

*Мр Видоје Сїасић,
асиїенїї, Правни факулїетїї, Ниш*

Меродавно право за међународне ауторскоправне односе

1. Уводне напомене

Развој нових информационих технологија знатно је повећао и олакшао међународну размену добара и информација. То је неминовно имало за последицу актуализовање дуго запостављаног питања примене међународног приватног права. Слична ситуација је и у материји ауторског права. Доиста, у мери у којој интернет знатно олакшава искоришћавање читаве палете духовних творевина у светским оквирима, било је нужно испитати законске импликације таквог искоришћавања. И као што је изрекао Н.Ватифол,¹⁾ узалудно је претендовати да се избегне проблем сукоба закона, под изговором да је он сувише комплексан, јер "стварност показује како се проблеми не решавају њиховим игнорисањем у тренутку када су они реални".

Због одређених редакцијских недоречености и празнина, као и фундаменталних двосмислености у међународним изворима, из којих су резултирала врло дивергентна тумачења, наука сукоба закона је у извесној мери била запостављена у области ауторског права. Упркос томе, таква ситуација не би проузроковала претерано штетне последице уколико би национални прописи садржавали одредбе материјалног права способне да одагнају неизвесност створену искоришћавањем дела у међународним оквирима. Међутим, то на жалост није случај.

1. Rev. crit. dr. intern. privé, 1971, p. 273.

2. Извори одредаба о сукобу закона

У материји ауторског права одредбе о сукобу закона су углавном прописане на нивоу конвенцијског међународног права. Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела из 1886. године (у даљем тексту : БК), конституише, у том погледу, упућивање (референцирање). Универзална конвенција о ауторском праву из 1952. године (даље : УК) садржи, такође, одредбе о сукобу закона.²⁾ Међутим, од приступања САД Бернској Унији (1989.), овај конвенцијски инструмент је доста изгубио од своје практичне важности и од тада, отприлике, почиње сумрак БК. Уз то, треба истаћи да се Светска трговинска организација (СТО) јасно одредила за међународну заштиту ауторског права према стандардима из БК. Сходно томе и TRIPS из 1994. године, посвећује пажњу овом питању. У чл. 3 ст. 1 стоји да национални третман има за предмет заштите интелектуалну својину, прецизирајући да појам "заштита" укључује нарочито "питања која се тичу вршења права". Исти чл. у ст. 2 толерише изузетке од националног третмана упућивањем на садржај локалних одредаба.

Кључну конвенцијску одредбу у области ауторског права, на којој суштински почива сукоб закона, представља чл. 5.2. БК, који прописује : "Ван одредаба ове конвенције обим заштите и правна средства гарантована аутору ради заштите његових права искључиво се одређују законодавством земље у којој се заштита тражи". Полазну основу цитиране одредбе представља, дакле, упућивање на закон земље заштите (*lex loci protectionis*). БК, међутим, има у виду извесне тезе о конкурентској надлежности закона земље порекла (*lex loci originis*). Тако, нпр., у материји дела примењених уметности (у погледу услова кумулативне заштите по основу ауторског права и по основу узорака и модела – чл. 2.7. БК), у материји права слеђења (чл. 14 тер. БК) и у материји трајања заштите (механизми усклађивања рокова – чл. 7. 8. БК).

3. Одређивање меродавног права за ауторско право

Главни проблем који се тиче сукоба закона у материји ауторског права састоји се у недовољно јасном карактеру одредаба конвенцијских прописа о решавању сукоба закона. Постоје различита тумачења, нарочито она о ексклузивној примени принципа *lex loci protectionis*, а такође и о кумулативној примени овог принципа са *lex loci originis*. Ми ћемо објаснити аргументе за и против једне и друге тезе, али претходно треба елиминисати трећу тезу која почива на стриктном територијализму.

Улога уговореног закона (*lex contractus*) биће предмет посебне пажње, као и различита размишљања о меродавном праву за дела емитована путем интернета.

2. Овај конвенцијски инструмент изводи примену локалног закона из принципа асимилације наведеног у чл. 2 конвенције (док о конфузији између одредаба о правном положају странаца и сукоба закона види у вези са територијалношћу).

3.1. Принцип територијалности

Субјективно ауторско право спада у групу искључивих (апсолутних) права која настају непосредно на основу закона самом чињеницом стварања дела. За разлику од њега, нека субјективна права настају на основу појединачног правног акта надлежног државног органа о признању права (нпр. патент).

Изнета разлика доводи до опште тезе о природи субјективног ауторског права, која ауторско право и право својине ставља у исту категорију. Ова теза се користи као значајан аргумент у оправдавању природноправне теорије о ауторском праву, као праву интелектуалне својине. По њој, ауторско право и право својине могу се сврстати у исту категорију. Сходно томе, када једно лице у одређеној земљи (на основу њених закона) стекне својину на једном аутомобилу, то право морају да уважавају све друге земље, чак и у случају да по њеним законима то право не би могло настати. Примењено на материју ауторског права, то би значило да би једном настали ауторскоправни однос по закону било које државе у свету, требало да буде признат у свим другим државама у обиму и форми које му даје правни систем државе настанка.³⁾

Највећа предност оваквог начина уређивања међународних ауторскоправних односа је што за исти правни однос у целом свету важи јединствен ауторскоправни режим. Ово правило се назива принципом универзалности. Међутим, њега не треба схватити у апсолутном и дословном смислу, као јединствени светски систем ауторскоправне заштите. Треба истаћи, да он не негира постојање различитих националних система заштите, већ само настоји да афирмише правило, односно колизиону норму у склопу националног система сваке државе, на основу које свака држава једнообразно регулише ауторскоправни однос са елементом иностраности.

