

Др Свјетлана Ивановић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1880381I

UDK: 004.738.5:347.78
Раđ примљен: 30.09.2018.
Раđ прихваћен: 23.11.2018.

НОВИНЕ У КОНЦЕПТУ ОДГОВОРНОСТИ ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА НА ИНТЕРНЕТУ**

Апстракт: У ери доминације дигиталне технологије и савремених комуникационих мрежа, најчешћи облици размјене и коришћења садржаја заштићеног ауторским и сродним правима дешавају се на интернету. Самим тим, повреде ауторског права су најучесталије у дигиталном окружењу, те је неопходно прилагођавање концепта заштите ауторског и сродних права новим околностима. Приступ садржају и његова размјена могући су захваљујући трећим лицима, посредницима, чија улога може бити од суштинског значаја за откривање и санкционисање повреда ауторског и сродних права на интернету. Осим тога, намеће се питање њиховог доприноса и учешћа у повреди, односно, одговорности за извршену повреду права. У оквиру предстојеће реформе ауторског права у Европској унији, предложена је, између осталог, измјена режима одговорности посредника за повреду ауторског права. Новија пракса Европског суда правде иде у прилог предложеним измјенама, прецизирајући услове и критеријуме под којима интернет-посредници врше повреду ауторског права, тачније, повреду овлашћења на саопштавање дјела јавности. У раду се анализирају новине у режиму одговорности интернет посредника за повреду ауторског и сродних права.

Кључне ријечи: ауторско право и сродна права, повреда права, интернет, саопштавање јавности, одговорност, посредник.

* svjetlanaivanovic@yahoo.com

** Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Један од изазова савременог доба је адекватна заштита ауторског и сродних права на интернету. Појава интернета омогућила је брзу размјену информација и њихову доступност широм планете, а самим тим и размјену ауторских дјела и предмета сродноправне заштите. Некада је било неопходно имати издавача или дистрибутера у другој држави, албуми великих музичких звијезда чекали су се у редовима, филмови гледали у биоскопима, а данас је довољан један „клик“ да би омиљена пјесма, филм, књига или други садржај постао доступан свима који су заинтересовани, без обзира на то гдје се налазе. Осим тога, корисници интернета могу и сами да постављају и размјењују садржај на посебним интернет-сајтовима, популарним друштвеним мрежама, као и путем платформи за директну размјену података (*peer-to-peer* мреже).

Постављање и размјена заштићеног садржаја представља радњу умножавања и/или саопштавања јавности, тачније интерактивног чињења доступним јавности предмета заштите ауторског или сродног права. Уколико се врши без овлашћења аутора или другог носиоца права, што је најчешће случај, таква радња представља повреду права. С обзиром на сложену архитектуру интернета, јасно је да неко мора обезбједити барем техничке предуслове за приступ интернету, а затим и за постављање и размјену садржаја. Ту улогу имају интернет-сервис провајдери који корисницима првенствено пружају услугу приступа, омогућавају пренос података у мрежи, али и она лица која омогућавају чување и размјену података које корисници постављају на мрежу. Дакле, у питању су посредници који пружају одређене услуге корисницима и, између осталог, омогућавају повреду ауторског или сродних права. Упркос начелном искључењу одговорности посредника за повреду права коју врше друга лица, све чешће се поставља питање каква је њихова улога и евентуални допринос повреди права.

С обзиром на то да посредници омогућавају или олакшавају повреду права на интернету, могуће је да, под одређеним условима, врше посредну повреду ауторског или сродних права. Међутим, новија пракса Европског суда правде иде корак даље и одређује под којим условима посредници могу да врше непосредну повреду права, тачније повреду овлашћења на саопштавање дјела јавности. Иако таква одлука представља својеврстан преседан, она је на трагу реформе ауторског права на јединственом дигиталном тржишту, којом се, између осталог, поштрува режим одговорности посредника.

2. Овлашћење на саопштавање јавности

Језгро субјективног ауторског права чине овлашћења личноправне и имовинскоправне природе. Док се личноправним овлашћењима штите лични интереси аутора и интегритет дјела, имовинскоправним овлашћењима штите се економски интереси у вези са дјелом. Имовинскоправна овлашћења овлашћују аутора на умножавање примјерака дјела и стављање примјерака дјела у промет, као и на различите облике саопштавања дјела јавности. У најширем смислу, под саопштавањем јавности подразумејева се извођење, представљање, преношење извођења или представљања, емитовање, чињење доступним и друге радње којима се дјело саопштава публици. Чињење доступним јавности (енгл. *making available*) подразумејева саопштавање дјела жичним или бежичним путем, на начин који појединцу омогућава приступ са мјеста и у вријеме које сам одабере. Управо ово овлашћење је кључно за коришћење дјела на интерактиван начин, дакле посредством интернета. Оно је први пут као посебно овлашћење предвиђено *WIPO* уговорима из 1996. године.¹ У праву Европске уније, Директивом о информационом друштву предвиђено је искључиво овлашћење аутора и носилаца сродних права на саопштавање јавности (енгл. *communication to the public*) предмета заштите жичним или бежичним путем, укључујући и чињење доступним јавности, на начин који појединцу омогућава приступ са мјеста и у вријеме које сам одабере.² С обзиром на то да се наведена Директива односи на електронске облике комуникације, јасно је да је појам саопштавања јавности употребљен у ширем значењу, које обухвата све могуће облике саопштавања јавности путем интернета, укључујући чињење доступним јавности.³ За потребе овог рада користићемо се термином саопштавање јавности у значењу које има у Директиви.⁴

1 Чл. 8 Уговора о ауторском праву (*WIPO Copyright Treaty*) и чл. 10 и 14 Уговора о интерпретацијама и фонограмима (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*). Текстови уговора у: (Бесаровић, Жарковић, 1999: 374–379, 399–407).

