

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА У ДИГИТАЛНО ДОБА

Зборник студентских радова

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Библиотека
ЗБОРНИЦИ

Интелектуална својина у дигитално доба
Зборник студентских радова

Уредник издања

проф. др Душан В. Поповић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду
Центар за издаваштво

За издавача

Проф. др Зоран Мирковић, декан

Уредник издавачке делатности

проф. др Вук Радовић

Рецензенти

проф. др Предраг Цветковић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
проф. др Татјана Јевремовић Петровић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду
проф. др Сања Радовановић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду



*Издавање овог зборника финансијски је помогла
Фондација „Регистар националног интернет домена Србије“.*

© Правни факултет Универзитета у Београду, 2020.

Сва права задржана. Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или преношен било којим средством – електронским, механичким, копирањем, снимањем или на било који други начин без претходне сагласности аутора и издавача.

www.ius.bg.ac.rs

ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА У ДИГИТАЛНО ДОБА

Зборник студентских радова

Уредник
проф. др Душан В. Поповић

Београд, 2020.

САДРЖАЈ

Реч уредника	7
<i>Новак Вујичић</i>	
Повреда ауторског и сродних права коришћењем онлајн платформи за директну размену садржаја између корисника интернета	9
<i>Ана Ашковић</i>	
Развој вештачке интелигенције и ауторско право	35
<i>Милица Жаркић</i>	
Сукоб надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жига на интернету	59
<i>Павле Тасић</i>	
Правне последице коришћења туђих ауторских дела на друштвеним мрежама	83
<i>Срђан Дејановић</i>	
Блокчејн технологија и њен утицај на ауторско право	107

РЕЧ УРЕДНИКА

Захваљујући интернету, право интелектуалне својине постало је предмет интересовања не само стручне јавности, већ и најширег круга корисника светске мреже. Допуштеност коришћења туђих ауторских дела на интернету, употреба жигом заштићених ознака, надлежност за вођење спорова због повреде субјективних права интелектуалне својине у онлајн окружењу, само су нека од сложених питања која се постављају у савременом праву интелектуалне својине. Велики део материје која се изучава у оквиру мастер студија права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду посвећен је управо правном режиму коришћења заштићених интелектуалних добара на интернету. Међу бројним и вредним мастер радовима одбрањеним на нашем факултету у последњих седам година, од обнављања и осавремењивања овог смера мастер студија, одабрано је пет који својим квалитетом и актуелношћу завређују додатно представљање јавности у оквиру овог зборника. Мастер радови прерађени су у чланке и по потреби ажурирани.

Велику захвалност дугујемо Фондацији „Регистар националног интернет домена Србије” (РНИДС) која је финансијски помогла издавање овог зборника. РНИДС већ годинама подржава и наше друге активности, као што је традиционална конференција „Интелектуална својина и интернет”. У договору са донатором, а у складу са тематиком радова, одлучили смо да овај зборник издамо у дигиталном облику, у режиму отвореног приступа.

Поносни на наше некадашње студенте, а сада признате младе стручњаке за право интелектуалне својине, предајемо суду јавности зборник „Интелектуална својина у дигитално доба”.

проф. др Душан В. Поповић

ПОВРЕДА АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА КОРИШЋЕЊЕМ ОНЛАЈН ПЛАТФОРМИ ЗА ДИРЕКТНУ РАЗМЕНУ САДРЖАЈА ИЗМЕЂУ КОРИСНИКА ИНТЕРНЕТА*

Популаризација онлајн илајформи за директну размену садржаја између корисника инјернета и њихово масовно коришћење за неовлашћену размену зашћићених садржаја сћавили су на шест иосћојеће механизме аућорскојравне и сроднојравне зашћиће. У вези са тим, иојавила су се бројна иићања која ираже одјовор. Предмет рада јесте ујраво анализа једној иаковој иићања – иићања одрећивања радњи иовреда аућорској и сродних ирава до којих може доћи ириликом коришћења онлајн илајформи за директну размену садржаја. Анализа иоказује које иачно иовреде моју учиниће корисници илајформи, а које иосредници који омоћућавају функционисање тих илајформи. При иоме, указује се на одрећене недоречености које се моју јавиће ириликом ушћрћивања иосћојања радње иовреде ирава код коришћења онлајн илајформи за директну размену садржаја.

Кључне речи: Аућорско ираво. – Сродна ирава. – Повреда ирава. – Онлајн илајформе за директну размену садржаја између корисника инјернета. – Инјернет иосредници.

1. УВОД

Последњих деценија развојем онлајн платформи за директну размену садржаја између корисника интернета (даље у тексту: платформе за директну размену садржаја) омогућена је размена садржаја на интернету у размерама које су раније биле незамисливе. Корисницима интернета пружена је могућност да коришћењем таквих онлајн платформи једноставно и брзо (некад за само неколико секунди) приступе и уживају у жељеним садржајима. У томе и лежи један од кључних разлога популаризације и омасовљавања њиховог коришћења. Иако су позитивне стране платформи за директну размену садржаја неспорне (на пример повећане могућности за културну размену, кому-

* Овај чланак представља прераћену (скраћену и ажурирану) верзију истоименог мастер рада, одбраћеног 15. јула 2014. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Душан В. Поповић, а одбраћен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

никацију и друге), негативна страна је то што се оне у највећем броју случајева користе за неовлашћену размену садржаја заштићених ауторским правом и сродним правима. Такво стање ствари отвара бројна питања у вези са ауторскоправном и сродноправном заштитом од повреда права учињених коришћењем тих платформи. Нека од тих питања су: а) које тачно радње корисника онлајн платформи за директну размену садржаја могу бити оквалификоване као радње повреде ауторског и сродних права?; б) да ли и посредници такође могу бити одговорни за повреду права учињену помоћу тих платформи, а не само корисници; в) како на ефикасан начин открити учињене повреде права и њихове учиниоце имајући у виду природу комуникације у онлајн окружењу коју карактеришу масовност и анонимност; г) како предупредити и санкционисати масовне повреде права које се чине путем платформи?; д) да ли интернет посредници треба активно да учествују у спречавању таквих повреда права и друга повезана питања. Теоретичари и практичари који се баве ауторским правом и сродним правима, већ скоро две деценију, покушавају да изнађу одговоре на наведена питања.

У раду ћемо се усредсредити само на једно питање које се овде јавља и то питање одређивања опсега потенцијалних радњи повреде ауторског и сродних права¹ код коришћења предметних платформи. Циљ рада је да покуша да укаже које тачно радње учињене приликом коришћења онлајн платформи за директну размену садржаја, а нарочито коришћењем бит-торент платформи (енгл. *BitTorrent platforms*), могу бити оквалификоване као радње повреде ауторског и сродних права и ко чини те радње.² Фокус рада је на праву Србије, уз нарочит осврт на значајније примере судске праксе страних судова.

Полазећи од назначеног циља, рад је структурисан у три целине. На почетку се налази кратак приказ начина функционисања онлајн платформи за директну размену садржаја генерално, а посебно бит-торент платформи. У оквиру тог дела прави се разлика између субјеката који директно учествују у таквој онлајн размени садржаја – корисника платформи, те субјекта који омогућавају ту размену – посредника. У складу са тако установљеном поделом, у другом делу рада се анализира повреда ауторског права и сродних права која може бити учињена од стране корисника онлајн платформи за директну размену садржаја, док се трећи део бави улогом посредника у таквој повреди.

-
- 1 За потребе овог рада се под појмом повреде сродних права мисли на повреду права интерпретатора, права произвођача фонограма, права произвођача видеограма, права произвођача емисије, права произвођача базе података и права првог издавача слободног дела, ако другачије није наглашено.
 - 2 Интересовање рада је усмерено на грађанскоправне аспекте радње повреде ауторског и сродних права коришћењем онлајн платформи за директну размену садржаја, па ће по страни бити остављена евентуална казнена одговорност која се овде може јавити.

2. ОНЛАЈН ПЛАТФОРМЕ ЗА ДИРЕКТНУ РАЗМЕНУ САДРЖАЈА ИЗМЕЂУ КОРИСНИКА ИНТЕРНЕТА

2.1. Начин функционисања

Коришћење онлајн платформи за директну размену садржаја (енгл. *peer to peer file sharing platforms*) представља један од начина размене садржаја на интернету. Специфичност платформи за директну размену садржаја јесте то што оне омогућавају корисницима интернета да размењују садржаје, похрањене у меморијама својих рачунара, непосредно међу собом, без или уз ограничену улогу централног – наменског сервера на који се постављају садржаји за преузимање. Оне почивају на успостављању *P2P* интернет мреже (енгл. *peer to peer network*, скраћено *P2P*) између корисника интернета који размењују садржаје.³ Размена у оквиру *P2P* интернет мреже одступа од класичне структуре размене на интернету по принципу клијент-сервер (корисник-клијент преузима садржај похрањен на серверу). Код *P2P* интернет мреже, помоћу посебних технологија, омогућава се непосредан контакт између корисника и директна размена садржаја међу њима. Корисник интернета који се укључи у *P2P* интернет мрежу по правилу пристаје да се одређени садржаји похрањени у меморији његовог рачунара (у форми датотека), помоћу посебних рачунарских програма, учине доступним за претраживање и преузимање другим корисницима у мрежи. На тај начин се у кориснику интернета кумулирају: улога клијента, када претражује и преузима датотеке, улога сервера, када се преузимају датотеке из меморије његовог рачунара, као и улога *peer*-а, када се чине обе те радње.⁴ Треба додати, да саме технологије (рачунарски програми), које омогућавају функционисање *P2P* интернет мреже, углавном имају улогу пуког преносиоца размене, те да је контрола размене (поготово њеног садржаја) по правилу у потпуности у рукама корисника.

Популаризација употребе онлајн платформи за директну размену садржаја везује се за почетак рада онлајн платформе *Napster* у јуну 1999. године. *Napster* је омогућавао корисницима да директно међу собом размењују аудио записе који су били похрањени у меморијама њихових рачунара. Корисници су се међусобно повезивали посредством *Napster* веб-сајта на коме су се налазили база података о свим корисницима платформе и о аудио записима на њиховим рачунарима, као и претраживач те базе. Уношењем имена извођача или назива песме у претраживач, корисник би добио листу свих аудио записа доступних за преузимање и

3 У литератури из области информационих технологија на српском језику енглески термин *P2P* мреже се не преводи, те ће се и у овом раду користити у изворном облику (слободан превод на српски био би „исти са истим” или „сваки са сваким”). Вид. Дејан Симић, *Основе информационо комуникационих технологија*, Факултет организационих наука Универзитета у Београду, Београд 2011, 106–152.

4 Felix Oberholzer-Gee, Koleman Strumpf, „File Sharing and Copyright”, *Innovation Policy and the Economy-Chicago Journals* 10(1)/2010, 19–24.

требало је само да кликне мишем на жељени запис како би отпочео преузимање помоћу посебног *Napster* рачунарског програма. Размена аудио записа се одвијала искључиво између корисника, који су у том тренутку били онлајн, тако да аудио записи никад нису били смештени на *Napster*-овом серверу. Због своје зависности од централног сервера (*Napster* веб-сајта) на коме се налазила база података о корисницима и датотекама доступним за размену са претраживачем, *Napster* платформа се често означава као централизована онлајн платформа за директну размену садржаја. Развој онлајн платформи за директну размену садржаја је након *Napster*-а ишао у правцу децентрализације размене на тим платформама, односно умањивања зависности од централног сервера и заштите анонимности свих учесника у размени. Разлози за такав правац развоја се донекле могу тражити у проблемима са којима се *Napster* суочавао због спора покренутог против њега због повреде ауторског права (више видети у наставку). Касније генерације платформи које су појављивале након *Napster*-а биле су, по правилу, или у потпуности децентрализоване (функционисале су у потпуности без централног сервера) или хибридне,⁵ а углавном и са унапређеним системима заштите анонимности учесника. Такво су почетком 2000-их година развијене познатије платформе као што су *Grokster*, *Gnutella*, *KaZaA*, *Freenet*, а нове платформе се развијају и данас.⁶ Ипак, може се рећи да је најпопуларнија од каснијих платформи бит-торент технологија за директну размену садржаја између корисника интернета која се појавила још 2001. године и убрзо након тога постала најкоришћенија технологија те врсте. Због тога ће њој у раду бити посвећена посебна пажња.

Бит-торент платформе су засноване на бит-торент комуникационом протоколу који омогућава значајно бржу размену у односу на претходне платформе. Иако је сам поступак размене помоћу ових платформи изузетно сложен, за крајњег корисника њихово коришћење је крајње једноставно. Корисник интернета треба само да предузме неколико корака како би дошао до жељеног садржаја. Први корак јесте да корисник инсталира на свом рачунару посебан рачунарски програм – бит-торент клијент (енгл. *Bit-torrent client*) који се бесплатно може преузети на интернету. Затим треба да оде на неки од веб-сајтова на којима се налазе претраживачи дот-торент датотека (енгл. *.torrent files*). Дот-торент датотеке су посебна врста датотека које садрже само одређене метаподатке неопходне за размену датотека са садржајем путем бит-торент платформи (оне не садрже тражене аудио, видео, текстуалне и друге записе).

-
- 5 Код децентрализованих платформи због недостатка централног сервера, сви корисници директно међусобно комуницирају и размењују садржаје (по принципу упућивања захтева и одговора на те захтеве). Хибридне платформе садрже елементе оба претходна модела платформи и за њих је карактеристично постојање тзв. супер чворова (енгл. *super nodes*) – рачунара корисника платформе који донекле преузимају улогу централног сервера.
- 6 Sherri Mabry Gordon, *Downloading Copyrighted Stuff From the Internet: Stealing Or Fair Use?*, Enslow Publishers, Inc., Berkeley Heights 2005, 20–25.

Њихова функција јесте да рачунарском програму бит-торент клијенту дају довољно података да се повеже у одговарајућу мрежу корисника који размењују жељени садржај. Помоћу претраживача корисник треба да пронађе одговарајућу дот-торент датотеку која се односи на садржај који жели да преузме (потребно је само да унесе у претраживач наслов или делове наслова тражене песме, филма, видео игре и слично) и потом да преузме ту дот-торент датотеку (за то је углавном довољан један клик). Преузимањем дот-торент датотеке углавном се аутоматски активира бит-торент клијент на рачунару корисника и почиње преузимање жељеног садржаја, односно размена. Од тог тренутка корисник само треба да сачека да се размена заврши и није потребно да предузима додатне радње. Због такве једноставности коришћења корисници најчешће нису у потпуности упознати како сам поступак размене садржаја помоћу бит-торент платформи функционише и колико је комплексан. Овде ћемо га описати у кратким цртама.

Поступак размене садржаја помоћу бит-торент платформи се може упоредити са слагањем слагалице, јер се датотеке са садржајем размењују у деловима и „слажу” у меморијама рачунара корисника. Наиме, по преузимању дот-торент датотеке рачунарски програм бит-торент клијент користи податке из те датотеке како би се повезао у мрежу корисника који размењују делове датотеке/а са садржајем. Та мрежа корисника који међусобно размењују појединачни садржај (који се може састојати из једне или више датотека – фолдера) се зове сворм (енгл. *swarm*). Иницијални учесник сворма јесте корисник интернета који је креирао дот-торент датотеку (помоћу бит-торент клијента) и поставио је на интернет са намером да одређени садржај смештен у меморији свог рачунара учини доступним другима путем бит-торент платформи. Дот-торент датотека служи као „путоказ” до сворма, односно меморија рачунара учесника у сворму. У оквиру сворма сви корисници преузимају једни од других делове датотека са садржајем чиме се повећава брзина размене, јер се датотеке не преузимају само од једног корисника. Додатно, сви корисници из сворма истовремено преузимају (енгл. *download*) делове датотека који им недостају и по правилу одашиљу (енгл. *upload*) већ преузете делове у сворм другим корисницима. Тако, чим бит-торент клијент преузме први део одређене датотеке он истовремено отпочиње и да га одашиље у сворм, и тако са сваким следећим делом, све док не преузме датотеку у целости, када наставља само да одашиље њене делове.⁷ Крајњи циљ јесте да сваки корисник из сворма састави целу датотеку као „слагалицу” у меморији свог рачунара. Састављање целе датотеке је неопходно јер су делови који се размењују самостално не-

7 Корисник платформе који је преузео целу датотеку са садржајем и само одашиље датотеку назива се *seeder*, корисник који преузима и одашиље делове датотеке подједнаком брзином назива се *peer*, а онај који преузима датотеку, а одашиље знатно мањом брзином назива се *leecher*. Kurose, Keith Ross, *Уређивање рачунара: од врха ка дну*, СЕТ Computer Equipment and Trade, Рачунарски факултет – Portalibris, Београд 2014, 144–151.

употребљиви.⁸ Старије верзије бит-торент платформи ослањале су се на помоћ наменског сервера тзв. трекера – пратиоца (енгл. *tracker*). Такав сервер је поседовао податке о свим корисницима из сворма које је достављао сваком новом бит-торент клијенту који се са њим повеже, како би му омогућио да приступи сворму. На тај начин трекер је олакшавао повезивање корисника у сворм. Новије верзије бит-торент платформи користе тзв. магнетне линкове којим омогућавају директно повезивање корисника у сворм и без трекера.⁹ Предочени систем размене омогућава да на стотине, хиљаде корисника учествује истовремено у размени једног појединачног садржаја. Штавише, већи број корисника у сворму повећава брзину размене, јер већи број лица одашиље делове датотеке на мрежу. Брзина преузимања садржаја помоћу бит торент платформи се мери у минутима, па чак и у секундама, што их је учинило изузетно популарним.¹⁰

Проблем са бит-торент платформама, карактеристичан и за друге онлајн платформе за директну размену садржаја, јесте то што се оне у највећем броју случајева користе за неовлашћену размену заштићених ауторских дела и предмета сродних права. То их је и ставило под лупу ауторског и сродних права. Не треба ипак заборавити да коришћење бит-торент платформи, као ни других сличних платформи само по себи не представља повреду ауторског и сродних права. Оне су само средство помоћу којих се повреде учестало врше.¹¹

2.2. Учесници у размени

На основу изложеног приказа начина функционисања онлајн платформи за директну размену садржаја можемо приметити да постоје две групе учесника у размени садржаја која се одвија помоћу предметних платформи. Прву групу чине корисници платформи – непосредни учесници у размени, а у другој групи су посредници који пружајући своје

- 8 *Ibid.* У неким случајевима делови датотека који се размењују путем бит-торент платформи могу бити самостално употребљиви. Како су ти случајеви ретки неће бити анализирани у раду.
- 9 Занимљив опис рада бит-торент платформи је дао аустралијски суд у предмету *Roadshow Films Pty Ltd and Ors v iiNet Limited* правећи аналогију посматране платформе са пиратством у коме датотека која се размењује представља благо, бит-торент клијент брод, дот-торент датотеке мапу са благом, а интернет страница *the Pirate Bay* која обезбеђује бесплатне мапе са благом је мудри старац који помаже приликом тумачења мапе. Федерални суд Аустралије, *Roadshow Films Pty Ltd and Ors v iiNet Limited*, предмет бр. [2010] FCA 24, 4. фебруар 2010, § 70, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2010/24.html> (12.12.2019).
- 10 Треба напоменути да бит-торент технологије стално напредују омогућавајући нове облике искоришћавања садржаја на интернету, као што је бит-торент стриминг.
- 11 Тако, према незваничним подацима најпреузиманија датотека уз помоћ бит-торент платформе у 2013. години је датотека са музичким делима у јавном домену. Вид. *TorrentFreak, And the Most Downloaded Torrent of 2013 is... Completely Legal*, <http://torrentfreak.com/and-the-most-downloaded-torrent-of-2013-is-completely-legal-140116/> (12.12.2019).

услуге омогућавају корисницима употребу платформи – посредни учесници у размени. За функционисање онлајн платформе за директну размену садржаја између корисника интернета потребна су најмање три лица и то два корисника интернета и један посредник који ће омогућити приступ интернету и пренос садржаја. Међутим, већина онлајн платформи те врсте захтева учешће много већег броја лица, како корисника, тако и посредника.

Правни положај свих корисника платформи, а ни свих посредника у вези са коришћењем предметних платформи није увек исти. Тако, могу се разликовати најмање две групе корисника платформи. Корисници из прве групе садржај смештен у меморији својих рачунара, путем ових онлајн платформи, чине доступним другима за преузимање, док корисници из друге групе само преузимају жељени садржај. Додатно, код хибридних платформи неки корисници преузимају и поједине функције централног сервера. Такве разлике међу корисницима имплицирају њихов различит правни положај. Разлике у улогама посредника у размени, а самим тим и њиховог правног положаја у односу на размену посредством анализираних платформи су још израженије. То се нарочито види код бит-торент платформи где различити посредници предузимају активности које обухватају: обезбеђивање бит-торент клијента, приступ дот-торент датотекама, услуге трекера, а у крајњој линији и пренос података на интернету. По логици ствари, јасно је да све те радње посредника не повлаче за собом исти ниво одговорности за могућу повреду ауторског и сродних права учињену путем посматраних платформи. У наставку ће подробније бити испитана улога како корисника платформи, тако и посредника у радњи повреде ауторског и сродних права учињеној коришћењем онлајн платформи за директну размену садржаја.

3. ПОВРЕДА АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА ОД СТРАНЕ КОРИСНИКА ОНЛАЈН ПЛАТФОРМИ ЗА ДИРЕКТНУ РАЗМЕНУ САДРЖАЈА

Повреда ауторског и сродних права представља скривљену противправну радњу усмерену против заштићених личних и/или имовинских интереса носила тих права. Због сложености и унутрашње некохерентности ауторског и сродних права, која се огледа у већем броју овлашћења различите правне природе садржаних у тим правима, као и због специфичности њихових предмета заштите и сама радња повреде ауторског и сродних права је комплексан појам. Можемо уочити неколико облика радње повреде ауторског и сродних права које познаје Закон о ауторском и сродним правима Србије (у даљем тексту: ЗАСП). Прво, повреда ауторског и сродних права постоји у случајевима када неко лице неовлашћено предузме било коју од радњи обухваћених искључи-

вим овлашћењима носиоца ауторског или сродног права (тзв. непосредна повреда).¹² Друго, повреда права ће постојати и у случајевима извршења неке од радњи изричито прописаних у закону којима се прикрива, олакшава, омогућава или припрема непосредна повреда права (тзв. посредна повреда).¹³ Треће, повреда права ће постојати када неко лице поступи супротно неком од релативних (неискључивих) овлашћења из садржине ауторског и сродних права (на пример не плати одговарајућу накнаду или не изврши одређену обавезу према носиоцу права коју је дужан извршити по закону).

Пре него што се крене у даљу анализу, овде треба разјаснити однос између радње повреде ауторског права и радње повреде сродних права и то пре свега разлог њиховог јединственог дефинисања у закону и у теорији. Разлог јединственог дефинисања радњи повреде тих права, иако се ради о засебним правима интелектуалне својине, која се по много чему разликују (првенствено по субјекту и предмету заштите) лежи у чињеници да предмет сродноправне заштите настаје најчешће као резултат радњи усмерених на економско коришћење ауторских дела (на пример приликом извођења музичког дела, као и снимања музичког дела). Управо због тога, сваки облик коришћења тако насталог предмета сродноправне заштите је истовремено и облик коришћења ауторског дела, а и повреда тако насталих сродних права истовремено представља и повреду ауторског права. Ипак, то никако не значи да постојање повреде ауторског права увек подразумева повреду неког сродног права и обрнуто.

Како су платформе за директну размену садржаја „неутралне” технологије, њихово коришћење само по себи не представља повреду ауторског и сродних права (видети напред). Да би уопште дошло до повреде ауторског и сродних права коришћењем платформи за директну размену садржаја јесте да се те платформе користе за неовлашћену размену заштићеног ауторског дела, односно предмета сродног права. У таквим ситуацијама јавља се питање које тачно радње повреде ауторског и сродног права могу да изврше корисници платформи? У наставку поглавља биће приказане три радње непосредне повреде права од стране корисника платформи до којих најчешће може доћи и то: неовлашћено умножавање, неовлашћено интерактивно чињење доступним јавности и неовлашћено стављање у промет предмета ауторскоправне, односно сродноправне заштите. Приликом приказа тих радњи повреде, посебно

12 Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, 6. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 262–263.

13 *Ibid.*, 263–266. Закон о ауторском и сродним правима Србије не познаје терминологију, нити поделу на непосредну и посредну повреду, али је ова подела прихваћена у теорији и одговара начину и систематизацији норми у самом закону. Вид. Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, чл. 204, 208 и 208а.

ће се узети у обзир корисник бит-торент платформи, будући да су те платформе најкоришћеније.

Наравно, могући су и другачији сценарији у којима корисници платформи на друге начине повређују ауторско право и сродна права, али због ограниченог обима рада, они неће бити предмет детаљније анализе (примера ради повреде личноправних овлашћења аутора и интерпретатора, различити облици посредне повреде права и други).

3.1. Неовлашћено умножавање предмета заштите

ЗАСП изричито гарантује носиоцима права искључиво овлашћење на умножавање ауторског дела/предмета сродног права. Према слову ЗАСП носилац ауторског права, односно сродног права је искључиво овлашћен да другоме дозволи или забрани бележење и умножавање свог дела/предмета сродног права у целости или делимично, било којим средствима, у било ком облику, на било који трајни или привремени, посредни или непосредни начин.¹⁴ Тако широко одређење овлашћења на умножавање је глобални стандард и има своје утемељење у самој Бернској конвенцији за заштиту уметничких и књижевних дела (даље: Бернска конвенција), као кровној међународној конвенцији за ауторско право.¹⁵ Овлашћење на умножавање је Бернском конвенцијом (тачније њеним изменама са почетка 70-их година 20. века) постављено тако да обухвати што већи број круг радњи – „репродуковање...без обзира на који начин и у ком облику”.¹⁶ Циљ таквог приступа у Бернској конвенцији био је установљавање дефиниције овлашћења на умножавање ауторских дела која ће моћи на адекватан начин да заштити ауторе и да остане релевантна у времену константног развоја нових, ефикаснијих и бржих технологија за умножавање ауторских дела. Може се рећи да се у томе успело, јер тако широко постављено овлашћење на умножавање ауторских дела данас у потпуности штити носиоце права (можда чак и превише) од коришћења њихових дела на интернету.

Из наведеног јасно произлази да пошто носилац ауторског права, односно сродног права има искључиво овлашћење да предузима било коју радњу умножавања ауторског дела/предмета сродног права, ниједно треће лице не може предузети те радње без његове сагласности. Другим речима, како би неко лице легално извршило било коју радњу ум-

14 ЗАСП, чл. 20, ст. 1. (сходно се примењује и на сродна права). Одредба српског закона је прописана по угледу на одредбу чл. 2 Директиве 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савета од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 167, 22. јун 2001. (даље у фуснотама: Директива о информационом друштву).

15 Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75 и *Службени лист СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 4/86 – уредба, чл. 9.

16 Paul Goldstein, Bernt Hugenholtz, *International Copyright Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford 2010, 300–303.

ножавања предмета заштите, потребно је да за то прибави овлашћење од одговарајућег носиоца прва. Изузетак су ситуације у којима постоје услови за позивање на примену ограничења тог овлашћења (видети у наставку).

Питање на које овде треба да се одговори јесте да ли и у којим тачно ситуацијама корисници платформи за директну размену садржаја врше радње обухваћене предметним овлашћењем носиоца права када путем тих платформи међусобно размењују предмете ауторскоправне и сродноправне заштите? Две радње до којих по правилу долази приликом такве размене јесу преузимање садржаја са интернета и одашиљање садржаја на интернет. При томе, код неких платформи за директну размену садржаја, као што су бит-торент платформе, сваки корисник углавном истовремено садржаје и преузима са интернета и одашиље на интернет, док код других један део корисника преузима садржаје са интернета, а други одашиље садржаје на интернет. У сваком случају, обе те радње се могу оквалификовати као радње умножавања предмета заштите.¹⁷

Преузимање предмета заштите са интернета представља радњу умножавања у смислу ауторског и сродних права будући да долази до бележења (прављења нове копије) преузетог садржаја у меморији рачунара корисника платформе.¹⁸ При томе, умножавање ће постојати и када је преузет део ауторског дела или предмета сродног права. Није неопходно да је заштићени садржај преузет у целисти.

Последње, ипак захтева додатну напомену код размене путем бит-торент платформи. Наиме, како код онлајн размене помоћу бит-торент платформи корисник из сворма преузима делове датотеке са заштићеним садржајем који су самостално неупотребљиви док се не састави цела датотека, спорно је питање тренутка извршења радње умножавања предмета заштите. Да ли је то тренутак када је преузет са онлајн мреже први неупотребљиви део датотеке или тренутак када је преузета цела датотека (тренутак од ког се може употребљавати садржај)? Ако језички тумачимо правило ЗАСП о овлашћењу на умножавање чини се да има основа да се сматра да је до неовлашћеног умножавања дошло већ у тренутку преузимања првог дела датотеке са заштићеним садржајем, јер и делимично умножавање представља умножавање у смислу ЗАСП. Међутим, такво тумачење се не може прихватити без одређене резерве. Питање које се овде отвара јесте да ли се преузимање – умножавање дела датотеке са заштићеним садржајем који је самостално неупотребљив (из њега се не може сазнати заштићени садржај) може квалификовати

17 Обе те радње подразумевају настанак привремених копија садржаја (на рачунару корисника и наменским серверима) као резултата процеса онлајн преноса, али то најчешће не имплицира повреду права. Душан Поповић, „Повреде ауторског права и сродних права на сајтовима за размену аудио и видео записа, путем коришћења онлајн видео игара и на блогovima”, *Правни животи* 11/2012, 790.

18 С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 60–61.

као делимично умножавање ауторског дела, односно предмета сродног права? То питање додатно долази до изражаја код преузимања садржаја заштићеног ауторским правом, с обзиром да се ауторскоправна заштита односи само на оригиналне елементе ауторског дела, те постоји становиште да се искључиво право умножавања ауторског дела односи само на умножавање оригиналних делова ауторског дела (док су неоригинални делови слободни за умножавање). Потоње становиште потврдио је и Суд правде Европске уније у предмету *Football Association Premier League Ltd and Others*,¹⁹ у вези са тумачењем члана 2 Директиве о информационом друштву²⁰ (који је у суштини истоветан члану чл. 20, ст. 1 ЗАСП), када је заузео став да се искључиво право умножавања проширује само на делове ауторског дела који садрже елементе који представљају израз интелектуалне творевине аутора. Изложено становиште доводи у питање одрживост схватања, да је радња делимичног умножавања извршена приликом преузимања првог неупотребљивог дела датотеке са заштићеним садржајем помоћу бит-торент платформе. Како истичу противници тог схватања, оно је неодрживо јер се преузети делови датотеке са заштићеним садржајем не могу прочитати на рачунару корисника.²¹ Тренутно, упоредноправно гледано ни у науци, а ни у судској пракси није заузет једнозначан став о предметном питању.²² Прихватање става да нема умножавања заштићеног садржаја док се не преузму сви делови датотека би овде значајно отежало доказивање по-

19 Суд правде Европске уније, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others, Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, спојени предмети бр. С-403/08, С-429/08, одлука од 4. октобара 2011, § 153–159. Вид. и Суд правде Европске уније, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, предмет бр. С-5/08, одлука од 16. јула 2009. и Connor Moran, „How Much is Too Much? Copyright Protection of Short Portions of Text in the United States and European Union After Infopaq International A/S v. Danske Dagblades”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 6/2011, 247–258.

20 Директива о информационом друштву, чл. 2.

21 У том смислу вид. Christian Solmecke, Jan Bärenfänger, „Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Dateifragmenten: Nutzlos = Schutzlos”, *Multimedia und Recht: MMR, Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht* 9/2011, 567–573, као и LG Frankenthal: Kein Urheberrechtsverstoß, wenn bei Filesharing nicht die ganze Datei, sondern nur ein Fragment übertragen wird, LG Frankenthal, Urteil vom 11.08.2015, Az. 6 O 55/15, <http://www.damm-legal.de/tag/landgericht-frankenthal>, 14. децембар 2019. (даље у фуснотама: Пресуда LG Frankenthal).

22 У пракси судова у Сједињеним Америчким Државама (даље у тексту: САД) став поводом овог питања је био уједначен (да постоји умножавање) све до одлуке Суда за централни дистрикт Калифорније у предмету *Ingenuity 13 LLC v. Doe* (бр. 2:12-cv-08333-ODW-JC, 2013 WL 765102) којом је суд утврдио да преузимање само дела датотеке са ауторским делом помоћу бит-торент платформе не представља радњу умножавања. Ипак, овде, треба имати у виду да се делимично умножавање ауторског дела у праву САД-а иначе рестриктивније тумачи него у праву Европске уније, јер се захтева да умножени део у значајној мери буде сличан ауторском делу. Joshua A. Druckerman, „The Uncertifiable Swarm: Why Defendant Class Actions and Mass Bit-torrent Copyright Litigation Don't Mix”, *New York Law School Law Review* 58/2013–2014, 937 фн. 39.

вреда права. Иако се такав став чини као утемељен, упитно је да ли ће га већина судова подржати, посебно ако узмемо у обзир до сада преовлађујућу праксу екстензивног циљног тумачења правила у циљу заштите интереса носилаца права, али није ни незамисливо. Чак и да се такав став прихвати, отвара се питање како онда оквалификовати радњу неовлашћеног преузимања неупотребљивог дела датотеке помоћу бит-торент платформи? Да ли ће она тада бити безначајна за ауторско право и сродна права или пак не?

Друга радња корисника платформи за директну размену садржаја која представља радњу умножавања у смислу ауторског и сродних права јесте одашиљање заштићеног садржаја на интернет. Како би уопште дошло до радње одашиљања потребно је да се направи копија заштићеног садржаја која ће се одаслати (послати) другом кориснику платформе који жели да преузме тај садржај. Стога, јасно је да ту постоји умножавање.²³ Специфичност радње одашиљања код платформи за директну размену садржаја, под условом да су јавне, јесте то што она истовремено представља и радњу обухваћену искључивим овлашћењем на интерактивно чињење дела доступним јавности из садржине ауторског и сродних права (о томе више у наставку). Све напред речено у вези са преузимањем делова заштићених садржаја, па и путем бит-торент платформи, важи и код радње одашиљања на интернет.²⁴

Надаље, пошто смо детерминисали радње корисника платформи за директну размену садржаја које представљају извршење радње умножавања предмета заштите, као логично намеће се питање: да ли се корисници платформе овде могу позвати на ограничење (суспензију) тог овлашћења у виду права физичких лица да умножавају објављене примерке предмета заштите за личне и некомерцијалне сврхе без дозволе носиоца права и без плаћања накнаде? Треба додати да се ово питање може поставити само када се платформе користе за размену оних врста ауторских дела и предмета сродних права за која то ограничење важи, као што су на пример филмска дела и музичка дела. Његово постављање је сувишно код размене ауторских дела као што су рачунарски

23 С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 61.

24 Овде треба напоменути и ситуацију креирања, постављања на интернет и преузимања са интернета дот-торент датотека које су неопходне за размену путем бит-торент платформи. Дот-торент датотеке садрже само мета-податке тако да оне углавном остају ван ауторскоправне и сродноправне заштите. Мада, како дот-торент датотеке садрже назив датотеке са ауторским делом, најчешће истоветан наслов ауторског дела из датотеке, могуће је замислити ситуацију у којој је тај наслов ауторског дела у довољној мери оригиналан да представља самостално ауторско дело за себе. Тада би постојало неовлашћено умножавање ауторског дела приликом чињења сваке од три наведене радње. Поред умножавања, тада би приликом постављања дот-торент датотеке на интернет постојало и неовлашћено интерактивно чињење дела доступним јавности због дуалног карактера радње постављања. Gaetano Dimita, „Six characters in search of infringement: potential liability for creating, downloading, and disseminating .torrent files”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 6/2012, 467–469.

програми, базе података, писана дела у обиму целе књиге (осим када су примерци књиге распродати најмање две године) и нотни записи код којих ЗАСП изричито искључује примену тог ограничења.²⁵ Одговор на питање могућности примене наведеног ограничења, зависи од тога да ли је заштићени садржај који је предмет размене легално произведен, односно постављен на интернет. Ако јесте, онда ће се ограничење применити, а ако није, неће бити места за његову примену.²⁶ Како су примерци заштићеног садржаја који се размењују путем платформи за директну размену садржаја најчешће нелегално настали, ретке су ситуације када се корисници платформи могу позвани на право да умножавају предмете заштите у личне и некомерцијалне сврхе.

Да сумирамо, коришћење платформи за директну размену садржаја по правилу подразумева да њихови корисници изврше радњу преузимања са интернета или радњу одашиљања садржаја на интернет или обе те радње. Назначене радње представљају радње умножавања у смислу ауторског и сродних права. Како корисници, који путем онлајн платформи за директну размену међусобно размењују предмете заштите, у највећем броју случајева немају сагласност носилаца права за вршење тих радњи, нити се могу о позвати на примену неког од ограничења права, наведене две радње се чине неретко неовлашћено што доводи до повреде права.

3.2. Неовлашћено интерактивно чињење предмета заштите доступним јавношћу

Носилац ауторског права, односно сродног права има искључиво право да другом забрани или дозволи јавно саопштавање предмета заштите жичним или бежичним путем на начин који омогућава појединцу индивидуалан приступ предмету заштите са места и у време које он одабере.²⁷ То искључиво овлашћење се скраћено означава као овлашћење на интерактивно чињење предмета заштите доступним јавношћу. Овлашћење на интерактивно чињење предмета заштите доступним јавношћу је настало као одговор на развој технологије интерактивних

25 ЗАСП, чл. 46, ст. 1 и 3. Вид. Видоје Спасић, „Упоредноправни аспект ограничења овлашћења на умножавања ауторских дела за приватне потребе”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* XLIII/2003, 265–268.

26 ЗАСП изричито не прописује да примерак ауторског дела мора бити овлашћено умножен да би се примењивало предметно ограничење, али то произлази из саме суштине ограничења. Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд 2014, 151 фн. 278. Вид. и Okeschukwu Benjamin Vincents, „When Rights Clash Online: The Tracking of P2P Copyright Infringements Vs. the EC Personal Data Directive”, *International Journal of Law and Information Technology* 3/2007, 279–280. Истог је становишта и Суд правде Европске уније. Суд правде Европске уније, *ACI Adam BV and Others v Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, предмет бр. C–435/12, одлука од 10. априла 2014, § 35–41.

27 ЗАСП, чл. 30, ст. 1.

