

UDK: 347.78

CERIF: S124, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003220I

др Свјетлана ИВАНОВИЋ\*

доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

## КОРИШЋЕЊЕ ТУЂЕГ АУТОРСКОГ ДЈЕЛА – ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И ПОВРЕДЕ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА

### Сажетак

*Предмет рада је анализа ауторскоправних и сродноправних аспеката стварања ауторских дјела и предмета заштите који настају коришћењем одломака туђих ауторских дјела. Савремена технологија омогућила је различите облике комбиновања и модификације дијелова туђих дјела у различитим областима стваралаштва. Данашња популарна култура обилује новим јавним облицима изражавања креативности, који се добрим дијелом заснивају на коришћењу постојеће садржаја. У раду су анализирана поједина питања из пресуде Суда правде Европске уније у случају Pelham, у коме је предмет спора било коришћење веома крајњој одломка туђе композиције. Пресудом су прецизирани услови под којима постоји повреда искључивој овлашћења произвођача фонограма на умножавање фонограма и поједини облици ограничења ауторској и сродних права. Такође, пресуда се бави утицајем слободе изражавања на обликовање ограничења ауторској и сродних права.*

---

\* Електронска адреса аутора: [svjetlana.ivanovic@pravni.ues.rs.ba](mailto:svjetlana.ivanovic@pravni.ues.rs.ba).

**Кључне речи:** Ауторско право. – Право произвођача фонограма. – Умножавање. – Прерада. – Циширање. – Слобода изражавања.

## I Увод

Стваралаштво почива на постојећој културној баштини и обрасцима дјеловања у одређеној области умјетничког или научног изражавања. Надахнуће појединца најчешће је резултат тренутне инспирације, мало талента и много рада, и скоро увијек одражава личност ствараоца. У личности аутора обједињена су знања, искуства, доживљаји спољашњег и унутрашњег свијета и све то добија свој израз у различитим облицима стваралаштва. Ослањање на постојећа дјела није ни ново ни непожељно, само остаје питање мјере у којој се то чини. Преузимање и присвајање туђег рада је одувијек била крађа; тачније, у контексту ауторскоправне заштите, повреда права или, популарно речено, плагијат. Постоје и допуштени облици преузимања туђих дјела или њихових дијелова, као и њиховог прилагођавања, адаптирања или прераде. Поједини умјетнички правци заснивају се управо на коришћењу постојећих дјела и њиховом комбиновању како би се добило ново дјело.

Развој дигиталних технологија омогућио је разноврсне облике манипулације садржајем, било да су у питању фотографије, видео записи, музика и сл. Некада је за такве радње била неопходна скупа техничка опрема, док се данас већина садржаја ствара у „кућној радиности“. Чак сам израз садржај<sup>1</sup> постао је преовлађујући у интернет ери, јер се говори о стварању садржаја, а не о стварању музике, филмова и других облика изражавања који могу бити предмет ауторскоправне или сродноправне заштите. Нови садржај често се састоји од већ постојећег, као што су музика, инсerti из филмова или видео-игрица, који се углавном мијења или комбинује са неким другим садржајем. Ова појава је нарочито раширена у музичкој индустрији у којој се поједини музички правци заснивају на коришћењу препознатљивих дијелова туђих композиција. Изразит примјер је тзв. „семпловање“<sup>2</sup> које датира још из седамдесетих година прошлог вијека и представља технику стварања музике коришћењем исјечака из већ постојећих композиција.

Поставља се питање какав је статус тих новостворених дјела: могу ли се сматрати дјелима прераде; да ли се њиховим коришћењем врши

1 Енглески термин *content*.

2 Енглески термин *sampling*. Ово је један од савремених термина који још увијек немају адекватан превод на српски језик, па су просто преузети из енглеског језика.

повреда ауторског и сродних права и има ли мјеста за примјену изузетака и ограничења права? С обзиром на то да се дијелови узимају са туђих фонограма и да на тај начин настаје нови фонограм, значајно је питање статуса произвођача фонограма и евентуалне повреде његовог права. Са становишта лица које користи туђе дјело, претјерана ограничења и заштита ауторског права могу довести у питање његову слободу изражавања. Јединствен одговор је тешко пронаћи, јер су различити модалитети и обим коришћења туђих одломака у пракси. Иако се не ради о новој појави, Суд правде Европске уније је понудио детаљније смјернице за рјешавање овог проблема у пресуди која ће сигурно утицати на концепт заштите ауторског и сродних права у будућности. Наведена пресуда биће полазна тачка наше анализе неких спорних питања у вези са коришћењем туђих ауторских дјела.

