

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ДИГИТАЛИЗАЦИЈА АУТОРСКИХ ДЕЛА И ПРИСТУП ДЕЛИМА НЕДОСТУПНИХ ТИТУЛАРА АУТОРСКОГ ПРАВА*

Резиме

Последњих година сведоци смо сировођења и осцилуација дигитализације ауторских дела саопштених на сајтовима, ради пружања услуге изражавања интернетом, као и најредне услуге изражавања и приступа онлајн базама података дигитализованих књига. У раду се анализира да ли и под којим условима ауторској равни пројекти доушљају дигитализацију тих ауторских дела, у укљученом обиму или у одломку, без сагласности титулара ауторској права. Предмет анализе биће и пројекат дигитализације Google Book Search, који је у току. Посебан проблем представља дигитализација ауторских дела, пре свега књига, недоступних титулара ауторској права. Европска унија је недавно усвојила посебан пројекат чији циљ је проналажење правичног решења које ће омогућити приступ знању, уз истовремено поштовање ауторској права. За државу кандидата за чланство у Европској унији, као што је Србија, од највеће важности јесте Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторској права, усвојена у октобру 2012. године, којом се уређује приступ тој врсти ауторских дела.

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

Кључне речи: ауторско право, право интелектуалне својине, дела недоспирних титулара ауторског права, дигитализација, ограничења ауторског права, иншерней.

I Уводна разматрања

Појмом дигитализације ауторских дела означавају се радње умножавања ауторских дела у електронском облику и чињења доступним тако умножених примерака на интернету. Дигитализацијом је некада обухваћено читаво ауторско дело, а понекад само његов део. Осим у случајевима прописаних ограничења и изузетака од ауторскоправне заштите, за сваку радњу умножавања и чињења дела доступним јавности неопходно је претходно прибавити сагласност титулара ауторског права. Дигитализација ауторских дела посебан значај има за рад интернет претраживача, који овај поступак спроводе приликом индексирања веб страница у резултатима интернет претраге. Ипак, сведоци смо да пружаоци услуге интернет претраживања не прибављају сагласност титулара ауторског права пре приступања индексирању веб страница, што представља значајно одступање од традиционалног ауторскоправног режима. Постоје опречна мишљења о томе да ли се дигитализација ауторских дела у сврху индексирања веб страница у резултатима интернет претраге може подвести под неко од прописаних ограничења ауторског права. Ипак, противљења титулара ауторског права оваквом приступу интернет претраживача нису бројна, због њиховог несумњивог интереса да се њихов веб сајт нађе у резултатима претраге.

Највећи интернет претраживач Гугл (енгл. *Google*) осмислио је, такође са позивом на ограничења ауторског права, пројекат дигитализације књига доступних у одређеном броју јавних библиотека или издатих од стране одређеног броја издавача који су приступили пројекту. Пројекат *Google Book Search* изазвао је, међутим, бројна противљења титулара ауторског права нарочито због тога што је дигитализација, поред умножавања књига, подразумевала и јавно саопштавање на интернету већих одломака дигитализованих књига, ради потврде релевантности резултата интернет претраге.

Најспорнији аспект процеса дигитализације ауторских дела представља несумњиво дигитализација дела недоступних титулара ауторског права. Дела недоступних титулара ауторског права јесу ауторска дела која чине предмет субјективног ауторског права, чијег титулара није могуће идентификовати или пронаћи. У упоредном праву, ауторска дела која припадају овој категорији означавају се и као „дела сирочад“

(енгл. *orphan works*). Дела недоступних титулара ауторског права нису у јавном домену, па се, изван случајева прописаних ограничења ауторског права, не могу привредно искоришћавати без сагласности титулара права, који је недоступан. Услед недоступности титулара ауторског права, није могуће вршити имовинскоправна овлашћења која чине садржини субјективног ауторског права, па су оваква дела доступна јавности у знатно ограниченом обиму. Интерес стручне јавности за дела недоступних титулара ауторског права повећао се последњих година, када се интензивно почело размишљати о дигитализацији културне баштине, пре свега писаних ауторских дела која се чувају у јавним библиотекама. Као што смо већ напоменули, поступак дигитализације подразумева најпре умножавање дела, а потом и јавно саопштавање дигитализованог примерка. Наиме, дигитализација подразумева производњу примерка дела, што је обухваћено појмом умножавања. Након што се изради дигитализовани примерак дела, потребно је учинити га доступним заинтересованим корисницима, и то на интерактиван начин. Ауторскоправни прописи не допуштају вршење радњи умножавања и интерактивног чињења доступним ауторских дела без сагласности титулара права. Ипак, неспоран је интерес јавности да приступ делима недоступних титулара ауторског права буде омогућен. Уважавајући интерес тзв. приступа знању¹, правни теоретичари и практичари покушали су да пронађу начин на који се донекле могу заштити интереси титулара права уз истовремено омогућавање приступа овим делима, тј. људском стваралаштву које је у њима изражено.

