

*Мр Сања Радовановић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ПОЈАМ И ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА

Сажетак: Поље примене софтвера у ери информација обухвата разноврсне делатности: од забавних, услужних до производних. Њиховом употребом олакшава се пројек информација, размена добара на тржишту, ефикаснија производња робе и уружање услуга. Стога се с правом може сматрати да софтвер представља једно од најзначајнијих добара на светском тржишту. Управо из тих разлога потреба за адекватним правним нормирањем заштите и промента права на софтверу представља један од императива модерног друштва. Но, ојет се позивајући на исте разлоге, постоје бројне недоумице у вези са правним оквиром у којем се тај циљ може остварити. У правној пракси тренутно су прихваћени и ауторскоправни и патентни вид заштите. Стога се поставља питање да ли се на тај начин ствара правна несигурност или неуједначена правна решења проистичу из различитог поимања патентбилности односно ауторства.

У раду се настојало да се, уз одређивање појма софтвера, кроз анализу релевантних извора Сједињених Америчких Држава, као представника софтверске индустрије, и Европске Уније укаже на постојеће стање у погледу правне заштите софтвера ауторским правом односно патентом.

Кључне речи: софтвер, компјутерски програм, компјутерски применљиви проналасци, патент, ауторско право, судска пракса, у правна пракса, Европска Унија, Сједињене Америчке Државе, правна заштита софтвера у Србији, технички допринос

1. ПОЈАМ СОФТВЕРА

Потреба за прецизним одређењем појма софтвера двоструко је условљена. С једне стране, иако општеприхваћен у нашем језику, право значење речи софтвер остаје у извесној мери непознаница, нарочито када се узме у

обзир чињеница да је везана за поље технике у којем само релативно мали проценат појединаца располаже стручним знањем. С друге стране, недовољној јасноћи доприноси и изједначавање, нарочито у правничкој литератури, појма софтвер са другим, сродним термином – компјутерски програм. Будући да значења ових термина нису истоветна. У овом делу ће бити одређено шта се, заправо, под „софтвером“ у контексту овог рада подразумева.

С обзиром на то да је компјутерски програм ужи појам, истаћи ћемо најпре шта се под њим подразумева. Наиме, компјутерски програм представља сређени низ инструкција које су постављене тако да фиксирањем на материјални носач, уз помоћ компјутера, изврше одређену функцију или постигну одређени резултат.¹

Појмом „софтвер“, пак, обухваћени су „компјутерски програм(и), поступци, могућа пратећа документација и подаци који се односе на функционисање компјутерског система“.²

Полазећи од тога да се компјутерски програми изузетно ретко самостално појављују у робном промету, поистовећивање ова два термина је оправдано са практичног аспекта. Стога ће у раду, следећи језичку доследност, бити употребљен израз „софтвер“ и у случајевима када је реч искључиво о компјутерском програму.

1.1. Врсте софтвера

Прецизна компјутерска технологија у свом функционисању захтева различите „наредбе“ у циљу постизања жељеног резултата. Стога се софтвери према намени најчешће деле у две групе: системски софтвери и апликативни (кориснички) софтвер. С аспекта правне заштите, ова подела нема нарочит значај, али разлике које међу њима постоје могу утицати на одређена питања у правном промету.

¹ Наведено према: D. M. Davidson, J. A. Davidson: *Advanced Legal Strategies for Buying and Selling Computers and Software*; A Ronald Press Publication, John Wiley & Sons; New York, Chichester, Brisbane, Toronto, Singapore; 1986, стр. 13. Слично одређење дато је и у: С. Марковић: Ауторско право и сродна права; Службени гласник, Београд, 1999, стр. 135, а према: WIPO: Модел прописа за заштиту рачунарског софтвера, *Industrial Property 1977*; стр. 265

² Цитирано према: *Standard Glossary of Software Engineering Terminology*; IEEE Inc. New York, 1983. У литератури постоји велики број различитих дефиниција софтвера. У том смислу види: Н. Hansen, G. Neumann: *Wirtschaftsinformatik 1*; осмо издање, Mannheim, 2001; Н. Schneider: *Lexikon der Informatik und Datenverarbeitung*, Muenchen; 1986; Р. Mertens, F. Bodendorf, W. König, A. Picot, M. Schumann, T. Hess: *Grundzüge der Wirtschaftsinformatik*, осмо издање, Berlin, 2003; Н. Balzert: *Lehrbuch der Software-Technik*, Heidelberg, 1996; М. Schwanholz: *Informationstechnologien im Wandel*; Frankfurt am Main, 1998.