## II Пресуда Суда правде Европске уније у случају *Pelham*

Суд правде Европске уније је 29. јула 2019. године донио одлуку којом је дао смјернице за рјешавање спора који у Њемачкој траје скоро двије деценије, а тиче се коришћења дијела музичке композиције. Бенд „*Kraftwerk*“ је седамдесетих година прошлог вијека снимиио пјесму „*Metall auf Metall*“ из које је 1997. године узета ритмичка секвенца, односно „семпл“ од двије секунде, која је искоришћена у композицији „*Nur mir*“ познатог реп извођача. Тужиоци, као продуценти фонограма, су тврдили да је на тај начин дошло до повреде права произвођача фонограма и поставили су захтјев за престанак повреде права, накнаду штете, пружање информација и предају фонограма ради њиховог уништавања. Првостепени суд је усвојио тужбени захтјев, жалба и ревизија су одбијене у даљем поступку, да би напослетку спор дошао до Савезног уставног суда.<sup>3</sup> Њемачки судови донијели су укупно четири одлуке по овом питању и заузели став да у конкретном случају постоји повреда права произвођача фонограма.

Специфичност њемачког ауторског права је постојање посебног ограничења у виду тзв. „слободне употребе“, која омогућава самостално објављивање и коришћење адаптираног и измјењеног дјела. Ако је адаптирано и измјењено дјело самостално, тада је његов аутор самосталан у вршењу овлашћења. Овај облик ограничења предвиђен је првенствено због развоја културе и предвиђен је за ауторско право. По аналогiji, ово

3 Детаљније о пресуди њемачког Савезног уставног суда вид. Marc Mimler, „*Metall auf Metall – German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling of Music Tracks*“, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 7, Nr. 1/2017, 119–127.

ограничење може се примјенити и на произвођача фонограма. Међутим, њемачки суд је сматрао да се у конкретном случају не може позвати на слободну употребу из простог разлога што је произвођач каснијег фонограма могао сам да произведе исти звук и није било неопходно да користи ранији фонограм. Тужени се обратио Савезном уставном суду тврдећи да је угрожена његова слобода умјетничког изражавања. Уставни суд је установио да ако се пореде различита права и њихова угроженост, много већи проблем је угрожавање умјетничке слободе изражавања код прављења семплова, него што су угрожени економски интереси произвођача фонограма.<sup>4</sup> Неколико спорних питања упућено је Суду правде Европске уније. У наставку ћемо се осврнути на нека од њих.

## 1. Коришћење одломака туђег ауторског дјела или фонограма

### а) Овлашћење на умножавање фонограма

Прво питање које је постављено Суду правде Европске уније односило се на постојање повреде искључивог овлашћења произвођача фонограма на умножавање фонограма у случају да су веома кратки исјечци преузети и пренесени на други фонограм. Наиме, произвођач фонограма има искључиво овлашћење на умножавање фонограма према одредбама Директиве о информационом друштву.<sup>5</sup> Исто овлашћење произвођача фонограма предвиђено је Римском конвенцијом,<sup>6</sup> као и *WIPO* Уговором о интерпретацијама и фонограмима.<sup>7</sup> Директива предвиђа да је произвођач фонограма овлашћен да дозволи или забрани директно или индиректно, привремено или трајно умножавање фонограма било којим средствима и у било којем облику, у цјелини или

4 Martin Senftleben, „Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 51, Nr. 6/2020, 755–756.

5 Директива о хармонизацији одређених питања ауторског и сродних права у информационом друштву (*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; даље у фуснотама: Директива о информационом друштву), чл. 2 ст. 1 тач. г.

6 Међународна конвенција о заштити извођача, произвођача фонограма и организација за радио-дифузију из 1961. године (*Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*), чл. 10. Текст конвенције вид. у Весна Бесаровић, Благота Жарковић, *Интелектуална својина: Међународни уговори*, Београд, 1999, 380–390.

7 *WIPO* Уговор о интерпретацијама и фонограмима из 1996. године (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*), чл. 11. Текст уговора вид. у В. Бесаровић, Б. Жарковић, 399–407.

у дијеловима. Међутим, нити је Директивом, нити другим изворима права прецизирано шта се подразумева под дијеловима фонограма и како се то може тумачити. У конкретном случају, радило се о дијелу фонограма, односно о запису звука који траје свега двије секунде, па се намеће питање да ли је то довољно за постојање радње умножавања. Полазећи од општег циља Директиве, а то је висок ниво заштите ауторског и сродних права, и нарочито од циља да се произвођачу фонограма омогући заштита инвестиције у производњу тог фонограма, суд сматра да се коришћење чак и сеома кратких дијелова фонограма мора сматрати радњом умножавања.<sup>8</sup>

