

Др Сања РАДОВАНОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## РАЧУНАРСКИ ПРОГРАМ КАО УСЛУГА У ИНФОРМАЦИОНОМ ДРУШТВУ

### Резиме

*Нематеријална природа рачунарског програма, као предмета престајације бројних уговора, отвара низ дилема. С ауторскоправног аспекта релевантно је питање да ли обим у којем аутор врши своја ауторскоправна овлашћења, може да се доведе у везу са конкретним уговором који је између аутора и корисника рачунарског програма закључен, узимајући у обзир околност да корисник извесна овлашћења црпе из самог закона? То је свакако случај са искључивим овлашћењем на стављање у промет које се исцрпљује према одређеним субјектима. Из принципа исцрљења, међутим, изричито су изузети облици искористићавања рачунарског програма у форми пружања услуга, а посебно када је реч о онлајн услугама. У последње време је нарочито развијена услуга cloud computing-a, у чијим оквирима ћемо анализирати обим овлашћења аутора, односно корисника рачунарског програма као услуге.*

**Кључне речи:** *клауд, рачунарски програм као роба, рачунарски програм као услуга, умножавање рачунарског програма, ограничења права аутора.*

### І Увод

Стварањем рачунарског програма као ауторског дела, његов аутор постаје титулар искључивих личноправних и имовинскоправних овлашћења. Док се првима штити његов лични однос према делу, друга група овлашћења му омогућава стицање имовинске користи од резултата интелектуалног рада.

Претпоставка вршењу имовинскоправних овлашћења јесте закључивање уговора. Имајући у виду карактер савременог друштва, које почива на информационој технологији, неспорно је да је рачунарски програм врло значајан на тржишту. Захваљујући тој околности, правни оквири у којима се овим производом на тржишту располаже су врло разноврсни.

Поједини од њих се могу уподобити традиционалним институтима робне размене (као што је, примера ради, купопродаја примерка рачунарског програма), док други свој настанак везују управо за настанак и развој дигиталне технологије и ширу примену рачунарских програма. У потоњој групи значајно место заузимају уговори којима се пружа услуга коришћења рачунарског програма.

Заједничко за обе групе уговора јесте чињеница да је рачунарски програм предмет престације. Прецизније, предмет престације чини ауторскоправно заштићена информација која је у програму садржана. Управо ова околност, будући да је реч о нематеријалном добру, у правном промету изазива бројне дилеме. С трговинског аспекта, оне се свODE на питање да ли је уговор којим аутор уступа овлашћење искоришћавања ауторског дела рачунарског програма уговор о промету робе или услуга? С ауторскоправног аспекта, пак, питање које се намеће јесте да ли се садржина ауторског права може довести у зависност од конкретног уговора који је између аутора и корисника рачунарског програма закључен, узимајући у обзир околност да корисник извесна овлашћења црпе из самог закона? Иако је, на први поглед, одговор очигледно негативан, бројне дилеме произашле из нематеријалне природе заштићеног добра, те из постојеће пословне и судске праксе, захтевају да се, бар укратко, осврнемо на могуће интерпретације актуелних нормативних решења у контексту све присутнијег искоришћавања рачунарског програма путем услуга информационог друштва. При том, нарочиту пажњу посвећујемо услугама *cloud computing*-а, чија се доминација у пословању може наслутити.

## II Одлука Суда правде Европске уније – повод за размишљање

Једна, не више ни тако нова, одлука Суда правде Европске уније дала је повода да се у правничким круговима актуелизују бројна питања која су се чинила неспорним. Реч је о одлуци у спору *Used Soft GmbH v. Oracle International Corp.* којом је заузет став да давалац лиценце (носилац ауторскоправних овлашћења) за коришћење ауторског дела рачунарског програма, чији примерак је корисник преузео са Интернета, не може даље да се супротставља продаји примерка, односно трајном лиценцном уступању искоришћавања тог примерак рачунарског програма.<sup>1</sup> Како са-

1 Одлука Суда правде Европске уније (Велико веће), од 3. јула 2012. године (енг. *Judgment of the Court (Grand Chamber) 3 July 2012, UsedSoft GmbH v. Oracle International, Corp., Case No. C-128/11*), до-

ма одлука није предмет овог рада, истаћи ћемо мишљење Суда које је послужило као инспирација овој анализи.

Тако, у вези са тумачењем релевантних одредаба, односно чланова 4. и 5. Директиве 2009/24 о правној заштити рачунарских програма (у даљем тексту: Директива 2009/24),<sup>2</sup> Суд правде Европске уније истиче мишљење да је овлашћење на дистрибуцију примерка рачунарског програма исцрпљено према оном прибавиоцу који је, уз сагласност титулара права, преузео примерак са Интернета на свој носач података, и који је стекао овлашћење да, уз одговарајућу једнократно исплаћену накнаду, користи рачунарски програм неограничено време. Другим речима, уз испуњење одређених услова (неодређено време коришћења и једнократна исплата накнаде), овлашћење на стављање у промет се исцрпљује и на основу уговора о лиценци. Разлог таквом приступу он налази у две кумулативне чињенице. Прва је да дозвола за искоришћавање програма није временски ограничена. Друга је чињеница да је носилац ауторског права већ остварио имовинску корист кроз једнократно исплаћену накнаду, односно да је намирио своје потраживање.<sup>3</sup>

У пословној пракси, уговор о лиценци рачунарског програма дуго времена је био преовлађујући уговорни оквир располагања од стране аутора, претежно због чињенице да се овим путем остваривала контрола

---

ступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd7f97723fc8e4e73a87e855b5c3dfc75.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSah50?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=331923,12.02.2016>.