медија (као што је интернет), а први пут је прописано Уговором о ауторском праву и Уговором о интерпретацијама и фонограмима Светске организације за интелектуалну својину, усвојеним на дипломатској конференцији у Женеви 1996. године.²⁸

Одашиљање заштићених садржаја путем платформи за директну размену како би их други корисници тих платформи могли преузети потпада под интерактивно чињење предмета заштите доступним јавности,²⁹ поред тога што истовремено представља и радњу умножавања предмета заштите (о чему је напред било речи). Корисници платформи за директну размену садржаја који одашиљу садржај смештен у меморијама својих рачунара чине доступним тај садржај неодређеном броју других корисника тих платформи за преузимање путем интернета, као интерактивног медија. Упрошћено гледано, одашиљање садржаја се од класичног постављања на интернет (које такође потпада под анализирано искључиво овлашћење носиоца права) разликује по томе што не долази до постављања садржаја на централни – наменски сервер одакле га други корисници интернета могу предузети. Уместо тога, путем платформи за директну размену садржаја омогућава се корисницима платформи да преузму садржај који се одашиље директно из меморије рачунара неког од корисника платформе. Садржај меморије рачунара корисника платформе се чини доступним другима путем интернета. Крајњи резултат је суштински исти у оба случаја, другим корисницима интернета се неки садржај чини доступним за преузимање. У зависности од врсте платформи за директну размену садржаја, неке претпостављају да сви њихови корисници одашиљу садржај на интернет, као што је то најчешће случај са бит-торент платформама, док код других то није правило.

Бит-торент платформе и овде захтевају посебне напомене. Прво, када се ради о одашиљању на интернет путем бит-торент платформи, као радњи интерактивног чињења предмета заштите доступним јавности, због размене датотека са предметима заштите у неупотребљивим деловима, исто као код умножавања, може бити спорно да ли корисник платформе интерактивно чини дело доступним јавности од тренутка када почне да одашиље на мрежу први преузети део одређене датотеке или тек када преузме целу ту датотеку и почне да одашиље све њене делове? Ако пођемо од тога да је основни услов за постојање радње интерактивног чињења предмета заштите доступним јавности да је тај пред-

28 По угледу на одредбе тих међународних уговора, чак и пре њихове ратификације, наш законодавац је први пут увео то овлашћење у Закону о ауторском и сродним правима из 1998. године, иако је Савезна Република Југославија потврдила уговоре Светске организације за интелектуалну својину тек 2002. године. Вид. Закон о ауторском и сродним правима, *Сл. лист СРЈ*, бр. 24/98, чл. 27; Закон о потврђивању WIPO Уговора о ауторском праву – УАП, *Сл. лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 13/2002, чл. 8; Закон о потврђивању WIPO Уговора о интерпретацијама и фонограмима – УИФ, *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 13/2002, чл. 10 и 14.

29 С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 69–70.

мет заштите стварно учињен доступним јавности, чини се да радњу предметног овлашћења могу извршити само они корисници платформе који у меморијама својих рачунара имају целу датотеку и одашиљу све њене делове, јер остали размењују само неупотребљиве делове.³⁰ Међутим, ни другачија тумачења нису без основа, посебно имајући у виду активну и непосредну улогу свих корисника у одашиљању независно од тога да ли су преузели целу датотеку или нису, као и устаљену праксу да се обим искључивог овлашћења на интерактивно чињење дела доступним јавности тумачи екстензивно и да се гледа крајњи циљ неког понашања. Упоредноправна теорија и пракса нису заузеле уједначен и јасан став поводом тог питања.³¹ Друго, постоје и гледишта да се екстензивним тумачењем може доћи до закључка да само постављање дот-торент датотеке на интернет представља радњу интерактивног чињења доступним јавности предмета заштите садржаног у датотеци на коју се конкретна дот-торент датотека односи. Такав закључак произлази из чињенице да корисник постављајући дот-торент датотеку на интернет омогућава приступ датотеци са предметом заштите која се налази у меморији његовог рачунара свакоме ко преузме предметну ту дот-торент датотеку са интернета. Тако може се направити паралела између ове радње и директног постављања датотеке са предметом заштите на интернет која несумњиво представља радњу интерактивног чињења предмета заштите доступним јавности.³²

На крају треба истаћи да не постоји ограничење искључивог овлашћења на интерактивно чињење предмета заштите доступним јавности на које се може позвати корисник онлајн платформе за директну размену садржаја. Стога, ако корисник платформе неовлашћено одашиље предмете заштите путем онлајн платформе за директну размену садржаја постојаће повреда права.

3.3. Неовлашћено стављање у промет примерака предмета заштите

Овлашћење на стављање примерака предмета заштите у промет је искључиво право да се другоме забрани или дозволи стављање у промет оригинала или умножених примерака ауторског дела или предмета сродних права продајом или другим начином преноса својине.³³ То

30 Пресуда LG Frankenthal; C. Solmecke, J. Bärenfänger, 567, 570.

31 Детаљније о том питању вид. Sandra V. I. Schmitz, *The Struggle in Online Copyright Enforcement*, Nomos – Hart Publishing, Baden Baden 2015, 209–213; Bob Rietjens, „Give and Ye Shall Receive! The Copyright Implications of Bit-torrent”, *SCRIPTed* 2(3)/2005, 334–335, <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/2-3-Rietjens.pdf>, 14. децембар 2019.

32 G. Dimita, 467–469; S. V. I. Schmitz, 213.

33 ЗАСП, чл. 21. Искључиво овлашћење на стављање примерака предмета заштите у промет није признато као минимално право Бернском конвенцијом, а у правима неких страних држава не постоји ни као посебно искључиво овлашћење, него

овлашћење примењује се по правилу само на примерке предмета заштите материјализоване у телесном облику,³⁴ јер подразумева пренос својине на примерку, тако да гледано на први поглед оно није релевантно за нашу ситуацију.

Међутим, не може се у потпуности искључити могућност да се одашиљање датотеке са предметом заштите на интернет под одређеним условима квалификује као радња стављања у промет примерака предмета заштите. Наиме, у последње време присутне су тенденције да се опсег искључивог овлашћења на стављање у промет прошири и на примерке предмета заштите у дигиталном облику.

У том смислу потребно је указати на одлуку Суда правде ЕУ у предмету *UseSoft*. Суд правде Европске уније је у том предмету заузео став да се примерци рачунарских програма у дигиталном облику (као примерци ауторских дела) могу ставити у промет продајом. Мада, не чини се вероватним да би до истог става Суд правде Европске уније дошао када су у питању дигитални записи других ауторских дела. Предмет *UseSoft* се односио на тумачење одредаба Директиве о рачунарским програмима, а та Директива је *lex specialis* у односу на Директиву о информационом друштву којом се уређују одређена општа питања ауторског и сродних права. Суд правде Европске уније и сам то констатује у образложењу одлуке.³⁵ На основу предоченог, није без основа ако неко тврди да одашиљање датотеке са рачунарским програмом путем платформе за директну размену садржаја представља радњу стављања у промет ауторског дела.

Интересантан је за поменути и поступак *HKSAR* против *Chan Nai Ming* који се водио пред судом у Хонг Конгу. *Chan Nai Ming* је у конкретном случају неовлашћено одашиљао три филма путем бит-торент платформе. Против њега је због тога покренут кривични поступак у коме је суд утврдио да неовлашћено одашиљање ауторског дела на интернет коришћењем бит-торент платформе представља повреду искључивог овлашћења на стављање у промет примерка ауторског дела. Суд је заузео став да се електронски записи ауторских дела могу стављати у промет путем интернета, као и да је у конкретном случају испуњен и услов промене државине на примерку ауторског дела пошто је окривљени имао државину на свим умноженим деловима електронског записа пре одашиљања. Таквој аргументацији допринела је и чињеница да Хонг Конг није чланица Уговора о ауторском праву Светске организације за интелектуалну својину (чије стандардно тумачење везује овлашћење

је обухваћено проширењем искључивог овлашћења на умножавање. Први пут на међународном нивоу ово искључиво овлашћење је прописано УАП и УИФ. Р. Goldstein, В. Hugenholtz, 303–305.

34 Вид. Р. Goldstein, В. Hugenholtz, 305.

35 Директива 2009/24/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2009. године о правној заштити рачунарских програма, *Службени лист ЕУ*, бр. L 111/16, 5. мај 2009 и Суд правде Европске уније, *UseSoft v. Oracle International Corp*, бр. предмета С-128/11, одлука од 3. јула 2012, § 54–72.

на стављање примерака дела у промет за телесне примерке ауторских дела). *Chan Nai Ming* је оглашен кривим за покушај стављања у промет примерака ауторских дела и осуђен је на казну затвора од три месеца.³⁶

Напослетку, треба истаћи, независно од тога коју радњу повреде права корисници изврше, да је откривање учињених повреда права и њихових учинилаца доста компликовано, с обзиром на масовност коришћења платформи за директну размену садржаја и анонимност комуникације у онлајн окружењу.

4. ПОВРЕДА АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА ОД СТРАНЕ ПОСРЕДНИКА КОЈИ ОМОГУЂАВАЈУ РАД ОНЛАЈН ПЛАТФОРМИ ЗА ДИРЕКТНУ РАЗМЕНУ САДРЖАЈА

Функционисање комуникације на интернету, па и рад онлајн платформи за директну размену садржаја, подразумева постојање посредника. Посредници омогућавају прво повезивање корисника који желе да размењују садржаје путем онлајн платформи за директну размену, а потом и саму размену садржаја. Као посредници у онлајн размени путем платформи за директну размену садржаја најчешће се означавају: оператори веб-сајтова који омогућавају повезивање корисника (на пример веб-сајтови за хостинг, индексирање, претраживање и хиперлинкинг дот-торент датотека), лица која обезбеђују рачунарске програме, тзв. клијенте који омогућавају рад платформи (као што је бит-торент клијент), наменски сервери који олакшавају повезивање корисника платформи и/или размену (на пример трекер код бит-торент платформи), али и интернет оператори. Јасно је да сви назначени посредници не доприносе размени садржаја путем платформи за директну размену на исти начин, стога се и њихова улога у потенцијалној повреди права разликује.

Улога посредника у повреди права учињеној путем платформи за директну размену садржаја није увек сасвим јасна, нити увек постоји консензус у пракси и науци о том питању. Најшире гледано, овде можемо разликовати две групе случајева. Прва група обухвата случајеве у којима је посредник, пружајући услуге корисницима платформи, сам учинио или чини неку радњу која представља повреду права. Друга група се односи на ситуације у којима посредник сноси одговорност за повреде права које чине корисници платформи користећи услуге које им он пружа.³⁷ У ок-

36 Врховни апелациони суд посебне административне области Хонг Конга, *HKSAR v. Chan Nai Ming*, бр. предмета 3 од 2007 (кривични), 18. мај 2007, <https://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfa/2007/36.html> (15.12.2019).

37 Вид. Christina Angelopoulos, „Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe”, *Intellectual Property Quarterly* 3/2013, 253–274; Душан В. Поповић, Марко Јовановић, *Право инјерне-*

виру овог поглавља, због обима рада биће анализирана само прва група случајева, будући да је предмет рада анализа радње повреде права. При томе, анализа ће се ограничити само на операторе веб-сајтова који омогућавају повезивање корисника као кључне посреднике.³⁸

Онлајн платформе за директну размену садржаја се често ослањају на веб-сајтове преко којих се корисници тих платформи повезују. Путем тих сајтова се превазилази проблем међусобног проналажења корисника. Један од првих таквих веб-сајтова био је *Napster* на коме се налазила база података са подацима о корисницима платформе и садржајима на њиховим рачунарима, као и претраживач те базе. Свакако најпознатији веб-сајт те врсте јесте *The Pirate Bay* на коме се налази каталог дот-торент датотека са претраживачем. Ти веб-сајтови су у великој мери и заслужни за експанзију онлајн платформи за директну размену садржаја, а од самог почетка су стално на мети тужби због повреда права. Разлог за то је што носиоци права имају више интереса да спрече рад таквих сајтова, јер тиме онемогућавају даље чињење повреда од стране корисника платформе, него да остварују заштиту у односу на сваког појединачног корисника платформе (нарочито рачунајући проблеме са откривањем и доказивањем масовних повреда у онлајн окружењу). Судске поступке против посматраних веб-сајтова интернет заједница увек прати са великом пажњом и они неретко утичу на даљи развој онлајн платформи за директну размену садржаја. Овде ће бити приказана три судска поступка вођена пред страним судовима која су од нарочитог значаја за питање улоге посматраних веб-сајтова у повреди ауторског и сродних права генерално, па и из угла права Србије, и то: поступак вођен против оператора онлајн платформе *Napster* у САД, поступак против опера-

ша – одабране *ша*ме, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 107–112; Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект”, *Интелектуална својина и Инјернеј*, Називи инјернеј домена, аујорска дела, жијом зашијићене ознаке (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 83–112.

38 Други посредници нису били предмет толиких контроверзи као власници веб-сајтова који омогућавају повезивање корисника. Тако, општеприхваћен је став да лица која обезбеђују рачунарске програме клијенте остају начелно ван домета ауторскоправне и сродноправне заштите због своје неутралности. С друге стране, улога наменских сервера, попут трекера, у повреди права је спорна у пракси, а и у теорији, јер ти сервери углавном нити одашиљу, нити преузимају датотеке са предметима заштите, него само размењују ИП адресе корисника и податке потребне за размену датотека. Не постоји ни значајнија упоредна судска пракса о потенцијалној одговорности тих наменских сервера. Sean P. Morris, „Pirates of the Internet, At Intellectual Property’s End With Torrent and Challenges for Choice of Law”, *International Journal of Law and Information Technology* 3/2008, 296 (вид. пример спора против трекера пред исландским судом у коме је суд утврдио недостатак доказа). Напоследку, интернет оператори се најчешће не могу овде позвати на одговорност пошто су услуге приступа интернету и онлајн преноса података, које они пружају само техничке и пасивне. Вид. Врховни суд Аустралије, *Roadshow Films Pty Ltd v ii-Net Limited* [2012] HCA 16, предмет бр. S288/2011, 20. април 2012, <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2012/16.html> (15.12.2019).

тора веб-сајта *The Pirate Bay* у Шведској и предмет *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* пред Судом правде ЕУ.

4.1. Посиуиак иројив ојерајора онлајн илајформе *Napster*

Платформа *Napster* је почела са радом у јуну 1999. године и је била прва популарнија онлајн платформа за директну размену садржаја путем које су корисници могли међусобно да размењују аудио записе у .MP3 формату. Сама платформа је била врло једноставна за коришћење. Корисник, који је имао инсталиран рачунарски програм *Napster*, би приступао *Napster* веб-сајту на коме се налазила база са подацима о доступним аудио записима и претраживач те пазе. Уношењем имена извођача или назива песме у претраживач, корисник би добио листу свих аудио записа доступних за преузимање и требало је само да кликне мишем на жељени запис како би отпочео преузимање. Размена аудио записа се одвијала искључиво између корисника, који су у том тренутку били онлајн, тако да аудио записи никад нису били смештени на серверу *Napster*-а (већ на рачунарима корисника). Због своје једноставности и популарности садржаја који су се на њој размењивали, *Napster* платформа је у првој години рада имала већ око тридесет милиона корисника.³⁹

Проблем је ипак био што су корисници ту платформу понајвише користили за неовлашћену размену заштићених садржаја. Због тога су само неколико месеци после пуштања платформе у рад чланови удружења *Recording Industry Association of America* поднели тужбу против стар-ап компаније, оператора платформе *Napster*, због учествовања у повреди ауторског права омогућавањем другим лицима да умножавају и стављају у промет заштићена ауторска дела и нелојалне конкуренције. Оператор *Napster*-а је у своју одбрану истицао да је онлајн размена ауторских дела између корисника платформе у складу са концептом „поштене” употребе (енгл. *fair use*) ауторског дела, те да не може представљати повреду. Додатно, тврдио је да у конкретном случају нема повреде ауторског права, с обзиром да је основна функција *Napster* платформе законита размена садржаја на интернету. Суд ниједне инстанце није прихватио те аргументе. Како је на *Napster*-овом серверу одржавана база са подацима о свим корисницима и аудио записима доступним за размену, судови су оценили да је оператор био упознат са неовлашћеном разменом ауторских дела између његових корисника. Уз то оператор је остварио и имовинску корист издавањем огласног простора на *Napster* веб-сајту. Узимајући све то у обзир, утврђено је да постоји одговорност оператора *Napster*-а за повреду ауторског права, јер је свесно омогућавао извршење радњи непосредне повреде од стране својих корисника (енгл. *contributory infringement*), те иако је имао могућност надзора, пропустио је да спречи повреду прва, а при томе је имало и економску корист од рада платформе (енгл. *vicarious infringement*).⁴⁰ Такав исход поступка на

39 F. Oberholzer-Gee, K. Strumpf, 24–25.

40 Апелациони суд САД за девети округ, *A&M Records, Inc. v. Napster Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), 12. фебруар 2001, <https://web.archive.org/web/20080409010037/>

крају је резултовао престанком рада *Napster* платформе. Ипак, гашење те платформе није зауставило експанзију нове технологије за директну размену садржаја између корисника интернета. Пре се може рећи да је усмерило њен даљи развој. Поучене искуством *Napster*-а, који је био централизована P2P платформа, а у циљу избегавања одговорности за повреду права, касније платформе су биле децентрализоване и није било тако лако утврдити одговорност њихових оператора за повреду права.⁴¹

Посматрано из данашње перспективе, спор против *Napster* платформе није од великог значаја за теорију и праксу ауторског права, али је његов историјски значај неспоран. Он нам показује како ауторско право и генерално права интелектуалне својине могу значајно да утичу на развој технологије, како позитивно, тако и негативно.

4.2. Последица иројив ојерајора веб-сајта *The Pirate Bay*

The Pirate Bay јесте шведски веб-сајт основан 2003. године на коме је смештен каталог дот-торент датотека са претраживачем и један од најпопуларнијих веб-сајтова на свету. Своју популарност дугује како ефикасном претраживачу дот-торент датотека, тако и конфронтирајућем ставу према носиоцима ауторског и сродних права. Устаљена пракса оператора претраживача била је да на веб-сајту објављују све притужбе упућене од носилаца ауторског и сродних права и при томе их исмевају. На пример, уз објаву опомене пред утужење пред судом у Уједињеном Краљевству упућену од стране компаније *Sega*, а у вези повреде жига за игрицу *Football Manager*, један од оператора веб-сајта је написао да би било боље да га туже у Јапану, јер је одувек желео да посети Токио. На покушаје Међународног олимпијског комитета, да уз помоћ шведске Владе, спречи размену видео записа са Олимпијских игара у Пекингу помоћу овог веб-сајта власници не само да нису уклонили дот-торент датотеке, које су садржале податке о предметним видео записима, него су и привремено променили име интернет странице у *Beijing Bay*. Исмевање носилаца субјективног ауторског и сродних права је често било врло експлицитно и увредљиво.⁴²

Разлика *The Pirate Bay* веб-сајта у односу на *Napster* сајт је била у томе што се на њему није налазила централизована база података о корисницима платформе и садржајима која се преузимају, него само каталог и претраживач дот-торент датотека. Како дот-торент датоте-

<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html> (15.12.2019). Вид. Mark A. Lemley, R. Anthony Reese „Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation”, *Stanford Law Review* 56/2004, 1355-1359.

41 F. Oberholzer-Gee, K. Strumpf, 19-55 (рад садржи ауторскоправну анализу развоја платформи за директну размену садржаја током 2000-их).

42 Michal Czerniawski, „Responsibility of BitTorrent Search Engines for Copyright Infringements”, 2009, 4-8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540913 (15.12.2019).

ке креирају сами корисници платформи, а при томе оне садрже само метаподатке, није било сасвим јасно да ли одржавање тог сајта уопште представља радњу повреде права или не. Независно од тога, узимајући у обзир популарност веб-сајта *The Pirate Bay*, било је само питање времена када ће носиоци права покренути поступак против његових оператора. То се догодило у јануару 2008. године када је пред Окружним судом у Стокхолму покренут кривични поступак против тројице оснивача и једног инвеститора веб-сајта *The Pirate Bay* због учествовања у повреди ауторског права. У том поступку прво првостепени, а потом и судови виших инстанци су пресудили да су оснивачи и инвеститор веб-сајта *The Pirate Bay* криви као саучесници за помагање и подстрекавање неовлашћеног умножавања и интерактивног чињења доступним јавности ауторских дела и заштићених фонограма.⁴³ Судови су утврдили да је неспорно да су корисници *The Pirate Bay* чинили радње повреде ауторског права (умножавање и интерактивно чињење доступним јавности), а да су се окривљени оглушили да предузму било какве мере у циљу спречавања таквих повреда, на шта су били обавезни као пружаоци услуга информационог друштва. Приликом утврђивања одговорности судови су се водили тиме да су окривљени остварили финансијску корист од рекламирања на веб-сајту. Тврдњама окривљених да нису имали контролу над садржајем који се размењивао, као и да нису били свесни да се, коришћењем њихових услуга, неовлашћено размењују ауторска дела и предмети сродних права судови нису поклонили пажњу. На основу исказа окривљених датих пред судом, објављивања писама носилаца права и исмевања истих на веб сајту, те упозорења корисницима на веб-сајту да ће *The Pirate Bay* уклонити све дот-торент датотеке чији називи не одговарају њиховој садржини, судови су утврдили баш супротно – да су окривљени били свесни да се њихове услуге користе за неовлашћену размену предмета ауторскоправне и сродноправне заштите, а да при томе нису ништа предузели како би спречили повреду права. Управо због тога (чињенице да су окривљени имали стварно сазнање о повредама права, а да нису одмах по том сазнању уклонили спорне дот-торент датотеке), судови нису прихватили тврдње окривљених да је њихова одговорност, као пружалаца хостинг услуга, искључена у складу са Директивом о електронској трговини.⁴⁴

43 Вид. Stefan Larsson, „Metaphors, law and digital phenomena: the Swedish pirate bay court case”, *International Journal of Law and Information Technology* 4/2013, 358–364.

44 Окружни суд у Стокхолму, *The International Public Prosecution Office in Stockholm and et. al. v. Gottfrid Svartholm, Fredrik Nei, Peter Sunde and Carl Lundström*, бр. предмета В 13301-06, 17. април 2009. Незваничан превод пресуде на енглески језик је био доступан на адреси: <http://www.ifpi.org/content/library/pirate-bay-verdict-english-translation.pdf> (24.2.2016). Додатно вид. Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савета од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито електронске трговине, на унутрашњем тржишту – Директива о електронској трговини, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 178, 17. јул 2000, чл. 14 (искључење одговорности пружалаца хостинг услуга), као и Д. Поповић, 794–795.

После свега, чини се да се може рећи да приказани судски поступак није испунио очекивања носилаца права. Његове последице на рад веб-сајта *The Pirate Bay* нису биле велике, он и данас у великој мери несметано функционише, користећи техничке мере и измештање сервера за избегавање разних блокада. Ни гледано из угла ауторскоправне и сродноправне теорије и праксе предметни судски поступак није од посебног значаја. Донекле су дате смернице за поступање у будућим поступцима против власника сличних веб-сајтова. Поступак је само потврдио тада преовлађујуће становиште да оператори веб-сајта *The Pirate Bay* (и њему сличних) само посредно учествују у повреди коју чине корисници платформи (шведски судови су оквалификовали да се ту ради о саучесништву – помагању и подстрекавању у повреди, с обзиром да се водио кривични поступак). С друге стране, предметни поступак је био медијски пропраћен и изазвао је велико интересовање интернет заједнице. Носиоци ауторског права и сродних права су често представљани у негативном светлу. Као резултат свега тога, чини се да је дошло до продубљивања отпора према ауторскоправној и сродноправној заштити који је и раније постојао код појединих припадника интернет заједнице. Поред тога, како је веб-сајт *The Pirate Bay* наставио да постоји створена је и слика немоћи носилаца ауторског и сродних права да заштите своја права на интернету.

4.3. *Прегмеџ Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*

Предметни поступак се водио између холандске фондације *Stichting Brein* која окупља носиоце ауторског права у индустрији забаве и два интернет оператора *Ziggo BV* и *XS4ALL Internet BV*. Разлог за покретање поступка било је то што је знатан број корисника услуга та два интернет оператора користио интернет приступ ради учествовања у неовлашћеној размени заштићених садржаја путем бит-торент платформи, преузимајући дот-торент датотеке са веб-сајта *The Pirate Bay*. Због тога је 2010. године фондација *Stichting Brein* покренула судски поступак против тих интернет оператора. У судском поступку је захтевано да интернет оператори предузму мере ради блокирања приступа интернет доменима и ИП адресама веб-сајта *The Pirate Bay*, како би онемогућили своје кориснике да чине даље повреде ауторског права носилаца права, чије интересе штити фондација *Stichting Brein*. Првостепени суд је усвојио захтеве фондације *Stichting Brein* и наредио је блокаду, али је другостепени суд поништио првостепену одлуку. Другостепени суд је тврдио да је мера блокаде неефикасна и несразмерна, а позивао се на емпиријско истраживање које је показало да се учесталост повреда ауторског права путем тих платформи није смањила од увођења блокаде после првостепене одлуке. Такође, другостепени суд је оценио да није прихватљиво то што фондација *Stichting Brein* није предузимала никакве мере против других сличних веб-сајтова. Предмет је тако дошао пред Врховни суд Холандије који се обратио Суду правде Европске уније са

два претходна питања. Прво питање је било да ли оператор интернет странице врши јавно саопштавање, у смислу чл. 3, ст. 1 Директиве о информационом друштву,⁴⁵ када интернет страница не садржи заштићена дела, али постоји систем помоћу кога се за корисника индексирају и категоризују метаподаци о заштићеним делима која се налазе на рачунарима корисника, помоћу којих корисник може пронаћи, поставити или преузети заштићена дела? Друго, ако је одговор на прво питање одричан, пружају ли чл. 8, ст. 3 Директиве о информационом друштву и чл. 11 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине⁴⁶ основ за налог против посредника, који на начин описан у првом питању трећим лицима олакшава противправне радње?⁴⁷ Суд правде Европске уније је, у својој одлуци од јуна 2017. године, екстензивно тумачећи опсег овлашћења на интерактивно чињење дела доступним јавности на потврдан начин одговорио на прво питање, те на друго није ни одговарао.

Суд правде Европске уније је стао на становиште да радње оператора веб-сајта *The Pirate Bay* (чињење доступним и одржавање/управљање веб-сајтом) представљају јавно саопштавање ауторских дела у смислу чл. 3, ст. 1 Директиве о информационом друштву, односно интерактивно чињење дела доступним јавности. Такво становиште суд је засновао полазећи од своје стандардне формуле за утврђивање постојања радње јавног саопштавања. Према тој формули до радње јавног саопштавања ће доћи ако су задовољена два критеријума: 1) постојање „радње саопштавања” и 2) постојање „јавности”. Оба та елемента морају кумулативно бити испуњена да би нека радња представљала јавно саопштавање. Приликом оцене испуњености првог критеријума суд је пошао од тога да је неспорно да су заштићена ауторска дела посредством платформе *The Pirate Bay* учињена доступним корисницима те платформе на начин који им омогућава да приступе делима са места и у време које они сами одаберу. Тако, пошто је постојање „радње саопштавања” неспорно, суд је пред себе само ставио задатак да одговори на питање: које лице чини „радњу саопштавања”, да ли корисници или оператори веб-сајта *The Pirate Bay*? Одговарајући на постављено питање, суд је констатовао да су корисници платформе ти који у конкретном случају постављају заштићена ауторска дела на интернет, а не оператори веб-сајта *The Pirate Bay*. Ипак, суд је заузео став да оператори веб-платформе *The*

45 Овај члан је сличан чл. 30 ЗАСП који прописује искључиво овлашћење на интерактивно чињење дела доступним јавности. Вид. Директива о информационом друштву, чл. 3, ст. 1.

46 Одредба чл. 8, ст. 3 Директиве о информационом друштву и чл. 11 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине односе се на обезбеђивање могућности да се захтева издавање судског налога посреднику чије услуге користе трећа лица за повреду ауторског права којим се тражи забрана даљег вршења повреде. Вид. Директива о информационом друштву, чл. 8, ст. 3 и Директиве 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине, *Сл. Лист* ЕЗ, бр. L 157, 2. јун 2004, чл. 11.

47 Суд правде Европске уније, *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*, предмет бр. С-610/15, одлука од 14. јуна 2017. (даље у фусногама: предмет *Stichting Brein*), § 8–17.

Pirate Bay имају незаобилазну улогу у чињењу дела доступним на овај начин, те да њихове радње представљају „радњу саопштавања”. У том контексту, суд је навео да оператори платформе индексирају дот-торент датотеке, како би ауторска дела на која упућују те датотеке била лакше лоцирана и размењивана. Осим тога, *The Pirate Bay* уз претраживач дот-торент датотека, нуди и њихову категоризују према врстама ауторских дела, жанру и популарности. Такође, оператори бришу неактивне дот-торент датотеке и оне са грешком, те донекле филтрирају садржај. Када оператори не би чинили доступним и управљали веб-платформама типа *The Pirate Bay*, корисници не би могли размењивати наведена дела међусобно путем предметне P2P технологије или би им барем тај тип размене на интернету било отежан. Суд је таквоће овде утврдио и испуњеност другог критеријума – постојања „јавности”. Јавност постоји када се дела саопштавају неодређеном броју адресата дела, који по правилу подразумева већи круг лица (овде је у питању био милионски број корисника платформе). С тим да се овде додатно ради о саопштавању „новој јавности” – саопштавању неодређеном кругу лица које носилац права није имао „у виду” приликом првог саопштавања предмета заштите. Надаље, суд је утврдио да су оператори веб-сајта *The Pirate Bay* у сваком случају били упознати да тај веб-сајт омогућава неовлашћену размену заштићених дела (што се поготово види из форума и блогова на самом веб-сајту). Поврх свега, суд је констатовао и да чињеница да оператори веб-сајта *The Pirate Bay* остварују приход од самог веб-сајта није правно неважна.⁴⁸

Заузимањем приказаног становишта Суд правде Европске уније је одступио од раније судске праксе и увреженог става да оператори веб-сајта *The Pirate Bay* само посредно учествују у повреди ауторског и сродних права коју чине корисници бит-торент платформе.⁴⁹ Нејасно је колико је оправдано у тој мери екстензивно тумачити опсег овлашћења на интерактивно чињење дела доступним јавности и опсег круга радњи повреде права уопште? Аргументација Суда правде Европске уније се суштински не разликује од аргументације изнете у приказаном кривичном поступку против оснивача веб-сајта *The Pirate Bay* у Шведској, а опет крајњи закључак је потпуно другачији. Предметна пресуда је за сада у јавности приказана као коначна победа носилаца права над веб-сајтом *The Pirate Bay*. Ипак, остаје нам још да видимо, да ли је таква коренита промена погледа на улогу веб-сајта *The Pirate Bay* у повреди ауторског права (након четрнаест година његовог постојања) била не-

48 *Stichting Brein*, § 29, 35–49. Д. В. Поповић, М. Јовановић, 99–100. За додатну анализу вид. Eleonora Rosati, „The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms”, 2017, 1–23, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3006591 (16.12.2019).

49 Треба напоменути да је и раније у судској пракси било таквих тумачења, али да она нису била учестала, нити су имала правну „тежину” као став Суда правде Европске уније. Вид. G. Dimita, 470–471. (предмет *Twentieth Century Fox Film Corp and Others v. Newzbin Ltd*).

опходна и какве ће последице те одлуке бити на опстанак и развој тог веб-сајта, а и бит-торент платформи генерално?

5. ЗАКЉУЧАК

Популаризација неовлашћене размене ауторских дела и предмета сродних права путем онлајн платформи за директну размену садржаја наметнула је многа питања везана за заштиту ауторског и сродних права. Овде је анализирано једно такво питање: питање одређивања опсега потенцијалних радњи повреде ауторског и сродних права до којих може доћи код коришћења онлајн платформи за директну размену садржаја.

Анализа је показала да радњу повреде права код коришћења предметних платформи могу учинити како сами корисници платформи, тако и посредници који омогућавају функционисање платформи. Корисници платформе најчешће чине повреду права када путем платформи за директну размену садржаја неовлашћено преузимају са интернета и/или одашиљу на интернет заштићени садржај. Потоње, будући да преузимање заштићеног садржаја са интернета представља радњу умножавања тог садржаја коју искључиво може да чини носилац права. Исто тако, и радња одашиљања заштићеног садржаја на интернет је по правилу обухваћена искључивим овлашћењима носиоца прва и то: овлашћењем на умножавање садржаја, те овлашћењем на интерактивно чињење садржаја доступним јавности. У неким изузетним ситуацијама није искључено да одашиљање садржаја на интернет (посебно рачунарских програма) буде оквалификовано као радња стављања у промет, која опет потпада под искључиво овлашћење носиоца права.

За разлику од корисника платформи за директну размену садржаја, за које је постојала начелна сагласност у теорији и пракси да чине повреду права, само није било јасно које тачно њихове радње представљају такву повреду права (ни данас не постоји потпун консензус о томе, као што је показано), питање улоге посредника у повреди учињеној помоћу предметних платформи је доста контроверзније. Посебно је спорна улога оператора веб-сајтова који омогућавају повезивање корисника платформи. Ти веб-сајтови су од почетка били на мети тужби због повреда ауторског и сродних права, с обзиром на кључну улогу коју имају у размени. У раду су приказани поступци против два таква веб-сајта *Napster*-а, као првог, и *The Pirate Bay*-а, као најпопуларнијег. Исходи тих поступака су различити. *Napster* онлајн платформа је убрзо угашена након окончања поступка који се водио против ње. Разлог за то што је *Napster* платформа била централизована (на централном серверу су се налазили подаци о корисницима и о садржајима доступним за преузимање) па је било лако утврдити њену одговорност за посредно учествовање у повреди. С друге стране, веб-сајт *The Pirate Bay* и данас постоји. За разлику од *Napster* веб-сајта, на овом сајту смештен је само

каталог дот-торент датотека са претраживачем, нема заштићених садржаја, нити има систематизованих података о корисницима платформе. Због тога је дуго у теорији и пракси преовладавао став да оператори веб-сајта *The Pirate Bay* само посредно учествују у повреди права коју чине корисници бит-торент платформи. Тако су 2009. године оснивачи тог веб-сајта осуђени за саучесништво (помагање и подстрекавање) у повреди ауторског права. Међутим, 2017. године пресудом Суда правде Европске уније у предмету *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* направљен је преокрет у поимању улоге веб-сајта *The Pirate Bay* у повреди ауторског права која се чини путем бит-торент платформи. Суд правде Европске уније је стао на становиште да радње оператора веб-сајта *The Pirate Bay* представљају саме по себи интерактивно чињење дела доступним јавности, независно од повреда које помоћу њих врше корисници бит-торент платформи. Упркос свим судским поступцима који се воде против оператора веб-сајта *The Pirate Bay*, тај сајт наставља да постоји и да колико, толико нормално функционише. За сада, не изгледа да ће се то променити у догледној будућности.

На крају треба напоменути, да је свеопшти утисак да се репресивни приступ носилаца права у борби против неовлашћене размене заштићених садржаја путем онлајн платформи за директну размену садржаја, посебно бит-торент платформи, није показао као довољно успешан. Неовлашћена размена путем тих платформи се наставља, а расте неповерење према ауторском праву и сродним правима у интернет заједници (због екстензивног тумачења опсега радњи повреда). Стога, можда би требало променити приступ и окренути се проналажењу и популаризацији једнако ефикасних технологија, али за закониту дисеминацију предмета заштите, путем којих би носиоци права могли да остваре одређену мању накнаду, а корисници интернета приступ заштићеним садржајима без ризика од санкција. Тренутно смо сведоци експанзије легалних онлајн платформи као што су *Netflix*, *Spotify* и сличне које узимају део корисника бит-торент платформи.

О аутору

Новак Вујичић је рођен 1989. године. Основне академске студије завршио је на Правном факултету Универзитета у Београду. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађао је у генерацији 2012/2013. год. Након завршетка мастер студија радио је најпре као адвокат. Од 2017. године запослен је на Правном факултету Универзитета у Београду, где је тренутно ангажован у звању асистента за предмет Право интелектуалне својине.

РАЗВОЈ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ И АУТОРСКО ПРАВО*

У раду се анализира однос вештачке интелигенције и ауторског права. Развој технологије вештачке интелигенције ставља одређене изазове пред ауторско право, нарочито када је реч о оним компјутерским програмима чији рад резултира стварањем одређеног садржаја, који представља моћни предмет ауторског правне заштите. Кроз призму важећих ауторскоправних прописа анализира се да ли такав садржај испуњава услове за ауторскоправну заштиту. Аутор испитује и проблем одређивања носиоца ауторског права на делима насталим радом вештачке интелигенције. Такође, у раду се разматра и моћност повреде ауторског права технологијом вештачке интелигенције, конкретније машинским учењем. Сходно важећим ауторскоправним прописима, такве радње не би се могле довести под постојећа ограничења субјективне ауторског права.

Кључне речи: Вештачка интелигенција. – Ауторско право. – Носилац ауторског права. – Повреда права.

1. УВОД

„Ми, људи, називамо себе *Homo sapiens* – њамејним човеком – пошто нам је наша интелигенција толико важна. Хиљадама година покушавамо да разумемо како мислимо; то јест, како ништа више до физичке материје може ојажати, разумети, предвиђати и управљати светом далеко већим и мноштво сложенијим нешто што је сама та материја. Области вештачке интелигенције, или ВИ, иде чак и даље: она покушава не само да разуме, већ и да прави интелигентне ентитете”¹

Вештачка интелигенција као једна од најновијих области науке и технике, уједно и једна од најужбудљивијих, представља изазов за на-

* Овај рад представља прерађену (скраћену и ажурирану) верзију мастер рада на тему „Развој вештачке интелигенције и право интелектуалне својине”, одбрањеног 24. септембра 2019. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Душан В. Поповић, а одбрањен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

1 Stuart J. Russell, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson Education, Inc. 2010, (Превод трећег издања. Драган Шалетић, Јасна Гонда, *Вештачка интелигенција: Савремени приступ*, РАФ Рачунарски факултет, Београд 2011).

учнике из разних дисциплина. Помак на пољу вештачке интелигенције у последњих двадесет година сместио је вештачку интелигенцију у центар пажње не само правника, већ и економиста, лекара, инжењера, психолога и других. Развој технологије довео је до напретка друштва и поставио изазов пред правнике како правно уредити и дефинисати појмове који се тако брзо мењају и развијају као што је то случај са технологијом, и између осталог, вештачком интелигенцијом. У Саопштењу Европске комисије, објављеном 25. априла 2018. године, насловљеном „Вештачка интелигенција за Европу” којим се представља европска иницијатива о вештачкој интелигенцији, указано је на потребу да се „размојри однос између вештачке интелигенције и њена интелектуалне својине, како из њерсејективне канцеларија за интелектуалну својину њако и из њерсејективне корисника, а у циљу подстицања иновација и њравне сигурности на уравнотежен начин”.²

2. ПОЈАМ, РАЗВОЈ И ПОДЕЛА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Не постоји једна свеобухватна и општеприхваћена дефиниција вештачке интелигенције, нарочито јер је реч о једној новијој научној области. Тако је према једној дефиницији вештачке интелигенције она одређена или као грана компјутерске науке која се бави симулацијом интелигентног понашања код компјутера или као способност машине да имитира интелигентно људско понашање.³ Вештачка интелигенција би се могла дефинисати као способност дигиталног компјутера или компјутерски контролисаног робота да извршава задатке који се углавном везују за интелигентна бића.⁴ Могло би се рећи да се под вештачком интелигенцијом у својој основи подразумева компјутерски програм и то не сваки компјутерски програм, већ само онај који је способан да „опонаша” људски процес размишљања. Можда би најбоље било одредити вештачку интелигенцију преко циља који њена примена треба да постигне, а то је да се аутоматизује процес корелације за коју је иначе задужен људски мозак. Такође, сматра се да људи инвестирају у вештачку интелигенцију из следећих разлога, тачније како би се постигао један од следећих циљева: 1) изградња система који мисле баш као људи (јака вештачка интелигенција); 2) учинити системе функционалним без разумевања како људи мисле (слаба вештачка интелигенција); 3) користити резонување људи као модел али да то није нужно циљ.⁵ Реч је дакле о

2 COM (2018) 237 final, 25. април 2018. год.

3 Дефиниција је доступна на сајту: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/artificial%20intelligence> (22.2.2019).

