

КОНЦЕПТ ПОСРЕДНЕ ОДГОВОРНОСТИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОСРЕДНУ ОДГОВОРНОСТ У ОНЛАЈН ОКРУЖЕЊУ

Проф. др Јелена Ђеранић Перишић¹

Апстракт: Концепт посредне одговорности дефинисан је на различите начине у упоредном праву. Главну линију поделе представља Атлански океан, у смислу да су посредна одговорност и искључење одговорности на потпуно другачији начин уређени у праву Сједињених Америчких Држава и праву Европске уније. Упркос термилошким различитостима у упоредном праву, суштина концепта посредне (секундарне, индиректне) одговорности огледа се у томе да се тужени сматра одговорним за повреду коју је проузроковало погрешно понашање треће стране. Дакле, одговорност је деривативне природе. У раду је разматрано како теоријско упориште концепта посредне одговорности, тако и практична решења у вези са посредном одговорношћу, са акцентом на посредну одговорност у онлајн окружењу, тј. одговорност интернет посредника. Најпре су представљена два теоријска приступа посредној одговорности – позитивни (стандарди за успостављање посредне одговорности) и негативни приступ (одредбе о искључењу одговорности – режим тзв. „сигурних лука“). Након тога је размотрен правни оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама, са фокусом на стандард посредне одговорности који је резултат судске праксе. Напоследку је анализиран правни оквир посредне одговорности у Европској унији. Посебна пажња посвећена је Директиви о електронској трговини.

¹ Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон“, Бања Лука.

Кључне речи: посредна одговорност, онлајн окружење, интернет посредник, упоредно право, режим „сигурних лука”.

1. Уводне напомене

Израз секундарна одговорност (енг. *secondary liability*) води порекло из америчког права и може се посматрати као тзв. „кишобран термина” (енг. *umbrella term*) у том смислу што обухвата неколико различитих врста тужби. У данашње време овај израз употребљава се и ван Сједињених Америчких Држава. Ипак, у упоредноправним анализама проузрокује термилошке потешкоће. Наиме, у неким земљама значење израза секундарна одговорност подразумева одговорност за понашање које пак у другим земљама представља одговорност за непосредне, тј. директне, примарне повреде.²

Секундарна одговорност може се заснивати на учешћу (енг. *contributory liability*) или на односу (енг. *vicarious liability*). Другим речима, постоје два пута, два начина да се докаже секундарна одговорност.³

Одговорност заснована на учешћу подразумева да је секундарно тужени проузроковао повреду примарног починиоца или јој је допринео или је повреду примарног починиоца олакшао (енг. *contributory liability*). Такав тип тужбе почива на нивоу знања туженог у вези са повредом и на мери у којој је тужени активно допринео доношењу повреде која може бити предмет тужбе за индиректну, тј. примарну одговорност.⁴

Алтернативно, секундарна одговорност (посредна/индиректна) може постојати и у оним ситуацијама када тужени има користи од повреде и довољно је у блиској вези са примарним учиниоцем да ће их закон третирати као једног истог, често зато што је однос довољно близак да је посредник могао да спречи примарни незаконити акт повреде (енг. *vicarious liability*).⁵

² G. Dinwoodie, „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 8.

³ K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 71.

⁴ G. Dinwoodie (2017), 9.

⁵ *Ibid.*

Оба концепта секундарне (посредне/индиректне) одговорности имају исту суштину која се огледа у томе да се тужени сматра одговорним за повреду коју је проузроковало погрешно понашање треће стране. Дакле, одговорност је деривативне природе. Ова карактеристика секундарне одговорности превасходно се уочава у земљама англосаксонске правне традиције (*common law*). Међутим, и неке земље континенталне правне традиције прихватиле су дефиниције које акцентују деривативну, тј. индиректу, природу секундарне одговорности. Разлог за то може бити тај што формално таква одговорност често проистиче из одредби о „заједничкој одговорности”, чиме се секундарна одговорност туженог повезује са примарним актом повреде. У пракси се те одредбе примењују тако што се наглашавају исти елементи који се у земљама англосаксонске правне традиције карактеришу као *contributory liability*.⁶

Међутим, занимљиво је да ни у земљама које инсистирају на деривативној природи секундарне одговорности није увек неопходно да се докаже примарна повреда. Упркос чињеници да је свака секундарна одговорност деривативна из примарне одговорности, концепт секундарне одговорности заправо уопште не имплицира навођење, нити утврђивање нечије примарне одговорности.⁷