У стварности, међутим, ситуација је другачија. Идеја универзалности сукобљава се са одређеним тешкоћама, од којих је главна, садржинска и непремостива разлика између ауторскоправних система различитих држава. Из тог разлога, принцип територијалности у ауторском праву, данас, значи примену материјалног права државе тражења заштите, а не државе настанка ауторскоправног односа. Дакле, "седиште" ауторскоправног односа са елементом иностраности представља држава тражења заштите.

Када се разматра питање међународне заштите ауторског права често се говори о аутоматској примени локалног или домаћег закона (*lex fori*). Овакав приступ, који може бити сматран као "један прикладан начин одбијања сукоба закона

3. Neuhaus P., *Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgueterrecht*, ("Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht", 1976, стр. 194-195); Drobing, U., *Originaerer Erwerb und uebertragung von Immaterialgueterrechten* ("Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht", 1976, стр. 197 и даље). Наведено према : Марковић С. : "Ауторско право и сродна права", Београд, 1999, стр. 41.

потпуно претендујући да га поништи у корист закона суда⁴⁾, почива, у ствари, на погрешном тумачењу и конфузији.

Међутим, оно што се могло назвати "тзв. принцип територијалности"⁵⁾, не искључује сукоб закона. Тако, може се слободно рећи да чл. 5.2. БК инспирише територијални приступ, прописујући да "обим заштите и правна средства за заштиту права буду регулисана искључиво по закону земље где је заштита тражена", али то не захтева искључиву примену домаћег закона (*lex fori*). Сасвим је погрешно тумачење да, ако ова одредба упућује на закон земље где је заштита тражена, ту треба видети аутоматско референцирање на закон суда (*lex fori*). Израз "закон земље где је заштита затражена", мора се разумети као закон земље за коју је заштита затражена. Другим речима, под државом тражења заштите не треба разумети државу суда пред којим се поставља одређено питање са елементом иностраности, већ државу на чијој територији је извршена радња чије постојање или непостојање, односно противправност треба утврдити. То резултира да примена ове одредбе о сукобу закона нема за последицу нужну примену локалног закона (*lex fori*), али то ће најчешће бити случај.

Илузија о стриктној примени територијалног закона о ауторском праву резултира, понекад, из једне конфузије између сукоба закона и правног положаја странаца.

Иначе, сама одредба чл. 5.2. на имплицитан начин упућује на домаће право. Ово "скретање" може се објаснити из више разлога. Пре свега, то се приписује постојању принципа да судија може применити у материји ауторског права само свој сопствени закон, тенденцији која, понекад, води судије да примењују домаће право без икаквог образложења.⁶⁾

Затим, прецизирање по коме су у закону земље где је заштита тражена регулисана "правна средства гарантована аутору", ако се задржи ужи појам наведене формулације, инклинира ка мишљењу да је тако означен *lex fori*. Најзад, до нејасноћа долази и због честог поистовећивања појмова "обим заштите" и "правна средства".

БК наводи у свом чл. 5.1. есенцијални принцип асимилације страних аутора са домаћим : "аутори уживају, поводом дела заштићених по БК, у земљама уније изван земље порекла дела, права која закони ових земаља сада признају или ће касније признати својим држављанима, као и права специјално призната овом конвенцијом." Велика је опасност да се из ове нејасне одредбе својствене правима странаца, извуче једна погрешна консеквенца, у смислу сукоба закона, о нужној примени локалног закона. Дакле, он ће се применити само ако тачка везивања дефинисана одредбом о сукобу закона на то упућује.

4. Lucas A. et H. J., "Traité de la propriété littéraire et artistique", Paris, Litec, 1994, p. 784.

5. Koumantos G., "Rapport général au Congrès de l'ALAI de 1996, u Copyright in Cyberspace, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, p. 261.

6. Bergé J. S., "La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc", note 2, n. 292 et. s.

Принцип територијалности је, међутим, знатно шире утицао на одредбе о сукобу закона у материји ауторског права. Тако, упућивање на *lex loci protectionis* установљено у БК, тежи једном усаглашавању националних заштита, које се добро изражава кроз одредбе о сукобу закона и идејом о независним системима заштите.⁷⁾ Оно признаје, међутим, избегавање потпуног клизања ка стриктном територијализму.

Иначе, нема никаквог спора да домаће право (*lex fori*) налази своју традиционалну улогу и примену за питања процедуре, као и за изрицање привремених мера.

3. 2. Примена принципа закона земље заштите (*lex loci protectionis*)

Члан 5.2. БК прописује да закон земље где је заштита тражена одређује " (... обим заштите као и правна средства гарантована аутору за заштиту његових права ...)." Једна доктрина, која је шире прихваћена, тумачи израз чл. 5.2. као упућивање на закон земље у којој је заштита тражена. Као што смо видели у претходној тачци, не постоји ту, дакле, нужна кореспонденција са *lex fori*.⁸⁾ Ова одредба се врло често изједначава са законом места настанка штетног догађаја (*lex loci delicti*).⁹⁾ Ово последње тумачење се, ипак, може редуковати, јер оно, изгледа, ограничава право аутора на негативну употребу (која резултира из повреде права) и игнорише позитивну употребу овог права (одобрена употреба од његовог титулара).¹⁰⁾

Формулација чл. 5.2. представља извесну неодређеност, односно двосмисленост. Ако текст, изгледа, ограничава општи домашај одредбе која упућује на закон земље где је заштита тражена, чињеница да се он појављује у форми енумерације ("обим заштите као и правна средства гарантована аутору"), чији ће исцрпан карактер моћи да буде оспораван, ствара једну несигурност. Актуална доктрина и јуриспруденција се изјашњавају у корист опште примене закона земље заштите, али и другачија тумачења су се, ипак, задржала. Одредба, изгледа, заиста, заокружује целину материје наводећи обим заштите и правна средства, али одсуство у БК дефиниције појма аутора доводи до контроверзи у погледу способности конвенцијских средстава да одреде меродаван закон за разрешење питања изворног носиоца ауторског права.¹¹⁾ Она, дакле, врши, понекад, референцирање на националне одредбе Међународног приватног права које упућују на закон земље порек-

7. Свака држава дефинише одредбе о заштити имајући у виду радње искоришћавања лоциране на њеној територији.

