

PREDMETI *ReDIGI* I *USEDSoft*: NEKOLIKO ODGOVORA I BAR TOLIKO NEODGOVORENIH PITANJA

Rezime: Sud u Njujorku je u predmetu *ReDigi* reafirmisao opšte pravilo američkog autorskog prava da se iscrpljenje prava na stavljanje primerka dela u promet („doktrina prve prodaje“) primenjuje u odnosu na telesne primerke zaštićenog intelektualnog dobra, ali ne i kada su u promet stavljeni digitalni primerci. Ništa u presudi ne sugeriše da bi distribucija digitalnih primeraka računarskog programa – pitanje kojim se presuda ne bavi – predstavljala izuzetak u odnosu na to pravilo. Sud pravde Evropske unije (SPEU) je, u presudi *UsedSoft*, zauzeo stav da distribucija digitalnih primeraka računarskog programa podleže pravilu o iscrpljenju prava; međutim, ne izgleda verovatno da bi SPEU došao do takvog zaključka u odnosu na digitalne primerke drugih zaštićenih dela. U Sjedinjenim Američkim Državama, široko prihvaćeni stav da ono što izgleda kao prodaja primerka računarskog programa ustvari predstavlja davanje licence, unapred sprečava primenu doktrine prve prodaje. Za razliku od toga, SPEU je našao da navodno davanje primerka računarskog programa na korišćenje na osnovu licence ustvari predstavlja prodaju, čime je sud postavio temelj za naredni nalaz, da se primenjuje institut iscrpljenja. U oba predmeta, sudovi su prepoznali i pravo na umnožavanje dela kao pravo koje potencijalno trpi povredu tokom „digitalne prodaje“ primerka zaštićenog intelektualnog dobra. Sud u Njujorku je zaključio da je do povrede stvarno i došlo, dok je SPEU smatrao da u konkretnom kontekstu, zahvaljujući usko postavljenom izuzetku iz tzv. Softver direktive 2009/24, pravo na umnožavanje dela nije povređeno. Njujorški sud je posvetio dužnu pažnju vanpravnim argumentima u korist i protiv primene doktrine prve prodaje u digitalnom domenu, ali odbio je da preuzme faktičku ulogu zakonodavca; SPEU je kritikovan da je u predmetu *UsedSoft* učinio upravo suprotno. Kako u Sjedinjenim Američkim Državama, tako i u Evropskoj uniji, rasprava o „digitalnom iscrpljenju“ će, ustvari, tek dobiti na intenzitetu.

Ključne reči: *Ischrpljenje prava.* – *Digitalni primerak.* – *Umnožavanje.* – *Računarski program.*

Dopuštenost preprodaje digitalnih sadržaja – kao što su muzički fajl, e-knjiga, video igra, ili računarski program (softver) – bez odobrenja nosioca

prava privlači poslednjih godina naročitu pažnju pravničke zajednice koja se bavi pitanjima autorskog i srodnih prava. Rasprava je dobila zamajac nakon što je Veliko veće Suda pravde Evropske unije u julu 2012. godine presudilo da je preprodaja digitalnih primeraka računarskih programa u skladu sa odgovarajućim propisima Evropske unije, a Sud za južni distrikt Njujorka u martu 2013. godine odlučio da preprodaja digitalnih primeraka fonograma nije u skladu sa američkim pravom.

Osnovni princip u autorskom pravu je da se postojanje subjektivnog autorskog ili srodnog prava razlikuje od vlasništva na primerku u kojem je otelotvoreno autorsko delo ili predmet srodonpravne zaštite. Osoba, na primer, može da poseduje primerak muzičkog CD-a, ali je to ne čini titularom autorskog prava na kompoziciji niti srodnog prava na fonogramu.

Kada nosilac autorskog ili srodnog prava stavi u promet primerak (materijalni nosač) u kojem je otelotvoreno autorsko delo odnosno predmet srodonpravne zaštite, zakoniti sticalac je slobodan da dalje stavlja u promet taj primerak (na primer, da ga proda trećem licu). Nakon prvog prenosa prava svojine na primerku dela, nosilac prava je „iscrpeo“ svoje imovinskopravno ovlašćenje na stavljanje primeraka dela u promet – jedno od nekoliko imovinskopravnih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnog autorskog ili srodnog prava. Nosilac prava potom ne može da spreči kupca da proda taj primerak trećem licu, ovaj četvrtom, itd. Sloboda dalje preprodaje deo je slobode lica da raspoláže svojom imovinom.

Ta preprodaja na „sekundarnom tržištu“, po pravilu po nižoj ceni nego što je cena novih primeraka dela, ima višestruke korisne efekte – od proširenja kruga lica koji mogu da sebi priušte da kupe primerak dela, do očuvanja primeraka dela za čijim daljim postojanjem nosilac prava može da izgubi interes.¹ S druge strane, sekundarno tržište nema bitan negativni efekat na nosioca prava, iz bar dva razloga: nosilac prava je prvom prodajom već dobio određenu materijalnu satisfakciju; i, nosilac prava može razumno da računa na to da će, uprkos postojanju sekundarnog tržišta za već korišćene primerke dela, moći da prodaje i nove primerke dela, po višim cenama od onih na sekundarnom tržištu, jer fizički primerci dela tokom vremena po pravilu gube na kvalitetu, čime gube i na privlačnosti u očima potencijalnih korisnika.

Kod primeraka dela u digitalnom obliku, međutim, iscrpljenje prava nosi rizike koji ne prate stavljanje u promet primeraka dela u telesnom obliku. Sekundarno tržište digitalnih proizvoda bitno dovodi u pitanje sposobnost nosioca prava da prodaje nove primerke dela, jer „iskorišćeni“ digitalni primerci ne gube vremenom na kvalitetu. Ti primerci, ustvari, ni po čemu nisu inferiorni u odnosu na nove primerke dela. Stoga, korišćeni primerci mogu da se na tržištu nose ravnopravno sa novim primercima dela, utoliko pre ukoliko se prodaju po nižoj ceni.²

1 A. Reese, „The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks“, *Boston College Law Review*, 2/2003, 585-603.

2 E.F. Schulze, „Resale of digital content such as music, films or eBooks under European law“, *European Intellectual Property Review*, 1/2014, 13.

Ovaj tekst sadrži prikaz i analizu odluke Suda za južni distrikt Njujorka, u predmetu *ReDigi*,³ kao i presude Suda pravde Evropske unije, u predmetu *UsedSoft*.⁴ Tekst se posebno osvrće na sličnosti i razlike u pristupu sudova sa dve strane Atlantika „najvažnijem nerešenom pitanju“ autorskog prava i srodnih prava, kako vodeći evropski blog za pitanja intelektualne svojine, IP Kat, kvalifikuje pitanje „da li možete da preprodete svoje e-knjige, video igre, iTunes snimke?“⁵ Američki naziv za ono što se u Evropi naziva „iscrpljenje“ prava je „doktrina prve prodaje“, no uprkos razlici u nazivima, dva koncepta imaju sličan sadržaj.

Ključna pitanja kojima se, kroz analizu predmeta *Redigi* i *UsedSoft*, tekst bavi su sledeća:

- Koja su to isključiva ovlašćenja, koja čine sadržinu subjektivnog autorskog ili srodnog prava, do čije povrede potencijalno dolazi kada se primerak dela preprodaje digitalnim putem?
- Da li ocena o dopuštenosti preprodaje primeraka dela u digitalnom obliku zavisi od toga da li je reč o računarskom programu ili o nekoj drugoj vrsti autorskog dela?
- Da li promet primerka softvera predstavlja prodaju (tako da je iscrpljenje prava stavljanja primeraka softvera u promet moguće) ili ustupanje licence (tako da pravo stavljanja u promet ne može biti iscrpljeno)?
- Koji razlozi javnih politika govore u prilog, ili protiv, iscrpljivanja prava na stavljanje primeraka dela u digitalnom obliku u promet?

