

др *Ненад* ГАВРИЛОВИЋ  
асистент Правног факултета „Јустинијан Први“ Универзитета  
„Св. Кирило и Методије“ у Скопљу

## ФЕР УПОТРЕБА МУЗИЧКИХ ДЕЛА, ОБИМ АУТОРСКОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ И НОВИ ЛЕГИСЛАТИВНИ РАЗВОЈИ

### Резиме

У чланку разгледамо обим ауторскоправне заштите, имајући у виду адекватну идеолошку основу ауторског права. При том, износимо став да је идеологија ауторског права суистанцијално повезана са културом, иако да културна размена искуства мора бити идеолошки детерминиран фактор обима овлашћења носиоца ауторског права. У жељи да излагање учинимо практичнијим, наводимо случај јавног саопштавања изв. *tribute covers* преко глобалне рачунарске мреже. Преко утврђивања да ли овакве обраде представљају повреду овлашћења носиоца ауторског права, износимо концепт фер употребе, правећи паралеле између ауторског права САД и ауторског права Европске уније. Ову анализу стављамо у контекст одговорности супружца услуга информационе друштва, имајући у виду и нове легислативне развоје, као што је АСТА. Коначно, изводимо закључак да је европском ауторском праву, и ауторском праву уопште, један генералан концепт фер употребе, имајући у виду идеолошке основе обима ауторскоправне заштите.

**Кључне речи:** фер употреба, култура, *tribute covers*, YouTube, музичка дела, ауторско право.

„...Крајицом у рај никад сџић’,  
Овако цијејџен џрошџив ријејџких инфекџија...“

Горан Бреговић (Бијело дугме), Пјесма мом млађем брату  
(из Ниша у прољеће ‘78), *Доживјејџи сџошџу*, Загреб: Југотон, 1980

## I Неколико речи о обиму ауторскоправне заштите

Право интелектуалне својине је џомало субверзивно. Ово из разлога што право интелектуалне својине поседује специфичности које озбиљно доводе у питање кулџурну слободу човека и грађанина и *расџоделу корисџи из економској развоја*. Као свака правна област, право интелектуалне својине подразумева џосџојање џошџребе за лејслашџивну инџтервенџију. Наиме, бар у џривајном џраву, уређивање правних односа је остављено учесницима џрометџа. Одатле, доминантна је примена џринџиџа џривајне ауџономије, па законодавац интервенише само када неки такође фундаментални принципи, као што су џошџење и савесност, једнакост или џравичност, захтевају постављање џраница принципу приватне аутономије. Са друге стране, када је реч о *врсџи и садржају субјекџивних џрава*, онда је законодавна интервенџија дирекџнија.

Наиме, за разлику од ситуација џрометџа, каде принцип приватне аутономије долази до највећег могућег израза, а законодавна интервенџија се ограничава на подручјима када се озбиљно доводи у питање остваривање неких других правних принципа, ситуација када законодавац *доделује или џризнаје* постојање одређеног субјективног права одражавају *већу џошџребу* државне интервенџије. Права интелектуалне својине, као *субјекџивна џрава*, се састоје од опредељених (искључивих или не) овлашћења. Као и стварна права, права интелектуалне својине подложе *numerus clausus* приступу, па се *врсџе и садржина* субјективних права интелектуалне својине одређује законом. Ово најчешће из два разлога. Први је у интересу субјеката који извлаче користи из џосџојања субјективних права интелектуалне својине, док је други у интересу субјеката који, познајући обим овлашћење носилаца права интелектуалне својине, могу да одлуче о свом понашању ка *објекџима* заштите.<sup>1</sup>

Мора се знати, другим речима *ко шџа може чиниџи у односу на објекџ зашџиџије*. Пошто се правни односи врста *друшџивених* одно-

1 Cf. Adam D. Moore, *Intellectual Property and Information Control: Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, New Brunswick, NJ and London: Transaction Publishers, 2001, стр. 181 *et seq.*

са, овлашћења носиоца субјективног права никада нису *неограничена*. Као и код стварноправне својине, интелектуална својина поседује своје *границе*.<sup>2</sup> Питање је, дакле, не само шта носилац може да чини у односу на релевантни објекат заштите, него и шта други субјекти могу да чине у односу на исти тај објекат. Апсолутно неограничена и искључива садржина субјективног права интелектуалне својине би, иначе, осујетила *идеју њравне заштитије одређених немањеријалних добара*. Свака правна регулатива, наиме, мора бити базирана на некој *идеологији*, док је ова потоња детерминирана *друштвено-економским односима*. Кад је реч о праву интелектуалне својине, *идеолошке дискусије су неизбежне*.<sup>3</sup> У *њраву*, идеологија заштите се изражава кроз одређене *њравне њринције*.

Принципи права интелектуалне својине свакако почивају на идеологији која подразумева да *немањеријална добра морају уживати заштитију од ометања са створене њрећих лица*. По*њреба* државне интервенције, мислећи на *законодавну интервенцију*, одатле постоји да би формулисањем и применом *њравних њравила* постојао ефикасни систем остварења овакве идеологије. Али ово и даље не даје одговор на питање *заштио* постоји потреба овакве идеологије, пошто и свака идеја представља део неке шире или уже идеологије, зависно од угла посматрања, да би се коначно дошло до актуелних друштвено-економских односа који, у једном *дијалектичком сјоју са идеологијом*, дају крајњу формулацију и примену правних правила. Само је право интелектуалне својине, пак, исувише широка правна област да би се могао идентификовати један савршено функционални идеолошки систем имплементиран кроз одређене правне принципе и, свакако, кроз одређена правна правила.

*Ауњорско њраво*, чини се, захтева темељнију друштвени елаборацију. Наиме, код *њрава индусњријске својине* постоји једна јасна линија усмереност ка *економском развоју*. Ово је можда очигледније код патената и топографија, али није толико неприменљиво ни код дизајна, жигова и заштите географских назива. Код *сродних њрава* изгледа да постоји слична линија резонирања али је она, бар по нама, неприменљива на ауторско право. Правна заштита *ауњорских дела*, ма колика била улога ове заштита у смеру економског развоја,<sup>4</sup> ипак има знатније више

2 Cf. Jane C. Ginsburg, „From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law“, у: Hugh Hansen (уредник), *U.S. Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2006, стр. 39 *et sqq.*

3 Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, NY and London: New York University Press, 2001, стр. 153 *et sqq.*

4 Ivan L. Pitt, *Economic Analysis of Music Copyright: Income, Media and Performances*, New York, NY: Springer, 2010, стр. 65 *et sqq.*

веза са културом и слободом изражавања.<sup>5</sup> Ауторско дело, начелно, не мора имати уметничку вредности али подразумева постојање заједнице појединаца који изражавајући своји индивидуалности остављају свој печат на културне стубове цивилизације. Баш због тога, идеологија правне заштите објеката ауторског права више зависи од културе и њених белега него од економске активности.