У упоредном праву, национални судови појединих земаља третирају оно што се у земљама англосаксонске традиције сматра „секундарном одговорношћу” као непосредну/директну одговорност на основу кривичног права за пропуст у вођењу пословања на посебан начин, или пропуст у предузимању одређених разумних мера превенције. Ипак, исход оваквих концептуално различитих приступа не мора се много разликовати у конкретним случајевима. Одговорност која произилази непосредно из грешке/пропушта у вођењу пословања на посебан начин, или пропуштања у предузимању одређених разумних мера превенције, може водити ка тужби због повреде кривичног права или нелојалне конкуренције.⁸ Такви пропусти могу бити релевантни и за питања знања и нивоа доприноса, који редовно води ка деривативним тужбама у погледу секундарне одговорности.⁹

⁶ *Ibid.*

⁷ J. Riordan, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.

⁸ G. Dinwoodie (2017), 12–13.

⁹ S. L. Dogan, „Principal Standards vs. Boundless Discernment: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online”, *37 Columbia Journal of Law & The Arts*, 2014, 509.

Иначе, термини секундарна одговорност, индиректна одговорност и посредна одговорност, у овом раду, користе се као синоними.

За анализу посредне одговорности у онлајн окружењу неопходно је појаснити и појам и улогу интернет посредника (пружаоца интернет услуга). Пружаоци интернет услуга (интернет посредници, интернет провајдери, онлајн пружаоци услуга) баве се посредовањем у онлајн окружењу, на интернету, у оквиру своје делатности. Услуга коју они обезбеђују по правилу је комерцијална. Из тога произилази да је њихов интерес у интернет комуникацији брз и интензиван проток информација између клијената (корисника).¹⁰

У онлајн окружењу најчешће долази до повреде права интелектуалне својине. Интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом права интелектуалне својине. Када то јесте случај, они одговарају по општим правилима одговорности. Проблем се, међутим, јавља у оним ситуацијама, штавише претежним, када је интернет посредник својом услугом омогућио повреду права интелектуалне својине. Интернет посредници продају корисницима приступ и простор на интернет серверима како би ови могли да понуде своју робу и услуге на интернету.¹¹ Другим речима, интернет посредници практично омогућавају постављање недозвољеног садржаја и његовог дељења на интернету, што их чини учесницама у овом процесу, те пружа основ за њихову посредну одговорност.¹²

Сваки акт повреде права укључује постојање штетника и лица чија су права повређена (оштећеног). Ово правило није у основи другачије ни у случају повреде права интелектуалне својине на интернету. Међутим, пренос комуникација и садржаја се увек врши уз помоћ интернет посредника. Стога повреда права на интернету не може настати без нехотичног или намерног учешћа интернет посредника као субјеката који омогућавају комуникацију и проток садржаја, а самим тим и настанак повреде.¹³

¹⁰ Ј. Ђеранић Перишић, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 15.

¹¹ М. Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и праву суседних држава”, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 116.

¹² Ј. Ђеранић Перишић, 15.

¹³ А. Радоњанин, „Примена правила одговорности хост провајдера: искуство носиоца

У раду су најпре представљена два приступа посредној одговорности – позитивни и негативни приступ. Након тога је размотрен правни оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама, са акцентом на стандард посредне одговорности који је резултат судске праксе. Напоследку је анализиран правни оквир посредне одговорности у Европској унији. Посебна пажња посвећена је Директиви о електронској трговини.

2. Два приступа посредној одговорности

Сама природа онлајн окружења и интернета уопште утицала је на повећање броја тужби за секундарну (посредну) одговорност интернет посредника. Ипак, стандарди на основу којих се онлајн пружалац услуга сматра одговорним за понашање треће стране донекле су у упоредном праву и даље нејасни. Иако се може констатовати да је оваква, нејасна ситуација узрокована доктринарном различитошћу у погледу концепта посредне одговорности на међународном нивоу, неајсноће, а самим тим и (правна) несигурност постоје и унутар јединствених правних поредака или између хармонизованих правних система. Потешкоће у изналажењу јасног и јединственог концепта посредне одговорности произилазе из брзих промена у онлајн окружењу и различите природе онлајн посредника.¹⁴

Услови одговорности онлајн пружалаца услуга (интернет посредника) за погрешно понашање трећих лица развијали су се на два различита колосека, што не искључује њихову повезаност.

