

Др Сања Радовановић*

ОБИМ ДОЗВОЉЕНОГ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА КОД УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

У ауторскоправном смислу, свака употреба рачунарског програма представља умножавање овог ауторског дела, за које је начелно потребна изричита сагласност аутора. Ипак, уважавајући његове посебности изникле из његове техничко технолошке природе, одређена чињења у вези с умножавањем, која се сматрају неопходним за нормалну употребу, изузета су из ауторско правне заштите, уколико се предузимају од стране легалног прибавиоца при мерка рачунарског програма. Најчешће, правни основ коришћења рачунарског програма јесте уговор о лиценци. Полазећи од тога, у овом раду се анализира да ли и до које мере вољом уговорних страна може да се дерогира воља закоодаваца изражена у одредбама о суспензији ауторског права. У центру пажње су умножавања која се најчешће предузимају: инсталисање програма и његово пуштање у рад и сачињавање резервне копије рачунарског програма. Уз то, за одређене субјекте питање дозвољеног умножавања обухвата и умножавање у мрежи рачунара, односно употреба на два или више рачунара, због чега се и ови аспекти узимају у обзир. У раду су изнесени закључци да је допуштено инсталисања и пуштања рачунарског програма у рад неспорна. Сачињавање резервне копије је, по правилу, дозвољено, али постоје околности због којих се у појединим случајевима сматра непотребним, односно недозвољеним, јер превазилазе стандард нормалне употребе. На крају, умножавање рачунарског програма у мрежи или његова истовремена употреба на више рачунара се не сматрају потребним за нормалну употребу.

Кључне речи: *Рачунарски програм. Инсталисање рачунарског програма. Сачињавање резервне копије. Мрежне верзије. CPU клаузуле.*

* Аутор је асистент Правног факултета у Новом Саду, sradovanovic@pf.uns.ac.rs.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ПОЈМУ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Према Закону о ауторском праву и сродним правима, аутор има искључиво право да другоме забрани или дозволи бележење или умножавање свог дела, на било који телесни или бестелесни, трајни или привремени, посредни или непосредни начин.¹ Ако је ауторско дело рачунарски програм, умножавањем се сматра и смештање целог програма или његовог дела у меморију рачунара, односно пуштање програма у рад на рачунару.²

Ове одредбе су нашле места у нашем Закону након доношења Директиве Европске заједнице о заштити рачунарских програма (91/250), према којој је сагласност носиоца права неопходна у свим случајевима „када читавање, истицање на монитору, покретање, преношење или похрањивање неког компјутерског програма захтевају неко такво (трајно или привремено, у целости или делимично, било којим средством и на било који начин) умножавање програма“.³ Овакво прецизирање појма умножавања проистиче из његове специфичне природе и начина на који се он употребљава.

Тако, уколико појам умножавања сагледамо кроз добијени резултат – сачињавање копија, апсолутно изједначавање рачунарског програма са литерарним ауторским делима могло би да доведе до мањкавости у њиховој заштити, будући да се сачињене копије врло тешко разликују од свог оригинала. Наиме, сачињавање копија рачунарског програма је у данашњем дигиталном окружењу изузетно лак, брз и јефтин посао. Стога, аутор рачунарског програма носи много већи ризик од недозвољеног и неконтролисаног умножавања и дистрибуисања његовог дела, него што је то случај са традиционалним литерарним делима. Уколико би се на компјутерске програме дословно применила ограничења која се односе на литерарна дела, постојао би ризик да се, на посредан начин, легализује тржишно и социјално непожељна пиратерија и други облици неовлашћене

¹ Закон о ауторском и сродним правима ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/09 и 99/11, чл. 20, ст. 1. и Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society D.2001/29, *Official Journal of the European Communities*, бр. L 167, 22.6.2001, чл. 2.

² ЗАСП, чл. 20, ст. 4.

³ Вид. Council Directive 91/250 of 14th May 1991 on the legal protection of Computer Programs D. 91/250, *Official Journal of the European Communities*, бр. L 122/42, 17.5.1991. чл. 4, ст. а; немачки Закон о ауторском праву UrhG, *Urheberrechtsgesetz (UrhG)*, <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>, 1. децембар 2009, чл. 69с, ст. 1; француски Закон о интелектуалној својини IPC, *Code de la Propriété Intellectuelle, Intellectual Property Code (IPC)*, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id_180336, 2. децембар 2009, чл. L 122 6 1, ст. 1.

употребе. Из тих разлога, већина савремених законодавстава, иако прихватају литерарни образац њихове заштите, рачунарске програме изричито изузимају из ограничења ауторског права на умножавање за приватне потребе.⁴ При том, сходно одредбама Бернске конвенције, Споразума о трговинским аспектима интелектуалне својине (*TRIPS*) и *WIPO* Уговора о ауторском праву, ради заштите легитимних интереса аутора, уводе се нова ограничења.

Према одредбама Конвенције, земљама чланицама Уније за заштиту права аутора, која је овом конвенцијом образована,⁵ остављено је право да дозволе умножавање дела у извесним посебним случајевима, под условом да ово умножавање не иде на штету редовног коришћења дела и да не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора.⁶ Сем одређивања основних принципа, Конвенција не иде даље у давању значења кључних термина: извесни посебни случајеви, редовно коришћење дела и интереси аутора.

Са применом ове одредбе на питање рачунарског програма прва се суочила Европска заједница у припреми Директиве 91/250.

Полазећи од значаја рачунарског програма на унутрашњем тржишту Европске заједнице и проблема до којих је доводило неуједначено национално законодавство,⁷ изради јединственог акта се приступило опрезно и аналитично. Ово нарочито због тога што је требало помирити интересе две супротстављене стране: њихових произвођача, пре свега великих, и корисника.

Први су се залагали за свеобухватну заштиту и контролу над искоришћавањем рачунарског програма. С друге стране, корисници су истицали недостатке пренаглашене заштите ових интелектуалних добара. Њихови ставови подржани су и у стручним информатичким круговима. Из тих разлога, Директива почива на принципима Беч-

⁴ У нашем праву: ЗАСП, чл. 46, ст. 3, тач. 5.

⁵ Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела БК, 1886. године, чл. 1. Текст Конвенције у: Владимир Тодоровић, *Међународни уговори Интелектуална и друга добра*, књига 7, том I, Службени гласник, Београд 2000, 53-85.

⁶ БК, чл. 9, ст. 2. Овом одредбом успостављен је тзв. *three step test* (тестирање у три корака) које се своди на утврђивање 1) да ли је искоришћавање у конкретном случају обухваћено законским ограничењима; 2) да ли је у супротности са нормалним искоришћавањем дела и 3) да ли неразумно вређа легитимне интересе аутора. Вид: Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three Step Test – An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York 2004.

⁷ Штавише, правна заштита рачунарског програма била је нормативно уобличена у само седам земаља тадашње Европске заједнице. Вид: European Commission White Paper „Completing the Internal Market“, COM (85) 310 final, http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf, 6. септембар 2009.

ке конвенције о уравнотежењу интереса.⁸ Тако, у контексту права на умножавање, Директива признаје ово искључиво право аутору, али предвиђа и одређена ограничења.⁹

Ван европског тржишног простора, поред Бернске конвенције, оквира за ограничење искључивог овлашћења на умножавање дају одредбе нешто касније донесених међународних аката, *TRIPS*-а и *WIPO* Уговора о ауторском праву.

TRIPS, слично Бернској конвенцији, предвиђа обавезу за државе чланице да ограничења или изузетке од искључивих права (свих, а не само умножавања) сузе на одређене посебне случајеве, који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета законитим интересима титулара права.¹⁰ Исти смисао садржан је и у одредби *WIPO* Уговора о ауторском праву.¹¹

Већина националних закона је у примени ових општих међународних аката успоставила посебан режим у погледу обима ауторског права на рачунарском програму.

Такав модел усваја и наш законодавац. Имајући у виду чињеницу да функционисање програма није замисливо без одређених чињења, која улазе у појам умножавања, законодавац је предвидео суспензију искључивог овлашћења аутора на умножавање. У том смислу, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења може да смешта програм у меморију рачунара и пушта у рад,¹² као и да начини један резервни примерак рачунарског програма на трајном телесном носачу.¹³

У уговору о лиценци рачунарског програма, који је најчешћи основ његовог легалног искоришћавања, често се налази клаузула о забрани умножавања.¹⁴ Стога ћемо у овом раду анализирати њен од-

⁸ Вид: „Green Paper on Copyright and Challenge of Technology Copyright Issues Requiring Immediate Action“, COM (88) 172 final, 10.11.1988, http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright_and_tech_gp_COM_88_172.pdf, 4. јун 2009.

⁹ Д. 91/250, чл. 5 и 6.

¹⁰ Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) *TRIPS*, чл. 13; В. Тодоровић, 225-347.

¹¹ Чл. 10 овог уговора гласи: „Уговорне стране могу у својим националним законодавствима да предвиде ограничења или изузетке од права признатих ауторима књижевних и уметничких дела на основу овог уговора, у оним посебним случајевима који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета легитимним интересима аутора“.