8. Супротно, види Ginsburg J., *Putting cars on the Information Superhighway*, in B. Hugenholtz (éd.), "The future of copyright in a digital environment", Kluwer law international, 1996., p. 218, note 128.

9. Lucas A., "Droit d'auteur et numérique", Paris, Litec, 1998, p. 332; и Schonning P., *Internet and the applicable copyright law : a scandinavian perspective*, "EIPR", 1999, p. 48.

10. Bergé J. S., *La loi applicable à la circulation des oeuvres de l'esprit sur les réseaux numériques: le point de vue d'un juriste français*, Rapport remis au Ministère de la Culture et de la Communication, septembre 1999, nap. 63.

11. Bergé J. S. : op. cit., nap. 34.

ла. Може се, ипак, поставити питање валидности тако извучених закључака о сукобу закона, имајући у виду празнину у материјалном конвенцијском праву.

Према нама, БК даје, ипак, принципијелну надлежност закону земље заштите, док се надлежност закона земље порекла узима у обзир само у посебним случајевима, јасно прецизираним.

3. 3. Улога закона земље порекла (*lex loci originis*)

БК даје надлежност закона земље порекла дела само у прецизираним случајевима, одређујући порекло дела по месту првог објављивања.¹²⁾ Постоји дилема да ли се овај принцип може применити и на постојање права и/или титуларитет (власништво) права. Када се ради о власништву, чл. 14 бис. 2. А, јасно одговара негативно, прописујући да "одређивање титулара права на кинематографском делу је резервисано за законодавство земље где је заштита тражена". Тумачењем а цонтрарио може се извести закључак да у осталим случајевима треба оставити државама порекла да регулишу питање носиоца права.

Што се тиче питања постојања права, теза да само закон земље заштите има начелну склоност да регулише целину питања релевантних за ауторско право је изричито наведена у неким националним законима (нпр. швајцарски, аустријски, италијански), а такође је најчешће прихватана у јуриспруденцији и доктрини.

Међутим, не постоји потпуна сагласност по том питању. Тако, нпр. у грчком закону од 1993. године, постављен је принцип да "ауторско право на објављеним делима је регулисано законом државе где је дело законито било први пут приступачно јавности", прецизирајући да тако утврђен меродаван закон регулише "појам субјекта права, објекта, његовог садржаја, трајања и ограничења права" (чл. 67). И ова солуција има доста присталица у теорији,¹³⁾ у законодавству (нпр. америчком), као и у јуриспруденцији.

Чини се да овај последњи приступ изгледа најкохерентнији. Тешко је објаснити због чега питање примене закона земље порекла ограничити на титулара права. Разумна логика мора водити проширењу солуције на утврђивање постојања оригиналног дела и његовог карактера оригиналности, па и трајања права.

Основна предност примене закона земље порекла дела је што фаворизује дисеминацију дела, обезбеђујући сигурност овлашћених корисника права, који могу врло лако идентификовати титуларе права, знајући да је питање регулисано једном за увек, пре него што дело пређе границе.

С обзиром да БК не дефинише појмове као што су оригиналност и аутор, који су есенцијални у примени материјалних одредаба, таква мањкавост обавезује судије да се позивају на закон земље порекла, да би одредили изворног носиоца ауторског права. Тако, од пресуде касационог суда у афери *Le chant du Monde*,¹⁴⁾ знатан

12. Чл. 2. 7. (дела примењених уметности), чл. 7. 8. (усклађивање рокова), чл. 14 бис. 2 ц (односи између аутора и продуцента кинематографског дела), 14 тер. 2 (право слеђења).

13. Koumantos G., Ginsburg J., Batifol H., Lagarde P.

део француске јуриспруденције сматра да ауторско право мора бити делимично регулисано законом земље порекла.¹⁵⁾ На сличној позицији су и белгијска и холандска јуриспруденција.

Одређивање земље порекла дела варира према томе да ли је дело објављено или не. Према БК (чл. 5.4.) земља порекла је или земља првог објављивања или земља чији је аутор држављанин. Поставља се, такође, питање појма објављивања. БК задржава једно рестриктивно значење појма објављивања, које би се могло квалификовати као издавање: "Под објављеним делима треба разумети дела издата са пристанком њихових аутора, без обзира на начин израде њихових примерака, ако је стављање на располагање ових примерака било такво да задовољава разумне потребе јавности, водећи при том рачуна о природи дела (чл. 3.3.)." Но, без обзира на рестриктивне изразе из БК, националне јуриспруденције задржавају, понекад, критеријум места првог објављивања да би идентификовале државу порекла неког дела. Француска јуриспруденција се изјашњава, генерално, у том смеру. У Белгији судови немају израђен став по том питању, али је доктрина склона тумачењу појма "објављивања" као "представљање јавности" у ширем смислу. Дакле, очигледно да су присутне две различите концепције појма државе порекла дела, на основу чега ће се применити одредбе о сукобу закона својствене извесним земљама или конвенцијске одредбе.

