

Raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu - materijalnopravni i kolizijskopravni aspekti

Kunda, Ivana; Matanovac Vučković, Romana

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2010, 31, 85 - 132**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:218501>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-09-27**

PRAVNI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

RASPOLAGANJE AUTORSKIM PRAVOM NA RAČUNALNOM PROGRAMU – MATERIJALNOPRAVNI I KOLIZIJSKOPRAVNI ASPEKTI

Dr. sc. Ivana Kunda, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Romana Matanovac Vučković, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.78::004.42
Ur.: 27. prosinca 2009.
Pr.: 12. ožujka 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Računalni program vrsta je autorskih djela koja je donijela određene posebnosti u poimanju stupnja originalnosti kao pretpostavke za stjecanje autorskopravne zaštite. Temeljem usklađivanja autorskopравnih zakonodavstva država članica Europske unije kontinentalnoeuropski koncept originalnosti značajno se približio anglosaksonskom konceptu originalnosti koji ne zahtjeva nužno kreativnost u stvaranju intelektualne tvorevine. Propisi europskog prava, ali i hrvatskog prava koje je s njim usklađeno, sadrže tek neka od pravila o imovinskopravnim raspolaganjima računalnim programima, dok se u preostalom dijelu primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju obvezni odnosi, razlikujući pravila koja se odnose na građanske, trgovačke i potrošačke ugovore. Konglomerat različitih pravila koja se odnose na imovinskopravna raspolaganja računalnim programom kao autorskim djelom često nije lako razdvojiti, no to je razdvajanje od odlučujuće važnosti, kako za pravilnu primjenu materijalnog prava, tako i za primjenu kolizijskih pravila kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem.

Kolizijskopravni pristup pitanjima raspolaganja autorskim pravom tijekom povijesti doživio je različite stadije, a danas se primarno upućuje na primjenu prava koje su ugovorne strane izdabrale, što je slučaj, ne samo u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu, nego i u usporednim pravima uključujući i pravo EU. U nedostatku stranačkog izbora poveznica se uobičajeno, kao i kod drugih ugovornih odnosa, nadahnjuje doktrinom karakteristične činidbe, pri čemu postoje prijepori oko toga koja je činidba karakteristična. Kod određivanja mjerodavnog prava valja uočiti i problem razgraničenja dvovrsnih aspekata ugovora o raspolaganju autorskim pravom: čisti ugovorni aspekti te oni aspekti koji se odnose na samo pravo jer su ovi potonji izuzeti iz primjene ugovornog

statuta uslijed djelovanja načela teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva. Također, posebna pozornost kod određivanja mjerodavnog prava za ugovore o raspolaganju autorskim pravom treba biti usmjerena na pravila koja se odnose na zaštitu potrošača.

Ključne riječi: *autorsko pravo, računalni program, ugovor, međunarodno privatno pravo*

1. Uvodne napomene

Pravo intelektualnog vlasništva neprestano se suočava s izazovima koje pred njega postavlja suvremeni razvoj različitih tehnologija te sve snažnija trgovinska razmjena na svjetskoj razini, kao i masovna proizvodnja i ponuda na tržištu. Pojavom računalnih programa otvorila su se, pored pitanja oblika prava intelektualnog vlasništva kojima treba pružiti zaštitu i pitanja koja proizlaze iz okolnosti da je računalni program komercijalno dobro od izuzetnog praktičnog značaja u današnje vrijeme ovisnosti svih segmenata društveno-gospodarskog života o informatičkoj tehnologiji stoga i predmet pravnog prometa.

Iako je hrvatska pravna književnost uspijevala pratiti korak s razvojem u usporednoj pravnoj književnosti,¹ kao i hrvatsko pozitivno pravo,² u posljednjem desetljeću nastupile su mnoge izmjene u hrvatskom pravu kao odraz razvoja na svjetskoj, a posebice europskoj razini. Stoga se u ovom radu pozornost posvećuje pitanjima materijalnopravnog uređenja autorskog programa kao predmeta pravnog prometa. Budući da razvoj informatičke tehnologije i intenziviranje trgovinske razmjene i masovne ponude računalnih programa ne postavlja nove zadaće samo pred materijalno pravo, već i kolizijsko pravo ovdje se obrađuje i problematika mjerodavnog prava za prekogranične ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, koja nije bila sustavno izučavana u hrvatskoj pravnoj

1 U ranijoj hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti Zoran PARAC, *Imovinskopravna zaštita i prijenos kompjutorskog softwarea*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1990.; ID., *Autorskopravna zaštita kompjuterskih programa*, u: Ivan HENNEBERG (ur.), *Nove tehnologije i autorsko pravo*, Autorska agencija za SR Hrvatsku, Zagreb, 1989., str. 21.-32.; ID., *Autorskopravna zaštita kompjuterskih programa nakon izmjene Zakona o autorskom pravu*, dio I., *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 9-10, 1990., str. 645.-661. i dio II., *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 11-12, 1990., str. 793.-807.

2 Zaštita računalnih programa bila je izrijekom propisana čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu, SL SFRJ 21/90. (kojime je izmijenjen Zakon o autorskom pravu, SL SFRJ 19/78. i 24/86.). Valja napomenuti da izostanak izričitog spomena računalnih programa u zakonu ne bi bio prepreka da se računalni programi štite kao autorska djela. Tako i Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 86. i dalje.

znanosti.³

2. Materijalnopravni aspekti

Ovaj dio rada posvećen je materijalnopravnim pitanjima u vezi s računalnim programom kao predmetom zaštite autorskim pravom. Nakon kraćeg povijesnog pregleda razvoja autorskopravne zaštite računalnih programa na nacionalnoj, regionalnoj i međunarodnoj razini, pruža se uvid u temeljna pitanja predmeta zaštite i pretpostavki zaštite. Naime, iako se prema njemu postupa prema općim načelima autorskoga prava, računalni program u mnogočemu se razlikuje od ostalih vrsta autorskih djela. Stoga je nužno ukazati na te posebnosti. Središnji dio rasprave vodi se u odnosu na ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu gdje se ukazuje na razlike u poimanju autorskog prava zbog njihova utjecaja na mogućnosti, načine i ograničenja u raspolaganju. Također se pruža uvid u hijerarhijski odnos pravila kojima se uređuju spomenuti ugovori te neki tipični ugovori koji se učestalo pojavljuju u odnosu prema računalnim programima kao autorskim djelima.

2.1. Povijesni pregled razvoja autorskopravne zaštite računalnih programa

Iako danas činjenica da se računalni program štiti pravom intelektualnog vlasništva nije nimalo iznenađujuća, to nije oduvijek bilo tako. Tijekom kasnih 70-ih i ranih 80-ih godina prošlog stoljeća vodila se žustra rasprava o tomu treba li, i ako da, kojim pravima intelektualnog vlasništva zaštititi računalni program. Takva rasprava ispočetka se vodila poglavito u SAD što je sasvim razumljivo s obzirom na to da je to država koja je prednjačila u razvoju računalne tehnologije.⁴ Temeljna pitanja bivaju razriješena 1980. godine kada su izmjenama propisa o autorskom pravu SAD u taj propis unijete definicija računalnog programa i odredba kojom je utvrđen sadržaj prava na računalnom programu.⁵

Taj primjer slijedile su i druge države koje su također 80-ih godina prošlog stoljeća u svojim zakonodavstvima propisale pravnu zaštitu računalnih programa kao

3 Uglavnom su se ovih pitanja hrvatski autori doticali usputno ili su pak svoju pažnju usmjeravali na ugovorno raspolaganje pravima industrijskog vlasništva. Vidjeti primjerice Albert VERONA, *Licencni ugovori u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*, Informator, Zagreb, 1981., str. 119.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 235.-244.; Damir KLASIČEK/Branislav MALAGURSKI, Mogućnost ugovaranja teritorijalnih ograničenja u ugovorima o prijenosu tehnologije, *Pravni vjesnik PFO*, vol. 19, br. 1-2, 2003., str. 383.-394.; Branislav MALAGURSKI, Međunarodno pravo i teritorijalna ograničenja kod prijenosa tehnologije, *Pravni vjesnik PFO*, vol. 19, br. 3-4, 2003., str. 41.-56.; Mirela ŽUPAN, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006., str. 235.-244.

4 Vidjeti *Final Report of the USA Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, U.S. Government Printing Office, 1978.

5 *Copyright Act*, Pub. L No. 96-517, 94 Stat. 3028, 1980. Radilo se od odredbama u čl. 101. i 117.

autorskih djela ili se takva zaštita razvila kroz sudsku praksu.⁶ Ispočetka, međutim, opseg te zaštite nije bio sasvim jasno određen. U to vrijeme sudovi u Francuskoj i Njemačkoj zahtijevali su visok stupanj originalnosti (izvornosti) računalnog programa da bi u konkretnom slučaju donijeli odluku o tomu da konkretan program uživa autorskopravnu zaštitu.⁷ U autorskopравnim zakonodavstvima koja pripadaju kontinentalnoeuropskom pravnom krugu originalnost (njem. *Originalität*, franc. *originalité*, tal. *carrattere creativo*) se povezuje s kreativnošću. Dakle, da bi neka intelektualna tvorevina mogla biti autorsko djelo, mora biti odraz zadovoljavajuće razine autorovog kreativnog stvaralaštva, tj. mora imati zadovoljavajući stupanj kreativnosti (njem. *Gestaltungshöhe*). Budući da računalni programi u pravilu nemaju istu razinu originalnosti kao druge vrste autorskih djela, prema presudama njemačkog Saveznog vrhovnog suda prije usklađivanja s europskim ujednačenim pravilima, brojni računalni programi ostajali su bez autorskopравne zaštite.⁸ Neki autori navode da se i u Francuskoj u to vrijeme glede računalnih programa zahtijevalo snažno prisustvo autorove osobnosti u djelu,⁹ dok drugi smatraju kako se francuska sudska praksa već sredinom 80-ih godina prošlog stoljeća usmjerila prema objektivnoj koncepciji originalnosti.¹⁰ Naime, prema objektivnoj koncepciji originalnosti pretpostavka originalnosti izvodi se iz postojanja mogućnosti izbora za programera, što predstavlja sniženi kriterij autorskopравne zaštite u usporedbi sa subjektivnom koncepcijom originalnosti prema kojoj se originalnost utvrđuje u odnosu na autora i izvodi iz njegove osobnosti.¹¹

Za razliku od većine država pripadnica kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, u državama pripadnicama anglosaksonskog pravnog kruga zahtjev kreativnosti u autorskom pravu izražen je u manjoj mjeri. Tu se originalnost (engl. *originality*) povezuje s autorovim vještinama (znanjem) te radom (trudom) uložanima u stvaranje djela. U nekim slučajevima djelo može biti originalno i onda kada je uloženo samo znatan rad, a ne i autorova vještina.¹² Slijedom toga, i originalnost računalnog programa mjeri se prema autorovim vještinama i uloženom radu, odnosno trudu, čak

6 Nelka FIKEYS KRMIĆ, Licencni ugovori za računalni *software*, *Zbornik HDAP*, 2009., vol. 10, str. 123.

7 Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis*, London, 2003., str. 133.

8 Vidjeti odluke: BGH, 9.3.1985., *Inkasso-Programm*, *GRUR* 1985., str. 1041, *CR* 1985, str. 22, *BGHZ* 94., str. 279. i BGH, 4.10.1991., *Betriebssystem*, *CR* 1991., str. 80. Citirano prema Manfred BROJ/Michael LEHMANN, Die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen nach dem neuen europäischen und deutschen Urheberrecht, *GRUR*, vol. 41, 1992., str. 419.

9 D. GERVAIS, op. cit., str. 133.

10 Edouard TREPOZ, *La protection internationale du logiciel: du droit compare au droit international privé*, doktorska disertacija, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2001., str. 32-35. Ovaj autor posebiće navodi dvije odluke: *Cour de cassation*, 7.3.1986., *Babolat c. Pachot*, *D.* 1986., str. 405 i *Cour de cassation*, 16.4.1991., *Isermatic c. Gerber Scientific Products*, *D.* 1992., somm. str. 13.

11 Ibid., str. 28. i dalje.

12 Kevin GARNETT/Gillian DAVIES/Gwilym HARTBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, Vol. 1, 15. izd., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2005., str. 119.

i onda kada u potpunosti nedostaje element kreativnosti.¹³ Primjenom tih kriterija, britanski pisci tvrde da se do danas pred njihovim sudovima nije pojavio nijedan slučaj u kojem bi ikojem računalnom programu bila zaniijekana autorskoppravna zaštita, tj. zaštita *copyrightom* zbog nedostatka originalnosti.¹⁴

Opisane razlike između kontinentalnoeuropskog i anglosaksonskog shvaćanja originalnosti kao pretpostavke za autorskoppravnu zaštitu, utjecale su i na odredbe Direktive Vijeća 91/250/EEZ od 14. svibnja 1991. o pravnoj zaštiti računalnih programa¹⁵ koja je zamijenjena sadržajno istovjetnom Direktivom 2009/24/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o pravnoj zaštiti računalnih programa (pročišćeni tekst)¹⁶ (dalje: Direktiva o računalnim programima). Njome je provedeno usklađivanje pravnog uređenja računalnih programa kao autorskih djela u Europskoj uniji, tada Europskoj ekonomskoj zajednici. Naime, u uvodnom dijelu Direktive o računalnim programima izrijekom je propisano da kvalitativni i estetski kriteriji ne smiju utjecati na ocjenu je li neki računalni program individualna intelektualna tvorevina, tj. je li podoban za autorskoppravnu zaštitu. Time je Zajednica izrazila svoju spremnost osigurati zaštitu računalnim programima u skladu s tada već šire međunarodno prihvaćenim i svima prihvatljivim standardima. Glavnina država članica Europske unije, koje su pripadnice kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, morale su nakon preuzimanja Direktive u svoja nacionalna zakonodavstva svoja tumačenja originalnosti, kao pretpostavke za autorskoppravnu zaštitu, prilagoditi i ublažiti u odnosu prema računalnim programima te napustiti starija stroga stajališta.¹⁷

Slijedeći navedeni razvoj u nacionalnim i regionalnim zakonodavstvima te sudskoj praksi, pristupilo se i ujednačavanju određenih pravila i na međunarodnoj razini. Prvi međunarodni instrument u kojem je računalni program svrstan među

13 Vodeći slučaj u engleskoj sudskoj praksi u tom smislu je *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd.* (1916) 2 Ch. 601, citirano prema D. GERVAIS, op. cit., str. 134.

14 K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 122.

15 OJ L 122 17.5.1991., str. 42, izmijenjena i dopunjena Direktivom 93/98/EEZ, OJ L 290 24.11.1993., str. 9.

16 OJ L 111 5.5.2009., str. 16.

17 To u odnosu na njemačko, francusko i talijansko pravo ističu M. BROY/M. LEHMANN, op. cit., str. 419. Ovi autori koriste pojam „jednostavna individualnost“ (njem. *einfache Individualität*) te ističu da se kreativno djelovanje autora računalnog programa (programera) sastoji u prikupljanju (problemskoj analizi), raspoređivanju (strukturiranju) i uređivanju (stvaranju sistemskog nacrt) materijala (podataka i naloga). Vidjeti više u ibid, str. 420-423. Vidjeti i Michael M. WALTER, u: Silke von LEWINSKI/Michael M. WALTER/Walter BLOCHER/Thomas DREIER/Felix DAUM/Walter DILLENZ, *Europäisches Urheberrecht Kommentar*, Springer, Wien/New York, 2001., str. 121-125; Ulrich LOEWENHEIM, u: Gerhard SCHRICKER (ur.), *Urheberrecht Kommentar*, München, 2006., str. 1343. Nasuprot tome, Treppoz ističe kako su francusko i talijansko poimanje originalnosti već bili na tragu odvajanja od pretpostavke osobne povezanosti između računalnog programa i programera, time što su bili usmjereni prema objektivnoj procjeni koja se temelji na usporedbi s ostalim analognim predmetima zaštite. E. TREPPOZ, op. cit., str. 36-37, gdje navodi talijansku odluku: **Pretore Pisa, 11.4.1984**, *Unicomp S. r. l. c. Italcomputers*, *Riv. Dir. Ind.*, 1985, II, str. 73. i Corte di cassazione 6.2.1987, *Imp. D. Pompa c. Parte civile SIEA*, *Riv. Dir. Ind.*, 1987, II, str. 304.

književna autorska djela jest Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva iz 1994. godine, poznatiji po skraćenom nazivu Sporazum TRIPs.¹⁸ Takav status računalnog programa potvrđen je i u Ugovoru o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo iz 1996. godine.¹⁹ Ovim međunarodnim pravnim instrumentima osigurao se ujednačeni pristup u pravnoj zaštiti računalnih programa na globalnoj i europskoj razini, kao autorskih književnih (jezičnih) djela.²⁰

2.2. Računalni program kao predmet autorskopravne zaštite

Slijedom prethodno navedenih mogućih pristupa u usporednom pravu i pravnoj stečevini Europske unije postavlja se jedno od najvažnijih pitanja zaštite računalnih programa autorskim pravom u Hrvatskoj, a to je mjerilo originalnosti.²¹ Prethodno analizi tog pitanja, valja u okviru ove teme pojasniti što se podrazumijeva pod pravnim pojmom „računalni program“ te u kojem odnosu taj pojam stoji s učestalo spominjanim pojmom iz engleskog jezika *software*.

2.2.1. Pojmovi računalnog programa i *softwarea*

Sam pojam „računalni program“ (engl. *computer program*) u pravilu se ne definira popisom, kako u međunarodnim ugovorima, tako ni u Direktivi o računalnim programima, pa ni u nacionalnim zakonima, uključujući hrvatski Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima (dalje: ZAPSP).²² Razlog tomu pronalazi se u činjenici da bi bilo kakva definicija računalnog programa razvojem informatičkih tehnologija vrlo lako brzo mogla zastarjeti. Općenito se može na podlozi Direktive o računalnim

18 Ovaj Sporazum je Dodatak 1C Ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije. Sporazum TRIPs nije objavljen u Narodnim novinama, a njegov tekst na engleskom i hrvatskom jeziku dostupan je u: Igor GLIHA *Autorsko pravo – pravni propisi*, Zagreb, 2000., str. 377.-453. Prema čl. 10. st. 1. Sporazuma TRIPs, računalni programi, u izvornom ili objektom kodu, štite se kao književna djela prema Pariškom aktu Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1971. Tekst Bernske konvencije na francuskom i hrvatskom jeziku vidjeti u ibid, str. 187.-257. Tekst Bernske konvencije na engleskom jeziku vidjeti na <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html> (posljednji posjet 1.10.2009.).

19 Zakon o potvrđivanju ovog Ugovora Hrvatski Sabor donio je 26.4.2000., a objavljen je u NN MU 6/00. U Republici Hrvatskoj stupio na snagu 6. ožujka 2002. Engleski tekst vidjeti na <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html> (posljednji posjet 1.10.2009.). Prema čl. 4. Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, računalni programi štite se kao književna djela u smislu čl. 2. Bernske konvencije, bez obzira na način ili oblik njihova izražaja. Prema usuglašenoj izjavi uz čl. 4. Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, opseg zaštite računalnog programa prema odredbi iz toga članka odnosi se na izražaj računalnog programa, a ne na ideje, postupke, metode rada ili matematičke koncepte kao takve. Također, opseg zaštite jednako je vrijedan odredbama iz čl. 10. Sporazuma TRIPs.

20 Isto M. M. WALTER, op. cit., str. 120. i 121.

21 O ostalim mjerilima zaštite vidi Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 94. i dalje.

22 NN 167/03 i 79/07.

programima i pripreme dokumentacije nastale u vezi s njom, računalni program u tehničkom smislu definirati kao niz zapovijedi (naredbi, uputa) koje služe da se računalu naloži izvršavanje određenih funkcija ili zadataka, bez obzira na oblik u kojem se to čini, jezik ili notaciju. Moguća je i definicija računalnog programa kao slijeda zapovijedi koje se neposredno ili posredno primjenjuju u nekom računalnom sustavu da bi se ostvarila neka funkcija ili postigao neki cilj, neovisno o samom načinu izražavanja.²³ Kada se govori o pravnoj definiciji računalnog programa, odredbe čl. 1. st 1. i 2. Direktive o računalnim programima navode da je njome zaštićen računalni program bez obzira na njegov izričaj, dakle u bilo kojem obliku te da taj pravni pojam računalnog programa obuhvaća i pripremni dizajnerski materijal.²⁴ Također se u preambuli Direktive navodi da „za svrhe ove Direktive, pojam „računalni program“ uključuje, programe u svakom obliku, uključujući i one koji su ugrađeni u hardver; [...] ovaj pojam također uključuje pripremni dizajnerski rad koji dovodi do razvitka računalnog programa pod uvjetom da je priroda pripremnog rada takva da računalni program može iz njega nastati u kasnijem stadiju“.²⁵ Vidljivo je da se u ovoj definiciji računalnog programa kao pravnog pojma pojavljuje, ne samo računalni program u tehničkom smislu, već i pripremni dizajnerski rad (materijal).