¹² ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

¹³ ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

¹⁴ Вид: Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1; Blackberry Software License Agreement, чл. 4, ст. 3; Adobe End User License Agreement,

нос са законским ограничењем овлашћења на умножавање. С тим у вези, потребно је претходно да одредимо домет суспензије, односно да одредимо акте умножавања које је неопходно предузети ради употребе рачунарског програма.

2. НЕОПХОДНИ АКТИ УМНОЖАВАЊА РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Општеприхваћено мишљење у информатичким стручним круговима јесте да је сачињавање копије компјутерског програма у радној меморији рачунара неопходно за редовну употребу. До умножавања долази при сваком поновном покретању компјутерског програма, а исто важи и за његово преснимавање на непокретну плочу рачунара, као и за свако друго инсталисање, које је потребно за касније покретање програма.¹⁵

Технички посматрано, корисник може да употребљава програм који је забележен на физичком носачу података (нпр. CD-у) директно са медијума. Међутим, у рачунарским стручним круговима се истиче да би такво поступање довело до ограничења функционалности, будући да би у великој мери успорило рачунарски систем.¹⁶

Према одредбама нашег закона,¹⁷ као што је већ наведено, лице које је легално прибавило примерак рачунарског програма ове радње може да предузима без сагласности аутора и без плаћања накнаде. У том погледу наш законодавац је прецизнији од свог европског узора, који додуше предвиђа само оквир заштите, па су и одредбе о ограничењима прилично апстрактне.¹⁸ Штавише, ни нормативним решењима у софтверски значајнијим европским државама нису јасно одређене радње које се приликом употребе морају изузети из искључивог овлашћења аутора на умножавање.

Немачки Закон о ауторском праву у неизмењеном облику преузима одредбе Директиве, те признаје аутору рачунарског програма искључиво право на умножавање, трајно или привремено, у

чл. 4, ст. 1: „Свако умножавање и дељење програма су забрањени, укључујући свако умножавање и дељење програма и сваког другог сервера или локације, дељење или коришћење по основу сервисне обраде података“.

¹⁵ О поступцима који се одвијају приликом покретања рачунарских програма и уопште њихове употребе види: Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR*, 4/1983, 150.

¹⁶ Christoph A. Baus, *Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, 267.

¹⁷ ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

¹⁸ D. 91/250, чл. 5, ст. 1.

целости или делимично, било којим средством и на било који начин, па и када је то потребно приликом читавања, истицања на монитору, покретања, преношења или похрањивања неког компјутерског програма.¹⁹ Надаље, када је реч о суспензији овог ауторовог овлашћења, исти закон прописује да, уколико не постоје посебне уговорне одредбе, легални стизалац рачунарског програма не треба да захтева сагласност носиоца права за предузимање радњи које су *неопходне за употребу* програма у складу са намераваном сврхом, укључујући и исправљање грешака.²⁰

Оваквом формулацијом немачки законодавац је унео извесну сумњу у дозвољеност појединих радњи умножавања, јер се језичким тумачењем намеће закључак да се уговорним одредбама може ограничити право корисника да га смешта у меморију рачунара и пушта у рад. Ипак, уколико се ова одредба посматра у складу с циљем који се желео постићи нормативним уређењем ове врсте ауторских дела,²¹ јасно је да се овим заправо штити његов корисник. Наиме, корисничко право на умножавање у наведеном смислу гарантује се и онда када то саговорач, односно носилац ауторског права на програму није узео у обзир. У том смислу, чине се ништавим одредбе уговора којима се такво право искључује, јер су противне циљу уговора о преносу права искоришћавања рачунарског програма.²²

Исто решење познаје и француско право.²³

Енглески Закон дозвољава легалном прибавиоцу да умножава компјутерски програм када је то у складу с овлашћеном употребом, а нарочито ради исправљања грешака.²⁴

У америчком праву се не сматра повредом уколико власник примерка, или лице које он овласти, умножава рачунарски програм у обиму који представља суштински акт употребе на рачунарском уређају.²⁵ При том, у судској пракси се под дозвољеним

¹⁹ UrhG, чл. 69с.

²⁰ UrhG, чл. 69d, ст. 1. Ова одредба, штавише, предвиђа да легални стицалац, под наведеним условима, не мора да захтева сагласност ни за једну радњу искоришћавања програма, осим дистрибуције и закупа, али смо се у контексту овог дела рада задржали само на овлашћењу аутора на умножавање.

²¹ Вид. Reasons RiLi 91/250 on legal protection of computer programs, www.europa.eu.int/eur_lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html, 22. мај 2006.

²² Немачки Грађански законик, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, 9. децембар 2007, чл. 133 и 157.

²³ ИРС, чл. L122 6, L122 6 1, ст. 1.

²⁴ Енглески Закон о ауторском праву, дизајну и патентима, Copyrights, Designs and Patents Act CDPA, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm, 12. април 2006, чл. 50С, ст. 2.

²⁵ Амерички Закон о ауторском праву, The US Code, Title 17, <http://www.law.cornell.edu/copyright>, 6. април 2008, чл. 117, ст. а, тач. 1.

умножавањем подразумева покретање програма са носача података, али не и његово смештање у меморију рачунара.²⁶ Ипак, умножавање програма у радној меморији рачунара може да буде покривено *fair use* доктрином.²⁷ То заправо значи да повреда права начелно постоји, али се субјект може бранити позивом на њену примену.

У контексту уговора о лиценци, проблематична је околност да одредба америчког *Copyright Act*-а искључење одговорности због предузимања наведених чинидби предвиђа само за власника примерка програма, а не за било ког другог легалног корисника.²⁸ Ипак, у судској пракси постоје и шира тумачења. У том смислу интересантан је закључак суда у *Vault Corp. v. Quaid Software*²⁹ да се одредбе *Louisiana Software License Enforcement Act*-а, којима се дозвољавају одређене рестрикције употребе у уговору о лиценци (конкретно: умножавање, прераде, превођење), противе федералном *Copyright Act*-у, будући да потоњи исто питање регулише на другачији начин у поменутој одредби о ограничењима искључивих овлашћења аутора компјутерских програма.³⁰

Допуштеност умножавања у наведеном смислу надаље произлази из доктрине развијене у ауторском праву прецедентних правних система о тзв. укљученим лиценцама (*implied licences* у енглеском праву, *implied conduct* у америчком), према којој се одређене „дозволе“ подразумевају и када нису изричито обухваћене сагласношћу уколико вршење одређених искључивих овлашћења аутора проистиче из природе уговора, а у складу је с изричитим уговорним одредбама и целокупним контекстом уговорног односа.³¹ Тако, амерички суд истиче мишљење да „ниједна разумна особа не може очекивати да му буде ускраћено право на инсталисање програма, будући да се оно подразумева у употреби истог“.³²

²⁶ Вид. *Allen Myland, Inc. v. IBM Corp.*, 746 F. Supp. 520, у: Stephen Fishman, *Copyright Your Software*, Nolo Press, Berkley 1998, 12/6.

²⁷ Stephen M. McJohn, „Fair Use of Copyrighted Software“, *Rutgers Law Journal*, Vol. 28, 1996 1997, 601 604.

²⁸ The U.S. Code, Title 17, чл. 117.

²⁹ Вид. *Vault Corporation v. Quaid Software Limited*, 847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988), No. 87 3516, [http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+\(5th+Cir.+1988\)&cd=2&hl=sr&ct=clnk](http://209.85.129.132/search?q=cache:z1ONWi8kwpEJ:openjurist.org/847/f2d/255+847+F.+2d+255+(5th+Cir.+1988)&cd=2&hl=sr&ct=clnk), 17. децембар 2007.

³⁰ У контексту уговора о лиценци значајна је чињеница да се Суд позива на одредбе Закона које прописују ограничења ауторског права у корист власника при мерка рачунарског програма (а не легалног прибавиоца).

³¹ Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York 2009, 256.

³² Вид. *Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway*, 334 F. Supp. 2d 1164, 2004 U.S. Dist. Lexis 20369, Copy. L. Rep. (CCH) P28, 888, у правној бази LexisNexis, www.lexisnexis.com, 29. март 2009.

Дакле, смештање програма у радну меморију рачунара, које је неопходно за редовну употребу, ни у прецедентном праву не представља повреду ауторског права.³³ Чињеница да тамошњи законодавац препознаје још један случај неопходног умножавања: сачињавање копија програма ради одржавања или поправке уређаја на којем је инсталисан³⁴, на посредан начин потврђује напред изнесени закључак.