С једне стране, судови су примењивали принципе за успостављање посредне одговорности из националног приватног права на нове посреднике који раде у онлајн окружењу, по аналогiji са офлајн светом или позивајући се на широка политичка разматрања.¹⁵ Овај колосек могао би се окарактерисати као позитивни приступ дефинисању посредне одговорности.

С друге стране, приступ, који се одрђеује као негативан, резултат је настојања из потпуно другог смера, другим речима, подразумева дефинисање услова за искључење одговорности онлајн пружаоца услуга, тј.

права из Србије”, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 168.

¹⁴ G. Dinwoodie (2017), 18–19.

¹⁵ *Ibid.*, 19.

услова под којима ће уживати имунитет. У оквиру овог приступа, судови се превасходно фокусирају на то да ли посредник испуњава низ законом предвиђених услова како би могао да ужива искључење, а не на то да ли је његово понашање такво да заправо представља повреду (или да ли је веза између посредника и примарног учиниоца довољно блиска) како би се проширила одговорност. Други приступ је доминантнији у дефинисању одговорности онлајн пружаоца услуга. Објашњење за то могло би се потражити у чињеници да су статути који предвиђају искључење одговорности за онлајн пружаоце услуга настали одмах након комерцијалне експлоатације интернета и најчешће су израз законодавне одлуке баш у вези са пружаоцем интернет услуга.¹⁶

Стандарди за успостављање одговорности онлајн пружалаца услуга могу да се развију, као што је већ било речи, на два колосека, позитивно и негативно. Ипак постоји много већа законодавна активност која произилази из негативног приступа дефинисању зона искључења одговорности, а то може утицати на правни карактер стандарда. Законски услови за искључење одговорности (посебно ако су детаљни) функционишу у ствари као облик пословне регулативе за онлајн пружаоце услуга.¹⁷

2. 1. Позитивни приступ: стандарди за успостављање посредне одговорности

Стандарди за успостављање посредне одговорности, тачније стандарди на основу којих ће онлајн посредници бити одговорни за повреде које су учинила трећа лица, корисници њихових онлајн платформи, претежно су резултат судске праксе. Ипак, законодавна активност у упоредном праву у вези са успостављањем стандарда посредне одговорности веома је скромна.

У земљама англосаксонске правне традиције (пре свега Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству), веома је тешко задовољити стандарде за успостављање посредне одговорности. Ти стандарди засновани су превасходно на критеријумима понашања и знања и произилазе из судске праксе. Они су успостављени за онлајн пружаоце услуга по аналогiji са офлајн светом. Истина је да их није немогуће задовољити, али предмети у којима су успешно потврђени су

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

они у којима је очигледно да постоји погрешно понашање интернет посредника.¹⁸

У ситуацијама када роба или услуга може да се користи и у законите и у незаконите сврхе, а трећа страна је користи за незаконите циљеве, пружаоци услуга у онлајн окружењу обично нису посредно одговорни. У упоредном праву, већина земаља одбацује стандард на основу кога би се од посредника очекивало да надзире активности својих корисника и тако осигура да не дође до повреде права. Овај принцип уткан је и у законодавства већине земаља, али му је судска пракса посебно дала на значају.¹⁹

Дакле, само знање достављача опреме или услуга (посредника), које он може искористити да се укључи у незаконито понашање, не имплицира да ће тужилац имати успеха у судском спору, чак ни онда када се то знање достављача опреме или услуга комбинује са доказима да је он заправо олакшао повреду. Чињеница да су судови у земљама англосаксонске правне традиције инсистирали на стриктном тумачењу стања свести посредника у циљу успостављања посредне одговорности у великој мери је спречила титуларе права интелектуалне својине да у потпуности пребаце трошкове извршења на посреднике.²⁰

2. 2. *Негативни приступ: одредбе о искључењу одговорности – режим тзв. „сигурних лука”*

Дакле, законодавна активност у вези са успостављањем стандарда на основу ког ће онлајн посредници бити одговорни за секундарну повреду је оскудна у упоредном праву.

Међутим, велики број земаља определио се да иде обратним путем, тј. да усвоји одредбе о режиму сигурних лука које предвиђају у којим случајевима онлајн посредници уживају имунитет, тј. искључење одговорности.²¹ Управо захваљујући уношењу ових одредби у законодавства многих земаља, обезбеђена је, на неки начин, сигурна клима за

¹⁸ Ј. Ђеранић Перишић, 23.