U tom smislu bitno je i razlikovati pojam „računalni program“ od pojma „software“ u tehničkom i pravnom smislu. *Software*, koji se u hrvatskom stručnom jeziku prevodi kao „programski dio računala“ ili „programska potpora“,²⁶ je širi tehnički pojam od pojma računalnog programa. *Software* se sastoji od jednog ili više računalnih programa, pripremnog dizajnerskog materijala (opisa programa) i dodatne

23 Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Zbirka propisa u području intelektualnog vlasništva – uvodna studija*, Narodne novine/DZIV, Zagreb, 2008., str. 12.; M. M. WALTER, op. cit., str. 127. Definiciju računalnog programa nudi i Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 7. i 8.; Dragan ZLATOVIĆ, *Pravo intelektualnog vlasništva u suvremenom digitalnom okružju*, *Propisi.hr*, br. 3, 2009., str. 31. Vidjeti i čl. 1. *WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software iz 1977. godine*; Mihály FISCOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 465.-468. U hrvatskom pravu u čl. 98. st. 33. Kaznenog zakona, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07 i 152/08, određuje se pojam „računalni program“ kao skup računalnih podataka koji su u stanju prouzročiti da računalni sustav izvrši određenu funkciju.

24 To je propisano u čl. 1. st. 1. i 2. Direktive o računalnim programima, čl. 107. ZAPSP te u čl. 69.a njemačkog *Urheberrechtsgesetz (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* od 9.9.1965., BGBl. I S. 1273 posljednji puta mijenjan i dopunjavao 10.9.2003, BGBl. I S. 1774, ber. BGBl. 2004 I S. 312). U stručnoj književnosti mogu se naći sljedeća određenja računalnog programa. Vinkoslav GALEŠEV/Lidija KRALJ/Ines KNIEWALD/ Gordana SOKOL, *Informatika 7*, SysPrint, Zagreb, 2005. str. 9. i 269.: „Program je skup naredbi i uputa pomoću kojih se upravlja radom računala.“ te „Program je skup naredbi nanizanih strogo utvrđenim redoslijedom, čijim se izvršenjem obavlja željeni posao.“

25 Pripremni dizajnerski materijal obuhvaća različite načine na koje se izrađuje plan programiranja verbalnim, grafičkim i drugim prikaznim metodama i pomagalicama, od kojih je jedna od osnovnih dijagram toka, odnosno blok dijagram.

26 Darko GRUNDLER/Lidija BLAGOJEVIĆ, *Informatika*, Školska knjiga, Zagreb, 2005., str. 92.: „Programskim dijelom računala ili programskom potporom (engl. *software*) zove se skup svih programa koji se mogu izvršavati na računalu.“

tj. popratne (korisničke) dokumentacije.²⁷ Tehnički naziv *software* koristi se jer su svi njegovi sastavni dijelovi pohranjeni na magnetskom ili drugom mediju, iako je moguće, dakako, spomenutu dokumentaciju imati i u tiskanom obliku.

Usprkos navedenim tehničkim razlikama, u pravnoj književnosti i praksi često se izrazi računalni program i *software* koriste kao istoznačnice. Neki francuski autori polaze od određenja pojma u francuskom zakonu o intelektualnom vlasništvu gdje stoji da je autorskim pravom zaštićen *software* (franc. *logiciel*), koji obuhvaća pripremni idejni materijal.²⁸ Budući da je računalni program (franc. *programme d'ordinateur*) srce *softwarea* i da mu se u pravnoj definiciji iz Direktive, pa tako i implementacijskih zakona država članica, dodaje i pripremni dizajnerski materijal, ovi autori zaključuju kako je razlikovanje između računalnog programa i *softwarea* lišeno praktične važnosti.²⁹ To, međutim, odstupa od francuskog teksta Direktive o računalnim programima gdje se ova dva pojma jasno razlikuju i zaštita se pruža računalnom programu (franc. *programme d'ordinateur*), a ne *softwareu*. Naime, slijedom analize pravnog pojma računalnog programa i *softwarea* može se ustvrditi da pravni pojam računalnog programa obuhvaća tehnički pojam računalnog programa i tehnički pojam pripremnog dizajnerskog materijala, dok pojam *softwarea* k tomu podrazumijeva još i popratnu korisničku dokumentaciju. Stoga se ovdje i dalje ustraje na razlici između ova dva pojma kao pravna pojma (a ne na razlikovanju u strogo tehničkom smislu). Zbog toga se za tumačenje pojma računalnog programa u hrvatskom pravu smatra poželjnim ne odstupati od sadržaja i svrhe Direktive.³⁰

27 Opis programa sačinjavaju knjiga zadataka i projekt programske logike, pri čemu je knjiga zadataka opis očekivanih svojstava učinaka funkcija postupaka i dr. budućeg računalnog programa verbalnim, grafičkim i drugim prikaznim metodama i pomagalima, i sastavlja se prethodno izradi nacrtu programske logike i izradi programa. Opis programa, kako je ovdje određen, odgovara pojmu pripremnog dizajnerskog materijala (rada) iz Direktive o računalnim programima. Parać dalje navodi da popratne korisničke materijale čine, primjerice priručnik za korištenje programa, priručnik za opsluživanje programa i priručnik za servisiranje programa. Vidjeti Z. PARĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 7., 10. i dalje; N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit., str. 124. Marković pak ističe da s gospodarskog i praktičnog stajališta *software* čini jednu uporabnu cjelinu. No, sa stajališta autorskoga prava jedino računalni program i pripremni dizajnerski materijal predstavljaju posebnu vrstu autorskoga djela, dok su opis programa i prateća tehnička dokumentacija zasebna stručna književna djela ili tehnički planovi. Slobodan M. MARKOVIĆ, *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 136. Tako i D. ZLATOVIĆ, *Pravo intelektualnog vlasništva*, op. cit., str. 31.

28 U izvorniku: „les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire“ kako propisuje čl. L112-2-13 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*, pročišćeni tekst od 1.12.2009. dostupan na <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20091221>> (posljednji posjet 10.12.2009.).

29 E. TREPPOZ, op. cit., str. 7. i 8.; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions*, Litec, Paris, 1997., str. 69., bilj. 1.

30 To uostalom sugerira i sam tekst Direktive jer se u njezinoj preambuli pojavljuje i pojam *software* i to u kontekstu koji ga jasno razlikuje od pojma računalnog programa.

2.2.2. *Pretpostavka originalnosti*

U okviru rasprave o kriteriju originalnosti koji predviđa hrvatsko pravo za svrhe priznanja autorskopravne zaštite računalnog programa, valja prvenstveno uočiti da u čl. 107. ZAPSP stoji: „Računalni program zaštićen je kao jezično djelo po ovom Zakonu ako je izvoran u smislu da predstavlja vlastitu intelektualnu tvorevinu svog autora.“ U čl. 5 st. 1. ZAPSP je pak propisano: „Autorsko djelo je originalna intelektualna tvorevina iz književnoga, znanstvenog i umjetničkog područja koja ima individualni karakter, bez obzira na način i oblik izražavanja, vrstu, vrijednost ili namjenu ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.“ Usporede li se izričaji ovih dvaju odredbi uočavaju se određene različitosti, a nameće se i pitanje je li ZAPSP u čl. 107. upravo drukčije odredio pretpostavke zaštite negoli čl. 5. st. 1. Naime, prema čl. 107. ZAPSP, računalni program da bi bio originalan mora biti vlastita intelektualna tvorevina, a prema čl. 5. st. 1. ZAPSP, autorsko djelo je originalna intelektualna tvorevina koja ima individualni karakter.³¹ Budući da opseg ovog rada ne dopušta dublju analizu stupnja originalnosti zahtijevanog za računalne programe, za potrebe daljnje rasprave dostatno je ustvrditi da je originalnost kao pretpostavka autorskopravne zaštite računalnog programa u ZAPSP istog sadržaja koji je propisan i u čl. 1. st. 3. Direktive o računalnim programima jer je ZAPSP u potpunosti usklađen s pravnom stečevinom Europske unije.³² Navedenom odredbom utvrđeno je da se procjena uživa li računalni program autorskopravnu zaštitu provodi samo na temelju kriterija vlastite intelektualne tvorevine svog autora i nijednog dodatnog kriterija. Dakle, Hrvatska se u tumačenju pretpostavki za autorskopravnu zaštitu računalnih programa priklonila shvaćanju koje je proklamirano u uvodnom dijelu Direktive o računalnim programima pa su kriteriji za određivanje uživa li neki računalni program autorskopravnu zaštitu prilagođeni u smislu zahtjeva za nižim

31 Nije, međutim, poznato da bi se igdje u hrvatskoj pravnoj književnosti i sudskoj praksi ukazivalo na različito tumačenje izričaja tih dviju odredbi. Tako je i VTS RH u svojoj odluci od 26.4.2005., dostupno na <<http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/ZBIRKA10.pdf>> (posljednji posjet 1.10.2009.), str. 52. i 53. povezoao opću definiciju autorskoga djela iz čl. 5. ZAPSP i posebnu odredbu iz čl. 107. ZAPSP utvrdivši: „Računalni program spada u jezična autorska djela (čl. 5. ZAPSP) i uživa pravnu zaštitu ako je izvoran u tom smislu da predstavlja vlastitu intelektualnu tvorevinu svoga autora.“

32 Vidjeti više R. MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Zbirka propisa*, op. cit., str. 10.-28; Romana MATANOVAC/Igor GLIHA, *Novela Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2007. godine*, u: Romana MATANOVAC (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 115.-148.; Romana MATANOVAC, *Novela Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2007. godine – rezultat druge faze usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije u području prava intelektualnog vlasništva*, *Novi informator*, 2007., br. 5600, str. 1.-3.

stupnjem originalnosti.³³

Na ovom mjestu valja također istaknuti da se računalni program može štiti i na druge načine, a ne samo autorskim pravom. No, kao takav on nije podoban za patentnu zaštitu.³⁴ Patentom se mogu štiti samo, tzv. računalno primijenjeni izumi.³⁵ Nadalje, računalni program moguće je štiti i poslovnom tajnom, pravilima o zaštiti poštenog tržišnog natjecanja te na druge načine. Ti se oblici pravne zaštite računalnog programa međusobno ne isključuju te jedan na drugog međusobno ne utječu.³⁶ Ovaj rad bavi se isključivo računalnim programom kao autorskim djelom koje se štiti autorskim pravom.

2.3. Ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu

Pravila o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu na temelju ugovora mogu se podijeliti na dvije različite skupine pravila: onu koja se odnosi na autorsko pravo i onu koja se odnosi na građansko, točnije obvezno pravo. No, ova

33 Prema dostupnoj hrvatskoj sudskoj praksi još iz razdoblja, koje je prethodilo stupanju na snagu ZAPSP, nije bilo upitno da računalni program kao takav uživa pravnu zaštitu. VTS RH, Pž-1364/95 od 1.4.1997., *Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda RH*, 1994.-2004., broj 9, 2004., str. 117.-118. Isto je slučaj i nakon stupanja na snagu ZAPSP. Vidjeti odluke: VTS RH od 26.4.2006. te VTS RH od 26.4.2005. u: *Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova*, br. 10, <<http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/ZBIRKA10.pdf>> (posljednji posjet 12.12.2009.), str. 52., 53., 80. i 81. Pretragom odluka VTS RH objavljenima na mrežnim stranicama utvrđeno je da među njima nema odluka u kojima bi nekom računalnom programu bila zaniijekana autorskoppravna zaštita. Vidjeti i stav hrvatske pravne misli u Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 99.-110.

34 Vidjeti čl. 52. st. 2. t. c. i 52. st. 3. Europske patentne konvencije iz 1973. koja je na snazi u svim državama članicama Europske unije te u Hrvatskoj. Europska patentna konvencija (EPK), iz 1973. godine, izmijenjena i dopunjena Aktom kojim se mijenja čl. 63. EPK od 17.12.1991. godine i odlukama Upravnog vijeća Europske patentne organizacije od 21.12.1978. godine, 13.12.1994. godine, 20.10.1995. godine, 5.12.1996. godine, 10.12.1998. godine i 27.10.2005. godine, NN MU 8/07. Revidirani tekst EPK stupio je na snagu 13.12.2007. godine, a u odnosu na Republiku Hrvatsku 1.1.2008. godine.

35 Iako računalni program kao takav u državama članicama Europske unije, u Hrvatskoj te u drugim državama koje su potpisnice Europske patentne konvencije ne može biti patentiran, moguće je patentirati praktičnu primjenu određenog računalnog programa ako je ta primjena rješenje nekog tehničkog problema koje je novo u odnosu na stanje tehnike. Riječ je o, tzv. računalno primijenjenim izumima (engl. *computer-related inventions, computer-implemented inventions*). Vidjeti više Gerald PATERSON, *The European Patent System*, London, 2001., str. 412. Vidjeti i Zoran PARAC, *Patentna zaštita kompjutorskog programa u europskim i prekomorskim pravnim sustavima, Privreda i pravo*, vol. 30, br. 9-10, 1991., str. 570.-587. Prvi vodeći slučajevi patentiranja računalnih programa pred Europskom patentnom organizacijom bili su: *VICOM* (T 208/84, OJ 1987, 14) i *X-ray apparatus* (T 26/86, OJ 1988, 19). Citirano prema Margarete SINGER/Dieter STAUDER, *European Patent Convention, Vol. 1*, Cologne, 2003., str. 73. i 74. I danas pitanje patentibilnosti računalno implementiranih izuma izaziva brojne prijepore u pravnoj praksi i znanosti. Vidjeti primjerice <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/\\$File/G3-08_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/$File/G3-08_en.pdf)> (posljednji posjet 10.12.2009.).

36 Vidjeti primjerice čl. 113. ZAPSP.

podjela može se provoditi i dalje: unutar pravila o autorskom te unutar pravila o građanskom, odnosno obveznom pravu. Ta pitanja primjene i odnosa različitih pravila o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu predmet su analize u nastavku. Kao uvod tomu ovaj dio rada izučava problematiku konceptualnih razlika u poimanju autorskog prava koje utječu na načine raspolaganja.

2.3.1. Utjecaj razlika u poimanju autorskog prava na pravnu prirodu raspolaganja

U državama članicama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga zastupljena su u uređenju autorskoga prava dva temeljna načela koja se razlikuju s obzirom na poimanje cjelovitosti autorskog prava: monizam i dualizam.³⁷ Prema monističkom načelu, koje je uglavnom zastupljeno u zakonodavstvima srednjoeuropske podskupine kontinentalnoeuropskog pravnog kruga,³⁸ autorsko pravo je jedinstveno subjektivno pravo. Kao takvo ono je neprenosivo osim nasljeđivanjem i kod razvrgnuća nasljedničke zajednice.³⁹ Nositelj autorskog prava može *inter vivos* raspolagati imovinskom komponentom svoga autorskoga prava samo konstitutivnim derivativnim stjecanjem, što znači da za drugoga može osnovati isključivo ili neisključivo, vremenski i prostorno ograničeno ili neograničeno pravo iskorištavanja autorskog djela (njem. *Nutzungsrecht einräumen*). Iako se raspolaganje autorskim pravom na način da se za drugoga osniva pravo iskorištavanja autorskoga djela na određeni način, na određeno vrijeme te na određenom području u hrvatskom (i njemačkom) pravu često u praksi, pa čak i u stručnoj pravnoj književnosti,⁴⁰ naziva pa i pravno kvalificira kao licencija, taj izraz nije u skladu sa zakonskim izričajem, kako u njemačkom, tako ni u hrvatskom autorskom pravu. Zapravo, riječ je o osnivanju za drugoga prava iskorištavanja računalnog programa iz čl. 44. ZAPSP (njem. *Software-Nutzungsrechte*) kao isključivog ili neisključivog, vremenski i teritorijalno

37 Vidjeti Ivan HENNEBERG, Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo, *Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo*, vol. 5., 2004., str. 1.-9. Klasičnu dogmatsku raspravu o tim pitanjima vidjeti primjerice u Stig STRÖMHOLM, *Le droit morale de l'auteur : en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, Étude de droit comparé I i II*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1966.

38 Tu primjerice pripadaju autorskopravni poreci Austrije, Hrvatske, Mađarske, Njemačke te Slovenije. Igor GLIHA, *Raspodaganje autorskim pravom (i srodnim pravima)*, *Zbornik HDAP*, vol. 5., 2004., str. 97.

39 To propisuje čl. 42. st. 1. ZAPSP. Vidjeti više Romana MATANOVAC, *Nasljeđivanje autorskog prava*, *Zbornik PFZ*, vol. 54, br. 3-4, 2004., str. 607.-650.

40 U hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit.; D. ZLATOVIĆ, *Licenciranje softwarea*, op. cit. O tumačenjima u skladu s pravom koje je bilo na snazi prije dva desetljeća gdje se tvrdi da su, u pravilu, ugovori o raspolaganju *softwareom* po svojoj pravnoj prirodi ugovori o licenciji, vidjeti u Z. PARAC, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 164. i dalje, 199. i dalje i 243.

ograničenog ili neograničenog prava.⁴¹

S druge strane, romanska podskupina kontinentalnoeuropskog pravnog kruga⁴² u autorskom pravu vidi dvije samostalne i međusobno neovisne (iako tijesno isprepletene) komponente koje imaju različiti sadržaj i različito trajanje te potpadaju pod različita pravila: imovinskopravnu i moralnopravnu komponentu.⁴³ Imovinskopravnom komponentom moguće je raspolagati translativnim derivativnim stjecanjem, tj. moguće ju je prenositi (franc. *cession, transmission*).⁴⁴ Zapravo, riječ je o prijenosu pojedinačnih ovlaštenja koja pripadaju u sadržaj imovinskopravne komponente, iako se mogu prenijeti i sva ovlaštenja koja pripadaju u taj sadržaj, ali ne za sva buduća djela⁴⁵ te uz ograničenja za buduće načine iskorištavanja.⁴⁶ Slijedom toga, prijenos može biti potpun (franc. *cession totale*) i djelomičan (franc. *cession partielle*), s obzirom na to koja se pojedinačna prava prenose i uz koja ograničenja.⁴⁷ Prijenosom se može steći isključivo ili neisključivo pravo.⁴⁸

U anglosaksonskim autorskopравnim sustavima *copyright* (u doslovnom prijevodu, pravo umnožavanja)⁴⁹ se poima prvenstveno kao imovinsko pravo, a ne kao autorsko pravo (njem. *Urheberrecht*, franc. *droit d'auteur*) sastavljeno od

41 Tako i Helmut HABERSTUMPF, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int.*, br. 10, 1992., str. str. 717. Lehman to obrazlaže riječima: „Dabei entstehen bei den Nutzungsberechtigten originäre Tochterrechte, die nicht abgetreten, sondern gekoren worden sind.“ Također upućuje na to da takvo pravnodogmatsko obrazloženje ustupanja prava iskorištavanja na računalnom programu (njem. *Nutzungsrechtseinräumung*) potvrđuje i sudska praksa njemačkog Saveznog vrhovnog suda u predmetu *Holzhandelsprogramm*, BGH CR 1994., str. 275., 276. M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 545. U hrvatskoj pravnoj književnosti to se još naziva i „osnivanjem prava iskorištavanja koje opterećuje autorsko pravo“. Vidjeti I. GLIHA, *Raspodaganje autorskim pravom*, op. cit., str. 99.-101. I u francuskoj pravnoj književnosti zastupa se stajalište da je prikladnije koristiti izraz ustupanje prava iskorištavanja negoli licencija kada su u pitanju raspolaganja s autorskim pravom. André LUCAS/Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2. izd., Litec, Paris, 2001., para. 482, bilj31. ; Jacques RAYNARD, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, u: Dieter STAUDER/Albert CHAVANNE/Yves JEANCLLOS/Jacques AZEMA (ur.), *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, Paris, 1997., str. 553.

42 Tu su predstavnice poglavito Francuska i Italija te u novije vrijeme Španjolska i Belgija.

43 Slično u odnosu na Francusku S. von LEWINSKI, op. cit., str. 687.

44 Vidjeti čl. L-131-3 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*.

45 Vidjeti čl. L-131-1 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*.

46 Vidjeti čl. L-131-6 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*. Vidjeti i S. von LEWINSKI, op. cit., str. 688. i 697.-698.