Када је реч о јапанском праву, нормативно уређење овог питања има одређених специфичности, али без битних разлика у резултату. Наиме, јапански законодавац под умножавањем подразумева сачињавање копија у телесној форми штампањем, фотографисањем, фотокопирањем, звучним или визуелним снимањем или сличним методом.³⁵ Иако наведеном законском одредбом није изричито предвиђено, јапански судови искључују из појма умножавања привремено пренос података у радну меморију рачунара. Они сматрају да се одређењем „у телесној форми“ заправо прецизирало да сачињене копије треба да омогуће поновну употребу у било ком моменту.³⁶ У том смислу, инсталисање програма у меморију рачунара представља умножавање. Истим појмом се не обухвата покретање програма. Према законској одредби, власник примерка рачунарског програма може умножавати или мењати дело (укључујући и умножавање дела настало изменама оригиналног) ако и до нивоа који је неопходан за искоришћавање програма, за све време (и само за то време) док постоји право својине на примерку.³⁷ Покретање програма, међутим, представља употребу дела која не спада у искључива ауторскоправна овлашћења. Стога, ни сагласност аутора није потребна. Овај закључак произлази из одредбе о секундарној повреди ауторског пра-

³³ У Аустрији и Финској предвиђени су чак и шири изузеци од искључивих овлашћења аутора рачунарског програма будући да одредбе тамошњих закона не садрже чак ни услов „у складу са намераваном сврхом“. Вид. „Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs“, COM (2000) 199 final, 10.4.2000, 12. <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF>, 30. јануар 2009.

³⁴ The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. с.

³⁵ Јапански Закон о ауторском праву, Japanese Copyright Act JCA, http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html, 12. април 2008, чл. 2, ст.1, тач. xv.

³⁶ Naoki Koizumi, The New or Evolving „Access Right“, www.alai-usa.org/2001-conference/press_koizumi.doc, 22. март 2009.

³⁷ JCA, чл. 47 2. У енглеском преводу текста коришћени су термини „owner“ односно власник и „ownership“ односно право својине, те с обзиром на значење, сматрамо да је и у оригиналном тексту јапанског законодавца овлашћено лице за право власник копије рачунарског програма. Ипак, како се јапански правни систем не може уподобити америчком, сматрамо грубим превидом јапанског законодавца да су у највећем броју корисници програма у ствари лицензни корисници.

ва, којом се предвиђа одговорност за употребу у наведеном смислу, само уколико је у питању пиратска копија, а корисник је знао за ту околност.³⁸ Овим се заправо сузбија тржишни ефекат неовлашћеног умножавања.

Без обзира на постојање незнатних разлика у нормативном уобличењу овог проблема, правна и информатичка литература, као и судска пракса, како прецедентног тако и континенталног права, стоје на становишту да се за наведене нужне радње у коришћењу рачунарског програма,³⁹ сагласност носиоца права подразумева, односно да она чини обавезни део уговора којим се уступа овлашћење употребе.⁴⁰ Дакле, закључујући такав уговор, носилац права се са таквим умножавањем конклюдентно сагласио.

Мање јасна ситуација је у погледу овлашћења легалног имаоца примерка да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу,⁴¹ будући да би се овим ограничењем ауторског права могла отворити врата и онако распрострањеној софтверској пиратерији.⁴² Према подацима, на тржишту постоји велики број управо тзв. *back-up* копија, нарочито када су у питању компјутерске видео игре.⁴³

3. САЧИЊАВАЊЕ РЕЗЕРВНЕ КОПИЈЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА

Ако се узме у обзир да корисник већ поседује оригинални примерак телесног носача, изузев ако га је прибавио преузимањем са интернета, те да је један примерак сачинио у меморији рачунара,

³⁸ ЈСА, чл. 113, ст. 2.

³⁹ Детаљно објашњење о свим копијама које се неопходно сачињавају у искоришћавању компјутерских програма види: Manfred Kindermann, „Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht“, *GRUR*, 4/1983, 150, 154 и даља излагања.

⁴⁰ У Енглеској је ова доктрина позната као „implied use rights“. Вид. Bridget Czarnosta, Robert J. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A Guide to the I Directive*, Butterworths, London 1991, 65; Raymond Nimmer, *The Law of Computer Technology: Rights, Licenses, Liabilities*, Thomson, West 2004, 115. У погледу немачке литературе вид.: Jochen Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, пар. 891; M. Kindermann, 150; Michael Lehmann, „Das neue Software Vertragsrecht Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29/1993, 1822; C. Baus, 267; као и одлуке немачких судова: одлука Врховног суда, бр. VIII ZR 43/86, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33/1987, 2004 2005; одлука Врховног суда, бр. I ZR 139/89, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19/1991, 1231 1234.

⁴¹ ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

⁴² СОМ (2000) 199 final, 17 18.

⁴³ *Ibid.*

поставља се питање сврхе овог додатног ограничења ауторског права на рачунарском програму.

Употреба рачунара може бити повезана са бројним проблемима проузрокованим његовом електронско-магнетном базом. Примера ради, оно са чим се готово сваки корисник може суочити јесу вирусни напади, услед чега може да дође до губитка података. Исто тако, проблеми могу да проистекну и из програмске грешке или грешке у употреби, који се, истина, отклањају формирањем хард-диска. Међутим, таквим поступцима се бришу сви подаци који су у њему садржани, а поновно инсталирање, и уопште враћање рачунара у претходно стање, представља захтеван и дуготрајан посао. Наравно, најтежи случај јесте потпуно пропадање хард-диска,⁴⁴ услед чега долази до трајне немогућности коришћења рачунарског програма. Ови ризици угрожавају поузданост у сврсисходну употребу истог.

Управо из наведених разлога, стручно искоришћавање програма и употреба рачунара уопште захтева континуирано обезбеђивање података.⁴⁵ Једна од мера јесте сачињавање копија инсталираног програма.⁴⁶ Штавише, у том смислу се у софтверској индустрији развијених земаља развио и пословни обичај. Стога се чак при недостатку изричите уговорне одредбе полази од тога да је „сагласност носиоца права у погледу сачињавања оваквих копија увек присутна“,⁴⁷ јер је конзумирана правом корисника на уобичајену употребу програма.

⁴⁴ Реч је о тзв. *head crash* у који се састоји у додиривању главе за читање и писање са самом плочом уређаја које иначе морају бити међусобно удаљене 0,005 mm како не би дошло до оштећења магнетног слоја. Упор: Heinz Ritter, *Einführung in die Speichermedien und Datentechnik*, Mannheimer Morgen Verlag, Mannheim 1988, 34.

⁴⁵ „Обезбеђење података обухвата све техничке и/или организационе мере за осигурање доступности, интегритета и конзистенције ИТ система укључујући и на дотичном систему спремљене податке, програме и процедуре који су намењени за циљеве обрађивања. Правоваљано обезбеђење података значи да предузете мере у зависности од осетљивости података, а након препознавања угрожавања доступности, интегритета или конзистенције због каквог штетног догађаја омогућују трезну или краткорочно поновно успостављање стања система, података, програма или процедура; те мере при томе обухватају у најмању руку сачињавање и проверу подобности за реконструкцију копија програма, података и процедура, а све то у оквирима дефинисаних циклуса и генерација.“ Цитирано према: EVB IT (Допунски уговорни услови за пружање услуга у домену информационе технологије) у: J. Marly, 437.

⁴⁶ Вид. J. Marly, 437 и тамо наведену литературу; C. Baus, 125 и тамо наведену литературу.

⁴⁷ Цитирано према: J. Marly, 437. У истом смислу и одлуке немачких суда: одлука Врховног суда, бр. X ZR 64/94, *Neue Juristische Wochenschrift*, 44/1996, 2924-2926; одлука Вишег земаљског суда Карлсруе, бр. 19 U 50/96, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechung Report*, 9/1997, 554.

Оваквој конструкцији се приступало и пре него што је овлашћење на сачињавање безбедносне копије изричито регулисано законом, нарочито у земљама у којима рачунарски програми нису били предмет посебне регулативе.⁴⁸ У онима у којима је то био случај, као што су САД и Јапан, постојало је (и још увек постоји) наведено ограничење ауторског права на умножавање.⁴⁹

Тако, према америчком закону, власник примерка компјутерског програма може да сачини или да овласти друго лице да у његово име сачини копију програма у архивске сврхе, али да тако сачињену копију уништи уколико изгуби својство овлашћеног корисника.⁵⁰ Чињеница да се одредбом обухвата само власник примерка рачунарског програма донекле отежава примену овог ограничења ауторског права на уговоре о лиценци. Ипак, сврха због које је оно прописано – уобичајена употреба, оставља простора да се изузме из повреде права и сачињавање резервних копија у духу *fair use* доктрине.

Односна одредба јапанског закона поменута је у вези са неопходним умножавањем, али ћемо се подсетити њеног садржаја: власник примерка може да умножава дело уколико је то потребно за искоришћавање програма.⁵¹ С обзиром на речено да умножавање у јапанском праву означава само сачињавање телесних примерака, наведено овлашћење свакако се односи на резервне копије.

У савременим законодавствима, дакле, више не постоји сумња у потребу да се корисник изричито снабде овлашћењем на сачињавање резервне копије примерка рачунарског програма (енг. *back-up*, нем. *Sicherungskopie*).