Системски софтвер обухвата програм за превођење (са програмског језика на машински језик, енгл. *translation program*), услужне програме (сервисне, помоћне, енгл. *utility program*)³, као и протоколе⁴ и управљачке програме (енгл. *drivers*).⁵

Оперативни систем је део системског софтвера и обухвата програме који представљају базу апликативних софтвера (енгл. *application software*) јер координира рад различитих оперативних јединица: процесора, штампача, тастатуре, итд.⁶ Заправо, оперативни систем јесте спој хардвера, с једне стране, и корисника и апликативног софтвера са друге стране.

Највећи број персоналних рачунара данас поседује оперативни систем Microsoft. Но, поред њега, постоје и бројни други оперативни системи као што су, примера ради, Solaris од Sun Microsystems-а, AIX од IBM-а, HP-UX од Hewlett Packard-а. Посебну врсту оперативних софтвера представљају, у последње време све популарнији, тзв. слободни софтвери (*free software, open source software*, нпр. Linux). Они су доступни корисницима у свом изворном коду, те их корисници могу слободно користити, унапређивати, итд.

Тржишно највећи значај имају апликативни софтвери који су намењени крајњим корисницима (стога се још називају и *end user софтвери*) „за решавање пословних, научних или индустријских проблема“⁷. Њихово функционисање је зависно од оперативног система и услужних програма. Састоје се од програма за обраду база података, програма за обраду текста, и програма за табеларна израчунавања.⁸ Апликативни софтвери су изузетно разноврсни, будући да су прилагођени широкој употреби рачунара у савременом друштву односно различитим потребама крајњих корисника. Међутим, могу се поделити у две групе.

Прву групу апликативних софтвера чине тзв. индивидуални софтвери. Они су конструисани према посебним потребама одређеног корисника

³ Сервисни, услужни или помоћни програм „представља продужену руку оперативног система и изводи помоћне функције (дијагностички, за тражење грешке, за сортирање и сл.“ Цитирано према: В. Тасић, И. Бауер: *Речник компјутерских ѿермина*; Треће издање, Микро књига, Београд, 1998, стр. 394

⁴ Протокол је скуп конвенција које у комуницирању користе компјутери и уређаји прикључени на њих. Конвенције (*conventions*) су, пак, стандарди и прихваћени поступци у писању програма или пројектовању; скраћенице, симболи или њихова значења. Према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 302. и 87.

⁵ Програм који управља пребацивањем података између компјутера и периферијског уређаја. Према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 123

⁶ В: N. Hoppen, *Software Innovations and Patents – A Simulation Approach*, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2005, стр. 152

⁷ Цитирано према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 17

⁸ В: N. Hoppen, *op. cit.* стр. 154

у складу са хардвером и софтверским окружењем, а намењени су решавању специфичних проблема (нпр. испитивање својстава моторних возила у аутоиндустрији).

У другу групу спадају стандардни софтвери који су намењени великом броју корисника са истим или сличним проблемским оријентацијама. Стандардни софтвер је на тржишту доступан као производ, најчешће на *cd* носачу, и намењен је инсталирању на корисников рачунар како би он касније могао несметано да га користи у складу са својим потребама. С обзиром на вишеструку функционалност, стандардни софтвер се надаље може поделити на функционално разноврсне (опште намене) и функционално оријентисане софтвере (посебне намене).

Први су углавном засновани на Windows оперативним системима и укључују програме за обраду текста, графичке презентације, табеларне анализе, администрације базе података и слично (популарно названи *standard office software*).⁹

Функционално оријентисани стандардни софтвери омогућавају вишестрану подршку функцијама и пословним поступцима, као и доношење пословних одлука. Поједини од њих морају бити прилагођени посебним потребама корисника (нпр. SAP R/3). Други, пак, представљају тзв. интегрисане софтвере који подржавају најразноврсније активности (од менаџмента средстава, продаје и дистрибуирања производа, финансирања, контроле, до саме производње), као што је MS Quicken.

2. ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА

Појава првих персоналних рачунара пре више деценија условила је настанак независног софтвера односно софтвера који не представља саставни део хардвера. Већ у првим годинама рада, софтверске компаније у Сједињеним Америчким Државама, где су заправо и корени компјутерске технологије, оствариле су огромне приходе на име производње и промета софтвера у Европу и Јапан који су се увећавали у кратким временским периодима и до неколико десетина пута. Имајући у виду значајан проценат који је софтверска индустрија остваривала, и још увек остварује, у укупном националном доходу најразвијених земаља, нарочито САД, питање адекватне правне заштите овог нематеријалног добра поставило се као примарно, првенствено ради очувања позиција наведених земаља на светском тржишту, али и ради стимулације даљег развоја технологије која је наговештавала нову еру у еволуцији друштва. Међутим, сложена при-

⁹ N. Hoppen, *op. cit.* стр. 154

рода софтвера учинила је ово питање предметом вишедеценијских расправа, које још нису до краја окончане.