Исти став је заузео и њемачки суд, истичући разлике између смисла ауторскоправне и сродноправне заштите. Наиме, ауторско право штити креативност и обимом заштите су обухваћени само оригинални дијелови ауторског дјела, што значи да се неоригинални дијелови могу слободно користити. Са друге стране, сродноправна заштита почива на заштити привредног подухвата, инвестиције у стварање фонограма, видеограма, емисије или базе података. Ако се заштита фонограма темељи на организационим напорима продуцента, не постоји ниједан дио фонограма који није обухваћен заштитом.<sup>9</sup> Разлика у нивоу заштите ауторског и сродних права предмет је критике у дијелу теорије, будући да доводи до претјеране заштите сродних права.<sup>10</sup> Поједини аутори истичу да би, по узору на повреду права произвођача базе података, повреда искључивог овлашћења на умножавање фонограма могла да постоји само у случају ако се тиме наноси значајна штета економским интересима носиоца права, тј. ако носилац права не може да поврати уложену инвестицију. Спорно је да ли коришћење малих дијелова фонограма у виду семплова може да угрози интересе произвођача фонограма, јер не угрожава његов положај нити ствара замјену на тржишту.<sup>11</sup>

Суд правде је заузео становиште да преузимање и најмањег дијела фонограма може да се сматра повредом права, али је увео још један додатни критеријум. Наиме, ако је преузети дио фонограма измјењен у толикој мјери да је постао непрепознатљив, онда неће постојати по-

8 Суд правде Европске уније, *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas v. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 29–30.

9 M. Senftleben, 752.

10 P. Bernt Hugenholtz, „Neighbouring Rights are Obsolete“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 8/2019, 1009.

11 Lionel Bently, Séverine Dusollier, Christophe Geiger, Jonathan Griffiths, Axel Metzger, Alexander Peukert, Martin Senftleben, „Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, *Pelham GmbH v. Hütter*“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 4/2019, 480.

вреда права, односно радња умножавања.<sup>12</sup> Овакав начин резоновања правда се потребом поштовања слободе умјетничког изражавања, јер се техника семпловања сматра врстом умјетничког израза. Заштита једног права не може бити на уштрб другог права, јер између различитих права мора постојати одговарајућа равнотежа. У конкретном случају, равнотежа мора бити успостављена између ауторског и сродних права, на једној страни, и слободе изражавања, на другој.

Остаје нејасно како ће се у пракси тумачити критеријум непрепознатљивости и у којој мјери преузети дио фонограма мора бити измјењен да не би постојала повреда права. Питање је чије мишљење или, боље речено, чији слух ће бити пресудан за препознавање преузетог садржаја. Дobar познавалац одређеног музичког правца и стручњак за семпловање би са лакоћом могао да препозна преузете секвенце звука, па би задати критеријум био тешко остварив. То би вјероватно могао да буде просјечни слушалац који би без упуштања у претјерану анализу могао да препозна преузете дијелове.<sup>13</sup> Осим тога, критеријум који је суштински субјективан служи за одређење постојања повреде права. Ако је коришћење дијелова туђег фонограма радња умножавања, како је могуће да коначан исход и начин на који је инкорпорисан у нови фонограм утиче на то да ли постоји повреда права или не? Сврха и начин коришћења преузетих дијелова не би требало да утичу на постојање радње умножавања. Практично, постојање повреде права зависиће од понашања лица које преузима дијелове туђег фонограма. Уколико је то лице довољно креативно да преузети дио доведе до непрепознатљивости, онда нема радње умножавања. У супротном, долази до повреде права. У оба случаја, користи се туђи фонограм, односно његови дијелови и, објективно, врши се радња умножавања.<sup>14</sup>

### б) Овлашћење на прераду ауторског дјела

Ако проблем преузимања одломака туђих дјела посматрамо са становишта ауторског права, јасно је да се ради о адаптацији, односно преради ауторског дјела. Са друге стране, произвођач фонограма нема искључиво овлашћење на прераду фонограма, јер то може да буде само нови фонограм, а евентуално преузимање одломака може да се посматра као радња умножавања. Осим тога, прерада или адаптација није

12 Суд правде Европске уније, *Hutter v. Pelham*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 31.

13 M. Senftleben, 757.

14 Eleonora Rosati, The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction, 2019, доступно на адреси: <http://ipkitten.blogspot.com/2019/08/the-pelham-decision-only-recognizable.html>, 23. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

регулисана на нивоу Европске уније, па се у недостатку хармонизованих правила адаптација подводи под појам умножавања.<sup>15</sup>

