

*Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UGOVORI O LICENCI SOFTVERA NA OMOTU PROIZVODA (nove forme zaključenja ugovora)

Sažetak: *U ovom radu biće reči o novoj formi zaključenja ugovora koja je na tržište ušla kroz plasman standardnih (korisničkih) softvera, ugovorima na omotu proizvoda. Naime, kako je softver delo intelektualnog stvaralaštva čiji autor ima ekonomski interes da kontroliše iskorišćavanje dela, najčešći način ekonomske eksploatacije jeste putem ugovora o licenci softvera. Nadalje, imajući u vidu činjenicu da softveri imaju široko polje primene, na tržištu roba i usluga oni uživaju status proizvoda masovne potrošnje. Polazeći upravo od te „masovnosti“, zaključivanje ugovora o licenci neposredno sa svakim korisnikom pojedinačno nije nemoguće, ali je izuzetno skupo i nepraktično u vremenu koje karakteriše brz promet roba i usluga. Stoga su najveći proizvođači softvera, kroz poslovnu praksu, uobličili ugovore na omotu proizvoda kod kojih se uslovi ugovora nalaze, kako i sam naziv upućuje, na omotu ambalaže. Korisnik zaključuje ugovor o kupoprodaji primerka softvera, a ugovor o licenci, nakon upoznavanja sa ponuđenim uslovima, zaključuje u jednom kasnijem momentu, u momentu otvaranja pakovanja. Upravo ova činjenica da se zaključenje ugovora vezuje za jednu realnu radnju, otvara niz pitanja u vezi sa punovažnošću tako zaključenog ugovora, o kojima će u ovom radu naročito biti reči.*

Ključne reči: *softver, ugovori o licenci softvera, ugovori na omotu proizvoda, shrink-wrap licence, kupoprodaja, izjava volje, obim saglasnosti, tipski ugovori, jezik ugovora, konkludentna izjava volje, punovažnost ugovora*

UVOD

Softveri u informacijskom društvu predstavljaju proizvode masovne potrošnje. Kao takvi, primerci ovog autorskog dela namenjeni krajnjim korisnicima (tzv. korisnički, standardni softveri) pribavljaju se u maloprodaji kupovinom na nekom telesnom nosaču podataka, najčešće CD-rom-u. S obzirom na to da u ovim situacijama korisnik zaključuje ugovor o kupoprodaji sa prodavcem, čime on postaje vlasnik primerka softvera, postavlja se pitanje na koji način on biva vezan ugovorom o licenci koji najčešće predstavlja osnov iskorišćavanja softvera kao autorskog dela, budući da se ne nalazi u neposrednom odnosu sa nosiocem prava.

Najzastupljeniji način licenciranja standardnih softvera jesu ugovori na omotu proizvoda ili, na engleskom govornom području poznatije kao shrink-wrap licence.

Iako u praksi široko prihvaćeni, ugovori na omotu proizvoda normativno su uobličeni jedino u dve države SAD-a, gde se njihova punovažnost vezuje za ispunjenje tri uslova: a) da je sticalac licence morao znati da se na zaključeni kupoprodajni ugovor nadovezuje ponuda za zaključnije dodatnog ugovora¹ (jer se u američkom pravnom sistemu kupoprodaja preobražava u licencu); b) sticaocu licence mora biti omogućeno da vrati primerak softvera uz povraćaj cene;² c) sticaocu moraju biti nadoknađeni razumni troškovi koje je imao prilikom ponovnog uspostavljanja sistema ukoliko je bilo prekida prilikom instalacije teksta ugovora radi njegovog pregleda.³ U kontinentalnom pravnim sistemima se, pak, o punovažnosti ovih ugovora može govoriti samo u kontekstu primene pravila opšteg ugovornog prava ili drugih oblasti vezanih za promet roba odnosno usluga, o čemu će u ovom radu biti reči.

1. Pojam ugovora na omotu proizvoda

Sam naziv ovih licenci upućuje na način zaključivanja ugovora. Naime, softver je zabeležen na nekom fizičkom nosaču, najčešće CD-rom-u i upakovan u zaštitnu ambalažu. Tekst ugovora odštampan je na spoljnoj strani ambalaže, ili na posebnom listu, i prekriven providnom folijom ta-

¹ Čl. 208. st. 2. UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act). Značaj ovog akta je izuzetno mali s obzirom na to da je stupio na snagu samo u dve američke države: Virdžinija i Merilend.

² Čl. 209. b. UCITA

³ Čl. 209.b.2. UCITA

ko da ga kupac može videti pre nego što otvori pakovanje odnosno skine foliju. Pored toga, na rubu po kojem se skida folija najčešće postoji upozorenje odštampano velikim slovima da kupac otvaranjem pakovanja prihvata uslove licencnog ugovora.

Težnja proizvođača softvera da u što većoj meri ograniče posebnim odredbama ugovora prava korisnika dovela je do toga da su ugovori o licenci sve obimniji. Stoga je nemoguće celokupni tekst ugovora odštampati na delu ambalaže koji je vidljiv kroz foliju. U takvim slučajevima ugovor o licenci nalazi se u odvojenoj koverti koja je zapečaćena na zaštitnoj plastičnoj ili kartonskoj ambalaži. Korisnik se obavezuje ugovorom ukoliko odstrani taj zaštitni pečat.⁴ Sem toga, moguće je na vidljivom delu ambalaže odštampati samo bitne elemente ugovora o licenci, uz napomenu da se unutar pakovanja nalazi kompletan tekst ugovora.⁵

Bez obzira na to na koji način se korisnik upozorava na postojanje ugovora o licenci, otvaranje pakovanja predstavlja njegovo saglašavanje sa uslovima ugovora, i obrnuto. Ukoliko se sa navedenim uslovima ne saglasi, može kupljeni primerak softvera neotvoren vratiti uz povraćaj cene.⁶

U kontekstu zaključivanja ugovora, postavlja se pitanje da li se otvaranje omota može smatrati izjavom volje datom konkludentnom radnjom ili je u pitanju samo činjenična radnja. Uz to, prava potrošača odnosno korisnika softvera su ovim načinom zaključivanja ugovora bitno ograničena jer su oni primorani da se saglase sa sadržinom koja im, po pravilu, nije poznata u momentu otvaranja pakovanja.⁷ Čak i kada se korisnik upozna sa uslovima ugovora o licenci u celini, njegov položaj je ugrožen činjenicom da se mora saglasiti sa restriktivnim klauzulama kako bi mogao upotrebiti softver u granicama koje mu zakon garantuje.