Одатле и *појреб*а да се већи акценат стави на *оно што могу чинити према* лица, пошто се начелно *ујврди* *што може чинити носилац заштите*.<sup>6</sup> Одговор на ово питање се чини једноставнијим код права индустријске својине јер, нпр., када законодавац уређује да носилац жига не може да забрани другом лицу да под истим или сличним знаком ставља у промет своју робу а тај знак представља његову фирму, онда је очигледно детерминиран *економским* разлозима. Наравно, *шири друштвени* разлози имају своје место и код права индустријске својине какав је, нпр., случај забране патентирања проналазака који се односе на хируршке или дијагностичке поступке или поступке лечења који се примењују непосредно на људском или животињском телу. Ипак, правна су правила више фокусирана на *овлашћења носиоца* него на потребе трећих лица и заједнице уопште.<sup>7</sup>

Док су *приговори* обиму заштите права индустријске својине, *бар* законски посматрано, мање или више *инцидентни*, код ауторскоправне заштите постоји, *бар* идеолошки посматрано, потреба *систематске интвенције* у обим заштите. Јасно је да умесни законодавац, када формулише правна правила о обиму заштите појединих нематеријалних добра, увек *паралелно* цени и потребе *носиоца*, и потребе трећих појединаца и потребе *заједнице*. Законодавни продукти, међутим, не откривају увек да је се законодавац, било домаћи било међународни, води овом приступом. Дакако, изгледа да се најпре поставља питање шта се *према* признати носиоцу па тек онда где се *мора* уступити трећим појединцима и заједници. Непосредни закључак овог приступа је да *не постоји систематска идеолошка позадина* при утврђивању обима ауторскоправне заштите.

Улога *међународне* регулативе је нарочито значајна када је реч о законодавном приступи у области права интелектуалне својине, јер домаћи

5 Cf. Graham Dutfield, Uma Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2008, стр. 291 *et seq.*

6 Упореди са ставовима: Wendy J. Gordon, „Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors“, *Columbia Law Review*, Vol. 82, No. 8/1982, стр. 1600 *et seq.*; Paul Goldstein, „Fair Use in a Changing World“, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, бр. 50, 2002–2003, стр. 133 *et seq.*

7 Gluseppina D'Agostino, „Healing Fair Dealing: A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use“, *McGill Law Journal*, Vol. 53, No. 2/2008, стр. 312 *et seq.*

законодавац увек стреми ка имплементацији одређених *међународних стандарда и правила*. Право интелектуалне својине, наиме, је једна од правних области која подлеже *високом степену међународној правне хармонизације*. Не може се са сигурношћу рећи да ова правна област подлеже *највећем* степену хармонизације али, кад је реч о *субјективним правима*, ово је свакако случај. Домаћи законодавац, због тога, има ограничени простор за маневар. Наравно, држава сама одлучује дали ће прихватити одређени међународни инструмент или не. Ипак, ова одлука је више *политичко* него правно питање. Битно је подвући, одатле, да национална законодавна интервенција у области права интелектуалне својине претежно зависи од *међународних токова*.

Идеологија права интелектуалне својине, имајући у виду овакво стање ствари, помера угао посматрања на *обим ауторској правне заштите*, а својевремено је наглашавано да *присвојити ауторској права не сме бити изолирајући*.<sup>8</sup> Употреба ауторских дела није, *по правилу*, слободна. Напротив, ова употреба потпада под (најчешће) искључивим овлашћењима носиоца права а права и интереси заједнице и трећих лица имају своју примену у границама које уреди (најчешће међународни) законодавац.<sup>9</sup> Обим ауторскоправне заштите је *широко остављен*, тако да покрива највећи могући број употреба ауторског дела. Права и правно заштићени интереси трећих лица и заједнице су формулисани као *ограничења и изузеци* који се имају применити у *законски уређеним ситуацијама*. У суштини, како смо споменули, ово није једино ствар законодавног приступа него и *идеологије права интелектуалне својине*.

Наша идеја је да покажемо *механизам функционисања* оваквог приступа, имајући у виду *музичка дела* као објекат заштите. Избор музичких дела је, мање више, *инцидентан*, желећи да наше излагање учинимо практичнијим. Не желимо, дакле, тврдити да код музичких дела постоје нека посебна правила него их једино узимамо *као пример*, како би се потрудили да покажемо да актуелна *правила* ауторскоправне заштите не одговарају *идеологији* по којој би, бар по нама, ауторско право требало бити изграђено. Да би утврдили шта може чинити носилац права, полазимо од онога шта могу чинити трећа лица, јер ово одговара нашем схватању о ономе како би требао да изгледа обим ауторскоправне заштите. При том, када говоримо о *правима и правно заштићеним интересима трећих лица*, полазимо од концепта тзв. *фер употребе ау-*

8 Cf. Lionel Bently, Robert Burrell, „Copyright and the Information Society in Europe: A Matter of Timing as Well as Content“, *Common Market Law Review*, Vol. 34, No. 5/1997, стр. 1219 *et seq.*

9 Marie-Christine Janssens, „The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation“, у: Estelle Derclaye (уп.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2009, стр. 317 *et seq.*

торских дела над којима одређени субјекат има ауторско право. Свесно, дакле, не говоримо о *искоришћавању* ауторског дела него о *ујошреби* која се, под одређеним условима, може квалификовати као *ојравдана*.

## II Шта је то фер употреба?

Појам *фер ујошреба* има *јенеричко* значење, подразумевајући да трећа лица могу употребити ауторско дело над којем друго лице има ауторско право уколико се, у очима правног поретка, ова употреба сматра *ојравданом*. Сама терминологија фер употребе показује да је реч о *ојраничењима и изузецима у односу на аушорскојравну зашћићу*, када трећа лица могу приступити употреби ауторског дела а да се њихове радње *не смајтрају јовредом*. Чистом *јравном* терминологијом, ово значи да радње трећих лица *нису јројивјравне* па следствено отпада *ојшћић услов одјоворностћи* за повреду ауторског права. Фер употреба, као *инсћићићућ* ауторског права, зависи од *законодавној јрисућу* при опредељивању њене примене. Генерално, фер употреба има свој *мејународнојравни* корен у чл. 9(2) Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела из 1886 године.<sup>10</sup>

Наведена одредба чл. 9(2) је уведена ревизијом БК из 1967. године у Стокхолму<sup>11</sup> када је, поред изричитог признавања права на репродукцију, предвиђено да је *законодавсћивима земаља Уније осћављено јраво да дојусте рејродукицију дела у извесним јосебним случајевима, јод условом да ово рејродуковање не иде на шћићу редовној коришћења дела и да не наноси неојравдану шћићу законитћим инћересима аушора*. Тако је уведен тзв. *шестћ у шћри корака*.<sup>12</sup> Оваква формулација је касније усвојена, као *ојшћића*, и у чл. 13 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине,<sup>13</sup> у чл. 10(1) Уговора СОИС о ауторском праву<sup>14</sup> и у чл. 16(2) Уговора СОИС о интерпретацијама и фонограмима.<sup>15</sup>

10 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, as completed at Paris on May 4, 1896, revised at Berlin on November 13, 1908, completed at Berne on March 20, 1914, revised at Rome on June 2, 1928, at Brussels on June 26, 1948, at Stockholm on July 14, 1967, and at Paris on July 24, 1971, and amended on September 28, 1979 (даље: БК).

