

prof. dr Sanja Savčić
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

ODGOVORNOST INTERNET POSREDNIKA PREMA DIREKTIVI 2019/790: OSVRT NA PRIBAVLJANJE SAGLASNOSTI KAO USLOV ISKLJUČENJA ODGOVORNOSTI

Rezime: Donošenjem Direktive 2019/790 uspostavljen je poseban režim odgovornosti internet posrednika koji ostvaruje prihode javnim saopštavanjem, odnosno činjenjem dela dostupnim javnosti putem Interneta. Prema čl. 17 Direktive 2019/790, izričito je predviđeno da internet posrednici omogućavanjem pristupa javnosti autorskopravno zaštićenim delima ili drugim zaštićenim sadržajima koje postavljaju njihovi korisnici vrše radnju saopštavanja dela javnosti ili radnju činjenja dostupnim zaštićenog sadržaja. Iz tih razloga, internet posrednik je dužan da pribavi saglasnost nosioca prava, između ostalog zaključenjem ugovora sa nosiocem prava o ustupanju ovlašćenja čiju sadržinu svojom delatnošću vrši. Dobijena saglasnost obuhvata i radnje koje preduzimaju korisnici koji postavljaju sadržaj na internet platformu pružaoca usluge, ako takvi korisnici ne posluju na komercijalnoj osnovi, ili ne ostvaruju znatnije prihode od tako preduzetih radnji. Da bi se oslobodio odgovornosti, posrednik mora da ispuni bar jednu od predviđenih radnji: pribavljanje saglasnosti titulara prava, uspostavljanje mehanizma za sprečavanje povreda prava i uklanjanje sadržaja koji je već neovlašćeno postavljen. Direktiva 2019/790 ostavlja prostor državama članicama da svojim propisima urede model autorizacije. Tako, internet posrednik može saglasnost pribaviti zaključenjem ugovora sa titularom prava, putem kolektivne organizacije ili pak može da je crpe iz samog zakona. Davanje saglasnosti za vršenje ovlašćenja, s aspekta titulara autorskog prava, predstavlja zapravo vršenje prava čiji su efekti ekonomski izraženi. Stoga je veza između pribavljanja saglasnosti i određivanja naknade nužan aspekt analize novog sistema odgovornosti. U radu će upravo ovom pitanju biti posvećena posebna pažnja.

Ključne reči: Internet posrednik. – Odgovornost internet posrednika. – Sticanje saglasnosti. – Odgovarajuća i srazmerna naknada.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Nastojanja pravnih sistema da očuvaju interese titulara autorskog i srodnih prava u internet okruženju dugi niz godina predstavlja izazov za pravničku profesiju. Svakako da je priznavanjem ovlašćenja na interaktiv-

no činjenje dostupnim javnosti zaštićenih dela¹ (tzv. internet odredba) bio značajan korak u približavanju autorskopravne zaštite stvarnim potrebama digitalnog društva. Iako je u domenu sadržaja autorskog prava u velikoj meri postignuta ujednačenost pravnih propisa, suštinski problemi koji stoje u osnovi komunikacije koja se odvija unutar globalne računarske mreže ovim nisu eliminisani. Tu se u prvom redu misli na neujednačen pristup u pogledu utvrđivanja odgovornosti zbog povrede prava na internetu. Osim što već iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta zaštite srodnim pravom putem interneta, negira granice važenja nacionalnih propisa, problem se dodatno usložnjava činjenicom da u komunikaciji putem Interneta učestvuje veliki broj subjekata koji na različite načine mogu biti uključeni u nedozvoljene aktivnosti. Drugim rečima, globalizacija koja je ostvarena upotrebom interneta nadmašuje stepen harmonizacije propisa kojoj se teži međunarodnim sporazumima. Ova konstatacija se ne odnosi samo na pitanja sadržine i ostvarivanja prava. U tom aspektu, sistem autorskopravne zaštite je u velikoj meri ujednačen. Pitanje koje je sporno, a time i u centru pažnje svih zainteresovanih subjekata i učesnika u razmeni informacija putem interneta, jeste pitanje odgovornosti zbog povrede autorskog prava² koja je nastala takvom razmenom.

Prema opštim pravilima o odgovornosti u domenu građanskog prava, za preduzete radnje kojima se povređuje nečije pravo odgovornost snosi izvršilac. Međutim, imajući u vidu tehničke aspekte komunikacije koja se odvija putem interneta, nije uvek jednostavno odrediti ko je izvršilac, odnosno ko je subjekt čijom radnjom je povređeno autorsko pravo. Štaviše, ni onda kada to jeste slučaj, prava titulara koja iz povrede proizlaze nije uvek jednostavno ostvariti (primera radi, utvrđivanje visine pretrpljene štete kod zahteva za njenu naknadu).

Kada je reč o pravu Evropske unije, postoji niz direktiva koje na neposredan ili posredan način uređuju pitanja odgovornosti internet posrednika za povrede autorskog prava.³ Najznačajnija je svakako Direktiva 2000/31 o određenim pravnim aspektima usluga informacionog društva, poebno elektronske trgovine, na unutrašnjem tržištu (Direktiva o elektronskoj trgovini)⁴,

1 Direktiva 2001/29/EZ o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society), (nadalje: Direktiva 2001/29), *Sl. list EU* br. L 167.

2 U radu će biti korišćen termin „autorsko pravo“ i u onim slučajevima kada se imaju u vidu i srodna prava. Onda kada se određena konstatacija odnosi samo na jedno od navedenih, biće izričito naglašeno.

3 Primera radi, Direktiva 2004/48 o sprovođenju prava intelektualne svojine (Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights), *Sl. list EU*, br. L 157, kao i već pomenuta Direktiva 2001/29.

4 Direktiva 2000/31 o određenim pravnim aspektima usluga informacionog društva, poebno elektronske trgovine, na unutrašnjem tržištu (Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal

čija su normativna rešenja u primeni ipak pokazala niz slabosti. Stoga je nedavna opsežna reforma autorskog prava u Evropskoj uniji obuhvatila i aspekt odgovornosti internet posrednika. Upravo ovom pitanju posvećen je najobimniji deo nove Direktive 2019/790 o autorskom pravu i srodnim pravima na jedinstvenom digitalnom tržištu (Direktiva 2019/790)⁵.

2. OSVRT NA ODGOVORNOST INTERNET POSREDNIKA PREMA DIREKTIVI 2000/31

O sistemu odgovornosti koji je ovom Direktivom uspostavljen se već pisalo u stranoj i domaćoj literaturi.⁶ Za potrebe upoređivanja sa normativnim rešenjima koje su sadržane u Direktivi 2019/790, ukratko ćemo se osvrnuti na odnosa pravila.

Polazna premisa navedene Direktive 2000/31 jeste da internet posrednik ne odgovara za učinjenu povredu autorskog prava ukoliko je njegova uloga u razmeni informacija putem usluge koju korisnicima pružaju pasivna (tzv obični posrednici, *mere conduit*). Onda kada internet posrednik na bilo koji način učestvuje u razmeni podataka, može biti odgovoran za povredu autorskog, odnosno srodnog prava.⁷

Internet posrednik koji pruža *caching* usluge⁸, neće biti odgovoran za povredu autorskog prava ukoliko zadovolji nekoliko uslova. Najpre, kopija sadržaja koji se čuva na serveru internet posrednika mora biti istovetna originalu,

Market ('Directive on electronic commerce'), *Sl. list EU*, br. L 178, (nadalje: Direktiva o elektronskoj trgovini).

