pažnja celokupnoj delatnosti Fejbuka, zadržaćemo se samo na onima koje i sama kompanija označava kao osnovne.⁴⁵ Takve usluge, iz kojih nadalje proizlaze i ostale, jesu obezbeđivanje platforme za povezivanje korisnika, njihovu međusobnu komunikaciju i oglašavanje. U okviru „Politike o podacima“, koja čini sastavni deo Uslova korišćenja, korisnicima se predočava na koji način se njihovi podaci prikupljaju i koriste.⁴⁶ Ono što je relevantno za davanje značenja spornoj

43 Čl. 100. ZOO.

44 Čl. 68. st. 1. ZASP.

45 O uslugama Fejsbuka videti odnosnu veb stranicu kompanije, dostupne na adresi: <https://www.facebook.com/help/1561485474074139>, 12. februar 2016.

46 Iako je u svetu komunikacije koja se odvija putem društvenih mreža ovo pitanje izuzetno važno (pri tom i prilično sporno), imajući u vidu temu ovog rada, ostavićemo ih izvan analiziranih okvira. Ipak, zainteresovane upućujemo na rad: M. Reljanović,

odredbi jeste činjenica da se usluge, zapravo, zasnivaju na deljenju sadržaja. Kada je sadržaj autorskopravno zaštićen, usluge ovakve komunikacije korisnika predstavljaju zapravo vršenje ovlašćenja autora na umnožavanje (u ograničenom obimu)⁴⁷ i interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti.

Imajući u vidu način na koji je komunikacija na društvenim mrežama, pa time i na Fejsbuku organizovana, čini nam se da se čitav koncept ovakve razmene podataka oslanja upravo na saglasnost da se ova ovlašćenja vrše. S jedne strane, to je uslov postojanja usluge društvenog umrežavanja, a s druge, pak, i razlog korisnikovog registrovanja na istu. Ta saglasnost, u određenom smislu, predstavlja protivčinidbu korisnika za besplatno korišćenje usluge. Ili, drugačije rečeno, registrovanje na društvenu mrežu podrazumeva da se korisnik sa ovakvim iskorišćavanjem saglašava, jer je ono *conditio sine qua non* usluge koju koristi.

Manje je jasno koja činjenja bismo mogli dovesti „u vezi sa uslugama“ kompanije. S obzirom na to da Fejsbuk u svom vlasništvu ima veliki broj preduzeća, koja se po svojoj delatnosti u potpunosti uklapaju u poslovanje Fejsbuka⁴⁸, iz upotrebljenog termina „u vezi sa uslugama“ proizlazi da se ustupljena saglasnost korisnika proteže i na ove subjekte, nezavisno od činjenice da li je korisnik-autor i kod njih registrovan. Štaviše, takav način iskorišćavanja je izičito predviđen jednim od brojnih akata na koji se prilikom registracije korisnik upućuje.⁴⁹ Premda ima svoj osnov u ugovoru koji korisnik zaključuje

„Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji“, *Intelektualna svojina i Internet*, Beograd 2015, 113-139.

47 I u sudskoj praksi je izražen stav da Fejsbuk nema potpunu slobodu iskorišćavanja korisnikovog sadržaja. Tako, primera radi, u predmetu *Cohen v. Facebook, Inc.*, 798 F.Supp. 2d (N.D. Cal. 2011), sud ističe da licenca data Fejsbuku ne može da podrazumeva svaki oblik iskorišćavanja, te da objavljivanje korisnikovih profilnih fotografija na stranicama drugih korisnika nije obuhvaćeno predmetnom saglasnošću ukoliko se u konkretnom slučaju vređaju prava korisnika. Dostupno na adresi: <http://www.leagle.com/decision/In%20FDco%2020120210821/COHEN%20v.%20FACEBOOK,%20INC.#>, 20. februar 2016. Zanimljivo, u predmetu *Fraley v. Facebook, Inc.* 830 F. Supp. 2d (N.D. Cal 2011) sud je ocenio da saglasnost za objavljivanje imena i „svidanja“ korisnika u oglašivačkom prostoru ne predstavlja pravno, već činjenično pitanje. Dostupno na adresi: <http://www.scribd.com/doc/115397373/Fraley-v-Facebook-2012-12-3-J-Seeborg-Order-Granting-Preliminary-Approval-for-Settlement-With-Facebook>, 1. februar 2016.

48 Lista povezanih preduzeća dostupna na adresi: <https://www.facebook.com/help/111814505650678>, 9. mart 2016.

49 *Ibidem*.

sa Fejsbukom, ovime se on dovodi u jednu apsurdnu situaciju: sadržaj koji je postavio na jednu društvenu mrežu slobodno se komunicira drugoj društvenoj mreži ili sličnoj internet usluzi, bez obzira na to da li je i da li uopšte želi da bude deo i te zajednice. Tako, primera radi, prema ovoj odredbi, Instagram, koji je takođe u vlasništvu Fejsbuka, može da iskorišćava sadržaj koji je postavljen na Fejsbuk društvenoj mreži. Ukoliko imamo u vidu činjenicu da Instagram svojim uslovima (o čijem postojanju Fejsbuk obaveštava korisnika) uključuje saglasnost korisnika da se dostupne fotografije mogu, između ostalog, i prodati.⁵⁰ Jasno je da korisnik-autor praktično gubi svaku kontrolu nad iskorišćavanjem svog dela. Štaviše, prema Uslovima korišćenja, Fejsbuk bi mogao dalje da prenese, ustupi ili na drugi način ovlasti bilo kog subjekta.⁵¹

Sporno je, nadalje, da li se autorsko delo korisnika može iskorišćavati u realnom, fizičkom svetu. Primera radi, da li bi se dozvoljenim činjenjem smatralo preuzimanje autorskopravno zaštićenih fotografija Fejsbuk korisnika radi izrade, umnožavanja i stavljanja u promet turističkog materijala „Najlepši predeli Srbije“? Iako se negativan odgovor nameće iz logike autorskopravne zaštite, ne bismo mogli ignorisati činjenicu da ovako određeno iskorišćavanje dopušta širok krug činjenja. Zbog toga, zahtev pravne sigurnosti nalaže da se, bar u interpretaciji, domašaj ove odredbe ipak svede na najmanju moguću meru. Drugim rečima, iskorišćavanje korisnikovog sadržaja trebalo bi da se smatra dopuštenim samo u onoj meri koja se odnosi na odvijanje komunikacije između korisnika.

Na kraju, kako iz odnosne odredbe proizlazi, moguće je da Fejsbuk dalje ustupa korišćenje autorskog dela uz naknadu, ali bez obaveze da ostvarene prihode podeli sa korisnikom-autorom. Ukoliko imamo u vidu odredbe našeg Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, čini nam se da bi se, u slučaju da Fejsbuk ostvari značajnu dobit od iskorišćavanja korisnikovog dela, dalo prostora za primenu odredaba o reviziji ugovora u pogledu visine, a ovde

50 Instagram, *Terms of Use, Rights*, ad 5, dostupno na adresi: <https://www.instagram.com/about/legal/terms/>, 10. mart 2016.

51 Mišljenje jednog autora najjasnije opisuje datu situaciju: „...ukoliko bi Fejsbuk krišom ustupio korisnikov sadržaj sajtu porno.com, to bi potpuno bilo u skladu sa obimom saglasnosti koju je od korisnika dobio. Iskreno govoreći, velika većina korisnika Fejsbuka bi bila iznenađena saznanjem da jedini razlog koji sprečava kompaniju Fejsbuk da da dalje ustupa kreativni i lični sadržaj svojih korisnika sajtu porno.com ili bilo kom drugom, jeste činjenica da navedeni sajtovi nisu pokazali dovoljno interesa.“ S. Hetcher, „User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two – Agreements Between Users and Mega-sites“, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, 24/2008, 848

postojanja, autorskog honorara. Pri tom, od odlučujućeg značaja jeste pitanje da li se besplatno ustupanje bez naknade od strane korisnika Fejsbuka može smatrati „posledicom uverenja autora da ugovoreno korišćenje njegovog dela neće doneti prihod koji bi bio dovoljan da namiri troškove i naknadu.“⁵² Ukoliko je, pak, reč o *animus donandi*, takva mogućnost je isključena.⁵³

3.2.3. Prestanak vršenja ovlašćenja od strane Fejsbuka

Dodatnu zabunu u smisao citiranog spornog odeljka Uslova korišćenja usluge (Izjave o pravima i obavezama) i nametnutih raspolaganja korisnika-autora unosi i atribut „neopoziva“.

Neopozivost ustupanja podrazumeva nemogućnost korisnika-autora da svojom izjavom volje povuče datu saglasnost. Drugim rečima, kako je reč o ugovoru neodređenog trajanja, saglašavanjem sa ovakvim uslovima korisnik-autor se odriče prava da otkáže ugovor o licenci (davanju dozvole za iskorišćavanje). S obzirom na to da je otkaz redovan način prestanka ovih ugovora, moglo bi se smatrati da je saglasnost korisnika-autora o odricanju od prava pravno nedopuštena izjava volje. Samim tim, ova odredba ne proizvodi dejstvo.

Na prvi pogled nam se čini da je potonja konstatacija ublažena mogućnošću korisnika-autora da konkludentno svoju saglasnost ipak opozove. Naime, ukoliko korisnik ukloni sadržaj sa svog naloga ili ukine nalog, dozvoljava kompaniji Fejsbuk da iskorišćava zaštićeni sadržaj prestaje da važi. To se, međutim, ne odnosi na sadržaj koji je prethodno podeljen sa drugima, ukoliko ga nisu i oni izbrisali. Ako imamo u vidu način na koji se sadržaj postavljen na Fejsbuk profile deli među korisnicima, skoro da je nezamislivo da ovaj dodatni uslov može da bude ispunjen. Ponovo dolazimo do istog zaključka: odredba kojom se isključuje mogućnost otkaza, ne proizvodi dejstvo.

Nadalje, kompanija Fejsbuk, istina više u formi obaveštenja nego obavezivanja korisnika, zadržava za sebe ovlašćenje da nakon prestanka važenja saglasnosti, pod pretpostavkom da je korisnik uklonio sadržaj ili nalog, a da prethodno nije podeljen sa drugima, sačuva rezervne kopije istog tokom određenog, razumnog vremenskog perioda (tokom kog neće biti dostupan drugim licima). Ovom odredbom nameću se bar dva nova pitanja. Prvo se tiče određivanja pojma rezervne kopije. Drugo se odnosi na pravni osnov držanja.

52 S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2013, 203.

53 *Ibidem*.

Tako, kada je reč o rezervnim kopijama, prva asocijacija jeste rezervna kopija u smislu računarskog programa kao autorskog dela. Podsećanja radi, lice koje je legalno pribavilo primerak računarskog programa, može bez saglasnosti autora i bez plaćanja autorske naknade, da sačini jedan rezervni primerak na trajnom telesnom nosaču.⁵⁴ Sličnu odredbu sadrži i Direktiva o pravnoj zaštiti računarskih programa iz 2009. godine: „Lice koje ima pravo da koristi računarski program ne može se sprečiti ugovorom da sačini jednu njegovu bezbednosnu (*back-up*) kopiju (radi zaštite od slučajnog uništenja) kada je to potrebno za takvu upotrebu.“⁵⁵

Saćinjavanje rezervne kopije predstavlja ograničenje autorskog prava na računarskom programu koje je motivisano potrebom zaštite interesa korisnika da obezbedi korišćenje predmetnog računarskog programa i u slučaju da nastupi neki od brojnih rizika gubljenja neophodnih informacija. Sačinjavanje rezervnih kopija i njihova upotreba smatraju se dozvoljenim činjenjima, u navedenom smislu, samo u okviru vremenskog perioda u kojem korisnik programa ima status legalnog pribavioca.

Iako formulacija ove odredbe može da vodi ka primeni navedenih pravila, ona (primena) ipak nije moguća. Razlog tome je dvojak. S jedne strane, ograničenja autorskog prava za račun legalnog pribavioca predstavljaju izuzetak, koji se, u skladu sa opštim pravilima, mora restriktivno tumačiti. To znači da se odredbe o isključenju autorskog prava na računarskom programu ne mogu analogno primeniti na drugu vrstu autorskih dela. Štaviše, ako bi takva primena i bila moguća (npr. ako je zaštićeni sadržaj upravo računarski program), činjenica da je saglasnost povučena lišava kompaniju svojstva legalnog pribavioca. Drugim rečima, ne postoji osnov po kojem kompanija Fejsbuk može da sačini, a tim pre ni da sačuva rezervnu kopiju zaštićenog sadržaja.

Određena ograničenja autorskog prava u pogledu umnožavanja, koja bismo eventualno mogli prepoznati u navedenom slučaju postoje i za slučaj da je umnožavanje (konkretno sačinjavanje kopije sadržaja u memoriji kompanije) privremeno ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: 1) umnožavanje je prolazno ili slučajno; 2) umnožavanje čini sastavni i bitni deo tehnološkog procesa; 3) svrha umnožavanja je da omogući prenos podataka u računarskoj mreži

54 Čl. 47. st. 1. tačka 3. ZASP.

55 Čl. 5.1. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council 2009/24 of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Direktiva o pravnoj zaštiti računarskog programa, Direktiva 2009/24), dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF>, 2. mart 2016.

između dva ili više lica preko posrednika, ili da omogući zakonito korišćenje autorskog dela i 4) umnožavanje nema zaseban ekonomski značaj.⁵⁶ Imajući u vidu činjenicu da navedeni uslovi moraju biti kumulativno ispunjeni, već odsustvo svojstva prolaznosti takvog umnožavanja čini i ova pravila nepriemljivim. Razuman vremenski period dodatno unosi pravnu nesigurnost.

4. Povrede autorskog prava u okviru društvene mreže Fejsbuk

Ukoliko uzmemo u obzir to na koji način se odvija komunikacija u okvirima društvenih mreža, ustupanje na neisključiv način nam se čini jedinim mogućim načinom raspolaganja od strane korisnika-autora.⁵⁷ Pri tom, kako je navedeno, iako je prema Uslovima korišćenja, ustupanje ovlašćenja neisključivo i prenosivo, smatramo da je takva konstrukcija protivna prirodi ovakvog načina ustupanja. Dakle, iskorišćavanje sadržaja od strane Fejsbuka je pravno valjano ukoliko se vrši na način koji je u skladu sa principima na kojima se odvija komunikacija korisnika i u obimu koji je neophodan da bi se omogućio prenos informacija.

Kada je o reč o međusobnom odnosu korisnika, razmena sadržaja se odvija po osnovu neposredne saglasnosti, koja proizlazi iz činjenja korisnika, odnosno postavljanja autorskopravno zaštićenog sadržaja na društvenu mrežu. Međutim, nije svaka komunikacija koja za predmet ima zaštićeni sadržaj obuhvaćena ovom saglasnošću. Stoga, da bismo razumeli koja činjenja u komunikaciji unutar društvene mreže dovode do povrede autorskog prava, neophodno je osvrnuti se na krug lica kojima korisnik-autor daje saglasnost, te na činjenja koja ona mogu preduzimati u vezi sa sadržajem korisnika.

56 Čl. 48. ZASP.

57 To, zapravo, zapravo znači da korisnik može sadržaj dati na korišćenje i drugim subjektima, izvan Fejsbuk mreže. Ilustrativna je u tom pogledu odluka u slučaju *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*, Case No. 08-cv-05780-JF (N.D. Cal. Oct. 22, 2009). Naime, tuženi Power Venture je omogućio svojim korisnicima da vide sve njihove prijatelje, njihove statuse, profilne stranice, da im pošalju poruke, itd. Ideja je bila da im se pristup Fejsbuk stranicama omogući preko sajta tuženog. Stoga je Fejsbuk tužio Power Ventures, između ostalog, i za povredu autorskog prava. No, u sudskoj odluci je istaknuto da povreda ne postoji, jer su korisnici Fejsbuka titulari prava na svojim sadržajima, te da su isti ti korisnici dali saglasnost i tuženom da se navedenim sadržajem koristi. Dostupno na adresi: <http://jolt.law.harvard.edu/digest/jurisdiction/9th-circuit/facebook-inc-v-power-ventures-inc>, 12. februar 2016.

Naime, korisnici imaju slobodu da odluče kome će njihovi sadržaji biti dostupni, putem alatki o podešavanju privatnosti. Odabir kruga subjekata kojima se mogu upoznati sa sadržajem vrši uz pomoć opcija ponuđenih u alatkama korisničkog profila. Kada korisnik odabere opciju „javno“ sadržaj je dostupan svim korisnicima Interneta, čak i onima koji nisu uključeni u društvenu mrežu Fejsbuk. Iz ovakvog izbora nameće nam se zaključak da je korisnik time dao saglasnost za iskorišćavanje postavljenog sadržaja. Međutim, ta saglasnost obuhvata samo ona činjenja koja su neophodna da se javnost sa sadržajem upozna. Ne bismo mogli smatrati da ovom postavkom, autor daje saglasnost za bilo koja činjenja u vezi sa njegovim autorskim delom.⁵⁸

U svim ostalim postavkama privatnosti („prijatelji“, „prijatelji prijatelja“, itd.), izražena je volja korisnika da kontroliše dostupnost sadržaja koji objavljuje. Nama je posebno zanimljiv potonji način razmene sadržaja.

Alatke koje korisnicima Fejsbuk profila stoje na raspolaganju kako bi međusobno komunicirali su brojne. Ako imamo u vidu samo one koje se odnose na sadržaj koji je postavio drugi korisnik, možemo da izdvojimo uobičajene: „svida mi se“ (like), „komentariši“ (comment), „podeli“ (share), „označi“ (tag), „pošalji kao privatnu poruku“ (send as a private message).

Opcija „svida mi se“ (od nedavno i drugi emotikoni) omogućava korisniku da klikom na simbol kojim se alatka obeležava izrazi svoje emocije u vezi sa postavljenim sadržajem. Isto može učiniti i komentarisanjem. Deljenje sadržaja predstavlja način da se i drugi korisnici upoznaju sa istim. Isto tako, kada se preuzme postavljeni sadržaj, korisnik ga može poslati tačno određenom licu, drugom Fejsbuk korisniku, koji pri tom ne mora biti na listi prijatelja pošiljaoca. Opcija za označavanje omogućava korisniku da označi drugog korisnika na fotografiji koja je postavljena na mreži.

Kada, nadalje, problem posmatramo iz ugla odnosa između korisnika koji je postavio sadržaj i „prijatelja“ koji je upotrebio neku od navedenih alatki, ne čini nam se da u ovakvom postupanju postoje elementi povrede autorskog prava. Ipak, ne smemo gubiti iz vida činjenicu da upravo ova činjenja (ili bar

58 Primera radi, u američkim medijima objavljena je vest o povredi autorskog prava čuvenog fotografa Rasela Orda (Russel Ord). Naime, Rasel Ord je na svojoj Fejsbuk stranici postavljao fotografije okeana i surfera. Te fotografije, nešto kasnije, su objavljene i u okviru stranice WWW (World Wide Wave). Autor se potom obratio administratorima stranice (page) sa nedozvoljenim sadržajem i zahtevao, ne da se sadržaj ukloni, već da mu se za korišćenje isplati odgovarajuća naknada. R. Britt, „Is Facebook the New Breeding Ground for Copyright Infringement?“, dostupno na adresi: <https://fstoppers.com/other/facebook-new-breeding-ground-copyright-infringement-3252>, 22. februar 2016.

većina njih) predstavljaju radnje daljeg komuniciranja sadržaja izvan kruga subjekata koje je odredio korisnik. Naime, ukoliko, primera radi, korisnik izabere najuži krug ili samo jednog prijatelja kojem će sadržaj biti dostupan, moguće je da označeni subjekt izborom opcije „podeli“ izađe iz kruga prijatelja koje je tvorac prvobitnog sadržaja imao u vidu. Isto se dešava i označavanjem subjekata na fotografijama, jer ona tada može da postane vidljiva i krugu prijatelja označenog lica, ili, pak, „pominjanjem“ (*mention*) prilikom deljenja sadržaja.

U svim navedenim primerima reč je, zapravo, o svojevrsnom povezivanju (*linking*) sa sadržajem drugog korisnika. S tim u vezi, smatramo potrebnim na ovom mestu se osvrnuti i na noviju sudsku praksu Suda pravde EU, u slučaju *Svensson*⁵⁹, u kojem se ocena dopuštenosti ovakve razmene autorskopranog sadržaja ceni spram kriterijuma „nove javnosti“. Naime, kako se u ovoj odluci ističe, kada je reč o upućivanju na sadržaj koji je putem Interneta svi-ma dostupan, ne postoji povreda autorskog prava, osim ukoliko je time zaštićeni sadržaj postao dostupan i subjektima koje titular prava nije imao u vidu prilikom činjenja dela dostupnim javnosti.⁶⁰ Primenom ovog kriterijuma, koji pri tom autorovo ovlašćenje sužava na radnje primarnog saopštavanja⁶¹, mogli bismo zaključiti da se dalje umnožavanje i činjenje dostupnim korisnikovog sadržaja od strane subjekata kojima je on bio dostupan može smatrati povredom prava.⁶² U prilog tome govori i obaveza, koju korisnici registovanjem na mrežu preuzimaju, da se objavljenim sadržajem ne krše, niti ugrožavaju tuđa prava.⁶³ Ipak, imajući u vidu navedeno u pogledu korišćenja alatki i stvaranja svojevrsnog kanala kojima se sadržaj širi društvenom mrežom, jasno je da je uloga provajdera u povredi autorskog prava nezanemarljiva.

59 Sud pravde EU, *Nils Svensson, Sten Sjogren, Madelaine Sahlaman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB*, predmet br. C-466/12, 13. februar 2014., dostupno na adresi: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&doclang=EN> (10. mart 2016.).

60 D. Popović, „Povreda autorskog i srodnih prava na Internetu: osvrt na noviju praksu Evropskog suda pravde“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Beograd 2015, 66.

61 D. Popović, *op.cit.*, 67.

62 U jednom slučaju, Apelacioni sud u Briselu je u pitanju da li činjenje dostupnim zaštićenog sadržaja putem povezivanja preko korisnikovog „zida“ (wall) predstavlja povredu prava, dao potvrđan odgovor. Tvrdnju tuženog da je delo dostupno samo krugu njegovih prijatelja, Sud nije uzeo u obzir, budući da je „zid“ javno dostupan. Belgijski Kasacioni sud je navedenu odluku potvrdio. „Does a message on a Facebook wall constitute a copyright infringement?“, dostupno na adresi: <http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/global/belgium/en/Does-message-facebook-constitute-copyright-infringement240615>, 1. februar 2016.