Наиме, изворни код, када је једном учињен доступним јавности, могуће је на једноставан начин опонашати. Изражавање изворног кода у другом програмском језику не представља повреду ауторског права будући да оно штити само форму дела. Уз то, захваљујући развијеним компјутерским технологијама, софтвер је постао лако доступан производ чије умножавање се може остварити уз минималне трошкове.¹⁰

С друге стране, хибридна природа софтвера отвара питање заштите патентом. Изворни и објектни код, као форме изражавања, предмет су заштите ауторским правом. Међутим, активирање софтвера производи технички резултат који, не ретко, има индустријску примену. Полазећи од овог аргумента, правна теорија и пракса су, у извесној мери, пољубале ауторскоправни концепт заштите.

Бројни радови у којима се ближе разрађује дилема између ауторскоправне и патентне заштите представљају полазиште за обимну анализу овог проблема, али с обзиром на обим овог рада, биће изложено само актуелно стање у нормативним актима и пракси.

2.1. Правна заштита софтвера у Сједињеним Америчким Државама

Компјутерски софтвер у самом почетку није био заштићен правом интелектуалне својине. Међутим, имајући у виду значај добра, постојао је недвосмислен став да софтверима треба обезбедити заштиту апсолутним правом, с обзиром на дејства *erga omnes*.

У недостатку изричитих законских норми о природи софтвера, а тиме и о облику правне заштите, велики допринос дала је аргументација судске праксе у споровима који су за предмет имали софтверске производе. Свакако, у том смислу предњаче одлуке судова Сједињених Америчких Држава. Тако, већ 60-тих и 70-тих година прошлог века у судским одлукама се истиче да изворни код представља, заправо, форму изражавања идеје, те се стога софтвери имају сматрати ауторским делом.¹¹

Овај став судске праксе нормативно је уобличен амандманима на U.S. Copyright Act из 1976¹², а касније и Computer Software Copyright Act-ом из 1980. Међутим, у коначном извештају Националне Комисије за коришће-

¹⁰ The American Business Software Alliance процењује да се четири од десет софтвера користе илегално, што указује на губитак од 11 милијарди америчких долара на светском тржишту. Подаци преузети са www.bsa.org, август 2006.

¹¹ В: G. C. Yang, *The Continuing Debate of Software Patents and the Open Source Movement*, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 13/2004-2005; стр. 175

¹² В: 17 U.S. Code, Chapter 3 – Computers and Copyright, 1978.

ње ауторских дела новим технологијама (The National Commission on New Technologies Uses of Copyrighted Works (CONTU)), који је претходио изради ових аката, истакнуто је да ауторскоправна заштита софтвера не преклудира патентну заштиту.¹³ Наиме, ауторско право штити форму дела односно литерарни код софтвера, али не и идеју која стоји у његовој позадини. Стога је судска пракса у примени релевантних одредби померала границу између форме и идеје, временом све више отварајући могућности заштите софтвера и патентом.

У *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.* из 1983, суд је проширио ауторскоправну заштиту и на објектни код, као форму изражавања дела без обзира на медијум на којем је фиксирано.¹⁴ Корак даље суд је отишао у *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory* признајући правну заштиту и нелитерарним елементима софтвера односно његовој структури и организацији,¹⁵ чиме је на посредан начин ауторскоправном заштитом обухваћена и идеја.

На овај начин судска пракса је постепено разлике између софтвера као ауторских дела и патентабилних проналазака учинила мање видљивим. Штавише, у *In re Allapat*, суд је стао на становиште да се софтверу може признати патентна заштита у сваком случају када су испуњени услови патентбилности.¹⁶ Тумачењем оваквих ставова учињен је крупан преседан доношењем одлуке у *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*¹⁷ којом је признат патент за пословни метод, а која се аналогно примењује и на софтвере.

2.2. Правна заштита софтвера у Европи

Економски утицај софтверске индустрије Сједињених Америчких Држава на европском континенту рефлектује се и на нормативном плану. У том смислу, на нивоу Европске Уније доношењем Директиве Савета Европске заједнице о правној заштити компјутерских програма (Директива 91/250) усвојен је ауторскоправни концепт. Но, растући значај електронске трговине и развој информатичког друштва заснованог на Интернету указују на то да се права експанзија производње и употребе софтвера

¹³ Final Report of the National Commission on New Technologies Uses of Copyrighted Works, <http://digital-law-online.info/CONTU/contu9.html>, јун, 2005.

