

ODGOVORNOST HOSTING PROVAJDERA ZA POVREDU ŽIGA – PRAVNI OKVIR I PRAKSA U REPUBLICI SRBIJI

Rezime: *Položaj hosting provajdera, kao lica koja omogućavaju korisnicima da u elektronskoj formi skladište podatke u prostoru koji im u tu svrhu stave na raspolaganje uz naknadu, regulisan je propisima Republike Srbije. Odgovornost hosting provajdera za štetu koja nastane povredom autorskog ili srodnih prava delovanjem lica koje je u ustupljeni prostor pohranilo neke nezakonite podatke u elektronskoj formi, nije međutim uvek najjasnije određena. Analiza predstavlja pokušaj da se iz postojećeg pravnog okvira izvede pravni položaj hosting provajdera u specifičnim slučajevima povrede žiga. Povreda žiga nikada nije cilj sam po sebi, već je po pravilu deo širih aktivnosti lica na dovođenju u zabludu kupaca, odnosno korisnika usluga. Ova činjenica situaciju u kojoj se vređa žig čini donekle specifičnom, u odnosu na druge povrede autorskog prava i prava industrijske svojine. Analiza prati tumačenje relevantnih propisa, ali i siromašnu i posrednu sudsku praksu kada je reč o povredi žiga u elektronskoj formi, odnosno putem nuđenja ili reklamiranja krivotvorene robe na Internetu. Koristeći nalaze prethodnih analiza pravnog položaja hosting provajdera, dolazi se do okvira njihovog ponašanja, obaveza i odgovornosti u ovakvm slučajevima kršenja zakona.*

Ključne reči: *Žig. - Prava intelektualne svojine. - Hosting provajderi. - Elektronska trgovina. - Elektronske komunikacije.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Nosilac žiga izdvaja svoje proizvode u vizuelnom smislu od sličnih proizvoda konkurencije na tržištu. Otuda je žigom zaštićena oznaka onaj segment koji kod potrošača obično stvara početni utisak o nekom proizvodu, i to utisak koji je vezan kako za subjektivne elemente odlučivanja o kupovini proizvoda ili usluga (reklame, prethono iskustvo sa istim proizvođačem, odnos prema potrošačima) tako i za objektivne elemente (dužina i intenzitet prisutnosti na tržištu, analiza kvaliteta proizvoda ili usluga). Oznaka dakle otkriva dosta o proizvodu ili usluzi već na prvi pogled, i po tome se smatra jednim od najznačajnijih elemenata dizajna robe.

Isto se može reći i za elektronsku trgovinu, odnosno predstavljanje žigom zaštićene oznake u elektronskoj formi. U ovom slučaju oznaka ima i još značajniju ulogu, budući da se radi o kupovini proizvoda koje potrošači ne mogu lično videti i isprobati njihovo funkcionisanje. Iza upotrebe žiga se dakle nalaze i odnos poverenja i pretpostavka kvaliteta, koji su od strane nosioca žiga pažljivo građeni usvajanjem određenih koncepata i standarda poslovanja i plasiranja proizvoda i usluga, kao i tradicije kvaliteta.

Otuda je svakom proizvođaču, odnosno zakonitom korisniku određene žigom zaštićene oznake, od izuzetne važnosti da se zaštiti od njenog neovlašćenog korišćenja. Fenomen

neovlašćene upotrebe oznake nije novost i postojao je mnogo pre dinamičnog razvoja elektronskih komunikacija i elektronske trgovine. Ovakve radnje su kažnjive i pravni okvir država nesumnjivo štiti pravo na korišćenje žiga, kako kroz građanskopravne postupke, tako i putem prekršaja i krivičnopravne zaštite.

Razvojem elektronske trgovine se međutim razvija i uloga treće strane u postupku korišćenja žiga na Internetu, hosting provajdera. „Hosting podrazumeva uslugu skladištenja podataka u elektronskoj formi. Hosting provajder iznajmljuje određeni elektronski prostor korisniku, u koji se skladište elektronski podaci koje korisnik izabere. ... U najširem smislu, pod hostingom se podrazumeva svako iznajmljivanje prostora korisnicima na serveru provajdera, bez obzira na namenu njegovog korišćenja.“¹ Postoje različiti tipovi hostinga. Korisnik usluga može zakupiti prostor na kojem će postaviti celokupan zaokružen sadržaj – Internet sajt. Moguće je međutim hostovati i podatke koji neće biti javno dostupni svim korisnicima Interneta, kao što su serveri koji se koriste za elektronsku poštu. Relativno novi oblici hostinga se mogu sastojati iz omogućavanja širem broju korisnika da na istom Internet sajtu, odnosno drugom prostoru, pohrane neke svoje sadržaje, praktično stvarajući deo materijala iz kojeg je celokupan sadržaj koji se hostuje sačinjen. Na ovaj način funkcionišu društvene mreže, poput Fejsbuka, ali i YouTube, i drugi sajtovi za deljenje sadržaja. U ovu grupu spadaju i sadržaji na kojima može doći do masovnog kršenja autorskog prava i prava intelektualne svojine, kao što su sajtovi za onlajn prodaju stvari, ili korisnički programi ili sajtovi koji omogućavaju preuzimanje sadržaja zaštićenih autorskim pravom. Sasvim je izvesno da položaj hosting provajdera može u pogledu svih navedenih oblika biti krajnje raznovrstan. Stoga je od velike važnosti ustanoviti da li je moguće odrediti osnovna i okvirna opšta prava, obaveze i odgovornosti hosting provajdera, kada je reč o kršenju prava na žig putem elektronskih komunikacija.

Analiza koja sledi oslanja se u velikoj meri na prethodna objavljena istraživanja koja obuhvataju pitanja položaja hosting provajdera u odnosu na različite aspekte autorskog prava i prava intelektualne svojine, i komplementarna je njihovim nalazima.² U tom kontekstu se prevashodno postavlja pitanje: da li će hosting provajder biti odgovoran za povredu prava na žig koju izvrši korisnik njegovih usluga? Nije samo reč o problemu autorskog prava i drugih prava intelektualne svojine, već je i pitanje štete koja će biti uzrokovana nosiocu žiga kroz plasiranje krivotvorenih proizvoda koji nose njegovu žigom zaštićenu oznaku ali koje on nije izradio. Da bi se ovo pitanje analiziralo, najpre je potrebno posmatrati pravni okvir žiga i njegovu zaštitu; potom se može analizirati i pozicija hosting provajdera kao i njihova eventualna odgovornost prema važećim propisima Republike Srbije.

2. OPŠTE NAPOMENE O PREDMETU, SADRŽINI I ZAŠTITI ŽIGA

Zakon o žigu definisao je pojam žiga ali i njegovu ulogu u pravnom prometu. „Žig je pravo kojim se štiti znak koji u prometu služi za razlikovanje robe, odnosno usluga jednog fizičkog ili pravnog lica od iste ili slične robe, odnosno usluga drugog fizičkog ili pravnog lica.

¹ M. Reljanović, „Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susjednih država”, u: D. Popović (ur.), *Intelektualna svojina i Internet (2016)*, Beograd, 2016, str. 116.

² M. Reljanović, „Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji“, u: D. Popović (ur.), *Intelektualna svojina i Internet*, Beograd, 2015, str. 113-137. i M. Reljanović, „Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susjednih država”, *op.cit.*, str. 115-137.

Žigom se štiti znak koji se može grafički predstaviti pod uslovom da je podoban za razlikovanje u prometu robe, odnosno usluga jednog fizičkog ili pravnog lica od robe, odnosno usluga drugog fizičkog ili pravnog lica. Znak se može sastojati od reči, slogana, slova, brojeva, slika, crteža, rasporeda boja, trodimenzionalnih oblika, kombinacija tih znakova, kao i od muzičkih fraza prikazanih notnim pismom i sl.³ Žig je dakle „naziv za subjektivno pravo industrijske svojine, koje za predmet zaštite ima oznaku (znak, marku) kojom nosilac žiga obeležava svoj proizvod ili uslugu u privrednom prometu u cilju njihovog razlikovanja od iste ili slične robe ili usluge drugog subjekta“⁴.