63 čl. 5, st. 1, tačka 1. Uslova korišćenja usluge.

5. Odgovornost za povredu autorskog prava putem Fejsbuka

Sporni odnosi koji nastanu između korisnika i kompanije Fejsbuk, prema Uslovima korišćenja usluge, rešavaju se pred Okružnim sudom distrikta Severne Kalifornije, u Sjedinjenim Američkim Državama, a tamošnje pravo se određuje kao merodavno.⁶⁴

Ne ulazeći u pitanja da li primena ove odredbe ima izuzetke⁶⁵, u narednom delu ćemo izložiti pravila koja se odnose na odgovornost ovog internet posrednika.

Prema pravu Sjedinjenih Američkih Država, internet posrednici ne odgovaraju za povredu autorskog prava, ukoliko je njihovo ponašanje u pogledu nastupele povrede autorskog prava pasivno.⁶⁶ Tako, obični posrednici (*mere conduit*) u komunikaciji, shodno činjenici da podatke koji su uključeni u razmenu samo privremeno pohranjuju, ne odgovaraju za prenos neovlašćenog sadržaja⁶⁷, osim ako nisu inicirali komunikaciju, ili ne vrše odabir informacija koje se prenose, ili ne menjaju sadržaj prenesenih podataka, ili pak ne čuvaju sadržaj na način koji omogućava pristup od strane trećih lica. Kada su u pitanju *caching* provajderi, njihova usluga podrazumeva prenos podataka, koji je iniciran od strane trećeg, do servera drugog korisnika i automatsko čuvanje (skladištenje) navedenog sadržaja. Medjutim, ukoliko su obavešteni o povredi autorskog prava, *caching* provajder je u obavezi da sporni sadržaj odmah ukloni. U suprotnom, snosiće odgovornost za povredu prava⁶⁸. *Hosting* provajderi se pozivaju na odgovornost ukoliko su znali ili morali znati da je putem njihove usluge izvršena povreda prava, odnosno koji su o nastupeloj povredi

64 Čl. 15.st. 1 Uslova korišćenja usluge

65 Nedavno se o jednom sličnom sporu izjašnjavao i Sud pravde Evropske unije, u predmetu povodom povrede prava na zaštitu ličnih podataka, *Max Schrems v. Data Protection Commissioner*, C-362/14, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0362&qid=1457796603225&from=EN>, 3. mart 2016.

66 A.W.Bagley, J.S.Brown, „The Broadcast Flag: Compatible With Copyright Law & Incompatible With Digital Media Consumers“, *IDEA – The Intellectual Property Law Review*, 5/2007, 607-656, D. W. Kopko, „Looking for a Crack To Break the Internet's Back: The Listen4ever Case and Backbone Provider Liability Under the Copyright Act and DMCS“, *Computer Law Review and Technology Journal*, Vol. 8/2003, A. Kumar, „Internet Intermediary (ISP) Liability for Contributory Copyright Infringement in USA and India: Lack of Uniformity as a Trade Barrier“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 19/2014, 272-281.

67 Par. 512a The Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, 20. februar 2016.

68 Par. 512b DMCA.

obavešteni, a sporni sadržaj nisu odmah uklonili. Ipak, ukoliko nisu ostvarili finansijsku korist koja je u vezi sa navedenom povredom, ni svest o povredi ih ne čini odgovornim. Isto se odnosi i na uslugu preporučivanja (*referencing*), odnosno povezivanja (*linking*) sa spornim sadržajem putem brojnih alatki (*index, reference, pointer, hypertext link*, itd.)⁶⁹

S obzirom na to da Fejsbuk, prema uslugama koje pruža, jeste hosting provajder, pitanje odgovornosti koje je regulisano odredbama tamošnjeg zakona neophodno je analizirati i u kontekstu Uslova korišćenja usluga ove kompanije, odnosno posebnih pravila koja čine sastavni deo navedenih Uslova.⁷⁰

Najpre, korisnik se, prilikom otvaranja profila i saglašavanja sa opštim uslovima, obavezuje da neće postavljati sadržaj kojim se povređuju tuđa prava.⁷¹ U slučaju da do toga ipak dođe, subjekt čije je pravo povređeno, konkretno čiji je autorskopravno zaštićen sadržaj postavljen bez njegove saglasnosti na Fejsbuk, je pozvan da svoje pravo štiti posredstvom Fejsbuka. Istina, moguće je da se zaštita vrši i samostalno, odnosno da korisnik neposredno kontaktira subjekta koji je povredu izvršio. U tom slučaju se, međutim, kompanija ograđuje od sopstvene odgovornosti: izričito se navodi da se neće smatrati da je upoznata sa povredom prava.

Naime, subjekt može da se obrati Fejsbuku putem popunjavanja onlajn obrasca, bez obzira na to da li je korisnik ove društvene mreže ili ne. Obrazac sadrži podatke o podnosiocu izveštaja koje se odnose na lično ime, elektronsku poštu i broj telefona, kao i na sadržaj za koji se tvrdi da je neovlašćeno postavljen, kao i opis radnji koje prema oceni zainteresovanog lica čine povredu prava. Uz to, podnosilac izveštaja treba da pruži što više podataka o korisniku za kojeg tvrdi da je povredio autorsko pravo, odnosno da neposredno prosledi internet lokaciju na kojoj se nalazi nedozvoljeni sadržaj. Navedeni elektronski obrazac takođe sadrži i izjavu podnosioca datu pod materijalnom i kaznenom odgovornošću, da je on titular prava ili da ima ovlašćenje da u ime titulara prava postupa na navedeni način. Isto tako, odnosni subjekt može da se obrati ovlašćenom zastupniku Fejsbuka putem elektronske pošte ili na drugi način kojim se može takva komunikacija dokazati. U potonjem slučaju, koji je znatno sporiji, lice čije je pravo povređeno treba da sastavi tužbu zbog povrede autorskog prava.

69 Par. 512d DMCA.

70 Reporting Copyright Infringement, dostupno na adresi: <https://www.facebook.com/help/249141925204375>, (1. februar 2016.). Ovim pravilima kompanija nastoji da osigura svoju savesnost, zbog koje bi i njena odgovornost bila isključena.

71 Čl. 5. Uslova korišćenja usluga.

Nakon što primi elektronski izveštaj o navodnoj povredi autorskog prava, Fejsbuk ga procesuirá, odnosno razmatra navode korisnika i odlučuje o daljoj sudbini nedozvoljenog sadržaja. Najčešće se on uklanja sa profila označenog korisnika, kojem se dostavljaju podaci o prijaviocu i opis autorskog dela za koji se tvrdi da je neovlašćeno korišćen. Ukoliko smatra da su navodi prijavioca neosnovani, Fejsbuk upućuje označenog korisnika da u neposrednom kontaktu sa prijaviocem razreši međusobni spor ili da podnese kontra-izveštaj. Konačno, ukoliko Fejsbuk smatra da je u konkretnom slučaju to opravdano, po pravilu, kada je reč o ponovljenim povredama, moguće je da licu za čiji nalog se vezuje navodna poveda autorskog prava bude privremeno ili trajno ugašen nalog.

Ono što bitno ograničava korisnika da stupi u neposredni kontakt jeste pitanje koje prelazi okvire autorskog prava. Naime, vrlo često korisnički nalozi ne identifikuju u dovoljnoj meri subjekta koji upravlja sadržajem. Da bi mogao da vrši svoja ovlašćenja, autor odnosno nosilac autorskog prava treba da identifikuje dužnika obaveze koja je proistekla iz povrede putem Fejsbuka. Stoga se autor obraća upravo kompaniji koja takvim podacima raspolaže. Fejsbuk, pak, shodno Uslovima korišćenja usluga, te podatke po pravilu i ustupa. Ukoliko bismo na ovom mestu ostavili po strani pitanja koja se tiču zaštite prava ličnosti, tačnije privatnosti i činjenice da se ovi podaci skupljaju i čuvaju po osnovu prilično spornih ugovornih odredaba, najveći pravni problem koji se u ovoj okolnosti nameće jeste pitanje da li je Fejsbuk ovlašćen da takve podatke daje na zahtev korisnika?⁷² Još veći teret u pravnom smislu nosi okolnost da kompanija odlučuje o postojanju autorskog prava i njegovom titularu u postupku koji sama sprovodi i koji je netransparentan. Ove činjenice ostavljaju prostora brojnim zloupotrebama, koje između ostalog, mogu rezultirati neopravdanim uskraćivanjem usluge i osnovne građanske slobode razmene informacija.⁷³

72 M. Reljanović, „Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Beograd 2015, 129-133.

73 S. Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. Dušan Popović), Beograd 2015, 96-111. U praksi su takvi primeri brojni i izazivaju prilično burne reakcije korisnika. Štaviše, u pojedinim slučajevima su ukinuti nalozi korisnika koji su imali pravo da delo koriste, primera radi zato što je istekla autorskopravna zaštita, a u pojedinim se, pak, korisnicima uskraćuju Fejsbuk usluge bez ikakvog objašnjenja, osim naznake da je njihov sadržaj nedozvoljeno korišćen. Vid. E. Protalinski, „Facebook confirms it shut down The Cool Hunter’s Facebook Page over copyright infringement“, dostupno na adresi: <http://thenextweb.com/facebook/2012/10/05/facebook-confirms-it-shut-down-the-cool-hunters-facebook-page>

Konačno, internet posrednik se može osloboditi odgovornosti za povredu autorskog prava, ukoliko iz takvog postupanja za njega ne proizlazi ekonomska korist.⁷⁴ Ako uzmemo u obzir poslovnu strategiju kompanije Fejsbuk, prema kojoj su usluge pretežnim delom besplatne, nije nezamislivo da pozivom na ovu okolnost kompanija izbegne odgovornost, tim pre što u praksi nije uvek lako dokazati da konkretan nedozvoljeni sadržaj stoji u vezi sa ostvarenim prihodom.

6. Zaključak

O uticaju društvenih mreža, naročito Fejsbuka, na život savremenog čoveka danas se može govoriti iz različitih uglova. Jedan od njih jeste i autorsko pravo, o kojem je u ovom radu bilo reči.

Naime, činjenica da se društvene mreže zasnivaju na savremenim Internet platformama, koje korisnicima omogućavaju da učestvuju u kreiranju sadržaja, otvara brojna pitanja u autorskom pravu modernog doba. Neka od njih, kao što su pitanja konkretnih autorskopравnih ovlašćenja u vezi sa iskorišćavanjem na globalnoj računarskoj mreži, su donekle prevaziđena normativnim intervencijama u sadržaj samog autorskog prava, odnosno uspostavljanjem isključivog ovlašćenja autora na javno saopštavanje dela uključujući interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti sa mesta i u vreme koje korisnik odabere. Druga se, pak, rešavaju širokim tumačenjem relevantnih odredaba. Treća grupa spornih pitanja, ona koja se tiču odgovornosti za povredu autorskog prava na Internetu u vezi sa sadržajem u čijem kreiranju je učestvovao korisnik, i pored značajne aktivnosti na normativnom planu, još uvek ostaju otvorena. Iako ne stoje u neposrednoj vezi sa potonjim, Uslovi korišćenja usluga Fejsbuk društvene mreže u značajnoj meri daju okvire u kojima ova kompanija „legalno“ posluje. Ovo je posebno zanimljivo za domaće autore, budući da je aktivnost na Fejsbuku prisutna i na ovim prostorima.

Stoga ćemo u ovom delu rada o odnosu korisnika i Fejsbuka, povodom sadržaja koji uživa autorskopравnu zaštitu, istaći najrelevantnije. Najpre, registrovanjem na društvenoj mreži Fejsbuk, korisnik se saglašava sa Uslovima ove kompanije.

over-copyright-infringement/#gref, 19. februar 2016, A. Lee, „Facebook Closes Pages Because Of False Copyright Infringement Claims“, dostupno na adresi: http://www.huffingtonpost.com/2011/04/28/facebook-pages-copyright-infringement-claims_n_855029.html, 19. februar 2016, N. Zipkin, „French Court Rules Facebook Can be Sued for Censorship in Nude Painting Case“, dostupno na adresi: <http://www.entrepreneur.com/article/270785>, 20. februar 2016.

74 S. Radovanović, Građanskopравna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, 88.

U pogledu autorskog prava, Fejsbuk aktom registrovanja postaje neisključivi titular svih ovlašćenja u vezi sa zaštićenim sadržajem korisnika-autora. Imajući u vidu odredbe domaćeg prava, koje pri tom korenspondiraju sa pravom Evropske unije, neizostavno nam se nameće zaključak da je pravna valjanost analiziranih odredaba Uslova prilično sporna. Međutim, čini nam se da je njihova istinska funkcija zapravo isključenje, odnosno ograničenje odgovornosti za povredu autorskog prava koja se nesumnjivo događa razmenom sadržaja u okviru društvene mreže. Saglasnost korisnika na izvestan način obezbeđuje savesnost kompanije, zbog čega je i njena odgovornost isključena, ili bar umanjena. Isti značaj imaju i pravila o izveštavanju kompanije o povredama učinjenim od strane drugih korisnika. Pod ovakvim okolnostima, korisniku-autoru ne preostaje ništa drugo sem da se, radi zaštite autorskog prava, upušta u neizvesne i skupe sporove protiv pojedinaca.

Prof. Dr. Sanja Radovanović

Assistant Professor, University of Novi Sad – Faculty of Law

COPYRIGHT AND FACEBOOK, WITH SPECIAL REFERENCE TO SERBIAN LAW

Abstract: Since its inception, Internet, a global computer network, is the mean of the information exchanging. This function exists nowadays as well. However, the communication that takes place via a global computer network is significantly different compared to its pioneer phase. On the one hand, the number of computer users has dramatically increased. In addition, the range of devices that allow connection to the Internet is extremely wide. Thus, additional to traditional PCs, the Internet is also available in mobile devices or television receivers. In other words, it is available to everyone and at any time. Besides, the fact that modern web platform allows users to participate, actively, in creation of the content available on the Internet, makes the Internet dominant form of communication. Such technological environment has inspired internet intermediaries to create new services, integration into social networks. In a relatively short period of time, social networks have evolved into a true social phenomenon, which in many respects shook the now traditional principles of modern legal systems. In this paper, we will retain only the relevant copyright issues related to user-generated content of one of the largest social network, Facebook. In this regard, special attention will be paid to the mutual relation of Terms of Use, with which the user, signing up the social network, agrees, and which are the legal framework of copyright work exploitation.

Keywords: Copyright. – Facebook. – Exploitation of copyrighted work. – Facebook Terms of Use. – Liability for copyright infringement.

dr Andrea Radonjanin

advokat saradnik u kancelariji Moravčević Vojnović i Partneri OAD Beograd

PRIMENA PRAVILA O ODGOVORNOSTI HOST PROVAJDERA: ISKUSTVO NOSIOCA PRAVA IZ SRBIJE

Rezime: Internet posrednici, kao što su host provajderi, igraju ključnu ulogu u omogućavanju komunikacije putem Interneta. Zbog svojih tehničkih mogućnosti, host provajderi su pod sve većim pritiskom da vrše provere i ograničavaju sadržaje na Internetu. Međutim, u praksi su host provajderi generalno veoma neodlučni u pogledu toga da blokiraju određeni sadržaj samo po zahtevu nosioca prava jer to od njih najčešće zahteva analizu pravnih pitanja i procenu da li je određena radnja legalna ili predstavlja povredu prava. Ovaj rad ima za cilj da, kroz analizu nedavnog slučaja koji se našao pred Privrednim sudom u Beogradu, ukaže na neke od praktičnih problema koji se javljaju prilikom primene pravila o odgovornosti host provajdera.

Ključne reči: Pravo intelektualne svojine. – Povreda prava na Internetu. – Host provajderi. – Privremene mere. – Praksa Privrednog suda u Beogradu.

1. Uvod

Od pojave pa do danas, Internet je posvedočio neverovatnu ekspanziju. Brz razvoj tehnologije, kao i sve raznovrsniji načini upotrebe intelektualne svojine, značajno su uvećali i opseg i učestalost mogućih zloupotreba¹. Rast Internet okruženja otvara ozbiljna pitanja i stvara poteškoće u praktičnoj primeni odredaba pozitivnog prava iz oblasti prava intelektualne svojine, koje se pre svega odnose na zaštitu od povrede prava na Internetu – tačna identifikacija

1 Prema nekim skorašnjim istraživanjima, na primer, procenjuje se da se oko 90% slučajeva povrede autorskog prava na filmskim delima dogodi na Internetu – u: J. B. Nordemann, „Liability for Copyright Infringement on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2/2001, 37.

počinilaca i učesnika u povredi, efikasne i odgovarajuće mere za suzbijanje tekućih i budućih povreda, odgovornost posrednika u ovom procesu – samo su neki od problema za koje pravo intelektualne svojine treba da iznađe rešenje. Iako pravo intelektualne svojine nastoji da održi korak sa tehnološkim razvojem i novim dostignućima, pitanje je da li postojeća zakonska rešenja nude zaista operativne i praktično korisne mehanizme za zaštitu intelektualne svojine od povreda na Internetu.

Na primer, zamislite da ste nosilac prava na određenoj intelektualnoj svojini. Proizvodite, recimo, TV program, i imate isključiva prava na takav sadržaj – uložili ste vreme, znanje i sredstva da proizvedete sadržaj, uredno regulišete prava i obaveze svih lica uključenih u ovaj proces, pribavljate i plaćate sve neophodne licence za sadržaj trećih lica, i kontinuirano ulažete da biste stvorili i održali prepoznatljiv brend. Godinama emitujete svoj TV program i dajete licencu društvu koje prodaje pretplatu za Internet protokol televizijske usluge (“IPTV”), a sve ovo po realnoj ceni imajući u vidu troškove proizvodnje sadržaja.

Onda saznate da piratski operater na određeni način konvertuje signal vašeg TV programa u Internet protok (engl. *Internet stream*), prodaje IPTV pretplate koje korisnicima omogućavaju da gledaju vaš program, pod vašim imenom i žigom, uživo putem Interneta širom sveta – naravno, po mnogo nižoj ceni od vaše. Pokušate da ga odmah zaustavite, ali pirat je u potpunosti prikrrio svoje poslovanje. Njegova Internet stranica je registrovana na fizičko lice koje ne možete da pronađete, društvo koje prodaje pretplate korisnicima je registrovano u Belizeu, ali na tamo navedenoj registrovanoj adresi ne nalazi se ništa, banka naravno ne želi da vam otkrije informacije o vlasniku bankovnog računa, Opomene pred tužbu koje šaljete mejlom ne daju rezultate. Kako da brzo i efikasno zaustavite povredu svojih prava i izbegnete dalje uvećavanje štete ako je onaj ko povređuje vaša prava praktično duh?

U tom slučaju, možda jedini način da pokušate da brzo zaustavite dalju povredu prava jeste po osnovu odgovornosti Internet posrednika, tačnije Host provajdera, budući da vaš štetnik čuva sadržaj kojim povređuje vaša prava na njihovim serverima širom sveta, koristi njihove usluge skladištenja i prima uplate preko njih. Međutim, iako postojeća zakonska rešenja predviđaju mogućnost da „aktivirate“ odgovornost Internet posrednika i da od njih zahtevate da brzo onemoguće pristup sadržaju kojim se povređuju vaša prava, pokušaj praktične primene ovih pravila dovodi do niza prepreka i nedoumica koji značajno ograničavaju njihovu efikasnost, o čemu će biti više reči u nastavku ovog rada.

2. Odgovornost host provajdera uopšteno

2.1. Ko su internet posrednici i host provajderi?

Internet posrednici su ona tehnička lica čija je delatnost posredovanje na Internetu između različitih korisnika. Oni zapravo omogućavaju infrastrukturu uz pomoć koje se odvija komunikacija između korisnika Interneta². Usluge koje oni pružaju se najčešće uopšteno razvrstavaju u tri grupe: obično posredovanje (engl. *mere conduit*), *caching* usluge i hosting usluge³.

Host provajderi (engl. *web hosts, content providers*), kao posebna vrsta internet posrednika, su ona lica koja skladište podatke koje korisnik postavlja na Internet neograničeno vreme⁴. Ova vrsta Internet posrednika zapravo svojim korisnicima prodaje prostor na Internetu na kome korisnici mogu da čuvaju svoj sadržaj. Praksa poznaje različite modele poslovanja host provajdera – *User Generated Content* provajderi su oni posrednici koji svojim korisnicima nude određeni memorijski kapacitet za smeštanje podataka koji se postavljaju na Internet, dok takvim sadržajem upravljaju sami korisnici (na primer, *Facebook* i *YouTube*); *File host* provajderi su oni koji se ograničavaju na samo pružanje memorijskog prostora, pri čemu provajder u ovom slučaju svojim korisnicima ne obezbeđuje nikakvu prateću strukturu za sadržaj koji skladište, već ovo rade sami korisnici (na primer, *Rapidshare*); *Link-sharing* sajtovi su posrednici koji omogućavaju vezu (link) sa sadržajem koji je uskladišten kod *file host* provajdera; *Index host* provajderi na Internetu pružaju indeks usluge (koje najčešće automatski sastavlja softver) uz pomoć koga korisnici lakše mogu da nađu određeni sadržaj (tako je na primer *Piratebay* indeks pretraživač za muzičke i filmske fajlove koji se nalaze unutar Bit-torrent mreže)⁵; itd.

Iako veliki broj korisnika usluge host provajdera, i uopšte Internet posrednika, koristi savesno i u dobroj veri, upravo su te usluge sve češće predmet

2 J.B. Jütte, „The Beginning of a (Happy?) Relationship: Copyright and Freedom of Expression in Europe“, *European Intellectual Property Review* 38/2016, 10.

3 A. Hurst, „Data privacy and intermediary liability: striking a balance between piracy, reputation, innovation and freedom of expression“, *Entertainment Law Review* 2016.

4 Ovako su posrednici definisani, na primer, Čl. 14 Direktive o elektronskoj trgovini (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>, 20. mart 2016.

5 J. B. Nordemann, 38.

zloupotrebe od strane onih koji svesno koriste i povređuju tuđa prava intelektualne svojine kako bi svoju robu ili usluge prodali na Internetu. Internet posrednici nisu nužno direktno povezani sa povredom prava, međutim činjenica da prodaju pristup i prostor na Internet serverima da bi njihovi korisnici mogli da ponude svoje usluge na Internetu i time praktično omogućavaju postavljanje nedozvoljenog sadržaja i njegovo deljenje na Internetu, čini ih učesnicima u ovom procesu te pruža osnov za njihovu posrednu odgovornost.

