

prof. dr Dušan V. Popović

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

ISCRPLJENJE AUTORSKOG PRAVA NA DIGITALNIM PRIMERCIMA DELA: EVROPSKI PRISTUP*

Rezime: Institut iscrpljenja autorskog prava decenijama izmiče potpunoj međunarodnoj harmonizaciji. Ostavljajući to načelno pitanje po strani, u radu se analizira institut iscrpljenja autorskog prava na digitalnim (bestelesnim) primercima autorskih dela, u okviru prava Evropske unije. Povod za pisanje rada bila je prošlogodišnja presuda Suda pravde Evropske unije doneta u predmetu Tom Kabinet. U radu se detaljno analizira ova presuda, u kojoj je Sud pojašnjavao da li se institut iscrpljenja ovlašćenja na saopštavanje javnosti dela primenjuje u odnosu na digitalne (bestelesne) primerke knjiga. Stavovi Suda pravde EU se potom upoređuju sa presudom donetom u predmetu UsedSoft, u kojoj se pitanje iscrpljenja ovlašćenja na stavljanje primerka dela u promet razmatra u odnosu na bestelesne primerke softvera. Pomenute presude razmatraju institut iscrpljenja autorskog prava na digitalnim primercima dela na osnovu odredaba različitih direktiva Evropske unije. Dok u predmetu Tom Kabinet Sud tumači odredbe Direktive EU o informacionom društvu, u predmetu UsedSoft tumačene su odredbe Direktive EU o računarskim programima. U zaključnom delu rada, autor postavlja pitanje konzistentnosti ovakve sudske prakse, kao i njenih posledica po pravnu sigurnost učesnika koji posluju na tržištu Evropske unije.

Ključne reči: Autorsko pravo. – Srodna prava. – Iscrpljenje prava. – Usluge. – Internet.

1. UVODNE NAPOMENE

Sva prava intelektualne svojine, pa i autorsko pravo i njemu srodna prava, uspostavljena su kao rezultat kompromisa između različitih društvenih interesa. U određenim slučajevima, iznad interesa autora (i nosilaca autorskog prava) stavljaju se određene druge društvene vrednosti, koje zakonodavac smatra važnijim. Takvi slučajevi, u kojima se drugi interesi pretpostavljaju interesima autora, precizno su uređeni i propisani u vidu ograničenja prava. Jedno takvo ograničenje uređeno je institutom iscrpljenja (konzumacije) autorskog prava. Poznato je da je ovlašćenje na stavljanje primeraka autorskog dela u promet jedno od osnovnih imovinskopravnih ovlašćenja autora. Na osnovu ovog ovlašćenja, autor može drugome zabraniti ili dozvoliti stavljanje primeraka svog dela u promet. Pod stavljanjem u promet podrazumeva se

* Ovaj članak je rezultat rada na projektu „Identitetski preobražaj Srbije”.

svaki način prenosa svojine na primerku dela, kao i nuđenje primeraka radi stavljanja u promet, skladištenje primeraka radi stavljanja u promet i uvoz primeraka dela. U praksi se, međutim, često događa da primerak autorskog dela više puta promeni vlasnika. Stoga bi bilo logično da autor prilikom svake promene vlasništva nad primerkom dela može vršiti svoje ovlašćenje, tako što će dozvoliti ili zabraniti stavljanje primerka u promet. Takvo rešenje bi, međutim, dovelo do usporavanja ako ne i onemogućavanja prometa primeraka autorskih dela, kao i do značajno uvećanih troškova prometa. Iz tih razloga uveden je institut iscrpljenja autorskog prava. Do iscrpljenja dolazi kada primerci autorskog dela voljom autora ili njegovog pravnog sledbenika promene vlasnika, tako da novi vlasnik može slobodno dalje stavljati u promet te iste primerke dela. Institut iscrpljenja prava dovodi do toga da autor ima mogućnost da ekonomski kontroliše samo prvu prodaju primeraka svog dela.¹

Nesporno je da do iscrpljenja autorskog prava dolazi prilikom prvog stavljanja u promet fizičkih, materijalnih primeraka autorskog dela (npr. štampnog primerka knjige). Međutim, izvesna razmimoilaženja postoje u pogledu primene ovog instituta na digitalne, elektronske primerke dela ili predmeta srodnopravne zaštite (npr. e-knjige, fonogrami, softver). Jasan odgovor na ovu dilemu od suštinskog značaja je ne samo za nosioce autorskog i srodnih prava, već i za one vlasnike sajtova koji predstavljaju svojevrсну onlajn pijacu polovnih e-knjiga i digitalnih primeraka drugih autorskih dela (engl. *second hand e-market*). Povod za pisanje ovog rada je nedavno doneta presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu *Tom Kabinet*, koja pruža odgovor na pomenutu dilemu u vezi sa digitalnim primercima knjiga (vid. poglavlje 3). Ova presuda nas je podsetila i na postojeću sudsku praksu u pogledu iscrpljenja prava na digitalnim primercima softvera (vid. poglavlje 4). Međutim, pre analize prakse evropskih sudova trebalo bi ukazati na činjenicu da institut iscrpljenja autorskog prava, kao uostalom i ostala ograničenja autorskog prava, nije predmet značajnije harmonizacije u međunarodnom pravu intelektualne svojine, zbog čega ćemo se u ovom radu baviti samo evropskim pristupom iscrpljenju autorskog prava (vid. poglavlje 2).