Оправданост овог ограничења ауторског права не лежи у омогућавању употребе програма намењеног рачунарском уређају, већ у обезбеђивању веће функционалности и сигурности. Из тих разлога ове копије не бисмо могли назвати неопходним, већ потребним.

Имајући у виду управо овакво одређење, намеће се питање да ли се уговором уопште може ограничити овлашћење корисника да сачини резервну копију, односно да ли се сматра да је корисник, који сачини више од једне такве копије, учинио повреду законских одредаби или уговорних забрана умножавања.⁵² Уз то, у наведеном контексту

⁴⁸ У погледу домаћег права такав став износи Слободан Марковић у: *За штита рачунарских програма патентом, ауторским правом и правом sui generis*, Југословенски спољнотрговински водич – правни водич, Љубљана 1989, 126.

⁴⁹ Тако у Француској, Јапану, САД, Аустралији. Вид. С. Марковић (1989), 125.

⁵⁰ The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. а, тач.2

⁵¹ ЈСА, чл. 47 2

⁵² Уговор о лиценци софтвера фирме „Solarius“, чл. 5: „Овај уговор овлашћује корисника да сачини једну копију софтвера, за сигурносне односно архивске сврхе“.

неопходно је обухватити и ситуацију када забрана умножавања није изричито наведена у условима уговора о лиценци, али је произвођач рачунарског програма то учинио конклюдентно, снабдевши примерак технолошким мерама заштите⁵³ који радњу умножавања чине немогућом, односно отежаном.⁵⁴ Тада корисник не може да сачини чак ни један једини резервни примерак прибављеног програма без уклањања заштитних механизма, што би надаље могло да доведе до повреде ауторског права.

Наш законодавац, као што је већ речено, предвиђа да лице које је легално прибавило примерак рачунарског програма, може без сагласности аутора и без плаћања ауторске накнаде, да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу.⁵⁵ Сличну одредбу садржи и Директива о правној заштити рачунарских програма: „Лице које има право да користи компјутерски програм не може се спречити уговором да сачини једну његову безбедоносну (*back-up*) копију (ради заштите од случајног уништења) када је то потребно за такву употребу“.⁵⁶ У суштински неизмењеном облику ова одредба је преузета у законе свих земаља Европске уније.⁵⁷

Формулација наведених одредаба упућује на то да је реч о когентној норми. Из ове чињенице бисмо надаље могли извести два повезана закључка. С једне стране, произвођач примерака програма не може да забрани сачињавање резервне копије на телесном носачу.⁵⁸ С друге стране, корисник има право на сачињавање *једне једине* копије.

Ипак, ову одредбу не би требало посматрати изоловано од других односних одредби и од циља који се њом желео постићи. Стога, у контексту уговора о лиценци рачунарског програма, сматрамо неопходним да се одреди домет забране умножавања на трајном теле-

Слично: Blackberry End User License Agreement, чл. 4, ст. 5; Adobe End User License Agreement, чл. 4, ст. 4.

⁵³ Према чл. 208, ст. 2, тач. 1 Закона о ауторском и сродним правима, под технолошким мерама подразумева се свака технологија, уређај или део који је конструисан да током своје наменске употребе онемогући или ограничи радње у вези с ауторским делом или другим предметом заштите, за које носилац ауторског или сродног права није дао сагласност.

⁵⁴ С обзиром на то да је питање информатичке природе, нећемо улазити у детаље на који начин програм може физички да се заштити од копирања, већ само имамо у виду последице које из предузетих радњи проистичу, а то је у крајњој линији онемогућавање редовне наредбе за копирање.

⁵⁵ ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

⁵⁶ D. 91/250, чл. 5, ст. 2.

⁵⁷ UrhG, чл. 69, ст. 2; CDPA, чл. 50A; IPC, чл. L 122 6 1(II).

⁵⁸ У упоредном праву реч је о безбедносним копијама, тзв. *back up* копије, али ћемо се користити термином „резервне“ који је усвојио наш законодавац.

сном носачу. Другим речима, на овом месту ћемо настојати да дамо одговор на питање да ли се ова уговорна одредба сматра ништавом.

Када је реч о нашем закону, у заједничкој одредби о ограничењима ауторског права прописано је да обим ограничења искључивих овлашћења у сваком конкретном случају не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела, нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора.⁵⁹ У законима европских држава, по узору на Директиву пак, у погледу овлашћења на сачињавање резервне копије стоји одредница „када је то потребно за такву употребу“.⁶⁰

Будући да ограничења ауторског права представљају израз компромиса између аутора и корисника интелектуалних творевина, ова одредба има карактер одређивања обима прописаних ограничења. Дакле, у њој су садржане смернице за тумачење односног правила за сваки конкретан случај. У смислу наведеног, потребно је одредити шта се сматра нормалним искоришћавањем дела у погледу сачињавања резервне копије, односно који су то оправдани интереси аутора који би се могли супротставити њеном сачињавању.

Интерес аутора свакако јесте да има контролу над економским искоришћавањем дела. У вези са тим, аутор тежи да се заштити од свих поступака којима лице може неовлашћено да стиче добит на основу чињенице да у поседу има примерак програма за рачунар. Једна од реалних могућности јесте да корисник сачини копије програма истог квалитета и да их даље ставља у промет.

На другој страни је рачунарски корисник који је примерак набавио да би задовољио неке своје потребе. Апликативни рачунарски програм је најчешће средство за обављање привредне или сличне профитабилне делатности (мада то, наравно, не мора бити критеријум нормалног искоришћавања), која захтева обраду великог броја информација. Најмањи ризик од губљења података, или немогућности коришћења програма, је неприхватљив за корисника. Из тих разлога, он настоји да обезбеди што већи број копија, ради будућег несметаног коришћења. У том смислу, обезбеђивање података представља подразумевани поступак сваког корисника рачунара.⁶¹

Ако тумачимо овлашћење на сачињавање једне резервне копије примерка рачунарског програма у наведеним општим законским оквирима, можемо доћи до различитих резултата. Примера ради, предузећа у одређеним временским размацима, целокупне податке

⁵⁹ ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

⁶⁰ UrhG, чл. 69d, ст. 2; CDPA, чл. 50A, ст. 1; IPC, чл. L 122 6 1(II).

⁶¹ Вид. Одлука Вишег земаљског суда Карлсруе, бр. 10 U 123/95, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung Report*, 9/1997, 554.

који су садржани на хард-диску, путем аутоматског „преписивања“ пребацују на тврде носаче (*back-up* копије), заједно са подацима инсталисаног програма. Ипак, будући да је у оваквим случајевима реч о подацима који се неће користити изван привредног субјекта, с аспекта легитимног интереса аутора, умножавање не представља повреду уговором уступљеног овлашћења на искоришћавање рачунарског програма.

Другачији закључак бисмо могли да изведемо из чињенице да корисник употребљава програм у приватне сврхе. У том случају је тешко наслутити које би то околности могле оправдати сачињавање више од једне резервне копије на трајном телесном носачу, будући да даља умножавања нису неопходна за заштиту од накнадне немогућности коришћења.⁶²

Надовезујући се на потоњу констатацију, поставља се питање дејства забране умножавања када је рачунарски програм већ испоручен на таквом носачу података. Наиме, имајући у виду да корисник пушта у рад примерак програма који је смештен у радној меморији рачунара, поседовање оригиналног примерка на трајном телесном носачу, који се чува на прописан начин, смањује ризик да ће он, у случају пропасти ствари, бити онемогућен да га употребљава. Оригинални примерак заправо испуњава сврху која је намењена резервној копији. Штавише, трајни телесни носачи као што су ROM-модули или одговарајући меморијски медији подобни само за читање (PROM, EPROM, EEPROM),⁶³ базирани су на техници чувања података која их чини мање осетљивим на механичке, магнетне или електричне утицаје. Стога се бележењем на овакав вид носача, могућност наступања штетних последица типичних за рачунарске програме знатно смањује.⁶⁴ Исто би се могло рећи и за DVD формате, премда се у последње време све више говори о ограниченом веку њиховог трајања.⁶⁵ Из наведених разлога, сачињавање резервних копија на трајном телесном носачу у овим случајевима сматрамо непотребним.

⁶² На том становишту стоји и Business Software Alliance, <http://global.bsa.org>, 27. децембар 2007.

⁶³ ROM (Read Only Memory). Код ових меморијских формата прави се разлика између ROM а, чије се информације више не могу променити; PROM а који садржи елементе подобне за програмирање и EPROM односно EEPROM чија садржина се уз помоћ специјалних уређаја може мењати и брисати. Вид. <http://www.businessdictionary.com/definition/compact-disc-read-only-memory-CD-ROM.html>, 27. децембар 2007.

⁶⁴ То су, поред физичке пропасти примерка рачунарског програма или хард диска, најчешће измена или брисање програмског кода.

⁶⁵ О томе у информатичком свету постоје бројне студије. Вид. http://www.b92.net/tehnopolis/hardver.php?nav_id_350059&fs_1, 18. март 2009.

