

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

OBAVEZA GARANTOVANJA UPOTREBLJIVOSTI SOFTVERA KOD UGOVORA O LICENCI¹

Sažetak: *U radu je obrađena obaveza garantovanja upotrebljivosti softvera u ugovoru o licenci čija je sadržina zapravo odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Imajući u vidu da Zakonom o obligacionim odnosima regulisani ugovor o licenci, koji pri tom ne navodi softvere kao moguće predmete prestacije, ne sadrži izričite odredbe u tom pravcu, naročita pažnja je posvećena shodnoj primeni pravila o odgovornosti prodavca odnosno zakupodavca za nedostatke. U analizi se uzimaju u obzir specifičnosti softvera kao autorskog dela, i s tim u vezi, relevantne odredbe Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima o ograničenjima isključivih ovlašćenja autora.*

Ključne reči: *softver; softverske greške; nedostatak stvari; mana stvari; upotreba; ugovorena svojstva; uobičajena upotreba; redovna upotreba; odgovornost; isključenje odgovornosti; ugovorno isključenje odgovornosti*

Uvod

Karakteristična prestacija kod ugovora o licenci jeste ustupanje prava iskorišćavanja softvera. Osnovno ovlašćenje koje u tom pogledu proističe za korisnika jeste ovlašćenje upotrebe, te je primarna obaveza proizvođača da za to stvori potrebne uslove. Razlozi koji dovode do neupotre-

¹ Rad je posvećen projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopравни, sociološkopravni, istorijskopравни, pozitivnopравни i pravnoekonomski aspekti* koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu

bljivosti mogu biti dvojaki: faktički i pravni. Pod faktičkim se podrazumevaju tehničke prepreke, a pod pravnim ugovorom određena obaveza uzdržavanja od pojedinih radnji koje su neophodne za normalnu upotrebu softvera (kao što je generalna zabrana umnožavanja koja u slučajevima kada je takvo umnožavanje nužno dovodi u pitanje i samu upotrebu).

Obaveza garantovanja mogućnosti upotrebe, dakle, nije ništa drugo do snišanje ugovorne odgovornosti ukoliko je ona otežana ili onemogućena².

U ovom radu biće reči samo o faktičkim ograničenjima upotrebe.

1. Faktička ograničenja upotrebe

Za razliku od ostalih vrsta autorskih dela kod kojih se upotreba zasniva na čulnim, psihološkim ili emotivnim doživljajima korisnika (npr. literarna dela se čitaju, muzička slušaju, filmska gledaju), od softvera se očekuje postizanje određenog rezultata. Taj rezultat, nadalje, u velikoj meri zavisi od tehničkih komponenti (kao što su npr. kompjuter, play station, mobilni telefon, itd.), koje su uz to uključene i u samo stvaranje autorskog dela softvera, i bez kojih on skoro da nema nikakvu upotrebnu vrednost.

Izrada softvera vezuje se, po pravilu, za nekoliko faza, a u smislu upotrebe najznačajniju predstavlja testiranje funkcionisanja programa i uklanjanje grešaka koje se u toku ispitivanja prikazu.

Ipak, ni pored izvršenog postupka provere, ne može se sa sigurnošću tvrditi da softver ne sadrži nedostatke. Štaviše, oni se mogu pojaviti već u postupku sačinjavanja kopija budući da i najsavršeniji uređaji, a naročito drugi softveri, sadrže u proseku grešku u jednom bajtu (eng. bit) na svakih deset miliona,³ koja se prenosi i na kopiju sačinjenu uz njihovu pomoć. Pored toga, u zavisnosti od hardverskih uređaja koji su neophodni za njegovu upotrebu, pa i načina na koji softver funkcioniše sa konkretno zadatim naredbama, može se desiti da se pojedine greške pojavljuju na određenom računaru, dok na drugima istog tipa izostaju.⁴ Problem je utoliko očigledniji ukoliko se funkcionisanje zasniva na upotrebi hardvera i softvera drugih proizvođača, te nije uvek moguće predvideti kakve će posledice takva interakcija proizvesti.

² O odgovornosti za materijalne nedostatke stvari v: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravo, Novi Sad, 2001. godine, str. 342–352

³ V: K.P.Cronin, *Consumer Remedies for Defective Computer Software*, Journal of Urban and Contemporary Law, Vol. 28, 1985, str. 275.

⁴ *Ibidem*

Softver se, dakle, ne može smatrati savršenim proizvodom. Ipak, nedostaci odnosno mane koje on sadrži nisu uvek pravno relevantne u smislu odgovornosti davaoca licence prema svom saugovaraču. Pre svega, neophodno je naglasiti da se kao polazna tačka u određivanju odgovornosti ne uzima krivica zasnovana na ljudskom faktoru jer se ona javlja kao kriterijum samo kada je takvom greškom prouzrokovana šteta trećim licima.⁵ Uz to, upotreba, naročito kada je reč o kompleksnim softverima, često zahteva određenu stručnost korisnika. Stoga je u kontekstu ugovorne odgovornosti važno istaći da se o nedostacima ne može govoriti ukoliko su oni proizašli iz nedovoljne umešnosti korisnika već isključivo ukoliko se nalaze u samom softveru.

Nadalje će se, zapravo, opredeliti koje su to manjkavosti softvera usled kojih postoji povreda ugovorne obaveze i odgovornost davaoca licence.