Ako se uzme u obzir da se pored navedenih pojava oblika ugovora o licenci na omotu proizvoda, u prodaji mogu naći i standardni softveri na čijem pakovanju nisu odštampani uslovi licence niti upozorenje da se oni nalaze unutar pakovanja, ova pitanja se čine još složenijim.

⁴ V: M. Damjan: *Sklepanje ovojnih pogodb in pogodb s klikom (shrink-wrap in click-wrap)*, Podjetje in delo, 3-4/2005, str. 567

⁵ V: M. Damjan: *op. cit.*, str. 568

⁶ V: J. M. Rolling: *The UCC Under Wraps: Exposing the Need for More Notice to Consumer of Computer Software With Shrinkwrapped Licenses*; *Commercial Law Journal*, Vol. 104, 1999; str. 197-229

⁷ *Ibidem*

2. Zaključenje ugovora na omotu proizvoda

2.1. Izjava volje u ugovorima na omotu proizvoda

Ugovor nastaje saglasnošću volja dve strane o bitnim sastojcima prevnog posla.⁸ Volja, pak, nije ništa drugo do ponuda jedne strane odnosno prihvata druge.

Uslovi ugovora o licenci odštampani na omotu ili priloženi u ambalaži primerka softvera predstavljaju ponudu proizvođača softvera za zaključenje tog ugovora. S druge strane, pak, otvaranje pakovanja od strane korisnika, kako je to već objašnjeno, proizvodi pravne posledice davanja izjave o prihvatu ponude. Međutim, postavlja se pitanje da li realnom aktu otvaranja kupljenog proizvoda odnosno primerka softvera moguće pripisati dalje pravne posledice. Naime, korisnik je ugovorom o kupoprodaji pribavio primerak standardnog softvera u nameri da se njime koristi. Ovlašćenje korišćenja, pak, proističe iz njegovog svojstva vlasnika primerka, te otpakivanje predstavlja realni akt u ostvarivanju prava. No, kod ovog načina zaključivanja ugovora se upravo tom realnom aktu pripisuje značaj izjave volje o prihvatu novog ugovora, ugovora o licenci softvera, te je neophodno odgovoriti na pitanje u čemu se sastoji pravni osnov punovažnosti tako zaključenog ugovora.

Da bi izjava volje proizvođača pravno dejstvo, ona mora biti data slobodno i ozbiljno.⁹ Pri tom, volja ne mora biti izražena rečima, što ovde svakako nije slučaj, već i uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti da postoji volja ponuđenog da stupi u ugovorni odnos.¹⁰ Polazeći od navedenih premisa, na ovom mestu biće analizirano da li i pod kojim uslovima se otvaranju pakovanja može pridati značaj konkludentnog prihvata ponude.

Kao što proističe iz zakonskih odredbi o posrednom izražavanju volje, skidanje omota ne predstavlja samo po sebi prihvata ponude za zaključenje ugovora o licenci. Da bi takva posledica proistekla iz ovog realnog akta, potrebno je da se ispune osnovni preduslovi: postojanje svesti kupca odnosno korisnika da otvaranjem pakovanja zaključuje ugovor o licenci sa propisanom sadržinom i nameru da takvu radnju preduzme upravo u cilju zaključenja tog ugovora. Svest odnosno namera, pak, može postojati samo ako je korisnik bio unapred upoznat sa eventualnim pravnim posledicama njegovog realnog akta ili ih je prema običajima u prometu mogao očekivati.

⁸ Čl. 26. ZOO

⁹ Čl. 28.st.2. ZOO

¹⁰ Čl. 28.st.1. ZOO

Činjenica da je najčešće na omotu primerka softvera odštamano upozorenje kupcu da se otvaranje smatra prihvatom priloženog ugovora o licenci, nije nužno dovoljna potvrda da se kupac sa navedenim posledicama zaista i upoznao odnosno da je na njih pristao. No, nedostatak svesti se nadomešćuje pretpostavkom o njenom postojanju ukoliko je kupac pri uobičajenoj pažnji u prometu mogao očekivati takve posledice.¹¹ Upravo iz navedenog proističe dalje razmatranje da li je kupac primerka softvera pri uobičajenoj pažnji mogao biti svestan činjenice da otvaranje pakovanja predstavlja njegovu izjavu volje usmerenu na zaključenje ugovora o licenci, budući da on, zapravo, preduzima radnju koja je nužna za normalnu upotrebu kupljene stvari. Drugim rečima, kada se može smatrati da je kupac bio dužan da se upozna sa odštampanim upozorenjem, a time i sa pravnim posledicama koje su mu stavljene u izgled.

Ako se uzme u obzir da se ugovor o licenci nadovezuje, u kontekstu zaključivanja, na kupoprodajni ugovor, iz kupčeve obaveze da stvar pregleda s dužnom pažnjom¹² može proisteći i zaključak da je on mogao odnosno morao primetiti i upozorenje odštampano na omotu primerka softvera. Ipak, iako kupoprodajni ugovor i ugovor o licenci stoje u neposrednoj vezi, oni su potpuno samostalni, te se ne bi moglo smatrati razumnim dodatno obavezivati novim ugovorom stranu koja je savesno izvršila obavezu iz prethodno zaključene kupoprodaje. Razlog tome je u činjenici da se njegova obaveza odnosi na otkrivanje eventualnih fizičkih nedostataka stvari i u tom smislu bi kupac morao čak i otvoriti pakovanje kako bi kupljenu stvar odnosno primerak softvera mogao pregledati.¹³ Ukoliko on propusti to da učini, gubi pravo na zaštitu od fizičkih nedostataka stvari, ali ne može biti sankcionisan nametanjem novog ugovornog odnosa.