2 Чл. 3, ст. 1 Директиве бр. 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (у даљем тексту: Директива о информационом друштву). *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167 of 22. June 2001.*

3 Чињење доступним односи се на интерактивну комуникацију путем интернета, као и све облике приступа садржају на захтјев (видео или ТВ на захтјев), док се саопштавање јавности односи на емитовање, *streaming* и сл.

4 Ова терминолошка напомена битна је због различитог значења појма јавног саопштавања у законима земаља у нашем окружењу. Наиме, чланом 30 Закона о ауторском и сродним правима Србије, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 99/2011, 119/2012

Појам саопштавања јавности није довољно одређен у Директиви о информационом друштву, тако да оставља простор за различита тумачења. Кључну улогу у тумачењу овог овлашћења имао је Европски суд правде. У пракси Европског суда правде искристалисало се неколико критеријума битних за тумачење саопштавања јавности.

Први критеријум односи се на саму радњу саопштавања дјела јавности. Додатне смјернице могу се пронаћи у преамбули Директиве, којом је, између осталог, предвиђено да овлашћење треба тумачити у ширем смислу тако да обухвата свако саопштавање јавности која није присутна на мјесту на коме се саопштавање врши.⁵ Ту се прије свега мисли на радње емитовања и реемитовања садржаја жичним или бежичним путем. Саопштавање обухвата и чињење доступним јавности којим се предмет заштите ставља на располагање јавности, без обзира да ли су појединци уопште приступили том садржају. Дакле, за радњу саопштавања није битно да ли је садржај дошао до крајњих прималаца, битно је да је постојала могућност да се садржају приступи. Осим тога, Директивом је предвиђено да обезбјеђивање техничких уређаја који омогућавају или олакшавају саопштавање не представља радњу саопштавања јавности.⁶

Други критеријум односи се на јавност којој је саопштавање упућено. Јавност подразумијева неодређени број потенцијалних корисника и то мора бити већи број лица. У одређеним случајевима, када се саопштава садржај који је већ изворно саопштен јавности, као што је случај са постављањем хиперлинкова, Европски суд правде уводи критеријум нове јавности, а

и 29/2016, предвиђено је право на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дјела доступним јавности. Неспретном формулацијом законодавац је предвидио опште овлашћење на јавно саопштавање иако се оно заправо односи само на саопштавање јавности жичним или бежичним путем, тј. путем електронских видова комуникације (Марковић, 2017: 86). Законодавац у Босни и Херцеговини под појмом јавног саопштавања подразумијева право да се дјело учини доступним у нематеријалном облику, а као један од облика јавног саопштавања предвиђа право чињења доступним јавности. Вид. чл. 32 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник БиХ*, бр. 63/2010. Скоро идентично рјешење предвиђено је у члану 30 Закона о ауторском праву и сродним правима Хрватске, *Народне новине*, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14, 62/17. У Закону о ауторском и сродним правима Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 37/2011 и 53/2016, чланом 30а предвиђено је право на друго јавно саопштавање, под којим се подразумијева право аутора да поред емитовања, реемитовања и јавног саопштавања дјела које се емитује, дозволи или забрани друго јавно саопштавање жичним или бежичним средствима, а чланом 31 предвиђено је право стављања дјела на располагање јавности, које се заправо односи на интерактивно чињење доступним јавности.

5 Рецитал 23 Директиве о информационом друштву.

6 Рецитал 27 Директиве о информационом друштву.

то је она јавност коју титулар права који је изворно саопштио дјело, тј. учинио доступним на интернету, није имао у виду у том тренутку.⁷ Наиме, уколико неко лице, користећи иста техничка средства, саопштава садржај који је већ претходно учињен доступним на интернету од стране титулара права, без икаквих ограничења, другим ријечима, ако поставља линк ка другој страници на којој је дјело слободно доступно, оно не чини радњу саопштавања јер сви корисници интернета већ могу слободно да приступе том садржају и нема нове јавности. У теорији се истиче да је критеријум нове јавности субјективан, будући да није увијек једноставно установити који круг лица је титулар права имао у виду приликом саопштавања дјела јавности (Поповић, 2015: 66). Осим тога, уколико је овлашћење на саопштавање јавности искључиво и апсолутно, онда би требало да постоје објективни и прецизни услови за повреду тог овлашћења који не смију зависити од субјективног критеријума као што је намјера носиоца права да се обрати одређеној публици (Hugenholtz, van Velze, 2016: 10).⁸

Наведена два критеријума морају бити испуњена кумулативно и сваки критеријум се цијени понаособ. Осим њих, постоје и додатни критеријуми које суд узима у обзир приликом процјене да ли је у конкретном случају извршена повреда права. На првом мјесту, цијени се неопходност интервенције корисника, као и питање да ли је постојала намјера да се изврши повреда права. Корисник врши радњу саопштавања када, потпуно свјестан посљедица свог понашања, интервенише да би омогућио приступ заштићеном дјелу, нарочито када би без његове интервенције било немогуће приступити заштићеном садржају.⁹ То ће нарочито бити случај ако на страници на којој је садржај изворно постављен постоји неки облик или мјера заштите, а корисник, тј. најчешће лице које поставља хиперлинк, омогући заобилажење те мјере.