Nosilac žiga upisuje se u odgovarajući registar. Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije vodi Registar prijave za priznanje žiga i Registar žigova. Registar prijave sadrži: broj prijave i datum podnošenja prijave; podatke o podnosiocu prijave; izgled znaka i naznačenje roba i usluga na koje se znak odnosi; podatke o promenama koje se odnose na prijavu (prenos prava, licenca, zaloga, franšiza i dr.). Registar žigova sadrži: registarski broj žiga i datum upisa žiga u Registar žigova; podatke o nosiocu žiga; izgled znaka i naznačenje roba i usluga na koje se znak odnosi; podatke o promenama koje se odnose na žig (prenos prava, licenca, zaloga, franšiza i dr.).⁵ Na osnovu upisa u jedan ili oba registra, utvrđuju se pravo na korišćenje žiga i druga prava vezana za konkretan žig. Žig se stiče upisom u Registar žigova, a važi od datuma podnošenja prijave.⁶ Osim nacionalne registracije, žig može biti i registrovan na nadnacionalnom nivou. U tom slučaju nosilac žiga ima u Republici Srbiji ista prava kao i ukoliko je obavljena nacionalna registracija žiga.⁷

Zakon o žigu ne sadrži specifične odredbe kada je reč o objavljivanju ili korišćenju oznake u elektronskoj formi. Na ovu okolnost se primenjuju opšta zakonska rešenja. Jedino je članom 39. Zakona o žigu, reprodukcija zaštićenog znaka u rečniku, enciklopediji ili sličnom delu, izričito zaštićena i u elektronskoj formi.⁸

Registracija žiga se prema Zakonu o žigovima vrši u posebnom upravnom postupku. U prvostepenom postupku nadležan je Zavod za intelektualnu svojinu, žalba se podnosi Vladi Republike Srbije kao drugostepenom organu, a nakon završetka upravnog postupka može se pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom.⁹

Povredom žiga smatra se svako neovlašćeno korišćenje zaštićenog znaka od strane bilo kog učesnika u prometu, podražavanje zaštićenog, odnosno prijavljenog znaka, kao i dodavanje znaku reči „tip“, „način“, „po postupku“, i slično.¹⁰ U slučaju da dođe do povrede žiga, nosilac žiga može se zaštiti u parničnom, prekršajnom i krivičnom postupku.

Zakon o obligacionim odnosima propisuje da se pravo na iskorišćavanje (korišćenje) žigom zaštićene oznake ustupa ugovorom o licenci.¹¹ Ako je uz licencu za proizvodnju

³ Čl. 1. st. 2. i čl. 4. Zakona o žigovima, *Službeni glasnik RS*, broj 104/2009 i 10/2013.

⁴ S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 150.

⁵ Zakon o žigovima, čl. 8. st. 1-3.

⁶ *Ibid*, čl. 44.

⁷ *Ibid*, čl. 1. st. 3. i čl. 32.

⁸ *Ibid*, čl. 39. st. 2.

⁹ *Ibid*, čl. 7.

¹⁰ *Ibid*, čl. 72.

¹¹ Čl. 686. Zakona o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, broj 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ, broj 31/93 i Sl. list SCG, broj 1/2003 - Ustavna povelja.

ustupljena i licenca za upotrebu žiga, sticalac licence može stavljati u promet robu sa tim žigom samo ako je njen kvalitet isti kao što je kvalitet robe koju proizvodi davalac licence, a suprotan sporazum nema pravno dejstvo.¹² Iako to nije predmet ovog Zakona, sasvim je izvesno da upotreba žiga obuhvata i korišćenje žiga u elektronskom obliku radi predstavljanja, oglašavanja, odnosno prodaje robe.

Nelojalna konkurencija je, prema Zakonu o trgovini, između ostalog, i „prodaja robe sa oznakama, podacima ili oblikom, kojima se opravdano stvara zabuna kod potrošača u pogledu izvora, kvaliteta i drugih svojstava te robe“¹³ Žig može da predstavlja deo deklaracije robe¹⁴. Zabranjena je dakle upotreba žigom zaštićene oznake koja podseća na oznaku konkurentskog prodavca. Iako to nije izričito uređeno Zakonom o elektronskoj trgovini, zasigurno se može tumačiti da ove restrikcije važe i za elektronsko predstavljanje, odnosno reklamiranje robe putem elektronske komercijalne poruke.¹⁵

Tužbu zbog povrede prava može podneti nosilac žiga, podnosilac prijave, sticalac licence, korisnik kolektivnog žiga uz saglasnost nosioca kolektivnog žiga i korisnik žiga garancije uz saglasnost nosioca žiga garancije. Tužilac može tužbom da zahteva: 1) utvrđenje povrede prava; 2) prestanak povrede prava; 3) oduzimanje, isključenje iz prometa, uništenje ili preinačenje, bez naknade, predmeta kojima je izvršena povreda prava; 4) oduzimanje, isključenje iz prometa, uništenje ili preinačenje, bez naknade, alata i opreme uz pomoć kojih su proizvedeni predmeti kojima je izvršena povreda prava, ako je to neophodno za zaštitu prava; 5) naknadu štete nastale povredom prava i opravdanih troškova postupka; 6) objavljivanje presude o trošku tuženog; 7) davanje podataka o trećim licima koja su učestvovala u povredi prava. Lice koje povredi pravo odgovara za štetu po opštim propisima o naknadi štete. Ako je povreda učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom, tužilac može od tuženog, umesto naknade štete zahtevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade koju bi primio za korišćenje prava.¹⁶

Tužba zbog povrede prava može se podneti u roku od tri godine od dana kada je tužilac saznao za povredu i učinioca, a najdocije u roku od pet godina od dana kad je povreda prvi put učinjena. Postupak po tužbi je hitan, a na predlog lica koje učini verovatnim da je njegovo pravo povređeno ili da će biti povređeno, sud može da odredi privremenu meru oduzimanja ili isključenja iz prometa predmeta kojima se vrši povreda, sredstava za proizvodnju tih predmeta, odnosno meru zabrane nastavljanja započetih radnji kojima se vrši ili bi se mogla izvršiti povreda. Odluka o privremenoj meri se donosi u roku od deset dana od dana podnošenja predloga ako postoji opasnost od nastanka nenadoknadive štete na strani nosioca prava, dok žalba tužene strane ne odlaže izvršenje.¹⁷ Takođe, na predlog lica koje učini verovatnim da je njegovo pravo povređeno, ili da će biti povređeno, sud može odrediti obezbeđenje dokaza.

¹² *Ibid*, čl. 699.

¹³ Čl. 50. st. 1. t. 3) Zakona o trgovini, Sl. glasnik RS, broj 53/2010 i 10/2013.

¹⁴ *Ibid*, čl. 40. st. 4.

¹⁵ To je i potvrđeno odredbom člana 4. stav 2. Zakona o elektronskoj trgovini, kojom se elektronska trgovina definiše kroz opšti pojam trgovine, samo sa specifičnim elementom daljinske prodaje: „Elektronska trgovina robom i uslugama jeste vid daljinske trgovine u smislu zakona kojim se uređuje trgovina.“ Dalje, čl. 3. t. 8) Zakona definiše komercijalnu poruku kao „poruku u bilo kojem obliku, sačinjenu da promovise, neposredno ili posredno, robu, usluge ili ugled pravnog ili fizičkog lica koje obavlja registrovanu delatnost“. I ova poruka, kada se plasira kao usluga informatičkog društva, mora da sadrži podatke koji jasno identifikuju pošiljaoca i ne može dovoditi u zabludu primaoca – korisnika usluga (čl. 7. Zakona).