У раду ће бити анализирано у којој мери ауторскоправни прописи допуштају дигитализацију туђих ауторских дела, у укупном обиму или у одломку, без сагласности титулара ауторског права. Предмет анализе биће и пројекат дигитализације *Google Book Search*, који је у току. Посебан проблем представља дигитализација ауторских дела, пре свега књига, недоступних титулара ауторског права. Европска унија је недавно усвојила посебан пропис чији циљ је проналажење правичног

1 Под појмом приступа знању подразумева се слободан приступ информацијама, идејама, поступцима, методама рада и другим интелектуалним добрима која не уживају ауторскоправну заштиту или су инкорпорисана у друга добра која уживају такву заштиту. Појмом је обухваћен и приступ ауторским делима и предметима сродноправне заштите на основу прописаних изузетака и ограничења. Такође, овим појмом обухваћена је и проблематика приступа добрима која су у тзв. јавном домену, односно добрима на којима је истекла ауторскоправна (или сродноправна) заштита. У ширем смислу, приступ делима недоступних титулара ауторског права такође можемо подвести под појам приступа знању. За исцрпну ауторскоправну анализу проблема приступа знању, вид. Душан Поповић, „Приступ знању у светлу минималних стандарда међународног ауторског права“, у: Божин Влашковић (ур.), *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2012, стр. 275–288.

решења које ће омогућити приступ знању, уз истовремено поштовање ауторског права. За државу кандидата за чланство у Европској унији, као што је Србија, од највеће важности јесте Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, усвојена у октобру 2012. године, која ће бити предмет нашег исцрпног разматрања.²

II *Ad hoc* приступ дигитализацији ауторских дела

Неспорно је да традиционални ауторскоправни режим подразумева обавезно прибављање сагласности титулара права за сваку радњу привредног искоришћавања туђег ауторског дела. Сагласност титулара права мора претходити предузимању радње привредног искоришћавања. Извесна флексибилност традиционалног ауторскоправног режима постиже се путем прописивања ограничења и изузетака, чиме се трећим лицима омогућава да користе туђа ауторска дела у тачно назначене сврхе без прибављања сагласности титулара права и без плаћања ауторске накнаде (случајеви суспензије ауторског права и права на накнаду), односно без прибављања сагласности титулара права али уз плаћање ауторске накнаде (случајеви законске лиценце). У англосаксонском праву, које не познаје систем (конкретних) изузетака и ограничења, флексибилност традиционалног ауторскоправног режима постиже се применом теорије фер употребе ауторског дела (енгл. *fair use*), чиме се остварују слични ефекти. За разлику од европског континенталног права у коме су ограничења ауторскоправне заштите јасно дефинисана, у праву Сједињених Америчких Држава примена теорије фер употребе је у великој мери подложна (субјективним) тумачењима. У одељку 107 Закона о ауторском праву САД наведено је у које сврхе се може користити туђе ауторско дело с позивом на теорију фер употребе. Реч је о коришћењу у сврху критике, коментара, новинског извештавања, подучавања, учења и истраживања. Наведена су и четири фактора која морају бити узета у обзир приликом процењивања да ли је конкретан случај коришћења туђег ауторског дела у складу са теоријом фер употребе или није. То су: (1) сврха и карактер употребе, укључујући оцену о томе да ли се дело користи у комерцијалне сврхе или за непрофит-

2 Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, *OJ L 299*, 27.10.2012, p. 5-12. Директивом се уређује приступ ауторским делима и фонограмима недоступних титулара права. Пошто су фонограми предмет сродноправне заштите, исправно би било говорити о „приступу ауторским делима и предметима сродноправне заштите недоступних титулара ауторског и сродних права“. Ипак, из разлога језичке уштеде, користимо краћи термин „приступ ауторским делима недоступних титулара ауторског права“, обухватајући њиме и предмете сродноправне заштите.

не, образовне потребе; (2) природа ауторског дела; (3) обим коришћене јединице дела у односу на целину ауторског дела; (4) дејство такве употребе на тржиште или вредност ауторског дела.

1. Индексирање веб сајтова у резултатима интернет претраге

Појава интернета довела је до извесног одступања од традиционалног ауторскоправног режима.³ Такво одступање је приметно у ретко када оспораваном понашању водећег интернет претраживача Гугла приликом индексирања веб страница у резултатима претраге. Наиме, интернет претраживач Гугл унапред не прибавља сагласност титулара ауторског права приликом индексирања веб страна у резултатима претраге, већ само омогућава титуларима права да упуте захтев за изузимањем конкретне веб странице. Гугл се у овим ситуацијама позива на примену теорије фер употребе, иако је реч о коришћењу туђег ауторског дела у несумњиво комерцијалне сврхе.⁴ Приликом индексирања веб страница долази то њиховог умножавања и, потом, јавног саопштавања умноженог примерка на интернету. Избегавајући да контактира титуларе ауторског права чији предмет је ауторско дело материјализовано у садржини веб странице, Гугл систематски индексира сајтове уз помоћ рачунарског програма *Googlebot*. Овај компјутерски програм умножава сваку веб страницу и извлачи из њене садржине информације неопходне за индексирање. Пошто се индексирање врши аутоматски, у рачунарски програм је уграђена опција за изузимање из поступка индексирања. Титулар ауторског права може приликом стварања веб сајта унети одређене податке⁵ у *html* код сајта, које ће Гуглов програм препознати, те сајт изузети из индексирања. Гугл, дакле, сматра да је традицио-

3 У извесној мери, одступање представља режим одговорности посредника за повреду ауторског права и сродних права на интернету. Наиме, у последњих петнаест година националним ауторскоправним прописима уређено је питање одговорности посредника (интернет провајдера, хостинг сајтова) за повреду ауторског права и сродних права на интернету уз примену тзв. пасивно-реактивног режима. Посредник одговара за повреду ауторског права или сродног права коју је учинио корисник интернета само уколико је знао за повреду или није реаговао након што је о повреди обавештен. Вид. Европска унија, Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16, § 13(e); САД, *Digital Millennium Copyright Act*, 1998, 17 U.S.C. § 512 (2006); Француска, *Loi n° 2004–575 pour la confiance dans l'économie numérique*, § 6; Велика Британија, *Electronic Commerce Regulations*, 2002, S.I. 2002/2013, § 17–19.