S obzirom na to da američko pravo ne pravi distinkciju između autorskog i srodnih prava, već koristi uniformni koncept *copyright*, u ovom tekstu, u delovima koji se odnose na američko pravo, termin „autorsko pravo“ treba razumeti tako da obuhvata i koncept srodnih prava.

1. PREDMET *REDIGI*

1.1. Bitne činjenice i odluka suda

Internet sajt *ReDigi* počeo je sa radom u oktobru 2011. godine, kao – prema ondašnjem opisu sa sajta – „prva i jedina onlajn tržnica na svetu za već korišćenu digitalnu muziku“. *ReDigi* je predstavljao svoj sajt kao mesto na kojem je prenos digitalnih muzičkih fajlova sa jednog na drugog korisnika postao moguć bez umnožavanja ili nezakonitog deljenja fajlova (engl. *file sharing*).

Da bi korisnik *ReDigi* usluga mogao da proda digitalni primerak fonograma, morao je najpre da preuzme (engl. *download*) *ReDigi*-jev „Medija

3 *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, 934 F.Supp.2d 640 (S.D.N.Y., 2013).

4 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, C-128/11, 3. jul 2012.

5 E. Rosati, “A Kat’s 2014 Copyright Awards”, *IP Kat* (blog), 18. decembar 2014., <http://ipkitten.blogspot.com/2014/12/a-kats-2014-copyright-awards.html>, 30. april 2015.

menadžer“ (*Media Manager*) na svoj kompjuter. Preuzeti *Media Manager* bi prepoznao u korisnikovom kompjuteru one muzičke fajlove koji su kupljeni sa iTunes ili od drugog ReDigi korisnika, i samo ti fajlovi su bili podobni za „prodaju“.⁶ Korisnik je potom mogao da na ReDigi-jev server lociran u Arizona, nazvan „Cloud sanduče“ (*Cloud Locker*), postavi (engl. *upload*) bilo koji od fajlova podobnih za prodaju. *Media Manager* bi potom obrisao dodatne primerke dotičnog fajla sa korisnikovog kompjutera ili povezanih mobilnih aparata (engl. *devices*), čime bi se obezbedilo da se na kraju ove faze procesa digitalni muzički fajl nalazi samo u *Cloud Locker*-u. Vlasnik tog primerka muzičkog fajla je mogao da bira da li će da nastavi da ga drži u *Cloud Locker*-u i prema potrebi sluša putem audio *stream*-a, ili će da ga ponudi na prodaju. U potonjem slučaju, od trenutka kada je drugi korisnik ReDigi sajta „kupio“ fajl, prodavac više nema pristup fajlu. Kupac je taj koji sada ima pristup, i on može da zadrži fajl u *Cloud Locker*-u (radi *streaming*-a ili prodaje) ili da ga preuzme na svoj računar.

Cena digitalnih muzičkih fajlova na sajtu kretala se u rasponu od 59 do 79 centi. RedDigi je na svakoj pojedinačnoj transakciji zarađivao 60 odsto cene; 20 odsto polagano je u poseban račun za umetnike čija dela su zabeležena na kupljenim primercima fonograma, a prodavac je dobijao 20 odsto.

Nepunih mesec dana nakon što je ReDigi počeo sa delovanjem, direktor kompanije dobio je pismo ovlašćenog predstavnika RIAA – Američkog udruženja muzičkih izdavača – sa zahtevom da ReDigi odmah prestane sa aktivnošću kojom se, sa stanovišta RIAA, povređuje, između ostalog, prava na umnožavanje dela i na stavljanje primeraka dela u promet. Kako je ReDigi nastavio sa dotadašnjom delatnošću, Capitol Records, jedna od izdavačkih kuća, podnela je 6. januara 2012. godine tužbu zbog povrede autorskog prava.

Sud za južni distrikt Njujorka (*District Court for the Southern District of New York*) („NY sud“) je 6. februara 2012. godine odbio zahtev Capitol Records za izricanje privremene mere, s obzirom na to da Capitol nije dokazao da bi pretrpeo nenadoknadivu štetu. Međutim, nešto više od godinu dana kasnije, 30. marta 2013. godine, sud je usvojio zahtev tužioca za izricanje presude u skraćenom postupku. U presudi je sud utvrdio da ReDigi povređuje imovinskoppravna ovlašćenja Capitol Records na umnožavanje dela i na stavljanje primeraka dela u promet.

1.2. Povreda prava na umnožavanje dela

Američki Zakon o autorskom pravu (*Copyright Act*), iz 1976. godine, daje nosiocu prava isključivo pravo da umnožava, i zabrani drugima da umnože, delo koje uživa autorskoppravnu i srodnopravnu zaštitu. Među delima koja

6 ReDigi je ograničio izbor muzičkih fajlova podobnih za prodaju na fajlove kupljene od iTunes ili od drugog ReDigi korisnika, kako bi obezbedio da se preprodaju samo zakonito stvoreni primerci fonograma. To je trebalo, u očekivanju ReDigi-jevih zakonskih zastupnika, da omogući primenu iscrpljenja prava na digitalnu distribuciju, kao način da ReDigi izbegne odgovornost za neovlašćeno stavljanje primeraka dela u promet. Vid. detaljnije dole, odeljak 1.3.

užívaju zaštitu su i fonogrami, za koje Zakon koristi termin *sound recordings* – u doslovnom prevodu „zvučni snimci“, ili „zvučni zapisi“.

Umnožavanje dela koje uživa autorskopravnu i srodnopravnu zaštitu, pa tako i umnožavanje fonograma, postoji prema američkom Zakonu kada se delo „fiksira“ (otelovi, utvrđi) u novom materijalnom nosaču. U slučaju fonograma, materijalni nosač u kojem je delo otelovljeno je „nosač zvuka“ (*phonorecord*). U nosače zvuka spadaju, na primer, gramofonske ploče, kasete, CD-ovi, ali i odgovarajući deo kompjuterskog hard diska, iPod, iPhone, i slično. Povreda prava postoji ako se fonogram, do tada fiksiran u jednom zvučnom nosaču, fiksira u drugom zvučnom nosaču, bez odobrenja nosioca prava.

Argument ReDigi-ja je bio da se pravo na umnožavanje dela ne povređuje kupovinom digitalnih fajlova na ReDigi sajtu, zato što i pre i nakon prenosa vlasništva postoji samo jedan primerak fonograma. (Navodno) postojanje samo jednog primerka dela nakon obavljene transakcije je ono što, prema ReDigi-iju, suštinski razlikuje tu platformu od raznih *peer-to-peer* sistema za razmenu fajlova, u kojima fonogram nastavlja da postoji u zvučnom nosaču kao i pre transakcije, a uz to dolazi do fiksiranja fonograma i u drugom zvučnom nosaču.

Sud nije prihvatio argument ReDigija da pravo umnožavanja nije povređeno. Čak i ako na kraju procesa postoji – kako je ReDigi bar inicijalno tvrdio – samo jedan materijalni nosač u kojem je fonogram fiksiran,⁷ svejedno je u toku procesa došlo do umnožavanja, a kako nosilac prava to umnožavanje nije odobrio, njegovo pravo je povređeno. Ustvari, u okviru transakcije koju je ReDigi omogućavao dolazilo je do dva umnožavanja: najpre prilikom smeštanja prodavčevog primerka fonograma na ReDigi-jev server u Arizoni, a onda prilikom preuzimanja primerka fonograma na kupčevom hard disku. U oba slučaja, fonogram je bio umnožen na nosaču zvuka različitom od onog u kojem je fonogram do tada bio fiksiran. Rečima suda, „(...) zakoni fizike potvrđuju ovakvo razumevanje preuzimanja. Prosto, nije moguće da se isti „materijalni nosač“ prenese putem Interneta.“⁸

Kod digitalnog prenosa je, dakle, neizbežno da delo na kraju procesa bude otelovljeno u drugom materijalnom nosaču u odnosu na prethodni – tj. neizbežno je da dođe do umnožavanja. Za postojanje umnožavanja nije bitno da li je original nastavio da postoji ili je uništen.