2. POREKLO INSTITUTA ISCRPLJENJA AUTORSKOG PRAVA I NJEGOVO MESTO U MEĐUNARODNOM PRAVU INTELEKTUALNE SVOJINE

Institut iscrpljenja prava intelektualne svojine prihvaćen je počevši od devetnaestog veka u Velikoj Britaniji, Nemačkoj i Holandiji, a pod drugim nazivom i u Sjedinjenim Američkim Državama. U pravu Francuske i Belgije razvijena je, međutim, koncepcija prava odredišta (franc. *droit de destination*)

¹ U srpskom pravu, ovlašćenje na stavljanje u promet primeraka autorskog dela i institut iscrpljenja prava uređeni su čl. 21 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (*Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – odluka US i 66/2019; nadalje, ZASP RS). Za detaljniju analizu vid. Slobodan M. Marković, Dušan V. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2019, 62–63.

kojom se označava ovlašćenje autora da zabrani sticaocima primerka autorskog dela da pribavljeni primerak koriste na određeni način. Zapravo, nosilac autorskog prava i srodnih prava ovlašćen je da delimično kontroliše dalje „stavljanje u promet“ primeraka autorskog dela i predmeta srodonpravne zaštite, putem ograničavanja načina korišćenja primeraka zaštićenog intelektualnog dobra. Tako, na primer, nosilac prava može odlučiti da stavi u promet primerke telesnih nosača na kojima je zabeležen fonogram, ali da ograniči korišćenje tih primeraka samo u lične, nekomercijalne svrhe od strane krajnjih potrošača, isključujući pritom druge potencijalne kupce odnosno korisnike, kao što su proizvođači emisije ili vlasnici diskoteka. Nosilac prava se, ipak, ne može suprotstavljati prometu primeraka unutar „odabranog“ tržišta (odnosno odabranog „odredišta“).² Konceptija prava odredišta nije sasvim usklađena sa pravom intelektualne svojine Evropske unije, u čijim se uredbama i direktivama koristi pojam ovlašćenja na stavljanje u promet i pojam iscrpljenja prava. Ovlašćenje na stavljanje u promet primeraka predmeta koji predstavlja materijalizaciju intelektualnog dobra znatno je uži pojam od koncepcije prava odredišta, jer obuhvata samo uslove komercijalizacije primeraka predmeta na koji se odnosi zaštita, ali ne i na način korišćenja predmeta nakon što je on pribavljen. Sve ove razlike potiču od činjenice da je konceptija prava odredišta razvijena na osnovu odredaba nacionalnih autorskopравnih propisa kojima je uređeno vršenje ovlašćenja na umnožavanje autorskog dela, a ne ovlašćenja na stavljanje u promet primeraka autorskog dela. Međutim, ni termin „iscrpljenje/konzumacija prava“ nije većinski prihvaćen u neevropskim jurisdikcijama. U Sjedinjenim Američkim Državama, na primer, institut iscrpljenja prava intelektualne svojine prepoznajemo u vidu teorije prve prodaje (engl. *first sale doctrine*).³

Prilikom uređivanja instituta iscrpljenja autorskog prava nacionalni zakonodavci se razlikuju i u pogledu određivanja teritorijalnog domašaja iscrpljenja. Naime, može se postaviti pitanje da li je na konkretnim primercima autorskog dela došlo do iscrpljenja prava samo u državi u kojoj su primerci prvi put stavljeni u promet i stekli novog vlasnika (nacionalno iscrpljenje) ili je do iscrpljenja prava došlo u svim državama u kojima autor ima autorskopравnu zaštitu za to svoje delo (međunarodno iscrpljenje). Srpski zakonodavac je, na primer, propisao da iscrpljenje autorskog prava ima nacionalni domašaj,⁴ dok u pravu Evropske unije postoji regionalno iscrpljenje (teritorijalno unutrašnjeg tržišta posmatra se kao celina).

2 Za detaljniju analizu vid. Dušan V. Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 174–175.

3 Više o teoriji prve prodaje: Sheldon W. Halpern, Craig A. Nard, Kenneth L. Port, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Wolters Kluwer, 2011, 84–88, 272–274.

4 S tim što će se od dana pristupanja Srbije Evropskoj uniji institut iscrpljenja autorskog prava primenjivati i u slučaju da je vlasnik primerka dela taj primerak zakonito pribavio u državi članici Evropske unije ili Evropskog ekonomskog prostora. Vid. ZASP RS, čl. 70, st. 1.

Opisane razlike u uređivanju instituta iscrpljenja autorskog prava (i drugih prava intelektualne svojine) nisu prevaziđene ni putem instrumenata međunarodnog prava intelektualne svojine. Naime, nijedna međunarodna konvencija u oblasti zaštite intelektualne svojine izričito ne propisuje nastupanje iscrpljenja prava intelektualne svojine. Čak ni konvencije najnovije generacije, kao što su Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS), WIPO Ugovor o autorskom pravu i WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima, ne sadrže odredbe kojima se propisuje nastupanje iscrpljenja subjektivnih prava intelektualne svojine pod određenim okolnostima. U članu 6 TRIPS-a čak izričito stoji da se „(...) ništa u ovom Sporazumu neće koristiti za rešavanje pitanja iscrpljenja prava intelektualne svojine“. Odsustvo međunarodnopravnog uređivanja instituta iscrpljenja prava posledica je nemogućnosti postizanja kompromisa među državama o koncepciji ovog instituta koju treba prihvatiti (nacionalno, regionalno ili međunarodno iscrpljenje). Međutim, kakav god da su pristup države odabrale, institut se mora primeniti u skladu sa načelom nacionalnog tretmana, koji obavezuje članice gotovo svake od međunarodnih konvencija u oblasti zaštite intelektualnih dobara. Povrh toga, države potpisnice Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine moraju institut iscrpljenja prava intelektualne svojine primenjivati poštujući načelo najpovlašćenije nacije.⁵