4 Гуглов пословни модел се заснива већим делом на пружању услуге оглашавања у резултатима претраге (тачније, на страницама на којима се приказују резултати претраге).

5 Енгл. *Robots Exclusion Protocol, robots.txt*.

нални ауторскоправни режим у овом случају економски неефикасан, а да његова алтернатива титулару ауторског права пружа делотворан и једноставан начин за изражавање свог противљења умножавању дела.

Гуглов приступ индексирању веб страница, који несумњиво одступа од традиционалног ауторскоправног режима, само изузетно је сметран повредом ауторског права (нпр. пресуда *Google, Inc. v. Copiepresse*).⁶ Национални судови по правилу су закључивали да се титулар права који није предузео техничке мере да спречи индексирање заправо са њиме сагласио. На пример, у пресудама немачких судова донетим у предметима *Vorschaubilder I*⁷ и *Vorschaubilder II*⁸ потврђује се право титулара ауторског права да захтева уклањање умножених примерака свог ауторског дела са сваког веб сајта, али се и закључује да интернет претраживач може саопштавати умањене приказе ауторских дела (енгл. *thumbnails*) у резултатима претраге, уколико титулар права није предузео техничке мере како би унапред саопштио своје противљење таквом облику привредног искоришћавања. Очигледно охрабрен спремношћу судова да одступе од традиционалног ауторскоправног режима и потврде законитост новог приступа, који се у упоредном праву често назива системом искључења (енгл. *opt out*), Гугл је осмислио пројекат индексирања књига доступних у јавним библиотекама, који се у појединим случајевима спроводи и без претходно прибављене сагласности титулара ауторског права.

2. Пројекат дигитализације књига *Google Book Search*

Несумњиво најпознатији пројекат дигитализације књига доступних у јавним библиотекама, који је предузела онлајн компанија Гугл – *Google Book Search* ослањао се на доктрину фер употребе, коју примењују амерички судови.⁹ Наиме, компанија Гугл, власник истоименог интер-

6 Једна од ретких пресуда којима је утврђено да понашање Гугла приликом индексирања веб страница представља повреду ауторског права била је пресуда Апелационог суда у Бриселу (Белгија) у спору *Google, Inc. v. Copiepresse*. У пресуди се закључује да титулару ауторског права не може бити ускраћено вршење овлашћења на умножавање дела само због тога што је пропустио да спроведе одређени технички поступак, тј. обавести претраживач о својој жељи да буде изузет из поступка индексирања. Вид. Апелациони суд у Бриселу, *Google, Inc. v. Copiepresse*, 26. мај 2011. год., §50.

7 Савезни суд Републике Немачке, *Vorschaubilder I*, предмет бр. I ZR 69/08, 29. април 2010. год.

8 Савезни суд Републике Немачке, *Vorschaubilder II*, предмет бр. I ZR 140/10, 19. октобар 2011. год.

9 Други до сада предузети пројекти дигитализације ауторских дела, пре свега писаних дела, као што су *Europeana* и *World Digital Library*, спроводе се у оквирима тра-

нет претраживача, започела је свој пројекат дигитализације у сарадњи са четрдесет водећих јавних библиотека и око тридесет хиљада издавача још 2002. године. Пројектом је била предвиђена дигитализација: (а) књига које су издали учесници пројекта (око два милиона књига које су у том тренутку биле у року ауторскоправне заштите и чији тираж није био исцрпљен); (б) књиге за које је Гугл сматрао да су у јавном домену (око два милиона књига); и (в) књиге које су биле у року ауторскоправне заштите али чији тираж је био исцрпљен (око шест милиона књига). Трећа категорија писаних ауторских дела које је требало да буду предмет дигитализације била је најспорнија, пошто рок ауторскоправне заштите није био истекао а књиге су због распродатог тиража *de facto* биле недоступне већини корисника. Код ове категорије, титулари ауторског права су у највећем броју случајева били недоступни. Пројекат је требало да омогући приступ писаним ауторским делима у јавном домену у пуном обиму, као и да омогући приступ само одломцима књига под ауторскоправном заштитом.

Већ сама најава дигитализације књига ради њиховог индексирања изазвала је узнемирење и противљење бројних титулара ауторског права. Америчко удружење аутора је 2005. године поднело тужбу против Гугла због повреде ауторског права путем скенирања књига које су биле у року ауторскоправне заштите.¹⁰ Другу тужбу поднело је пет издавача заједно са Удружењем америчких издавача. Одбрана се позивала на фер употребу ауторског дела, наводећи да је циљ скенирања индексирање књига у резултатима претраге. Као што смо раније поминули, у различитим државама већ је пресуђивано да умножавање дела ради индексирања у резултатима претраге не представља повреду ауторског права. У оба случаја радило се о умножавању, тј. скенирању читавих ауторских дела, како би се она у целости могла претражити по кључним речима, али не и у јавном саопштавању целине дела. У оквиру пројекта *Google Book Search* у целини су саопштавани једино дигитализовани примерци ауторских дела која су у јавном домену. Имајући то у виду, можемо се запитати због чега су се титулари ауторског права листом побунили против Гугловог подухвата. Чини се да одговор делом лежи у несумњивој користи коју ће Гугл посредно остварити од дигитализације. Наиме, иако је основна услуга у оквиру пројекта *Google Book Search* некомерцијална (основна услуга претраживања књига по кључним речима се не наплаћује), Гугл ће несумњиво посредно заради-

диционалног ауторскоправног режима. Предмет дигитализације тако су ауторска дела која су у јавном домену, као и дела за која су титулари ауторског права дали сагласност за овај вид умножавања. Вид. сајтове ових пројеката www.europeana.eu и www.wdl.org.