Međutim, preduzimanju određenih radnji se može pridati značaj konkludentne izjave volje, bez obzira na to da li ih je ponuđeni bio svestan ili ne, ukoliko takve posledice proističu iz običaja u prometu odnosno poslovnih običaja.

Da bi se, pak, moglo govoriti o poslovnom običaju kao izvoru obaveze, moraju biti ispunjeni određeni uslovi. Naime, izvesno ponašanje može proizvoditi pravno dejstvo ukoliko su, usled učestalog i dugotrajnog ponavljanja među učesnicima pravnog prometa roba i usluga, takve posledice postale opšteprihvaćene.¹⁴

¹¹ V: C.A. Baus: *Verwendungs-beschränkungen in Software-Überlassungsverträgen*, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2004, str. 48

¹² Čl. 481. st. 1. ZOO

¹³ U vezi sa čl. 482. ZOO

¹⁴ V: Š. Ivanjko, *Dobri poslovni običaji kao pravni standardi*, Privreda i pravo, br. 5/1982, str. 6; A. Goldštajn, *Trgovački običaji u jugoslovenskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3-4/1985, str. 362; J. Salma, *Obligaciono pravo*, str. 71

Zastupljenost ugovora na omotu proizvoda u prometu standardnih softvera, međutim, ne vodi nužno nastanku poslovnog običaja iz kojeg proističe da se otvaranje pakovanja smatra konkludentnim prihvatom ugovora o licenci. Kao što je već rečeno, običaj mora biti spontano prihvaćen od učesnika u prometu, a ne jednostrano nametnut, što je ovde slučaj. Štaviše, običaj ne može biti pravno obavezujući ni ako je nastao ciljnim delovanjem određenih subjekata koji imaju dominantan položaj na tržištu, konkretno proizvođača softvera.¹⁵ Stoga se, u nedostatku kumulativno ispunjenih uslova, ne može govoriti o postojanju navedenog običaja. Tome u prilog govori i činjenica da proizvođači softvera i dalje štampaju na omotu upozorenje o pravnim posledicama skidanja zaštitne folije, koje ne bi bilo neophodno da se radi o opšte prihvaćenim običajima u prometu.¹⁶

Pošto smo isključili postojanje običaja u sferi ugovora na omotu proizvoda, a saznanje za pravni značaj preduzetih radnji ne možemo vezati za prethodno zaključenu kupoprodaju, mogao bi se izvesti zaključak da ugovori na omotu proizvoda ne proizvode pravno dejstvo.¹⁷

Ipak, ovakvo usko tumačenje postojanja svesti i namere u izvesnoj meri narušava pravnu sigurnost i poverenje u pravni promet.

S jedne strane, proizvođač softvera je istakao svoju ponudu za zaključenje ugovora uz upozorenje drugoj strani da otvaranje pakovanja označava prihvatanje ponuđenih uslova. Time on, zapravo, izražava spremnost da bude vezan ugovorom i ukazuje određeni stepen poverenja u pravnu relevantnost preduzete radnje od strane kupca primerka softvera. Činjenica da se pravne posledice vezuju za realni akt otvaranja pakovanja proističe, ne prvenstveno iz dominantnog položaja proizvođača softvera već iz prirode dobra koji je predmet ugovora. Naime, kada se jednom skinu zaštitna folija i cd smesti u računar korisnika, vrlo je jednostavno načiniti rezervnu kopiju. Ukoliko bi korisnik nakon toga stvar (odnosno primerak softvera) vratio jer ne odgovara njegovim potrebama, on bi, realno, mogao da nastavi da koristi softver. Štaviše, i da na osnovu pribavljenog primerka načini veći broj kopija. Razumljivo, bez pravnog osnova, što bi

¹⁵ V: C.A. Baus: *op. cit.*, str. 49

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ Na tom stanovištu stoje pojedini nemački teoretičari. V: C.A. Baus: *op. cit.* str. 50. Isti rezultat kod: *Marly*, Softwareüberlassungsverträge (Ugovori o prenosu softvera), Rn. 389; *Schuhmacher*, CR 2000, 641 (643); *Mehrmgs*, NJW 1993, 3102 (3109); *Chroczel*, CR 1989, 675 (678), *Salje*, FS Lukes, S. 183 (189); *Loewenheim*, FS Kitagawa, S. 949 (954); *Köhler/Fritzsche*, u: *Lehmann, Rechtsschutz* (Pravna zaštita), S. 513 (536); drugačije mišljenje u: *Moritzffibussek*, Rn. 943; *Moritz*, u: *Kilian/Heussen*, § 42 Rn. 176; *D. Schneider*, CR 1996,657 (662).

ugrozilo prava proizvođača odnosno autora softvera.¹⁸ Iz toga, nadalje, sledi da se time favorizuje nesavesna strana koja bi se u svim slučajevima upotrebe softvera preko granica određenih priloženim ugovorom mogla pozvati na njegovu nevažnost.

S druge strane, poverenje u pravni promet se, između ostalog, zasniva na principu *favor contractus*¹⁹ kojim se nastoji da se ugovoru prizna punovažnost kad god je to moguće. Ako se uzme u obzir i realna zastupljenost ugovora na omotu proizvoda na masovnom tržištu, princip *favor contractus* postaje imperativ u prevazilaženju raskoraka između aktivnosti zakonodavca i dinamike razvoja globalnog društva. S tim u vezi, nameru obvezivanja navedenim ugovorima moguće je utvrđivati ekstenzivnim tumačenjem okolnosti iz kojih se može zaključiti da je kupac sa posledicama morao biti upoznat.

Podsetimo se, obaveza kupca da pregleda stvar ne postoji kada je reč o nastajanju pravnih odnosa jer se ne može očekivati od kupca da zahteva ponudu za zaključenje novog ugovora, niti je on dužan pretpostaviti njeno postojanje. Stoga je na ponudiocu da pomenutu ponudu učini vidljivom na takav način da je ponuđeni odnosno kupac nesumnjivo mora opaziti.