¹⁶ Čl. 73. st. 1. i čl. 73a. st. 1. i 2. Zakona o žigovima.

¹⁷ *Ibid*, čl. 74. st. 1. i 2. i čl. 75.

Privremene mere i obezbeđenje dokaza mogu se tražiti i pre podnošenja tužbe zbog povrede prava, pod uslovom da se tužba podnese u roku od 30 dana od dana donošenja rešenja o određivanju privremene mere, odnosno rešenja o određivanju obezbeđenja dokaza.¹⁸

Kada je reč o krivičnopravnoj zaštiti, Krivični zakonik (u daljem tekstu: KZ)¹⁹ izričito inkriminiše nedozvoljenu upotrebu žiga. Glava XXII KZ, Krivična dela protiv privrede, sadrži krivično delo „Neovlašćena upotreba tuđeg poslovnog imena i druge posebne oznake robe ili usluga“:

„(1) Ko se u nameri da obmane kupce ili korisnike usluga posluži tuđim poslovnim imenom, tuđom geografskom oznakom porekla, tuđim žigom ili tuđom drugom posebnom oznakom robe ili usluga ili unese pojedina obeležja ovih oznaka u svoje poslovno ime, svoju geografsku oznaku porekla, svoj žig ili u svoju drugu posebnu oznaku robe ili usluga, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine.

(2) Ko u svrhu prodaje u većoj količini ili vrednosti nabavlja, proizvodi, prerađuje, stavlja u promet, daje u zakup ili skladišti robu iz stava 1. ovog člana ili se bavi pružanjem usluga neovlašćeno koristeći tuđe oznake, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

(3) Ako je učinilac iz stava 2. ovog člana organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika ili je pribavio imovinsku korist koja prelazi iznos od milion i petsto hiljada dinara, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina.

(4) Predmeti iz st. 1. do 3. ovog člana oduzeće se.“²⁰

Ova vrsta zaštite usmerena je dakle ka neovlašćenoj trgovini, uključujući i elektronsku trgovinu. Žig je međutim zaštićen i kao intelektualna svojina. Žigom zaštićena oznaka deo je prepoznatljivog dizajna određenog proizvoda koji se stavlja u promet. Ona je u krivičnopravnom smislu zaštićena krivičnim delom „Neovlašćeno korišćenje tuđeg dizajna“:

„(1) Ko na svom proizvodu u prometu neovlašćeno upotrebi, u celosti ili delimično, tuđi prijavljeni, odnosno zaštićeni dizajn proizvoda, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine.

(2) Ko neovlašćeno objavi ili na drugi način učini dostupnim javnosti predmet prijave tuđeg dizajna pre nego što je objavljen na način utvrđen zakonom, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

(3) Proizvodi iz stava 1. ovog člana oduzeće se.“²¹

Postoji dakle potpuno uređen prostor u kojem proizvođači deluju i koriste žigom zaštićene oznake. Pravila koja su postavljena primenjuju se i u prostoru elektronskih komunikacija. U virtuelnom prostoru se, međutim, javljaju i hosting provajderi kao specifični učesnici u odnosima prodaje robe i zaštite autorskog i srodnih prava, a samim tim i u potencijalnim kršenjima zakona.

3. PRAVA I OBAVEZE HOSTING PROVAJDERA POVODOM POVREDE ŽIGA

¹⁸ *Ibid*, čl. 76. st. 1. i čl. 77. st. 1.

¹⁹ Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, broj 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

²⁰ *Ibid*, čl. 233.

²¹ *Ibid*, čl. 202.

Hosting provajderi su pružaoci usluga, u smislu Zakona o elektronskoj trgovini (u daljem tekstu: ZET): „Pružalac usluga informacionog društva je pravno lice ili preduzetnik, kao i fizičko lice koje ima svojstvo trgovca u skladu sa zakonom koji uređuje trgovinu, koje pruža usluge informacionog društva“.²² Prema ZET, odgovornost pružalaca usluga hostinga povezana je sa trajnim skladištenjem podataka:

„Pružalac usluga koji skladišti podatke pružene od strane korisnika usluga, na zahtev korisnika usluga, nije odgovoran za sadržaj skladištenog podatka, ako: 1) nije znao niti je mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podatka; 2) odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućí pristup tom podatku.

Određba stava 1. ovog člana ne primenjuje se u slučajevima kada je korisnik usluga lice zavisno na bilo koji način od pružaoca usluga (povezana privredna društva u smislu zakona kojim se uređuje položaj privrednih društava).“²³

ZET reguliše i slučaj da kao nedozvoljena sadržina postoje linkovi ka drugim internet sajtovima na kojima se krše prava:

„Pružalac usluga koji posredstvom elektronskog upućivanja omogućí pristup podacima drugog pružaoca usluga, nije odgovoran za te informacije, ako: 1) nije znao niti je mogao znati za nedopušteno delovanje korisnika usluga ili za sadržaj podataka u tim informacijama; 2) odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku ukloni ili onemogućí pristup podacima.“

U oba slučaja su dakle predviđene iste aktivnosti hosting provajdera. Važan za analizu položaja provajdera je i član 20. ZET:

„Prilikom pružanja usluga informacionog društva, pružalac usluga nije dužan da pregleda podatke koje je skladištio, preneo ili učinio dostupnim, odnosno da ispituje okolnosti koje bi upućivale na nedopušteno delovanje korisnika usluga.

Pružalac usluga mora da obavesti nadležni državni organ ako osnovano sumnja da: 1) korišćenjem njegove usluge korisnik usluga preuzima nedopuštene aktivnosti; 2) je korisnik njegove usluge pružio nedopušteni podatak.

Pružalac usluga dužan je da na osnovu odgovarajućeg sudskog, odnosno upravnog akta, predoči sve podatke na osnovu kojih se može preduzeti otkrivanje ili gonjenje počinitelaca krivičnih dela, odnosno zaštita prava trećih lica.

Obaveštenje o nedopuštenom delovanju ili podatku na osnovu kojeg pružalac usluga postupa u smislu člana 18. stav 1. tačka 2) i člana 19. stav 1. tačka 2) ovog zakona, mora da sadrži podatke o pošiljaocu obaveštenja, preciznom opisu mesta na internet stranici, odnosno drugom elektronskom prikazu na kojem se javlja nedopušteni podatak, kao i obrazloženje nedopuštenosti.“

ZET dakle nedvosmisleno predviđa aktivnu ulogu hosting provajdera ali isključivo kao oblik reakcije na postavljeni nedozvoljeni sadržaj, uključujući i povredu prava na žig. Preventivne aktivnosti mogu postojati kroz ukazivanje korisnicima hosting usluga na to šta bi bili nedozvoljeni sadržaji pri samom potpisivanju ugovora o hostingu ili sličnog ugovora ali se od provajdera ne traži prethodna kontrola sadržaja, kao ni kontrola postavljenog sadržaja neposredno nakon njegovog pohranjivanja. Tek ukoliko sam provajder kroz redovne aktivnosti dođe do informacija da je neki od postavljenih sadržaja nelegalan, odnosno da se njime krše propisi, od provajdera se traži konkretno i efikasno delovanje - odmah nakon saznanja da se radi o nedopuštenom delovanju ili podatku, provajder je dužan da isti ukloni ili onemogućí pristup

²² Čl. 3, t. 4) Zakona o elektronskoj trgovini, Sl. glasnik RS, broj 41/2009 i 95/2013.