2 Директива 2009/24 о правној заштити рачунарских програма (даље у фуснотама: Директива 2009/24) (енг. Directive 2009/24 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs), *Official Journal of the European Union*, No 111/2009 – Directive 2009/24.

3 Међутим, иако истиче потребу да приближавањем, штавише поистовећивањем односног уговора о лиценци и купопродаје заштити функцију исцрпљења овлашћења на стављање у промет, правобранилац ипак настоји да изнесени преседан ограничи на најмању могућу меру.<sup>3</sup> С тим у вези, даље у свом мишљењу он истиче да, под условима који су претходно наведени, уговор о лиценци може да доведе до исцрпљења права на стављање у промет, али не и на умножавање рачунарског програма. Тачније, према мишљењу правобраниоца, „легалним прибавиоцем“, у смислу члана 5(1) Директиве 2009/24 се може сматрати само онај субјект који је до примерка рачунарског програма дошао на основу уговора са титуларом права. Доцнији прибавилац може само да користи примерак рачунарског програма који је претходно похрањен на носачу података оригиналног прибавиоца, а не може самостално да сачињава копије, без обзира на то да ли би у потоњем случају оригинални прибавилац избрисао своју копију рачунарског програма са носача података, или је више не би користио. Вид. Christopher Stothers, „When is Copyright Exhausted by a Software Licence? UsedSoft v Oracle“, *European Intellectual Property Review*, 11/2012, 789.

искоришћавања заштићеног дела. Наведеним тумачењем Суда правде ЕУ, позиција аутора је значајно угрожена. Ипак, имајући у виду чињеницу да су одредбама Директиве 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (у даљем тексту: Директива 2001/29)<sup>4</sup> из принципа исцрпљења изричито изузети облици искоришћавања рачунарског програма у форми пружања услуга, а посебно када је реч о онлајн (*on-line*) услугама. Суд правде у својој одлуци то изричито потврђује,<sup>5</sup> чиме се на посредан начин обезбеђује доминација искоришћавања ове врсте ауторских дела управо на наведени начин. Стога ћемо у наредном делу покушати да одредимо када један рачунарски програм, као ауторско дело, представља предмет услуге, те каква је позиција аутора.

### III Рачунарски програм – роба или услуга?

Проблем правне природе рачунарског програма као предмета размене на тржишту везује се за осамдесете године прошлог века, када су пласирани први рачунарски производи независно од рачунарских уређаја.<sup>6</sup> Наравно, правни инструмент промета ових ауторских дела били су (и јесу) уговори. Међутим, као што је и сама индустрија рачунарске технологије револуционарно променила савремени друштвени и правни поредак, тако је и појава нових уговора у значајној мери указала на потребу преиспитивања традиционалних оквира уговорног права. Штавише, овај реални захтев постаје још актуелнији у контексту електронског пословања и смештања размене добара и услуга на Интернет тржиште.

Предмет овог рада, међутим, није трговинскоправни аспект овог питања, већ његове ауторскоправне импликације. Ипак, имајући у виду претходно наведену одлуку Суда правде ЕУ и околност да се, према изра-

---

4 Директива 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, даље у фуснотама: Директива 2001/29 (енг. *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*), *Official Journal of the European Communities*, L 167, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>, 22.03.2016, одељак 29 Преамбуле.

5 С-128/11, одељак 54, 62, 66.

6 Hiroo Sono, „The Applicability and Non-Applicability of the CISG to Software Transactions“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono6.html#iv>, 22.02.2016, 1. Расправе о правној природи рачунарског програма, истина, нису поникле у оквирима права интелектуалне својине, већ трговинског права, а претежно су усмерене на питање могуће примене Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе (тзв. Бечке конвенције).

женом ставу, принцип исцрпљења не протеже на услуге које обухватају ауторска дела, чини нам се да питање шта је заправо рачунарски програм као услуга има практичан значај. Стога ћемо се на расправи о правној природи рачунарског програма осврнути само у мери која је неопходна.

Тако, одређивање једног уговора као робног, односно као услужног, своди се суштински на питање да ли се предмет уговора може сматрати робом. Уколико је одговор одричан, уговор припада групи услужних.

