

ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАОЦА УСЛУГА ИНФОРМАЦИОНОГ ДРУШТВА ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈУ ЊИХОВИ КОРИСНИЦИ ПРОТИВПРАВНИМ САДРЖАЈЕМ¹

Апстракт: Информациона технологија развијена последњих година пружа прилику сваком лицу да ствара и објављује садржаје на Интернету. Злоупотреба нових могућности има за последицу повреду грађанских субјективних права и доношење штете. У раду су представљени правни субјекти без којих Интернет не би функционисао и њихов уговорни однос обележен специфичним обавезама и егзонерационим клаузулама. Приказани су критеријуми по којима домаћа и страна судска пракса одлучује о одговорности провајдера и анализирано како се Закон о облигационим односима може применити у борби против штетника на Интернету. Обрађене су одредбе Закона о електронској трговини израђеног по узору на истоимену европску директиву, али са закашњењем од девет година што доводи у питање њихову сврсисходност.

Кључне речи: штета, Интернет, уговор о хостингу, искључење одговорности, корисници.

УВОД

Широм планете аматери размењују и преузимају са мреже фотографије, текстове, видео и музичке записе, софтвер и информације једноставно и економично. Нажалост, понекад се нове могућности користе за повреду грађанских субјективних права. Најчешће су угрожена ауторска права и права индустријске својине; лична права (право на психички интегритет и достојанство услед повреде угледа, части и ширења неистинитих навода), право на слику и приватност; права потрошача (продајом неоригиналне робе, лажних лекова). Треба поменути и дела нелојалне конкуренције, бројне *on line* преваре, „отмице идентитета“, злоупотребу туђих платних картица итд. Редовна последица ових, како се у литератури називају једним именом, електронских деликата, је проузроковање штете.²

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

² Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *Rebooting Cybertort Law*, *Washington Law Review*, Vol. 80, 2005. стр. 335.

Размотримо један хипотетички случај. Познати сајт www.s.com омогућава сваком кориснику интернета да објави жељени садржај, чинећи га доступним најширој публици. Анонимни корисник је то злоупотребио објављујући компромитујући снимак популарног певача који је у кратком периоду погледало и преузело више десетина хиљада посетилаца сајта С, услед чега је главни актер снимка претрпео материјалну и нематеријалну штету. Садржина снимка не само да вређа његова ауторска права, него нарушава и његов углед што је резултирало отказивањем неколико концерата. Поставља се питање ко је дужан да надокнади ову штету? Проблем грађанске одговорности постаје сложенији ако се има у виду бројност субјеката повезаних са настанком ове штете. Посматрајући техничку димензију случаја, ту је најпре провајдер за приступ који је омогућио штетнику везу са Интернетом; затим је ту власник сајта (предузеће С), потом провајдер на чијим се серверима налази спорни снимак; и на крају ту су бројни провајдери за приступ који су омогућили публици да погледа снимак.³ Да ли су и у којој мери, поред злонамерног корисника, одговорна и ова лица?

У раду ћемо представити правне субјекте без којих Интернет не би функционисао и њихов уговорни однос обележен специфичним обавезама и егзонерационим клаузулама. Приказаћемо критеријуме по којима је у домаћој и страног судској пракси одлучивано о одговорности провајдера и како се Закон о облигационим односима може применити у борби против штетника на Интернету.⁴ Анализираћемо Закон о електронској трговини израђен по узору на истоимену европску директиву, али са закашњењем од девет година. Испитаћемо да ли су преузета решења већ превазиђена динамичним развојем технологије која је паралелно са прогресом омогућила и доношење штете без страха од одговорности.

1. Правни субјекти у дигиталном окружењу и њихов уговорни однос

Интернет презентација (у наставку текста: сајт) представља колекцију повезаних интернет страница која може да садржи текст, звук, слике или видео записе, а којој се приступа путем јединствене интернет адресе.

За потребе овог рада, „власник сајта“ је правно или физичко лице које управља сајтом, уређује његов садржај и економски га експлоатише. Власник сајта има искључиво и апсолутно право да користи одређени интернет домен (нпр. www.google.com, www.yahoo.com, www.prafak.ni.ac.rs) зато што је регистровао име домена при надлежним домаћим и међународним телима. Име домена је назив који омогућује корисницима интернета лак приступ жељеном

³ Провајдер је правни субјект који пружа услуге информационог друштва, чл. 3. ст. 4. Закона о електронској трговини („Сл. гласник РС”, бр. 41/2009).

⁴ Закон о облигационим односима («Сл. лист СФРЈ», бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, «Сл. лист СРЈ», бр. 31/93 и «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 - Уставна повеља).

сајту и представља важан капитал.⁵ Главни циљ власника комерцијалних сајтова је повећање посећености сајта јер она доноси профит.

Појам „пружалац интернет услуга“ (у наставку текста: провајдер) је врло широк и уопштен и означава све субјекте чија је основна делатност везана за Интернет. Ако је критеријум поделе главна уговорна обавеза коју имају према својим корисницима,⁶ провајдери се деле на провајдере за приступ који корисницима омогућавају везу са Интернетом и провајдере домаћине чију ћемо улогу детаљније објаснити.

Провајдер домаћин и власник сајта закључују уговор о хостингу. Провајдер се обавезује да омогући постављање сајта на свој сервер, за шта је власник сајта дужан да плати одређену накнаду.⁷ Уговорним клаузулама се прецизира да обавеза провајдера подразумева непрекидан смештај, приказивање и доступност сајта, а корисник „уговором потврђује“ да самостално врши постављање и контролу садржаја на сајту. Уговор се може посматрати као закуп виртуелног простора на интернет серверима провајдера. Провајдера домаћина можемо упоредити са закуподавцем, а власника сајта са закупцем. Будући да је предмет овог уговора електронска комуникациона услуга, на њега се примењује Закон о електронским комуникацијама, којим је прописана писмена форма,⁸ што би требало да спречи анонимност власника сајта.