10 *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, предмет бр. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. 20.9.2005).

ти тиме што ће привући кориснике интернета на своје сајтове, пре свега на сајт своје основне делатности – претраживање интернета, те скупље наплаћивати доступни огласни простор. Иако ће титулари ауторског права индиректно допринети укупном успеху Гугла, они од спроведене дигитализације неће остварити никакав приход. Гугл ће, такође, остварити зараду и од продаје напредне услуге приступа делу у пуном обиму, намењене пре свега тзв. институционалним корисницима (библиотекама и универзитетима).¹¹

Питање је, међутим, да ли би се ико одлучио да спроведе овакав свеобухватан подухват дигитализације књига ради њиховог индексирања у интернет бази података уколико би морао платити накнаду сваком титулару ауторског права чије дело је на овај начин умножено и делом саопштено на интернету. Одговор је вероватно негативан. Међутим, овим питањем дозволили смо преиспитивање основних поставки традиционалног ауторскоправног режима с обзиром на разлоге економске ефикасности.

Гугл је након подношења тужбе застао са дигитализацијом књига које су предмет ауторског права чији титулар није доступан и усредсредно се на дигитализацију дела у јавном домену и дела за које су титулари ауторског права дали сагласност за овај вид умножавања. Три године након подношења тужбе, постигнуто је вансудско поравнање којим је предвиђено да на интернету буде доступно до двадесет процената сваке од дигитализованих књига, када је тираж штампаног издања исцрпљен. Библиотеке и универзитети имали би право на одређени број бесплатних терминала за приступ дигитализованим делима, али би у великом броју случајева ипак морали да се претплате на тзв. услугу институционалног приступа, којом би им био омогућен приступ дигитализованим делима у целини, осим у случају када су титулари ауторског права захтевали од Гугла да не саопштава примерке њихових дела.

Иако је свој подухват оправдавао и одређеним економским и културолошким разлозима,¹² Гугл је ипак своју одбрану превасход-

11 Гугл је касније понудио да приходе од претплате на напредну услугу и од продаје огласног простора подели са титуларима ауторског права у размери – 37% Гуглу, 63% титуларима ауторског права. Ова понуда се, наравно, није односила на дела у јавном домену и дела недоступних титулара ауторског права.

12 У прилог свом пројекту, Гугл је наводио да ће, када се он реализује, све универзитетске библиотеке бити у једнаком положају, да ће грађани у урбаним и руралним срединама имати једнак приступ знању, да ће приступ особа са посебним потребама бити олакшан, да ће јавне библиотеке добити бесплатне терминале за приступ основној услузи, да ће подухват омогућити вршење различитих научних истраживања (нпр. испитивање утицаја једног аутора на друге), да Гугл неће имати монопол над дигитализацијом дела која су предмет ауторског права чији титулар је недоступан.

но градио на изналажењу правног основа за предузимање поступка дигитализације без сагласности титулара ауторског права у оквирима традиционалног ауторскоправног режима. Тај правни основ, по наводи-ма туженог, представља теорија фер употребе ауторског дела. Гугл истиче да су сви критеријуми за примену теорије фер употребе задовољени. У вези са првим критеријумом, који се односи на сврху и карактер употребе дела, Гугл наводи да његов пројекат треба да резултира у стварању базе књига, базе која се може претраживати преко кључних речи које се често појављују у више различитих књига. Сврха такве базе је да омогући читаоцима да пронађу књиге, а не да представља замену за само читање књига. И други фактор, који се односи на природу дела, задовољен је по мишљењу одбране. Наиме, пројектом *Google Book Search* није фаворизована ниједна врста писаних ауторских дела. У бази би се налазила различита дела – од белетристике до научних радова. Одбрана је сматрала да је и трећи критеријум, који се односи на обим искоришћеног дела у односу на целину ауторског дела, испуњен. Иако скенира читаво ауторско дело, како би га могао претражити по кључним речима, Гугл јавно не саопштава целину дела, већ само одломак који омогућава корисницима интернета да се увере у релевантност резултата претраге. Најзад, Гугл сматра да је и четврти критеријум, који се односи на утицај посматраног понашања на тржиште и вредност ауторског дела, задовољен. Одбрана сматра да пројекат неспорно користи титуларима ауторског права, те да никаква штета не наступа услед скенирања књига, њиховог индексирања и јавног саопштавања одломака.¹³

13 За подробнију анализу видети: Pamela Samuelson, „Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace“, *Minnesota Law Review*, Vol. 94/2010, стр. 1308, доступно на сајту www.minnesotalawreview.org. Као што смо већ напоменули, теорија фер употребе, развијена у оквиру ауторског права САД, пружа већу флексибилност приликом утврђивања ограничења субјективног ауторског права и сродних права, него што је то случај са европским системом таксативно наведених ограничења и изузетака. Чини се да би Гугл пред судом неке од држава европског континенталног правног система теже доказао испуњеност услова за ограничење ауторског права. Анализом одредаба српског ауторског права можемо закључити да би Гугл, да се спор води пред домаћим судом, правни основ за спровођење поступка дигитализације ауторских дела без сагласности титулара права могао наћи једино у чл. 48 ЗАСП РС. Овим чланом прописано је ограничење субјективног ауторског права, у режиму суспензије, у случају привременог умножавања ауторског дела: а) уколико је умножавање пролазно или случајно; б) уколико умножавање чини саставни и битни део технолошког процеса; в) сврха умножавања јесте да омогући пренос података у рачунарској мрежи између два или више лица преко посредника, или да омогући законито коришћење ауторског дела; и г) умножавање нема засебан економски значај. Ипак, не може се са сигурношћу тврдити да би суд заиста закључио да су услови прописани чл. 48 ЗАСП РС у конкретном случају испуњени. Умножавање које предузима Гугл засигурно није случајно, а није извесно да би се могло окарактерисати као пролазно.