2.2. Odgovornost host provajdera

Svaki akt povrede prava uključuje postojanje štetnika i lica čija su prava povređena (oštećenog). To opšte pravilo u osnovi nije ništa drugačije ni u slučaju povrede prava na Internetu. Međutim, prenos komunikacije i sadržaja na Internetu vrši se uvek uz pomoć Internet posrednika. Stoga, povreda prava na Internetu ne može nastati bez namernog ili bar nehotičnog učešća Internet posrednika, kao subjekata koji omogućavaju vršenje komunikacije, protok sadržaja i samim tim nastanak povrede⁶. Imajući ovo u vidu, neophodno je normativno urediti odgovornost internet posrednika, a posebno host provajdera, za povrede prava na Internetu. Kako Internet posrednici svojom uslugom omogućavaju postavljanje i protok nedozvoljenog sadržaja i njegovo deljenje medju korisnicima, njihova odgovornost je po pravilu posredna (podeljena ili odgovornost za drugog), i njeno utvrđivanje se, prema opštim pravilima o odgovornosti, zasniva na pitanju savesnosti, odnosno pitanju da li je internet posrednik znao ili morao da zna da se putem njegove usluge vrši povreda autorskog prava⁷. Uz to, odgovornosti posrednika je opravdana i iz praktičnih razloga – naime, internet posrednici imaju tehničke kapacitete da brzo zaustave povredu prava kroz praćenje protoka sadržaja i implementiranje filtera i mera kojim se lako može sprečiti dalja povreda, tako što mogu,

6 M. Prizambada i D. Angusman, „Striking a balance between liability of internet service providers and protection of copyright over the Internet“, *Journal of Intellectual Property Rights* 14/2009, 322.

7 S. Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Zbornik Intelektualna Svojina i Internet* 2015, 83; Opširnije o tome M. Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2014, 75-90, E. Smith, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, *68 Wash. & Lee Law Review* (2011), 1555-1588.

na primer, da ugase internet stranicu, da blokiraju pristup određenom sadržaju ili da obrišu određenu datoteku⁸. Ovo je posebno važno imajući u vidu da je Internet okruženje u kome je lako ostati anoniman te je ponekad gotovo nemoguće identifikovati i locirati pravog štetnika, dok su sa druge strane posrednici uvek poznati⁹.

Sa druge strane, postoje i argumenti u prilog tome da bilo kakva odgovornost posrednika mora biti ograničena. Prvo, posrednici su u principu pasivni subjekti i njihova je uloga ograničena na to da prenose informacije a ne ih kreiraju i postavljaju na Internet. Potpuno je nepraktično, a nije ni opravdano očekivati da će moći da nadgledaju sav sadržaj koji prenose. Iako Internet posrednici imaju mogućnost da vrše filtriranje i blokiranje određenog sadržaja, protok informacija na Internetu je enorman a filteri koje oni koriste su najčešće automatski. Takođe, čak i ukoliko bi mogli da prate sav sadržaj, za njih je praktično gotovo nemoguće da uvek jasno razluče između legalnih i nelegalnih radnji svojih korisnika¹⁰. Konačno, neograničena odgovornost posrednika može podstaći štetni i preterani nadzor mreža i komunikacija i primenu intruzivnijih načina identifikacije navodnih štetnika, što sa druge strane može da vodi kršenju privatnosti korisnika.

Kao i kod većine pitanja čije se regulisanje razmatra unutar ili u vezi sa pravom intelektualne svojine, i ovde se debata suštinski svodi na pitanje balansa u specifičnom ekonomskom, kulturnom i političkom pejzažu. Ključni zahtev je postići ravnotežu između brojnih različitih i često suprotstavljenih interesa – interesa titulara prava, korisnika, posrednika i javnosti; interesa društva u celini i određenih grupa; zaštite prava sa jedne strane i slobode govora, stimulacije daljeg stvaranja i slobodne konkurencija sa druge strane. I dok potraga za ravnotežom ni u kom slučaju nije nov izazov u pravu¹¹,

8 D. Osborne, „Copyright and trademark infringement on the net-looking to the Internet provider first“, <http://www.iprights.com/cms/templates/articles.aspx?articl>, 10 februar 2016.

9 V. K. Unni, „Internet service providers liability for copyright infringement – how to clear the misty Indian perspective“, *Richmond Journal of Law and Technology* 8/2001.

10 J.B. Jütte, 10.

11 Opširnije vid. A. Wechsler, „The Quest for Balance in Intellectual Property Law: A New Paradigm or a Fad?“ 2009, <http://www.atrip.org/Content/Essays/Andrea%20Wechsler.pdf>, 10 februar 2016; M.K. Holt, „In Search of Equilibrium: Intellectual Property, Anti-trust and the Personal Computer Industry“, *Software Law Journal*, 4/1989, 577-595; A. Taubman, „TRIPS Jurisprudence in the Balance. Between the Realist Defense of Policy Space and a Shared Utilitarian Ethic“, *Ethics and Law of Intellectual Property, Current*

svakako je jedan od ključnih aspekata koji je neophodno imati u vidu prilikom normativnog uređenja pitanja odgovornosti Internet posrednika. Ovo posebno imajući u vidu da je pravo intelektualne svojine, više nego ikad, pod lupom svetske javnosti, kako na teorijskom tako i na praktičnom nivou. Tako mnogi u savremenoj pravnoj teoriji tvrde da je pravo intelektualne svojine na jednoj od svojih kriznih tačaka¹², na raskrsnici¹³ i ukazuju na različite razloge i moguće pravce redizajniranja sistema. Na svakodnevnom, laičkom nivou, čini se da su turbulencije jednako duboke¹⁴. Bilo kakva naznaka proširenja postojećih obaveza i odgovornosti nailazi na ozbiljan otpor onih koji zagovaraju besplatno korišćenje radova, kraći rok zaštite, obavezne izuzetke, ili čak potpuno napuštanje sistema uz izgovor da „svaki dan donosi neku novu Internet horor priču o preteranoj primeni prava intelektualne svojine”¹⁵.

Shodno ovome, opseg odgovornosti Host provajdera i mere koje oni treba da primene radi zaštite prava na Internetu su uvek aktuelna pitanja i predmet konstantne debate. Sa druge strane, oduvek je postojao generalni konsenzus da Internet posrednici ne treba da odgovaraju za sadržaj koji skladište za treća lica ukoliko nemaju saznanju o tome da se putem njihove usluge vrši povreda

Problems in Politics, Science and Technology (ed. Ch. Lenk), Ashgate Publishing, London, 2007; D. Gervais, „The Changing Landscape of International Intellectual Property“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2006, 249 – 251.

- 12 K. N. Peifer, „The Return of the Commons – Copyright History as a Common Source“, *Privilege and property: essays on the history of copyright* (eds. Kretschmer, L. Bently i R. Deazley), Open Book Publishers, Cambridge, 2010, 349.
- 13 V.Nabhan, „Opening speech“ *Global Copyright: Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace* (eds. L. Bently, U. Suthersanen, i P. Torremans), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, 2.
- 14 Ovo vrlo dobro ilustruju neki nedavni događaji koji su direktno povezani, između ostalog, i sa pitanjem odgovornosti host provajdera. Tako su na primer, predloženi zakoni *Protect IP Act* (PIPA), *Stop Online Piracy Act* (SOPA) i *The Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA) izazvali oštre reakcije širom sveta zbog bojazni da vode narušavanju slobode govora i otvorenog Interneta i uvodenju onlajn cenzure. Argumentacija koju su izložili pravni eksperti, uz radikalne mere pojedinih laika (Članovi *Anonymous*, grupe hakera, preuzeli su odgovornost za rušenje Internet stranica određenih institucija kao što su *Justice Department*, *FBI*, *Universal Music Group*, *Recording Industry Association of America*, *Motion Picture Association of America* i *CBS.com*), ali i značajnog dela industrije (u znak protesta su, na primer, *Google*, *Facebook*, *eBay*, *Twitter* i *Yahoo* „cenzorisali“ svoje Internet strane na jedan dan, dok su *Wikipedia*, *Craigslist*, *Reddit* i *TwitPic* potpuno ugasili svoje stranice) su, na kraju, doveli do odlaganja ili potpunog odustajanja od usvajanja spornih zakona u predloženom obliku.
- 15 J. Boyle, *The Public Domain*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, 7.

prava trećih lica, ali i da je u interesu nosioca prava, a i u javnom interesu, da Internet posrednici u određenim situacijama deluju što je brže moguće imajući u vidu velike mogućnosti širenja zabranjenog sadržaja putem Interneta. Kao rezultat, gotovo globalno su uvedene odredbe o ograničenoj odgovornosti host provajdera (i internet posrednika uopšte) koje ih obavezuju da, nakon što su jasno obavješteni o povredi prava, bez odlaganja uklone nezakoniti sadržaj sa servera, preduzmu razumne radnje i implementiraju razumne mere da bi sprečili dalju povredu prava.

3. Odgovornost host provajdera iz ugla nosioca prava iz Srbije

U slučaju koji je se nedavno našao pred Privrednim sudom u Beogradu, nosioci prava (više pružalaca usluga kablovske televizije iz Republike Srbije i Bosne i Hercegovine, kao i pružalac IPTV usluga iz Srbije, nadalje poverioci) su tokom 2013 godine saznali da privredno društvo iz Austrije iza koga se nalazi više srpskih državljana (nadalje dužnik)¹⁶ bez dozvole prodaje njihov sadržaj.

Dužnik je u okviru svoje delatnosti svojim korisnicima nudio usluge IPTV televizije, tako što je putem svoje Internet stranice vršio prodaju IPTV uređaja (*IPTV box*) koji preko Internet konekcije korisnicima omogućavaju praćenje brojnih TV programa, radio kanala i drugih sadržaja. IPTV televizija se od tradicionalne televizije razlikuje u tome što se distribucija televizijskih i drugih sadržaja vrši putem Interneta – korisnik uz pomoć IPTV uređaja pristupa sadržajima putem Interneta, odabira željeni paket i aktivira uslugu. Za uslugu koju je odabrao, korisnik plaća mesečnu nadoknadu uplatom odgovarajuće mesečne pretplate na račun dužnika (u ovom slučaju, korišćenjem usluga *PayPal* posrednika). U okviru kanala koje su korisnici ovim putem mogli da prate preko dužnika nalazio se veliki broj domaćih i inostranih TV kanala, serija i filmova, uključujući i programe poverilaca. Na svojoj internet stranici, dužnik je prikazivao i žigove poverilaca i kopirao celokupnu šemu TV programa poverilaca koji je sa svim svojim sadržajima bio dostupan korisnicima putem IPTV usluge.

16 Nosioci prava su u ovom radu definisani kao „poverioci“ a privredno društvo koje je vršilo povredu njihovih isključivih prava kao „dužnik“, budući da su tako definisani u Rešenju o određivanju privremenih mera koje je predmet analize ovog rada

Kako su to nakon analize IPTV uređaja ustanovile IT službe Poverilaca, tehnički je ovaj celokupan proces izgledao tako da je dužnik uz pomoć svoje opreme „hvatao“ signal koji emituju Poverioci i konvertovao ga u Internet protok [*Internet stream*]. Zatim je tako konvertovan sadržaj skladištio na Internet serverima koji su se nalazili u vlasništvu trećih lica, host provajdera¹⁷, od kojih je dužnik zakupljivao neophodne serverske kapacitete. Nakon toga, dužnik je korisnicima, koji se nalaze bilo gde na svetu, prodavao IPTV uređaje kojima su mogli da pristupe na tako zakupljene servere i sa njih direktno gledaju sadržaje koje je dužnik tamo postavio.

Po saznanju za povredu i počinioca, poverioci su se direktno obratili dužniku uz upozorenje da nelegalno emituje sadržaj poverilaca i zahtevom da prestane sa povredom njihovih prava. Dužnik nije odgovorio ni na jedan od ponovljenih dopisa poverilaca niti je prestao sa aktivnošću, nakon čega su poverioci angažovali advokate¹⁸.

Fast forward nekoliko meseci unapred – advokati su u više navrata slali opomene pred utuženje bez ikakvog rezultata, pri čemu uručenje dopisa na registrovanu adresu dužnika u Beču nije bilo moguće budući da se dužnik ne nalazi na adresi koja je navedena u austrijskom registru privrednih subjekata, te se sva komunikacija odvijala putem mejl adrese koja je navedena na internet stranici dužnika. U međuvremenu je dostavljen izveštaj privatnog detektiva iz Beča koji je potvrdio da se dužnik sasvim izvesno ne nalazi na adresi na kojoj je njegovo registrovano sedište, te da je, obzirom na to da se dužnik izuzetno trudi da se sakrije, neophodno da se sprovede mnogo detaljnija i sveobuhvatnija istraga kako bi se otkrilo gde se dužnik zaista nalazi i kako je organizovana njegova delatnost. Ubrzo je postalo izvesno da dužnik neće dobrovoljno prekinuti da povređuje prava poverilaca a da je zaista dobro uspeo da prikrije svoje tragove, te da je, radi brzine i efikasnosti neophodno da poverioci usmere zahteve ka host provajderima, dok bi se u međuvremenu pripremao dokazni materijal i razmotrila mogućnost pokretanja sudskog postupka protiv dužnika.

17 U ovom slučaju, dužnik je koristio usluge više host provajdera koji su registrovani u različitim zemljama sveta: SAD (Hosting Services Inc, SoftLayer Technologies Inc., Leaseweb USA, Inc.); Nemačka (Host Europe GmbH, Leaseweb Germany GmbH, myLoc managed IT AG,); Austrija (Video-Broadcast GmbH); Holandija (LeaseWeb B.V., SoftLayer Dutch Holdings BV); Francuska (OVH Systems); i Rumunija (Voxility Srl)

18 Postupke su vodili advokati iz Srbije (Moravčević Vojnović i Partneri OAD), advokati iz Austrije (Solomonowitz / Horak) i advokati Nemačke (Hogan Lovells LLP).

3.1. Zahtevi ka host provajderima

Krajem 2013 poslali su prvi dopisi svim host provajderima u kojima je navedeno da dužnik nema ovlašćenje poverilaca da emituje i prodaje njihov sadržaj i ostavljen im je rok od dve nedelje da onemoguće pristup ili blokiraju sadržaj dužnika koji se nalazi na serverima koje dužnik zakupljuje od posrednika. Imajući u vidu da se host provajderi nalaze u različitim zemljama sveta (Evrope i SAD), te da se, zavisno od zemlje u kojoj se nalaze, na njih mogu primenjivati različita pravila u pogledu „stvarnog saznanja“ o nelegalnom sadržaju podataka koje skladište, host provajderima su u saradnji sa IT službama poverilaca pripremljeni i poslali veoma detaljni dopisi, uz brojne priloge i dokaze koji im omogućavaju da: (i) identifikuju dužnika, (ii) potvrde da su poverioci stvarni nosioci prava na intelektualnoj svojini koja je predmet povrede, (iii) lociraju servere na kojima se sadržaj nalazi, (iv) lociraju, provere i potvrde da dužnik skladišti sadržaj na navedenim serverima kojim se povređuju prava poverilaca, i (v) razumeju na koji način dužnik vrši povredu prava poverilaca. Host provajderi su upozoreni da su im dostavljeni dokazi dovoljni da sprovedu nezavisnu proveru i da se stoga mora smatrati da su stekli stvarno saznanje da dužnik povređuje prava intelektualne svojine poverilaca, te da će biti odgovorni ukoliko ne uklone takav sadržaj sa svojih servera.

Pisma poslata host provajderi postigla su različite, ali uopšteno veoma slabe rezultate. Tako na primer, niti jedan host provajder nije odgovorio na prvi dopis u ostavljenom roku – naime, svi host provajderi su nakon prijema dopisa kontaktirali dužnika koji ih je obavestio da ima ovlašćenje (usmenu licencu poverilaca) da emituje sporne sadržaje. Nakon ovakvog obaveštenja host provajderi, koji očekivano ne žele da ulaze u analizu kompleksnih pravnih pitanja kao što je postojanje i sadržaj licence za distribuciju određenog sadržaja, su se povukli i poverioce uputili da direktno razreše problem sa dužnikom. Zbog toga je, i pored detaljnih dokaza koji su dostavljeni, svega jedan host provajder nakon višemesečne razmene dopisa odlučio da prekine ugovorni odnos sa dužnikom – tačnije, po isteku ugovora o zakupu kapaciteta na serverima, odbio je da zaključi novi ugovor sa dužnikom. Ono što je posebno zanimljivo je da je odlučujući dokaz koji je ovaj host provajder uzeo u obzir prilikom donošenja svoje odluke bilo pitanje povrede žigova poverilaca – host provajder se relativno lako samostalno uverio (i) da su poverioci nosioci međunarodno registrovanih žigova, (ii) da je sadržaj koji dužnik skladišti na

njihovim serverima obeležen tim žigovima, i (iii) da nema javno dostupnih podataka o bilo kakvoj licenci za upotrebu navedenih žigova.

Sa druge strane, dopisi poslani svim ostalim host provajderima nisu izazvali nikakvu reakciju, ili su pak host provajderi, nakon više razmenjenih pisama i direktne komunikacije sa dužnikom koji im je garantovao da ima prava na sadržaj koji skladišti na serverima, obavestili poverioce da su izvršili neophodne provere, ali da i pored toga ne žele da onemoguće pristup ili blokiraju sadržaj. Komunikacija sa host provajderima je posebno otežana i usporena time što su, paralelno sa dopisima zastupnika poverilaca, trpeli veliki pritisak od strane dužnika koji je tvrdio da su navodi poverilaca potpuno neosnovani, da na ovaj način poverioci zapravo pokušavaju da se nezakonito izbore sa konkurencijom, te da će biti odgovorni za štetu koju dužnik može pretrpeti ukoliko ugase servere.

Ovakav rezultat je bio donekle izvestan. Praktična primena bilo kojih pravila o odgovornosti internet posrednika, pa time i host provajdera, očekivano nailazi na niz problema. Prvo, pitanje je šta se može smatrati „stvarnim saznanjem“ o tome da je neki sadržaj nelegalan i koji je zahtevani nivo saznanja o činjenicama i okolnostima koje ukazuju na nezakonit sadržaj ili aktivnosti. Dalje, host provajderi su suštinski tehnička lica i često je teško za njih da se nose sa složenim pravnim pitanjima poput povrede prava intelektualne svojine, budući da može biti veoma teško, čak i za sudove ili advokate, da utvrde da li je i na koji način došlo do povrede ovih prava.¹⁹ Uz to, većina postojećih zakonskih rešenja ih čak ne obavezuje ni da odgovore na zahtev o uklanjanju sadržaja (engl. *Notice and Takedown*), već je dovoljno da oni samo ozbiljno razmotre dokaze koji su im dostavljeni, da sprovedu interne provere i diskreciono odluče da li su dostavljeni dokazi dovoljno „ubedljivi“. Takođe, prava intelektualne svojine su tradicionalno omeđena teritorijalnim granicama koje nisu uvek jasne na Internetu, pa to dovodi do kompleksnih pitanja sukoba zakona. Suočeni sa takvim nejasnoćama i nesigurnošću, a svesni da su postojeća pravila nedovoljno jasna i da se iza njih mogu „zakloniti“, ne iznenađuje da host provajderi ne žele da budu zarobljeni u pravnim sukobima između svojih korisnika i trećih lica, posebno imajući u vidu da oni takođe imaju i sopstvenu ugovornu odgovornost prema svojim korisnicima. Kao rezultat toga, host provajderi se retko odlučuju da preduzmu bilo kakve radnje

19 Vid. *Study on the liability of the Internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf, 20 mart 2016.

protiv štetnika samo na osnovu zahteva o uklanjanju sadržaja za koji nosioci prava tvrde da su rezultat povrede prava (*Notice and Takedown*). Umesto toga, nosilac povređenog prava će, u većini slučajeva, morati da pokrene formalni postupak protiv štetnika (čak i ako je nepoznat) i host provajdera, kako bi na osnovu zvanične odluke nadležnih organa mogao da zahteva uklanjanje štetnog sadržaja.

Zapravo, godinama je sistem obaveštavanje posrednika o povredi prava (*Notice and Takedown*) omogućavao titularima čija su prava povređena da od internet posrednika zahtevaju uklanjanje ili blokiranje sadržaja sa Interneta. U skladu sa ovim pristupom, većina host provajdera je implementirala interne *Notice and Takedown* procedure. Međutim, efikasnost *Notice and Takedown* procedura je vremenom narušena iz više razloga – suštinski, glavni problem je nedostatak nezavisnih, nepristrasnih i balansiranih mehanizama koje posrednici mogu koristiti da utvrde i provere (ne)legalnost spornih sadržaja²⁰. Usled toga, bilo kakvo delovanje posrednika po *Notice and Takedown* zahtevu se svodi na njihovu subjektivnu procenu i veru u to da je određeni sadržaj nelegalan, što je konačno rezultiralo u neodlučnosti i preteranoj opreznosti prilikom onemogućavanja pristupa sadržaju. Upravo zbog ovakve atmosfere, poslednjih godina, drugačiji pristup dobija popularnost unutar EU, gde nosioci prava preko suda zahtevaju izricanje privremene mere koja obavezuje posrednike da blokiraju sadržaj kojim se povređuju njihova prava (*blocking injunctions*)²¹. Ovaj pristup se pokazuje kao posebno pragmatičan u slučajevima gde više različitih host provajderi iz inostranstva skladišti sadržaje štetnika, a titular prava ne može da se osloni na adekvatne mehanizme zaštite u njihovim zemljama registracije²².

- 20 A. Roy i A. Marsoof, „The blocking injunction: a comparative and critical review of the EU, Singaporean and Australian regimes“, *European Intellectual Property Review* 2016, 2. Vid. takođe P. Savola, „Blocking injunctions and website operators liability for copyright infringement for user-generated links“, *European Intellectual Property Review* 2014; R. Arnold „Website blocking injunctions: the question of legislative basis“, *European Intellectual Property Review*, 2015.
- 21 Vid. na primer *Twentieth C. Fox v. BT* (EWHC 608, 2010); *EMI Records v. Sky* (EWHC 379, 2013); *Football association v. British Broadcasting Sky* (EWHC 2058, 2013); *Paramount Entertainment v. British Broadcasting Sky* (EWHC 3479, 2013) (privremene mere blokiranja sadržaja po osnovu povrede autorskog prava); i *Richemont International SA and others v. British Broadcasting Sky* (EWHC 3354, 2014) (privremena mera blokiranja sadržaja po osnovu povrede žiga)
- 22 A. Marsoof, „The blocking injunction – a critical review of its implementation in the United Kingdom in the context of the European Union“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2015, 2.