У стварности, сигурност везана за стабилност везивања неће бити предност што државе порекла могу бити лако идентификоване. Позивање на објављивање у смислу чл. 3.3. БК (израда примерка у довољном броју да задовољи разумне потребе јавности), није много задовољавајуће. Ако се главна улога намењена акту објављивања, са гледишта сукоба закона, примењује преко идеје да "закон места порекла ауторског права буде идентификован према месту где је дело први пут стекло једну друштвену димензију, што ће рећи место где је оно први пут "сусрело" јавност"¹⁶⁾, тешко је разумети зашто је просто саопштавање јавности лишено, у том погледу, сваког домета.

Присталице делимичног упућивања на *lex loci originis* су подељене по питању обима надлежности овог закона. Док већи део ове доктрине допушта одређивање изворног носиоца права према земљи порекла дела, неки, пак, заговарају шире прибегивање овом закону, нарочито за сва питања релевантна за искоришћавање (уживање) или егзистенцију права, ова последња будући да су дефинисана преко два основна елемента ауторског права: дело и његов аутор. J. S. Bergé разликује

14. Cass. fr., 22. decembre 1959, Rec Dalloz, 1960, p. 93. У овој афери касациони суд је одбио жалбу против пресуде апелационог суда Париза, који се "обратио" руском закону да би прихватио постојање ауторског права на музичкој композицији совјетских извођача, која је била инкорпорисана, без одобрења, у америчко кинематографско дело искоришћавано у Француској.

15. Види, нарочито, пресуде: CA Paris, 20 septembre 1994, RIDA, 1995, no 164, p. 362; CA Paris, 9 février 1995, RIDA, 1995, no 166, p. 310; Cass. fr., 7 avril 1998, Rev. crit. dr. intern priv, 1999, p. 81.

16. Bergé J. S., "La protection internationale et communautaire du droit hauteur", n. 270.

прерогативе, које се тичу постојања права (услови заштите, гашење права протеком рока, изворни носилац), од оних које се тичу вршења истих права (различите прерогативе ауторског права, ограничења и законске лиценце).¹⁷⁾ Може се, ипак, поставити питање одређивања титулара права која припадају поводом кинематографског дела, за која БК (чл. 14бис.2, А) задржава надлежност закона земље заштите.

Примена принципа закона земље порекла изазваће нарочите проблеме када се има у виду емитовање дела путем интернета. Ако се узме у обзир материјалистичка концепција објављивања из БК, изгледа логичним закључак да се овакво емитовање неће сматрати објављивањем, пошто просто стављање на располагање не конституише изразу примерака. Последице су врло непријатне, јер тада ће се применити лични закон (закон националности аутора) на многобројне случајеве, што доводи до стварања једне непопуларне солуције, назване "најгори случај" ("pis-aller").¹⁸⁾

Решење је у проширивању дефиниције објављивања како би она обухватила и емитовање путем мреже. Али, поставља се питање како локализовати овакву радњу. Место "убризгавања" у мрежу, са којим се често оперише, не нуди задовољавајућу правну сигурност. Још је примамљивије место седишта оператера одговорног за сајт, због структуре интернета. Оставити судијама одређивање земље порекла према околностима случаја искључује сваку предвидљивост. Преостаје пребивалиште или седиште аутора, али солуција није лако применљива у све чешћим случајевима плуралитета аутора.

Примена закона земље порекла поставља и један приговор оштрине. Зашто не применити исти закон за садржину права, као и за њихово трајање или изузетке? Титулар права је неодвојив од њиховог постојања, али и од њиховог садржаја, као што су и морална права неодвојива од имовинских.

Најзад, поставља се питање валидности примене закона земље порекла у дигиталном окружењу. Актуална тенденција почива на постулату да се избор места објављивања "тумачи" као воља аутора да "натурализује" своје дело. Али, ово отпада у мрежном окружењу. Објављивање дела први пут у датој земљи и на датој језику може се тумачити као воља за стварањем одређене везе са том земљом.

3. 4. Примена уговореног закона (lex contractus)

Није спорно да уговорени закон има значајну улогу у материји ауторског права. Штавише, та улога биће капитална у дигиталном окружењу. Када се разматра уговорно искоришћавање ауторског права, треба узети у разматрање, осим закона применљивог на само ауторско право, закон применљив на уговоре који припадају ауторском праву. У том контексту, у принципу, постављају се два питања : одређивање закона применљивог на уговор и поље примене означеног закона.

17. Bergé J. S., op. cit., p. 226-228.

18. Lucas A. et H. J., op. cit. (1994), préc., note 3, n. 980.

Основни извор права по овом питању представља Римска конвенција о закону применљивом на уговорне облигације, од 16. јуна 1980. године - (даље : РК. Међутим, према неким ауторима, одредбе ове конвенције не примењују се на материју уговора из области интелектуалне својине, у мери у којој се ова права сматрају као "не-уговорна".¹⁹⁾ Ми не делимо ово мишљење, јер оно почива на погрешној интерпретацији. Не може се стварати никаква сумња да се РК примењује и на материју уговора у области ауторског права.²⁰⁾