3. ISCRPLJENJE AUTORSKOG PRAVA NA DIGITALNIM PRIMERCIMA KNJIGA

Sve do decembra 2019. godine i donošenja presude Suda pravde Evropske unije u predmetu *Tom Kabinet*,⁶ autorsko pravo Evropske unije nije davalo jasan odgovor po pitanju mogućnosti nastupanja iscrpljenja autorskog prava na digitalnim primercima knjiga. Suvišno je pominjati od kolike važnosti je postojanje nedvosmislenog odgovora na ovo pitanje za sve one koji se bave izdavačkom delatnošću u EU. Odgovor na postavljeno pitanje treba tražiti u odredbama Direktive EU br. 2001/29 o harmonizaciji određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informacionom društvu (nadalje, Direktiva EU o informacionom društvu),⁷ kojom se autorsko pravo Evropske unije uskladilo sa WIPO Ugovorom o autorskom pravu. U predmetu *Tom Kabinet*, Apelacioni sud u Hagu uputio je prethodna pitanja⁸ Sudu pravde EU upravo u cilju tumačenja odredaba Direktive EU o

5 Tako: D. V. Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, 177.

6 Sud pravde Evropske unije, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* (nadalje, *Tom Kabinet*), predmet br. C-263/18, 19. decembar 2019. god.

7 *Sl. list EU*, br. L167, 2001.

8 Iako osnivačkim ugovorima EU nije propisano kakva su dejstva preliminarne odluke Suda pravde EU, opšte je prihvaćeno da su one obavezujuće za nacionalne sudove, po-

informacionom društvu. Spor koji se rešavao pred holandskim sudom ticao se privrednog društva „Tom Kabinet“ koje je pribavljalo digitalne primerke knjiga od fizičkih lica i prodavaca na malo, i zatim ih „preprodavalo“⁹ na internetu, smatrajući da je prilikom prvog stavljanja u promet primerka knjige nastupilo iscrpljenje autorskog prava. Tužbu su podnele organizacije nosilaca autorskog prava, tražeći od suda da utvrdi da institut iscrpljenja ne deluje u odnosu na digitalne primerke knjiga. Prethodna pitanja koja je Sudu pravde Evropske unije uputio holandski sud bila su sledeća:

1. Da li čl. 4, st. 1 Direktive EU o informacionom društvu treba tumačiti tako da reči „*bilo koji način stavljanja u promet, putem prodaje ili na drugi način, originalnih primeraka dela i njihovih umnoženih primeraka*“ označavaju i činjenje dostupnim e-knjiga (digitalnih primeraka knjiga koje uživaju autorskopravnu zaštitu) javnosti, putem preuzimanja sa sajta, na neograničeni vremenski period, po određenoj ceni, na koji način nosilac autorskog prava prima naknadu koja odgovara ekonomskoj vrednosti svoga dela?
2. Ukoliko je odgovor na prvo pitanje potvrđan, da li je ovlašćenje na stavljanje u promet originalnih primeraka dela u smislu čl. 4, st. 2 Direktive iscrpljeno u Evropskoj uniji, kada se prva prodaja ili drugi način prenosa svojine na tom materijalu, što uključuje činjenje dostupnim e-knjiga putem preuzimanja sa sajta, radi korišćenja na neograničeni vremenski period, po određenoj ceni, na koji način nosilac autorskog prava prima naknadu koja odgovara ekonomskoj vrednosti njegovog dela, odvija na teritoriji Evropske unije uz saglasnost nosioca prava ili neposredno od strane njega?
3. Da li čl. 2 Direktive EU o informacionom društvu treba tumačiti tako da prenos između sukcesivnih sticalaca zakonito pribavljenog primerka dela u pogledu kojeg je ovlašćenje na stavljanje u promet iscrpljeno obuhvata i saglasnost za radnje umnožavanja, ukoliko su te radnje umnožavanja neophodne za zakonito korišćenje tog primerka dela, i ako je tako – pod kojim uslovima?
4. Da li čl. 5 Direktive EU o informacionom društvu treba razumeti tako da se nosilac autorskog prava više ne može protiviti radnjama umnožavanja koje su neophodne za prenos između sukcesivnih sticalaca zakonito pribavljenih primeraka dela u pogledu kojih je ovla-

seбно kada je presudom, odnosno mišljenjem, Sud pravde odlučivao o pravnoj valjanosti nacionalnog pravnog akta. Isto važi kada je u pitanju tumačenje, jer je nacionalni sud vezan tim tumačenjem, tj. interpretativni stav Suda pravde deluje kao pravnosnažno rešenje prethodnog pitanja. Za detaljniju analizu vid. Aleksandra Čavoški, Ana Knežević Bojović, Dušan Popović, *Evropski sud pravde*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2006, 62–71. Ugovorom iz Lisabona je izvršena prenumeracija osnivačkih ugovora, tako da je postupak rešavanja prethodnog pitanja sada uređen članom 267 Ugovora o funkcionisanju EU.

9 Termin „preprodaja“ namerno stavljamo pod navodnike, pošto je upravo ovom presudom rešeno pitanje prirode digitalnih knjiga – da li su one roba ili usluga.