U praksi, međutim, za nosioce prava, kao što su poverioci u ovom slučaju, to znači da i pored očigledne i evidentne povrede njihovih isključivih prava i milionske štete koju usled toga trpe, više meseci praćenja rada dužnika, privatnih detektiva, prikupljanja dokaza, desetina dopisa upućenih od strane advokata, svakodnevnog proveravanja da li serveri još uvek rade, velikih troškova povezanih sa time, itd. – rezultat izostaje i dužnik i dalje, i sve agresivnije, nastavlja sa povredom njihovih prava. Zakonska odgovornost host provajdera i *Notice and Takedown* procedure koje gotovo svaki od njih deklarativno navodi na svojoj Internet stranici, na ovaj način, ostaju tek mrtvo slovo na papiru.

3.2. Postupak pred Privrednim sudom u Beogradu

Kako dopisi poslati host provajderima nisu doveli do gašenja internet servera, te su time opcije da se vansudskim putem okonča povreda prava poverilaca bile iscrpljene, poverioci su odlučili da protiv dužnika pokrenu sudski postupak u kome bi se tražilo izricanje privremene mere – blokiranje sadržaja poverilaca koji se nalaze na serverima host provajdera. Na ovaj način, posrednici bi se rasteretili tereta donošenja odluka i dobili jasan dokaz da su radnje dužnika nelegalne.

U postupku pokrenutom pred Privrednim sudom u Beogradu, kao prvo postavilo se pitanje nadležnosti za odlučivanje u ovom postupku – dužnik je iz Austrije, većina poverilaca iz Srbije, posrednici se nalaze u različitim zemljama sveta, dok je povreda koju dužnik vrši vezana za Internet i globalna. Imajući u vidu da je stvarna adresa dužnika u Beču bila nepoznata, kao i da su austrijska procesna pravila u pogledu uručenja licu koji se ne nalazi na registrovanoj adresi kompleksna i zahtevaju proceduru koja može da traje i mesecima, postupak je pokrenut u Srbiji.

Nadležnost srpskog suda zasnovana je uzimajući u obzir kriterijum mesta nastupanja štetne posledice. Naime, članom 25. stav 1. tačka 1. Zakona o uređenju sudova²³ propisana je nadležnost privrednih sudova u sporovima između domaćih i stranih privrednih subjekata, a tačkom 2. stava 1. istog člana propisana je nadležnost privrednih sudova u sporovima o zaštiti i upotrebi prava intelektualne svojine između tih privrednih subjekata.

23 Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 40/2015, 106/2015.

Članom 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja²⁴ je propisano da u sporovima o vanugovornoj odgovornosti za štetu nadležnost suda Savezne Republike Jugoslavije postoji ako ta nadležnost postoji ako je šteta nastala na teritoriji Savezne Republike Jugoslavije. Članom 45. Zakona o parničnom postupku²⁵ određeno je da je za suđenje u sporovima zbog vanugovorne odgovornosti za štetu, pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan i sud na čijem je području štetna radnja izvršena ili sud na čijem je području štetna posledica nastupila.

Na predlog poverilaca, u konkretnom slučaju sud je uzeo u obzir to da je štetna radnja kojom se povređuju autorska i srodna prava i žigovi poverilaca učinjena putem Interneta – tačnije korišćenjem Internet stranice i internet servera – kao medija koji ne poznaje teritorijalne granice. Takođe, prilikom ocenjivanja svoje nadležnosti sud je uzeo u obzir da je područje Beograda upravo najbrojnije područje u pogledu kupaca/korisnika televizijskih sadržaja poverilaca, te da je shodno tome štetna radnja, kojom se vrši povreda autorskog i srodnog prava i žigova, učinjena i na području Beograda. Konačno, sud je uzeo u obzir da kod vanugovorne odgovornosti za štetu, štetna posledica uvek nastupa u sedištu oštećenog, a kako je sedište jednog od poverilaca u Beogradu, to je Privredni sud u Beogradu bio mesno nadležan da odluči o predlogu poverilaca o određivanju privremene mere.

3.3. Pravni osnov predloga

3.3.1. Prava poverilaca

Poverioci su privredna društva koja proizvode, distribuiraju i emituju svoje TV kanale. Pored sadržaja trećih lica koje na svojim TV kanalima emituju uz saglasnost tih lica, Poverioci proizvode i emituju i svoj sadržaj (sopstvene emisije) (nadalje emisije) na kojima imaju isključivo autorsko pravo. Naime, članom 134 Zakona o autorskom i srodnim pravima²⁶ predviđeno je da je

24 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82, 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 46/96, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

25 Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014.

26 Zakon o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012.

emisija električni, elektromagnetni ili drugi signal pretvoren u zvučni, vizuelni, odnosno zvučno-vizuelni sadržaj koji se emituje radi saopštavanja javnosti, dok član 135 istog zakona definiše proizvođača emisije kao fizičko ili pravno lice u čijoj je organizaciji i čijim je sredstvima emisija proizvedena. Shodno navedenom, u pogledu sopstvenih sadržaja, poverioci su proizvođači emisija u smislu Zakona o autorskom i srodnim pravima i kao takvi imaju određena imovinska prava u skladu sa istim zakonom, uključujući, između ostalog, isključivo pravo da drugim licima zabrane ili dozvole reemitovanje i činjenje svojih emisija dostupnim na drugi način.

Dalje, i sama šema TV programa, kao raspored programskog sadržaja koje prati kratki siže pobrojanih emisija i najave novih sadržaja (nadalje, šema TV programa) uživa zaštitu kao baza podataka²⁷. Član 138. Zakona o autorskom i srodnim pravima definiše bazu podataka kao „zbirku zasebnih podataka, autorskih dela ili drugih materijala uređenih na sistematičan i metodičan način“ dok je proizvođač baze podataka fizičko ili pravno lice koje je sačinilo bazu podataka tako što je u kvalitativnom odnosno kvantitativnom smislu učinilo značajno ulaganje u pribavljanje, proveru ili prezentaciju njenog sadržaja.

Konačno, poverioci su, u skladu sa Zakonom o žigovima²⁸, i nosioci isključivih prava na žigovima koji su međunarodno registrovani, između ostalog, za Republiku Srbiju (nadalje žigovi).

27 Ovde se misli na dnevnu/nedeljnu/mesečnu šemu TV programskog sadržaja koje su poverioci sačinili i koji su bili objavljeni na Internet stranicama poverilaca, kako bi gledaoci mogli da se informišu o vremenu emitovanja i sadržaju emisija. Dok u našoj sudskoj praksi i pravnoj literaturi nije bilo značajnijih razmatranja o pravnoj prirodi baze podataka (u smislu sui generis zaštite zbirke koja ne ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu zbog nepostojanja originalnosti), u uporednom pravu i sudskoj praksi je, između ostalog, razmatrano upravo pitanje da li šema TV programa (*eng. TV channel guide*) ispunjava uslove za zaštitu kao baza podatka. Vid. na primer: *Ice-TV Pty Limited v Nine Network Australia Pty Limited* (HCA 14 2009) (...”originality of the *Weekly Schedules* lay in the selection and presentation of the time and title information together with additional program information and synopses as a composite whole”); *Radio Telefis Eireann v. Commission of the European Communities* (ECR 1991); *The British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd v. Commission of the European Communities* (ECR 1991); *Independent Television Publications Limited v. Commission of the European Communities* (ECR 1991). Opširnije vid. P. Goldstein i P. B. Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013, 242; R. Clark i M. N. Shuilleabhain, *Intellectual Property Law in Ireland*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2010, 39.

28 Zakon o žigovima, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 10/2013.

3.3.2. Osnov odgovornosti dužnika

Odgovornost dužnika zasnovana je na povredi srodnih i žigovnih prava poverilaca, budući da je dužnik bez prethodne saglasnosti i dozvole poverilaca isticao i prodavao putem svoje internet stranice sadržaje na kojima poverioci imaju isključiva prava – emisije, šemu TV programa i žigove.

Naime, članom 136 Zakona o autorskom i srodnim pravima propisano je da proizvođač emisije ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli re-emitovanje svoje emisije; snimanje svoje emisije na nosač zvuka ili slike, odnosno zvuka i slike; umnožavanje tog snimka u bilo kom obliku i na bilo koji način i stavljanje tako umnoženih primeraka snimka; davanje primeraka snimka emisije u zakup; javno saopštavanje emisija na mestima koje su publici dostupna uz plaćanje ulaznice; interaktivno činjenje dostupnim javnosti emisije. Posebno, članom 30. Zakona o autorskom i srodnim pravima predviđeno je da „autor ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli činjenje dela dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem na način koji omogućuje pojedincu pristup delu sa mesta i u vreme koje on odabere“. Nadalje, članom 204. Zakona o autorskom i srodnim pravima predviđeno je da „povredu autorskog ili srodnog prava predstavlja neovlašćeno vršenje bilo koje radnje koja je obuhvaćena isključivim pravima nosioca autorskog ili srodnog prava, neplaćanje naknade propisane ovim zakonom ili ugovorom, kao i neizvršavanje drugih obaveza prema nosiocu autorskog ili srodnog prava, propisanih ovim zakonom“. Shodno navedenom, skladištenje emisija na zakupljenim serverima odakle su bežičnim putem učinjene dostupnim krajnjim korisnicima uz naknadu predstavlja povredu isključivih srodnih prava poverilaca.

Isto tako, članom 140. Zakona o autorskom i srodnim pravima predviđeno je da proizvođač baze podataka ima isključivo pravo da drugome zabrani, između ostalog, interaktivno činjenje dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem baze podataka u celini ili njenih delova. Shodno tome, time što na svojoj internet stranici bez dozvole činio javnosti dostupnu celokupnu šemu TV programa, dužnik je povredio i prava poverilaca kao proizvođača baze podataka.

Konačno, u skladu sa članom 72. Zakona o žigovima, povredom žigovnog prava smatra se svako neovlašćeno korišćenje zaštićenog znaka od strane bilo kog učesnika u prometu. Član 38 stav 3 tačka 2 dalje navodi da nosilac žiga ima pravo da zabrani, između ostalog i nuđenje robe, njeno stavljanje u promet ili njeno skladištenje u te svrhe, ili obavljanje usluga pod

zaštićenim znakom. Dužnik je na svojoj internet stranici bez saglasnosti i dozvole poverilaca koristio i prikazivao njihove žigove radi reklamiranja i prodaje sadržaja.

3.3.3. Osnov odgovornosti host provajdera

U pravu Republike Srbije, kao i u uporednom pravu, host provajderi načelno nisu odgovorni za sadržaj koji skladište. Naime, članom 18. Zakona o elektronskoj trgovini²⁹ predviđeno je da pružaoci usluga koji skladište podatke – host provajderi – nisu odgovorni za sadržaj koji se skladišti na serveru koji iznajmljuju, već je za isti odgovoran isključivo korisnik usluge (u ovom slučaju dužnik koji zakupljuje kapacitete na serverima). Međutim, odgovornost pružalaca usluga skladištenja podataka prema članu 18. Zakona o elektronskoj trgovini počinje da teče od onog trenutka kada pružalac takve usluge sazna za nedopušteno delovanje korisnika usluge kao i za nelegalni sadržaj tih podataka. U tom smislu, član 18. Zakona o elektronskoj trgovini kaže: „Pružalac usluga koji skladišti podatke pružene od strane korisnika usluga, na zahtev korisnika usluga, nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka, ako: 1) nije znao niti je mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podatka; 2) odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućí pristup tom podatku.”

Zakon o elektronskoj trgovini sadrži slična pravila onima koja su sadržana u evropskom zakonodavstvu, iako ni približno toliko detaljna. Jedina odredba koja se bavi ovim pitanjem je citirani član 18 koji predviđa da će Host provajder biti odgovoran za štetu ukoliko odmah ne ukloni ili onemogućí pristup sadržaju nakon što postane svestan ili bude obavešten o njegovoj nezakonitosti. Ovako štura regulativa, u nedostatku relevantne sudske prakse, ostavlja otvorena brojna pitanja i nedoumice vezana za odgovornost host provajdera i praktičnu primenu navedenih pravila. Šta je „stvarno znanje“ i koji se standardi imaju primeniti prilikom utvrđivanja toga da li je određen posrednik imao „stvarno znanje o „nedopuštenom delovanju“? Koje su to činjenice i okolnosti na osnovu kojih se može zaključiti da je posrednik morao ili mogao da zna za očiglednu povredu prava? Koji se nivo savesnosti zahteva od posrednika? Koji je zahtevani način na

²⁹ Zakon o elektronskoj trgovini, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009, 95/2013.

koji posrednik mora saznati za povredu (formalno ili neformalno)? U kom roku i na koji način je posrednik dužan da reaguje?³⁰

Sa druge strane, uporedno pravo i međunarodna sudska praksa nastoje da pruže odgovore na bar neka od ovih pitanja. Tako, na primer, Direktiva o elektronskoj trgovini³¹ sadrži niz odredaba o posebnoj odgovornosti Posrednika. U skladu sa članom 14 (1) (b) Direktive o elektronskoj trgovini, pružalac usluge koji se bavi skladištenjem podataka pribavljenih od primaoca usluge neće biti odgovoran za sadržaj tih podataka, pod uslovom da (a) nema „stvarna“ saznanja o ilegalnoj aktivnosti ili podacima³²; ili (b) po dobijanju takvog saznanja ukloni ili onemogućí pristup tim informacijama/podacima³³. Kada je reč o zahtevu za naknadu štete, pružalac usluga odgovara ako je prema činjenicama i okolnostima konkretnog slučaja mogao da zna za očiglednu povredu prava.³⁴ U skladu sa preovladavajućim tumačenjem koje proizilazi iz prakse Evropskog suda pravde, termin „stvarnog znanja“ se odnosi na opšte pravne standarde koje važe za sticanje znanja o nezakornosti određenih sadržaja, i u tom smislu, ne zahteva nužno da je host provajder dobio formalno obaveštenje od nadležnog organa. Privatni zahtev (*Notice and Takedown*) koji je dostavljen na odgovarajući način, uz dovoljno podataka i dokaza o povredi i precizno opredeljenu internet lokaciju na kojoj se nalazi nelegalni sadržaj, može biti dovoljan da zadovolji standard „stvarnog znanja“ (npr. *UPC Telekabel Wien ./. Constantin Film, Wega Film*³⁵; *L'Oréal ./. eBay*³⁶). Takođe, praksa je definisala uslove koji moraju biti ispunjeni da bi sudovi država članica izrekli privremene mere usmerene na blokiranje spornog sadržaja³⁷, kao i mere koje host provajderi mogu i treba da primene kako bi onemogućili sadržaj kojim se povređuju prava titulara³⁸.

30 Ova pitanja su naravno detaljno razmatrana i u okviru evropske prakse – vid. na primer R. J. Barcelo, „Liability for online intermediaries: a European perspective“, *European Intellectual Property Review* 1998.

31 Directive 2000/31/EC.

32 Čl. 14, st. 1, tačka a Direktive o elektronskoj trgovini.

33 Čl. 14, st. 1, tačka b Direktive o elektronskoj trgovini.

34 Čl. 14, st. 1, tačka a Direktive o elektronskoj trgovini.

35 Odluka Evropskog suda pravde od 27.3.2014, C-314/12

36 Odluka Evropskog suda pravde od 12.7.2011, C-324/09

37 G. Minero, „European Union: case note on UPC Telekabel Wien“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2014.

38 J. Smith, A. Moir i R. Montagon, „ISPs and blocking injunctions: UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (C-314/12)“, *European Intellectual Property Review* 2014.

4. Rešenje o blokiranju sadržaja

Nakon analize dokaza, Privredni sud u Beogradu je doneo Rešenje o određivanju privremene mere kojim je zabranio dalje pružanje IPTV usluga i naredio uklanjanje sadržaja sa svih internet servera kod svih host provajdera:

„I. Određuje se privremena mera pa se dužniku [...] zabranjuje da nastavi radnje pružanja usluge IPTV televizije kojima se vrši povreda autorskih, srodnih i žigovnih prava poverilaca [...];

II. Određuje se privremena mera pa se dužniku nalaže da isključi iz prometa odnosno blokira sve sadržaje za koje nema saglasnost poverilaca, a koji se nalaze na bilo kojim internet serverima, uključujući ali se ne ograničavajući na one kod: SoftwLayer Dutch Holdings BV, Host Europe GmbH, LeaseWeb BV, OVH Systems, Voxility Srl, Video Broadcast GmbH, Hosting Services, Interprovider limited, LeaseWeb Germany GmbH;

III. Određuje se privremena mera pa se dužniku nalaže da ukloni žig i program³⁹ poverilaca sa svog sajta [...] kao i sa bilo kog drugog materijala na kojima su navedeni žig i program prikazani bez dozvole poverilaca.”

U veoma kratkom obrazloženju rešenja, sud je analizirao dostavljene dokaze i utvrdio da poverioci proizvode i emituju, između ostalog, svoje produkcije na kojima imaju isključivo srodno pravo, te da shodno tome imaju zakonsko pravo da drugim licima zabrane ili dozvole reemitovanje i činjenje svojih produkcija dostupnim na drugi način. Sud je takođe utvrdio da šema TV programa poverilaca uživa zaštitu kao baza podataka, te da su poverioci nosioci više međunarodno registrovanih žigova. Uvidom u dostavljene dokaze, Sud je dalje zaključio da „dužnik na svojoj internet stranici bez ikakve saglasnosti i dozvole poverilaca nudi sadržaje korisnicima na kojima postoji autorsko pravo⁴⁰ poverilaca i to pre svega emisije iz sopstvene produkcije poverilaca, TV program i žig radi reklamiranja i prodaje, čime prema nalaženju suda, čini povredu autorskog prava i povredu zaštićenog žiga“.

Citirano rešenje je zaista značajno, budući da bitno doprinosi pravnoj sigurnosti, jačanju prava intelektualne svojine i regulisanju „sivog“ internet područja u Srbiji. Međutim, veoma kratko obrazloženje rešenja ne pruža uvid

39 Misli se na šemu TV programa (prim. A.R.).

40 Sud zaključuje da je dužnik povredio „autorsko pravo“ poverilaca; ovde je, čini se, u pitanju očigledna omaška suda koji je zapravo mislio na povredu srodnih prava poverilaca

u način razmišljanja srpskog suda, te stoga, nažalost, ostajemo uskraćeni za detaljnija razmatranja o ulozi host provajdera i odgovore na nedoumice vezane za primenu odredaba o njihovoj odgovornosti. Eventualna dalja razjašnjenja uslova odgovornosti host provajdera u srpskom pravu bi možda bila data u okviru parničnog postupka radi povrede prava koji je, po redovnom toku stvari, trebao biti pokrenut nakon donošenja rešenja o određivanju privremenih mera. Međutim, kako ne postoji reciprocitet u priznanju i izvršenju sudskih odluka između Srbije i Austrije te se presuda srpskog suda ne bi ni mogla prinudno izvršiti protiv dužnika u Austriji, postupak nije nastavljen. Na kraju krajeva, ni iz praktičnih razloga pokretanje parničnog postupka nije bilo neophodno, imajući u vidu da su svi host provajderi postupili u skladu sa rešenjem i ugasili internet servere na kojima se nalazio sporni sadržaj.

5. Epilog

Nakon više od godinu dana, stotine poslatih dopisa od strane tri advokatske kancelarije iz tri jurisdikcije, postupka pred Privrednim sudom u Beogradu i svakodnevne komunikacije sa host provajderima, ugašeni su svi internet serveri na kojima je bez dozvole čuvan sadržaj poverilaca. Danas, dužnik više ne povređuje prava intelektualne svojine poverilaca, iako i dalje obavlja svoju delatnost, vodi svoju internet stranicu i korisnicima prodaje IPTV usluge u okviru kojih su dostupne desetine drugih lokalnih TV kanala, radio stanica i domaćih filmova.

I pored konačnog rezultata, slučaj poverilaca opisan u ovom radu ukazuje na određene praktične nedostatke postojećih mehanizama zaštite titulara prava od povreda na Internetu. Prvo, poverioci su uložili značajna sredstva da bi uspeli da zaustave jednu sasvim očiglednu povredu svojih prava, pri čemu je sasvim izvesno da niti deo ovih troškova, a kamoli štete koju su pretrpeli, neće moći da naplate od dužnika. Pri tome, važno je napomenuti da su poverioci bili u mogućnosti da nepovratno odvoje značajna sredstva da bi zaustavili povredu svojih isključivih prava – bilo koji finansijski slabiji titular prava bi u istoj situaciji, u nedostatku budžeta, bio prinuđen da prećutno pristaje na povredu svojih prava (što je i glavni razlog zbog koga dužnik i dan danas vrši svoju delatnost). Zatim, u slučaju da host provajderi nisu dobrovoljno blokirali sadržaj, postavilo bi se i pitanje prinudne izvršivosti rešenja o određivanju

privremenih mera – prvo, da li bi se rešenje, kao takvo, uopšte smatralo aktom koji ispunjava uslove za priznanje i izvršenje u zemlji izvršenja, a drugo, da li postoji reciprocitet između Republike Srbije i zemlje izvršenja, te shodno tome, da li je uopšte moguće izvršiti rešenje (ili eventualnu kasniju presudu) protiv određenog host provajdera. Dalje, čak ni izvršivo rešenje suda i gašenje svih internet servera ne garantuje konačno i kompletno uklanjanje sadržaja. Naime, tokom celog gore opisanog perioda, dužnik je odmah nakon gašenja jednog servera, vrlo brzo i vrlo lako zakupljivao kapacitete kod nekog novog host provajdera i na takve nove kapacitete prebacivao sporni sadržaj. Činjenica da su prethodni host provajderi ugasili internet servere, novim host provajderima nije od značaja i svaki od njih je odluku o blokiranju servera razmatrao nezavisno, te je svakim prebacivanjem na novi server celokupan postupak započinjan ispočetka. Čak i kada bi dužnik iscrpeo sve moguće host provajdere, što imajući njihov rastući broj praktično nije moguće, ni to ne bi moralo da znači konačan prestanak povrede prava – dužnik bi vrlo lako mogao da osnuje novo fantomsko društvo, otvori novu Internet stranicu, rebrendira poslovanje i krene ispočetka. Konačno, kako bi se sagledao tačan obim i kompleksnost problema, važno je napomenuti i to da je u ovom slučaju dužnik samo jedan od više desetina štetnika koji na isti način povređuju prava poverilaca. Imajući u vidu male troškove a izuzetno lukrativnu prirodu ovog modela poslovanja, kao i nedoumice vezane za odgovornost host provajdera, do danas su IT službe poverilaca locirale više desetina štetnika koji povređuju prava poverilaca na identičan način kao i dužnik, pri čemu njihov broj iz meseca u mesec raste.