Основни принцип задржан у РК је аутономија воље (чл. 3, § 1). Ако уговорне стране нису одредиле меродавно право за уговор који их везује, РК прописује примену закона места најтешње везе са конкретним уговором (чл. 4, § 1). Следствено томе, следећи параграф прецизира да "уговор представља најтешњу везу са земљом у којој уговорна страна која је дужна извршити карактеристичну престацију, у моменту закључења уговора, има уобичајено пребивалиште или ако се ради о друштву, асоцијацији или другом правном лицу - своје административно седиште." Дакле, РК изражава једну презумпцију у корист закона земље носиоца карактеристичне престације. Међутим, ова презумпција може бити одбачена "када из укупних околности произилази да уговор представља најтешњу везу са неком другом земљом" (чл. 4 § 5). Појам "карактеристичне престације", на жалост, није конвенцијски дефинисан и може поставити проблем у материји уговора који се односе на ауторско право. Тако, под претпоставком да уговор о искоришћавању садржи клаузулу о цесији права, поставља се питање да ли ће се цесија права или искоришћавање сматрати карактеристичном престацијом? Одговор на ово питање је тежак. Р. Iv. Gautier фаворизује један приступ од случаја до случаја, узимајући у разматрање врсту дела и својство сваке од страна.

Што се тиче дела реализованих у оквиру уговора о раду, чл. 6 РК омогућава раднику, упркос избору означеном у уговору, позивање на примену закона земље вршења уобичајених активности или земље запослења.

Одређивање поља примене уговореног закона, без икакве сумње, представља питање чије практичне импликације нису занемарљиве. Чл. 10 РК јасно прецизира поље примене уговореног закона (тумачење уговора, извршавање обавеза, важност уговора). Према неким ауторима, листа из наведеног чл. 10 није лимитативна, узимајући у обзир израз "нарочито".²¹⁾ Европска комисија, уосталом, усваја један врло екстензиван приступ у примени надлежности закона из уговора. Међутим, у сваком случају, примена *lex contractus*-а, мора бити ограничена на уговор и његове циљеве и не може се протегнути на подручје ауторског права. Избор уговореног закона не може, наине, служити за избегавање сукоба закона који се односи на

19. Schokweiler F., "Les conflits de lois et de jurisdiction en droit international privé luxembourgeois", Luxembourg, Editions Paul Bauler, 1996, n. 462.

20. Wadlow C., *Intellectual property and the Rome contracts Convention*, "E.I.P.R.", 1997/1, pp. 11-12.

21. Strowel A. et Triaille J. P., "Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia", Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 390.

ауторско право. Тако, врло смо скептични по питању да закон уговора може регулисати питања својствена ауторском праву, као што је нпр. преносивост (цесибилитет) целокупног или дела ауторског права. Практично, један уговор који садржи цесију права у светским оквирима, биће, дакле, у неку руку "поцепан" у оној мери колико има уговора из оних земаља које пружају заштиту, јер ваљаност операције мора бити посматрана на аутономан начин у свакој земљи искоришћавања.

У крајњој линији и сама РК садржи једну оgradu у погледу уговореног закона, предвиђајући његово одбацивање ако је његова примена "очигледно инкомпатибилна са јавним поретком домаћег права" (чл. 16).

Европска комисија тренутно испитује могућности за ревизију РК на тај начин да се усвоји РК II која би била посвећена "екстра-уговорним" ("ван-уговорним") облигацијама.

4. Анализа и критичка оцена изнетих теза

Делимично прибегавање закону земље земље порекла дела најчешће се правда захтевом за правном сигурношћу. Позивање само на закон земље заштите ризикује значајне проблеме предвидљивости и правне сигурности, јер се титулар права може променити када дело у питању прелази границу.

Аргумент за изнету тезу је на први поглед очаравајући. Међутим, он не одолева анализи из најмање четири разлога.

Идентификовање земље порекла поставља, најпре, проблем с обзиром на врло рестриктивну дефиницију објављивања коју задржава БК (чл. 3.3), што је изгледа тешко отклоњиво. Позивање на главни критеријум везивања који је недовољан или чак неприменљив, не представља никакву значајну предност у смислу правне сигурности.

Исто тако, неприродно је одвојити питања одређивања аутора и његове заштите и потчинити их, у крајњем случају, двома различитим законима.²²⁾

Регулисање носиоца права и њихове заштите по два различита закона може довести до нових проблема због могуће контрадикције између означених закона. Овде још, практични интерес делимичног упућивања на закон земље порекла изгледа неизвесан. Уз то, одређивање питања уређених овим законом је контроверзно, јер не нуди никакву гаранцију у материји предвидљивости. Најзад, раздвајање материје ауторског права на постојање и вршење права може довести до апсурдних солуција.

Аргумент правне сигурности је, дакле, овде једна илузија. Ако упућивање на закон земље порекла за питање оригиналног носиоца права омогућава идентификовање једног јединственог закона, то само у стварности врши премештање правне несигурности имајући у виду горе наведене тешкоће. За неке, позивање на закон земље порекла може само водити "дискриминаторској инкохерентности" из-

22. Lucas A. et H. J. : op. cit (1994) n. 963, p. 791.

међу аутора (једна иста креација моћи ће да буде заштићена или не зависно од територије одређене према националности аутора). Стога, овај аргумент није, дакле, никако одлучан.

Присталице делимичне примене закона земље порекла позивају се подједнако на претходно постојање права пре сваке евентуалне повреде која буде нанета. Али, изгледа да је овај аргумент несагласан са ставом у јуриспруденције у материји личних права. Неспорно је да лична права постоје претходно и независно у односу на сваку повреду која им буде нанета. Дакле, јуриспруденција се изјашњава у корист примене само једног закона места где је штетна радња предузета (*lex loci delicti*).