Разумљиво је да проблем у дефинисању рачунарског програма као робе лежи у његовој нематеријалној природи. За потребе трговинског промета, као помоћни критеријум поставило се питање форме у којој је нематеријално добро садржано. Тако, према појединим ауторима, уколико је рачунарски програм умножен на физичком носачу података, он представља материјално добро, те стога одговара појму робе. Уколико то није случај, коришћење рачунарског програма се сматра уговором о пружању услуге.<sup>7</sup> Следећи овај критеријум, општеприхваћено је да је рачунарски програм, код уговора о купопродаји примерка, роба. Када је реч о уговору о лиценци, уколико је овај уговор закључен на неодређено време, без обавезе враћања примерка који је испоручен на материјалном носачу, а уз плаћање једнократне накнаде, у погледу правних последица, поистовећује се са купопродајом.<sup>8</sup> Извесну сличност са наведеним ставовима налазимо и у екстензивном тумачењу Суда правде у погледу исцрпљења права на стављање у промет. Наиме, уколико је титулар права, за износ који одговара економској вредности примерка, пренео овлашћење на коришћење рачунарског програма на неодређено време, према мишљењу Суда, реч је о продаји примерка.<sup>9</sup>

У погледу рачунарских програма који су доступни путем Интернета, у тзв. онлајн (*on-line*) трансакцијама, не постоји уједначено мишљење о њиховој правној природи. Једна група аутора истиче да облик у којем је програм испоручен (телесни или бестелесни) не треба да утиче на његову природу, тим пре што програми преузети са Интернета могу да буду сачувани на телесном носачу података.<sup>10</sup> Други, међутим, сматрају да у случају онлајн пословања не постоји пренос примерка програма, већ

---

7 Sarah Green, Djakhogir Saidov, „Software as Goods“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/green-saidov.html>, 17.2.2016, 4.

8 S. Green, D. Saidov, 9.

9 C-128/11, одељак 42.

10 H. Sono, 5; Trevor Cox, „Chaos versus uniformity: the divergent views of software in the International Community“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cox.html>, 17.02.2016, 7.

само његово умножавање. Због тога се ни рачунарски програм у електронским разменама не може сматрати робом.<sup>11</sup>

На сличним позицијама је и Европска унија, која је у оквиру Светске трговинске организације нагласила став да се све електронске испоруке имају сматрати услугама.<sup>12</sup> Сходно томе, Директивом 2000/31 о електронској трговини<sup>13</sup> је прописано да се услугом информационог друштва сматра услуга која се електронским средствима пружа на даљину, на захтев заинтересованог лица.<sup>14</sup>

#### IV Онлајн услуга коришћења рачунарског програма

У ширем смислу, онлајн коришћење рачунарског програма подразумева сваки облик његовог искоришћавања путем Интернета. Међутим, уколико се осврнемо на наведену одлуку Суда правде ЕУ у случају *Used-Soft*, искоришћавање рачунарског програма путем глобалне мреже могли бисмо начелно посматрати из два угла.

С једне стране, Интернет представља средство испоруке примерка рачунарског програма, као испуњење обавезе преузете на основу претходно закљученог уговора (примера ради, лиценца, купопродаја). С друге стране, онлајн искоришћавање рачунарског програма може да буде непосредно, у смислу да корисник, у оквиру интернет услуга, приступа рачунарском програму и употребљава га. Потоњи облик искоришћавања могли бисмо да означимо као онлајн искоришћавање у ужем смислу, односно коришћење рачунарског програма као услуге.

Онлајн услуга коришћења рачунарског програма може се организовати на различите начине. У последње време је нарочито развијена

---

11 Н. Sono, 5.

12 Т. Cox, 7.

13 Директива 2000/31 о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, а посебно електронске трговине, на унутрашњем тржишту – даље у фуснотама: Директива 2000/31, (енг. *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market - E-Commerce Directive*), *Official Journal of the European Communities*, L 178, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>, 10.03.2016.

14 Директива 2000/31, чл. 2. упућује на примену чл. 1, ст. 2. Директиве о техничким стандардима услуга информационог друштва, која је више пута мењана. Актуелна редакција је Директива 2015/1535, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L1535&from=FR>, 11.04.2016.

услуга *cloud computing*-а, у чијим оквирима ћемо и ми анализирати право аутора рачунарског програма.<sup>15</sup>

Изразом *cloud computing* (надаље: клауд) се означавају компјутерски ресурси (хардвер и софтвер) који се корисницима стављају на располагање са удаљених локација, најчешће путем Интернета,<sup>16</sup> али и услуге испоручивања различитих апликација са тих ресурса.<sup>17</sup> Дакле, кориснику клауда се ставља на располагање рачунарска инфраструктура (IaaS), платформа (PaaS) или софтвер (SaaS). Тиме му се омогућава да са свог уређаја (рачунара – стоних, преносних, таблет; мобилног телефона), приступа разноврсним садржајима који се налазе у удаљеном хардверском уређају (серверу), односно да покреће рачунарске програме различитих врста и намена, али и да размењује информације са другим корисницима. Својство корисника клауда стиче се закључивањем уговора са клауд провајдером (најчешће отварањем налога, односно регистрацијом), који односно садржај ставља на располагање по основу претходно закљученог уговора са носиоцем права на том садржају.

У својој суштини, клауд представља рачунарски програм који симулише рад једног или више рачунара – сервера. Практично, у мрежи рачунара може да се налази само један сервер, а да се за неколико додатних уређаја симулише иста функција. Због своје динамичне природе, те чињенице да се похрањивање и размена података обављају у бестелесној форми, клауд има велики тржишни потенцијал у данашњем, информационом друштву.<sup>18</sup> Ипак, ова својеврсна употреба рачунарске технологије отвара низ правних питања. У погледу услуге којом се корисницима на

---

15 Software as a Service, више података доступно на адреси: <http://searchcloudcomputing.techtarget.com/definition/Software-as-a-Service>, 01.03.2016.