6. Zaključak

Brojni autori smatraju da je novi pristup zaštiti prava titulara kroz mehanizam privremenih mera usmerenih na blokiranje sadržaja (engl. *blocking injunctions*) veoma atraktivan, budući da nudi relativno brzo i ekonomično rešenje⁴¹. Međutim, kao što iz slučaja analiziranog u okviru ovog rada proizilazi, to u praksi nije nužno tako. Zaštita prava intelektualne svojine u internet okruženju je izuzetno zahtevna i vrlo često limitirana specifičnim praktičnim okolnostima.

41 Vid. na primer P. Gardiner i. G. Abbots, „Sky is the limit for ISP blocking orders“, *Entertainment Law Review* 2013, 4; A. Roy i A. Marsoof, 2.

Rešenje uočenih problema ni u kom slučaju nije nužno tražiti u pojačavanju odgovornosti host provajdera. Host provajderi retko imaju kapacitete da se nose sa kompleksnim pravnim pitanjima, a često su prinuđeni da budu u ulozi sudije i rešavaju sporove između štetnika i nosioca prava. Stoga se, u praksi, procena legalnosti određenog sadržaja koji se nalazi na serverima host provajdera svodi na borbu advokatskih timova na strani štetnika i nosioca prava – suštinski, odluka host provajdera često će zavisiti isključivo od toga čiji su advokati uporniji i nasrtljiviji.

Umesto pojačavanja odgovornosti host provajdera, Lemley i Reese⁴² na primer predlažu uvođenje posebnog, alternativnog sistema rešavanja sporova koji bi bio baziran na UDRP modelu rešavanja sporova povodom registracije Internet domena. Slično UDRP modelu, i ovaj mehanizam bi predviđao vansudsko telo koje donosi obavezujuću odluku⁴³. Ukoliko ne bi bila dobrovoljno izvršena od strane štetnika, takva vansudska odluka bi obavezivala host provajdere da blokiraju nelegalni sadržaj. Iako bi, naravno, ovakav model nudio rešenje isključivo za očigledne i jasne slučajeve povrede prava intelektualne svojine na Internetu (posebno u pogledu povrede žigova)⁴⁴, svakako je predlog koji zavređuje pažnju i dalju analizu.

Andrea Radonjanin, Ph.D
Attorney at Law, Moravčević Vojnović i Partneri
Attorneys' Partnership Belgrade

LIABILITY OF HOST PROVIDERS IN PRACTICE: RECENT SERBIAN CASE LAW

Abstract: Internet intermediaries, such as Host providers, play an essential role in enabling people around the world to communicate with each other. Given that they have adequate technical capabilities, Host providers are under increasing pressure

42 M. A. Lemley i R. A. Reese, „A quick and Inexpensive System for Resolving Peer to Peer Copyright Disputes“, *Cardozo Arts and Entertainments Legal Journal* 23/2005.

43 A. Bridy, „Is Online Copyright Enforcement Scalable“, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 395/2011.

44 S. Gorbylev, „Fighting online copyright piracy: are there any alternatives to traditional litigation“, *European Intellectual Property Review* 2014.

to control and ban online content. In practice, however, they demonstrate reluctance to block certain content solely upon Notice and Takedown requests from rightholders, since this requires them to analyse legal questions and assess whether certain content is legal or indeed infringing. Within this setting, this paper examines a recent case of a Serbian court and explores the practical difficulties that limit the effectiveness of Host provider liability legislation.

Key words: Intellectual Property. – Online infringement. – Host providers. – Blocking injunctions. – Serbian case law.

Novak Vujičić, master prava
advokat u adv. kancelariji Samardžić
u saradnji sa Specht & Partner Rechtsanwalt GmbH

POVREDA AUTORSKOG PRAVA KORIŠĆENJEM BIT-TORENT PLATFORMI ZA RAZMENU SADRŽAJA PUTEM INTERNETA

Rezime: Pronalaženje adekvatnog načina zaštite od učestalog i masovnog korišćenja bit-torrent platformi za neovlašćenu onlajn razmenu autorskih dela trenutno je jedan od najvećih izazova sa kojima se suočava autorsko pravo. U radu se analizira radnja povrede autorskog prava učinjena prilikom neovlašćene onlajn razmene autorskih dela pomoću bit-torrent platformi, kao i odgovarajući mehanizmi građanskopravne zaštite povodom takve povrede iz aspekta prava Republike Srbije, uz poseban osvrt na uporednopravna rešenja. Ukazuje se na tri postojeća problema građanskopravne zaštite u konkretnom slučaju: na neodređenost obima potencijalne radnje povrede autorskog prava, otežano otkrivanje učinjenih povreda i identiteta korisnika Interneta koji su ih učinili zbog prirode komunikacije u onlajn okruženju, kao i na određivanje uloge internet posrednika koji omogućavaju ovakvu onlajn razmenu. Analiza pokazuje da trenutno u pravu Republike Srbije ne postoje delotvorni mehanizmi građanskopravne zaštite od povreda autorskog prava učinjenih putem bit-torrent platformi, da su nosioci subjektivnog autorskog prava uglavnom upućeni na krivični postupak, te da treba omogućiti efikasniju građanskopravnu zaštitu, ali tako da se uvažavaju ne samo interesi autorskog prava, nego i pravo na tajnost sredstava komuniciranja i pravo na zaštitu podataka o ličnosti korisnika Interneta.

Ključne reči: Povreda autorskog prava. – Bit-torrent platforme. – Internet. – Odgovornost za povredu autorskog prava.

1. Uvod

Neprestani napredak, te učestalost zloupotreba tehnologija koje omogućavaju onlajn diseminaciju autorskih dela prirodno nameću potrebu stalnog preispitivanja podobnosti postojećih i stvaranja novih načina za ostvarivanje i zaštitu autorskog prava na Internetu. Autorsko pravo logično teži da stavi pod

kontrolu sve oblike ekonomskog iskorišćavanja autorskih dela, pa i u onlajn okruženju, međutim zbog suštinske suprotnosti kulture slobode informacija na kojoj počiva Internet i kulture ekskluzivnosti na kojoj počiva autorsko pravo to nimalo nije jednostavno.¹

Komplikovanost iznalaženja efikasnih mehanizama autorskopravne zaštite na Internetu posebno dolazi do izražaja prilikom pokušaja prevencije i sankcionisanja povreda autorskog prava učinjenih korišćenjem bit-torent (engl. *BitTorrent*)² platformi za onlajn razmenu sadržaja (dalje u tekstu: bit-torent platforme). Bit-torent platforme su trenutno jedna od vodećih i globalno najkorišćenijih tehnologija za onlajn razmenu sadržaja koje se, iako su same po sebi neutralne, u najvećoj meri koriste za neovlašćenu onlajn razmenu autorskih dela i predstavljaju sinonim za internet pirateriju.

Predmet ovog rada je analiza radnje povrede autorskog prava korišćenjem bit-torent platformi, kao i mehanizama građanskopravne zaštite povodom predmetne povrede u kontekstu prava Republike Srbije, uz poseban osvrt na uporednopravna rešenja u nedostatku relevantne domaće prakse.³ Imajući na umu kompleksnost bit-torent platformi na početku rada nalazi se prikaz načina njihovog funkcionisanja, a potom su predstavljeni povreda autorskog prava od strane korisnika bit-torent platforme i uloga internet posrednika u takvoj povredi.

2. Osnovne karakteristike bit-torent platformi

Bit-torent platforme predstavljaju posebnu vrstu onlajn platformi za direktnu razmenu sadržaja između korisnika Interneta (engl. *peer-to-peer file sharing platforms*) koje omogućavaju korisnicima da direktno međusobno razmenjuju

1 Vid. A. Peukert, „Copyright and the Two Cultures of Online Communication“, *Intellectual Property Law and Human Rights* (ed. P. Torremans), Goethe University Faculty of Law, Frankfurt am Main 2015, 365-393.

2 U literaturi iz oblasti informacionih tehnologija na srpskom jeziku, te u ustaljenom govoru korisnika Interneta u Srbiji, engleski termin bit-torent se ne prevodi, pa će u ovom radu biti korišćena njegova transkripcija na srpski jezik, iako možda nije najadekvatnije rešenje. Vid. J. Kurose, K. Ross, *Umrežavanje računara: Od vrha ka dnu*, CET Computer Equipement and Trade, Računarski fakultet, Portalibris, Beograd 2014, 148.

3 Interesovanje ovog rada usmereno je na građanskopravne aspekte povrede autorskog prava korišćenjem bit-torent platformi i po strani će biti ostavljena kaznena odgovornost koju implicira povreda autorskog prava. Isto tako, neće se analizirati ni uticaj elementa inostranosti karakterističnog za Internet kao globalnu računarsku mrežu.

datoteke,⁴ pohranjene u memorijama svojih računara, bez ili uz ograničenu uslugu namenskog servera. Međutim, one su u mnogo čemu superiornije u odnosu na slične platforme, budući da se zasnivaju na posebnom bit-torrent komunikacionom protokolu. Superiornost razmene datoteka pomoću bit-torrent komunikacionog protokola se pre svega ogleda u brzini, a ona se postiže specifičnim načinom razmene koji se može uporediti sa slaganjem slagalice. Naime, datoteke se razmenjuju u delovima, pošto se oni lakše prenose na Internetu nego cela datoteka. Pritom se za razmenu svake posebne datoteke formira zasebna onlajn mreža korisnika u okviru koje svi korisnici između sebe razmenjuju delove te konkretne datoteke, a ne preuzima se datoteka samo od jednog korisnika. Dodatno, osnovni princip razmene je *do ut des*, a ogleda se u tome da svi korisnici iz onlajn mreže istovremeno preuzimaju (engl. *download*) sa mreže delove datoteke koji im nedostaju i odašilju (engl. *upload*) već preuzete delove na mrežu drugim korisnicima. Krajnji cilj jeste da svaki korisnik iz onlajn mreže sastavi celu datoteku – „slagalicu“ u memoriji svog računara kako bi je mogao koristiti, budući da su delovi koji se razmenjuju samostalno neupotrebljivi.⁵ Ovakvim konceptom razmene omogućava se učestvovanje na stotine, hiljade korisnika istovremeno u razmeni samo jedne datoteke, imajući u vidu da se brzina razmene povećava sa povećanjem broja korisnika u mreži, kako više lica odašilje delove datoteke na mrežu.

Iz opisanog načina razmene moguće je naslutiti kompleksnost strukture platforme. Okvirno može se uzeti da su, pored već opisane mreže onlajn korisnika koji razmenjuju jednu datoteku, tzv. svorma (engl. *swarm*), osnovni delovi strukture platforme još i računarski program bit-torrent klijent (engl. *Bit-torrent client*), dot-torrent datoteka (engl. *.torrent files*), kao i namenski server treker (engl. *tracker*). Bit-torrent klijent je računarski program na računaru korisnika bit-torrent platforme putem koga se uspostavlja veza prvo sa trekerom, a zatim sa korisnicima platforme i putem koga se preuzimaju i odašilju delovi datoteke za razmenu. Ovaj računarski program služi i za kreiranje dot-torrent datoteka. Dot-torrent datoteke su posebna vrsta datoteka koje sadrže samo meta podatke, odnosno podatke o IP adresi⁶ trekera i podatke o datoteci

4 Datoteka (engl. *file*) se u literaturi iz oblasti informacionih tehnologija definiše kao organizovan skup podataka sa imenom i dodatnim atributima. Datoteke mogu sadržati audio, video, tekstualne zapise i dr.

5 Vid. J. Kurose, K. Ross, 144-151.

6 IP adresa (engl. *Internet Protocol address*) jeste jedinstvena brojčana oznaka računara na Internetu, koja se koristi kako bi se omogućila razmena informacija.

za razmenu, tačnije njen naziv, veličinu i podatke kojima se omogućava razmena datoteke u delovima. Njihova funkcija jeste da bit-torrent klijent poveže sa trekerom, kao i da mu ukažu na pravila razmene određene datoteke. Dot-torrent datoteku po pravilu kreira inicijalni učesnik u razmeni, odnosno korisnik platforme koji ima određen sadržaj smešten u memoriji svog računara i želi taj sadržaj da učini dostupnim drugima putem bit-torrent platformi (dalje u tekstu: inicijalni korisnik). Po kreiranju inicijalni korisnik obično postavlja dot-torrent datoteku na Internet i to najčešće na neku od internet stranica na kojima su smešteni pretraživači ove vrste datoteka ili na internet forume kako bi ih drugi korisnici mogli preuzeti i time započeti razmenu. Najzad, treći deo je namenski server treker koji „nadgleda“ određenu mrežu korisnika u okviru koje se razmenjuju delovi iste datoteke. Treker poseduje podatke o IP adresama svih korisnika iz određene mreže i dostavlja ih svakom novom bit-torrent klijentu koji se sa njim poveže, kako bi mu omogućio da pristupi mreži u kojoj se odvija razmena. Međusobnom interakcijom prethodno opisana tri dela bit-torrent platforme uspostavlja se onlajn mreža korisnika za razmenu, kao poslednji deo platforme, i omogućava se razmena određene datoteke.⁷

Iako je način funkcionisanja bit-torrent platformi izuzetno komplikovan, samo korišćenje je vrlo jednostavno. Nekoliko klikova dovoljno je da se preuzme željena datoteka. Potrebno je samo da korisnik platforme koji ima instaliran bit-torrent klijent na računaru pristupi internet stranici na kojoj se nalazi pretraživač dot-torrent datoteka, te da pomoću pretraživača pronade i preuzme željenu dot-torrent datoteku. Preuzimanjem dot-torrent datoteke sa Interneta automatski se aktivira bit-torrent klijent i samostalno se povezuje sa trekerom od kojeg dobija neophodne IP adrese svih korisnika iz mreže u okviru koje se razmenjuje željena datoteka. Zatim, na osnovu dobijenih IP adresa pristupa mreži i otpočinje da preuzima delove željene datoteke, a čim preuzme prvi deo istovremeno otpočinje i da ga odašilje, i tako sa svakim sledećim delom, sve dok ne preuzme datoteku u celosti, kada nastavlja samo da

7 Vrlo interesantan opis funkcionisanja bit-torrent platformi dao je australijski sud u predmetu *Roadshow Films Pty Ltd and Ors v iiNet Limited* (dalje u tekstu: *iiNet*) praveći analogiju predmetne platforme sa piratstvom u kome datoteka koja se razmenjuje predstavlja blago, bit-torrent klijent brod, dot-torrent datoteke mapu sa blagom, a internet stranica *the Pirate Bay* koja obezbeđuje besplatne mape sa blagom je mudri starac koji pomaže prilikom tumačenja mape. Federalni sud Australije, *Roadshow Films Pty Ltd and Ors v iiNet Limited (iiNet)*, predmet br. [2010] FCA 24, 4. februar 2010, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2010/24.html>, 1. februar 2016.

odašilje njene delove.⁸ Ovakav sled radnji, uz izvesna odstupanja, predstavlja uobičajeni obrazac postupanja većine korisnika bit-torent platformi prilikom onlajn razmene. Možemo primetiti dve faze u ustanovljenom uobičajenom obrascu postupanja, fazu pripreme za onlajn razmenu datoteke i fazu neposrednog učestvovanja u razmeni koja počinje kada se korisnik uključi u mrežu za razmenu, što će nam biti od značaja prilikom proučavanja radnje povrede autorskog prava. Značajnija odstupanja od opisanog uobičajenog obrasca ipak postoje kod inicijalnog korisnika koji pre početka razmene kreira i postavlja dot-torent datoteku na Internet, a posle kada razmena počne ne preuzima delove datoteke, nego ih samo odašilje.

Na osnovu napred navedenog vidimo da u ovakvoj onlajn razmeni pored mreže korisnika kao neposrednih učesnika, značajnu ulogu imaju i posrednici koji omogućavaju razmenu, obezbeđujući bit-torent klijent, dot-torent datoteke, treker, a u krajnjoj liniji prenos podataka na Internetu, te je neophodno ispitati ulogu svih ovih lica u potencijalnoj povredi subjektivnog autorskog prava putem predmetnih platformi.⁹

3. Povreda autorskog prava od strane korisnika bit-torent platformi

Posmatramo li ustanovljen uobičajen obrazac postupanja korisnika bit-torent platforme i njegove faze nije sporno da korišćenje ovih platformi za neovlašćenu razmenu autorskog dela može predstavljati povredu subjektivnog autorskog prava od strane korisnika platforme. S druge strane, nije tako lako dati odgovor na pitanja: koja se tačno ponašanja korisnika mogu okarakterisati kao radnje povrede subjektivnog autorskog prava, kao i koji mehanizmi građanskopravne zaštite autorskog prava stoje na raspolaganju nosiocima subjektivnog autorskog prava protiv korisnika u slučaju povrede?

8 Korisnik platforme koji je preuzeo celu datoteku sa sadržajem i samo odašilje datoteku naziva se *seeder*, korisnik koji preuzima i odašilje delove datoteke podjednako brzinom naziva se *peer*, a onaj koji preuzima datoteku, a odašilje znatno manjom brzinom naziva se *leecher*. Vid. J. Kurose, K. Ross, 144-151.

9 Treba imati u vidu da bit-torent tehnologije stalno napreduju omogućavajući nove oblike iskorišćavanja sadržaja na Internetu. Tako su poslednjih godina sve aktuelnije platforme za slušanje i gledanje sadržaja direktno na Internetu bez preuzimanja (engl. *BitTorrent streaming*).

3.1. Radnje povrede autorskog prava prilikom neovlašćene onlajn razmene autorskih dela putem bit-torent platformi

Povreda subjektivnog autorskog prava može da bude neposredna kada se radi o neovlašćenom vršenju bilo koje radnje obuhvaćene ovlašćenjima nosioca subjektivnog autorskog prava ili posredna u slučaju izvršenja neke od radnji, izričito propisanih u zakonu, kojima se prikriva, olakšava, omogućava ili priprema neposredna povreda prava.¹⁰ Potencijalno, radnje povrede subjektivnog autorskog prava mogu biti učinjene ne samo u fazi neposredne onlajn razmene putem bit-torent platformi, već i prilikom faze pripreme za onlajn razmenu datoteka.

3.1.1. Radnje povrede autorskog prava u fazi pripreme za onlajn razmenu datoteka

Radnje pripreme za onlajn razmenu datoteka putem bit-torent platformi obuhvataju korišćenje računarskog programa bit-torent klijenta, kao i preuzimanje dot-torent datoteke sa Interneta, osim kod inicijalnog korisnika kod koga, umesto preuzimanja dot-torent datoteke, obuhvataju njeno kreiranje i postavljanje na Internet. Većina bit-torent klijent računarskih programa su u javnom domenu ili otvorenog koda, pa njihovo korišćenje za razmenu datoteka uglavnom ne predstavlja povredu subjektivnog autorskog prava i neće biti dalje analizirano.

S druge strane nije sasvim jasno da li radnje kreiranja, postavljanja na Internet i preuzimanja sa Interneta dot-torent datoteka mogu predstavljati povredu subjektivnog autorskog prava, ako se uzme u obzir da dot-torent datoteke pored podataka o IP adresi trejera, sadrže samo podatke o nazivu datoteke, veličini datoteke i podatke u vezi sa razmenom delova, ali ne i sadržinu datoteke sa autorskim delom na koju se odnose. Stoga, može se zaključiti da njihovo neovlašćeno kreiranje, preuzimanje sa Interneta, a i postavljanje na Internet ne bi trebalo da predstavlja neovlašćeno umnožavanje autorskog

10 Zakon o autorskom i srodnim pravima Republike Srbije ne poznaje terminologiju, niti podelu na neposrednu i posrednu povredu autorskog prava, ali je ova podela prihvaćena u teoriji i odgovara načinu i sistematizaciji normi u samom Zakonu. Vid. čl 204, 208 i 208a Zakona o autorskom i srodnim pravima-ZASP, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012, kao i S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 261.

dela iz čl. 20, st. 1 Zakona o autorskom i srodnim pravima.¹¹ Ipak, kako dot-torent datoteke sadrže naziv datoteke sa autorskim delom, koji je najčešće istovetan naslovu autorskog dela iz datoteke, moguće je zamisliti situaciju u kojoj je naslov autorskog dela u dovoljnoj meri originalan da predstavlja samostalno autorsko delo za sebe.¹² Tada bi postojalo neovlašćeno umnožavanje autorskog dela prilikom činjenja svake od tri navedene radnje,¹³ jer bi naslov kao autorsko delo bio umnožen u celosti.¹⁴ Pored umnožavanja, tada bi prilikom postavljanja dot-torent datoteke na Internet postojalo i neovlašćeno interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti zbog dualnog karaktera radnje postavljanja.¹⁵

Nezavisno od retkih situacija kada naslov autorskog dela uživa samostalnu autorskopravnu zaštitu, ekstenzivnim tumačenjem moguće je doći do zaključka da postavljanjem dot-torent datoteke na Internet inicijalni korisnik bit-torent platforme neovlašćeno interaktivno čini dostupnim javnosti autorsko delo sadržano u datoteci koja se razmenjuje. Ovakav zaključak proizlazi iz činjenice da inicijalni korisnik postavljajući dot-torent datoteku na Internet omogućava pristup datoteci sa autorskim delom koja se nalazi u memoriji njegovog računara svakome ko preuzme predmetnu dot-torent datoteku sa Interneta. Tako može se napraviti paralela između ove radnje

-
- 11 Nosilac subjektivnog autorskog prava ima isključivo pravo da drugome dozvoli ili zabrani beleženje i umnožavanje svog dela u celosti ili delimično, bilo kojim sredstvima, u bilo kom obliku, na bilo koji trajni ili privremeni, posredni ili neposredni način. Čl. 20, st. 1 ZASP.
 - 12 G. Dimita, „Six characters in search of infringement: potential liability for creating, downloading, and disseminating .torrent files“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 6/2012, 467-469.
 - 13 Kada god postoji radnja umnožavanja autorskog dela, trebalo bi proveriti da li su ispunjeni uslovi za primenu suspenzije u vidu prava fizičkih lica da umnožavaju objavljene primerke autorskih dela za lične i nekomercijalne svrhe bez dozvole autora i bez plaćanja naknade. U konkretnoj situaciji izgledi za to su vrlo mali, kako se uglavnom radi o umnožavanju nezakonito pribavljenih primeraka autorskih dela.
 - 14 U većini slučajeva naslov autorskog dela nije originalan i štiti se kao sastavni deo autorskog dela koje je njime naslovljeno. Tada se može postaviti pitanje da li se neovlašćenim kreiranjem, preuzimanjem sa Interneta i postavljanjem na Internet dot-torent datoteka vrši radnja delimičnog umnožavanja autorskog dela, budući da se umnožava naslov kao sastavni deo? O umnožavanju dela autorskog dela više u delu 3.1.2.
 - 15 Nosilac subjektivnog autorskog prava ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli javno saopštavanje dela žičnim ili bežičnim putem na način koji omogućava pojedincu individualan pristup autorskom delu ili predmetu srodnog prava sa mesta i u vreme koje on odabere. Čl. 30 ZASP.

i direktnog postavljanja datoteke sa autorskim delom na Internet koja nesumnjivo predstavlja radnju interaktivnog činjenja autorskog dela dostupnim javnosti. U oba slučaja krajnji rezultat je isti, stvorena je mogućnost da neodređeni broj lica pristupi i uživa u autorskom delu putem Interneta sa mesta i u vreme koje samostalno odaberu.¹⁶

Iz gornjih konstatacija vidi se da već u fazi pripreme za onlajn razmenu putem bit-torrent platformi može doći do više radnji povrede subjektivnog autorskog prava,¹⁷ uprkos tome čini se da je analiziranje uloge razmene dot-torrent datoteka u povredi autorskog prava u teoriji i sudskoj praksi skrajnuto u drugi plan i da na njega tek dolazi red.