Следствено, уговором о лиценци *expressis verbis* изражена забрана умножавања би производила дејство.⁶⁶

Дакле, односну одредбу закона морамо да тумачимо не у смислу минималног права, већ у смислу гаранције употребљивости рачунарског програма, који је предмет уговора о лиценци. На такав закључак нас упућује смисао законског ограничења: овлашћење корисника да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу мотивисано је потребом заштите његовог интереса да обезбеди коришћење предметног рачунарског програма и када наступи неки од бројних ризика губљења неопходних информација.

Из овога даље произлази да је корисник, уколико уговор о лиценци рачунарског програма не садржи забрану умножавања, овлашћен да сачини један (једини, јер само у тој мери постоји „презумпција“ сагласности носиоца права) резервни примерак на трајном телесном носачу. Наравно, под условом да постоји потреба обезбеђења неометане употребе програма.

Уколико уговор садржи такву забрану, о правној ваљаности овакве уговорне одредбе одлучиваће се у сваком конкретном случају. При том се полази од околности које су везане за нормалну употребу одређеног рачунарског програма и потребе сачињавања једне или више резервних копија, а нарочито чињеница да ли су такве копије подобне за даљи пренос. У енглеској литератури се, као одлучујући моменти у одлучивању о допуштености забране, узимају у обзир: поузданост у сâм програм, окружење у којем он функционише (при чему се различито третирају програми намењени задовољавању пословних или јавних интереса од оних чисто забавног карактера), те последице које може да изазове „пад“ компјутерског система.⁶⁷

У смислу наведених критеријума, циклична умножавања, везана за савесно обављање послова, не би се могла сматрати повредом уговорне забране, нити законске одредбе, јер представљају ефикасан начин обезбеђења свих података насталих у обављању делатности. У поступку цикличног умножавања, заједно са наведеним подацима, се заправо чувају и програми, помоћу којих се до њих дошло. Из тих разлога је овакво умножавање потребно за нормалну употребу. Следствено, под претпоставком да се на тај начин праве копије свих (а не појединачних) инсталираних рачунарских програма,⁶⁸ можемо сматрати да је сачињавање више од једне резервне копије у складу са

⁶⁶ На том становишту у погледу програма на CD rom у стоји и немачки суд у одлуци Земаљског суда Бохум, *Computer und Recht*, 1998, 381, наведена у: J. Marly, 441.

⁶⁷ L. Bently, B. Sherman, 219.

⁶⁸ J. Marly, 441.

легитимним интересима корисника, односно обухваћено законским ограничењем.

Насупрот томе, сачињавање једне резервне копије на трајном телесном носачу не бисмо могли сматрати дозвољеним, уколико је рачунарски програм испоручен на неком од таквих медија или је произвођач обезбедио једну резервну копију⁶⁹ или је давалац лиценце на неки други начин кориснику омогућио приступ примерку програма. То је сасвим јасно уколико уговор садржи такву забрану. Штавише, полазећи од сврхе законских ограничења, мишљења смо да исто важи чак и када забрана умножавања није уговором одређена, јер се може узети да је овим поступком даваоца лиценце обезбеђена и каснија употреба предметног програма у случају наступања неког од ризика о којима је било речи.⁷⁰ Овај закључак се нарочито односи на оне који су намењени задовољавању приватних потреба корисника, као што су нпр. компјутерске игре. Такав став изричито се износи у одлуци *Sony Computer Entertainment Inc. v. Owen*,⁷¹ у којој суд истиче да није неопходно да купац компјутерске игре на CD-у сачини резервну копију. Мишљења смо да се исти закључак може истаћи и у случају да се предаја рачунарског програма врши предајом шифре, преко које се корисник на интернету идентификује као лице које је овлашћено да са официјелног сајта даваоца лиценце преузме и инсталише програм у свој рачунарски уређај.⁷²

У наведеним ситуацијама не можемо сматрати да давалац лиценце, уговорним забранама сачињавања копија на трајном телесном носачу, задире у интересе корисника. Стога, инсистирање на дословној примени наведеног законског ограничења је прекомерно и неоправдано.

⁶⁹ Сличног је мишљења и француски Касациони суд који наводи да је право корисника на сачињавање једне безбедносне копије искоришћено у случају да је продавац програма са самим производом испоручио и безбедносну копију. Ово важи и у случају када је безбедносна копија физички обезбеђена од умножавања. Вид. пресуда *Cour de Cassation*, 17.10.1990., *Stes Artware*, PC Mart c. *Ste Commande Electronic*, *Expertises*, бр. 140/1991, 223 и у: *GRURInt.* 12/1991, 915. На основу ове пресуде донесено је и званично образложење немачког Бундестага, *BT Drucks*, Bundestag, 12/4022, 12, наведено према: C. Vaus, 126.

⁷⁰ Према мишљењу Земаљског суда у Бохуму, кориснику се може забранити сачињавање безбедносних копија увек када постоји могућност да се оригинални примерак примени у смислу безбедносне копије (Пресуда Земаљског суда у Bochumu, 803/98 од 12. 3.1998, наведена у: J. Marly, 441).

⁷¹ Вид. *Sony Computer Entertainment Inc. v. Owen*, *Entertainment and Media Law Reports*, 2002, 742, наведено према: L. Bently, B. Sherman, 219.

⁷² Закључак произлази из сврхе законског овлашћења на сачињавање резервне копије. Наиме, уколико је давалац лиценце обезбедио могућност поновног инсталисања програма у било којем моменту, нема потребе да корисник сачини копију на телесном носачу.

У немачкој литератури постоје мишљења да се с претходном ситуацијом може изједначити и она у којој произвођач не преда кориснику рачунарски програм на неком од трајних телесних носача података, али се уговором обавезе да ће на захтев корисника испоручити резервну копију.⁷³ Ипак, овакво становиште се не може некритички прихватити.

Опоненти с разлогом истичу да се прихватањем оваквог решења корисник ставља у неповољнији положај од оног који је поредак тежио да му обезбеди. Наиме, ако се пође од чињенице да уништења или оштећења примерка програма и губитак података наступају неочекивано, најчешће превазилажење тако наступелих проблема захтева да се „безбедносна копија хитно стави на располагање“.⁷⁴ Поступак који би претходио прибављању резервне копије, изискивао би одређено време,⁷⁵ услед чега би за корисника могла да наступи велика штета, нарочито када су у питању привредни субјекти. Стога нам се чини прихватљивијим мишљење да се забрана умножавања, у смислу сачињавања резервне копије, може истицати само када је носилац права кориснику обезбедио државину, а не право на захтевање исте.

Изнесене закључке треба да доведемо у везу и са забраном умножавања која је изражена постављањем технолошких мера заштите. Наиме, на овај начин произвођач примерка конклюдентно забрањује умножавање, па тиме и сачињавање једине резервне копије. Сходно томе, од тога да ли је у конкретном случају дозвољено сачињавање копије или не, зависи и одговор на питање да ли уклањање заштитних механизма представља повреду ауторског права.⁷⁶ Дакле, технолошким мерама заштите може да се дерогира овлашћење легалног прибавиоца примерка рачунарског програма да сачини резервну копију истог.

4. УМНОЖАВАЊЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА У МРЕЖИ РАЧУНАРА

У информацијском друштву, рачунари и апликативни, односно кориснички рачунарски програми представљају незаменљиво сред-

⁷³ Вид. J. Marly, 439 и тамо наведену литературу.

⁷⁴ Вид. C. Vaus, 126 и тамо наведену литературу.

⁷⁵ У том случају било би потребно најпре контактирати произвођача, па за тим чекати на испоруку копије. Штавише, истиче се да у овим случајевима постоји ризик од инсолвентности произвођача примерака рачунарског програма, али који се мора прихватити као и у свим другим уговорним односима. Вид. J. Marly, 439.

⁷⁶ У Немачкој постоје бројне пресуде којима се уклањање заштитних механизма сматра повредом права, иако немачки законодавац изричито искључује на рочиту заштиту технолошке мере за компјутере. Наведено према: COM (2000) 199 final, 14.

ство обављања пословних и других делатности. У том смислу, начин организовања делатности бројних субјеката захтева употребу оваквог програма од стране више лица, који су међусобно повезани у једну мрежу. Најчешће, ови субјекти прибављају тзв. мрежну верзију, која је у техничком смислу подобна управо за овакву употребу, што је давалац лиценце узео у обзир при одређивању лиценчне накнаде.

Технички, могућност мрежне употребе није до краја искључена ни код појединачног програма, иако уговори, којима се уступа његова употреба, најчешће садрже изричиту забрану у том правцу.⁷⁷ Стога се поставља питање да ли легални стицалац примерка има право да у оквиру редовне употребе смешта програм у меморију рачунара који је доступан већем броју лица, односно да ли се забранама мрежне употребе ограничава корисник у уговором уступљеном обиму искоришћавања. То је нарочито значајно када је реч о субјектима који своју делатност организују управо повезивањем више рачунара у једну мрежу.