Tako, može se smatrati da je kupac odnosno korisnik bio dužan da zna da otvaranje pakovanja kupljenog primerka softvera povlači za sobom posledice konkludentne izjave volje ukoliko je upozorenje bilo odštampano krupnim slovima i na takvom mestu da ga nije bilo moguće ne primetiti, kao što su, primera radi, zaštitni pečat na omotu ili rub po kojem se omot skida.

Suprotno, ovim pristupom dolazimo do zaključka da diskretna upozorenja na ili unutar pakovanja ne bi mogla proizvesti takve posledice.²⁰ No, to opet ne znači da ugovor o licenci nije zaključen. Ukoliko kupac počne da upotrebljava softver, ugovor nastaje na osnovu same te činjenice, pod uslovom da je ponuda proizvođača priložena unutar pakovanja.²¹ U tom slučaju, dakle, ugovor o licenci ne nastaje otvaranjem pakovanja kao konkludentnom izjavom volje već korišćenjem stvari.

¹⁸ Te okolnosti uzete su u obzir i *Direktivom EU 97/7 o zaštiti potrošača pri kupovini na daljinu*. Naime, potrošač ima pravo da odustane od ugovora u roku od 15 dana od dana prijema naručene robe, a izuzetak predstavljaju računarski programi u kom slučaju potrošač ima pravo da dobro vrati samo ukoliko ne odstrani zaštitni pečat odnosno ne skine zaštitnu foliju (čl. 6. st. 3. tačka 4. Direktive)

¹⁹ Opširnije o nastanku ugovora i primeni navedenog principa u: M. Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 181. i dalje

²⁰ V: M. Damjan, *op. cit.*, str. 572

²¹ U skladu sa čl. 39.st.2. ZOO

2.2. Obim saglasnosti kod ugovora na omotu proizvoda

Prihvatanjem pravnih posledica otvaranja pakovanja nadovezuju se, zapravo, i druga sporna pitanja vezana za zaključenje ugovora na ovaj način. Jedno od njih svakako jeste i obim saglasnosti koji je obuhvaćen ovom konkludentnom radnjom.

Naime, već je rečeno da uslovi ugovora koji su odštampani na pakovanju primerka softvera ili priloženi unutar pakovanja predstavljaju ponudu proizvođača. Prihvat ponude, pak, da bi doveo do nastanka ugovora mora se podudarati sa učinjenom ponudom.

Ako se osvrnemo na prethodno izlaganje o pravnoj važnosti konkludentne izjave volje kod ugovora na omotu proizvoda, dolazimo do zaključka da otvaranje pakovanja može, pod određenim uslovima, dovesti do zaključenja ugovora sa sadržinom koja je kupcu primerka softvera morala biti poznata. Drugim rečima, konkludentna radnja podrazumeva prihvat onih uslova koji su odštampani na vidljivom mestu i na takav način da ih je kupac morao primetiti i sa njima se upoznati.

Međutim, masovno tržište standardnih softvera učinilo je ugovor o licenci ne samo sredstvom prometa nego i zaštite prava. Stoga su uslovi korišćenja softvera vrlo detaljno određeni, te obim teksta sa kojim kupac treba da se saglasi prevazilazi realne mogućnosti štampanja u celini na spoljnom delu ambalaže. S tim u vezi neophodno je opredeliti minimum sadržine koja je kupcu morala biti poznata da bi ugovor o licenci u opšte mogao nastati.

Teorija ugovornog prava se pitanjem saglasnosti volja bavila vrlo detaljno, ali s obzirom na obim ovog rada biće izneta samo razmatranja ključna za rasvetljavanje problema ugovora na omotu proizvoda.

Zajedničko pojmovno određenje ugovora u svim pravnim sistemima jeste *saglasnost dve strane o uslovima pravnog posla*.²² Ipak, ovo izuzetno apstraktno pozitivnopravno i teorijsko jedinstvo se narušava u primeni na konkretne slučajeve. Stoga je neophodno odrediti smernice za tumačenje neophodnog obima saglasnosti u zaključivanju ugovora.

U uporednom pravu postoje dva različita pristupa: tradicionalni i moderni.²³

²² Ovo se može istaći kao zajednička odrednica u definicijama dostupnim u uporednom zakonodavstvu i literaturi. Najčešće se govori o: saglasnost u svemu o čemu su strane pregovarale, saglasnost o uslovima ugovora itd. ali iz analize dostupne literature proističe da se u primeni ovih određenja na konkretne slučajeve zapravo postavlja pitanje šta je to bitno za stranke.

²³ Prema: M. Živković, *op.cit.*, str. 195-201

Tradicionalni pristup se oslanja na subjektivni kriterijum koji proističe iz autonomije volje ugovornih strana. Naime, u duhu dominantne teorije u periodu emancipacije ugovornog prava²⁴, u pogledu nastanka i sadržine ugovora odlučujući faktor jeste volja ugovarača. Iz takvog opredeljenja jasno proističe i stav da je ugovor ništa drugo do podudarnost ponude i prihvata odnosno saglasnost o svemu.²⁵ S tim u vezi, u pravnim sistemima u kojima dominira navedeno tumačenje (nemački, francuski i engleski) ugovori na omotu proizvoda imaju dejstvo samo ukoliko su svi uslovi ugovora bili vidno istaknuti na način da ih je kupac morao spoznati pre nego što se konkludentom radnjom sa njima saglasi.²⁶

Ovakav rigidan pristup je i u vremenu najizraženije odbrane autonomije volje dovodio do nepoželjnih osporavanja punovažnosti ugovora i onda kada strane nisu postigle saglasnost o potpuno marginalnim elementima pravnog posla, te ga je sudska praksa donekle ublažavala u skladu sa zahtevima nesmetanog odvijanja ekonomskog i pravnog saobraćaja.²⁷ No, takvo ekstenzivno tumačenje volje ugovornih strana zadržavalo se na nivou izuzetaka.