11 Cf. Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, стр. 127.

12 Paul Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, New York, NY: Oxford University Press, 2001, стр. 294 *et seq.*

13 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994 (даље: TRIPS Споразум).

14 WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996 (даље: СОИС УАП).

15 WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996 (даље: СОИС УИФ).

Када је реч о ауторском праву Европске уније, оваква формулација се може срести у чл. 6(3) Директиве 96/9/ЕЗ Европског Парламента и Савета од 11 марта 1996 о правној заштити база података,<sup>16</sup> у чл. 5(5) Директиве 2001/29/ЕЗ Европског Парламента и Савета од 22 маја 2001 о хармонизацију одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву<sup>17</sup> и у чл. 6(3) Директиве 2009/24/ЕЗ Европског Парламента и Савета од 23 априла 2009 о правној заштити рачунарских програма.<sup>18</sup> Наведени тест, како се види, је усвојен и као *успостављени принцип* европског ауторског права. Ипак, право ЕУ поседује извесне специфичности које су последица тенденције европског права да се *ограничења и изузеци изричито уреде правним прописом*, у смислу да генерална формулација остаје као водиља суда при утврђивању дали је нека употреба оправдана или не, али су *случајеви* фер употребе ипак одређени правним прописом.

Овим се приступом концепт фер употребе прихваћен у европском праву удаљава од *генерално* формулисаног концепта фер употребе у *праву САД*. Наиме, концепт фер употребе, који је претходно постојао једино као *common law* концепт, је кодификован у § 107 Закона о ауторском праву САД,<sup>19</sup> где се начелно предвиђа да фер употреба ауторског дела, укључујући употребу путем репродукције у копијама или звучним записима или било којим другим средствима, у циљевима као што су критика, коментирање, извештавање јавности, настава (укључујући број копија за предавања), наука или истраживање, не представља повреду ауторског права. При утврђивању дали употреба дела у поједином случају представља фер употребу, фактори који се имају узети у обзир укључују: (1) сврху и карактер употребе, укључујући дали је употреба комерцијалне природе или за непрофитне образовне сврхе; (2) природу ауторског дела; (3) обим и битност карактера употребљених делова у односу на целину ауторског дела; и (4) ефекат употребе по потенцијалном тржишту или вредности ауторског дела. Коначно, чињеница да дело није објављено, сама по себи, не спречава налаз да је употреба фер ако је овакав налаз последица процене свих наведених фактора.

16 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77*, 27.3.1996, стр. 20–28 (даље: Директива 96/9/ЕЗ).

17 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L 167*, 22.6.2001, стр. 10–19, corrigendum (*OJ L 6*, 10.1.2002, стр. 70) (даље: Директива 2001/29/ЕЗ).

18 Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance), *OJ L 111*, 5.5.2009, стр. 16–22 (даље: Директива 2009/24/ЕЗ).

19 Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. (даље: Copyright Act 1976).

Оваква одредба је у наредним одељцима разрађена за *йосебне случајеве*, тако да му нећемо ићи даље. Споменули би једнино да кодификација доктрине фер употребе *није исцрпна*, така да судије *моју узети у обзир и друге факторе*. Из ових разлога, приговор фер употребе остаје као *јенерални йријовор* трећег лица. У праву Уједињеног Краљевства постоји *ресйриктивнија* формулација фер употребе концепта. Тако, Закон о ауторском праву, дизајнима и патентима,<sup>20</sup> у одредбама садржаним у ss. 29 и 30, уређује ситуације које се по овом закону сматрају фер употребом. Ово си ситуације односе на истраживање, приватно усавршавање, критику, преглед или обавештавање јавности.<sup>21</sup> CDPA 1988, иначе, уређује и друге ситуације које се сматрају ограничењем ауторском права тако да, у законски уређеном случају, постоји законски заснован приговор да до повреде ауторског права није дошло.

Приступ САД и Уједињеног Краљевства, како смо споменули, се *значајно разликује* од приступа европског ауторског права. Кад је реч о Уједињеном Краљевству, међутим, приступ је наравно ближи ономе који влада у европском ауторском праву, из једноставног разлога што је донесена Директива 2001/29/ЕЗ. Наведена Директива, *јенерално*, покрива ауторско право и сродна права али не утиче на *йосебна йравила* која се односе на базе података (Директива 96/9/ЕЗ) и на рачунарске програме (Директива 2009/24/ЕЗ), како што и не утиче на друге *директивне* које покривају област ауторског права и сродних права. Поред осталих правила Директиве, остављајући за сада по страни право чињење дела доступним јавности жичним или бежичним путем на начин који омогућује појединцу индивидуални приступ делу са места и у време које он одабере (чл. 3), у чл. 5 се уводи *дейљална лисйа ойраничења и изузетјака*.

Одредбе Директиве 2001/29/ЕЗ, у принципу, теже ка хармонизацији система ограничења и изузетака у земљама чланица Европске уније на начин што се уводи *лисйа* ограничења и изузетака који се *моју* предвидети у националним законодавствима. Ограничења и изузеци коју се предвиђени у чл. 5 Директиве 2001/29/ЕЗ су, са изузетком чл. 5(1) Директиве 2001/29/ЕЗ који се односи на времену репродукцију, *оициони*.<sup>22</sup> Ипак, ако земља чланица Уније одлучи да уведе извесна ограничења или изузетке, то морају бити они које познаје Директива.<sup>23</sup> У чл. 5(2) Дирек-

20 Copyright, Designs and Patents Act 1988, с. 48 (даље: CDPA 1988).

21 Детаљније код: Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, стр. 192 *et sqq.*

22 Catherine Seville, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2009, стр. 53 *et sqq.*

23 Gustavo Ghidini, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2010, стр. 110 *et sqq.*



тиве 2001/29/ЕЗ су уређена ограничења и изузеци која се односе на *право репродукције*, у чл. 5(3) Директиве 2001/29/ЕЗ су уређена ограничења и изузеци која се односе на *права репродукције и чињења дела досљупним јавности*, док су у чл. 5(4) Директиве 2001/29/ЕЗ уређена ограничења и изузеци која се односе на *право дистрибуције*.