Са своје стране, теза о примени закона земље заштите за сва права (питања) не ствара тако велику несигурност као што се обично мисли. Пре свега, треба се чувати преувеличавања различитости између националних права, које нису баш толике. Даље, теорија стечених права која је у прошлости изричито навођена за правдање прибегавања закону земље порекла, може, у одсуству избора меродавног права, кориговати ефекте. Ипак, нема сумње да се не могу применити солуције из материје "мобилог сукоба закона" ("*conflicts mobiles*"), јер телесне ствари физички прелазе границе, док са интелектуалним добрима ствари стоје посве другачије.

Ако општа примена закона земље заштите може створити практичну неприлику за корисника који жели искоришћавати своје дело на више територија, ова одредба о сукобу закона ствара и једну предност истом лицу. Доиста, корисник зна да употреба једног дела на датој територији биће регулисана само једним законом, што ће му дати извесну предвидљивост. Насупрот томе, делимично упућивање на закон земље порекла захтеваће од корисника један деликатан корак истраживања и разумевања страног права.

5. Изузеци од закона означеног путем одредбе о сукобу закона

Надлежни судија у парници која садржи елементе иностраности, мора себи, најпре, поставити питање меродавног закона да би решио спор. У том смислу, он има обавезу да размотри могућу примену два механизма везана за међународни јавни поредак : прибегавање законима о јавном реду и миру (унутрашњем јавном поретку) и примену изузетака од међународног јавног поретка.²³⁾

У сваком случају, судија мора, пре разматрања проблематике сукоба закона, истражити да ли у домаћем праву постоји закон о јавном реду и миру – унутрашњи јавни поредак,²⁴⁾ који је применљив на ситуацију у питању. Ако је то случај, његов

23. Примена права странаца, може подједнако, бити одбачена када елемент туђинства (тачка везивања) који има за последицу његову примену је неприродан (нпр. у случају изигравања закона).

24. Закони о јавном реду и миру су прописи чије придржавање је неопходно за заштиту политичког, друштвеног или економског уређења земље.

поступак према страном праву ту ће се завршити и он ће бити ослобођен обавезе решавања сукоба закона. У материји ауторског права, јуриспруденција у афери Huston²⁵⁾ је дала значајан пример ових механизма заштите домаћег права. Касациони суд²⁶⁾ је укинуо одлуку другог степена са образложењем да "одредбе које се односе на морално право су део императивних прописа". Он је одлучио да ће се француски закон применити за одређивање титулара моралних права, као и за заштиту права на патернитет и интегритет дела, упркос одредбама америчког закона (које су на другачији начин регулисале предметну материју), чија примена је била уговорена између уговорних страна. Оваква пресуда значи јасно одбијање економске концепције ауторског права у корист француске концепције, која је више персоналистичка. Међутим, ако је став француског касационог суда у суштини одбрањив, мотивација оваквог решења намеће више питања.

Прибегавање механизму примене закона о јавном реду и миру значи недовољно поштовање страних закона и мора постојати као изузетак. У суштини, суд је могао доћи до истог резултата примењујући изузетак од међународног јавног поретка. Доиста, изгледа да је тешко раздвојити законодавство о ауторском праву, сматрајући да само одредбе које се тичу моралних права аутора морају бити сматране као закони о јавном реду и миру – унутрашњи јавни поредак.

Уосталом, када је судија једном одредио меродавно право избегавањем одредаба о сукобу закона, он има још могућност одбацивања одредаба о праву странаца, кад констатује контрадикторност решења у страном праву и фундаменталних принципа домаћег права.²⁷⁾ Механизам делује овде накнадно у односу на разрешавање сукоба закона.

Прибегавање механизму изузетка од међународног јавног поретка омогућава одбацивање страног права означеног преко одредбе о сукобу закона, када овај закон води солуцији супротној фундаменталним принципима ауторског права суда (*lex fori*). У оквиру афере Huston било је могуће добити потврду француске концепције моралног права, користећи овај механизам, што је по нама било врло оштроумно. Доиста, ова техника почива на анализи од случаја до случаја, што омогућава остваривање поступног приближавања концепција ауторског права.

25. Радило се о спору пред француским судом између тужиоца (француских држављана) и туженог (америчког продуцента), поводом повреде моралних права на кинематографском делу. Види : TGI Paris, 23. nov. 1988, RIDA, 1989, n. 139, p. 205; CA Paris, 6 juillet 1989, RIDA, 1990, n. 143, pp.334 et 335; CA Versailles, 19 decembre 1994, RIDA, 1995, n. 164, p. 389.

26. Cass. fr., 28 mai 1991, RIDA, 1991, n. 149, p. 197.

27. Према Mayer P. : *op. cit.*, n. 200, јавни поредак испуњава троструку функцију : заштита природног права, заштита политичких и друштвених темеља домаће државе и заштита одређене законодавне политике.

6. Интернет – Пандорина кутија

6. 1. Постављање проблема

Појавом интернета питање меродавног права у области ауторског права, добија знатно шире и сложеније димензије и конотације. Ово, нарочито, ако се имају у виду специфичан карактер у природи и начину употребе ауторских дела у дигиталној форми, као и техничке тешкоће у утврђивању релевантних елемената за примену права.

6. 2. Примена закона земље заштите и локализовање дигиталне трансмисије

Ако се узме у разматрање само закон земље заштите, критеријум за одређивање меродавног закона је онај о локализовању радње искоришћавања. У контексту интернета релевантна чињеница је радња дигиталне трансмисије. Постоје две тезе у вези са локализовањем радње дигиталне трансмисије преко интернета: лоцирање радње у држави емисије и лоцирање у држави пријема.