1.1. Pojam softverske greške kao nedostatka stvari

Informatički, greška (često se koristi i engleski termin „bug“) predstavlja „svaki mehanički, električni, elektronski ili programski problem koji ometa obradu podataka.“⁶

Ovakvo određenje je, međutim, šire od njegovog sinonima – mane stvari kao pravne kategorije. Zato je, u kontekstu predmeta rada, neophodno ovu široku definiciju smestiti u okvire građanskopravnog pojma

⁵ Softverske greške mogu prouzrokovati štetne posledice izuzetno velikih razmera, naročito kada se radi o softverima koji se upotrebljavaju u medicini ili avio-prevozu gde se mere i u stotinama, pa i hiljadama ljudskih žrtava. Primera radi: 1984. je razvijen softver Therac – 25 čija je namena bila da proizvodi visokovoltazne bimove za radijaciju pacijenata obolelih od kancera. Između 1985. i 1987. godine jedanaest pacijenata u različitim bolnicama Sjedinjenih Američkih Država i Kanade primilo je nekoliko stotina puta jaču radijaciju od propisane, zbog čega se njihovo zdravstveno stanje u velikoj meri pogoršalo, a u pojedinim slučajevima bilo je i direktan uzrok smrtnog ishoda. Proizvođači su odbili da snose odgovornost tvrdeći da je predmetni softver bio sto hiljada puta pouzdaniji od prethodne verzije, Therac – 20, koja nikada nije davala takav rezultat. Štaviše, ni nakon nekoliko testiranja softvera nisu bili u mogućnosti ni da pronađu grešku. Međutim, uporni bolnički fizijatri pronašli su uzrok: predoziranje bi se pojavilo svaki put kada bi se podaci menjali veoma brzo odnosno toliko brzo da se tastatura pritisne mnogo pre nego što kompjuter završi promenu prethodnog unosa. Kako je ovo moglo da uradi samo lice koje podatke unosi, nije bilo odgovornosti proizvođača. Ipak, ovaj primer pokazuje da u izradi softvera nije bitno samo pritisnuti odgovarajuće dugme u odgovarajućem rasporedu, nego i u odgovarajućoj brzini. V: Trevor Kletz, with Paul Chung, Eamon Broomfield, Chaim Shen-Orr, *Computer Control and Human Error*, Gulf Publishing Company, Book Division, Houston, 1995, str. 14.

⁶ V: V. Tasić, I. Bauer, *Rečnik kompjuterskih termina*, Mikro knjiga, Beograd, 1998, str. 48

materijalnih nedostataka stvari. Prethodno ćemo se osvrnuti na softverske greške u njihovom tehničkom značenju sa kojima se korisnici najčešće susreću.

1.2. Tipični nedostaci softvera

Greške koje se pojavljuju kod softvera mogu biti vrlo raznolike, te je izuzetno teško sačiniti bilo kakvu tipološku klasifikaciju. Sem toga, često ih je nemoguće potpuno odvojiti od hardverskih ili drugih sličnih nedostataka. U ovom delu, u cilju ilustracije problema upotrebe, biće navedene najučestalije, bez detaljnog objašnjavanja koje bi prelazilo obim ovog rada.

Nefunkcionalnost i nedovoljna funkcionalnost postoje ukoliko usled određenih nedostataka programske rutine ne dovode do uobičajenih rezultata ili rezultati nisu korektni.

Softver, nadalje, sadrži nedostatak ukoliko ne *postoji mogućnost otklanjanja grešaka* za koje inače nije potrebna intervencija u samom programu već se pojavljuju prilikom prikazivanja na monitoru računarskog uređaja i korisnik ih redovno može sam ispraviti.

Kako upotreba softvera zavisi u bitnoj meri od hardverskog i softverskog okruženja, od velikog značaja jeste pitanje *kompatibilnosti* konkretnog softvera sa hardverom, hardverskim uređajima ili drugim softverima, te će softver imati nedostatak ukoliko ne može da proizvede predviđeni rezultat upotrebom na određenoj kompjuterskoj opremi ili uz određeni softver istog ili drugog proizvođača, bez potrebe naknadnih usklađivanja i promena.

Nedostatak postoji i ukoliko *kapacitet softvera* zahteva veću memoriju za njegovo funkcionisanje od predviđene ili ukoliko preostali deo kapaciteta računara nije dovoljan za redovno korišćenje tog ili drugog programa.

Isto tako, redovna upotreba softvera najčešće podrazumeva i *određenu brzinu obrade podataka*. Pod tim se podrazumeva tolerantan vremenski period za obavljanje softverskih funkcija, kao što je smeštanje podataka u memoriju, razmak između zadate komande i prikazivanja rezultata, ali i efikasan rad drugih funkcija programa. Iako je ovo svojstvo prevažno uslovljeno karakteristikama uređaja, uzrok se može nalaziti i u nefikasnem programiranju.

Kada su data *netačna uputstva za instalaciju i upotrebu*, korisnik i pored činjenice da raspolaže svom potrebnom dokumentacijom nailazi na faktičke prepreke u upotrebi, zbog čega se takva manjkavost u ispunjenju može kvalifikovati kao mana stvari jer sledeći pogrešne instrukcije zapravo ne može da postigne očekivani rezultat.