На крају, лукративни карактер саопштавања јавности може да указује на радњу повреду права. Наиме, уколико је саопштавање дјела извршено с циљем стицања добити, онда то може бити једна од индикација да се врши повреда права. Европски суд правде је у случају *GS Media* рјешавао питање

⁷ Case C-466/12 *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB* (2014).

⁸ Аутори истичу три разлога због којих је концепт нове јавности неодржив у ауторском праву. Први, историјски односи се на погрешно тумачење одредаба Бернске конвенције. Други, концептуални односи се на уношење субјективног елемента у искључиво право и трећи, економске природе односи се на правила о исцрпљењу овлашћења на саопштавање јавности на интернету.

⁹ Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* (2016), 35 (у даљем тексту: Case C-160/15 *GS Media*).

да ли се постављање хиперлинка који упућује на незаконито постављен садржај може сматрати радњом саопштавања јавности. У претходним пресудама које су се односиле на постављање хиперлинкова, као што је *Svensson*, Суд је установио да нема повреде права, тј. да не постоји радња саопштавања дјела уколико хиперлинк упућује на садржај који је слободно доступан и уз то постављен уз сагласност носиоца права. У случају да хиперлинк упућује на нелегално постављен садржај, примјена критеријума нове јавности би значила да увијек постоји повреда права. Међутим, имајући у виду колико се таквих линкова дневно постави на интернету, јасно је да је такво рјешење неодрживо. Стога, Суд је узео у обзир додатне критеријуме, између осталог и лукративни карактер радње. Наиме, уколико се постављање хиперлинка врши с циљем стицања добити, очекује се да ће особа који поставља такав линк извршити све потребне провјере о томе да ли је садржај на који упућује легално постављен на интернет. Управо због тога, уводи се претпоставка да свако лице које поставља линк, а при томе дјелује с циљем стицања добити, зна да је дјело заштићено и да је постављено на интернет без сагласности носиоца права. Уколико таква претпоставка није оборена, постављање хиперлинка ка незаконито постављеном садржају представља радњу саопштавања јавности.¹⁰

Дакле, овом пресудом су поред критеријума који су установљени ранијом судском праксом, предвиђена још два додатна критеријума на основу којих се утврђује да ли је извршена радња саопштавања дјела, а то је постављање хиперлинка са циљем стицања добити, и знање лица које врши постављање да је садржај изворно постављен незаконито. У вези са наведеним критеријумима, може бити спорно како тумачити стицање добити, да ли се то односи само на постављање конкретног садржаја, односно линка или на цјелокупну активност на тој страници. Осим тога, посебан проблем је увођење субјективног елемента у концепт непосредне повреде права. Наиме, уколико је знање потенцијалног извршиоца повреде о одређеним околностима пресудно за постојање повреде, онда се поставља питање да ли има разлике између непосредне и посредне повреде права. Кључна одлика непосредне повреде је да она постоји без обзира на свијест и знање учиниоца (Rosati, 2017: 12).

Увођење претпоставке да је лукративна дјелатност увијек праћена знањем о нелегално постављеном садржају, доводи до тога да лице које поставља хиперлинк мора да доказује да није знало да упућује на нелегално постављен садржај, односно да доказује негативну чињеницу, што је врло тешко или скоро немогуће доказати. Титулар права ће евентуално

10 Case C-160/15 *GS Media*, 51.

упозорити лице које је без овлашћења изворно поставило садржај, али не и остала лица која би могла да поставе линк, тако да се таква лица не могу у своју одбрану позивати на чињеницу да нису била обавијештена. Корисници ће бити доведени у незавидан положај јер се на овај начин доводи у питање функционисање интернета, а сигурно је да пресуда може негативно утицати на слободу размјене информација путем интернета (Rendas, 2017: 15).

3. Саопштавање јавности од стране посредника

Европски суд правде је временом изградио критеријуме за тумачење појма саопштавања јавности у случајевима који се односе на различите технологије и облике саопштавања заштићеног садржаја. У новијим пресудама, преиспитивана је улога посредника на интернету и његова могућа одговорност за повреду права. Посредник је лице чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права на интернету, односно лице које практично омогућава повреду права. По правилу, његова одговорност је искључена ако сам не доприноси повреди права,¹¹ у супротном, посредник може бити одговоран за посредну повреду права. Међутим, Европски суд правде је мишљења да олакшавање или омогућавање повреде права може представљати радњу саопштавања јавности.

3.1. Кратки приказ пресуде Европског суда правде у случају *Filmspeler*

У случају *Filmspeler*¹² тужени је путем више интернет-сајтова продавао мултимедијални уређај који је омогућавао да се путем телевизијског екрана приступа садржају на интернету. При томе, на уређају је претходно инсталиран програм који је садржао хиперлинкове који упућују на садржај постављен на интернет без сагласности носиоца права. Суду правде је упућено питање да ли се продаја оваквих уређаја може сматрати радњом саопштавања јавности. Приликом анализе, Суд је пошао од већустановљених критеријума. Први критеријум односи се на радњу саопштавања јавности, која би могла бити спорна с обзиром на то да је ријеч о продаји уређаја. Међутим, намјена тог уређаја је управо обезбјеђивање приступа интернет-

11 У праву Европске уније, искључење одговорности посредника уређено је по тзв. хоризонталном приступу, на идентичан начин за све могуће повреде права. Вид. чл. 12–15 Директиве о електронској трговини. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17. June 2000.