- 5 Direktiva o autorskom pravu na jedinstvenom digitalnom tržištu (Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC), *Sl. list EU*, br. L 130.
- 6 U domaćoj literaturi vid. Dušan V. Popović, „Povreda autorskog i srodnih prava na Internetu: osvrt na noviju praksu Evropskog suda pravde“, *Intelektualna svojina i internet* 2015, 59–83, Sanja Radovanović, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet* 2015, 83–113, Novak Vujičić, „Blokiranje pristupa veb-sajtovima zbog povrede autorskog prava: kritički osvrt“, *Intelektualna svojina i Internet* 2018, 107–125, Svjetlana Ivanović, „Osvrt na novi režim odgovornosti internet posrednika za povredu autorskog prava u pravu Evropske unije“, *Intelektualna svojina i Internet* 2020, 53–171. U stranoj literaturi: Matthias Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2014, 75–90, Emerald Smith, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, *68 Wash & Lee Law Review* (2011), 1555–1588.
- 7 Direktiva 2000/31, čl. 12 U ovu grupu internet posrednika spadaju tzv. obični posrednici (*mere conduit*) čija se uloga svodi na omogućavanje pristupa internetu i povezivanje korisnika, odnosno privremeno čuvanje podataka radi njihovog daljeg prenosa. Međutim, ukoliko internet posrednik na bilo koji način učestvuje u razmeni podataka (inicira sadržaj, vrši njegov izbor, izmenu i sl.) može se pozvati na odgovornost.
- 8 Direktive 2000/31, čl. 13. Tipična *caching* usluga jeste *proxy* server. Vid. EU Studies on the Legal Analysis of a Single Market for the Information Society – New rules for a New Age? Liability of online intermediaries, DLA Piper, 8.

odnosno sadržaju na veb sajtu sa kojeg je preuzet. Osim toga, onda kada je pristup sadržaju ograničen, odnosno obezbeđen različitim tehnološkim morama ili tehničkim preprekama (lozinkama, npr), na originalnom sajtu, iste mere kontrole treba da obezbedi i internet pružalac *caching* usluge. Ažuriranje sadržaja se vrši u skladu sa unapred određenim pravilima originalnog veb sajta. U istom smislu, internet posrednik ima obavezu da sadržaj blokira ili ukloni, ukoliko je to isto učinjeno na sajtu na kojem se nalazi originalni sadržaj. Drugim rečima, kada je internet posrednik u pružanju svoje usluge u svemu sledio sudbinu sadržaja na originalnom sajtu, ne smatra se odgovornim za povredu prava.⁹

Konačno, uloga *hosting* posrednika u razmeni sadržaja na internetu je aktivnija nego što je to slučaj sa običnim i *caching* pružaocima usluga. Sledstveno, hosting posrednik se smatra odgovornim za povredu prava učinjenu uz korišćenje njegovih usluga, ukoliko je posrednik bio nesavestan, odnosno ukoliko je znao da je sadržaj neovlašćeno postavljen¹⁰ ili pak ukoliko je naknadno obavešten o tome da je postavljenim sadržajem izvršena povreda prava, a da nije takav sadržaj uklonio ili onemogućio pristup (*notice and take down*).¹¹

Premda su države članice Evropske unije u najvećoj meri implementirale navedene odredbe u izvornom tekstu, ujednačena primena je ipak izostala. Ovakav rezultat je svakako odraz manjkavosti odnosnih odredaba o odgovornosti internet posrednika.¹² Deceniju nakon donošenja Direktive 2000/31 o elektronskoj trgovini, Evropska komisija je započela konsultacije o potrebi reformisanja i o pravcima normativnih rešenja u elektronskoj trgovini. Ipak, reformama se nije pristupilo, već je teret harmonizacije prebačen na teren normativnog uređenja autorskog i srodnih prava u okviru Digitalne agende za Evropu 2020¹³, odnosno projekta Jedinstvenog digitalnog tržišta.¹⁴

9 *Ibid*, 8.

10 Direktiva o elektronskoj trgovini, čl. 14 st. 1 tačka a.

11 Direktiva o elektronskoj trgovini, čl. 14 st 1 tačka b.

12 Ian Walden, „Discussion of Directive 200/31“, *Concise European IT law*, Kluwer Law International 2006, 248–249; Thiabult Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni Maria Riccio, Aurélie Van der Perre, „Study on liability of Internet intermediaries“, 2007, 39, <https://docplayer.net/5066895-Study-on-the-liability-of-internet-intermediaries-a-introduction-b-recommendations-c-general-trends-in-eu.html> (pristupljeno: 17. februara 2022. god). Značajan doprinos tumačenju navedenih okolnosti daje odluka u sporu Google AdWords, u kojem su spojeni predmeti C-236/08, C-237/08 i C-238/08, *Google France SARL v. Louis Vuitton Malletier Sa*. Opsežnu analizu odluke vid. u: Dušan V. Popović, „Žigom zaštićene oznake, ključne reči i oglašavanje na Internetu“, *Pravo i privreda* 4–6/2011, 935–941.

13 Communication from the Commission, A Digital Agenda for Europe, 2010, COM(2010) 245 final.

14 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final.

3. ODGOVORNOST INTERNET POSREDNIKA PREMA DIREKTIVI 2019/790

Opsežna reforma autorskog prava u Evropskoj uniji otpočela je 2015 godine, a okončana je donošenjem Direktive 2019/790.¹⁵ Međutim, sam proces izgradnje novog sistema autorskopravne zaštite u digitalnom društvu, a posebno na jedinstvenom digitalnom tržištu, bio je praćen oštrim raspravama zainteresovanih subjekata (pružaoca internet usluga (internet posrednika), titulara prava i korisnika). Stoga je cilj Direktive 2019/790 bio da prilagodi ograničenja autorskog i srodnih prava digitalnom i prekograničnom okruženju, da obezbedi širi pristup internetu i funkcionalno tržište za autorska dela.¹⁶ Rezultat toga jeste činjenica da su normama Direktive obuhvaćena prilično heterogena pitanja. Najobimniji deo posvećen je upravo pitanju odgovornosti internet posrednika.

3.1. Internet posrednici na koje se primenjuje Direktiva 2019/790

Imajući u vidu da je donošenjem Direktive 2019/790 uspostavljen poseban režim odgovornosti koji se ne primenjuje na sve internet posrednike, potrebno je najpre odrediti ko su internet posrednici čija je odgovornost drugačije uređena u odnosu na Direktivu 2000/31.

Uslovi koje treba da ispuni internet posrednik da bi se na njega primenila pravila Direktive predviđeni su kumulativno. Najpre, internet posrednik na kojeg se reforma odnosi jeste onaj subjekt čija je primarna svrha da omogući pristup velikoj količini sadržaja koji postavljaju korisnici, kao i to da je sadržaj organizovan i promovisan radi sticanja dobiti. „Velika količina sadržaja“ svakako nije dovoljno jasan kriterijum po kojem bi se moglo opredeliti da li je internet posrednik obuhvaćen primenom odnosno Direktive ili ne. Ipak, u Smernicama za primenu Direktive se insistira na tome da se ovaj kriterijum ni ne konkretizuje u nacionalnim aktima. Razlog tome jeste potreba da se očuva jedinstvo pojma, budući da bi različito kvalifikovanje „velike količine“ dodatno moglo ugroziti potrebno ujednačavanje pravnih okvira na jedinstvenom tržištu.¹⁷ S tim u vezi, Direktiva uspostavlja pomoćne kriterijume, koji se odnose na pitanja ko čini konzumente takvog sadržaja, kao i koliki je broj zaštićenih dela kojima se putem usluge posrednika omogućava pristup. Nadalje, organizacija i promocija sadržaja pretpostavlja alatke za pretraživanje, mehanizam pretrage, kategorisanje sadržaja, predloge učinjene od strane plat-

15 O procesu donošenja Direktive vid. João Pedro Quintais, “The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look”, *European Intellectual Property Review* 42(1), 28–41.

16 Séverine Dusollier, “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition”, *Common Market Law Review*, 2020, 57 (4), 980.

17 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market (nadalje: Smernice).

forme, zasnovane na prethodnim pretragama korisnika, oglašavanje i slično. Dodatno, u Uvodnoj odredbi 62 Direktive 2019/790, se insistira na tome da je nuđenje usluge omogućavanja pristupa deo uobičajenog poslovanja, odnosno da je organizacija i promovisanje učinjeno radi sticanja prihoda. Pri tom, sticanje prihoda mora biti povezano upravo sa organizacijom postavljenog sadržaja i njegovim promovisanjem, nezavisno od toga da li je takva veza neposredna ili posredna. Međutim, sama činjenica da korisnici plaćaju naknade internet posredniku za uslugu smeštanja u memoriju ne smatra se nužnom vezom sa sticanjem prihoda od saopštavanja, odnosno činjenja dostupnim zaštićenog sadržaja.