Komfor u obavljanju delatnosti, pa i u svakodnevnom životu, koji savremeno društvo uživa zahvaljujući informacionoj tehnologiji, umanjuje se činjenicom da gotovo paralelno sa unapređivanjem tehničko-tehnoloških mogućnosti teče i razvoj *programa namenjenih za sabotažu odnosno „zaraznih“ programa* (termin se čini prikladnijim s obzirom na njegovu učestalu upotrebu u svakodnevnom govoru, a odnosi se na viruse, crve, trojanske konje i druge „zaraze“). Postojanje programa za sabotažu u softveru koji je predmet ugovora ne mora se neporedno odraziti na funkcionisanje istog. Ipak, njegovom upotrebom se ugrožava kompjuterski sistem korisnika, te se „zaraženi“ softver nesumnjivo smatra manjkavim.

Na kraju, manom stvari se mogu smatrati i *tehnološke mere zaštite* softvera kojima se korisnik sprečava da preduzme određene radnje iskorišćavanja koje su vezane za ugovorenu odnosno uobičajenu upotrebu.

2. Podobnost za upotrebu

U našem pravu ne postoje posebne odredbe o nedostacima kod ugovora o licenci prava industrijske svojine, koje bi se, s obzirom na nematerijalnu prirodu predmeta mogle primeniti i na pitanja softvera. Stoga su u tom pogledu značajne odredbe Zakona o obligacionim odnosima o materijalnim nedostacima stvari kod ugovora o zakupu koji je prema karakterističnoj prestaciji sličan ugovoru o licenci, a kao dopuna i odredbe kupoprodaje, budući da se one supsidijarno primenjuju i u drugim ugovornim odnosima⁷.

Nedostatak kod ugovora o zakupu postoji ukoliko stvar ima takav nedostatak koji smeta njenoj ugovorenoj ili redovnoj upotrebi, bez obzira na to da li je zakupodavac znao za njih ili ne, kao i ako stvar nema one odlike ili svojstva koja su izričito ili prećutno ugovorene.⁸ Manji nedostaci se pri tom ne uzimaju u obzir.⁹

Još preciznije, nedostatak stvari, prema odredbama kupoprodajnog ugovora, postoji: ukoliko stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet; ako nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu ili mu je mora-

⁷ Opširnije o tome v: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravo, Novi Sad, 2001. godine, str. 346–352

⁸ Čl. 573. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ, br. 29/78; 39/85; 45/89; 57/89; Sl. List SRJ br. 31/93

⁹ Čl. 573. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima

la biti poznata i ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane.¹⁰

2. 1. Subjektivni kriterijum podobnosti za upotrebu

Ukoliko posebne osobine softvera predstavljaju element ugovora oko kojeg su strane postigle saglasnost, na ocenu njegove podobnosti za upotrebu presudno će uticati subjektivni kriterijum: izjavljena volja ugovornih strana.

Ovo je naročito značajno s aspekta *individualnih softvera*. Tako, softver se neće smatrati podobnim za upotrebu ukoliko ne proizvodi određeni ugovoreni rezultat odnosno ukoliko nema ona svojstva koja je naručilac izrade (korisnik) istakao u svom zahtevu, a poslenik (davalac licence) pristao na iste.

Ukoliko su izjave volje date izričito, ne postoje problemi u tumačenju ugovorenog kvaliteta. Izrada softvera je tada najčešće praćena specifikacijom koja, po pravilu, predstavlja i sastavni deo ugovora (tzv. knjižica o obavezama)¹¹. Čak i kada nije neposredno unesena u ugovor, predstavlja pouzdan dokaz o postignutoj saglasnosti ugovornih strana.

Situacija je složenija kada se volja izjavljuje konkludentno jer tada nije moguće sa sigurnošću odrediti namenu softvera čiju je izradu naručilac zahtevao. Međutim, prema odredbama Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima o ugovorima o narudžbi autorskog dela, on ima pravo da usmerava i kontroliše postupak stvaranja dela¹². Iz shodne primene obligacionopravnih odredbi o istovrsnom ugovoru proističe da se, ukoliko ne istakne blagovremeno da izrada softvera u pojedinim fazama pokazuje odstupanje od ugovorenog kvaliteta odnosno da neće moći zadovoljiti očekivanu namenu, može smatrati da se sa prikazanim rezultatima saglasio¹³.

Ipak, pravo nije isto što i obaveza. To znači da kontrola od strane naručioca može izostati zbog čega utvrđivanje ugovorenog kvaliteta postaje bitno otežano. Tada bi se kao pomoćni kriterijum mogla uzeti pretpostavljena volja koju je poslenik kao stručno lice morao znati, a u krajnjoj liniji i objektivni kriterijumi.

¹⁰ Čl. 479. st. 1. tačka 1), 2) i 3). Tačka 4) istog člana predviđa da nedostatak postoji i ako stvar nije saobrazna uzorku ili modelu osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja, ali s obzirom na neprimenljivost ove odredbe na softvere izuzeta je u tekstu.

