

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

ГРАЂАНСКОПРАВНИ РЕЖИМ ПОДАТАКА КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА

Сажетак: У раду је испитан грађанскоправни режим података који настају употребом њихових уређаја, и то како са становишта домаћих и националних прописа, тако и са аспекта одлука судова, те теоријских предлога за уређење новина које је донело дигитално доба. У контексту четврте индустријске револуције и интернета ствари, посебна пажња је посвећена питању да ли се подаци који настају употребом њихових уређаја могу смањити објектима јединственог права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим. Осим тога, сагледана је могућност процијењивања правне заштите коју ужива телесни носач података на саме податке похрањене на њему. Истовремено је указано на нека од питања која искрсавају у пракси услед растућег тренда раздвајања фактичке и правне контроле на подацима.

Кључне речи: њихови уређаји, својина на подацима, право произвођача података, право на приватност података.

1. УВОД

Промене које се убрзано одвијају у сектору информационо-комуникационих технологија као и општи тренд дигитализације представљају велики изазов за право на глобалном нивоу. Широка примена тзв. паметних уређаја у индустрији али и у свакодневном животу, као и огромна количина података која се генерише њиховом употребом, намећу питање да ли је постојећи правни оквир адекватан за правно обликовање друштвених односа који настају у новом дигиталном окружењу. То ново окружење отвара питање да ли се правна правила аналогног доба могу применити на дигитални

свет, те, да ли решења за настале промене треба тражити у традиционалним правним институтима, или их, пак, треба модификовати, како би могли да одговоре изазовима дигиталне ере.

У контексту четврте индустријске револуције (*Industry 4.0*) и интернета ствари (*Internet of Things, IoT*) у раду је испитано како треба квалификовати податке који се генеришу употребом паметних уређаја, тј. да ли се они имају сматрати објектима апсолутног права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим. При томе, термин „интернет ствари“, поједностављено речено, треба схватити као феномен који подразумева повезаност, уз помоћ интернета, телесних ствари снабдевених разним сензорима, који међусобно комуницирају и размењују податке, прилагођавајући се тако свом окружењу и потребама својих корисника.¹

О овој теми се у научној и стручној јавности навелико дискутује. О значају ове дебате говори велики број друштвених актера који су у њу укључени, као и бројне студије које су у скорије време објављене на ову тему.² За исход ове расправе нарочито су заинтересовани субјекти чији се пословни модели заснивају на контролисању података које генеришу трећа лица.

Описане промене условиле су настанак једног новог израза „својина на подацима“ (енгл. *data ownership*). У вези са тим је потребно испитати да ли се термин својина у контексту података употребљава у свом традиционалном значењу, или је, пак, реч о новом феномену који подразумева суштински другачије карактеристике од права својине. Осим тога, потребно је проверити и да ли се са становишта позитивног права уопште може говорити о својини на подацима и да ли би такав концепт имао оправдање. У раду ће, такође, бити анализирани и *de lege ferenda* предлози у погледу правног ква-

¹ Више о томе вид у: Malte Grützmacher, „Dateneigentum – ein Flickenteppich – Wem gehören die Daten bei Industrie 4.0, Internet der Dinge und Connected Cars?“, *Computer und Recht* 8/2016, 485; Hermann Kopetz, „Internet of Things“ у: *Real-Time Systems*, Springer 2011, 307-323.

² Неке од њих су: Data Ownership and Access to Data Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165, 2. марта 2018. године (надаље: Data Ownership and Access to Data); Driven Innovation for Growth and Well Being, OECD Publishing, Paris, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>, 11. новембар 2017; European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by: Osborne Clarke LLP, Legal study on Ownership and Access to Data, 2016, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0bec895-b603-11e6-9e3c-01aa75ed71a1/language-en>; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder Bericht vom 15. Mai 2017 https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/bericht_ag_dig_neustart.pdf, 3.12.2017 (надаље: Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“); OECD Data Gutachten von Noerr LLP im Auftrag des BDI, Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, http://bdi.eu/media/themenfelder/digitalisierung/downloads/20151117_Digitalisierte_Wirtschaft_Industrie_40_Gutachten_der_Noerr_LL.pdf, 26. јануар 2018.

лификовања података који настају употребом паметних уређаја, са циљем њиховог критичког сагледавања. Претходно треба испитати да ли важећа регулатива већ пружа довољан степен заштите подацима који настају у дигиталној ери, и да ли су евентуалне правне празнине по свом значају такве да завређују да буду попуњене нормативном активношћу.