4 Дефиниција је доступна на сајту: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (22.2.2019).

5 Дефиниција је доступна на сајту: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/02/14/the-key-definitions-of-artificial-intelligence-ai-that-explain-its-importance/#d4755e04f5d8> (23.2.2019).

научној области која обухвата логику, вероватноћу и непрекидну математику; опажање, расуђивање, обучавање (учење), и акцију; и све од микроелектронских уређаја до роботских свемирских међупланетарних истраживачких летелица.⁶

У периоду који је претходио формалном настанку вештачке интелигенције, и то 1943. године настао је рад који се данас генерално сматра као први рад из ове области, а аутори су Ворен Мекалок (*Warren McCulloch*) и Валтер Питс (*Walter Pitts*) који су предложили модел вештачких неурона. Свакако се оцем вештачке интелигенције и компјутерске науке уопште, сматра Енглеz Ален Туринг (*Alan Turing*) који се 1950. године у свом раду „Рачунарске машине и интелигенција” први директно бавио питањем „Могу ли машине да мисле?”. Туринг је заправо ово питање сматрао бесмисленим, и уместо тога у овом раду је увео Турингов тест који би помогао да се утврди да ли се одређена машина/рачунар може сматрати интелигентном и то у односу на оно шта она може. Овај рад Алена Туринга поставио је филозофски темељ за вештачку интелигенцију. Тест је осмишљен као „игра имитације” која поједностављено изгледа тако да човек (испитивач) поставља неколико писмених питања, док писмене одговоре дају рачунар и једна особа, и уколико испитивач не може да утврди да ли су писани одговори које је добио, од особе или су од рачунара, онда је тај рачунар прошао тест.⁷

Као формално место и време „рођења” вештачке интелигенције као засебне научне области могао би се узети двомесечни семинар у Дартмут Колиц (енгл. *Dartmouth College*), у ХанOVERу, Њу Хемпшир, САД, одржан у лето 1956. године. У предлогу за семинар који је упућен 1955. године, позвани су амерички истраживачи да „реализују проучавање вештачке интелигенције” и тада је овај назив званично први пут употребљен, а тај појам је створио амерички научник Џон Макарти (*John McCarthy*).⁸ На овом семинару поред Џона Макартија, учествовали су Ален Њуел (*Allen Newell*), Херберт Сајмон (*Herbert Simon*), Марвин Мински (*Marvin Minsky*) и Артур Самјуел (*Arthur Samuel*), који ће заједно са својим студентима и колегама са универзитета постати оснивачи и водећи истраживачи у области вештачке интелигенције. Период од 1956/7. године до 1974. године често се у литератури назива „златним периодом вештачке интелигенције”. То је и разумљиво имајући у виду да у том периоду многе америчке државне агенције постају заинтересоване за вештачку интелигенцију и улажу значајне суме новца у њено истраживање и развој, а у циљу остваривања предности у хладном рату. Међутим, након почетних успеха уочава се низ препрека са којима се

6 S. J. Russell, P. Norvig, op.cit., V.

7 Опис теста је доступан на сајту: <https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/Turing-test> (23.2.2019).

8 Peter Stone et al., *One Hundred Year Study on Artificial Intelligence (AI100), Appendix I: A Short History of AI*, доступан на сајту: <https://ai100.stanford.edu/2016-report/appendix-i-short-history-ai> (23.2.2019).

сучавају истраживачи у овој области. Неке од њих везане су за недостатак рачунарске снаге, односно за чињеницу да рачунари у то време нису могли да складиште довољно информација нити да их обрађују довољно брзо.⁹ Како резултати нису били у складу са предвиђањима научника и истраживача чији рад бива изложен оштрим критикама, смањује се инвестирање у вештачку интелигенцију, те од 1974. године до 1980. године следи период који се назива „зима вештачке интелигенције” и у ком периоду нема значајних помака у овој области. Приступ научника и истраживача мења се током 80-их година, и уместо покушаја да се начини генерална вештачка интелигенција у фокус долазе експертски системи – рачунарски програми који имитирају начин доношења одлука код експерта за специфичне/одређене проблеме. Због тога што се односе на конкретну ужу област и експертизу, експертски системи били су привлачни корпорацијама и за примену у индустрији који су почели да финансирају даља истраживања ВИ. Значајна средства и то од преко 850 милиона долара уложена су у даљи развој ВИ од стране јапанског министарства међународне трговине и индустрије у тзв. пројекат Пете генерације компјутера.¹⁰ Након овог периода крајем 1980их и почетком 1990их ентузијазам за вештачком интелигенцијом поново опада јер се уочавају нови проблеми попут тзв. „црне кутије” где је нејасно на који начин машина резонује. У овом периоду штавише није се пуно ни говорило о вештачкој интелигенцији већ се о њој више говорило у контексту напредног рада на рачунару. Експертски систем компаније ИВМ назван *Deep Blue* је 1997. године победио у игри шаха светског шампиона Гарија Каспарова (*Гарри Каспáров*). Након што проблем рачунарске снаге бива превазиђен са развојем већег складиштања података и брзине њихове обраде, и на пољу вештачке интелигенције долази до значајних резултата. Долази до промене парадигме са експертских система на препуштање рачунарима да сами уче корелацијом и класификацијом огромних количина података, и значајну улогу добија машинско учење. ИВМ-ов систем вештачке интелигенције *Watson* 2011. године успева да победи шампионе игре *Jeopardy!*, потом ВИ програм истраживачке лабораторије *Google X* успева да препозна мачке на видео снимцима, 2016. године *AlphaGO* Гуглов програм ВИ специјализован за *Go* игре побеђује европског и светског шампиона у тој игри. Четбот назван *Eugene Goostman* је 2014. године успео да прође Турингов тест. Постоје бројни примери где су рачунарски програми успели да резултатима надмаше људе. Области у којима ВИ налази примену су саобраћај, кућни/услужни роботи, здравство, образовање, јавна безбедност, запошљавање и радно окружење, финансије, забава и друге.

9 The history of artificial intelligence, доступно на сајту: <http://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/> (23.2.2019).

10 *A Very Short History Of Artificial Intelligence (AI)*, доступно на сајту: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2016/12/30/a-very-short-history-of-artificial-intelligence-ai/#1afb66486fba> (23.2.2019).

Вештачка интелигенција пре свега обухвата шест дисциплина: обраду природних језика (који би омогућили рачунару да се са њим успешно комуницира у природном језику), представљање знања (које подразумева да рачунар складишти оно што зна или чује), аутоматско расуђивање (рачунар користи ускладиштене информације ради давања одговора на питања и за извлачење нових закључака), машинско обучавање (рачунар се адаптира на нове околности и открива и екстраполира облике), рачунарско виђење (опажа облике) и роботика (манипулише објектима и креће се по простору).¹¹

Према успешности резултата сходно испољеној интелигенцији, експерти праве разлику између слабе или умерене вештачке интелигенције – машине делују као да су интелигентне односно постижу добре резултате у области за коју су тренирани, и између јаке вештачке интелигенције – машине не симулирају мишљење већ заиста мисле односно способне су да потпуно самостално контекстуализују врло различите специјализоване проблеме. Преовлађује мишљење да за сада постоји само слаба вештачка интелигенција док постоје чак и аутори који сматрају да се јака вештачка интелигенција неће ни десити.

3. РАЧУНАРСКИ ГЕНЕРИСАНА ДЕЛА КАО ПРЕДМЕТ ЗАШТИТЕ АУТОРСКИМ ПРАВОМ

Вештачка интелигенција је свакако достигла такав степен развоја да је сада могуће да, мање или више аутономно, креира одређен садржај. Један од најбољих примера за то јесте пројекат назван „Следећи Рембрант” (енгл. *The next Rembrandt*). Овај пројекат развио је „Мајкрософт” у сарадњи са групом музеја и истраживачким установама. „Следећи Рембрант” је у ствари слика односно портрет мушкарца насликан техником и стилем које је користио чувени холандски сликар Рембрант, а саму слику створио је компјутер захваљујући машинском учењу. Слика је добијена на тај начин што је рачунар снабдевен базом података коју су чиниле Рембрантове слике, а које је потом програм анализирао пиксел по пиксел, проучавајући стил, мотиве, технике и боје које је користио холандски мајстор. На основу анализе, компјутерски алгоритми произвели су поменути портрет који изгледа тако као да га је начинио сам Рембрант.¹² Овај пројекат је само један од многих који показује да су компјутери унапредовали толико да аутономно стварају садржај који би, да је створен од стране човека, могао бити предмет заштите у праву интелектуалне својине. Тако компјутери не само да стварају садржај из области ликовне уметности, већ генеришу и писана, музичка и др. дела. У области књижевне уметности постоје нпр. програм „Брут” (*Brutus*)¹³ који генерше приче, или програм „Кибернетички песник”

11 S. J. Russell, P. Norvig, *op.cit.*, 3.

12 Сајт „The next Rembrandt”: <https://www.nextrembrandt.com> (26.3.2019).

13 Програм „Брут” су развили научници Селмер Брингсјорд (*Selmer Bringsjord*) и Дејвид Феручи (*David Ferrucci*), а назвали су га тако из разлога што је специјализован да

(енгл. *Cybernetic Poet*)¹⁴ који ствара песме. Постоји и ВИ програм Ампер (енгл. *Amper*) који генерише музику и то на основу задате теме, расположења и других параметара.¹⁵

Сада када рачунар није више само уређај који аутор користи као помоћно средство у свом стварању, већ је и рачунар тај који ствара одређен садржај, морамо испитати да ли се такав садржај може сматрати ауторским делом односно бити предмет ауторскоправне заштите.

У традиционалном ауторском праву, ауторско дело се одређује као „дело у обласи књижевности, уметности и науке”.¹⁶ Овакво одређење појма ауторског дела не може се сматрати најадекватнијим јер само описно указује које су то области у којима се ауторско дело, доиста најчешће и јавља, али не даје јасне смернице или показатеље који би нам помогли да одредимо шта је тачно ауторско дело, а шта није. Адекватнију дефиницију дале су правна теорија и пракса. Према нашем Закону о ауторском и сродним правима (надаље: ЗАСП)¹⁷ ауторско дело одређено је као „оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или друшћу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и доушћеност јавној саопшћивања његове садржине”.¹⁸ Из оваквог одређења појма ауторског дела могу се издвојити елементи ауторског дела односно услови које неко дело треба да испуњава да би било предмет ауторскоправне заштите и то су: људска творевина, људски садржај, одређеност форме и оригиналност.

Људска творевина – Ауторским делом сматрају се само она дела која је створио човек, која су људска творевина, а неће се сматрати људском творевином уколико је човек пронашао нешто што је већ постојало у природи, забележио га и презентовао као дело. Дакле, да би неко дело било ауторско дело неопходно је да је оно настало радом човека и то не било каквим радом, не случајним деловањем, презентовањем нечега већ постојећег, већ радом који за циљ има настанак ауторског дела. Човек при стварању може користити разне уређаје као помоћна средства (нпр. фотоапарат, писаћу машину и сл.). У данашње време, обеле-

генерише приче које се тичу издаје. Одломак приче и више о овом програму вид на: <https://grandtextauto.soe.ucsc.edu/2008/03/06/ep-73-brutus/> (29.3.2019).

14 Програм је развио проналазач Рејмонд Курзвил (*Raymond Kurzweil*). Овај програм чита избор песама одређеног аутора или више аутора, потом ствара „језички модел” од дела тог аутора, који укључује компјутерске језичке анализе и технике математичког моделирања. Програм тада може да пише оригиналне песме које су сличне стилу као што су изворно анализирани аутори, али су потпуно оригинална нова поезија. Вид. http://www.kurzweilcyberart.com/poetry/rkcp_overview.php (30.3.2019).

15 Вид. <https://www.ampermusic.com/music/> (30.3.2019).

16 Закон о ратификацији Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела, *Сл. лист СФРЈ* 15/75 и *Сл. лист СФРЈ*– Међународни уговори, бр. 4/86 – *уредба*

17 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019.

18 *Ibid*, чл. 2, ст. 1.

жено постојањем и широком употребом рачунарске технологије која на основу муњевите обраде огромног броја података симулира једну врсту процеса мишљења, фактичко је питање докле сеже индивидуална креативност, а одакле почиње чист „машински” рад чији резултати не могу бити квалификовани као ауторско дело.¹⁹ Данас је стање у свету технологије такво да рачунари нису више обично помоћно средство, већ штавише рачунар може бити искључиво заслужан за створени садржај, а човек бити једино заслужан за сам вештачкоинтелигентан рачунар. Човек је у оваквим случајевима аутор „аутора” самог дела. Према постојећем ауторскоправном режиму, услов је да је ауторско дело људска творевина. Чак и када овај услов није експлицитно наведен као услов за заштиту дела, посредно се из одредби којима се уређује статус и положај аутора закључује да је реч искључиво о човеку као људском бићу. Тако је на пример трајање субјективног ауторског права одређено (везано) за живот аутора и 70 година после његове смрти. До сада се услов да је реч о људској творевини није много преиспитивао у правној теорији и пракси. У САД постојао је један случај у вези са „ауторством” које не потиче од стране човека, а за који случај неки верују да може имати утицај на праксу и резонување суда када се сусретну са преиспитивањем ауторства код рачунарски генерисаних дела. Реч је о случају *Urantia Foundation v. Maaherra*²⁰, а који се тичао наводне повреде ауторског права, али са једном специфичношћу, а то је да су се стране у овом спору сложиле да су „аутори” дела о чијој је повреди реч, небеска бића, а не човек. Суд је у образложењу одлуке тежио да створи довољно везе са људским ауторством, и то је учинио налазећи да су они који су сакупили и забележили саме текстове о којима је реч, у ствари аутори збирке, и на тај начин вешто избегао да испитује шта је са ауторством самих текстова који јесу оригинални али нису људска творевина. Постоје мишљења да би овакав став суда био коришћен у будућим случајевима који се буду тичали ауторства код рачунарски створених дела, те да би се ауторство приписало кориснику рачунара који задаје

19 Слободан М. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд 1999, 118–137.

20 Психијатар др Садлер (*Sadler*) је имао пацијента за којег је веровао да каналише откровења небеских бића. Др Садлер и други оформили су тзв. Контакт комисију која је испитивала пацијента и потом бележила одговоре које су потом кодификовали у „Списе”, на основу којих је 1955. године објављена књига „Урантија” и на којима је фондација Урантија (енгл. *Urantia Foundations*) 1956. године стекла ауторско право. Тужена, која је била страствени читалац ове књиге, је 1990. године дословно копирао књигу и дистрибуирала је на рачунарским дисковима, као помоћ при учењу. Након тога је фондација Урантија поднела тужбу. Тужена је тврдила да како нема људског аутора, нема ни повреде ауторског права и да је тужилац неосновано стекао ауторско право на „Списима”. Суд је испитујући ауторство пошао од тога да иако садржина односно сами записи можда не потичу од човека, ипак су људи ти који су постављали питања, чиме је испуњен услов „минимума креативности”, а потом су бележили одговоре и кодификовали белешке, и затим их средили у „Списе”, те да су чланови Контакт комисије аутори збирке.

одређене параметре рачунару да створи дело.²¹ Оно што је јасно јесте да садржај који је створио рачунар не испуњава овај услов односно никако није реч о људској творевини. У систему ауторског права Немачке, према принципу личног стварања (нем. *Shöpferprinzip*) аутор може бити само стваралац дела, и то човек.²² Опште узев, у земљама које припадају континенталном правном систему, нужно је да аутор буде физичко лице – човек, а што се најбоље види из личноправних овлашћења која чине садржину субјективног ауторског права. Са друге стране, треба напоменути и то да у време када је закључена Бернска конвенција или било који други пропис којим су одређени појмови ауторског дела и аутора, компјутери, а нарочито напредна технологија попут вештачке интелигенције, нису ни постојали. Иако је данас све чешћа употреба рачунара при стварању ауторских дела, поставља се питање да ли је довољно за приписивање одређене творевине човеку то што је човек задао циљ, а саму творевину је начинио рачунар, односно да ли се и даље може применити аргументација да и у случају техничких помагала у стварању ауторског дела долази до изражаја индивидуални карактер човека, због чега је ипак реч о људској творевини.²³

Духовни садржај – Уколико се „духовни садржај” као елемент дефиниције ауторског дела посматра са аспекта да је ауторско дело људска творевина, а да све људске творевине имају духовни садржај, онда се мора закључити да компјутерски створена дела не испуњавају овај услов. Са друге стране, уколико се пак овај услов посматра само са аспекта непосредне комуникације односно да ли неко дело добија значење и смисао тек посредством правила за његову употребу, могло би се рећи да рачунарски створена дела испуњавају овај услов. Пођимо од тога да уколико посматрамо слику или слушамо музику не знајући да ју је створио рачунар, свакако ћемо у њој пронаћи неки смисао и значење, на исти начин као да потиче од човека.

Оригиналносћ – Могло би се рећи да је оригиналност разлог због којег закон признаје ауторскоправну заштиту за конкретно дело.²⁴ Дакле, оригиналност је *condicio sine qua non* да би се неком делу пружила ауторскоправна заштита. Чак и када дело испуњава све остале услове – и када је дело људска творевина која има духовни садржај изражен

21 Christina Rhee, „Urantia Foundation v. Maaherra”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 13, Issue 1, 1998. Доступно на сајту: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1159&context=btlj> (20.4.2019).

22 Daniel Schönberger, „Deep Copyright: Up- And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)”, *Droit d'auteur 4.0/Copyright 4.0*, (ed. De Werra Jacques), Schulthess Editions Romandes, Geneva/Zurich 2018. 145–173. Доступно на сајту: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098315 (20.4.2019).

23 Слободан Марковић, Зоран Миладиновић, *Ауторско право и сродна права*, Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, Крагујевац 2008, 34.

24 Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 39.

у одређеној форми, уколико није оригинално неће уживати заштиту. Штавише и код оригиналних дела заправо се ауторскоправна заштита протеже само на његове оригиналне елементе. Иако је оригиналност најважнији услов за ауторскоправну заштиту и суштински елемент неког ауторског дела, то је уједно и појам који није законом дефинисан и од свих елемената појма ауторског дела, овај је најтеже одредити.

Под оригиналношћу се подразумева индивидуалност, односно јединственост дела.²⁵ Сама личност аутора је оно што ће неком делу дати оригиналност јер уколико аутор макар и у најмањој мери утисне свој лични печат у своју творевину његова творевина добија квалитет оригиналног дела.²⁶ Дакле, извор оригиналности је личност аутора и полазећи од претпоставке да не постоје две исте личности на свету јасно је због чега није могуће дати једну универзалну и свеобухватну дефиницију оригиналности када су њени извори – људи толико различити. Стога је лакше дати негативно одређење оригиналности. Тако неће бити оригинална дела која су резултат намерног или несвесног подражавања већ постојеће културне баштине или која су резултат интелектуалног рада који је строго детерминисан спољним оквирима који не остављају простора за изражавање личне духовне индивидуалности онога који ради.²⁷ Ради бољег поимања тога шта се подразумева под оригиналношћу важно је појам оригиналности не поистовећивати са појмом различитости, иако се у пракси то неретко дешава, па се дело често сматра оригиналним уколико је различито од других дела. Једним једноставним хипотетичким примером може се доказати да оригиналност и различитост нису исто – уколико би два човека независно један од другог, у својим делима изразили индивидуалне црте своје личности тако да сасвим случајно оба дела буду истоветна, тим делима се не би могао ospорити квалитет оригиналности, са позивом на недостатак међусобне различитости.²⁸

Када се разматра оригиналност неког дела важно је о њој просуђивати на објективан начин и избегавати сваки вредносни суд о естетским аспектима дела. Основна објективна претпоставка за постојање оригиналности везана је за врсту дела, односно за област стваралаштва којој дело припада.²⁹ Наиме, постоје области људског стваралаштва у којима је простор за испољавање индивидуалних особина личности знатно ограничен, или чак непостојећи.³⁰ Рад у оваквим областима карактеристичан је по томе што ко год да је творац, резултат ће бити

25 С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, поглавље Службени гласник, Београд 1999, 121.

26 *Ibid.*, 123.

27 С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 41.

28 *Ibid.*, 40.

29 *Ibid.*

30 С. Марковић, *op.cit.*, Службени гласник, Београд 1999, 123.

исти јер нема простора давању било каквог личног печата. На крају, када се разматра оригиналност поставља се и питање да ли је потребно да оригиналност дела достигне неки одређени степен или ниво. Одговор на ово питање се разликује у зависности од националног система ауторског права о којем је реч, јер подсетимо се ауторско право је национално право и не постоји наднационално ауторско право, тако да разлике неминовно постоје. Управо се и тежи постизању што веће хармонизације у области ауторског права. Занимљиво је то да се сам концепт оригиналности као један од основних елемената ауторског права налази у таквом стању дисхармоније, а требало би бити сасвим супротно како би се обезбедила поузданост у погледу заштите и лакоћа у пословању.³¹ Имајући у виду да појам оригиналности није законом одређен и дефинисан, његово тумачење и појашњење дају судови приликом решавања спорова насталих поводом ауторског права. Самим тим, у различитим националним системима, различито је и поимање оригиналности и њеног степена који се захтева како би се неком делу пружила ауторскоправна заштита. Не само то, већ се и захтевани степен оригиналности у једном истом националном систему може мењати временом. Тако је, на пример, у САД све до 1991. године важила доктрина „зноја на обрви” (енгл. *sweat of the brow*) по којој се ауторскоправна заштита пружала да би се наградио труд, време и уложена средства аутора, а сама оригиналност дела била је занемарена. Према овој доктрини, ауторским делима сматране и базе података и телефонски именик, јер се њихов аутор потрудио да сакупи информације које их сачињавају. Врховни суд САД је 1991. године, одлуком у предмету *Feist Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co*³² одбацио доктрину „зноја на обрви” и то тако што је одлучио да основ ауторскоправне заштите није труд већ оригиналност, макар она била и минимална, и да без ње нема ауторскоправне заштите. Значај ове одлуке огледа се пре свега у томе што се уместо труда акценат ставља на оригиналност, те пуке збирке информација више не уживају ауторскоправну заштиту и не сматрају се оригиналним, сем уколико су те информације одабране, координиране или организоване на такав начин да је крајњи резултат оригиналан. Одлука у предмету Фајст имала је домашај и ван САД, утицала је и на друге земље англосаксонског правног система, а у којима се такође примењивала доктрина „зноја на обрви”. Образложење одлуке у случају Фајст не садржи одређење креа-

31 Andres Guadamuz, „Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated”, *Intellectual Property Quarterly*, 2017 (2). Доступно на сајту: <https://ssrn.com/abstract=2981304> (29.1.2019).

32 У случају *Feist Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co. Inc 499 U.S. 340 (1991)* и тужилац и тужени су били издавачи телефонских именика. *Feist Publications* је копирао листинге из белих страна које је издао *Rural TSC* без његове сагласности, и *Rural TSC* га је тужио за повреду ауторског права. Одлучујући у овом случају Врховни суд САД заузео је став да телефонски именик *Rural TSC* није ауторско дело, те да радње *Feist Publications* не представљају повреду ауторског права. Текст пресуде на енглеском језику вид. на: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (30. мај 2019).

тивности нити прецизирање шта би био њен минимум, али напомиње се да крајњи резултат не мора бити нов, иновативан или изненађујући да би уживао ауторскоправну заштиту.

У Европи је стандард оригиналности нешто другачији. Раније се поимање односно тумачење оригиналности разликовало од земље до земље. У Европској унији је хармонизација појма оригиналности вршена углавном вертикално и то за одређене специфичне предмете заштите, као на пример Директивом ЕУ о правној заштити рачунарских програма или Директивом ЕУ о правној заштити база података. Тек је у скорије време почела и хоризонтална хармонизација на све врсте дела и то тумачењем појма оригиналности од стране Европског суда правде – ЕСП (енгл. *European Court of Justice*). Може се издвојити неколико најзначајнијих случајева у којима је ЕСП дао тумачење оригиналности и поставио прецизније контуре стандарда оригиналности. Одлукама ЕСП у случајевима *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* из 2009. године³³, *Bezpečnostní softwarová asociace v Ministerstvo kultury* из 2010. године³⁴, *Football Association Premier League v QC Leisure and Karen Murphy v Media Protection Services* из 2011. године³⁵, *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH* из 2011. године³⁶ и *Football Dataco v Yahoo!* из 2012. године³⁷ постављен је стандард да се под оригиналношћу подразумева да је дело ауторова лична интелектуална креација која је присутна када аутор може да изрази слободне и креативне изборе и остави свој лични печат на делу, а која није присутна онда када је израз ограничен техничким или функционалним правилима, као онда где постоји само један начин да се изрази идеја, или је изражавање унапред одређено специфичним циљем или суженим правилима која не остављају простора за слободне и креативне изборе. И коначно, да би се достигао тражени ниво оригиналности биће довољно да аутор начини слободне и креативне изборе и тиме остави свој лични печат у делу. Ипак, вештина и рад чак и када су у значајној мери, не могу као такви оправдати ауторскоправну заштиту уколико не изражавају никакву оригиналност кроз одабир или распоред података. Овим одлукама Европског суда правде дата је смерница коју би национални судови требали да прате када преиспитују оригиналност неког дела.³⁸ Дакле, након упознавања са појмом оригиналности и степена оригиналности који се захтева да неко

33 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 16. јул 2009. год.

34 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*, 22. децембар 2010. год.

35 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-403/08, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others*, 04. октобар 2011. год.

36 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-145/10, *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH and Others*, 01. децембар 2011. год.

37 Суд правде ЕУ, предмет бр. C-604/10, *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others*, 01. март 2012. год.

38 Thomas Margoni, „The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard”, 2016. Доступно на сајту: <https://ssrn.com/abstract=2802327> (26.5.2019).

дело има како би се сматрало ауторским делом, можемо покушати да сагледамо да ли компјутерски створена дела испуњавају овај услов.

У радовима који се баве темом рачунарски створених дела могу се наћи различити одговори. Има аутора који су мишљења да ова дела испуњавају услов оригиналности и ти аутори као аргумент у прилог оригиналности овако насталих дела наводе чињеницу да оригиналности тих дела нико не би доводио у питање да их је у конкретном случају створио човек. С тим у вези, можемо се подсетити раније помињаног пројекта „Следећи Рембрант”. Неко би могао помислити да је овде реч о копирању Рембрантових слика, али то није случај, јер је овде копиран стил холандског сликара, а копирање стила није исто што и копирање дела. Лик који је сачинио компјутер није преузет ни са једне Рембрантове слике, већ је он мешавина односно спој типова ликова људи какве је Рембрант сликао. Оно што се код компјутерски створених дела разматра јесте чињеница да крајњи резултат није био очигледан чак ни људима који су радили на самом пројекту. Пројекат „Следећи Рембрант” је пример вештачке интелигенције која није у потпуности аутоматизована, односно значајан је инпут људи. Када се то узме у обзир и примени онај стандард да је дело оригинално уколико је независна креација и бар мало креативно, онда се чини да је услов оригиналности испуњен. Међутим, креативност овде свакако постоји али она није у директној вези са крајњим резултатом. Рецимо на примеру „Следећег Рембранта”, свакако да су тимови људи који су писали потребне алгоритме креативни али њихова креативност се односи управо на то, на писање алгоритама, а не на сликање о којем је овде реч. Ни људи који су радили на овом пројекту нису могли да предвиде крајњи резултат односно поменути портрет.

Неки аутори су отишли корак даље и разматрали могућност да креативност није својствена само човеку, већ су се опширно бавили темом компјутерске креативности.³⁹ Међутим, код испитивања оригиналности треба бити обазрив, јер као што смо већ навели она је кључан разлог због којег се ауторима дела која су оригинална даје ауторско право. Подсетимо се добро познатог случаја са селфијем који је начинио мајмун.⁴⁰ Иако је фотограф начинио припреме, поставио апарат, мајмун је тај који је начинио фотографију и, иако се она можда чини оригиналном, није јој пружена заштита јер је није начинио човек. Услов оригиналности се не може посматрати одвојено од услова да је дело људска творевина, јер је управо оригиналност манифестација човека макар и у минималном делу. Из овога следи закључак да дела створена од стране рачунара нису оригинална, бар не у смислу ауторског права. У малобројним националним системима који су прихватили компјутерски створена дела као

39 Вид. такође: Annemarie Bridy, „Coding Creativity and the Artificially Intelligent Author”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 5, 2012. 1–28. Доступно на сајту: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888622 (28.1.2019).

40 *Naruto v. Slater*, No. 16–15469 (9th Cir. 2018) Текст пресуде доступан на сајту: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html> (3.5.2019).

ауторска дела и пружају им заштиту то се свакако објашњава чињеницом да ту постоји веза са човеком у смислу да је он тај који је предузео „неопходне радње за припрему дела”. Мада признање ауторскоправне заштите над овим делима подсећа на враћање у примену раније одбачене доктрине „зноја на обрви”, у којој је акценат на труду и раду, а не на самој оригиналности.

Одређености форме – Неуобличени и неиспољени садржај не сматра се ауторским делом због тога што не испуњава услов одређености форме. Када се у контексту одређења правног појма ауторског дела говори о одређености форме, не мисли се на материјалну форму у којој дело постаје фактички доступно чулима људи.⁴¹ У неким националним законодавствима обавезно је да духовни садржај буде забележен на телесни носач, као на пример у САД где је то један од услова за заштиту ауторског дела.⁴² Такође, Закон о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства прописује да на књижевним, драмским и музичким делима неће постојати ауторско право уколико та дела нису забележена у писаној или другој форми.⁴³ Поставља се питање на шта се мисли када се говори о одређености форме у ауторскоправном смислу. Поменули смо да се под тим не подразумева материјална форма у којој дело постаје фактички приступачно чулима људи.⁴⁴ Форма је дакле, одређени распоред знакова односно кодова који људи користе у својој комуникацији.⁴⁵ Од врсте дела зависиће и врста кода, Тако, у области књижевности ауторско дело чини секвенца одређених речи и реченица, у области музике то је секвенца тонова, у области сликарства то ће бити склоп геометријских слика и боја, итд.⁴⁶ У погледу материјалне форме компјутерски створених садржаја занимљиво је да су она увек у дигиталном формату за разлику од традиционалних дела која постоје у аналогним форматима (књига, слика на платну, скулптура у мермеру, итд.) Ово је знајчајно у оним националним системима ауторског права који захтевају да дело буде у материјалној форми. Наиме, могло би изгледати да компјутерски створена дела не испуњавају услов одређености форме имајући у виду да су ова дела у суштини „јединице и нуле” односно да су апстрактни математички приказ.⁴⁷ Описана ситуација није спорна у ауторском праву, односно и дигитални формат је мате-

41 С. Марковић, *op.cit.*, 120.

42 Закон о ауторском праву САД, чл. 102 (а). Текст закона доступан на сајту: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title17/pdf/USCODE-2011-title17.pdf> (4.5.2019).

43 Текст закона доступан на сајту: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/data.pdf> (5.5.2019).

44 С. Марковић, Д. Поповић, *op.cit.*, 39.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 James Grimmelman, „There’s No Such Thing as a Computer-Authored Work – And It’s a Good Thing, Too”, 39 *Columbia Journal of Law & the Arts* 403, 2016. Доступно на сајту: <https://ssrn.com/abstract=2699862> (6.5.2019).

ријална форма, разлика је само у томе што нам наша чула дозвољавају да аналогне примерке дела опажамо одмах, на пример самим отварањем књиге или гледањем у слику или скулптуру, дакле без посредства неког апарата или уређаја, што са дигиталним форматима није случај. За опажање дела чији су примерци у дигиталном формату неопходно је посредовање уређаја, те нам је тако на пример за слушање музике забележене на компакт диску, потребан уређај који може да репродукује запис са диска. Такође, треба имати на уму да се већина дела која постоје у дигиталном формату може забележити и у аналогном формату и обрнуто. У данашње време праћено напредком технологије заправо се и тежи да се што већи број ауторских дела забележи и у дигиталном формату, како би се на тај начин омогућио приступ светском људском стваралаштву и знању простим укључивањем компјутера и повезивањем на интернет.⁴⁸ Оно што је сигурно јесте да компјутерски створена дела испуњавају услов одређености форме.

Иако, сем одређености форме, не испуњавају услове за заштиту ауторским правом, један мали број земаља на свету је ипак уврстио у ауторска дела и дела створена од стране рачунара.⁴⁹ Земље које су рачунарски генерисана дела сврстала у ауторска дела су Уједињено Краљевство, Република Ирска⁵⁰, Нови Зеланд⁵¹ и Република Индија⁵². Закон о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства⁵³ у чл. 9 ст 3 прописује да се аутором у случају писаних, драмских, музичких или уметничких дела која су створена од стране компјутера, сматра особа која је предузела неопходне мере за стварање тих дела. Члан 214 истог закона прописује да се заштита која се пружа компјутерски створеним делима протеже само на књижевна, драмска, музичка и уметничка дела док се не односи на медијска дела, мада се сличан систем из члана 9 са одређеним разликама примењује и на право заштите дизајна. Из овакве одредбе јасно је да позитивно ауторско право Уједињеног Краљевства прихвата компјутерски створена дела као ауторска дела и не само то, већ одређује и ко ће се сматрати аутором тих дела. Чланом 178 Закона о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства одређено је шта се подразумева под појмом компјутерски створеног дела

48 Такав је на пример пројекат *Google Books* који тежи да створи „светску библиотеку” и претпоставља се да је до сада скенирано више од 25 милиона књига.

49 Ипак, не треба заборавити да се у појединим државама англосаксонског права не прави изражена разлика између појмова ауторског дела, с једне стране, и неких предмета сродноправне заштите, с друге стране, као што је то случај у континенталном ауторском праву.

50 Текст закона доступан је на сајту: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ie/ie098en.pdf> (6.5.2019).

51 Текст закона доступан је на сајту: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345899.html> (6.5.2019).

52 Текст закона доступан је на сајту: <http://www.copyright.gov.in/Documents/Copyright-Rules1957.pdf> (6.5.2019).

53 Текст закона доступан је на сајту: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9> (6.5.2019).

и прописано је да су то дела створена од стране компјутера у таквим околностима да нема људског аутора дела. Закон о ауторском праву и сродним правима Републике Ирске ова дела дефинише на сличан начин, односно као дела створена у таквим околностима да аутор није индивидуа (личност, појединац). Члан 12(7) Закона о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства одређује да ауторска права на компјутерски створеним делима трају 50 година од завршетка календарске године у којој је дело створено. Из изложеног види се да ауторско право Уједињеног Краљевства компјутерски створеним делима признаје статус ауторског дела, пружа им заштиту, одређује титулара права и прописује временско трајање ауторског права на овим делима. Оно на шта су неки аутори указали јесте пропуст законодавца да ближе одреди шта се подразумева под „неопходним мерама за стварање тих дела”. Законом није ближе одређено нити су дати примери које су то радње довољне односно неопходне, па самим тим остаје нејасно да ли ће и просто притискање тастера бити довољно да се неко лице сматра аутором.

Занимљиво је то да ниједна међународна конвенција или пропис ЕУ изричито не забрањују заштиту компјутерски створених дела, већ оне више ограничавају ауторско право на особе, индивидуе односно људе. Исто тако, како не постоји одредба која изричито забрањује да се делима створеним од стране компјутера призна ауторскоправна заштита, не постоје ни одредбе којима се она дозвољава. Услов да ауторско дело мора бити људска творевина није тако експлицитно формулисан ни у једном од извора ауторског права али из формулације одређених одредби недвосмислено произлази тај закључак. Иако нема изричитих забрана да се компјутерски створена дела сматрају ауторским делима, постоје бројне препреке за то. Рецимо Компендијум праксе Бироа за ауторско право САД у тачки 306 наводи да ће Биро регистровати оригинално ауторско дело уколико (под условом да) је дело створио човек.⁵⁴ Према Компендијуму, Биро за ауторско право САД штити само плодове интелектуалног рада који се налазе у креативним моћима ума.⁵⁵ Због тога што је ауторско право ограничено на оригиналне творевине аутора Биро ће одбити захтев за регистрацију ауторског дела уколико утврди да људско биће није створило дело.⁵⁶ Поред тога што је у Компендијуму

54 Compendium of U.S. Copyright Office Practices, 2017. Доступно на сајту: <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf> (22.5.2019).

55 Trade Mark Cases 100 US 82,84, 1879 Текст пресуде вид. на: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/82/>, 22. мај 2019.

56 У предмету *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 US 53,58, 1884. Врховни суд САД је одлучивао о томе да ли фотографија испуњава услове за заштиту ауторским правом, као и дали се фотограф може подвести под појам „аутора”. У образложењу одлуке се између осталог помиње и то да је „аутор онај коме било шта дугује свој настанак, творац; стваралац; онај који заврши дело из обалсти науке или књижевности” Суд даље наводи да је „ауторско право, ексклузивно право човека на продуктима његове генијалности или интелекта”. Текст пресуде на енглеском језику вид. на: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/111/53/>, 22. мај 2019.

изричито наведено да Биро неће регистровати дела која није створио човек, ту су такође у тачки 313.2 дати примери дела којима недостаје људско ауторство односно која не испуњавају услов људске творевине. Тако је, између осталог, као пример дата „фотографија коју је начинио мајмун” или „слика коју је насликао слон”, али од значаја за ову тему ту су као пример дела којима недостаје људско ауторство наведена и дела која је створила машина или чист механички процес који оперише на сумично или аутоматизовано без било каквог креативног инпута или интервенције људског аутора.⁵⁷ Како веома мали број земаља даје садржајима створеним од стране рачунара статус ауторског дела, чини се да је то нешто што бар за сада неће постати општеприхваћено у праву интелектуалне својине.