Адаптацијом дјела настаје дјело прераде. Ауторска дјела се могу подијелити на изворна дјела, дјела прераде и збирке. Изворна дјела су она код којих се не могу идентификовати препознатљиви оригинални елементи неког другог дјела. Дјела прераде су она дјела у којима се могу препознати карактеристични елементи другог ауторског дјела, али садрже довољан степен оригиналности и представљају самостална дјела.<sup>16</sup> То су преводи, прилагођавања, музички аранжмани, обраде и друге прераде. Разлика између изворних дјела и дјела прераде је у томе што је аутор дјела прераде зависан у вршењу својих овлашћења од аутора изворног дјела, односно дјело прераде се не може користити без дозволе аутора изворног дјела. Стога је право на прераду једно од искључивих имовинскоправних овлашћења аутора.<sup>17</sup> Оно је као искључиво овлашћење аутора предвиђено још Бернском конвенцијом.<sup>18</sup>

Дакле, једино је аутор овлашћен да дозволи или забрани прераду дјела, тачније искоришћавање прераде. Аутор или други носилац права не може да забрани прераду дјела као такву, јер је то у приватној сфери појединца, али је за сваки облик коришћења потребна дозвола. Законом је изричито предвиђено да прерада обухвата и случај када се дјело у неизмјењеном облику угради или укључи у ново дјело. Из наведеног јасно произлази да је, уколико су испуњени наведени услови, неопходна сагласност носиоца права за сваки облик коришћења таквог дјела.

У одређеним ситуацијама, предвиђена је слободна прерада дјела, као један од облика ограничења права. Објављено ауторско дјело се може слободно прерадити ако се ради о пародији или карикатури; ако то не ствара или не може да створи забуну у погледу извора дјела; ако је ријеч о приватној или сопственој преради која није намијењена и није приступачна јавности и ако се ради о преради у вези са дозвољеним коришћењем дјела која је проузрокована самом природом или начином коришћења.<sup>19</sup>

15 М. Senfleben, 759.

16 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 41.

17 Закон о ауторском и сродним правима БиХ – ЗАСП БиХ, *Службени тласник БиХ*, бр. 63/2010, чл. 33; Закон о ауторском и сродним правима Србије – ЗАСП Србије, *Службени тласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, чл. 31.

18 Бернска конвенција о заштити књижевних и умјетничких дјела из 1886. године (*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*), чл. 12. Текст Бернске конвенције вид. у В. Бесаровић, Б. Жарковић, 329–356.

19 ЗАСП БиХ, чл. 50; ЗАСП Србије, чл. 54а.

Иако је овлашћење на прераду дјела имовинскоправно, не треба занемарити ни личноправна овлашћења која се морају поштовати приликом прераде дјела, у мјери у којој је то могуће. Свака прерада нужно значи нарушавање интегритета дјела на које аутор или други носилац права свјесно пристаје. Међутим, то не значи да не може доћи до својеврсног прекорачења овлашћења и повреде права уколико су стваралачки углед и част аутора повријеђени.

## 2. Ограничења ауторског и сродних права

Једно од питања које је постављено Суду правде ЕУ односило се на могућност позивања на цитирање као облик ограничења права приликом коришћења мањих исјечака. Питање је гласило: може ли се рећи да се ауторско дјело или други предмет заштите користи у сврху цитирања у складу са чланом 5 став 3 тачка д) Директиве о информационом друштву ако није очигледно да је у питању туђе дјело или предмет заштите. Наиме, ако коришћењем препознатљивих дијелова туђег фонограма долази до повреде права, може ли се корисник позвати на ограничење и изузетке права произвођача фонограма, конкретно на цитирање. Цитирање је дословно навођење туђег дјела, обично краћих дијелова, у сврхе као што је критика или осврт, уз услов да се ради о већ објављеном дјелу или предмету заштите, да је наведен извор, а ако је могуће и аутор, да је њихово коришћење у складу са поштенем праксом и у мјери оправданој сврхом која се жели постићи.<sup>20</sup>

Ограничење ауторског права у сврху цитирања предвиђено је чланом 10 Бернске конвенције. У нашем закону, дозвољено је дословно навођење цитата или одломака из објављеног ауторског дјела ради научног истраживања, критике, полемике, рецензије, наставе и другог осврта у мјери оправданој потребом приказа, суочења или упућивања које жели да се постигне и у складу је са добрим обичајима.<sup>21</sup> Приликом цитирања наводи се извор и име аутора, ако је то назначено на употребљеном дјелу.

Став суда је да се израз „цитирање“ мора тумачити у значењу које има у свакодневном говору. Кључно обиљежје цитирања је да лице које није аутор користи дјело или његов одломак како би илустровало одређену идеју, бранило одређени став или омогућило интелектуално супротстављање својих идеја са наведеним дјелом. Да би се корисник могао позвати на овај облик ограничења, неопходно је да има намјеру да уђе у својеврстан дијалог са дјелом, да оствари интеракцију са дјелом.<sup>22</sup>

20 Директива о информационом друштву, чл. 5 ст. 3 тач. д.