Полазећи од наведених разматрања, питање мрежне употребе у контексту уговора о лиценци изискује ауторскоправну и облигационоправну анализу.

4.1. Ауторскоправни аспекти мрежне употребе рачунарског програма

Допуштеност клаузула забране мрежне употребе рачунарског програма, односно њихово ауторскоправно дејство ослања се неопредно на питање да ли је овакав начин искоришћавања обухваћен законским ограничењем ауторског права, ради редовне употребе, или је реч о посебном облику искоришћавања овог ауторског дела, за који је неопходна сагласност аутора. Дилема је проузрокована техничким аспектом умрежавања.

Другим речима, с аспекта ауторског права од одлучујућег значаја је да ли корисник може да употребљава програм на свом рачунару без обзира на то где је он трајно смештен.⁷⁸ У том контексту могу

⁷⁷ Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1, ст. 1: „Корисник може да инсталише, употребљава, приступа и покреће рачунарски програм само на једном рачунарском уређају, без обзира на то да ли је или не приступ уређају доступан другим субјектима“.

⁷⁸ У том погледу неопходно је разликовати два начина покретања програма. Принцип „file server“ базира се на покретању програма у радној меморији било ког рачунара. Због тога је он увек спреман за употребу. С друге стране, принцип „client server“ функционише на другачији начин. Наиме, активни програм се дели на два процеса. Први, тзв. *back up* процес одвија се на мрежном серверу, а *front end* на рачунару конкретног корисника. Корисник може у потоњем процесу пренети програм ске задатке на мрежни сервер, који их у *back up* процесу изврши, а потом поново врати на *front end* процес. По правилу, у овом режиму рада програм се држи у при

се учити два ауторскоправна сегмента. С једне стране, смештање рачунарског програма на масовни сервер, којем је омогућен приступ свих умрежених корисника, представља акт који се може сматрати јавним саопштавањем дела. С друге стране, свако покретање програма из радне меморије рачунара сматра се умножавањем. Следствено, умножавање несумњиво постоји када се сачињавају копије рачунарског програма са масовног сервера на корисничке рачунаре.

Имајући у виду предмет рада, задржаћемо се само на питању умножавања код мрежне употребе.

4.1.1. Умножавање рачунарског програма код мрежне употребе

Чињеница је да је у домаћем и у упоредном законодавству успостављена општа забрана умножавања рачунарских програма. Због тога ћемо проблем мрежне употребе анализирати у контексту овог искључивог овлашћења аутора.

Наиме, приликом доношења Директиве ЕЗ о правној заштити рачунарских програма и новелисања националних законодавстава, општеприхваћен је став да свако покретање програма у радној меморији рачунара, као и поступак копирања, који се сматра неопходним за његову употребу, представља умножавање програма.⁷⁹

Ако се занемари технички аспект појма умножавања, за ауторскоправни појам је релевантно питање неопходне сагласности аутора за предузимање појединих радњи.

У складу са наведеним, проблем мрежне употребе, може да се сагледа управо кроз питање да ли се мрежна употреба може сматрати неопходном, с обзиром на то да легални ималац примерка рачунарског програма прибавља тај програм управо ради обављања делатности, а умрежавање је један од начина на који је он ту своју делатност организовао? Другим речима, шта се сматра сврсисходном употребом рачунарског програма, у овом контексту, и да ли забрана мрежне употребе представља заправо предметно ограничење уступљеног овлашћења?

У првом реду, потребно је имати у виду сâм појам рачунарског програма. Наиме, ако се он посматра као низ инструкција помоћу

правности на мрежном серверу, а код корисника се појављује само на монитору (не и у меморији). Изузетно, када се делови програма покрећу на корисничком рачунару, мора да дође до његовог смештања у радну меморију. У ауторскоправном смислу, ова ситуација се изједначава са претходно наведеним умрежавањем код „file server“ принципа. Вид. Јоџ Набракен, *Основе умрежавања* (оригинал: *Absolute Beginner's Guide to Networking*, превод: Б. Тепавац, Г. Алексић), Микро књига, Београд 2002, 139 154.

⁷⁹ ЗАСП, чл. 20, ст. 2; UrhG, чл. 69с, ст. 1; D. 91/250, чл. 4, ст. 1, тач. а; CDPA, чл. 17, ст.1, 2 и 6.

којих се управља рачунаром ради постизања одређеног резултата, односно извршавања одређених задатака, сврха закључивања уговора о лиценци је испуњена уколико је корисник омогућен да његовом употребом оствари наведене циљеве. С тим у вези, искоришћавање рачунарског програма у мрежи представља „начин искоришћавања који се према владајућем мишљењу у промету може јасно разграничити и који је у привредно-техничком смислу једнообразан и самосталан“.⁸⁰

Надаље, ако се узме у обзир чињеница да суспензија искључивог овлашћења носиоца права на умножавање представља изузетак од опште забране умножавања, обим предузимања појединих радњи без сагласности аутора треба да тумачимо рестриктивно. Стога, умножавање можемо сматрати дозвољеним само ако је неопходно за искоришћавање дела, односно уколико без таквих радњи употреба програма није могућа или је знатно отежана. У том смислу, сматрамо да његово умножавање за потребе умрежених корисника прелази границе неопходног. Следствено, истовремено вишеструко коришћење, о којем је реч код мрежне употребе, не може бити обухваћено одредбом о суспензији права аутора рачунарског програма с циљем обезбеђивања његове редовне употребе.

С обзиром на то да је реч о радњи умножавања од које не зависи постизање програмског резултата, а уз то представља самостални акт привредног искоришћавања, да би се рачунарски програм сместио у меморију рачунара, који је доступан већем броју корисника, неопходна је сагласност аутора односно даваоца лиценце. Из наведеног произлази да је за сваки облик употребе рачунарског програма у мрежи потребно прибавити сагласност аутора. Носилац права, дакле, може забранити мрежну употребу. Штавише, сходно чињеници да је носилац права слободан да одреди која овлашћења и у ком обиму ће уступити,⁸¹ давалац лиценце код тзв. мрежних верзија може у уговору да одреди тачан број корисника, за које се употреба сматра дозвољеном.

4.2. Уговорни аспект забране мрежне употребе рачунарског програма

Надовезујући се на анализу мрежне употребе рачунарског програма у смислу ауторскоправног појма умножавања, поставља се питање да ли клаузуле о забрани мрежне употребе безусловно производе дејство, односно да ли постоје ситуације у којима се оне могу

⁸⁰ Цитирано према: пресуда Врховног суда Немачке од 12. децембра 1991. у предмету „Лиценца џепних издања“ (Taschenbuchlizenzen), бр. I ZR 165/89, *GRUR* 5/1992, 310.

⁸¹ ЗАСП, чл. 63, ст. 1; *UrhG*, чл. 31, ст. 1.

сматрати непримереним или недозвољеним, јер ограничавају корисника у сврсисходној употреби.

Полазна тачка у овом разматрању јесте имовински интерес носиоца права на рачунарском програму, због којег (интереса) је и установљена генерална забрана копирања, па тиме и мрежног коришћења.

Већ смо објаснили да могућност коришћења једне копије програма од стране више корисника смањује број потенцијалних купаца примерака истог. Међутим, забрана мрежне употребе у свом дословном значењу може представљати и непотребно ограничење права корисника. Наиме, неретко се рачунарски програм не прибавља с циљем коришћења од стране више корисника, него искључиво једног, који је, додуше, прикључен на мрежу, али други умрежени корисници немају приступ програмима инсталисаним на корисниковом рачунару (такав је случај код мреже равноправних рачунара). Тада би забрана мрежне употребе спречила корисника у редовној употреби програма и задовољавању његових интереса, јер би му се посредно наметнула обавеза да се искључи из мреже.⁸² Стога бисмо уопштене забране мрежне употребе морали сматрати потпуно неоправданим и прекомерним. Дакле, основни смисао установљавања забране мрежне употребе ради заштите имовинских интереса носиоца права не састоји се у општој забрани употребе рачунарског програма на умреженим рачунарима, већ у забрани истовременог вишеструког коришћења.

Из наведених разлога, даваоци лиценце најчешће обезбеђују примерак програма технолошким мерама заштите чиме се спречава управо ова истовремена вишеструка употреба.⁸³ Штавише, уколико је програм додатно обезбеђен на овај начин, може се сматрати да је тиме конклюдентно изражена забрана мрежне употребе и када она није изричито уговорена. С тим у вези, уклањање заштитних механизма (за шта реално увек постоји велики ризик) представља и посебан облик повреде уговора, чак и у оним правним системима који не познају изричиту заштиту ових механизма.

Уколико давалац лиценце даје сагласност за мрежну употребу, свој економски интерес штити на тај начин што се лиценцна накнада одређује према броју умрежених корисника и износи нешто мање од добијеног збира појединачних цена.⁸⁴ Овако обрачуната тзв. мрежна накнада уједно представља и повољност за корисника.