2. ПОДАЦИ КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА И СА ЊИМА ПОВЕЗАНИ ФЕНОМЕНИ

Под податком се најчешће подразумева секвенца знакова попут низа слова, бројева, облика или, пак, њихова комбинација, која носи одређено значење. Као такав, „податак је [...] само могући елемент информације“.³ Иако сваки низ знакова који се сматра податком има одређено значење, оно није исто за сваког појединца. Наиме, подацима су, „инхерентна различита могућа значења, а адресат се опредељује за једно од њих у оквиру сопствене способности разумевања.“⁴

Подаци који се прикупљају употребом паметних уређаја представљају тзв. сирове податке и они, по правилу, појединачно узети, немају значајнију вредност. Но, њиховим обједињавањем у тзв. велике податке (*Big Data*), те њиховом селекцијом, систематизацијом и анализом се може доћи до значајних сазнања и закључака уз помоћ којих се може обезбедити пословни успех и предност над конкурентима. Имајући у виду то да подаци који се генеришу употребом паметних уређаја могу бити од значаја не само за произвођаче тих уређаја, који уз помоћ њих желе да унапреде своје производе, него и за читав низ других приватних субјеката, али и за носиоце јавне власти, поставља се питање коме ови подаци припадају.⁵ У одсуству посебне регулативе о томе, подаци припадају ономе ко им може фактички приступити, а то је најчешће произвођач производа чијом се употребом они генеришу. У том смислу се поставља питање, да ли је тренутно стање задовољавајуће, односно да ли право треба да осигура и другим субјектима приступ овим подацима као и учешће у економској користи која се остварује њиховом употребом.⁶

У тесној вези са великим подацима је и измештање места њиховог складиштења. До недавно је било уобичајено да сваки субјект своје податке чува на сопственој меморији и да, на тај начин, има фактичку контролу над њихо-

³ Dušan Ž. Nikolić, *Pravo informacija (ka novoj grani prava)*, Novi Sad 1990, 15.

⁴ Louisa Specht, „Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen – eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung“, *Computer und Recht* Vol. 32, Issue 5/2016, 290.

⁵ M. Grützmacher, 485.

⁶ Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 75, 76.

вом употребом на основу чињенице да у својој државини има носач на коме су ти подаци похрањени. Временом се, међутим, потреба за меморијским капацитетима значајно повећала. То је изискивало значајна улагања у инфраструктуру која би омогућила чување растућих количина података, при чему нису сви субјекти у могућности да такву инфраструктуру и обезбеде. Описане потребе су, заједно са развојем интернета, довеле до појаве нове услуге која се означава као *cloud computing*.⁷ Ради се о својеврсном закупу виртуелног меморијског простора у власништву одређене компаније – закуподавца меморијског капацитета, ради складиштења и чувања података другог субјекта – закупца меморијског простора.⁸ Након уступања података ради њиховог складиштења на *cloud*-у, корисник *cloud* услуга, са правне тачке гледишта, и даље остаје „господар“ података иако губи фактичку контролу над њима.⁹ Раздвајање података од њиховог носача отворило је низ нових правних питања, од којих ће нека бити поменута у овом раду.

3. ПРАВНА ЗАШТИТА ПОДАТАКА КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА

3.1. Испитивање адекватности важећих прописа

У складу са важећим правом, подаци се, у зависности од њихове садржине, штите од неовлашћеног приступа и искоришћавања на различите начине. Заправо, постоји читав низ прописа којима се штите поједини аспекти садржине података. Пре свега, ту спадају прописи који имају за циљ заштиту података о личности, затим прописи из области права интелектуалне својине, а постоје и правила о пословној тајни. Међутим, ниједан од ових прописа не пружа свеобухватну, или, пак адекватну заштиту подацима који настају у контексту индустрије 4.0 и употребом *IoT* уређаја.

Тако, на пример, прописи о заштити података о личности нису у потпуности прилагођени подацима који настају употребом паметних уређаја будући да се они често прикупљају у анонимизираном облику. То значи да се на основу њихове садржине углавном не може одредити идентитет физичког лица о чијим се подацима ради¹⁰ и да, самим тим, нема места примени про-

⁷ Радовановић Сања, „Употреба рачунарског програма у *cloud computing*-у“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2012, 334-357.

⁸ Thomas Heymann, „Der Schutz von Daten bei der Cloud Verarbeitung“, *Computer und Recht* Vol. 31, Issue 12/2015, 807; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 60.

⁹ Т. Heymann, 808; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 48, 49.

¹⁰ Вид. пасус (26) уводног образложења Уредбе ЕУ 2016/679 Евројског парламента и Савешта од 27. априла 2016. године о заштити физичких лица у вези са обрадом података о личности и о слободном кретању њихових података и о савлањању Директива 95/46/ЕЗ ван

писа о заштити личних података. Уколико би се, пак, на основу прикупљених података магао одредити идентитет лица о чијим је подацима реч, прописи о заштити података о личности би, без дилеме, били примењиви. Међутим, подаци који се генеришу употребом паметних уређаја у индустрији ни теоријски не улазе у поље примене прописа о заштити података о личности, будући да се они односе само на податке физичких, али не и правних лица.¹¹