¹⁹ G. Dinwoodie (2017), 20.

²⁰ *Ibid.*

²¹ „Сигурне луке” појавиле су се као резултат законских одредби, судске активности, и одређеног степена приватног наручивања (енг. *private ordering*). (G. Dinwoodie (2017), 31, fn. 148).

развој електронске трговине.²²

Данас се у упоредном праву могу уочити два приступа режиму сигурних лука. На основу првог приступа режим сигурних лука, тј. искључење одговорности онлајн пружаоца услуга регулисано је у зависности од предмета повреде, тј. од тога које је право повређено. На основу другог, тзв. хоризонталног приступа, искључење одговорности онлајн пружаоца услуга, тј. онлајн посредника, уређено је једнообразно за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника. Дакле, режим сигурних лука је идентичан независно од тога да ли радњама корисника долази до повреде ауторског права, права жига, нелојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте забрањеног материјала.²³

У упоредном праву питање искључења одговорности није регулисано на униформан начин. Главну линију поделе представља Атлански океан, у смислу да је режим сигурних лука успостављен на различит начин у Сједињеним Америчким Државама и Европској унији.

3. Правни оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама

У Сједињеним Америчким Државама режим посредне одговорности и искључење посредне одговорности зависе од тога које је право интелектуалне својине повређено. Одговорност за повреде ауторског права регулисана је Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму из 1998. године (*Digital Milenium Copyright Acta – DMCA*). Посредна одговорност и искључење посредне одговорности пружалаца услуга у онлајн окружењу у свим другим областима регулисано је Законом о пристојности комуникација из 1996. године (*Communications Decency Act – CDA*).²⁴

Режим сигурних лука у погледу тужби у вези са жигом заштићеним ознакама не постоји у САД. Одговорност посредника за повреду жигом заштићене ознаке у онлајн окружењу је дефинисана позитивним стандардима који су резултат судске праксе.

²² G. Dinwoodie (2017), 20.

²³ J. Перанић Перишић, 24.

²⁴ M. Peguera, „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009, 481–512; M. A. Lemley „Rationalizing Internet Safe Harbours”, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101–119.

Стандард за успостављање посредне одговорности је у Сједињеним Америчким Државама установио Врховни суд 1982. године у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*²⁵ У погледу меритума спора, тужени произвођач лекова продао је апотекама лекове који изгледају као генерички, а неке од тих апотека су даље продавале тај исти лек представљајући га као брендиран. Тужилац је произвођача лекова тужио за посредну повреду жигом заштићене ознаке. Врховни суд САД заузео је следећи став: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету преваром.

Према томе, на основу „Inwood” теста постоје две ситуације када се може установити посредна одговорност: 1) намерно навођење; и 2) наставак снабдевања уз знање о повреди.²⁶

Пре него што је донета пресуда у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*, да би се утврдила посредна одговорност, било је потребно „стварно знање” да други користи производ у циљу повреде. Након доношења поменуте пресуде, критеријум знања за успостављање посредне одговорности подразумева да посредник зна или пак има основа да зна да је укључен у повреду жига. Дакле, ова пресуда имплицира да и нешто мање од стварног знања јесте довољно да се установи посредна одговорност. Наиме, чињеница да посредник има основа да зна да је укључен у повреду жига довољна је за успостављање његове посредне одговорности.²⁷

4. Правни оквир посредне одговорности у Европској унији

Правни оквир посредне одговорности у Европској унији може бити представљен метафорично као мозаик који чине одредбе права Европске уније и националних законодавстава држава чланица ЕУ, као и судска пракса Европског суда правде и националних судова држава чланица ЕУ.

²⁵ Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

²⁶ G. Dinwoodie „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape”, 37 *Columbia Journal of Law & Arts*, 2014, 472.

²⁷ E. K. Levin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay”, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

Што се тиче права ЕУ, крвни акт у овој материји је Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта.²⁸ Упркос томе што ова директива за многа питања упућује на национална законодавства држава чланица ЕУ, режим „сигурних лука”, тачније искључење одговорности пружалаца услуга у онлајн окружењу (интернет посредника) за посредну повреду уређен је јединствен, униформан начин унутар ЕУ.