4. ПРОБЛЕМ ОДРЕЂИВАЊА НОСИОЦА АУТОРСКОГ ПРАВА КОД КОМПЈУТЕРСКИ СТВОРЕНИХ ДЕЛА И МОГУЋА РЕШЕЊА

Аутор је физичко лице које је створило дело, те имајући у виду да је стварање психички процес, јасно је да правна лица не могу бити аутори.⁵⁸ Аутор је изворни носилац субјективног ауторског права, док су сви остали који нису аутори али су субјекти одређених овлашћења из субјективног ауторског права – носиоци ауторског права. Постоје и системи у којима је допуштено да изворни носилац ауторског права буде и лице које није створило дело, које дакле није аутор дела. На пример, такав је случај у САД где код филмских дела и дела створених по наруџбини аутор може бити филмски продуцент, а у другом случају наручилац дела. Када би компјутерски створена дела била ауторска дела, или у системима који их признају као таква, поставља се питање ко ће бити титулар субјективног ауторског права. Оно што овај проблем чини још комплекснијим јесте чињеница да је код саме вештачке интелигенције најчешће велики број људи укључен како у њен настанак (обично су то тимови програмера и истраживача), затим они који инвестирају у њен настанак и истраживање, ту је затим и онај ко користи ВИ компјутер/програм и на крају сам компјутер који може бити мање или више зависан од активности човека.

Поставља се питање ко би од свих наведених лица могао бити титулар субјективног ауторског права, односно у оним системима који прихватају компјутерски генерисана дела као ауторска дела – ко ће се сматрати аутором. У литератури се могу срести различити приступи овом

57 Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Third edition, 2017, Текст доступан на: <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>, 22. мај 2019

58 С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 49.

проблему. Разматрала се чак и идеја о признању правног субјективитета ентитету вештачке интелигенције као и идеја о конструисању правног субјективитета какав постоји код правних лица.⁵⁹ Замисао да су роботи односно ВИ системи субјекти у праву је свакако најмање вероватан исход. Наиме, према овом приступу, у случајевима када је одређени садржај у потпуности створен аутоматизованим процесом од стране компјутера, тај ВИ компјутер који је створио дело би требало да буде титулар субјективног ауторског права. Наравно, овде је реч о тзв. јакој вештачкој интелигенцији или вештачкој супер интелигенцији која не симулира мишљење већ заиста мисли. То би подразумевало да правни поредак поред физичких и правних лица, као субјекте у праву призна и ентитете вештачке интелигенције. Колико год се то чинило невероватним, не треба заборавити да ни сви људи нису одувек имали правни субјективитет (на пример робови, жене, деца). Даље, неки у томе виде аналогију са правним лицима која данас поседују правну, пословну и деликтну способност. Ипак не може се у потпуности вршити поређење, јер иза правних лица свакако стоје људи, њихова воља и њихова одговорност, док са признањем машине као субјекта у праву то није случај. Поставља се управо питање како би један ВИ компјутер вршио права – истицао захтеве и тражио заштиту? За то је потребан разум који компјутери, бар за сада, не поседују. Мада носиоци права су и бића која не одликује разум, која не могу сама да врше права као што су на пример, мала деца, зачет а нерођен човек, или психички оболеле особе.⁶⁰ Најзад, сагледајмо вршење овлашћења која чине субјективно ауторско право. На који начин би један компјутер, ма колико напредан био, вршио овлашћење на објављивање дела, или на супротстављање недостојном коришћењу дела?

Други предлози за решавање проблема одређивања носиоца ауторског права на компјутерски створеним делима тичу се лица које је створило ВИ компјутер/програм (дакле, програмера), затим корисника таквог програма или њиховог евентуалног коауторства. У зависности од система ауторског права у којем покушавамо да нађемо одговор на питање, различита су и решења. Када узмемо у обзир земље које компјутерски створена дела сматрају ауторским делима, у тим земљама је већ самим законом одређено ко ће се сматрати аутором тих дела. Према тим правилима, аутором ће се сматрати „особа која је иредузела неопходне мере за стварање тих дела”. Иако може деловати да је макар у овим земљама питање ауторства код компјутерски створених дела решено, то ипак није случај. Оно на шта су већ неки аутори указали јесте недостатак одредби којима се ближе одређује шта се то сматра „неопходним

59 Shlomit Yanisky Ravid, „Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era — The Human-Like Authors Are Already Here — A New Model”, *Michigan State Law Review*, Vol. 2017, Issue 4. Доступно на сајту: <https://ssrn.com/abstract=2957722> (23.5.2019).

60 Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право и ошћини гео грађанској права*, ЈП Службени гласник, Београд 2012, 414.

мерама за стварање њих дела”. Претпоставка је да ће се са проблемом тумачења суочити судови у пракси и у образложењима одлука дати неке ближе смернице које су то радње неопходне за настанак компјутерски створених дела. Дакле, оно што ће вероватно бити њихов задатак јесте да утврде ко је особа која је најзаслужнија за финални резултат који је створио компјутер. Могло би се учинити да је одговор једноставан, тј. да је то свакако програмер самог компјутера јер у крајњој линији он је аутор „аутора”. Међутим, што је компјутер напреднији и независнији (аутоматизованији) у стварању, то се оваква аргументација чини мање основаном. Наиме, када говоримо о напредној вештачкој интелигенцији вероватно је да програмер скоро и да нема директне везе са креираним садржајем. За створени садржај је у потпуности заслужан компјутер, што посебно долази до изражаја код машинског учења. Када је слаба или незнатна веза између компјутерски створеног дела и програмера тог компјутерског програма долази се до сличне ситуације као када би се ауторско право на Бетовеновој „Деветој симфонији” дало Јохану ван Бетовену и Магдалени Кеверик ван Бетовен, његовим родитељима, под образложењем да су они створили самог Бетовена. Са друге стране, уколико би се аутором сматрао корисник ВИ програма могли бисмо доћи у ситуацију да се ауторство сведе на просто притискање компјутерског тастера. С тим у вези, можда и није несувисло што законодавци Уједињеног Краљевства, Републике Ирске, Републике Индије и Новог Зеланда нису унапред одредили које су то релевантне радње, јер се оне могу разликовати у зависности од самог начина на који ВИ програм или систем ради. Дакле, суд ће вероватно у сваком конкретном случају морати најпре да испита начин функционисања самог програма па да сходно томе одреди ко ће се сматрати аутором.

Решавању проблема одређивања носиоца ауторског права на рачунарски створеним делима свакако треба озбиљно приступити и то из неколико разлога. Најпре, пропуштање решавања овог проблема оставља места за злоупотребе и то у виду присвајања компјутерски створеног дела од стране човека и назначивање неког лица као аутора на делу које није он створио. Поврх тога, из чињенице да ова дела нису предмет заштите у ауторском праву, па да самим тим нема ни ауторског права ни његовог титулара, те да ентитети вештачке интелигенције нису субјекти у праву, могло би се закључити да нема ни одговорних лица у случају када компјутерски створено дело повређује туђе право интелектуалне својине. Најзад, ова дела имају или могу имати тржишну вредност, па самим тим постоји интерес да се ово питање реши.⁶¹

Англосаксонска традиција ауторског права познаје институт који према ставу одређених аутора⁶² може представљати адекватно решење

61 На пример, слика „Портрет Едмонда Беламија” коју је створила вештачка интелигенција, продата је на аукцији за 432.500 америчких долара. Занимљиво је то да уместо потписа сликара стоји математичка једначина коришћена да генерише слику.

62 Вид. Annemarie Bridy, „Coding Creativity and the Artificially Intelligent Author”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 5, 2012. 1–28 Енмари Брајди наводи да је од

проблема одређивања носиоца ауторског права на компјутерски створеним делима. То је институт дела по наруџбини. Дела створена по наруџбини, као и дела у радном односу, представљају изузетак од правила да се изворним носиоцем ауторског права сматра аутор односно лице које је дело заиста и створило. Уколико је дело створено по наруџбини, наручилац дела (или у случају да је дело створено у радном односу – послодавац) сматра се аутором иако је дело заправо створио посленик или запослени. Наручилац дела може бити како физичко тако и правно лице. Члан 101 Закона о ауторском праву САД дефинише дело створено по наруџбини као дело припремљено (створено) од стране запосленог у оквиру његових/њених радних дужности или као дело специјално наручено за коришћење: као допринос колективном делу, као део филма или другог аудиовизуелног дела, као превод, као суплементарно дело⁶³, као збирка, као текст упутства, као тест, као материјал за одговарање на тест, као атлас; и уколико се стране изричито сагласе у писаној форми, која садржи њихове потписе да ће се то дело сматрати као дело по наруџбини. Утврђивање да ли је дело створено по наруџбини може бити тешко имајући у виду да није увек једноставно применити законску дефиницију. Дакле, специфичност овог принципа јесте та да је изворни носилац ауторског права послодавац односно наручилац дела, а не онај ко је дело заиста и створио. Код дела створених по наруџбини ауторско право траје 95 година од дана објављивања дела или 120 година од дана настанка дела, који год рок да први истиче. Према члану 201 Закона о ауторском праву САД у случају дела по наруџбини послодавац или друго лице за које је дело припремљено сматра се аутором дела и носилац је свих овлашћења садржаних у ауторском праву, осим уколико се стране нису изричито сложиле односно договориле другачије у писаном инструменту који су и потписале. Имајући у виду да у случају дела створених по наруџбини аутор није и изворни носилац ауторског права, јасно је због чега би се овај институт могао учинити адекватним решењем проблема титулара код компјутерски створених дела. Уз ревидирање појма послодавац и запослени односно посленик, овај принцип би омогућио да и дела створена од стране компјутера остваре заштиту и то без неких већих измена или увођења неких нових института у ауторско право бар када говоримо о англосаксонском ауторском праву.

постојећих института ауторског права можда баш институт „дела по наруџбини“ најадекватнији за заштиту дела створених од стране рачунара.

- 63 Члан 101 Закона о ауторском праву САД дефинише суплементарно дело као дело припремљено за објављивање као секундарни додатак делу другог аутора, а у сврху представљања, закључивања, илустрације, објашњења, ревизије, коментарисања или асистирања у употреби другог дела као што су предговор, закључак, сликовне илустрације, мапе, графикони, табеле, уредничке ноте, музички аранжмани, материјал за одговарање на тестове, библиографије, прилози и индекси, и текст упутства је књижевно, сликовно или графичко дело припремљено за објављивање за сврху употребе у системским инструкционим активностима.

Изложени модел је један од можда најадекватнијих за решавање овог проблема, бар када је реч о институтима које ауторско право већ познаје. Овај проблем је бар за сада у домену теоретских расправа, јер још увек нема реалне потребе да се овај проблем реши. Наиме, код утврђивања ко би требао бити титулар субјективног ауторског права на компјутерски створеним делима најбоље је водити се мерилом на који начин ће друштво највише бенефицирати, да ли би то било уколико се ауторско право да програмеру ВИ програма, институцији која је заслужна за финансирање истраживања вештачке интелигенције или самим корисницима ВИ машина/програма. Са аспекта добробити друштва, уколико нам је циљ да подстакнемо развој и дисеминацију вештачке интелигенције, би најбоље било ауторско право признати оном ко је најзаслужнији за њен развој, односно инвеститорима. То су дакле софтверске компаније, истраживачке институције или факултети. А они сами би, као титулари, могли да кроз даље уговарање уступати одређена овлашћења у погледу дела крајњим корисницима (нпр. кроз *end user licencing agreements* – *EULA*). Заговорници примене доктрине дела по наруџбини за дела створена од стране компјутера, предности оваквог приступа виде у томе што примена овог принципа отклања сметњу ненатуралног аутора, затим омогућава се признање да онај ко је носилац ауторског права није и творац дела – чиме се спречава да неко преузме заслуге за нешто што није урадио, потом се даје подстрек за даљи развој вештачке интелигенције, олакшава се вршење овлашћења које компјутер не може да врши, и на крају – решава се питање одговорности.

Као што је већ објашњено, континентална традиција ауторског права инсистира на аутору као физичком лицу.

5. ПОВРЕДА АУТОРСКОГ ПРАВА ОД СТРАНЕ ЕНТИТЕТА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Сами ВИ системи су данас довољно напредни да почине како посредну тако и непосредну повреду ауторског права и управо је то један од многобројних изазова које вештачка интелигенција поставља пред савремено ауторско право. Ово је свакако реално питање. Наиме, вештачку интелигенцију, конкретније машинско учење као начин на који може да учи одређен ВИ систем, карактерише чињеница да ови рачунари односно програми уче преузимајући енормне количине информација. Поставља се питање шта уколико те податке чине дела на којима ауторскоправна заштита није протекла, а сам титулар права није дао сагласност за њихово коришћење, односно умножавање и прераду до којих долази приликом учења од стране рачунарског програма. Може ли се коришћење тих дела у циљу учења подвести под неко од постојећих ограничења ауторског права, па самим тим искључити постојање повреде? До повреде ауторског права може доћи и ако компјутерски створено дело представља деривативно дело, а титулар изворног дела није

дао неопходну сагласност, или пак уколико компјутерски створено дело представља плагијат неког већ постојећег дела.

Тренирање вештачке интелигенције на ауторским делима може довести до одређених повреда туђег субјективног ауторског права. Најјаснија могућност повреде ауторског права у машинском учењу углавном је током састављања скупова података за учење (тренирање), што обично подразумева прављење дигиталних копија (дакле умножавање) података (дела). Уколико ти скупови података за учење садрже материјале који су под ауторскоправном заштитом, а за чије умножавање инжењери односно програмери немају дозволу носиоца ауторског права, онда долази до повреде туђих субјективних ауторских права. Такође, уколико је током процеса учења податак (ауторско дело) измењен, реч је о повреди овлашћења на заштиту интегритета дела. Коначно, и сам тај скуп података за машинско учење може представљати предмет заштите једног другог права интелектуалне својине – права произвођача базе података. Неки скупови података за учење се сачињавају дигитализовањем аналогних примерака, док се неки сачињавају копирањем већ постојећих дигиталних примерака (*e-books*, *e-news*). Многи такви скупови података за учење су састављени без дозволе носилаца ауторског права на делима од којих су састављена. Анализом одредаба ЗАСП којим су прописана ограничења права закључујемо да се ниједан у закону описани случај дозвољеног коришћења туђег ауторског дела не односи се на коришћење или умножавање дела у циљу тренирања односно учења вештачке интелигенције. Како је овде реч о учењу и ширењу знања, али не међу људима, није могуће применити постојеће институте ограничења ауторског права који су прописани у циљу дисеминације знања.

Постоје разлике између англосаксонске традиције ауторског права која познаје доктрину правичне употребе ауторског дела (енгл. *fair use*) и континенталне традиције ауторског права у којој су таксативно набројана ограничења односно случајеви у којима ауторско право не делује.⁶⁴ Важна разлика је у правној природи ових института. Наиме, *fair use* има природу искључења повреде ауторског права али не установљава никакво право за корисника ауторског дела, док законска ограничења ауторског права која постоје у континенталној традицији ауторског права успостављају правно заштићени интерес корисника дела за који није допуштено да га носилац ауторског права елиминира техничким мерама заштите ауторског дела или уговорима.⁶⁵ Заједничко за било који начин прописивања ограничења ауторског права јесте то да се оно мора вршити уз поштовање међународних конвенција односно уз поштовање минималних права која су као таква њима прописана. Доктрина *fair use* подразумева процену у сваком конкретном случају да ли је одређено коришћење дела „правично”. Елементи на основу којих се процена врши су: 1) сврха и природа коришћења дела, посебно да ли је

64 Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд 2014, 132.

65 *Ibid.*, 132–133.

реч о коришћењу у комерцијалне или непрофитне едукативне сврхе; 2) природа заштићеног дела; 3) количина и битност коришћених фрагментата дела у односу на целину дела; 4) ефекат који коришћење дела има на тржиште за то дело или на његову економску вредност.⁶⁶ Машинско учење као начин на који учи вештачка интелигенција, изазива доктрину *fair use* на два поља, тачније доводи у питање испуњеност два услова како би коришћење дела било правично. Прво, машинско учење даје компјутерима способност да извуку вредне информације из начина на који аутори изражавају идеје. Уместо да само извуку чињенице о делу, машинско учење може да прикупи вредност из изражајног аспекта дела, и као резултат оваква употреба машинског учења не може се више окарактерисати као неизражајног карактера. Друго, технологија машинског учења може представљати нови тип претње за тржишта за ауторско изражавање јер уместо да само замени тржиште за индивидуална дела, изражајно машинско учење може истиснути ауторе и то заменом аутора за јефтинијег ефикаснијег робота.⁶⁷

Наравно неки скупови података за тренирање ВИ компјутера су сачињени на потпуно законит начин. На пример, скуп података за учење може у потпуности бити сачињен од дела која су у јавном домену, какав је случај са пројектом „Следећи Рембрант”. Такође, могу се састојати од дела за која је дата специфична лиценца за тражење података и сврхе машинског учења. Надаље, велики део података за машинско учење који је под ауторскоправном заштитом добијен је уговорним путем. Велике интернет платформе и њихови услови коришћења често дају платформама лиценце за било који садржај заштићен интелектуалном својином који корисници постављају на сајтове. Уколико су добро формулисане, ове лиценце скоро засигурно дозвољавају компанијама да тренирају алгоритме машинског учења на садржајима које на платформе постављају њихови корисници.

Друге повреде, за које није најјасније како се тачно дешавају јер их чини сам компјутер, могу се јавити када се подаци анализирају или када тренирани ВИ програм произведе одређен садржај сличан ауторским делима на којима је програм трениран, и тиме буде учињена повреда неког овлашћења (нпр. овлашћења на заштиту интегритета дела). Повреде које настају у тзв. фази аутпута (енгл. *output*) односно у фази када ВИ компјутер генерише садржај су специфичне са становишта одговорности за учињену повреду. Овде се мора утврдити да ли је за генерисани садржај који представља повреду туђег ауторског права одговоран сам програмер или је пак било ван његове могућности да утиче на коначан резултат и спречи настанак повреде.⁶⁸ Постоје мишљења да ће ВИ стварање нових

66 Закон о ауторском праву САД, чл. 117.

67 Вид. Benjamin L. W. Sobel, „Artificial Intelligence’s Fair Use Crisis”, *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 45, 2017, 45–97.

68 У чланку „AI v IP, Criminal Liability for IP Offenses Of AI Entities” професор Габријел Хејлеви (*Gabriel Hallevy*) излаже могуће моделе кривичне одговорности у англосаксонском кривичном праву ентитета вештачке интелигенције за повреде ауторског права које су квалификоване као кривична дела и то по узору на одговорност

дела, засновано на скуповима података за тренирање сачињених од ауторских дела, бити значајно правно питање у ближој будућности.⁶⁹

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Право интелектуалне својине стално мора да пружа одговор на технолошки напредак и промене које он доноси. Такав је случај и са вештачком интелигенцијом. Иако она још увек није достигла степен развоја који би захтевао ургентно регулисање са становишта права интелектуалне својине, већ сада се називу потенцијална питања, проблеми и промене које би такав развој могао донети. У зависности од тога колико технологија вештачке интелигенције постане напредна, она би могла пољубити саме темеље права интелектуалне својине, а пре свега ауторског права, самим тим што би поред човека увела једног новог ствараоца способног да креира дела једнако добро, а можда чак и боље. Према неким предвиђањима, развој вештачке интелигенције могао би потпуно обесмислити традиционално ауторско право.

Оно што однос вештачке интелигенције и ауторског права чини довољно комплексним, јесте то што је она истовремено и предмет заштите и потенцијални стваралац. У постојећим оквирима ауторског права нема места заштити садржаја створених искључиво од стране рачунара. У неким правним системима постоје одређени институти попут института дела по наруџбини који би уз екстензивно тумачење неких појмова помогли да се овај проблем превазиђе, без даљих суштинских измена ауторскоправног система. Постоје и земље које су препознале и уврстиле компјутерски генерисана дела у категорију ауторских дела и пружила им заштиту. Чињеница је, међутим, да су те земље у мањини, као и да законска регулатива по којој би се ауторскоправна заштита признала делима *искључиво* створеним од стране вештачке интелигенције није у сагласности са неким од најважнијих међународних конвенција и споразума из области права интелектуалне својине.

Потребно је обазриво приступити уређењу односа вештачке интелигенције и ауторског права. Иако је брзина развоја ВИ за сада неизвесна, можда управо у скорије време настане потреба да се заузме начелни став према односу права интелектуалне својине и вештачке интелигенције. Оно што је до сада представљало једну од основних карактеристика у ауторском праву, а то је антропоцентричност, вештачка интелигенција може озбиљно довести у питање. Самим тим што није више само човек тај који ствара или са друге стране што употребом овако напредне технологије свако може постати аутор, поставља се питање у којој

правних лица за кривична дела. Чланак је доступан на сајту: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2691923 (7.8.2019).

69 Giovanni Sartor, Francesca Lagioia, Giuseppe Contissa, „The use of copyrighted works by AI systems: Art works in the data mill”, 2018. Чланак доступан на сајту: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264742 (7.8.2019).

мери нам је потребно савремено ауторско право. Такође, треба имати на уму да се у праву интелектуалне својине штите и псеудотворевине под којима се подразумевају интелектуална добра која настају као функција привредне делатности одређеног субјекта, а нису резултат стваралаштва са индивидуалним духовним обележјима једног човека.⁷⁰ Да ли ће се можда и садржају створеном од стране вештачке интелигенције пружити заштита успостављањем неког новог сродног права или другог *sui generis* система заштите, остаје да се види.

О ауторки

Ана Ашковић рођена је 1990. године. Основне академске студије завршила је на Правном факултету Унивезитета Унион. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађала је у генерацији 2017/2018. год. Тренутно обавља приправнички стаж у Првом основном суду у Београду.

70 С. Марковић, Д. Поповић, *op.cit.*, 31.

СУКОБ НАДЛЕЖНОСТИ У СПОРОВИМА РАДИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА НА ИНТЕРНЕТУ*

Циљ овог рада је да укаже на проблеме који се јављају у примени њравних норми којима се регулише сукоб међународне надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жића на интернету. У раду се указује на нејурисдицконе норми екстериторијалном карактеру интернета, као и на тенденцију европске и домаће судске праксе да примењује посебне основе међународне надлежности који су територијално одређени и као ипакви неадекватни условима виртуелне екстериторијалне окружења. Следом наведеног, предмет анализе су решења и ставови заузети у пракси домаћих судова, као и релевантне одлуке Европског суда правде. Имајући у виду да посебни основи међународне надлежности у споровима ради вануговорне одговорности за штету, која је настала радњама предузетим на интернету, захтевају екстензивно тумачење њравних норми од стране суда, које често доводи до контрадикторних резултата, у овом раду се даје анализа предности и мана примене ошће основа надлежности у односу на посебне основе надлежности.

Кључне речи: Интернет. – Повреда жића. – Сукоб међународне надлежности. – Екстериторијалности.

1. УВОД

Интернет представља светску компјутерску мрежу, односно мрежу свих мрежа корисника који у датом тренутку посредством рачунара размењују информације. Разноврсни корисници се путем рачунара могу прикључити на мрежу у сваком тренутку. Сходно наведеном, интернет представља комуникациону технологију која омогућава бржу и симултану интеракцију између корисника, ослобођену од територијалне компоненте.

Правни поредак једне државе, уколико се стави у контекст цитиране дефиниције интернета, представља „мрежу” правних норми, која

* Овај чланак представља прерађену (скраћену и ажурирану) верзију истоименог мастер рада, одбрањеног 05.12.2016. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Слободан М. Марковић, а одбрањен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

је хијерархијски постављена, док глобални правни поредак представља „мрежу свих мрежа” правних норми. Разноврсни субјекти, физичка и правна лица, могу се „прикључити на мрежу”, тј. могу иницирати примену правних норми. Које ће се правне норме у оквиру глобалног правног поретка применити на субјекта зависи искључиво од оцене једне државе, а која ће то држава бити зависи од специфичних околности које су и изазвале примену правних норми.

Субјекти права својим појединачним или узајамним деловањем могу иницирати примену процесних и примену материјалноправних норми. У ситуацији када однос два субјекта права садржи елемент иностраности, у случају спора, субјекти права заштиту морају потражити пред судом оне државе који је овлашћен да реши конкретно спорно питање. При томе, субјекти права су слободни да се обрате било ком форуму, а дужност суда је, да, пре упуштања у одлучивање о главној ствари која је предмет спора, утврди да ли постоји његова међународна надлежност за решавање спорног односа са елементом иностраности.

О сопственој надлежности суд одлучује применом правних норми државе чију припадност има, и то на основу једностраних норми међународног приватног права односне државе, па у том смислу једна држава одређује које ће се норме глобалног правног поретка применити на субјекта права. У случају да применом релевантних норми утврди да није надлежан за одлучивање о предмету спора, суд ће донети одлуку у одговарајућој форми, којом ће одрећи тужиоцу право на заштиту у тој држави. Акцент је стављен на претходну реченицу, с обзиром на чињеницу да у датој ситуацији суд, када утврди да није надлежан, не упућује субјекта права на надлежни суд, већ субјект права поново мора сам да оцени ком форуму да се обрати.

Аналогно наведеном, жиг, као субјективно право, одликује чињеница да важи и ужива законску заштиту само у земљама у којима је у одговарајућој процедури/на одговарајући начин заштићен као жиг. Дакле, заштиту права, и у садржинском и у формалном смислу, одликује принцип територијалности. Интернет, с друге стране, представља дигитално окружење лишено територијалне компоненте. С обзиром на то да интернет као нова комуникациона технологија омогућава радњу субјеката права која иницира примену правних норми, па тако и ону радњу којом се повређује жиг, екстратериторијални карактер интернета као нове технолошке творевине ствара изазов за примену постојећих територијално условљених правних норми које се односе на надлежност суда пред којим се захтева накнада штете услед повреде жига у онлајн окружењу.

Интернет у пренесеном значењу представља „ничију и свачију земљу”, будући да су садржаји на интернету доступни широм света, али нису под ефективном и самосталном контролом једне државе. С обзиром на то да су норме о међународној надлежности просторно детерминисане, односно да исте одређују релевантне чињенице које су

се догодиле на подручју државе чији је суд надлежан и на основу којих се установљава надлежност тог суда, намеће се питање да ли су правне норме којима се уређује питање надлежности (непосредно) применљиве у споровима ради накнаде штете због повреде жића радњама предузетим на интернету. Одговор на претходно питање је од изузетног значаја за титулара жића будући да од његове садржине зависи правна и фактичка могућност заштите, као и обим заштите права титулара, те је у наставку овог рада садржана детаљна анализа основа међународне надлежности који су садржани у домаћем и европском праву, а који се примењују у споровима због накнаде штете због повреде жића на интернету, као и решења сукоба надлежности.

2. ПОЈАМ СУКОБА МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Под надлежношћу, у науци грађанског процесног права, подразумева се круг послова једног суда или другог надлежног органа, а која се према странкама испољава као дужност суда или другог надлежног органа да поступи у одређеној ствари.¹ За сврхе даље анализе изнете у овом раду, под појмом надлежност подразумева се судска надлежност, а под појмом поступак подразумева се парнични поступак. У теорији постоји више подела надлежности, према различитим критеријумима, а у наставку овог рада предмет детаљније анализе биће међународна надлежност, и то њени основи као релевантни фактори који доводе до сукоба надлежности судова различитих држава у поступцима ради заштите од повреде жића на интернету, као спора са елементом иностраности

Утврђивање основа међународне надлежности судова одређене државе представља суверено право односне државе. Питање међународне, баш као и питање унутрашње надлежности суда, држава решава на позитиван начин (тзв. једностраним нормама међународног приватног права). Прецизније, свака држава је овлашћена да одреди да су управо њени судови надлежни за поступање поводом конкретног предмета спора, а границе њеног сувереног права се у томе исцрпљују, будући да није овлашћена да одреди да је суд одређене стране државе надлежан за решавање о том спорном односу или праву. На овом месту треба приметити да конкретна држава, премда не може одређивати границе надлежности друге државе непосредно, може практично утицати на наведено са дејством само на сопственој територији, и то путем прописивања услова за признање и извршење стране одлуке, односно одређивањем граница своје индиректне међународне надлежности. Примера ради, уколико домаћи прописи предвиђају као услов за признање и извршење стране судске одлуке чињеницу да је страни суд своју надлежност

1 Б. Познић, В. Ракић– Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 86.

засновао по истом основу међународне надлежности који је познат у домаћем законодавству, неспорно је да тиме домаћи суд фактички одређује границе надлежности страног суда, јер у случају да надлежност страног суда није заснована у складу са претходно наведеним, страна одлука би била без правног дејства на територији домаће државе.

Дакле, правила о међународној надлежности судова непосредно постављају границе једног правосуђа, односно одређују онај круг ситуација у којима једно правосуђе има право и дужност да поступа.² Спорове са елементом иностраности може решавати само правосуђе оне државе чије норме о међународној надлежности предвиђају надлежност својих судова за тај случај.

Критеријуми од којих законодавци полазе приликом одређивања надлежности правосудних органа су различити, а умногоме зависе и од врсте спора. Општеприхваћени критеријуми – основи надлежности су следећи: а) пребивалиште/седиште/боравиште туженог, б) место налажења имовине туженог, в) место налажења покретне и непокретне ствари на којој постоји спорно право, г) место закључења/извршења закљученог правног посла, д) место деликта (место извршења штетне радње и/или место наступања штетне последице).³ Ефикасна и правична заштита права тужиоца и туженог у поступку се постиже уколико се приликом установљења основа међународне надлежности пажљиво бирају они критеријуми који су у довољном интензитету везани за предмет спора.

У контексту разматрања питања сукоба међународне надлежности најпре ћемо објаснити поделу надлежности на искључиву и конкурентну (елективну), као и поделу надлежности на општу и посебну. Искључива надлежност суда одређене земље постоји у случају када је законодавством те земље, тј. њеним нормама о међународној надлежности прописано да су искључиво судови односне државе овлашћени да поступају у одређеним правним стварима. Значај искључиве надлежности се манифестује у следећим процесним последицама. Најпре, повреда правила о искључивој међународној надлежности судова домаће државе најчешће има за последицу да ће се страној одлуци о предметном питању ускратити признање и извршење на територији домаће државе чији су судови искључиво надлежни. Додатно, искључива надлежност суда подразумева дужност суда да одбије приговор међународне литиспеденције у случају да и пред страним судом тече парница о истом предмету спора. Напослетку, искључива надлежност суда је најчешће прописана у оним правним стварима за која је прописана и примена домаћег права, будући да постоји висок ниво повезаности са домаћом територијом и правом, те висок ниво заинтересованости домаће државе да се предметно питање расправи у оквирима домаћег права. Насупрот

2 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, 487.

3 *Ibid*, 491–492.

искључивој надлежности суда, постоји и елективна надлежност суда, која подразумева да домаћа држава, приликом прописивања основа сопствене надлежности, не искључује могућност поступања страног суда поводом истог питања. Стога, елективна међународна надлежност не спречава признање и извршење стране судске одлуке као што је то случај са искључивом надлежношћу, а подразумева и дужност суда домаће државе да примени правила о међународној литиспеденције у случају истицања приговора постојања истоветних парница у домаћој и страној држави. С друге стране, разлика између опште и посебне надлежности конзумира се у чињеници да ли се надлежност неког правосуђа заснива за расправљање једне посебне категорије спорова, или за све спорове у односу на одређено лице које је тужено у поступку.

Претходно описане поделе међународне надлежности имају свог значаја у контексту сукона надлежности. Наиме, до сукоба међународне надлежности судова различитих земаља може доћи у случају када постоји елективна (конкурентна) надлежност судова различитих држава, која је последица:

- различитих квалификација или тумачења законом прописаних основа опште међународне надлежности у више држава, или
- последица постојања законом прописаних посебних основа међународне надлежности у различитим земаљама за исту категорију спорова.

Уколико домаћа држава поставља као основ међународне надлежности сопственог правосуђа седиште туженог који је привредно друштво, а под појмом седишта се према домаћем праву подразумева место где се налази управа тог туженог привредног друштва, док страна земља такође прихвата наведени општи основ надлежности али појам седишта привредног друштва право стране земље дефинише као место где се налази регистровано седиште привредног друштва, па у случају да се наведена два места разликују и налазе на територији предметних земаља, при чему ниједна од поменутих земаља не прописује искључиву надлежност свог правосуђа у односној ситуацији, постојаће позитивни сукоб међународне надлежности. С друге стране, уколико домаћа земља прописује општи основ надлежности за решавање предметног питања, док страна земља за односно питање установљава посебан основ међународне надлежности, па уколико се оба основа надлежности манифестују у конкретном спору са елементом иностраности, поново ће доћи до позитивног сукоба надлежности. Напослетку, до сукоба надлежности судова домаће и стране државе доћи ће и у случају да две или више држава постављају различите основе посебне надлежности који се истовремено остварују у одређеном спорном односу.

Као што је изложено, елективна надлежност судова доводи до позитивног сукоба надлежности, будући да постоји више форума пред којима је могуће покренути поступак са истим предметом спора. Постоје

одређени основи надлежности који су општеприхваћени у међународној заједници, прилагођени конкретној врсти спорног односа, односно права, чије усвајање тежи транспарентној, ефикасној и правичној заштити права странака на глобалном нивоу. Важно је напоменути да већина држава (па и Србија) задржава право заснивања тзв. реторзионе надлежности, што подразумева да уколико у страниој држави постоји надлежност страног суда у споровима против домаћих држављана по критеријумима надлежности које не познаје законодавство домаћег суда, ти критеријуми ће бити меродавни за постојање надлежности домаћег суда у споровима у којима је тужени држављанин те стране државе. У контексту претходно наведеног, реторзиона надлежност представља значајан инструмент уједначења права на међународном нивоу у погледу основа међународне надлежности. С тим у вези, а у циљу ефикасног решавања међународног сукоба надлежности неопходно је имати у виду основне принципе на основу којих се заснива надлежност правосудних органа једне државе, а нарочито принципе који су релевантни приликом решавања сукоба међународне надлежности судова у споровима поводом накнаде штете због повреде жига учињене на интернету. Ти принципи су: територијални принцип, персонални принцип, принцип ефекта и заштитни принцип.

2.1. Територијални принцип

Државна територија се може на више начина манифестовати као основ међународне надлежности. Наиме, чињенице релевантне за одређени однос са елементом иностраности су распоређене у простору и времену, те на основу свог просторно-временског распореда могу одредити међународну надлежност одређене државе. Држављанство, пребивалиште/седиште, боравиште, место налажења имовине туженог, место предузимања штетне радње, место наступања штетне последице само су неке од описаних чињеница које могу представљати основе надлежности правосудних органа одређене државе.

Уколико се међународна надлежност заснива на основу чињенице да је релевантна радња или њен део предузета на територији једне државе, могу се уочити компликације приликом примене оваквог принципа када је реч о радњама предузетим на интернету. Будући да интернет представља медиј који је доступан у великом броју земаља, немогуће је радњу предузету на интернету локализовати искључивом применом територијалног принципа, имајући у виду да је таква радња практично предузета на глобалном нивоу. Наведено имплицира да, с једне стране, проста примена територијалног принципа у односу на радње предузете на интернету аутоматски доводи до сукоба међународне надлежности, а са друге стране, да је зарад правне извесности и ефикасне судске заштите права приликом примене територијалног принципа неопходно применити и додатне параметре како би се виртуелна радња везала за одређену државу и тиме учинила подобном да буде основ међународне надлежности.

2.2. Персонални принцип

Персонални принцип који се користи приликом одређивања међународне надлежности судова одређене државе полази од чињенице која је везана за личност тужиоца или туженог, а то је држављанство. Овај принцип је лако применљив на физичка лица, али будући да правна лица немају држављанство *de iure*, већ имају припадност одређене државе, овај принцип није погодан за примену код правних лица, будући да се наведена припадност у различитим држава одређује на различите начине. Наиме, док је међународно право у великој мери унификовано када су у питању основи стицања држављанства, основи припадности правног лица се разликују од државе до државе.

2.3. Принцип ефекта

Принцип ефекта је у тесној вези са територијалним принципом будући да исти одређује надлежност у случају када одређена радња производи последицу ван територије државе на којој је предузета. Када су у питању радње предузете на интернету, и овај принцип показује исте мане као и територијални принцип у смислу претензије већег броја земаља на надлежност у конкретном спору насталом поводом односне радње.

2.4. Заштитни принцип

Заштитни принцип је принцип заснивања надлежности државе који се примењује у кривичном праву, а који полази од националног интереса повређеног извршењем кривичног дела. Оправдање примене овог принципа темељи се на оцени да су казне које националне државе прописују за кривична дела почињена на њиховој територији против безбедности, интегритета и независности других држава неадекватне.

3. ЗНАЧАЈ НОРМИ КОЈИМА СЕ РЕШАВА СУКОБ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА

Сукоб међународне надлежности се решава нормама међународног приватног права, на позитиван начин и на територијалном нивоу државе која има интерес да преузме право одлучивања о одређеном спорном правном или фактичком питању. Значај норми међународног приватног права којима се успоставља надлежност судских органа одређене државе из угла странака, огледа се у правним и неправним чињеницама које у одређеној мери утичу на коначно решење спора. Прецизније, норме којима се успоставља међународна надлежност суда директно „активирају” постојање одређених чињеница које су значајне за решавање спора, чиме индиректно предодређују исход конкретног судског поступка. У наставку је дат преглед најважнијих чињеница које су од утицаја на решење спора, а које предодређују надлежност суда одређене државе.

3.1. Колизционе нормe – меродавно њраво

Код сваког спора са страним елементом, па и код спора насталог поводом накнаде штете због повреде жига на интернету као глобалном медију, суд надлежан за решавање спора меродавно право утврђује полазећи од колиззионих норми које су део објективног права државе суда (*lex fori*), примењујући при томе опште институте садржане у међународном приватном праву државе суда (нпр. нормe непосредне примене, јавног поретка, *renvoi*). Дакле, од правних норми садржаних у објективном праву државе суда у највећој мери зависи исход спора. Прецизније, општи институти међународног приватног права и колизционе нормe који својом заједничком применом дају одговор на питање које право ће се применити као меродавно приликом одлучивања о предмету спора разликују се од државе до државе. С тим у вези, одређене државе (међу њима и Србија) прихватају примену института упућивања и узвраћања (*renvoi*), док друге државе дозвољавају примену искључиво упућивања, али не и узвраћања.⁴ Такође, начин квалификације правних појмова одређује међународно приватно право одређене државе, а нормe јавног поретка државе суда могу отклонити дејство норми меродавног права које претендују на примену. Међународно приватно право државе суда одређује и начин сазнања страног права, односно да ли ће се страно право третирати као право или као чињеница, те да ли ће последично бити на суду или на странкама да докажу садржину страног права. Напошетку, колизционе нормe државе суда директно или индиректно (уколико односна држава дозвољава примену института *renvoi*) одређују државу чије ће право бити меродавно за мериторно решавање спора, а све на основу повезница које је право државе суда једнострано признало као правно релевантне за решавање спорних правних односа.

Значај избора меродавног права може се увидети на примеру који ћемо објаснити у наставку. Наиме, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, у члану 28. став 3, прописује да је за противправност радње меродавно право места где је радња извршена или где је последица наступила, а ако је радња извршена или је последица наступила на више места – довољно је да је радња противправна по праву било ког од тих места. С тим у вези, у Немачкој су називи привредних друштава заштићени као жигови, а њихова заштита почиње употребом у трговини, без потребе регистрације. Стога, уколико је такав назив привредног друштва коришћен у Србији за обележавање исте или сличне врсте робе као робе коју нпр. продаје носилац назива, по успостављању надлежности српског суда, суд би донео две садржински и мериторно супротне одлуке, у зависности од тога да ли постојање повреде жига, односно противправност радње употребе назива привредног друштва цени према домаћем или немачком праву. Ово стога што

4 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр.; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон, чл. 6.