Shodno navedenom, internet posrednici koji uređuju informativne portale, primera radi, nisu obuhvaćeni definicijom, jer primarna funkcija u razmeni podataka na veb-sajtovima nije da omoguće deljenje zaštićenog sadržaja, niti da svojom aktivnošću na internetu ostvaruju prihode. Tu se još naročito imaju u vidu veb-sajtovi na kojima se uređuju otvorene enciklopedije, naučni ili obrazovni repozitorijumi i slične platforme čija aktivnost nije profitnog karaktera. Naravno, ukoliko je povreda prava učinjena i radnjama ovih subjekata, oni mogu biti neposredno odgovorni.

Drugi izuzetak od primene odredaba Direktive jesu internet posrednici čijom uslugom se omogućava piraterija.¹⁸ Razlog ovom isključenju jeste zapravo namera da se ovi subjekti izuzmu iz primene odredaba kojima se ograničava njihova odgovornost, odnosno kojima se ta odgovornost prevaljuje na druge subjekte, kako se ne bi dogodilo da uspostavljeni sistem odgovornosti preokrenu u svoju korist.

3.2. Normativni okvir odgovornosti internet posrednika

Prema čl. 17 Direktive 2019/790, izričito je predviđeno da internet posrednici omogućavanjem pristupa javnosti autorskopravno zaštićenim delima ili drugim zaštićenim sadržajima koje postavljaju njihovi korisnici vrše radnju saopštavanja dela javnosti ili radnju činjenja dostupnim zaštićenog sadržaja. Iz tih razloga, internet posrednik je dužan da pribavi saglasnost nosioca prava, između ostalog zaključenjem ugovora sa nosiocem prava o ustupanju ovlašćenja čiju sadržinu svojom delatnošću vrši.¹⁹ Pribavljena saglasnost obuhvata i radnje korisnika usluge, ukoliko oni postavljeni sadržaj ne iskorišćavaju na komercijalnoj osnovi ili ukoliko svojom aktivnošću u vezi sa razmenom sadržaja ne ostvaruju znatne prihode.²⁰ Nadalje, kada internet posrednik vrši saopštavanje dela javnosti ili stavljanje na raspolaganje dela javnosti u skladu s uslovima utvrđenim ovom Direktivom, njegova odgovornost ne može biti isključena prema uslovima koji su uspostavljeni Direktivom 2000/31. Međutim, ukoliko internet posrednik zadovoljava potrebe korisnika koje nisu obuhvaćene poljem primene ove Direktive, odnosno koje imaju ko-

18 Smernice, 4.

19 Direktiva 2019/790, čl. 17, st. 1

20 Direktiva 2019/790, čl. 17, st. 2

mercijalni karakter, može se isključiti njegova odgovornost u skladu sa uslovima uspostavljenim Direktivom 2000/31.²¹

Onda kada internet posrednik nije pribavio odobrenje od nosioca prava, smatra se odgovornim za neovlašćeno saopštavanje javnosti odnosno činjenje dostupnim sadržaja zaštićenih autorskim pravom ili drugim predmetima zaštite. Ipak, internet posrednik se može osloboditi odgovornosti ukoliko dokaže da je preduzeo „sve što je bilo u njegovoj moći“ da dobije potrebno odobrenje, odnosno da je učinio „sve što je u njegovoj moći“ da osigura nedostupnost određenih dela ili predmeta zaštite za koje su nosioci prava pružili posredniku relevantne i potrebne informacije. U svakom slučaju, internet posrednik neće odgovarati zbog nastupele povrede ukoliko je, nakon što je od nosioca prava dobio obrazloženo obaveštenje o povredi prava, efikasno reagovao tako što je onemogućio pristup internet stranicama kojima posrednik upravlja a na kojima su postavljena prijavljena dela ili drugi predmeti zaštite ili uklonio takav sadržaj sa svojih internetskih stranica, a osim toga učinili sve što je u njihovoj moći kako bi sprečili buduća postavljanja sadržaja.²²

Kako bi se utvrdilo da li pružatelj usluga ispunjava svoje obaveze, uz poštovanje načela proporcionalnosti, između ostalog se uzimaju u obzir i sledeći elementi: tip, publika, obim usluge, kao i vrsta dela ili drugih predmeta zaštite koji postavljaju korisnici usluge i dostupnost odgovarajućih i delotvornih sredstava i njihov trošak za pružatelja usluge.²³

Stavom 6 ovog člana je predviđeno da novi internet posrednici, čije su usluge na raspolaganju javnosti u Uniji manje od tri godine i čiji je godišnji promet manji od deset miliona evra, odgovaraju za učinjenu povredu autorskog prava ukoliko nisu preduzeli sve u svojoj moći da bi dobili odobrenje, odnosno nisu efikasno postupili nakon primanja obaveštenja o nedozvoljenim radnjama u vezi sa zaštićenim sadržajem, radi onemogućavanja pristupa prijavljenim delima ili drugim predmetima zaštite na svojim internetskim stranicama ili nisu uklonili takav sadržaj sa svojih internetskih stranica. Onda kada prosečni broj pojedinačnih posetilaca takvih internet posrednika u jednom mesecu premašuje pet miliona, izračunato na osnovi prethodne kalendarske godine, oni takođe moraju dokazati da su preduzeli sve u svojoj moći kako bi sprečili dalje postavljanje prijavljenih dela ili drugi predmeti zaštite za koje su nosioci prava pružili relevantne i potrebne informacije.

Saradnja između internet posrednika i nosioca prava, prema odredbi čl. 17, st. 2, ne sme se ostvarivati na način kojim bi se sprečila dostupnost dela ili drugih predmeta zaštite legalno postavljenih od strane korisnika, uključujući i one situacije kada je iskorišćavanje takvih dela ili drugih predmeta zaštite obuhvaćeno izuzecima ili ograničenjima autorskog odnosno srodnog prava.

U stručnim krugovima se često ukazuje na to da je ovim najobimnijim članom Direktive učinjen značajan kompromis svim učesnicima razmene

21 Direktiva 2019/790, čl. 17, st. 3.

22 Direktiva 2019/790, čl. 17, st. 3 i 4.

23 Direktiva 2019/790, čl. 17, st. 5.

zaštićenog sadržaja na internetu²⁴. Ipak, imajući u vidu nepomirljivost različitih interesnih grupa, pitanje je da li je navedenim odredbama zaista ostvarena potrebna ravnoteža autorskopravne zaštite. S obzirom na to da je od donošenja Direktive prošlo relativno kratko vreme, do odgovora na ovo pitanje će se morati još čekati. Ono što se nama čini zanimljivim već u fazi otpočinjanja primene jeste pitanje pribavljanja saglasnosti, koje zadire u autorsko ugovorno pravo, a čini ključni element u utvrđivanju odgovornosti.

4. PRIBAVLJANJE SAGLASNOSTI KAO USLOV ISKLJUČENJA ODGOVORNOSTI

4.1. Opšta razmatranja o potrebi pribavljanja saglasnosti

Kako je prethodno rečeno, internet posrednik koji kao glavnu ili jednu od glavnih svrha ima čuvanje sadržaja i omogućavanje pristupa javnosti velikoj količini autorskopravno zaštićenih dela ili drugim predmetima zaštite koji su postavili njegovi korisnici i koje organizuje i promoviše internet posrednik u svrhu ostvarivanja dobiti, vrši radnju saopštavanja dela javnosti. Stoga se od njega zahteva da pribavi saglasnost za preduzimanje takvih radnji.²⁵ Direktiva primera radi navodi da internet posrednik može pribaviti saglasnost zaključenjem ugovora o licenci, ali saglasnost može da bude dobijena na bilo koji drugi način, kao što je kolektivno ostvarivanje ili pak države članice mogu zakonski da uredi odnos između internet posrednika i titulara prava. Dobijena saglasnost obuhvata i radnje koje preduzimaju korisnici koji postavljaju sadržaj na internet platformu pružaoca usluge, ako takvi korisnici ne posluju na komercijalnoj osnovi, ili ne ostvaruju znatnije prihode od tako preduzetih radnji.