Захваљујући одредбама о режиму сигурних лука премошћене су термилошке и концепцијске различитости између посредне (секундарне) одговорности на нивоу самих држава чланица ЕУ. Ипак, приступи посредној одговорности унутар Европске уније нису хармонизовани јер постоје варијације у погледу имплементације ових одредби на националном нивоу. Упркос томе, услови по којима посредници у онлајн окружењу уживају имунитет од одговорности јесу хармонизовани на нивоу ЕУ.²⁹

4. 1. Директива о електронској трговини

У редовима који следе биће размотрене основне карактеристике Директиве о електронској трговини, а то су хоризонтални приступ и одредбе у вези са режимом „сигурних лука” – искључење одговорности пружаоца услуге у онлајн окружењу.

4. 1. 1. Хоризонтални приступ

Што се тиче искључења одговорности пружаоца услуга у онлајн окружењу, интернет посредника, Европска унија се одлучила за тзв. хоризонтални приступ. Овакав приступ подразумева успостављање режима „сигурних лука” тако да је њиме обухваћено искључење одговорности интернет посредника за постављање било које врсте незаконитог садржаја од стране корисника, независно од тога да ли радњама трећих лица долази до повреде ауторског права, права жига, клеветања, нелојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте недозвољеног материјала.

²⁸ Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. 178 (даље: Директива о електронској трговини).

²⁹ G. Dinwoodie (2017), 34–35.

Упориште за овакав приступ европски законодавац налази у томе што пружалац услуга спроводи исту техничку радњу – било да се бави услугом обичног посредовања, *catching* или *hosting* услугом³⁰ у вези са садржајем треће стране – независно од врсте садржаја која је у питању. Будући да посредник изводи исту техничку радњу и потпуно је неутралан и пасиван у односу на садржај, Европска унија сматрала је да би требало успоставити сет правила исти за све области.³¹

Како је у току припремне фазе рада на Директиви о електронској трговини одлучено је да ће питање одговорности интернет посредника бити уређено на тзв. хоризонталан начин, у тренутку када је отворена расправа о Директиви о ауторском праву, уопште се није дискутовало о посредној одговорности и одговорности интернет посредника. Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 о ауторском праву у информационом друштву³² не уређује питање одговорности интернет посредника, већ упућује на Директиву о електронској трговини.

Одговорност за активности у електронском окружењу не односи се само на ауторско право и сродна права, већ и на остале области, као што су клеветање, преварно оглашавање или повреда жига, и успостављена је хоризонтално у Директиви о електронској трговини, која појашњава и хармонизује различита правна питања у вези са услугама информационог друштва, укључујући и електронску трговину.³³

Директива о ауторском праву у информационом друштву измењена је и допуњена Директивом (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту, којом се мењају и допуњују Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 1001/29.³⁴ Државама чланицама ЕУ био је остављен рок од две године да одредбе нове директиве имплементирају у своја национална зако-

³⁰ М. Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији”, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 11–12.

³¹ Е. Crabit, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée”, *Revue du Droit d'Union Européenne*, 4/200, 749.

³² Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 167.

³³ Тачка 16 Преамбуле Директиве о ауторском праву.

³⁴ Директива (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту којом се мења и допуњава Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 2001/29, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 130 (даље: Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту).

нодавства. Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту предвиђа случајеве у којима се неће примењивати одредбе о „сигурним лукама” из члана 14, став 1 Директиве о електронској трговини.³⁵ Међутим, у следећој тачки прописује да се на све остале случајеве, који нису изричито поменути у претходној тачки, примењује члан. 14, став 1 Директиве о електронској трговини.³⁶ Према томе, начелно се и даље примењује хоризонтални приступ у погледу режима „сигурних лука”, тј. искључења одговорности интернет посредника за повреде које учине трећа лица, предвиђен Директивом о електронској трговини.

Опредељење за хоризонтални приступ приликом успостављања режима „сигурних лука” било је од самог почетка предмет оштрих критика дела научне и стручне јавности. Критичари су се претежно позивали на правни оквир одговорности у САД где одговорност интернет посредника за радње трећих лица, корисника њихових услуга, подлеже потпуно различитим критеријумима, у зависности од тога да ли одговорност проистиче из повреде ауторског права, права жига или неког другог права.³⁷

4.1.2. Искључење одговорности пружаоца услуге – режим „сигурних лука”

Одељак IV Директиве о електронској трговини посвећен је одговорности пружалаца услуга посредовања и предвиђа услове које он мора испунити да би могао да ужива имунитет, тј. искључење одговорности (режим „сигурних лука”). Обим уздржавања који искључује одговорност зависи од врсте интернет услуге. Директива о електронској трговини прописује различите услове за пружаоце услуга обичног посредовања,³⁸ пружаоце *caching usluga*³⁹ и пружаоце *hosting* услуга.⁴⁰ С обзиром на тему овог рада, посебна пажња посвећена је одредба у вези са искључењем одговорности пружаоца *hosting* услуга, тј. члану 14 Директиве.