Поврх тога, током поступка Гугл је изнео одређене ставове који задиру у основне поставке система ауторскоправне заштите, те воде преиспитивању саме природе субјективног ауторског права. Наиме, оправдавајући свој поступак, Гугл је навео да субјективно ауторско право није природно право аутора на потпуну контролу над својим делом; оно је један утилитарни, практични концепт који је конструкција права. Ову успутну опаску о природи субјективног ауторског права никако не би требало занемарити, јер потиче од водеће интернет компаније која у великој мери може утицати на даљи развој ауторског права. У том смислу, овакав приступ врло вероватно наговештава смер у коме ће се ауторско право даље развијати.

Најзад, у оквиру треће категорије књига које би требало да буду предмет дигитализације (књиге које су у року ауторскоправне заштите, а чији тираж је исцрпљен) посебно спорне су ситуације где титулар ауторског права није доступан. Вансудским поравнањем Гугла и Удружења аутора планирано је да такве књиге буду дигитализоване и затим јавно саопштене, и то на интернету у одломцима од по двадесет страница, а у библиотекама које су се претплатиле на напредну услугу – у целини. У одсуству прописа о приступу делима недоступних титулара ауторског права, оваквим договором Гуглу се омогућава да *de facto* постане једини пружалац услуге приступа дигиталним примерцима ове врсте дела, те да временом повећа цене претплате библиотекама.¹⁴

Амерички суд није одобрио вансудско поравнање закључено 2008. године, након чега је споразум Гугла, Удружења аутора и издавача измењен. Суду је 2009. године поднет на одобрење нови споразум којим су из поступка дигитализације изузета писана ауторска дела први пут издата ван Сједињених Држава, осим иностраних писаних дела регистрованих у америчком Уреду за ауторско право или издатих у Великој Британији, Канади и Аустралији. Такође, измењени текст вансудског

14 Пројекат Гугла изазвао је забринутост и по другим основама. Наиме, у стручној јавности изнета је бојазан да ће библиотеке већи део свог буџета трошити на претплату на напредну услугу приступа делима у пуном обиму, због чега неће имати довољно средстава за куповину дела независних издавача. На тај начин ће временом у потпуности постати зависне од Гуглове услуге. Не треба занемарити ни чињеницу да би бесплатни терминали, које Гугл нуди библиотекама и универзитетима, омогућавали само бесплатно читање дигитализованих примерака дела, док би свака одштампана страница била наплаћивана. Такође, с обзиром на високу цену дигитализације (око тридесет долара по књизи), није извесно да би се у догледно време појавио пружалац сличне услуге. После одређеног временског периода, Гугл би остварио предност коју би тешко који потенцијални конкурент могао да сустигне (фонд до тада дигитализованих књига представљао би значајну чињеничну, тј. економску препреку за улазак на релевантно тржиште). Најзад, организације за заштиту људских права изнеле су страховања да би на овај начин Гугл могао да прати читалачке навике појединаца.

поравнања предвиђао је стварање фонда за исплату накнаде недоступним титуларима ауторског права, чије дело је дигитализовано у оквиру пројекта. Уколико после одређеног временског периода титулар не би био идентификован и/или лоциран, накнада би била исплаћена у складу са доктрином *су-près*, а не би била равномерно расподељена доступним титуларима који учествују у пројекту.¹⁵ Измењени текст споразума такође је одбијен, 2011. године.¹⁶ У октобру 2012. године, Гугл је закључио вансудско поравнање са Удружењем америчких издавача, на основу кога амерички издавачи могу одлучити да ли ће задржати у бази или искључити из ње књиге које су већ дигитализоване у оквиру пројекта. Они издавачи који одлуче да изузму књиге из пројекта, могу добити дигитализовани примерак, за своје потребе. Вансудским поравнањем између Гугла и Удружења америчких издавача не утиче се на текући судски поступак Удружења аутора против Гугла.¹⁷ Предмет тог спора сада се све више усмерава на предузету дигитализацију ауторских дела недоступних титулара ауторског права.

Како пројекти дигитализације књига, какав је *Google Book Search*, не би годинама били блокирани или барем успорени због непостојања прописа којим се уређује приступ делима недоступних титулара ауторског права, Европска унија је, за разлику од Сједињених Америчких Држава, усвојила посебан пропис који би требало да омогући

15 У складу са доктрином *су-près* коју примењују амерички судови, у случају када је фондом или заоставштином немогуће управљати у складу са изворном жељом оснивача, односно завештаоца, новчани износ се преусмерава на потпомагање активности које су „најближе могуће“ онима које је лице изворно имало у виду. На пример, након што је ропство постало забрањено, новац из фондова изворно намењен помагању активности усмерених на укидање ропства, могао би се преусмерити на помагање сиромашним особама афроамеричког порекла.