47 Vidjeti čl. L-131-1 i L-131-7 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*. Vidjeti i S. von LEWINSKI, op. cit., str. 690.-691.

48 S. von LEWINSKI, op. cit., str. 689.-690.

49 Izvorno je *copyright* značio pravo drugoga isključiti iz izrade fizičkih primjeraka djela ili distribucije takvih kopija. Poznati *Statute of Anne*, iz 1709. godine, predviđao je samo mogućnost prigovora od strane autora protiv tiskanja, prodaje i uvoza primjeraka djela. Hugh LADDIE/Peter PRESCOTT/Mary VITORIA/Adrian SPECK/Lindsay LANE, *The Modern Law of Copyright and Design*, Vol. 1, 3. izd., Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 2000., str. 56. i 660.

imovinskoppravne i osobnopravne komponente. Doduše, u pravu Ujedinjenog Kraljevstva propisana su autorova moralna prava, ali ona nisu dio *copyrighta* koji je i zakonom definiran kao imovinsko pravo.⁵⁰ *Copyrightom* se može slobodno raspolagati, ugovorom i na druge načine. Prijenosom (engl. *assignment*) svih ili pojedinih ovlaštenja koja čine sadržaj *copyrighta* stjecatelj stupa u pravni položaj otuđivatelja u odnosu prema autorskom djelu, na način i pod uvjetima određenima u ugovoru.⁵¹ To ujedno znači da prijenos može biti sadržajno i vremenski ograničen ili potpun.⁵² S druge strane, licencijom (engl. *licence*) se smatra takvo raspolaganje *copyrightom* u kojem se na stjecatelja licencije ne prenose nikakva prava, već se u odnosu prema njemu čini zakonitim nešto što inače ne bi bilo zakonito. Budući da ima licenciju (u doslovnom prijevodu s engleskog, dopuštenje), on smije činiti nešto što mu bez licencije ne bi bilo dopušteno. Stjecatelj licencije ne stječe imovinska prava u odnosu prema autorskom djelu koje je predmet licencije, pa ni onda kada je licencija isključiva.⁵³

Različitost autorskopravnih sustava dovodi do različitih rješenja kada je riječ o raspolaganju autorskim pravom, što se na jednak način odnosi i na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu. Ovisno o tomu je li riječ o autorskom pravu ili *copyrightu* te je li riječ o monističkom ili dualističkom načelu, ista gospodarska svrha – omogućiti drugome iskorištavanje računalnog programa kao autorskog djela – postiže se na pravno različite načine. Te razlike nisu značajne samo u pravnodogmatskom, već i u praktičnom smislu, a dolaze do izražaja i kada je riječ o utvrđivanju mjerodavnog prava za ugovore o raspolaganju autorskim pravom s međunarodnim obilježjem. O tomu više riječi u narednom poglavlju.

2.3.2. Posebne i opće odredbe u ZAPSP

Slijedom harmonizacije posredstvom Direktive o računalnim programima, u nacionalnim autorskopravnim zakonodavstvima država članica Europske unije

50 Čl. 1. st. 1. *Copyright, Designs and Patents Act* Ujedinjenog Kraljevstva. Tako i William R. CORNISH/ Lionel BENTLY, u: Paul Edward GELLER/Melville B. NIMMER, *International Copyright Law and Practice*, San Francisco, 2000., str. UK-10. i 11.

51 Vidjeti više K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 248.-269.

52 William B. CORNISH/David LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5. izd., London, 2003., str. 474.

53 K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 298.-325. Vidjeti Z. PARAĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 164. bilj. 443. i 444. Ipak, W.B. CORNISH/D. LLEWELYN, op. cit., str. 475., bilj. 30., ističu da licencija ipak nije tek obično dopuštenje (engl. *bare permission*), već da ima neka od obilježja imovinskopravnog raspolaganja.

propisane su posebne odredbe o računalnom programu kao autorskom djelu,⁵⁴ od kojih se neke odnose se i na ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu. Tako su i u čl. 107.-113. ZAPSP sadržane posebne odredbe o računalnim programima kojima su u hrvatsko pravo preuzete odredbe iz Direktive o računalnim programima. Njima se uređuju pitanja predmeta zaštite kako je već prethodno bilo pojašnjeno,⁵⁵ ovlaštenje na imovinskoj komponenti prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu,⁵⁶ isključiva ovlaštenja nositelja autorskog prava na računalnom programu i iznimke od tih isključivih ovlaštenja uključujući dekompliliranje,⁵⁷ posebne odredbe o radnjama povrede⁵⁸ te daljnja primjena propisa o čemu je također već bilo riječi.⁵⁹ Riječ je tek o nekim pojedinačnim pitanjima za koje se smatralo da ih je potrebno ujednačiti na području cijele Zajednice, a ne o iscrpnom uređenju ove materije.

Tako je odredbom čl. 110. st. 1. ZAPSP, preuzetom iz čl. 5. st. 1. Direktive o računalnim programima, propisan jedan prirodni sastojak ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Prema toj odredbi, zakonitom stjecatelju računalnog programa nije potrebno dopuštenje nositelja autorskog prava za reproduciranje računalnog programa ako je ono potrebno za učitavanje, prikazivanje, izvođenje, prenošenje ili pohranu računalnog programa. Također, ovlašteni stjecatelj računalnog programa može bez dopuštenja nositelja prava prevesti, prilagoditi, obraditi ili na drugi način izmijeniti računalni program te umnožiti time dobiven rezultat. Sve opisane radnje zakoniti stjecatelj može poduzeti samo ako su one neophodne za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom, kao i za uklanjanje pogrešaka, te ako drukčije nije ugovoreno.⁶⁰

S druge strane, u ZAPSP, kao i u Direktivi o računalnim programima propisana su i neka prisilna pravila. Prema odredbi čl. 110. st. 2. ZAPSP, koja odgovara odredbi čl. 5. st. 2. Direktive o računalnim programima, ugovorom se ne smije ovlaštenom korisniku zabraniti izrada sigurnosnog primjerka računalnog programa ako je to potrebno za njegovo korištenje. Nadalje, prema odredbi čl. 110. st. 3. ZAPSP, u kojoj se ogleda odredba čl. 5. st. 3. Direktive o računalnim programima, osoba koja je

54 Posebne odredbe o računalnim programima propisane su u čl. 69.a-69.g *Urheberrechtsgesetz*, čl. 50.A-50.C *Copyright, Designs and Patents Act* Ujedinjenog Kraljevstva iz 1988. godine, pročišćeni tekst koji obuhvaća izmjene i dopune do 3.5.2007. godine dostupan na <<http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf>> (posljednji posjet 20.12.2009.). U francuskom *Code de la propriété intellectuelle* nisu na jednome mjestu propisana posebna pravila o računalnim programima, već su ta pravila razasuta na raznim mjestima u tome propisu: čl. L-122-5, L-113-9, L-121-7, L-122-2, L-122-6, L-122-6, L-122-6-1, L-122-6-2, L-131-4, L-132-34, L-332-4 i L-335-3.

55 Vidjeti supra 2.2.

56 Čl. 108. ZAPSP.

57 Čl. 109.-111. ZAPSP.

58 Čl. 112. ZAPSP.

59 Vidjeti supra 2.2.2.

60 Ova dispozitivna odredba u njemačkoj pravnoj književnosti opisuje se i kao odredba u kojoj se „obrnulo“ pravilo o teleološkom tumačenju ugovora. Više M.M. WALTER, op. cit., str. 191.

ovlaštena koristiti računalni program može bez odobrenja nositelja autorskog prava prilikom učitavanja, prikazivanja, izvođenja, prenošenja ili pohranjivanja računalnog programa promatrati, proučavati te ispitivati rad tog programa radi utvrđivanja ideja i načela na kojima se zasnivaju njegovi elementi. I ovdje je riječ o prisilnom pravilu u korist zakonitog korisnika.⁶¹ Naposljetku, prema odredbi čl. 111. ZAPSP, koja odgovara odredbi čl. 6. Direktive o računalnim programima, dopušteno je bez odobrenja nositelja autorskog prava reproducirati i prevoditi (dekompilirati) izvorni kod računalnog programa radi postizanja interoperabilnosti s drugim programima. To je pravilo kao prisilno propisano u korist svake osobe koja je ovlaštena koristiti program ili druge osobe koja u njezino ime koristi program.

Navedene odredbe izuzetak su od načela *in dubio pro auctore*⁶² koje se primjenjuje u tumačenju autorskopравnih ugovora propisanom i u čl. 44. st. 5. ZAPSP. Ovo načelo uobičajeno se povezuje s pravilom o teleološkom tumačenju autorskopравnih ugovora koje podrazumijeva uzimanje u obzir svrhe ugovora (njem. *Zweckübertragungslehre*)⁶³ te s pravilom da autorsko pravo teži u najvećoj mogućoj mjeri ostati kod autora. Međutim, citirane odredbe Direktive o računalnim programima potvrđuju stajališta izraženog u njemačkoj pravnoj književnosti da se iz pravila o teleološkom tumačenju autorskopравnih ugovora te iz pravila da autorsko pravo teži u najvećoj mogućoj mjeri ostati kod autora, ne može izvući zaključak da u tumačenju autorskopравnih ugovora uvijek kao opće pravilo vrijedi načelo *in dubio pro auctore*.⁶⁴ Upravo u autorskopравnim ugovorima, predmet kojima je pravo na računalnom programu, u sumnji se smatra da je zakoniti korisnik stekao i više prava od onoga što u ugovoru izričito piše. Tako i pravilo *in dubio pro auctore* iz čl. 44. st. 5. ZAPSP valja tumačiti s ograničenjima koje predviđaju odredbe iz čl. 110. i 111. ZAPSP u kojima su preuzete odredbe iz čl. 5. i 6. Direktive o računalnim programima.

U raspolaganju računalnim programom prisilno djeluje i načelo o iscrpljenju prava distribucije (njem. *Erschöpfungsgrundsatz*) koje se prema Direktivi o računalnim programima, te time i zakonodavstvima država članicama Europske unije, odnosi na cijeli Europski gospodarski prostor. Suprotno tomu, prema hrvatskom ZAPSP,⁶⁵ sve do pristupanja u Europsku uniju načelo iscrpljenja vrijedi samo za nacionalno područje Republike Hrvatske. Ništetna je svaka ugovorna odredba, koja bi bila suprotna načelu nacionalnog (do pristupanja u Europsku uniju), odnosno unijskog iscrpljenja (nakon pristupanja Europskoj uniji).

Iz navedenog je uočljivo da ove odredbe, koje se neposredno ili posredno odnose na ugovorno raspolaganje, nisu pružile odgovore na sva pitanja u svezi s pravom

61 Tako i H. HABERSTUMPF, op. cit., str. 719.

62 O tom načelu vidjeti primjerice Slobodan M. MARKOVIĆ, *Copyright Contracts Law – Creativity on the Market*, *Zbornik HDAP*, vol. 6, 2005., str. 71.

63 O pravilu o tumačenju ugovora u skladu s njegovom svrhom vidjeti primjerice I. GLIHA, *Raspolaganje autorskim pravom*, op. cit., str. 100.

64 Gerhard SCHRICKER u: Gerhard SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, 3. izd., Verlag C.H. Beck, München, 2006., str. 602.

65 Vidjeti čl. 20. i čl. 109. st. 3. ZAPSP.

na računalnom programu, pa tako i raspolaganjem njime. U tom preostalom dijelu primjenjuju se opće odredbe o autorskom pravu, kao i opće odredbe o raspolaganju autorskim pravom.⁶⁶ U ZAPSP, odredbe o ugovornim raspolaganjima nalaze se u Poglavlju 4., gdje se nalaze osnovne, opće i posebne odredbe.⁶⁷

2.3.3. Podredna primjena propisa o obveznim odnosima

Na sva pitanja o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, koja nisu uređena u propisima o autorskom pravu, primjenjuju se propisi s područja građanskog, odnosno obveznog prava.⁶⁸ Budući da kod ugovornog raspolaganja autorskim pravom, s obzirom na različita svojstva ugovornih strana, može biti riječ o građanskim, trgovačkim ili potrošačkim ugovorima, potrebno je primijeniti i odgovarajuća pravila. Odnos tih pravila poglavito se rješava primjenom načela *lex specialis derogat legi generali*, bez obzira na to nalaze li se u istom ili u različitim propisima.

Ugovori o raspolaganju autorskim pravom nisu u propisima kojima se uređuje građansko pravo posebno propisani kao imenovani ugovori. U nekim zakonodavstvima, kao što je njemačko, unutar istih pravila, koja se primjenjuju na jednu vrstu ugovornih strana, može se postaviti i pitanje odnosa općih odredbi o ugovorima i posebnih odredbi o pojedinim imenovanim ugovorima. Njemačka pravna teorija i sudska praksa sklone su analognoj primjeni pojedinih imenovanih ugovora na ugovore o raspolaganju autorskim pravom. Tako se ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa poistovjećuje s ugovorom o najmu ili zakupu. Stoga se odredbe iz čl. 535. i dalje te čl. 581. st. 2. njemačkog *BGB mutatis mutandis*

66 Tako npr. za njemačko pravo U. LOEWENHEIM, u: G. SCHRICKER, op. cit., str. 1345. Analognu primjenu pravila kojima se uređuju autorskopравни ugovori dovodi u pitanje u Z. PARAĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 199.

67 Na ovom mjestu upućuje se na književnost koja se time podrobnije bavila, I. HENNEBERG, op. cit., str. 163. i dalje.; Igor GLIHA, *Raspodaganje autorskim pravom*, op. cit.

68 Čl. 55. ZAPSP propisuje podrednu primjenu zakona kojima se uređuju obvezni odnosi. Za raspravu tih pitanja u njemačkom pravu vidjeti Michael LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, u: Friedrich-Karl BEIER/ Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/ Rainer MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1995., str. 543-571, posebice str. 548. Lehmann ističe da se u njemačkom pravu na pitanja zakašnjenja, druga pitanja vezana uz ispunjenje dužnih činidaba, kao i povredu ugovornih klauzula koje nemaju veze s autorskim pravom primjenjuju *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB* i *Handelsgesetzbuch – HGB* (riječ je o odredbama građanskog i trgovačkog obveznog prava). Isto načelo vrijedi i u francuskom pravu, te se u pitanjima koja nisu uređena u *Code de la propriété intellectuelle* primjenjuje *Code civil* i *Code de commerce*. S. von LEWINSKI, op. cit., str. 687.

primjenjuju i na ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa.⁶⁹

Načelo kakvo postoji u njemačkom pravu o analognoj primjeni pravila o nekim imenovanim ugovorima ne primjenjuje se, međutim, u hrvatskom obveznom pravu. Neki, ipak smatraju da ugovor o licenci iz čl. 699.-724. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO)⁷⁰ valja primijeniti i na ugovorno raspodaganje pravom na računalnom programu.⁷¹ Ovakav zaključak pojedinih hrvatskih autora mogao bi biti posljedica preuzimanja pravne terminologije iz pravnih sustava engleskog govornog područja što u ovom slučaju ne smatramo ispravnim s obzirom na to da se u terminološkoj razlici koja postoji u zakonskim tekstovima ogleda i puno dublja konceptualna razlika između različitih poimanja autorskog prava.⁷² U ovom radu zastupa se mišljenje da u slučaju raspodaganja autorskim pravom na računalnom programu može biti riječ tek o primjeni općih odredbi obveznoga prava, dakle, općeg dijela ZOO te dijela o općim odredbama o ugovornim odnosima, eventualno i odredbi Zakona o zaštiti potrošača (dalje: ZPP)⁷³ ako je riječ o potrošačkom ugovoru. Naime, kod ugovora o licenci iz čl. 699.-724. ZOO riječ je o raspodaganju pravima industrijskog vlasništva, među koja ne pripadaju autorsko i srodna mu prava. Računalni program ili *software* mogli bi biti predmet ugovora o licenci iz čl. 699.-724. ZOO samo u slučaju da su predmetom zaštite nekim pravom industrijskog vlasništva, a ne i u okviru autorskopravne zaštite. Kada bi riječ bila primjerice o računalno primijenjenom izumu koji je zaštićen patentom, ali i o takvom nezaštićenom izumu ili znanju i iskustvu, tada bi se mogle primijeniti odredbe o ugovoru o licenci iz čl. 699.-704. ZOO. Međutim, kada se računalnim programom raspolaže kao autorskim djelom, tada nema mjesta primjeni odredbi iz čl. 699.-724. ZOO o imenovanom ugovoru o licenci, već se u onim pitanjima, koja nisu uređena u ZAPSP, primjenjuju odredbe iz općeg dijela ZOO te dijela koji sadrži opće odredbe o ugovornim odnosima.⁷⁴ Kao što se odredbe o ugovoru o licenci iz čl. 699.-724. ZOO ne primjenjuju na ugovorno raspodaganje autorskim pravom na računalnom programu, tako se ne primjenjuju ni na takvo raspodaganje

69 Tako Michael LEHMAN, u: Ulrich LOEWENHEIM, (ur.) *Handbuch des Urheberrechts*, München, 2003., str. 1633, s pozivom na presudu njemačkog Saveznog vrhovnog suda: *Programmsperre*, BGH NJW 1981., str. 2684, OLG Frankfurt NJW-RR 1997., str. 494. Lehman upućuje i na analognu primjenu odredbi o ugovoru o kupnji iz čl. 433. i dalje njemačkog BGB ako je riječ o „definitivnom prijenosu“ (njem. *definitive Überlassung*) računalnog programa. S obzirom na to da se kod raspodaganja autorskim pravom u njemačkom pravu primjenjuje specifičan pravnodogmatski okvir, ovo valja shvatiti na način kako je pojašnjeno supra 2.3.1.

70 NN 35/05. i 41/08.

71 Da se ugovor o licenci iz čl.699-724. ZOO primjenjuje i na licenciju računalnog programa tvrdi N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit., str. 124. i 125., iako iz teksta nije sasvim jasno misli li autorica na računalno primijenjene izume kao predmete patentne zaštite ili na računalni program kao autorsko djelo. Isto Dragan ZLATOVIĆ, *Licenciranje softwarea*, *Informator*, br. 5748, 8.4.2009., str. 5. i 6.; ID., *Pravo intelektualnog*, op. cit., str. 120.-123., s tim da ovaj autor *software* tumači kao autorsko djelo.

72 Vidjeti supra 2.3.1.

73 NN 79/07, 125/07-isp., 79/09 i 89/09-isp.

74 Spominje se također mogućnost nadopune trgovačkih ugovora trgovačkim običajima i praksom. Z. PARAĆ, *Imovinskoopravna zaštita*, op. cit., str. 163., bilj. 441.

autorskim pravom na ikojoj drugoj vrsti autorskih djela. Upravo zbog konceptualnih razlika između osnivanja prava iskorištavanja autorskog djela i licenciranja prava iskorištavanja patenta, industrijskog dizajna ili drugog prava industrijskog vlasništva, na prvospomenuta ugovorna raspolaganja ne mogu se primijeniti odredbe čl. 699.-724. ZOO, već se one odnose isključivo na licencije prava industrijskog vlasništva.

Odredbe o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke činidbe u ZOO propisane su kod ugovora o kupoprodaji, ali se *mutatis mutandis* primjenjuju na sve ugovore. Tako je i kod ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Ako je riječ o potrošačkom ugovoru, na ta se pitanja primjenjuje i ZZP.⁷⁵ Vezano uz odgovornost za pravne nedostatke valja istaknuti da hrvatskim zakonom nije predviđena mogućnost stjecanja ikakvih prava iskorištavanja računalnog programa u dobroj vjeri, kao što to postoji kod stjecanja stvarnih prava na nekretninama. Pravo iskorištavanja računalnog programa na temelju ugovora može se steći samo, ako je zatvoren niz ugovornih stjecanja od autora ili osobe koja je ovlaštena raspolagati autorskim pravom na računalnom programu, prema korisniku.⁷⁶

Ugovori o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu u pravilu su adhezijski ugovori jer prevladavaju oni ugovori o raspolaganju namijenjenom masovnom tržištu.⁷⁷ U takvim ugovorima se od samog početka pravnog prometa računalnim programom, odnosno *softwareom* u općim uvjetima poslovanja nalazila odredba koja je previdala da kupac proizvoda (*softwarea*) trenutkom otvaranja njegova prozirnog plastičnog omota (odnosno prvim korištenjem materijala na nosaču podataka zatvorenom u tom omotu) pristaje na sve uvjete poslovanja proizvođača. Stoga se uvriježio engleski naziv *shrinkwrap licence*,⁷⁸ a potom i francuski naziv *licence sous plastique*.