šćenje na stavljanje u promet iscrpljeno, i ako je tako – pod kojim uslovima?¹⁰

Odgovarajući na postavljena pitanja, Sud pravde EU je zaključio da radnja preuzimanja (engl. *download*) digitalnih primeraka knjiga, radi trajnog korišćenja, nije obuhvaćena ovlašćenjem na stavljanje u promet primeraka autorskih dela u smislu čl. 4, st. 1 Direktive EU o informacionom društvu, već ovlašćenjem na saopštavanje dela javnosti, propisanim čl. 3, st. 1 Direktive. Time je otklonjena višegodišnja dilema prouzrokovana neujednačenim pristupom pitanju iscrpljenja prava u preambuli Direktive i samim članovima Direktive. Naime, u preambuli Direktive izričito se navodi da autorskoppravna zaštita, na osnovu ovog propisa, obuhvata ovlašćenje na stavljanje u promet dela inkorporisanog u materijalni nosač.¹¹ Do iscrpljenja ne dolazi u slučaju pružanja onlajn usluga, a isto važi i za primerke autorskog dela ili predmeta srodnih prava koje je, na telesnom nosaču, umnožio korisnik takve usluge uz saglasnost nosioca prava.¹² Posebno je naglašeno da je pružanje svake onlajn usluge radnja za čije preuzimanje je potrebna saglasnost nosioca prava, za razliku od korišćenja zaštićenog intelektualnog dobra inkorporisanog u telesne nosače kakvi su CD-ROM i CD-I.¹³ Međutim, odredbe članova 3 i 4 Direktive ne podudaraju se sasvim sa viđenjem iznetim u njenoj preambuli, zbog čega je holandski sud i tražio tumačenje od Suda pravde EU. Iako se pravi razlika između javnog saopštavanja autorskog dela, s jedne strane, i njegovog stavljanja u promet, s druge strane, u čl. 4 Direktive nije izričito navedeno da autorsko pravo neće biti iscrpljeno u odnosu na primerak autorskog dela ili predmeta srodnog prava koji je na materijalnom nosaču umnožio korisnik onlajn usluge. Ova nepreciznost zapravo potiče iz WIPO Ugovora o autorskom pravu. U toj međunarodnoj konvenciji se pravi razlika između javnog saopštavanja dela i njegovog stavljanja u promet, a institut iscrpljenja propisuje se samo u odnosu na primerke stavljene u promet. Međutim, iz pojma „prve prodaje ili drugog načina prenosa prava svojine“ u smislu čl. 6, st. 2 WIPO Ugovora o autorskom pravu nije izričito isključeno preuzimanje sa interneta u digitalnom obliku. Ipak, prilikom tumačenja odredbe WIPO Ugovora o autorskom pravu Sud pravde EU se oslonio na prateće saopštenje usvojeno na diplomatskoj konferenciji sazvanoj radi zaključenja ove međunarodne konvencije, u kojem se navodi da se pojam umnožavanja u smislu čl. 6 Ugovora mora odnositi na telesne nosače, koji potom mogu biti stavljani u promet. Sud se oslonio i na pripremljene akte (franc. *travaux préparatoires*) za usvajanje Direktive, na osnovu kojih je zaključio da intencija evropskog zakonodavca nije bila da jednako tretira fizičke i digitalne primerke autorskih dela.¹⁴ Sud pravde

10 SPEU, *Tom Kabinet*, § 30.

11 Direktiva EU o informacionom društvu, § 28 preambule.

12 *Ibid*, § 29 preambule.

13 *Ibid*.

14 SPEU, *Tom Kabinet*, § 56.

EU je takođe istakao da bi primena instituta iscrpljenja prava na digitalne primerke knjiga izvesno uticala na interes nosilaca prava da ostvare odgovarajuću naknadu, mnogo više nego što je to slučaj sa fizičkim primercima knjiga, pošto se kvalitet digitalnih primeraka vremenom i upotrebom ne menja, zbog čega oni predstavljaju savršeni supstitut novim primercima na sekundarnom tržištu.¹⁵

Sud je odbio da e-knjige posmatra kao složeni proizvod koji se sastoji iz zaštićenog (autorskog) dela, s jedne strane, i računarskog programa koji uživa zaštitu na osnovu odredaba Direktive EU br. 2009/24 o pravnoj zaštiti računarskih programa (nadalje, Direktiva EU o računarskim programima)¹⁶, s druge strane. Sud je zaključio da je takav računarski program (koji omogućava korišćenje e-knjige) u uzgrednoj vezi sa delom sadržanim u digitalnom primerku e-knjige, te da e-knjiga uživa zaštitu upravo zbog svog sadržaja. Zbog toga, prema stavu Suda, nema mesta primeni odredaba Direktive EU o računarskim programima.¹⁷

Sud je zatim analizirao može li se omogućavanje pristupa digitalnim primercima knjiga smatrati preduzimanjem radnje saopštavanja autorskog dela javnosti (engl. *communication to the public*) ili, uže gledano, radnje činjenja dela dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem na način koji omogućuje pojedincu individualni pristup delu sa mesta i u vreme koje on odabere (engl. *making available of the work to the public*). Ispitujući da li u posmatranom slučaju postoji radnja saopštavanja dela javnosti, Sud je primenio svoj od ranije poznati pristup – odvojeno analizirajući radnju saopštavanja od kriterijuma javnosti.¹⁸ Sud je najpre podsetio da radnja saopštavanja dela obuhvata svako omogućavanje dostupnosti dela, žičnim ili bežičnim putem, publici koja nije prisutna na mestu sa koga takvo saopštavanje potiče. Sud je naglasio da radnja činjenja dela dostupnim javnosti, koja je obuhvaćena širim pojmom radnje saopštavanja dela javnosti, mora zadovoljavati dva kriterijuma. Prvi kriterijum tiče se mogućnosti javnosti da pristupi delu sa mesta i u vreme koje svaki pojedinac individualno odabere. Drugim kriterijumom naglašava se činjenica da je ovde reč samo o mogućnosti, tj. da će radnja činjenja dela dostupnim javnostim postojati nezavisno od toga da li će zaista svaki pojedinac (koji čini javnost) iskoristiti mogućnost da pristupi delu žičnim ili bežičnim putem sa mesta i u vreme koje samostalno izabere. Primenjujući ove kriterijume na činjenično stanje u predmetu *Tom Kabinet*, Sud je zaključio da je svako ko je bio registrovan

15 *Ibid*, § 58.