Евидентно је да фер употреба има *различите јавне облике*, зависно од правног система. Генерално, *сврха* института је јасна, мада *јавна правила* која институту дају *јарменљив* карактер имају своје неизбежне специфичности. *Функционална* методологија компаративног права, ма колико била ограничена, нам даје за право да формирамо став да се код фер употреба може извести *генерални* закључак да право САД и права земаља чланица Европске уније имају *суштински* различити приступ. И поред *дејалне* формулације одредаба *Copyright Act 1976*, судија је ипак слободан да, што се *фактора* тиче, процени постојање фер употребе на начин што *више одговара околностима случаја*. Истини за вољу, одредбе које следе споменути § 107 *Copyright Act 1976* значајно ограничавају општи обухват концепта фер употребе. Ипак, *остаје* ширина која је институту потребна. Са друге страна, приступ Директиве 2001/29/ЕЗ свакако погодује *јринцију јавне сиурности*. Питање је, међутим, *дали је реч о мајерији иде јавна сиурност ира одлучујућу улоју*.

### III Фер употреба музичких дела, нарочито преко глобалне рачунарске мреже

Музичка дела, генерално речено, уживају правну заштиту *као и сва друа* ауторска дела. Постоје, наравно, специфичности које се тичу (често) коауторског карактера ових дела, као и специфичности односа са фонограмским (или филмским) продуцентом. Ово, међутим, нису специфичности које би захтевале *јосебан режим*, какав је (суштински оправдан или не) случај са, рецимо, рачунарским програмима. Остаје, дакле, примена *ојшћих* правила ауторског права. Како смо споменули, случај музичких дела узимамо инцидентно, како би показали функционисање система ауторскоправне заштите на једној *конкретној* врсти ауторских дела. Такође, случај музичких дела је занимљив зато што је њихова употреба *свејрисуйна на јлобалној рачунарској мрежи*.

Нама су најзанимљивији случајеви тзв. *music (song) covers*, када поједини извођачи-аматери врше интерактивно јавно саопштавање *својеврсне обраде* преко глобалне рачунарске мреже, првенствено путем *YouTube*-а, музичких дела над којима неко друго лице има ауторско право. *YouTube* и друге сличне *web* стране су постале једно од главних средстава за интерактивну употребу музичких дела. *YouTube*, у принципу,

не делује као класична *web* стране већ омогућује садржаје које генеришу корисници (eng. *user-generated content (UGC)*).<sup>24</sup> У многим случајевима је посредни чињење доступним јавности музичких спотова, са или без сагласности носиоца ауторског права. У неким другим случајевима се јавности чине доступним ретки снимци у прошлости емитованих јавних извођења музичких дела. Постоје и случајеви када се чине доступним јавности снимци јавних извођења са концерата или других манифестација. У сваком случају, глобална рачунарска мрежа је постала доминантно средство *размене искустава* о перцепцији музичких дела.

Интерактивно јавно саопштавање музичких дела је *искључиво овлашћење носиоца ауторској права*, као последица чл. 8 СОИС УАП (и, у односу на интерпретације и фонограме, чл. 10 и 14 СОИС УИФ). Ово значи да свако чињење музичког дела доступним јавности жичним или бежичним путем на начин који омогућује појединцу индивидуални приступ делу са места и у време које он одабере мора бити пропраћено сагласношћу носиоца ауторског права. У пракси ово најчешће *неће бити аутор него деривативи ствараоц ауторској (материјалној) права*. Постоје извесни законски механизми да се ово изведе лакше. Тако, § 115 *Copyright Act 1976* уводи законску *принудну лиценцу за израду и дистрибуцију звучних записа*. Реч је о тзв. *механичким лиценцама* које се односе на *неграмска музичка дела која су дистрибуирана јавности у Сједињеним Америчким Државама* са овлашћењем од носиоца ауторског права. Принудна лиценца укључује могућност музичког аранжмана али без промене основне мелодије и без заштите као изведено дело. Одредбе § 115 *Copyright Act 1976* детаљно уређују поступак добивања принудне лиценце. Битно је споменути на механичке лиценце, које су често средство дистрибуције звучних снимака *cover* верзија музичких дела, *положне плаћању накнаде*.

Евидентно је да јавно саопштавање музичких дела путем *web* страна као што *YouTube* нису покривене оваквом принудном лиценцом. Ипак, наведени институт принудне лиценце показује однос законодавства САД ка тзв. *cover* верзијама. Мора се приметити, међутим, да *cover* верзије о којима му говоримо обухватају тзв. *tribute covers*, чија главна сврха *није добити*. Кад говоримо о механичким лиценцама, звучни записи се многу пуштати у промет јавности, али само у циљу *приватне употребе*. Тзв. *tribute covers*, међутим, постоје једино да би се *огало признање аутору*. Релевантна заједница добро зна о коме је аутору реч и не може

24 Cf. Robert P. Latham, Carl C. Butzer, Jeremy T. Brown, „Legal Implications of User-Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook“, *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol. 20, No. 5/2008, стр. 1 *et seq*; Olufunmilayo B. Arewa, „YouTube, UGC, and Digital Music: Competing Business and Cultural Models in the Internet Age“, *Northwestern University Law Review*, Vol. 104, No. 2/2010, стр. 442 *et seq*.

се створити сасвим сигурни утисак да је акценат стављен на извођача музичког дела. Нпр., можда је извођење музичког дела *The Man Who Sold the World* чију је *cover* верзију урадила музичка група *Nirvana* 1993 године у оквиру *MTV Unplugged* серије познатија млађој публици али релевантна заједница, како је споменуо и *Kurt Cobain* на крају извођења, и те како свесна да је реч у делу чији је аутор *David Bowie*. Такође, *Alanis Morissette* је урадила обраду дела *King of Pain* у оквиру споменуте *MTV Unplugged* серије 1999 године, али је релевантној публици ипак добро познато да је реч о делу музичке групе *The Police* (аутор стихова је *Sting*). Обраде, у сваком случају, доприносе стварања једног *group of friends* на конкретно музичко дело.<sup>25</sup>

У сваком случају, појам *cover* верзије подразумева да је потребна ауторизација. Ово је јасно кад је реч о механичкој репродукцији или пак о јавном извођењу на концертима и сличним наступима.<sup>26</sup> Питање је, међутим, дали је иста линија резонирања погодна и за ситуације тзв. *tribute covers*. Тешко да се ови чинови употребе могу покрити одредбом из § 110(4) *Copyright Act* 1976 која дозвољава извођење недрамских књижевних или музичких дела, али не и њиховом емисионом јавношћу, без сврхе непосредне или посредне економске користи, и без плаћања накнаде или друге врсте компензације извођачима, промотерима или организаторима. Одатле, основно је питање да ли је реч о фер употреби у смислу одредбе из § 107 *Copyright Act* 1976. Глобална рачунарска мрежа, као медијум, је врло погодна као средство повреде ауторског права и сродних права. *Web* стране у стилу *YouTube*-а омогућује индивидуалним корисницима да креирају сопствени кориснички рачун помоћу којег могу да објаве различите записе. Ако погледамо музичку страну *YouTube*-а, највећи део јавног саопштавања музичких дела је у суштини *unauthorized*, осим рецимо јавних саопштавања које се чине посредством *Vevo* одељка. У сваком случају, у последњим ситуацијама долази до интерактивног јавног саопштавања музичких спотова где постоје комплекснији проблеми поштовања права интелектуалне својине, имајући у виду права извођача, продуцента музичког спота и продуцента записа извођења и самог музичког дела.