¹⁴ *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1249 (3d Cir. 1983) у G. C. Yang, op.cit. стр. 176

¹⁵ *Whelan Associates v. Jaslow Denatal Laboratory*, 797 F.2d 1222, 1234-1236 (3d Cir. 1986), у G. C. Yang, op.cit. стр. 176

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* од 23. јула 1998. године. Текст одлуке на: www.kuesterlaw.com/saris.htm, септембар 2005.

тек може очекивати, што питање правне заштите чини и даље актуелним.¹⁸ Потоњу констатацију потврђују и судска и управна пракса држава чланица Европске Уније и пракса Европског завода за патенте које у својим одлукама не игноришу актуелне трендове америчких прецедената.

Наиме, у националним органима и у Европском заводу за патенте додељено је неколико хиљада патената компјутерски применљивим проналасцима.¹⁹ Имајући ово у виду, поставља се питање да ли се тиме доводи, бар у извесној мери, до правне несигурности. Другим речима, да ли ауторскоправна и патентна заштита егзистирају паралелно или се међусобно допуњују.

С обзиром на то да дубља анализа овог проблема прелази оквира рада, на овом месту ће само укратко бити изложене релевантне одредбе европског и међународног значаја.

2.2.1. Поглед на релевантне одредбе у европским и међународним актима

Примарни акт којим се регулише питање заштите компјутерских програма у Европској Унији јесте, као што је већ наведено, Директива Савета Европских заједница о правној заштити компјутерских програма (Директива 91/250). Према одредбама Директиве, државе чланице заштићују компјутерске програме ауторским правом као књижевна дела у смислу Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела. Појам „компјутерски програм“, за потребе Директиве, обухвата и припремни материјал за конципирање програма. Заштита се примењује на било који облик формулисања неког компјутерског програма. Идеје и принципи, који се налазе у основи било ког елемента компјутерског програма, укључујући и идеје и принципе који се налазе у основи његових интерфејса, нису објекат ауторскоправне заштите.²⁰

Под формом софтвера се, пак, подразумева изворни код (када је изражен у неком од програмских језика), објектни код (у виду бинарних бројева, тј. у машинском језику) и извршни код (електронски дигитални запис на телесном носачу: магнетној траци, чипу, CD-у).²¹

¹⁸ У Западној Европи у периоду од 1999.-2003. број запослених у софтверској индустрији је порастао са 24 на 71%. Студија Booz Allen & Hamilton за холандско Министарство за економске односе, The Competitiveness of Europe's ICT Markets, март 2000, стр. 10

¹⁹ P. Tang, J. Adams, D. Paré, Patent Protection of Computer Programmes – Final Report, ECSC-EC-EAEC Brussels – Luxembourg, 2001, стр. 52

²⁰ Чл. 1. ст. 1. и 2. Директиве, у В. Тодоровић, *op.cit.*, стр. 190

²¹ В: С. Марковић, *op.cit.*, стр. 136. Опширније: С. Марковић, Заштита рачунарских програма патентом, ауторским правом и правом *sui generis*, Југословенски спољнотрговински водич – правни водич, Љубљана, 1989. године, 31-34

Према Конвенцији о европском патенту, која је имплементирана у законе свих земаља чланица, европски патент се издаје за проналаске који су нови, који су резултат стваралачког рада и који могу бити индустријски применљиви.²² Компјутерски програми „као такви“ су искључени из патентне заштите.²³ Међутим, имајући у виду формулацију одредбе, патентна заштита се не може признати само ако се патентна пријава односи на компјутерски програм „као такав“, што не значи да се уопште не може доделити. Стога се поставља питање који компјутерски програми су патентбилни.

С обзиром на разноврсност како компјутерских програма тако и поља њихове примене, у вези са питањем њихове патентне заштите смернице треба потражити у тумачењу релевантних одредби од стране управне и судске праксе.