12 Case C-527/15 *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems, Filmspeler* (2017).

страницама које без дозволе носиоца права емитују или на други начин саопштавају заштићена дјела.¹³ С обзиром на то да продаја уређаја купцима омогућава директан приступ заштићеним дјелима, таква радња може се окарактерисати као саопштавање јавности. Други критеријум је јавност, дакле саопштавање мора бити упућено јавности, коју чини унапријед неодређени круг лица и, по правилу, велики број лица. Да би се утврдио тај број, узима се у обзир кумулативни учинак, што значи да није битно колико је лица истовремено имало приступ дјелу, већ и узастопно.

Оно што је посебно наглашено је улога коју има корисник и значај његове интервенције. Уколико корисник, потпун свјестан посљедица свог понашања, омогућава приступ заштићеном садржају, и ако би без његове интервенције крајњи корисници остали ускраћени за приступ том садржају, онда врши радњу саопштавања јавности. Управо тај критеријум је од суштинског значаја за саопштавање јавности које врши посредник и то је оно што га разликује од лица које обезбјеђује само техничке предуслове за приступ дјелу. При томе, није нужно да је то једини начин да се приступи садржају, довољно је да приступ буде олакшан (Ginsburg, Budiardjo, 2018: 169).

У пресуди се изричито истиче да у конкретном случају не може бити ријечи о пуком обезбјеђивању техничких предуслова, тј. уређаја који ће омогућити саопштавање. Тужени је инсталирао на уређај програм који омогућава свима који га купе приступ заштићеном садржају који је објављен без дозволе носиоца права, другим ријечима, сви који купе уређај имају прилику да путем телевизијских екрана гледају тај садржај. Та радња омогућава успостављање директне везе између интернет-страница које саопштавају дјела без дозволе носиоца права и купаца поменутог уређаја, који би без таквог уређаја тешко могли приступити заштићеном садржају, те се таква активност не може изједначити са пуким обезбјеђивањем техничких услова.¹⁴

Што се тиче свијести продавца уређаја о посљедицама његове активности, она не може бити доведена у питање јер је продавац знао да је инсталиран програм који садржи линкове ка неовлашћено постављеним предметима заштите. Томе у прилог говори и чињеница да се приликом рекламирања спорног уређаја нарочито истицала могућност да се помоћу њега бесплатно на телевизијском екрану гледа садржај доступан на интернету који је

13 Управо намјена уређаја може да буде кључни аргумент у прилог тези да лице које продаје такав уређај има улогу посредника, иако се свакако не може сматрати интернет-посредником у класичном значењу тог појма.

14 Case C-527/15 *Filmspeler*, 41.

постављен без дозволе носиоца права. С обзиром на то да је уређај био предмет продаје, дјеловање у циљу стицања добити такође није упитно. На основу наведених критеријума, Суд је извео закључак да продаја уређаја који омогућава директно повезивање са неовлашћено постављеним садржајем представља радњу саопштавања јавности.

3.2. Пресуда Европског суда правде у случају *The Pirate Bay*

Одлука Европског суда правде која представља својеврсну прекретницу у погледу режима одговорности посредника донесена је у случају који је широј јавности познат као *The Pirate Bay*.¹⁵ Тужилац у спору је удружење које се бави заштитом ауторског и сродних права, а тужени су два највећа и најзначајнија интернет-провајдера у Холандији. Велики дио корисника услуга интернет-провајдера, тј. њихових претплатника, користи платформу за размјену садржаја *The Pirate Bay*. Посредством ове платформе омогућава се размјена торент датотека између корисника, при чему су то углавном дјела заштићена ауторским правом која се дијеле, односно, стављају на располагање без овлашћења носиоца права. Тужилац је затражио од тужених да блокирају приступ платформи за размјену датотека, путем које су вршене повреде ауторског и сродних права. Након различитих одлука првостепеног и другостепеног суда, Врховни суд Холандије упутио је Европском суду правде сљедећа претходна питања:

1. Да ли администратор вебсајта врши радњу саопштавања јавности ако на његовој страници нема заштићених дјела, али постоји систем помоћу којег се за кориснике индексирају и класификују метаподаци који се односе на заштићена дјела која се налазе на рачунарима других корисника, на начин да омогућавају њихово проналажење и преузимање?
2. Уколико је одговор на прво питање негативан, да ли је могуће издати судски налог против посредника када тај посредник омогућава трећим лицима да изврше повреду права?

Заправо, поставља се питање одговорности оператора платформи, односно страница за индексирање на *peer-to-peer* мрежама, за повреде ауторског права учињене употребом тих мрежа. Питање је могу ли се оператори сматрати директно тј. непосредно одговорним за повреду права, или ако нису непосредно довели до повреде, да ли се против њих може изрећи забрана приступа њиховим страницама, што подразумемијева облик посредне одговорности.

15 Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017).