¹¹ V: J. Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, str. 386

¹² Čl. 94. Zakona o autorskom i srodnim pravima

¹³ Čl. 614. Zakona o obligacionim odnosima

Subjektivni kriterijumi mogu se primeniti i na određivanje kvaliteta *korisničkih softvera koji su predmet tipskih ugovora o licenci*, pri čemu će se ocena podobnosti za upotrebu zasnivati na utvrđivanju postojanja onih karakteristika isporučenog softvera koji su dati od strane proizvođača (davaoca licence). Izričite garancije određenih osobina softvera sadržane su u tzv. izjavi garancije koja je sastavni deo tipskog ugovora. U tom smislu, izjava proizvođača da softver ima određene osobine predstavlja zapravo osnov određivanja ugovorenog kvaliteta kao povišeni stepen svesti o nastanku obaveze obezbeđenja određenog učinka koji garancija sa sobom nosi. Drugim rečima, davalac licence je odgovoran prema svom saugovaraču ukoliko softver nema navedene osobine ili se prilikom redovne upotrebe softvera pojave nedostaci koji su neposredno povezani sa garantovanim osobinama. Primera radi, u klauzulama o garanciji se po pravilu navode obeležja kompatibilnosti sa odgovarajućim uređajima, operativnim sistemima ili sličnim softverima drugih proizvođača, na kojima je izvršeno testiranje i na kojima se može očekivati upotreba sa velikim stepenom pouzdanosti. Isto tako, garantovanom osobinom mogla bi se smatrati i verzija softvera na određenom jeziku¹⁴ (npr. srpskom).

Nezavisno od ugovorenog kvaliteta, nedostatak postoji i ako softver nema ona svojstva koja su potrebna za naročitu upotrebu, a koja su proizvođaču bila poznata ili morala biti poznata. I u ovim slučajevima do izražaja dolazi subjektivni momenat, ali kako on nije predmet izričitog ugovornog regulisanja, kod tipskih ugovora o licenci korisničkih softvera, naročito onih namenjenih masovnom tržištu, dolazi u pitanje mogućnost njihovog dokazivanja.

Kada su u pitanju kompleksni softverski proizvodi čija je namena vezana za obavljanje odgovornih radnih zadataka (npr. SAP program za kompletno posloводство privrednih subjekata složene delatnosti, od proizvodnje do prodaje) ili pružanja usluga (kao što su, primera radi, medicinske usluge), korisnici se sa osobinama softvera upoznaju pre zaključenja ugovora o licenci. Dodatno opisivanje softvera, načina funkcionisanja i očekivanih rezultata daje se, po pravilu, u uputstvu za upotrebu ili pratećoj dokumentaciji.

Uz to, proizvođači često nude tzv. demo verzije¹⁵ na osnovu kojih korisnik ima mogućnost da u određenom roku isproba softver i odluči da

¹⁴ V: Odluka Višeg Zemaljskog suda (OLG) Hamm CR 1989, 995, navedeno prema: J. Marly, *op.cit.*, str. 385

¹⁵ Npr. u Acer Aspire One Notebook računarima nalazi se instalirana demo verzija operativnog softvera Microsoft Windows XP čija upotreba je ograničena na 30 dana. Nakon isteka ovog roka, softver se više ne može koristiti ukoliko se ne zaključi ugovor o licenci.

li zadovoljava njegove naročite potrebe odnosno da li ima ona svojstva koja su podobna za naročitu upotrebu. Analogno kupoprodaji na probu¹⁶, nakon isteka određenog probnog perioda, korisnik se mora izričito izjasniti da ne ostaje pri ugovoru. U suprotnom, smatra se da je zaključen ugovor o licenci softvera demonstriranih obeležja.

Navedene forme prethodnog testiranja softvera (eng. *acceptance test, user acceptance testing*) predstavljaju pogodnost i za korisnike i za davaoce licence. Prvi sa manjim rizikom ulaze u ugovorni odnos, a drugi na taj način ograničavaju svoju odgovornost u smislu garantovanja samo iskazanih svojstava. Iz tih razloga je u informatičkom svetu sve više zastupljena praksa ovakvog testiranja, a merila uspešnosti testa mogu biti subjektivna i objektivna, što se razlikuje od subjektivnog i objektivnog kriterijuma podobnosti za upotrebu. Naime, subjektivni kriterijumi su zadovoljeni ako softver prilikom testiranja odgovori na posebne zahteve korisnika, a objektivni ukoliko funkcioniše u skladu sa specifikacijom davaoca licence. Međutim, ni nakon preduzimanja prethodnog testiranja, davalac licence se ne može osloboditi obaveze da isporuči softver zadovoljavajućeg kvaliteta.¹⁷ Pored toga, davalac licence snosi odgovornost u pogledu nedostataka koji se nisu uočili prilikom testiranja ili su se tek naknadno pojavili.¹⁸

Iako je u navedenom smislu shodna primena subjektivnih kriterijuma podobnosti za upotrebu u domenu softverskih proizvoda masovnog tržišta moguća, ipak postoje određene specifičnosti.

Pre svega, način distribucije standardnih softvera isključuje i najmanju verovatnoću da proizvođač zna za kakve konkretne namene korisnik pribavlja softver. Softver, uz to, nije proizvod čija se svojstva mogu uočiti neposrednim opažanjem, već upravo upotrebom koja je kod ugovora o licenci primarna svrha. Drugim rečima, korisnik zaključuje ugovor o licenci onog softvera čijom upotrebom može udovoljiti konkretnim poslovnim ili privatnim zahtevima. Stoga on svoj izbor zasniva na raspoloživim informacijama. U tom smislu, primenu odredbi o odgovornosti za materijalne nedostatke ne bi trebalo toliko dovoditi u vezu sa naročitom svrhom koju je davalac licence morao znati koliko obrnuto, sa okolnostima koje je morao znati korisnik.