16 *Sl. list EU*, br. L111, 2009.

17 SPEU, *Tom Kabinet*, § 59.

18 Ovaj pristup je, na primer, primenjen u presudi donetoj u predmetu *Svensson* (br. predmeta C-466/12). Za analizu ove presude vid. Dušan V. Popović, „Povreda autorskog i srodnih prava na internetu: osvrt na noviju praksu Evropskog suda pravde“, u: *Intelektualna svojina i internet: nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015, 59–81.

u onlajn klubu čitalaca „Tom Kabinet“ mogao da pristupi sajtu u vreme i sa mesta koje samostalno odabere, pri čemu je pravno irelevantno da li je svaki registrovani član kluba čitalaca to zaista i uradio.¹⁹

Nakon što je utvrdio da je u posmatranom slučaju preduzeta radnja saopštavanja dela, Sud je prešao na ispitivanje ispunjenosti kriterijuma javnosti. Sud je najpre podsetio da saopštavanje dela javnosti postoji samo u slučaju kada je takvo saopštavanje usmereno ka neodređenom broju potencijalnih primalaca. Sud je podsetio na raniju sudsku praksu iz koje proizilazi da javnost podrazumeva određeni minimalni broj primalaca onlajn sadržaja, koji doduše nije kvantifikovan. Da bi se utvrdilo da li je taj minimalni prag zadovoljen, može se osloniti na dve vrste podataka. Prva se odnosi na broj korisnika koji istovremeno mogu pristupiti istom delu, a druga na ukupan broj korisnika koji je sukcesivno pristupao delu.²⁰ Sud je zaključio da u posmatranom slučaju obe vrste podataka upućuju na postojanje javnosti u autorsko-pravnom smislu. Ipak, Sud je proverio ispunjenost još jednog kriterijuma koji nam je odranije poznat iz presuda donetih u predmetima *Svensson* i *Stichting Brein*, na primer. Naime, da bi se smatralo da je delo saopšteno javnosti, potrebno je da je ono saopšteno uz pomoć tehničkih sredstava koja se razlikuju od prethodno korišćenih. Ukoliko su korišćena tehnička sredstva ista, javno saopštavanje postoji ukoliko je delo saopšteno novoj publici, tj. onoj javnosti koju nosilac prava inicijalno nije imao u vidu prilikom saopštavanja dela. U posmatranom slučaju, licenca²¹ je dopuštala da e-knjigu čita samo onaj korisnik koji je preuzeo digitalni primerak, iz čega jasno proizilazi da je „Tom Kabinet“ saopštio delo „novoj javnosti“, tj. onim licima koje nosilac prava inicijalno nije imao u vidu.²² Imajući sve prethodno rečeno u vidu, Sud pravde EU je zaključio da je u posmatranom slučaju preduzeta radnja saopštavanja dela javnosti i, preciznije, radnja činjenja dela dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem na način koji omogućuje pojedincu individualni pristup delu sa mesta i u vreme koje on odabere, u smislu čl. 3, st. 1 Direktive EU o informacionom društvu. Imajući u vidu kakav odgovor je Sud dao na prvo prethodno pitanje koje mu je postavio Apelacioni sud u Hagu, preostala tri pitanja postala su bespredmetna.

Može se reći da je odluka Suda pravde EU doneta u predmetu *Tom Kabinet* očekivana, iako Sud nije bio obavezan sopstvenom ranijom praksom, pre svega presudom donetom u predmetu *UsedSoft*. Naime, dok se u pred-

19 SPEU, *Tom Kabinet*, § 60–65.

20 S ovim u vezi, Sud upućuje na svoje ranije presude u predmetima *Stichting Brein* (br. predmeta C- 610/15) i *SGAE* (br. predmeta C-306/05).

21 Koristimo termin „licenca“ iako je reč o prometu subjektivnog autorskog prava, pošto se taj termin koristi u pravu EU. Podsećamo da, po pravilu, u evropskom kontinentalnom pravu pojam licence vezujemo za prava industrijske svojine, dok se promet ovlašćenja iz subjektivnog autorskog prava vrši putem autorskog ugovora. Međutim, i kod nas su prisutne određene terminološke nedoslednosti, tako da se, na primer, uobičajilo da se kaže „ugovor o licenci softvera“, iako softver uživa autorskopravnu zaštitu.