Shodno navedenim odredbama, internet posrednici na koje se primenjuje Direktiva 2019/790 mogu da izbegnu odgovornost zbog povrede autorskog ili srodnog prava ukoliko pribave saglasnost od nosioca prava ili ukoliko učine „sve što je u njihovoj moći“ da pribave saglasnost za preduzimanje radnji saopštavanja javnosti zaštićenih dela (pa i onih koja postavljaju njihovi korisnici), odnosno činjenje dela dostupnim javnosti.²⁶

24 S. Dusollier, 1011.

25 U čl. 17, st. 1 se nvaodi da se saglasnost može dobiti, između ostalog, zaključenjem ugovora o licenci. Međutim, u Smernicama se dodatno ilustrativno navodi koji su još mogući načini pribavljanja saglasnosti. Tako, moguće je da pojedini nosioci autorskog ili srodnih prava dozvole pružaocima internet usluga da preduzimaju radnje obuhvaćene ovlašćenjem na saopštavanje javnosti, odnosno činjenje dostupnim javnosti autorskog dela ili predmeta zaštite srodnim pravima tako što će u zamenu za saglasnost dobiti podatke ili reklamne aktivnosti. Osim toga, saglasnost može da bude data i kroz *Creative Commons* dozvole, kolektivno licenciranje i druge slične forme internet poslovanja.

26 João Pedro Quintais, Martin Husovec, “How to License Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms”, *GRUR International*, 4/2021, 12.

Iako se težilo pojednostavljenju sistema odgovornosti uspostavljenog Direktivom 2000/31, a ujedno i obezbeđivanju bolje pozicije titulara prava u razmeni sadržaja putem interneta, ne možemo da ne ukažemo na niz nejasnoća koje mogu učiniti da ova odredba zapravo unese još više konfuzije u uređenju odnosa koji nastaju u komunikaciji koja se odvija putem interneta.

Naime, stavom 1 čl. 17 Direktive je predviđeno da internet posrednici vrše radnju saopštavanja dela javnosti, odnosno činjenja dostupnim dela javnosti, kada se njihovom uslugom omogućava pristup zaštićenim sadržajima koja postavljaju korisnici. Kako su ove radnje još ranijim propisima obuhvaćene isključivim ovlašćenjima titulara prava,²⁷ trebalo bi da se zahtev za pribavljanje ovlašćenja od strane titulara *per se* podrazumeva. Ipak, imajući u vidu ulogu internet posrednika u razmeni sadržaja putem interneta, takav zaključak nije u potpunosti osnovan. Štaviše, upravo je okolnost da je posrednik subjekt koji omogućava razmenu sadržaja, ali ga ne postavlja on već korisnik, bila problematična u jasnom definisanju odgovornosti za povrede autorskog prava putem interneta. Ukoliko obavezu internet posrednika posmatramo iz ugla nosioca prava, moglo bi se nametnuti pitanje da li je ovom direktivom ustanovljeno novo ovlašćenje? Redakcija odnosne odredbe Direktive daje prostora za različita tumačenja.²⁸

Zanimljivo, odlučujući u spojenim predmetima C-682/18 i C-683/18²⁹, Evropski sud je, stao na stanovište da „operator platforme za deljenje videozapisa ili platforme za smeštaj i deljenje datoteka na kojoj korisnici mogu nezakonito staviti na raspolaganje javnosti zaštićene sadržaje, ne izvršava radnju „saopštavanja javnosti“ u smislu odredbe Direktive 2001/29, čl. 3, st. 1“. Međutim, iz daljeg obrazloženja proizlazi da radnja saopštavanja postoji ukoliko je internet posrednik doprineo omogućavanju pristupa javnosti takvim sadržajima povredom autorskog prava. Pri tom se prvenstveno ima u vidu okolnost da je internet posrednik imao saznanja o neovlašćenom postavljanju zaštićenog sadržaja, a nije efikasno uklonio sporni sadržaj ili, nezavisno od toga da li je znao ili mogao znati za povredu prava, nije primenio odgovarajuće tehničko-tehnološke mere zaštite, kako bi sprečio povredu prava na svojoj platformi ili ako učestvuje u odabiru zaštićenog sadržaja koji se javnosti nezakonito saopštava ili na svojoj platformi nudi sredstva koja su posebno namenjena nezakonitom deljenju takvog sadržaja ili ako svesno podstiče takva deljenja, a što može proizlaziti iz okolnosti da je posrednik usvojio model poslovanja koji korisnike zapravo podstiče da neovlašćeno postavljaju zaštićeni sadržaj na odnosnoj platformi.³⁰

27 Direktiva 2001/29, čl. 3.

28 J.P.Quintais, M. Husovec, 14–37.

29 Sud pravde EU, spojeni predmeti br. C-682/18 i C-683/18, *Frank Peterson v Google LLC and Others and Elsevier Inc. v Cyando AG (YouTube and Cyando)*, 22. juni 2021. god.

30 Sud pravde EU, predmeti br. C-682/18 i C-683/18, § 102.

Bez namere da se upuštamo u detaljniju analizu citirane odluke, ne možemo da se ne osvrnemo na to da Sud pitanje sadržine jednog isključivog ovlašćenja titulara prava, konkretno saopštavanja dela javnosti, vezuje za pitanje povrede. Drugim rečima, na pitanje da li jeste ili nije određeno ponašanje internet posrednika obuhvaćeno isključivim ovlašćenjem na saopštavanje dela javnosti, Sud pruža odgovor kroz prizmu doprinosa u učinjenoj povredi prava putem interneta. Dakle, odluku zasniva na kriterijumima koji ostaju izvan određenja sadržine konkretnog ovlašćenja, te obuhvata činjenice od značaja za pitanje odgovornosti. Ipak, ne bi trebalo gubiti iz vida okolnosti u kojima je postupak pred Evropskim sudom vođen i okončan. Tu pre svega mislimo na vremenski okvir u kojem se odlučivalo o prethodnim pitanjima.³¹ Postupak je pokrenut 2018, kada je već uveliko započeo proces reformi autorskog i srodnih prava u okviru Digitalne agende, a okončan 2021, kada je Direktiva 2019/790 stupila na snagu. Stoga nam se čini da je dato obrazloženje trebalo da posluži dvojakom cilju. S jedne strane, ponuđenim odgovorom Evropski sud opravdava normativno uređenje odgovornosti internet posrednika, time što prepoznaje postojanje povrede prava u određenim okolnostima koje su Direktivom 2019/790 izričito regulisane. S druge strane, odluka Suda ima za cilj da očuva kontinuitet u sistemu zaštite autorskog i srodnih prava uspostavljenog nizom akata EU.³²

U oskudnoj literaturi o pitanju da li je reč o novom ovlašćenju autora nudi se nekoliko mogućih interpretacija.³³ No, iako ne zanemarujemo značaj tog pitanja, čini nam se da bi njegova detaljna analiza u kontekstu ovog rada zauzela previše prostora. Ono što se nama čini relevantnim jeste zapravo pitanje na koji način internet posrednik može da zadovolji uslov u pogledu saglasnosti.

31 Prethodna pitanja se odnose na to da li se čl. 3 st. 1 Direktive 2001/29 treba tumačiti na način da operator platforme za deljenje video zapisa ili platforme za čuvanje i deljenje datoteka, na kojoj korisnici mogu zaštićeni sadržaj nezakonito staviti na raspolaganje javnosti, u spornim okolnostima istaknutim u postupku, sâm izvršava radnju „saopštavanja javnosti” tih sadržaja, u smislu te odredbe. Drugo i treće pitanje se odnosi na tumačenje čl. 14, st. 1 Direktive o elektronskoj trgovini, odnosno da li je ovom odredbom obuhvaćena delatnost operatera platforme za deljenje video zapisa ili platforme za čuvanje i deljenje datoteka u meri u kojoj se ta delatnost odnosi na sadržaj koji korisnici njegove platforme na nju postavljaju, te da li operator mora imati saznanja o konkretnim nezakonitim delima njegovih korisnika u vezi sa zaštićenim sadržajem koji je učitao na njegovoj platformi da bi bio isključen od oslobođenja odgovornosti.