Тако, Жалбено веће Европског завода за патенте заузело је став да сви проналасци морају имати технички карактер. Овај став је и нормативно подржан Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) који предвиђа могућност издавања патената свим техничко-технолошким проналасцима који испуњавају опште услове патентбилности.²⁴ Сходно томе, Жалбено веће Европског завода за патенте и надлежни органи управе односно судови држава чланица узимају компјутерски применљиве проналаске као патентбилне ако имају технички карактер односно ако припадају пољу технологије. Из тога произлази да компјутерски програми нису *per se* искључени из патентне заштите већ само уколико немају технички карактер.²⁵

Имајући у виду значајну улогу Европског завода за патенте у тумачењу релевантних одредби, у контексту овог питања неизбежно је поменути интересантан закључак у вези са тумачењем „техничког карактера“ компјутерских програма истакнут у одлуци *Controlling pension benefits system*²⁶. Наиме, Жалбено веће Завода истиче да компјутерски програм који се „покреће“ у компјутеру по дефиницији има технички карактер јер

²² Текст Конвенције види у: В. Тодоровић, Међународни уговори, Том I, Интелектуална и друга добра, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 225-347

²³ Чл. 52. ст. 1. Конвенције о европском патенту

²⁴ Чл. 27. ст. 1. Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Текст Споразума види у: В. Тодоровић, Међународни уговори, Том I, Интелектуална и друга добра, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 155-187

²⁵ В: Computer program product I & II, T 1173/97 од 1. јула 1998, 1999 ОЈ ЕПО (609) и T 0935/97 од 4. фебруара 1999. године, (1999) R.P.C. 861. Одлука је објављена у: *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, br. 02/2000, стр. 189-199

²⁶ *Controlling pension benefits system/PBS T-0931/1995* од 8. септембра 2000. године, <http://cii.european-patent-office.org/>, мај 2006.

је компјутер сам по себи машина и тиме се испуњава услов патентбилности компјутерских програма. С обзиром на то да је оваквим тумачењем радикално проширен појам патентбилности уопште, сличан став Веће заузима и у погледу других производа који су Конвенцијом о европском патенту искључени из патентне заштите.²⁷

Иако је од ступања на снагу Конвенције о европском патенту прошло више деценија, пракса Европског завода за патенте, и поред многобројних одлука у овим и сличним питањима, није јасно дефинисана. Истина, одлуке жалбених већа Завода (и одлуке судова других држава чланица) су обавезујуће за националне судове. Но, они их морају признавати, али не и следити.²⁸ Услед овакве правне ситуације у пракси је дошло до неуједначених интерпретација релевантних одредби односно до различитог обима заштите која се гарантује појединим врстама проналазака, нарочито софтвера.

С тим у вези, активност Европске Уније била је усмерена на хармонизацију прописа у спорном питању.

2.2.2. Директива о патентној заштити компјутерски применљивих проналазака

Полазећи од најновијих трендова у судској и управној пракси у ЕУ, започеле су консултације на изради Директиве о заштити компјутерски применљивих проналазака патентом. Европска Комисија је 19. октобра 2000. године позвала на последњу рунду преговора и на коментарисање документа који је широј јавности учињен доступним путем Интернета.²⁹ Поводом презентованог документа пристигло је и објављено мноштво одговора и коментара.³⁰ Иако су мишљења била јасно подељена између оних који сматрају да софтвере треба апсолутно искључити из патентне заштите и оних који се саглашавају са праксом Европског завода за патенте, закључак који се могао извести из мишљења стручне јавности био је да је неопходно отклонити правне нејасноће и хармонизовати прописе и праксу на нивоу Европске Уније.

У том смислу, Комисија је сачинила Нацрт Директиве о патентној заштити компјутерски применљивих проналазака. Међутим, након број-

²⁷ Према одредби чл. 52. ст. 2. то су: а) открића, научне теорије и математичке методе; б) естетске творевине; ц) планови, правила и методе у вези са умним радом, играма или привредним активностима, као и програми за рачунаре; д) репродукција информација.

²⁸ В: Протокол о судској надлежности и признавању одлука о праву на европски патент (Протокол о признавању од 5. октобра 1973. године) који је саставни део Конвенције о европском патенту у: В. Тодоровић, *op.cit.* стр. 332-334

²⁹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/indprop/softpaten.htm, октобар 2004.

³⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/indprop/softpatanalyse.htm, мај 2005.

них и исцрпних расправа, Европски Парламент је великом већином одбио предложени Нацрт.³¹

3. ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА У НАШЕМ ПРАВУ

У нашем правном систему, софтверима је први пут призната ауторскоправна заштита Законом о изменама и допунама Закона о ауторском праву из 1990. године. Закон о ауторском и сродним правима из 1998. године остао је на истим позицијама изричитим навођењем софтвера на листи ауторских дела.³² Актуелни Закон није донео никакве суштинске измене, али тежећи да формално удовољи наднационалним прописима, софтвере подводи под писана дела.³³ Ипак, имајући у виду специфичности софтвера као интелектуалног добра, доследна примена одредби о ауторским делима књижевности није оправдана. Стога је нашим Законом, као и његовим међународним узорима, прописано низ одредби којима се уважава потреба за посебним регулисањем софтвера.