Општи правозаступник у свом мишљењу износи став да оператор интернет странице у конкретном случају има само улогу посредника који корисницима омогућава дијељење садржаја на мрежи. Стога му се не може приписати кључна улога у саопштавању јавности одређеног дјела све док не зна да је оно незаконито учињено доступним јавности или све док, након што је обавијештен о томе, дјелује поштено како би то исправио. Међутим, од тренутка кад оператор сазна за чињеницу да је дошло до повреде ауторског права и не дјелује како би онемогућио приступ том дјелу, може се сматрати да омогућава наставак повреде права. Општи правозаступник истиче да оператор странице мора имати стварно сазнање о чињеницама, те да се у конкретном случају не може примјенити претпоставка о познавању незаконитог поступања у случају лукративног дјеловања, коју је Суд изнио у ранијој пресуди *GS Media*, јер би таква претпоставка довела до тога да се операторима страница као што је *The Pirate Bay* наметне општа обавеза надзора над садржајем.¹⁶ Иако се правозаступник не позива изричито на одредбе Директиве о електронској трговини, јасно је да управо има у виду правила о искључењу одговорности посредника.

У складу са наведеним, правозаступник у свом мишљењу износи став да оператор платформе која врши индексирање података и омогућава размјену датотека, односно садржаја заштићеног ауторским правом, путем *peer-to-peer* мрежа, врши радњу саопштавања јавности ако је свјестан чињенице да је дјело учињено доступним на мрежи без сагласности носиоца права и ако није ништа учинио како би онемогућио приступ том дјелу. Суд је у пресуди ипак отишао корак даље у односу на мишљење.

Европски суд правде је и у овом случају пошао од критеријума утврђених ранијом судском праксом. Радња саопштавања може бити свака радња корисника која, уз потпуно познавање чињеница, омогућује његовим клијентима приступ заштићеним дјелима. Дјела која су стављена на располагање корисницима платформе за размјену датотека нису поставили администратори платформе, већ његови корисници. Суд ипак наглашава да администратори платформе, стављајући на располагање и управљајући платформом за размјену датотека, дјелују с пуним познавањем посљедица свог понашања, у циљу давања приступа заштићеним дјелима, индексирањем и навођењем података који омогућују њиховим корисницима да пронађу дјела и да их дијеле. Када администратори не би стављали на располагање такве платформе и управљали њима, корисници не би могли размјењивати наведена дјела или би њихова размјена била сложенија. Стога, администратори платформе, стављањем на располагање

16 Opinion of Advocate General Szpunar, case C-610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 51–52.

и управљањем платформом за размјену датотека, својим корисницима нуде приступ дјелима, због чега се може сматрати да имају незаобилазну улогу у чињењу тих дјела доступним јавности.¹⁷ Суд такође наглашава да платформа врши разврставање дјела према различитим категоријама, а администратори платформе врше одговарајуће провјере, бришу погрешне или застарјеле торент датотеке и на активан начин филтрирају садржај. Због тога, њихова улога није само техничке природе.

Поред саме радње саопштавања, неопходно је да саопштавање буде упућено јавности, а код одређивања јавности мора се водити рачуна о броју корисника који имају приступ не само истовремено него и узастопно. Битно је да је у питању неограничен број адресата и да се ради о великом броју лица. Суд је такође примјенио критеријум нове јавности који је испуњен кад год су предмети заштите објављени без овлашћења носиоца права. У конкретном случају, оператори платформе за размјену датотека су били обавијештени да та платформа, коју они стављају на располагање корисницима и управљају њоме, омогућује приступ дјелима објављеним без овлашћења носиоца права и, с друге стране, исти оператори изричито наводе да је њихов циљ ставити на располагање корисницима заштићена дјела. Дакле, оператори платформе за размјену датотека нису могли да не знају да та платформа омогућује приступ дјелима објављеним без овлашћења носиоца права, с обзиром на околност, коју је изричито истакао Суд, да велики број торент датотека које се налазе на платформи за размјену датотека упућује на дјела објављена без овлашћења носиоца права.¹⁸ С обзиром на то да платформа остварује значајне приходе од оглашавања, не може се оспорити да се стављање на располагање платформе за размјену датотека и управљање њоме врши с циљем стицања добити.

На основу наведеног, Суд је закључио да саопштавање јавности у смислу Директиве о информационом друштву треба тумачити на начин да обухвата, у околностима као што су у главном поступку, чињење доступним и управљање на интернету, платформом за размјену датотека, која, индексирањем метаподатака који се односе на заштићена дјела, и омогућавањем претраживања, омогућује корисницима те платформе да пронађу таква дјела и да их дијеле у оквиру *peer-to-peer* мреже. Пресуда се темељи на мишљењу општег правозаступника али, за разлику од мишљења у коме се тражи да је оператор стварно знао за незаконито

17 Judgment of the Court of Justice of European Union, case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 36–37.

18 Judgment of the Court of Justice of European Union, case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 45.

постављени садржај, Суд сматра да оператор, у конкретном случају, није могао да не зна за ту околност.

С обзиром на то да је одговор на прво питање био позитиван, односно оператор интернет платформе сматраће се у конкретним околностима одговорним за повреду овлашћења на саопштавање јавности, није било потребе да Суд разматра друго питање. Наиме, уколико посредник није одговоран за непосредну повреду права, њему се ипак могу изрећи мјере за заштиту повријеђеног права (Ивановић, 2017: 294).