S obzirom na to da ReDigi-jevo delovanje neminovno uključuje neovlašćeno umnožavanje fonograma, ReDigi je mogao da izbegne odgovornost

7 Pravni zastupnik ReDigi-ja se tokom postupka, na ročištu za određivanje privremene mere, složio da je ReDigi u stanju da verifikuje samo da li u prodavčevom kompjuteru u kojem je instaliran *Media Manager*, i u povezanom mobilnom aparatu, postoji dodatni primerak muzičkog fajla, kog je prodavac stvorio za sebe. No, ReDigi, nije mogao da uđe u trag takvim primercima ako su „narezani“ na CD, ili smešteni na druge nosače zvuka. *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, transkript ročišta za raspravu o predlogu za prirerenu meru, 6. februar 2012., 55 („ReDigi nema super moći da nadgleda ceo svemir“).

8 *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, 649.

jedino tako što bi dokazao da je korišćenje fonograma *pravično*, tj. da u konkretnom slučaju može da se primeni tzv. *fair use* doktrina iz američkog autorskog prava. Sud je, međutim, zaključio da korišćenje dela u konkretnom slučaju nije pravično.

Postojanje ili nepostojanje *fair use* u američkom autorskom pravu utvrđuje se analizom četiri faktora: transformativni ili dominantno komercijalni karakter korišćenja dela zaštićenog autorskim pravom; priroda dela pod autorskopravnom zaštitom, tj. nivo njegove originalnosti; veličina segmenta koji je iskorišćen bez odobrenja nosioca prava; i, verovatnoća da korišćenje dela umanjuje vrednost dela ili mu oduzima deo tržišta. Nijedan od četiri faktora nije išao u prilog ReDigi-ju: korišćenje fonograma od strane ReDigija nije imalo transformativan karakter i isključivo je služilo stvaranju profita; fonogrami su originalna dela; fonogrami se umnožavaju u celini; i, prodaja fonograma na sekundarnom tržištu direktno ugrožava tržište za Capitol Records, jer je kvalitet proizvoda koji se prodaju na ReDigi-ju isti kao i kvalitet originala fonograma.

Umnožavanje prilikom postavljanja na ReDigi-jev *Cloud Locker* ili preuzimanja sa tog servera ne bi nužno predstavljalo povredu prava na umnožavanje dela, ako bi bilo u cilju korišćenja dela za lične nekomercijalne potrebe. U tom slučaju, umnožavanje bi bilo dopušteno kao *fair use*. Međutim, kada su postavljanje i preuzimanje deo komercijalne transakcije, kao što je to ovde bio slučaj, ne postoji suspenzija isključivog prava na korišćenje zaštićenog dela, odnosno – korišćenjem koncepta iz američkog autorskog prava – *fair use* doktrina nije primenjiva.

1.3. Povreda prava na stavljanje primeraka dela u promet

Godinama pre slučaja ReDigi, sudska praksa u Sjedinjenim Američkim Državama je zauzela stav da prenos vlasništva na *elektronskom* primerku u kojem je sadržano zaštićeno intelektualno dobro (fonogram, novinski tekst, ili drugo) potpada pod pojam „distribucije“ (stavljanja primerka dela u promet). U najpoznatijem takvom slučaju, američki Vrhovni sud je istakao da omogućavanje preuzimanja elektronskih primeraka novinskih članaka na računar predstavlja povredu prava na stavljanje primeraka dela (novinskih članaka) u promet.⁹

U predmetu ReDigi, tuženi nije osporavao da na njegovom sajtu dolazi do stavljanja primeraka dela u promet. ReDigi je, međutim, tvrdio da je ta distribucija pravno dopuštena, zbog toga što je prethodno, prvom prodajom primerka dela (potonjem prodavcu primerka fonograma), nosilac prava iscrpeo pravo distribucije.

Američki Zakon o autorskom pravu osim „primerka“ dela izričito pominje i „nosač zvuka“ kao predmet mogućeg iscrpljenja.¹⁰ Tako, vlasnik određenog, zakonito stvorenog, nosača zvuka može da otuđi taj nosač i bez do-

9 *New York Times v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), 498.

10 17 U.S. Code § 106(3).

puštenja od strane nosioca autorskog prava na zaštićenom delu (fonogramu) otelovljenom u nosaču zvuka.

NY sud je stao na stanovište da u slučaju transakcije na ReDigi sajtu ne dolazi do iscrpljenja prava, tj. da „doktrina prve prodaje“ nije primenljiva.

Iscrpljenje prava može, prema sudu, da postoji samo u odnosu na *materijalne* nosače, kao što su nosači zvuka (na primer gramofonska ploča, hard disk, ili iPod) u kojima je fonogram „fiksiran“. Zakoniti sticalac primerka fonograma otelovljenog u gramofonskoj ploči, hard disku, iPod-u, ili drugom materijalnom nosaču zvuka, može po osnovu instituta iscrpljenja prava da taj primerak proda tako što će prodati nosač zvuka, i za to mu nije potrebno odobrenje nosioca prava na fonogramu.¹¹ Pri prodaji takvog nosača, ne stvara se novi primerak dela.

U slučaju ReDigi-ja, međutim, ne dolazi do promene vlasništva na nosaču zvuka; štaviše, *nemoguće* je u okviru korišćenja ReDigi usluga prodati nosač zvuka. Umesto toga, dolazi do prenosa svojine na digitalnom fajlu koji sadrži fonogram, a taj prenos svojine podrazumeva (kako je opisano gore, u odeljku 1.2) umnožavanje dela. Na takvu situaciju doktrina prve prodaje nije primenljiva. Stavljanje primeraka dela u promet, od strane korisnika ReDigi usluga, predstavlja stoga povredu ReDigi-jevog prava distribucije.

2. PREDMET USEDSOFT

Veliko veće Suda pravde Evropske unije („SPEU“) je 2012. godine u presudi u predmetu *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* zaključilo da promet primerka softvera digitalnim putem iscrpljuje pravo nosioca autorskog prava na softeru da stavi, a drugima da zabrani da stave, taj primerak dela u promet. Da bi došao do ovog stava, koji do tada nije imao jasnu većinsku podršku među pravnim ekspertima, SPEU je u istoj presudi najpre ustvrdio da promet prava na primerku računarskog programa (softvera) predstavlja prodaju primerka dela, a ne ustupanje prava iskorišćavanja sticaocu licence.

Za razliku od presude ReDigi, presuda SPEU u predmetu UsedSoft je, osim neutralnih komentara i pohvala, izazvala i dosta kritika, i to zbog – prema uverenju kritičara – nategnutog tumačenja pravnih normi kako bi sud afirmisao određeni sklop ekonomskih i socijalnih vrednosti. Mihály Ficsor, nekadašnji pomoćnik Generalnog direktora Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (WIPO) je, uz ocenu da je SPEU presudom stvorio novo pravo, zaključio da je sud time izašao izvan svojih ovlašćenja tako da je upitno da li države-članice uopšte treba da slede presudu.¹² Profesor Frédéric Pollaud-Dulian je optužio sud za „ležernost u odnosu na tekst [propisa] i sopstvenu

11 D. Naylor, E. Parris, „After ReDigi: contrasting the EU and US approaches to the re-sale of second-hand digital assets“, *European Intellectual Property Review*, 8/2013, 489.