21 ЗАСП БиХ, чл. 47; ЗАСП Србије, чл. 49.

22 Суд правде Европске уније, *Hutter v. Pelham*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 71.



Први услов да би се корисник могао позвати на цитирање јесте да цитирање мора бити у сврхе као што је критика или осврт. Јасно је да је сврха у коју се може вршити цитирање само примјерице наведенона и да се не ограничава искључиво на критику или осврт. Коришћење цитата може имати и другу сврху, али је у сваком случају неопходно да корисник има намјеру да уђе у неку врсту дијалога са дјелом, односно неопходна је интеракција између дјела које се дословно наводи и дјела у коме се налази цитат.

Други услов за коришћење цитирања, који практично произлази из првог, јесте непромијењена природа и могућност распознавања дословног навођења. Дакле, цитирани дио мора бити унесен у дјело без измјена и мора бити такав да се лако може разликовати као страни елемент. Трећи услов се односи на обиљежавање извора одакле је преузет цитат и означавање аутора, ако је то могуће.

У конкретном случају, општи правозаступник је сматрао да услови за примјену овог изузетка нису испуњени, јер недостаје било каква врста дијалога са дјелом.<sup>23</sup> Преузимање дијелова туђег фонограма да би били унесени у нова дјела, тј. нове фонограме, не значи успостављање било каквог дијалога. Прије би се могло рећи да се ради о присвајању цитираних одломака, а не о дијалогу са њима, јер нити им се одаје почасти, нити се критикују. Трагом мишљења правозаступника, суд је заузео становиште да се цитирање не може примјенити ако се користе дијелови који су непрепознатљиви, што значи да би примјена цитирања могла доћи у обзир уколико је ријеч о одломцима који би се могли разазнати.

Суд правде Европске уније је у ранијој пресуди имао прилику да се изјашњава о цитирању полазећи од смисла цитирања. Смисао изузетака и ограничења ауторског и сродних права је у одржавању правичне равнотеже између права и интереса аутора, на једној страни, и права корисника ауторских дјела и других предмета сродноправне заштите, на другој. Када је у питању цитирање, смисао је одржавање правичне равнотеже између слободе изражавања корисника дјела и других предмета заштите, и искључивог овлашћења носилаца права на умножавање. У конкретном случају, право корисника на изражавање односи превагу над правом аутора да забрани умножавање одломака његовог дјела које је законито објављено уз навођење имена аутора.<sup>24</sup>

23 Мишљење општег правозаступника у предмету C-476/17, 12. 12. 2018, пар. 64–69.

24 Суд правде Европске уније, *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, C-145/10, 1. 12. 2011, пар. 132–135.

Према мишљењу правозаступника, осим цитирања у случају коришћења одломака фонограма, има мјеста примјени ограничења права у сврху пародије или карикатуре уколико су испуњени услови за то.<sup>25</sup> У питању је једно од већ поменутих ограничења које се односи на слободну прераду дјела, тачније дјело се може слободно прерадити ако је то учињено у сврху пародије или карикатуре.

Осим цитирања и слободне прераде дјела, мишљења смо да би у сличним ситуацијама још једно ограничење могло да се примјени, а то је ограничење које се односи на небитне састојке дјела. Објављена дјела која представљају небитан састојак у односу на главно дјело у које су укључена, или у односу на ствар са којом се заједно користе, у слободној су употреби при искоришћавању таквог главног дјела или ствари.<sup>26</sup> Истина, овдје се говори о дјелу које је у цјелини саставни дио другог дјела, као и о томе да је укључено дјело небитно у односу на главно дјело, што би се морало цијенити у сваком конкретном случају.

Приликом тумачења изузетака и ограничења права, неопходно је примјенити тзв. „тест у три корака“. То значи да ограничења и изузеци морају бити унапријед прописани, њихова примјена не смије бити у супротности са уобичајеним искоришћавањем дјела или предмета сродноправне заштите и не смију наносити штету законитим интересима носилаца права.<sup>27</sup>

### 3. Ауторско и сродна права и слобода изражавања

Пресуда у случају *Pelham* је прва пресуда у којој се Суд правде ЕУ изричито позива на умјетничку слободу, као један вид слободе изражавања. Заправо, суд разматра однос права интелектуалне својине, тачније ауторског и сродних права, и слободе изражавања.

На који начин основна права предвиђена Повељом утичу на обим заштите искључивих права произвођача фонограма и на обим ограничења и изузетака од тих права?<sup>28</sup> Другим ријечима, питање је колико основна права утичу на тумачење обима заштите искључивих права и ограничења тих истих права. С обзиром на то да се у конкретном случају ради о слободи изражавања, упитно је да ли је допуштено, позивајући се на слободу умјетничког изражавања, вршити повреду права произвођача фонограма и ком праву треба дати примат. Суд правде се овим питањем

25 Мишљење општег правозаступника у предмету C-476/17, 12. 12. 2018, пар. 70.