Уговор о хостингу, који се сврстава у уговоре по приступу, карактерише искључење одговорности провајдера. Ради илустрације парафразираћемо неке клаузуле из домаће пословне праксе: „Провајдер ни на који начин не одговара за садржину, изглед, намену и функционисање интернет презентације корисника“; „Корисник је одговоран за целокупан садржај презентације и у потпуности сноси сву материјалну и кривичну одговорност која произилази из њене употребе као и за сав генерисани долазни и одлазни саобраћај.“ Са друге стране, „Корисник је

5 У недостаку бољег, користимо термин „власник сајта“ иако није најадекватнији: сајт није ствар, па не може бити ни објект својине. Да би једно лице полагало право на одређено име, односно било власник сајта, оно мора бити регистровано код Интернет корпорације за додељивање имена и бројева (*ICANN*), надлежне за координацију система који осигурава да интернет сајтови имају јединствена имена као и да сви корисници интернета могу да приступе валидним адресама. Више: Михајло Цветковић, *Online решавање спорова као облик медијације у грађанским стварима*, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем РС, 2010, стр. 201-224.

6 Broder Kleinschmidt, *An International Comparison of ISP's Liabilities for Unlawful Third Party Content*, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 18 No. 4, Oxford University Press, 2010, стр. 333.

7 Интернет сервер је рачунар са свим ресурсима (простор на хард диску, меморија, интернет линк и слично) који је у сталној вези с Интернетом.

8 Чл. 4. ст. 10. и чл. 105. Закона о Електронским комуникацијама, «Сл. гласник РС», бр. 44/2010.

одговоран за сваку штету коју евентуално претрпи провајдер услед недозвољеног садржаја презентације.⁹

2. Примена Закона о облигационим односима и домаћа судска пракса

Вратимо се нашем хипотетичком примеру. Уколико оштећени жели тужбом да обухвати и провајдере, могао би се позвати на одредбе Закона о облигационим односима које уређују одговорност више лица за исту штету. По члану 206. ЗОО солидарно одговарају: лица која су штету проузроковала заједно; лица која су је проузроковала радећи независно једно од другог ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети; лица која су на неки начин међусобно повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало, али је несумњиво да је неко од њих. Овакво резонување је прихватљиво. Штетник, власник сајта и сви поменути провајдери радили су заједно; њихове уделе је немогуће утврдити; власник сајта и провајдер домаћин повезани су уговором о хостингу. Са друге стране, да ли провајдери треба да одговарају чак и када нема њихове кривице?

На слично питање одговор је дала домаћа судска пракса 2006. године, дакле пре ступања на снагу Закона о електронској трговини. Околности случаја су следеће: на сајту www.nn.rs су се рекламирали и неовлашћено нудили за преузимање актуелни филмски хитови чиме је оштећен тужилац, титулар ексклузивног права дистрибуције у Републици Србији. Тужбом за накнаду штете у виду измакле користи обухваћени су власник сајта НН и провајдер домаћин као давалац услуга хостинга.¹⁰

Суд је пресудио да интернет провајдер није одговоран за садржај сајта, већ је за исти одговоран сам власник сајта као корисник услуга - о којем се при закључењу сваког појединачног уговора узимају сви детаљни подаци у циљу означавања одговорног лица. Пресуда је образложена следећим аргументима: 1) Друготужени, провајдер, сагласно позитивним законским прописима није у обавези, нити има право да проверава да ли је неко лице приликом закључивања уговора о хостингу доставило праве или лажне податке; 2) Провајдер нема право да контролише садржину сајта; 3) С обзиром да је друготужени један од водећих провајдера у нашој земљи, није у могућности да контролише све своје кориснике (њих 7000), будући да је то физички неизводљиво; 4) Друготужени у конкретном случају није уређивао спорни сајт односно његову садржину и

9 У истраживању коришћени уговори доступни на сајтовима провајдера Еунет и Сезампро.

10 *Повреда ауторског права и одговорност провајдера као даваоца услуга за садржај сајта*, из пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 2258/06 од 21.12.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2007, стр. 85.

оглашавао продају спорног материјала већ је то чинио првотужени. Сумирано, провајдер домаћин није одговоран, зато што није крив. Образложење пресуде било би много краће, да су у време њеног доношења постојали домаћи прописи о искључењу одговорности провајдера, које ћемо анализирати у наставку рада.

3. Законско искључење одговорности провајдера у праву Србије и ЕУ

Питање одговорности пружаоца интернет услуга регулисано је Законом о електронској трговини израђеном по узору на Директиву о електронској трговини (у наставку текста: Директива 2000/31).¹¹ Циљ ових прописа је унапређење *on line* пословања и повећање правне сигурности уз истовремено гарантовање слободног протока информација. Искључење одговорности се односи само на техничке поступке са подацима које је на мрежу поставило треће лице (корисник) и важи за све видове одговорности: кривичну, грађанску и прекршајну. Наведени законски акти не утичу на одговорност лица које је недопуштен садржај „објавило“.¹² Већина држава чланица ЕУ имплементирала је одредбе о одговорности дословно,¹³ а неке државе су прошириле активности за које се не одговара (нпр. за постављање линкова или претраживање). *Ratio legis* се налази у ставу да провајдери врше важну привредну функцију као и да ограничење одговорности доприноси сарадњи провајдера и оштећеног у борби против пиратерије и повреде права.¹⁴

Прописи искључују одговорност провајдера за пренос, привремено и трајно складиштење противправног садржаја.¹⁵ Иако су судови пре ступања Директиве 2000/31 на снагу разликовали провајдере за приступ од провајдера

11 Пун назив: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

12 Званични извештај: *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, стр. 12. Доступно на: www.europa.eu.

