

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 ispuni 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 Baistocchi, *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, škrtri 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 štiti 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 „davalatelj 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.