32 Time što je Sud tumačio ranije donesenu odredbu u duhu čl. 17 Direktive 2019/790 se zapravo na posredan način insistira na tome da odredbom Direktive nije uvedeno novo ovlašćenje. Istina, u sudskoj praksi je i ranije bilo tumačenja Direktive 2001/29 koji su vodila u ovom pravcu. Vid. predmete *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems*, C-527/15, od 26. aprila 2017, i *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4All Internet BV*, C-610/15, od 14. juna 2017. U inostranoj literaturi vid. Eleonora Rosati, „The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms”, *European Intellectual Property Review*, 15. U domaćoj literaturi vid. Svjetlana Ivanović, „Novine u konceptu odgovornosti posrednika za povredu autorskog i srodnih prava na internetu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 80/2018, 387–396, S. Ivanović, *Intelektualna svojina i Internet 2020*, 58.

33 J.P.Quintais, M. Husovec, 15.

4.2. O mogućim načinima pribavljanja saglasnosti

Da bi se oslobodio odgovornosti zbog povrede autorskog ili srodnog prava na internetu, internet posrednik mora da pribavi saglasnost za preduzimanje radnji saopštavanja dela javnosti ili činjenja dela dostupnim javnosti od nosioca prava. Pribavljena saglasnost pak obuhvata i radnje korisnika koji koriste usluge posrednika, ukoliko se postavljenim sadržajem ne ostvaruju znatnije prihodi.

Premda je namera normativaca bila da se olakša razmena informacija na internetu, posebno kada su u pitanju korisnici koji u toj razmeni ne ostvaruju prihode, ili su ti prihodi neznatni, očigledno je da će tumačenje ove odredbe biti predmet budućih sporova.³⁴ Naime, moguće je da je korisnik, koji je obuhvaćen ovom odredbom, postavio sadržaj na internet platformu u vreme kada je ispunjavao predviđene uslove, odnosno kada nije ostvarivao nikakve prihode ili su ostvareni prihodi bili neznatni. Dakle, u tom trenutku korisnik ne čini povredu prava, budući da je saglasnost koju je pribavio internet posrednik obuhvatala i njegovu aktivnost na internetu u vezi sa određenim sadržajem. No, taj isti sadržaj, u nekom kasnijem momentu može da postane izvor znatnijih prihoda, ukoliko se, primera radi, ostvari veliki broj pregleda (što je npr. slučaj na YouTube platformi). Imajući u vidu da je internet posrednik oslobođen odgovornosti (ili bi bar trebalo da bude) jer je pribavio potrebnu saglasnost, sporno a neizbežno pitanje jeste u kom trenutku korisnik mora da pribavi saglasnost od nosioca prava, kako postavljanjem sadržaja ne bi vršio radnje kojima se povređuje autorsko pravo.³⁵

Zahtev za dobijanje saglasnosti ne otvara sporna pitanja samo onda kada je reč o odnosu korisnika i internet posrednika, odnosno titulara prava. Naime, i sam proces pribavljanja saglasnosti može da bude povezan sa nizom praktičnih poteškoća. Prva se svakako odnosi na to da je količina ukupnog zaštićenog sadržaja koji se saopštava javnosti putem interneta, a ime i broj titulara prava na tim sadržajima, ogromna. To znači da bi internet posrednik morao da zaključi ugovor sa svakim od njih, za svako delo ili drugi predmet zaštite. Osim toga, povodom jednog dela, odnosno predmeta zaštite može postojati mnogo subjekata čija je saglasnost potrebna kako bi se isključila odgovornost posrednika. Ne bi trebalo zanemariti ni činjenicu da bi učestali zahtevi za dobijanje saglasnosti (bar kada je reč o neposrednom ugovaranju) mogli previše opteretiti njegove resurse za kreativan rad. Još, da bi se moglo govoriti o saglasnosti koja isključuje odgovornost, potrebno je da ona bude pribavljena pre nego što zaštićeni sadržaj bude postavljen od strane korisnika. U tom smislu, internet posrednik ne može unapred znati koji sadržaj će korisnik postaviti, pa tako ni unapred pribaviti potrebnu saglasnost. Pri tom, s obzirom na to da Direktiva izričito stoji na stanovištu očuvanja slobode ugo-

34 Tome u prilog govori i činjenica da se u Smernicama izričito navodi da pojam značajnih prihoda ne bi trebalo utvrđivati kvantitativno, već za svaki poseban slučaj, uzimajući u obzir sve okolnosti korisnikove aktivnosti o kojoj je reč. Smernice, 7.

35 S. Dusollier, 1009.

varanja³⁶, ne nameće se obaveza titulara da zaključi ugovore sa internet posrednicima radi iskorišćavanja predmeta zaštite u okviru usluga koje internet posrednici pružaju korisnicima. Čak i ako se ugovor zaključi, titular prava može da odustane od ugovora. Štaviše, Direktiva izričito nastoji da zaštiti položaj nosioca autorskog ili srodnog prava u procesu ugovaranja³⁷, što nam se sa aspekta obaveze internet posrednika da pribavi saglasnost čini posebno zanimljivim.

Kompleksnost problema pribavljanja saglasnosti manje je uočljiva kod kolektivnog ostvarivanja, već zbog toga što je ono uspostavljeno upravo sa ciljem funkcionalnijeg vršenja autorskog ili srodnih prava. Međutim, i kod takvog načina ostvarivanja prava uočavaju se neusaglašenosti u principima na kojima su kolektivne organizacije uspostavljene. Tako, kod dobrovoljnog sistema kolektivnog ostvarivanja nije moguće uspostaviti mehanizam koji bi obezbedio zakonitost korišćenja autorskih dela putem Interneta koji bi imao panevopski karakter. Uz to, repertoar takvih organizacija je ograničen samo na članove organizacije.³⁸

Za razliku od prethodno navedenog, dobrovoljnog, sistem obaveznog kolektivnog ostvarivanja se primenjuje automatski, bez obzira na to da li je organizacija u ugovornom odnosu sa titularom prava ili ne. Ovaj sistem je potvrdio svoju efikasnost kod vršenja isključivih prava i prava na posebne naknade po osnovu ograničenja prava, u kojim slučajevima se i primenjuje. Ta okolnost čini teško zamislivim da bi se sistem obaveznog kolektivnog ostvarivanja mogao uspostaviti i u pogledu saglasnosti koju pribavlja internet posrednik, budući da njegova delatnost i uopšte svrha zbog koje bi se ograničenje moglo propisati ne zadovoljava uslove propisane Bernskom konvencijom.³⁹ Pri tom imamo u vidu ne samo da je dobit koja se dovodi u vezu sa ovim oblikom iskorišćavanja velika, već i okolnost da je delo dostupno široj javnosti putem interneta u značajnoj meri marginalizuje druge oblike iskorišćavanja.

Kako Direktivom nije opredeljen konkretan način na koji će internet posrednik pribaviti saglasnost, nije isključeno da se ona može crpeti neposredno iz zakonskih odredaba. Slično rešenje već je prisutno u pravnim sistemima u vezi sa ovlašćenjem autora na davanje primeraka dela u zakup.⁴⁰

36 Direktiva 2019/790, uvodne odredbe 52 i 61, čl. 18, st. 2.

37 Direktiva 2019/790, čl. 18–22.

38 J.P.Quintais, M. Husovec, 41. Mogući okvir pribavljanja saglasnosti putem kolektivnih organizacija je ponuđen odredbom čl. 12 Direktiva 2019/790, u vezi sa kolektivnim ostvarivanjem sa proširenim efektom.

39 Bernska Konvencija za zaštitu književnih i umetničkih dela – BK, 1886. godine, Tekst Konvencije u: Vladimir Todorović, *Međunarodni ugovori – Intelektualna i druga dobra*, knjiga 7, Tom I, Službeni glasnik, Beograd 2000, 53–85, čl. 9, st. 2. Ovom odredbom uspostavljen je tzv. *three-step test* (testiranje u tri koraka) koje se svodi na utvrđivanje 1) da li je iskorišćavanje u konkretnom slučaju obuhvaćeno zakonskim ograničenjima; 2) da li je u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela i 3) da li nerazumno vređa legitimne interese autora. Vid: Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004.