26 ЗАСП БиХ, чл. 48; ЗАСП Србије, чл. 54в.

27 Директива о информационом друштву, чл. 5 ст. 5.

28 Европска повеља о основним правима из 2012. године (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

није бавио посебно, већ заједно са првим питањем о постојању повреде права. Дајући одговор на прво питање и предвиђајући да повреда права не постоји ако је искоришћени одломак постао непрепознатљив, суд практично уважава слободу умјетничког изражавања.

Смисао ограничења ауторског и сродних права је успостављање равнотеже између интереса аутора и других носилаца права, на једној страни, и права и интереса других лица поводом коришћења тих предмета заштите, на другој страни. У том смислу, свако ограничење права је израз права и интереса трећих лица и свака прича о ограничењима нужно повлачи за собом питање усклађивања основних права и слобода, тачније усклађености права интелектуалне својине са другим правима. Анализирана пресуда је значајна управо због одређења односа ауторског и сродних права према другим правима. Она се мора посматрати заједно са још двије пресуде које се суштински баве истим питањем, тј. питањем односа ауторског права и осталих права.<sup>29</sup>

У досадашњој пракси Суда правде Европске уније, утицај основних људских права на обликовање права интелектуалне својине установљен је у погледу три питања. То су предмет и обим заштите, тумачење постојећих ограничења и изузетака и мјере за заштиту права, нарочито у случају повреде на интернету. Међутим, суд је у наведена три случаја имао прилику да одлучи да ли је постојање права која су гарантована Повељом и уставом сваке државе довољно да ограничи ауторско право, или је то могуће само на основу унапријед прописаних ограничења. Закључак суда је да људска права, као што је право изражавања, право информисања и сл., не могу бити самостални ограничавајући фактор за ауторско и сродна права, тј. не могу бити додатни нити самостални извор ограничавања права, већ то могу бити само посредно, преко постојећих ограничења и изузетака који су унапријед предвиђени Директивом. Поједини аутори сматрају да је Суд правде имао прилику да да предност или основним правима и слободама или хармонизацији права ЕУ, и да је изабрао ово друго.<sup>30</sup>

Ове пресуде су значајне због још једне важне чињенице. Наиме, у посљедње вријеме говори се о ограничењима и изузетима као правима корисника. Такође, постоје схватања да би и у евро-континентално право, умјесто строгог система унапријед предвиђених ограничења, требало уве-

29 Суд правде Европске уније, *Funko Medien NRW GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, 29. 7. 2018; Суд правде Европске уније, *Spiegel Online GmbH v. Volker Beck*, C-516/17, 29. 7. 2019.

30 Thom Snijders, Stijn van Deursen, „The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funko Medien Decisions“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 9/2019, 1189.

сти отворени облик ограничења права, по узору на фер употребу. Умјесто увођења фер употребе, постојећа ограничења и изузетке треба тумачити у складу са правима и слободама, као што је слобода изражавања. Ограничења и изузеци у дијелу теорије сматрају се правом корисника и на тај начин их треба тумачити.<sup>31</sup> Дакле, слобода изражавања у конкретном случају може да буде корективни принцип приликом тумачења ограничења и изузетака који су унапријед предвиђени.

### III Искуства из упоредног права

Слични проблеми у вези са коришћењем туђих дјела и слично резонуваће постоји и у упоредном праву. У праву САД-а 2005. године је донесена пресуда у којој је у случају коришћења семплова примјењен сличан резон као и у њемачком праву. Према пресуди, сваки дио фонограма, па макар био најмањи како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу, ужива заштиту.<sup>32</sup> У конкретном случају, суд није примјенио тзв. *de minimis* доктрину која означава да употреба мањих дијелова заштићеног дјела не представља повреду ауторског права.<sup>33</sup> Ова пресуда је дуго била на мети критика,<sup>34</sup> а поједини аутори су чак истицали да је тумачење суда супротно циљевима ауторскоправне заштите.<sup>35</sup> У току 2016. године донесена је још једна пресуда у сличном спору,<sup>36</sup> у којој је примјењен поменути изузетак, што има за посљедицу

31 Christophe Geiger, Elena Izyumenko, „The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 3/2020, 20.

32 *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 2005.

33 *De minimis* доктрина у америчком праву није исто што и фер употреба.

34 Узрок одбацивања *de minimis* доктрине можда лежи у њеној блискости концепту „зноја на обрви“, који означава да се ауторским правом награђује рад и труд ствараоца, без обзира на оригиналност. Услов оригиналности је у америчком праву уведен тек 1991. године. Jeremy Beck, „Music Composition, Sound Recordings and Digital Sampling in the 21st Century: A Legislative and Legal Framework to Balance Competing Interests“, *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2005, 14.