22 SPEU, *Tom Kabinet*, § 70–71.

metu *Tom Kabinet* Sud izjašnjavao o odredbama Direktive EU o informacionom društvu, u predmetu *UsedSoft* tumačio je odredbe Direktive EU o računarskim programima.²³ Izvestan nagoveštaj da bi Sud pravde EU mogao da utvrdi nenastupanje iscrpljenja prava na digitalnim primercima knjiga predstavljala je sudska praksa u nekim državama članicama EU.²⁴ Presuda Suda pravde EU doneta u predmetu *Tom Kabinet* samo je potvrdila ispravnost takvih nacionalnih odluka. Najzad, presuda se uklapa u opšti pristup e-knjigama u drugim oblastima prava Evropske unije. Tako je, na primer, Sud pravde EU u predmetu *Commission v. France*²⁵ tumačeći čl. 98, st. 2 Direktive EU o porezu na dodatu vrednost²⁶, kao i u Aneksu II te direktive, zaključio da su e-knjige klasifikovane kao usluge koje se pružaju elektronskim putem, a ne kao roba.²⁷

4. ISCRPLJENJE AUTORSKOG PRAVA NA PRIMERCIMA SOFTVERA

Prilikom razmatranja pitanja nastupanja iscrpljenja autorskog prava na primercima softvera osvrnućemo se najpre na prodaju telesnih primeraka softvera, uz ustupanje licence po pristupu (vid. odeljak 4.1.), da bismo potom analizirali klasični slučaj preuzimanja digitalnih (bestelesnih) primeraka softvera (vid. odeljak 4.2).

4.1. Prodaja telesnog primerka softvera, uz ustupanje licence po pristupu

Prilikom prodaje primeraka autorskog dela ili proizvoda u kome je materijalizovan predmet srodonpravne zaštite relativno je lako utvrditi da li je došlo do njegovog stavljanja u promet. Međutim, zadatak je značajno teži ukoliko je proizvođač, koji je ujedno nosilac autorskog ili srodnog prava, ustupio licencu istovremeno sa distribucijom materijalnog nosača. Opisana situacija ranije se često dešavala prilikom prodaje (fizičkih) primeraka softvera uz tzv. licence po pristupu. Pod pojmom licenci po pristupu podrazumevamo *shrink-wrap*, *click-wrap* i *browse-wrap* licence. Reč je o prodaji primeraka računarskih programa zabeleženih na telesnom nosaču čije korišćenje je moguće tek kada se pribavilac saglasi sa uslovima korišćenja

23 Za detaljniju analizu predmeta *UsedSoft* vid. poglavlje 4 ovog rada.

24 Vid. npr. presudu Apelacionog suda u Hamu (Nemačka), predmet br. U 60/13, 15. maj 2014. god. Navedeno prema: Reto M. Hilty, "Exhaustion in the digital age", in: *Research handbook on intellectual property exhaustion and parallel imports* (eds. I. Calboli, E. Lee), Edward Elgar, 2016, 69.

25 SPEU, *Commission v. France*, predmet br. C-479/13, 5. mart 2015. god., § 36.

26 Direktiva EU br. 2006/112 o zajedničkom sistemu poreza na dodatu vrednost, *Sl. list EU*, br. L347, 2006.

27 Za detaljniju analizu vid. Eleonora Rosati, "Online exhaustion in a post-Allposters world", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 9/2015, 673–681.

koji su označeni na omotu proizvoda ili se elektronski prikazuju pre prve upotrebe.²⁸ Direktivom EU o računarskim programima propisano je da nosilac autorskog prava ima isključivo ovlašćenje na stavljanje u promet, uključujući davanje u zakup izvornog računarskog programa ili primeraka nastalih njegovim umnožavanjem.²⁹ Iz same Direktive ne proizilazi nedvosmisleno da li stavljanje u promet primeraka obuhvata samo prodaju primeraka softvera zabeleženog na telesnom nosaču ili se pod taj pojam može podvesti i slučaj licenci po pristupu. Kada radnja stavljanja u promet obuhvata samo čin prodaje primerka softvera i ne utiče na režim licence po pristupu, proizvođač bi mogao da, vršeći ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnog autorskog prava, zabrani preprodaju primerka u drugoj državi članici EU. Ipak, imajući u vidu da sekundarnim zakonodavstvom EU (npr. direktivom) ne mogu biti ograničena prava koja lica ostvaruju na osnovu primarnog zakonodavstva, subjektivno autorsko pravo biće iscrpljeno čim je preduzeta radnja stavljanja u promet, u smislu relevantnih odredaba Osnivačkih ugovora EU.³⁰

O nastupanju iscrpljenja autorskog prava na fizičkim primercima softvera koji su stavljeni u promet, uz ustupanje licence po pristupu, svojevremeno se izjasnio Vrhovni sud Nemačke u predmetu *OEM Version*. Reč je bilo o „Majrosoftovim“ računarskim programima koji su distribuirani najpre preko posrednika, zatim trgovaca na malo, do krajnjih potrošača. Računarski programi su bili namenjeni korišćenju isključivo na „Majrosoftovom“ hardveru, tako da je posrednik morao da se obaveže da će ih prodavati jedino uz hardver istog proizvođača. Posrednik u prodaji se takođe morao obavezati da će zahtevati od ostalih učesnika u distributivnom lancu da prihvate pomenuto ograničenje. Trgovac na malo je, međutim, prodavao primerke računarskog programa izdvojeno, što je dovelo do spora zbog povrede autorskog prava. Tuženi je svoju odbranu zasnovao na tvrdnji da je stavljanjem u promet telesnih nosača nastupilo iscrpljenje autorskog prava. Najpre prvostepeni, a potom i apelacioni sud smatrali su da do iscrpljenja prava nije došlo zbog ograničenog obima distribucije, usled čega je autorsko pravo povređeno. Nasuprot tome, Vrhovni sud je zaključio da je do iscrpljenja autorskog prava došlo već prilikom predaje primeraka prvom posredniku, tako da ni trgovac na malo, ni krajnji potrošači nisu mogli povrediti autorsko pravo tužioca.³¹ Uslovi licence po pristupu ne mogu, dakle,

28 U slučaju da su uslovi korišćenja označeni na omotu, smatra se da je pribavilac telesnog nosača na kome je zabeležen računarski program, otvaranjem ambalaže, tj. uklanjanjem omota prihvatio te uslove. Ukoliko su uslovi korišćenja istaknuti u elektronskom obliku, nije moguće započeti sa korišćenjem proizvoda dok se klikom mišem na odgovarajućem mestu pribavilac ne saglasi sa tim uslovima. Vid. Sanja Radovanović, *Ugovor o licenci softvera*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 103–120.