Тако, аутор рачунарског програма има искључиво право да другоме забрани или дозволи давање на послугу примерака свог дела. Давање на послугу, пак, подразумева давање примерака дела другоме од стране институција доступних јавности, без непосредне или посредне имовинске користи.³⁴ У случају давања на послугу примерака других ауторских дела од стране лица чија је то регистрована делатност, аутор има само право на потраживање накнаде.³⁵ Различит правни третман у погледу овог овлашћења проистиче из наглашене техничке природе софтвера, што његово умножавање чини врло једноставним поступком. Стога је било нужно аутору обезбедити искључиво овлашћење како би могао остварити што већи степен контроле над коришћењем свог дела.

Надаље, посебно је регулисана и суспензија ауторских права када је реч о софтверима. Наиме, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, може, ради сопственог уобичајеног наменског

³¹ <http://www.europarl.europa.eu/>, јули 2005. Исто: <http://wiki.ffii.org/Ep050706En>, јули 2005.

³² Чл. 2. ст. 2. тачка 10. Закона о ауторском и сродним правима из 1998. године, Службени лист СРЈ, бр. 24/98

³³ Чл. 2. ст. 2. тачка 1. Закона о ауторском и сродним правима из 2004. године, Службени лист СЦГ, бр. 61/2004.

³⁴ Чл. 24. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁵ Чл. 39. Закона о ауторском праву и сродним правима. Чл. 24. и чл. 39. преузети су из Директиве о закупу и послуги. В: Council Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Official Journal L 346, 27. 11. 1992

коришћења програма: смештати програм у меморију рачунара и пуштати га у рад; отклањати грешке у програму и вршити друге неопходне измене на њему, које су у складу са његовом сврхом, ако није другачије уговорено; начинити један резервни примерак програма на трајном телесном носачу; извршити декомпилацију програма искључиво ради прибављања неопходних података за постизање интероперабилности тог програма са другим независно створеним програмом, или одређеном рачунарском опремом, уколико тај податак није био доступан на други начин и уколико се декомпилација програма врши само у делу програма који је неопходан за постизање интероперабилности³⁶.

Смештање програма у меморију рачунара и његово пуштање у рад представљају заправо радње умножавања дела које су обухваћене искључивим овлашћењем аутора софтвера.³⁷ С друге стране, ове радње су неопходне како би лице које је легално прибавило примерак софтвера могло и да га користи. Из тог разлога било је неопходно суспендовати наведена овлашћења аутора.

Надаље, технички карактер софтвера указује на још једну карактеристику: његову несавршеност. Будући да настајање и коришћење софтвера изискује употребу машине (компјутера), врло често, чак неизбежно, долази до тзв. софтверских грешака. Свака неовлашћена интервенција, пак, представљала би прераду дела, а тиме и повреду искључивог неимовинског овлашћења аутора на заштиту интегритета дела. Ради обезбеђења несметаног коришћења програма, законодавац је овластио легалног имаоца на отклањање грешака у програму и вршење других неопходних измена на њему, али уговором између њега и титулара права примена ове одредбе се може искључити.

Сличну сврху има и овлашћење легалног имаоца примерка софтвера да начини копију софтвера на трајном телесном носачу, будући да се радни примерак може током употребе оштетити или уништити.³⁸

Декомпилација, која је, под наведеним условима такође обухваћена суспензијом, подразумева претварање тзв. објектног кода у изворни код,³⁹ чиме се омогућава да софтвер функционише на одређеној компјутерској опреми, односно уз други програм, када је то неопходно. Подаци добијени на овај начин не смеју се саопштавати другима нити користити у друге сврхе, осим законом предвиђене⁴⁰.

³⁶ Чл. 46. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁷ Чл. 20. ст. 4. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁸ В: С. Марковић, *op.cit.* стр. 232

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Чл. 46. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

Полазећи од изузетног привредног значаја софтвера, законодавац је предвидео посебне одредбе и у уговорном праву односно у погледу ауторских дела створених у радном односу, од којих се, истина, уговором може одступити.

Наиме, када је предмет уговора о наруџби дела софтвер, наручилац стиче право објављивања и сва имовинска права, што је у складу са сврхом закључења таквог уговора.⁴¹

На крају, трајни носилац свих искључивих имовинских овлашћења на софтверу створеном у радном односу је послодавац.⁴²

4. КОЕГЗИСТЕНЦИЈА АУТОРСКОПРАВНЕ И ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ

Облик правне заштите софтвера у великој мери опредељује и начин на који ће се вршити пренос права у вези са њим. Стога је једно од кључних питања да ли су разлике у правној регулативи суштинске или само формалне односно да ли ауторскоправна и патентна заштита егзистирају паралелно или се међусобно допуњују.