Ако прва теза представља предност у виду јединственог акта трансмисије, она испољава бојазан у погледу делокализације активности према државама са слабом заштитом ауторског права.²⁸⁾ Чини се, наиме, да ова солуција не може бити задржана без истовремене хармонизације законодавстава. Неки допуштају, међутим, да одредба чл. 5. 2 БК претпоставља да је аутор у стању да врши своје право ауторизације, што ће имати за последицу да ће закон земље емисије моћи, у крајњем случају, да буде одбачен у корист закона земље пријема, ако прва не признаје аутору право на ауторизацију трансмисије.²⁹⁾

Још фундаменталније, идентификовање тачке емисије једне дигиталне трансмисије је технички врло тешко остварити. Локализација радње, вероватно је могућа за Web сајтове смештене под именима "националних" домена³⁰⁾, у мери у којој већина органа за регистровање захтева најтешњу везу са националном територијом у питању. Али, потрошач дела неће никада добити апсолутну извесност у погледу локализовања почетног емитовања. Истина, ако се за регистровање једног назива "националног" домена захтева, од стране тражиоца, веза са националном територијом у питању, ништа не гарантује да ће сервер тражиоца бити локализован у овим земљама.³¹⁾ Што се тиче садржаја смештених у генеричким доме-

28. Schonning P. : op. cit., p. 48.

29. Kerever A. : *Propriété intellectuelle – la détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, Bull. dr. auteur, 1996., p. 20.

30. Ради се о ознакама домена које садрже суфиксе : ".Yu", ".Fr", ".De", ".Be" и тд.

31. Тако нпр., биће могуће да сервер који смешта информације под ознаком домена *coca-cola.be* буде локализован у САД-у. Доиста, компанија Coca-Cola која располаже филијалом у Белгији и задржава право на жиг "Coca-Cola" за територију Белгије, моћи ће према одредбама белгијског закона добити регистровање ознаке имена домена "coca-cola.be", али ова ознака домена моћи ће да буде везана за неку IP адресу која одговара неком серверу локализованом у другим земљама.

нима (типа : ".com", ".org", ".edu"), потрошач не располаже никаквим индицијама о географској локализацији, пошто генерички домени не кореспондирају ни једној држави ни територији, па се не може ни говорити о било каквој извесности у том смислу.

Кориснички системи персоналних компјутера, подразумевају једно помоћно средство за потрошаче у идентификовању порекла једне дигиталне трансмисије. У том циљу постоји једно упутство које омогућава добијање листе главних рутера преко којих транзитирају информације трансмитоване преко интернета. Међутим, и ово средство, које је уз то недовољно познато потрошачима, омогућава само једну врло апроксимативну локализацију, у мери у којој непрекидан траг није географски више никако могуће потпуно локализовати, од тренутка када информација прелази на рутере смештене под генеричким ознакама домена.

Потрошач може, подједнако, покушати да локализује почетни сервер трансмисије преко своје IP адресе, али овај релативно мукотрпан корак не доноси предност у погледу апсолутне извесности.

Најзад, врло раширено коришћење технике хиперлинкова (и врло специфицираних техника *inlining* и *framing*), може да доведе корисника до грешке у оној мери у којој једна Web страница може садржати елементе позване са друге странице, која може бити лоцирана на неком другом серверу у некој другој земљи.

Теза о локализацији у земљама пријема нам се чини прихватљивијом, јер емитовање на интернету одговара искоришћавању односног дела у различитим земљама пријема. Ова солуција, међутим, носи значајне практичне проблеме са гледишта корисника заштићених дела, јер им ставља у обавезу узимање у обзир знатног броја законодавстава, што може очигледно представљати кочницу у искоришћавању ауторских дела преко интернета.

7. Југословенско право

Југословенски Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима,³²⁾ посвећује одређену пажњу и проблемима ауторскоправних односа. У том смислу, најпре постоји одредба која уређује питање уговора (па у склопу тога и ауторскоправних). У чл. 19 наведеног закона прописано је да је за уговоре меродавно оно право које су изабрале уговорне стране, ако овим законом или међународним уговором није другачије одређено. Дакле, основни принцип путем кога се одређује меродавно право за закључивање уговора са елементом иностраности представља аутономија воље уговорних страна. Међутим, у одсуству аутономије воље у дејство ступају колизионе норме. Следствено томе, меродавно право се утврђује помоћу супсидијарних тачака везивања према следећем редоследу :

- a) *lex loci contractus* (закон места закључења уговора);

32. Закон је објављен у "Сл. листу СФРЈ" бр. 43/82.

- б) *lex loci solutionis* (закон места испуњења, односно извршења уговора);
- в) домицил дужника карактеристичне престације;
- г) принцип најтешње повезаности, односно најближе везе; и
- д) комбинација претходног и неке непосредне везујуће тачке везивања.

У чл. 20 ст. 1 т. 14 прописано је да уколико није изабрано меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на друго право, за уговоре о ауторском праву примениће се право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште аутора (карактеристична престација аутора).

Што се тиче вануговорне одговорности за штету (што је у пракси веома чест случај у вези са ауторским правом), ако за поједине случајеве није другачије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеног (чл. 28 ст. 1). У вези са противправношћу радње меродавно је право места где је радња извршена или право места 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 (чл. 28 ст. 3).

Анализом наведених одредаба можемо закључити да Југославија има сасвим солидно законодавство у области међународног приватног права, у делу који се односи на ауторско право.