40 J.P.Quintais, M. Husovec, 47.

Premda pravni sistemi država članica mogu ponuditi različita rešenja u pogledu načina na koji će internet posrednik pribaviti saglasnost, može se prepoznati zajednički cilj: titularu mora biti obezbeđeno da vrši svoje pravo, konkretno da vršenjem ovlašćenja na saopštavanje dela javnosti putem Interneta, odnosno interaktivno činjenje dela dostupnim javnosti ostvaruje prihode. U tom smislu je nužno izaći iz domena odgovornosti i pažnju usmeriti na pitanja naknade za korišćenje zaštićenog sadržaja.

5. NAKNADA ZA ISKORIŠĆAVANJE PREDMETA ZAŠTITE

Direktiva 2019/790 sadrži niz odredaba koje se odnose na ugovorno pravo, što se već kao takvo smatra značajnom reformom. Naime, autorsko ugovorno pravo ranije nije bilo predmet uređenja u propisima Evropske unije. To je i razumljivo, s obzirom na to da je ugovorno pravo, kao takvo, zasnovano na principu slobode volje ugovornih strana, zbog čega nacionalna zakonodavstva ne insistiraju na tome da pitanja ugovornog karaktera budu uređena na jednom višem nivou.

Ipak, korak ka ujednačavanju autorskog ugovornog prava u Evropskoj uniji učinjen je upravo Direktivom 2019/790, sa jasnim ciljem da se ojača pozicija autora i interpretatora.⁴¹

Načelno odredbe o ugovornom pravu ne stoje u neposrednoj vezi sa odgovornošću internet posrednika, ali imajući u vidu činjenicu da je pribavljanje saglasnosti primarni uslov isključenja odgovornosti internet posrednika, pokušaćemo da sagledamo ove odredbe s aspekta njihovog značaja u domenu odgovornosti. Osim toga, budući da internet posrednik nije izuzet iz primene odredaba o ugovornom pravu, one su svakako relevantne za njegovo poslovanje.

5.1. *Princip odgovarajuće i srazmerne naknade*

Kako je već navedeno u radu, ključni element odgovornosti jeste saglasnost, koja se može pribaviti i ugovorom. S jedne strane, ukoliko internet posrednik zaključi ugovor sa nosiocem prava, nije odgovoran ni za povredu prava učinjenu od strane svojih korisnika. S druge strane, ukoliko takvog ugovora nema, može se osloboditi odgovornosti ukoliko, između ostalog, dokaže da je učinio „sve u svojoj moći“ da pribavi potrebnu saglasnost. Moglo bi se smatrati da je ovaj uslov zadovoljen, onda kada je internet posrednik stupio u kontakt sa nosiocem prava, ali je nosioci odbio da pregovara o davanju saglasnosti za iskorišćavanje njegovog sadržaja ili je odbio razumnu ponudu koju je internet posrednik dao u dobroj veri.⁴²

41 S tim u vezi, Direktivom je, u okviru poglavlja o pravičnoj naknadi u ugovorima o iskorišćavanju zaključenim sa autorima i interpretatorima, načelo odgovarajuće i srazmerne naknade, obaveza transparentnosti, mehanizam za prilagođavanje ugovora, postupak alternativnog rešavanja sporova, kao i pravo na opoziv. Direktiva 2019/790, čl. 18–22.

42 Smernice, 10.

S tim u vezi, ukoliko internet posrednik zaključi ugovor, pretpostavljamo da će nužan element takvog ugovora biti i naknada koju će internet posrednik po osnovu date saglasnosti imati obavezu da plaća nosiocu prava. Osim toga, pitanje da li je ponuda koju je internet posrednik dao nosiocu prava razumna i u dobroj veri svakako bi mogla da zavisi upravo od toga kolika je naknada predviđena za saopštavanje dela javnosti, odnosno činjenje dela dostupnim javnosti putem interneta.

Prema čl. 18 Direktive, države članice obezbeđuju da, ako autori i interpretatori ustupaju ili prenose svoja isključiva prava za iskorišćavanje svojih dela, imaju pravo na odgovarajuću i srazmernu naknadu. Dodatno, u sprovođenju ovog načela, države članice mogu koristiti različite mehanizme i mogu uzimati u obzir načelo slobode ugovaranja te pravednu ravnotežu između prava i interesa.

Odredba ima obavezujući karakter, ali je Direktivom ostvaljena sloboda državama članicama da odrede na koji način će odnosnu odredbu implementirati u nacionalna zakonodavstva.⁴³

U amandmanima na Izveštaj o predlogu Direktive je navedeno da autori i interpretatori treba da prime „pravičnu i srazmernu naknadu“ za iskorišćavanje njihovih dela i drugih predmeta zaštite, uključujući i iskorišćavanje dela putem interneta. Pravičnu i srazmernu naknadu moguće je opredeliti u svakoj oblasti stvaralaštva, kroz kombinaciju različitih modela naplate, od neposrednog ugovaranja, preko kolektivnog ostvarivanja, pa do normativnog uređenja.⁴⁴

5.2. *Određenje odgovarajuće i srazmerne naknade.*

Prema Uvodnoj odredbi 73, odgovarajuća i srazmerna naknada treba da odražava stvarnu ili moguću ekonomsku vrednost ustupljenog ili prenesenog prava, uzimajući u obzir doprinos autora i drugih okolnosti, kao što je tržišna praksa ili stvarno iskorišćavanje dela. Iako iz jezičkog tumačenja ne proizlazi na očigledan način, u literaturi se navodi da ove kriterijume treba vrednovati kumulativno, a ne alternativno.⁴⁵ U tom smislu, odgovarajuća naknada bi se morala obračunavati na osnovu dobiti koja se iskorišćavanjem dela ostvaruje, a uzimajući u obzir i procenu u kojoj meri je autor doprineo takvom iskorišćavanju, kao i koje su kulturološke i ekonomske okolnosti dominantne na odnosnom tržištu, kao i na koji način se delo eksploatiše.⁴⁶

43 Direktiva 2019/790, Uvodna odredba 73.

44 Parliament's Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), 12. septembar 2018. god, amandman 80.

45 Raquel Xalabarder, “The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive,” *Indret*, 4.2020, 14, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1591.pdf> (pristupljeno: 10. aprila 2022. god).

46 *Ibid.*

Cilj odnosne odredbe bio je, između ostalog da se suzbije poslovna praksa prema kojoj privredni subjekti, zahvaljujući svojoj ekonomskoj poziciji na tržištu kreativnog sadržaja, investiraju u autorska dela tako što ugovaraju plaćanje paušalnog iznosa, a za uzvrat stiču ovlašćenje da iskorišćavaju autorsko delo u punom obimu, odnosno da vrše sva autorskoppravna ovlašćenja.⁴⁷ Odnosnom odredbom Direktive se ne isključuje mogućnost ugovaranja takve naknade. Međutim, propisivanjem obaveze da se autoru omogući ostvarivanje srazmerne i odgovarajuće naknade, autori stiču garancije da će u poslovnom odnosu ostvariti bar zadovoljavajući deo prihoda koje iskorišćavanjem zaštićenog sadržaja ostvaruju privredni subjekti. Paušalna naknada, dakle, nije pravilo već izuzetak. Ovo je naročito značajno u slučajevima onlajn iskorišćavanja dela, što je relevantno i sa aspekta odgovornosti internet posrednika, jer je zapravo paušalna naknada bila uobičajeni vid obračunavanja naknade autoru za vršenje, po pravilu, svih njegovih ovlašćenja.⁴⁸

Pravo na odgovarajuću i srazmernu naknadu je obezbeđeno samo u slučajevima u kojima se dela iskorišćavaju na komercijalnoj osnovi. Imamo li u vidu da se upravo na takva iskorišćavanja primenjuju pravila sadržana u Direktivi 2019/790 o odgovornosti internet posrednika, jasno je da se ovo obavezujuće načelo treba primeniti i kada internet posrednik pribavlja saglasnost za vršenje ovlašćenja na saopštavanje dela javnosti, odnosno činjenje dela dostupnim javnosti.