3.1.2. Radnje povrede autorskog prava prilikom neposredne onlajn razmene datoteka

Neposredno učestvovanje u razmeni datoteka putem bit-torrent platformi podrazumeva da svaki korisnik istovremeno preuzima delove određene datoteke iz onlajn mreže korisnika i odašilje već preuzete delove te datoteke na istu tu mrežu, sa izuzetkom inicijalnog korisnika koji samo odašilje. U suštini imamo dve radnje, preuzimanje sa Interneta i odašiljanje na Internet.¹⁸

Preuzimanje autorskog dela sa Interneta, u celini ili delimično, predstavlja radnju umnožavanja u smislu autorskog prava, te je jasno da korisnik bit-torrent platforme neovlašćeno umnožava autorsko delo kada neovlašćeno preuzima sa Interneta datoteku u kojoj je ono inkorporisano. Zbog specifičnosti onlajn razmene pomoću bit-torrent platformi koja podrazumeva da se sa onlajn mreže preuzimaju delovi datoteke sa autorskim delom koji su

16 U prilog ovom tumačenju ide i opšteprihvaćen stav da je delo interaktivno učinjeno dostupnim javnosti nezavisno od toga da li ga je neko stvarno preuzeo sa Interneta, dovoljno je samo da je to bilo omogućeno. Ipak, ne treba zaboraviti da dot-torrent datoteka ne sadrži autorsko delo, te ako ne omogućava pristup datoteci sa autorskim delom neće ni postojati interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti. Vid. G.Dimita, 467-469.

17 Krug potencijalnih radnji povreda subjektivnog autorskog prava prilikom razmene dot-torrent datoteka ne treba ograničiti samo na ovde navedene. Moguće je zamisliti da ove radnje eventualo predstavljaju neovlašćeno korišćenje prerade dela, povredu ovlašćenja na zaštitu integriteta dela, nedostojno iskorišćavanje dela, te iskorišćavanje autorskog dela uz upotrebu neovlašćeno umnoženih primeraka i druge radnje neposredne i posredne povrede subjektivnog autorskog prava.

18 Radnje preuzimanja sa Interneta i odašiljanja na Internet zbog načina prenosa podataka na Internetu podrazumevaju nastanak velikog broja privremenih kopija koje neće biti detaljnije analizirane budući da su uglavnom izuzete od autorskopravne zaštite. Vid. čl. 48 ZASP.

samostalno neupotrebljivi dok se ne sastavi cela datoteka, sporno je pitanje trenutka izvršenja radnje umnožavanja autorskog dela. Da li je to trenutak kada je preuzet sa onlajn mreže prvi neupotrebljivi deo datoteke ili trenutak kada je preuzeta cela datoteka? Ako jezički tumačimo odredbu čl. 20, st. 1 Zakona o autorskom i srodnim pravima čini se da ima osnova da se smatra da do neovlašćenog umnožavanja dolazi već u trenutku preuzimanja prvog dela datoteke sa autorskim delom, jer i delimično umnožavanje predstavlja umnožavanje u smislu autorskog prava. Međutim, ovo se ne može prihvatiti bez rezerve, a da se prethodno ne ustanovi šta se podrazumeva pod delimičnim umnožavanjem autorskog dela. Da li se može smatrati da je autorsko delo delimično umnoženo uvek kada je umnožen neki njegov deo, bez obzira na karakteristike tog dela, ili samo kada umnoženi deo sadrži originalne elemente autorskog dela koje se umnožava? Sud pravde Evropske unije je potvrdio potonje stanovište u predmetu *Football Association Premier League Ltd and Others*,¹⁹ u vezi sa tumačenjem čl. 2. Direktive Evropske unije o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu,²⁰ koji je u suštini istovetan čl. 20, st. 1 Zakona o autorskom i srodnim pravima, kada je zauzeo stav da se isključivo pravo umnožavanja proširuje samo na delove autorskog dela koji sadrže elemente koji predstavljaju izraz intelektualne tvorevine autora.²¹ Ovakvo tumačenje Suda pravde Evropske unije dovodi u pitanje održivost stanovišta, da je radnja umnožavanja autorskog dela izvršena prilikom preuzimanja prvog neupotrebljivog dela datoteke sa autorskim delom pomoću bit-torent platforme, pošto teško da se može smatrati da pruzeti deo datoteke sadrži elemente koji predstavljaju izraz intelektualne tvorevine autora. Takvo stanovište bi bilo održivo, samo ako bi se sadržina preuzetog dela datoteke sa autorskim delom mogla očitati na računaru.²²

19 Sud pravde EU, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others*, predmet br. C-403/08, 4. oktobar 2011.

20 Vid. čl. 2 Direktive (EZ) br. 2001/29 o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, *Službeni list EZ*, br. L 167, 22. maj 2001.

21 Sličan stav Sud pravde EU je zauzeo i u predmetu *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*. Vid. Sud pravde EU, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, predmet br. C-5/08, 16. jul 2009. i C. Moran, „How Much is Too Much? Copyright Protection of Short Portions of Text in the United States and European Union After *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades*“, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 6/2011, 247-258.

22 Vid. C. Solmecke, J. Bärenfänger, „Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Dateifragmenten: Nutzlos = Schutzlos“, *Multimedia und Recht:MMR, Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht* 9/2011, 567-573.

Predmetno pitanje je posebno aktuelno od kada je Viši sud u Frankenthalu u Nemačkoj u svojoj odluci od 11. avgusta 2015. godine zauzeo stav da preuzimanje samo dela datoteke, čija se sadržina ne može očitati, putem bit-torrent platforme ne predstavlja povredu isključivog ovlašćenja na umnožavanje autorskog dela.²³ Ovo je posebno značajno budući da je Nemačka jedna od država članica Evropske unije u kojima su najefikasnije sprovedene mere autorskopravne zaštite od povreda autorskog prava učinjenih putem bit-torrent platformi.²⁴

Trenutno u uporednom pravu ne postoji ujednačena sudska praksa tumačenja ovog pitanja i nije moguće tačno uvideti pravac njenog razvijanja. Prihvatanje utemeljenog stava da preuzimanje neupotrebljivog dela datoteke sa autorskim delom ne predstavlja umnožavanje autorskog dela bi ovde značajno otežalo dokazivanje povreda subjektivnog autorskog prava. Upitno je da li će većina sudova zauzeti takav stav, imajući u vidu do sada preovlađujuću praksu ekstenzivnog ciljnog tumačenja u cilju zaštite interesa nosilaca subjektivnog autorskog prava, ali nije isključeno.

Još jedno pitanje koje se može postaviti u vezi sa neovlašćenim preuzimanjem autorskih dela sa Interneta putem bit-torrent platformi jeste da li se u određenim slučajevima korisnici platforme mogu pozvati na suspenziju isključivog ovlašćenja na umnožavanje u vidu prava fizičkih lica da umnožavaju

23 LG Frankenthal: Kein Urheberrechtsverstoß, wenn bei Filesharing nicht die ganze Datei, sondern nur ein Fragment übertragen wird, LG Frankenthal, Urteil vom 11.08.2015, Az. 6 O 55/15, <http://www.damm-legal.de/tag/landgericht-frankenthal>, 14. februar 2016.

24 U praksi sudova u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje u tekstu: SAD) stav povodom ovog pitanja je neujednačen od kada je Sud za centralni distrikt Kalifornije u svojoj odluci od 7. februara 2013. godine u predmetu *Ingenuity 13 LLC v. Doe* utvrdio da preuzimanje samo dela datoteke sa autorskim delom pomoću bit-torrent platforme ne predstavlja radnju umnožavanja. Ipak, ovde, treba imati u vidu da se delimično umnožavanje autorskog dela u pravu SAD-a inače restriktivnije tumači nego u pravu Evropske unije, jer se zahteva da umnoženi deo u značajnoj meri bude sličan autorskom delu. Vid. Sud za centralni distrikt Kalifornije, *Ingenuity 13 LLC v. Doe*, predmet br. 2:12-cv-08333-ODW-JC, 7. februar 2013, https://archive.org/stream/602324-prenda-smackdown/602324-prenda-smackdown_djvu.txt, 7. februar 2016, J. Druckerman, „The Uncertifiable Swarm: Why Defendant Class Actions and Mass BitTorrent Copyright Litigation Don't Mix“, *New York Law School Law Review* 58/2013-2014, 937. i Sud za zapadni distrikt Mičigena, *Malibu Media, LLC v Don Bui*, br. predmeta 1:13-CV-162, 21. jul 2014, <https://assets.documentcloud.org/documents/1227229/malibu-bui-order.pdf>, 7. februar 2016.

objavljene primerke autorskih dela za lične i nekomercijalne svrhe bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade?²⁵ Opšteprihvaćen stav u teoriji i u praksi jeste da ovde najčešće nema mesta primeni predmetne suspenzije, budući da primerak autorskog dela koji se preuzima, odnosno umnožava najčešće nije legalno proizveden, odnosno postavljen na Internet.²⁶ Zakon o autorskom i srodnim pravima izričito ne propisuje da primerak autorskog dela mora biti ovlašćeno umnožen da bi se primenjivalo predmetno ograničenje, ali to proizlazi iz same suštine ograničenja.²⁷

Druga radnja koju korisnik čini prilikom neposrednog učestvovanja u onlajn razmeni pomoću bit-torent platformi jeste odašiljanje na Internet. Odašiljanje na Internet iz aspekta autorskog prava predstavlja istovremeno i radnju umnožavanja autorskog dela, ali i interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti, na način koji omogućava drugim licima pristup delu sa mesta i u vreme koji oni odaberu. Sve što smo prethodno rekli za preuzimanje sa Interneta, važi i za odašiljanje na Internet kao radnju umnožavanja.

Kada se radi o odašiljanju na Internet kao radnji interaktivnog činjenja dela dostupnim javnosti, zbog razmene datoteke sa autorskim delom u neupotrebljivim delovima, isto kao kod umnožavanja, može biti sporno da li korisnik platforme interaktivno čini delo dostupnim javnosti od trenutka kada počne da odašilje na mrežu prvi preuzeti deo datoteke ili tek kada preuzme celu datoteku i počne da odašilje sve njene delove? Ako uzmemo u obzir da je osnovni uslov za postojanje radnje interaktivnog činjenja dela dostupnim javnosti da je autorsko delo stvarno učinjeno dostupnim javnosti, čini se da radnju predmetnog ovlašćenja mogu izvršiti samo oni korisnici platforme koji u memorijama svojih računara imaju celu datoteku i odašilju sve njene delove,

25 Vid. čl. 46 ZASP.

26 Detaljnije vid. O. B. Vincents, „When Rights Clash Online: The Tracking of P2P Copyright Infringements Vs. the EC Personal Data Directive“, *International Journal of Law and Information Technology* 3/2007, 279-280. i Sud pravde EU, *ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, predmet br. C-435/12, 10. april 2014.

27 S. Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Službeni glasnik, Beograd 2014, 151 fn. 278. Čak i da se tumači da se primena predmetne suspenzije odnosi i na nelegalno umnožene primerke, moći će da se primeni ograničenje predmetne suspenzije koje predviđa da se umnoženi primerci ne smeju stavljati u promet niti koristiti za bilo koji drugi oblik javnog saopštavanja, budući da bit-torent platforma podrazumeva da korisnici istovremeno odašilju delove datoteka koje preuzimaju, a odašiljanje predstavlja oblik javnog saopštavanja. Čl. 46, st. 2 ZASP.

jer ostali razmenjuju samo neupotrebljive delove. Međutim, ni drugačija tumačenja nisu bez osnova, posebno imajući u vidu aktivnu i neposrednu ulogu svih korisnika u odašiljanju nezavisno od toga da li su preuzeli celu datoteku ili nisu, kao i ustaljenu praksu da se obim isključivog ovlašćenja na interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti tumači ekstenzivno i da se gleda krajnji cilj nekog ponašanja.²⁸ Uporednopravna teorija i sudska praksa nisu zauzele jasan i ujednačen stav povodom ovog pitanja.²⁹

Nadalje, nije isključeno da se odašiljanje datoteke sa autorskim delom na Internet pod određenim uslovima podvede i pod isključivo ovlašćenje stavljanja u promet primeraka autorskog dela.³⁰ Ovo ovlašćenje primenjuje se po pravilu samo na primerke autorskog dela materijalizovane u telesnom obliku, jer podrazumeva promenu državnine na primerku dela. Međutim, uzmemo li u obzir prisutne tendencije da se ovo ovlašćenje proširi i na primerke autorskih dela u digitalnom obliku, a i noviju odluku Suda pravde Evropske unije u predmetu *UseSoft*,³¹ nije nezamisliva situacija da se zauzme stanovište da odašiljanje datoteke sa autorskim delom, na primer računarskim programom, putem bit-torrent platforme predstavlja i neovlašćeno vršenje ovog ovlašćenja.³²

28 Zanimljivo je tumačenje prvostepenog suda u Australiji u predmetu *iiNet* da se ne može smatrati da korisnici bit-torrent platforme samostalno interaktivno čine dostupnim javnosti autorsko delo sadržano u datoteci koju razmenjuju, pošto se razmenjuju samo delovi datoteke, već da to čini onlajn mreža svih korisnika koji razmenjuju predmetnu datoteku, tzv. svorm. Vid. Federalni sud Australije, *iiNet*, predmet br. [2010] FCA 24, 4. februar 2010.

29 Vid. B. Rietjens, „Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of BitTorrent“, *SCRIPTed* 3/2005, 335, <http://www.2.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol2-3/torrent.asp>, 14. februar 2016. i Vrhovni Sud Australije, *iiNet*, predmet br. S288/2011, 20. april 2012.

30 Vid. čl. 21, st. 1 ZASP.

31 Sud pravde Evropske unije je u predmetu *UseSoft v. Oracle International Corp.* zauzeo stav da se računarski programi u digitalnom obliku mogu staviti u promet prodajom, ipak ne čini se verovatnim da bi do istog stava došao kada su u pitanju digitalni zapisi drugih autorskih dela. Vid. Sud pravde EU, *UseSoft v. Oracle International Corp.*, br. predmeta C-128/11, 3. jul 2012. godine.

32 U jednom od prvih sudskih postupaka koji su se vodili protiv pojedinačnog korisnika bit-torrent platforme, predmetu *HKSAR protiv Chan Nai Ming*, Apelacioni sud u Hong Kongu je utvrdio da neovlašćeno odašiljanje autorskog dela na Internet korišćenjem bit-torrent platforme predstavlja povredu isključivog ovlašćenja na stavljanje u promet primerka autorskog dela. Sud je zauzeo stav da se elektronski zapisi autorskih dela mogu stavljati u promet putem Interneta, kao i da je u konkretnom slučaju ispunjen i uslov promene državnine na primerku autorskog dela pošto je okrivljeni imao državinu na svim umnoženim delovima elektronskog zapisa pre odašiljanja. Vrhovni apelacioni

Krug potencijalnih radnji povrede subjektivnog autorskog prava u fazi neposrednog učestvovanja u onlajn razmeni datoteka putem bit-torent platformi se ipak ovde ne zatvara, moguće je zamisliti i drugačije scenarije.³³

3.2. Građanskopravna zaštita u slučaju povrede autorskog prava od strane korisnika bit-torent platformi

Povreda subjektivnog autorskog prava, kao pravni delikt, povlači za sobom građanskopravnu odgovornost³⁴ lica koje je učinilo povredu, a po pravilu i primenu instrumenata građanskopravne zaštite.³⁵ Ipak, postojeći mehanizmi građanskopravne zaštite autorskog prava u ovom slučaju stavljeni su na ozbiljan test. Kako sankcionisati povredu subjektivnog autorskog prava u kojoj istovremeno, bez otkrivanja svog identiteta, može da učestvuje i više hiljada lica i koja se pritom odvija u onlajn okruženju?

Kao dva osnovna problema ovde se izdvajaju: pronalaženje adekvatnog postupka za otkrivanje pojedinačne radnje povrede učinjene putem bit-torent platforme i identiteta lica koje je tu povredu učinilo, s jedne strane, te pitanje celishodnosti i svrsishodnosti pokretanja skupih sudskih postupka protiv pojedinačnih korisnika, imajući u vidu masovnost ovakvih povreda, s druge strane.

sud posebne administrativne oblasti Hong Konga, *HKSAR v. Chan Nai Ming*, br. predmeta. 3 od 2007 (krivični), 18. Maj 2007, http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=57111&currpage=T%3E, 18. januar 2016.

- 33 Moguće je zamisliti više scenarija u kojima dolazi do drugačijih neposrednih povreda subjektivnog autorskog prava na primer povrede nekog od ličnopravnih ovlašćenja autora, te do posredne povrede, posebno iskorišćavanja autorskog dela upotrebom njegovih neovlašćeno umnoženih primeraka koje će postojati u najvećem broju, ako ni i u svim slučajevima ovakve neovlašćene razmene. Vid. čl. 14-33, 208 i 208a ZASP.
- 34 Radnja povrede subjektivnog autorskog prava koju izvrši korisnik bit-torent platforme može predstavljati i radnju osnovnog oblika krivičnog dela neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela iz čl. 199 Krivičnog zakonika za koje je propisana kazna zatvora do tri godine i krivično gonjenje po službenoj dužnosti. Čl. 199 Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr, 107/2005 – ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014. Takođe, nije isključeno ni postojanje prekršajne, a ni i odgovornosti za privredni prestup u ovom slučaju. Vid. čl. 215-217 ZASP.
- 35 Posebna pravila građanskopravne zaštite u slučaju povrede subjektivnog autorskog prava predviđena su odredbama Zakona o autorskom i srodnim pravima. Vid. čl. 205-207 i 209-214 ZASP.

3.2.1. Otkrivanje povrede autorskog prava izvršene od strane pojedinačnog korisnika bit-torrent platforme i utvrđivanje identiteta korisnika bit-torrent platforme

Postojanje neovlašćene onlajn razmene autorskog dela putem bit-torrent platformi se uglavnom lako može ustanoviti običnom pretragom Interneta. Međutim, utvrđivanje konkretnih doprinosa pojedinih korisnika predmetnoj razmeni je izuzetno komplikovano. Uopšteno gledano, metodi za otkrivanje kojima najčešće na globalnom nivou pribegavaju nosioci subjektivnog autorskog prava svode se ili na uključivanje u onlajn mreže korisnika koji razmenjuju datoteke sa autorskim delima ili na presretanje komunikacije korisnika u okviru mreža za razmenu.³⁶

Nosioci subjektivnog autorskog prava se mogu uključiti u onlajn mrežu korisnika koji razmenjuju datoteku sa autorskim delom putem bit-torrent protokola, ili u ulozi korisnika ili u ulozi treкера, sa ciljem da pribave podatke o IP adresama korisnika iz te mreže, vremenu razmene i eventualno obimu razmene svakog pojedinačnog korisnika. Budući da prema preovlađujućem stanovištu IP adresa predstavlja podatak o ličnosti³⁷ potrebno je utvrditi da li je ovakvo ponašanje u saglasnosti sa propisima koji garantuju zaštitu podataka o ličnosti. Zaštita podataka o ličnosti utvrđena je Ustavom Republike Srbije i Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti. Ustav u čl. 42, st. 2 propisuje da se prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju zakonom,³⁸ a Zakon o zaštiti podataka o ličnosti u čl. 8, st. 1, tač. 1 predviđa da prikupljanje, odnosno obrada, podataka o ličnosti nije dozvoljena ako

36 Detaljnije vid. M. Reljanović, „Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji“, *Intelektualna svojina i Internet, Nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 130-132.

37 Sud pravde Evropske unije je utvrdio da se IP adrese imaju smatrati za lične podatke imajući u vidu da se na osnovu njih može precizno utvrditi identitet korisnika Interneta. Vid. Sud pravde Evropske unije, *Scarlet Extended v. SABAM*, br. predmeta C-70/10, 24. novembar 2011.

38 Dodatno saglasno čl. 42, st. 3 i 4 Ustava zabranjena je i kažnjiva upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom, te je predviđeno da svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe. Čl. 42, st. 2-4 Ustav Republike Srbije-Ustav, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

fizičko lice nije dalo pristanak za obradu, odnosno ako se obrada vrši bez zakonskog ovlašćenja.³⁹ Saglasno pomenutim odredbama jasno je da valjan pravni osnov za prikupljanje, obradu podataka o ličnosti mogu biti samo zakon ili pristanak lica o čijim se podacima radi, kao i da on ne postoji kada nosioci subjektivnog autorskog prava prikupljaju IP adrese korisnika bit-torent platforme.⁴⁰ Ovakva praksa može biti sporna i sa aspekta podstrekavanja na činjenje povrede subjektivnog autorskog prava, posebno kada se nosioci uključuju u razmenu kao trekeri, koji nadgledaju razmenu, a ove radnje se mogu tumačiti i kao njihov posredni pristanak za iskorišćenje autorskog dela od strane korisnika.⁴¹ U svakom slučaju, zbog masovnosti onlajn razmene autorskih dela putem bit-torent platformi diskutabilne su efikasnost i isplativost ovakvog načina otkrivanja pojedinačnih radnji povrede subjektivnog autorskog prava.