важећи Закон о жиговима не признаје судску заштиту знака који није регистрован као жиг, осим уколико није реч о општепознатом знаку, па предметни назив привредног друштва не би по том основу могао бити заштићен пред судом Србији.

3.2. Правила постојика који се води њред надлежним судом

Осим материјалноправних питања, право државе суда предодређује и процесноправна правила која се имају применити приликом решавања о предмету спора. Наиме, опште правило које прихвата највећи број земаља, па и Србија, јесте да држава својим колизионим нормама регулише право меродавно за материјалноправне односе са елементом иностраности.⁵ Наведено имплицира да држава суда задржава искључиво право да примењује своја процесноправна правила, што подразумева да појединац заштиту својих права (па тако и жига) може тражити пред надлежним органима стране државе у одговарајућем поступку и према правилима које познаје и прописује та страна држава, без обзира на начин заштите који предвиђа меродавно право. Процесноправни аспект заштите од повреде жига пред судом има велики утицај на коначан исход спора, и то из разлога предочених у наставку, уз навођење примера манифестације наведеног утицаја у праву Србије.

Наиме, процесноправна правила различитих држава дају странкама различита процесноправна овлашћења, али и ограничења и терете. У Србији се примарна заштита у случају повреде жига остварује у парничном поступку пред судом опште⁶ или посебне надлежности⁷, у зависности од врсте парничних странака. Сходно наведеном, суд приликом управљања поступком примењује одредбе Закона о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП)⁸ чије су норме од кључног утицаја на исход спора. Већ сама начела именованог закона потврђују наведено: расправно начело као и начело диспозиције странака доводе до тога да странке морају самостално и са повећањом пажњом да прибаве, доставе и презентују све релевантне чињенице суду, да са нарочитом пажњом постављају захтеве у току поступка, будући да су последице пропуштања тешко отклоњиве. Сходно наведеном, ЗПП поставља правило да је суд дужан да размотри и утврди само чињенице које су странке изнеле и да изведе само доказе које су странке предложиле, да суд одлучује искључиво у границама тужбеног захтева, те предвиђа могућност доношења пресуде због пропуштања и изостанка, ограничава могућност изношења нових чињеница након закључења припремног рочишта, односно првог рочишта за главну расправу⁹. Надаље, од процесноправних пра-

5 *Ibid*, чл. 1, ст. 1.

6 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016), чл. 23 ст. 1, тач. 7.

7 *Ibid*, чл. 25, ст. 1, тач. 2.

8 *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

9 *Ibid*, чл. 7, чл. 3 ст. 1, чл. 350, чл. 351, чл. 314.

вила директно и индиректно зависи и дужина трајања поступка, што је од кључне важности за ефикасну заштиту од повреде жига и могућност отклањања штетних последица и спречавања увећавања већ настале штете.

4. РЕШЕЊА СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ САДРЖАНА У ДОМАЋИМ И ЕВРОПСКИМ ПРОПИСИМА

У случају постојања позитивног сукоба међународне надлежности, на први поглед, тужилац је привилегован у односу на туженог будући да може да бира форум пред којим ће тужити (што узрокује појаву *forum-shopping-a*). Развојем модерног друштва и технологије, појавом интернета, те употребом интелектуалних творевина (укључујући и жигом заштићене ознаке) на интернету, узрокује се „брисање” граница између земаља, будући да садржаји постављени на интернету постају доступни широм Земљине кугле. Интернет је постао медиј комуникације на којем се одвијају различити облици интеракције између правних и физичких лица широм света, па између осталог и комерцијална делатност. Другим речима, интернет је постао виртуелно комерцијално окружење и платформа на којој се одвија размена добара и услуга, и сви пратећи садржаји пословања физичких и правних лица (оглашавање, нуђење роба и услуга итсл). У складу са наведеним, интернет доводи до елиминације државних граница при обављању правног промета између учесника, чиме су елиминисане и просторне баријере неовлашћеној употреби туђих права (укључујући и жиг). Учесници на тржишту, закључењем тзв. дистанционих уговора посредством интернета, стварају виртуелни правни саобраћај, што проузрокује могућност да се ефекти радње предузете на интернету истовремено или у краћем временском интервалу испоље на учеснике широм света, којима је садржај путем интернета учињен доступним. С друге стране, када је у питању заштита права, и то како њени материјалноправни аспекти (материјални услови за остваривање заштите) тако и процесноправни аспекти (правила поступка у ком се остварује заштита), државне границе – државни ауторитет и принуда и даље остају кључни фактор за њено остваривање. Из наведеног разлога, ефикасно остваривање правне заштите, те остваривање права на накнаду штете због повреде жига учињене на интернету, претходно зависи од одговора на питање: Суд које земље је међународно надлежан за решавање спора поводом накнаде штете због неовлашћене употребе жига на интернету?

Од одговора на наведено питање, односно од начина на који се решава „глобални” сукоб закона зависи у којој мери ће титулар жига бити заштићен од неовлашћене употребе жигом заштићене ознаке од стране трећих лица на интернету.

Пре упуштања у анализу релевантних одредби српског и европског законодавства, неопходно је објаснити значај европске регулативе за решавање сукоба надлежности у споровима поводом накнаде штете због повреде жиға на интернету, који се воде пред судовима Републике Србије. Наиме, Република Србија је ратификовала Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (у даљем тексту: Споразум о стабилизацији и придруживању), који је почео да се примењује на територији Србије дана 1. септембра 2013. године.¹⁰ Чланом 75. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању, насловљеним „Интелектуална, индустријска и комерцијална својина”, ставом 3, прописано је следеће: „Србија ће предузети неопходне мере како би најкасније 5 година од стицања на снагу овог споразума обезбедила ниво заштите интелектуалне, индустријске и комерцијалне својине који је сличан нивоу који постоји у Заједници, укључујући деловно-ворна средства за спровођење тих права.”

Имајући у виду цитирану одредбу, јасно је да правила која важе у Европској унији, иако се непосредно не примењују у Републици Србији, имају значајан утицај на примену, тумачење и стварање домаћег права, када је у питању остваривање и заштита права интелектуалне својине, што по природи ствари супсумира и заштиту жиға.

4.1. *Домаће норме којима се решава сукоб међународне надлежности у жићовним споровима ради накнаде штете учињене на интернету*

Домаће право садржи општу норму којом се одређује међународна надлежност суда у свим врстама спорова и посебну норму која установљава елективну надлежност суда у споровима поводом вануговорне одговорности за штету. Општи основ надлежности је пребивалиште, боравиште или седиште туженог у складу са чланом 46. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.¹¹

Предметни основ надлежности не ствара знатне проблеме у примени, али може изазвати потешкоће за тужиоца и то с обзиром на следеће околности. Тужилац најчешће не познаје прописе државе пребивалишта, седишта или боравишта туженог и у мањој је могућности да се са истим упозна. Додатно, тужени је у могућности да се боље упозна и са правилима поступка пред надлежним судом односне државе, почевши од тога да се служи језиком поступка. С друге стране, могућа је и ситуација да ознака тужиоца није заштићена жигом у земљи пребивалишта, боравишта или седишта туженог, а да је противправна радња

10 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

11 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

туженог произвела дејство на тржишту земље у којој је жиг тужиоца регистрован. Дакле, изложено процесно решење може неоправдано ићи на штету тужиоца услед асиметрије информација у односу на туженог и лоших пројекција и планова тужиоца на којима је засновао структуру заштите жига на светском тржишту.

Други основ надлежности применљив у споровима поводом накнаде штете због повреде жига на интернету је посебан основ надлежности стипулисан чланом 53. ставом 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (штета настала на територији СР Југославије). Приликом примене овог посебног основа надлежности јављају се проблеми узроковани неприлагођеношћу наведене правне норме специфичностима штете проузроковане радњама повреде жига предузетим на интернету. Првенствено се јавља проблем дефинисања појма места настанка штете, а затим и тумачење тог појма у контексту штете која је проузрокована радњама на интернету.

Појам места настанка штете могуће је идентификовати у домаћем законодавству на двојак начин: као место где је предузета штетна радња или као место где је штетна последица наступила, а значење појма места настанка штете може се утврдити применом законских правила којима се регулише парнични поступак. Конкретно, значење појма места настанка штете може се утврдити применом законских правила којима се регулише парнични поступак. Прецизније, Закон о парничном поступку представља супсидијеран извор права у односу на Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, који се примењује у случају да одређено питање није регулисано у именованом закону. Закон о парничном поступку предвиђа да је у споровима због вануговорне одговорности за штету, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица наступила.¹² Дакле, суд Републике Србије би био надлежан за решавање предметног спора у случају да је штетна радња извршена или штетна последица наступила на територији Републике Србије.

Ипак, чак и када се ближе одреди појам места настанка штете, дефинисање појма места настанка штете на гореописани начин није адекватно када је реч о штети која је настала радњама повреде жига које су предузете на интернету будући да је интернет медиј који је симултано доступан у великом броју земаља. Простор на ком је штетна радња предузета би се евентуално могао ограничити идентификацијом оних држава у којима је интернет садржај којим је учињена повреда жига доступан корисницима интернета те земље. Исто важи и у случају када се као место настанка штете узима место где је штетна последица наступила, имајући у виду да штетна последица по правилу наступа у свим оним земљама у којима је релевантни интернет садржај доступан.

12 Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013– одлука УС, 74/2013– одлука УС, 55/2014, чл. 44, ст. 1.

Имајући у виду наведено, практична последица дословне примене цитираних законских одредби довела би до немогућности ефикасне примене института међународне литиспеденције. Прецизније, уколико би тужилац, услед неизвесне надлежности суда и ограниченог рока за подношење тужбе, поднео тужбу пред више форума, сваки од тих форума би морао/могао применити правила о међународној литиспеденцији, што би вероватно довело до неизвршивости одлука на територијама свих држава у којима је тужба поднета. Крајњи резултат наведеног би били превелики трошкови заштите проузроковани на страни тужиоца (трошкови поступка и заступања пред више различитих форума) и велика вероватноћа неефикасне заштите права услед прекомерне примене института међународне литиспеденције.

4.2. Право Европске уније – Уредба Брисел I и Уредба о жићу ЕУ

Године 1968. закључена је Бриселска конвенција о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима. Конвенција је ступила на снагу 1973. године. У складу са тежњама Европске економске заједнице да прошири поље примене Бриселске конвенције и уједначи основе надлежности у већини држава Европе, 16. септембра 1988. године државе чланице Европске економске заједнице и поједине државе чланице *EFTA* (Европског удружења слободне трговине) закључиле су Лугано конвенцију о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима. Напослетку, донета је Уредба бр. 44/2001 (тзв. Брисел I Уредба).¹³ Данас је на снази измењена верзија Уредбе Брисел I, и то Уредба бр. 1215/2012, од 12. децембра 2012. године.

Уредба Брисел I регулише питање надлежности на сличан начин као и домаће право. Наиме, када су у питању спорови чији је предмет накнада штете услед повреде жића на интернету, надлежност суда државе чланице се може установити по општем и посебном основу надлежности, који основи се разликују у зависности од држављанства туженог. Наиме, неопходно је напоменути да Уредба Брисел I прописује тзв. црну и белу листу основа надлежности.¹⁴ Бела листа представља листу основа надлежности који се примењују искључиво у односу на тужене који имају домицил у држави чланици Европске уније. С друге стране, црна листа представља основе надлежности који се примењују у односу на тужене који немају домицил у држави чланици, у односу на које се надлежност цени у складу са правилима о надлежности који важе у земљи држави чланици пред чијим судом је то лице тужено, без обзира на њихову садржину и усаглашеност са Уредбом Брисел I. С обзиром на наведено, јасно је да Уредба Брисел I своју примену субјективно ограничава на лица са домицилом у некој од држава чланица. У погледу појма

13 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2012, 511–512.

14 *Ibid*, 513.

домицила, Уредба Брисел I у члану 62 прописује да ће ради утврђења да ли тужени има домицил у некој држави чланици, суд консултовати норме о домицилу те државе чланице.

Општи основ надлежности установљен је чланом 4 Уредбе Брисел I, који предвиђа да лице које има домицил у држави чланици Европске уније треба бити тужено управо у земљи домицила, осим у случајевима посебне надлежности судова држава чланица предвиђених Одељцима 2 до 7 Поглавља II, када та лица могу бити тужена и ван земље домицила. Одељцима 2 до 7 Уредбе Брисел I предвиђени су посебни критеријуми надлежности, а критеријум који је применљив у споровима поводом накнаде штете проузроковане радњама предузетим на интернету прописан је чланом 7 ставом 1 тачком 2. – место где се штетни догађај десио или се може десити.

Из напред изложеног се може уочити да је формулација критеријума надлежности предвиђена Уредбом Брисел I још непрецизнија од сличне одредбе домаћег права, будући да не даје никакво ближе термилошко одређење „штетног догађаја”. Транспарентно и извесно решење сукоба надлежности не даје ни Уредба бр. 2017/1001, која се примењује када је реч о жигу Европске уније (раније коришћен назив „комунитарни жиг”). Чланом 125 Уредбе бр. 2017/1001 о жигу Европске уније¹⁵ супсидијерно су прописана три основа надлежности у споровима због повреде жига Европске уније, па тужилац може тужбу против повредиоца права поднети једном од следећа три надлежна форума по доле наведеном редоследу што значи да могућност подношења тужбе првом од та три форума искључује могућност подношења тужбе сваком следећем:

- суду земље чланице у којој тужени има домицил или у којој има пословну јединицу;
- суду земље чланице у којој тужилац има домицил или у којој има пословну јединицу;
- суду где се налази седиште Завода за интелектуалну својину Европске уније.

Претходна три основа надлежности су прописана супсидијерно, док постоји и четврти основ надлежности, који је прописан алтернативно. Следствено, тужилац у случају повреде жига Европске уније може поднети тужбу једном од три горенаведена форума, у зависности од тога који му је од та три у конкретном случају први доступан, **или** четвртном форуму – суду оне државе чланице на чијој територији је радња повреде учињена или прети да ће бити учињена. Анализом основа надлежности прописаних у случају повреде жига ЕУ, јасно је да постоји знатно виши степен извесности у погледу надлежности суда. Уколико домицил туженог није познат тужиоцу или тужени нема домицил у држави чланици, сукоб надлежности се решава на повољан начин за тужиоца будући да форум домицила тужиоца пружа истом јасну слику свих аспеката

15 *Сл. лисџ ЕУ*, бр. L 154/1, 16. мај.2017.

заштите од повреде жига пред судом (првенствено поступка и садржине заштите, о чему је било речи у претходном делу рада, у оквиру одељка под називом Значај сукоба надлежности). С друге стране, када је у питању алтернативни основ надлежности очигледно је да ни Уредба о жигу ЕУ, као ни домаће право, нити Уредба Брисел I, није прилагодила основ надлежности повреди жига причињеној на интернету.

5. РЕШЕЊА СУКОБА НАДЛЕЖНОСТИ УСВОЈЕНА У ДОМАЋОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ И ПРАКСИ ЕВРОПског СУДА ПРАВДЕ

Премда се у теорији тврди да тумачење права од стране суда представља примену, а не стварање права („*Ius dicere et non jus dare*”), одлучивање суда о својој међународној надлежности у споровима чији је предмет накнада штете настала услед радњи повреде жига на интернету управо доказује да тумачење релеватних позитивноправних норми о надлежности управо подразумева стваралачку делатност суда.

5.1. Релевантна домаћа судска пракса

Домаћа судска пракса је изузетно оскудна када су у питању одлуке којима се решава сукоб надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жига на интернету, а ретки примери манифестују креативну улогу суда у примени правних норми о надлежности. Ипак, и у окружењу малобројних судских одлука донетих од стране домаћих судова у односним споровима, ретки примери судске праксе манифестују креативну улогу суда у примени правних норми о надлежности.

Виши трговински суд донео је дана 23. августа 2004. године пресуду бр. Пж 2653/04 у којој је заузео следећи став: „Коришћење сајтова је суштински најјефтинији и најефикаснији начин олашавања производа, али је истовремено и начин којим се највише вређају људи права у случају повреде, јер је реч о медију који у ствари не познаје територијалне границе. Суд ипак није узео у обзир да је подручје Београда управо најбројније подручје у погледу купаца на коме је људи извршио повреду његових живота. Суд није узео у обзир ни позитивну одредбу чл. 52. ст. 1. ЗПП о изборној месној надлежности, коју ипак познају сви национални закони развијених земаља. Посебно није узета у обзир наведена одредба чл. 52. ст. 1. ЗПП која се примењује и у случају повреде жића, јер се сваком повредом жића наноси штета зато што извршилац повреде није плаћао лиценцну накнаду, те је дужан да је плаћа, али у виду накнаде штете. Према члану 52. ст. 1. ЗПП за суђење у споровима о вануговорној одговорности за штету, поред суда оштре месне надлежности, надлежан је суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица настала. У конкретном случају првостепен суд није узео у обзир да је штетна радња, па и штетна

последица којом се чини повреда жиџова тужилоца учињена и на подручју Београда, који својом надлежношћу покрива Трговински суд у Београду и то на начин описан у тужби односно коришћењем означених сајтџова. Према томе, тужилац има моћност да тужбу поднесе или суду ошћие надлежности или пак суду на чијем подручју је шћиейна радња извршена или суду на чијем је подручју шћиейна последица настуила. Пошћио се у конкретном случају тврди уз захћев за накнаду шћиеите да се повреда жиџа тужилоца врши на начин описан у тужби коришћењем сајтџова, онда је шћиейна последица настуила и на подручју Београда. То подручје својом надлежношћу покрива Трговински суд у Београду”

Именована пресуда је од значаја за оцену међународне надлежности у спорџвима поводом накнаде штете због повреде жиџа на интернету, иако је у њџ предмет оцене месна, а не међународна надлежност. Наиме, одлучивање суда о месној надлежности подразумева да је наведени суд претходно већ установио међународну надлежност домаћег правосуђа. Додатно, у појединим земљама правила о месној надлежности судџва уједно представљају и правила о међународној надлежности судџва одређене земље, што је био случај и са Србијом до доношења Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља. Напоследку, српско право усваја исте критеријуме надлежности и када је у питању међународна надлежност.

Пресуда Вишег трџвинског суда даје дефинитивну локализацију места извршења штетне радње/наступања штетне последице користећи се помоћним критеријумом за који држи да има одлучујућу улогу приликом детерминисања надлежног суда, а то је критеријум бројности купаца робе или услуга на подручју на ком је извршена повреда жиџа (доктрина ефекта).

Имајући у виду да је, када су у питању спорови поводом повреде жиџа на интернету, судска пракса оскудна, начела којима се воде судови приликом одлучивања о међународној надлежности у спорџвима поводом накнаде штете настале услед радњи повреде жиџа на интернету могуће је утврдити и анализом друге врсте спорова у којима преовлађују истоветне чињеничне околности. Сходно наведеном, одређени степен релевантности за предметни проблем имају и спорови ради накнаде штете због повреде ауторског права учињене на интернету. Српски судови су у таквим спорџвима заузели уједначен став када је у питању међународна надлежност домаћег суда, који се квалитативно разликује у односу на становиште суда изнето у пресуди Вишег трџвинског суда. Апелациони суд у Београду заузео је став да се међународна надлежност суда процењује према врсти штете која се тужбом тражи. Сходно наведеном, како је у поступцима пред именованим судовима поред материјалне тражена и накнада нематеријалне штете, суд је своју међународну надлежност ценио искључиво на основу захтева за накнаду нематеријалне штете те је извео следећи закључак: у конкретном случају ради се о спору о вануговорној одговорности за штету са међународним

елементом, па је првостепени суд пропустио да има у виду одредбу члана 53, став 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља којом је предвиђена надлежност домаћег суда. Према тој законској одредби, у споровима о вануговорној одговорности за штету надлежност суда СР Југославије постоји ако та надлежност постоји по одредбама члана 46 и члана 50–52 овог закона или ако је штета настала на територији СР Југославије. У конкретном случају захтев тужбе је и накнада нематеријалне штете због повреде ауторских права која је настала у сфери личних добара тужиоца, дакле штета је настала на територији домаћег суда где се налази пребивалиште оштећеног (тужиоца).

Да напред наведени став има снагу судске праксе сведочи и чињеница да је исти став усвојен од стране Вишег суда у Београду, као непосредно нижег суда у односу на Апелациони суд у Београду, у решењу бр. 4 П4 209/15 од дана 27. јануара 2016. године. Конкретним тумачењем права, пре свега ауторског права као права које за предмет има лично добро, а затим и локализацијом места настанка нематеријалне штете у месту пребивалишта оштећеног, суд је заправо увео нови критеријум надлежности када су у питању спорови за накнаду штете због повреде ауторског права на интернету у ситуацији када је макар један захтев тужиоца у оквиру тужбе накнада нематеријалне штете, а то је критеријум пребивалишта тужиоца. Као што је изнето, судови Републике Србије су ретко одлучивали о сопственој надлежности у споровима ради накнаде штете због повреде жића на интернету, док је питање сукоба међународне надлежности код повреде права интелектуалне својине чешће био предмет решавања у ауторским споровима, где је суд имао и умногоме креативнији приступ приликом тумачења норми о надлежности. У сваком случају, остаје да се уверимо да ли ће судови који поступају у споровима за накнаду штете настале услед радњи повреде жића на интернету преузети досадашњу праксу установљену у ауторским споровима или ће своје одлуке заснивати на новоусвојеним принципима. У сваком случају, модел и узор одлучивања судова би свакако требало да буду ставови из релевантних одлука Европског суда правде, с обзиром на обавезе Републике Србије преузете ратификацијом Споразума о стабилизацији и придруживању.

5.2. Релевантна пракса Европског суда правде

Европски суд правде је институција Европске уније у чију надлежност, између осталог, спада и доношење одлука о прелиминарним питањима, што подразумева обавезујуће тумачење права ЕУ од стране Европског суда правде за државе чланице. Управо је поменути механизам прелиминарног одлучивања Европског суда правде довео до формирања судске праксе у погледу решавања сукоба надлежности у споровима поводом повреде жића на интернету пред судовима држава чланица Европске уније.

Европски суд правде донео је дана 19. априла 2012. године одлуку о претходном питању у предмету бр. С-523/10, којом су установљена основна начела на основу којих се има тумачити у то време важећи члан 5 (а тренутно важећи члан 7) Уредбе Брисел I, који прописује да је у споровима који се односе на деликте и квазиделикте, надлежан суд места где се штетни догађај догодио или могао догодити.¹⁶ Чињенични супстрат прелиминарне одлуке је повреда аустријског жига чији је титулар привредно друштво основано у Аустрији. Повреда жига се састоји у употреби кључне речи идентичне жигу за сврхе оглашавања на интернету, на вебсајту *google.de* у циљу оглашавања. Друштво повредилац је друштво које је основано у Немачкој, а бави се продајом опреме за сноуборд широм света (између осталог и на територији Аустрије), док се титулар жига бави производњом и продајом опреме за скијање, заједно са резервним деловима и пратећом опремом, дакле и титулар жига и друштво повредилац продају исту врсту робе. На крају, неопходно је напоменути да кључна реч идентична жигу није коришћена на вебсајту *google.at* од стране туженог.

Суд је најпре направио дистинкцију између места настанка штете и места где се одиграо/могао одиграти штетни догађај. Затим, одређено је место где је штета настала, односно могла настати, с позивом на дефиницију установљену одлуком Европског суда правде у предмету бр. С-189/08 *Zuid-Chemie*, са закључком да је реч о месту где је догађај који може изазвати деликтну одговорност резултирао настанком штете.¹⁷ По дефинисању појма места настанка штете, суд је дао тумачење члана 5 Уредбе Брисел I, прилагођено дигиталном окружењу, локализујући место где се догодио/могао догодити штетни догађај. У наставку је цитиран део образложења предметне одлуке: „У контексту интернета, Суд ипак држи да, у случају наводне повреде личних права, особа која сматра да јој је право повређено садржајем објављеним на интернету, има право избора да тужбу због одговорности у погледу целокупне привредне делатности поднесе суду оне државе чланице у којој се налази седиште њених интереса (види *eDate Advertising* и остали, § 52). Суд је ипак ипак приметио да критеријум центра интереса особе чија су права повређена служи предвидљивости надлежности с обзиром да дозвољава тужиоцу да лако идентификује суд пред којим може тужити, а туженом да разумно предвиди пред којим судом може бити тужен (види *eDate Advertising* и остали, §50). Ипак, као што је оштрије правозаступник истакао у § 20 свој Мишљења, ипак ипак, у специфичном контексту повреде личних права, не може се применити и на одређивање надлежности у погледу повреде права интелектуалне својине, као што је то предмет главне дискусије. Сувојно ситуацији у којој су повређена лична права титулара, која права су заштићена у свим државама

16 Европски суд правде, *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, предмет бр. С-523/10, 19. април 2012. год.

17 *Ibid*, § 21.

чланицама, заштићена националној жићи је у начелу ограничена на територију државе чланице у којој је жић регистрован, па, уопштено, носилац жића не може да се ослони на заштићену жић права ван територије државе у којој је жић регистрован. Судови оне државе чланице у којој је повређени жић регистрован су ти који су најспособнији да испитају, имајући у виду тумачење Директиве 2008/95 дао у, између остало, случајевима C-236/08 до C-238/08 Google France и Google [2010] ECR I-2417, као и случај C-324/09 L'Oréal и остали [2011] ECR I-6011, да ли ситуација иста као она која је предмет главне посујке, заиста повређује заштићени национални жић. Стога, неопходно је заузети став да радња која се односи на повреду жића регистрованог у држави чланице, а која се састоји у употреби, од стране олашивача, кључне речи идентичне оној која је заштићена жићом, на претраживачу вебсајта који оперише као највиши интернет домен државних кодова друге државе чланице, може бити предмет судској посујци у држави чланице у којој је жић регистрован.”

5.3. Место где се одиграо догађај који је довео до настанка штете

Када је у питању место где се одиграо догађај који је довео до наводне повреде националног жића путем употребе кључне речи истоветне жићом заштићеној ознаци на интернет претраживачу који оперише на нивоу највишег интернет домена државних кодова друге државе чланице, треба приметити да територијално ограничење заштите националног жића није таквог карактера да искључује међународну надлежност судова држава чланица у којима тај жић није регистрован. Штавише, утврђено је да место где се одиграо догађај који је довео до настанка штете може представљати важан везивни фактор са аспекта јурисдикције, имајући у виду да то место може бити веома значајно у погледу доказивања и спровођења поступка.

У ситуацији наводне повреде националног жића регистрованог у држави чланице, због приказивања рекламе на интернет претраживачу, коришћењем кључних речи истоветних жићом заштићеној ознаци, догађајем који је изазвао наводну повреду жића треба сматрати активацију техничког процеса приказивања рекламе од стране оглашивача, према претходно одређеним параметрима, а која је креирана за сопствене комерцијалне сврхе, а не треба сматрати само приказивање рекламе као такво. Као што је то суд раније установио, оглашивач, а не пружалац односне услуге је тај који бирањем кључне речи која је истоветна туђој жићом заштићеној ознаци, жић користи у комерцијалне сврхе (Google France и Google, § 52, 58). Догађај који је изазвао могућу повреду жића, имајући у виду напред наведено, последица је радњи оглашивача путем коришћења услуге за сврхе комерцијалне комуникације. Тачно је да је технички процес објављивања од стране оглашивача активиран, у крајњој линији, на серверу – претраживачу који је коришћен од стране оглашивача. Ипак, у складу са циљем предвидљивости, којем правила о надлежности морају тежити, место установљења сервера не може бити

сматран местом где одиграо догађај који је довео до настанка штете у смислу примене чл. 5, ст. 3 Уредбе 44/2001, из разлога његове географске неодређености. Супротно, с обзиром на своју одређеност, како за тужиоца тако и за туженог, као и с обзиром на ефикасност у спровођењу поступка и извођењу доказа, неопходно је сматрати да је место оснивања оглашивача место где је одлучено о процесу активације приказа.

Из напред наведеног произлази да је радња која се односи на наводну повреду жига регистрованог у држави чланици путем употребе, од стране оглашивача, кључне речи истоветне туђој жигом заштићеној ознаци, на претраживачу интернет сајтова који оперише као највиши интернет домен државних кодова друге државе чланице, може бити предмет тужбе и пред судовима државе чланице места оснивања оглашивача. Може се закључити да Европски суд правде тумачењем спорног члана Бриселске конвенције установљава два самостална и конкурентна основа надлежности. Конкретно, Европски суд правде додељује надлежност судовима државе чланице у којој је жиг регистрован или судовима државе чланице у којој је основан тужени.

У пракси је много вероватније да предметно тумачење спорне одредбе Уредбе Брисел I доведе до тога да тужиоци поступке покрећу пред судовима државе чланице у којој је жиг регистрован, и то из најмање два разлога. Први разлог се односи на преклапање основа надлежности, односно на чињеницу да је општи основ надлежности који предвиђа Уредба Брисел I, а то је надлежност суда државе седишта туженог, истоветан основу надлежности којим се предвиђа надлежност суда државе инкорпорације туженог.

Државе примењују различите теорије приликом одређивања места седишта привредног друштва, па тако седиште друштва локализују у месту где се налази стварно седиште друштва (центар активности друштва), управа друштва, регистровано седиште итсл. Ипак, сва ова места морају бити унутар граница исте државе, будући да јако мали број држава у свету примењује институт редомицијализације (*redomicialisation*). Стога, држава у којој се налази седиште туженог и држава у којој је тужени основан се подударају. Сходно наведеном, уколико се у предметним жиговним споровима примене основи надлежности које је Европски суд правде утврдио својим тумачењем, тужилац се заправо налази у објективној могућности да заснује надлежност или по општем основу (домицил – место оснивања) или по једном посебном основу (место регистрације жига). Други разлог се односи на следеће: у случају да постоји могућност демаркације државе у којој је тужени основан од државе у којој се налази његово седиште, веће су шансе да би тужилац поступак иницирао пред судом у држави у којој је жиг регистрован будући да су му у том случају позната сва његова овлашћења и аспекти заштите жига. На крају, како је и сам суд констатовао, суд државе где је жиг регистрован може да оцени да ли је реч о повреди права или не, на начин који је за тужиоца повољнији и извеснији.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Примена норми којима се прописује посебан основ надлежности за спорове чији је предмет вануговорна одговорност за накнаду штете, у споровима ради накнаде штете због повреде жиґа учињене на интернету, узрокује неизвесност у погледу надлежног форума, јер повезнице које се користе приликом опредељивања надлежног суда нису прилагођене условима виртуелног окружења. Наиме, критеријуми посебне надлежности који се користе за одређивање надлежног форума у споровима за накнаду штете односе се на просторни аспект (место предузимања/наступања) штетне радње или штетне последице, те нису подобни да на директан и недвосмислен начин одреде надлежност у споровима у којима се штетна радња одиграла или штетна последица наступила на интернету као „екстратериторијалном” окружењу. Сходно наведеном, пресудна је улога суда у решавању сукоба међународне надлежности.

На основу анализе домаћег и европског права и релевантне судске праксе дате у претходном делу рада, може се уочити да судови заузимају квалитативно различите ставове и изводе различите закључке када је у питању крајње значење критеријума надлежности прописаних у одговарајућим важећим правним актима, користећи се „правном гимнастиком” и екстензивним тумачењем, те прилагођавајући просторне критеријуме надлежности екстратериторијалном карактеру интернета. При томе, иако дају различите дефиниције места настанка штете, које је подлога како домаће тако и европске норме о посебној надлежности у споровима за накнаду штете из вануговорне одговорности, судовима Републике Србије и Европском суду правде заједничко је становиште да је у споровима ради накнаде штете због повреде жиґа на интернету дозвољена примена горепоменуте одредбе о посебној надлежности суда.

Прихватањем става домаћег суда да је у предметним споровима надлежан суд државе где се у највећем броју налазе купци добара која се оглашавају на интернету чиме се повређује жиґ, ствара се апсолутна неизвесност како за туженог, тако и за тужиоца, а долази и до преурањеног мериторног испитивања тужбеног захтева. С друге стране, усвајање описаног становишта домаћег суда значило би да би тужени своје пословање практично морао ускладити са прописима о жиґу свих оних земаља у којима је могуће извршити куповину добара која оглашава тужени путем интернета, што би за њега било практично немогуће, будући да би или било скопчано са огромним трошковима (у сваком таквој земљи би било неопходно радити решерш жиґа) или би било технички неизводиво (систем регистрације жиґа није у свим земљама исти). Напоследку, суд би оцењивањем интензитета повреде жиґа у смислу бројности купаца предметног производа заправо испитивао меритум тужбеног захтева, и то преурањено, пре утврђења да ли има овлашћење да поступа у предметној правној ствари. При томе, суд би вршио оцену повреде жиґа са аспекта домаћег права, пре него што је утврдио да ли

је домаће право меродавно за решавање спорног односа. Суд не може утврдити меродавно право све док не одлучи о сопственој надлежности, с обзиром да меродавно право одређују колизионе норме државе суда који је међународно надлежан да поступа у одређеном спору. На крају, неопходно је скренути пажњу и на то да је домаћим Законом о жиговима¹⁸, у члану 38, а у вези са чланом 72, прописано да се повредом жига сматра и само неовлашћено нуђење робе, односно услуга под заштићеним знаком, те чињеница да ли је производ који је нуђен (оглашаван) на интернету касније стављен у промет, није од утицаја на постојање повреде жига у српском праву, па са аспекта српског права суд свакако не може узети да је од пресудног утицаја за постојање и интензитет повреде жига бројност купаца добара, а камоли на бази те чињенице установити међународну надлежност. Чак и у случају да се повреда жига састоји у стављању у промет робе под заштићеним жигом, гореописани став домаћег суда не би био правилан, с обзиром на то да домаћи Закон о облигационим односима, у члану 31, прописује да се сматра се да је сваки уговор закључен у месту у коме је *йонудилац имао своје седиште, односно йребивалиште у йренуџку кад је учинио йонуду*, па се, местом закључења уговора о продаји, те тиме и местом стављања у промет наведене робе се, у складу са српским правом, никако не може сматрати Република Србија, уколико тужени нема седиште у Републици Србији.

С друге стране, пракса Европског суда правде којом се појам места настанка штете тумачи у корист надлежности суда државе регистрације жига, такође показује одређене недостатке и недоследности. Наиме, установљење надлежности суда регистрације жига за одлучивање у односним споровима би, с једне стране, довело до неоснованог проширења дејства начела територијалности жига, а с друге стране би се створила предност на страни тужиоца, а све на штету туженог. Установљење међународне надлежности суда регистрације жига у односним споровима проширује територијално дејство жига утолико што тумачење да је место настанка штете (као посебан основ међународне надлежности суда) једнако месту регистрације жига, само по себи повлачи последицу да је знак чија се повреда утврђује у парничном поступку заштићен жигом на оној територији где је до повреде дошло. Дакле, предметна ознака а рiогi, самом чињеницом да је суд регистрације жига надлежан, ужива жиговну заштиту, коју можда не би уживала уколико се примени другачије тумачење места настанка штете.

Установљење међународне надлежности суда регистрације жига се чини нарочито неоправданим у следећим случајевима:

- уколико два различита лица, тужилац и тужени, поседују жигом заштићен исти знак у различитим државама;
- уколико је интернет садржај којим се повређује жиг тужиоца био доступан само у земљи у којој жиг није регистрован.

18 Сл. гласник РС, бр. 104/2009 и 10/2013.

Недостаци предметног решења морали би се отклонити кроз примену адекватних правила материјалног права у конкретном поступку. С тим у вези, Светска организација за интелектуалну својину, 2001. године, донела је Заједничку препоруку која се односи на заштиту жигова и осталих права индустријске својине на интернету (у даљем тексту: „Заједничка препорука”), којом се дају смернице за супстанцијално испитивање повреде жића на интернету.¹⁹ Заједничком препоруком је дефинисано да се под употребом жића сматра искључиво употреба која има комерцијални ефекат у држави Париске уније, што се има ценити према листи фактора наведених у самој препоруци (нпр. предузимање радњи планирања пословања, припремних радњи пред отпочињање пословања, самих радњи пословања у држави чланици итсл), која није исцрпна, те суд може применити и друге релевантне критеријуме у утврђивању постојања комерцијалног ефекта. Ситуацију у којој су два различита лица титулари жигова регистрованим у две различите државе, који за предмет имају идентичне ознаке, Заједничка препорука решава на начин да право коришћења жигом заштићене идентичне ознаке на интернету има лице које је прво послало обавештење о повреди права (енгл. *notification of infringement*) другој страни. Конкретно, чланом 10 Заједничке препоруке прописано је да ће лице које има регистрован жиг на идентичном знаку моћи да користи жиг у земљама назначеним у обавештењу о повреди права, само уколико таква употреба нема комерцијалне ефекте.

Имајући у виду неизвесност коју са собом носи примена посебног основа надлежности у споровима чији је предмет накнада штете услед повреде жића на интернету, која иде нарочито на штету како туженог, али потенцијално и на штету тужиоца, може се закључити да у односним споровима принцип правичности и правне сигурности захтевају примену општег основа међународне надлежности, који надлежност суда установљава према боравишту/пребивалишту/седишту туженог. Наиме, тужени своје пословање/поступање усклађује са окружењем у ком делује, односно са прописима државе боравишта/пребивалишта/седишта будући да му је таква држава центар животних/словних активности. С друге стране, предност општег основа надлежности за тужиоца огледа се у чињеници да је њему пружена извесност у погледу форума, а да неће бити лишен заштите с обзиром да уколико радња туженог производи последице ван територије државе чији је суд надлежан, спор ће се решавати у складу са утврђеном садржином меродавног права. Напослетку, угрожавање правне сигурности и ефикасности поступка се нарочито огледа у великој могућности да настану компликације везане за признање и извршење одлуке, које се поново врши у држави пребивалишта/боравишта/седишта туженог, а све са посебним акцентом на то да су у већини земаља услови одбијања признања јавни поредак државе

19 Текст Препоруке доступан је на сајту Светске организације за интелектуалну својину: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/845/pub845.pdf> (11.12.2019).

признања, ускраћивање права на одбрану туженом, те искључива међународна надлежност суда државе признања. Ради лакшег разумевања, неопходно је направити паралелу између решења према ком је надлежан суд регистрације жига, по посебном основу надлежности, и решења према ком је надлежан суд боравишта/пребивалишта/седишта туженог, по општем основу надлежности. У првој ситуацији, тужени је доведен пред „свршен чин”, будући да суд надлежност цени према посебном основу међународне надлежности, тј. према месту настанка штете, за које суд држи да се налази на територији државе регистрације жига. Последица наведеног је да је знак употребљен на територији на којој важи као жиг, без обзира на чињеницу где је штетни интернет садржај био доступан, на ком серверу је постављен, коме је био намењен и сл. Дакле, тужени би увек повредио жиг коришћењем знака на интернету, уколико је тај знак заштићен жигом било где у свету, а при томе тужени вероватно није ни имао свест да је предметни знак заштићен жигом приликом његове употребе на интернету. У другој ситуацији, када се међународна надлежност суда установи према општем основу надлежности, тужени коришћењем знака на интернету који у некој земљи ужива заштиту као жиг, није *a priori* повредио жиг, већ је жиг повредио уколико на то указују норме меродавног права.