Intenzivnije korekcije načela autonomije volje usledile su u periodu modernizacije tržišta i donošenja novijih građanskih regula. Uvidevši praktičnu nelogičnost dosledne zaštite privatne autonomije, polako je u pravni život počelo da prodire shvatanje o ugovoru kao saglasnosti strana o bitnom. Tako je, najviše kroz švajcarsko i američko pravo, zaživeo tzv. moderni pristup u poimanju neophodnog obima saglasnosti. Da bi ugovor proizvodio pravno dejstvo, prema mišljenju pristalica novijeg shvatanja,²⁸ strane treba da postignu saglasnost o objektivno bitnim elementima posla, bez kojih ne bi bilo pravnog dejstva, odnosno o elementima posla za koje je jedna strana vezala nastanak ugovora, te je pristanak druge strane i na takve uslove neophodan.²⁹

Naš Zakon o obligacionim odnosima zasnovan je na rešenjima modernih zakonodavstava, te nastanak ugovora uslovljava saglasnošću strana o bitnim sastojcima,³⁰ pri čemu se bitnim sastojcima ne smatraju samo objektivno

²⁴ Reč je zapravo o periodu velikih građanskih kodifikacija kada se trgovina počela oslobadati srednjovekovnih „stega i ograničenja“. Navedeno prema: M. Živković, *op.cit.*, str. 196

²⁵ Opširnije vidi u: M. Živković, *op.cit.* str. 195-210 i M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 335-342

²⁶ V: C.A. Baus: *op. cit.*, str. 53

²⁷ V: M. Živković, *op.cit.*, str. 196

²⁸ Navedeno prema: M. Živković, *op.cit.* str. 61-66

²⁹ V: M. Živković, *op.cit.*, str. 199

³⁰ Čl. 26. st.1. ZOO

bitni elementi koji predstavljaju tipološko određenje ugovora već i subjektivno bitni elementi koji za jednu stranu predstavljaju *sine qua non*.³¹

Ugovori na omotu proizvoda, prema modernom pristupu, stoga imaju dejstvo ukoliko se kupac odnosno korisnik saglasio sa bitnim sastojcima ugovora. Da bi njegova saglasnost data konkludentom radnjom, nadalje, mogla proizvoditi pravno dejstvo, neophodno je da postoje okolnosti iz kojih se može zaključiti da je on morao znati o kojim bitnim sastojcima je reč. Stoga oni moraju biti istaknuti i vidljivi na ambalaži softvera jer se samo u tom slučaju može uzeti da je kupac odnosno korisnik morao biti upoznat sa uslovima ugovora. Drugim rečima, kupca odnosno korisnika obavezuju uslovi ugovora koji su mu poznati pre nego što je pristupio otvaranju pakovanja. O važnosti sporednih tačaka, u slučaju spora odluku će doneti sud, budući da ovaj način zaključivanja ugovora ne ostavlja mogućnost naknadnog sporazuma ugovornih strana.³²

Iako bi se moglo uzeti da je ovim kratkim pregledom dat odgovor na pitanje obima saglasnosti koja se daje otvaranjem pakovanja, upravo potonja konstatacija nas vodi u dodatnu analizu još jednog segmenta ugovora na omotu proizvoda.

2.3. Ugovori na omotu proizvoda kao tipski ugovori

Činjenica da ugovori na omotu proizvoda po svojoj prirodi ne predstavljaju rezultat pregovora ugovornih strana, već naprosto unapred pripremljeni tekst ugovora sa kojim se kupac odnosno korisnik saglašava *en bloc*, bez mogućnosti menjanja njegove sadržine, ukazuje na to da je reč o tipskim ugovorima.³³ U tom smislu, tumačenje obima saglasnosti i okolnosti koje su kupcu odnosno korisniku morale biti poznate prilikom zaključivanja ugovora dobija nove okvire.

Naime, sloboda ugovaranja je ograničena u smislu da kupac ne utiče na svoja prava i obaveze već ima mogućnost da ugovor, takav kakav je, prihvati ili odbaci. Da bi se o ponudi mogao izjasniti, on mora biti upoznat sa propisanom sadržinom u celini. U tom pogledu dileme ne može biti, ali se ponovo postavlja pitanje da li ugovor može nastati i ako nisu

³¹ Opširnije o tome vidi: M. Živković, *op.cit.*, str. 201-210, M. Orlić, *Zaključenje ugovora, op.cit.*, str. 258-268

³² Čl. 36. st.2. ZOO

³³ Reč je zapravo o ugovorima čija je sadržina unapred određena bilo od jedne ugovorne strane (adhezioni) bilo od trećeg lica (formularni), ali ćemo na ovom mestu zane-mariti njihovu teorijsku odvojenost jer su praktične posledice iste. Zakon o zaštiti potrošača tipske ugovore definiše kao ugovor koji je bez učešća potrošača unapred formulisao prodavac odnosno davalac usluge, zaključujući ugovor identičnog sadržaja sa određenim brojem ili neograničenim brojem potrošača (čl. 44.st.1. Zakona)

svi njegovi elementi bili jasno istaknuti odnosno za kupca saznatljivi. Stoga ćemo na ovom mestu prethodno razmatrani problem neophodnog obima saglasnosti staviti u kontekst ugovora po pristupu.

Naime, budući da je tekst ugovora unapred pripremljen i da se njegova punovažnost odnosi na celinu, pretpostavka je da su svi elementi ugovora bitni jer se ni jedan od njih, *argumentum a contrario*, ne može isključiti voljom druge ugovorne strane. U navedenom smislu bi se moglo reći da tradicionalni i moderni pristup imaju isto ishodište. Ugovorne strane moraju postići saglasnost o svemu jer su svi elementi ugovora bitni. Ipak, razlike ponovo dolaze do izražaja u slučajevima kada se na vidljivom mestu ambalaže ne nalaze svi uslovi ugovora.

Prema tradicionalnom pristupu, pretpostavka je da ugovor nije ni nastao.³⁴ Suprotno, logika novijih teorija ide ka tome da se ugovor smatra zaključenim. No, oslanjajući se na opšta pravila ugovornog prava o kvalitetu izjave volje, u ovom slučaju konkludentnog prihvata, ugovor proizvodi dejstvo samo u pogledu onih odredaba odnosno uslova koji su kupcu morali biti poznati. Drugim rečima, elementi ugovora sa kojima se kupac nije mogao upoznati ne mogu ga ni obavezivati.³⁵ Do ovakvog zaključka možemo doći i shodnom primenom pravila o obavezujućoj snazi opštih uslova poslovanja, koji su u poslovnoj praksi proizvođača softvera vrlo često sastavni deo ugovora o licenci na oмотu proizvoda.