8. Предлози алтернативних солуција

Ако усвајање специфичних одредаба за интернет не наилази на општу подршку, онда је свакако неизбежна једна глобална реформа механизма сукоба закона у материји ауторског права. Имајући у виду политичке тешкоће инхерентне реформи овог механизма на нивоу W. I. P. O., J. S. Bergé предлаже реформу на европском нивоу. Он заговара двоструко везивање : главно везивање базирано на локализовању сервера који смешта сајт где је дело било први пут стављено на располагање јавности у оквиру ЕУ и једно супсидијарно везивање за државе чланице ЕУ, које су државе порекла у смислу БК, под претпоставком да први критеријум везивања означава државу која није чланица ЕУ.³³⁾

Изнети предлог показује, међутим, више слабости. Тако, поставља се, најпре, проблем опортунитета, јер додавањем једног супсидијарног нивоа одредби о сукобу закона постојеће одредбе добијају недостатак у облику евидентног мањка јасноће. Још суштинскије, практични интерес предложене солуције изгледа, исто тако, још више хипотетичан, јер, с једне стране, идентификовање порекла дигиталне трансмисије је технички врло тешко, а с друге стране, конвенцијска дефиниција земље порекла поставља проблем, нарочито у дигиталном окружењу. Свестан тога, аутор предлаже још општију и радикалнију реформу механизма сукоба закона у којој би још значајнија улога била додељена закону земље порекла : надлеж-

33. Bergé J. S. : *op. cit.*, п. 70.

ност закона земље порекла за аспекте везане за постојање ауторског права (заштићено дело, изворни носилац, трајање права), надлежност закона земље заштите за модалитете вршења права (садржина прерогатива ауторског права и услови примене). У том контексту, аутор предлога сугерише редефиницију појма државе порекла дела према критеријумима личног везивања (уобичајено пребивалиште) и генерализовано упућивање на државу емисије, што се тиче дефиниције државе заштите.

Да би ублажио негативне реперкусије једног таквог приступа за кориснике дела, аутор инсистира на једном још значајнијем приближавању различитих националних законодавстава.

Што се тиче критеријума везивања личног типа, потрошачима дела се нужно поставља проблем предвидљивости. Ту, пре свега, постоји тешкоћа у локализовању аутора. Најзад, под претпоставком мењања пребивалишта аутора или седишта његових активности, поставља се питање које место привилеговати у хронолошком низу : место везано за моменат првог објављивања, моменат установљавања повреде права или моменат подношења тужбе? J. Ginsburg сматра да за одређивање закона меродавног за повреду права, треба узети у обзир три нивоа везивања. Као прво, меродаван закон биће одређен локализовањем сервера који смешта спорну информацију. У недостатку задовољавајуће заштите ауторског права у овој земљи, као критеријум везивања узмеће се пребивалиште или место уобичајених активности корисника спорног Web сајта. Најзад, у случају недовољности овог другог закона биће примењен *lex fori* (домаће право).

Ми подржавамо приступ A. Lucas-a, који се састоји у ексклузивном везивању за закон земље заштите. Главни приговор против ове солуције, правна сигурност, који иде у корист закона земље порекла, не стоји из више разлога. Ово нарочито ако се имају у виду техничке и правне несигурности у вези са идентификовањем земље порекла дела, проблеми усаглашавања различитих потенцијално применљивих законодавстава, као и поштовања кохерентности законодавстава. Осим тога, према Lucas-у теорија стечених права мораће да омогући пуно гарантовање правне сигурности. Доиста, да би се утврдило да ли су права на која се неко позива ваљано стечена, судећи суд мораће по одредбама сукоба закона суда (*lex fori*), претходно идентификовати право меродавно за пресуђивање њиховог уредног стицања. Поштовање стечених права неће, дакле, поставити посебан проблем сукоба закона у мери у којој ће бити прецизиран разлог његове примене. Једино под овом резервом, која не доводи суштински у питање аргументацију M. Lucas-a, ми пристајемо на његову анализу која одбија примену закона земље порекла у корист само закона земље заштите.

Што се тиче адекватности ове теорије у контексту интернета, овај аутор инспириран јуриспруденцијом Суда правде ЕУ, заговара кумулативну примену закона земље емисије (накнада целокупне штете) и државе пријема (накнада само локалне штете). Да би избегао практичне тешкоће везане за дистрибутивну (раздељену) примену различитих закона пријема, аутор сугерише упућивање на закон

земље где титулар повређеног права има своје пребивалиште, под условом да је емитер био у могућности да разумно предвиди настанак штете у државама пријема. Сагласност предложених солуција са диспозицијом чл. 5.2. БК не изгледа нам, међутим, очигледна. Сем тога, такве солуције захтевају претходну хармонизацију националних законодавстава, под претњом делокализације активности стављања on-line према државама слабе заштите ауторског права.

Предлози су, једнако, били формулисани и у области идентификовања земље заштите. Она се, тако, одређивала путем локализовања акта дигиталне трансмисије према месту где је смештен сервер на коме је дело стављено on-line. Али, осим ризика од делокализовања радње стављања on-line, у земљама слабе заштите ауторског права, ова солуција се судара са практичном препреком у мери у којој потрошачи не располажу техничким средствима која им омогућавају лако и поуздано локализовање тачке емисије једне дигиталне трансмисије.

На крају, практичне тешкоће везане за потенцијалну примену свих закона планете не могу свакако бити разрешене простом игром кроз једну одредбу о сукобу закона. У сваком случају, да би се олакшао посао свим субјектима који су на било који начин укључени у искоришћавање ауторских дела (ауторима, корисницима и крајњим потрошачима), треба ићи ка већој хармонизацији материјалног права, која се мора вршити поступно и врло пажљиво.