Budući da se sklapaju pristupanjem unaprijed sastavljenom tekstu ugovora koji je na odgovarajući način učinjen poznatim drugoj ugovornoj strani, u hrvatskom pravu takvi se ugovori svrstavaju među formularne ugovore. Formularni ugovori uključuju sve vrste i oblike ugovora kod kojih jedna ugovorna strana unaprijed sastavlja sadržaj ugovora ili dio sadržaja ugovora, a druga strana bez mogućnosti pregovora o pojedinim odredbama može unaprijed priređen sadržaj ugovora ili dio sadržaja ugovora u cijelosti prihvatiti ili u cijelosti odbiti. Tu pripadaju opći uvjeti

75 Isti je slučaj i u njemačkom pravu te se odredbe iz čl. 434.-440. *BGB* o materijalnim i pravnim nedostacima činidbe primjenjuju i na autorsko-pravne ugovore o raspolaganju pravom na računalnom programu. Pozivajući se upravo na njemačku sudsku praksu, tako i Z. PARAC, *Imovinsko-pravna zaštita*, op. cit., str. 199.

76 Tako za njemačko pravo vidjeti M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 548.; za francusko pravo vidjeti S. von LEWINSKI, op. cit., str. 691.; za srpsko pravo vidjeti S. M. MARKOVIĆ, *Autorsko pravo*, op. cit., str. 258. i 259. Suprotno, vidjeti Kristina DELFIN KANCELJAK, Utjecaj novih tehnologija na pravni status fonograma, *Zbornik HDAP*, vol. 10, 2009., str. 114. i 115.

77 Vidjeti infra 2.3.4.1.

78 Mark A. LEMLEY, *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 68, 1995., str. 1241. O tome, a posebice o problematici sklapanja ugovora i njegovog oblika vidjeti u Z. PARAC, *Imovinsko-pravna zaštita*, op. cit., str. 235.-240.

ugovora, opći uvjeti poslovanja, adhezijski, standardni i ostali tipski ugovori.⁷⁹ Pravila o formularnim ugovorima sadržana su u čl. 295. i 296. ZOO pod nazivom Opći uvjeti ugovora. Prema sadržaju tih odredbi valja zaključiti da se odnose na sve vrste formularnih ugovora, uključujući opće uvjete ugovora, opće uvjete poslovanja, adhezijske ugovore, standardne ugovore i druge tipske ugovore.⁸⁰ Ako je riječ o potrošačkom ugovoru, tada se na ova pitanja primjenjuje ZZZP. Prema tome, odredbe ZZZP valja uzeti u obzir i kod raspolaganja autorskim pravom na računalnim programima u potrošačkim ugovorima. Taj zaključak opravdava i razvoj ove vrste propisa u usporednom pravu i ujednačenom pravu Europske unije. U Njemačkoj je od 1977. godine na snazi bio *AGBG*,⁸¹ propis koji je nastao kao rezultat iskustava iz desetljećima građane i provjerene njemačke sudske prakse i koji je Zakonom o modernizaciji obveznog prava preuzet u čl. 305.-310. *BGB*.⁸² U velikoj su mjeri rješenja iz *AGBG* te iz propisa Ujedinjenog Kraljevstva pod nazivom *The Unfair Contract Terms Act* iz 1977. utjecala na uređenje zaštite potrošača u pravu Europske

79 Vizner razlikuje adhezijske ugovore ili ugovore po pristupu koji se moraju prihvatiti točno onako kako su ponuđeni, predloženi i formularne ugovore koji imaju unaprijed utvrđen samo glavni sadržaj ugovora ostavljajući prazna mjesta za naknadne posebne pogodbe o određenim bitnim elementima tog ugovora. Vidjeti više Boris VIZNER, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., str. 579.

80 U hrvatskoj pravnoj književnosti se u vrijeme važenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine (Službeni list 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89 te NN 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 91/96 i 112/99) isticalo da su odredbe iz čl. 142 st. 1. toga Zakona o definiranju pojma općih uvjeta poslovanja nespretne te da je u građanskim propisima u državama članicama Europske unije uobičajeno da se općim uvjetima poslovanja označavaju unaprijed sastavljene ugovorne odredbe koje se odnose na sklapanje većeg broja istovrsnih ugovora, o kojima se ugovorne strane nisu neposredno pogodile. Jedna ugovorna strana (korisnik općih uvjeta poslovanja) ih postavlja pred drugu stranu u trenutku sklapanja ugovora. Stoga se preporučilo široko tumačenje čl. 142. toga Zakona te primjena tih odredbi ne samo na opće uvjete poslovanja u užem smislu riječi već i na adhezijske, tipske i ostale formularne ugovore, kao i na ogleadne ugovore pod kojima se misli na nacрте ugovora sačinjene od raznih strukovnih udruženja te na jednostrano određene tarife, pravilnike i sl. Petar MILADIN, *Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete i klauzula o ugovornoj kazni (pld-klauzule) u okviru općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, *Zbornik PFZ*, br. 6, 2002., str. 1290., 1291. i 1296.-1301. I Slakoper je isticao da se u odredbama iz čl. 142.-144. ZOO iz 1978. uređuju sve vrste ugovora koje su se u doktrini učvrstile pod pojmom formularnog prava: opći uvjeti poslovanja, tipski ugovori i adhezijski ugovori. Zvonimir SLAKOPER, *Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, *Zbornik PFR*, br. 1, 2001., str. 194. Nema razloga da se takav stav ne primijeni i u odnosu prema usporedivim odredbama u čl. 295. i 296. ZOO koje su danas na snazi.

81 *Gezetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* od 9.12.1976, BGBl. 3317.

82 Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997., str. 783.

unije.⁸³

Nadalje u odnosu na formularne ugovore, u pravnoj književnosti ističe se da pri njihovom sklapanju posebno valja povesti računa o dvjema temeljnim načelima obveznog prava: načelu slobode uređivanja obveznih odnosa i načelu ravnopravnosti ugovornih strana, i u pravnom, i u faktičnom smislu.⁸⁴ Izgleda da je načelo ravnopravnosti ugovornih strana te potrebu za zaštitom slabije ugovorne strane imao na umu i europski zakonodavac kada je donosio Direktivu o računalnim programima. Kao što je već prethodno objašnjeno, u njezinim čl. 5. i 6. (koji su preuzeti u hrvatskom pravu u čl. 110. i 11. ZAPSP) propisana su određena dispozitivna, ali i prisilna pravila o tzv. minimalnim pravima (njem. *Mindestrechte der Nutzer*) ovlaštenog korisnika računalnog programa.⁸⁵ Time se odstupilo od načela *in dubio pro auctore* koje se u pravilu primjenjuje u tumačenju autorskopravnih ugovora.⁸⁶

Iz navedenog može se zaključiti da se na autorskopravne ugovore o raspolaganju računalnim programom primjenjuju različita pravila, kako ona koja su uređena u posebnim propisima o autorskom pravu, tako i ona koja su uređena u propisima o obveznom pravu koji se odnose na građanske, trgovačke i potrošačke ugovore. Taj konglomerat različitih pravila često nije lako razdvojiti. No to razdvajanje od odlučujuće je važnosti za pravilnu primjenu, i materijalnog prava, i kolizijskih pravila kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem. Kao što je kasnije pojašnjeno, ne samo da se različita pitanja podvrgavaju različitim kolizijskim odredbama koje određuju mjerodavno pravo, već se i cjeloviti ugovori mogu naći u posebnom kolizijskopravnom režimu koji je predviđen međunarodnim privatnim pravom.

2.3.4. Karakteristični načini raspolaganja računalnim programom

U novijoj hrvatskoj pravnoj književnosti pitanjima raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu uglavnom se prilazi sa stajališta koja nisu svojstvena autorskopravnim sustavima kontinentalnoeuropskog pravnog kruga srednjoeuropske podskupine kojoj propada i Hrvatska, a često ostaju nejasni i kriteriji njihova

83 Silvija PETRIĆ, O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske unije, *Zbornik PFS*, br. 1-2, 2002., str. 72. i 73. O raspolaganju autorskim pravom u formularnim ugovorima u Ujedinjenom Kraljevstvu vidjeti William R. CORNISH, Großbritannien, u: Friedrich-Karl BEIER/Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/Reiner MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht*, C.H. Beck, München, 1995., str. 661.-662. Von Lewinski ističe da u francuskom *Code civil* ne postoje odredbe u kojima bi se uredili opći uvjeti poslovanja na način kao što su uređeni u njemačkom pravu, no ako je riječ o potrošačkom ugovoru tu bi trebalo konzultirati odredbe francuskog *Code de la consommation*. Silke von LEWINSKI, Frankreich, u: Friedrich-Karl BEIER/Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/Reiner MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht*, C.H. Beck, München, 1995., str. 699.

84 Vidjeti Z. SLAKOPER, op. cit., str. 182. i 183. Vidjeti i S. PETRIĆ, O nepravičnim klauzulama općih uvjeta, op. cit., str. 59.-62.; ID. Tumačenje općih uvjeta ugovora i njihov odnos s posebno ugovorenim klauzulama u hrvatskom i europskom pravu, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, 2001., str. 27-30., posebice str. 30.; B. VIZNER, op. cit., str. 580.

85 Tako ih naziva M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 553.

86 Vidjeti supra 2.3.2.

grupiranja po vrsti.⁸⁷ Također, u sistematizaciji ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu češće se koriste tehnološki i komercijalni, negoli pravni čimbenici razlikovanja. Stoga katkad terminologija koja je u upotrebi nije dosljedna. Čini se da je to ponajviše posljedica pristupa tipologiji ugovornog raspolaganju *softwareom* koji uvažava okvire zadane stranim pravom ili praksom, a ne i hrvatsko pozitivnopravno uređenje. Stoga se ovdje pokušava ukazati na određena pravnodogmatska načela u ugovornom raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu koja nerijetko imaju izuzetnu praktičnu važnost, pa i u okviru određivanja mjerodavnog prava kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem o čemu više riječi u nastavku.⁸⁸ Prvenstveno se ovdje ukazuje na zajedničku nit sviju ugovora koji se odnose na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu. Spomenutu zajedničku nit čini osnivanje prava iskorištavanja računalnih programa, koji se u nekim stranim pravnim sustavima označava ugovorom o licencijom.⁸⁹ Sukladno čl. 44. st. 2. ZAPSP, ono može biti isključivo i neisključivo te ograničeno ili neograničeno u vremenu, prostoru i sadržaju. Osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa, zapravo se iznimno u praksi pojavljuje kao samostalan ugovor, već je redovito sadržano u okviru nekog drugog oblika raspolaganja primjerkom *softwarea*.⁹⁰ Nažalost, opseg ovog rada ne dopušta sveobuhvatnu razradu tipologije predmetnih ugovora pa je prednost ovdje dana dvoma tipičnim oblicima ugovora u okviru koji se raspolaže i autorskim pravom na računalnom programu.

2.3.4.1. Ugovor o prodaji primjerka standardnog softwarea

Možda do današnjeg vremena najučestaliji oblik raspolaganja jest ugovor o prodaji materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog

87 Tako primjerice Fikeys Krmić spominje podjelu na vlasnički ili zaštićeni (*proprietary/copyright*) *software*, *software* otvorena izvornog koda (*open source/copyleft*), slobodni ili *free software*, *freeware software*, *shareware software*, *adware software*, *careware software*, *postcardware* i *beerware software* te *crippleware software*. Vidjeti N. FIKEYS KRMIĆ, Licencni ugovori, op. cit., str. 128.-132.; ID., Različite vrste *software* licenci, *Zbornik HDAP*, vol. 7, Zagreb, 2006., str. 117.-124. S druge strane, Zlatović spominje licencije za *software* koje dijeli s obzirom na: vrstu zaštite (vlasnički tj. zaštićeni *software*, *software* otvorenog izvornog koda te slobodni *software*), način distribucije (*on-line* i *off-line software*) te način izrade (gotovi i posebno krojeni *software*). D. ZLATOVIĆ, op. cit., str. 123.

88 Vidjeti supra 3.

89 Vidjeti supra 2.3.1.

90 Za razliku od individualnog *softwarea* koji se izrađuje za potrebe određene osobe da bi zadovoljio njezine posebne zahtjeve, standardni *software* izrađuje se za masovno tržišno iskorištavanje i posjeduje svojstva potrebna prosječnom korisniku. Ovaj kriterij kao bitan ističe Parać u svojoj tipologiji govora o raspolaganju *softwareom*. Z. PARAC, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 157. i 161.

softwarea.⁹¹ Na temelju takvog ugovora kupac stječe pravo vlasništva na materijalnom nosaču podataka. Istodobno ili s manjim vremenskim odmakom,⁹² kupac stječe i pravo iskorištavanja računalnog programa, koje je redovito ugovoreno kao neisključivo i vremenski neograničeno, tj. trajno⁹³ i definitivno s isključenjem prava opoziva i obveze vraćanja. Sadržaj tog prava iskorištavanja sastoji se u onim radnjama koje obuhvaćaju uobičajeno korištenje *softwarea* u skladu s njegovom namjenom.⁹⁴ U pravilu je stjecatelj ograničen na iskorištavanje programa samo na svom računalu. Dakako, moguće je ugovoriti i iskorištavanje programa na određenom broju drugih računala, primjerice u određenom cijelom trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi u čiju korist se pravo osniva, što je uglavnom razlogom za viši iznos ugovorene naknade. Ovo pravo iskorištavanja stjecatelj može dalje prenositi na treće osobe zajedno s kupljenim primjerkom nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak *softwarea*, ali pritom mora sebi onemogućiti daljnje korištenje računalnog programa (deinstalirati ga).⁹⁵ Potonje vrijedi i za slučaj da se radi o vremenski ograničenom pravu iskorištavanja računalnog programa gdje se ugovara obveza stjecatelja da po isteku ugovora uništi podatke na svom računalu (deinstalacijom),⁹⁶ ili rjeđe i vraćanjem materijalnog nosača podataka s primjerkom *softwarea*.

Na temelju svega što je do sada rečeno, na dio ovog ugovora, koji se odnosi na raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu, primjenjuju se posebna pravila iz ZAPSP o računalnim programima. Kao što je prethodno opisano, kupac materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea*, kao zakoniti stjecatelj prava iskorištavanja računalnog programa koji je njegov dio, ima i *ex lege* sva ona prava koja su navedena u čl. 110. st. 2. i 3. te čl. 111. ZAPSP koja se ugovorom i ne mogu isključiti. Dalje se na ovaj aspekt ugovora primjenjuju i opća pravila ZAPSP o raspolaganju autorskim pravom koja nisu u suprotnosti s ovim posebnim odredbama. Vezano uz osnivanje prava iskorištavanja na računalnom programu, za ona pitanja, koja nisu uređena u ZAPSP, primjenjuje se opći dio ZOO

91 Ugovor o prodaji standardnog *softwarea* zajedno s ugovorom o distribuciji standardnog *softwarea* Parać smješta u jednu kategoriju ugovora koju naziva ugovor o prijenosu standardnog *softwarea*. Također, u okviru ugovora o prijenosu standardnog *softwarea*, Parać razlikuje ugovore o prijenosu masovnog standardnog *softwarea* i specijalnog standardnog *softwarea*. Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 185. i dalje i 194. i dalje.

92 Vidjeti o *shrinkwrap licence* supra 2.3.3.

93 Naravno, pravo iskorištavanja može trajati samo onoliko koliko traje i autorsko pravo. Parać, međutim navodi da je u ugovoru koji naziva ugovor o prijenosu masovnog standardnog *softwarea* preneseno pravo iskorištavanja vremenski ograničeno jer korisniku pripada samo dok traje ugovor, ali smatra i to da se u slučaju kada postoji vremenski trajno i sadržajno neograničeno ustupanje prava pravna priroda takvog ugovora odgovara ugovoru o prodaji, odnosno kupnji. Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 197. i dalje.

94 Vidjeti poglavito čl. 109. st. 1. t. 1. ZAPSP. Glede prava na izmjenu računalnog programa (vidjeti čl. 109. st. 1. t. 2. ZAPSP)

95 Tako u pogledu sigurnosnog primjerka Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 142. i 143.

96 Često su u program već ugrađene tehničke mjere koje uzrokuju prestanak rada računalnog programa po isteku ugovora.

te opće odredbe o ugovornim odnosima. Već je ranije obrazloženo da se u tom slučaju ne primjenjuju odredbe ZOO u kojima se uređuje ugovor o licenci. ⁹⁷ Drugo, vezano uz kupnju materijalnog nosača podataka, dakle na ugovor o kupoprodaji materijalne stvari, primjenjuju se odredbe ZOO u kojima se uređuje kupoprodajni ugovor, te potom i opći dio ZOO kao i opći dio o ugovornim odnosima za pitanja koja kod ugovora o kupoprodaji nisu propisana. Treće, popratna dokumentacija koja također čine *software* može biti samostalno autorsko djelo. No, autorskim pravom na tom jezičnom djelu u ovom slučaju ni na koji način se ne raspolaže. Kupac *softwarea* kupnjom materijalnog primjerka tog djela ne stječe u odnosu prema njemu nikakvo autorsko pravo, već samo pravo vlasništva medija na kojem je pohranjeno. ⁹⁸ Vezano uz sve navedeno, ako je riječ o potrošačkim ugovorima, u obveznompravnom dijelu primijenio bi se prvenstveno ZZZP jer njegove odredbe imaju prednost pred odredbama ZOO. I naposljetku, ako bi uslijed iskorištavanja koje prelazi okvire ugovorom prenijetog prava nastala šteta, primijenila bi se pravila ZOO o izvanugovornoj odgovornosti za štetu. ⁹⁹

2.3.4.2. Ugovor o distribuciji primjeraka standardnog *softwarea*

Ugovor o distribuciji primjeraka standardnog *softwarea* u pravilu sklapaju subjekti trgovačkog prava: proizvođač *softwarea* i distributer pa bi se, prema hrvatskom pravu, ovaj ugovor kvalificirao kao trgovački ugovor. U takvom ugovoru proizvođač *softwarea* za distributera osniva najčešće isključivo pravo iskorištavanja koje po svojem sadržaju distributera ovlašćuje na distribuciju računalnog programa i pripadajućeg materijala koji zajedno čine *software*, na određenom području i za određeno vrijeme. ¹⁰⁰ Tim se ugovorom ujedno proizvođač *softwarea* obvezuje distributeru dati na korištenje, tzv. glavni primjerak (engl. *master copy*) računalnog programa i pripadajućeg materijala podoban za daljnje umnožavanje. ¹⁰¹ Proizvođač *softwarea* za distributera osniva pravo iskorištavanja koje ga ovlašćuje na izradu primjeraka *softwarea* iz predanog glavnog primjerka, prodaju tih izrađenih primjeraka trećim osobama te osnivanje u vlastito ime za treće osobe neisključivog prenosivog, te vremenski i prostorno neograničenog prava iskorištavanja predmetnog računalnog programa na uobičajeni način. Kako distributer, tako i treća osoba, tj.

⁹⁷ Vidjeti supra 2.3.3.

⁹⁸ Samostalnost i neovisnost autorskog prava u odnosu na pravo vlasništva propisano je odredbom čl. 77. st. 1. ZAPSP.

⁹⁹ Učestalo je u današnje vrijeme i raspolaganje računalnim programom, odnosno *softwareom* bez korištenja prijenosnog materijalnog nosača podataka, što informatička tehnologija omogućava jednostavnim preuzimanjem podataka s jednog na drugo računalo. U tom slučaju sve navedeno glede primjene pravnih pravila i propisa također vrijedi i za takav ugovor, izuzev što nema potrebe za primjenom pravila o prodaji stvari jer materijalni proizvod nije niti predmet ugovora pa stjecatelj prava iskorištavanja ne stječe niti pravo vlasništva na takvom materijalnom proizvodu.

¹⁰⁰ Vidjeti posebice čl. 109. st. 1. t. 3. ZAPSP.

¹⁰¹ Ukoliko se radi o glavnom primjerku pohranjenom na prijenosnom materijalnom nosaču podataka, tada proizvođač *softwarea* zadržava pravo vlasništva na njemu.

kupac materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea*, kao zakoniti stjecatelj računalnog programa, koji je njegov dio, imaju *ex lege* sva ona prava koja su navedena u čl. 110. st. 2. i 3. te čl. 111. ZAPSP te se ona ugovorom ne mogu isključiti.