35 Ако коришћење чак и минималног дијела туђег ауторског дјела представља повреду права, оправдано се поставља питање на који начин су угрожена права аутора изворног дјела. Наиме, ако се одломак дјела у виду „семпла“ искористи за стварање новог дјела, и ако је при томе изворно дјело препознатљиво, тешко је наћи оправдање за пружање заштите аутору изворног дјела. Искоришћени одломак туђег дјела је најчешће само почетна тачка за стварање новог дјела које је самостално. John Schietinger, „Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth Circuit Missed a Beat on Digital Music Sampling“, *DePaul Law Review*, Vol. 55, Nr. 1/2005, 234.

36 *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, No. 13–57104, 2016.

постојање повреде права само уколико је умножен знатан дио звучног записа.<sup>37</sup>

Треба имати на уму да у америчком праву не постоји велика разлика у погледу заштите ауторског дјела и фонограма, као што је случај у евро-континенталном праву. Сходно томе, постоје различита виђења могућих рјешења ауторскоправних проблема у савременој музичкој индустрији. Од почетка деведесетих година било је неколико приједлога за рјешење спорних питања. Музика која настаје преузимањем и коришћењем кратких одломака туђих дјела може се сматрати прерадом, тј. изведеним дјелом, те је неопходна дозвола носиоца права за коришћење таквог дјела. Друго могуће рјешење је примјена система законске лиценце, а треће остваривање права путем система колективних организација. Нису изостали ни приједлози да се коришћење одломака подведе под облик ограничења права по доктрини фер употребе која се примјењује у праву САД-а, што је можда и најреалније рјешење.<sup>38</sup> Један од интересантних приједлога је да се приликом процјене да ли се ради о повреди права примјени тзв. теорија побољшања из патентног права, према којој се мора водити рачуна о томе колико је преузети одломак утицао на новостворено дјело.<sup>39</sup>

#### IV Закључак

Стварање ауторских дјела коришћењем постојећих, раније створених, није нова појава. Може се чак рећи да постоји исто толико дуго колико постоји и стваралаштво. Савремена дигитализација је, у извјесној мјери, дала вјетар у леђа овој појави, будући да је технологија обраде бржа и да су веће могућности за модификовање најразноврснијег садржаја. Коришћење туђих дјела неминовно отвара нека питања ауторскоправне и сродноправне заштите насталих творевина.

37 Loren E. Mulraine, „A Global Perspective on Digital Sampling“, *Akron Law Review*, Vol. 52, Nr. 3/2019, 729–730.

38 Péter Mezei, „Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 2/2019, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360936>, 12. 6. 2020, 5.

39 Постоји неколико категорија. Прва, они који уводе минимална побољшања, у смислу да је додата вриједност минимална због тога што је искоришћен већи одломак или су измјене изворног дјела минималне, па слушацац може лако да идентификује изворно дјело. Постоје још двије категорије – значајна побољшања и радикална побољшања, код којих се изворно дјело уопште не може идентификовати. Mark Lemley, „The Economics of Improvement in Intellectual Property Law“, *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 365*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1274199>, 25. 6. 2020, 35–45.

Коришћење одломака туђих дјела за стварање новог ауторског дјела најчешће значи стварање дјела прераде. Аутор дјела прераде може да користи дјело само уз сагласност носиоца права изворног дјела. Изузетно, ако се ради о малим одломцима и ако су испуњени законом предвиђени услови, постоји могућност позивања на одређене облике изузетака и ограничења ауторског права.

Док је ситуација са ауторима и њиховим правима на новим дјелима релативно јасна, недоумице се појављују у вези са правима појединих носилаца сродних права. Конкретно, произвођач фонограма може да се супротстави коришћењу малих одломака фонограма под условом да се могу препознати, односно идентификовати у новонасталом дјелу, односно фонограму. Искључиво овлашћење произвођача фонограма на умножавање његових фонограма протеже се и на веома кратке одломке. Уколико је преузети одломак инкорпорисан у ново дјело, односно нови фонограм, у мјери да се не може препознати, онда нема повреде права. Ако је одломак препознатљив, онда постоји повреда права, што нас наводи на закључак да се иста радња различито третира у зависности од нивоа препознатљивости у новом дјелу. С обзиром на то да је критеријум препознатљивости прилично субјективан, овакво рјешење не иде у прилог правној сигурности.