⁸² J. Marly, 498.

⁸³ Таква мера се састоји нпр. у могућности покретања програма само у случају да се он инсталише на масовну меморију рачунара за који је његова употреба предвиђена. Вид. J. Marly, 498 и тамо наведену литературу.

⁸⁴ J. Marly, 500.

5. УМНОЖАВАЊЕ РАЧУНАРСКОГ ПРОГРАМА НА РАЗЛИЧИТИМ РАЧУНАРИМА ИСТОГ КОРИСНИКА (CPU КЛАУЗУЛЕ)

Поседовање рачунарског уређаја у данашњем времену се не сматра луксузом, већ се његова употреба чак и претпоставља. Штавише, концепт развоја информационих технологија базира се управо на ритму живота савременог пословног човека, који своје радне задатке обавља и ван радног места. Тако су све чешће у употреби преносни (*laptop*) рачунари, које неретко једно лице поседује уз, сада већ традиционални, стони (*desktop*) уређај.

С аспекта носиоца права на апликативном рачунарском програму, чији је циљ управо да задовољи најразличитије захтеве корисника, наведене околности могу представљати нови извор прихода, будући да се економска корист најчешће изражава кроз број примерака овог ауторског дела који су пуштени у промет. Наравно, под претпоставком да се за сваки рачунар посебно прибавља један примерак потребног апликативног програма. Стога се најчешће у уговорима о лиценци налазе клаузуле којима се корисницима забрањује употреба предметног програма на различитим рачунарима.⁸⁵ Терминологија коришћена у овим клаузулама може да се разликује (централна јединица, централна конфигурација, хардвер, итд.), али је суштина забране иста. Корисник се обавезује да рачунарски програм употребљава само на једном рачунарском уређају. У литератури, нарочито информатичкој, ови уређаји се означавају скраћеницом из енглеског језика *CPU* (*Central Processing Unit*),⁸⁶ која ће се користити у даљем тексту.

Поред наведеног економског момента, у литератури постоје мишљења да се наведеним забранама тежи и заштити угледа носиоца права, у случају да се рачунарски програм инсталише на рачунару са хардверском опремом која га не подржава.⁸⁷ Ипак, чињеница да су у уговору, по правилу, означени компатибилни уређаји на којима је функционисање програма тестирано, оповргава овај став.⁸⁸

⁸⁵ Уговор о лиценци фирме „Solarius“, чл. 6: „Дозвољена је употреба програма на једном, за сврхе програма подобном и у опису програма означеном рачунару. Ни у ком случају немате право да програм инсталишете или истовремено користите на два различита рачунара“. Слично: Microsoft Windows XP Home Edition End User License Agreement, чл. 1, ст. 1.

⁸⁶ *CPU* представља централни процесор, централну јединицу за обраду, процесор; основна функционална јединица компјутерског система која управља интерпретирањем и извршавањем функција. Вид. Вера Тасић, Иван Бауер, *Речник компјутерских термина*, Микро књига, Београд 1998, 91.

⁸⁷ Вид. Dirk Schuhmacher, „Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag“, *Computer und Recht*, 2000, 641 642.

⁸⁸ Примера ради, сви уређаји који су компатибилни са производима фирме *Microsoft* означени су њеним логом. Уз то, на амбалажи примерка рачунарског програма се додатно наводи листа компатибилних уређаја.

На крају, у прилог допуштености забране није сувишно да истакнемо ризик од неовлашћеног умножавања, о којем је на више места било речи. Ипак, на основу чињенице да је за носиоца права овај ризик увек присутан, не сматрамо да је довољно снажан у контексту забране вишеструког коришћења, а нарочито узимајући у обзир овлашћење корисника на сачињавање резервних копија.

Насупрот наведеним интересима произвођача примерака рачунарског програма стоје интереси корисника. Обавезивањем на једнопроцесорну употребу он је онемогућен да исти програм користи и након промене рачунара (због квара или замене новим, јачим и савременијим, или због промене радног места). Ништа мањи значај у овом контексту нема ни потреба корисника да му употреба програма буде доступна и на другом уређају. Тако, примера ради, корисник поседује компјутерски програм за обраду фотографија инсталисан на стоним рачунару, али због одласка на путовања жели да исти има и у преносном. Овај баналан пример илуструје чињеницу да су разлози, пословни или приватни, због којих се захтева вишепроцесорна употреба рачунарског програма једнаки оним због којих једно лице поседује два или више рачунара, јер једно без другог скоро да немају никакву употребну вредност.

Суочавајући наведене супротстављене интересе, поставља се питање да ли се укључивањем *CPU* клаузула у уговоре о лиценци корисник ограничава у редовној употреби. Другим речима, да ли интерес корисника ограничава слободу уговарања даваоца лиценце.

Проблем је неопходно сагледати и с ауторскоправног и с уговорног аспекта.

5.1. Ауторскоправни елементи *CPU* клаузула

Претходно питање од којег зависи и уговорноправна оцена дејства клаузула једнопроцесорне употребе тиче се одређивања обима овлашћења којима располаже носилац права. Прецизније, потребно је одредити да ли употреба програма на различитим рачунарима од стране истог корисника представља самосталан облик искоришћавања. Уколико би то био случај, сагласност даваоца лиценце би била неопходна, због чега се ни ово питање не би чинило проблематичним.

Иако је реч о умножавању рачунарског програма на више од једног уређаја, ова ситуација није потпуно истоветна претходно разматраном проблему мрежне употребе. Док се код употребе програма у мрежи појављује више корисника, у овом случају корисник је исто лице.

Посматрано из угла носиоца права, више корисника представља већи приход, јер ће сваки од њих прибавити примерак потребног ра-

чунарског програма. Стога, свако умножавање ради мрежне употребе представља самостални акт, невезан за сврсисходну употребу, што је напред већ детаљно изложено.

Насупрот томе, уколико једно лице тим примерком већ располаже, употреба на више рачунара постаје питање комфора, личног или пословног. При том, носилац права није нужно лишен прихода од свог ауторског дела, будући да је корисник такав један примерак већ прибавио и да вероватно неће желети да плати двоструку цену за задовољавање истих потреба.

Ослањајући се на критеријуме који круг корисника употребљава рачунарски програм и реалне могућности да давалац лиценце за такву употребу прими накнаду, употреба програма од стране једног лица на више рачунарских уређаја представља једну радњу искоришћавања. У смислу наведеног, *CPU* клаузуле су заправо вид предметног ограничења уступљеног овлашћења на употребу.

5.2. Уговорноправни елементи *CPU* клаузула

Код индивидуалног рачунарског програма, чијој изради претходи уговор о наруцби ауторског дела, ово питање се уопште ни не поставља. Разлог произлази из самих одредби закона о овом именованом уговору. Наиме, када је предмет уговора о наруцби израда компјутерског програма, сва имовинска овлашћења припадају наручиоцу. Чак и ако је забрана употребе на више рачунара садржана у самом уговору, наручилац, односно корисник, се са таквим ограничењем сагласио.

Проблем се, међутим, чини актуелним код формуларних уговора. Наметање обавезе уздржавања од вишеструке употребе могло би да се противи каузи уговора о лиценци, због чега би се такве уговорне одредбе сматрале неважећим.

Из појма уговора о лиценци произлази да је кауза уговора употреба рачунарског програма. С тим у вези, допуштене су све чинидбе које су неопходне ради остварења сврхе уговора. Стога ћемо на овом месту избећи понављања у вези с одређивањем које су радње умножавања неопходне ради сврсисходне употребе. Ипак, упућујемо на аргументе изнесене у вези са проблемом мрежне употребе, јер намећу истоветан закључак и у примени на *CPU* клаузуле: употреба програма на више од једног рачунара истог корисника не сматра се сврсисходном употребом. Због тога ове клаузуле производе дејство. Ради коректне оцене изнесеног мишљења на овом месту је ипак неопходно да дамо додатна објашњења.

Употреба на једном уређају се првенствено односи на смештање програма у меморију рачунара одакле се он покреће приликом сва-

ког коришћења. Међутим, овлашћење легалног стицаоца примерка рачунарског програма да га пушта у рад не мора да буде везано за уређај на којем је он инсталисан. Могло би се замислити да корисник инсталише програм на једном рачунару, а да га користи директно са медијума на другом. Питање сагласности за предузимање таквих радњи чини се сувишним, јер при оваквом начину коришћења, програм се умножава у границама одређеним захтевом редовне, односно сврсисходне употребе. Ако се ипак та граница пређе, *CPU* клаузуле пружају намеравани ефекат у заштити интереса даваоца лиценце. Дакле, сваки пут када постоји прекомерно умножавање, постоји повреда права даваоца лиценце. Конкретно, смештање програма у радну меморију рачунара довољно је учинити само на једном уређају. Пуштање програма у рад се не може бројчано ограничити, али се, слично мрежним клаузулама, оно чини неовлашћено, уколико се ради о истовременој употреби на различитим рачунарима.