Када је реч о ауторскоправној заштити, њу могу да уживају само низови знакова који представљају људске творевине, које имају одређени духовни садржај под условом да су оригиналне.¹² Већ на основу реченог, делује да се подаци који се генеришу употребом паметних уређаја не могу квалификовати као објекти ауторскоправне заштите. Пре свега, разлог томе лежи у чињеници да ове податке не ствара човек, већ се они аутоматски прикупљају употребом уређаја.¹³ Подаци који се генеришу употребом *IoT* уређаја немају духовни садржај и не „представљају средство непосредне комуникације међу људима“¹⁴, него средство комуникације међу уређајима чијом се употребом они прикупљају. Осим тога, *IoT* генерисаним подацима недостаје и оригиналност. За разлику од аутора који је „јединствен и незаменљиви агенс сваког ауторског дела“¹⁵, делује да већину података који настају употребом *IoT* уређаја може да генерише било ко без потребе да у тај процес унесе свој креативни, стваралачки дух. Коначно, и само трајање ауторскоправне заштите делује предугачко из угла сврхе која се жели постићи обрадом велике количине *IoT* података, а то је да се олакша и оптимизује процес доношења одлука на основу закључака до којих се долази у реалном времену.¹⁶

Ни правила о заштити права произвођача базе података нису адекватна за уређење односа који настају поводом *IoT* података. Наиме, подаци

снађе, у јавности познатије као *Општина уредба о заштити података о личности*, *OJ L 119*, 4.5.2016, 1–88.

¹¹ Вид. чл. 3, ст. 1, тач. 1) Закона о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Одлука Уставног суда, 107/2012.

¹² Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2014, 38.

¹³ Thomas J. Farkas, “Data Created by the Internet of Things: The New Gold Without Ownership?“, *Revista la Propiedad Inmaterial* No. 23/2017, 8. Ипак, не може се порећи сваки допринос човека у њиховом настанку, будући да се они генеришу управо захваљујући томе што се човек одлучи на употребу одређеног уређаја (нпр. паметног телефона, паметног сата, аутомобила и сл.). Ова чињеница је навела не само поједине теоретичаре, него и Европску комисију да размотри могућност признавања кориснику паметног уређаја својства произвођача података.

¹⁴ С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 38, 39.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Josef Drexl, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, 41; T. J. Farkas, 9.

који се прикупљају уз помоћ сензора којима су опремљени паметни уређаји, по правилу, представљају сирове податке, који нису уређени на систематичан или методичан начин. Ипак, то не искључује могућност њиховог организовања у одговарајући систем. Међутим, чак и када би ови подаци били распоређени на систематичан или методичан начин, поставља се питање да ли би то био резултат ангажовања појединца, или би, пак, неки рачунарски програм био заслужан за њихов распоред.¹⁷ Осим тога, спорно је и да ли би такав напор представљао у квалитативном и квантитативном смислу значајнију инвестицију, при чему не треба мешати аутоматско селектовање и распоређивање података са средствима која су уложена у осмишљавање уређаја за њихово прикупљање. Аргумент против заштите података који настају употребом паметних уређаја путем права произвођача базе података може се пронаћи у ставу Суда правде Европске уније заузетом у случају *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd*.¹⁸ Према виђењу овог Суда, „циљ заштите базе података јесте да се подстакне презентовање већ постојећих података, а не креирање података који би накнадно могли да буду обједињени у базу података“.¹⁹

Када је реч о патентноправној заштити, замислива је заштита *IoT* података путем патентног поступка будући да се „обим његове заштите протеже и на ‘производе’ који се добијају кроз тај поступак.“²⁰ То даље отвара питање да ли би се евентуално податак могао сматрати производом који се добија применом патентираног поступка. Ово је нарочито замисливо у области индустрије где се применом патентираног поступка медицинског дијагностиковања долази до одређених података.²¹ О овом потенцијалном облику заштите података се судска пракса, бар за сада, негативно изјаснила.²²

3.2. Заштита података *de lege ferenda*

3.2.1. Ајсолућна љрава на подацима

Иако постоји низ прописа којима се подаци штите с обзиром на њихову садржину, делује да ниједан од постојећих видова заштите није прилагоден правном уређењу података који настају употребом паметних уређаја.

¹⁷ Michael Dörner, „Big Data und „Dateneigentum““, *Computer und Recht* Vol. 30, Issue 9/2014, 621; L. Specht, 293.

¹⁸ Case C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695.

¹⁹ Вид. пасус 31 Case C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695.

²⁰ J. Drexler, 24.

²¹ *Ibid.*, 24, 25.

²² Düsseldorf Entscheidung Nr.: 1364, Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 16. Februar 2010, Az. 4b O 247/09, <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=813>, 17. јун 2018.

Због тога се, у последње време, у научној и стручној литератури све више дискутује о томе има ли места заштити података признавањем апсолутног права независно од њихове садржине и телесног носача. При томе се, као потенцијални узори, намећу право својине и поједина права интелектуалне својине.