12 M.J. Ficsor, „The WIPO „Internet Treaties“ and Copyright in the „Cloud““, prezentacija na ALAI kongresu 2012. godine, 53, http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_page=2&sw_10_item=27.

praksu, što ne predstavlja dobar znak kada je generalno reč o tumačenju direktiva o autorskom pravu¹³

2.1. Bitne činjenice i odluka suda

Oracle – svetski lider u industriji softvera za baze podataka – u 85 odsto slučajeva distribuira softver putem preuzimanja na Internetu. Korisnik je sticao pravo da bez vremenskog ograničenja čuva bestelesni primerak softvera na serveru i da omogući određenom broju korisnika da pristupe programu tako što će ga preuzeti u centralnoj memoriji na radnoj stanici (engl. *workstation computers*). Oracle je nudio grupne licence za softver, za najviše 25 korisnika po licenci.

Nemačka kompanija „UsedSoft“ je pribavila neke od licenci koje ulaze u grupnu licencu od Oracle-ovih klijenata koji su kupili grupnu licencu ali su imali manje od 25 korisnika. „UsedSoft“ je potom preprodavao pribavljene licence drugim kupcima koji su preuzimali primerak softvera (kupljenog od UsedSoft-a) direktno sa Oracle-ovog veb sajta.¹⁴

Oracle se protivio ovoj praksi „UsedSoft“-a i započeo je sudski postupak u Nemačkoj. Slučaj je došao do Saveznog suda, koji je se obratio SPEU sa zahtevom da ovaj odluči o spornim pravnim pitanjima u osnovi spora. SPEU je 3. jula 2012. godine doneo presudu u korist UsedSoft-a.

2.2. Promet softvera je prodaja, a ne licenca

U praksi, prilikom „kupovine“ primerka softvera, u gotovo svim slučajevima softver kompanija koja ima autorsko pravo na softveru označava ugovor kao ugovor o licenci, a ne prodaji. Ovakvi ugovori su najčešće ugovori po pristupu, i obično se u njima navodi da „Davalac licence ovim dodeljuje korisniku licence neisključivu, neprenosivu licencu za korišćenje softvera na neodređeno vreme“, ili slično. Pre presude UsedSoft, „kupac“ (u kolokvijalnom značenju) primerka softvera je mogao da koristi taj primerak – bez vremenskog ograničenja – ali ga nije mogao prodati. Ni firma koja prodaje svoju imovinu nije mogla da proda primerke softvera, koje poseduje.¹⁵

13 F. Pollaud-Dulian, „Droit de distribution. Epuisement. Programmes d'ordinateur. Copie“, *La Revue trimestrielle de droit commercial*, 3/2012, 542 i dalje.

14 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, § 20-26.

15 Postoji niz razloga zbog kojih softver kompanije insistiraju na kvalifikovanju ovakvih transakcija kao ugovora o licenci, i po tom osnovu ograničavaju mogućnost daljeg prometa primeraka dela. Kao što je kompanija Autodesk tvrdila u predmetu pred Žalbenim sudom SAD za Deveti okrug (*Court of Appeals for the Ninth Circuit*), takva praksa (1) omogućava određivanje različitih cena na različitim tržištima softvera, kao što su snižene cene za studente ili obrazovne institucije; (2) povećava obim prodaje primeraka softvera; (3) snižava cene za sve potrošače time što raspoređuje troškove unutar velikog broja kupaca; i (4) umanjuje rasprostranjenost piraterije tako što dozvoljava titularima autorskog prava da tuže neovlašćene preprodavce.
Vernor v. Autodesk, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010), 1114-1115.

SPEU je, međutim, zauzeo stav da navodno licenciranje softvera ustvari predstavlja kupoprodaju, u skladu sa definicijom kupoprodaje kao „ugovora kojim osoba prenosi na drugoga pravo vlasništva na telesnoj ili bestelesnoj stvari koja mu pripada, i zauzvat dobija novčanu nadoknadu“.¹⁶

Kako klijent dobija primerak softvera nakon što je isplatio punu cenu i ima pravo da neograničeno zadrži taj primerak, radi se, prema mišljenju SPEU, o kupoprodaji.¹⁷

2.3. Na prodaju primeraka softvera digitalnim putem primenjuje se institut iscrpljenja prava

Nakon što je SPEU zauzeo stav da promet primeraka softvera predstavlja kupoprodaju, ostalo je da razmotri da li prodaja primerka u bestelesnom obliku (preuzimanje sa sajta Oracle-a) povlači za sobom primenu pravila o iscrpljenju prava. Kada je računarski program otelovljen u materijalnom nosaču (CD-ROM ili DVD), kupac takvog primerka nesumnjivo može dalje da ga proda. Ali da li isto važi i ako je primerak softvera kupljen kao digitalni fajl?

SPEU je zaključio – nasuprot Evropska komisiji u njenom podnesku sudu – da za primenu doktrine o iscrpljenju prava nije bitno da li je Oracle stavio klijentu na raspolaganje primerak dela u telesnom ili bestelesnom obliku. Iscrpljenje nastupa u bilo kom od ta dva slučaja. Ovaj zaključak, prema SPEU, počiva na zdravom razumu i ekonomskoj stvarnosti,¹⁸ a osim toga u skladu je sa Direktivom o pravnoj zaštiti računarskih programa („Direktiva 2009/24“).¹⁹ Konkretno, član 1(2) Direktive 2009/24 kaže da se „zaštita u skladu s ovom Direktivom primenjuje na izražavanje u bilo kom obliku računarskog programa“, što prema Sudu znači da odredbe koje važe za računarske programe u telesnom obliku važe i za računarske programe u bestelesnom obliku.

16 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, § 42.

17 Više sudova u SAD je, u godinama koje su prethodile donošenju presude SPEU, razmatralo argument koji je SPEU usvojio, naime da primanje nadoknade u zamenu za raspolaganje – bez vremenskog ograničenja – ovlašćenjem za korišćenje primeraka čini transakciju kupoprodajom. Neki sudovi prihvatili su taj argument, ali brojniji su sudovi koji taj argument odbacuju. Oni se slažu da označavanje transakcije kao “licence” nije dovoljno za određivanje prirode odnosa, ali onda kombinuju to označavanje sa nekoliko drugih faktora i tako dolaze do zaključka da se ne radi o kupoprodaji.

Najpoznatija među odlukama iz ove grupe je presuda Žalbenog suda za Deveti okrug, iz septembra 2010. godine, u predmetu *Vernor v. Autodesk*, odnosno stav suda da

“Korisnik softvera je sticalac licence, a ne vlasnik primerka, kada titular autorskog prava (1) precizira u ugovoru da korisnik stiče licencu; (2) bitno ograničava mogućnost za korisnika da prenese vlasništvo na primerku softvera na drugoga; i (3) nametne značajna ograničenja na korišćenje primerka.”

Vernor v. Autodesk, 1111.

18 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, § 61.

19 *Ibid.*, § 53-60.

Kao i kod svakog drugog slučaja iscrpljenja prava, pravo nosioca autorskog prava na *umnožavanje* dela (softvera) ostaje netaknuto. Podrazumeva se, stoga, da vlasnik primerka softvera ne može da pravi dodatne primerke kako bi ih prodavao. Isto tako, ako preproda primerak, prvi sticalac mora da uništi svoju kopiju ili je učini neupotrebljivom.²⁰ Svestan toga da je teško proveriti da li je primerak učinjen neupotrebljivim, SPEU je istakao da titular prava na softveru može da koristi tehničke mere zaštite (kao što je 'ključ') kojima će obezbediti da primerci koji ostanu kod preprodavca budu neupotrebljivi.²¹

2.4. Uprkos umnožavanju softvera tokom prometa primerka, nema povrede prava na umnožavanje

U presudi SPEU se navodi da prilikom kupovine primerka softvera u digitalnom obliku dolazi do umnožavanja softvera, no to umnožavanje je dopušteno kao izuzetak predviđen Direktivom 2009/24 u odnosu na opštu zabranu umnožavanja računarskih programa.