Пресуда Европског суда правде у случају *The Pirate Bay* није само значајна због даљег прецизирања критеријума и одређивања шта се сматра и шта се може подвести под радњу саопштавања јавности, већ и ко је одговоран за то. Као прво, Суд је установио да радње попут индексирања, категорисања, брисања и слично не могу бити сматране радњама које само физички олакшавају приступ заштићеним дјелима. Друго, ослањајући се на критеријум неопходности интервенције, оператори онлајн платформи који знају, тј. свјесни су посљедица свог понашања, могу бити сматрани одговорним за непосредну повреду овлашћења на саопштавање јавности. Дистанцирајући се од мишљења правозаступника који сматра да је за радњу повреде неопходно стварно знање, Суд иде даље и сматра да је довољно такозвано конструктивно знање, тј. ако је могао да зна (Rosati, 2017: 15–16).

Увођење субјективног елемента, као што је свијест потенцијалног извршиоца о посљедицама понашања, приликом процјене непосредне повреде права, оправдано је на мети критика. Оператор платформе је одговоран за саопштавање јавности због тога што је знао или није могао да не зна да друга лица врше повреду права. То значи да би сваки интернет-посредник који омогућава трећим лицима да изврше повреду права могао бити одговоран за непосредну повреду. На тај начин, замагљује се разлика између непосредне и посредне повреде права (Angelopoulos, 2017). Непосредна повреда права постоји када је противправно извршена радња која се односи на предмет заштите, која се поклапа са садржином овлашћења из субјективног права и учињена је за вријеме и на територији важења права (Марковић, Поповић, 2013: 241). Непосредна повреда ауторског и сродних права не зависи од тога да ли је извршилац повреде знао или не за одређене околности. Од његовог знања, односно, намјере или непажње зависиће евентуална одговорност за повреду права. Са друге стране, посредна повреда права постоји када су извршене поједине радње које имају обиљежје прикривања, олакшавања, омогућавања, помагања или припреме непосредне повреде права. То значи да лице које врши

посредну повреду права мора знати за непосредну повреду. С обзиром на то да посредна повреда ауторског права није регулисана на нивоу Уније, већ је препуштена законодавствима земаља чланица, сматра се да проширивање концепта непосредне повреде представља својеврстан покушај хармонизовања ових правила (Ginsburg, 2017: 3).

Директива о електронској трговини предвиђа режим тзв. сигурних лука, односно искључење одговорности интернет-посредника. Између осталог, предвиђено је искључење одговорности хостинг провајдера који пружају услугу чувања података на мрежи, под условом да нису знали за незакониту активност или садржај. Са друге стране, Суд проширује одговорност посредника, будући да олакшавање и омогућавање приступа незаконитом садржају, ако је посредник знао или је могао да зна да је садржај незаконит, квалификује као непосредну повреду овлашћења на саопштавање јавности. Поређењем услова за повреду овлашћења на саопштавање јавности и услова за искључење одговорности посредника, могуће је уочити сличност. У оба случаја, недостатак знања о незаконитој активности искључује одговорност. Директива предвиђа само правила о искључењу одговорности, те је препуштено државама чланицама да одлуче да ли ће знање оних који омогућавају незакониту активност значити и њихову одговорност за повреду права. Поједини аутори истичу да је Европски суд правде употпунио постојећу празнину, проширујући дејство одговорности на све интернет-посреднике, а не само хостинг провајдере и оне случајеве који су регулисани Директивом о електронској трговини (Ginsburg, Budiardjo, 2018: 173).

Најзначајнија посљедица пресуде односи се на измјену режима одговорности интернет-посредника. У том смислу, пресуду треба тумачити у вези са Приједлогом Директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту.¹⁹

4. Одговорност посредника у Приједлогу директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту и пресуда *The Pirate Bay*

Европска Комисија је 2016. године објавила Приједлог директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, с циљем унапређења заштите ауторског права у Европској унији и успостављања

¹⁹ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market*, COM (2016) 593 final. Преузето 20. 2. 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>.

јединственог дигиталног тржишта. Приједлогом директиве предвиђена је измјена режима одговорности посредника. Чланом 13 Приједлога предвиђено је да хостинг провајдери који похрањују велике количине ауторских дјела или других предмета заштите и омогућавају приступ истима, у сарадњи са носиоцима права, предузимају мјере како би осигурали функционисање уговора закључених са носиоцима права поводом коришћења њихових дјела или других предмета заштите или како би спријечили доступност тих предмета заштите на њиховим страницама. Другим ријечима, предвиђена је активна улога посредника који складиште и омогућавају приступ великој количини предмета заштите, односно, увођење мјере филтрирања садржаја и општег надзора.

Додатно појашњење наведене одредбе, које је од значаја за тему којом се бавимо, можемо пронаћи у рециталу 38 преамбуле Приједлога. Ако хостинг провајдери похрањују и омогућавају приступ јавности ауторским дјелима или другим предметима заштите које су поставили њихови корисници, и ако на тај начин превазилазе пуко обезбјеђење техничких услова и врше саопштавање јавности, дужни су да закључе уговоре са носиоцима права, осим ако се на њих може примјенити одредба члана 14 Директиве о електронској трговини о искључењу одговорности. Из наведене одредбе није у потпуности јасно да ли је за радњу саопштавања јавности, а тиме и повреде права, довољно да посредник врши радње чувања и обезбјеђивања приступа заштићеном садржају који су поставили њихови корисници, и то на такав начин да превазилази пуко обезбјеђивање техничких услова.