3.2.1.1. Својинскоправна заштита података

За податке који настају у ери интернета ствари тренутно не постоје јединствена правна правила. Нарочито се као спорно јавља питање коме они припадају, ко их може употребљавати и ко на основу њих може црпети економску корист.²³ У преовлађујућем делу теорије, подацима се негира карактер телесних ствари, па самим тим и могућност њиховог подвођења под систем заштите који је својствен материјалним добрима. У прилог таквом ставу се наводе карактеристике података и то, пре свега, одсуство ривалитета и неексклузивност. Ипак, треба скренути пажњу и на новине које се могу уочити у судској пракси појединих земаља које наговештавају промене у перцепцији података. Очигледан пример за прихватање реалности коју доноси ера дигитализације може се пронаћи у пракси француског Касационог суда (*Cour de Cassation*) који је у једном случају заузео став да се противправно одузимање компјутерског податка сматра крађом. На тај начин је компјутерском податку, иако посредно, признато својство ствари.²⁴

У делу доктрине који заговара увођење заштите на подацима признањем апсолутног права истиче се да подаци постепено замењују телесне ствари и да се у пракси све чешће јавља потреба за њиховом заштитом налик заштити телесних ствари.²⁵ Осим тога, све је учесталија потреба за заштитом интегритета података независно од њиховог носача. Тако, на пример, пуштање компјутерског вируса који доводи до брисања туђих података нема истовремено за последицу оштећење или уништење њиховог носача, а ипак ствара потребу за заштитом.

У теоријској дебати о признавању апсолутног права на подацима, свој допринос је, између осталог, дао и холандски професор ван Ерп. Разматрајући потенцијални правни режим за податке, он предлаже „заузимање прагматичнијег приступа како би се избегла непотребна и непродуктивна ака-

²³ Iris Plöger, „Recht in Zeiten von Industrie 4.0. – Braucht unsere Rechtsordnung ein „digitales update“?“, *GRUR Newsletter* 01/2016, 6.

²⁴ N° de pourvoi: 14-81336 од 20. маја 2015. В. Pierre Berlioz, „Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information?“, *Revue des contrats*, December 1, 2015 – n° 04- p. 951. Нав. према: European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by: Osborne Clarke LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data*, 2016, 46.

²⁵ М. Dorner, 625.

демска дебата заснована на стерилним догматским анализама замишљена на парадигмама из 19. века.²⁶ Сходно томе, он предлаже реконцептуализацију традиционалног поимања права својине, односно увођење различитих врста и степена права својине. Према његовом виђењу, потребно је променити перцепцију традиционалних својинских овлашћења, при чему овлашћење држања треба заменити контролом, овлашћење на повраћај ствари треба заменити гарантовањем права на приступ подацима, док би овлашћење располагања требало супституисати алокацијом (дистрибуцијом) података.²⁷

Расправу о својини на дигиталним подацима подстакла је и једна новија одлука Суда правде Европске уније у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*²⁸ У њој се Суд изјаснио по питању примене правила о исцрпљењу права у односу на дигиталне садржаје. Наиме, у складу са правилом о исцрпљењу права, власник примерка дела које је легално прибављено од аутора или његовог следбеника, може тај примерак слободно да отуђи. У случају је, пак, било спорно да ли се примерком дела може сматрати и компјутерски програм који се не налази на телесном носачу, већ је преузет (путем опције *download*) у дигиталном облику са званичног сајта туженог. Са тим у вези, Суд је утврдио да се легалним преузимањем компјутерског програма са интернета на њему стиче право својине. Тачније, Суд је нашао да „продаја подразумева уговор којим особа, као накнаду за плаћену цену, преноси на другу особу своје *право својине* на телесној или *бесћелесној имовини*.”²⁹ (Истакла: С. Мидоровић) Иако су у конкретном случају стицалац програма и тужена компанија закључили уговор о корисничкој лиценци, а не уговор о продаји, Суд је закључио да корисничка лиценца у суштини има одлике продаје, будући да омогућује стицаоцу трајно коришћење компјутерског програма уз накнаду за цену која одговара његовој економској вредности.³⁰ Ово важи чак и у случају да уговор о корисничкој лиценци садржи клаузулу којом се ограничава могућност даљег преноса легално стеченог програма, под условом да првобитни стицалац учини неупотребљивим компјутерски програм који продаје на свом рачунару у време његове продаје.³¹ У овом случају Суд је чак закључио да „*on-line* преношење програма представља функционални еквивалент предаји материјалног носача.”³²

²⁶ Sijef van Erp, *Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 18.

²⁷ *Ibid.*, 18, 22, 23.

²⁸ Case C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407.

²⁹ Вид. пасус 42 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

³⁰ Вид. пасусе 45, 46 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

³¹ Вид. пасусе 77, 78 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

³² Вид. пасус 61 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

Иако поједини теоретичари тврде да је став Суда у случају *UsedSoft* ограничен на примену правила о исцрпљењу права и да се, стога, не може прихватити као опште правило³³, могуће је да он наговештава промене које постепено налазе своју пут, за почетак кроз тумачење судова, а у скорије време вероватно и кроз одговарајућу легислативу.