Темпо развоја цивилизације се непрестано убрзава, а иновације су сваким даном све бројније. У контексту проблематике овог рада, сликовит пример немогућности примене одредбе о посебној надлежности у споровима за накнаду штете из вануговорне одговорности, била би ситуација из будућности, у којој грађанин једне државе планете Земље проузрокује штету грађанину стране државе исте те планете, током боравка на планети Марс. С обзиром да би у описаној хипотетичкој ситуацији место настанка штете било на Марсу, судови би пред собом имали немогућ задатак да примене одредбу о посебној међународној надлежности, те би вероватно пресудила примена опште норме о надлежности. За крај, остаје питање, или пре индивидуална оцена сваког од нас, да ли ситуацију у којој је немогуће применити неку правну норму треба поистоветити са ситуацијом у којој примена једне правне норме може довести до мноштва различитих решења, у зависности од тумачења субјекта који је примењује?

О ауторки

Милица Жаркић је рођена 1991. године. Основне академске студије завршила је на Правном факултету Универзитета у Београду. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађала је у генерацији 2014/2015. године. Након завршетка мастер студија положила је правосудни и адвокатски испит. Члан је Адвокатске коморе Београда од 2017. године, а тренутно ради као адвокат сарадник у Заједничкој адвокатској канцеларији Буквић, Звијер, Јелачић, Томашевић и сарадници.

Павле Тасић

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ КОРИШЋЕЊА ТУЂИХ АУТОРСКИХ ДЕЛА НА ДРУШТВЕНИМ МРЕЖАМА*

У условима глобалне распрострањености друштвених мрежа јављају се бројна спорна питања у вези са ауторскојравном заштитом. Полазећи од традиционалне концепције ауторског дела, преко система појединачних дозвола аутора за искоришћавање његовог дела, до рестриктивних законских дефиниција медија, на примеру „Фејсбука” долазимо до концептуалних и практичних правних дилема, тешко решивих у светлу класичног модела ауторског права. Овај рад не предвиђа нова решења, већ указује на кључне тачке размислажења постојећих ауторскојравних оквира и савремених захтева у саопштавању ауторских дела на друштвеним мрежама. Највећи број корисника „Фејсбука” нема представу о томе да их ауторско право штити поводом садржаја који испуњава услове за ауторскојравну заштиту, нити поставља питање злоупотребе таквог садржаја. „Фејсбук”, ипак, доноси својствене услове коришћења услуга, остављајући минимално простора за постављање питања своје одговорности у случају евентуалне повреде ауторског права на друштвеној мрежи. Чињеница је да у таквим условима комуникације аутор практично нема контролу над искоришћавањем својих дела на друштвеној мрежи.

Кључне речи: Ауторско право. – Друштвене мреже. – Фејсбук. – Ограничења ауторског права. – Повреда права.

1. УВОД

Највећи број корисника друштвених мрежа се повезује ради бесплатног коришћења услуга виртуелне комуникације које мрежа ставља на располагање.¹ Полазећи од тога да је ауторско дело једна врста

* Овај чланак представља прерађену (скраћену и ажурирану) верзију мастер рада „Правне последице коришћења туђих ауторских дела на „Фејсбуку””, одбрањеног 31. маја 2017. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Душан В. Поповић, а одбрањен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

1 Тако у Условима коришћења стоји „Не најлаћујемо вам коришћење Фејсбука или других производа и услуга обухваћених овим Условима коришћења. Уместо тога, предузећа и организације нама плаћају да приказујемо рекламе њихових производа и услуга. Коришћењем наших производа, сагласни сте да можемо да вам приказујемо

информације,² јављају се изазови одређења обима законитог понашања на друштвеним мрежама у вези са масовним комуницирањем оним информацијама које представљају ауторска дела. Друштвене мреже су платформе које омогућују активно учешће корисника у стварању садржаја на интернету.³ Регистрацијом на сајту мреже корисници стичу право да на њему објављују разноврсне садржаје,⁴ и могућност да их размењују, да преузимају туђе и даље их саопштавају, чиме активно учествују у стварању садржаја (енг. *user generated content*).⁵ На тај начин регистровани чланови користећи меморијски капацитет мреже за смештање података, управљају тим подацима.⁶ Потврђивањем регистрације корисници изјављују да су сагласни да ће их користити сходно унапред одређеним условима.⁷ Тако настаје уговорни однос са унапред одређеном садржином.⁸ Из устројства комуникације, која се одвија у нормативном оквиру Улова коришћења мреже са једне стране, и ауторскоправне регулативе са друге, произилазе правни проблеми који се обрађују у овом раду. За потребе писања овог рада, анализа правног режима коришћења туђих ауторских дела на друштвеним мрежама извршена је на примеру „Фејсбука”.

Најпре се испитује да ли садржај који се генерише на „Фејсбуку” испуњава законске услове да би уопште уживао ауторскоправну заштиту. Други проблем представља одређивање границе законитог коришћења туђег ауторског дела у вези са карактеристичним мрежним услугама (алаткама) и хиперлинковима. Сагледавају се границе законитог коришћења ауторских дела, сходно прихваћеним Условима коришћења „Фејсбука” и обавезујућим законским правилима. У трећем делу се испитује да ли законом прописана ограничења ауторског права делују у вези са карактеристичним услугама „Фејсбука”.⁹ Нарочито ће

рекламе за које смајрамо да одговарају вама и вашим интересовањима.” Вид. <https://www.facebook.com/terms.php> (26.11. 2019).

- 2 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, Београд 2014, 143.
- 3 Сања Радовановић, „Ауторско право и Фејсбук, с посебним освртом на право Србије”, *Интелектуална својина и Интернет* (2016) (ур. Д. В. Поповић), Београд, 2016, 139.
- 4 Марио Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и праву суседних држава”, *Интелектуална својина и Интернет* (2016) (ур. Д. В. Поповић), Београд, 2016, 117.
- 5 *Ibid.*
- 6 Андреа Радоњанин, „Примена правила о одговорности хост провајдера: искуство носиоца права из Србије”, *Интелектуална својина и Интернет* (2016) (ур. Д. В. Поповић), Београд, 2016, 167.
- 7 Услови коришћења доступни су на званичној страници Фејсбука: <https://www.facebook.com/legal/terms> (26.11. 2019).
- 8 С. Радовановић, 146.
- 9 Сходно територијалном принципу важења ауторског права биће приказан однос са српским правом. За ограничења ауторског права вид. Закон о ауторском и

бити истакнут медијски капацитет „Фејсбука” за објављивање информација о текућим збивањима. Деликатност и неизвесност утврђивања где су границе дозвољеног понашања у вези коришћењем садржаја на друштвеној мрежи, налази се на размеђи два корпуса правила: 1) законске нормативе,¹⁰ и 2) обавезујућих Улова коришћења „Фејсбук” услуга који се прихватају регистрацијом на мрежу.

2. АУТОРСКА ДЕЛА НА „ФЕЈСБУКУ”

Да би се могло говорити о ауторскоправној заштити садржаја на друштвеној мрежи потребно је да такав садржај буде ауторско дело.¹¹ Испитујући садржај креиран на „Фејсбуку” у светлу четири неопходна елемента да би једно интелектуално добро било ауторско дело,¹² покушаћемо да идентификујемо оне садржаје који се не би могли сматрати ауторским делом. На то преиспитивање упућује специфичност интерфејса аутора (човека) и рачунара,¹³ тј. рачунарске мреже.

2.1. Садржај на „Фејсбуку” као људска творевина

Први услов је испуњен уколико је садржај на „Фејсбуку” створио човек својим радом.¹⁴ У рачунарском свету подразумева се међутим да се човек ослања на машине или уређаје приликом интелектуалног стварања.¹⁵ Оно дело које је створено само активношћу уређаја (нпр. аутоматско превођење помоћу рачунара) није творевина у смислу ауторског права.¹⁶ У условима суделовања човека и рачунара, а што је чињеница коришћења друштвене мреже, фактичко је питање где престаје интелектуалан допринос човека у раду са рачунаром.¹⁷ Креативна активност човека који управљања машинским процесом мора да буде доминантна, јер не може да буде искључива.¹⁸ У контексту коришћења друштвене

сродним правима (ЗАСП), *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, чл. 41–57.

10 У контексту овог рада биће приказан однос ЗАСП.

11 С обзиром да су услови за признање ауторскоправне заштите у упоредном праву усаглашени у највећој мери, сагледавање кроз призму српског права (ЗАСП) углавном неће одступати од међународно прихваћених решења. Вид. Душан Поповић, *„Ауторскоправни поглед на коришћење „Твитера”*”, *Интеликтуална својина и Инјернет* (2016) (ур. Д. В. Поповић), Београд, 2016, 97.

12 ЗАСП РС, чл. 2, ст. 1.

13 Више о значењима интерфејса вид. Лев Манович, *Језик нових медија*, прев. Александар Луј Тодоровић, Слио, Београд 2015, 105 –157.

14 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд 1999, 119.

15 С. Радовановић, 142.

16 С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, 119.

17 *Ibid.*

18 С. Радовановић, 142.

мреже мора да буде претежна у оној мери да би се за креиран садржај могло рећи да представља човекову интелектуалну творевину. Може се рећи у погледу садржаја постављеног на „Фејсбуку“, да је у највећој мери створен радом аутора-корисника,¹⁹ који се се креативно служе задатим језиком специфичног медијума. Допринос ове врсте технологије по себи не одузима од креативности њених корисника – уколико се њоме служи као оруђем интелектуалног рада.

Проблематична ситуација се јавља у вези са могућношћу да програм Фејсбука самостално ствара нови садржај од постојећег, уколико се корисник определи за такву врсту „коауторства“. За такву творевину се не би могло рећи без сумње да има атрибут превасходно људске. „Фејсбук“ је својевремено развијао апликацију „*Timeline movie maker*“ која је подразумевала генерисање новог садржаја – видео записа – на профилу корисника од постојећих фотографија корисника и текстуалних објава. Специфичност ове могућности лежала је у чињници да се ангажовање корисника сводило на давање конкретне инструкције, кликом на опцију „*Make movie*“;²⁰ након чега би програм направио анимирани снимак корисниковог профила.²¹ Уколико је корисник желео да има видео презентацију свог профила, довољно је било да упути програм на операцију прављења видео снимка простим притиском на поље „направи филм“ којим се издаје наредба. Програм би сам генерисао, тј. „повлачио“ насумично фотографије из албума корисника и текстуалне објаве са временске линије,²² и након кратког времена пуштао сачињен снимак од монтираних елемената. Кориснику је било допуштено да након тога измени одабир фотографија који је претходно програм анимирао, да изабере музичку подлогу од неколико понуђених, и тиме додатно персонализује филм, након чега је промене могао да сачува. Такав видео снимак корисник је могао даље да прослеђује својим пријатељима опцијом „подели“ (енгл. *share*). Апликација „*Timeline movie maker*“ се даље развила у апликацију „*Lookback*“ утемељеној на истој логици ствари.²³ Наиме, кориснику мреже је остављена могућност да изда наредбу да се сачини видео од постављених фотографија на његовом профилу. Програм би „повлачио“ одређене фотографије из албума корисника по хронолошком редоследу постављања, а корисник добијао један анимирани фото-споменар по годинама присуства на мрежи. Слична је ситуација када сам „Фејсбук“, овог пута без учешћа корисника, сачини видео поводом годишњице „дружења“ два корисника. Анимирајући заједничке фотографије у видео честитку поводом „јубилеја“ пријатељства, она

19 *Ibid.*

20 Инструкције доступне на: <https://www.facebook.com/fbmedia/posts/179529435506975> (26. 11. 2019).

21 Вид. на: <http://manjgura.hr/blog/novi-alat-na-facebooku-timeline-movie-maker> (26.11.2019).

22 Више о временској линији вид. иза тач. 2.2: Употреба „Фејсбук“ алатки као начин искоришћавања туђих ауторских дела.

23 Вид. на: <https://engineering.fb.com/web/looking-back-on-look-back-videos/> (28.11. 2019).

се објављује на њиховим профилима. Чињеница је да интервенисање програма на профилима чланова мреже, са развојем технологије, попрама све равноправније изгледе у креирању садржаја.

С обзиром на то да више не стоји аргумент доминантног креативног доприноса човека у новоствореној творевини, остаје отворено питање како би се она могла оквалификовати – да ли као ауторско дело или другачије? „Фејсбук” мимоилазећи ово питање, одређује обим у ком може искоришћавати такав садржај у оквиру дозволе коју корисник даје „Фејсбуку”.

Услови коришћења прописују да корисник има права интелектуалне својине (као што су ауторско право или жиг) над садржајем који ствара и дели на „Фејсбуку” и другим производима компаније „Фејсбук” које користи, и да ништа у Условима коришћења не лишава корисника права које има у односу на свој садржај.²⁴ Међутим, експлицитно „Фејсбук” наводи у погледу дозволе које му корисник даје да *„када делиш, објављујеш или догађеш садржај који је обухваћен правима интелектуалне својине у оквиру наших производа или у вези са њима, дајеш нам неискључиву, преносиву, широм света примењиву лиценцу, без накнаде, с правом подлиценцирања, да садржај хостујемо, користимо, дистрибуирамо, мењам, покрећемо, копирамо, јавно изводимо или приказујемо, преводимо и од ваше садржаја стварамо изведена дела (у складу с вашим подешавањима за приватност и апликације).”* Према томе, „Фејсбук” уређује питање обима искоришћавања „изведених дела” створених прерадом корисниковог садржаја. Али када „Фејсбук” то назива „изведеним делом”, остаје недоумица да таква творевина (попут видео честитки које ствара програм од фотографија корисника) можда није ауторско дело.²⁵ Дилема о ауторскоправној природи генерисане видео творевине уз помоћ „Фејсбуковог” програма остаје нерешена. Могући одговори се само делимично проналазе у радијусу ауторског права какво данас јесте. Уместо одређивање природе творевине практично је одређено питање овлашћења за његово искоришћавање.

2.2. Духовни смисао садржаја на „Фејсбуку”

Други услов за стицање ауторскоправне заштите јесте да садржај креиран на „Фејсбуку” има духовни садржај, тј. смисао, значи да мора да прозилази из људског духа и да се обраћа људском духу.²⁶ Уобичајено се у том смислу наводи да ауторскоправну заштиту не би уживале плат-

24 Вид. Услове коришћења на: <https://www.facebook.com/terms> Званична верзија Улова коришћења доступна је на сајту „Фејсбука” на српском језику (26.11.2019).

25 ЗАСП РС у чл. 4 ст. 2 одређује дело прераде као дело у коме су препознатљиви елементи прерађеног дела. Ипак, прерада ауторског дела се сматра ауторским делом само ако и сама испуњава све услове прописане за ауторско дело, према томе и услов да је у питању творевина човека. ЗАСП РС, чл. 4 ст. 1.

26 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 38.

не картице или карте и улазнице јер немају духовни садржај по себи – нису средства непосредне комуникације.²⁷ Управо друштвена мрежа нуди различите могућности плаћања путем њених страница,²⁸ наводећи да су трансакције дозвољене преко кредитних и дебитних картица и других средстава плаћања.²⁹ Похрањени подаци о обављеним трансакцијама корисника на мрежи под називом „историја плаћања” (енгл. *payment history*), садрже виртуелне налоге за онлајн плаћања, и као такви не представљају ауторска дела.

2.3. Оригиналност садржаја на „Фејсбуку”

Извориште оригиналности дела је у ауторској личности, због чега је оно индивидуално, јединствено.³⁰ Два су ограничења оригиналности: 1) постојећа културна баштина, и 2) функционалне, техничке, или логичке условљености стваралачког рада које ограничавају индивидуалан израз.³¹ Друштвена мрежа представља такав оквир где на једном месту имамо: 1) огромну сконцентрисаност туђих дела, и 2) виртуелну радну соби са понуђеним алаткама. Дописивање коментара поводом туђег објављеног садржаја, или исписивање тзв. статуса у предвиђеном пољу на властитом профилу, нису лимитирани у техничком смислу дужином текста попут твита.³² Стога је оригиналност текстуалног садржаја пре свега ствар ауторског печата. Обраћање понуђеним алаткама за изражавање емоција тзв. емотиконима, не би представљало индивидуалан израз, према томе и оригиналан. Закон о ауторском и сродним правима прописује да опште идеје не уживају ауторскоправну заштиту.³³

Нарочито се чини спорним питање оригиналности код постављања коментара и статуса, када корисници мреже користе кратке, устаљене језичке форме отпоздрављања, неслагања, одобравања, симпатисања или негодовања које припадају свакодневном идиому и уобичајеној комуникацији.³⁴ Није незамисливо да и веома сведени изрази снабдевени значајним степеном оригиналности задобију снагу важних порука или парола, којима се надаље може ефектно јавно комуницирати и експлоатисати у одговарајућем контексту. Тада би се могло поставити питање релевантности ауторскоправне заштите за аутора. Уосталом и сама законска одредба не елиминише од ауторскоправне заштите дела према

27 *Ibid.*

28 Реч је о опцији „Facebook payments”. Вид. на: https://www.facebook.com/payments_terms (26.11.2019).

29 Тако, приликом куповине производа из објаве на страницама „Фејсбука” као начини плаћања наведене су изричито: *Mastercard*, *Visa* итд.

30 *Ibid.*, 40.

31 *Ibid.*, 40–41.

32 Више о твиту као предмету ауторскоправне заштите вид. Д. Поповић, 97–101.

33 ЗАСП РС, чл. 6, ст. 1.

34 С. Радовановић, 143.

критеријуму величине, намене, те уметничке, научне или друге вредности, садржине или начина испољавања, као и допуштености јавног саопштавања његове садржине.³⁵ Дискутабилни су у том смислу наводи на сајту „Фејсбука” да ауторско право не штити добра попут наслова и слогана,³⁶ јер такви изрази могу испунити законом прописане критеријме за стицање ауторскоправне заштите.

2.4. *Одређености форме садржаја на „Фејсбуку”*

Последњи услов да би оригинална духовна творевина била ауторско дело на друштвеној мрежи јесте да буде изражена у одговарајућој форми. Текстурални садржај на „Фејсбуку” испуњава овај услов као врста литерарног стваралаштва. С обзиром на то да су величина и уметничка или научна или друга вредност ирелевантне да би неко дело уживало ауторскоправну заштиту, кратке литерарне форме објављене на друштвеној мрежи потпадају под домен ауторскоправне заштите. За музичка, ликовна или филмска дела треба истаћи да је највећи број оваквих ауторских дела створен изван интерфејса са друштвеном мрежом, а да се преко ње само саопштавају.³⁷ Одредба из Услови коришћења по којој *„(н)еки садржај који делише или догајеше, као што су фотодографије или видео записи, може бити заштићен законима о интелектуалној својини”*, не ограничава домет лиценце на наведене форме ауторских дела, већ само указује да су фотографија и видео записи у фокусу заштите.

3. КОРИШЋЕЊЕ ТУЂИХ АУТОРСКИХ ДЕЛА НА „ФЕЈСБУКУ” У ВЕЗИ СА ПОНУЂЕНИМ УСЛУГАМА И ХИПЕРЛИНКОВИМА

3.1. *Услови коришћења и закон као нормативни оквир коришћења „Фејсбук” услуга*

Коришћење услуга друштвене мреже подразумева пристанак на унапред одређене услове коришћења. То значи да се ауторскоправна заштита смешта у уговорни однос између мреже и корисника са садржином на коју корисник не може да утиче.³⁸ Са друге стране, овакав уговорни однос је пуноважан само у законом постављеним оквирима. Према томе, проблем одређивања дозвољеног понашања у вези са туђим ауторским делима на „Фејсбуку” због тога треба пронаћи у зони суделовања законских и аутономних правила. И управо одступања

35 ЗАСП РС, чл. 2, ст. 1.

36 Вид. на <https://www.facebook.com/help/399224883474207?ref=ccs> (27. 11.2019).

37 С. Радовановић, 144. „Фејсбук” посебно наглашава смернице за коришћење музичких дела на „Фејсбуку”, https://www.facebook.com/legal/music_guidelines (5.11.2019).

38 С. Радовановић, 145.

и противречности међу конкуришућим нормативима чине одговор на питање – докле досеже ауторскоправна заштита – двосмисленим. Инкомпатибилност највише произилази из поједностављења сложених уговорних и ауторскоправних питања у Условима коришћења.³⁹

Регистровањем на мрежу, тзв. креирањем налога са основним подацима, корисник се обавештава да се чином приступања саглашава са Условима коришћења, са којим се може упознати пре датог пристанка кликом на линк. Да бисмо одредили легалан обим коришћења ауторског садржаја од стране корисника, потребно је одредити ко располаже правима на ауторском делу на „Фејсбуку” и каква има овлашћења поводом генерисаног садржаја. Ово стога што чином саопштавања ауторског дела на друштвеној мрежи, корисник сагласно Условима коришћења, даје овлашћење „Фејсбуку” да његов ауторски садржај искористи.⁴⁰ На другој страни остаје питање – колико други корисници мреже смеју да се користе његовим ауторским делом. Обим искористивања ауторског дела од стране других корисника понајвише зависи од тога ко ће имати приступ подацима које корисник генерише на свом профилу.

Поводом питања контроле над садржајем Услови коришћења прописују да корисник има право интелектуалне својине над садржајем који прави и дели на „Фејсбуку”; да му се сагласно Условима коришћења ништа не одузима од права, и да је слободан да садржај дели свима где год то жели.⁴¹ Исто тако, Стандарди заједнице на које упућују Услови коришћења не дозвољавају објављивање садржаја којим се повређују туђа права интелектуалне својине, укључујући ауторско право и жиг.⁴² Дакле, корисник је титулар права у погледу садржаја који створи и објави на „Фејсбуку”. Користећи се понуђеним подешавањима приватности и апликацијама корисник може да одреди колико ће тај садржај бити јаван, чиме би контролисао доступност података. Ствари у пракси стоје битно другачије јер се садржај од стране корисника који су одабрани као публика одређених објава, може брзо и лако проширити изван одабраног круга јавности даљим прослеђивањем садржаја. У светлу ових могућности говориће се о услугама-алаткама „Фејсбука” и коришћењу хиперлинкова.⁴³

39 Corinne Hui Yun Tan, „Terms of service on social media sites”, *Media and arts law review* 19(2), 2014, 195–220. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2485981 (28.11.2019).

40 С. Радовановић, 141.

41 Вид. Услове коришћења под тачком 3.3.1: „Дозволе које нам дајете”.

42 Вид. https://www.facebook.com/communitystandards/respecting_intellectual_property (29. 11.2019).

43 У контексту овог рада бавићемо се последицама употребе алатки-услуга којима се дистрибуира туђи садржај: „подели” (*share*), „означи” (*tag*), „коментариши” (*comment*), „свиђа ми се” (*like*). Индикативно је да у енглеском речнику реч „*share*” већ има као једну од равноправних нормативних дефиниција међу далеко старијим значењима, управо ону која се односи на њену употребу у вези са веб друштвеним мрежама. Вид. на: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/share> (29. 11.2019).

Када корисник дели, објављује или додаје заштићени садржај он даје „Фејсбуку” „неискључиву, преносиву, широм света применљиву лиценцу, без накнаде, с њавом подлиценцирања, да садржај хостиујемо, користијемо, дистрибуирамо, мењамо, покрећемо, копирамо, јавно изводимо или приказујемо, преводимо и од вашеј садржаја стварамо изведена дела (у складу с вашим подешавањима за приватности и апликације).” Из таквог уговорног односа произилази неколико проблема.

Титулар ауторског права над једним ауторским делом има низ имовинскоправних и неимовинскоправних (личноправних) овлашћења.⁴⁴ Аутор је слободан да располаже само својим имовинскоправним овлашћењима, док су личноправна непреносива јер су везана за његову личност.⁴⁵ Дакле овлашћења нису преносива *en bloc*, због немогућности да имовинска и морална пређу у целини, већ је само могуће конституисати уже право, тј. конкретно имовинско овлашћење – једно или више – у корист стицаоца.⁴⁶ Располагање правима дефинисано у смислу Улова коришћења као – додељивање дозволе – односило би се на уступање имовинских овлашћења аутора, а никако не на пренос.⁴⁷ То значи да би „Фејсбук” био дужан да при експлоатисању уступљених овлашћења поштује стваралачку личност аутора заштићену личноправним овлашћењима.⁴⁸

Нарочито се као проблем истиче одређивање дозволе као „неексклузивне”. Наш закон говори о искључивом и неискључивом уступању имовинских овлашћења.⁴⁹ Испрва би се могло рећи да неексклузивност дозволе која се даје одговара неискључивом уступању које познаје наш закон. Ипак, садржина такве неексклузивне дозволе (на начин како је дефинисана у Уловима коришћења) не одговара у свему садржини неискључивог уступања прописаног законом, већ има особине и искључивог уступања. Законом је прописано да неискључиви стицалац уступљених овлашћења нема права да забрани другима да користе ауторско дело, *нити је овлашћен да своје право даље уступи*.⁵⁰ Већ је овде видљиво неслагање са неексклузивном дозволом која је преносива и која се може „подлиценцирати”, и у том погледу више наликује искључивом уступању. Одредбом закона о искључивом уступању још је прописано да је једино искључиви стицалац овлашћен да дело користи, те да то право може уступити другоме уз посебну дозволу аутора или његовог правног следбеника.⁵¹ Дискутабилно је зато да ли би генерална дозвола

44 ЗАСП РС, чл. 14–40.

45 С. Марковић, Д. Поповић, 209.

46 *Ibid*, 212.

47 Аутор нити његов наследник се никада не могу наћи у својству преносиоца. Подробније о ауторском уговору вид. С. Марковић, Д. Поповић, 216.

48 Неимовинска тј. личноправна овлашћења аутора прописана су у ЗАСП РС, чл. 14–18.

49 ЗАСП РС, чл. 62, ст. 1.

50 ЗАСП РС, чл. 62, ст. 3.

51 ЗАСП РС, чл. 62, ст. 2.

унапред дата „Фејсбуку” за неограничено „подлиценцирање” одговарала овој законској норми.

Према Условима коришћења, овлашћења „Фејсбука” су да „*хос-тиује, користи, дистрибуира, мења, покреће, којира, јавно изводи или приказује, преводи и од корисниковој садржаја ствара изведена дела (у складу с корисниковим подешавањима за приватност и апликације)*”. Овлашћења дефинисана као хостовање (енгл. *host*), дистрибуирање и покретање (енгл. *run*), иако терминологијом одговарају специфичностима интерфејса рачунара и човека која наша регулатива још увек не познаје, чини се да у битном одговарају: 1) овлашћењу на умножавање дела и 2) овлашћењу на интерактивно чињење дела доступним, у смислу закона.⁵²

Овлашћење на јавно извођење и приказивање ауторског садржаја донекле имплицира коришћење изван виртуелног простора мреже, и може да отвори додатну правну несигурност за корисника. Давање дозволе без накнаде не представља по себи проблем, али се у крајњој линији може отворити питање права на ревизију уговора ради уговорања накнаде.⁵³ На основу дате дозволе „Фејсбук” има право да приказује и изводи ауторски садржај. Услови не одређује на који начин „Фејсбук” наведена овлашћења може да користи. Уколико би их користио уз одговарајућу накнаду од јавности којој се садржај приказује или изводи – нпр. наплаћивање улазница приликом извођења или приказивања, или на други начин експлоатише, могла би да се преиспита правна судбина дозволе дате без накнаде. Треба имати у виду да дата дозвола важи за цео свет и да подразумева право „Фејсбука” да користи садржај заштићен правима интелектуалне својине који је објављен, подељен или додат у вези са „Фејсбук” производима,⁵⁴ што фактички вишеструко компликује позицију аутора да контролише искоришћавање својих ауторских дела. Проблематична је и пуноважност уступања овлашћења за дела која још нису настала јер закон изричито прописује ништавност таквог уступања, осим под условом да се унапред одреди врста

52 ЗАСП РС, чл. 20 и чл. 30.

53 ЗАСП РС, чл. 70, ст. 2. Подробније о праву на ревизију уговора у погледу висине накнаде вид. С. Радовановић, 154–155.

54 Палета „Фејсбук производа” (енгл. *Facebook Products*) подразумева знатно шире могућности искоришћавања ауторског садржаја објављеног на Фејсбуку. Између осталих најпознатији „Фејсбук” производи су „Инстаграм” и „Месинџер”. Вид. <https://www.facebook.com/help/1561485474074139?ref=tos> (27.11.2019). Очигледно је да у ширем смислу „Фејсбук” обухвата низ производа и услуга под именима различитих брендова, укључујући платформе за оглашавање и комуникацију. „Фејсбук” је кровна компанија за читаву групацију компанија са којима може да дели информације ради подржавања и интегрисања њихових активности и побољшавања услуга. Листу компанија у власништву „Фејсбука” је могуће видети на званичној страни: <https://www.facebook.com/help/111814505650678?ref=tos> (27.11.2019). Ако се узме у обзир глобални карактер „Фејсбук” производа, јавља се практична немогућност контроле евентуалних злоупотреба ауторског садржаја.

будућег дела и радње искоришћавања,⁵⁵ а што нема упориште у одредбама Улова.

Кад се Уловима коришћења говори о лиценцирању и „подлиценцирању”, мисли се на уступање ауторских овлашћења за искоришћавање дела, а не на лиценцирање у смислу нашег права где се уговором о лиценци уступају овлашћења из субјективних права индустријске својине.⁵⁶ Посебно је неизвесна је судбина ауторског садржаја корисника у вези са престанком дозволе. У Уловима коришћења је одређено да „лиценца” престаје када се избрише сав садржај из система „Фејсбука”. Садржај се може брисати појединачно или сав, брисањем налога. Ипак, „Фејсбук” напомиње да ће садржај остати упркос брисању од стране корисника у случајевима кад: 1) тренутно брисање није могуће услед техничких ограничења; 2) у случају када га други корисници користе док га не избришу и 3) у одређеним ситуацијама када би брисање ограничило „Фејсбук” у преузимању законских обавеза у вези са идентификовањем недозвољених радњи од стране корисника и поступању по захтевима државних органа. Осим што су овако одређени изузеци широко постављени и остављају могућност злоупотребе, нарочито изазива несигурност одредба по којој избрисани садржај неће бити задржан дуже него што је непходно за потребе због којих се чува, тј. да ће то зависити од случаја до случаја. Имајући у виду смисао одвијања комуникације кроз дељење садржаја, престанак дозволе не значи враћање садржаја под контролу аутора. Једном подељен садржај у условима мрежне повезаности реално представља трајан губитак контроле над дисеминацијом ауторских дела и затирање трагова размене. Узимајући у обзир и фактичку немогућност контроле „Фејсбука” да обрисани садржај ипак задржи, и чињницу да „лиценца важи док се сав садржај не обрише” – дакле и од стране других корисника којима је садржај подељен, велика је вероватноћа да ауторско дело остаје у лимбу „Фејсбуковог” система и после брисања личног профила корисника.

Да се из духа наведене одредбе Улова коришћења може закључити да корисник располаже својим ауторским делима пре на неискључив него искључив начин, произлази из последице подешавања приватности под опцијом „јавно”.⁵⁷ То значи да корисник садржај похрањен на профилу отвореном за јавност чини доступним и лицима изван мреже, која му могу приступати и користити такав садржај. Из овог произилази да „Фејсбук” има овлашћења неискључивог стицаоца који не може да забрани другима да користе то дело, нити да забрани аутору да уступа другима на коришћење изван друштвене мреже.⁵⁸

55 ЗАСП РС, чл. 66. Више о томе вид. С. Радовановић, 150.

56 Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – Одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр.1/2003 – Уставна повеља, чл. 686.

57 Доступно на: <https://www.facebook.com/help/325807937506242?ref=tos> (27.11.2019).

58 С. Радовановић, 157, фн. 57.

3.2. Уједињење „Фејсбук” алатки као начин искоришћавања њихових ауторских дела

„Фејсбук” корисници управљају својим профилима користећи се понуђеним поставкама приватности и апликацијама. Профил на друштвеној мрежи, осим личних података,⁵⁹ много више подразумева виртуелни идентитет корисника који је стваран у времену. Објављени садржај – фото, видео или текстуални – постаје видљив на временској линији корисника (енгл. *timeline*), као својеврсној хронолошки уређеној архиви објава.⁶⁰ И управо због те чињенице, „профил” корисника служи као платформа за саопштавање ауторског садржаја. Корисник има право да у подешавањима приватности одреди да ли ће садржај који генерише на властитој временској линији моћи да види мањи број лица или већи.⁶¹ То значи да ће се садржај постављен на сопственој временској линији истовремено појавити на временској линији сваког корисника који спада у круг одабране јавности, тј. на профилима пријатеља. Важно је напоменути да овај опсег јавности није коначан, тј. не спречава корисника из круга лица коме је аутор првобитно саопштио ауторско дело, да даље дели то дело. Управо на ову могућност даљег коришћења дела, односе се услуге-алатке које сваком кориснику „Фејсбука” стоје на располагању. И баш када првобитни адресат даље дистрибуира туђе ауторско дело, поставља се питање ауторскоправних последица таквог понашања.

Тиме што је аутор-корисник поделио неки садржај са другима, не значи да је дао дозволу са коришћење тог садржаја.⁶² Дакле, генерална сагласност да се учествује у комуникацији која „обухвата само она чињења која су неопходна да се јавност са садржајем упозна”,⁶³ сама по себи не подразумева саглашавање са тим да се предузимају друга чињења у вези са садржајем.⁶⁴ Управо таква чињења омогућују „Фејсбук” алатке које сваком кориснику стоје на располагању. Чињеница да се таква размена одиграва у мрежним условима правно-формално не удовољава захтевима законске норме.

59 „Фејсбукова” Политика о подацима доступна је на: <https://www.facebook.com/about/privacy/update> (27.11.2019).

60 У временској линији се најновије објаве приказују на врху. Она се може схватити као „(...)нека врста дигиталне „свајтаре” у којој се налази мноштво података о кориснику. Подаци су поређани у временски шок иако да се јасно види када се одређени догађај, ирича, фотографија или гејтаљ, догодио.” С. Црнобрња, 119.

61 Тако се може подесити да профил буде: 1) потпуно јаван, 2) доступан само властитим пријатељима, 3) само одређеним пријатељима, или 4) да се искључи свака јавност, тј. да објаве на временској линији види само корисник. Ако је профил потпуно јаван, свако лице које приступи интернету, а не само регистровани чланови на „Фејсбуку”, имају право увида у профил корисника.

62 С. Радовановић, 158.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

Употребом алатке „подели” (енгл. *share*) корисник може сваки садржај који је саопштен на „Фејсбуку” да проследи, тј. да подели са другим корисницима мреже.⁶⁵ Приликом предузимања овог чињења може се одабрати мањи или већи круг лица, или да се подели само на својој временској линији, али то не мења чињницу да се заправо предузима радња саопштавања дела.

Опција „означи” (енгл. *tag*) подразумева да се на једној фотографији може означити лице, чиме ће се аутоматски фотографија објавити на временској линији означеног корисника, осим ако означени корисник није оптирао за искључење ове могућности у подешавањима приватности.⁶⁶ Овај круг јавности се код означавања не мора завршити на томе, ако је означени корисник у подешавањима приватности одабрао да свака фотографија на којој буде означен буде уочљива и на профилима његових пријатеља. Ово показује да аутор фотографије не може да контролише даље саопштавање свог дела.

Алатка „свиђа ми се” (енгл. *like*), производи сличне последице. Простим изјављивањем „допадања” поводом одређеног садржаја⁶⁷ та информација да се кориснику нешто „свиђа” се генерише заједно са садржајем који је предмет свиђања на временским линијама пријатеља.⁶⁸ Такође коришћење алатке „коментариши” (енгл. *comment*), чини да прокоментарисан садржај, нпр. фотографија или видео снимак, буде саопштен са коментаром на профилу пријатеља корисника који је нешто прокоментарисао. Делење садржаја путем „порука” (енгл. *message*) онемогућује јавно саопштавање али омогућава кориснику да дигитални примерак ауторског дела подели у оквиру приватне комуникације са другим корисником, чиме не изостаје искоришћавање тог дела његовим умножавањем.

Колики ће се круг јавности на „Фејсбуку” упознавати са садржајем, зависи од одабира већег или мањег круга лица приликом коришћења одређених услуга-алатки, које заправо представљају радње искоришћавања дела. У условима непрегледне и брзе размене ауторског садржаја путем алатки „Фејсбука”, очигледно је да аутор нема реални капацитет да даје појединачне дозволе за коришћење ауторских дела. Радња повређивања права на „Фејсбуку” мора да се подудара по садржини са бар једним овлашћењем аутора које закон прописује.⁶⁹ Радње кому-

65 Ова врсте комуникације поједностављена је тако да се ова операција врши простим кликом на иконицу која симболизује ову радњу.

66 „Тагови” (енгл. *tags*) подразумевају кључне речи које се додају на фотографију или видео, које представљају везу ка другој „Фејсбук” страници. Када се поставе на фотографију изнад неког лица представљају везу до његовог профила. О појму „тагова” вид. Станко Црнобрња, *Нови медији и друштвене мреже: Појмовник*, Центар за медије и комуникације, Факултет за медије и комуникације, Универзитет Сингидунум, Београд 2014, стр. 117.

67 Кликком на асоцирајућу иконицу.

68 Под условом да корисник не искључи јавност при предузимању те радње.

69 С. Марковић, Д. Поповић, 260.

ницирања путем алатки „Фејсбука” представљају чињења која одговарају садржини радњи искоришћавања дела на која је аутор овлашћен. Строго посматрано, такве радње би се могле окарактерисати као недозвољено коришћење туђих ауторских дела (под условом да аутор није дао појединачну дозволу). Међутим, оправдано би било не прихватити став да коришћење „Фесјбук” алатки представља недозвољено чињење, када већ представљају иманентно својство комуницирања, на које корисник пристаје регистрањем на мрежу. Већи су изгледи да се питање недозвољености искоришћавања туђих ауторских дела постави само онда када се на „Фејсбуку” угрози материјални интерес титулара права поводом ауторског дела.

Илузорно је мислити у правцу „противправности” коришћења алатки за комуникацију, али је очигледан јаз ауторскоправног концепта давања појединачних дозвола и реалности у којој се то фаткички не може спровести – нити зауставити комуникацирање. Приступањем мрежи се даје дозвола „Фејсбуку”, али стриктно говорећи не и корисницима.