16 Гугл је креирао посебан веб сајт посвећен вансудском поравнању, на коме је доступан текст првобитног и измењеног споразума: www.googlebooksettlement.com.

17 У октобру 2012. године, амерички суд је, у повезаном спору, одлучио да јавне библиотеке које учествују у пројекту Гугла нису повредиле ауторско право дозволивши овој компанији да дигитализује књиге из њихових фондова. Суд је сматрао да су услови за примену теорије фер употребе испуњени. Наиме, Гугл свим библиотекама које учествују у пројекту обезбеђује по примерак сваке од дигитализованих књига, које оне користе за потребе очувања књижног фонда, пружање услуге напредног претраживања књижног фонда и омогућавање приступа особама са посебним потребама. Дигитализованим примерцима је могуће приступити и преко сајта пројекта *HathiTrust Digital Library*, када се дело налази у јавном домену или када је титулар права дозволио такав приступ. Чини се да би суд и неке од држава европског континенталног права дошао до истог закључка. У Србији је, на пример, прописано ограничење ауторског права у случају умножавања и стављања у промет дела за потребе особа са инвалидитетом (ЗАСП РС, чл. 54), као и у случају умножавања ауторског дела од стране библиотека за сопствене архивске потребе (ЗАСП РС, чл. 45).

правично усклађивање супротстављених интереса актера поступка дигитализације.

III Дигитализација ауторских дела и законско уређивање приступа делима недоступних титулара ауторског права

Не чекајући да се у пракси јаве проблеми слични онима који су предмет вишегодишњих судских поступака у Сједињеним Државама, Европска унија је у октобру 2012. године усвојила Директиву о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права. Различито уређивање поступка дигитализације дела недоступних титулара ауторског права у државама чланицама ЕУ довело би до нарушавања унутрашњег тржишта. Таква подела територије унутрашњег тржишта по националним границама била би не само у супротности са правом ЕУ,¹⁸ већ и са глобалним карактером интернета. Независно од адекватности усвојених правила, која ће бити предмет наше анализе, одмах се може приметити основна слабост усвојеног механизма – врста правног акта који је одабран. Као што је познато, директиве Европске уније обавезују државе чланице само у погледу циља, те остављају извесну слободу приликом њиховог имплементирања у националне правне системе. Такође, државама чланицама оставља се одређени рок за имплементацију директиве.¹⁹ Стога, јасно је да дејства усвојеног прописа неће моћи правилно бити оцењена док се не заврши поступак имплементације, односно док органи држава чланица не почну да примењују (национални) пропис. Извесно је да ће тумачење одређених норми бити затражено од Суда правде ЕУ, у форми претходног питања.²⁰

Директива се примењује на следеће категорије ауторских дела, која су у року ауторскоправне, односно сродноправне заштите, и која су први пут издата у некој од држава чланица ЕУ, односно, уколико први критеријум није задовољен, први пут емитована у некој држави чланици ЕУ: а) дела издата у облику књиге, часописа, новине, магазина или у другој писаној форми, садржана у колекцијама јавних библиотека,

18 Нарушавање слободног промета робе и слободног промета услуга, као елементарна унутрашњег тржишта.

19 Рок за имплементацију директиве истиче 29. октобра 2014. године.

20 Иако оснивачким уговорима ЕУ није прописано каква су дејства прелиминарних одлука Суда правде, опште је прихваћено да су оне обавезујуће за националне судове, посебно када је пресудом, односно мишљењем, Суд правде одлучивао о правној ваљаности националног правног акта. Исто важи када је у питању тумачење, јер је национални суд везан тим тумачењем, тј. интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања. Детаљније код: Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, 1. издање, Београд, 2006, стр. 62–71.

образовних установа или музеја, као и у колекцијама архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу; б) кинематографска или аудиовизуелна дела и фонограми садржани у колекцијама јавних библиотека, образовних установа и музеја, као и у колекцијама архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу; в) кинематографска или аудиовизуелна дела и фонограми произведени од стране емисионих станица које врше функцију јавног сервиса до 31. децембра 2002. године, укључујући и тај датум, и који су сачувани у њиховим архивама. Директива се такође примењује на ауторска дела и фонограме, у претходно наведеним категоријама, који никада нису били издати, нити емитовани, али који су били учињени доступним јавности од стране јавних библиотека, образовних установа, музеја, архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу, уз сагласност титулара права, под условом да се разумно може претпоставити да се титулари права не би противили начину коришћења који је уређен овом Директивом. Пропис се примењује и на ауторска дела и предмете сродноправне заштите који су унети у ауторска дела и фонограме из претходно поменутих категорија, или чине њихов саставни део.²¹

Директивом се дела недоступних титулара права („дела сирочад“) дефинишу као ауторска дела и фонограми која су предмет субјективног ауторског или сродног права чији титулар, односно ниједан од титулара није идентификован, или, чак и када је један или више њих идентификован, ниједан није лоциран упркос темељној претрази. Када постоји више титулара права, и сви нису идентификовани, или јесу идентификовани али нису лоцирани и поред темељне потраге, ауторско дело или фонограм могу бити коришћени у складу са овом Директивом, под условом да су идентификовани и лоцирани титулари права дали сагласност за умножавање дела, односно фонограма.²² Директивом се прописује узајамно признавање статуса дела недоступних титулара ауторског права. Наиме, уколико се ауторско дело или фонограм у једној држави чланица сматра делом недоступног титулара права, у складу са критеријумима прописаним овом Директивом, тај статус имаће и у свим другим државама чланицама ЕУ. Узајамно признање статуса важи и за ауторска дела и фонограме код којих постоји више титулара права, и сви нису идентификовани, или јесу идентификовани али нису лоцирани и поред темељне претраге, у погледу права титулара који нису идентификовани или лоцирани.²³

21 Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, чл. 1, ст. 2–4.