³⁵ Чл. 17, ст. 3, тач. 1 Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту.

³⁶ Чл. 17, ст. 3, тач. 2 Директиве о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту

³⁷ М. Peguera.

³⁸ Чл. 12 Директиве о електронској трговини.

³⁹ Чл. 13 Директиве о електронској трговини.

⁴⁰ Чл. 14 Директиве о електронској трговини.

У погледу услуге хостинга, Директива прописује да када се пружена услуга информационог друштва састоји од похрањивања информација добијених од корисника услуге, државе чланице ЕУ морају осигурати да пружалац услуге није одговоран за информације похрањене на захтев корисника услуге, под условом да пружалац:

- 1) нема стварно знање о незаконитој активности или информацији, и у погледу захтева за накнаду штете, не зна за чињенице или околности из којих би незаконите радње или информације биле очигледне; или
- 2) пошто је сазнао или постао свестан постојања незаконите активности или информације, хитно реагује како би уклонио или онемогућио приступ информацијама.⁴¹

Став 1 се не примењује када прималац услуге делује под надлежношћу или контролом пружаоца услуге.⁴²

Овај члан не утиче на могућност да суд или орган управе, у складу са правним системом државе чланице, од пружаоца захтева окончање или спречавање повреде и не утиче на могућност да држава чланица утврди поступке којима се уређује уклањање или онемогућавање приступа информацијама.⁴³

Дакле, Директива о електронској трговини предвиђа искључење и грађанскоправне и кривичноправне одговорности провајдера. Ограничења одговорности предвиђена Директивом успостављена су на хоризонталан начин, те покривају одговорност, и грађанску и кривичну, за све врсте незаконитих радњи које су иницирале треће стране.⁴⁴ Ипак, Директива предвиђа два различита захтева у погледу степена знања потребног за тужбу за кривичну одговорност и за тужбу за накнаду штете.⁴⁵

У погледу грађанскоправне одговорности, пружалац услуге биће ослобођен од одговорности за накнаду штете под условом да није знао или није имао основа да зна за незакониту радњу или информацију и да није имао свест о чињеницама или околностима које говоре о томе да је незаконита радња или информација била очигледна.⁴⁶

⁴¹ Чл. 14, ст. 1 Директиве о електронској трговини.

⁴² Чл. 14, ст. 2 Директиве о електронској трговини.

⁴³ Чл. 14, ст. 3 Директиве о електронској трговини.

⁴⁴ Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003).

⁴⁵ M. Peguera, 488.

⁴⁶ Чл. 14, ст. 1, тач. а) Директиве о електронској трговини.

Што се тиче кривичноправне одговорности, чини се да језичко тумачење Директиве указује на то да чак и онда када пружалац услуге има одређени степен свести (у смислу да је познавао чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне), режим „сигурних лука” ће га и даље штитити од кривичноправне одговорности, све док му, условно речено, недостаје стварно знање.⁴⁷

Према томе, дисквалификација из режима „сигурних лука” у погледу грађанскоправне одговорности много је једноставнија у односу на кривичноправну одговорност. У сваком случају, пружалац услуге и даље ће уживати имунитет уколико хитно уклони информацију пошто је за њу сазнао или је ње постао свестан.⁴⁸

Иако су све државе чланице ЕУ готово дословно транспоновале одредбе Директиве о електронској трговини у национална законодавства, њихова неуједначена интерпретација у судској пракси указује на мањкавости решења у вези са одговорношћу интернет посредника.

5. Закључни осврт

Упоредноправна анализа режима посредне одговорности указује на одсуство хармонизације националних и међународних приступа посредној одговорности у онлајн окружењу. Уочава се јасна атлантска подела, у смислу разлика између приступа који су усвојили судови Сједињених Америчких Држава и приступа коме су се приклонили европски судови. Осим тога, унутар саме Европске уније судска пракса држава чланица није уједначена. Недостатак хармонизације у овој материји није отклоњен међународним правом, схваћеним у смислу међународних правно обавезујућих извора (тзв. тврдо међународно право), док тзв. меко међународно право нуди одређена, солидно ефикасна решења у погледу хармонизације режима посредне одговорности у онлајн окружењу.