16 Peter Mell, Timothy Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing*, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology, NIST Special Publication 800-145, National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, доступно на адреси: <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800/145/SP800-145.pdf>, 14.08.2015.

17 Michael Armbrust, Armando Fox, Rean Griffith, Anthony D. Joseph, Randy Katz, Andy Konwinski, Gunho Lee, David Patterson, Ariel Rabkin, Ion Stoica, Mathei Zaharia, *A View of Cloud Computing*, Communications of the ACM, Volume 53, Issue 4, April 2010, доступно на адреси: [http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=188.246.48.223&acc=OPEN&CFID=193934598&CFTOKEN=78756548&\\_\\_acm\\_\\_=1363711933\\_1493e1a8c5658af1ddb7f9580b39800](http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=188.246.48.223&acc=OPEN&CFID=193934598&CFTOKEN=78756548&__acm__=1363711933_1493e1a8c5658af1ddb7f9580b39800), 01.09.2015, 50.

18 У том смислу, постоји неколико врста *cloud*-а, од јавног до приватног, према кругу субјеката који је њиме обухваћен. Вид. Neal Leavitt, „Is Cloud Computing Really Ready for Prime Time?“, *Technology News*, January 2009/IEEE Computer Society, доступно на адреси: <http://www.leavitt.com.com/pdf/Cloudcomputing.pdf>, 17.11. 2015

располагање ставља рачунарски програм издвојићемо она која су у основи непосредно везана са искључивим овлашћењем носиоца ауторског права на рачунарском програму на умножавање дела, односно, из угла корисника, ограничења овог овлашћења.

## **V Рачунарски програм као услуга клауда**

Пружање услуге коришћења рачунарског програма који је похрањен у меморији удаљеног сервера састоји се из неколико корака. Најпре, аутор рачунарског програма уступа овлашћење искоришћавања пружаоцу клауд услуге путем уговора који обавезује ова два субјекта. Корисници стичу овлашћење искоришћавања након што се региструју код пружаоца услуге и, по правилу, плате одређени износ на име коришћења. Уговорни однос између корисника и провајдера, у погледу употребе рачунарског програма, своди се на омогућавање приступа рачунарском програму за све време трајања уговора (односно плаћања накнаде), са било ког уређаја који омогућава повезивање на Интернет.

Аутор и корисник рачунарског програма нису у непосредној правној вези. Ипак, чињеница да је предмет уговорне престације истовремено и предмет искључивог права аутора захтева да се њихов однос сагледа с тачке њиховог повезивања, односно из угла ограничења права аутора у корист корисника.

### **1. Ауторско право у контексту рачунарског програма као клаудуслуге**

Према Директиви 2009/24, титулар ауторског права на рачунарском програму искључиво је овлашћен да дозволи привремена или трајна умножавања рачунарског програма било којим средством и у било којој форми, у целини или делимично, „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“;<sup>19</sup> превођење, прилагођавање, приређивање и свако друго мењање и умножавање програма који из тога произлазе, непрејудицирајући при том права лица које мења компјутерски програм,<sup>20</sup> било који облик дистрибуције дела јавности, укључујући и давање дела у закуп, било да је

19 Директива 2009/24, чл. 4, ст. 1.

20 Директива 2009/24, чл. 4, ст. 2.



реч о оригиналном примерку, било о копији дела. Према нашем Закону о ауторском и сродним правима (у даљем тексту: ЗАСП), ако је ауторско дело рачунарски програм, умножавањем се сматра и смештање целог или дела програма у меморију рачунара, односно пуштање програма у рад на рачунару.<sup>21</sup>

Дакле, свако коришћење рачунарског програма представља заправо умножавање и обухваћено је искључивим правом аутора. Посматрано с аспекта корисника, свака употреба мора да има свој основ у уговору са самим аутором или са лицем које аутор овласти на таква располагања. Стога, када је реч о клаудуслугу, свакако да је нужан оквир употребе уговор који корисник закључује са пружаоцем услуге, а који, по правилу, обухвата и посебне услове предвиђене за рачунарске програме. Међутим, могуће је да наведеним условима нису изричито регулисани сви видови искоришћавања предметног програма, те се поставља питање да ли се таквим пропуштањем корисник лишава употребе у односном смислу или је могуће применити законске одредбе о ограничењу ауторског права у погледу конкретних чињења.

## **2. Овлашћења корисника рачунарског програма која произлазе непосредно из закона**

Технички посматрано, услуга рачунарског програма у оквиру клауда пружа се кориснику на начин да му се обезбеди, путем Интернета, приступ рачунарском програму са сопственог уређаја, односно покретање програма из удаљене меморије клауда (пуштање у рад). Како смо већ објаснили, свака употреба, па тиме и само покретање представља радњу умножавања, односно чини садржину искључивог права аутора. Међутим, Директива 2009/24 садржи одредбе којима се легални прибавилац овлашћује, уколико уговор не предвиђа другачије, да предузима умножавања рачунарског програма, у складу са намераваном сврхом, укључујући и исправљање грешака.<sup>22</sup> Према ЗАСП-у, пак, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења може да смешта програм у меморију рачу-

---

21 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/209, 99/2011, 119/2012, 29/2016, чл. 20, ст. 4.