5.3. *Odgovarajuća i srazmerna naknada kod različitih oblika ugovaranja*

Načelo odgovarajuće i srazmerne naknade je obavezujuće onda kada se predmet zaštite iskorišćava na komercijalan način. Podizanje okvira naknade na nivo opšteg principa ima za cilj da slobodu ugovaranja ograniči do mere koja će autoru, odnosno interpretatoru obezbediti zadovoljavajući nivo zaštite u poslovnom okruženju. Osim toga, polazeći od činjenice da je odnosna odredba dovoljno jasno formulisana, ona može biti neposredno primenjena u bilo kojem sudskom sporu koji bi se pokrenuo o visini ugovorene naknade.⁴⁹ Međutim, čini se da je prepuštanje ovog važnog pitanja volji ugovornih strana ipak manje pouzdano za titulara prava, budući da je njegova pregovaračka pozicija slabija. Stoga bi određivanje odgovarajuće i srazmerne naknade

47 Position Statement of the Max Planck Institut for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, Part D, Copyright Contract Law, 1, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_PART_D-2017_04_11.pdf (pristupljeno: 30. aprila 2022. god).

48 Giulia Priora, "The principle of appropriate and proportionate remuneration in the CDSM Directive: A reason for hope?", *European Intellectual Property Review*, 42(1), 1-3; Report on the online distribution of audiovisual works in the European Union, EU parliament 2012, §. 46.

49 Séverine Dusollier, Lionel Bently, Martin Kretschmer, MarieChristine Janssens, Valérie-Laure Benabou, *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 8. juni 2020. god, 10-11.

verovatno bilo praćeno istim onim okolnostima koje su motivisale evropskog zakonodavca da interveniše u domenu slobode ugovaranja. Ovo je naročito slučaj kada je reć o digitalnim oblicima iskorišćavanja dela, odnosno o ugovorima koje bi internet posrednik trebalo da zakljući sa titularom prava.

Kada je reć o kolektivnom ostvarivanju prava, određivanje koja bi se naknada imala smatrati odgovarajućom i srazmernom, predstavlja manji izazov. Razlog tome jeste okolnost da se u okviru pojedinaćnih oblasti stvaralaštva na jednostavniji naćin postavljaju standardi „odgovarajućeg i srazmernog“.⁵⁰ Ipak, kolektivne organizacije jesu predmet uređjenja nacionalnih propisa, zbog ćega se u domenu poslovanja internet posrednika ne moće oćikivati istinska harmonizacija, niti ujednaćavanje standarda. Pored toga, ne sme se gubiti iz vida ni ćinjenica da kolektivne organizacije deluju za raćun onih nosioca prava koji su njeni ćlanovi. Stoga je ovaj mehanizam glomazan, kada je u pitanju iskorišćavanje putem interneta.⁵¹

Konaćno, odgovarajuća i srazmerna naknada moće da bude propisana i zakonom, po uzoru na već postojeće slićne naknade. Tako, u slućajevima zakonskih ogranićenja autorskog prava predvićena je obaveza plaćanja „pravićne“ naknade. Druga grupa naknada koje su zakonom odrećene jesu one na koje autor ima pravo po osnovu davanja u zakup ili prava slećdenja.⁵² Dakle, propisivanje odgovarajućih i srazmernih naknada za iskorišćavanje dela putem interneta, odnosno naknade koju bi plaćali internet posrednici, ne bi sušćinski predstavljalo nikakvu novinu u pravnim sistemima.

6. SISTEM ODGOVORNOSTI INTERNET POSREDNIKA U SLUĆAJU KADA NIJE PRIBAVLJENA POTREBNA SAGLASNOST

Imajući u vidu da titular prava nema obavezu da se saglasi sa iskorišćavanjem zašćićenog sadržaja, Direktivom 2019/790 je predvićen poseban sistem odgovornosti koji se primenjuje onda kada internet posrednik nije pribavio potrebnu saglasnost. Sledstveno, njegova primena ima supsidijarni karakter.⁵³ ne postoji obaveza davanja saglasnosti za titulare prava, poseban mehanizam odgovornosti koji se uspostavlja Direktivom je predvićen za slućaj da internet posrednik nije pribavio potrebnu saglasnost. Samim tim, njegova primena ima supsidijarni karakter.

Da bi se oslobodio odgovornosti, internet posrednik mora kumulativno da ispuni tri uslova. Prvi se tiće dokazivanja da je preduzeo „sve što je u nje-

50 *Ibid*, 15.

51 U literaturi se istiće da bi kolektivno licenciranje sa proširenim efektom, iz ćl. 12 Direktive 2019/790 moglo da pojednostavi proces masovnog iskorišćavanja zašćićenih sadržaja, što iskorišćavanje putem internet svakako jeste. S. Dusollier, 2020, 1001.

52 Directive 2006/115/EC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, *Sl. list EU*, br. L 376.

53 Direktiva 2019/790, ćl. 17, st. 4.

govoj moći“ kako bi dobio odobrenje. Jednako kao i pribavljanje odobrenja, za očekivati je da ispunjenje ovog uslova može biti povezano sa praktičnim problemima. To se prvenstveno odnosi na interpretaciju pojma „sve u svojoj moći“. S tim u vezi, u *Smernicama* se nalaže da države članice navedeni pojam implementiraju u skladu sa svrhom i ciljevima člana 17, a naročito u skladu sa načelom proporcionalnosti i slobodom preduzetništva pružaoca internet usluge.⁵⁴ Iako bi se moglo očekivati da interpretacija odnosne odredbe bude svedena u racionalne okvire,⁵⁵ u literaturi se navodi da bi ovim moglo da se doprinese sistematskom nadziranju sadržaja, kako bi se mogla verifikovati zaštićena dela i titulari prava.⁵⁶

Drugi uslov isključenja odgovornosti jeste okolnost da su internet posrednici preuzeli „sve u svojoj moći“, u skladu sa visokim sektorskim standardima profesionalne pažnje, kako bi se osigurala nedostupnost određenih dela i drugih predmeta zaštite za koje su im nosioci prava pružili relevantne i potrebne informacije.⁵⁷

Poslednji, treći uslov koji mora biti ispunjen kako bi se internet posrednik oslobodio odgovornosti jeste da, nakon što je primio dovoljno obrazloženo obaveštenje, efikasno onemogućí pristup prijavljenom sadržaju na svojim internet stranicama ili ukloni taj sadržaj sa svojih stranica, te učini „sve u svojoj moći“ kako bi sprečio njihova buduća postavljanja na internet stranice.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Direktivom 2019/790 se uspostavlja poseban režim odgovornosti internet posrednika koji ostvaruju prihode javnim saopštavanjem odnosno činjenjem dostupnim javnosti zaštićenog sadržaja. Da bi se oslobodio odgovornosti, posrednik mora da ispuni bar jednu od predviđenih radnji: pribavljanje saglasnosti titulara prava, uspostavljanje mehanizma za sprečavanje povreda prava i uklanjanje sadržaja koji je već neovlašćeno postavljen.

U suštini, internet posrednik nije u obavezi da zaključi ugovor ili na drugi način pribavi saglasnost. Pitanje da li to jeste ili nije učinio samo utiče na pitanje njegove odgovornosti. Dakle, internet posrednik neće biti odgovoran samo zbog činjenice da nije, primera radi, zaključio ugovor sa nosiocem prava. Ali, internet posrednik će biti odgovoran ako dođe do povrede prava, a nije zaključio ugovor ili nije učinio „sve što je u njegovoj moći“ da dođe do

54 Smernice, 8–9.

55 U *Smernicama* se navodi da se može smatrati da je internet posrednik učinio sve u svojoj moći ukoliko je proaktivno saradivao s nosiocima prava koji se mogu identifikovati i locirati, posebno sa onima koji imaju širok katalog dela ili drugih predmeta zaštite, a minimalni uslov za sve pružaoce usluge deljenja sadržaja putem interneta jeste proaktivan kontakt sa organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava. Vid. Smernice, 9.

56 Gerald Spindler, „The liability system of Art 17 DSMD and national implementation: Contravening prohibition of general monitoring duties?“, 10 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law – JIPITEC* (2019).