13 *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, стр. 13.

14 Рудић-Димић Љиљана, *Интернет, електронска трговина и одговорност Интернет сервис провајдера*, Право и привреда, 2010, бр. 4-6, стр. 542.

15 Домаћи законодавац начинио је, по нашем мишљењу, пар техничких и језичких пропуста. Наслов IV одсека Закона о електронској трговини „Одговорност пружаоца услуга“ је преширок. Норме које су обухваћене овим насловом не говоре о одговорности већ о њеном искључењу. Поред тога оне не важе за све „пружаоце услуга“ већ само за „посреднике“ тј. провајдере (видети наслов одсека IV Директиве 2000/31). Даље, чл. 16. носи наслов „искључење одговорности“, иако се односи само на пренос података, а искључење одговорности предвиђено је и члановима 17, 18. и 19. У чл. 16. се помињу „поруке“, а заправо се мисли на податке. Најзад, норме формулисане по обрасцу „пружалац није одговоран ... ако није ...“, (видети чл. 16, 17, 18, 19) звуче као лоше преведен текст.

домаћина,¹⁶ норме су формулисане тако да је важније које активности провајдер предузима него у коју врсту спада. Ради бољег разумевања услова за искључење одговорности, напомињемо да се сви садржаји, без обзира на врсту (слика, звук, снимак, текст) преносе Интернетом у облику података (електронском/ дигиталном облику). Правила о су следећа:

1) Обичан пренос (енгл. *mere conduit*). Провајдер није одговоран за пренос и упућивање садржаја који потиче од корисника под условом да није: иницирао пренос, селектовао или мењао податке, одабрао примаоца.¹⁷ Обичан пренос врше провајдери за приступ. Одштетни захтеви против њих су ретки у упоредној судској пракси.¹⁸ Провајдери који преносе податке не одговарају за њихов садржај, као што ни класична поштанска служба не одговара за садржину пошиљки чак и када је реч о разгледници коју може да прочита.¹⁹

2) Привремено складиштење (енгл. *caching*). Нема одговорности провајдера за привремено складиштење података које је у систем унео корисник, ако оно служи за ефикасније функционисање мреже под условом да није мењао податке као и да је поштовао важеће индустријске стандарде о приступу, ажурурању и прикупљању података.²⁰ Провајдер је дужан да уклони ускладиштене податке одмах након сазнања да су они уклоњени са првобитног „изворишта“, односно да је суд или други надлежни орган наредио уклањање односно онемогућавање приступа подацима. Провајдере који врше привремено складиштење можемо упоредити са путарима, њихова улога је одржавање информационе инфраструктуре. Пракса је показала да је ово правило „мртво слово на папиру“, највероватније зато што је тешко утврдити пут података који неретко обиђу целу планету.

3) Трајно складиштење (енгл. *hosting*). Провајдер није одговоран за складиштење садржаја, који потиче од корисника, ако није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника или садржај података и ако је одмах након сазнања о томе податке уклонио.²¹ Искључење не важи у случајевима када је корисник на било који начин зависан од провајдера (нпр. повезана привредна друштва). Из описаног уговора о хостингу види се да је трајно складиштење

16 Видоје Спасић, *Осврт на одговорност интернет сервис провајдера (ИСП) у међународном и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2007, бр. 50, стр. 108-109.

17 Чл. 16. Закона о електронској трговини, чл. 12. Директиве 2000/31.

18 Група аутора, *Study on the liability of internet intermediaries*, ULYS, University of Göttingen, University of Salerno, 2007, стр. 13.

19 Златко Стефановић, *Коментар закона о електронској трговини са аспекта облигационих односа*, e-Press, бр. 2009/ 306, стр. 2.

20 Чл. 17. Закона о електронској трговини, чл. 13. Директиве 2000/31.

21 Чл. 18. Закона о електронској трговини, чл. 14. Директиве 2000/31.

података обавеза провајдера домаћина. Он је по положају сличан оставопримцу или складиштару, али нема никакву обавезу враћања.

За разлику од Директиве 2000/31, Закон о електронској трговини садржи и посебан члан који се односи на интернет линкове. Провајдер није одговоран ако је посредством електронског упућивања омогућио приступ подацима другог лица под условом да није знао нити је могао знати за недопуштено деловање или садржај података и ако је одмах након сазнања о томе линк уклонио.

Провајдер је дужан да обавести надлежни државни орган ако основано сумња да корисник његове услуге предузима недопуштене активности, али нема обавезу сарадње са оштећеним. Једино на основу одговарајућег судског, односно управног акта он је дужан да предочи све податке на основу којих се може предузети заштита права трећих лица.²² Објашњење оваквог решења налази се у заштити приватности, макар и штетникове. Провајдер поседује податке о штетној радњи, слично као што телефонски оператер има податке о узнемирујућим позивима (нпр. локација штетника, време штетне радње, као и податке на основу којих се може утврдити износ штете – колико је пута недопуштен садржај преузет или колику је публику имао).²³

4. Анализа прописа о искључењу одговорности провајдера

Ако сумирамо горе наведена правила, одговорност провајдера зависи од следећих чињеница: 1) да ли је садржај недопуштен; 2) да ли је провајдер имао сазнање о недопуштеном деловању корисника и садржају података; 3) да ли је он одмах након сазнања о томе уклонио/онеомгућио приступ подацима.