Када је реч о објекту потенцијалног права својине на подацима, поставља се питање да ли својина може постојати на појединачним подацима, или је једино оправдано њено евентуално признавање на скуповима података (на енгл. *data sets*).³⁴ Осим тога, спорно је и да ли се може говорити о својини података као јединственом концепту, имајући у виду постојање различитих врста података. О овим питањима, за сада, нису формиран јасни теоријски ставови.

3.2.1.2. Правни режим носача података и података похрањених на носачу

Одређивање односа носача података и података похрањених на њему је битно из угла заштите података. У вези са тим се поставља питање да ли подаци који су депоновани на извесном носачу аутоматски потпадају под исти правни режим као и сам носач. О томе постоје различита теоријска становишта. Док поједини аутори истичу да стварно право није прилагођено уређивању неривалитетних овлашћења на подацима³⁵, други сматрају да се, под одређеним условима, заштита носача, и то како својинскоправна тако и државинска, може проширити и на заштиту података који су одређени у њему.³⁶

У прилог другом ставу се наводе различити аргументи. Један од њих заговара немачки професор Гросскопф (*Grosskopf*). Према његовом виђењу, подаци се могу сматрати плодом носача, јер се њиховим бележењем не црпи супстанца носача.³⁷ По том основу, плод припада власнику плодносне ствари. Ипак, према владајућем мишљењу, овај став није прихватљив, јер подаци не потичу изворно од самог носача, већ се само похрањују на њему.³⁸ Осим тога, у делу теорије је заступљено и мишљење да подаци представљају потпуно инкорпорисани део носача, јер је реч о тако повезаним деловима

³³ J. Drex1, 28,

³⁴ Maximilian Becker, „Rechte an Industrial Data und die DSM Strategie“, *GRUR Newsletter* 01/2016, 7; J. Drex1, 13, 39.

³⁵ L. Specht, 292.

³⁶ Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 46.

³⁷ Lambert Grosskopf, „Rechte an privat erhobenen Geo- und Telemetriedaten“, *IP Rechtsberater* 11/2011, 173.

³⁸ L. Specht, 292.

који се не могу раздвојити без оштећења, односно уништења.³⁹ У том случају, носач и податке похрањене на њему треба квалификовати као једну ствар која се штити у складу са правилима стварног права. У прилог овом ставу може се навести случај у коме је суд нашао да намерно изазивање прекида струје на компјутеру, који је довео до уништења података представља повреду права својине на хард диску на коме су уништени подаци претходно били похрањени.⁴⁰ На тој линији резоновања је био и Виши регионални суд у Карлсруеу (*Oberlandesgericht Karlsruhe*) који је заузео став да брисање података са њиховог носача може да доведе до повреде права својине на самом носачу.⁴¹ У вези са опредељивањем односа података и носача, треба споменути и став према коме се спајање података и носача независно од воље ималаца права на њима има решити применом правила о спајању, односно мешању као врсти прираштаја.⁴²

Ипак, алокација података посредством својине на носачу није увек прихватљива. У вези са тим је потребно разликовати две ситуације. Прва постоји у случају када је власник носача уједно овлашћен да приступи подацима депонованим на њему. Тада делује оправдано проширење стварноправне заштите на носачу и на податке складиштене на њему. Ово тим пре што се суштина својине састоји у могућности власника да према својој ствари поступа према свом нахођењу, што укључује и његову могућност да несметано приступи и користи податке инкорпорисане на носачу. У супротном би уживање својине на носачу било умањено или чак онемогућено у случају мењања или брисања података похрањених на њему.⁴³

У другој ситуацији, пак, лице које је власник носача не фигурира уједно као овлашћени титулар података похрањених на њему. У тим околностима, власништво на носачу нема за аутоматску последицу и уживање права на подацима који су инкорпорисани у њему, због чега је нужно раздвајање правног режима носача од правног режима података депонованих на њему.

Раздвајање правног режима носача од података похрањених на њему потенцира растући тренд депоновања података на туђем серверу преко *cloud computing* услуга. У овом случају није могуће похрањене податке штитити посредством права својине на њиховом носачу, јер пружалац *cloud computing*

³⁹ Нав. према: Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band 1: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, München 2015, 163, фн. 205.

⁴⁰ LG Osnabrück, 09.08.2011 – 14 O 542/10.

⁴¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.1995 – 3 U 15/95.

⁴² Вид. мишљење Вишег регионалног суда у Келну у случају Тонских снимака канцелара Кола, пасус 6 пресуде Савезног врховног суда Немачке: BGH, Urteil vom 10. Juli 2015 – V ZR 206/14 – OLG Köln, LG Köln.

⁴³ Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 54.