Na dio ovog ugovora koji se odnosi na raspolaganje autorskim pravom na računalom programu primjenjuju se primarno posebna pravila iz ZAPSP o računalnim programima, a potom i opća pravila ZAPSP o raspolaganju autorskim pravom koja nisu s njima u suprotnosti.¹⁰² Vezano uz osnivanje prava iskorištavanja na računalom programu, za ona pitanja koja nisu uređena u ZAPSP primjenjuje se opći dio ZOO te opće odredbe o ugovornim odnosima. Već je ranije obrazloženo da se u ovom slučaju ne primjenjuju odredbe ZOO kojima se uređuje ugovor o licenciji.¹⁰³ Opći dio ZOO i opće odredbe o ugovornim odnosima primjenjuju se i na aspekte ugovora koji se odnose na distribuciju budući da ZOO ne uređuje posebno ugovore o distribuciji. Budući da distributer ne stječe pravo vlasništva na glavnom primjerku, nema mjesta primjeni pravila o kupoprodaji, već se pitanja o korištenju glavnog primjerka kao stvari, koja su obveznopravne naravi rješavaju prema općem dijelu ZOO, kao i općem dijelu o ugovornim odnosima. S druge strane, distributer s trećom osobom sklapa ugovor o prodaji materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea* kakav je prethodno opisan.¹⁰⁴

3. Kolizijskopravni aspekti

U okviru kolizijskopравnih pitanja vezanih uz ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalom programu prvo se pojašnjava razvoj tih pravila poglavito poveznica kroz povijest. Slijedi potom osvrt na konvencijska pravila iz područja prava intelektualnog vlasništva s obzirom na to da se neprestano vodi rasprava o njihovoj pravnoj prirodi. Središnji dio poglavlja na temelju kolizijskopравne analize hrvatskih propisa postavlja strukturu uređenja pitanja određivanja mjerodavnog prava za ugovore koji su predmet izučavanja u ovom radu. U okviru toga osobita pozornost posvećena je primarnoj poveznici autonomije volje ugovornih strana, te podrednoj poveznici koja se zasniva na doktrini karakteristične činidbe te njezinoj korekciji u obliku klauzule izuzeća. Značajnim se drži i osvrt na doseg mjerodavnog prava koji zbog načela teritorijalnosti pred tijelo primjene postavlja dodatne poteškoće u razgraničavanju ugovornih od ostalih aspekata raspolaganja autorskim pravom. Mjerodavno pravo također ustupa pred određenim propisima prisilne naravi, a može biti ograničeno i djelovanjem javnog poretka, kao i u slučajevima kada se radi o potrošačkim ugovorima.

102 U okviru ranijeg zakonodavstva, Parać navodi da bi se na ova pitanja trebala primijeniti pravila o izdavačkom ugovoru. Z. PARAC, op. cit., str. 187.

103 Vidjeti supra 2.3.3.

104 Vidjeti supra 2.3.4.1.

3.1. Povijesni pregled razvoja kolizijskih pravila za raspolaganje autorskim pravima na računalnom programu

Promatrano kroz povijesni presjek moguće je uočiti različite stadije razvoja kolizijskopavnog pristupa pravima intelektualnog vlasništva. Konzervativni pristup primjene prava države suda (*lex fori*) kao izraz načela državne suverenosti, danas je gotovo u cijelosti napušten, da bi se za pojedina pitanja iz područja prava intelektualnog vlasništva primjenjivala pravo države porijekla djela (*lex originis*), pravo države zaštite (*lex loci protectionis*), pravo države mjesta gdje se „stvar“ nalazi (*lex rei sitae*), pravo države gdje je nastala šteta (*lex loci delicti commisi*), pravo mjerodavno za ugovorne odnose (*lex contractus*) i drugo. *Locus protectionis* danas je možda najvažnija poveznica u području sjecišta prava intelektualnog vlasništva i međunarodnog privatnog prava.¹⁰⁵ U ranijoj pravnoj teoriji ova poveznica podupirala se načelom unutarnje pravne koherentnosti (njem. *Gesetzharmonie*) koje je Wengler opisao kao načelo prema kojem zakonodavac i sudstvo u državi, koja ima svoj vlastiti kolizijskopavni sustav, trebaju, ako je to moguće, osigurati da kolizijska pravila jamče konzistentnost svih odluka koje su donesene u toj državi, bilo da je u njima primijenjeno domaće pravo kao pravo države suda ili neko strano pravo.¹⁰⁶ Ova se poveznica tradicionalno opravdava načelom teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva prema kojem ta prava imaju učinke samo na teritoriju one države za koju su priznata.¹⁰⁷ Imajući to u vidu, smatralo se da bi prava intelektualnog vlasništva trebala uvijek biti podvrgnuta istom pravu, pravu države zaštite, koje je u slučaju registriranih prava pravo države registracije (*lex registrationis*). Shodno tomu, Nußbaum i Wolff su u prvoj polovici prošlog stoljeća zaključili da bi pravu države zaštite trebali biti podvrgnuti, ne samo sporovi o valjanosti i registraciji prava, već i sporovi o povredama i sporovi iz ugovora kojima je predmet pravo intelektualnog

¹⁰⁵ Vidjeti primjerice recital 26. Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II), OJ L 199, 31.7.2007., str. 40.

¹⁰⁶ Wilhelm WENGLER, *The General principles of private international law*, *Recueil des cours*, vol. 104, 1961.-III, str. 399. Vidi i, Bernard AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* (sur la «crise» de conflits de lois), *Recueil des cours*, vol. 186, 1984.-III, str. 354. i dalje.

¹⁰⁷ Eugen ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Kluwer, Deventer, 1978., str. 9.; Albert VERONA, *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 21. Vidjeti i upute u Ivana KUNDA, *Međunarodna nadležnost u postupcima povodom povrede prava intelektualnog vlasništva u Europskoj uniji: priprema za izravnu primjenu *acquisa**, u: Romana MATANOVAC (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, DZIV/Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 273., bilj. 8.

vlasništva.¹⁰⁸

Tijekom proteklih više od pola stoljeća pravna teorija, a praksa još i ranije,¹⁰⁹ odmiču se od krutog tumačenja načela teritorijalnosti pa se danas smatra da postoje pitanja koja mogu biti izvan područja primjene *lex loci protectionis*, primjerice ugovorni aspekti raspodaganja autorskim pravom. Tako je već sredinom prošlog stoljeća hrvatski autor Eisner pisao da nije protivno načelu teritorijalnosti priznavanje ugovora, koji se odnose na autorsko pravo ili patent koji su priznati prema pravu strane države jer se time ne utječe na postojanje i valjanost samog prava. Sukladno tomu, nastavlja Eisner, za ugovorne odnose može biti mjerodavno pravo strane države koja nije država u kojoj je odnosno pravo intelektualnog vlasništva zaštićeno.¹¹⁰ Ipak, pojava računalnog programa bila je i teoriji i praksi svojevrsna novost. Ne iznenađuje stoga što tijekom 80-ih i prve polovice 90-ih godina prošlog stoljeća, kada u svijetu tek započinje zakonsko uređivanje autorskog prava u odnosu na računalne programe,¹¹¹ izostaje izučavanje pitanja mjerodavnog prava u odnosu na te predmete zaštite. Takvo stanje slijedi i praksa sudova u europskim državama za koju je svojstveno da učestalo zanemaruje međunarodno obilježje i primjenjuje pravo države suda.¹¹² U današnje vrijeme, međutim, sve je snažnija potreba za rješavanjem međunarodnog sukoba zakona jer, usprkos tomu što postoje i naponi k međunarodnom i regionalnom ujednačavanju materijalnog prava, prava pojedinih država mogu se značajno razlikovati,¹¹³ dok subjekti na tržištu očekuju pravnu sigurnost u svojim prekograničnim pravnim poslovima.

108 Arthur NUSSBAUM, *Deutsche internationales Privatrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, Mohr, Tübingen, 1932., str. 337.-338. Vidjeti i Martin WOLFF, *Private International Law*, University Press, Oxford, 1945., str. 494. i dalje i 558. Suprotan stav vidjeti u Berndt GODENHIELM, *Fagen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete des Patentrechts*, *GRUR Int.*, vol. 6, br. 4, 1957., str. 152.; Rudolf NIRK, *Zum Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips und der lex rei (sita) im internationalen Patent- und Lizenzrecht*, u: R. GLANZMANN/H. FALLER (ur.), *Ehrengabe für Bruno Heusinger*, C.H. Beck, München, 1968., str. 233.

109 Vidjeti praksu navedenu u Bertold EISNER, *Međunarodno privatno pravo. Knjiga II.*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1956., str. 208., bilj. 8.

110 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga II.*, op. cit., str. 208.

111 Vidjeti supra 2.1.

112 U odnosu na tadašnju talijansku i francusku sudsku praksu vidjeti, L.-G. UBERTAZZI, *La protezione del software nei rapporti italo-tedeschi, Il diritto d'autore*, 1991., str. 347.; E. TREPPOZ, *La protection internationale du logiciel: du droit compare au droit international prive, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Paris, 2001.*, str. 14. **Primjere primjene prava države suda na paralelne postupke** vidjeti u odlukama: *Computer Associates International, Inc. V. Altai, Inc.*, 775 F. Supp 544 (EDNY 1991), 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992) te *Société Computer Associates International, Inc. et APP c/ Société FASTER et Société Altai*, Tribunal de commerce de Bobigny, 20.01.1995., *RIDA*, br. 166, 1995., str. 325., Cour d'appel de Paris, 23.10.1998., *Expertises*, 1999., str. 31.

113 Vidi supra 2.3.

3.2. Međunarodne konvencije ili domaći propis kao formalni pravni izvor kolizijskih pravila

U području autorskog prava postoji više međunarodnih konvencija kojima se uređuju određena pitanja, među kojima Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1886. godine (dalje: Bernska konvencija),¹¹⁴ na koju se poziva i Sporazum TRIPs, zauzima posebno važno mjesto. Bernska konvencija počiva na nekoliko temeljnih načela, uključujući načelo nacionalnog tretmana, načelo automatske zaštite i načelo neovisnosti zaštite.¹¹⁵ Neki autori tvrde da je pitanje mjerodavnog prava za određena pitanja zaštite pravom intelektualnog vlasništva riješeno odredbom o nacionalnom tretmanu sadržanom u čl. 5. te Konvencije.¹¹⁶ Nasuprot tomu, druga skupina autora smatra da je bit nacionalnog tretmana u nediskriminaciji jer se njime, svim autorima koji su obuhvaćeni poljem primjene odnosnog međunarodnog ugovora, jamči postupanje s njihovim autorskim djelima u državi zaštite jednako onome koje država iskazuje svojim državljanima, te da se tu ne

114 U tekstu nakon revizije Pariškim aktom iz 1971. godine, u primjeni u RH od 8.10.1991., tekst nije objavljen u NN. Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, objavljena u NN MU 12/93. i 3/99.

115 WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO, Geneva, 1978., str. 32.-34. Vidi i, KATZENBERGER, Paul, *General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions*, VCH, Weinheim/New York/Basel/Cambridge/Tokyo, 1989. Pored navedena tri, važno je i načelo minimalnih prava. Vidjeti više Ivana KUNDA, *Pravo mjerodavno za povrede prava intelektualnog vlasništva*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008., str. 218.-226.

116 Vidjeti primjerice Friedrich-Karl BEIER, *Hundert Jahre pariser Verbandstübereinkunft, ihre Rolle in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, *GRUR Int*, br. 6/7, 1983., str. 343.; Alain BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3. izd., LARCIER, Bruxelles, 2005., str. 337.; Curtis A. BRADLEY, *Extraterritorial Application of U.S. Intellectual Property Law: Principal Paper: Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, *Va. J. Int'l L.*, vol. 37, 1997. str. 547.; Ivan HENNEBERG, *Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela od 1886. i njezini kasniji akti do 1971.*, *Prinosi*, vol. 16, br. 19.; 1983., str. 50.; Krešimir SAJKO, *Međunarodno privatno pravo*, 4. izm. i dop. izd., Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 279.; Alois TROLLER, *Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Verl. für Recht und Gesellschaft, Basel, 1952., str. 8.; E. ULMER, *op. cit.*, str. 10.

krije i kolizijsko pravilo.¹¹⁷ Iz razloga koje ne možemo ovdje podrobije raspraviti, pristali bismo uz potonje tumačenje.¹¹⁸ S obzirom na to da međunarodne konvencije koje obvezuju Republiku Hrvatsku ne sadrže kolizijske odredbe koje bi rješavale pitanje mjerodavnog prava, odgovore na ova pitanja valja potražiti u domaćim zakonima.

Jednako tako, ZAPSP, kao ni drugi hrvatski zakoni o pravima intelektualnog vlasništva, ne sadrži kolizijska pravila. Jedino što uređuje, a odnosi se na međunarodno obilježje, jest kao i Bernska konvencija, pravo stranaca (njem. *Fremdenrecht*, franc. *condition des étrangères*). Tako primjerice, ZAPSP u Glavi VII. pod nazivom Područje primjene zakona određuje da su, jednako kao i autori i nositelji srodnih prava koji su hrvatski državljani ili imaju svoje sjedište u Hrvatskoj, zaštićene prema ZAPSP, i strane fizičke ili pravne osobe u okviru obveza što ih je Hrvatska prihvatila na temelju međunarodnih ugovora ili stvarne uzajamnosti.¹¹⁹ U svim drugim slučajevima stranac ne uživa u Hrvatskoj veću zaštitu nego što je ima u državi čiji je državljanin ili u kojoj ima svoje sjedište, ako autori i nositelji srodnih prava koji su hrvatski državljani ili imaju svoje sjedište u Hrvatskoj u državi stranca uživaju manju zaštitu nego što joj je priznata prema ZAPSP.¹²⁰ Dakle, pitanje mjerodavnog prava za raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu valja potražiti u propisu, koji predstavlja *sedes materiae* hrvatskog međunarodnog privatnog prava – Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ).¹²¹

117 Paul GOLDSTEIN, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2001., str. 72. Vidjeti i Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : Essai d'une analyse conflictuelle*, doktorska disertacija, Sveučilište Paris I, 1996.; Graeme B. DINWOODIE, *Conflicts and International Copyright Litigation: The Role of International Norms*, u: Jurgen BASEDOW/Joseph DREXL/Annette KUR/Axel METZGER (ur.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005., str. 200.; François DESSEMONTET, *Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace*, *J. Int'l Arb.*, vol. 18, br. 5, 2001., str. 489.; Maria MARTIN-PRAT/Jane GINSBURG/Shira PERLMUTTER/Graeme DINWOODIE, *Commentary and Panel Discussion on Choice of Law*, u: HANSEN, Hugh C. (ur.), *International Intellectual Property Law and Policy*, vol. 7, Juris Publishing, Inc., Huntington (NY), 2002., str. 99-101.; Roberto MASTROIANNI, *Diritto Internazionale e Diritto d'Autore*, Giuffrè, Milano, 1997., str. 390.-397.; Haimo SCHACK, *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1979., str. 33. i dalje; Christopher WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998., str. 13.

118 Vidjeti više I. KUNDA, op. cit., str. 226.-245. O tome u novijoj hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti i Igor GLIHA/Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Pravni položaj stranaca kao nositelja autorskog i srodnih mu prava*, *Zbornik HDAP*, vol. 10, 2009., str. 69.-86.

119 Čl. 194. st. 1. i 2. ZAPSP.

120 Čl. 194. st. 4. ZAPSP. Vidjeti i čl. 196.-201. ZAPSP.

121 Sl. I. SFRJ 43/82, 72/82 i NN 53/91. U slučaju da bi za ugovor o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu bila nadležna arbitraža čije je mjesto na području Hrvatske, pitanje mjerodavnog prava za bit spora prosuđuje se prema Zakonu o arbitraži, NN 88/01.

3.3. Pravo mjerodavno za raspodjela autorskim pravom na računalnom programu

Na ugovorne odnose primjenjuju se poglavito odredbe čl. 7., 8., 14., 17. te 19.-23. ZRSZ. One su kao i glavina kolizijskih pravila nadahnute pronalazjenjem prava one države koje je najuže povezano s pravnim odnosom za koji se utvrđuje mjerodavno pravo.¹²²

3.3.1. Izbor mjerodavnog prava

Odredba čl. 19. ZRSZ propisuje mjerodavnost prava koje su ugovorne strane izabrale (*lex autonomiae*), ako u ZRSZ ili nekom međunarodnom ugovoru nije drukčije uređeno.¹²³ S obzirom na to da je izričaj ove odredbe zbog svoje jednostavnosti ujedno i neograničavajući,¹²⁴ u teoriji se ona tumači tako da ostavlja široki prostor ugovornim stranama u izboru mjerodavnog prava. Pritom je moguće usporednopravno uočiti da i u stranim pravima autonomija volje ima prvenstvenu ulogu kod određivanja mjerodavnog prava za ugovore, uključujući i ugovore o raspodjeli autorskim pravom na računalnom programu. Primjerice, Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose (dalje: Uredba Rim I)¹²⁵ utvrđuje da je volja ugovornih strana o primjeni mjerodavnog prava jedno od temeljnih načela kolizijskopravnog sustava za ugovorne odnose što je i izraženo u njezinom čl. 3.¹²⁶

¹²² O osnovnom načelu upućivanja na mjerodavno pravo vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 13.; Damir KLASIČEK, **Temeljna načela međunarodnog privatnog ugovornog prava**, *Pravni vjesnik PFO*, br. 1-2., 2001., str. 203.-221.

¹²³ Ova poveznica gotovo je bez izuzetka zastupljena i u zakonima o međunarodnom privatnom pravu stranih država, primjerice čl. 27. njemačkog *Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)*, BGBl 1994 I-2494, posljednja izmjena 3.4.2009. 2009 I-700.; čl. 110. st. 3. u svezi s čl. 122. st. 2. švicarskog *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, RS 291/1987; čl. 57. talijanskog Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (*LDIP*), Suppl. ord. GU Serie gen. 128/1995; čl. 21. makedonskog *Zakon za međunarodno privatno pravo (ZMPP)*, Sl. v. 87/07; čl. 19. slovenskog *Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)*, Ur.l. 56/1999 i 45/2008.

¹²⁴ Klasiček prigovara ovakvom „nedovoljno preciznom“ načinu propisivanja autonomije volje stranaka jer ostavlja određena pitanja nerazriješenima. Damir KLASIČEK, *Autonomija u međunarodnom privatnom pravu – novije tendencije*, *Zbornik PFZ*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 695. Vidjeti općenito o problemima tumačenja autonomije volje stranaka, Petar BOSNIĆ, *Osnovna pitanja autonomije stranaka u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1973.

¹²⁵ OJ L 117 4.7.2008. str. 6., L 177, 4.7.2008, str. 6. *corrigendum*. Uredba Rim I stupila je na snagu 23.7.2008., godine i primjenjuje se na ugovore sklopljene nakon 17.12. 2009. i na postupke pokrenute nakon 17.9.2009. godine čime je zamijenila Rimsku konvenciju o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose iz 1980. godine, OJ C 334, 30.12.2005., str. 1.

¹²⁶ O autonomiji volje stranaka u Uredbi Rim I vidjeti više u Stefan LEIBLE, *Choice of the Applicable Law*, in: Eleanor CASHIN RITAINE/Andrea BONOMI (ur.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, 2008., str. 61. i dalje; Peter MANKOWSKI, *Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, *Internationales Handelsrecht*, 2008., str. 134. i dalje.

Na samom početku rasprave o kolizijskopravnoj autonomiji volje nužno je spomenuti pitanja dopustivosti izbora i granica izbora mjerodavnog prava. Ova pitanja podvrgnuta su pravu države suda (*lex fori*). Stoga se može reći da je odredba čl. 19. ZRSZ ograničila taj izbor samo na ona pitanja koja potpadaju u polje primjene ZRSZ, a to su statusni, obiteljski i imovinski, odnosno stvarnopravni odnosi s međunarodnim obilježjem.¹²⁷ To svakako obuhvaća i ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Iako hrvatsko pravo ne propisuje uvjet koneksiteta kao moguće ograničenje izbora mjerodavnog prava pa je mogu izabrati i pravo koje nema nikakvih dodirnih točaka s pravnim ugovorom, u određenim slučajevima postoje specifična ograničenja izabranom pravu. Kao što je prethodno bilo objašnjeno, ugovor kojim se osniva pravo iskorištavanja računalnog programa u korist određene osobe može po svojoj prirodi biti potrošački ugovor. U tom slučaju čl. 4. ZZP propisuje da se izborom mjerodavnog prava potrošač koji ima boravište u Hrvatskoj ne može lišiti zaštite koju uživa prema prisilnim pravilima ZZP.¹²⁸ O daljnjim pitanjima ograničenja kod raspolaganja autorskim pravom kasnije se detaljnije raspravlja s obzirom na to da su ostala ograničenja vezana općenito za mjerodavnost prava neke države, a ne samo na temelju stranačkog izbora mjerodavnog prava.¹²⁹

Stranački izbor mjerodavnog prava može biti izričit tako što će ugovorne strane izrijekom uglaviti odredbu poput ove: za sva pitanja iz ovog ugovora i odnosa koji iz njega proizlaze mjerodavno je pravo države X. Stranački izbor može biti i prešutan,¹³⁰ ali kako odredba čl. 19. ZRSZ ne pojašnjava što se podrazumijeva pod prešutnim izborom potrebno ju je tumačiti sukladno s drugim kolizijskim odredbama hrvatskih zakona. Pa tako, Pomorski zakonik (dalje: PZ)¹³¹ propisuje da je prešutni izbor onaj gdje se „namjera [ugovornih strana] o primjeni određenog prava može utvrditi iz okolnosti slučaja“,¹³² dok Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (dalje: ZOSOZP)¹³³ propisuje da je to izbor kod kojeg se „namjera [ugovornih strana] o primjeni određenog prava može nedvosmisleno utvrditi iz okolnosti slučaja“.¹³⁴ Postavlja se pitanje koje su to okolnosti slučaja koje mogu biti temelj za utvrđivanje da su ugovorne strane imale namjeru izabrati mjerodavno pravo, kada to nisu učinile

127 Čl. 1. st. 1. ZRSZ.