²³ *Ibid*, čl. 18.

podacima, kao i da obavesti nadležni državni organ o saznanjima koje poseduje o kršenju zakona. Isto će se dogoditi u slučaju da upozorenje o nelegalnoj aktivnosti dođe od strane nosioca prava, trećih lica, ili državnog organa. Pri tome valja naglasiti da se na osnovu citiranih normi može osnovano zaključiti da građanskopravna odgovornost provajdera za štetu koja nastane nedozvoljenim aktivnostima korisnika usluga zavisi pre svega od krivice, budući da su druge okolnosti potpuno jasne (oštećeno lice će u postupku pokazati da li je nastala šteta i koliki je njen iznos, dok su radnja provajdera i uzročna veza između radnje i nastanka štete sasvim jasno određeni delatnošću provajdera). Odredbe ZET se mogu tumačiti tako da provajder neće odgovarati za običnu nepažnju, dok će biti odgovoran za štetu nastalu usled namere ili krajnje nepažnje. Dok je namera sasvim jasna u smislu saznanja za nelegalni sadržaj korisnika usluga koji je pohranjen i podržavanja takvog ponašanja, krajnja nepažnja će se verovatno kao pravni standard iskristalisati u budućoj praksi primene ovog pravila. Može se zamisliti da će krajnja nepažnja postojati ukoliko na primer provajder bude upozoren na nelegalne aktivnosti korisnika usluga od strane trećeg lica (bez obzira da li je u pitanju oštećeni ili neko drugo lice) a tome ne posveti dovoljnu pažnju, ili ne uopšte ne posveti pažnju kako bi proverio da li su takvi navodi istiniti. Krajnja nepažnja bi postojala i ukoliko provajder dođe do saznanja o nelegalnim aktivnostima, a propusti da o tome obavesti nadležne organe, kao i da postupi u skladu sa drugim navedenim zakonskim obavezama.

ZET predviđa i jednu specifičnu meru, ograničenje pružanja usluga informacionog društva, koja stvara posebnu obavezu hosting provajderu da reaguje na kršenje prava obustavljanjem pružanja usluge korisniku koji krši zakon:

„Na zahtev subjekta čija su prava povređena, sud može odrediti meru ograničenja pružanja usluge informacionog društva, ako podnosilac zahteva učini verovatnim postojanje povrede, odnosno nastupanje nenadoknadive štete.

Sud može merom iz stava 1. ovog člana da naredi uklanjanje spornog sadržaja, zabranu radnji koje su dovele do kršenja prava, odnosno drugog oblika zaštite srazmerno cilju koji se želi postići merom.

Po nalogu iz mere iz stava 1. ovog člana, dužni su da postupaju svi pružaoci usluga koji prenose, skladište ili omogućavaju pristup podacima na koje se mera odnosi.

Na postupak, nadležnost i uslove određivanja mere iz stava 1. ovog člana shodno se primenjuju pravila o privremenim merama, u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršenje i obezbeđenje.“

Hosting provajder dakle u prethodnim situacijama može odgovarati prekršajno, kao i za načinjenu štetu. Moguće je zamisliti i krivičnu odgovornost odgovornog lica, o čemu će reći biti kasnije.

Zakon o žigu ne sadrži bilo kakve odredbe koje bi se direktno ticale odgovornosti hosting provajdera. Zakon sadrži međutim pravilo o obavezama prekršioca da pruži informacije o trećim licima:

„Sud može narediti licu koje je izvršilo povredu prava da pruži informacije o trećim licima koja su učestvovala u povredi prava i o njihovim distributivnim kanalima.

Dostavljanje informacija iz stava 1. ovog člana sud može naložiti i drugom licu: 1) kod koga je pronađena roba koja se nalazi u prometu, a kojom se povređuje pravo; 2) koje pruža usluge u prometu, a kojima se povređuje pravo; 3) za koje je utvrđeno da na komercijalnoj osnovi pruža usluge koje se koriste u aktivnostima kojima se povređuje pravo; 4) koje je od

strane lica iz tač. 1), 2) ili 3) ovog stava navedeno kao lice uključeno u proizvodnju ili distribuciju roba ili pružanje usluga kojima se povređuje pravo.

Pod informacijama iz stava 1. ovog člana smatraju se naročito: 1) podaci o proizvođačima, distributerima, dobavljačima i drugim licima koja su prethodno bila uključena u proizvodnju ili distribuciju robe ili pružanje usluga, kao i o prodavcima kojima je roba namenjena; 2) podaci o količinama proizvedene, isporučene ili naručene robe ili usluga, kao i cenama ostvarenim za takvu robu ili usluge.

Lice iz stava 1. ovog člana koje ne izvrši obavezu pružanja informacije odgovara za štetu koja iz toga proizađe.²⁴

Diskutabilno je da li će se ovo odnositi i na hosting provajdere, odnosno da li se oni mogu smatrati trećim licima koja su deo „distributivnih kanala“. Ovo će svakako biti slučaj ukoliko su hosting provajderi znali za povredu prava, organizovali istu i na taj način ostvarivali korist. U drugim slučajevima, hosting provajderi mogu spadati pod treća lica u smislu tačke 3) stava 2. citiranog člana, budući da se hosting uglavnom vrši na komercijalnoj osnovi i da je u ovom slučaju usluga hostinga zaista jedna od aktivnosti kojima se pravo povređuje. Mora se ipak naglasiti da će odgovornost hosting provajdera i tada isključivo zavisiti od njihovog odnosa prema povredi prava, u skladu sa napred analiziranim rešenjem iz člana 18 ZET.

Zakon o autorskom i srodnim pravima²⁵ sadrži odredbe o specifičnim mogućnostima zaštite nosioca autorskog ili srodnog prava. Tako će na zahtev nosioca prava koji učini verovatnim da je njegovo autorsko ili srodno pravo povređeno, ili da će biti povređeno, sud moći da odredi privremenu meru oduzimanja ili isključenja iz prometa predmeta kojima se vrši povreda, odnosno meru zabrane nastavljanja započetih radnji kojima bi se mogla izvršiti povreda. Potom, kada nosilac prava učini verovatnim da je njegovo autorsko ili srodno pravo povređeno, odnosno da može doći do povrede tog prava ili da postoji opasnost od nastanka neotklonjive štete, kao i da postoji opravdana bojazan da će dokazi o tome biti uništeni ili da će ih kasnije biti nemoguće pribaviti, sud može odrediti meru obezbeđenja dokaza bez prethodnog obaveštenja ili saslušanja lica od koga se dokazi prikupljaju. Obezbeđenjem dokaza smatra se pregled prostorija, knjiga, dokumenata, baza podataka i dr. kao i zaplena dokumenata i predmeta kojima je povreda izvršena, ispitivanje svedoka i veštaka. Licu od koga se dokazi prikupljaju, sudsko rešenje o određivanju mere obezbeđenja dokaza biće uručeno u trenutku prikupljanja dokaza, a odsutnom licu čim to postane moguće. Sud može naložiti tuženom da da obaveštenja o trećim licima koja su povezana sa povredom ili preda dokumente koji su u vezi sa povredom. Lice koje ne izvrši ovu obavezu odgovara za štetu koja iz toga proizađe.²⁶

Navedene privremene mere, odnosno mere obezbeđenja dokaza, upravljene su dakle pre svega na sprečavanje kršenja autorskog i srodnog prava. One se mogu odnositi, to jest shodno primeniti, i u slučajevima kršenja prava na žig. Izvesno je da su hosting provajderi u takvom slučaju „treća lica“ iz zakonske odredbe, odnosno da po nalogu suda moraju preduzeti sve mere da se obustavi kršenje prava. U konkretnom slučaju to će po pravilu značiti da se bez odlaganja, po prijemu naloga suda, sporni sadržaj ukloni sa internet sajta na kome se nalazi, a koji se hostuje kod tog provajdera. Međutim, obaveze hosting provajdera se ne završavaju na uklanjanju sadržaja. Po nalogu suda hosting provajderi su dužni da sarađuju u sudskom postupku, odnosno da pruže sve podatke koje poseduju o prekršiocima prava – uključujući identitet fizičkog ili

²⁴ *Ibid*, čl. 79.

²⁵ Zakon o autorskom i srodnim pravima, Sl. glasnik RS, broj 104/2009, 99/2011, 119/2012 i 29/2016 - odluka US.