услуге има само фактичку контролу над подацима, док они и даље, правно гледано, припадају кориснику услуга *cloud computing*-а.

Ситуације у којима се подаци не могу штитити посредством права својине на њиховом носачу, актуелизовале су питање правних средстава која имаоцу података стоје на располагању у случају да њихов фактички ималац одбија да их врати. У досадашњој судској пракси земаља које не познају изричит законски основ за реституцију података једног лица који се нађу у фактичкој контроли другог лица, судови су аналогно примењивали правила о повраћају индивидуално одређених ствари тј. *Actio rei vindicatio*. Повраћај података се у овом случају реализује на тај начин што би тужиоцу била предата копија тражених података уз истовремено налагање туженом да их избрише са свог сервера или другог носача.⁴⁴ Ипак, поставља се питање да ли је таквим налогом туженом проблем решен. Наиме, и након брисања податка са своје меморије тужени и даље може да га злоупотреби на основу чињенице да има сазнање о њему и о његовој садржини. Другим речима, тужени и након враћања спорних података тужиоцу и њиховог брисања са своје меморије може да их реконструише. Ова могућност нам указује да брисање податка са меморије туженог није довољно, него да треба отићи и корак даље и туженом забранити сваку даљу реконструкцију и употребу тужиочевих података, под претњом изрицања новчане казне.

Осим тога, у неколико случајева у пракси је искрело питање да ли се ималац права на подацима који се чувају код трећег може позвати на излучно право уколико над компанијом која фактички чува податке буде покренут стечајни поступак. Наиме, излучно право је право лица да на основу свог стварног или личног права тражи да се одређена ствар издвоји из стечајне масе дужника.⁴⁵ Стриктним тумачењем ове одредбе долази се до закључка да предмет излучења у контексту стечаја могу бити само индивидуално одређене ствари, што подаци, према владајућем мишљењу нису. Уважавајући овај проблем, поједине земље су прилагодили формулације својих законских текстова. Тако, на пример, чл. 567, ст. 2 Трговачког законика Луксембурга гласи: „Незаменљива, бестелесна лична имовина која је у државини стечајног дужника може бити захтевана од стране особе која их је поверила стечајном дужнику или од стране власника, под условом да се она може одвојити од свих других незаменљивих покретних ствари у време отварања поступка, с тим да ће све трошкове у вези са тим сносити подносилац захтева“.⁴⁶

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.9.2012 – I-6 U 241/11, пасус 34; BGH Urt. v. 17.04.1996, Az.: VIII ZR 5/95.

⁴⁵ Вид. чл. 50 Закона о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (*Одлука Уставног суда*), 83/2014, 113/2017, 44/2018.

⁴⁶ Више о томе вид. Sjef van Erp, 18, 19.

На крају, поставља се питање да ли је заштита података посредством својине на њиховом носачу адекватна у контексту података који се аутоматски генеришу употребом *IoT* уређаја и у домену индустрије 4.0. У теорији се скреће пажња на могуће недостатке оваквог решења утолико што би тако произведени подаци припадали власнику паметног уређаја, независно од тога ко тај уређај користи у конкретном случају, те да такво решење не би уважило интересе свих лица која потенцијално могу бити укључена у њихово генерисање.⁴⁷

3.2.1.3. Заштита података путем новог права интелектуалне својине

У оквиру расправе о признању апсолутног права на подацима, у теорији су артикулисани и предлози за увођење новог права интелектуалне својине којим би се штитили подаци који настају употребом паметних уређаја. Аутори који заговарају ову идеју сматрају да се не сме занемарити економска вредност ових података, и да, стога, има основа размишљати о увођењу новог „права произвођача података“ (на енгл. *data producer's right*). Према њиховој визији, радило би се о новом праву интелектуалне својине којим би се штитили подаци који настају употребом паметних уређаја чији се корисник јавља у улози њиховог произвођача.⁴⁸ Признавањем овог права се жели омогућити кориснику паметног уређаја, кроз чију употребу се генеришу одређени подаци, да учествује у делу прихода који се остварују на основу обраде тако генерисаних података.

О овом новом праву интелектуалне својине се не дискутује само у научним круговима, већ је његово увођење размотрено и у Саопштењу Европске комисије под називом „*Изградња евројске економије њодајџа*“⁴⁹ и детаљно објашњено у пратећем документу уз то Саопштење. Према виђењу Комисије, радило би се о праву које би се односило на неличне, анонимне податке који се генеришу употребом паметних уређаја које би титулару донело искључиво овлашћење на употребу таквих података, укључујући и право уступања лиценце за њихову употребу. Оно би укључивало сет овла-

⁴⁷ Т. Ј. Farkas, 11.

⁴⁸ Herbert Zech, „„Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt“, *GRUR* 2015, 1151; Arthur-Axel Wandtke, „Ökonomischer Wert von persönlichen Daten – Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht“, *MMR* 2017, 6; Karl-Heinz Fezer, „Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten“, *MMR* 2017, 3. Нав. према: Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 92.