Presretanje komunikacije korisnika bit-torent platformi prilikom razmene, radi prikupljanja podataka o njihovim IP adresama i vremenskim koordinatama razmene ili u nekim slučajevima otkrivanja i sadržine razmene, čini se kao mnogo efektniji način otkrivanja ove vrste povrede subjektivnog autorskog prava zbog razvijene tehnologije koja ovo omogućava,⁴² ali i problematičniji iz ugla ne samo zaštite podataka o ličnosti, nego pogotovo zaštite prava na tajnost sredstava komunikacija.⁴³ Ako se presretanjem ne otkriva sadržina razmene, nego samo prikupljaju IP adrese, važi sve što je napred navedeno za uključivanje nosilaca subjektivnog autorskog prava u onlajn razmenu. Dodatno se može postaviti pitanje primene posebne mere obezbeđenja

39 Dodatno, zakonska procedura prikupljanja podrazumeva obaveštenje lica čiji se podaci prikupljaju pre početka prikupljanja. Čl. 8, st. 1, tač. 1 i 15 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti – ZZPL, *Sl. glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009 – dr. zakon, 68/2012 – odluka US i 107/2012. i M. Reljanović, 132.

40 Nije sasvim jasno da li su pravila o zaštiti podataka o ličnosti povređena kada pojedinačni nosilac subjektivnog autorskog prava pristupi jednom ili nekoliko puta svormu radi prikupljanja IP adresa korisnika. Čini se, da bi tada necelishodno bilo tumačiti toliko široko propise o zaštiti podataka o ličnosti.

41 Ovde valja napomenuti da organi vlasti mogu da prikupljaju i obrađuju podatke bez pristanka lica, ako je obrada neophodna radi obavljanja poslova iz njihove nadležnosti, između ostalog, u cilju sprečavanja, otkrivanja, istrage i gonjenja za krivična dela i zaštite prava i sloboda i drugog javnog interesa. Čl. 13 ZZPL.

42 Vid. O. B. Vincents, 275-276. i T. Dunlap, N. Kurtz, „Electronic Evidence in Torrent Copyright Cases“, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 8/2011, 172-173.

43 Vid. čl. 41 Ustava. i M. Reljanović, 120-124.

dokaza⁴⁴ predviđene Zakonom o autorskom i srodnim pravima protiv internet operatora u cilju pribavljanja IP adresa korisnika Interneta, ali čini se da je odgovor na to pitanje odričan (detaljnije u nastavku rada).

Situacija je drugačija kada se presretanjem komunikacije otkriva njena sadržina. Propisi Republike Srbije su u tom slučaju jasni, presretanje komunikacije je jedino moguće u formi posebne dokazne radnje tajnog nadzora komunikacije, u smislu Zakonika o krivičnom postupku, koja se između ostalog može primeniti protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo ili da priprema krivično delo neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela ili predmeta srodnog prava iz čl. 199 Krivičnog zakonika. Predmetna dokazna radnja se sprovodi na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak, donete na osnovu predloga tužioca.⁴⁵ Ovakvo opravdano uređenje presretanja komunikacije u velikoj meri umanjuje njegov domašaj kao načina otkrivanja povreda subjektivnog autorskog prava učinjenih pomoću bit-torent platformi u Republici Srbiji.

Treba napomenuti da se navedeni načini otkrivanja pojedinačnih povreda autorskog prava putem bit-torent platformi ne moraju uvek odnositi na inicijalnog korisnika. Inicijalni korisnik postavlja dot-torent datoteku na Internet, zbog čega je njega ponekad lakše otkriti, te preduzeti radnje u cilju otkrivanja njegove IP adrese. Zakon o elektronskoj trgovini u čl. 20, st. 3 predviđa dužnost pružalaca usluga informacionog društva, među koje spadaju

44 Predmetnu meru sud može da odredi bez prethodnog obaveštenja ili saslušanja lica od koga se dokazi prikupljaju na osnovu zahteva nosioca prava koji učini verovatnim da je njegovo autorsko pravo povređeno, odnosno da može doći do povrede tog prava ili da postoji opasnost od nastanka neotklonjive štete, kao i da postoji opravdana bojazan da će dokazi o tome biti uništeni ili da će ih kasnije biti nemoguće pribaviti. Pod obezbeđenjem dokaza smatra se pregled prostorija, knjiga, dokumenata, baza podataka i drugo, kao i zaplena dokumenata i predmeta kojima je povreda izvršena, ispitivanje svedoka i veštaka. Ova mera se može tražiti i pre podnošenja tužbe, pod uslovom da se tužba podnese u roku od trideset dana od dana donošenja rešenja o određivanju mere, pritom sud može zatražiti od predlagača da položi imovinsko obezbeđenje za štetu koju bi izvršenjem mere mogla pretrpeti druga strana. Čl. 211 i 212 ZASP.

45 Uslov za primenu ove dokazne radnje jeste da ona predstavlja svojevrsni ultima ratio, odnosno da se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano, a samu radnju tajnog nadzora komunikacije sprovodi policija, Bezbednosno-informativna agencija ili Vojnobebednosna agencija, dok internet operator ima obavezu samo da im omogući efikasno vršenje ove dokazne radnje. Čl. 162, st. 3 i 166-170 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

i vlasnici internet stranica, da na osnovu odgovarajućeg sudskog, odnosno upravnog akta, predoče sve podatke pomoću kojih se može preduzeti otkrivanje ili gonjenje učinilaca krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica.⁴⁶ Pozivanjem na ovu odredbu može se zahtevati od vlasnika internet stranica na kojima su postavljene dot-torent datoteke da otkriju IP adrese i druge podatke o inicijalnim korisnicima koji su ih postavili, naravno pod uslovom da su ti podaci prikupljeni u skladu sa zakonom i da vlasnici internet stranica žele da sarađuju. Štaviše, ako inicijalni korisnici koriste neoprezno iste nadimke na različitim mestima na Internetu, ponekad je moguće otkriti i njihov identitet samo detaljnijom pretragom Interneta.

Saglasno napred iznetom čini se da propisi Republike Srbije, stavljajući zaštitu podataka o ličnosti i tajnosti komunikacije iznad zaštite autorskog prava, ne ostavljaju puno prostora nosiocima subjektivnog autorskog prava za organizovano i masovno otkrivanje pojedinačnih povreda autorskog prava učinjenih putem predmetnih platformi i prikupljanje IP adresa korisnika, upućujući ih na krivični postupak. Ovakva tendencija nije strana ni u uporedno-pravnim zakonodavstvima, tako na primer švajcarski Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, kao i srpski, onemogućava organizovano prikupljanje IP adresa zbog povrede autorskog prava od strane nosilaca subjektivnog autorskog prava.⁴⁷ S druge strane, postoje zakonodavstva koja su stavila autorskopravnu zaštitu u prvi plan, videvši to kao jedini adekvatan način zaštite od neovlašćene razmene autorskih dela na Internetu. Na primer u Francuskoj su organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog prava ovlašćene da prikupljaju IP adrese korisnika Interneta koji čine povrede autorskog prava na Internetu,⁴⁸ a sudovi u SAD-u, kao i nemački sudovi u najvećem broju slučajeva dozvoljavaju prikupljanje IP adresa za potrebe zaštite autorskog prava, iako su zaštićene kao lični podaci. Interesantan je opšteprihvaćen stav u nemačkoj teoriji i praksi da se priznaje status ličnog podatka statičkoj IP adresi, ali ne i dinamičkoj, čime

46 Vid. čl 3 i 20 Zakona o elektronskoj trgovini – ZET, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009 i 95/2013.

47 Vid. čl. 13. Saveznog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti Švajcarske konfederacije (nem. *Bundesgesetz über den Datenschutz*), SR 235.1/1992, poslednje izmene AS 2013 3215, kao i Savezni vrhovni sud Švajcarske, *Eidgenössischer Datenschutz und Öffentlichkeitsbeauftragter v. Logistep AG*, predmet br. 1C_285/2009, 8. septembar 2010, http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=aza%3A%2F%2F08-09-2010-1C_285-2009, 15. februar 2016.

48 A. Strowel, „Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers-Is the „Graduated Response“ a Good Reply?“, *WIPO Journal* 1/2009,80.

se posredno omogućava organizovano prikupljanje IP adresa na Internetu.⁴⁹ Zbog toga je Savezni vrhovni sud Nemačke uputio Sudu pravde Evropske unije prethodno pitanje u predmetu *Patrick Breyer* da li čl. 2, tač. a Direktive o zaštiti podataka treba tumačiti tako da IP adresa koju pružalac usluga pohranjuje prilikom pristupa na njegovu internet stranicu za njega već tada predstavlja lični podatak ako treća osoba (ovde: lice koje omogućava pristup) raspolaže dodatnim informacijama potrebnim za identifikaciju osobe na koju se one odnose?⁵⁰ Sud pravde Evropske unije još nije odlučio o ovom prethodnom pitanju, ali zasigurno će stav koji bude zauzeo imati značajan uticaj na zaštitu autorskog prava od neovlašćene razmene putem bit-torrent platformi, te na buduće uređenje odnosa autorskog prava i prava zaštite podataka o ličnosti na nivou Evropske unije i šire.

Otkrivanje povrede subjektivnog autorskog prava i IP adrese korisnika bit-torrent platforme za koga se sumnja da je učinio radnju povrede, čak i da ostavimo po strani njegovu (ne)zakonitost, nije dovoljno da bi se preduzele bilo kakve mere autorskopravne zaštite protiv tog korisnika. Potrebno je utvrditi njegov identitet, pogotovo ako imamo u vidu da je tužba u parničnom postupku protiv nepoznatog i neodređenog lica nedopuštena.⁵¹ Tu na scenu stupa internet operator, koji je korisniku dodelio IP adresu i koji jedino može odrediti njegov identitet na osnovu nje. Srpski propisi ne pružaju sasvim jasne smernice pod kojim uslovima internet operator može otkriti identitet korisnika Interneta na osnovu IP adrese.⁵² Jedini mehanizmi propisani Zakonom o autorskom i srodnim

49 Osnovni kriterijum prema nemačkim propisima da bi se neki podatak smatrao ličnim jeste da može biti povezan sa određenim ili odredivim fizičkim licem i uobičajeno se relativno tumači kao mogućnost lica u čijem je posedu da ga poveže sa nekim fizičkim licem. Kako dinamičku IP adresu sa fizičkim licem, korisnikom Interneta, može povezati jedino internet operator, ona jedino za njega predstavlja lični podatak, ali ne i za druga lica. Vid. European Commission: Directorate – General Justice, Freedom and Society, New Challenges to Data Protection, Country Study A.4 – Germany, 2010, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_country_report_A4_germany.pdf, 20. februar 2016.

50 Sud pravde EU, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, predmet br. C-582/14. Zahtev za donošenje preliminarne odluke upućen je 17. decembra 2014. godine i odluka još nije doneta (stanje na dan 25. februar 2016.). Dodatno vid. čl. 2, tač. a Direktive (EZ) br. 95/46 o zaštiti građana u vezi sa obradom podataka o ličnosti i o slobodnom kretanju takvih podataka – Direktiva o zaštiti podataka, *Službeni list EZ*, br. L 281, 23. novembar 1995.

51 Čl. 98, st. 3 Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

52 Nemački Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima je jasan povodom ovog pitanja. On omogućava nosiocima subjektivnog autorskog prava da preko suda zahtevaju od

pravima koji bi se potencijalno mogli primeniti u ovom slučaju jesu ranije opisana mera obezbeđenja dokaza,⁵³ te pravo suda da naloži tuženom da obavestinja o trećim licima koja su povezana sa povredom ili preda dokumente koji su u vezi sa povredom.⁵⁴ Ipak, potrebno je ove instrumente sagledati iz ugla propisa koji uređuju poslovanje internet operatora. Prava i obaveze internet operatora, kao pružaoca elektronskih komunikacionih usluga, regulisane su Zakonom o elektronskim komunikacijama koji predviđa obavezu internet operatora da zadržava podatke o elektronskim komunikacijama, među koje spadaju i dodeljenje IP adrese, kao i imena i prezimena fizičkih lica, odnosno nazivi pravnih lica kojima su dodeljene IP adrese.⁵⁵ Pristup ovako zadržanim podacima dopušten je jedino uz pristanak korisnika, osim na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije.⁵⁶ Prema tome, čini se da ova pravila isključuju primenu mere za obezbeđenje dokaza i zahteva za davanje obavestjenja, predviđenih Zakonom o autorskom i srodnim pravima, budući da se one izriču u građanskom sudskom postupku. Kao kod otkrivanja radnji povrede subjektivnog autorskog prava učinjenih od strane korisnika bit-torent platformi, te prikupljanja njihovih IP adresa, izgleda da je i za otkrivanje identiteta korisnika nosilac subjektivnog autorskog prava upućen na krivični postupak.

Najzad treba imati u vidu da se IP adresa najčešće ne smatra isključivim dokazom na sudu. Pomoću nje se samo utvrđuje lokacija računara sa kojeg je izvršena određena radnja, a ne i lice koje je učinilo radnju povrede. Tek ako se u računaru identifikovanog korisnika, na osnovu sudskog naloga, pronađu nedozvoljeni sadržaji to će predstavljati isključiv dokaz na sudu.⁵⁷ Međutim, čini se da u budućnosti nisu isključena drugačija tumačenja.

internet operatora da pruže informacije o identitetu korisnika koji su korišćenjem dodeljenih IP adresa povredili njihovo subjektivno pravo, izričito ograničavajući osnovno pravo na tajnost komunikacija. Vid. § 100 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima Savezne Republike Nemačke (nem. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte-Urheberrechtsgesetz*), *BGBI. I.S.*, br. 1273/1965, poslednje izmene 2178/2015.

53 Vid. M. Reljanović, 135-136.

54 Čl. 211-213 ZASP.

55 Čl. 128-129 Zakon o elektronskim komunikacijama -ZEK, *Sl. glasnik RS*, br. 44/2010, 60/2013-odluka US i 62/14. i čl. 9-16 Pravilnika o zahtevima za uređaje i programsku podršku za zakonito presretanje elektronskih komunikacija i tehničkim zahtevima za ispunjenje obaveze zadržavanja podataka o elektronskim komunikacijama, *Sl. glasnik RS*, br. 88/2015.

56 Čl. 128, st. 2 ZEK.

57 Vid. T. Lukić, „Digitalni dokazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012 (ur. D. Drakić), 177-191.

3.2.2. Celishodnost sudskih postupaka protiv pojedinačnih korisnika bit-torent platforme

Dva su razloga zbog kojih se celishodnost i svrsishodnost pokretanja sudskih postupaka protiv pojedinačnih korisnika bit-torent platforme dovode u pitanje. Prvi razlog jesu opisani komplikovani i skupi postupci za otkrivanje pojedinačne radnje povrede, njenog dokazivanja te utvrđivanje identiteta korisnika. Drugi jeste nemogućnost sankcionisanja svih učinilaca povreda zbog prirode, masovnosti upotrebe, te globalnog karaktera onlajn razmene putem bit-torent platformi. Broj korisnika koji se otkrivaju danas poznatim mehanizmima otkrivanja i protiv kojih se preduzimaju mere autorskopravne zaštite, slobodno rečeno predstavlja „slučajni uzorak“ od pretpostavljenog ukupnog broja korisnika koji neovlašćeno razmenjuju autorska dela na ovaj način.

Pitanja su sledeća: da li je ekonomski isplativo pokretanje sudskih postupaka protiv pojedinačnih korisnika bit-torent platforme i koja je krajnja svrha koja se može postići ovakvim postupanjem? Ako posmatramo prvo pitanje iz ugla sudske prakse u SAD-u videćemo da ovakvo postupanje može da bude uspešan poslovni poduhvat. U SAD-u postoji već skoro deceniju duga praksa pokretanja građanskih sudskih postupaka protiv nepoznatih korisnika bit-torent platformi u kojima se od suda zahteva da nalože internet operatorima da na osnovu IP adresa otkriju identitet tuženih. Posebna karakteristika ovih postupaka jeste da jednim zahtevom može da bude obuhvaćeno na stotine, hiljade korisnika čime se značajno smanjuju troškovi postupka. Sudovi uglavnom prihvataju ovakve zahteve, te kada nosioci subjektivnog autorskog prava saznaju identitete korisnika platformi oni im upućuju predloge za poravnanje uz plaćanje naknada za štetu u iznosima koji iznose po nekoliko hiljada američkih dolara. Najveći broj ovih sporova se upravo i završava na poravnanju, a retko kada se postupak nastavlja pred sudom. Prepoznavši priliku da se na ime naknada za poravnanje dobiju veliki iznosi u vrlo kratkom vremenskom periodu, posebne kompanije i advokatske kancelarije su se specijalizovale za ovu vrstu postupka.⁵⁸ Uпитno je ipak, čak i slučaju da su ovi postupci mogući u

58 Međutim, poslednjih godina stav teorije i sudske prakse prema ovim postupcima se značajno promenio. Sudovi sve češće prihvataju stav da nije moguće obuhvatiti više korisnika bit-torent platforme jednim zahtevom zbog nedostatka dokaza da su svesno zajednički delovali prilikom izvršenja povrede subjektivnog autorskog prava, a od odluke u predmetu *Ingenuity 13 LLC v. Doe* i da se mora dokazati da je predmetnom platformom preuzeta datoteka sa autorskim delom u celosti, čime se značajno povećavaju

Republici Srbiji, koliki bi bili iznosi naknade štete koji bi se mogli dobiti putem poravnanja, imajući u vidu kolike odštetne naknade dosuđuju naši sudovi.

Da li je ovakva praksa uopšte u skladu sa svrhom autorskog prava? Cilj sankcionisanja pojedinačnih korisnika bit-torent platforme ne treba da bude ostvarivanje dobiti, nego preventivno delovanje na buduće potencijalne učionice. Treba imati u vidu da se generalna prevencija može postići ne samo vođenjem građanskog sudskog postupka protiv korisnika bit-torent platforme, već i krivičnog postupka koji je trenutno, prema našim propisima, nezaobilazan stadijum u ostvarivanju autorskopravne zaštite u ovom slučaju.

4. Uloga posrednika u povredi autorskog prava putem bit-torent platformi

Kao posrednici u onlajn razmeni putem bit-torent platformi najčešće se označavaju vlasnici internet stranica za hosting, pretraživanje i hiperlinking dot-torent datoteka, vlasnici trekera, lica koja obezbeđuju bit-torent klijente, ali i internet operatori. Određivanje njihove uloge u povredi subjektivnog autorskog prava učinjene pomoću predmetnih platformi od strane korisnika ide u dva pravca: pozivanja na odgovornost za povredu ili pozivanja na aktivno učešće u prevenciji i sankcionisanju ovakvih povreda. U nastavku zbog obima rada detaljnije ćemo analizirati samo odgovornost vlasnika internet stranica sa dot-torent datotekama i ulogu internet posrednika u zaštiti autorskog prava na Internetu.⁵⁹

troškovi ovih postupaka. Vid. J. Druckerman, 931-963, J. DeBriyn, „Shedding Light on Copyright Trolls: An Analysis of Mass Copyright Litigation in Age of Statutory Damages“, *UCLA Entertainment Law Review* 1/2012, 79-112, M. Sag, „Copyright Trolling, An Empirical Study“, *Iowa Law Review* 100-3/2015, 1105-1147.

59 Uloga vlasnika trekera je sporna i u praksi i u teoriji, kako treker ne odašilje, niti preuzima datoteke sa autorskim delom, a ni dot-torent datoteke, nego samo IP adrese korisnika i podatke potrebne za prenos datoteka koje se razmenjuju. Ne postoji ni značajnija uporedna sudska praksa o potencijalnoj odgovornosti vlasnika trekera. S druge strane, opšteprihvaćen stav je da lica koja obezbeđuju bit-torent klijente za sada ostaju van dometa autorskopravne zaštite zbog svoje neutralnosti. Isto tako, teško i da se internet operatori mogu pozvati na odgovornost u ovom slučaju budući da su usluge pristupa Internetu i onlajn prenosa podataka, koje oni pružaju samo tehničke i pasivne. Dodatno, pod uslovom da prihvatimo u teoriji i uporednoj sudskoj praksi zastupljen stav da usluge onlajn prenosa podataka i pristupa Internetu imaju karakter ne samo elektronsko komunikacionih usluga, nego i usluga informacionog društva, iako to savim jasno ne proizlazi iz čl. 3, tač. 3 srpskog Zakona o elektronskoj trgovini, na

4.1. Odgovornost vlasnika internet stranica za hosting, pretraživanje i hiperlinking dot-torrent datoteka za povredu autorskog prava

Vlasnici internet stranica za hosting, pretraživanje i hiperlinking dot-torrent datoteka obezbeđuju dostupnost ove vrste datoteka na Internetu i u velikoj meri su zaslužni za globalnu ekspanziju neovlašćene onlajn razmene autorskih dela putem bit-torrent platformi, ipak uslovi pod kojima se oni mogu pozvati na odgovornost i dalje nisu precizno određeni.

Njihovu eventualnu odgovornost treba sagledati sa aspekta propisa koji uređuju odgovornost pružalaca usluga informacionog društva, u koje spadaju hosting, omogućavanje pretraživanja i hiperlinking,⁶⁰ za sadržaje korisnika koje skladište, prenose ili čine dostupnim na Internetu. Zakon o elektronskoj trgovini uređuje pravila za isključenje odgovornosti pružalaca usluga informacionog društva.⁶¹ Prema ovim pravilima pružalac hosting usluga koji skladišti podatke pružene od strane korisnika usluga i na njegov zahtev, neće biti odgovoran za sadržaj skladištenih podataka ako su ispunjena dva uslova. Prvi, ako nije znao ili nije mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podataka i drugi, ako je odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku uklonio ili onemogućio pristup tom podatku. Isto pravilo važi i za pružaoca usluga hiperlinkinga, odnosno omogućavanja pristupa podacima posredstvom elektronskog upućivanja.⁶² S druge strane, Zakon ne sadrži odredbe o odgovornosti pružaoca usluga onlajn pretraživanja, niti bilo kakve smernice po tom pitanju.⁶³ Iz navedenog proizlazi da pasivno ponašanje

internet operatora bi se mogla primeniti i pravila isključenja odgovornosti pružalaca usluga informacionog društva za pružanje usluga običnog prenosa (engl. *mere conduit*) i privremenog skladištenja podataka (engl. *caching*). Vid. čl. 3, tač 3, 16 i 17 ZET, kao i Vrhovni sud Australije, *iiNet*, predmet br. S288/2011, 20. april 2012.