1) Недопуштеност садржаја. Док закон уопштено дефинише „недопуштен податак“ тј. недопуштен садржај као информацију, поруку и документ који је у супротности са прописима и моралом или који је законом одређен као поверљив,²⁴ уговори из домаће пословне праксе су детаљнији. Садржај се сматра недопуштеним нарочито: уколико угрожава или вређа нечија лична права; супротан је добрим пословним обичајима и правилима о заштити потрошача; уколико се њиме врши дело нелојалне конкуренције или повреда ауторског права и права индустријске својине.²⁵

Поједини садржаји се могу окарактерисати као очигледно недопуштени. Таквим се сматра садржај који би свако просечно лице, које није правник, без детаљне истраге тако назвало (нпр. педофилија, порнографија, расистички или антисемитски садржаји, негирање ратних злочина). Провајдери не могу

22 Чл. 20. Закона о електронској трговини.

23 Лог фајл садржи податке о свим догађајима везаним за сајт корисника. Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 386.

24 Чл. 3. Закона о електронској трговини.

25 Уговори у целини доступни на сајтовима провајдера Еунет и Сезампро.

оспоравати противправност таквих садржаја. Француски судови сматрају да повреде приватности не представљају случајеве „који су сами по себи очигледно недопуштени“.²⁶

2) Сазнање о недопуштеном деловању корисника и садржају података. Провајдер, као технички посредник, не може се стављати у улогу судије који процењује противправност. Иако је понекад лако утврдити да је одређена активност недопуштена, постоје случајеви компликовани и за правнике (нпр. повреда ауторског права). Сличне тешкоће, имајућу у виду прокламовану слободу говора, јављају се и када су угрожена права личности. При оцени да ли је провајдер имао сазнање о недопуштеном садржају примењују се општи правни стандарди, али се мора узети у обзир да провајдер није дужан да прегледа податке које је складиштио, пренео или учинио доступним, односно да испитује околности које би упућивале на недопуштено деловање корисника.²⁷ Установљавање тих обавеза знатно би оптеретило провајдере и повећало цене њихових услуга.

Постављају се питања колики је минимални ниво знања о недопуштеном садржају да би постојала одговорност и колико пажње провајдер дугује? По Немачкој судској пракси, нескривљено незнање довољно је за искључење одговорности. Сазнање постоји ако провајдер тачно зна локацију спорних података тако да може само њих да блокира. Уопштена информација да су спорни подаци постављени на сервер није „сазнање“.²⁸ Ако провајдер зна за постојање податка то не имплицира и сазнање о њиховој противправности. Податке у облику фајлова који се налазе у меморији рачунара можемо упоредити са затвореном књигом, корисник се упознаје са садржином тек када их „отвори“.

По Немачком праву провајдер домаћин не одговара ако нема сазнање о чињеницама и околностима из којих је очигледно да су садржај или понашање корисника недопуштени.²⁹ Другим речима, одговара само ако је поступао са грубом непажњом која се претпоставља искључиво ако је повреда очигледна. У Чешком и Словачком праву провајдер такође одговара само за грубу непажњу.³⁰ Из формулације коју користи наш законодавац „није знао нити је могао знати“, следи да и у нашем праву провајдер одговара за грубу непажњу, и наравно теже облике кривице.³¹

3) Обавеза уклањања садржаја. Провајдер који је сазнао за недозвољен садржај дужан је да га хитно уклони, иначе ће одговорати за штету. Поступак

26 Група аутора, *op.cit.* стр. 39.

27 Чл. 20. Закона о електронској трговини, чл. 15. Директиве 2000/31.

28 Група аутора, *op.cit.* стр. 37.

29 Немачки закон: Telemediengesetz (TMG), 2007, чл. 10.

30 Група аутора, *op.cit.* стр. 40.

31 Златко Стефановић, *op.cit.* стр. 2.

обавештавања о недопуштеном садржају и његово уклањање није уређен Директивом 2000/31 већ је то питање остављено државама чланицама.³² У нашем Закону нема одредби о овом важном питању што свакако треба исправити како би се избегла уговорна одговорност провајдера према власнику блокираног сајта. У упоредном праву обавештавање провајдера и уклањање садржаја различито су уређени. У неким државама и обично писмо обавезује на блокаду спорног садржаја док се у другим захтевају строжи услови у погледу форме.

Међу државе где се не тражи посебна форма сврставају се Холандија и Немачка. Немачка судска пракса сматра да је довољна опомена после које провајдер не може побијати сазнање о недозвољеном садржају. Штавише, он сноси и трошкове опомене (нпр. уколико је оштећени ангажовао адвоката да је упутити).³³ Провајдер је дужан да реагује чак и на неосноване притужбе па је могућност злоупотребе велика. Лажне „жртве“ то користе за уклањање садржаја конкурента или ривала. Ради доказивања слабости оваквог решења, једна холандска невладина организација спровела је експеримент тако што је на десет различитих сајтова објавила дело познатог холандског писца настало 1871. године, очигледно „слободно“ у смислу ауторског права. Иста организација је наредног дана послала провајдерима домаћинима лажну притужбу представљајући се као носилац ауторских права захтевајући да се садржај уклони. У року од неколико сати 7 од 10 провајдера је поступило по притужби.³⁴

У Шпанији и Италији је неопходно да провајдер буде опоменут од стране надлежног органа.³⁵ Овакво решење није прихватљиво тамо где су државни органи нефикасни. У Француској су законом прописани елементи опомене: датум, подаци о пошиљаоцу, подаци о примаоцу, опис спорног садржаја и његова локација, као и разлози због којих садржај мора бити уклоњен.³⁶ У Финској и Литванији оштећени о повреди обавештава провајдера који промптно повлачи спорне податке са мреже и о томе обавештава лице које их је објавило како би оно одговорило на притужбу.³⁷

32 То је тзв. „notice and take down“ процедура.