22 Директива 2009/24, чл. 5, ст. 1.

нара и пушта га у рад,<sup>23</sup> као и да начини један резервни примерак рачунарског програма на трајном телесном носачу.<sup>24</sup>

Да бисмо наведене одредбе применили на корисника рачунарског програма као клауд услуге, неопходно је указати на два значајна питања: да ли се овај корисник сматра легалним прибавиоцем копије рачунарског програма, те која су то умножавања у контексту услуге рачунарског програма неопходна за нормалну, односно сврсисходну употребу?

*а) Корисник клауд услуге рачунарског програма  
као „легални прибавилац“*

Оно што може учинити спорном могућност субјекта да црпи одређена овлашћења из закона јесте појам легалног прибавиоца. Јасно је да својство „легални“ претпоставља постојање неког правног основа за коришћење рачунарског програма. Међутим, с обзиром на то да је у наведеним одредбама употребљен термин „прибавилац“ уместо корисник, поставља се питање да ли је тиме изражена тежња да се круг лица, на која се законска ограничења ауторског права на рачунарском програму односе, заправо сузе. Другим речима, недовољно је јасно да ли се под прибавиоцем може сматрати сваки легални корисник или само онај који је уједно и држалац материјалног примерка рачунарског програма.<sup>25</sup>

Прва Директива о правној заштити рачунарских програма, Директива 91/250,<sup>26</sup> која је поставила правне оквире искоришћавања ових ауторских дела, донесена је у време компјутерске технологије која није подржавала размену података на Интернету у данашњем облику. Употреба рачунарског програма у техничко-технолошком окружењу оног времена је подразумевала материјални примерак рачунарског програма, било да је он сачињен на рачунарском уређају или на телесном носачу података.<sup>27</sup> Чак ни актуелна редакција Директиве о правној заштити рачунарских програма изворни текст у овом делу не мења. Разлог томе вероватно

23 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

24 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

25 Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2009, 229.

26 Council Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:EN:HTML>, 11.04.2016.

27 Актуелна веб 2.0 платформа омогућава активно учешће корисника у креирању садржаја доступних на Интернету (тзв. *User Generated Content*). Вид. Сања Радовановић, „Грађанско-правна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 84.

лежи у чињеници да је у међувремену донесена Директива 2001/29, чије је *sedes materiae* искоришћавање ауторских дела, па тиме и рачунарског програма, у дигиталном облику. Сходно одредбама ове Директиве, примерком рачунарског програма се сматра сваки резултат умножавања (телесни, бестелесни, трајни, привремени).<sup>28</sup> Следствено, корисник рачунарског програма као услуге такође представља прибавиоца, у смислу односних одредаба.

б) *Ограничења ауторског права у корист корисника рачунарског програма као клауд услуге*

Како корисник рачунарског програма као услуге има својство легалног прибавиоца, јасно је да се наведене одредбе Директиве 2009/24 и домаћег права примењују и на њега. Међутим, да бисмо одговорили у којој мери је ограничење ауторског права могуће, сматрамо неопходним довести у везу посебности рачунарског програма као клауд услуге са циљем односних одредби.

Директива 2009/24, подсетимо се, признаје аутору рачунарског програма искључиво овлашћење на умножавање, али предвиђа и одређена ограничења.<sup>29</sup> Ове одредбе заправо почивају на принципима Бернске конвенције о уравнотежењу приватног интереса (аутора) и општег интереса (друштва).<sup>30</sup> Ван европског тржишног простора, поред Бернске конвенције, оквира за ограничење искључивог овлашћења на умножавање дају одредбе нешто касније донесених међународних аката, Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS-а) и WIPO Уговора о ауторском праву. Начелно, њима се предвиђа обавеза држава чланица да ограничења искључивих права аутора сведу на посебне случајеве, који нису противни уобичајеном искоришћавању дела и којима се не наноси неоправдана штета законитим интересима титулара права.<sup>31</sup>

28 Директива 2001/29, чл. 2.

29 Директива 2009/24, чл. 5. и 6.

30 „Green Paper on Copyright and Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action“, COM (88) 172 final, 10.11.1988, доступно на адреси: [http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright\\_and\\_tech\\_gp\\_COM\\_88\\_172.pdf](http://aei.pitt.edu/1209/01/copyright_and_tech_gp_COM_88_172.pdf), 02.02.2016.