Код обрада којима се даје признање аутору се поставља једино проблем поштовања права носиоца ауторског права над музичким делом. Иначе, сам појам тзв. *tribute covers* подразумева да је реч о некомерцијалним радњама искоришћавања. Нпр., интерпретаторка и ауторка *Taylor Swift* и глумац *Zac Efron*, како гости у забавном програму

25 Cf. Gary R. Boye, „Bluegrass Covers of Bob Dylan Songs in the Sixties“, *Volume!*, Vol. 7, No. 1/2010, стр. 243 et seq.

26 Cf. Mark F. Schultz, „Live Performance, Copyright, and the Future of the Music Business“, *University of Richmond Law Review*, Vol. 43, No. 2/2009, стр. 685 et seq.

*The Ellen DeGeneres Show*, су извршили *врсту обраде* дела насловљеног *Pumped Up Kicks* музичке групе *Foster the People*, чији је аутор главни вокалист групе *Mark Foster*. Пошто само музичко дело садржи врло *сензитивне* стихове рефрена са следећим садржајем: „...*All the other kids with the pumped up kicks, You better run, better run, outrun my gun. All the other kids with the pumped up kicks, You better run, better run, faster than my bullet...*“, *Swift* и *Efron* су *променили* стихове, уз задржавање инструменталне подлоге, тако да се пошале са водитељком *Ellen DeGeneres*.

Није, дакле, било реч о ситуацији тзв. *tribute covers*, него више о извесној *промоцији* која, наравно, није била усмерена на *Pumped Up Kicks* као музичко дело нити на његовог аутора, него на водитељку. Преко корисничког рачуна *TheEllenShow*, 21.2.2012, извођење које су урадили *Taylor Swift* и *Zac Efron* је учињено доступним на *YouTube*-у и, у моменту писања овог рада, има *преко осам милиона „погодака“*. Иако не можемо са сигурношћу тврдити, имајући у виду формулацију из наведеног § 107 *Copyright Act* 1976, оваква би се употреба *могла сматрати фер употребом* и, за потребе нашег излагања и прихватајући ризик да је наш став неисправан, и ми је сматрамо таквом.

Поставља се, међим, питање да ли овако приказан случај употребе музичког дела *Pumped Up Kicks* има неке специфичности које би оправдале квалификацију употребе као фер, док се ситуације тзв. *tribute covers* не би сматрале фер употребом. Наиме, музичко дело *Pumped Up Kicks* је предмет бројних *tribute covers*, па неке од њих имају чак *по више милиона „погодака“*. Јадан од најјачих аргумента да се тзв. *tribute covers* не могу сматрати фер употребом је да овакве обраде служе као *средство промоције* индивидуалних или групних извођача. Тако, нпр., музички спот дела *Somebody That I Used to Know* аутора и извођача *Gotye*, у моменту писања овог рада, има *нешто преко сто и педесет милиона „погодака“* на *YouTube*-у, док врло инвентивна *cover* верзија коју су извели *Walk off the Earth* има чак *нешто преко осамдесет и седам милиона „погодака“* на *YouTube*-у.

По нама, *сама чињеница* да *cover* верзије служе промоцији индивидуалних извођача није никакав аргумент, јер је то *нормална и редовна последица интерактивне комуникације*. Сасвим је очекивано да, када неко учини квалитетно извођење, интерес за њега расте. Примера ради, аутор ових редова је имао само *лејтимичну* представу о томе ко су *Taylor Swift* и *Zac Efron* али је се после *бројних* гледања њихове обраде, чиме је допринео достизању преку осам милиона „погодака“ на *YouTube*-у (*Taylor Swift* је предвидела пет милиона „погодака“ на *YouTube*-у у самој обради(!)), позанимао њима. Мишљења смо, зато, да је *некомерцијални* карактер *cover* верзије потребан, односно да индивидуални извођач мора изводити обраду *као амајер*, у смислу да не сме бити *професионални*

извођач. Ако велики интерес за његове обраде допринесе да извођач започне да делује као професионалац, фер употреба отпада после овог момента.

Дакле, става смо да се тзв. *tribute covers* на *web* странама у стилу *YouTube*-а *требају сматрати фер употребом*. Актуелно стање обима ауторскоправне заштите, међутим, изгледа да ово не омогућује. Чак су и пародије проблематичне са аспекта *Copyright Act* 1976, иако је Врховни суд САД у случају *Campbell v. Acuff-Rose Music* 510 U.S. 569 (1994) резонирао да се и *комерцијалне пародије* могу сматрати фер употребом у смислу § 107 *Copyright Act* 1976. Такође, ако проблематици тзв. *tribute covers* приђемо са аспекта Директиве 2001/29/EЗ, изгледа да се опет може извести закључак да *нема места ограничењима или изузецима*, јер је заиста тешко тврдити да су посредни научно истраживање (чл. 5(3)(а)) или пастиш (чл. 5(3)(к)).<sup>27</sup> Даље, ситуације тзв. *tribute covers* се разликују од тзв. *lip dub* ситуација, како последње подразумевају да *звук* извођења остаје непромењен а „извођачи“ једино синхронизовано покрећу усне. Из овог разлога, тзв. *lip dub* ситуације су проблематичније при утврђивању да ли је дошло до повреде ауторског права, у смислу да не стоји приговор фер употребе. Остаје и проблем тзв. *sampling*-а,<sup>28</sup> мада се питање мора решити *концептуално*, у смислу проблема *идеолошкој присијуи*. Са друге стране, *чекање* да неко дело постане део јавног домена у неком случају не решава проблем.<sup>29</sup>

Обраде о којима ми говоримо се можда могу сматрати обликом тзв. *transformative use*<sup>30</sup> у смислу одредбе из § 107(1) *Copyright Act* 1976, али су фактори из § 107(2), (3) и (4) *Copyright Act* 1976 више проблематични. Допринос индивидуалног извођача, ипак, оставља *јосебан њекав* музичком делу а постојање *различитих присијуи* у извођењу *јосешава људско искуство*. Супротни аргумент би био да је ово оствари- во и уколико би се захтевала дозвола од носиоца ауторског права. Ипак, како смо споменули на почетку излагања, сматрамо да постоји *потреба*

27 Cf. Giuseppe Mazziotti, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlin and Heidelberg: Springer, 2008, стр. 93–94.