33 Група аутора, *op.cit.* стр. 42.

34 Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 394.

35 За Шпанију видети: Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, 2002, чл. 16.1 (б); За Италију: Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico, 2003, чл. 15. и 16.

36 Француски закон: Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, чл. 6-I-5.

37 Група аутора, *op.cit.* стр. 16-17.

5. Захтев да се уклони опасност штете и престане са повредом права

Закон о облигационим односима прописује да свако може захтевати од другог да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета, као и да се уздржи од делатности од које произилази узнемиравање или опасност штете. Суд ће на захтев заинтересованог лица наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете. Оштећеном такође стоји на располагању захтев да се престане са повредом права личности.³⁸ Захтев за издавање налога независан је од захтева за надокнаду штете.

Поставља се питање да ли су провајдери заштићени од налога, као што су заштићени и од одговорности за штету? Аустријски Врховни суд заузео је став да имунитет не важи за налоге.³⁹ У немачком праву, захваљујући доктрини проширене одговорности *Störerhaftung*, налози могу бити уперени не само против непосредних штетника, већ се могу односити и на саучеснике, помагаче, као и лица која су каузално допринела настанку штете под условом да су правно и фактички у стању да повреду спрече. Ипак, њихова одговорност за штету постоји тек ако имају обавезу да штите право трећег.

Пошто је више субјеката у положају да блокира недопуштени садржај, отвара се проблем супсидијарности. Да ли захтев треба најпре уперити против корисника који је садржај „објавио“ (непосредног штетника), па тек ако је тај покушај неуспешан захтевати налог против провајдера. Немачки федерални суд заузео је став да није потребно да оштећени тужи најпре злонамерног корисника већ може одмах од суда захтевати налог против провајдера.⁴⁰

Судски налози за уклањање или блокирање садржаја чији су адресати провајдери врло су заступљени у упоредној судској пракси. Најчешће се уклањању клеветничке поруке или фотографије оштећених. При томе судови нарочито воде рачуна о посебним околностима конкретног случаја. Тако је нпр. Аустријски Врховни суд издао налог против провајдера на чијем је Интернет форуму анонимно лице изнело клеветничке поруке, пошто није могао издати налог непознатом. Немачки федерални суд процењује обим мера које се налажу провајдеру узимајући у обзир да ли се ради о профитном или некомерцијалном сајту.⁴¹

38 Чл. 156. и 157. ЗОО. Специфичност нашег права је што оно пружа заштиту и пре настанка штете. У том случају се заинтересованом лицу обезбеђују превентивне мере. Наведене норме нису ограничене само на имисије већ уопштено захватају сваку штету која прети. Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Б. Благојевић, В. Круљ, Београд, 1983, стр. 543. и 545.

39 Видети ст. 45. преамбуле Директиве 2000/31. Више о томе: AU2. – HG Wien, 21/6/2006, 18 Cg 67/05, доступно на: http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/hg67_05w.pdf.

40 Одлука BGH, 27.03.2007 - VI ZR 101/06, доступно на: www.dejure.org.

41 Група аутора, *op.cit.* стр. 59-60.

Правно дејство налога је различито: у неким држава они представљају само привремену меру, док у другим штите и од повреда у будућности. Илустративна је често цитирана одлука Немачког федералног суда у случају *Rolex* против *Ebay*.⁴² *Ebay* је сајт који омогућује заинтересованим лицима купопродају различите робе, а профит стиче продајом рекламног простора и наплаћивањем својих услуга продавцима. *Ebay* није власник робе која се нуди нити је продавац или његов заступник па не одговара за правне и материјалне недостатке продатих ствари. Сајт омогућава претраживање производа, поређење цена и карактеристика, даје информације о бонитету потенцијалних продаваца и купаца. Извесни продавац је преко *Ebay* продавао реплике Ролекс сатова и рекламирао их користећи Ролексов заштитни знак. Ролекс је поднео тужбу против продавца због повреде права индустријске својине, али и против *Ebay* зато што је омогућио продају. Тужбом је захтевано не само уклањање спорног садржаја, већ и да *Ebay* спречи будуће злоупотребе. Суд је, позивајући се на националне прописе који имплементирају чл. 14. Директиве 2000/31 одлучио да *Ebay* није одговоран за штету, али је дужан не само да уклони спорни садржај већ и да предузме мере које су технички изводљиве и „економски разуме“ како би се спречило понављање повреде.⁴³

6. Превазиђеност постојећег законског оквира

Последњих пар година Интернет је значајно измењен. Појавили су се сајтови где свако заинтересовано лице може постављати садржај који жели, без икаквих трошкова и техничких потешкоћа. Корисници масовно постављају фотографије, снимке, музику, текстове па су такозвани *web 2.0* сајтови постали најпосећенији и најпрофитабилнији.⁴⁴ Тако се на Интернету појавио садржај који су створили „обични“ корисници (енгл. *user generated content*, у наставку „кориснички садржај“), али је истовремено отворена пандорина кутија анонимног наношења штете.