31 Тако, Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (енг. *Agreement on Trade-related aspects of Intellectual property – TRIPS*), доступно на адреси: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm), 12.04.2016, чл. 13. Слично, WIPO Уговор о ауторском праву (енг. *WIPO Copyright Treaty*), доступно на адреси: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295166](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166), 12.04.2016, чл. 10. Бернском конвенцијом за заштиту књижевних и уметничких дела из 1886. године је успостављен тзв. *three-step test* (тестирање у

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 рачунарског програма није замисливо без одређених чињења, која улазе у појам умножавања, законодавац је предвидео суспензију искључивог овлашћења аутора на умножавање софтвера. У том смислу, како је већ наведено, 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,<sup>32</sup> као и да начини један резервни примерак софтвера на трајном телесном носачу.<sup>33</sup>

Док наш законодавац прецизира чињења која су допуштена и без сагласности аутора, Директива 2009/24 даје шире оквире за тумачење дозвољених умножавања од стране корисника: легални прибавилац се овлашћује, уколико уговором није другачије одређено, да предузима умножавање рачунарског програма, које је у складу са намераваном сврхом. Иако су формулације различите, сматрамо да је смисао ових одредаба исти. Наиме, радње умножавања које су нашим Законом изричито предвиђене сматрају се допуштеним, у смислу законске суспензије ауторског права, само уколико се таквим ограничењем не вређају легитимни интереси аутора.<sup>34</sup> Стога ћемо у наредном делу сагледати наведена допуштена чињења у контексту рачунарског програма као клауд услуге.

### **3. Пуштање програма у рад у оквиру рачунарског програма као клауд услуге**

Пуштање програма у рад, односно његово покретање представља акт умножавања који је нужна претпоставка за постизање одређеног програмског резултата. Без овог чињења употреба рачунарског програма није могућа. Следствено, овакво умножавање представља најмањи обим вршења односног искључивог овлашћења аутора које корисник мора да

---

три корака) које се своди на утврђивање да ли је искоришћавање у конкретном случају обухваћено законским ограничењима, да ли је у супротности са нормалним искоришћавањем дела и да ли неразумно вређа легитимне интересе аутора (чл. 9, ст. 2.). Текст Конвенције доступан у: Владимир Тодоровић, *Међународни уговори – Интелектуална и друга добра*, књига 7, Београд, 2000.

32 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

33 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

34 ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

има како би остварио циљ уговорног обавезивања према аутору или носиоцу ауторског права.<sup>35</sup>

Језичким тумачењем одредаба Директиве<sup>36</sup> би се могло закључити да се уговором може ограничити право корисника да програм пушта у рад. Међутим, у смислу општег уговорног права, такве одредбе би биле ништаве, јер су противне циљу уговора<sup>37</sup> о уступању права искоришћавања рачунарског програма.<sup>38</sup> Дакле, право корисника на умножавање у наведеном смислу гарантује се и онда када то сауговорач, односно носилац ауторског права на програму није узео у обзир. Супротан закључак би угрозио не само смисао ауторскоправне заштите и предвиђених ограничења, већ и смисао уговорног права. Ту је, заправо, реч о сагласности која се подразумева за одређену врсту уговора.<sup>39</sup>

35 Сања Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, Београд, 2012, 186.

36 Слично је и у законима држава чланица. Тако, немачки Закон о ауторском праву прописује да, *уколико не постоје посебне уговорне одредбе*, легални стичалац 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. Немачки Закон о ауторском праву (нем. *Urheberrechtsgesetz - UrhG*, доступно на адреси: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhlg/>, 01.02.2016, чл. 69д, ст. 1. Ова одредба, штавише, предвиђа да легални стичалац, 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. Енглески Закон дозвољава легалном прибавиоцу да умножава компјутерски програм када је то у *складу са овлашћеном употребом*. Copyrights, Designs and Patents Act - CDPA, доступно на адреси: [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga\\_19880048\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm), 01.02.2016, чл. 50Ц, ст. 2. Када је реч о америчком праву, несмотр се повредом уколико власник примерка, или лице које он овласти, умножава рачунарски програм у обиму који представља суштински акт употребе на рачунарском уређају. The US Code, Title 17 (енг. *Copyright Act*), доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/copyright/>, 01.02.2016, чл. 117, ст. а, тач. 1. 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“. „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, 10.04.2000, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0199:FIN:EN:PDF>, 01.02.2016, 12.

37 Немачки Грађански законик, *Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*, доступно на адреси: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html), чл. 133. и 157. Исто решење познаје и француско право, вид. *Code de la Propriété Intellectuelle*, Intellectual Property Code - IPC, доступно на адреси: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=180336](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180336), 01.02.2016, чл. Л122-6, Л122-6-1, ст. 1.

38 Вид. *Reasons Ri Li 91/250 on legal protection of computer programs*, доступно на адреси: [www.europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1991/de391L02S0.html), 10.02.2016.

39 Допуштеност умножавања у наведеном смислу надаље произлази из доктрине развијене у ауторском праву прецедентних правних система о тзв. имплицитним лиценцама (*implied li-*

#### 4. Смештање програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда (инсталисање)

Док је општеприхваћено да пуштање програма у рад представља минимум овлашћења које корисник мора да има да би употребљавао рачунарски програм, када је реч о коришћењу рачунарског програма из клауд меморије не бисмо без резерве могли да заузмемо исти афирмативни став у погледу овлашћења, односно ограничења да корисник сачини примерак програма у меморији свог рачунарског уређаја.