128 U ZZP su u hrvatsko pravo preuzete odredbe iz *acquis communautaire* koje se odnose na zaštitu potrošača u privatnopravnim odnosim, s time da se, prema čl. 3. t. 1. ZZP, potrošačem smatra svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao na tržištu, u svrhe koje nisu namijenjene njegovom zanimanju niti njegovoj poslovnoj aktivnosti ili poduzetničkoj djelatnosti. Vidjeti o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih uglavaka u A. POŠČIĆ, *Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima*, *Zbornik PFS*, vol. 34, br. 2, 2005., str. 165.-190.

129 Vidjeti infra 3.3.4. i 3.3.5.

130 Tako i K. SAJKO, op. cit., str. 144. s pozivom na odredbe materijalnog ugovornog prava iz ZOO.

131 NN 181/04, 76/07 i 146/08.

132 Vidjeti čl. 975. i 978. PZ. U sudskoj praksi postoji primjer prešutnog izbora mjerodavnog prava temeljem ranijeg Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi: VS RH Rev-73/83, 27.10.1983., Krešimir SAJKO/Hrvoje SIKIRIĆ/Vilim BOUČEK/Davor BABIĆ/Nina TEPEŠ, *Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava*, Informator, Zagreb, 2001., str. 185. i 186.

133 NN 132/98, 63/08 i 134/09.

134 Vidjeti čl. 178. st. 1. ZOSOZP.

izrijekom. Iz činjenice da se utvrđuje namjera ugovornih strana nedvojbeno slijedi da su to subjektivne okolnosti, dakle one okolnosti koje svojim postupanjima određuju same ugovorne strane, te da se takve okolnosti prosuđuju *in casu*. Uobičajeno se tu spominju sljedeće okolnosti: izbor nadležnog suda, jezik na kojem je ugovor sastavljen, valuta plaćanja, pozivanje na neke odredbe određenog nacionalnog zakona, pozivanje na neke autonomne izvore prava koji su tipični za određeni pravni poredak i slično.¹³⁵ Pri utvrđivanju namjere ugovornih strana da izaberu određeno pravo kao mjerodavno valja svakako voditi računa o tomu da navedene okolnosti nisu dostatne ukoliko se pojave samostalno, već je potrebna njihova kumulacija.¹³⁶ Naime, izraz za „nedvosmisleno utvrđenje“ uvjetovan je potrebom postojanja pravne sigurnosti u ugovornim odnosima kako bi se izbjegle konstrukcije prešutne volje koja nije utvrdiva s dostatnom sigurnošću čime bi se ugovorne strane izvrnule primjeni prava kojeg nisu mogle predvidjeti kao mjerodavnog za njihov ugovor pa u skladu s njime nisu mogle niti postupati u ispunjavanju tog ugovora.

Pored navedenog, volja ugovornih strana iz čl. 19. ZRSZ može mjerodavnim određivati pravo neke države u odnosu na cijeli ugovor ili samo na neki njegov dio, kao što izrijekom predviđaju i detaljnije odredbe posebnih hrvatskih zakona koji sadrže kolizijska pravila za ugovorne odnose, kao i Uredba Rim I.¹³⁷ Ipak takvo cijepanje statuta (*depeçage*) nije moguće na uštrb koherentnosti primjene materijalnog prava. Tako najeklatantniji primjer nedopuštenog cijepanja statuta predstavlja ugovorno utanačenje kojime ugovorne strane predviđaju primjenu prava države X za ugovorna prava nositelja autorskog prava na računalnom programu, a pravo države Y za ugovorne obveze stjecatelja prava iskorištavanja na tom računalnom programu.

Iako to nije izričito propisano u odredbi čl. 19., iz biti autonomije volje proizlazi i da ugovorne strane mogu mjerodavno pravo naknadno sporazumno mijenjati određujući mjerodavnim pravo države različite od one čije je pravo bilo prvotno izabrano, stavljajući izvan snage raniji izbor mjerodavnog prava bez naknadnog izbora ili pak nadomještajući raniji nedostatak izbora kasnijim sporazumom o izboru mjerodavnog prava. U svim tim slučajevima izbor ima retroaktivni učinak, osim

135 Tako i Petar BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno pravo: obrazloženje i komentar zakona, Knjiga I.*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1999., str. 107. Vidjeti i francuski slučaj naveden u Muriel JESSELLIN-GALL, *Les contrats d'exploration du droit de propriété littéraire et artistique*, GLN Joly, Paris, 1995., str. 373., gdje se za ugovor za iskorištavanje prava u SAD i Kanadi, jer je pisan francuskim jezikom i sadrži odredbe koje u cijelosti odgovaraju francuskom pravu, smatra da postoji prešutna volja stranaka.

136 Primjerice, u recitalu 12. Uredbe Rim I navodi se da je prorogacija međunarodne nadležnosti suda određene države jedan od čimbenika za utvrđenje da je prešutni izbor mjerodavnog prava dovoljno jasno pokazan. Time je ostupljeno od načela *qui elegit iudicem elegit ius* koje je bilo utjelovljeno u odredbi u čl. 3. Prijedloga Uredbe Rim I prema kojem je izbor nadležnog suda automatski značio i prešutni izbor mjerodavnog prava. Vidjeti *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, Brussels, 15.12.2005., COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf> (posljednji posjet 10.12.2009.).

137 Vidjeti supra bilj. 131. i 133. te čl. 3. st. 1. *in fine* Uredbe Rim I. Takav stav zastupa se i u hrvatskom pravu. Vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 148.

ako su ugovorne strane drukčije odredile,¹³⁸ pa se primjenjuje na cjelokupni pravni odnos od njegova začetka do prestanka. Pritom, Uredba Rim I propisuje određena ograničenja retroaktivnosti prema kojima naknadne promjene mjerodavnog prava temeljem stranačkog raspolaganja ne utječu na valjanost ugovora u pogledu oblika i na prava trećih osoba.¹³⁹ Ova ograničenja opravdavaju se načelom pravne sigurnosti.

3.3.2. Pravo mjerodavno u nedostatku izbora

Ne izaberu li ugovorne strane izrijeком mjerodavno pravo ili se njihova namjera o tomu ne može s dostatnom sigurnošću utvrditi iz okolnosti slučaja, primjenjuje se objektivna poveznica podrednog kolizijskog pravila. Ono je u ZRSZ propisano tehnikom postavljanja presumpcija koje upućuju na mjerodavno pravo za pojedinačne ugovore, njih devetnaest, te opću dvadesetu predmnjevu koje se mogu oboriti ako postoje posebne okolnosti koje ukazuju na to da je ugovor u užoj vezi s nekim drugim pravom. U nastavku se tumači kategorija vezivanja radi odabira kolizijskog pravila kojeg valja primijeniti, izučava kolizijskopravno upućivanje temeljeno na doktrini karakteristične činidbe te ispituje djelovanje klauzule izuzeća.

3.3.2.1. Tumačenje kategorije vezivanja

Dvije su odredbe u čl. 20. ZRSZ koje se izravno odnose na pravo intelektualnog vlasništva.¹⁴⁰ Odredba čl. 20. t. 14. ZRSZ navodi da se kao mjerodavno primjenjuje „za ugovor o autorskom pravu – pravo mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište autora.“ Odredba u čl. 20. t. 18. ZRSZ glasi: „za ugovor o prijenosu tehnologije (licencije i dr.) – pravo mjesta gdje se u vrijeme sklapanja ugovora nalazilo sjedište primatelja tehnologije“.¹⁴¹ Prvenstveno je nužno razgraničiti polja primjene *rationae materiae* ovih dviju odredbi polazeći pritom od tumačenja pojmova koji čine njihove kategorije vezivanja: ugovor o autorskom pravu i ugovor o prijenosu tehnologije.

Izraz „ugovor o autorskom pravu“ nije moguće naći u hrvatskim autorskopравnim propisima. U pravnoj pak teoriji i praksi ustalili su se određeni izrazi kao što je „autorski ugovori“, dok bi ispravnije bilo tu skupinu ugovora nazvati „autorskopравni ugovori“. Prema Hennebergu, autorskopравni ugovori su ugovori kojima autor ili drugi nositelj autorskog prava prenosi na drugu osobu svoje pravo iskorištavanja autorskog djela ili neka od tih prava u određenom trajanju.¹⁴² Slijedom ovog određenja autorskopравnih ugovora može se zaključiti da sadržaj tog pojma odgovara pojmu „ugovor o autorskom pravu“. Rezultat jezičnog tumačenja potonjeg pojma jest

138 Vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 145.

139 Čl. 3. st. 2. Uredbe Rim I.

140 Suprotno tomu, Bosnić tvrdi da postoji šutnja ZRSZ za ugovor o patentu i drugim pravima industrijskog vlasništva. BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno pravo*, op. cit., str. 113.

141 O ugovorima o prijenosu tehnologije u okviru europskog kolizijskog prava vidjeti supra bilj. 3.

142 I. HENNEBERG, op. cit., str. 163. i 164.

njegov obuhvat koji uključuje sve ugovore kojima se na bilo koji način raspolaze autorskim pravom.¹⁴³ Prema tomu, kategorija vezivanja „ugovor o autorskom pravu“ u upotrebi u ZRSZ čini se dostatno širokom da može obuhvatiti svaki ugovor kojime se raspolaze autorskim pravom,¹⁴⁴ uključujući i onaj koji je predmet ovog rada – ugovor o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Također nužnim čini se napomenuti da je i svaki drugi ugovor sklopljen s istom gospodarskom svrhom (primjerice, ugovor o prijenosu *copyrighta*),¹⁴⁵ bez obzira što možda ima drukčija obilježja i pravnu prirodu jer je sklopljen prema nekom stranom pravu, također moguće podvesti pod odredbu čl. 20. t. 14. ZRSZ kako bi se utvrdilo kojem je pravu podvrnut u slučaju da ugovorne strane nisu izabrale mjerodavno pravo.¹⁴⁶ Slijedom navedenog, nije nužno detaljnije se baviti pitanjem tumačenja kategorije vezivanja „transfer tehnologije“, već se drži dovoljnim napomenuti da se ona odnosi na razne oblike raspolaganja pravima industrijskog vlasništva (poput prijenosa i licencija) između pojedinih pravnih subjekata.¹⁴⁷

3.3.2.2. Uputa temeljem poveznice

Daljnja analiza odredbe čl. 20. t. 14. ZRSZ odnosi se na poveznicu „mjesto prebivališta odnosno sjedišta autora.“¹⁴⁸ Hrvatska teorija smatra da ova poveznica utjelovljuje u usporednom pravu široko prihvaćenu doktrinu karakteristične činidbe.¹⁴⁹ Prema doktrini karakteristične činidbe počiva na shvaćanju da određena činidba u ugovoru ispunjava gospodarsko-društvenu ulogu u nekoj državi, stoga se utvrđuje „funkcionalnom analizom“ pravnog odnosa o kojem je riječ. To je najčešće činidba

143 O „raspolaganju autorskim pravom“ govori Gliha u raspravi o pravnoj prirodi ugovora iz područja autorskog prava u okviru monističke koncepcije. I. GLIHA, *Autorsko pravo*, op. cit., str. 11. i 12.

144 Smatramo da bi se ova odredba trebala tumačiti i na način da se pod nju podvode i svi ugovori koji se odnose na raspolaganja autorskom srodnim pravima, prvenstveno zbog potrebe da se odredbama čl. 20. t. 14. i 18. ZRSZ cjelovito urede ugovorna raspolaganja pravima intelektualnog vlasništva.

145 Vidjeti supra 2.3.1., posljednji odlomak.

146 O kvalifikacija kategorije vezivanja u prvom stupnju prema *lex fori* vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 174.

147 Vidjeti supra bilj 3.

148 Takvo rješenje usvaja i čl. 110. st. 3. u svezi s čl. 122. st. 1. švicarskog *LDIP* za sve ugovore o pravu intelektualnog vlasništva jer se određuje mjerodavnost prava države uobičajenog boravišta prenositelja prava, odnosno davatelja licencije.

149 Ovakvo tumačenje odgovara i stajalištu u hrvatskoj pravnoj književnosti, a što je moguće zaključiti *argumentum a contrario* jer se smatra, kako navodi Župan, da označavanje primatelja tehnologije kao osobe kojom se upućuje na mjerodavno pravo za ugovore o prijenosu tehnologije dolazi do odstupanja od doktrine karakteristične činidbe. M. ŽUPAN, op. cit., str. 186.

koja nije plaćanje, već primjerice predaja robe ili pružanje usluga.¹⁵⁰

Na primjeru ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu uočava se da na strani autora postoji obveza osnivanja prava iskorištavanja tog programa za stjecatelja, dok je na strani stjecatelja prisutna obveza plaćanja određene naknade, a nerijetko i obveza iskorištavanja računalnog programa.¹⁵¹ Slijedom funkcionalne analize ovih temeljnih protučinidaba moguće je doći do zaključka da je karakteristična činidba ona autora. S jedne strane, autor je u stvaranje djela uložio određeni intelektualni napor, vrijeme, a nerijetko i materijalna sredstva. S druge strane, stjecatelj nema mogućnost zakonitog korištenja toga djela bez dopuštenja autora.¹⁵² Dakle, svrha prijenosa imovinskog autorskog prava ili osnivanja za drugoga prava iskorištavanja nekog autorskog djela jest zadovoljenje potrebe za korištenjem računalnih programa pa bi karakteristična u društveno-gospodarskom smislu bila činidba autora. Nasuprot tomu, poglavito njemačka pravna teorija smatra da okolnosti da se radi o isključivom raspolaganju ili da se ugovara obveza iskorištavanja predstavljaju prevagu u korist stjecatelja kao ugovorne strane koja obavlja karakterističnu činidbu.¹⁵³ Navodi se, između ostalog, da je karakteristična činidba ona stjecatelja jer on preuzima poduzetnički i pravni rizik ulažući sredstva u komercijalizaciju predmeta zaštite.¹⁵⁴ Kritike ovom pristupu upućuju se poglavito zbog toga što se u prvom slučaju obveza stjecatelja ne mijenja u svojoj biti,¹⁵⁵ dok je u drugom slučaju samo djelo nužno da bi se iskorištavalo i ono autoru omogućava

150 Adolf F. SCHNITZER, *Handbuch des Internationales Privatrecht, II*, 4. izd., Basel, 1958., str. 52. i 53.; Benedetta UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè editore, Milano, 2008., str. 69. i 70.; Mario GIULIANO/Paul LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ 31.10.1980, C 282, str. 1, str. 20.

151 Vidjeti supra 2.3.4.

152 U tom smislu François DESSEMONTET, *Les contrats de licence en droit international privé*, u: *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985., str. 450.; Yuko NISHITANI, *Contracts concerning intellectual property Rights*, u: Franco FERRARI/Stefan LEIBLE (ur.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009., str. 68.

153 Vidjeti primjerice E. ULMER, op. cit., str. 48.-51.; P. MANKOWSKI, op. cit., str. 138.; Axel METZGER, *Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the Current ALI Draft*, u: Jürgen BASEDOW/Joseph DREXL/Annette KUR/Axel METZGER (ur.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005., str. 63., 69. i dalje; Jacques RAYNARD *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, LITEC, Paris, 1990., str. 564. i dalje. Dodatni razlozi koji se navode u prilog tome da je karakteristična činidba na strani stjecatelja jesu okolnosti da on u iskorištavanje predmeta zaštite ulaže materijalna sredstva i ljudske resurse. Giovanna MODIANO, *Le contact de licence de brevet*, Droz, Genève, 1979., str. 138.-141.

154 Tako u okviru nakladničkog ugovora M. JOSSELIN-GALL, op. cit., str. 377. i 378.

155 Mireille M. VAN EECHOU, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003., str. 199.-201.; Y. NISHITANI, loc. cit.

stjecanje naknade iskorištavanjem.¹⁵⁶ Daljnje kritike polaze od toga što je obveza iskorištavanja, kao čimbenik presudan za određivanje mjerodavnog prava, utvrdiva samo prema materijalnom pravu pa to vodi cirkularnosti samog kolizijskopravnog postupka.¹⁵⁷

Opisani rezultat funkcionalne analize mogao bi se primijeniti i unutar Uredbe Rim I, koja odabirom svoje kolizijskopravne strukture uvelike nalikuje na ZRSZ. Uredba rješava pitanje podrednog ugovornog statuta na način da je prvo izdvojen popis od osam vrsta ugovora za koje su propisane posebne poveznice (čl. 4. st. 1.), koji međutim ne sadrži posebnu odredbu koja bi uređivala ugovore o raspolaganju pravima intelektualnog vlasništva.¹⁵⁸ Stoga se primjenjuje opća odredba koja upućuje na pravo države gdje se nalazi uobičajeno boravište osobe koja obavlja karakterističnu činidbu.¹⁵⁹ To znači da je tijelo primjene dužno utvrditi koja ugovorna strana obavlja karakterističnu činidbu. To je dužno činiti i kada je riječ o ugovorima o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu prema prethodno provedenoj funkcionalnoj analizi.

Povrh navedenog, Uredba Rim I u okviru popisa u čl. 4. st. 1. predviđa posebne odredbe za ugovor o distribuciji i ugovor o franshisi kojima se štite slabije ugovorne strane na način da se primjenjuje pravo distributera, odnosno primatelja franshise.¹⁶⁰ U okviru ovih dvaju vrsta ugovora nerijetko dolazi i do raspolaganja pravima intelektualnog vlasništva, poglavito žigom, znanjem i iskustvom, moguće patentnom, industrijskim dizajnom, a također i autorskim pravom uključujući onime na računalnom programu (zapravo *softwareom*). Moguće je zamisliti situaciju u kojoj francuski proizvođač automobila s hrvatskim distributerom zaključuje ugovor o distribuciji svojih vozila u kojem se, između ostalog, ugovara i osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa koji je, imajući u vidu današnju tehnologiju koja se ugrađuje u automobile, nužan za servisiranje vozila. Postavlja se u okviru Uredbe Rim I pitanje je li takav ugovor: a) kao cjelina podvrgnut pravu na koje se upućuje temeljem odredbe za ugovore o distribuciji ili b) se cijepa pa je dio o osnivanju prava na računalnom programu podvrgnut pravu na koje se upućuje temeljem odredbe za taj ugovor, a to je opća odredba o karakterističnoj činidbi, dok je preostali dio ugovora podvrgnut pravu mjerodavnom za ugovor o distribuciji. U teoriji se predlaže prvo rješenje uz obrazloženje da je prijenos ili licencija prava intelektualnog vlasništva (pa i osnivanje prava iskorištavanja autorskog djela) samo sporedni sadržaj ovih ugovora, te da su poveznice opravdane jer štite slabiju ugovornu stranu i stoga što distributer

156 James J. FAWCETT/Paul L.C. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998., str. 574.

157 Y. NISHITANI, loc. cit.

158 Takva odredba bila je uključena u čl. 4. st. 1. t. f) Prijedloga Uredbe Rim I i predviđala je da je mjerodavno pravo uobičajenog boravišta osoba koja prenosi na drugoga neko isključivo pravo.

159 Čl. 4. st. 2. Uredbe Rim I. Na doktrini karakteristične činidbe temelje se i ugovorne kolizijske odredbe zakona stranih država, primjerice čl. 28. njemačkog *EGBGB*; čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 22. makedonskog *ZMPP*; čl. 20. slovenskog *ZMZPP*.