28 A. Dean Johnson, „Music Copyrights: The Need for an Appropriate Fair Use Analysis in Digital Sampling Infringement Suits“, *Florida State University Law Review*, Vol. 21, No. 1/1993–1994, стр. 135 *et sqq.*; Sohui Lee, „Fair Use and the Vulnerability of Criticism on the Internet“, у: Steve Westbrook (уредник), *Composition & Copyright: Perspectives on Teaching, Text-making, and Fair Use*, Albany, NY: State University of New York Press, 2009, стр. 31 *et sqq.*

29 Stephen Fishman, *The Public Domain: How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*, 4th ed., Berkeley, CA: Nolo, 2008, стр. 112 *et sqq.*

30 Cf. Pierre N. Leval, „Toward a Fair Use Standard“, *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 5/1990, стр. 1105 *et sqq.* Види, међутим, и излагање код: Diane L. Zimmerman, „The More Things Change, the Less They Seem Transformed: Some Reflections on Fair Use“, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Vol. 46, No. 2/1998, стр. 251 *et sqq.*

*идеологије ојраничења и изузетјака која уважава њихов културни импакт.*

Ако направимо паралелу са филмским делима, у прошлогодишњем *My Week with Marilyn* редитеља *Simon Curtis* радња се одвија на снимању филма *The Prince and the Showgirl* из 1957. године који је режирао *Laurence Olivier*. У току радње се приказује како су снимане сцене из филма *The Prince and the Showgirl*, међу којима посебно место заузима сцена у којој глумица у главној улози, *Marilyn Monroe*, симпатично плеше у једној од соба амбасаде пре него што у собу уђе краљ, син регента кога глуми *Olivier*. Незнајући да ли је уопште затражена или добивена дозвола, можемо једино приметити да начин на који је приказано „припитомљавање“ некооперативне *Monroe* од стране великана *Olivier* при снимању филма из 1957. године заиста вреди јуно више него појребa о јосјављању ишјања да ли је јовређено или не ауторско јраво.

#### IV Релација са новим легислативним развојима

Почетак друге деценије XXI-ог века је обележен тенденцијама о даљем јоошјравању механизма о сјровођењу зашјишје јрава интелектуалне својине. До 1994. године, када је усвојен TRIPS Споразум, међународни извори права интелектуалне својине су били углавном фокусирани на материјалнојравне аспекте права интелектуалне својине, најпре што се тиче јрава сјранаца а касније права свих субјеката који потпадају под јурисдикцију земаља потписница. Одредби о спровођењу заштите или није било или су биле једино начелне. TRIPS Споразум је радикално променио стање ствари, уређујући аспекте спровођења заштите права интелектуалне својине у грађанском судском поступку, административном поступку, поступку за изрицање привремених мера, поступку за опредељивање пограничних мера и кривичном поступку.<sup>31</sup> Европска унија је следила десет година касније доношењем Директиве 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 29. априла 2004. о спровођењу заштите права интелектуалне својине.<sup>32</sup>

Оваквом стању ствари се надовезује Трговински споразум против фалсификовања<sup>33</sup> од 1.10.2011. године. У Токију, 26.1.2012. године, АСТА-у су потписали Европска унија и 22 њених земаља чланица. Ко-

31 Детаљно: Peter-Tobias Stoll, Jan Busche, Katrin Arend (eds.), *WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Leiden and Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, стр. 1–73.

32 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ L 157, 30.4.2004), corrigendum (OJ L 195, 2.6.2004, стр. 16–25) (даље: Директива 2004/48/ЕЗ).

33 Anti-Counterfeiting Trade Agreement (даље: АСТА).

лико је нама познато, у моменту писања овог рада, ратификација још није било. Настанак АСТА-е је врло занимљив али нећемо улазити у специфичности због недостатка простора.<sup>34</sup> Споменули би једино да процес *ишешко да је могао бити мање трансјаренциан*,<sup>35</sup> што је уследило и са Резолуцијом и Декларацијом Европског Парламента.<sup>36</sup> За наше излагање је нарочито битан одељак 5 друге главе АСТА-е, који се односи на *сировођење заштитне права интелектуалне својине у дигиталном окружењу*. Тако, нпр., нејасна одредба из чл. 27(2) говори о незаконској употреби *средства за широку дистрибуцију* у циљу повреде, док објашњење уз одредбу спомиње *ограничење одговорности пружаоца online услуга*. Даље, одредба из чл. 27(4) уводи *оцију* о наредби пружаоцу *online услуга да открије идентитет корисничког рачуна који се наводно користи у циљу повреде*, итд. *Досе* ових одредаба је свакако проблематичан, нарочито ако се има у виду да *мање (а ређе све високо) развијене земље по правило имплементирају и оне одредбе чија је имплементација оциона*. Имајући ово у виду, иако су бројне одредбе нејасне и АСТА заиста не постигне своје циљеве,<sup>37</sup> остаје велика опасност да државе, *ионесене више идејама него конкретним решењима*, постигну оно што текст АСТА није успео да постигне.

Имајући у виду овакве одредбе АСТА-е, заиста је битно питање како ће се тумачити улога пружаоца услуга информационог друштва, какав је случај са *YouTube*-ом. Одредба чл. 8(3) Директиве 2001/29/ЕЗ предвиђа да ће земље чланици осигурати да су носиоци права у могућности да захтевају изрицање забране против *посредника* чије се услуге користе у повреди ауторског права и сродних права. У случају *C–557/07 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v Tele2 Telecommunication GmbH* [2009] ECR I–01227 Суд прав-

34 Види детаљно код: Charles R. McManis, „The Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Two Tales of a Treaty“, *Houston Law Review*, Vol. 46, No. 4/2009, стр. 1235 *et seq.*; Margot E. Kaminski, „An Overview and the Evolution of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement“, *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 21, No. 3/2011, стр. 385 *et seq.*

35 Cf. Emily Ayoob, „The Anti-Counterfeiting Trade Agreement“, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 28, No. 1/2010, стр. 187–192.

36 Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) European Parliament resolution of 10 March 2010 on the transparency and state of play of the ACTA negotiations, *OJ C* 349 E, 22.12.2010, стр. 46–48; The lack of a transparent process for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) and potentially objectionable content Declaration of the European Parliament of 9 September 2010 on the lack of a transparent process for the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) and potentially objectionable content, *OJ C* 308 E, 20.10.2011, стр. 88–89.

37 Kimberlee Weatherall, „Politics, Compromise, Text and the Failures of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement“, *Sydney Law Review*, Vol. 33, No. 2/2011, стр. 229 *et seq.*

де је нашао да се субјекти који једино пружају приступ корисницима *Internet*-у, без понуде других услуга као што су *email*, *FTP* или размена докумената или вршења било какве контроле, *de iure* или *de facto*, услуга које корисници употребљавају, морају сматрати „посредницима“ у смислу чл. 8(3) Директиве 2001/29/ЕЗ.