⁴⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Building a European Data Economy”, Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 9 final, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy>, 13. јун 2018.

шћења супротстављивих трећим лицима уз истовремено гарантовање права титулару да потражује накнаду штете у случају неовлашћеног приступа и употребе тих података.⁵⁰

Овај предлог Комисије је наишао на оштру критику научне јавности⁵¹ уз напомену да би се ово право косило са основном идејом права интелектуалне својине да подаци као такви треба да буду слободни.⁵²

3.2.2. Арђументи и проишв зашћиине иодајака иризнавањем айсолуиноџ ирава

Иако се расправа о потреби и оправданости признавања апсолутног права на подацима већ неко време активно води у научним и стручним круговима, али и на политичком нивоу, за сада делује да још није сазрело време за такву новину. У прилог томе говори подугачка листа аргумената.

Разлози који негирају потребу увођења новог апсолутног права на подацима се, пре свега, тичу очувања општег интереса оличеног у слободном протоку података.⁵³ Као препреке за признавање новог апсолутног права се наводе и својства података, а пре свега одсуство ривалитета, тј. могућност њиховог истовременог коришћења у пуном обиму од стране више субјеката. Листи аргумената против се додају и тешкоће у изналажењу адекватних критеријума за одређивање титулара новог права⁵⁴, као и велика разноврсност података.⁵⁵ Признавање апсолутног права на подацима би било незамисливо без истовременог предвиђања низа изузетака и ограничења, која је, пак, тешко унапред предвидети. Поврх тога, упитно је и то да ли би ново право дугорочно гледано могло да одговори изазовима дигиталне технологије коју карактеришу изразито брзе промене. Истовремено се указује на негативан утицај потенцијалног апсолутног права на обраду великих података, чији су резултати прецизнији, па самим тим и вреднији уколико обухватају већу количину података.⁵⁶ Овом низу се додаје и став да фактичка искључивост,

⁵⁰ Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, Accompanying the document Communication Building a European data economy, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 2 final, 33.

⁵¹ Више о томе вид. у: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy.

⁵² Више о томе вид. у: Bernt Hugenholtz, "The "Data Producer's Right": Unwelcome Guest in the House of IP", *Kluwer Copyright Blog*, August 25, 2017, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/08/25/data-producers-right-unwelcomегuest-house-ip/>, 13. јун. 2018.

⁵³ J. Drex1, 28.

⁵⁴ *Ibid.*, 6, 28

⁵⁵ T. Heymann, 810.

⁵⁶ M. Dornеr, 626.

која се постиже применом техничких мера⁵⁷, већ даје добре резултате, те да би увођење новог права у овом моменту било преурањено. Посебан изазов за ново апсолутно право на подацима представљале би тешкоће, а можда чак и техничка неизводљивост у његовом спровођењу.⁵⁸

3.2.3. Уговорној правна заштити података

Противници увођења новог апсолутног права на подацима предлажу да се односи међу субјектима поводом података уреде на уговорној основи, што представља тренутни *modus operandi*. Заговорници овог модела заштите истичу да је уговор пуно флексибилнији и да омогућује контракторима да његову садржину прилагоде околностима конкретног случаја, односно потребама конкретног сектора пословања.⁵⁹ Према њиховом мишљењу, комбинацијом техничких мера заштите и одговарајућим уговорним одредбама може се постићи прихватљиви ниво заштите. У том смислу, потребно је сва права и обавезе у вези са подацима детаљно уредити уговором уз предвиђање уговорне казне у случају неизвршења или задоцњења у испуњењу⁶⁰ неке од уговорних обавеза.

Нека од питања која би требало уредити уговором су: ко и у ком обиму има право да приступи којим подацима; за које сврхе се подаци могу користити, на које начине се подаци могу привредно искоришћавати; који облици коришћења података би се сматрали дозвољеним, а који забрањеним; на који начин се прибављени подаци морају чувати; да ли се подаци смеју даље преносити; да ли се права из уговора гарантују уз накнаду; да ли информације до којих се дође обрадом података треба држати у тајности; ко се има сматрати „господаром“ података за питања која нису изричито уређена уговором и др.⁶¹

С обзиром на то да уговорноправни оквир може функционисати само у границама слободе уговарања, те да је он неефикасан у случају да субјект који има фактичку контролу на подацима одбија да омогући приступ заинтересованим лицима⁶², потребно је ограничити слободу уговарања. Сходно томе, когентним нормама треба уредити случајеве обавезног закључење

⁵⁷ Више о томе вид. у: Сања Радовановић, „Технолошке мере у систему заштите ауторског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 399-411.

⁵⁸ Peter Hoppen, „Sicherung von Eigentumsrechten an Daten“, *Computer und Recht* 2015/12, 802.

⁵⁹ J. Drexler, 41.