²⁶ *Ibid*, čl. 210, 211. i 213.

pravnog lica koje je zakupilo prostor kod provajdera radi postavljanja spornog sadržaja. Ukoliko se ne povinuju odluci suda, hosting provajderi će biti odgovorni za štetu koja njihovim nečinjenjem nastane. Ovakvo rešenje nameće aktivnu ulogu hosting provajdera i u skladu je sa prethodno analiziranim rešenjima ZET – oni nisu u obavezi da kontrolišu sadržaj koji se postavlja ali su dužni da reaguju na svaki sudski nalog. Trebalo bi naglasiti i da ne postoji obaveza hosting provajdera da reaguju na takozvane „naloge“ nosilaca prava, što je često predmet negativne prakse postupanja kako nosilaca prava, tako i provajdera.²⁷ Samim obaveštavanjem hosting provajdera o potencijalnom kršenju zakona, u odnosu na njih se „aktivira“ rešenje iz ZET. Ono međutim nikada neće uključivati deljenje podataka o korisnicima sa nosiocima prava, osim po nalogu suda u odgovarajućem postupku i na zakonom predviđen način.

Konačno, normirana je i krivična odgovornost za kršenje autorskog i srodnih prava ali i zloupotreba žiga kao specifično krivično delo protiv privrede, kako je već analizirano u prethodnom tekstu. U ovim situacijama, hosting provajderi će imati zakonske obaveze uređene Zakonikom o krivičnom postupku²⁸ (u daljem tekstu: Zakonik). Prema članu 135. stav 2. Zakonika („Uviđaj stvari“): „Svako je dužan da organu postupka omogući pristup stvarima i pruži potrebna obaveštenja. Pod uslovima iz člana 147. ovog zakonika, pokretne stvari se mogu privremeno oduzeti.“ Član 147. („Privremeno oduzimanje predmeta – Predmeti koji se oduzimaju“) reguliše da će „predmete koji se po Krivičnom zakoniku moraju oduzeti ili koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, organ postupka će privremeno oduzeti i obezbediti njihovo čuvanje“ (stav 1.) odnosno da „u predmete iz stava 1. ovog člana spadaju i uređaji za automatsku obradu podataka i uređaji i oprema na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi“ (stav 3.). Dalje, članom 148. (stavovi 1. i 2.) Zakonika se uređuju dužnosti držalaca predmeta: „Lice koje drži predmete iz člana 147. st. 1. i 2. ovog zakonika dužno je da organu postupka omogući pristup predmetima, pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu i da ih na zahtev organa preda. Pre oduzimanja predmeta organ postupka će po potrebi u prisustvu stručnog lica pregledati predmete. Lice iz stava 1. ovog člana koje odbije da omogući pristup predmetima, da pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu ili da ih preda, javni tužilac ili sud može kazniti novčano do 150.000 dinara, a ako i posle toga odbije da ispuni svoju dužnost, može ga još jednom kazniti istom kaznom. Na isti način postupiće se prema odgovornom licu u državnom organu, vojnom objektu, preduzeću ili drugom pravnom licu.“

U krivičnom postupku hosting provajderi imaju dakle jasno zacrtane obaveze prema državnim organima koji postupak sprovode. „Predmeti“ koji se mogu oduzeti su svakako serveri na kojima se nalaze sporni materijali kojima se povređuje žig, a koje zakon imenuje kao „uređaje za automatsku obradu podataka i uređaje i opremu na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi“. Oni se ne moraju fizički preuzeti od hosting provajdera, već se mogu u posebnom postupku klonirati, kako bi originalni nosači podataka o što kraćem vremenskom periodu bili vraćeni provajderu²⁹. Provajderi se svakako smatraju držaocima ovih predmeta u smislu zakona i dužni su, pod pretnjom sankcije, da izvrše svoje obaveze prema državnim organima u smislu omogućavanja pristupa podacima, davanju informacija, kao i samoj predaji

²⁷ Videti: M. Reljanović, „Zaštita autorskog prava i pravo na privatnost elektronskih komunikacija u Republici Srbiji“, *op.cit.*

²⁸ Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, broj 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

²⁹ Više o obezbeđivanju i forenzici elektronskih dokaza: V. Korać, D. Prlja, A. Diligeski, *Digitalna forenzika*, Centar za nove tehnologije Viminacium, Arheološki institut i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2016.

predmeta, odnosno servera na kojima se podaci nalaze. Ne postoji međutim odredba koja ukazuje na eventualnu krivičnu odgovornost provajdera – ona će očigledno postojati samo kada se hosting provajderi mogu smatrati počiniocima, odnosno saizvršiocima nekog od analiziranih krivičnih dela koja se vezuju za povrede žiga, kao i kada su provajderi u izvršenju krivičnog dela prepoznati kao pomagači. Ovo će se dogoditi uvek kada krivično delo postoji a provajderi ne samo da su znali za postojanje spornog materijala kojim se povređuje pravo na žig, već su organizovali njegovo postavljanje ili drugim radnjama (na primer, reklamiranjem proizvoda koji sadrže lažne žigove) učestvovali u sticanju protivpravne imovinske koristi. Ove situacije će se međutim posmatrati u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja, a naročito imajući u vidu savesnost, odnosno krivicu odgovornog lica u hosting provajderu, informacije kojima je raspolagao, aktivnostima koje je preduzeo (ili nije preduzeo) i tome slično. Nema mesta konstituisanju krivične odgovornosti hosting provajdera koji odbiju da ispituju navode nosilaca autorskog i srodnih prava da materijal koji se nalazi na njihovim serverima vređa žig. U ovom slučaju će se raditi o građanskopravnoj odgovornosti i čini se da je zaštita prava odnosno naknada štete u parnici povodom povrede prava pravilniji način sankcionisanja takvog ponašanja.

Može se zaključiti da je položaj hosting provajdera kod povrede žiga zapravo jednako regulisan kao što je to slučaj kod povreda autorskog i srodnih prava. U centru sistema zaštite ovih prava jesu dužnosti hosting provajdera da reaguju na informacije o spornom sadržaju, kao i da postupaju savesno u skladu sa odlukama suda i drugih državnih organa u postupcima koji su povodom kršenja prava pokrenuti. Logično, fokus je pri tome na materijalnoj odgovornosti, odnosno građanskopravnoj odgovornosti za štetu koja je nastala povredom prava.

4. PRAKSA PRIMENE PROPISA

Ne postoji sudska praksa kada je reč o ulozi hosting provajdera u povređivanju prava na žig. Na osnovu dostupnih podataka o aktivnostima tužioca za visokotehnoški kriminal, izvesno je da nije uspostavljena krivična odgovornost hosting provajdera u ovim situacijama, što je u skladu sa analiziranim zakonskim rešenjima.

Kada je reč o odgovornosti za štetu, sudovi nisu dolazili u situaciju da odlučuju o položaju hosting provajdera.³⁰ Ipak, mogu se navesti sudske odluke koje na neki način osvetljavaju i ovu problematiku, po pravilu posredno.

Tako je Privredni apelacioni sud doneo rešenje kojim tumači da „nosilac žiga ili prava iz prijave ima pravo na sudsku zaštitu u odnosu na sva lica koja u povredi učestvuju, bez obzira da li neposredno preduzimaju radnje stavljanja u promet robe kojom se vrši povreda ili preduzimaju radnje kojima se omogućava stavljanje robe u promet“³¹. Iako se ne odnosi direktno na hosting provajdere, značajno je ukazati da se i oni mogu, u skladu sa zakonskim rešenjem o njihovoj odgovornosti, smatrati licima čijom se aktivnošću omogućava stavljanje robe u promet. Za ovakvu kvalifikaciju je naravno presudan odnos hosting provajdera prema povredi prava na žig, kako je već analizirano u ranijem tekstu.