160 Čl. 4. st. 1. t. e) i f) Uredbe Rim I. Vidjeti Prijedlog Uredbe Rim I, op. cit., str. 5.

i primatelj franchise obavljaju značajne gospodarske aktivnosti razvijajući tržište i osiguravajući klijente.¹⁶¹ Slična je situacija i s ugovorom o pružanju usluga kada je riječ o osnivanju za drugu osobu prava iskorištavanja računalnog programa.¹⁶²

Ova pitanja dovode i do pitanja kvalifikacije ugovora o distribuciji, ugovora o franshisi i ugovora o pružanju usluga u okviru čl. 20. ZRSZ. Sukladno pojašnjenjima uz Uredbu Rim I, moguće je izvesti zaključak da se na ugovor o pružanju usluga koji u sebi sadrži i sporednu obvezu o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa primjenjuje odredba čl. 20. t. 2. ZRSZ koja se odnosi na „ugovor o djelu, odnosno ugovor o gradnji“ i propisuje mjerodavnost prava mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište poslenika (poduzimača). Kako će taj poslenik u pravilu biti i osoba koja za drugoga osniva pravo iskorištavanja računalnog programa, u tim slučajevima ne bi trebalo biti razlika u primjeni mjerodavnog prava u odnosu spram odredbe čl. 20. t. 14. ZRSZ.

Kod ugovora o distribuciji i franshisi stanje je drukčije jer ti ugovori nisu u popisu čl. 20. ZRSZ. Stoga se na njih primjenjuje opća odredba čl. 20 t. 20. ZRSZ koja glasi: „za ostale ugovore – pravo mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište ponuditelja.“ Toj odredbi upućivane su opravdane teorijske kritike jer se uputa na pravo prebivališta odnosno sjedišta ponuditelja ne mora poklapati s pravom koje je u najužoj vezi s ugovorom. Povrh toga, u praktičnom smislu može biti izuzetno teško utvrditi tko je zapravo ponuditelj, a ako je to i moguće učestalo je to ishod puke slučajnosti.¹⁶³ Tome se ovdje dodaje i zamjerka cirkularnosti kolizijskopravnog upućivanja jer se poveznicom označava okolnost koja ovisi o materijalnom pravu (da bi se odredio ponuditelj potrebno je odrediti i je li određena komunikacija među stranama udovoljila uvjetu za ponudu) što pretpostavlja materijalnopravno zadiranje u bit spora prije određivanja mjerodavnog prava. Neki od ovih prigovora možda su bili i nadahnuće tijelu primjene kada se za ugovore, koji nisu u popisu, odlučilo zaobići uputu na prebivalište odnosno sjedište ponuditelja i

161 Y. NISHITANI, op. cit., str. 62.; Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights*, *Yearbook PIL*, 2008., str. 207.

162 Među tim ugovorima je i ugovor o pružanju usluga pod koji se, sukladno najnovijoj odluci Europskog suda pravde u okviru utvrđivanja međunarodne nadležnosti (ESP C-533/07 *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst*, vidjeti o tome Moritz BRINKMANN, *Der Vertragsgerichtsstand bei Klagen aus Lizenzverträgen unter der EuGVVO*, *IPRax*, br. 6, 2009., str. 487.-492.), ne može podvesti ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa. Iako ovu odluku valja uzeti u obzir u tumačenju odredbi Uredbe Rim I radi postizanja cilja koherentnosti pojedinih propisa međunarodnog privatnog prava Zajednice, u teoriji se ističe kako ponekad postoje ugovori o pružanju usluga u kojima se kao jedna od komponenata nalazi i raspolaganje nekim pravom intelektualnog vlasništva pa onda oni potpadaju pod posebnu odredbu za ugovore o pružanju usluga iz čl. 4. st. 1. t. b) Uredbe Rim I. Y. NISHITANI, op. cit., str. 62.-65.

163 Davor BABIĆ, *Određivanje mjerodavnog prava za ugovore u praksi Stalnog izabranog sudišta pri HGK*, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, 2000., str. 159.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 186.

primijeniti pravo određeno temeljem doktrine karakteristične činidbe.¹⁶⁴

Radi potpunosti pregleda navodi se da se mjerodavno pravo u konačnici određuje tako što se upućuje na neku od osobnih veza osobe koja obavlja karakterističnu činidbu: u slučaju ZRSZ to su prebivalište za fizičke osobe i sjedište za pravne osobe, a nikako i na mjesto gdje se obavlja karakteristična činidba.¹⁶⁵ Također, značajan je i dio odredbe koji rješava vremenski sukob zakona tako što određuje da će se upućivati temeljem mjesta prebivališta, odnosno boravišta u trenutku primitka ponude.¹⁶⁶

3.3.2.3. *Klauzula izuzeća*

Preostaje osvrnuti se i na posljednji dio odredbe čl. 20. ZRSZ kojom se propisuje „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“. U hrvatskoj pravnoj teoriji postoje različita mišljenja o tome kakva je priroda ove odredbe. S jedne strane, smatra se da se radi o upućivanju na pravo najbliže veze,¹⁶⁷ dok se prethodno izučavane odredbe koje počivaju uglavnom na karakterističnoj činidbi, primjenjuju samo alternativno. Prema tom stajalištu, redosljed radnji koje tijelo primjene provodi kada određuje mjerodavno pravo po čl. 20. je takav da se odredbe iz popisa od t. 1. do 20. primjenjuju samo nakon što se prethodno utvrdilo da posebne okolnosti ne vežu ugovor za neko drugo pravo.¹⁶⁸ Smatra se to u skladu s jezičnim i teleološkim tumačenjem odredbe.¹⁶⁹

Čini nam se, ipak da su izričaj i svrha odredbe takvi da opravdavaju drukčije gledište te da bi naprijed citirani dio odredbe čl. 20. ZRSZ trebalo smatrati klauzulom izuzeća (izbjegavajućom klauzulom).¹⁷⁰ Naime, ne čini se moguće provjeriti postoje li posebne okolnosti slučaja koje upućuju na drugo pravo ako prije toga nije utvrđeno koje je to „prvo pravo“. „Prvo pravo“ je upravo ono pravo na koje upućuje neka od odredbi s popisa u čl. 20. ZRSZ. Dakle, tek nakon utvrđenja koje je pravo „prvo“

164 TS Rijeka P-1176/2000 6.5.2003. citirano prema M. ŽUPAN, op. cit., str. 193.; SIS HGK IS-P-12/93 13.4.1993. te SIS HGK IS-P-5/93 24.5.1994. citirano prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 146.

165 Ovo se posebno napominje jer je SIS HGK u odluci IS-P-12/93 od 13.4.1993., supra bilj. 164., u nemogućnosti da podvede ugovor pod neku odredbu s popisa pogrešno primijenio doktrinu karakteristične činidbe jer je naveo da je „kao mjerodavno odredio hrvatsko pravo budući da je karakterističnu činidbu – proizvodnju robe i njenu isporuku te isporuku materijala i predaju opreme – trebalo izvršiti u Hrvatskoj.“ Postupajući na ovaj način arbitražno vijeće SIS HGK zapravo je primijenilo poveznicu mjesta ispunjenja ugovorne obveze (*lex loci solutionis*).

166 Zanimljivo je primijetiti da je za izuzetno ugovore o prijenosu tehnologije taj trenutak određen kao vrijeme sklapanja ugovora.

167 O rasprostranjenosti poveznice najbliže veze u hrvatskom pravu vidjeti M. ŽUPAN, op. cit., str. 25. i 26.

168 Petar ŠARČEVIĆ, *The New Yugoslav Private International Law Act*, *AJCL*, vol. 33, 1985., str. 293.

169 M. ŽUPAN, op. cit., str. 188.

170 O klauzuli izuzeća općenito vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 156.-160.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 27. i dalje. Klauzula izuzeća postoji i u usporednom pravu, primjerice čl. 28. st. 5. njemačkog *EGBGB*, čl. 57. talijanskog *LDIP*, čl. 20. slovenskog *ZMPP* i svakako najpoznatija opća klauzula izuzeća u čl. 15. švicarskog *LDIP*, ali i novija u čl. 3. makedonskog *ZMPP*.

mjerodavno po predmnevi neke odredbe s popisa, moguće je tu predmnevu iskušati provjerom upućuju li posebne okolnosti na neko „drugo pravo“, te ako je odgovor potvrđan i oboriti ju u korist primjene tog „drugog prava“. S teleološkog aspekta promatrano, nije jasno koja bi bila svrha odredbi s popisa čl. 20. ZRSZ kada bi se mjerodavno pravo utvrđivalo primjenom poveznice najbliže veze.¹⁷¹ Izričaj uvodne rečenice čl. 20. ukazuje upravo na to da je njezin dio koji glasi: „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“ u funkciji klauzule izuzeća, da se redovita uputa kolizijskog pravila na određeno mjerodavno pravo korigira u slučaju da to pravo nije ujedno i pravo s kojim je predmetni odnos u najbližoj vezi.¹⁷² Primijenjeno na ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, to znači da će tijelo primjene, ako nema izbora mjerodavnog prava, prvenstveno utvrditi koje je to pravo na koje upućuje odredba čl. 20. t. 14. ZRSZ te potom ispitujući sve odlučujuće okolnosti slučaja procijeniti ukazuju li one na primjenu nekog drugog prava.

Izučavanjem hrvatske prakse u primjeni čl. 20. ZRSZ dolazi se do zaključka da postoje određene teškoće s primjenom klauzule izuzeća. Naime, u kolizijskom dijelu obrazloženja nekih odluka razvidno je da se tijelo, koje je donijelo odluku, zadržava samo na jednostavnom utvrđenju da nema posebnih okolnosti slučaja koje upućuju na drugo pravo kao mjerodavno.¹⁷³ To se samo po sebi ne može smatrati dostatnim obrazloženjem jer ne sadrži razloge takvoj tvrdnji, odnosno analizu lokalizacije odlučujućih okolnosti u pojedinim državama da bi se utvrdilo postoji li značajna prevaga u korist drugog prava. Takve okolnosti mogu biti sve okolnosti slučaja koje su različite od poveznice iz odredbe s popisa kojom se utvrđuje „prvo“ mjerodavno pravo.¹⁷⁴ Primjerice, kod ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu te posebne okolnosti mogu biti sve osim prebivališta/sjedišta autora. Dakle pravo države na čiji se teritorij odnosi raspolaganje (što bi moglo biti ujedno i mjesto izvršenja ugovora), mjesto sklapanja ugovora, državljanstvo i uobičajeno boravište autora, državljanstvo, prebivalište i uobičajeno boravište, odnosno sjedište druge ugovorne strane, jezik na kojem je ugovor sastavljen, valuta plaćanja novčane obveze iz ugovora i drugo. Radi se o vrlo osjetljivom zadatku za tijelo primjene jer klauzula izuzeća predstavlja otklon od prava prebivališta odnosno sjedišta osobe koja obavlja karakterističnu činidbu (ovdje, autora) za koje zakonodavac predmnijeva da je najuže vezano za predmetni ugovor i

171 Zanimljivo je da Župan navodi da je najbliža veza iz prvog dijela odredbe čl. 20. ZRSZ tako skromno formulirana da je suci ne prepoznaju. M. ŽUPAN, op. cit., str. 194.

172 Tako djeluju i druge slične kolizijske odredbe za ugovorne odnose. Vidjeti primjerice Richard PLENDER/Michael WILDERSPIN, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2. izd., Sweet & Maxwell, London, 2001., str. 119. i dalje.

173 SIS HGK IS-P-15/96 15.9.1997.; SIS HGK IS-P-16/97 15.12.1998., navedeno prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 147. i 148. Vidjeti i praksu u M. ŽUPAN, op. cit., str. 192. i dalje.

174 Ovo se posebno ističe jer je u odluci SIS HGK IS-P-16/93 2.6.1994., navedeno prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 146. i 147., arbitražno vijeće držeći da postoje posebne okolnosti slučaja primijenilo ono pravo koje bi ionako bilo primijenjeno temeljem odredbe iz popisa, točnije odredbe čl. 20. t. 17. ZRSZ.

kao takva treba biti korištena samo u iznimnim slučajevima.

3.3.3. Doseg mjerodavnog prava

Općenito se za ugovorne odnose navodi da je doseg ugovornog statuta takav da se primjenjuje na pitanja, kao što su tumačenje ugovora i njegovih odredbi,¹⁷⁵ prava i obveze strana iz tog ugovora i njihovo ispunjenje, posljedice neispunjenja i zahtjevi koji stoje na raspolaganju ugovornoj strani koja potražuje nešto temeljem tog ugovora (zahtjev za ispunjenje ugovora, zahtjev za naknadu štete i drugo) u mjeri u kojoj su mogući prema postupovnom pravu države suda, posljedice ništetnosti ugovora, način prestanka obveza iz ugovora, uključujući zastaru i prekluziju, teret dokaza u mjeri u kojoj je propisan materijalnopравnim pravilima, a onda i materijalna valjanost ugovora (osim sposobnosti ugovornih strana) i formalna valjanost ugovora u kombinaciji s pravima nekih drugih država.¹⁷⁶ ZRSZ izrijekom propisuje takva pravila za zastaru potraživanja, formalnu valjanost (alternativno s pravom mjesta poduzimanja pravne radnje zbog načela *favor validitatis*),¹⁷⁷ određivanje trenutka od kada stjecateljja odnosno preuzimatelj pokretne stvari ima pravo na proizvode i plodove stvari te trenutka od kojeg snosi rizik u vezi s tom stvari, dok se iz dosega izuzima način predaje stvari i mjere koje se trebaju poduzeti ako preuzimanje stvari bude odbijeno.¹⁷⁸

Imajući u vidu navedena opća pravila, valja istaknuti da je problem razgraničenja dosega ugovornog statuta u području prava intelektualnog vlasništva dodatno otežan zbog načela teritorijalnosti tih prava koje uvjetuje da se određena suštinska pitanja vezana uz neko subjektivno pravo intelektualnog vlasništva ne mogu podvrgnuti ni

175 Vidjeti o primjeni načela *in dubio pro auctore* kod tumačenja ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu supra 2.3.2. i 2.3.3.

176 Vidjeti čl. 10.-12. i 18. Uredbe Rim I.

177 Alternativne poveznice prava mjerodavnog za pravnu radnju (*lex causae*) i mjesta gdje je pravna radnja poduzeta (*lex loci actus*) uobičajene su za oblik pravnog posla. Vidjeti čl. 11. Uredbe Rim I, čl. 11. njemačkog *EGBGB*, čl. 124. švicarskog *LDIP*, čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 7. slovenskog *ZMPP* čl. 7. makedonskog *ZMPP*.

178 Čl. 7., 8., 22. i 23. ZRSZ. Glede oblika pravnog posla slične odredbe postoje i u čl. 11. njemačkog *EGBGB*, čl. 124. švicarskog *LDIP*, čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 7. slovenskog *ZMPP* i čl. 7. makedonskog *ZMPP*.

pod koje drugo pravo osim pravo države zaštite.¹⁷⁹ U literaturi se nerijetko ukazuje na problem koji nastaje prilikom pokušaja razgraničenja dvovrsnih aspekata ugovora o raspolaganju pravom intelektualnog vlasništva, pa tako i prava iskorištavanja računalnog programa zaštićenog kao autorsko djelo.¹⁸⁰ Ti aspekti su: ugovorni te oni koji se odnose na samo pravo (ili kako se još nazivaju „stvarnopravni“).¹⁸¹

Tipična pitanja koja se odnose na samo pravo i izuzeta su iz primjene ugovornog statuta su: izvorno ovlaštenje na autorsko pravo i pitanje udovoljava li djelo autorskopravnoj zaštiti, potom trajanje prava, sadržaj isključivih ovlaštenja nositelja tog prava i ograničenja isključivih prava.¹⁸² Pored toga, postoje i druga pitanja koja se ne podvrgavaju ugovornom statutu (pitanje djelomične ili potpune prenosivosti prava, odnosno ovlaštenja koja čine njegov sadržaj, za sadašnja ili buduća djela, za ograničeni ili neograničeni teritorij, kao i pitanja formalne valjanosti pravnog posla kojime se odnosno pravo prenosi i učinaka prijenosa prema trećim osobama),¹⁸³ što se teorijskopravno može promatrati kroz usko određenje dosega ugovornog statuta ili djelovanje međunarodno prisilnih pravila. O potonjem više riječi u narednom poglavlju.

179 Vidjeti supra 3., uvodni tekst. Tu postoji poglavito u odnosu na autorsko pravo stajalište da u prilog primjeni prava države porijekla djela (*lex originis*) kada se odlučuje o tomu udovoljava li djelo pretpostavkama za autorskopravnu zaštitu i tko je njegov izvorni nositelj. Vidjeti Cour d'appel Paris, 14.3.1991., *JCP éd. G* 1992.-II, str. 21780.; Cour d'appel Paris, 9.2.1995., *RIDA* br. 166, 1995., str. 310.; *Sté Paneck c. Sté IBM Corp*, Tribunal de grande instance Paris, 16.5.1997., *RDPI* vol. 77, 1997., str. 46 (primijenjeno je englesko pravo za utvrđivanje originalnosti djela); *Itar-Tass News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82 (2d Cir. 1998); *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 25 F. Supp.2d 421 (SDNY 1998); 36 F. Supp.2d 191 (S.D.N.Y. 1999). Vidjeti i zanimljivu odluku u predmetu *Bodley Head, Ltd v. Flagon*, 1 WLR. 680, 688 (1972) gdje je primijenjeno švicarsko pravo, (a ne rusko ili pravo Ujedinjenog Kraljevstva) na spor koji se odnosio na knjigu Soljenitzina iz kolovoza 1914. Navedeno prema, François DESSEMONTET, *Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace*, dostupno na <<http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Conflict%20of%20Laws%20in%20Cyberspace.pdf>> (posljednji posjet 12.12.2009.), str. 14. i 15., bilj. 25.

180 André LUCAS/Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2. izd., Litec, Paris, 2001., str. 769.; J.-S. BERGÉ, op. cit., str. 325. i dalje.

181 Vidjeti primjerice Mireille M.M. VAN EECHOUD, op. cit., str. 193. i dalje; E. ULMER, op. cit., str. 44.-46.

182 Za razliku od europskih država gdje se čl. 9. st. 1. Direktive o računalnim programima propisuje da je svako raspolaganje pravima kojima se ograničavaju isključiva ovlaštenja nositelja autorskog prava na računalnom programu ništetna, sudska praksa u SAD uglavnom je na stajalištu da su pitanja ograničenja isključivih ovlaštenja dispozitivna pravila i da je njima moguće ugovorno raspolagati. E. TREPPOZ, op. cit., str. 196.-200.

183 Tako primjerice E. ULMER, op. cit., str. 46. i dalje; E. TREPPOZ, op. cit., str. 349. i dalje.

3.3.4. Javni poredak i međunarodno prisilna pravila

Nije moguće u okviru ovog rada iscrpno obraditi sva opća pitanja međunarodnog privatnog prava,¹⁸⁴ pa je zato pozornost usmjerena na ona koja su za ovu temu najznačajnija, a to su utjecaj javnog poretka na mjerodavno pravo te međunarodno prisilnih propisa.

Pravo strane države koje je određeno temeljem stranačke autonomije ili podredne objektivne poveznice, odnosno klauzule izuzeća može po svojim učincima biti nespojivo s temeljnim vrijednostima koja se štite u domaćem pravnom poretku. U takvom slučaju moguće je, koristeći se institutom javnog poretka, otkloniti primjenu stranog mjerodavnog prava i primijeniti domaće pravo.¹⁸⁵ Radi se o, tzv. međunarodnom javnom poretku (a ne domaćem) jer obuhvaća samo ona načela koja su od tolike važnosti da imaju djelovanje i u slučajevima s međunarodnim obilježjem na način da uklanjaju primjenu mjerodavnog prava radi vlastite zaštite. Glede sadržaja tih pravila bitno je imati na umu relativnost javnog poretka. Stoga je sud dužan definirati javni poredak sukladno onom poimanju koje postoji u njegovoj državi u vrijeme donošenja odluke.¹⁸⁶ Nadalje, da bi se odredba mogla primijeniti potrebna je protivnost učinka primjene stranog pravila javnom poretku, a ne protivnost pravila *per se*.¹⁸⁷ Također se zahtijeva postojanje veze s pravim poretkom države suda koja mora biti dostatno jaka da opravdava djelovanje javnog poretka (njem. *Inlandsbeziehung*).¹⁸⁸ Prilikom donošenja odluke sud po službenoj dužnosti pazi na poštivanje javnog poretka.¹⁸⁹

Kako bi djelovala odredba o javnom poretku može se prikazati na jednostavnom primjeru ugovora sklopljenog na engleskom jeziku u državi X kojime se raspolaže autorskim pravom na računalnom programu gdje ugovorne strane nisu izabrale mjerodavno pravo, s time da autor ima prebivalište u državi X, a stjecatelj ima prebivalište u Hrvatskoj. Predmetni računalni program omogućava korisniku probijanje zaštite elektronske pošte lozinkom (što nije nezakonito prema pravu države X). Ako bi se spor vodio pred hrvatskim sudom protiv autora na ispunjenje ugovora,

184 Ovdje se još dodatno napominje da su upućivanje dalje i uzvraćanje na polazno pravo (*renvoi*) isključeni kada su u pitanju ugovorni odnosi, pa se uvijek primjenjuje materijalno pravo države na koje upućuju kolizijska pravila. Vidjeti P. ŠARČEVIĆ, *The New Yugoslav Private International Law*, op. cit., str. 287.; B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1953., str. 73.; Natko KATIČIĆ, *Međunarodno privatno pravo – bilješke s predavanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1979., str. 35.