Naime, izbegavajući suvišna ponavljanja uslova ugovora o licenci koji su postali deo poslovne strategije proizvođača softvera, oni se najčešće opredeljuju da na ambalaži softvera navedu bitne elemente, a da u pogledu ostalih odredaba upute kupca na primenu opštih uslova poslovanja čiji sadržaj, takođe, mora biti poznat u času zaključenja ugovora.³⁶ Ukoliko taj uslov nije ispunjen, opšti uslovi ne obavezuju.³⁷ Pri tom se činjenica upoznavanja sa opštim uslovima ne vezuje za subjektivni već za objektivni kriterijum. U tom smislu, oni obavezuju ako su bili objavljeni ili istaknuti na način da ih je kupac mogao saznati pre donošenja odluke o otvaranju pakovanja. Tako, ukoliko su priloženi na spoljnoj strani ambalaže ili je navedena veb adresa na kojoj se putem Interneta korisnik može sa njima upoznati, smatra se da su oni na odgovarajući način istaknuti i time dostupni zainteresovanoj strani.

³⁴ Opširnije vidi u: M. Živković, *op.cit.*, str. 195

³⁵ Čl. 44. st. 3. Zakona o zaštiti potrošača

³⁶ Čl. 142. st.3. ZOO, čl. 305, 305a, 305b, 305c noveliranog nemačkog Građanskog zakonika

³⁷ To, naravno, ne znači da ugovor nije nastao jer se zapravo samo postavlja pitanje da li obavezuju ili ne obavezuju opšti uslovi poslovanja za ugovor koji proizvodi pravno dejstvo.

Nadalje, kupca odnosno korisnika ne obavezuju ni opšti uslovi poslovanja koji su suprotni cilju ugovora o licenci softvera (npr. odredbe kojima se zabranjuje sačinjavanje jedne rezervne kopije) ili dobrim poslovnim običajima (npr. kojima se isključuje odgovornost proizvođača za nedostatke koji onemogućavaju upotrebu softvera, a koji su mu bili poznati).³⁸ Uz to, primenu pojedinih odredbi može odbiti i sud ukoliko one lišavaju korisnika da stavi prigovore ili na osnovu kojih on gubi pravo iz ugovora ili gubi rokove ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njemu.³⁹

Navedena pravila o pravnoj obaveznosti tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja moraju se, na kraju, dopuniti i pravilima o tumačenju nejasnih odredbi. Naime, polazeći od činjenice da je jedna ugovorna strana u prednosti budući da sama određuje uslove pravnog posla, nejasne odredbe tumače se u korist druge, po pravilu, ekonomski slabije strane.⁴⁰

3. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda

Upotreba računara danas predstavlja pitanje tehnološke pismenosti čiji je značaj u savremenom društvu nesporan. Njen stepen se može meriti različitim nivoima, od upotrebe do obavljanja najsloženijih operacija. S obzrom na prirodu standardnih softvera, za korišćenje najvećeg broja neophodan je minimum poznavanja rada na računaru koji zadovoljavaju i nepismeni korisnici programa, kao što su npr. kompjuterske igrice čiji su konzumenti u velikom broju upravo pripadnici najmlađe populacije. Razlog tome leži u činjenici da oni opcije koje program nudi prihvataju mehanički; primera radi: strelice za kretanje po poljima, enter taster ako želite da pokrenete igricu, itd. Stoga je nevažno da li na ekranu piše „Pritisni taster“ ili „click“. U tom smislu, standardni softver ne mora biti sačinjen na jeziku koji korisnik poznaje.⁴¹

Međutim, pitanje jezika se ne može zanemariti u svetlu pravnih aspekata korišćenja softvera odnosno punovažnosti ugovora o licenci, o kojem je reč.

³⁸ Čl. 143. st.1. ZOO

³⁹ Čl. 143.st.2. ZOO

⁴⁰ Čl. 100. ZOO i čl. 45. Zakona o zaštiti potrošača

⁴¹ Premda naš Zakon o zaštiti potrošača propisuje obavezu da tehničko uputstvo, uputstvo za upotrebu i deklaracija moraju biti u pismenoj formi i na jeziku koji je u službenoj upotrebi u Republici Srbiji (čl. 56. Zakona), što bi se moglo primeniti i na softvere.

Ako se nadovežemo na iznete zaključke u pogledu obima saglasnosti, nužno se nameće dodatni uslov da tekst ugovora i odgovarajuća upozorenja moraju biti štampana na jeziku koji kupac razume.

Tako, da bi otvaranje pakovanja predstavljalo konkludentni prihvata ugovora, kupac mora na odgovarajući način biti upozoren na takve posledice. Nadalje, da bi se takva radnja smatrala slobodnom i ozbiljnom voljom za zaključenje ugovora, uslovi ugovora moraju biti poznati kupcu u trenutku otvaranja pakovanja. Ukoliko kupac poznaje jezik kojim su relevantni tekstovi štampani, može se smatrati da iz opštih pravila ugovornog prava proističe i pravna valjanost tako zaključenog ugovora. Ipak, imajući u vidu činjenicu da se kvalitet izjave volje ceni prema onome što je kupcu moralo biti poznato u času zaključenja ugovora, ovo pravilo iziskuje određenu dopunu.