³⁰ Postoji siromašna sudska praksa zbog kršenja prava na žig putem Internet sajtova. Oni se međutim ne bave ulogom hosting provajdera u povredi prava, niti uspostavljaju njihovu odgovornost za nastalu štetu.

³¹ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 7310/2010(3) od 30.3.2010. godine.

Viši trgovinski sud se izjasnio kada je reč o obavezi otkrivanja podataka o trećim licima koja su učestvovala u povredi zakona: „Za odlučivanje o osnovanosti zahteva za davanje podataka o trećim licima koja su učestvovala u povredi žiga nužna je pretpostavka da je takav zahtev dozvoljen, ali dozvoljenost nije dovoljan razlog za njegovo usvajanje. Bitne činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva su okolnosti koje nedvosmisleno ukazuju da je u povredi stvarno učestvovalo više lica, da tuženi u sporu ima saznanja o tim licima i da su ti podaci nepoznati tužiocu.“³² Ova obaveza se prevashodno tiče počinioca povrede prava, odnosno tuženog. Ne bi međutim smelo biti sporno da se može tumačiti i kao obaveza hosting provajdera da, na zahtev suda, dostave sve dostupne podatke o prekršiocima, odnosno kako sud formuliše „licima koja su učestvovala u povredi žiga“ ukoliko se na drugi način ne može doći do identiteta ovih lica (što će po pravilu biti slučaj ukoliko postoji samo specijalizovani sajt za prodaju na daljinu, bez registrovanog preduzeća).

Iz presude Višeg trgovinskog suda, koji je razmatrajući pitanje da li je samo proizvođač krivotvorene robe kriv za povredu žiga ili je kriv i onaj koji takvu robu nabavlja, oglašava i prodaje, došao do zaključka da se „Povredom žiga ili prava iz prijave smatra se svako neovlašćeno korišćenje zaštićenog znaka od strane bilo kog učesnika u prometu“³³ može se povući jasna razlika između prodavca robe (u samoj prodavnici ili na daljinu, putem internet sajta) i hosting provajdera. Hosting provajderi naime ne učestvuju u prometu robe kojom se čini povreda žiga, oni samo omogućavaju tehničke usluge korisniku usluga hostinga da postavi Internet sajt *koji će služiti plasiranju takve robe*. Obezbeđivanje prostora za oglašavanje i prodaju robe nije učestvovanje u prometu, pa samim tim se ne može govoriti o ovoj vrsti odgovornosti hosting provajdera. U suprotnom bi se mogla tražiti i odgovornost zakupodavca prostora u kojem se odvija fizička prodaja robe – što je naravno besmisleno i nepoznato u praksi sprovođenja propisa. Odgovornost hosting provajdera, slično kao i odgovornost zakupodavca prostora, postojaće samo ukoliko je prema nekim redovnim okolnostima i standardima pažnje morao da zna da je na delu kršenje zakona od strane korisnika usluga (zakupca) a o tome nije obavestio nadležne institucije, niti preduzeo bilo koju drugu radnju da takve nezakonite aktivnosti prestanu. Kao što zakupodavac nije dužan da obilazi prostor koji je zakupio, ni od hosting provajdera se neće očekivati da „pretražuje“ virtuelni prostor koji izdaje korisnicima.

Konačno, moguće je navesti i sudsku praksu kada je reč o uklanjanju spornog sadržaja sa Interneta. Viši trgovinski sud je došao do zaključka da se „privremena mera oduzimanja, odnosno isključenja iz prometa robe kojom se vrši povreda tuđeg zaštićenog znaka, može odrediti prema svakom licu koje istu stavi u promet i time vrši povredu prava, nezavisno od toga da li je to lice vlasnik robe, da li istupa u svoje ili tuđe ime, ili istupa za račun drugog lica, koje je nosilac prava svojine na stvarima“³⁴. Obrazlažući svoj stav, sud naročito naglašava da „za odnos nosioca prava i lica koje vrši povredu njegovog prava nije relevantno da li povredilac prava predmete i sredstva drži u tuđe ime i za tuđi račun, da li postupa po nalogu i uputstvima svog nalogodavca i ko će konačno snositi posledice eventualnog konačnog oduzimanja, odnosno uništenja te robe. Za njihov međusobni odnos relevantno je da povredilac prava, a u konkretnom slučaju tuženi, ove predmete drži, da ih je stavio u promet u svom maloprodajnom objektu, da su

³² Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 6348/2008(4) od 29.1.2009. godine.

³³ Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 1960/2002 od 6.9.2002. godine.

³⁴ Rešenje Višeg trgovinskog suda, VIII Pž. 8171/2006 od 28.9.2006. godine.

isti obeleženi znacima bitno sličnim znacima koje tužilac štiti pred nadležnim organom, i da ovo može izazvati zabunu u prometu. Na navedeno je bez uticaja i činjenica da li se u odnosu na vlasnike robe vodi krivični postupak, kao što je irelevantno da li onaj ko takvu robu stavlja u promet zna ili ne zna da ista predstavlja radnju povrede nečijeg prava.³⁵ Hosting provajder će dakle, kao lice koje je odgovorno da sprovede privremenu meru suda, morati da ukloni sporni sadržaj korisnika usluga. U suprotnom, može odgovarati za nastalu štetu ali i dovesti sebe u položaj saučesnika u eventualnom izvršenju krivičnog dela (ukoliko je krivični postupak pokrenut).

5. PRAVNI OKVIR ODGOVORNOSTI HOSTING PROVAJDERA U REGIONU

Direktiva o elektronskoj trgovini čini osnov regulisanja odgovornosti hosting provajdera u zemljama u regionu. Budući da odgovornost povrede žiga nije posebno regulisana, hosting provajderi se praktično nalaze u istom položaju kao kod povrede autorskog prava i prava intelektualne svojine, kada je reč o odnosu prema kršenju zakona, obavezama i odgovornostima koje tim povodom imaju.

U Hrvatskoj je odgovornost hosting provajdera regulisana Zakonom o elektroničkoj trgovini³⁶, i to u okviru definisanja položaja „davatelja usluga“. Kao posebna usluga je definisana „pohrana podataka“, odnosno hosting. Hosting provajder neće biti odgovoran za sadržaj pohranjenog podatka ako nema saznanja niti je mogao znati da postoji nedopušteno delovanje korisnika, odnosno da je sadržina pohranjenih podataka suprotna propisima, odnosno ako je odmah po saznanju da se radi o nedopuštenom delovanju uklonio podatak ili onemogućio pristup podacima.³⁷ Jasno je da su ovi uslovi dati kao kumulativni i da provajder sa jedne strane nema obavezu kontrole podataka koji se pohranjuju u elektronskom prostoru koji je dat na korišćenje korisniku usluga ali da mora reagovati na svaki vid zloupotrebe takvog prostora radi povrede prava, uključujući i pravo na žig. Dalje, hosting provajder mora obavestiti o potencijalnim nedozvoljenim (protivpravnim) aktivnostima korisnika usluga ukoliko utvrdi postojanje osnovane sumnje da korišćenjem njegove usluge korisnik preduzima nedopuštene aktivnosti ili postojanje osnovane sumnje da korisnik njegove usluge pružio nedopušteni podatak. Konačno, on mora pružiti sve podatke od značaja za vođenje krivičnog postupka ili zaštite prava trećih lica, na osnovu sudske odluke ili upravnog akta.³⁸ Isti je smisao utvrđivanja obaveza provajderu u slučaju izricanja privremenih mera od strane suda. Sud može izreći privremene mere tako da se zabrane radnje ili postupci koji mogu dovesti do kršenja prava ili nastavka već započetih kršenja prava, odnosno može ograničiti pružanje usluga informatičkog društva korisniku koji ih zloupotrebljava, tako što će davatelju usluga narediti da ukloni sporne podatke ili onemogućiti pristup spornim podacima.³⁹ Sud dakle *naređuje* provajderu i sasvim je jasno da će osim materijalne odgovornosti zbog eventualnog nastanka štete, provajder odgovarati i prekršajno ukoliko ne postupi prema izrečenoj privremenoj meri. Položaj hosting provajdera je dakle pasivan samo dok se ne otkrije da postoji neka protivpravna delatnost korisnika usluga. On

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Zakon o elektroničkoj trgovini, *Narodne novine RH*, broj 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

³⁷ *Ibidem*, čl. 18. st. 1.