Власници сајтова су врло заинтересовани за кориснички садржај - њиме се повећава посећеност, а самим тим расту и приходи од рекламирања. Поред тога, пратећи активности бројних посетилаца, власник сајта долази до вредних тржишних информација које продаје трећим лицима остварујући додатни

42 Случај *Rolex v Ebay/Ricardo (Internet Auction I)*, BGH 11.03.2004, I ZR 304/01.

43 Broder Kleinschmidt, op.cit. стр. 346.

44 Друштвена мрежа *Facebook* има 750 милиона активних корисника, од којих око 2 милиона у Србији (17. место у Европи). Преко сајта се месечно размени 30 милијарди фотографија, снимака, песама и текстова. Компанија која има само 2000 запослених остварила је 2010. профит од 800 милиона УСД.

профит.⁴⁵ Из разлога што експлоатишу кориснички садржај, ови сајтови (тј. њихови власници) се називају провајдерима садржаја.⁴⁶

Провајдер садржаја има сличну улогу као провајдер домаћин. Оно што провајдер домаћин нуди власнику сајта, провајдер садржаја нуди сваком заинтересованом лицу кроз неформалан однос без накнаде. Услуга провајдера садржаја је бесплатна, тако да њему прави идентитет корисника није важан. Регистрација корисника лажним подацима сасвим је уобичајена. Довољно је да корисник прихвати опште услове провајдера садржаја и тиме добија активну улогу на интернету. У општим условима редовне су клаузуле о ослобађању провајдера од било какве одговорности. Навешћемо неке примере: „Провајдер није одговоран за штету која настане коришћењем његових услуга, чак и када је упозорен на могућност штете. Провајдер задржава право одлучивања да ли је послат садржај у складу са Општим условима коришћења сајта којима је забрањено вређање ауторских права, слање порнографског или увредљивог материјала, и овлашћен је да уклони такве садржаје без претходног обавештавања, у било време, по својој дискрецији.”⁴⁷ Да би се додатно заштитили, провајдери садржаја омогућавају посетиоцима сајта да означе одређени садржај као увредљив или недопуштен. У неким случајевима то је уговорна обавеза посетилаца сајта.⁴⁸

Имајући у виду описане промене на Интернету, отвара се питање примене прописа о искључењу одговорности. У смислу поменутих прописа искључење одговорности се односи само на техничке, аутоматске активности пасивног карактера што даље имплицира непостојање сазнања о подацима који се преносе или складиште.⁴⁹ Гледајући ствари из техничког угла, провајдер садржаја има мање „физичког контакта“ са недопуштеним садржајем него остали провајдери. Он најчешће не поседује значајне хардверске капацитете, већ напротив и сам користи услуге бројних провајдера домаћина. Његов најважнији капитал, а то су име сајта и напредни софтвер за обраду корисничког садржаја, није одређен. Са друге стране, понекад провајдери садржаја сами „хостују“ свој сајт што додатно компликује формулисање генералних закључака о одговорности.

45 То су нпр. подаци о популарности производа у одређеној старосној групи, или о томе које услуге преферирају купци одређеног тржишта, или колика је потражња за одређеном робом итд.

46 Провајдери садржаја су најчешће специјализовани за одређену врсту материјала (нпр. *Youtube.com* је место за снимке, *Flickr.com* за фотографије, *Blogger.com* за текстове, *Facebook.com* за личне податке.)

47 Видети „Опште услова пружања услуге“ познатих провајдера садржаја *Myspace.com* и *Youtube.com*.

48 Natali Helberger et al., *Legal Aspects of User Created Content*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2009, стр. 43.

49 Види ст. 42. преамбуле Директиве 2000/31.

Дилеме нема када провајдер садржаја активно надзире и бира кориснички садржај пре „постављања“ на сајт. Пошто његова улога није само техничке природе, одговорност није искључена.⁵⁰ Сајтови који кориснички садржај представљају као свој такође нису изузети од одговорности.⁵¹ Ипак, судска пракса се сусреће са много компликованијим проблемима, што се може видети из следећег случаја. Године 2006. на италијанској верзији сајта *Google Videos* појавио се снимак како тројица студената злостављају и вређају особу са посебним потребама пред већим бројем пасивних посматрача од којих је неко снимио инцидент мобилним телефоном. Снимак у трајању од три минута погледало је много људи, а преузет је чак 5000 пута. У једном тренутку постао је најпопуларнији у категорији „забавни снимци“ упркос томе што се види да је жртва слабовида аутистична особа оштећеног слуха. Посетиоци сајта различито су коментарисали инцидент, а неки су послали електронску пошту уредницима сајта захтевајући да се снимак уклони. То је учињено тек на захтев полиције коју је о свему обавестио савесни грађанин, тако да је снимак остао на сајту скоро два месеца.⁵²

Јавни тужилац је покренуо поступак против руководиоца сајта због клевете и повреде прописа о заштити личних података. Суд у Милану је 2010. године ослободио окривљене оптужбе за клевету, али их је осудио због повреде приватности. Оштећени и *Google* постигли су вансудски споразум о надокнади штете. Аргументи учесника у судском поступку, иако се ради о кривичној ствари, расветљавају и проблем грађанске одговорности провајдера. Правило је, наиме, да правоснажна кривична пресуда везује парнични суд.⁵³ Ако је неко крив у кривичноправном, сигурно је крив и у грађанскоправном смислу.⁵⁴

Тужилац је тврдио како је неморално ослободити *Google* одговорности за штету нанету невиној жртви вршењем комерцијалне активности која је само у 2009. години донела приход од 22 милијарде америчких долара, као и да је *Google* имао техничке могућности да контролише садржај који шаљу корисници сајта, што није учинио да би смањιο трошкове и тиме увећао профит, привлачећи широку публику простим и увредљивим материјалом. *Google* се бранио аргументом како није обавезан да спречи постављање увредљивог садржаја

50 Nicolas Jondet, *The silver lining in Dailymotion's copyright cloud*, Juriscom.net, 2008, стр. 8-11.

51 Timothy Pinto et. al., *Liability of Online Publishers for User Generated Content: A European Perspective*, *Communications Lawyer*, Volume 27, 2010, стр. 8.