Наиме, сачињавање копије рачунарског програма у радној меморији рачунара у информатичким стручним круговима се сматра неопходним чињењем за редовну употребу. Разлог томе лежи у чињеници техничке природе: свако касније покретање програма са носача података (уколико је на њему забележен примерак дела) отежавало би његову употребу и успоравало рачунарски систем.<sup>40</sup> Међутим, корисник рачунарског програма путем клауд услуге има на располагању примерак сачињен у бестелесној форми, односно похрањен у меморији удаљеног сервера. Технички посматрано, за корисника би било потпуно ирелевантно да ли програм покреће из сопствене или удаљене меморије. Функционисање рачунарског система се овим не доводи у питање.

Уколико пођемо од сврхе прописаних ограничења, чини нам се да у овом домену постоји извесно сужавање суспензије ауторског права. Подсетимо се, сва умножавања рачунарског програма представљају искључива овлашћења аутора. Ограничења (која су у појединим правним системима изричито садржана у законским одредбама, а у појединим она произлазе из *fair use* доктрине), представљају пожељну интервенцију државе у субјективно право аутора, а ради заштите општег друштвеног интереса. Реч је, дакле, о изузецима која, сходно општим принципима, треба рестриктивно тумачити.

---

*cences* 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 произлази из природе уговора, а у складу је са изричитим уговорним одредбама и целокупним контекстом уговорног односа. Вид. Davidson & Associates, Inc. v. Internet Gateway, 334 F. Supp. 2d 1164, 2004 U.S. Dist. Lexis 20369, Copy. L. Rep. (CCN) P28, 888, у правној бази LexisNexis, доступно на адреси: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com), 02.03.2016.

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

Када је реч о нашем Закону, у заједничкој одредби о ограничењу 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.<sup>41</sup> У законима европских држава, по узору на односу Директиву, у погледу овлашћења на сачињавање резервне копије стоји одредница „када је то потребно за такву употребу“.<sup>42</sup>

У смислу наведеног, потребно је одредити шта се сматра нормалним искоришћавањем дела у погледу смештања програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда.

С обзиром на то да корисник има приступ делу са било којег уређаја и са било којег места, јасно је да смештање рачунарског програма у меморију уређаја корисника не може бити правдано истим разлозима као када је у питању инсталисање програма са материјалног носача података или преузимањем примерка са Интернета. При том се највише имају у виду аргументи који се истичу у прилог ефикасности употребе програма и, уопште, рачунарског система. Клауд окружење тај недостатак потпуно елиминише, будући да кориснику, истовремено са употребом рачунарског програма, стоји на располагању и одређени меморијски простор удаљеног рачунарског уређаја. С тим разлозима, могли бисмо закључити да се смештање програма у меморију корисниковог уређаја не може *a priori* сматрати допуштеним.

##### **5. Инсталисање програма у меморију рачунарског уређаја корисника клауда као сачињавање резервног примерка**

мештање рачунарског програма (инсталисање) у меморију рачунарског уређаја корисника клауда може да се посматра и као сачињавање резервне копије. Према нашем Закону, легални прибавилац може без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде да сачини један резервни примерак на трајном телесном носачу.<sup>43</sup> Легални прибавилац, према односној одредби Директиве 2009/24,<sup>44</sup> не може бити уговором спречен да сачини једну *back-up* копију рачунарског програма, уколико је то неопходно за уобичајену употребу.

---

41 ЗАСП, чл. 41, ст. 2.

42 UrhG, чл. 69д, ст. 2; CDPA, чл. 50А, ст. 1; IPC, чл. L 122-6-1, ст. II.

43 ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 3.

44 Директива 2009/24, чл. 5, ст. 2.

Овлашћење корисника да сачини резервну копију рачунарског програма не представља чињење од којег зависи његова употреба, будући да је програм најчешће већ инсталисан у меморији рачунара. Смисао овог ограничења, наиме, лежи у потреби да се кориснику омогући несметана употреба програма и у оним случајевима када прибављени примерак постане неупотребљив. У традиционалном технолошком окружењу, то се најчешће дешава услед оштећења или уништења уређаја на којем је програм претходно инсталисан, услед физичке силе или „вирусних напада“.<sup>45</sup> Стога, да би се корисник омогућио да употребљава рачунарски програм за све време трајања уговора између њега и аутора, одредбама закона му је допуштено да сачини резервни (безбедносни) примерак. Имајући у виду бестелесни облик искоришћавања путем клауд услуге, спорно је да ли такви ризици постоје и у овом случају. Наиме, клауд провајдер, у оквиру своје делатности и у сопственом интересу, одржава рачунарски систем који се, како је наведено, одликује управо тиме што удаљени сервер може да симулише своју функцију на више различитих уређаја. Из тих разлога, околности које се наводе у прилог суспензије ауторског овлашћења на умножавање у традиционалном рачунарском окружењу, у клауду не постоје. Следствено, допуштањем кориснику да у меморији свог рачунарског уређаја сачини резервну копију програма, којем има приступ путем клауд мреже, у било које време и са било којег места, би се изашло изван оквира ограничења. Конкретно умножавање не би се могло сматрати неопходним за редовну употребу. Осим тога, и легитимни интереси аутора би могли да буду угрожени.<sup>46</sup> Исти резултат, али са другачијим образложењем, произ-

---

45 С. Радовановић (2012), 190.