29 Direktiva EU o računarskim programima, čl. 4, st. 1, c).

30 Vid. Dušan V. Popović, „Iscrpljenje autorskog prava i srodnih prava, međunarodna trgovina i poslovanje na internetu”, *Pravna riječ*, 37/2013, 7–8.

31 Savezni vrhovni sud Nemačke (*Bundesgerichtshof*), *OEM Version*, predmet br. I ZR 244/97, 6. juli 2000. god.

sprečiti nastupanje iscrpljenja autorskog prava na fizičkom primerku softvera. Ipak, važno je napomenuti da je činjenično stanje u predmetu *OEM Version* bilo specifično u tom smislu što je bilo reči o prodaji primerka računarskog programa zabeleženog na telesnom nosaču, kupci su, dakle, sticali pravo svojine na primerku i plaćanje se vršilo jednokratno. Ukoliko bi, pak, licenca bila vremenski ograničena, ukoliko bi plaćanje bilo periodično, a telesni nosač bi se morao vratiti proizvođaču po isteku licence, moglo bi se tvrditi da je u pitanju zakup a ne prodaja. Tada bi imalo osnova tvrditi da je nastupilo iscrpljenje prava.³²

4.2. Bestelesni primerci softvera

Tek u presudi donetoj u predmetu *UsedSoft* Sud pravde Evropske unije se izjasnio o pitanju iscrpljenja autorskog prava (preciznije, iscrpljenju ovlašćenja na stavljanje primeraka dela u promet) na digitalnim primercima softvera.³³ Spor je vođen između proizvođača softvera „Oracle“ i nemačkog privrednog društva „UsedSoft“ koje je, za naknadu, trećim licima omogućavalo korišćenje „polovnog“ softvera. Proizvođač „Oracle“ je u preko 85% slučajeva omogućavao korisnicima da neposredno sa njegovog sajta preuzimaju digitalne kopije softvera, kao i njihove ažurirane verzije. Ugovor o licenci je, između ostalog, sadržavao i ovu odredbu: „Plaćanjem za uslugu stičete, isključivo za sopstvene interne poslovne svrhe i za neograničen vremenski period, neisključivo i neprenosivo korisničko pravo, u pogledu svega što Oracle razvije i učini vam dostupnim na osnovu ovog ugovora.“ Prema tome, korisnik je sticao pravo da čuva digitalni (bestelesni) primerak softvera na serveru i da omogućiti određenom broju lica da pristupe programu, tako što će ga preuzeti u centralnoj memoriji na radnoj stanici (engl. *work-station computers*). Proizvođač „Oracle“ je nudio grupne licence za softver, za najviše 25 korisnika po licenci. Privredno društvo „UsedSoft“ je pribavilo neke od licenci koje ulaze u grupnu licencu od onih „Oracle“-ovih klijenata koji su stekli grupnu licencu ali su imali manje od 25 korisnika. „UsedSoft“ je potom, uz naknadu, omogućio korišćenje pribavljenih licenci drugim kupcima koji su preuzimali primerak softvera direktno sa sajta proizvođača. Proizvođač je potom poveo spor protiv društva „UsedSoft“, a nemački sud je uputio prethodna pitanja Sudu pravde Evropske unije.

Kao što smo ranije pomenuli, Sud pravde EU je u predmetu *UsedSoft* tumačio odredbe Direktive EU o računarskim programima, a ne Direktive EU

32 Tako: D. V. Popović, „Iscrpljenje autorskog prava i srodnih prava, međunarodna trgovina i poslovanje na internetu“, 8 *et seq.*

33 Sud pravde EU, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (nadalje, *UsedSoft*), predmet br. C-128/11, 3. juli 2012. god. Za uporednu analizu evropskog i američkog pristupa pitanju iscrpljenja autorskog prava na digitalnim primercima dela vid. Bogdan Ivanišević, „Predmeti *ReDigi* i *UsedSoft*: nekoliko odgovora i bar toliko neodgovorenih pitanja“, u: *Intelektualna svojina i internet: nazivi internet domena, autorska dela, žigom zaštićene oznake* (ur. D. V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015, 139–157.