52 Giovanni Sartor, *The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents*, *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 18 No. 4, Oxford University Press, 2010, стр. 556.

53 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 473.

54 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 190.

као и да се искључење одговорности, прописано за провајдере домаћине, односи и на њега.

Тако је отворено кључно питање: да ли провајдери садржаја уживају исту заштиту као провајдери домаћини? Да ли се провајдер садржаја може третирати као провајдер домаћин ако омогућава слање садржаја, његову припрему, накнадну дистрибуцију, индексирање ради лакшег приступања и повезивање са оглашивачима, а све то због профита?⁵⁵ Питање кривице је нарочито тешко зато што је утврђивање чињенице да ли је *Google* знао за недопуштено садржаја врло компликовано. Наиме, иза комерцијалног успеха провајдера садржаја налази се тзв. „циљно рекламирање“ (нпр. док посетилац сајта гледа снимак пса, на монитору се истовремено приказују рекламе производа за псе). Самим тим могло би се закључити да увек постоји сазнање провајдера о објављеном садржају. Међутим, повезивање снимка са адекватном рекламом не врши човек, већ софтвер који не „разуме“ контекст снимка (нпр. да ли се на снимку пас хладнокрвно убија или безазлено храни).⁵⁶ Однос људског и „виртуелног сазнања“ врло је компликован, али правно релевантан.⁵⁷

Суд је закључио да је *Google* више од обичног провајдера домаћина, зато што је од њега активнији. Укључивање снимка у садржај сајта и његова накнадна доступност није последица искључиво активности корисника већ и оптуженог.⁵⁸ Зато се искључење одговорности предвиђено Директивом 2000/31 не може применити на овај случај. Суд је узео у обзир чињеницу да *Google* стимулише слање снимака и промовише их без икакве контроле у циљу савладавања конкуренције. *Google* је знао да таква пословна политика води ка дистрибуцији недопуштеног садржаја, на шта је пристао због профита.⁵⁹ Постоји, дакле *dolus eventualis*.

Поставља се питање да ли се на провајдере садржаја, због њихове сличности са јавним гласилима, могу применити прописи о јавном информисању који садрже посебне одредбе о надокнади штете. Провајдери садржаја, исто као средства јавног информисања, помоћу речи, слике или звука објављују идеје, информације и мишљења намењена јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.⁶⁰ Европски и национални прописи налажу јавним гласилима обавезу да воде рачуна о допуштености објављеног садржаја чак и када он

55 Giovanni Sartor, *op.cit.* стр. 371.

56 Поступак је много софистициранији него што смо овде описали, али то превазилази тему овог рада.

57 Група аутора, *op.cit.* стр. 36.

58 Giovanni Sartor, *op.cit.* стр. 361.

59 *Ibid.*, стр. 370.

60 Закон о јавном информисању, («Сл. гласник РС», бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - одлука УС и 41/2011 - одлука УС), чл. 11, са посебним одредбама о надокнади штете чл. 79-90.

није произведен и дистрибуиран под њиховом уређивачком контролом.⁶¹ Традиционално право сматра издаваче/емитере одговорним за објављени садржај, без обзира што он потиче од трећих лица. Класичним медијима прописи налажу разна ограничења: објављивање „говора мржње“ је забрањено; садржај јавног гласила и начин дистрибуције не смеју шкодити развоју малолетника; малолетник се не сме учинити препознатљивим; информације из приватног живота и лични записи објављују се само уз дозволу, оштећени има право на исправку или објављивање одговора итд.⁶² Провајдери садржаја имају већи потенцијал и у будућности сигурно ширу публику од класичних медија, али нису оптерећени сличним обавезама. Зато у правној литератури постоји залагање да се повећа одговорност провајдера садржаја чиме би се они по положају приближили издавачима.⁶³ Међутим, страни судови, везани законским формулацијама, овакво становиште не прихватају.⁶⁴ Са друге стране, на домаће провајдере садржаја, уколико представљају електронска издања јавних гласила, примењује се Закон о јавном информисању.⁶⁵

ЗАКЉУЧАК

Прописи о искључењу одговорности провајдера умањили су правну несигурност у случајевима проузроковања штете злоупотребом могућности које Интернет пружа. Провајдер не одговара за пренос, привремено и трајно складиштење података као и постављање линкова ка недопуштеном садржају, али само под строгим условима који су различити за сваку од ових активности. У принципу, провајдер неће одговарати ако: 1) су његове активности искључиво техничког карактера; 2) он нема сазнање о недопуштеном садржају, односно штетном деловању корисника; 3) одмах након сазнања о томе промптно реагује у циљу отклањања повреде права.

Искључење одговорности не важи за судске налоге тако да провајдери, на захтев оштећеног, могу бити обавезни да предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете односно уклањање њеног узрока. Будући да је више провајдера у положају да уклони или блокира недопуштен садржај, адресат налога треба да буде провајдер који ће га у конкретном случају најефикасније испунити.⁶⁶ Ако налог обавезује провајдера да спречи понављање повреде,

61 Natali Helberger et al., *op.cit.* стр. 39.

62 Закон о јавном информисању, чл. 38, 41, 43, 47.