До доношења пресуде у случају *The Pirate Bay*, наведена одредба о одговорности посредника за радњу саопштавања јавности није имала упориште у пракси Европског суда правде. Постоје мишљења да ни ова пресуда није на трагу Приједлога директиве. Наиме, поменуте одредбе, члан 13 и рецитал 38, усмјерене су на редефинисање режима искључења одговорности посредника, односно режима тзв. сигурних лука, предвиђених Директивом о електронској трговини, док се у пресуди та директива уопште не спомиње. Није у потпуности јасно да ли се случај *The Pirate Bay* уопште може довести у везу са поменутом директивом, нарочито ако се узме у обзир да се њоме регулише само питање посредне, индиректне одговорности за повреду права. У теорији је изражена бојазан да Комисија покушава да искористи Директиву о електронској трговини да би санкционисала случајеве у којима постоји непосредна повреда права (Colangelo, Maggolino, 2018: 12).

Постоје и другачија схватања, која истичу да, иако је можда ранија пракса Европског суда правде пружала основ за овакав приједлог, тек је одлука у

случају *The Pirate Bay* то дефинитивно потврдила, утемељила и можда чак отишла и корак даље. Смисао предложеног рјешења је у томе да хостинг провајдер неће имати обавезу да закључи уговор са носиоцем права ако су испуњени услови да се примјени чл. 14 Директиве о електронској трговини о искључењу одговорности провајдера. Ако се узме у обзир одлука Европског суда правде, могуће је да уопште неће бити потребе за овим ограничењем. У ситуацијама у којима је оператор платформе директно одговоран за неовлашћено саопштавање јавности, режим сигурне луке вјероватно неће бити могуће примјенити јер се односи само на посредну одговорност. У том смислу, одлука Суда превазилази Приједлог директиве на начин да ће хостинг провајдер који врши радњу саопштавања јавности увијек бити дужан да закључи уговор о лиценцирању са носиоцима права (Rosati, 2017: 15).

Наведена пресуда проширује концепт саопштавања јавности на посреднике и предвиђа њихову одговорност за непосредну повреду права. Проширење концепта саопштавања јавности, а тиме и одговорности за повреду права, не може бити замјена нити ријешити проблем недостатка хармонизованих правила о одговорности посредника. Покушај да се одговорност посредника регулише правилима која се односе на непосредну повреду права је недосљедан и отвара питање усклађености са основним правима и слободама (Senftleben, Angelopoulos, Frosio, Moscon, Peguera, Rognstad, 2018: 22).

5. Закључак

Стални развој и напредак технологије условио је промјене концепта посредника у дигиталном окружењу, како појмовно, тако и појавно. Традиционално, посредник је лице које омогућава трећим лицима приступ, размјену и чување података, а у контексту ауторскоправне заштите, и повреду ауторског и сродних права. Нови облици посредовања намећу и нова правила о одговорности, али и нова тумачења постојећих правила. Посредници све мање врше услуге техничког карактера, а све више имају активну улогу и доприносе лакшем, бржем, једноставнијем приступу садржају и размјени заштићеног садржаја. Лице које први пут поставља садржај врши радњу саопштавања јавности, али све чешће се такав садржај размјењује или се на њега упућује, па се оправдано поставља питање да ли се такве радње могу сматрати повредом права и ко у том случају може сносити одговорност за повреду. Најчешћи облик коришћења предмета заштите, а самим тим и повреде права, јесте саопштавање јавности.

Овлашћење на саопштавање јавности, у смислу Директиве о информационом друштву, није довољно прецизирано, те је подесно за различита тумачења. Кључну улогу у обликовању садржине овог овлашћења имао је Европски суд правде, који је установио неколико критеријума. Прво, мора бити извршена радња саопштавања ауторског дјела или другог предмета заштите и то тако што ће потенцијални корисници имати могућност да приступе садржају, без обзира да ли су то заиста и учинили. Радња саопштавања мора бити упућена јавности, а под јавношћу се подразумева унапријед неодређени и велики број лица. Неопходно је да то буде нова јавност, односно она јавност коју носилац права није имао у виду приликом давања сагласности за саопштавање дјела. Да би се посредник сматрао одговорним за саопштавање садржаја јавности, мора се испитати неопходност интервенције и свијест, односно, знање о незаконито постављеном садржају. Посредник ће се сматрати одговорним за саопштавање јавности ако би без његове интервенције било немогуће или барем знатно теже приступити садржају. За радњу саопштавања јавности битно је да потенцијални повредилац зна или да је могао да зна да омогућава приступ заштићеном садржају који је незаконито саопштен. Осим тога, за процјену повреде права, од значаја је да ли је дјело саопштено јавности с циљем стицања добити. У новијој пракси Суда уводи се претпоставка да лице које дјелује с циљем стицања добити зна за незаконитост садржаја чије саопштавање омогућава.