Prema članu 5(1) Direktive 2009/24, u nedostatku posebnih ugovornih odredbi dopušteno je zakonitom sticaocu (engl. *lawful acquirer*) primerka softvera da bez odobrenja nosioca autorskog prava umnožava softver kako bi mogao da ga koristi u svrhu za koju je namenjen. Dalji kupac primerka softvera jeste, prema Sudu, zakoniti sticalac: on od prodavca (prethodnog kupca) stiže ovlašćenje da sa internet sajta Oracle-a preuzme primerak softvera. Prilikom tog preuzimanja dolazi do umnožavanja softvera. Umnožavanje je potrebno kako bi zakoniti sticalac mogao da koristi softver u svrhu za koju je namenjen, i zato za umnožavanje nije potrebno odobrenje nosioca prava.²² Svako drugačije rešenje bi imalo za posledicu da nosilac autorskog prava može oslanjanjem na pravo na umnožavanje da onemogućí efektivno korišćenje upotrebljenog primerka u odnosu na koji je pravo distribucije iscrpljeno.²³

Više autora je kritikovalo ovakvo tumačenje člana 5(1), zbog ignorisanja – od strane SPEU – reči „u nedostatku posebnih ugovornih odredbi“.²⁴ Taj deo člana 5(1) trebalo bi da znači da nosilac prava i prvi kupac primerka mogu ugovorom da predvide da bez odobrenja nosioca prava nije dopušteno umnožavanje softvera od strane kupca i/ili daljeg sticaoca, što bi faktički značilo da preprodaja nije moguća. Sud je međutim zauzeo stanovište da ugovaranje takve odredbe ne može da spreči preprodaju primerka.

20 *Ibid.*, § 69-70.

21 *Ibid.*, § 79 i 87.

22 *Ibid.*, § 80-82 i 85.

23 *Ibid.*, § 83.

24 Na primer, Schulze, 11.

3. PREDMETI REDIGI I USEDISOFT – POREĐENJE

Zaštićena intelektualna dobra u predmetima ReDigi i UsedSoft različita su: fonogram u ReDigi, a softver u UsedSoft. To možda objašnjava razlike u ishodima postupaka pred američkim, odnosno evropskim, sudom. Međutim, moguće je i da je na razliku u ishodu uticao, osim vrste dela čiji primerci su stavljeni u promet, i različit pravni pristup sudova. Moguće je (mada ne deluje verovatno), recimo, da bi SPEU na mestu NY suda zauzeo drugačiji stav o pravu ReDigi-ja da obavlja svoje aktivnosti na način opisan u ovom tekstu. SPEU se do sada nije definitivno izjasnio o tome da li na preprodaju digitalnih primeraka autorskog dela koja *nisu* računarski programi treba primeniti institut iscrpljenja prava. Iako među pravnim ekspertima preovlađuje mišljenje da će odgovor suda biti negativan, odnosno da Sud rezerviše institut iscrpljenja za digitalnu distribuciju primeraka *softvera*, retki su komentatori koji sasvim isključuju mogućnost da sud dođe do suprotnog zaključka. U najmanju ruku, nisu evidentni ekonomski, socijalni, ili kulturni razlozi zbog kojih bi softver i ostala dela trebalo da imaju, po pitanju iscrpljenja prava, različit pravni tretman.

3.1. *Koja su to isključiva ovlašćenja, koja čine sadržinu subjektivnog autorskog ili srodnog prava, do čije povrede potencijalno dolazi kada se primerak dela preprodaje digitalnim putem?*

U oba predmeta, sudovi su prepoznali pravo na umnožavanje autorskog ili srodnog dela, i pravo na stavljanje primeraka dela u promet, kao prava koja potencijalno trpe povredu. U presudi ReDigi, američki sud nije imao sumnje da su oba prava povređena. SPEU je u presudi UsedSoft zaključio da – u specifičnom kontekstu preprodaje primeraka *softvera* u digitalnom obliku – nisu povređeni ni pravo na umnožavanje dela ni pravo stavljanja primeraka dela u promet.

SPEU se, dakle, nije izjašnjavao o iscrpljenju prava na stavljanje primeraka u promet *ostalih* vrsta dela. Međutim, iz relevantnih odredbi u Direktivi o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu („Direktiva 2001/29“), koja je primenjiva na ta dela, sledi da se pravo stavljanja primeraka u promet ne iscrpljuje prvom prodajom primeraka dela u *bestelesnom* obliku, dok u odnosu na prodaju primeraka takvih dela u *telesnom* obliku nosilac prava gubi kontrolu daljih prodaja. (Vid. dole, odeljak 3.2).

Isto tako, kada je o drugim vrstama digitalnih sadržaja reč, neizbežno umnožavanje primerka prilikom digitalnog preuzimanja predstavlja povredu prava na umnožavanje. (Vid. dole, *isto*).

3.2. Da li ocena o dopuštenosti preprodaje primeraka dela u digitalnom obliku zavisi od toga da li je reč o računarskom programu ili o nekoj drugoj vrsti autorskog dela?

Iz presude ReDigi nedvosmisleno proizilazi da, prema američkom autorskom pravu, umnožavanje do kog dolazi prilikom preprodaje digitalnog sadržaja predstavlja povredu prava na umnožavanje dela. Ne postoji izuzetak, na osnovu *fair use* doktrine, koji bi oslobodio tuženog od odgovornosti za povredu tog prava.²⁵ S druge strane, iz same presude ReDigi ne može se sa sigurnošću zaključiti da li bi sud došao do identičnog zaključka da je softver, a ne fonogram, bio digitalni sadržaj koji se umnožava. U američkom pravu postoji tzv. doktrina neophodnog koraka (engl. *essential step doctrine*), prema kojoj vlasnik primerka računarskog programa, kako bi mogao da koristi taj program, da napravi dodatni primerak.²⁶ Kako muzički fajl nije računarski program, sud u predmetu ReDigi nije mogao da ispita primenljivost *essential step* doktrine.

U odnosu na pravo stavljanja primeraka dela u promet, NY sud je istakao opšte pravilo da iscrpljenje prava može da postoji samo u odnosu na *materijalne* nosače, a ne i ako se u promet stavljaju *digitalni* primerci dela. Sud ničim nije nagovestio da bi digitalni primerak računarskog programa u ovom pogledu bio izuzetak u odnosu na druge digitalne sadržaje.

SPEU je u predmetu UsedSoft tretirao računarski program drugačije od ostalih dela zaštićenih autorskim ili srodnim pravom, kako u pogledu iscrpljenja prava na stavljanje primeraka dela u promet, tako i u pogledu prava na umnožavanje dela.

U odnosu na pravo stavljanja primeraka dela u promet, prvom prodajom primeraka softvera bilo u *telesnom* obliku, bilo u *bestelesnom*, pravo distribucije se iscrpljuje. Kod ostalih dela, pravo distribucije iscrpljuje se prvom prodajom primeraka dela u *telesnom* obliku, dok u odnosu na prodaju primerka takvih dela u *bestelesnom* obliku (muzički fajl, e-knjiga, video igra) nosilac prava zadržava kontrolu daljih prodaja (tj. pravo distribucije nije iscrpljeno).²⁷

Različiti pravni režim softvera i ostalih dela, u odnosu na iscrpljenje prava stavljanja primeraka dela u promet, proističe iz upotrebe različitih koncepta u relevantnim direktivama Evropske unije. Prema Direktivi 2009/24, pravo stavljanja primeraka računarskog programa u promet iscrpljuje se prvom prodajom primerka od strane nosioca prava (ili uz njegov pristanak).²⁸ Pri-

25 Vid. gore, odeljak 1.2.

26 17 U.S. Code § 117.