o informacionom društvu, i to pre svega čl. 4, st. 2 ove Direktive, koji glasi: „Prva prodaja primerka računarskog programa u Zajednici od strane nosioca prava ili uz njegovu saglasnost iscrpeće ovlašćenje na stavljanje tog primerka u promet na teritoriji Zajednice, sa izuzetkom ovlašćenja na davanje u zakup računarskog programa ili njegovog primerka.“ Suština prethodnog pitanja koje je nemački sud uputio Sudu pravde EU bila je u traženju pojašnjenja o tome da li prilikom zakonitog preuzimanja (engl. *download*) primerka softvera sa veb-sajta dolazi do nastupanja iscrpljenja prava. Sud pravde EU je zaključio da bi iscrpljenje prava nastupilo samo u slučaju da se takvo preuzimanje digitalnog primerka može smatrati prvom prodajom u smislu čl. 4, st. 2 Direktive EU o računarskim programima. Nakon što je pojam prodaje definisao kao sporazum kojim jedno lice, za naknadu, prenosi drugom licu svojinu na materijalnoj ili nematerijalnoj stvari koja mu pripada, Sud je zaključio da se čak i ugovor o licenci može smatrati prodajom u smislu čl. 4, st. 2 Direktive.³⁴ Prethodno rečeno važi ukoliko je nosilac autorskog prava, koji se saglasio sa preuzimanjem primerka dela sa interneta na telesni nosač podataka, ustupio ovlašćenje na korišćenje tog primerka na neograničeni vremenski period, za šta je zauzvrat primio naknadu koja odgovara ekonomskoj vrednosti primerka dela.³⁵ Sud je, takođe, naglasio i činjenicu da se u čl. 4, st. 2 Direktive EU o računarskim programima ne pravi nikakva razlika između telesnih i bestelesnih (digitalnih) primeraka softvera. Povrh toga, u čl. 1, st. 2 Direktive navodi se da se zaštita u skladu sa ovim propisom primenjuje na izražavanje računarskog programa u bilo kom obliku, što je Sud takođe naveo u prilog zaključku da odredbe Direktive važe kako za telesne, tako za bestelesne primerke računarskih programa. Najzad, Sud pravde EU je podvukao da zaključak o nastupanju iscrpljenja ovlašćenja na stavljanje u promet digitalnih primeraka softvera počiva na zdravom razumu i ekonomskoj stvarnosti. Validnost zaključaka do kojih je došao u predmetu *UsedSoft* Sud pravde EU potvrdio je i u novijoj presudi donetoj u predmetu *Microsoft*.³⁶

5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Analiza presuda Suda pravde Evropske unije donetih u predmetima *Tom Kabinet* i *UsedSoft* navodi na zaključak da pristup ovog najvišeg evropskog suda pitanju iscrpljenja autorskog prava na digitalnim primercima dela nije sasvim ujednačen. Naime, u predmetu *Tom Kabinet* Sud je zaključio da autorsko pravo na digitalnom primerku knjige nije iscrpljeno, dok je u predmetu *UsedSoft* suprotni zaključak izveden u odnosu na bestelesni primerak softvera. Ipak, ne sme se smetnuti s uma činjenica da je u slučaju e-knjiga Sud razmatrao pitanje iscrpljenja ovlašćenja na saopštavanje

34 *Ibid*, § 42.

35 *Ibid*, § 72.

36 Sud pravde EU, *Aleksandrs Ranks and Jurijs Vasiļevičs v. Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra and Microsoft Corp.*, predmet br. C-166/15, 12. oktobar 2016. god.

dela javnosti, dok je u slučaju softvera iscrpljenje konstatovano u odnosu na ovlašćenje na stavljanje primerka dela u promet. Ova razlika potiče, delom, iz specifičnog načina uređivanja autorskog prava u okviru prava Evropske unije. Naime, ne postoji sveobuhvatni sistem autorskog prava EU, već se na nivou Unije samo određena autorskoppravna pitanja uređuju putem uredaba ili direktiva (najčešće, putem direktiva). Stoga je Sud pravde EU u predmetu *Tom Kabinet* tumačio odredbe Direktive EU o informacionom društvu, dok je u predmetu *UsedSoft* tumačio odredbe Direktive EU o računarskim programima. Međutim, ako institut iscrpljenja autorskog prava posmatramo u širem kontekstu, pre svega imajući u vidu interes pravne sigurnosti, mogli bismo postaviti jedno sasvim jednostavno pitanje: ima li, zaista, suštinske razlike između digitalnog primerka knjige i digitalnog primerka softvera – razlike koja bi opravdavala da se preuzimanje digitalnog primerka knjige smatra radnjom saopštavanja javnosti autorskog dela (u pogledu koje ne nastupa iscrpljenje prava), dok se preuzimanje digitalnog primerka softvera izjednačava sa prodajom fizičkog primerka i njegovim stavljanjem u promet (u pogledu kog nastupa iscrpljenje prava)? Jedina uteha za one koji takvu suštinsku razliku ne vide jeste činjenica da se zaključci do kojih je Sud pravde EU došao u predmetu *UsedSoft*, po svemu sudeći, primenjuju samo na softver u užem smislu te reči, dok se preuzimanje digitalnog primerka softvera koji obuhvata muzičke ili vizuelne zapise (npr. preuzimanje video igrice) kvalifikuje kao radnja saopštavanja javnosti u smislu Direktive EU o informacionom društvu.

Prof. Dr. Dušan V. Popović

Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

DIGITAL EXHAUSTION OF COPYRIGHT: THE EUROPEAN APPROACH*

Abstract: For decades, the concept of exhaustion of copyright remains largely outside of harmonisation efforts in international intellectual property law. Leaving the international aspects aside, the paper analyses the exhaustion of copyright on digital copies of works, within the framework of the European Union law. The motive for writing this paper should be found in the recent decision of the Court of Justice of the European Union in the case Tom Kabinet. In this decision, the CJEU examines the digital exhaustion of copyright (more precisely, the right of communication to the public) in case of e-books. The author compares the conclusions reached by the Court in the case Tom Kabinet with those reached in the earlier case UsedSoft. The latter decision assesses the exhaustion of copyright (more precisely, the right to distribute the copies of a work) with respect to downloaded software. The two CJEU decisions interpret the provisions

* This paper represents contribution to the project of the University of Belgrade, Faculty of Law "Identity transformation of Serbia".

of different sources of EU law: in Tom Kabinet the Court analyses the provisions of the InfoSoc Directive, while in UsedSoft the Court interprets the provisions of the Software Directive. In the final part, the author discusses the consistency of the current EU framework for the digital exhaustion of copyright, in light of the principle of legal certainty.

Key words: Copyright. – Related rights. – Exhaustion of right. – Services. – Internet.