*Web* стране у стилу *YouTube*-а, чак шта више, врше радњу тзв. *хоспирања* па одатле подлеже под режим чл. 14 Директиве 2000/31/ЕЗ Европског Парламента и Савета од 8. јуна 2000. о правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито електронске трговине, на унутрашњем тржишту („Директива о електронској трговини“).<sup>38</sup> Наиме, у чл. 14(1) Директиве 2000/31/ЕЗ се предвиђа да ће земље чланице осигурати да, када је пружена услуга информационог друштва која се састоји од складирања информација које обезбеђује корисник услуге, пружаоц услуге неће бити одговоран за информације складиране на захтев корисника услуге уколико: (а) пружалац услуге не поседује стварно сазнање о нелегалним активностима или информацијама и, у односу на захтев за накнаду штете, није свестан о чињеницама или околностима од којих су очигледне незаконске активности или информације; или (б) пружалац услуге, по таквом сазнању или свесности, без одлагања одстрани информације или онемогући њихов приступ.

У спојеним случајевима *C-236/08 Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA*, *C-237/08 Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL* и *C-238/08 Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others* [2010] ECR I-02417, Суд правде налази да чл. 14 Директиве 2000/31/ЕЗ мора да се тумачи у смислу да се у њему постављено правило примењује на *Internet* пружаоца услуге за претраживање када пружаоц услуге није имао значајну улогу такве врсте што би имао сазнање о, или контролу над, складираних података. Ако пружалац услуге није имао овакву улогу, по резону Суда, онда се он не може сматрати одговорним за податке који су складирани на захтев лица које врши рекламирање осим ако, добивши сазнање о незаконској природи таквих података или активности лица које врши рекламирање, није без одлагања одстрани податке или онемогућио њихов приступ. Суд у Мадриду је у случају *Telecinco v YouTube* отишао корак даље када је одлучио да *YouTube* врши радње *хоспирања* ња је искључена њејова одговорност за повреде ауторској права које су извршили њејови корисници.<sup>39</sup> Суд је, такође, навео и резонирање цен-

38 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market („Directive on electronic commerce“), OJ L 178, 17.7.2000, стр. 1–16 (даље: Директива 2000/31/ЕЗ).

39 Детаљније: Enrico Bonadio, Davide Mula, „Madrid Court Confirms YouTube’s Host Status“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6, No. 2/2011, стр. 82–84.



тралног окружног суда САД за савезну државу *California* у случају *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.* 665 F. Supp. 2d 1099 (2009).

Имајући у виду овакво стање ствари, досег АСТА-е је *врло нејасан*. У споменутој Декларацији Европског парламента је, *inter alia*, заузет став да *пружаоци Интернет услуга не требају сносити одговорности за податке које преносе или складирају уишем њихових услуга до обима који захтева претходну присмотру и обраду таквих података*. У објашњењу ка споменути чл. 27(2) АСТА-е се помиње не само *ограничење* одговорности пружаоца *online* услуга, него се говори и о *ограничењу расположивих правних средстава против пружаоца online услуга* што ће речи да у земљама ван Европске уније може важити скоро неподношљива клима за функционисање пружаоца услуга информационог друштва. Баш се на овом месту природно надовезује *привремено одлагање* активности у САД о доношењу Закона о стопирању *online* пиратерије<sup>40</sup> и Закона о спречавању стварних *online* претња економској креативношћу и о крађи интелектуалне својине.<sup>41</sup>

## V Критика и закључци

На самом почетку наведени *субверзивни* карактер права интелектуалне својине, сматрамо, је видљив из нашег излагања. *Законодавна* активност, нарочито на међународном нивоу, показује да уређени обим ауторскоправне заштите *једноставно не одговара* идеолошкој матрици којом се ауторско право и, у неким тачкама, целина права интелектуалне својине, требало водити. Тачно је да се пракси примењују *правила*, али конкретна правила *никако не постоје сама за себе*. Регулаторна функција права подразумева да право не буде ништа друго него *адекватан регулатор друштвено-економских односа*. У крајној линији, правна регулација зависи од *потреба људи који чине заједницу*. Ауторско објективно право, међутим, јасно одступа од овакве полазне тачке.

Акцент ауторскоправне заштите је стављен на *носиоца права*. Не желимо тврдити да се акцент треба *пошћуно* пренети на страну трећих лица или заједнице, али се и њихове потребе морати узети у обзир. Тврдње о потреби ефективне заштите *аутора* су ништа друго до *флоскуле* јер је аутор одавно престао бити централна фигура ауторског права.<sup>42</sup> Ако већ говоримо о праву *аутора*, онда се поставља неиз-

40 Stop Online Piracy Act (SOPA).

41 Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (PIPA).

42 Cf. David Flint, „Caught in the ACT(A)“, *Business Law Review*, Vol. 31, No. 6/2010, стр. 147–148.

бежно питање зашто одредбе АСТА-е не покривају морална овлашћења садржине ауторског права. Кад је реч о TRIPS Споразуму ово је, мање више, јасно, јер се TRIPS Споразум односи на *тврђовинске* аспекте права интелектуалне својине и јер га администрира *Светска тврђовинска организација*. Код АСТА-е ово није случај па се чак може рећи да је АСТА *вансистемски* споразум, иако је део тзв. *TRIPS-plus агенде*.

Нико не може основано спорити потребу *ефикасној спровођењу заштитне* права интелектуалне својине, али је главни проблем *шта се спроводи*, односно *шта се друго повређује путем спровођења*.<sup>43</sup> Са једне стране, значи, имамо *идеолошки неодржаван* обим ауторскоправне заштите, док за друге стране имамо средства спровођења заштита која су *мерило самима себи*.<sup>44</sup> Што се Европске уније тиче, јасно је да се *унушрашње тврђовинске* тешко може постићи без спровођења заштите, мада питање је да ли се и са доношењем Директиве 2004/48/ЕЗ отишло предалеко. Дали ће АСТА променити нешто у Европској унији ће се тек видети, јер изгледа да Европска Комисија није извршила темељнију анализу њеног импакта. Како је изјавио Комисионар за трговину *Karel De Gucht* 22.2.2012 године, на његов предлог, Европска Комисија је одлучила да упутити питање Суду правде о компатибилности АСТА-е са фундаменталним правима и слободама Уније, као што су слобода изражавања и информисања или заштита података и право својине у случају интелектуална својине.<sup>45</sup> Реакција је уследила после бројних протеста у европским градовима током фебруара 2012. године.