⁶⁰ Више о томе вид. у: Сања Радовановић, *Акцесорносни уговорне казне у српском праву*, Нови Сад 2017, 37-38.

⁶¹ Konrad Zdanowiecki, „Recht an den Daten“ у: *Gutachten von Noerr LLP im Auftrag des BDI, Digitalisierte Wirtschaft/Industrie* 4.0, November 2015, 26, 27.

⁶² J. Drexler, 41.

уговора⁶³ ради омогућавања приступа одређеним подацима у корист одређених субјеката. Истовремено би требало искључити могућност одрицања права на приступ подацима уз прописивање да евентуално одрицање неће производити дејство. На тај начин би се спречила злоупотреба моћније позиције субјеката који имају фактичку контролу на подацима и ефикасно остваривање овог права у пракси.⁶⁴ Посебно је питање да ли би било довољно на један општи начин уредити правила о приступу подацима, или би, пак, било боље предвидети различита правила у зависности од области на коју би се подаци односили.

4. ЗАКЉУЧАК

У раду је анализиран грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја. У контексту четврте индустријске револуције и интернета ствари, посебна пажња је посвећена питању да ли се подаци који настају употребом паметних уређаја могу сматрати објектима апсолутног права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим.

Када је реч о својинскоправној заштити података, она, бар за сада, делује неостварива будући да се подацима негира карактер телесних ствари, па самим тим и могућност њиховог подвођења под систем заштите који је својствен материјалним добрима. Ипак, из судске праксе појединих земаља може се уочити тренд уважавања новина савременог доба и, сходно томе, прилагођавања традиционалних института новим феноменима. У том смислу, поједини судови повреду интегритета података штите аналогно повреди права својине, чак и у одсуству оштећења или уништења материјалног носача на коме су подаци похрањени.

Иако има доктринарних предлога о реконцептуализацији традиционалног поимања права својине кроз увођење различитих врста и степена права својине, делује да би уместо мењања физиономије фундаменталног грађанскоправног института – својине пожељније било установити ново *sui generis* право које би садржало поједина искључива овлашћења прилагођена специфичним својствима података. Идеја о увођењу новог права отвара читав низ питања: ко би био титулар тог права, из којих би се овлашћења оно састојало, да ли би било временски ограничено, да ли би у општем интересу била предвиђена извесна ограничења и изузеци и сл.

⁶³ Више о томе вид. у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2017, 124, 125.

⁶⁴ Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy", 9, 10.

Осим својинскоправне заштите, у теорији, али и у званичним саопштењима Европске комисије, разматра се и могућност увођења новог права интелектуалне својине у виду права произвођача података. Заговорници овог новог права сматрају да се не сме занемарити економска вредност ових података, као ни допринос корисника паметних уређаја у њиховом настанку. Међутим, овај предлог није наишао на подршку шире научне и стручне јавности и, према свему судећи, неће постати део важећег права.

Због бројних отворених питања која искрсавају у вези са евентуалним признавањем апсолутног права на подацима, у делу теорије су формулисани алтернативни предлози. Сходно њима, правне односе поводом података који настају употребом паметних уређаја треба уредити на уговорноправној основи уз предвиђање обавезног закључења уговора у случајевима који би оправдали приступ подацима у корист одређених субјеката у одсуству воље имаоца податка. Ипак, треба указати да наведена алтернатива не пружа решење у случају да неовлашћени ималац неког податка, или лице коме је престало овлашћење да држи туђе податке, одбија да их врати њиховом законитом имаоцу. Делује да би се овај проблем могао решити само признавањем искључивог овлашћења на подацима.

С обзиром на значај и вредност коју имају подаци који се генеришу у дигиталној ери, нема сумње да ће расправе о њиховом могућем правном режиму окупирати пажњу теоретичара и у будућности. На основу анализе теоријских предлога, делује да би најпожељније било установити ново *sui generis* право чија би овлашћења била прилагођена специфичностима података. У ком правцу ће тећи даљи развој, остаје да се види. У сваком случају, делује да право неће моћи да остане имуно на промене које је донео талас дигитализације, јер, у супротном неће бити у стању да одговори захтевима савременог доба.

*Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs*

Civil Law Regime of Data Generated by the Use of Smart Devices

***Abstract:** The paper analyses civil law regime of data generated by the use of smart devices. The examination has been given from the viewpoint of domestic and supranational legal sources, as well as from the standpoints brought forward by the jurisprudence and doctrine on how to deal with novelties connected to the digital era. In the context of Industry 4.0 and Internet of Things, special attention has been paid to the question whether data generated by the use of smart devices should be considered objects of absolute right, or, it would be better to rely on contractual framework in order to regulate social relations with regard to such data. Subsequently, the possibility of extending legal protection of tangible data carrier over the data stored in it has been considered. In addition to that, some emerging practical issues connected to the rising trend of separation of factual and legal control of data have been presented.*

***Keywords:** smart devices, data ownership, data producer's right, right of access to data.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.