22 *Ibid*, чл. 2.

23 За критички осврт на проблем приступа делима недоступних титулара ауторског права вид. Ariel Katz, „The orphans, the market, and the copyright dogma: a modest

Темељна потрага за титуларима права подразумева претраживање релевантних извора за сваку категорију ауторског дела, односно предмета сродноправне заштите, и мора бити реализована пре предузимања радње искоришћавања дела, односно фонограма. Листу релевантних извора које треба претражити одређују државе чланице, уз консултовање организација титулара права и корисника. Свака листа релевантних извора, коју утврди поједина држава чланица ЕУ, мора обухватити изворе наведене у анексу Директиве (нпр. када су у питању издате књиге, морају се претражити депозити и каталози јавних библиотека, архива удружења издавача и аутора, постојеће базе података, информације којима располажу организације за колективно остваривање права). Темељна претрага треба да буде предузета у држави чланици у којој је дело први пут издато, односно, уколико није издато, у држави чланици у којој је први пут емитовано, осим када је реч о кинематографским и аудиовизуелним делима чији продуцент има седиште или уобичајено боравиште у другој држави чланици, када претрагу треба извршити у држави његовог седишта, односно уобичајеног боравишта. Уколико има доказа који упућују на то да се релевантна информација о титулару права може наћи у другој држави, темељна претрага треба да обухвати и релевантне изворе доступне у тој држави.²⁴ Јавне библиотеке, образовне установе, музеји, архиви и установе које се старају о филмском или аудио наслеђу, и емисионе станице које врше функцију јавног сервиса (надаље: овлашћена лица) дужне су да сачувају доказе о предузетим темељним претрагама, на основу чијих резултата су одређеном ауторском делу или фонограму доделиле статус дела недоступног титулара права, и да их доставе надлежном органу државе чланице, који ће их даље проследити Уреду за хармонизацију унутрашњег тржишта у Аликантеу (Шпанија). Уред је Директивом обавезан да успостави и води посебну онлајн базу података о делима недоступних титулара права. Чини се да институт темељне претраге може створити највише проблема приликом примене националних прописа којима се имплементира Директива. Не постоји јединствена европска листа релевантних извора које треба претражити, нити је могуће обезбедити сасвим једнако поступање овлашћених лица у различитим државама чланицама. Уједначавање поступања овлашћених лица биће свакако један од већих изазова са којима ће се сусрести Европска комисија и надлежни органи држава чланица у примени ове Директиве.

Имплементацијом Директиве, државе чланице ЕУ се обавезују да националним ауторским правом пропишу ограничење овлашћења на

solution to a grand problem“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 27, No. 3/2013, стр. 1286-1344.

24 Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, чл. 3.

умножавање и овлашћења на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дела доступним јавности, како би овлашћеним лицима у смислу ове Директиве омогућили законито коришћење дела недоступних титулара права. Овлашћена лица дужна су да користе дела недоступних титулара ауторског права у складу са јавним интересом, а нарочито на начин којим се чувају и обнављају ауторска дела и фонограми који су део њихових колекција, као и омогућава приступ у културне и образовне сврхе.²⁵ Овлашћена лица могу остваривати приход од дозвољених начина коришћења дела недоступних титулара права, али он мора искључиво произилазити из потребе намиривања трошкова дигитализације и чињења дела доступним јавности. Ипак, усвајањем овог прописа, Европска унија није онемогућила да се заинтересована привредна друштва и друге установе ван круга овлашћених лица укључе у пројекте дигитализације дела недоступних титулара ауторског права. Напротив, изричито је прописано да се Директивом не ограничава слобода уговарања, нарочито у вези са закључивањем јавно-приватних партнерстава ради остваривања јавног интереса чија заштита је поверена овлашћеним лицима.²⁶ Ипак, организације изван круга овлашћених лица (нпр. Гугл) не могу непосредно и самостално водити пројекат дигитализације који би обухватао дела недоступних титулара права.

Статус дела недоступног титулара ауторског права не мора бити трајан. Уколико накнадно буде идентификован или лоциран титулар права, дело више неће бити сматрано делом недоступног титулара права, а титулар ће остварити право на правичну накнаду за коришћење дела. Државе чланице ће прописати услове под којима ће се правична накнада исплатити. Такође, износ правичне накнаде биће одређен прописима државе чланице у којој је седиште овлашћеног лица, и у складу са ограничењима прописаним правом Европске уније.²⁷ Нажалост, Директивом нису прописани никакви критеријуми на основу којих ће државе чланице утврђивати износ правичне накнаде. То би могло довести до неуједначеног поступања и својеврсног фаворизовања одређених држава чланица приликом одабира партнера за пројекте дигитализације. Организације које немају статус овлашћеног лица у смислу Директиве тако би могле да партнере траже међу овлашћеним лицима из држава чланица у којима је износ правичне накнаде нижи, како би умањиле трошкове при евентуалном спору који би могао повести накнадно идентификовани или лоцирани титулар права.

25 *Ibid.*, чл. 6 ст. 2.

26 *Ibid.*, чл. 6 ст. 4.

27 *Ibid.*, чл. 6 ст. 5.