27 Vid. J. César *et al.*, „Anticipated CJEU ruling on exhaustion misses opportunity to clarify adaptation right“, *web stranica advokatske kancelarije Bird & Bird*, 24. februar 2015., <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/global/anticipated-cjeu-ruling-on-exhaustion-misses-opportunity-to-clarify-adaptation-right>, 30. april 2015.

28 Direktiva o pravnoj zaštiti računarskih programa, čl. 4(2) (“Prvom prodajom *primerka* programa u Zajednici od strane nosioca prava ili uz njegovu saglasnost iscrpljuje se pra-

merak (engl. *copy*), onako kako je koncept upotrebljen u toj direktivi, može biti telesnog ili bestelesnog karaktera.²⁹ Kod drugih dela, a prema „opštoj“ Direktivi 2001/29, pravo stavljanja primeraka dela u promet iscrpljuje se prvim prenosom vlasništva nad „tim predmetom“ (engl. *that object*), izvršenim od strane nosioca prava (ili uz njegov pristanak).³⁰ Za razliku od „primerka“, „predmet“ (*object*) je po definiciji materijalnog karaktera.³¹

U specifičnom slučaju video-igre, kao kompleksnog multimedijskog dela u čije elemente spadaju, osim računarskog programa, samostalni grafički i audio elementi, SPEU je u jednoj kasnijoj presudi, u januaru 2014. godine, zauzeo stav da se na zaštitu dela (video igre) kao celine primenjuje Direktiva 2001/29.³² Drugim rečima, odredbe Direktive 2009/24 (o pravnoj zaštiti računarskih programa) imaju prvenstvo u odnosu na odredbe Direktive 2001/29 samo ako delo u potpunosti spada u domen zaštite iz Direktive 2009/24.³³ Iz ovoga sledi da zaključci suda o „digitalnom iscrpljenju“ prava, iz presude UsedSoft, nisu primenjivi na video-igre.

Oslanjanjem na koncept „zakonitog sticaoca“ primerka softvera, SPEU je u presudi UsedSoft zauzeo stav da nema povrede prava na umnožavanje softvera prilikom kupovine primerka softvera u digitalnom obliku. Dalji kupac primerka Oracle-ovog softvera je, u okolnostima slučaja, zakoniti sticalac primerka, a zakoniti sticalac ima pravo na osnovu člana 5(1) Direktive 2009/24 da umnožava softver kako bi mogao da koristi primerak u svrhu za koju je softver namenjen.³⁴

U Direktivi 2001/29 ne postoji izuzetak sličan izuzetku u obliku „zakonitog sticaoca“. Neki komentatori smatraju da ne postoje razlozi zbog kojih iscrpljenje ne bi važno, osim za softver, i za ostale digitalna sadržaje, a u tom slučaju pravo umnožavanja ne treba da stoji na putu primeni instituta iscr-

vo distribucije tog primerka u Zajednici, uz izuzetak prava na kontrolu daljeg davanja u zakup programa ili njegovog primerka“).

29 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, § 55.

30 Direktiva o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu, čl. 4(2) (“Pravo distribucije unutar Zajednice ne iscrpljuje se u pogledu originala ili primeraka dela, osim kada je prva prodaja ili drugi prenos vlasništva nad *tim predmetom* u Zajednici izvršen od strane nosioca prava ili uz njegov pristanak”)

Takođe, preambularni paragraf 28 u Direktivi glasi: „Prvom prodajom originala dela ili njegovih primeraka u Zajednici od strane nosioca prava ili uz njegov pristanak iscrpljuje se pravo kontrole preprodaje *tog predmeta* u Zajednici“.

31 Štaviše, sam pojam “primerka” u Direktivi o usklađivanju određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informacionom društvu ima uže značenje nego isti taj pojam u Direktivi o pravnoj zaštiti računarskih programa, jer se odnosi samo na “primerke koji mogu biti stavljeni u promet kao materijalni nosači”. *Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright*, C-419/13, 22. januar 2015., § 39 (citirajući Usaglašenu izjavu država ugovornica u pogledu članova 6 i 7 WIPO Ugovora o autorskom i srodnom pravima (1996)).

32 *Nintendo Co. Ltd v. PC Box Srl*, C-355/12, 23. januar 2014., § 23.

33 *Nintendo Co. Ltd v. PC Box Srl*, Mišljenje Opšte pravobraniteljke (*Advocate General*) E. Sharpston, 19. septembar 2013., § 34.

34 Vid. gore, odeljak 2.4.

pljenja prava. Ovi autori očekuju da bi SPEU mogao da protumači Direktivu 2001/29 na taj način da je umnožavanje zaštićenog intelektualnog dobra (koje nije softver), u svrhu preuzimanja primerka na računar pri preprodaji, dopušteno.³⁵ Međutim, u tekstu Direktive 2001/29 teško je naći uporište za takvo tumačenje. Član 5(1) Direktive propisuje da radnje umnožavanja mogu pod određenim uslovima biti izuzete iz prava na umnožavanje iz člana 2 Direktive, no to radnje moraju biti *privremenog* karaktera („*temporary acts of reproduction*“), što skladištenje za potrebe korišćenja od strane kupca nije.³⁶

U skladu sa ovom analizom, Regionalni sud u Bilefeldu (Nemačka) je u martu 2013. godine presudio da analiza iz presude UsedSoft nije primenjiva na preprodaju drugih digitalnih sadržaja, kao što su e-knjige i audio-knjige. Sud je, naročito, istakao da Direktiva 2001/29 ne sadrži odredbu poput one iz člana 5(1) Direktive 2009/24, tako da čak i ako bi pravo *stavljanja primeraka dela u promet* bilo iscrpljeno, neizbežno *umnožavanje* dela bi predstavljalo povredu prava.³⁷

3.3. Da li promet primerka softvera predstavlja prodaju (tako da je iscrpljenje prava stavljanja primeraka softvera u promet moguće) ili ustupanje licence (tako da pravo stavljanja u promet ne može biti iscrpljeno)?

Preduslov za primenu instituta iscrpljivanja prava je da relevantna transakcija koja uključuje primerak dela zaštićenog autorskim pravom predstavlja prodaju a ne, recimo, davanje primeraka dela u zakup ili na poslugu, ili davanje primerka dela na korišćenje na osnovu licence.³⁸ Imajući u vidu da kompanije koje proizvode softver insistiraju da „kupac“ ustvari dobija licencu za korišćenje primerka dela, i ništa više od toga, kvalifikacija transakcije kao prodaje primerka ili ustupanja licence je od posebnog značaja.

Predmet ReDigi se ovim pitanjem nije bavio, jer se transakcija nije odnosila na promet primeraka softvera. SPEU je u presudi UsedSoft stao na stanište da navodno ustupanje licence za korišćenje softvera ustvari predstavlja prodaju. Taj aspekt presude uglavnom nije kritikovan.³⁹

S obzirom na čvrsto ukorenjen stav u znatnom delu američke sudske prakse da se u transakciji koja na prvi pogled predstavlja kupoprodaju primerka softvera ustvari radi o uspostavljanju licencnog odnosa (vid. gore, ode-

35 L. Feiler, „Birth of the first-download doctrine: The application of the first-sale doctrine to internet downloads under EU and US copyright law“, *Journal of Internet Law*, 4/2012, 18-19.

36 Schulze, 12.

37 E. Linklater, „E-books distinguished from software, not exhausted“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9/2013, 686.

38 U Sjedinjenim Američkim Državama, „doktrina prve prodaje ne primenjuje se na osobu, kao što je korisnik licence, koja je imalac primerka dela zaštićenog autorskim pravom ali nije njegov vlasnik.“ *Vernor v. Autodesk*, str. 1107.

39 Redak izuzetak je Pollaud-Dulian, 542 i dalje; takođe, isti autor, *Le droit d'auteur*, Paris 2014, 730.

ljak 2.2, fn. 17), nije na vidiku skoro usaglašavanje prakse u Evropi i Sjedinjenim Američkim Državama. U Sjedinjenim Američkim Državama, pristup po kojem je reč o ustupanju licence, a ne o prodaji primerka softvera, sprečava primenu „doktrine prve prodaje“, odnosno – evropskim pravnim žargonom – primenu instituta iscrpljenja prava.