46 Наиме, када се рачунарски програм користи путем услуге клауда, аутор стиче приходе на основу накнада које корисник плаћа провајдеру. Накнада може да буде обрачуната паушално, на месечном, годишњем нивоу и слично, или, пак, према интезитету коришћења. Уколико је накнада обрачуната паушално, с аспекта интереса аутора, не би постојала сметња за сачињавање резервне копије у меморији рачунарског уређаја корисника. Аутор не трпи негативне последице од чињенице да је програм инсталисан код корисника који има овлашћење за његову употребу и који за такво искоришћавање плаћа накнаду. Ипак, не би се смела занемарити чињеница да умножавање програма на овај начин представља за аутора додатни ризик од губљења контроле над искоришћавањем свог дела, будући да је примерак програма доступан кориснику и након што престане да плаћа накнаду за коришћење. Наравно, корисник тиме губи и својство легалног прибавиоца, те свака накнадна употреба доводи до повреде права. Уколико се накнада обрачунава према интезитету коришћења, интерес аутора би свакако био угрожен када би корисник инсталисао програм, јер би било могуће пуштати га у рад и из меморије уређаја. Такво умножавање, односно коришћење аутор не би могао да контролише без додатних трошкова (нпр. путем технолошких мера заштите).



лази и из околности да је кориснику онемогућен приступ Интернету, па тиме и предметном рачунарском програму.

## **6. Немогућност приступа Интернету у контексту рачунарског програма као клауд услуге**

Рачунарска технологија данашњице заснована је на глобалној рачунарској мрежи и на могућности бројних корисника да ту мрежу користе. У том смислу, разноврсност уређаја који омогућавају приступ Интернету, те начини повезивања (бежично, путем мобилне телефоније, кабловске телевизије итд), чине Интернет, а тиме и клауд услуге, истински доступне свима и увек. Ипак, уколико наступи мало вероватна немогућност коришћења Интернета, доводи се у питање и искоришћавање рачунарског програма као услуге путем клауда. Да ли је то ризик који оправдава сачињавање резервне копије? Чини нам се да одговор не може да буде дат изоловано од општих правила уговорног права.

Тако, трајна немогућност корисника да приступи рачунарском програму у клауд меморији представља, заправо, немогућност испуњења престације. С аспекта уговорног права, ова околност води до престанка уговора. Не улазећи, у контексту овог рада, у даља питања у вези са одговорношћу уговорних страна и даље судбине њиховог односа, можемо закључити да ова чињеница води непосредно и до престанка својства легалног прибавиоца. Корисник рачунарског програма је у уговорном односу са клауд провајдером, а не са аутором. Рачунарски програм представља само предмет престације која је постала немогућа. Другим речима, клауд провајдер се обавезао да омогући употребу рачунарског програма из сопствене меморије, а не рачунарског програма у опште. Самим тим, ризик немогућности коришћења рачунарског програма као клауд услуге не представља околност која би оправдала сачињавање резервне копије у рачунарском уређају корисника. Слично је и када је реч о привременој немогућности, с тим да у овом случају уговор наставља да производи дејство када немогућност испуњења буде отклоњена.

## **VI Закључак**

У информационом друштву, које одликује распрострањена употреба Интернета у комуникацији и пословању, рачунарски програм има двојаку функцију. С једне стране, њиме се омогућава проток информација, а с друге стране, он представља непосредни предмет размене. Имајући у виду да је рачунарски програм, заправо, предмет заштите ауторским

правом, овај рад је имао за циљ да укаже на обим овлашћења којима располаже аутор, односно корисник, у контексту актуелне интернет услуге - клауда. Наиме, свака употреба рачунарског програма представља умножавање, које је обухваћено искључивим овлашћењем аутора. Међутим, ово овлашћење трпи низ ограничења у корист легалног прибавиоца примерка рачунарског програма. Анализом нормативних решења права Европске уније и домаћег права у погледу искључивог овлашћења аутора на умножавање и његових ограничења, у контексту рачунарског програма као клауд услуге, истакнуто је мишљење да је право аутора ограничено само у погледу пуштања програма у рад из меморије удаљеног рачунарског уређаја. У осталим случајевима, инсталисање програма у рачунарском уређају корисника и сачињавање резервне копије, примена одредаба о ограничењу овлашћења на умножавање није оправдана.

**Sanja RADOVANOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **COMPUTER PROGRAM AS A SERVICE IN THE INFORMATION SOCIETY**

### **Summary**

*Intangible nature of the computer program, as a subject of numerous contractual obligations, opens a number of dilemmas. From the copyright point of view, relevant question is whether the extent, to which the author shall exercise its copyright, may be brought in connection with the contract signed between the author and the user of a computer program, taking into account the fact that the user has certain powers derived from the law? This is certainly the case with the exclusive distribution right, which could be exhausted against certain subjects. Exhaustion principle, however, is not provided in the case when computer program is used as a service, especially when it comes to online services. Lately, the service that is specially developed, is cloud computing, within which we will analyze the scope of author's and user's rights, regarding the computer program as a service.*

**Key words:** *cloud computing, computer program as a good, computer program as a service, reproduction of computer program, limitations on copyright.*