³⁸ *Ibidem*, čl. 21.

³⁹ *Ibidem*, čl. 22b. st. 2.

na to ne mora paziti u smislu proaktivnog delovanja ali takođe ne može ostati pasivan kada dođe u posed takvih informacija.

Zakonom o žigu Republike Hrvatske⁴⁰ predviđeno je da protiv osobe koja je povredila žig, nosilac žiga može tužbom tražiti da se proizvodi koji su obeleženi znakom kojim se povređuje žig, na teret te osobe povuku iz prometa, oduzmu ili unište⁴¹. Shodnim tumačenjem ove odredbe, može se pretpostaviti da će sud naložiti i da se sadržaj u elektronskoj formi kojim se povređuje žig ukloni, odnosno da se mehanizmi plasiranja proizvoda preko Interneta prekinu. Takođe, članom 79a. istog zakona regulisano je i da nositelj žiga koji je pokrenuo sudski postupak za zaštitu svojih prava, može zahtevati dostavu podataka o poreklu i distribucionim kanalima proizvoda kojima se krši pravo na žig. Ovo sasvim izvesno stvara obavezu provajdera da, na zahtev suda, proslede sve podatke o licima koja su postavila nedozvoljeni sadržaj na Internet. Ukoliko se provajder o ovu obavezu ogлуši bez zakonom predviđenog razloga⁴², odgovaraće za štetu koja tim povodom nastane za nosioca žiga.

Odgovornost hosting provajdera u *Crnoj Gori* regulisana je Zakonom o elektronskoj trgovini⁴³ i to putem pojma davaoca usluga informatičkog društva. Budući da je izvršena harmonizacija sa Direktivom, crnogorsko rešenje odgovornosti hosting provajdera identično je opisanom u hrvatskom zakonodavstvu.⁴⁴ Zakonom o žigu⁴⁵ određene su i neke specifične obaveze koje se mogu primeniti i na hosting provajdere. Tako se zahtev za prestanak povrede žiga može istaći kako u odnosu na lice koje vrši tu povredu, tako i u odnosu na lice koje u obavljanju svoje privredne delatnosti pruža usluge koje se koriste u radnjama kojima se vrši povreda žiga, odnosno od kojih pretil povreda žiga⁴⁶. Shodnim tumačenjem se lako može zamisliti situacija u kojoj sud određuje zabranu dalje povrede žiga uvođenjem zabrane dela sadržaja nekog Internet sajta, odnosno uvođenjem obaveze hosting provajderu da takav sadržaj ukloni. U skladu sa time je i rešenje o zahtevu za oduzimanje i uništenje predmeta, koje nameće provajderu obavezu da ukloni sporni sadržaj. Naime, nosilac žiga ima pravo da, između ostalog, traži da se proizvodi kojima se vrši povreda žiga povuku iz prometa, oduzmu ili unište. Ovo pravo ima i u odnosu na alate, opremu i druge predmete koji se koriste samo za proizvodnju ili stvaranje proizvoda kojima se vrši povreda žiga.⁴⁷ Sasvim je jasno da će se pod opremom i alatima koji „proizvode“ povredu žiga smatrati i Internet sajt koji promovise ili omogućava prodaju proizvoda kojima se povređuje žig – otuda je izvesna obaveza provajdera da postupe po sudskoj odluci i takav sadržaj uklone. Dalje, privremene mere koje nosilac žiga može zatražiti od suda, obuhvataju prema Zakonu o žigu i posrednike čije usluge koriste treća lica da bi izvršila povredu žiga, koji su dužni da po privremenim merama koje odredi sud postupaju, a koje mogu obuhvatati i oduzimanje alata alati, opreme i drugih predmeta koji se koriste samo za proizvodnju ili stvaranje proizvoda kojima se vrši povreda žiga⁴⁸. Konačno, u parničnom postupku pokrenutom zbog povrede žiga postoji obaveza pružanja informacija o poreklu i

⁴⁰ Zakon o žigu Hrvatske, *Narodne novine*, broj 173/03, 54/2005, 75/2007, 30/2009, 49/2011.

⁴¹ *Ibidem*, čl. 77. st. 1.

⁴² Kao zakoniti razlozi navedeni su isti oni zbog kojih se može uskratiti svedočenje u parničnom postupku, prema pravilima Zakona o parničnom postupku. *Ibidem*, čl. 79. st. 5.

⁴³ Zakon o elektronskoj trgovini Crne Gore, *Službeni list RCG*, broj 80/2004, 41/2010, 56/2013.

⁴⁴ *Ibidem*, čl. 20. i 22.

⁴⁵ Zakon o žigu Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, broj 72/10, 44/12, 18/14.

⁴⁶ *Ibidem*, čl. 55. st. 3. i 4.

⁴⁷ *Ibidem*, čl. 55a. st. 1. i 2.

⁴⁸ *Ibidem*, čl. 56. st. 1. t. 1. i 2.

distributivnim kanalima proizvoda kojima se vrši povreda žiga, od strane lica koje u obavljanju svoje privredne delatnosti pruža usluge koje se koriste u radnjama za koje nosilac prava učini verovatnim da se njima vrši povreda žiga⁴⁹. Izvesno je da se ova vrsta obaveze odnosi na hosting provajdere koji pružanjem usluga omogućavaju da sporni sadržaj dospe na Internet, odnosno da se supostave kanali distribucije proizvoda kojima se vrši povreda žiga.

Kada je reč o Bosni i Hercegovini, položaj provajdera je regulisan Zakonom o elektronskom pravnom i poslovnom prometu⁵⁰, koji u najvećoj meri ponavlja već analizirana rešenja. „Ono po čemu se ovo rešenje razlikuje od ostalih koja su analizirana, jeste izričita odredba da su hosting provajderi (davaoci usluga hostinga) *dužni* da, na zahtev trećih lica, daju ime i adresu bilo kojeg korisnika usluga s kojim su zaključili sporazum o pohranjivanju informacija, ako treća lica imaju preovlađujući pravni interes za utvrđivanje identiteta korisnika i određenog protivzakonitog činjeničnog stanja, kao i ako učine verovatnim da znanje ovih informacija čini značajnu pretpostavku za pravno procesuiranje.⁵¹ Ovo je izuzetno problematično rešenje sa stanovišta zaštite podataka o ličnosti⁵², a posebno zabrinjava činjenica da je samim hosting provajderima ostavljeno da odluče ko ima pretežniji pravni interes, kao i da li je otkrivanje ovih podataka značajna pretpostavka za njihovo procesuiranje. Putevi prometa takvih informacija moraju čini se ostati u domenu sudskih odluka, eventualno odluka drugih državnih organa koji su nadležni za nadzor nad radom hosting provajdera i koji svakako poseduju adekvatnije kapacitete provere postojanja navedenih pravnih standarda (na primer, inspektori nadležnog ministarstva koje vrši nadzor nad primenom ovog Zakona, kako je određeno članom 30. ovog propisa⁵³).“⁵⁴

Zakon o žigu Bosne i Hercegovine⁵⁵ reguliše prava nosioca žiga na identičan način kao što je to već analizirano na primerima Hrvatske i Crne Gore. Tako će nosilac žiga imati, između ostalog, pravo da zahteva „uništenje sredstava koja su isključivo ili u pretežnoj meri namenjena ili se upotrebljavaju za činjenje povreda i koja su vlasništvo povredilaca“, što se može prevesti u obavezu uklanjanja nedozvoljenog sadržaja sa Internet sajta (iako je prostor u kojem se nalazi sporni materijal samo zakupljen, sami podaci koji su u njemu pohranjeni jesu vlasništvo lica koje je povredilo žig).⁵⁶ Sud može izreći privremenu meru da se oduzmu, uklone iz prometa i pohrane predmeti povrede i sredstva povrede koji su isključivo ili u pretežnoj meri namenjeni, odnosno upotrebljavaju se za činjenje povreda⁵⁷, što koresponira sa već pojašnjenim obavezama provajdera da u slučaju povrede žiga znači i zabranu rada Internet sajta, odnosno druge vrste elektronske komunikacije koju korisnik usluge koristi kod provajdera. Zakon reguliše i obavezu obaveštavanja, odnosno deljenja podatke o izvoru i distributivnim kanalima robe ili usluga kojima se povređuje pravo, između ostalog i od strane lica koja pružaju usluge za koje se sumnja

⁴⁹ *Ibidem*, čl. 59. st. 2. t. 4).