¹⁶ Čl. 534. i 535. Zakona o obligacionim odnosima

¹⁷ V: Anglo Group plc v. Winther Browne & Co. Ltd, u: R. Bond, *Negotiating International Software Licences and Data Transfer Agreements*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2004, str. 7–15

¹⁸ V: R. Morgan, K. Burden, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2001, str. 50

Naime, ukoliko je korisniku potrebno da izvrši određene složene poslovne zadatke (primera radi, vođenje finansijskog stanja preduzeća), on će zaključiti ugovor o licenci softvera koji je kreiran upravo u tu svrhu. Pri tom će od presudnog značaja biti specifične karakteristike predmetnog softvera navedene u pratećoj dokumentaciji čija je sadržina *korisniku bila poznata* u momentu obavezivanja. Posmatrano iz drugog ugla, ako proizvođač nameće informacije o posebnim obeležjima softvera (npr. tehnička mogućnost umrežavanja), on svesno ide ka tome da navedena obeležja budu odlučujući faktor u odabiru jednog softvera u odnosu na veliki broj drugih iste kategorije. Stoga je u pitanju da li standardni softver ima svojstva potrebna za naročitu upotrebu ključni momenat da li je opis proizvoda bio poznat korisniku, te nadalje, da li je upravo računajući na konkretne istaknute karakteristike zaključio ugovor o licenci. Na tome zapravo leži i pretpostavka da je davalac licence znao za ove relevantne okolnosti.

Dokazivanje, istina, može biti izuzetno teško, ali se ne može sporiti da se zasniva na objektivno proverljivim okolnostima, kao što je činjenica da su obeležja softvera jasno istaknuta na vidnom mestu ambalaže ili data u javnosti putem reklama, prospekata ili elektronskih medija. Štaviše, ovakav stav proizlazi i iz potrošačkih prava. Naime, prema odredbama Zakona o zaštiti potrošača, zabranjeno je oglašavanje proizvoda i usluga koje dovodi potrošača u zabludu, u skladu sa zakonom.¹⁹ Ovime se, između ostalog, težilo ka postizanju poverenja potrošača u javno oglašavanje, te je sasvim opravdano što se korisnik standardnog softvera pouzdao u oglašene karakteristike.

Premda ne obuhvata pitanja ugovorne odgovornosti, u ovom pogledu zanimljiva je i odredba Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, jer izričito pod nedostatkom podrazumeva i odstupanje od reklamnih izjava.²⁰

U svakom slučaju, ukoliko svojstva softvera ne zadovoljavaju očekivanja korisnika, bez obzira da li se ona izričito ugovaraju ili su, prema okolnostima svakog konkretnog ustupanja prepoznatljive za saugovarača, može se govoriti o postojanju nedostataka koji utiču na upotrebu. Međutim, ukoliko ništa nije ugovoreno ili ne proizlazi iz okolnosti slučaja, o podobnosti softvera za upotrebu se ceni prema objektivnom kriterijumu: da li stvar ima svojstva koja su potrebna za redovno odnosno uobičajeno iskorišćavanje.

¹⁹ Čl. 47. Zakona o zaštiti potrošača, Sl. Glasnik RS, br. 79/05.

²⁰ Čl. 4. st. 1. Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, Sl. glasnik RS, br. 101/05

2.2. Objektivni kriterijumi podobnosti za upotrebu

Kao minimalni zahtev koji proizlazi iz prirode ugovora o licenci postavlja se nedostatak onih softverskih grešaka usled kojih korisnik ne bi mogao da ga upotrebljava na redovan odnosno uobičajen način. U obzir se, dakle, uzima samo ovaj objektivni kriterijum, a ne izričita ili pretpostavljena volja ugovornih strana. Međutim, određivanje redovne upotrebe u informacionoj tehnologiji dovodi do izvesnih poteškoća.

Naime, softver predstavlja proizvod čiji se efekti u primeni dovode u vezu sa tehničkim komponentama i drugim proizvodima iste odnosno slične vrste, o čemu je već bilo reči. Stoga postoje mišljenja u pravnoj literaturi i sudskoj praksi da određivanje uobičajenog kvaliteta softvera nije moguće upravo polazeći od činjenice da prilikom njegove upotrebe postoji izuzetno veliki broj mogućih kombinacija naredbi, pa time i učinka.²¹ Ipak, velika zastupljenost ovih dobara na tržištu, pa i u poslovnom svetu u opšte, dovodi do toga da je danas vrlo lako uporediti različite softvere iste klase i uspostaviti određeni standard. Ti standardi su doduše, usled dinamičnog razvoja informacione tehnologije, podložni stalnim promenama, ali je činjenica da se uobičajeni kvalitet može utvrditi, makar u okviru „aktuelnog stanja tehnike“.²² Tako, više se ne postavlja pitanje da li softver za obradu teksta sadrži mogućnost ubacivanja fusnota ili tabela u tekst. Kada su u pitanju stručni aplikativni softveri, može se smatrati podrazumevajućim da rezultati dobijeni upotrebom treba da budu usaglašeni sa aktuelnim stanjem struke. Primera radi, ukoliko se radi o softveru u računovodstvenim uslugama, kao minimalni zahtev se postavlja usaglašenost sa zakonskim propisima na kojima se finansijsko knjigovodstvo zasniva.²³ Pri tom, naravno, ocena podobnosti u najvećoj meri zavisi od mišljenja veštaka za određenu oblast, a činjenica da je znanje o takvim i sličnim obavezama van struke autora odnosno davaoca licence ne utiče na njegovu ugovornu odgovornost prema korisniku. Naime, iako greška može poticati od nedovoljne stručnosti, autor softvera odgovara za izbor eksperata na čija usmerenja se oslanjao pri stvaranju dela.²⁴