3.4. Koji razlozi javnih politika govore u prilog, ili protiv, iscrpljivanja prava na stavljanje primeraka dela u digitalnom obliku u promet?

3.4.1. Ekonomski i socijalni aspekti odluke u predmetu ReDigi i predlozi legislativnih izmena

U brojnim tekstovima u specijalizovanim američkim pravnim časopisima i na blogovima posvećenim pravu intelektualne svojine, prevlađuje oцена da je presuda ReDigi doneta u skladu sa relevantnim zakonskim odredbama i sudskom praksom. Rasprava koju je presuda aktuelizirala većim delom se odnosi na to li bi američki Zakon o autorskom pravu trebalo *promeniti*, tako da dopusti primenu doktrine prve prodaje na prodaju digitalnih fajlova.

Sam NY sud je u presudi dotakao i ekonomsko-socijalne aspekte doktrine prve prodaje, u njenoj primeni na prodaju digitalnih fajlova, ali uz primetno nastojanje da ne zadre u domen koji eminentno pripada zakonodavcu.

Sud je podsetio da je američki Ured za autorsko pravo još 2001. godine nakon pažljivog razmatranja odbacio zalaganja za proširivanje doktrine prve prodaje na distribuciju digitalnih primeraka autorskih dela, zato što bi se tim proširivanjem bitno ugrozili legitimni interesi nosilaca autorskog prava. Potencijalno zatvaranje tržišta za nove primerke dela, kao posledica jednakog kvaliteta novih i korišćenih primeraka, je predstavljalo jedan od bitnih razloga koji su 2001. godine naveli Ured za autorsko pravo da zaključi da priroda digitalnih primeraka ne omogućava primenu doktrine prve prodaje u kontekstu digitalne distribucije.

Drugi razlog za protivljenje od strane Ureda za autorsko pravo bio je taj što, dok preprodaja primeraka u telesnom obliku ne dovodi do znatnog porasta ukupnog broja primeraka u opticaju, digitalna distribucija ima za posledicu veliki porast broja primeraka, sasvim van kontrole i protiv volje nosioca autorskog prava. U klasičnom modelu iscrpljenja prava, konkretan materijalni primerak dela prodajom na sekundarnom tržištu menja vlasnika, ali ostaje jedan primerak, tj. ne umnožava se. U slučaju prodaje digitalnog fajla, međutim, neizbežno dolazi do umnožavanja broja primeraka u okviru transakcije, što je bio slučaj i sa prodajom preko ReDigi sajta. Čak i ako se prodavac obaveže da će „izbrisati“ svoj digitalni primerak dela nakon prodaje, nosilac prava praktično nema mogućnost da verifikuje da li je do uništenja primerka zaista i došlo.

Tačno je, pri tome, da – kako su to pravni zastupnici ReDigi-ja isticali tokom suđenja – i kod preprodaje primeraka u telesnom obliku, na primer

muzičkih CD-ova, prodavac može da umnoži svoj primerak fonograma pre no što ga proda, tako da se i tu povećava broj primeraka dela u opticaju.⁴⁰ Nema u tome pogledu suštinske razlike između onoga što se dešava kod prodaje materijalnih primeraka fonograma, s jedne strane, i prodaje digitalnih primeraka fonograma korišćenjem ReDigi sajta, s druge strane, jer u oba slučaja prodavac primerka može pre prodaje da preuzme digitalni fajl na drugi nosač zvuka (u slučaju ReDigi-ja: na spravu koja nije sinhronizovana (engl. *synced*) sa kompjuterom).⁴¹

Međutim, ostaje i dalje činjenica da je kod distribucije primeraka u digitalnom obliku znatno verovatnije nego kod distribucije primeraka u telesnom obliku da će doći do povećanja ukupnog broja primeraka u opticaju. Za tako šta po pravilu nije potrebno da preprodavac preduzme bilo kakvu afirmativnu radnju umnožavanja, jer preprodavac već poseduje primerak u digitalnom obliku. Čak i kad preduzimanje afirmativne radnje od strane preprodavca jeste neophodno da bi preprodavac „sačuvao“ primerak uprkos prodaji (kao u modelu ReDigi-ja), to ne zahteva veliki napor, pošto se umnožavanje digitalnog primerka obavlja vrlo jednostavno.

Neki američki autori su, nakon donošenja presude u predmetu ReDigi, izašli sa predlogom da se pronade ravnoteža između legitimnih interesa nosilaca prava, s jedne strane, i javnosti, s druge.⁴² U uslovima sve prisutnijeg nudenja i preuzimanja umetničkih, zabavnih i ostalih sadržaja na internetu, odnosno sa interneta, nepostojanje bilo kakvog „digitalnog iscrpljenja“ bi se negativno odrazilo po pristupačnost dela najširoj javnosti, a lišilo bi društvenu zajednicu i drugih korisnih efekata iscrpljenja prava.⁴³ Istovremeno,

40 *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.*, transkript ročišta za raspravu o predlogu za priremenu meru, 6. februar 2012., 55.

41 Kompanija ReDigi je učinila iskorak ka zadržavanju istog broja primeraka nakon transakcije kao i pre nje, u tom smislu što je, upotrebom *Media Manager*-a, za prodavca učinila težim nego pre da zadrži primerak dela nakon preprodaje. Prodavac koji želi da zadrži i za sebe primerak fonograma, prinuđen je da preduzme dodatne radnje, tj. da napravi primerak dela za sebe i smesti ga na spravu koja nije sinhronizovana sa prodavčevim kompjuterom.

42 Dva pola u debati oko iscrpljenja prava distribucije, ne samo u Sjedinjenim Američkim Državama, nego i šire, mogla bi da se opišu i, rečima Raymonda Nimmera, kao, s jedne strane, „*rights restrictors*“ (oni koji hoće da ograniče prava), i, s druge strane, „*rights enhancers*“ (oni koji teže osnaživanju prava). Prvi smatraju da snažna prava intelektualne svojine mogu da prigušuju kreativni rad i ometaju stvaranje efikasnog tržišta za informacije. Drugi smatraju da su snažna prava intelektualne svojine od krucijalnog značaja za očuvanje i široku rasprostranjenost inovacije. R. Nimmer, „*Copyright First Sale and the Overriding Role of Contract*“, *Santa Clara Law Review*, 4/2011, 1313-1317.

43 U pozitivne strane iscrpljenja prava distribucije spada, između ostalog, zaštita potrošačke privatnosti, u tom smislu što lice ne mora da obavesti nosioca prava i traži odobrenje za svaku novu prodaju dela. Takvo obaveštavanje i traženje bi nosiocima prava omogućavalo da identifikuju svakog učesnika u transakciji. Isto tako, iscrpljenje prava pozitivno utiče na inovaciju i kompetitivnost, jer predstavlja podsticaj za nosioce autorskog ili srodnog prava da, takmičeći se na tržištu sa vlasnicima korišćenih primeraka dela, često izdaju nove verzije sa dodatnim sadržajem ili kvalitetnijim audio-vizuelnim zapisom. A. Perzanoski, J. Schultz, „*Digital Exhaustion*“, *UCLA Law Review*, 4/2011, 896-898.

primena instituta iscrpljenja prava bez uzimanja u obzir specifične prirode digitalnih sadržaja (lako umnožavanje, zadržavanje kvaliteta primerka) ne bi bila pravična prema nosiocima autorskog prava i mogla bi da inhibira stvaralaštvo i preduzimljivost.