Директивом 91/250, ТРИПС-ом и WIPO Уговором о ауторском праву⁴³ софтвери, у изворном или објектном коду, се заштићују као књижевна дела у смислу Бернске конвенције.⁴⁴ С обзиром на правни значај ових аката, а нарочито ТРИПС-а који своју обавезност црпи из чињенице да ниједна држава не може постати чланица Светске трговинске организације уколико није чланица ТРИПС-а,⁴⁵ законодавства савремених држава су у том погледу у великој мери хармонизована. Међутим, поље примене софтвера у информацијској ери обухвата и оне области које се традиционално штите правима индустријске својине, а превасходно патентима. Из те чињенице проистичу и разлике које постоје у погледу заштите софтвера.

Анализом актуелне судске и управне праксе долази се до закључка да софтвер, под одређеним условима, може бити предмет заштите патентом. Наиме, интерпретирајући релевантне одредбе Конвенције о европском

⁴¹ Код израде других ауторских дела наручилац поред овлашћења на објављивање стиче само овлашћење на стављање дела у промет. В: чл. 93. Закона о ауторском праву и сродним правима

⁴² На осталим делима створеним у радном односу послодавац је носилац имовинских овлашћења у ограниченом трајању од пет година од завршетка дела. В: чл. 96. Закона о ауторском праву и сродним правима

⁴³ Чл. 4. Уговора. Текст Уговора о ауторском праву види у: В. Тодоровић, *op.cit.* стр. 85-91

⁴⁴ Чл. 1. ст. 1. и 2. Директиве 91/250 и чл. 10. ст. 1. ТРИПС-а

⁴⁵ В: С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 98

патенту у светлу развоја нових технологија, Европски завод за патенте је стао на становиште да софтвер, када се покреће или смешта у компјутер, производи или има могућност да произведе даљи технички ефекат који превазилази нормалну физичку интеракцију између софтвера и компјутера (хардвера) на којем се тај програм покреће, може бити патентбилан.⁴⁶ Тиме се, у погледу патентбилности софтвера, поставља захтев да проналазак има технички допринос.

У Сједињеним Америчким Државама, пак, проналазак једноставно мора да припада техничко технолошким вештинама, а допринос техници се не тражи. Тако, чињеница да проналазак користи компјутер или софтвер чини га делом технолошких вештина, а ако још обезбеђује „користан, конкретан и опипљив резултат“⁴⁷ и патентбилним проналаском.

Из наведеног се може закључити да до неуједначеног обима заштите софтвера у оним ситуацијама када се он може сматрати проналаском у смислу патентног права доводи различито поимање патентбилности. С обзиром на то да се у Сједињеним Америчким Државама проналасцима признаје патентна заштита под знатно блажим условима него што је то случај са правом Европске Уније и већином националних законодавстава у Европи, може се догодити да одређени софтвер буде заштићен патентом у Сједињеним Америчким Државама односно ауторским правом на европском континенту. Тиме се, међутим, не доводи у питање примарност ауторскоправног концепта заштите, који је општеприхваћен. Ипак, може се сматрати да у појединим случајевима ова два облика егзистирају паралелно, као у потоњој констатацији, односно међусобно се допуњују када је реч о патентираним софтверима у Европској Унији, што може изазвати, правно и економски посматрано, одређену несигурност.

4.1. Економски аспекти патентбилности софтвера

Размимоилажење у правној заштити, о којем је реч, може имати негативне ефекте на инвестиционе одлуке и слободно кретање добара унутар европског тржишта. Конкурентно окружење за иновативне проналаске се битно разликује у зависности од тога да ли су заштићени патентом или ауторским правом. Уз то, може се спречити пренос заштићеног проналаска из једне у другу државу односно у државу у којој таква заштита није призната. У таквом окружењу привредни субјекти ће, наравно, одлуку о уласку на нова тржишта доносити у зависности од степена правне сигурности и нивоа заштите обезбеђене појединим врстама проналазака, међу којима

⁴⁶ В: Computer program product I & II, Т 1173/97 од 1. јула 1998, 1999 ОЈ ЕРО (609) и Т 0935/97 од 4. фебруара 1999. године, (1999) R.P.C. 861

⁴⁷ State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.

софтвери заузимају значајно место. С тим у вези, извршене су бројне анализе о утицају патентбилности компјутерских проналазака на проналазаштво, конкуренцију и привреду.