²¹ V: J. Marly, *op.cit.*, str. 381 i tamo navedenu nemačku sudsku praksu i literaturu

²² *Ibidem*

²³ *Ibidem*

²⁴ Aplikativni softveri za rešavanje određenih stručnih problema, čak i kada se ne radi o individualnim softverima, upravo se zasnivaju na definisanju problema od strane eksperata. Ova činjenica može biti od značaja za pitanje odgovornosti u smislu da autor softvera odgovara za izbor lica ukoliko je neophodno da angažuje i druge subjekte (kod ugovora o narudžbi dela, npr.), ali i kod utvrđivanja krivice za prouzrokovanje štete trećim licima.

S druge strane, vrlo često redovna upotreba zahteva određeno poznavanje kompjuterske tehnologije, ali, ako se izuzmu tzv. jeftini softveri²⁵, i stručne oblasti u kojoj se primenom softvera očekuju korektni rezultati. Naime, moguće je da on ne sadrži nedostatke koji ga čine manjkavim, ali zbog pogrešne instalacije ili načina rada, pokazuje značajna odstupanja prilikom upotrebe. Stoga se u ovom domenu redovna upotreba ne može posmatrati samo sa aspekta proizvoda, već i korisnika koji mora imati najmanje prosečnu umešnost. Dakle, softver je podoban za redovnu upotrebu ukoliko je takvog kvaliteta da zadovoljava korisnika prosečnih informatičkih veština, a u određenim slučajevima korisnik mora imati svojstvo prosečnog stručnjaka za oblast kojoj je softver namenjen.

Objektivni kriterijum upotrebe, u smislu prethodno opisanog, predstavlja zapravo minimum obaveze garantovanja upotrebe. Štaviše, on mora biti zadovoljen i u slučajevima kada od proizvođača dati opis proizvoda ne sadrži izričito navedena obeležja ili se volja ugovornih strana ne može pouzdano utvrditi.

3. Pravne posledice manjkavosti softvera

Činjenica da je predmet prestacije softver kao autorsko delo za koje u određenim segmentima postoje odstupanja od opšteg autorskopravnog režima, utiče i na pitanja pravnih posledica manjkavosti softvera.

U svim savremenim pravnim sistemima zakonom je predviđeno ograničenje autorskih prava u korist legalnog sticaoca primerka softvera. U kontekstu manjkavih softvera, on može, radi sopstvenog uobičajenog namenskog korišćenja, ako ugovorom nije drugačije određeno,²⁶ otklanjati greške koje ometaju njegovu redovnu upotrebu. Time se prevashodno misli na manje nedostatke za koje ni inače davalac licence ne odgovara, ali kako zakonodavac ne precizira njihovu prirodu, ovom odredbom su obuhvaćeni i pravno relevantni.

Da bi mogao preduzeti navedene radnje, međutim, u pojedinim slučajevima mora raspolagati određenim stručnim znanjem softverskog inženjerstva. Stoga se ovaj izuzetak čini nedovoljnim kada je potrebno angažovati druga lica ili sredstva kako bi se postigao željeni, dopušteni cilj, budući da se izlaže dodatnim troškovima, sa kojima u momentu zaključuje-

²⁵ Iako ne postoje razlike u pravnoj zaštiti, u rešavanju problema vrlo često se i u uporednom pravu posebno tretiraju jeftini softveri gde se cenovna granica kreće oko 100 evra. V: J. Marly, *op.cit.*, str. 380

²⁶ Čl. 46, st. 1, tačka 2 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, Sl. List SCG br. 61/04

nja ugovora nije računao. U tom smislu relevantne su odredbe o kupoprodaji i zakupu koje se shodno primenjuju i na ugovore o licenci.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zakupac je dužan obavestiti zakupodavca bez nepotrebnog odlaganja o svakom nedostatku koji bi se pokazao ili nastao u toku zakupa, osim ako zakupodavac zna za nedostatak.²⁷ Za razliku od kupoprodajnog ugovora, rizik za slučajnu propast stvari snosi zakupodavac za svo vreme trajanja ugovora, a time i odgovornost za materijalne nedostatke stvari koji ometaju redovnu odnosno ugovorenu upotrebu. Pri tom nije od značaja momenat kada je nedostatak nastao, pre ili u toku trajanja ugovora. Ovo pravilo proističe iz trajnosti prestacije ugovora o zakupu, što je karakteristika i ugovora o licenci. Daljom analognom primenom odredaba o odgovornosti zakupodavca, korisnik licence po osnovu manjkavosti stvari ima pravo da zahteva otklanjanje nedostatka, a ukoliko je reč o neotklonjivom nedostatku, na sniženje licencnine ili raskid ugovora.²⁸ U svakom slučaju ima pravo na naknadu štete prouzrokovane neupotrebom softvera, privremenom ili trajnom.²⁹