Пресуда у случају *The Pirate Bay* дефинише услове под којима се може сматрати да посредник врши радњу саопштавања јавности, дакле непосредну повреду права. На тај начин проширује се садржај овлашћења на саопштавање јавности и уводи знање, тј. свијест посредника о посљедицама понашања као битан елемент непосредне повреде права. Тиме се нарушава разлика између непосредне и посредне повреде права, јер за извршење непосредне повреде права није битно да ли је извршилац знао да врши повреду или не. Недопустиво је сматрати да дјело није саопштено јавности само зато што повредилац није знао нити је могао да зна за одређене чињенице, то мора бити објективна околност. Друго је питање да ли ће посредник одговарати за то или не. Тумачење Европског суда правде ће свакако утицати на режим одговорности посредника за повреде права на интернету. Циљ који се жели постићи је адекватна заштита ауторског и сродних права на интернету и он је легитиман, али средства за постизање тог циља у овом случају нису одговарајућа.

Литература/References

Angelopoulos, C. (2017). *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*. Kluwer Copyright Blog. [Electronic version] Преузето: 22. 6. 2018.

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>

Бесаровић, В. Жарковић, Б. (1999). *Интелектуална својина: Међународни уговори*. Београд: Досије.

Ginsburg, J, Budiardjo, L. (2018). Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives. *Columbia Journal of Law & the Arts*. 41. 153–225.

Ginsburg, J. (2017). *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*. Forthcoming (in French) in 2016/5-6 Auteurs et Médias 401 (Belgium). Columbia Law and Economics Working Paper No. 572. [Electronic version] Преузето 26. 6. 2018. <https://ssrn.com/abstract=3024302>

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167 of 22. June 2001.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17. June 2000.

European Commission. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market*, COM (2016) 593 final. Преузето 20.02.2017.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник РС*. Бр. 104 (2009), 99 (2011), 119 (2012), 29 (2016) – одлука УС.

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник БиХ*. Бр. 63 (2010).

Закон о ауторском праву и сродним правима, *Народне новине Р. Хрватске*. Бр. 167 (2003), 79 (07), 80 (11), 125 (11), 141 (13), 127 (14), 62 (17).

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник ЦГ*. Бр. 37 (2011), 53 (2016).

Ивановић, С. (2017). Улога посредника у заштити субјективних права интелектуалне својине у дигиталном окружењу. *Право и привреда*. 7-9(LV). 290–305.

Judgment of the Court of Justice of European Union. Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 456.

Марковић, С. (2017). Онлајн емитовање и реемитовање радио и ТВ програма у Европској унији. У Поповић, Д. (Ур.). *Интелектуална својина и Интернет*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 79–93.

Марковић, С. Поповић, Д. (2013). *Право интелектуалне својине*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Opinion of Advocate General Szpunar. Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 99.

Поповић, Д. (2015). Повреда ауторског и сродних права на Интернету: Осврт на новију праксу Европског суда правде. У Поповић, Д. (Ур.) *Интелектуална својина и Интернет*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 59–81.

Rendas, T. (2017). How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The GS Media Judgment. *Journal of Internet Law*. 11. 11–16.

Rosati, E. (2017). *GS Media* and its implications for the construction of the right of communication to the public within the EU copyright architecture. *Common Market Law Review*. 54(4). 1221-1242. [Electronic version] Преузето 15. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2943040>

Rosati, E. (2017). The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms. *European Intellectual Property Review*, Forthcoming. [Electronic version] Преузето 22. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=3006591>

Senftleben, M. Angelopoulos, C. Frosio, G. Moscon, V. Peguera, M. Rognstad, O. A. (2018). The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. *European Intellectual Property Review*. 3(40). 149–163.

Hugenholtz, P, van Velze, S. (2016). *Communication to a New Public Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'*. [Electronic version] Преузето 18. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2811777>

Case C-527/15 *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems, Filmspeler* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 300.

Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* (2016). ECLI: EU: C: 2016: 644.

Case C-466/12 *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB* (2014). ECLI: EU: C: 2014: 76.

Colangelo, G. Maggiolino, M. (2018). ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy. *International Journal of Law and Information Technology*, Forthcoming. [Electronic version] Презето 22.06.2018.

<https://ssrn.com/abstract=3087812>

WIPO Copyright Treaty. (1996).

WIPO Performances and Phonograms Treaty. (1996).

Svjetlana Ivanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

**NOVELTIES IN CONCEPT OF LIABILITY OF INTERMEDIARIES FOR
COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS INFRINGEMENTS ON THE INTERNET**

Summary

In the era of domination of digital technology and modern communication networks, the Internet is the most common place for sharing and using content protected by copyright and related rights. Consequently, copyright infringements are most common in the digital environment, for which reason it is necessary to adjust the concept of protection of copyright and related rights to new circumstances. Access to content and its sharing are possible thanks to third parties, intermediaries, whose role can be essential in detecting and sanctioning copyright and related rights infringements on the Internet. The questions of contribution to the infringement and responsibility of internet intermediaries for the infringement may also be raised. Within the framework of the forthcoming reform of copyright in the European Union, a new regime has been proposed on the liability of Internet intermediaries for copyright infringement. The recent case law of the European Court of Justice is in favor of the proposed amendments, specifying the conditions and criteria under which Internet intermediaries infringe the copyright or, to be more specific, infringe the authorization of communication to the public. The paper analyzes the novelties in the regime of liability of Internet intermediaries for copyright and related rights infringements.

Keywords: *copyright and related rights, infringement, Internet, communication to the public, liability, intermediary.*