60 Vid. čl. 3, tač. 3 ZET.

61 Zakon o elektronskoj trgovini propisuje osnove za isključenje odgovornosti u skladu sa odredbama Direktive o elektronskoj trgovini Evropske unije. Vid. Direktiva (EZ) br. 2000/31 o određenim pravnim aspektima usluga informacionog društva, a naročito elektronske trgovine, na unutrašnjem tržištu – Direktiva o elektronskoj trgovini, *Službeni list EZ*, br. L 178, 8. jun 2000.

62 Čl. 18 i 19 ZET.

63 Uporednopravna rešenja odgovornosti pružaoca usluge pretraživanja nisu ujednačena i kreću se od izjednačavanja sa pružanjem hosting usluga, izjednačavanja sa pružanjem usluga običnog prenosa, do nepriznavanja bilo kakvog osnova za isključenje odgovornosti. Vid. European Commission, Working paper: Online services, including e-commerce,

pružalaca usluga hostinga i hiperlinkinga, a verovatno i pretraživanja, te neučestvovanje u radnji neposredne povrede autorskog prava nije dovoljno da se izbegne odgovornost za povrede prava učinjene od strane njihovih korisnika, čak ni imajući u vidu opšte pravilo Zakona o elektronskoj trgovini koje predviđa da pružaoci usluga informacionog društva nisu dužni da pregledaju podatke koje skladište, prenose ili čine dostupnim, odnosno da ispituju okolnosti koje bi upućivale na nedopušteno delovanje korisnika usluga.⁶⁴

Međutim, iako se pod opisanim uslovima, vlasnici internet stranica sa dot-torent datotekama mogu pozvati na odgovornost, ostaje nejasno da li ovde uopšte postoji povreda subjektivnog autorskog prava imajući u vidu specifičnu strukturu dot-torent datoteka? Uporednu sudsku praksu u vezi sa navedenim pitanjem obeležio je predmet *The Pirate Bay*. *The Pirate Bay* jeste švedska internet stranica koja obezbeđuje katalog dot-torent datoteka sa pretraživačem i jedna je od globalno najpopularnijih internet stranica. U krivičnom postupku pokrenutom početkom 2008. godine protiv trojice njenih osnivača i investitora švedski sudovi su presudili da su vlasnici i investitor krivi za pomaganje i podstrekavanje neovlašćenog interaktivnog javnog saopštavanja autorskih dela.⁶⁵ Sudovi su utvrdili kao nesporno da su korisnici *The Pirate Bay* činili radnje povrede autorskog prava, a da su se okrivljeni oglušili da preduzmu bilo kakve mere u cilju sprečavanja takvih povreda, na šta su bili obavezni kao pružaoci usluga informacionog društva.⁶⁶ Posledice ovakve

in the Single Market, 11. januar 2012, 26-27, http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011_1641_en.pdf, 23. februar 2016.

- 64 Postoje i druge obaveze pružalaca usluga informacionog društva. Tako, oni moraju da obaveste nadležni državni organ ako osnovano sumnjaju da korišćenjem usluge korisnik preduzima nedopuštene aktivnosti ili je pružio nedopušteni podatak, kao i da na osnovu odgovarajućeg sudskog, odnosno upravnog akta, predoče sve podatke na osnovu kojih se može preduzeti otkrivanje ili gonjenje počinitelaca krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica. Čl. 20 ZET.
- 65 Vid. S. Larsson, „Metaphors, law and digital phenomena: the Swedish pirate bay court case“, *International Journal of Law and Information Tehnology* 4/2013, 358-364.
- 66 Dokazivanje znanja o povredama kao uslova za odgovornost, ovde je bilo olakšano, budući da su na samoj internet stranici bila objavljivana i ismejavana pisma nosilaca subjektivnog autorskog prava sa pritužbama, kao i upozorenja korisnicima da će *The Pirate Bay* ukloniti sve dot-torent datoteke čiji nazivi ne odgovaraju njihovoj sadržini. Pošto druge slične internet stranice nemaju ovakvu praksu, ostalo je otvoreno pitanje dokazivanja saznanja o povredama. Okružni sud u Stokholmu, *The International Public Prosecution Office in Stockholm and et. al. v. Gottfrid Svartholm, Fredrik Nei, Peter Sunde and Carl Lundström*, br. predmeta B 13301-06, 17. april 2009. Nezvaničan prevod Presude na engleski je dostupan na adresi: <http://www.ifpi.org/content/library/pirat-e-bay-verdict-english-translation.pdf>, 24. februar 2016.

odluke sudova za rad internet stranice nisu bile velike, ona i danas u velikoj meri nesmetano funkcioniše, koristeći tehničke mere i izmeštanje servera za izbegavanje raznih blokada. S druge strane, date su smernice za postupanje u budućim postupcima protiv vlasnika sličnih internet stranica, pa su sudovi različitih zemalja uglavnom zauzimali stav da postoji odgovornost za omogućavanje i olakšavanje neposredne povrede autorskog prava putem bit-torent platformi od strane njihovih korisnika.

Novija teorijska stanovišta se ipak zalažu da se rad internet stranica sa dot-torent datotekama kvalifikuje kao neovlašćeno interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti, odnosno kao neposredna povreda autorskog prava.⁶⁷ Tako je Vrhovni sud Holandije uputio dva prethodna pitanja Sudu pravde Evropske unije u predmetu *Stichting Brein* u vezi sa radom internet stranice *The Pirate Bay*. Prvo, da li operator internet stranice vrši javno saopštavanje, u smislu čl. 3, st. 1 Direktive o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu – Direktive o informacionom društvu,⁶⁸ kada internet stranica ne sadrži zaštićena dela, ali postoji sistem pomoću koga se za korisnika indeksiraju i kategorizuju metapodaci o zaštićenim delima koja se nalaze na računarima korisnika, pomoću kojih korisnik može pronaći, postaviti ili preuzeti zaštićena dela? Drugo, ako je odgovor na prvo pitanje odričan, pružaju li čl. 8, st. 3 Direktive o informacionom društvu i čl. 11 Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine⁶⁹ osnov za nalog protiv posrednika,

67 Ovo posebno nakon što je Viši sud Engleske i Velsa u predmetu *Twentieth Century Fox Film Corp and Others v. Newzbin Ltd* utvrdio postojanje odgovornosti vlasnika internet stranice *Newzbin*, koja je omogućavala pretragu NBZ datoteka koje su kao i dot-torent datoteke sadržale samo podatke o lokaciji datoteka sa autorskim delima, za neovlašćeno interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti. Viši sud Engleske i Velsa, *Twentieth Century Fox Film Corp and Others v. Newzbin Ltd*, predmet br. [2010] EWHC 608 (Ch), 29. mart 2010, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/608.html>, 25. februar 2016. i G. Dimita, 470-471.

68 Ovaj član je sličan čl. 30 Zakona o autorskom i srodnim pravima koji propisuje isključivo ovlašćenje na interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti. Vid. čl. 3, st. 1 Direktive (EZ) br. 2001/29 o harmonizaciji aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, *Sl. List EZ*, br. L 167, 22. maj 2001.

69 Odredba čl. 8, st. 3 Direktive o informacionom društvu i čl. 11 Direktive o sprovođenju prava intelektualne svojine odnose se na obezbeđivanje mogućnosti da se zahteva izdavanje sudskog naloga posredniku čije usluge koriste treća lica za povredu autorskog prava kojim se traži zabrana daljeg vršenja povrede. Vid. čl. 8, st. 3 Direktive o informacionom društvu i čl. 11 Direktive (EU) br. 2004/48 o sprovođenju prava intelektualne svojine, *Sl. List EZ*, br. L 157, 29. april 2004.

koji na način opisan u prvom pitanju trećim licima olakšava protivpravne radnje?⁷⁰ Odluka Suda pravde Evropske unije u ovom postupku bi trebalo da postavi jasna pravila za utvrđivanje odgovornosti vlasnika internet stranica sa dot-torent datotekama za povredu subjektivnog autorskog prava, kao i za preduzimanje različitih represivnih mera protiv njih.

4.2. Aktivna uloga internet posrednika u zaštiti autorskog prava na Internetu

Noviji sistemi zaštite autorskog prava na Internetu podrazumevaju aktivno-preventivnu ulogu internet posrednika.⁷¹ U uporednom pravu može se razlikovati nekoliko koncepata ovakve autorskopravne zaštite, ali ovde ćemo opisati samo tzv. sistem „obaveštenja i uklanjanja“ (engl. „*notice and takedown*“) i blokiranje pristupa internet stranicama.⁷²

- 70 Holandska fondacija *Stichting Brein* koja okuplja nosioce subjektivnog autorskog prava je još 2010. godine pokrenula sudski postupak protiv nekoliko holandskih internet operatora zahtevajući blokadu pristupa internet stranici *The Pirate Bay*. Prvostepeni sud je usvojio ove zahteve i naredio blokadu 2012. godine, međutim Apelacioni sud je poništio prvostepenu odluku tvrdeći da je mera blokade neefikasna i nesrazmerna, a pozivajući se na empirijsko istraživanje koje je pokazalo da se učestalost povreda autorskog prava putem ovih platformi nije smanjila od uvođenja blokade posle prvostepene odluke. Takođe, Apelacioni sud je ocenio da nije prihvatljivo to što *Stichting Brein* nije preduzimala nikakve mere protiv drugih sličnih internet stranica. U postupku po žalbi na drugostepenu odluku Vrhovni sud Holandije je uputio Sudu pravde Evropske unije navedena pitanja. Sud pravde Evropske unije, *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, predmet br. C-610/15. Zahtev za donošenje preliminarne odluke upućen je 18. novembra 2015. godine i odluka još nije doneta (stanje na dan 25. februar 2016.)
- 71 Detaljnije vid. D. Popović, „Povreda autorskog prava i srodnih prava na internetu: Preispitivanje uloge posrednika“, *Pravo i privreda* 4-6/2010, 579-593; S. Radovanić, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet, Nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 83-112.
- 72 U uporednom pravu razlikuju se još i sistem „obaveštenja i obaveštenja“ (engl. „*notice and notice*“), koji podrazumeva da internet posrednici obavestavaju svoje korisnike o povredama autorskog prava koje su učinili u cilju edukacije bez preduzimanja represivnih mera, sistem filtriranja sadržaja, te sistem progresivnog odgovora (engl. *graduated response*). Poslednji podrazumeva preduzimanje mera protiv korisnika Interneta, koji su povredili autorsko pravo, u etapama od obaveštenja o povredi, a zatim sve represivnijih, da bi na kraju došlo do ukidanja internet naloga korisnika. Pored toga, radi njegovog sprovođenja po prvi put se legalizuju različite mere opšteg nadzora nad korisnicima u cilju zaštite privat-

Sistem „obaveštenja i uklanjaња“ propisan je Zakonom o elektronskoj trgovini po ugledu na Direktivu o elektronskoj trgovini Evropske unije i primenjuje se na pružaocima usluga hostinga i usluga hiperlinkinga. On podrazumeva obavezu pružalaca ovih usluga da, posle saznanja, odnosno obaveštenja o nedopuštenom delovanju ili podatku kojim njihovi korisnici povređuju neko pravo, pa i subjektivno autorsko pravo, uklone podatak ili onemoguće pristup do tog podatka.⁷³ Ovakav sistem može da bude od velike koristi nosiocima subjektivnog autorskog prava. Ipak, treba imati u vidu njegov ograničen domašaj kada se radi o neovlašćenoj onlajn razmeni autorskih dela putem bit-torrent platformi samo na vlasnike internet stranica sa dot-torrent datotekama i eventualno na vlasnike trejera.

Blokiranje sadržaja kojim se povređuje subjektivno autorsko pravo od strane internet posrednika trenutno je vrlo aktuelno u pravu Evropske unije posebno posle odluke Suda pravde Evropske unije u predmetu *UPC Telekabel Wien GmbH*.⁷⁴ U ovom predmetu Sud pravde Evropske unije je utvrdio da se internet operatoru može sudskom odlukom narediti *in abstracto* da blokira pristup internet stranici na kojoj se povređuje autorsko pravo.⁷⁵ Konkretno za povrede autorskog prava putem bit-torrent platformi ova odluka je značajna jer potvrđuje da je moguće zahtevati od internet operatora da blokira pristup internet stranicama sa dot-torrent datotekama, ali i dalje ostaje upitno koliko takve mere mogu imati efikasan rezultat.⁷⁶ Kao što je već napomenuto, upravo zbog neefikasnosti ovakve mere, trenutno se čeka odluka Suda pravde Evropske unije u predmetu *Stichting Brein* u vezi sa blokiranjem pristupa internet stranici *The Pirate Bay*.

nih interesa. Detaljnije vid. Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, OECD Publishing Paris 2011, 143-145, dostupno na adresi: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/theroleofinternetintermediariesinadvancingpublicpolicyobjectives.htm#get_the_book, 28. februar 2016.

73 Čl. 18, st. 1, tač. 2, 19, tač. 2 i 20, st. 4 ZET.

74 Sud pravde Evropske unije, *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, br. predmeta C-314/12, 27. mart 2014.

75 Predmetna odluka je posebno interesantna ako je uporedimo sa ranijom odlukom Suda pravde Evropske unije u predmetu *Scarlet Extended SA v. SABAM*. Vid. Sud pravde Evropske unije, *Scarlet Extended v. SABAM*, br. predmeta C-70/10, 24. novembra 2011, kao i D. Popović, „Povrede autorskog prava i srodnih prava na sajtovima za razmenu audio i video zapisa, putem korišćenja onlajn video igara i na blogovima“, *Pravni život* 11/2012, 792-793.

76 Ova odluka je kritikovana u teoriji, posebno zbog toga što pretpostavlja da je moguće postići sprečavanje ili otežavanje neovlašćenog pristupanja autorskim delima, iako to nije izvesno. Vid. M. Schellekens, „The Internet access provider: unwilling or unable?“, *International Journal of Law and Information Technology* 23/2015, 310-321.

Kada se radi o propisima Republike Srbije Zakon o autorskom i srodnim pravima izričito propisuje mogućnost nosioca subjektivnog autorskog prava da podnese tužbu kojom se traži prestanak povrede njegovog subjektivnog prava, te privremenu meru zabrane nastavljanja započetih radnji kojima bi se mogla izvršiti povreda.⁷⁷ Teorijski posmatrano, ove odredbe mogu biti polazna osnova za ekstenzivno tumačenje od strane srpskih sudova i eventualno izricanje naloga internet operatoru da blokira određenu internet stranicu, kao i za preduzimanje mera protiv svih ostalih internet posrednika. Dodatno, internet operatoru ako prihvatimo da je on pružalac usluga informacionog društva,⁷⁸ a i svim ostalim pružiocima usluga informacionog društva moguće je putem suda odrediti preduzimanje privremene mere ograničenja pružanja usluga informacionog društva predviđene Zakonom o elektronskoj trgovini. Predmetna mera obuhvata uklanjanje spornog sadržaja, zabranu radnji koje su dovele do kršenja prava, odnosno drugog oblika zaštite srazmerno cilju koji se želi postići merom i može predstavljati efikasno sredstvo za sprečavanje povrede autorskog prava na Internetu, pa i putem bit-torent platformi.⁷⁹

Iz gornjih konstatacija može se zaključiti da osim sistema „obaveštenja i uklanjanja“ srpski propisi ne ostavljaju puno prostora za aktivno delovanje internet posrednika u zaštiti autorskog prava na Internetu, nezavisno od sudskih postupaka, pogotovo ako imamo u vidu zagarantovanu zaštitu podataka o ličnosti i tajnost komunikacije. Ipak, prisutna je praksa internet operatora u Srbiji da upućuju „pisma opomene“ korisnicima bit-torent platformi za koje se sumnja da su povredili autorsko pravo putem kojih se oni upozoravaju da su neovlašćeno preuzeli datoteku sa autorskim delom i da nastavljanje nezakonite aktivnosti može imati za posledicu isključenje korisnika. Iako je zakonitost ovakve prakse upitna čini se da nije privukla dovoljnu pažnju ni nadležnih organa, ni stručne javnosti.⁸⁰

77 Čl. 205, st. 1, tač. 2 i 210 ZASP.

78 Treba imati u vidu da je internet operator kao pružalac elektronsko komunikacionih usluga obavezan da primeni mere za sprečavanje i suzbijanje zloupotreba i prevara u vezi sa korišćenjem Interneta, međutim ta obaveza nije bliže definisana. Vid. čl. 37, st 2, tač. 15 ZEK.

79 Uslov za izricanje ove privremene mere jeste da podnosilac zahteva učini verovatnim postojanje povrede, odnosno nastupanje nenadoknadive štete. Čl. 21a ZET.

80 Detaljnije o (ne)zakonitosti ovakve prakse vid. M. Reljanović, 113-137. Dodatno vid. Republika Srbija, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Izveštaj o nadzoru nad sprovođenjem i izvršavanjem Zakona o zaštiti podataka o ličnosti od strane operatora elektronskih komunikacija koji pružaju usluge pristupa internetu i internet usluge, 30. jun 2015, <http://www.po.verenik.rs/yu/saopstenja-i-aktuelnosti/2128-nuzno-je-popravljati-nivo-zastite-licnih-podataka-u-oblasti-elektronskih-komunikacija.html>, 28. februar 2016.

5. Zaključak

Popularizacija upotrebe bit-torent platformi za neovlašćenu onlajn diseminaciju autorskih dela dovela je u pitanje opravdanost tendencija jačanja autorsko-pravne zaštite na Internetu, čini se kao nijedna tehnologija pre. Sveprisutniji su predlozi preispitivanja održivosti postojećih koncepata autorskog prava u onlajn okruženju, te predlaganje alternativnih metoda zaštite interesa autora. Međutim, i dalje preovlađuje tendencija jačanja autorskog prava na Internetu posebno kroz različite oblike legalizacije presretanja i nadzora nad onlajn komunikacijama. Upitno je da li je ovo dobar pristup u slučaju povreda autorskog prava putem bit-torent platformi? Osnovna prednost koju bit-torent platforme nude jeste dostupnost autorskih dela, a ne samo besplatno uživanje u njima. Možda bi adekvatno rešenje bilo pronalaženje i popularizacija jednako efikasne tehnologije, ali za zakonitu diseminaciju autorskih dela, putem koje bi nosioci subjektivnog autorskog prava mogli da ostvare određenu manju naknadu, a korisnici Interneta pristup autorskim delima bez rizika od sankcija. Rešenje bi čini se trebalo tražiti u novim tehnologijama za onlajn diseminaciju autorskih dela, a ne u novim tehnologijama za presretanje i nadzor onlajn komunikacija.

Autorsko pravo u Republici Srbiji suočeno je sa relativno istim problemima u ostvarivanju građanskopravne zaštite od povreda autorskog prava putem bit-torent platformi kao i druga uporedna prava koja nisu ograničila tajnost onlajn komunikacija i zaštitu podataka o ličnosti. Bez ovih ograničenja nosiocima subjektivnog autorskog prava nije dozvoljeno da samostalno prikupljaju IP adrese korisnika bit-torent platformi van krivičnog postupka, te se i ne može govoriti o efikasnoj građanskopravnoj zaštiti. Pitanje je koliko bi građanskopravna zaštita bila efikasnija u slučaju uvođenja spornih ograničenja, a koliko bi se povećale mogućnosti za eventualne zloupotrebe. Za početak, pre preduzimanja bilo kakvih poteza potrebno je proceniti kako uspostaviti prihvatljiv balans između interesa autorskog prava i zaštite privatnosti onlajn komunikacija. U svakom slučaju, trebalo bi razmotriti mogućnost da i odluka suda u građanskom postupku bude valjan osnov za internet operatora da otkrije identitet korisnika Interneta na osnovu zakonito pribavljene IP adrese. Takođe, radi efikasnije zaštite od povreda autorskog prava putem bit-torent platformi, i uopšte na Internetu, potrebno je preciznije definisati institute koji su već predviđeni u našem pravu. Trebalo bi precizirati obaveze internet operatora kao pružaoca elektronsko komunikacionih usluga, ali i kao pružaoca usluga informacionog društva, urediti

postojeći sistem „obaveštenja i uklanjanja“, odgovornost onlajn pretraživača, te tužbeni zahtev za pružanje informacije o povredi autorskog prava. Predloženo je u interesu svih učesnika na Internetu, budući da će se otklanjanjem nedoumica u pogledu njihovih prava i obaveza sprečiti potencijalne zloupotrebe, posebno od strane internet posrednika koji su u poziciji da pod pritiskom nosilaca subjektivnog autorskog prava, ekstenzivno tumačeći svoja ugovorna ovlašćenja prema korisnicima, pribegnu nezakonitoj praksi.

Novak Vujičić LL.M

Attorney at Law, Law office Samardžić in cooperation
with Specht & Partner Rechtsanwalt GmbH

COPYRIGHT INFRINGEMENT BY USE OF BITTORRENT PLATFORMS FOR CONTENT SHARING ON THE INTERNET

Abstract: Finding an adequate method of protection from frequent and mass BitTorrent platforms usage for unauthorized online sharing of copyrighted works is one of the biggest challenges that copyright is confronting at the moment. This paper is analysing both the act of copyright infringement made during an unauthorized online sharing of copyrighted works by using BitTorrent platforms and the corresponding mechanisms of civil law protection as a consequence of such infringement from the aspect of law of the Republic of Serbia, having a particular retrospection to comparative law solutions. In this specific case three actual problems of civil law protection have been indicated: the ambiguity of scope of possible act of copyright infringement, complicated detection of infringements and identities of persons who committed them due to the nature of communication within online environment as well as the determination of role of the Internet intermediaries that enable such online sharing. The analysis shows that at the moment the law of the Republic of Serbia does not foresee effective mechanisms of civil law protection against copyright infringement committed by using BitTorrent platforms, that the copyright holders are referred to criminal procedure and that the more efficient civil law protection should be ensured, validating not only the interests of copyright but the right to communication privacy and right on personal data protection of internet users as well.

Key words: Copyright infringement. – BitTorrent platforms. – Internet. – Liability for copyright infringement.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.77/.78:004.738.5(082)
004.738.5.072.5(082)

INTELEKTUALNA svojina i internet (2016) / [urednik Dušan V. Popović]. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta, 2016 (Beograd : Službeni glasnik). – 215 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici / Pravni fakultet Univerziteta, Beograd)

Tiraž 300. – Reč urednika: str. 7–8. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Abstracts.

ISBN 978-86-7630-635-0

1. Поповић, Душан В. [уредник] [аутор додатног текста], 1978–
а) Интернет домен – Правна заштита – Зборници б) Интелектуална својина – Интернет – Зборници

COBISS.SR-ID 223521036



ISBN 978-86-7630-635-0