Из корпуса имовинскоправних овлашћења аутора за нашу анализу најважнија су она која се односе на саопштавање дела јавности. У вези са тим јесу и овлашћења аутора на умножавање дела⁷⁰ и на интерактивно чињење дела доступним јавности.⁷¹ Очигледно је да се неовлашћеним саопштавањем на „Фејсбуку” највише задира у имовинскоправно овлашћење на саопштавање јавности, укључујући интерактивно чињење доступним дела јавности.⁷² У околностима масовног неовлашћеног постављања или преузимања садржаја на „Фејсбуку”, често долази и до преиначавања таквог садржаја, непризнавања својства аутора или неозначавања имена аутора, као и коришћења садржаја на начин којим се повређује ауторова част или углед. На овај начин се могу повредити личноправна овлашћења аутора.⁷³

3.3. Коришћење туђих ауторских дела на „Фејсбуку” у вези са хиперлинковима

У вези са ауторскоправном заштитом на „Фејсбуку” се намећу и два следећа питања: 1) какве су последице коришћења ауторског садржаја корисника „Фејсбука” на интернету али изван „Фејсбук” платформе; и 2) где су границе законитог коришћења туђих ауторских дела саопште-

70 ЗАСП РС, чл. 20.

71 С. Марковић, Д. Поповић 70.

72 ЗАСП РС, чл. 30. Управо је у вези са појавом интернет комуникације ово овлашћење прописано као одговор ауторског права, чиме је проширена ауторскоправна заштита. Најпре је на међународном нивоу ово овлашћење уређено у члану 8. WIPO Уговора о ауторском праву чиме је санкционисано постављање садржаја на интернет без сагласности аутора. Више о утицају дигиталне технологије на ауторско право вид. С. Марковић (2014), 141–166.

73 Нпр. овлашћење на означавање имена аутора, овлашћење на заштиту интегритета дела. Вид. ЗАСП РС, чл. 14,17,18.

них на интернету изван „Фејсбука” – на ФБ профилима. Овакве начине искоришћавања туђих дела омогућавају хиперлинкови.

Хиперлинкови подразумевају везу садржану у једном тексту (хипертексту) ка неком другом фајлу, коме се кликом на текст директно приступу.⁷⁴ Употреба хиперлинкова због те способности представља основни концепт коришћења интернета јер омогућава једноставно повезивање и размену информација.⁷⁵ Хиперлинкови представљају начин да се лако упути на туђи примерак ауторског дела, који се налази на другом веб-сајту.⁷⁶ Линкови дакле омогућавају слободно приступање делима⁷⁷ а ауторско право лимитира слободу комуницирања делима. Због тога се коришћење хиперлинка ка нечијем ауторском делу на „Фејсбуку” може протумачити као радња повреде ауторског права, ако представља искоришћавање дела његовим саопштавањем и ако аутор за ту радњу није дао сагласност.⁷⁸ Треба истаћи да на овај начин није могуће приступити делу на „Фејсбуку” уколико је ФБ профил од стране корисника закључан за јавност. Зато се може поставити питање да ли би упућивање путем хиперлинка на ауторско дело похрањено на јавном профилу (коме може приступити свако преко интернета) представљало радњу неовлашћеног саопштавања. Односно, да ли је оптирањем за потпуну јавност свог садржаја на „Фејсбуку” подразумевана и слобода умножавања и јавног саопштавања таквог садржаја употребом хиперлинкова било где на интернету?

Одређивање обима јавности обухваћене сагласношћу титулара права, у ситуацији када је исти поставио ауторско дело на сајт или је то учињено уз његову сагласност, може се тражити у светлу судске праксе.⁷⁹ Тако је у предмету *Svensson*,⁸⁰ о коме је одлучивано пред Судом правде ЕУ, разматрано питање допуштености коришћења хиперлинка који води до дела према мерилу „нове јавности”.⁸¹ Суд је протумачио

74 С. Црнобрња, 72.

75 *Ibid.*

76 Душан Поповић, „Поведа ауторског и сродних права на Интернету: осврт на новију праксу Европског суда правде”, *Интелектуална својина и Интернет* (2015) (ур. Д. В. Поповић), Београд 2015, 62. Комуницирање путем хиперлинка се подразумева између корисника „Фејсбука”. Чини се да је ауторскоправи аспект коришћења хиперлинкова између корисника на самој друштвеној мрежи обухваћен анализом алатке „подели” (*share*), јер је ефективни учинак исти – тј. дељење садржаја или упућивање на исти тај садржај подразумева радњу његовог саопштавања.

77 Alexander Tsoutsanis, „Why Copyright and Linking Can Tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 6/2014, 509. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2333686 (2.12.2019).

78 Душан Поповић (2015), 62.

79 Друга ситуација је када се хиперлинком упућује на предмет заштите који је постављен на веб-сајт без сагласности аутора. Више о томе вид. Д. Поповић, 2015, 72–73.

80 Суд правде ЕУ, *Nils Svensson, Sten Sjorgen, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB*, предмет бр. С-466/12, 13. фебруар 2014. год.

81 С. Радовановић, 159.

да постављање хиперлинка не представља радњу саопштавања уколико јавност није „нова”.⁸² У случају јавног ФБ профила, ауторско дело је саопштено без икаквог ограничења приступа, чиме се може сматрати да је титулар сагласан да делу може приступити неодређени број корисника интернета.⁸³ Према томе, коришћење хиперлинка на „Фејсбуку” у описаној ситуацији, не би се могло сматрати радњом јавног саопштавања (а тиме ни повредом права), јер нема јавности која би се могла окарактерисати као нова.

Са друге стране, треба сагледати последице коришћења хиперлинкова на Фејсбуку, када се упућује ка примерцима туђих ауторских дела који се налазе на другим веб-сајтовима. Овакво понашање обухваћено је генералном обавезом из Улова коришћења и Стандарда заједнице да се не крше вређају права интелектуалне својине. С обзиром да велики део објава на профилима корисника „Фејсбука” садржи хиперлинкове, овај вид коришћења хиперлинкова може бити споран. Слобода оваквог поступања преостаје да се сагледа сходно двама ситуацијама.

Прва је ситуација када се хиперлинком на ФБ профилима упућује на заштићени садржај постављен на другом веб-сајту уз сагласност титулара. Чини се да дозвољеност такве употребе хиперлинкова такође треба тумачити спрам споменутог критеријума „нове јавности”, само под условом да је титулар права дао сагласност за постављање примерака дела на сајт на који корисник „Фејсбука” упућује хиперлинком.

Друга ситуација је да се хиперлинком упућује на заштићени садржај који је на одређен веб-сајт постављен без сагласности титулара ауторског права.⁸⁴ О допуштености овакве употребе хиперлинкова Суд правде ЕУ одлучивао је у предмету *GS Media*.⁸⁵ У овом случају је коришћење хиперлинкова водило до сајта на ком су раније неовлашћено постављени примерци ауторских дела, па према томе већ учињена повреда права њиховим умножавањем и саопштавањем.⁸⁶ Било је дакле потребно одлучити – да ли се и повезивање хиперлинком на такав сајт може сматрати радњом повреде права, њиховим секундарним саопштавањем.⁸⁷ Суд је протумачио да упућивање хиперлинковима на други веб-сајт на ком је постављен заштићен садржај без сагласности титулара права неће представљати радњу јавног саопштавања ако лице које је поставило хиперлинк без намере стицања добити није знало или није могло разумно да зна да је садржај неовлашћено постављен на другом веб-сајту на који се упућује.⁸⁸ Уколико је пак лице наведене радње повезивања хипер-

82 Д. Поповић (2015), 65.

83 *Ibid*, 66.

84 *Ibid*, 62.

85 Суд Правде ЕУ, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, предмет бр. С-160/15, 8. септембар 2016. год.

86 Д. Поповић (2015), 73.

87 *Ibid*.

88 Суд правде ЕУ, *GS Media*, § 56.

линком предузело с циљем стицања добити, онда је претпоставка да је морало знати да је заштићен садржај неовлашћено постављен на други сајт.⁸⁹ У таквом случају би се поступање оквалификовало као радња јавног саопштавања, а самим тим и као радња повреде права.

Преостаје да се тумачи да ли лице које свакако нема намеру стицања добити није знало или није могло разумно да зна да упућује на недозвољено умножене примерке на другом сајту. Ако пођемо од претпоставке да (просечан) корисник „Фејсбука” не користи линкове ради стицања добити⁹⁰ него ради учествовања у социјалној интеракцији, преостаје оцена субјективних околности. Тумачење овога по себи представља тешкоћу и правна норма оставља простор за обострана тумачења. Ако се узме у обзир да хиперлинк представља иманентно својство веб-комуникације, са једне стране, и доминантно нелукративно понашавање корисника Фејсбука, са друге стране, може се рећи да упућивање хиперлинком са ФБ профила (у ситуацији када је ауторско дело постављено на други сајт без одобрења) не представља радњу искоришћавања вредну заштите материјалних интереса у вези са ауторским делом. Могло би се закључати да ће титулар права реаговати и тражити да се утврди да је коришћење хиперлинкова радња невлашћеног искоришћавања само онда када угрожени економски интерес поводом дела премашује, тј. оправдава трошкове његове формалне заштите од злоупотребе на „Фејсбуку”.

4. ОГРАНИЧЕЊА АУТОРСКОГ ПРАВА У ВЕЗИ СА КОРИШЋЕЊЕМ ТУЂИХ АУТОРСКИХ ДЕЛА НА „ФЕЈСБУКУ”

Смисао ограничења ауторског права јесте да се трећим лицима олакша коришћење туђих ауторских дела.⁹¹ Када генерисање туђих ауторских дела на Фејсбуку без сагласности аутора представља радње искоришћавања дела у ситуацијама које су законом изричито прописане као видови ограничења ауторског права, онда нема ни радње повреде ауторског права.⁹² Режим ограничења ауторског права познаје два вида ограничења: 1) суспензију права и 2) законску лиценцу.⁹³ Суспензија подразумева да је дозвољено искористити туђе ауторско дело без дозволе аутора или његовог правног следбеника и без плаћања накнаде; у погледу законске лиценце постоји обавеза плаћања накнаде по сили закона, када се туђе ауторско дело искористи без дозволе титулара права.⁹⁴

89 *Ibid.*

90 За коришћење Фејсбука у комерцијалне сврхе вид. Комерцијални услови „Фејсбука”, https://www.facebook.com/legal/commercial_terms (5.12.2019).

91 С. Марковић, Д. Поповић, 76. ЗАСП прописује ограничења ауторског права у чл. 41–57.

92 Д. Поповић (2016), 102.

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*

4.1. Ограничења ауторској права у вези са „Фејсбуком” као медијем

Најпре ћемо испитати суспензију ауторског права у контексту медијског потенцијала „Фејсбука”. У чл. 43 ЗАСП прописано је да је дозвољено у оквиру извештавања јавности о текућим друштвеним догађајима путем штампе, радија, телевизије и других медија, у обиму који одговара сврси и начину извештавања, без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде предузимати одређене радње искоришћавања, пре свега умножавања и јавног саопштавања.⁹⁵ Из наведеног произилази да коришћење ауторског дела на „Фејсбуку” можемо подвести под ово ограничење само ако „Фејсбук” посматрамо као „други медиј” у смислу цитиране одредбе ЗАСП. Према томе, одговор на питање да ли је „Фејсбук” као друштвена рачунарска мрежа – медиј, морао би бити потврдан.

Међутим, матични закон којим је регулисана област медијског и јавног информисања на ово питање даје одречан одговор.⁹⁶ Круто се придржавајући тог законског решења које елеминише читаву листу интернет канала, не бисмо могли да сагледамо „Фејсбук” као медиј. Са друге стране, „Фејсбук” се, баш као и блогови,⁹⁷ према законској одредби ЗАСП, управо може сматрати медијем. Готово свака медијска кућа има сопствену ФБ страницу као *sine qua non* услов савременог интерактивног информисања.⁹⁸ Преко званичних ФБ страница медији саопштавају информације, као и у својим електронским или штампањим издањима или емисијама. Такве информације други корисници „Фејсбука”, користећи са описаним алаткама – пре свих „дељења” (енгл. *share*) и „свиђања” (енгл. *like*), могу једноставно и брзо даље да дистрибуирају.⁹⁹

95 ЗАСП РС, чл. 43, ст. 1, тач. 1–4. За потребе овог рада нарочито је важна тач. 1 која предвиђа да је под наведеним условима дозвољено умножавање примерака објављених дела која се појављују као саставни део текућег догађаја о коме се јавност извештава, као тач. 2 која се односи на припремање и умножавање кратких извода и сажетак из новинских и других сличних чланака у прегледима штампе.

96 Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС*, 83/2014, 58/2015. У чл. 30, ст. 2 изричито се наводи да „(...) медији, у смислу овог закона нису: илајфформе и ојуи и нтернет форума, друштвених мрежа, и дружих илајфформи (...), нији било која друа самостална електронска публикација, иојуи блоова, веб-презентација или сличних електронских презентација, осим ако нису рејсироване у Рејсиреу медија, у складу са овим законом.”

97 Душан Поповић, „Повреде ауторског права и сродних права на сајтовима за размену аудио и видео записа, путем коришћења онлајн видео игара и на блоговима”, *Правни живои*, 11/2012, 801. Више о блоговима и ограничењу ауторског права вид. наведено дело.

98 Вид. нпр: <https://www.facebook.com/bbcnews>, <https://www.facebook.com/washingtonpost>, <https://www.facebook.com/PolitikaOnline> (2.12.2019).

99 Посебно о условима коришћења ФБ брендова и заштићених ознака на сајтовима, попут карактеристичних иконица које симболизују „свиђање” или могућност даље прослеђивања информација, вид. <https://en.facebookbrand.com/#brand-guidelines-assets> (5.12.2019).

Ако прихватимо премису да Фејсбук јесте медиј онда се могу даље испитати услови који су садржани у чл. 43 ЗАСП. Неопходно је да се објава на „Фејсбуку” тиче текућег, актуелног збивања чији је ауторско дело саставни део, а не догађаја из прошлости.¹⁰⁰ Други услов је испуњен ако се саопштавање односи на објављено дело, јер необјављена не потпадају под режим суспензије ауторског права.¹⁰¹ Дозвољеност саопштавања које одговара сврси и начину извештавања би значило да не долази у обзир саопштавање читавих дела, него само одломака.¹⁰² Експлицитно је наведено да се дозвола односи на умножавање кратких извода или сажетака из новинских и других чланака у прегледима штампе.

Можда најочигледнији пример како „Фејсбук” може непосредно каналисати информације јавности јесте опција која подразумева пренос уживо (енгл. *live video*).¹⁰³ Са једне стране апликација омогућава директно и непосредно саопштавање видеа путем „Фејсбука”¹⁰⁴, а са друге могуће је истовремено праћење преноса уживо. Активирањем алатке на профилу корисника, простим кликом на иконицу камере, отвара се мапа живих преноса. Одабиром тачке могуће је пратити преносе уживо са места збивања било где у свету, одакле други корисници „Фејсбука” уживо врше пренос.¹⁰⁵ Може се поставити питање да ли су испуњени услови за суспензију права ако се узме у обзир да се коришћењем овакве услуге непосредно извештава потенцијално велики круг јавности, а тиме и комуницира туђим ауторским делом које се јавља као саставни део догађаја о ком се извештава. На овом месту се опција „преноса уживо” неизбежно намеће у вези са искључивим имовинскоправним овлашћењем титулара да другоме забрани или дозволи јавно саопштавање свог дела, укључујући интерактивно чињења дела доступним јавности.¹⁰⁶ Преносом концерта путем ове „Фејсбук” услуге неовлашћено би се вршило имовинскоправно овлашћење аутора. На исти начин се доводи у питање и однос са одговарајућим сродним правима (нпр. право интерпретатора).

100 Д. Поповић (2012), 801.

101 *Ibid*, 802. За појам објављивања вид. ЗАСП чл. 7, ст. 1. Подробније о ауторскоправним последицама необјављеног и објављеног дела, вид. С. Марковић, Д. Поповић, 46–47.

102 *Ibid*.

103 У условима опште распротрањености мобилних уређаја са видео камерама, те бежичној доступности интернета на сваком месту „Фејсбук” стиче значајан медијски капацитет, а обичног корисника претвара у репортера/извештача.

104 О апликацији Фејсбук „уживо” вид. на: <https://live.fb.com/golive/> (2.12.2019).

105 Ово претпоставља коришћење „Фејсбука” на мобилним уређајима опремљеним камерама. Медијски домети оваквог извештавања изван званичних медијских канала показали су се нарочито ефектним у доношењу информација о одређеним кризним друштвеним догађајима попут терористичких напада, демонстрација итд. О вези друштвених мрежа и изузетних друштвених збивања вид. на: <http://manovich.net/index.php/projects/hours-in-kiev-copy> (2.12.2019).

106 ЗАСП РС, чл. 30.

С друге стране, на основу законске лиценце прописане чл. 56 ЗАСП дозвољено је, без сагласности аутора али уз обавезу плаћања ауторске накнаде, у средствима јавног обавештавања умножавање, стављање у промет примерака као и други облици јавног саопштавања чланака који су објављени у другим средствима јавног обавештавања, под условом да се ти чланци односе на текућа економска, политичка или верска питања, а да аутор то није изричито забранио. Очигледно је да могућност примене ове норме на примеру „Фејсбука” лежи у тумачењу питања да ли се „Фејсбук” може сматрати средством јавног информисања. Уколико се има у виду другачија формулација „други медији” при прописивању суспензије права,¹⁰⁷ спрам формулације „средства јавног обавештавања” при прописивању законске лиценце, могуће је да је посреди намера законодавца да ефекат законске лиценце досегне само до штампаних медија, радија и телевизије, због извеснијег режима одговорности правних субјеката који стоје иза њих. Са друге стране, чланци који се објављују на електронским издањима медија и сами нуде могућност „дељења” чланка кликом на опцију „share”,¹⁰⁸ тако да се може поставити питање стварног учинка ове обавезе плаћања накнаде аутору у контексту „Фејсбука”, када и сами носиоци ауторског права дају пристанак на слободно умножавање и даље саопштавање, које је скоро немогуће пратити.

Алатка „новости” (енгл. *news feed*) омогућава константно допуњавање, тј. обраду података (енгл. *update*), на ФБ профилу корисника.¹⁰⁹ Вести које се појављују у „новостима” зависе од корисникових активности и веза на „Фејсбуку”, чиме се повећава вероватноћа да „Фејсбук” препознаје корисниково интересовање и да га „храни” новим информацијама које су препознате као његове преференције.¹¹⁰ Нису међутим „новости” на „Фејсбуку” само оне вести у смислу информација од јавног значаја.¹¹¹ Али ће странице и објаве поводом којих је корисник

107 ЗАСП РС, чл. 43.

108 Често се упутница „share” налази испод објављеног чланка која кориснику „Фејсбука” омогућује да постави чланак на својој временској линији или да одабере шири или ужи круг пријатеља којима ће проследити чланак. Исто тако је могуће и твитовати чланак, што иде у прилог тезе да није више јасна граница између нових и традиционалних медија.

109 Званичан превод предметне алатке од стране „Фејсбука” на српски гласи „новости”, иако енглески назив „news feed” подразумева нешто више – снабдевање, достављање, дистрибуирање новости. Ово је важно због чињенице да се ради о континуираности, тј. непрекидности и репетитивности таквих радњи које могу бити управљене на искоришћавање туђих ауторских дела, што још више усложњава ауторскоправне последице коришћења Фејсбука. О услузи „новости” вид. на: <https://www.facebook.com/help/www/327131014036297/> (5.12.2019).

110 *Ibid.*

111 У оквиру „новости” се приказују све нове објаве и активности корисникових пријатеља, попут фотографија, видео записа, коментара, „свићања” и свих оних страна или група које прати или поводом којих предузима одређене активности, чиме се ФБ профил претвара у непредвидив генератор најразличитијег садржаја. Треба напоменути да је могуће, подешавањем на профилу, ограничити прилив новости.

раније изнео коментар или „свиђање” – на неком од електронских издања медија – алгоритам „Фејсбука” препознавати, памтити и снабдевати новим чланцима и вестима са веб-страница које га могу занимати.¹¹² Тако, на одређени начин, „Фејсбук” корисник бива учесник у процесу умножавања и јавног саопштавања ауторских дела везаних за актуелне друштвене догађаје,¹¹³ будући да се умножавају на његовом профилу, и које једноставно може даље саопштити.

4.2. Осџала оџраничења ауџорскоџ љрава у вези са сџецифичносџима „Фејсбук” услуџа

При коришћењу „Фејсбука” може бити релевантно ограничење ауџорскоџ права којим се дозвољава физичком лицу да без дозволе ауџора и плаћања ауџорскоџ накнаде умножава за личну некомерцијалну употребу примерке објављеног дела.¹¹⁴ Такође је прописано да се умножени примерци не смеју стављати у промет нити користити за било који други облик јавног саопштавања.¹¹⁵

На први поглед, умножавање туђег дела на личном профилу корисника (из чега не простиче никаква материјална корист) делује дозвољено. Међутим, услов некомерцијалности, иако изгледа испуњен, не треба олако узимати имајући у виду пословни концепт „Фејсбука” који се састоји у наплаћивању „бесплатних” личних профила као простора за оглашавање.¹¹⁶ Исто тако, умножавање дела преко ФБ профила, ма колико представљао личан простор корисника, не може да се подведе под личну употребу, с обзиром на то да се на тај начин дело и јавно саопштава, а ова радња није обухваћена ограничењем у конкретном случају.¹¹⁷ Надаље, експлицитно стоји да се наведена одредба не односи на снимање извођења, представљања и приказивања дела.¹¹⁸ Осим што није дозвољено умножавање за сопствене некомерцијалне потребе,

112 Вид. о развоју алатке „новости” на: <http://manjgura.hr/blog/novi-facebook-algoritmi-daju-prednost-kvalitetnim-clancima> (5.12.2019).

113 Било на начин како је одређено у одредби о супензији права, било код законске лиценце.

114 ЗАСП РС, чл. 46, ст. 1.

115 ЗАСП РС, чл. 46, ст. 2.

116 „Не наџлаћујемо вам коришћење Фејсбука или друђих љроизвода и услуџа обухваћених овим Условима коришћења. Уместџо џоџа, љредузећа и оџанизације нама џлаћају да љриказујемо рекламе њихових љроизвода и услуџа.” Корисник за свој „Фејсбук” профил „плаћа” својим подацима: „Ваше љодаџке о личносџи корисџимо да бисмо лакше уџврдџили које рекламе да вам љриказујемо”. (Вид. Услове коришћења). Годишњи приход „Фејсбука” у 2018. години износио је око 40 милијарди долара, од чега је 89% удео прихода од реклама. Вид. <https://www.investopedia.com/ask/answers/120114/how-does-facebook-fb-make-money.asp> (12.12.2019).

117 Д. Поповић (2016), 107. Јавност може бити веома ограничена или потпуна, али то не мења чињеницу да умножавање дела на „Фејсбуку” подразумева и јавно саопштавање.

118 ЗАСП РС, чл. 46, ст. 3, тач. 1.

искључена је радња која би морала да претходи – снимање изведеног или представљеног или приказаног дела. Реалност је ипак знатно другачија: корисници масовно постављају снимке са концерата забележених мобилним телефонима на личним ФБ профилима. Оваква понашања корисника на „слободном” „Фејсбуку” стварају једну погрешну друштвену норму о дозвољености наведених радњи.¹¹⁹

Одредбе о задржавању ауторског садржаја по његовом брисању, донекле одговарају одређеним ограничењима ауторског права.¹²⁰ Такве одредбе Услови коришћења донекле упућују на примену одредбе о суспензији ауторског права у случају када законити прибавилац рачунарског програма има права да начини једну резервну копију програма на трајном телесном носачу.¹²¹ Али ипак се не чини оправданим аналогизија између ове одредбе која уважава специфичност рачунарског програма и других ауторских дела попут фотографија, текстова или видео записа.¹²² Одредба о задржавању избрисаног садржаја, онда када тренутно брисање није могуће услед техничких ограничења, евоцира правило о суспензији ауторског права које дозвољава привремено умножавање ауторских дела у вези са преносом података у рачунарској мрежи или легалним искоришћавањем ауторског дела из чл. 48 ЗАСП.¹²³

Ипак, време заостајања брисаног садржаја, које подразумева да „*неће бити дуже него што је неопходно за потребе збој које се чува*” у предвиђеним изузецима од стране „Фејсбука”, не делује исправно подвести под законом прописану „пролазност умножавања” која сугерише краткотрајност такве радње.¹²⁴

5. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Јасне границе дозвољеног коришћења туђих ауторских дела на „Фејсбуку” није могуће одредити. Комуникација путем масовних друштвених мрежа додатно појачава перцепцију да све што се налази на

119 Оваквим поступањем корисника „Фејсбука” такође се отварају и питања повреде сродних права.

120 Више о престанку дозволе и брисању садржаја вид. раније поднаслов 2.1.

121 ЗАСП РС, чл.47, ст. 1 тач. 3.

122 С. Радовановић, 156.

123 Наведеним чланом прописани су кумулативно услови који морају да буду испуњени да би привремено умножавање било дозвољено без дозволе аутора и без плаћања накнаде: 1) да је умножавање пролазно или случајно; 2) да је умножавање саставни и битни део технолошког процеса; 3) да је сврха умножавања да омогући пренос података у рачунарској мрежи два или више лица преко посредника, или да омогући законито коришћење и 4) да умножавање нема засебан економски значај. Овакво ограничење је управо прописано због техничке нужности искоришћавања ауторских дела у дигиталном формату, које подразумева сложене процесе вишеструког умножавања дела у физичком смислу на меморији рачунара, ма колико пролазног и ефемерног. С. Марковић (2014), 143–144.

124 С. Радовановић, 157.

мрежи може слободно и да се користи, утемељујући тако једну друштвену норму насупрот правној. Са друге стране, рестриктивно тумачење постојећих законских оквира не би уважило стварност мрежне комуникације и онемогућило би је у постојећем виду и размерама. Неоствариво је да, у условима масовног и дисперзивног комуницирања, аутор заиста контролише експлоатацију својих ауторских дела системом појединачних дозвола и тако спречи неовлашћене радње искоришћавања.

Додатна тешкоћа за одређивање дозвољености коришћења туђих ауторских дела представљају Услови коришћења „Фејсбука“, које корисник прихвата регистрацијом. Указали смо на то да неслагање са законом постоји већ на нивоу питања дозвољености даљег уступања (давања подлиценце) права од стране неискључивог стицаоца. Нарочито су неизвесни крајњи канали искоришћавања ауторских дела генерисаног на друштвеној мрежи „Фејсбук“, у комплексном режиму услуга групације предузећа под окриљем „Фејсбука“. Остаје нерешен проблем немогућности контроле над ауторским садржајем који је претходно умножен, тј. подељен са другима. Брисање ауторских дела од стране аутора на свом „Фејсбук“ профилу не утиче на даље постојање њихових раније умножених и подељених примерака.

Употребом „Фејсбук“ алатки се од стране корисника лако и брзо превазилази круг јавности који је аутор имао у виду приликом постављања садржаја и примарне поделе са кругом пријатеља. А генерална могућност употребе хиперлинкова, лишава корисника могућности контроле дистрибуције његовог садржаја и било где на интернету. Услови коришћења, чини се, не циљају на расветљавање граница легалног коришћења садржаја, колико на искључивање одговорности „Фејсбука“ у евентуалним споровима, будући да игра незаобилазну улогу посредника.¹²⁵

Комуникација путем „Фејсбука“ не може у потуности ни дефинитивно да се подведе под појединачно одређене ситуације у којима је законодавац уважио шири друштвени интерес прописујући ограничења ауторског права. Лични „Фејсбук“ профил одређеног корисника не може се сматрати местом за личну некомерцијалну употребу туђих ауторских дела, а да ли се „Фејсбук“ може схватити као медиј – одговор лежи у тумачењу законских одредаба о ограничењу ауторског права приликом медијског извештавања.

О аутору

Павле Тасић је рођен 1987. године. Основне академске студије завршио је на Правном факултету Универзитета у Београду. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађао је у генерацији 2015/2016. год. Положио је правосудни и адвокатски испит. Ради као адвокат у Београду.

Срђан Дејановић

БЛОКЧЕЈН ТЕХНОЛОГИЈА И ЊЕН УТИЦАЈ НА АУТОРСКО ПРАВО*

У овом раду представљена је блокчејн технологија у контексту њене примене на пржишту ауторских дела, као и конвенционалних утицаја њене примене на развој ауторског права. Анализирани су тренутни изазови у остваривању ауторскоправне заштите и формулисана су појединачна решења за наведене изазове употребом изв. аутор-центричног модела. Утицај блокчејна на процес редефинисања парадигме ауторског стваралаштва приказан је двострано. Са једне стране, развој технологије „приморава“ законодавце да регулишу новоформиране друштвене односе, што утиче на промену садржине а, у одређеном смислу, и карактера правних норми, које се све више „дигитализују“ како би имале капацитет да адекватно уреде технолошки фундиране односе у различитим сегментима креативног стваралаштва. У другом смислу, на примеру имплементације блокчејна у домену ауторског права, показан је појединачан ове технологије да у будућности изврши утицај не само на избор и обликовање материје регулисања (правну политику), него и на саму методологију. У овом контексту, претпоставка је да се процес стварања формалних извора права „неће више везивати за хартију него за рачунарску код“, а што ће бити условљено афирмацијом „правних технологија“ и њиховом применом у сфери законодавне, извршне и судске власти.

Кључне речи: Блокчејн. – Ауторско право. – Паметни уговори. – Дистрибуирани дневник трансакција. – Посредник.

1. УВОД

Развој технологије је катализатор друштвених промена. Међутим, парадигму напретка не представља технички проналазак, његова форма, начин употребе, нити било која друга спољна манифестација. Оно што се заправо мења је друштвени однос – однос између људи, а поводом ствари. Историјски гледано, настанак ауторског права се везује за проналазак штампарије средином XV века. Као прво техничко средство за масовно саопштавање ауторских дела, штампарија је омогућила на-

* Овај чланак представља прерађену (скраћену и ажурирану) верију истоименог мастер рада, одбрањеног 27. фебруара 2019. године на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру мастер студија права интелектуалне својине. Ментор при изради рада био је проф. др Слободан М. Марковић, а одбрањен је пред комисијом у саставу: проф. др Слободан М. Марковић и проф. др Душан В. Поповић.

станак тржишта ауторских дела и актуелизовала питање ко је легитимисан да убере корист од њихове економске експлоатације: произвођач примерка дела (издавач) или духовни стваралац дела (аутор).¹ Овај каузалитет је 1983. године поново дошао до изражаја стварањем прве интернет мреже (*TCP/ Internet Protocol*) која је у каснијим фазама развоја децентрализовала комуникационе системе. Интернет је „демократизацијом” информације утицао на трансформацију традиционалних пословних модела аутора. Дакле, констатујемо да постоји корелација између технолошког напретка и настанка правне норме– техничком иновацијом стварамо или мењамо друштвени однос, а правном нормом га, потом, уређујемо.

У октобру 2008. године, када је светска економска криза била у пуном јеку, анонимни аутор под псеудонимом Сатоши Накамото (*Satoshi Nakamoto*) представио је модел прве криптовалуте Биткоин (*Bitcoin*), засноване на технологији често означавањем као „интернет вредности” или „друга генерација интернета”, под називом: Блокчејн (*Blockchain*). Међутим, рад Сатоши Накамота „*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, није садржао појам блокчејн. Ова категорија се први пут појављује у коментару оригиналног „*Bitcoin client C++*” изворног кода као блок-чејн (*block chain*).

„Како се чини, дух технологије је поново пуштен из своје чаробне лампе. Призван је од створене неизвесне особе или групе особа, које имају исто тако неизвесне мотиве, у веома несигурно време у људској историји. Дух из чаробне лампе је, још увек, нама на услузи– да омогући трансформацију међуљудских односа и постојеће економској поретку на боље. Ако ми то будемо желели.”²

Блокчејн суштински представља технологију дистрибуираног дневника трансакција (енгл. *DLT– Distributed Ledger Technology*) која омогућава транспарентан и сигуран пренос, односно складиштење „дигиталних вредности”, попут новца, права на ствари, чак и интелектуалне својине. Овакве трансакције субјекти извршавају директно између себе (енгл. *peer-to-peer*), без потребе посредовања моћних институционалних ауторитета који су до сада верификовали те процесе, као што су банке, централни регистри непокретности, нотари, организације за колективно остваривање ауторског и сродних права и други.

Процес унапређивања постојећих норми на тржишту ауторских дела односи се, пре свега, на ауторско стваралаштво, остваривање личноправних и имовинскоправних овлашћења аутора, пренос или уступање имовинскоправних овлашћења, модус извршавања тог промета, начин уговарања, као и на потпуну аутоматизацију извршавања повезаних правних радњи и њихову верификацију.

- 1 С. Марковић „*Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Службени гласник, 2014,114.
- 2 D. Tapscot, A. Tapscot, *Blockchain Revolution*, Penguin Random House LLC, New York 2016, 22.

Циљ овог рада је да представи кључне карактеристике блокчејна у контексту ауторског права, а затим да анализира предности и недостатке примене технологије у тој области. Наиме, сврха ове анализе је да сугерише у којим сегментима ауторског права и у којој мери је заиста неопходна имплементација блокчејна, како би се у одређеном регулаторном оквиру на прави начин искористио његов технолошки потенцијал. У првом поглављу је дефинисан основни концепт блокчејна. Друго поглавље садржи анализу потенцијалних примена блокчејна у одређеним сегментима ауторског права, као могући технолошки коректив актуелних изазова у овој грани. У истом поглављу је представљен модел примене блокчејна на тржишту ауторских дела кога карактерише реституција позиције аутора као примарног субјекта у ланцу економске размене дела, тзв. „аутор-центричан модел блокчејна”. Исто поглавље садржи и критички осврт према примени блокчејна у области ауторског права. Овај сегмент рада је посвећен анализи граница примене технологије. На крају рада наведена су закључна разматрања.

Иако је препознат потенцијал да блокчејн изврши значајан утицај на ауторско право, неопходно је да ова технологија достигне одређену фазу зрелости и да се у сваком појединачном случају имплементације пронађе адекватна тржишна примена како би се тај потенцијал остварио. Интернет нам је дао свеопшти приступ ауторским делима, али је то учинио на рачун права аутора. Равнотежа је нарушена. Сада је ред на блокчејн да покуша поново да је успостави.

2. БЛОКЧЕЈН (Р)ЕВОЛУЦИЈА

„... Блокчејн је дистрибуиран, иројрамибилан, кријптографски обезбеђен, а шиме и поуздан, дневник (главна књија) трансакција која не контролише ни један појединац и чију историју може проверити било ко, у сваком тренутку.”³ Да бисмо правилно разумели ову дефиницију и свеобухватно перципирали појам блокчејн технологије, сматрамо да је потребно прво идентификовати постојећи „проблем” у међуљудским односима, када је у питању пренос дигиталних вредности, а који се рефлектује и на ауторско право, као адекватну полазну основу за његово даље разматрање.

У последњих неколико деценија били смо сведоци развоја „интернета информација”. Практично, то значи да ако, на пример, електронским (дигиталним) путем извршимо пренос одређеног садржаја попут текстуалне поруке или графичког симбола другом лицу, не преносимо му оригиналан примерак, већ копију тог садржаја. Овај сценарио је донекле прихватљив. Међутим, када је реч о преносу новца, права на

3 K. Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Switzerland, Cologne, Geneva 2016, 23.

ствари, интелектуалне својине и другим облицима „дигиталних вредности”, пренос копије може да има веома штетне последице. Ако би, хипотетички, субјекат А са свог банковног рачуна извршио електронски трансфер у износу од 100 новчаних јединица на рачун субјекта Б, од суштинског значаја је да дигитални новац („копија новца”), који је предмет трансфера, не остане у власништву субјекта А након преноса. Применом индукције, на основу наведеног примера, можемо закључити да фундаментална логика интернета, поред свих предности које пружа, чини ову технологију предиспонираном за злоупотребу и повреду правних норми. У доктрини из области криптографије, ова појава је позната под називом проблем двоструког трошења (енгл. *double spending problem*).

Због недостатка ефикаснијег решења за овај проблем, друштво је указало поверење естаблираним „посредничким ауторитетима” (у даљем тексту: „посредници”) као што су банке, нотари, организације за колективно остваривање ауторског и сродних права, централни регистри непокретности, судске инстанце и мултинационалне корпорације, да верификују трансакције, затим аутентификују субјекте који су извршили те трансакције и након тога да архивирају прикупљене податке. На основу извршене услуге, у оквиру своје делатности или поверених овлашћења од стране државе, ти органи доносе одлуке којима се конституишу права субјеката и издају исправе као потврде установљених права, а за које најчешће важи правна претпоставка истинитости. Према томе, због своје незаобилазне улоге у друштвеним процесима, посредници су се позиционирали као својеврсни центри моћи који значајно утичу на глобалне економске, социјалне и политичке трендове. Концепт монопола у посредовању извршавања трансакција се показао као, условно речено, функционалан, али недовољно ефикасан и често неправичан, јер је људски фактор значајно заступљен у систему одлучивања.

3. ПРИМЕНА БЛОКЧЕЈН ТЕХНОЛОГИЈЕ У АУТОРСКОМ ПРАВУ

„Блокчејн већ почиње да редефинише класичне њословне моделе и економске процесе креативне индустрије и индустрије културе њиме шњо значајно уњиче на њромену у економској архитектури дигиталној њодајка.”⁴ Утицај примене блокчејна на тржишту ауторских дела зависи у највећој мери од капацитета технологије да превазиђе актуелне изазове у остваривању имовинскоправних и личноправних овлашћења аутора. У наставку овог рада ће бити анализирано каква решења блокчејн може да понуди у погледу идентификованих проблема на тржишту ауторских дела.

4 P. J. Rennie E, „Blockchains and Creative Industries”, *Blockchain Innovation Hub*, RMIT University, Melbourne 2017, 4.

3.1. Тренућини изазови и потенцијална решења

3.1.1. Недовољно транспарентан и дефинисан ауторскоправни статус појединих дела

Изазов: Нетранспарентност што, између осталог, произлази из непостојања јединствене базе података која садржи релевантне и ажурне информације о ауторским делима ствара извесне проблеме у смислу утврђивања носиоца ауторскоправних овлашћења и на тај начин значајно отежава могућност законитог коришћења тих дела. Ажуриране информације о ауторима и њиховим делима су складиштене у различитим централизованим базама података којима располажу поједини издавачи, дискографске куће, организације за колективно остваривање ауторског права и други посредници. Будући да наведени субјекти, услед заштите корпоративног интереса, врло често ограничавају приступ подацима о ауторима и њиховим делима јавности, они тиме тенденциозно додатно повећавају трансакциони трошак законитог коришћења ауторских дела и дигиталног садржаја. Консеквентно, због недефинисаног правног статуса, значајан део циљаног тржишта се уздржава од законитог коришћења ових дела, а одређени део прибегава незаконитом умножавању и стављању у промет примерака дела. Овакав економскоправни амбијент негативно утиче и на ауторе, односно титуларе ауторског права у смислу остваривања економског интереса и врло упитне редистрибуције ауторске накнаде од стране посредника.