Дакле, јасно да би режим посредне одговорности требало реформисати и то на два нивоа. С једне стране требало би спровести идентичне реформске мере у свим правним системима. У упоредном праву постоји општа сагласност да решење уочених проблема ни у ком случају не би требало тражити на терену појачања одговорности интернет

⁴⁷ Ј. Перанић Перишић, 88.

⁴⁸ Ј. Перанић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ”, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Унивезитета у Београду, Београд 2018, 49.

посредника. Очигледно је, ипак, да његова улога мора бити редефинирана. С друге стране, требало би спровести и реформе на америчкој, европској, националној и међународној равни сходно специфичности-ма постојећих режима посредне одговорности у САД, ЕУ, националним правима и уопште међународном праву.

Осим тога, упоредноправна анализа законодавних оквира и судске праксе у вези са режимом посредне одговорности интернет посредника указује да у правним и политичким сукобљавањима између титулара права интелектуалне својине и онлајн посредника, интереси самих потрошача као да су занемарени. Стога би један од аспеката реформи морао бити посвећен бољој заштити интереса потрошача.⁴⁹

Литература:

- Crabit, Emmanuel, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée”, *Revue du Droit d’Union Européenne*, 4/200, 749–833.
- Dinwoodie B., Graeme, „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape”, *37 Columbia Journal of Law & Arts*, 2014, 468–469.
- Dinwoodie B., Graeme, „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 1–72.
- Dogan L., Stacey, „Principal Standards vs. Boundless Discertion: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online”, *37 Columbia Journal of Law & The Arts*, 2014, 503–523.
- Lemley A., Mark „Rationalizing Internet Safe Harbours”, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101–119.
- Levin K., Elizabeth, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay”, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 503–523.
- Peguera, Miquel, „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law and the Art*, 32/2009, 481–512.
- Радоњанин, Андреа, „Примена правила одговорности хост провајдера: искуство носиоца права из Србије”, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 165–186.

⁴⁹ Ј. Ђеранић Перишић, 164–165.

- Рељановић, Марио „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектулане својине у праву Србије и праву суседних држава”, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 115–137.
- Рељановић, Марио, „Одговорност хостинг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији”, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 11–29.
- Riordan, Jaani, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.
- Saunders M., Kurt, Berger-Walliser Gerlinde, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 36–91.
- Ђеранић, Јелена, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ”, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 37–52.
- Ђеранић Перишић, Јелена, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд 2020.

Прави извори:

- Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).
- Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. 178.
- Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 167.
- Директива (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту којом се мења и допуњава Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 2001/29, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 130.
- Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003).

Prof. Jelena Ceranic Perisic, Ph.D⁵⁰

**THE CONCEPT OF SECONDARY LIABILITY – WITH THE
SPECIAL REFERENCE TO SECONDARY LIABILITY IN THE
ONLINE ENVIRONMENT**

Summary: *The concept of secondary liability is defined in various ways in comparative law. The main dividing line is represented by the Atlantic Ocean, in the sense that secondary liability and liability exclusion are regulated in completely different ways in the law of the United States and the law of the European Union. Despite terminological differences in comparative law, the essence of the concept of secondary (intermediary, indirect) liability lies in holding the defendant responsible for the infringement caused by the wrongful conduct of a third party. Therefore, liability is derivative in nature. The study examines both the theoretical foundations of secondary liability and practical solutions related to secondary liability, with a focus on secondary liability in the online environment, i.e., the liability of internet intermediaries. Initially, two theoretical approaches to secondary liability are presented – the positive (secondary liability standards) and negative approaches (provisions on liability exclusion – safe harbors regime). Subsequently, the legal framework of secondary liability in the United States is considered, with a focus on the standard of secondary liability resulting from the case law. Finally, the legal framework of secondary liability in the European Union is analyzed. Special attention is given to the Directive on electronic commerce.*

Keywords: *secondary liability, online environment, internet intermediary, comparative law, safe harbors regime.*

⁵⁰ Associate Professor, Faculty of Legal Sciences, University “Apeiron”, Banja Luka.