185 ČL. 4. ZRSZ. Vidjeti B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 88.; K. SAJKO, op. cit., str. 254. U usporednom pravu također se normira javni poredak: čl. 21. Uredbe Rim I, čl. 6. njemačkog *EGBGB*, čl. 17. švicarskog *LDIP*, čl. 57. (a i 16.) talijanskog *LDIP*; čl. 5. slovenskog *ZMPP* čl. 5. makedonskog *ZMPP*.

186 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 80. O relativnosti javnog poretka u hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti BOSNIĆ, P., *Hrvatsko međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 47.

187 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 77.; K. SAJKO, op. cit., 2005., str. 259.

188 Ibid., str. 256.-259.

189 Ibid., str. 264.

prema ZRSZ bi se trebalo primijeniti pravo države X. Hrvatski sud bi u ovom slučaju imao razloga otkloniti primjenu prava države X zbog protivnosti javnom poretku budući da je u Hrvatskoj Ustavom zajamčeno ljudsko pravo na slobodu i tajnost dopisivanja.¹⁹⁰

Od nešto većeg praktičnog značaja u autorskom ugovoru pravo su međunarodno prisilna pravila (pravila neposredne primjene, engl. *overriding mandatory rules*, *internationally mandatory rules*, njem. *Eingriffsnormen*, franc. *loi de police*, *règles d'application immédiate*).¹⁹¹ Tu se radi o izravnoj primjeni materijalnih pravila koja su međunarodno prisilne prirode na neko sporno pitanje, a da se pritom uopće ne ulazi u kolizijskopravno upućivanje. Hrvatsko pravo ne poznaje određenje međunarodno prisilnih pravila pa za tu svrhu može se koristiti određenje iz čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I prema kojoj su to pravila čije se poštivanje smatra u tolikoj mjeri ključnim od strane neke države za očuvanje njezinog političkog, društvenog ili gospodarskog ustrojstva da su primjenjiva na bilo koju situaciju koja potpada pod njezin domašaj, bez obzira na pravo inače mjerodavno za ugovor. Iako u usporednom pravu postoje odredbe koje izrijeком omogućavaju primjenu ili uzimanje u obzir međunarodno prisilnih pravila,¹⁹² takve odredbe nisu nužne da bi pravila neposredne primjene bila primijenjena upravo zbog njihove prisilnosti.¹⁹³ Najčešće se govori o primjeni međunarodno prisilnih pravila države suda, ali i onih pravila koja su dio mjerodavnog prava, ili pak prava neke treće države s kojom pravni odnos ima određenu usku vezu.¹⁹⁴

Pitanje identifikacije ovih pravila izuzetno je osjetljivo, poglavito zato što zakonodavac uobičajeno ne propisuje takvo svojstvo ovih nadprisilnih pravila, već ga treba dokučiti tumačenjem svake pojedine odredbe. Ovdje se navodi samo nekoliko primjera iz hrvatskog prava. Svakako najvažnija pravila koja se smatraju međunarodno prisilnima su ona o sadržaju te neprenosivosti *inter vivos* moralnih prava autora.¹⁹⁵ To je više puta potvrdio francuski sud, pa tako i u predmetu po tužbi zbog povrede moralnih prava koju su podnijeli nasljednici filmskog redatelja, a koji prema mjerodavnom pravu SAD nisu imali aktivnu legitimaciju jer je po pravu SAD nositelj svih prava na tom filmu bio američki filmski studio. Sud je na sporno

190 Čl. 36. Ustava Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01 i 55/01 (dalje: Ustav RH).

191 Vidjeti više i vidjeti upute u Ivana KUNDA, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka Law Faculty, Rijeka, 2007.; ID., *Međunarodno prisilna pravila: određenje pojma u europskom ugovornom međunarodnom privatnom pravu*, u: Maja KOSTIĆ-MANDIĆ (ur.), *V. konferencija međunarodnog privatnog prava: Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora, 18.-20. listopada 2007., Bečići, Crna Gora*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2008., str. 254.-282.

192 Vidjeti primjerice čl. 9. st. 2. i 3. Uredbe Rim I, čl. 34. njemačkog *EGBGB*, čl. 18. švicarskog *LDIP*, čl. 57. (a i 17.) talijanskog *LDIP* i čl. 14. makedonskog *ZMPP*.

193 P. ŠARČEVIĆ, op. cit., str. 131.

194 Opseg ovog rada ne dopušta detaljniju analizu ovog pitanja pa se upućuje na supra bilj. 191.

195 Čl. 14.-17. i 42. ZRSZ.

pitanje primijenio francuska pravila navevši da osoba koja je autor djela, samim njegovim stvaranjem, stječe moralno pravo propisano u njegovu korist te da je to međunarodno prisilno pravilo koje se primjenjuje bez obzira na inače mjerodavno pravo.¹⁹⁶ Ovakav pristup može se opravdati time što se odredbama o moralnim pravima štite za zajednicu ključni elementi društvenog ustrojstva države: jedinstvena osobna veza između autora i njegovog djela, a u okviru šire funkcije autorskih prava čije priznavanje može biti vrlo učinkovito sredstvo ostvarivanja ciljeva kulturne i inovacijske politike jedne države.

Kada bi se izučavala posebna pravila, koja se primjenjuju na računalne programe, tada bi se moglo reći da su u hrvatskom pravu određena pravila o iznimkama od isključivih ovlaštenja (izrada sigurnosnog primjerka i promatranje, proučavanje i ispitivanje rada programa)¹⁹⁷ te pravila o dekompiliranju međunarodno prisilne naravi i da se njihova primjena uvijek zahtijeva po samom zakonu ako se spor vodi pred hrvatskim sudom. Iako to za navedene dvije vrste isključenja donekle proizlazi iz odredbe koja navodi da je svaki ugovorni uglavak protivan tim odredbama ništetan,¹⁹⁸ potrebno je i dodatno propitati svrhu ovih odredbi. U vezi s izuzetkom, koji se odnosi na izradu sigurnosnog primjerka, valja istaknuti da je ta radnja tehnički nužna za redovito korištenje programa te da bi zabrana izrade sigurnosnog primjerka bila bi suprotna svrsi samog ugovora. U odnosu na proučavanje i ispitivanje rada programa u okviru dopuštenih radnji iskorištavanja s ciljem utvrđivanja ideja i načela na kojima počiva može se smatrati bitnim elementima u ravnoteži interesa koji se štite u autorskom pravu: pored autorovih, zaštitu treba osigurati i interesima javnosti na pristup idejama i znanju koji omogućavaju daljnji tehnološki napredak. Iako, za razliku od Direktive o računalnim programima koja ništetnim označava i ugovorne uglavke koji onemogućavaju dekompiliranje u propisanim okolnostima, ZAPSP ne predviđa nikakvu sankciju za ugovorno raspolaganje suprotno odredbama čl. 111. ZAPSP. Navedene radnje dekompiliranja izuzete iz isključivih ovlaštenja autora presudne su za interoperabilnost dvaju računalnih programa. Svrha tog izuzeća je održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja među proizvođačima računalnih programa.¹⁹⁹ Budući da su znanstveni i tehnološki napredak, kao i tržišno natjecanje bitni elementi hrvatskog društvenog i gospodarskog ustrojstva,²⁰⁰ ova se pravila mogu smatrati međunarodno prisilnim pravilima.

Za razliku od toga, odredbe koje se odnose na zaštitu potrošača iz ZZP zakonodavac nije označio kao međunarodno prisilna pravila, koja se primjenjuju bez

196 *Cour de cassation*, Ch. civ. 1er, *Huston c. La Cinq S.A.*, 28.5.1991., *RCDIP*, 1991., str. 752. Više vidjeti Jane C. GINSBURG/Pierre SIRINELLI, *Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy*, *Colum.-VLA J.L. & Arts*, vol. 15, 1991., str. 135.-160.

197 Čl. 110. st. 2. i 3. ZAPSP.

198 Čl. 110. st. 4. ZAPSP.

199 Tako E. TREPOZZ, op. cit., str. 356. ograničavajući se samo na odredbu o dekompiliranju kao međunarodno prisilnom pravilu.

200 Vidjeti čl. 68. i 49. Ustava RH. I same zakonske odredbe kojima se uređuju pitanja tržišnog natjecanja mogu predstavljati međunarodno prisilna pravila.

obzira na inače mjerodavno pravo, već samo kao pravila koja se primjenjuju bez obzira na pravo koje je mjerodavno zbog izbora ugovornih strana i to samo pod uvjetom da se radi o potrošaču koji ima boravište u Hrvatskoj i da bi se izborom mjerodavnog prava lišio zaštite koju uživa prema prisilnim pravilima ZZP.²⁰¹ Ipak, neka od ovih pravila iz ZZP mogla bi doseći i kvalitetu međunarodno prisilnih pravila kada bi se moglo pokazati da ona ne smjeraju samo zaštititi potrošača kao slabije ugovorne strane, već da su ključna za zaštitu gospodarske, društvene ili političke organizacije hrvatske države.

3.3.5. *Potrošački ugovori*

Kao što je prethodno bilo spomenuto, brojni ugovori koji se odnose na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu su potrošački ugovori pa im je zaštita pružena na materijalnoj razini. U hrvatskom pravu, međutim, nije uspostavljen kolizijskopравни sustav zaštite potrošača kakav primjerice postoji u Europskoj uniji. Sve ugovore, bili one građanskopravni, trgovački ili potrošački, ZRSZ uređuje na jednak način. Postoji u okviru ZZP, spomenuti mehanizam zaštite od izbora stranog mjerodavnog prava koje bi potrošača s uobičajenim boravištem u Hrvatskoj stavilo u lošiji položaj od onog koji ima prema hrvatskom pravu. To ipak ne rješava položaj onih potrošača čije je uobičajeno boravište izvan Hrvatske, kao niti okolnosti u kojima ne postoji izbor mjerodavnog prava.

Usporedbe radi ovdje se samo kratko navode rješenja iz čl. 6. Uredbe Rim I. Radi zaštite interesa potrošača i na kolizijskopravnoj razini uspostavljena su pravila koja se primjenjuju samo na ugovore koji proizlaze iz trgovačke ili profesionalne djelatnosti koju druga ugovorna strana provodi u državi uobičajenog boravišta potrošača ili bilo kojim sredstvima usmjerava prema toj državi.²⁰² Takav ugovor može biti podvrgnut izabranom mjerodavnom pravu, ali u mjeri u kojoj taj izbor ne lišava potrošača zaštite koju mu pružaju prisilna pravila onog prava koje bi bilo mjerodavno da nema stranačkog izbora. Pravo koje se primjenjuje na prethodno opisane potrošačke ugovore, u slučaju da ugovorne strane nisu iskoristile mogućnost izbora mjerodavnog prava, pravo je države uobičajenog boravišta potrošača. Postavlja se pitanje je li potrebno i u hrvatsko pravo *de lege ferenda*, uvesti na razini kolizijskih pravila zaštitu interesa potrošača kao slabije ugovorne strane,²⁰³ posebice s obzirom na to da će pravila iz Uredbe Rim I biti primjenjiva neposredno i u Hrvatskoj danom ulaska u Europsku uniju.

201 Vidjeti supra 3.3.1.

202 Izuzeci od primjene ovog članka postoje za određene vrste ugovora. Vidjeti čl. 6. st. 4. Uredbe Rim I.

203 Takav prijedlog, doduše, već zastario zbog naknadnih izmjena europskog prava iz kojeg je preuzet, vidjeti u K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str.

4. Zaključak

Računalni programi predstavljaju tehnološki standard u današnjem svijetu, no rastuća potreba za njihovim razvojem i usavršavanjem povezana je sa znatnim ljudskim, tehničkim i financijskim ulaganjima koji stoga opravdavaju zaštitu pravom intelektualnog vlasništva. Zaštita računalnog programa kao autorskog djela donosi određene posebnosti kada je u pitanju raspodaganje, koje ponajviše slijede iz različitog poimanja autorskog prava od jednog do drugog pravnog poretka. Hrvatsko autorsko pravo počiva na učenju o monističkoj prirodi autorskog prava smatrajući subjektivno autorsko pravo jedinstvenim i neprenosivim, osim izuzetno. Raspodaganje je moguće samo u odnosu na imovinsku komponentu autorskog prava, pa tako i za autorsko pravo na računalnom programu. Propisani oblik takvog raspodaganja je osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa u korist stjecatelja. U praksi se vrlo rijetko nalazi slučaj takvog izoliranog raspodaganja. Kada su u pitanju složeniji oblici ugovora tada se to osnivanje prava iskorištavanja na računalnom programu javlja kao ključni segment uz dodatno raspodaganje – ugovor o prodaji primjerka *softwarea* ili ugovor o distribuciji *softwarea*.

Opisana situacija pretpostavlja pažljivu analizu svih aspekata takvih ugovora kako bi se jasno razgraničila autorskopravna pitanja i pitanja prodaje, distribucije i slično. Dalje se postavlja i pitanje koja pravila nadopunjuju nepotpuno uređenje osnivanja prava iskorištavanja računalnog programa u okviru posebnih autorskopравниh propisa. Iz analize pravne prirode ovog ugovora proizlazi da se prvenstveno primjenjuju posebna pravila o računalnim programima u ZAPSP, a potom opća pravila o ugovorima o raspodaganju autorskim pravom, također u ZAPSP. U dijelu koji je ostao neuređen ovim posebnim propisom primjenjuju se opća pravila obveznog prava i opća pravila koja se primjenjuje na ugovorne odnose iz ZOO (ne i pravila koja se odnose na ugovore o licencijama), pri čemu valja obratiti pozornost na okolnost je li riječ o trgovačkom ugovoru ili ne. Ako se pak radi o potrošačkom ugovoru, valja primijeniti odredbe iz ZZP koje imaju prednost pred konkurentnim odredbama iz ZOO.

Zbog svoje prirode računalni program učestalo je predmet prekograničnog pravnog prometa. To otvara pitanje mjerodavnog prava za takve ugovore. U hrvatskom pravu ta pitanja riješena su u ZRSZ budući da međunarodne konvencije ne sadrže takva kolizijska pravila. U skladu s ugovornom prirodom samog pravnog odnosa koji nastaje raspodaganjem autorskim pravom na računalnom programu, prvenstveno mjerodavno pravo jest ono koje su ugovorne strane izabrale, izrijeком ili prešutno. U nedostatku stranačkog izbora, mjerodavno pravo za ovu vrstu ugovora je pravo prebivališta, odnosno sjedišta autora, što se prema tradicionalnoj koncepciji smatra sukladnom doktrini karakteristične činidbe, dok se danas o tome vode duboke teorijske rasprave. ZRSZ omogućava tijelu primjene ispraviti moguću pogrešku do koje dovodi primjena poveznice prebivališta, odnosno sjedišta autora, tako što će se primijeniti neko drugo pravo na koje ukazuju posebne okolnosti odnosnog slučaja. Naposljetku, valja podcrtati i to da su materijalna pravila kojima se uređuje autorsko pravo, pa tako i ono na računalnim programima, daleko od toga da bi bila lišena vrijednosnih

temelja i u njih zakonodavac ugrađuje određena načela kojima se postižu različite društveno-gospodarske svrhe. Kada su te svrhe od ključne važnosti za određenu državnu zajednicu, tada pravo koje je inače mjerodavno mora ustupiti mjesto, ili domaćem pravu u cjelini, ili pojedinim domaćim pravilima pa se prema tomu radi o djelovanju mehanizma javnog poretka ili međunarodno prisilnih pravila.

Summary

TRANSACTIONS CONCERNING THE COPYRIGHT IN COMPUTER PROGRAMS: SUBSTANTIVE AND CONFLICT OF LAWS ASPECTS

Computer program is a sort of copyrighted works which brought certain specific features in conceptualising the level of originality needed for meriting copyright protection. Based on the harmonisation of copyright laws in the EU Member States, the concept of originality in civil law has significantly approached to the concept of originality in common law which does not require creativity in creating intellectual product. EU law instruments and Croatian laws harmonised with it, contain only some rules on transactions concerning the computer programs, whereas the general obligation laws are pertinent in the remaining part, distinguishing between rules on civil, commercial and consumer contracts. Conglomerate of different rules regulating transactions involving copyrighted computer programs are not separated without difficulty, but such separation is of crucial importance for correct application of substantive laws as well as conflict rules in case of cross-border contracts.

Conflict of laws approach to the issue of copyright transactions has undergone transformations in the past, while today the primary connection is made by the parties' choice of applicable law, both in Croatian private international law, and in comparative law including the EU law. In the absence of the parties' choice, the connecting factor is, as is the case with contracts in general, inspired by the doctrine of the characteristic performance, where the question as to the which performance is characteristic remains highly debated. In determining the applicable law, one has to be mindful of the delineation between two sorts of issues related to a copyright contract: purely contractual issues and those which concern the right as such, the latter being excluded from the application of the *lex contractus* due to territoriality principle. Likewise, special attention has to be paid to the consumer-protective rules in determining the applicable law for consumer copyright contracts.

Key words: *copyright (author's right), computer program, contract, private international law (conflict of laws).*

Riassunto

**DISPOSIZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE SU PROGRAMMA
INFORMATICO – LINEAMENTI/ASPETTI DI DIRITTO
SOSTANZIALE E DI CONFLITTO DI LEGGI**

Il programma informatico rappresenta un genere di opera dell'ingegno, la quale ha introdotto determinate peculiarità circa il modo di concepire il grado di originalità alla stregua di presupposto volto all'ottenimento della protezione del diritto d'autore. Quale conseguenza dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea in materia di diritto d'autore, il concetto di originalità noto nell'Europa continentale s'è avvicinato in maniera significativa al concetto anglosassone di originalità, il quale ultimo non richiede necessariamente la presenza della creatività nel compimento dell'opera intellettuale. Le disposizioni del diritto europeo, come pure del diritto croato che è conforme al primo, contengono soltanto alcune regole riguardanti la disposizione patrimoniale dei programmi informatici; mentre, nella restante parte si applicano le disposizioni della legge che regola i rapporti obbligatori, differenziando le regole che si riferiscono rispettivamente ai contratti civili, commerciali e dei consumatori. Spesso è difficile discernere il conglomerato di differenti regole che si riferiscono alle disposizioni patrimoniali del programma informatico, quale diritto d'autore; ciò nondimeno, tale distinzione è di importanza decisiva ai fini di una corretta applicazione sia del diritto sostanziale, che delle norme sul conflitto di leggi, allorquando si tratti di contratti internazionali.

L'approccio internazionalprivatistico relativo alla disposizione del diritto d'autore ha scorto l'avvicinarsi nel corso della storia di diversi stadi; oggi è rivolto principalmente all'applicazione del diritto prescelto dalle parti, e ciò non rappresenta soltanto la tendenza del diritto internazionale privato croato, ma così è anche nel diritto comparato e nel diritto comunitario. In mancanza di una scelta precisa della parte, solitamente il collegamento viene ricercato, similmente a quanto accade negli altri rapporti contrattuali, nella dottrina che sostiene la prestazione caratteristica, pur non essendo affatto pacifico che cosa s'intenda con il concetto medesimo di prestazione caratteristica. Nell'individuare il diritto applicabile è opportuno scorgere anche il problema della distinzione dei due diversi aspetti del contratto di disposizione del diritto d'autore: gli aspetti puramente contrattuali e gli aspetti che si riferiscono al diritto come tale, giacché sono esclusi dall'applicazione della *lex contractus* in ragione del principio di territorialità del diritto di proprietà intellettuale. Nell'individuazione del diritto applicabile ai contratti di disposizione del diritto d'autore, va dedicata, altresì, particolare attenzione alle regole che si riferiscono alla tutela del consumatore.

Parole chiave: *diritto d'autore, programma informatico, contratto,
diritto internazionale privato*