Zakonska formulacija upućuje na to da se otklanjanje greške odnosno nedostatka pojavljuje kao primarni zahtev. Pri tom, korisnik softvera ima mogućnost da nedostatak samostalno otkloni, ali na trošak davaoca licence,³⁰ izuzev kada je reč o sitnim korekcijama, koje i prema odredbama ugovora o zakupu padaju na njegov teret.³¹ Primera radi, memorijski kapacitet softvera može da se smanji odstranjenjem nepotrebnih programskih funkcija koje zauzimaju značajan memorijski prostor, a korisnik ih ne upotrebljava. Naravno, ovakvo tumačenje nije primenljivo na ugovorom izričito isključenu mogućnost otklanjanja grešaka od strane korisnika, zbog čega bi on u svakom slučaju morao obavestiti davaoca licence o postojanju greške.³²

Ukoliko je reč o neotklonjivom nedostatku, koji čini bitnu povredu ugovora, ili pak otklonjivom, ali čijim otklanjanjem bi bili povređeni rokovi kada su oni bitan sastojak ugovora, ili bitno smanjuju vreme trajanja ustupljenog iskorišćavanja, korisnik može da zahteva sniženje licencnine ili raskid ugovora.³³ Iako zakonodavac ostavlja izbor između ove dve opcije, princip *favor contractus* favorizuje prvu. Tačnije, u svakom konkret-

²⁷ Čl. 577, st. 1. i 579, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima

²⁸ Čl. 578. Zakona o obligacionim odnosima

²⁹ Čl. 578. st. 4. Zakona o obligacionim odnosima

³⁰ V: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1228, u vezi sa čl. 694

³¹ Čl. 570. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima

³² U skladu sa čl. 46.st.2 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima

³³ Čl. 578. Zakona o obligacionim odnosima. V: S. Perović, *op.cit.*, str. 1050

nom slučaju sud treba da odluči da li cilj ugovora može da se ispuni sniženjem naknade koju je korisnik dužan da plaća. U suprotnom, ugovor o licenci se raskida.

U svakom od navedenih slučajeva, korisnik licence ima pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora, ali i eventualne štete koju može prouzrokovati nedostatak softvera na drugim dobrima, po opštim pravilima o odgovornosti.³⁴ Međutim, pravo na naknadu se gasi ukoliko korisnik propusti da obavesti davaoca licence o postojanju nedostatka. Sem toga, kada zbog ovog propuštanja davalac pretrpi štetu, korisnik je u obavezi da je naknadi.³⁵

Navedenoj odredbi može se dati i šire tumačenje u situaciji kada korisnik samostalno otklanja greške bez obaveštavanja proizvođača, budući da ga Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima na to ovlašćuje. Naime, troškovi koje je davalac licence dužan da snosi po tom osnovu često prevazilaze troškove koje bi sam imao pri otklanjanju nedostataka. Stoga bi se moglo smatrati prekomernim opterećenjem davaoca ukoliko bi on bio obavezan da ih u celosti naknadi. S tim u vezi, propuštanje korisnika da obavesti davaoca licence može dovesti do ograničenja naknade učinjenih troškova na onaj iznos koji bi davalac licence realno imao.

4. Isključenje odgovornosti

Pravne posledice odgovornosti za materijalne nedostatke softvera mogu izostati ukoliko je, po osnovu zakona ili ugovora o licenci, takva odgovornost isključena.

4.1. Zakonsko isključenje odgovornosti

Analogna primena odredaba Zakona o obligacionim odnosima isključuje odgovornost davaoca licence za nedostatke koji su korisniku u trenutku zaključenja ugovora bili poznati ili mu nisu mogli ostati nepoznati.³⁶

S obzirom na činjenicu da su softverske greške neizbežne, korisnik licence mora da računa sa tim da softver ima nedostataka. Za neznatne nedostatke proizvođač ni inače ne odgovara, te nepažnja koja može dovesti do isključenja odgovornosti saugovarača odnosi se samo na one koje imaju karakter bitnih za ugovorenu odnosno uobičajenu upotrebu softve-

³⁴ Čl. 578, st. 4. Zakona o obligacionim odnosima

³⁵ Čl. 577, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima

³⁶ Čl. 480, st. 1 i čl. 574, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima

ra. Primera radi, ukoliko je korisnik znao da predmetni softver ne može da funkcioniše na operativnom sistemu kojim on raspolaže, davalac licence neće odgovarati zbog postojanja nekompatibilnosti.

Premda Zakon proširuje odgovornost u slučaju da je davalac licence tvrdio da softver ima određena svojstva odnosno odlike,³⁷ ova odredba u pogledu ugovora o licenci ima mali, gotovo nikakav značaj jer korisnik tek u toku upotrebe može utvrditi da ona nedostaju odnosno u trenutku zaključenja ugovora ne može za takav nedostatak znati. Do shodne primene odredbe o odgovornosti za slučaj da je davalac licence tvrdio da softver nema nikakvih nedostataka³⁸, iako je korisnik već prilikom zaključenja ugovora primetio određene mane (primera radi, među kompatibilnim operativnim sistemima nije naveden onaj kojim korisnik raspolaže), u praksi takođe retko dolazi budući da je na softverskom tržištu postalo uobičajeno da se ugovorom isključuje ili ograničava odgovornost za eventualne greške.