Поред утврђених неконзистентности на тржишту ауторских дела, литература сугерише да се главни узрок проблема, који је тренутно предмет анализе, налази у нуклеусу савременог ауторског права – у појмовном одређењу ауторског дела и у начелу неформалности заштите. Закон о ауторском и сродним правима дефинише ауторско дело као оригиналну духовну творевину аутора, изражену у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине.⁵ Елемент оригиналности аутора представља полазну основу за утврђивање подобности да се одређена људска творевина квалификује као ауторско дело и детерминише обим ауторскоправне заштите. Дакле, довољно је да постоји и у најмањој мери утиснут индивидуални духовни изражај творца да би дело уживало заштиту, а творевина постаје предмет заштите самим настанком. Интернет, као главни комуникациони медијум је, у оваквом нормативном амбијенту, створио предуслов за „хиперинфлацију” ауторских дела, а одсуство било какве правно-административне валидације ауторскоправне заштите, при самом настанку, додатно доприноси да већина дела остане „невидљива” за потенцијалне кориснике. Оваква тржишна поставка утиче директно на појаву такозваних дела сирочади, тј. дела

5 Закон о ауторском и сродним правима *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС), чл. 2, ст. 1.

недоступних титулара ауторског права (енгл. *orphan works*). Дела сирочад представљају дела чији аутори не могу бити правовремено идентификовани што онемогућава давање сагласности за њихово привредно искоришћавање, као и дела чији је ауторскоправни статус непознат.⁶

Решење које нуди блокчејн: Примена блокчејна у области „правних технологија” може значајно да допринесе повећању транспарентности, односно доступности информација о правном статусу ауторских дела и о титуларима ауторског права коришћењем тзв. временског печата (енгл. *timestamp*). Временски печат је секвенца одређених карактера или кодиране информације која потврђује тачно време наступелог догађаја, тј. извршене трансакције. Егзакност овог механизма, у неким случајевима, може бити изражена у фракцијама секунде. Временски печат омогућава поуздано, ажурно и транспарентно праћење редоследа извршених трансакција на дистрибуираном дневнику блокчејна. Практично, свака заинтересована страна могла би да има увид у непобитно тачан тренутак настајања одређеног ауторског дела и да прати сваку промену у смислу преноса, односно уступања имовинскоправних овлашћења аутора. У овом контексту, симплификован концепт блокчејна може да се посматра као дистрибуирана база података која је сачињена од низа верификованих временских печата. У складу са *eIDAS* Уредбом Европске уније бр. 910/2014⁷, усвојеном 23. јула 2014. године, која се односи на електронску идентификацију и безбедносне протоколе у електронским трансакцијама, временско печатирање је предвиђено као један од „сервиса поверења” (енгл. *trust services*), који представљају кључне механизме извршавања прекограничних електронских трансакција и фундамент заједничког дигиталног тржишта ЕУ. Очекује се да ће корисници моћи да употребе интернет сервисе базиране на блокчејну и идентификују ауторска дела помоћу хеш функције, као што су уметничка дела и софтвер, а у сврху доказивања ауторства.⁸

Осим временског печата, који служи за аутентификацију тренутка настајања ауторског дела, изузетно значајну улогу, у смислу валидирања предмета ауторскоправне заштите има хеш. Хеш функција се може посматрати инструмент за остваривање безбедности и поузданости (непроменљивости) трансакција на блокчејну. Овај облик математичке функције конвертује изворни дигитални податак у јединствени „електронски отисак” помоћу кога је могуће регистровати стварање ауторског дела на

6 Australian Government, Australian Law Reform Commission, „Copyright and the Digital Economy”, ALRC Report 122, 2013, *Commonwealth of Australia*, Sydney 2013, 289.

7 Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG.

8 A. Savelyev, „Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges” (Working Papers, Series: Law WP BRP 77/LAW/2017), *National Research University Higher School of Economics* (HSE), Moscow 2017, 7.

блокчејну, али и идентификовати сваку евентуалну промену у квалитету дела, односно у ауторскоправним овлашћењима титулара права. Два електронска отиска (хеша) могу бити једнака само ако су изворни подаци, на основу којих су ти отисци генерисани, истоветни, и *argumentum a contrario*, у случају да постоји најмања разлика у квалитету унетих података, биће креирана два различита хеша, што је превасходно у функцији разликовања ауторских дела.

Временски печат и хеш синхронизовано функционишу по следећем принципу: настане намера да се изврши трансакција у оквиру ауторскоправног односа, као нпр. уступање, односно преношење одређеног овлашћења аутора. Генерисани хеш на основу створеног дела је валидиран на дистрибуираном дневнику трансакција. Након тога, иста трансакција је забележена у блок и „временски печатирана”. окончањем овог процеса ауторско дело у форми „трансакције” бива (записано) уграђено на блокчејн. Практично, од тренутка реализације овог процеса, шансе за кривотворење (измену) информација о конкретном ауторскоправном односу су само теоретске. Евиденција о забележеној трансакцији је транспарентна и стога се може проверити од стране заинтересованих лица. Имплементација ове технологије у актуелне системе евидентирања и депоновања примерака ауторских дела има потенцијал да замени, односно унапреди постојеће механизме у домену „управљања правима интелектуалне својине” (енгл. *Intellectual Property Rights Management*).

Будући да је дистрибуирани дневник трансакција блокчејна транспарентан и увек доступан сваком члану мреже, информације релевантне за правни статус ауторског дела и његовог творца не могу једнострано бити обрисане, измењене или на други начин компромитоване, као у случају постојећих традиционалних, централизованих система. Заправо, својство непроменљивости трансакција након њихове валидације потенцијално има изузетно велик значај у смислу доказивања ауторства над одређеним делом. У том контексту, примена ове технологије може у будућности битно да утиче на процес извођења доказа у току судског поступка.

3.1.2. Неовлашћено умножавање и стављање у промет ауторских дела

Изазов: Титулари ауторског права нису у могућности да заиста управљају умножавањем и стављањем у промет примерака сопствених дела на интернету. Дигиталне копије представљају савршене реплике дела, а свака реплика је основ за ново умножавање. Овај процес је неминован приликом читавања одређеног садржаја на интернету, пре свега због начина функционисања сервера, центара база података, чак и радне меморије рачунара. Према томе, трансакциони трошак незаконитог умножавања аутентичног дела је сведен на минимум. Информација је данас децентрализована и толико „расута” да већина корисника

интернет претраживача преузима дигитални садржај без свести о извршавању повреде ауторског права. Интернет претраживачи представљају незаобилазни инструмент претраге и, условно речено, посредују између крајњег корисника и дигиталног садржаја. Као последица улоге претраживача, стиче се утисак да корисници немају свест о томе да не преузимају садржај нпр. са Гугла или Јахуа него са других интернет страница. Ова појава је додатно утицала на смањивање нивоа генералне превенције, у смислу повреде ауторског права на интернету тако да просечни власник рачунара данас може веома једноставно да изврши умножавање одређеног садржаја, за шта би пре само неколико година било неопходно ангажовати значајне ресурсе.

Практично, учитати ауторско дело на интернет значи изгубити контролу над њим, а аутор најчешће ни не сазна да је до повреде његовог права дошло. Штавише, у случају и да открије повреду, постало је веома непрактично предузимати било какве мере у смислу судске заштите, поготово ако се ради о спору мале вредности са елементом иностраности, како то обично и бива у пракси. *„То је као да имаше право својине над аутомобилом, али никад не знаше тачно где је тај аутомобил паркиран: у теорији сте ви његов власник, а у пракси објективно не постоји начин да га користиш на начин на који бисте желели.”*⁹

Алати из области управљања дигиталним правима (енгл. *Digital Rights Management – DRM*) су донекле „ублажили” негативан утицај пиратерије на тржиште ауторских дела, али капацитет оваквих техничких решења да превазиђу наведени изазов је, најблаже речено, ограничен. Коришћење *DRM* система усложњава процес пласмана ауторских дела и повећава трансакциони трошак, превасходно титулару права. У том контексту, већина аутора није у могућности да примењује *DRM* систем за свако створено дело. Неретко се дешава и да овакви сервиси проузрокују неправилан рад софтвера корисника. Још један изазов у контексту *DRM* решења је онемогућавање вршења *fair use* права корисника ауторског дела. У оквиру филмске индустрије се употребљавају одређени формати снабдени енкрипцијом што ограничава кориснике да направе једну верну репродукцију сопственог примерка дела, намењену искључиво за личну (некомерцијалну) употребу. Дакле, *DRM* систем не само да не решава у целости проблем незаконитог коришћења ауторских дела, него ствара и додатне изазове у овом погледу. У овако фондираној економско-технолошкој парадигми поставља се следеће питање: Да ли истински можемо да будемо власници сопственог дигиталног примерка ауторског дела?

Решење које нуди блокчејн: Полазна основа за постављање „дигиталне уметности” у дистрибуирани дневник блокчејна је премиса да је могуће бити власник примерака дигиталних ауторских дела на исти начин као што је могуће бити власник биткоина. Изазов, у смислу иден-

9 *Ibid.*

тификације дигиталних копија ауторског дела је што сви умножени примерци могу бити идентични по квалитету. Како смо већ навели, хеш функција стигматизује сваки примерак дела посебним „електронским отиском” и на тај начин онемогућава неовлашћено и нетранспарентно умножавање и стављање у промет истих. Појединачно, сваки умножени примерак је идентификован, евидентиран и праћен на децентрализованом мрежи блокчејна, чак и у случају деривативног стицања права, односно уступања/преноса овлашћења на примерку дела. Економско-правни значај ове техничке могућности може бити стварање предуслова за утемељење потпуно новог „секундарног” тржишта ауторских дела, које због фундаменталних својстава интернета, до сада није могло да постоји. Штавише, Европски суд правде је заузео став да се даљи промет примерака ауторских дела, у смислу преузимања дигиталног садржаја са интернета, попут музичког и филмског, квалификује као повреда права аутора у случају да је његова сагласност за такво поступање изостала: „...*примењивање инститорних исцрпљених права аутора у случају неовлашћеног коришћења истих од стране трећеј лица би онемогућило титулари ауторској права да адекватно заштите својствено право, или, ако и дође до коришћења права од стране трећеј лица, да титулари ауторској права остваре адекватну накнаду за привредно искоришћавање њихових дела.*”¹⁰

Уколико блокчејн технологија омогући титуларима права да контролишу свако умножавање, односно стављање у промет њихових дела и на тај начин остваре одређену накнаду, законодавци би имали веома чврст основ за „легализацију” секундарног тржишта (коришћеног) дигиталног садржаја.

3.1.3. Потешкоће аутора да остваре право на адекватну накнаду

Изазов: Глобални карактер дигиталног садржаја који је доступан на интернету и изузетно чести случајеви припадности аутора и корисника његовог дела различитим правним јурисдикцијама, представљају додатни изазов у смислу извршавања обавеза уговорних страна. Пре свега, ове потешкоће долазе до изражаја у процесима међународних плаћања, што значајно отежава могућност аутора да оствари своја имовинско-правна овлашћења. Банке, као и даље најзаступљенији процесори плаћања али и поједини органи управе, врло често условљавају извршавање исплате ауторске накнаде ваљаним правним основом – уговором, што изискује додатне ресурсе и повећава трансакциони трошак обављања размене, а који већина аутора, услед економске неисплативости, није спремна да поднесе када су у питању трансакције мале вредности. Законито коришћење ауторских дела су донекле поједноставиле *Creative Commons* лиценце, међутим, због њиховог нелукративног карактера оне

¹⁰ Европски суд правде, *Art & Allposters International BV v Stichting Pictoright*, предмет бр. С-419/13, 22. јануар 2015. год.

нису омогућиле ауторима да ефикасније остваре своју накнаду. Исти принцип се односи и на *open source* софтвере.¹¹

Прави резултат, у смислу остваривања права аутора на накнаду, изостао је због непостојања унифицираног глобалног система електронског микро-плаћања. Као последица оваквог нормативног устројства, традиционални пословни модели на тржишту ауторских дела су „окренути наопачке”. Развојем интернета, комерцијализација ауторских дела у сегменту пружаоца дигиталних услуга (енгл. *Digital Service Providers–DSP*), добија нови правац– економска експлоатација података и мета-података о корисницима и њиховом онлајн понашању. Међутим, да би овакав модел донео очекиване резултате потребан је веома велик узорак корисничке интеракције. Према томе, интернет тржиште је престало адекватно да „награђује” ауторе дигиталног садржаја, а квалитет створеног дела је постао секундаран, јер не доприноси у жељеној мери генерисању довољне количине података о корисницима потребних да се створи прецизан увид у тржишне тенденције. Суштински, на основу ове премисе, може се донети закључак да се технолошки, економски, у одређеном смислу и цивилизацијски развој до сада заснивао на могућности човека да ефикасније прикупља и обрађује релевантне податке.

Интернет трансформација парадигме тржишних односа у сегменту ауторских дела је трасирала пут новим посредницима у музичкој индустрији, као што су компаније „Јутјуб” (*YouTube*) и „Спотифај” (*Spotify*). Ови корпоративни ауторитети су се чврсто позиционирали у ланцу вредности економске размене између аутора и корисника њихових дела и тиме поставили сопствене стандарде објављивања, умножавања, стављања у промет и коришћења дигиталног (музичког) садржаја. Интернет заједнице корисника тих платформи су постале глобални генератори тражње и посебна тржишта за себе. Из ових разлога данас аутори немају много алтернатива у смислу промоције и пласирања сопствених музичких дела на тржиште и зато су „принуђени” да дају сагласност на, често за ауторе неповољне, опште услове коришћења услуге посредника и читавају садржај на њихове платформе како би добили прилику да постану доступни широј публици. Положај аутора у смислу остваривања накнаде се најбоље може илустровати податком да компанија „Спотифај” исплаћује накнаду титуларима права просечно између између 0,006 \$ и 0,0084 \$ по прегледу.¹² На „Спотифају” 250– 300 титулара права представља око 96% удела у приходима, што оставља недовољно простора мање популарним ауторима да остваре адекватну накнаду. Године 2017. било је потребно око 291 милиона индивидуалних прегледа да би одређени садржај постао најпопуларнији на „Спотифају”.¹³ Свеобухватно сагледавање изазова остваривања накнаде аутора захтева до-

11 Из дефиниције *open source* софтвера: „... добијање лиценце за коришћење софтвера неће бити условљено накнадом.” (Open Source Inicijativa, URL: <https://opensource.org/osd>).

12 Johnson D, „See how much Every Top Artist Makes on Spotify”, *TIME*, <http://time.com/3590670/spotify-calculator/> 2014.

13 *Ibid.*

датну демистификацију њихових права и обавеза у погледу коришћења наведених DSP платформи. Наиме, аутори на „Јутјубу” у просеку зараде и до 4 пута мање „по прегледу”, у односу на „Спотифај”. За остварених 1 000 000 прегледа, аутор на овој платформи може да оствари накнаду између 1000 \$ и 2000 \$, а што представља највише 0,002 \$ по прегледу. Разлика у заради је још већа ако поредимо „Јутјуб” са „Епл Мјузиком” (*Apple Music*), будући да ова платформа боље плаћа и од „Спотифаја”.¹⁴

Међутим, треба имати у виду и да потенцијал аутора да приходује од сопственог стваралаштва постављањем садржаја на ове платформе зависи и од броја активних корисника, односно такозване корисничке заједнице. На пример, потпуно је логично да DSP са највећом корисничком заједницом – „Јутјуб” омогућава доступност ауторског дела широкој публици од његових мање заступљених конкурената, попут „Спотифаја” и „Епл Мјузика”. Узимајући то у обзир, да би аутор могао у оваквој тржишној поставци да обавља своју основну делатност искључиво коришћењем DSP платформе и у континуитету остварује зараду на овај начин, неопходно је да генерише више милиона прегледа за сваки садржај који постави на ту платформу. Наравно, економска исплативост сваког појединачног дела зависи, у највећој мери, од односа остверењих прихода и уложених ресурса у дотадашње стваралаштво. Надаље, постоје различити сценарији у погледу удела у заради и износа који заправо припада аутору дела. Ако је аутор у уговорном односу са издавачком кућом у тренутку остваривања накнаде, његово процентуално учешће у заради се смањује. Иста је ситуација ако интересе аутора заступа менаџер и/или адвокат, као и у случају да је нпр. аутор накнадно ангажовао компанију за наплату потраживања, како би наплатио већ постојећа потраживања према DSP. У пракси није неуобичајено да дело настане сарадњом више лица (нпр. коауторски однос), и онда се накнада по основу коришћења дела расподељује сходно установљеним међусобним односима. После измиривања свих новчаних обавеза према наведеним субјектима, од иницијалних 1000 \$-2000 \$ на које би аутор имао право по основу постигнутих милион прегледа на „Јутјубу”, његов коначан хонорар може да износи, у овом приказаном сценарију, свега неколико стотина америчких долара.

Будући да су системи пружаоца услуга дигиталног садржаја (енгл. *Digital Service Providers*) централизовано постављени, аутори никад не могу бити потпуно сигурни да су остварили своја имовинска права у пуном обиму. У неким случајевима титулари права су чекали на своју накнаду и до 3 године.¹⁵ Правна сигурност и поверење у DSP посреднике нису нарушени само у случајевима одложеног дејства исплате накнаде ауторима. Доводи се у питање и калкулација износа накнаде коју

14 S. Setaro, „How Artists Make Money on YouTube”, <https://www.complex.com/music/2017/11/how-artists-make-money-on-youtube> (20.5.2018).

15 Verbiest T, „Digital music: blockchain and the necessary reboot of the industry”, <https://www.linkedin.com/pulse/digital-music-blockchain-necessary-reboot-industry-thibault-verbiest/> (23.5.2018).

аутор има право да оствари по основу одређеног броја прегледа његовог садржаја. Наиме, у пракси је забележен случај где је аутор остварио зараду од 64.60 \$ на генерисаних 1 048 893 прегледа, што је апроксимативно 1/50 од износа на који аутор формално има право. Чињеница која додатно потврђује да овај случај не представља изузетак је да на приближно 500 000 прегледа, које је исти корисник остварио годину дана раније, хонорар му је износио 27 \$, што недвосмислено указује да се не ради о „грешци у систему”.¹⁶

Решење које нуди блокчејн: Најзаступљенији облик блокчејна је, и даље, криптовалута. У претходним поглављима је приказано како су својства ове технологије утицала на редефинисање класичног концепта плаћања, депоновања и размене вредности на тржишту. Импликације примене криптовалута као инструмента за остваривање права на ауторску накнаду су веома значајне. Најпре, за разлику од већ познатих националних валута, криптовалута је заснована на децентрализованом (дистрибуираном) рачунарском систему, а не на ауторитету одређене државе, што је учинило „отпорним” на било какав директан политички и корпоративни утицај. Надаље, цео процес је ослобођен од дуготрајне и сложене правно-административне процедуре банака. Блокчејн је омогућио, по први пут, стварање транспарентног, сигурног и проверљивог система *peer-to-peer* плаћања на глобалном нивоу, а тиме су аутори добили прилику да остваре накнаду ефикасније и сигурније, без ангажовања посредника попут организација за колективно остваривање ауторског права и пружаоца услуга дигиталног садржаја („Јутјуб”, „Спотифај” и др.), што је знатно снизило трошкове извршавања трансакција и убрзало процес наплате потраживања по основу коришћења дела.

Блокчејн није ауторима пружио „само” алтернативу у смислу средства плаћања, него је његовом применом измењен и начин обављања размене и извршавања уговорних обавеза. Наиме, у контексту остваривања накнаде аутора, изузетно битну улогу имају тзв. паметни уговори (енгл. *smart contracts*). Овим механизмом је у потпуности аутоматизовано, не само закључивање уговора између аутора и корисника његовог дела, него и извршавање уговорне обавезе плаћања накнаде аутору. Услови под којима се уступа овлашћење за коришћење дела налазе се у самом коду паметног уговора и свака учињена трансакција између уговорних страна записана је на дистрибуирани дневник блокчејна. На пример, постављањем одређене песме на платформу, аутоматски се генерише паметан уговор који се закључује и извршава сваки пут када песма буде преслушана, у складу са условима које су уговорне стране међусобно уговориле. Оваква решења установљавају потпуно нови стандард транспарентности у домену уступања, односно преношења овлашћења на коришћење ауторских дела у дигиталном облику. По први пут, ауто-

16 R Sethi, „The Music Royalties Earned From 1.000.000 YouTube Plays Is Shocking”, <https://ask.audio/articles/the-music-royalties-earned-from-1000000-youtube-plays-is-shocking> (1.6.2018).

ри су добили могућност да заправо имају тачан увид у начин на који се користе њихова дела на интернету, затим колику накнаду остварују по том основу и, што је најзначајније, могу да буду уверени да су приказани подаци у вези са делом аутентични и верификовани.

3.2. „Аутор-центричан” модел блокчејна

„Извесно је да дигитална дела, у просеку, објективно вреде више, али су данас подцењена због великог трансакционог трошка који је потребно поднети да би се та дела законито користила.”¹⁷ На основу анализе карактеристика блокчејна и његове потенцијалне тржишне примене у домену ауторског права закључујемо да се ова технологија може искористити за изградњу „аутор-центричног модела” *sui generis*, по коме би стваралац дела, односно титулар права био репозициониран као главни субјект у ланцу вредности економске размене, уместо актуелних посредника. Модел би представљао један од начина инструментализације блокчејна у сврху ефикаснијег остваривања имовинскоправних и личноправних овлашћења аутора у пуном обиму. Структура концепта је подељена на пет конститутивних компонената, а сваки од њих представља одређено елементарно својство блокчејн технологије.

Први елемент се односи на тзв. паметне уговоре (енгл. *smart contracts*), којима је учињен значајан искорак у области правних технологија. У погледу преношења/уступања ауторскоправних овлашћења, предвиђено је да ће у будућности паметни уговори унапредити традиционалан начин уговарања, који у појединим случајевима може да буде комплексан. Аутоматизацијом репетитивних радњи у правно-административним процесима смањиће се укупан трошак обављања трансакција између аутора и корисника његових дела у смислу сачињавања текста уговора, његовог закључивања, чак и извршавања уговорних обавеза.

Други елемент се односи на успостављање транспарентних *peer-to-peer* трансакција. Како смо већ истакли у овом раду, једна од основних и најважнијих карактеристика блокчејна је транспарентност. Све извршене трансакције у вези са аутором и његовим делом се валидирају, а затим трајно бележе и чине доступним за увид сваком члану мреже на дистрибуираном дневнику блокчејна. Техничка основа и тржишне импликације транспарентности ове технологије у погледу ауторскоправног односа су већ објашњене у овом раду.

Трећи елемент представља могућност ефикаснијег и динамичнијег одређивања цена. Праћењем и анализом тражње за одређеним ауторским делом, дефинисање цена може бити динамично постављено, односно прилагођено флукуацијама на тржишту. Пре блокчејна, посредници су једини били у позицији да директно прикупљају и обрађују податке о корисницима дела, што им је давало увид у актуелне тржиш-

17 R. Takahashi, „How can creative industries benefit from blockchain?”, <https://www.weforum.org/agenda/2017/07/how-can-creative-industries-benefit-from-blockchain/> (6.10.2018).

не трендове. Захваљујући томе, они су одређивали садржај понуде, односно на који начин и у ком обиму ће се користити одређено дело, као и коначну цену услуге коришћења, а данас, применом ове технологије аутори могу непосредно да извршавају трансакције са њиховим корисницима под условима које они самостално одреде. Овај елемент је уско повезан са претходним, односно са транспарентношћу трансакција извршених на блокчејну.

Четврти елемент је омогућавање „микро-мерења”, односно „микро-наплаћивања”. Продавнице дигиталног музичког садржаја попут „Ајтјунса” (*iTunes*) нуде услугу коришћења појединачних песама аутора, уз накнаду. Применом блокчејна изводљиво је уступити одређено ауторско овлашћење само на једном делу музичког садржаја, за одговарајућу цену, нпр. за потребе промоције филма, када је неопходно искористити само десет секунди одређене песме или поједине делове различитих песама. Овакав концепт може да има веома значајне реперкусије на тржиште ауторских дела. Зашто би корисници били „принуђени” да плаћају накнаду за коришћење целог дела, ако су им потребни само одређени сегменти? Употребом „микро-мерења”, могуће је дефинисати основну јединицу која би била референтна мера минималног појединачног коришћења дела, тј. одређеног елемента, у оквиру целине дела и сходно потребама корисника дела, наплатити такву врсту услуге („микро-наплаћивање”). Констатијемо да блокчејн доприноси и рационализацији економске експлоатације дигиталног садржаја, што је у интересу обе стране између којих се врши размена. Заправо, кориснику је уступљено/пренето овлашћење у оном обиму који је њему заиста неопходан, а аутору је дата техничка могућност да пружи „услугу по мери” без додатног инвестирања у процес обраде и прилагођавања дела за сваку појединачну размену. Заправо, селективно мерење и сразмерно наплаћивање коришћеног дела, као и динамично одређивање цена из трећег елемента овог модела, не представљају, сами по себи, суштински помак у односу на већ постојећа техничка решења, међутим применом блокчејна, у овом смислу, додаје се потпуно нова вредност целом процесу.

Пети елемент је установљавање репутационог система. Помоћу блокчејна, могуће је направити својеврсни систем евалуације, у оквиру кога би аутор и корисник његовог дела валидирани („оценили”) један другог након сваке извршене трансакције. Појединачне оцене ће бити везане за посебну адресу члана мреже и трајно записане на дистрибуирани дневник. Претпоставка је да ће на овај начин ствараоци и корисници дигиталног садржаја бити подстакнути да поступају у складу са договореним условима и на примерен начин, како би очували своју репутацију у систему.

3.3. Границе примене блокчејн технологије у ауторском праву

Због пренаглашене еуфорије на тржишту у вези са блокчејном, врло често се губи из вида да ова технологија није свемоћна и да пружа додатну вредност само ако се сврсисходно примењује у складу са њеним

специфичним карактеристикама. Штавише, свеобухватно сагледавање појма блокчејна у смислу овог рада захтева не само анализу потенцијала и предности његове примене на тржишту ауторских дела, него и утврђивање које су границе те примене, односно указивање на евентуалне недостатке, чак и на могућност негативног утицаја ове технологије на одређене сегменте ауторског права.

Вредност блокчејна, као и у случају других мрежних технологија попут интернета или телефона, у великој мери зависи од степена заступљености његове примене. Сваки нови корисник блокчејна (члан мреже) пружа додатну вредност, не само себи и другим корисницима појединачно, него и мрежи као целини. Овај економски феномен назива се ефекат мреже (енгл. *network effect*). На пример, уколико се користи само један телефон, његова вредност као средства телекомуникације практично је нулта и употреба тог уређаја се обесмишљава, док коришћење два или више телефона у сврху комуникације већ представља додатну вредност за све кориснике. Та аналогија се може употребити на примеру друштвених мрежа и сличних система. Тренутно није извесно који број аутора је неопходно да се определи за коришћење DRM и DSP сервиса заснованих на блокчејну и колико ауторских дела треба да буде постављено на такве сервисе да би се остварио значајан утицај на ауторско право, али дефинитивно ће кључни изазов, у смислу афирмације ове технологије, бити привлачење велике заједнице популарних аутора, а тиме и корисника њихових дела. Иако се ово не може сматрати недостатком технологије *per se*, широка адопција блокчејна је практично *condicio sine qua non* остваривања његовог пуног потенцијала. „Овакав систем ће умножити зависити од изв. ефекта мреже на основу кога вредност производа или услуге зависи од броја људи који користе овај производ или услугу.”¹⁸

Додатни изазов представља складиштење дигиталног садржаја на блокчејну, јер ова технологија није примарно предвиђена за складиштење велике количине („тешких”) података и у том погледу је по перформансама знатно инфериорнија од традиционалне базе података. Иако се овај проблем испрва чини као искључиво технички, он може да има и значајне правне реперкусије, међутим извесно је да ће у будућности технолошки развој омогућити превазилажење овог изазова.

Подсетићемо се претходно наведеног објашњења хеш функције у коме је речено да и најмања разлика у квалитету унетих података (енгл. *data input*) ствара потпуно нови хеш, што практично значи да је онемогућено валидирање истоветног дигиталног ауторског дела након што је иницијално већ постављено на блокчејн, јер је хеш иререверзибилно записан у дистрибуирани дневник. Међутим то се не односи и на „слично дело”. Наиме, уколико се направи било каква промена, чак и непрепознатљива човековим чулима, у структури дигиталних података, који

18 Shapiro C, Varian H.R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press. Boston, Massachusetts, 1999, 13.

представљају ауторско дело (нпр. дигитална слика, аудио/видео запис), нови хеш ће бити генерисан као да се ради о потпуно другачијем делу. Будући да је могуће извршити повреду личноправних и имовинскоправних овлашћења аутора приликом објављивања новог, по садржини скоро идентичног (сличног) дела претходном, може се донети закључак да механизам хешовања не пружа адекватну заштиту права аутора у овом случају.

Надаље, поставља се питање ко сноси одговорност за повреду права аутора на јавној блокчејн мрежи? Пре него што се упустимо у анализу тог проблема, неопходно је објаснити на који начин уопште може настати повреда ауторског права на блокчејну. Ради лакшег разумевања применићемо хипотетички сценарио као илустрацију. Н пример, одређени програмер је развио аутономну децентрализовану апликацију на Итиријум мрежи, која омогућава корисницима да размене криптовалуту под називом нпр. *GoT Coin*, за незаконито умножен и стављен у промет примерак популарног романа „Игра престола” у *PDF* формату. Применом паметних уговора ова трансакција се аутоматски извршава приликом сваког захтева за преузимање дела, без потребе било какве интеракције између уговорних страна. Будући да је апликација дистрибуирана преко децентрализоване мреже коју чини хиљаде рачунара, немогуће је спречити умножавање и стављање у промет дела „гашењем мреже”, јер не постоји централни ауторитет који њоме управља (администрира), тј. систем функционише независно од било каквог директног екстерног утицаја на трансакције. Идентитет уговорних страна, односно понуђача који је дело учинио доступним на блокчејн мрежи као и лица која прибављају примерке истог дела, остаје непознат, тј. заштићен асиметричном енкрипцијом, што практично онемогућава утврђивање пасивне легитимације, а самим тим и покретање судског (парничног) поступка за накнаду штете по том основу. Дакле, узимајући у обзир наведено, можемо закључити да, макар за сада, објективно није могуће утврдити одговорност за повреду ауторског права на јавној (анонимној) блокчејн мрежи, што може у будућности представљати велики изазов, у смислу уређивања правних односа на тржишту ауторских дела.

Полазећи од исте логичке основе, чак и у случају да је идентитет лица из представљене илустрације познат и да носилац ауторског права затражи правну заштиту у складу са Законом о ауторском и сродним правима¹⁹, извршење пресуде у смислу престанка повреде права изискивало би веома значајне трошкове, јер тренутно не постоји механизам принудног извршења којим би се у потпуности спречила трансакција (умножавање дела и стављање у промет) из претходно приказане илустрације.

Када је у питању блокчејн технологија, врло често се превиди битна чињеница: блокчејн је рачунарски програм. Исто се односи на паметне

19 Закон о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, чл. 205.

уговоре, као и све остале форме засноване на блокчејну, што практично значи да, иако су трансакције самоизвршиве и „имуне” на спољни утицај по записивању на дистрибуирани дневник, само програмирање, односно процес развоја паметног уговора, као и селекција, тј. уношење података на блокчејн, нису у потпуности аутоматизовани и представљају радњу одређене индивидуе или групе индивидуа. Будући да је рачунарски програм људска творевина, сасвим је оправдано претпоставити да постоји могућност настанка одређене грешке приликом развоја програма. Као што је опште познато, грешке по правилу веома извесно утичу на предвиђено функционисање рачунарских програма, што захтева одређену „подршку” у смислу проналажења такве грешке и њеног отклањања. Међутим, за разлику од осталих програма где поменути поступак представља саставни део развојног циклуса софтвера, када се паметан уговор једном постави на јавну блокчејн мрежу, исти се више не може мењати, нити уклонити са ње. Према томе, непроменљивост трансакција, као највећа предност блокчејна, у овом случају, представља његов највећи недостатак, иако постоје начини да се и овај изазов превазиђе.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Узимајући у обзир претходно наведено, под претпоставком да ће примена технологије дистрибуираних база података, самоизвршивих паметних уговора и токенизација економије у својим каснијим фазама развоја и широке тржишне распрострањености заменити актуелне централизоване системе попут организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, затим регистре жигова, патената, ознака географског порекла, системе евидентирања и депоновања ауторских дела, можемо оправдано очекивати да ће се у будућности друштвена перцепција улоге органа управе којима су поверена ова овлашћења, у наведеним сегментима значајно променити.

У циљу бољег разумевања материје и правно-технолошког развоја у контексту овог рада, битно је направити дистинкцију између два основна аспекта регулисања примене блокчејна у области ауторског права. Први се односи на процес извршавања *peer-to-peer* трансакција који је уређен у складу са аутономијом воља уговорних страна, односно на коришћење блокчејна као средства непосредне и сигурне евиденције о преносу тј. уступању одређених ауторскоправних овлашћења (нпр. блокчејн *DSP* платформа за ауторе музичких дела). Коришћење блокчејн решења у ову сврху практично не производи правно дејство изван оквира приватне сфере појединаца (учесника трансакције) и, самим тим, не инволвира јавни интерес у значајној мери. Други аспект примене односи се на имплементацију ове технологије у одређене сегменте система власти попут судских органа, органа управе, одређених целина у оквиру тих органа (као што је нпр. Завод за интелектуалну својину), али и других субјеката којима су поверена јавна овлашћења. Да би блокчејн

суштински извршио утицај на ауторско право и унапредио постојеће односе у овој грани, неопходно је да се дејство те реформе пренесе и на јавни сектор, јер ако узмемо у обзир искуство са правним уређивањем примене интернета у последње три деценије, објективно је веома мала вероватноћа да блокчејн „опстане” дугорочно (чак и на средњи рок) као технологија која је искључиво подвргнута саморегулацији у домену приватноправних норми.

Процес имплементације блокчејна у области ауторског права треба да буде постепен и селективан. Неопходно је пажљиво ускладити вредност технологије са реалним потребама тржишта и државних система, а затим узети у обзир тренутна техничка ограничења блокчејна. Када се оцењују реалне могућности имплементације, потребно је проценити у ком сегменту ауторског права и у којој мери је одређен правни систем заиста „зreo” за примену ове технологије. Примера ради, на тржишту музичких ауторских дела је и даље актуелан концепт организација за колективно остваривање ауторског и сродних права. Чак и када се стекну технички услови за превазилажење оваквог модела, не сме се губити из вида економско-политичка позиција и утицај колективних организација, које сигурно неће лако препустити своју „тржишну хегемонију”. Будући да краткорочно није реално очекивати „гашење” институције колективних организација, као прелазно решење, законодавци би, на пример, потенцијално могли да размотре имплементацију приватних блокчејн система у оквиру структура самих организација. Као што је показано у претходним поглављима, примена блокчејна доводи у питање сврсисходност и оправданост постојања неких од основних института и начела ауторског права, попут начела неформалности ауторскоправне заштите и колективног остваривања права. Стога би системска реформа ове гране подразумевала не само изузетно велик легислативни напор на међународном нивоу, него и постављање потпуно нове правотехничке инфраструктуре.

Дуална природа паметних уговора као посебне врсте рачунарског програма, али и као правног посла је индикатор суштинске повезаности између основне логике функционисања рачунарског алгорита и принципа условљености судског силогизма, односно поступка подвођења чињеничног стања под правну норму. Рачунарска „кодификација права” је процес који ће, у одређеном смислу, променити перцепцију улоге правне норме као регулатора друштвених односа у будућем, технолошки развијеном друштву. Реално је очекивати да ће наведена веза између права и рачунарског програма све више долазити до изражаја, до тренутка када се они буду посматрали као два елемента једне целине. Тада ће примена технологије ући у такозвану невидљиву фазу, односно степен прихваћености ће добити глобалне сразмере, а употреба ће бити поједностављена до те мере да просечан корисник неће имати ни представу по ком принципу функционише одређен процес, само ће имати свест какву улогу исти има у свакодневном животу (као што је то данас случај са мобилним телефонима, персоналним рачунарима итд.).

Уочена међузависности између блокчејна и ауторског права не долази до изражаја само у контексту утицаја норме на тржишне аспекте технологије и обрнуто. Наиме, све се више препознаје значај примене блокчејна у области правних технологија и извесно је очекивати да ће технолошки развој доминантно обликовати, не само садржину норми које регулишу правни однос између аутора и корисника његовог дела, већ и стварање формалних извора права, који се неће више везивати за хартију, него за рачунарски код. Стога, подизање економске ефикасности и оптимизације друштвених процеса, интонирано технологијама попут дистрибуираних база података и криптографије, може бити прекретница не само за избор и обликовање материје регулисања (правну политику), него и за саму номотехнику. Циљ правних прописа (*ratio legis*) се не би тиме суштински мењао, али би *modus* спровођења норми био, условно речено, претворен у инструкцију коју рачунар (или мрежа рачунара) треба аутоматски да изврши по испуњавању претходно дефинисаних услова. У том смислу, креативна компонента у стварању и обликовању, односно „програмирању” норми ће (за сада) остати заснована искључиво на људским радњама, док ће извршавање, тј. спровођење тих радњи у највећој мери бити аутоматизовано. Основна вредност коју блокчејн додаје претходно описаном процесу је децентрализација, што је превасходно у функцији делимичне или потпуне деперсонализације извршних механизма. Усклађивање потребе тржишта ауторских дела са пажљиво одабраним функционалностима технологије, са једне стране и постизање компромиса између мере утицаја државне власти као администратора система (контролног субјекта) и задржавања фундаменталних вредности технологије, са друге стране, показаше колико блокчејн заиста има потенцијал да унапреди положај аутора и утиче на даљи развој ауторског права.

О аутору

Срђан Дејановић је рођен 1991. године. Основне академске студије је завршио на Правном факултету Универзитета у Новом Саду. Мастер студије права интелектуалне својине на Правном факултету Универзитета у Београду похађао је у генерацији 2016/2017. год. Један је од оснивача *OCTA IT Sourcing, Legito Country Partner* (Чешка Република) и амбасадор Европске асоцијације за правне технологије (*ELTA*).

Технички уредник
Зоран Грац

Пријрема
Досије студио, Београд

ISBN 978-86-7630-867-5

Тираж
50

Адреса редакције
Правни факултет Универзитета у Београду
Центар за издаваштво и информисање
Булевар краља Александра 67
Тел./факс: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
347.77/.78:004.738.5(082)(0.034.2)

ИНТЕЛЕКТУАЛНА својина у дигитално доба [Електронски извор] : зборник студентских радова / уредник Душан В. Поповић. – Београд : Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво, 2020 (Београд : Досије студио). – 1 електронски оптички диск (CD-ROM) ; 12 cm. – (Библиотека Зборници)

Тираж 50. – Напомене и библиографске референце уз текст.

ISBN 978-86-7630-867-5

а) Ауторско право -- Интернет -- Зборници б) Интелектуална својина -- Зборници

COBISS.SR-ID 282530572



ISBN 978-86-7630-867-5