Студије о економском утицају патентбилности компјутерских софтвера углавном су засноване на анализи судских одлука у САД-у.⁴⁸ Најчешће се истиче да је „патентбилност проналазака који су у вези са компјутерским програмима потпомогла развој компјутерске индустрије у Сједињеним Америчким Државама, нарочито малих предузећа и независних произвођача софтвера који су прерасли у озбиљне компаније“.⁴⁹

У Европи је такође забележен раст, премда још увек низак, учешћа независних произвођача софтвера у укупном финансијском билансу.⁵⁰ Главни вид заштите који је обезбедио софтверској индустрији такав пораст било је ауторско право. Стога студија наглашава озбиљну забринутост због могућности патентирања проналазака заснованих на компјутерском програму или у вези са њим. У том смислу, истакнуто је да је издавање патената за такве или сличне проналаске, нарочито у електронској трговини, неприхватљиво. Тиме се, заправо, проширује појам патентбилности јер је заштита призната проналасцима који нису ни нови нити имају инвентивни ниво. Уз то, позиција великих произвођача била би непримерено ојачана у односу на мале уколико би се патенти признавали и компјутерским проналасцима.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ОДНОС АУТОРСКОПРАВНЕ И ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ

С обзиром на то да у пракси коегзистирају ауторскоправна и патентна заштита софтвера, осврнућемо се укратко на њихов однос.

Наиме, патент обезбеђује заштиту за проналазак у границама патентног захтева. Стога, титулар патента компјутерски применљивог проналаска има право да забрани свим трећим лицима коришћење патентираног проналаска, у обиму који је одређен у патентној пријави.

⁴⁸ В: *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs*, студија Института за интелектуалну својину из Лондона, завршена у марту 2000. Доступна је на: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/studyintro.htm. Види још: Cohen, Wesley M., Nelson, Richard R., and Walsh, John P., *Protecting Their Intellectual Assets; Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or not)*, Working paper, National Bureau of Economic Research, фебруар 2000; Bessen J., Maskin E., *Sequential Innovation, Patents and Imitation*, Working paper, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, јануар 2000; Jaffe B. A., *The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process*, Working paper, National Bureau of Economic Research, август 1999.

⁴⁹ Ibid, стр. 5

⁵⁰ Ibid, стр. 3

С друге стране, ауторским правом штити се софтвер изражен у било којој форми. Идеје и принципи, пак, који се налазе у основи било ког елемента софтвера, укључујући идеје и принципе који се налазе у основи његовог интерфејса, нису обухваћени ауторскоправном заштитом.⁵¹ Према томе, софтвер ће уживати ауторскоправну заштиту уколико је оригиналан, у смислу да је лична интелектуална творевина аутора.⁵² Практично, ауторскоправна заштита односи се само на форму у којој је идеја изражена, али не и на идеју или принципе на којима почива. Сходно томе, ауторско право штити титулара од суштинског копирања изворног односно објектног кода, али се та заштита не простире на оне случајеве који представљају само различите начине изражавања исте идеје или принципа.

Патентна заштита се, пак, односи и на оне компјутерски применљиве проналаске чији је изворни или објектни код другачији, али који имају исти ефекат односно на оне програме који су према ауторском праву такође објекти заштите.

Стога се може рећи да се ова два вида заштите могу међусобно допуњавати у смислу да се ауторским правом штити форма у којој се софтвер изражава, а патентом идеје и принципи на којима почива, уколико испуњава услове патентбилности.

⁵¹ Чл. 1. ст. 2. Директиве 91/250

⁵² Чл. 1. ст. 3. Директиве 91/250

*Sanja Radovanović, Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

CONCEPTION AND LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE

Abstract

Since software industry has shown important growth in recent years, the problem of the appropriate protection became even more acutal than in the years of its establishment. Software Directive 91/250 concerns computer programs copyright works, but administrative and court's decisions granted a numerous patents for computer-implemented inventions. For that reason, the current legal situation regarding patent protection in this field may be considered ambiguous and thus leads to lack of certainty.

Under the European Patent Convention, computer programs „as such“ are excluded from patentibility, but under certain circumstances patent could be granted. According to the European Patent Office attitude, the main condition for patentibility of computer programs is „technical character“, which opens the question of its definition. In that sense, it's very useful to analyze EPO decisions. The Board of Appeal of EPO held, in Computer Program Product I&II, that if a program on a carrier has the potential to produce further technical effect when loaded and run on a computer, such a program claimed by itself should not be excluded from patentibility.

Taking into account the main differences between patent and copyright protection, and articles of subject matters relevant legal acts, proper protection of computer programs could be obtained by patent as well as copyright. In other words, their coexistence could be considered cumulative in the sense that copyright protection is accorded to the particular expression in any form of a computer program, while patent protection covers ideas and principles which underlie any element of a computer programs.