Naime, na svetskom, a i domaćem tržištu, najveći broj proizvođača softvera potiče sa engleskog govornog područja. Čak i kada to nije slučaj, pripremljeni su formulari ugovora o licenci na najzastupljenijim svetskim jezicima. Kupac, pri tom, vrlo često razume bar jedan od njih. No, razlozi pravne sigurnosti i logika ugovornog prava se ne mogu bez rezerve osloniti na takvu pretpostavku, ma koliko ona u praksi bila tačna. Stoga se nastoje pronaći egzaktne i proverljive relevantne činjenice iz kojih bi se pouzdano mogao izvesti zaključak da je kupac *morao* razumeti jezik ugovora. Naš zakonodavac je upravo to imao u vidu propisujući obavezu da tipski ugovori, u koje ugovori o licenci na omotu proizvoda svakako spadaju, moraju biti sačinjeni na jeziku koji je u službenoj upotrebi u Republici Srbiji⁴² odnosno na srpskom jeziku.⁴³ Premda sankcija nije izričito navedena, iz formulacije odredbe proističe ništavost kao sankcija za njeno nepoštovanje.⁴⁴ Takva sankcija, međutim, pogađa samo ugovore u kojima se kao druga strana javlja domaći potrošač, budući da je odredba sadržana u odnosnom zakonu. No, da li ugovori o licenci softvera na omotu proizvode dejstvo, iako ne ispunjavaju ovaj jezički uslov, prema licima koja nisu obuhvaćena primenom potrošačkog prava odnosno da li se primena ove odredbe može isključiti u odnosima sa elementom inostranosti?

⁴² Čl. 44.st.5. Zakona o zaštiti potrošača

⁴³ Čl. 1. st. 1. Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, Službeni glasnik RS br. 45/91; 53/93; 67/93; 48/94; 101/2005 i čl. 10. Ustava Republike Srbije od 8. novembra 2006. godine, Službeni glasnik RS, br. 83/06

⁴⁴ Moglo bi se tumačiti kao da je ugovor nepostojeći pošto nedostaje bitan element nastanka pravnog posla: slobodno i ozbiljno data izjava volje jer ponudenom nisu bili poznati svi uslovi tipskog ugovora koji ga u celini obavezuje.

3.1. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda u privredi

Pod potrošačem se, u smislu Zakona, podrazumevaju sva fizička i pravna lica koja proizvode nabavljaju ili koriste usluge radi zadovoljavanja sopstvenih potreba.⁴⁵ Sledstveno, lica koja kupuju primerke softvera radi korišćenja u neke druge svrhe, na primer, radi sticanja dobiti stavljanjem u promet, izuzeta su iz zaštite. To, nadalje, znači da se navedena imperativna odredba na njih ne odnosi, tj. da ugovor o licenci na omotu proizvodi dejstvo, ukoliko su ispunjeni svi uslovi o kojima je prethodno bilo reči, bez obzira na to što ne postoji tekst ugovora štampan na srpskom jeziku. Ovakav zaključak logično sledi ne samo zbog odsustva izričite norme koja predviđa drugačije posledice, već i iz činjenice da privredni subjekti moraju postupati sa većim stepenom pažnje (pažnja dobrog privrednika odnosno dobrog stručnjaka) nego što je to slučaj sa prosečnim i pažljivim građaninom.⁴⁶ U tom smislu je razumno očekivati od subjekata na koje se ovaj pravni standard odnosi da prilikom obavljanja svoje privredne delatnosti učine sve, konkretno obezbede prevod ukoliko jezik ugovora ne razumeju, kako bi se upoznali sa sadržinom prava koja stiču i ograničenjima koja ih prate, a naročito sa okolnostima koje su relevantne u smislu preuzimanja obaveza.

3.2. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda u međunarodnom kontekstu

Iako se privredni subjekti realno mogu pojaviti kao kupci primeraka softvera u trgovinama, daleko veći praktični značaj imaju ugovori o licenci na ambalaži primerka softvera sa elementom inostranosti, pri čemu se pitanje jezika formulara čini aktuelnijim, a u vezi sa tim i primena pomenute odredbe.

Obaveza da tipski ugovor bude sačinjen na srpskom jeziku inspirisana je upravo činjenicom da se na našem tržištu sve više nudi roba odnosno usluge inostranih subjekata. Štaviše, u tehničko-tehnološkoj sferi, u koju softveru svakako spadaju, njihova ponuda dominira. Stoga je postojeća odredba u službi zaštite domaćih potrošača, kao ekonomski slabije strane, od dodatno nepovoljnijeg položaja. Ipak, kako je reč o ugovornim odnosima, postavlja se pitanje da li se ona može isključiti voljom strana ili zakonskim odredbama.

⁴⁵ Čl. 2. Zakona o zaštiti potrošača

⁴⁶ Iz primene ove odredbe mogla bi biti izuzeta i lica koja imaju određena tehnička znanja, te se podrazumeva da znaju jezik ugovora s obzirom na to da je to najčešće jezik koji koriste u radu sa računarima odnosno softverima.

S obzirom na to da se u tipskim ugovorima po pravilu nalaze i odredbe o merodavnom pravu sa kojima se ponuđeni saglašava, moguće je da takva odredba predviđa primenu prava zemlje porekla proizvođača softvera ili neke druge zemlje, a ne našeg domaćeg prava.⁴⁷

Drugo pitanje je da li se odredba o jeziku može isključiti ukoliko kolizione norme upućuju na primenu prava zemlje porekla proizvođača softvera kao merodavnog za ugovor o licenci.

S tim u vezi, na ovom mestu neophodno je osvrnuti se na objašnjenja dejstva imperativnih normi u domaćem i međunarodnom kontekstu.

Naime, ugovorni odnosi regulisani su voljom strana odnosno u nedostatku ove, dispozitivnim odredbama zakona. Ipak, u pojedinim pitanjima država nastoji da zaštiti neke više, društvene ili ekonomske interese, te ih ne prepušta autonomiji volje subjekata već nameće obavezu primene određenih pravila sadržanih u odredbama prinudnog, imperativnog karaktera. Ugovornici od takvih odredbi ne mogu odstupiti kada je u pitanju domaći pravni saobraćaj. Međutim, za pojedine odnose koji su regulisani imperativnim normama država nema opravdan interes da ih štiti i u međunarodnom pravnom prometu (primeru radi, odredbe o zastarelosti obavezuju domaću ugovornike, ali nema razloga da država nameće njihovu primenu i u ugovorima sa elementom inostranosti).⁴⁸ Stoga se u teoriji pravi razlika između pravila koja su prinudna u domaćem pravu i onih koja su prinudna i u međunarodnom kontekstu.⁴⁹ Za potonje je karakteristična obaveznost primene bez obzira na merodavno pravo u konkretnom slučaju, te ih pravna doktrina označava kao „norme neposredne primene“ ili „prinudni propisi koji se neposredno primenjuju“. ⁵⁰ Do derogiranja kolizione norme, nadalje, dolazi određivanjem polja primene u propisima u kojima je takva norma sadržana.⁵¹

⁴⁷ Ipak, takva odredba postaje relevantna samo za ugovor koji proizvodi pravno dejstvo, a kako je punovažnost ugovora uslovljena postojanjem teksta na srpskom jeziku, u odsustvu potonjeg nema nikakvog pravnog značaja.