Право не може постојати *ујркос* потребама људи. Објекти заштите ауторског права, у великом делу, представљају део *културне стечевине* људске цивилизације. Када се формулише обим ауторскоправне заштите не сме се заборавити да интереси и потребе трећих лица и саме заједнице јесу *релевантни фактори*. Излагање о тзв. *tribute covers* на *web* странама у стилу *YouTube*-а користимо само као *конкретни пример* да би извели закључак да обим ауторскоправне заштите *нема адекватну идеолошку позадину*. Основно је питање, дакле, *шта се добија ограничењима и изузецима*. Због тога се и може рећи да право САД, односно институт фер употребе, бар *концепцијално*, више одговара адекватној идеолошкој матрици ауторског права. Акцентирање права и интереса трећих лица и заједнице, а нарочито права на слободу изражавања, наравно, не сме

43 Упореди са неким, мање више, апологетским гледиштима: Khaliunaa Garamgaibaatar, „The Anti-Counterfeiting Trade Agreement: Copyrights, Intermediaires, and Digital Pirates“, *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy*, Vol. 20, No. 1/2011, стр. 199 *et seq.*

44 Cf. Alberto J.C. Silva, „Enforcing Intellectual Property Rights by Diminishing Privacy: How the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy“, *American University International Law Review*, Vol. 26, No. 3/2011, стр. 601 *et seq.*

45 Statement by Commissioner Karel De Gucht on ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), Reference: MEMO/12/128.

и само бити циљ себи. Идеја није, наиме, да се добије *бесилайна забава*, јер би се овако једино једна крајност заменила са другом.<sup>46</sup>

Са друге стране, Директива 2001/29/ЕЗ, бар по нашем мишљењу, уопште не одговара идеолошкој позадини о којој говоримо ми. Више је него јасно да су одредбе Директиве 2001/29/ЕЗ вођене *принципом јравне сијурносйи*, што је лајтмотив европског континенталног права. Ипак, генерални законодавни приступ континенталне Европе изгледа да не одговара *реалним јојшребам* пошто није довољно *флексибилан*,<sup>47</sup> а имајући у виду актуелне друштвено-економске односе. Остаје, наравно, приговор да превише отворени институт подлеже најразличитијим тумачењима,<sup>48</sup> али је ово, бар по нама, баш потребно ауторском праву. Одређени законодавни приступ се, наиме, може бранити као разуман све док се не осујете основне идеолошке основе на којима је базиран, односно на којима *јреба* да буде базиран. Питање је колико приступ Директиве 2001/29/ЕЗ заиста доводи до *јојшребне хармонизације*,<sup>49</sup> пошто је вероватније да је Директива представља *јромашај* у овом делу.<sup>50</sup> Такође, преамбула Директиве 2001/29/ЕЗ даје више основа за интегралнији приступ него њена конкретна решење, док Суд правде није развио функционалну и широку праксу.<sup>51</sup>

Идеологија ауторскоправне заштите, због тога, *ојравдава јосјојање јенералној инсјијиуја фер ујојшребе умесјо акјшелних ојраничења и изузетјка*.<sup>52</sup> Ово из једноставног разлога што последњи не одговарају потребама интерактивне размене искустава и циљу културног развоја. При том, не сматрамо да дигитално окружење захтева нека посебна правила.<sup>53</sup> Концепт фер употребе, дакако, није савршен, али би било за-

46 Cf. Vincenzo Zeno-Zencovich, „Copyright and Freedom of Expression: An Ambiguous Relationship“, *European Business Law Review*, Vol. 18, No. 2/2007, стр. 351 *et sqq.*

47 Robert Burrell, Allison Coleman, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, стр. 267–277.

48 Cf. David Nimmer, „‘Fairness of Them All’ and Other Fairy Tales of Fair Use“, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, No. 1–2/2003, стр. 263 *et sqq.*

49 Lucie Guibault, „Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, No. 2/2010, стр. 64–65.

50 Cf. Allard Ringnalda, „National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age, Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works“, *European Review of Private Law*, Vol. 17, No. 5/2009, стр. 916 *et sqq.*

51 Cf. Matthias Leistner, „Copyright Law in the EC: Status Quo, Recent Case Law and Policy Perspectives“, *Common Market Law Review*, Vol. 46, No. 3/2009, стр. 881–882.

52 Cf. Martin Senftleben, „The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, No. 2/2010, стр. 67 *et sqq.*

53 Cf. David Nimmer, „A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, No. 3/2000, стр. 702 *et sqq.*; Jeremy

иста некоректно тврдити, па и прихватајући да је помирење различитих интереса неизводиво, да носиоци ауторско права *рејико рејирају* код појединих повреда.<sup>54</sup> Чињеница да су поједине употребе *иполерисане*<sup>55</sup> не доприноси *сисџемском решавању* проблема а још мање промовисању *нове адекватне идеологије* ауторског права.

Аргументација коју користимо *свакако није ѝравна*, али понављамо да правна правила, а чак шта више правни принципи, имају своју идеологију. Кад говоримо о ауторском право, доминантна идеологија мора бити *кулџурна размена искусџава*. Интерактивно јавно саопштавање тзв. *tribute covers* је само један пример како обим актуелног обима ауторскоправне заштите спутава културу.<sup>56</sup> А, уколико сматрамо да бар ауторско право треба служити култури човечанства и признању достигнућа аутора, обим ауторскоправне заштите мора зависити *и* од ових фактора.<sup>57</sup> Некритички обим овлашћења носиоца ауторског права, у комбинацији са нереалним захтевима према пружаоцима услуга информационог друштва, иначе, лишава ауторско право супстанцијалних веза са културом.

После свега овога, остаје питање дали је употреба стихова Бреговића, у контексту овог рада, фер или није.

---

Phillips, „Authorship, Ownership, Wikiship: Copyright in the 21st Century“, у: Estelle Derclaye (уредник), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham and Northampton, MA: Edward Elgar, 2009, стр. 193 *et sqq.*

54 Cf. Rebecca Tushnet, „Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves it“, *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 3/2004, стр. 586 *et sqq.*

55 Cf. Tim Wu, „Tolerated Use“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 31, No. 1/2007–2008, стр. 617 *et sqq.*

56 Cf. Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, NY: The Penguin Press, 2004, стр. 296 *et sqq.*

57 Cf. Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, London: Bloomsbury, 2008, стр. 68 *et sqq.*

**Nenad GAVRILOVIĆ, PhD**  
Junior Faculty Member at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”,  
University “Ss. Cyril and Methodius” in Skopje

## FAIR USE OF MUSICAL WORKS, SCOPE OF COPYRIGHT PROTECTION AND NEW LEGISLATIVE DEVELOPMENTS

### Summary

*In the article we discuss the scope of copyright protection, given an adequate ideological basis of copyright. In addition, we argue that the ideology of copyright is substantially related to culture, in the sense that the cultural exchange of experiences must be an ideologically determined factor of the scope of rights of the copyright holder. With a desire to make the discussion more practical, we analyze the case of communication to the public of so called tribute covers over the global computer network. Through the process of determining whether such covers are in violation of the rights of the copyright holder, we present the concept of fair use, making parallels between the copyright law of the United States and the copyright law of the European Union. This analysis is put into the context of the liability of providers of information society services by taking into account new legislative developments also, such as ACTA. Finally, we draw the conclusion that European copyright law, and copyright law in general, needs a general concept of a fair use, considering the ideological basis of the scope of copyright protection.*

**Key words:** *fair use, culture, tribute covers, YouTube, musical works, copyright.*