Истина, покретање програма директно са медијума може да угрози функционалност самог програма, јер може да доведе до оптерећења радне меморије рачунара, на ком се он покреће, и брзину протока информација, али корисник на такав ризик својевољно пристаје. Штавише, уколико то сматра оправданим, он може да прибави неку од верзија рачунарског програма намењених вишеструкој употреби од стране једног лица. Такве су, нпр. појединачне вишекорисничке верзије (*multiseat stand-alone* лиценце)⁸⁹ (код којих је тачно одређен број рачунара на који се он може инсталирати) или *per user* лиценце (код којих се лиценца везује за лице, па се програм може користити на неограниченом броју рачунара).⁹⁰ Накнада за коришћење оваквих верзија рачунарског програма је већа од појединачне, а мања од двоструке, односно вишеструке цене, због чега су задовољени интереси обеју уговорних страна.

Ипак, изнесени закључак о пуноважности *CPU* клаузула не можемо уопштавати. Код појединих формулација појављује се још један сегмент ограничавања интереса корисника, који је потребно посебно анализирати.

Често се путем ових клаузула кориснику, посредно или непосредно, намеће обавеза уздржавања од промене уређаја, јер се инсталисање програма дозвољава на само једном конкретном уређају,

⁸⁹ Такву лиценцу, примера ради, даје фирма Инг про за употребу програма намењеног правницима. Наиме, стицалац лиценце има могућност да предметни софтвер инсталише на четири рачунара.

⁹⁰ Вид. Aunya Singsangob, *Computer Software and Information Licensing in Emerging Markets The Need for a Viable Legal Framework*, Kluwer Law International, The Hague London New York 2003, 67. Примере таквих лиценци види: <http://www.microsoft.com/windowsserver2003/howtobuy/licensing/ts2003.msp>, 14. јун 2009.

чији се серијски број региструје приликом првог покретања или се добија шифра која се пријављивањем приликом прве употребе брише из базе података даваоца лиценце.⁹¹ Због тога рачунарски програм не може поново да се користи, чак и ако узроци стоје изван воље корисника (уколико, рецимо, дође до квара уређаја). Овим се заправо ограничава слобода корисника да промени свој рачунарски уређај. Тиме се битно задира у вршење права својине на уређају, али и у правни промет. Наиме, таквим забранама може се угрозити положај потрошача, будући да је принуђен на прибављање нове копије рачунарског програма, односно на закључење новог уговора. На овим околностима се донекле заснива и одредба америчког Закона о ауторском праву, која изричито из повреде права на умножавање искључује случајеве сачињавања копија ради њиховог чувања док траје поправка, односно одржавање рачунарског уређаја, под условом да се тако добијене копије униште након престанка околности због којих су сачињене.⁹² Сврха оваквог умножавања је заправо могућност касније употребе програма. Стога, иако се не наводи да власник или друго лице које се користи уређајем може програм инсталирати или користити на другом рачунару, сматрамо да такав закључак произлази из смисла наведене одредбе.

И у земљама у којима не постоји одредба сличне садржине, међу којима је и наша, питање дејства оваквих клаузула може се довести у зависност од питања да ли вршење ауторског права угрожава оправдане интересе корисника. У смислу наведеног, економски интерес даваоца лиценце да оствари додатне накнаде мора се претпоставити интересу корисника да рачунарски програм употребљава за све време трајања уступљеног овлашћења. Тако, услед квара уређаја на којем је он инсталисан, сврсисходна употреба налаже да се он поново инсталише на другом, чак и ако је немогућност употребе само привремена. *CPU* клаузуле које забрањују такву промену хардвера, дакле, не могу производити дејство, јер су противне самој каузи уговора. Штавише, сматрамо да би се другачијим тумачењем посредно изиграла и одредба закона о овлашћењу корисника да сачини резервну копију, која је прописана управо ради обезбеђења континуиране употребе рачунарског програма и услед наступања оваквих или сличних ризика.

Ништа другачије није ни ако замена уређаја није проузрокована околностима које се налазе изван контроле корисника, већ из потребе њиховог осавремењивања. С обзиром на то да је тренд константог развоја електронских уређаја одавно присутан, у данашње

⁹¹ Вид. J. Marly, 484, 485.

⁹² The U.S. Code, Title 17, чл. 117, ст. с.

време није редак случај да потрошачи прате технолошке иновације. Истина, у литератури⁹³ и судској пракси⁹⁴ постоје мишљења да се клаузуле којима се забрањује употреба рачунарског програма на процесору који омогућава бржи проток и обраду података, сматрају дозвољеним, јер употреба на таквом уређају представља основ потраживања веће накнаде носиоцу права. Међутим, тиме не долази до вишеструког коришћења, због чега ови аргументи не могу да се оправдају.

На крају, на основу претходних излагања, истичемо закључак да је могуће уговором ограничити употребу рачунарског програма на један уређај само у смислу забране истовременог смештања у меморију, односно пуштања у рад на више рачунара.

6. ЗАКЉУЧАК

Полазне премисе у одређивању обима дозвољеног умножавања рачунарског програма, по основу суспензије ауторског права, јесу нормално искоришћавање дела и очување легитимних интереса аутора.

Покретање програма, инсталисање и свако даље пуштање у рад, сматрају се неопходним умножавањем дела. Због тога је лиценци корисник овлашћен да их предузима, чак и када уговор не садржи изричиту сагласност носиоца права. Штавише, ово питање није спорно ни у оним правним системима, као што је САД, који овај проблем нормативно уређују на много апстрактнији начин.

Уколико у оквиру наведених премиса тумачимо одредбе о овлашћењу лиценцног корисника да сачини резервну копију, можемо доћи до различитих закључака. С једне стране, у појединим случајевима не сматрамо оправданим сачињавање резервне копије у случајевима када сâм давалац лиценце снабде корисника примерком рачунарског програма на телесном носачу података. С друге стране, нормална употреба понекад захтева да се сачини више од једне копије. Такав је случај с цикличним умножавањима која се често, ради заштите обрађених података, предузимају код великих привредних субјеката.

⁹³ Вид. Axel Metzger, „Zur Zulässigkeit von CPU Klauseln in Softwarelizenzen“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 28/2003, 1994; Thomas Hoeren, *BGH 24.10.2002 I ZR 3/00: Zulässigkeit von rechnerbezogenen Nutzungsklauseln in Softwarelizenzen* CPU Klausel, Lindenmaier Möhring Kommentierte BGH Rechtsprechung (LMK), Verlag C. H. Beck, München 2003, 155.

⁹⁴ У том погледу занимљива је одлука Врховног суда Немачке BGH 24.10.2002 I ZR 3/00: Angemessene Klausel in Softwarelizenzenvertrag CPU Klausel, у: *Neue Juristische Wochenschrift*, 28/2003, 2014.

Забрана мрежне употребе свакако се не може сматрати препреком за нормалну употребу рачунарског програма. Из тих разлога, сматрамо да употреба, односно умножавање рачунарског програма у мрежи рачунара захтева изричиту сагласност аутора.

На крају, употреба рачунарског програма на више уређаја истог корисника сматрамо дозвољеним, под условом да се умножавање не одвија истовремено или се не стварају услови да до тога дође у неком каснијем моменту. Наиме, легитимни интереси носиоца права нису угрожени, а темпо живота савременог човека оправдава могућност да се рачунарски програм покреће са носача података на више од једног уређаја или да се у једном трајно смести у меморију, а на другом пушта у рад директно са медијума. Другим речима, инсталисање на више од једног рачунара није дозвољено, без обзира на чињеницу да је реч о истом лиценцном кориснику.

Dr. Sanja Radovanović

Lecturer

Faculty of Law of University of Novi Sad

PERMITTED SCOPE OF REPRODUCTION OF COMPUTER PROGRAMS IN THE LICENSE AGREEMENT

Summary

In terms of copyright, any use of the computer program is a reproduction of copyrighted work, requiring an explicit consent of the author. However, taking into account its special features that arise from its technical nature, certain acts, which are considered necessary for normal use of a computer program, are exempt from copyright protection if undertaken by the legal acquirer of copies of computer programs. Frequently, the legal basis for using the computer program is a license agreement. In that sense, this paper analyzes whether and to what extent the parties can derogate the will of the legislator, expressed in the provisions on suspension of copyright. The focus of this paper is on duplication that is usually taken: installation of the program, running it, and making back-up copies of computer programs. In addition, for certain users, permission for copying and duplication of computer program are very important in the network use, as well as in the use of the program on two or more computes. That is why these aspects are also taken into account. Following the analysis of the issues presented, this paper concludes that the admissibility of computer installation and running the program is undisputed. More

over, making back-ups is normally allowed, but there are circumstances under which this is considered unnecessary and illegal. Actually, reproduction seems to be beyond the standard of normal use. Finally, copying of computer programs in the network or its simultaneous use on multiple computers is not considered necessary for its normal use.

Key words: *Computer program. – Installation of computer program. – Back-up copies. – Network version. – CPU clauses.*