⁴⁸ V: M. Živković, M. Stanivuković: *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 339

⁴⁹ V: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit.*, str. 340

⁵⁰ Termin „norme neposredne primene“ potiče iz francuske doktrine. U Nemačkoj se koristi termin *Eingriffsnormen*, a na engleskom govornom području se ove vrste prinudnih propisa označavaju terminom *mandatory rules*. Navedeno prema: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit.*, str. 340

⁵¹ Danas je opštepriznato pravo države da na odnose sa elementom inostranosti neposredno primeni svoje prinudne propise mimo pravila na koje upućuje koliziorna norma. Ilustrativni su i slučajevi iz sudske prakse (v: Case concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, ICJ Reports 1958. u: M. Živković, M. Stanivuković, str. 343 i C – 381/98 (Ingmar GB v. Eaton Leonard Technologies, Inc.) pred Evropskim sudom pravde na www.europa.eu, 02. jula 2008. godine

U vezi sa navedenim, postavlja se pitanje da li se odredba o jeziku tipskih ugovora ima primeniti i na ugovore o licenci softvera na omotu proizvoda sa elementom inostranosti, budući da koliziona norma upućuje na primenu prava države proizvođača softvera.⁵²

S obzirom na to da Zakon o zaštiti potrošača, u kojem je ta odredba sadržana, ne određuje polje sopstvene primene, ne postoji ni jednostrana norma koja bi bila osnov odstupanja od primene kolizione norme. No, polazeći od cilja Zakona da zaštiti interese potrošača koji imaju prebivalište na teritoriji Srbije, bez obzira na državljanstvo, te da upravo u kontekstu međunarodnog prometa robe i usluga ima svoje opravdanje, ugovori o licenci na omotu proizvoda ne proizvode dejstvo prema potrošačima ukoliko nisu sačinjeni na srpskom jeziku.

Ipak, neposredna primena ove odredbe bi mogla bez sumnje uslediti samo za one primerke softvera koji se distribuiraju potrošačima na našoj teritoriji. U situacijama kada se primerak softvera, pak, pribavlja putem Interneta ili u susjednoj državi takva mogućnost je sporna.⁵³

ZAKLJUČAK

Na savremenom tržištu korisničkih softvera dominantni oblik zaključivanja ugovora o licenci jesu ugovori na omotu proizvoda. S obzirom na to da se za realni akt otvaranja pakovanja primerka softvera vezuju pravne posledice, pitanje njihove punovažnosti u našem pravnom sistemu, u nedostatku zakonske regulative, zauzima značajno mesto.

Primenom opštih pravila ugovornog prava i drugih odnosnih propisa može se izvesti zaključak o uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi tako zaključen ugovor mogao proizvoditi pravno dejstvo.

U tom smislu, otvaranje pakovanja se može smatrati slobodno datom izjavom volje za zaključenje ugovora o licenci ukoliko su korisniku takve posledice mogle biti poznate u momentu preduzimanja relevantne radnje, a to se postiže isticanjem upozorenja na vidno mesto ambalaže. Ukoliko takvog upozorenja nema, ugovor o licenci može biti zaključen korišćenjem softvera, ali tada ponuda za zaključenje ugovora mora biti priložena unutar pakovanja. U potonjem slučaju, dakle, ugovor ne nastaje otvaranjem pakovanja već korišćenjem stvari odnosno softvera koji je predmet obaveze.

⁵² Čl. 20. st. 1. tačka 14. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, Službeni list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982 i Službeni list SRJ br. 46/1996

⁵³ V: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit.*, str. 341

Data saglasnost, nadalje, obavezuje korisnika na one uslove iz ponude koji su mu bili poznati ili morali biti poznati s obzirom na transparentnost ugovornih odredbi ili opštih uslova poslovanja koji čine sastavni deo ugovora o licenci softvera.

Na kraju, u slučaju da se kao korisnik javlja potrošač, ugovor o licenci mora biti sačinjen na srpskom jeziku uvek kada se primerci softvera distribuiraju na teritoriji naše države. Ukoliko je, pak, korisnik privredni subjekt, takva obaveza ne postoji.

*Sanja Radovanović, LL.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

The Shrink-Wrap Software Licence Agreements (New Forms of Contracting)

Abstract

Since licences agreements are the most frequent way to explore economic value of the software nowadays, software producers settled new forms of contracting in order to make its' concluding much faster and cheaper. The shrink-wrap licences are the form of the licence agreements where contract conditions are published on the package and shrink wrapping produces the legal consequences. Taking into account that those act is, actually, the real act that one is supposed to undertake as owner of cd-rom, in most countries, including our which was in the centre of this work, the question of their validity occupy the legal and software experts public.

In that sense, applying the general contract and other related regulations, it is possible to conclude on conditions sine qua non in order to make a valid shrink-wrap software licence contract.

According to mentioned, wrapping the package could be treat as expressing the will to be fasten by the contract if the user could expect those consequences, regarding the fact that notion was published on clear and doubtless way. On contrary, contract could be valid on the fact of using, just if the offer was attached inside the package.

Further, acceptance obliged the user in the range of the contract conditions with whose he was acknowledged or he has has to be, since those conditions or general terms of contracts had been expose.

Finally, if the user is consumer under the consumer rights regulations, the shrink-wrap licences has to be published in Serbian language, doubtless when cd-rom with software on it is distributed on the Serbian market.