57 S. Dusollier, 1016.

zaključenja ugovora. Teško je zamisliti da internet posrednik čini sve u svojoj moći da do saglasnosti sa nosiocem prava dođe, crpeći na taj način i vreme i resurse, a da nema istinsku nameru da do toga dođe. Sledstveno, iako se insistira na očuvanju slobode ugovaranja i drugih tržišnih sloboda na digitalnom jedinstvenom tržištu, ipak se čini da je kroz pravila o odgovornosti internet posrednika nametnuta i obaveza da se ugovor zaključi i to ne radi vršenja ovlašćenja od strane samog posrednika, već korisnika njegovih usluga, koji takav sadržaj postavljaju.⁵⁸

Kada govorimo o različitim modelima autorizacije, ne smemo da zaboravimo da se u autorskom pravu primenjuje teritorijalni princip. To znači da države članice mogu ustanoviti različite okvire pribavljanja ovlašćenja.

Uzmemo li u obzir mehanizme koji su postojali u državama Evropske unije i pre donošenja Direktive 2019/790, može se očekivati da će implementacija odredbe čl. 17 biti raznolika. Naime, internet posrednik može saglasnost pribaviti zaključenjem ugovora sa titularom prava, putem kolektivne organizacije (koje su takođe uređene na različite načine) ili pak može da je crpe iz samog zakona. Svi navedeni modeli pribaljanja saglasnosti imaju zajedničku funkciju: obezbeđenje ekonomske pozicije autora, što neposredno proizlazi iz vršenja autorskog prava. Iz tih razloga smo smatrali nužnim učiniti osvrt na pitanja koja su, po svojoj prirodi, u domenu ugovornog prava, a posebno na Direktivom uređeno pravo na odgovarajuću i srazmernu naknadu.

U radu je ukazano na različite forme u kojima se može opredeliti odgovarajuća i srazmerna naknada: ugovor, kolektivno ostvarivanje u slučajevima ograničenja prava ili pak zakonsko uređenje prava na odgovarajuću i srazmernu naknadu. S tim u vezi, potonje nam se čini prihvatljivom formom određivanja naknade, po uzoru na već postojeće pravo na naknadu kod isključivog ovlašćenja autora na davanje primeraka dela u zakup.⁵⁹ Ukoliko ovoj konstataciji dodamo okolnost da je kolektivno ostvarivanje najkomfortniji način autorizacije iskorišćavanja zaštićenog sadržaja, posebno kada je u pitanju masovna konzumacija, čini nam se da je problem odgovornosti inter-

58 S tim u vezi, nisu usamljeni stavovi o tome da je novoustanovljenim sistemom odgovornosti narušen princip slobode preduzetništva u Evropskoj uniji, konkretno čl. 16 Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, budući da privredni subjekti sami mogu opredeljavati kako će raspolagati svojim resursima. Vid. Kevin T. O'Sullivan, "Copyright and Internet Service Provider "Liability": The Emerging Realpolitik of Intermediary Obligations", *International View of Intellectual Property and Competition Law – IIC* (2019) Vol. 50, 551.

59 Autor ima isključivo pravo da drugome dozvoli ili zabrani davanje u zakup originala ili umnoženih primeraka svog dela. Međutim, ukoliko autor ustupi proizvođaču fonograma, odnosno videograma svoje ovlašćenje, on zadržava pravo na pravičnu naknadu od davanja u zakup primeraka autorskog dela (dela zabeleženog na video kaseti, audio kaseti, kompaktnu disku i sl.). Autor se ne može odreći prava na naknadu niti se ono iscrpljuje prodajom ili drugim radnjama stavljanja u promet originala ili umnoženih primeraka dela. Direktiva 2006/115, čl. 5. Za slično mišljenje vid. S. Dusollier, 1014. U domaćoj literaturi vid.: Slobodan M. Marković, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Beograd 2014, 166–172, 320.

net posrednika moguće rešiti neposrednom intervencijom u sferi isključivih ovlašćenja autora i kolektivnog ostvarivanja prava. Ipak, o istinskoj harmonizaciji se može govoriti samo onda kada konkretno rešenje postane deo prava Evropske unije.⁶⁰

LITERATURA

- Dusollier Séverine, "The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition", *Common Market Law Review*, 2020, 57 (4), 979–1030.
- Dusollier Séverine, Lionel Bently, Martin Kretschmer, MarieChristine Janssens, Valérie-Laure Benabo, *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*.
- Ivanović Svjetlana, „Novine u konceptu odgovornosti posrednika za povredu autorskog i srodnih prava na internetu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 80/2018, 387–396.
- Ivanović Svjetlana, „Osvrt na novi režim odgovornosti internet posrednika za povredu autorskog prava u pravu Evropske unije“, *Intelektualna svojina i Internet 2020* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2020, 53–70.
- Leistner Matthias, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 1/2014, 75–90.
- Marković M. Slobodan, *Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo*, Beograd 2014.
- O’Sullivan Kevin T., "Copyright and Internet Service Provider "Liability": The Emerging Realpolitik of Intermediary Obligations", *International View of Intellectual Property and Competition Law – IIC* (2019) Vol. 50, 527–558.
- Pedro Quintais João, "The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look", *European Intellectual Property Review* 42(1).
- Pedro Quintais João, Husovec Martin, "How to License Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms", *GRUR International*, 4/2021, 325–348.
- Popović V. Dušan, „Povreda autorskog i srodnih prava na Internetu: osvrt na noviju praksu Evropskog suda pravde“, *Intelektualna svojina i internet 2015* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015, 59–82.
- Popović V. Dušan, „Žigom zaštićene oznake, ključne reči i oglašavanje na Internetu“, *Pravo i privreda* 4–6/2011, 927–947.

60 Takav je, primera radi, slučaj sa multiteritorijalnim licencama za iskorišćavanje muzičkih dela u Direktivi o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima i multiteritorijalnim licencama za onlajn iskorišćavanje muzičkih dela na unutrašnjem tržištu (*Sl. list EU*, br. L 84).

- Radovanović Sanja, „Građanskopravna odgovornost internet posrednika za povredu autorskog prava – uporednopravni aspekt“, *Intelektualna svojina i Internet* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015, 83–112.
- Senftleben Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004.
- Smith Emerald, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, 68 *Wash&Lee Law Review* (2011), 1555–1588.
- Spindler Gerald, „The liability system of Art 17 DSMD and national implementation: Contravening prohibition of general monitoring duties?“ 10 *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law – JIPITEC* (2019), 343–374.
- Vujičić Novak, „Blokiranje pristupa veb-sajtovima zbog povrede autorskog prava: kritički osvrt“, *Intelektualna svojina i Internet 2018* (ur. D.V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2018, 107–124.

Prof. Dr Sanja Savčić

Associate Professor, University of Novi Sad Faculty of Law

LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES UNDER DIRECTIVE 2019/790 – OBTAINING CONSENT AS A CONDITION FOR EXCLUSION OF LIABILITY

Abstract: *The EU Directive 2019/790 established a special regime of liability of Internet intermediaries that generate revenue through public communication, i.e. making the work available to the public via the Internet. Art. 17 of the Directive 2019/790 explicitly stipulates that online intermediaries, by providing public access to copyrighted works or other protected content posted by their users, perform the act of communicating the work to the public or making available of the protected content. For these reasons, the internet intermediary is obliged to obtain the consent of the right holder, among other things by concluding a contract with the right holder. The obtained consent also includes actions taken by users who post content on the online platform of the service provider, if such users do not operate on a commercial basis, or do not generate significant income from such actions. In order to be released from responsibility, the intermediary must perform at least one of the planned actions: obtaining the consent of the right holder, establishing a mechanism to prevent violations of rights, and removing content that has already been unauthorized. Directive 2019/790 leaves room for Member States to regulate the authorization model by adopting national legal instruments. Thus, an internet intermediary can obtain consent by concluding a contract with the*

right holder, through a collective organization, or it can draw it from the law itself. Giving consent for the exercise of authority, from the aspect of copyright holders, is in fact the exercise of rights whose effects are economically expressed. Therefore, the link between obtaining consent and determining compensation is a necessary aspect of the analysis of the new accountability system. The paper will pay special attention to this issue.

Keywords: *Internet intermediary. – Liability of the internet intermediary. – Obtaining consent. – Appropriate and proportionate remuneration.*