4.2. Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti

U zakonskim odredbama o odgovornosti za materijalne nedostatke izričito se dozvoljava ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti³⁹, što se u pogledu ugovora o licenci softvera najčešće dešava.

Davalac licence može, dakle, ugovorom isključiti odgovornost u potpunosti pri čemu korisnik prihvata rizik da će usled njihovog eventualnog pojavljivanja troškove otklanjanja sam snositi.

Nadalje, on može ograničiti odgovornost samo za određene nedostatke ili odrediti da korisnik licence, u slučaju postojanja nedostataka, ne može ostvariti sve zahteve po tom osnovu, već samo pojedine od njih (otklanjanje grešaka ili sniženje licencnine, ali ne i raskid ugovora).

Ugovorne odredbe o isključenju odnosno ograničenju odgovornosti, međutim, trpe sankciju ništavosti ukoliko je davalac licence softvera znao za nedostatak, pa namerno propustio da o tome obavesti korisnika; ako je nedostatak takve prirode da onemogućava upotrebu ili je, pak, davalac licence ovu odredbu nametnuo koristeći svoj monopolski položaj.⁴⁰

U prvom slučaju zakonodavac pretpostavlja postojanje težeg oblika građanskopravne odgovornosti, nameru, u dva smera. Najpre, davalac licence mora da zna za postojanje nedostatka. Izostavljanjem formulacije „morao znati“ isključuje se gruba nepažnja kao oblik krivice koja dovodi

³⁷ Čl. 480, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima

³⁸ Čl. 480, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima

³⁹ Čl. 486, st. 1. i čl. 576, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima

⁴⁰ Čl. 576, st. 2. Zakona o obligacionim odnosima

do ništavosti ugovornog isključenja odnosno ograničenja odgovornosti. Uz to, propuštanje obaveštavanja korisnika o tome takođe mora biti namerno jer iz takvog postupanja jasno proističe maliciozni cilj – izbegavanje materijalne odgovornosti, te kao takav ne može uživati pravnu zaštitu.

Kada je reč o drugom slučaju, ništavost je posledica koja logično proizlazi iz prirode ugovora. Naime, upotreba softvera predstavlja karakterističnu prestaciju, pa i više od toga: kauzu ugovora. Izvršenje prestacije, nadalje, u pretežnom delu zavisi upravo od činjenice da li softver ima nedostatke kojima se upotreba onemogućava. Ukoliko je to slučaj, isključenje odgovornosti proizvođača imalo bi za posledicu da se ugovor ne može ni izvršiti. Isto proističe i iz ograničenja odgovornosti kada je nedostatak neotklonjiv, a korisnik se, zaključujući ugovor takve sadržine, odrekao prava na raskid.

Na kraju, ništavost ugovorne odredbe o isključenju odnosno ograničenju odgovornosti nametnute iskorišćavanjem monopolskog položaja ima u domenu softvera naročitu ulogu budući da je reč o intelektualnoj tvorevini koja vrlo često može dovesti do dominacije jednog subjekta na tržištu, kao što je to slučaj, primera radi, sa *Microsoft Corporation*.

Monopolski odnosno dominantni položaj postoji ukoliko jedan subjekt na tržištu nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna odnosno koji ima značajno bolji položaj u odnosu na konkurente uzimajući u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržišta.⁴¹ Dominacija, u navedenom smislu, sama po sebi nije nedopuštena, ali svi savremeni pravni sistemi sankcionišu njenu zloupotrebu. Jedan od zabranjenih akata u tom pravcu jeste i namećanje nepravičnih uslova poslovanja⁴², što može da obuhvata i ugovorno isključenje odgovornosti, čime se značajno ugrožavaju interesi potrošača odnosno korisnika softvera. Odluka o postojanju zloupotrebe donosi se za svaki pojedinačan slučaj, s obzirom na subjekte i konkretnu sadržinu pravnog odnosa. Ukoliko se, dakle, utvrdi da zloupotreba postoji, odredba o isključenju odgovornosti ne proizvodi dejstvo, te se u pitanju softverskih grešaka primenjuju opšta pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke.

⁴¹ Čl. 15. Zakona o zaštiti konkurencije, Sl. glasnik RS, br. 51/09, stupa na snagu 1. novembra 2009. godine

⁴² Čl. 16. st. 2, tačka 1. Zakona o zaštiti konkurencije

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

Obligation To Warrant The Usage In Software Licence Agreement

Abstract

This paper analyzes the obligation to warrant the usage of the software in the license agreement that is by its contents actually liability for material defects software. Since the Law of Obligations does not contain explicit provisions in this respect, in this question apply terms of buying and selling and renting, taking into account the specifics of the software as intangible property. In addition, given the fact that the software is protected by copyright, it is inevitably to bring the relevant provisions of contract law in conjunction with *lex specialis* of the Law on Copyright and Related Rights, which could affect the range of licensor liability.

Key words: software; software bugs; software defects; usage; contracted use; normal use; liability; exclusion of liability