Moguće rešenje se nalazi u primeni jedne varijante prava sleđenja: nosilac prava bi dobijao određeni procenat od vrednosti druge i svake naknadne prodaje digitalnih primeraka zaštićenog intelektualnog dobra.⁴⁴ Kako se prodaja digitalnih sadržaja uglavnom odvija preko malog broj specijalizovanih preprodavaca kao što je ReDigi, kod kojih su podaci o transakcijama centralizovano prikupljeni, ubiranje naknade ne bi trebalo da predstavlja nepremostivu prepreku.⁴⁵

U svakom slučaju, verovatno će u Sjedinjenim Američkim Državama rasprava o „digitalnom iscrpljenju“ tek dobiti na intenzitetu, za šta je nagoveštaj govor Marije Palante (Maria Pallante), direktorke američkog Ureda za autorsko pravo, u martu 2013. godine. Palante je tada identifikovala najvažnija pitanja kojima bi trebalo da se pozabavi naredna sveobuhvatna reforma američkog autorskog prava, a u među tim pitanjima je i ono o primenjivosti opštih principa „doktrine prve prodaje“ na autorsko pravo u digitalnoj eri.⁴⁶

3.4.2. Ekonomski i socijalni aspekti odluke u predmetu *UsedSoft* i mogućí odgovor industrije

Oni koji podržavaju i oni koji kritikuju presudu *UsedSoft* dele utisak da je SPEU u znatnoj meri bio rukovođen preferencom za nesputanim funkcionisanjem sekundarnog tržišta za računarske programe.

Ono što, ipak, u presudi nedostaje je eksplicitno hvatanje ukoštac suda sa komplikovanim pitanjima koja američki Ured za autorsko pravo nije izbegao kada je 2001. godine uradio studiju o primenjivosti doktrine prve prodaje na digitalnu distribuciju. Ured za autorsko pravo je tom prilikom ozbiljno uzeo argument po kojem se stanje digitalnog sadržaja ne pogoršava protekom vremena, tako da bi sekundarno tržište znatno ugrozilo primarno, kao i argument da nosilac prava nema realnu mogućnost da verifikuje da li je preprodavac prodao svoj primerak digitalnog fajla. SPEU se u presudi *UsedSoft* na prvi argument nije osvrnuo. U odnosu na drugi argument, sud je – na sličan način kao i advokati ReDigi-ija u postupku pred NY sudom – istakao da i distributor primeraka dela u *telesnom* obliku, kao što je CD-ROM ili DVD, teško može da osigura da prvi kupac neće umnožiti delo (softver) pre daljnje prodaje primerka. Osim toga, sud je naglasio da proizvođači imaju pravo da

44 T. Serra, „Rebalancing at Resale: ReDigi, Royalties, and the Digital Secondary Market“, *Boston University Law Review*, 5/2013, 1787; Nicholas Costanza, „Digital Music Garage Sale: An Analysis of Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc. and a Proposal for Legislative Reform in Copyrights Enabling a Secondary Market for Digital Music“, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1/2015, 159-160.

45 T. Serra, str. 1794-1797.

46 M. Pallante, „The Next Great Copyright Act“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 3/2013, 331-332.

upotrebe tehničke mere kojima će utvrditi da li je prodavac uništio svoj primerak – ne ulazeći u to koliko je ovakva opcija sprovodiva u praksi.⁴⁷

Moguće je da postoje dobri razlozi za drugačiji pravni tretman softvera u odnosu na ostala dela čiji primerci postoje u digitalnom obliku, ali SPEU nije u presudi UsedSoft elaborirao te razloge.⁴⁸

Brojni tekstovi u pravnim časopisima i drugim izvorima su nakon donošenja presude predvideli da će titulari prava na softveru, da bi se zaštitili od efekata sekundarnog tržišta, pribeci nekim od sledećih, ili drugih, mera:⁴⁹

- „upravljanje digitalnim pravima“ (DRM – digital rights management), tj. korišćenje tehničkih mera koje ograničavaju ili neutrališu sposobnost kupca da eventualno preproda primerak softvera;
- ograničavanje važenja licence na vremenski period kraći od perioda očekivanog efektivnog veka upotrebljivosti softvera, uz obavezu plaćanja pri svakom periodičnom obnavljanju licence, tako da transakciju nije moguće kvalifikovati kao kupoprodaju;
- pružanje usluga u *cloud*-u (softver kao usluga (SaaS – *software as a service*)), što isključuje mogućnost umnožavanja softvera na način smeštanja primerka programa u hard disk korisnika.

Prva dva predložena pristupa nose sa sobom ozbiljne poslovne rizike, i nije za sada jasno u kojoj meri softverska industrija te pristupe ustvari koristi. Na primer, obaveza periodičnog plaćanja, kao kod zakupa, mogla bi da odbije potencijalne klijente;⁵⁰ sličan efekat moglo bi izazvati i korišćenje DRM mera. U oba slučaja, klijenti bi mogli da odu na stranu konkurenata koji ne pribegavaju ni jednom ni drugom modelu. Treći model, zasnovan na korišćenju *cloud* tehnologije, možda predstavlja najmanje rizičan odgovor na ozbiljan pravni izazov i put kojim će se industrija u narednom periodu verovatno kretati.

47 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, § 79.

48 Na primer, efektivni vek upotrebljivosti primerka softvera kraći je u odnosu na dužinu „života“ primeraka fonograma i videograma, jer računarski program nakon izvesnog vremena ustupa mesto novim, savršenijim programima. Isto tako, softver je u poređenju sa drugim digitalnim sadržajima teži za umnožavanje, tako da preprodavac primerka softvera ne može onako jednostavno da umnoži primerak kako to može da učini preprodavac primerka fonograma.

49 B. Batchelor, D. Keohane, „UsedSoft – where to now for software vendors?“, *European Competition Law Review*, 12/2012, 545-551; Feiler, 20; M. Razavia, S. André, „Oracle c/ UsedSoft, un an après : regard critique sur les conséquences pratiques de cette décision“, *Droit de l'immatériel*, 97/2013, 11; Naylor, Parris, 490; A. Mendoza-Caminade, „Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ?“, note sous CJUE 3 juill. 2012“, *Recueil Dalloz*, 32/2012, 7525.

50 Feiler, 20.

Bogdan Ivanišević, LL.M.
Head of IP practice, BDK Advokati

REDIGI AND USEDSOFT: A FEW ANSWERS AND AT LEAST AS MANY UNANSWERED QUESTIONS

Abstract: *The New York court in ReDigi reiterated the general proposition under United States copyright law that exhaustion of distribution right („the first sale doctrine“) applies vis-à-vis tangible copies of a copyright work, but not if digital copies of the work are placed onto market. Nothing in the judgment suggests that distribution of digital copies of a computer program – a matter not examined by the court – would be an exception to the rule. The Court of Justice of the European Union (CJEU), in the UsedSoft case, ruled that distribution of digital copies of the computer program was subject to copyright exhaustion; it seems unlikely, however, that the CJEU would reach that same conclusion with respect to digital copies of other types of protected works. In the United States, the widely shared view that an apparent sale of a copy of a computer program in fact constitutes grant of licence pre-empts application of the first sale doctrine. The CJEU, in contrast, judged the purported licence to be a sale, thereby laying the basis for subsequent conclusion that the exhaustion rule applies. In both cases, the courts also recognized the right of reproduction as possibly infringed in the course of a „digital sale“ of the copy of a copyright work. The New York court concluded that infringement did occur, whereas the CJEU found that in the specific context the right of reproduction was not infringed, due to a narrow exception provided for in the Software Directive 2009/24. The New York court gave due consideration to extra-legal arguments in favour or against applicability of the first sale doctrine in the digital domain, but refrained from effectively assuming a legislator’s role; the CJEU has been criticized for doing exactly the opposite. Both in the U.S. and in the E.U., the debate about „digital exhaustion“ is, in fact, yet to develop.*

Key words: *Copyright exhaustion. – Digital copies. – Right of reproduction. – Computer program.*