⁵⁰ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, *Službeni glasnik BiH*, broj 88/2010.

⁵¹ *Ibidem*, čl. 28. st. 4.

⁵² Nije izvesno da ova situacija odgovara bilo kojem izuzetku predviđenom u članu 6. Zakona o zaštiti ličnih podataka BiH, *Službeni glasnik BiH*, broj 49/2006, 76/2011.

⁵³ Ovakvo rešenje bilo bi slično onome koje je primenjeno u Zakonu o elektronskom poslovanju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 59/2009, koji davanje ovakvih podataka ograničava na ovlašćena lica u vršenju upravnog i stručnog nadzora (čl. 19. st. 3. Zakona).

⁵⁴ M. Reljanović, *Odgovornost hosting provajdera za povrede prava intelektualne svojine u pravu Srbije i pravu susednih država*, *op.cit.*, str. 132-133.

⁵⁵ Zakon o žigu Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, broj 53/10.

⁵⁶ *Ibidem*, čl. 80. st. 1. t. g).

⁵⁷ *Ibidem*, čl. 86. st. 7. t. b).

da se njima povređuje pravo, kao i lice koje je od nekog od lica označeno kao umiješano u proizvodnju, izradu i distribuciju robe ili davanje usluga za koje se sumnja da se njima povređuje pravo.⁵⁸ Pitanje je da li se može ekstenzivno tumačiti da i hosting provajderi spadaju u ovu definiciju ali je svakako ciljno tumačenje izvesno i trebalo bi da se njime u obavezu davanja informacija prema odluci suda uključe sva relevantna lica, uključujući i provajdere.

6. ZAKLJUČAK

Može se zaključiti da je hosting provajder u sličnom položaju kod povrede žiga kao u slučajevima povrede autorskog prava. Ovaj položaj karakterističan je po tome što hosting provajder neće biti primarno odgovoran za štetu koja nastane u situaciji kada korisnik usluga vredi žig postavljanjem određenih sadržaja na sajt, odnosno u elektronski prostor, koji je od provajdera iznajmio. Ovo ipak ne znači da hosting provajderi nemaju određene zakonske obaveze. One su usklađene sa zakonskim položajem hosting provajdera ali i sa Direktivom o elektronskoj trgovini Evropske unije⁵⁹.

Sudska praksa je siromašna kada je reč o slučajevima povrede žiga na Internetu. Za razliku od uporedne prakse, kao i stavova Evropskog suda pravde, o takozvanoj posrednoj odgovornosti hosting provajdera i internet provajdera, nema ni reči.⁶⁰

Čini se da je jedan od ozbiljnih nedostataka regulisanja ovog problema zapravo ignorisanje uloge hosting provajdera u povredi autorskog prava i drugih prava intelektualne svojine. Ovo rezultira time da se hosting provajderi ponašaju pasivno, kako se od njih prema slovu zakona i očekuje, sve do trenutka kada od nekog aktera (nosioca prava, državnog organa, trećeg lica) ne dobiju informaciju o povredi prava, na osnovu koje će se aktivirati. Svakako je nesporno da titulari žiga imaju pravo i obavezu da kontrolišu upotrebu njihove zaštićene oznake i na svaku neovlašćenu upotrebu reaguju tražeći zakonsku zaštitu. Sistem zakonske zaštite je dobro postavljen tako da se može očekivati da ova zaštita bude dovoljna da spreči nastanak veće štete. Međutim – a ovo naročito dobija na značaju pojavom više popularnih internet sajtova za prodaju robe putem oglašavanja – ne može se očekivati da se pasivna uloga hosting provajdera zadrži i u slučajevima očigledne povrede prava, uključujući i povredu žiga. Sva ovlašćenja koja različiti državni i privatni učesnici ovog složenog odnosa poseduju, usmerena su na prestanak vršenja povrede prava. Jedino hosting provajderi mogu svojom ulogom i tehničkim sredstvima koja su im na raspolaganju sprečiti da do povrede prava uopšte dođe. U ovom pravcu trebalo bi tražiti dalje širenje uloge hosting provajdera – ne u smislu nametanja nerealnih obaveza potpunog i neprekidnog „skrininga“ sadržaja koji se postavlja na sajtove koje oni hostuju jer je tako nešto sasvim neracionalno očekivati (niti bi takvu vrstu potpune kontrole bilo moguće izvesti a da pri tome ne dođe do ozbiljnog ugrožavanja i kršenja prava na privatnost elektronskih komunikacija), već u smislu stvaranja obaveze uvođenja automatskih mehanizama kontrole i reakcije na nedozvoljene sadržaje pre nego što oni postanu aktivni na Internetu. Ovome se naravno mora pristupiti veoma oprezno – uporedna praksa postoji, kao i neke smernice koje se

⁵⁸ *Ibidem*, čl. 88. st. 2. t. c) i st. 5.

⁵⁹ Direktiva 2000/31 od 8. juna 2000. godine o nekim pravnim aspektima usluga informacionog društva, posebno elektronske trgovine u okviru unutrašnjeg tržišta, *Službeni glasnik EZ L40*.

⁶⁰ Za detalje o uporednoj sudskoj praksi i stavovima Evropskog suda pravde povodom povrede žiga putem Interneta, videti: J. Čeranić, Povreda žiga na sajtovima za aukcijsku prodaju robe, u: D. Popović (ur.), *Intelektualna svojina i Internet 2016*, op.cit, str. 47-73.

čine dobro utemeljenim i koje daju rezultate, kao proizvodi dobre prakse saradnje velikih hosting provajdera, države i titulara prava.

Mario Reljanović, Ph.D
Associate Professor, University „Union“ – Faculty of Law

RESPONSIBILITY OF HOSTING PROVIDERS FOR TRADEMARK INFRINGEMENT– LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE IN SERBIA

Abstract: *The position of hosting providers as entities that enable users to store electronic data in a specific space that they rent, is regulated by the laws of the Republic of Serbia. Responsibility of hosting provider for damages arising from infringement of copyright or related rights, caused by doings of person who rented the electronic space and stored illegal information, however, is not always clearly defined. The analysis deals with an attempt to derive legal position of hosting providers in the specific cases of violation of trademark rights out of the existing legal framework. Violation of trademark rights is never a goal per se, but is usually a part of broader activities of persons at misleading buyers or users of services. This fact makes situation of violation of the right to trademark somewhat specific in relation to other violations of copyright and intellectual property rights. The analysis follows the interpretation of the relevant regulations, but also the poor and indirect jurisprudence regarding the violation of trademark rights in electronic form or through the display of goods with forged trademark on the Internet. Usage of the findings of previous analysis regarding the legal position of hosting providers leads to establishing normative frame their behavior, obligations and responsibilities in these cases of violation of the law.*

Key words: *Trademark. - Intellectual property rights. - Hosting provider. - Electronic commerce. - Electronic communications.*