IV Закључна разматрања

Више него и један други проналазак у области технике, интернет је довео до преиспитивања основних поставки традиционалног ауторско-правног режима. Делатност пружалаца услуге интернет претраживања, и повезаних напредних услуга, несумњиво зависи од приступа дигитализованим примерцима ауторских дела. Пружаоци ових услуга спремни су и да сами спроведу поступак дигитализације, носећи притом његове трошкове. Ипак, за сваку радњу умножавања и интерактивног чињења доступним примерка дела, или његовог одломка, неопходно је претходно прибавити сагласност титулара ауторског права.

Досадашња пракса показала је да су се судови, као и део стручне јавности, различито односили према дигитализацији ауторских дела, када је она предузимана ради индексирања дела у резултатима интернет претраге, с једне стране, и када је она предузимана ради нуђења напредне услуге претраживања и приступа електронској бази књига доступних у јавним библиотекама. У првом случају, прижаоци услуге интернет претраживања умножавају веб сајтове у циљу претраживања њиховог садржаја, а затим, на основу анализе тог садржаја, формирају резултат претраге који се приказује кориснику интернета. Резултат претраге често садржи умањени приказ насловне стране сајта и неколико реченица преузетих са сајта, које указују на релевантност приказаног резултата. Реч је, дакле, о умножавању и интерактивном чињењу доступним јавности одломака ауторских дела. Сам изглед веб сајта јесте, уколико испуњава услов оригиналности, ауторско дело, као и његов садржај (текст или фотографија). Ипак, у до сада вођеним споровима против пружалаца услуге интернет претраживања, национални судови углавном нису утврђивали повреду ауторског права, сматрајући да је делатност тужених у оквирима прописаних ограничења ауторског права. Сматрамо, међутим, да се делатност тужених у овој врсти спорова не може подвести ни под једно од ограничења ауторског права прописаних у праву Европске уније, и националним правним системима држава кандидата, међу којима је и Србија. Одсуство већег броја тужби због повреде права објашњавамо несумњивим интересом титулара ауторског права да њихово дело буде индексирано у резултатима интернет претраге.

С друге стране, дигитализација књига ради пружања напредне услуге претраге и приступа онлајн бази дела доступних у јавним библиотекама наишла је на бројна противљења титулара права и стручне јавности. Реализација пројекта *Google Book Search* годинама је успорена због судског поступка који удружења аутора и издавача воде против

овог пружаоца услуге интернет претраживања. Несумњиво је да библиотеке могу, на основу прописаног ограничења субјективног ауторског права, умножити ауторска дела за своје архивске потребе. Питање је, међутим, да ли би се овај изузетак могао проширити и на ситуацију у којој би библиотеке на основу тако умножених примерака самостално пружале интерну услугу претраживања њиховог књижног фонда. Подухват Гугла још је контроверзнији због чињенице да га спроводи интернет компанија у сарадњи са јавним библиотекама, на које се једино односи претходно поменуто ограничење субјективног ауторског права. Сматрамо да пружање услуге напредног претраживања интернета, које подразумева саопштавање одломака дигитализованих примерака књига на интернету неспорно претпоставља прибављање сагласности титулара ауторског права. Ограничења прописана у европском континенталном ауторском праву не односе се, по нашем уверењу, на активности Гугла, које су предмет спора у Сједињеним Америчким Државама.

Подухват који је Гугл предузео у сарадњи са једним бројем јавних библиотека и издавача у САД изворно је обухватао и дигитализацију дела недоступних титулара ауторског права. Иако је несумњив културно-образовни значај поновног чињења доступним светској јавности дела чији су ретки примерци „заборављени“ у библиотекама, сматрамо да приступ овој категорији дела мора бити уређен законом на општи и једнак начин, а не зависити од споразума пружалаца услуге интернет претраживања са библиотекама. За разлику од Сједињених Америчких Држава, у којима још увек није усвојен пропис о приступу делима недоступних титулара ауторског права, Европска унија је у октобру 2012. године усвојила директиву којом се прописују услови под којима је дозвољено умножити и интерактивно учинити доступним јавности таква дела. Нажалост, директива, као правни акт Европске уније који мора бити имплементиран у национално законодавство, оставља могућност различитог формулисања и тумачења имплементационих норми. Значење појединих института, као што је то на пример случај са институтом темељне претраге, захтеваће појашњења Суда правде ЕУ. Због начина на који су формулисане поједине одредбе Директиве ЕУ о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права од изузетног значаја биће интерпретативни ставови Суда правде, који делују као правноснажно решење претходног питања које је упутио национални суд.

Dušan POPOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

DIGITIZATION OF COPYRIGHTED WORKS AND ACCESS TO ORPHAN WORKS

Summary

Over the last decade, we have witnessed the process of digitization of copyrighted works publicly available at websites, which is a prerequisite for the provision of an Internet search service as well as of other related advanced services, such as the access to and search of online bases of digitized books. In this paper the author analyses whether and under which circumstances copyright law allows for the digitization of copyrighted works, without prior consent of the copyright owners. The analysis encompasses the current Google Book Search project. The process of digitization of orphan works represents a separate and more complex problem, which is still to be considered in a global and comprehensive way. In October 2012, the European Union adopted a Directive 2012/28 on certain permitted uses of orphan works, in an attempt to reach a compromise which would allow for unrestricted access to knowledge, while at the same time respecting the traditional copyright regime. For an EU candidate country, such as Serbia, the adoption of this directive is of outmost importance.

Key words: *copyright, intellectual property law, orphan works, digitization, exceptions and limitations, Internet.*