Под унапријед дефинисаним условима, могуће је примјенити ограничење права у сврху цитирања. Цитирање као дословно навођење је могуће ако се врши у сврху критике или осврта, или неку другу сврху, под условом да је успостављен дијалог или нека врста интеракције са дјелом. За цитирање је битно да се цитирани дио може издвојити, односно распознати, јер у супротном нема цитирања, као и да се наведе извор цитирања и име аутора. Сврха прописивања изузетака и ограничења права је усклађивање интереса носилаца права и интереса трећих лица. Она служе као кочница апсолутним и искључивим монополским правима интелектуалне својине и, истовремено, као инструмент усклађивања са другим правима и слободама. Једно од тих права, које је од кључног значаја за стваралачки процес, је право, тачније слобода умјетничког изражавања, у ширем смислу слобода изражавања. Анализа пресуде показала је да слобода изражавања представља корективни инструмент који обликује ограничења ауторског и сродних права, због чега је неопходно успоставити одговарајућу равнотежу између ових права. Смисао ауторског права је, између осталог, подстицање креативности и стваралаштва, и стога оно не би смјело да буде кочница нити препрека изражавању те креативности.

**Коришћена литература**

- Bently Lionel, Dusollier Séverine, Geiger Christophe, Griffiths Jonathan, Metzger Axel, Peukert Alexander, Senftleben Martin, „Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v. Hütter“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 4/2019.
- Бесаровић Весна, Жарковић Благота, *Интелектуална својина: Међународни ујовори*, Београд, 1999.
- Beck Jeremy, „Music Composition, Sound Recordings and Digital Sampling in the 21st Century: A Legislative and Legal Framework to Balance Competing Interests“, *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2005.
- Geiger Christophe, Izyumenko Elena, „The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 3/2020, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3472852](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3472852), 10. 7. 2020.
- Lemley Mark, „The Economics of Improvement in Intellectual Property Law“, *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 365*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1274199>, 25. 6. 2020.
- Марковић Слободан, Поповић Душан, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013.
- Mezei Péter, „Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 2/2019, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360936>, 12. 6. 2020.
- Mimler Marc, „Metall auf Metall – German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling of Music Tracks“, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 7, Nr. 1/2017.
- Mulraine Loren E., „A Global Perspective on Digital Sampling“, *Akron Law Review*, Vol. 52, Nr. 3/2019.
- Rosati Eleonora, The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction, 2019, доступно на адреси: <http://ipkitten.blogspot.com/2019/08/the-pelham-decision-only-recognizable.html>, 23. 5. 2020.

- Senftleben Martin, „Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 51, Nr. 6/2020.
- Snijders Thom, Deursen Stijn van, „The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 9/2019.
- Schietinger John, „Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth Circuit Missed a Beat on Digital Music Sampling“, *DePaul Law Review*, Vol. 55, Nr. 1/2005.
- Hugenholtz Bernt P., „Neighbouring Rights are Obsolete“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 8/2019.

**Svetlana IVANOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the University of East Sarajevo Faculty of Law**

## **USE OF COPYRIGHTED WORKS – BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS**

### **Summary**

*The paper deals with the analysis of copyright and related rights aspects of the creation of works and protected subject matters that arise from the use of excerpts from other people's copyrighted works. Modern technology has enabled various forms of combining and modifying parts of other people's works in various fields of creativity. Today's popular culture abounds with new forms of expression of creativity, which are largely based on the use of existing content. Creating new content from existing photos, videos, music has become an everyday activity for most people. Some new music directions are based on the use of other people's works, for example – hip hop. Sampling is the reuse of a portion of a sound recording in another recording. Samples may comprise elements such as rhythm, melody, speech, sounds, and may be sped up or slowed down, looped, or otherwise manipulated. Sampling is the focus of our interest due to the litigation in Germany which was brought to the Court of Justice of the European Union.*



*The paper analyses certain issues from the judgment of the Court of Justice of the European Union in the Pelham case, in which the subject of the dispute was the use of a noticeably short excerpt from someone else's composition. The judgment specifies the conditions under which there is an infringement of copyright and phonogram producer's rights, especially reproduction and adaptation rights. The phonogram producer's exclusive right to reproduce his or her phonogram allows him to prevent another person from taking a sound sample, even if very short, of his or her phonogram for the purposes of including that sample in another phonogram, unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognizable to the ear. The judgment deals with copyright and related rights exceptions and limitations. Regarding the quotation exception, the Court stated that the user of a sample might invoke the quotation defence only in relation to a sample that is recognizable to the ear. Also, the judgment deals with the influence of freedom of expression on the shaping of copyright and related rights exceptions and limitations. A fair balance must be struck between the interest of the holders of copyright and related rights in the protection of their intellectual property rights, on the one hand, and, on the other hand, the protection of the interests and fundamental rights of users of the protected subject matter.*

**Key words:** *Copyright. – Phonogram Producer's Right. – Reproduction. – Adaptation. – Quotation. – Freedom of Expression.*

Датум пријема рада: 1. 8. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2020.