63 Thorsten Feldmann, *Comment on the decision of the Regional Appeal Court Hamburg, 22.08.2006, No. 7U50/06, Multimedia und Recht*, бр. 11/2006, стр. 746. и 748.

64 Nicolas Jondet, *op.cit.* стр. 3.

65 Видети чл. 11. Закона о јавном информисању.

66 Најчешће је то провајдер домаћин. Али ако је он у иностранству, онда адресат налога може бити и провајдер за приступ.

онда се фактички намеће обавеза контроле садржаја што је у супротности са законским правилом да провајдер није дужан да прегледа податке које је складиштио, пренео или учинио доступним, односно да испитује околности које би упућивале на недопуштено деловање корисника. Са друге стране, такви налази били би најделотворнији.

Наше право не регулише поступак обавештавања провајдера о недопуштеном садржају и његово уклањање, што свакако треба исправити како би се избегла уговорна одговорност провајдера према власницима сајтова које су блокирали. Правила треба конципирати тако да се отклони опасност лажних притужби, уз могућност „одговора на притужбу“. Државне органе, с обзиром на њихову неажурност, је боље изоставити из овог поступка.

Уговор о хостингу, као и опште услове пословања провајдера садржаја карактеришу клаузуле о искључењу одговорности провајдера не само према корисницима њихових услуга већ и према трећим лицима. Напомињемо да није могуће искључити одговорност према лицима која нису уговарачи. Штавише, овакве клаузуле су у супротности са прописом да провајдер не одговара само ако није знао за недопуштен садржај или деловање.

Закон о електронској трговини усклађен је са Директивом 2000/31, али са кашњењем од девет година. У међувремену, Интернет се драстично променио. Провајдери садржаја бесплатно нуде најширем кругу лица активно присуство на мрежи какво су пре пар година имали искључиво власници сајтова. Кориснички садржај постао је доминантан што се лако може злоупотребити за анонимно наношење штете повредом грађанских субјективних права.

На питање да ли искључење одговорности важи за провајдере садржаја не може се одговорити уопштено, јер то зависи од њихове пословне праксе. Постојећи прописи нису од велике помоћи, зато што у доба њиховог ступања на снагу, а овде мислимо на Директиву 2000/31, провајдери садржаја нису имали данашњи утицај и значај. Позитивни закони заправо стимулишу избегавање уређивачке контроле и то провајдерима садржаја одговара јер њено одсуство умањује одговорност, у исти мах чинећи сајтове атрактивнијим.

У стручној литератури критикује се постојеће стање, и захтева се не само уклањање недопуштеног садржаја већ и превентивно деловање, као и предузимање техничких мера како се иста или слична повреда не би поновила.⁶⁷ Са друге стране, Савет Европе упозорава да „филтрирање података“ не сме угрозити слободу говора или приватност.⁶⁸

Аргументи за оштрији режим одговорности су бројни. Непосредни извршилац штетне радње је често недоступан (зато што је у иностранству или

⁶⁷ Natali Helberger et al, *op.cit.* стр. 47.

⁶⁸ Оригинални извор: Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.

анониман). Одговорност провајдера садржаја олакшала би идентификацију одговорног лица и повећала би извесност наплате. Провајдер садржаја експлоатише кориснички садржај, али за њега не одговара. Зашто максима *cuius commoda eius et incommoda* не би важила и у дигиталном друштву? Провајдер садржаја је у најбољем положају да спречи настанак штете (за разлику од осталих провајдера, он може, истина уз трошкове, да надгледа садржај). Провајдери нису више „нејач у повоју“, тако да посебна заштита није оправдана.⁶⁹

У проналажењу праве мере одговорности мора се размотрити и један супротан аргумент. Интернет је инфраструктура преко које људи комуницирају и упуштају се у економске активности, али и више од тога. Постао је место где се потврђује индивидуалност, формира јавно мњење, комуницира са пријатељима и странцима, задовољавају културне потребе, учествује у друштвеним и политичким расправама. Строжи режим одговорности провајдера садржаја претпоставља и право на контролу. Сваки потенцијално недопуштен садржај био би блокиран услед страха од одговорности, а Интернет чија је највећа предност отвореност, добио би цензоре.

Mihajlo Cvetković, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Liability of Internet Service Providers (Intermediaries) For User-Generated Content

Summary

In compliance with the EU Directive 2000/31/EC, the Serbian Act on Electronic Commerce (2009) explicitly lays down the limitations on the liability of intermediary service providers who offer mere conduit, caching and hosting. These provisions have been sufficient until recently. However, the advent of Web 2.0 has enabled a mass of new services and possibilities on the Internet. Users can easily upload online content that can be accessed, viewed and downloaded by other users around the globe. Certainly, some of these files include unlawful content: music videos that infringe upon copyright law, films that show pornography, music with defamatory texts, hate speech, etc. In this paper, the author explores the extent of liability of platforms that support UGC for unlawful content posted by users and discusses the need for a more contemporary regulation in this field. Citing various researched case studies and legal cases, the author highlights possible risks where traditional legal rules may be inadequate to address certain types of online activity, and discusses many legal challenges which this new frontier brings.

Key words: *damage, Internet, hosting contract, exclusion of liability, users.*

⁶⁹ Michael L. Rustad, Thomas Koenig, *op.cit.* стр. 412.

