

Др Михајло Цветковић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1672183C

UDK: 347.44:004.738.5

Рад примљен: 30.09.2015.

Рад прихваћен: 01.12.2015.

УГОВОР О КОРИШЋЕЊУ ТУЂИХ РАЧУНАРСКИХ РЕСУРСА**

Апстракт: Уговорни односи поводом употребе туђе ствари нису новина. Међутим, експлоатација туђих рачунарских ресурса преко интернета и пратећи правни промет свакако одступају од традиционалних оквира посебног дела уговорног права. Савремене чинидбе (инфраструктура, софтвер или платформа као услуга) тешко се описују терминологијом потеклом из римског права. Изразита новост високотехнолошких услуга скрива неравноправан положај уговарача. Њихови пружаоци, махом глобалне мултинационалне компаније, преопширним уговорима, сачињеним од више аката, обезбеђују себи неоправдане привилегије. Општи услови пословања закомпликовани су „споразумом о нивоу услуге“, правилима понашања и (не)гаранцијама приватности. Корисници олако пристају на унапред састављене понуде, не знајући да је привидно бесплатан уговор, заправо обострано-обавезујућ и врло лукративан другој страни. Аутор анализира у којој мери су норме о продаји, закупу, зајму и послузи применљиве на „облак“ уговоре и колико је уговорна заштита потрошача, као релативно нова дисциплина, у предности. Престанак уговора између провајдера и корисника обележавају специфичне постуговорне обавезе, својствене online окружењу.

Кључне речи: уговор, интернет, престација, услуга, аналогија, потрошачи, бесплатност, „облак“ рачунарство.

* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. година.

1. Увод

Идеја да се рачунарски ресурси¹ испоручују слично комуналним услугама, као што су снабдевање електричном енергијом и гасом, телефонија или јавни превоз, стара је пола века. Развој информационих технологија у задњој декади омогућио је њену реализацију кроз „облак“ рачунарство. Без обзира на сложеност информационе инфраструктуре, ствара се и одржава утисак да су сви ресурси кориснику увек на располагању, а да је, с друге стране, он изолован од осталих корисника и безбедан од насртљиваца и знатижељника.² Таква визија је технички и економски остварива само под условом да постоји уређен систем, заснован на прихваћеним стандардима. Стандарди су техничке, али и правне природе. Зато горња аналогија са услугама од општег економског интереса није случајна, као ни у наставку приказана аналогија са именованим уговорима насталим у римском праву.

Дигитални подаци су нова валута дигиталне економије, „облак“ је трезор банке, а провајдери држе кључеве пословне продуктивности и успеха у 21. веку (Hunt, 2015: 451). Чак 64% европских предузећа користи „облак“, као и већина грађана (Commission Staff, 2012: 8). Иако ова делатност, веома важна за привреду, повећава продуктивност и креира радна места, тржиште ЕУ годинама заостаје за америчким. Зато је Европска комисија основала 2013. радну групу експерата са задатком да изради модел уговор за „облак“ рачунарство и тако умањи разлике присутне на јединственом тржишту, стварајући безбедно окружење засновано на правичним уговорима и доброј пословној пракси.³

Постојећи традиционални правни оквир релевантан за „облак“ је сложен и неадекватан, па постоји велика правна несигурност. Тренутно стање карактеришу велики проблеми везани за уговорну одговорност, безбедност података, заштиту приватности, положај потрошача, али и других корисника „облака“. Наиме, постојећа пословна пракса је неправедна према корисницима будући да провајдери искључују своју одговорност, задржавају право на једнострану измену уговора, неовлашћено искоришћавају туђе податке, различите ризике у потпуности

1 Рачунарски ресурс је сваки физички или виртуелни елемент рачунарског система. Физички ресурси су телесни уређаји, нпр. процесор обрађује податке, „чврсти диск“ их чува, а мрежна инфраструктура их преноси. Виртуелни ресурси нису материјализовани, нпр. рачунарски програми и језици.

2 Coming, *Како су настали рачунарски облаци*, Retrived 25, Sep 2015, from: http://www.coming.rs/business_it/business_it_1/kako_su_nastali_racunarski_oblaci.

3 Commission decision on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts (2013/C 174/04).

пребацују на корисника (Hon, Millard, Walden, 2012: 81). Све то правдају „бесплатношћу“ својих услуга.

Подлога проблема је чињеница да правници нису довољно упознати са новим неименованим уговорима, недостаје терминологија. У том смислу овај рад представља покушај да се једна нова тема приближи домаћој правничкој јавности. Односи поводом „облака“ нису регулисани посебним прописима, тако да се поставља питање која правила треба применити. Одговор на ово практично питање захтева сагледавање на теоријском нивоу, тј. разматрање правне природе уговора о коришћењу туђих рачунарских ресурса. Дакле, предмет овог рада је анализа поменутих практичних и теоријских проблема. То је важно не само ради решавања евентуалних спорова, него и због потребе да се овај грађанскоправни однос адекватно уреди, у складу са начелом савесности и поштења.

2. Чинидбе и њихов предмет

Рачунарски облак (cloud computing) представља искоришћавање рачунарских ресурса на даљину,⁴ путем интернета. Концепција је произашла из идеје изнајмљивања рачунара. То је делатност у којој се веома прилагодљиви информатички ресурси нуде бројним екстерним корисницима у виду услуге. Прилагодљивост у овом случају значи да се понуда ресурса прилагођава потражњи корисника скоро тренутно.

Економска криза је утицала на предузећа да се фокусирају на своју основну делатност и остваре уштеде у другим областима. „Облак“ рачунарство карактеришу бројне предности: ниски трошкови, флексибилност, независност хардвера и локације, могућност дељења ресурса, поузданост и безбедност. Услуге се плаћају на основу утрошка. Корисник по потреби остварује повећање или смањење ресурса. Трошкови су ниски јер се користи заједничка, дељива информациона инфраструктура. Није потребна почетна инвестиција у опрему. Нема потребе да се инсталирају и одржавају сервери,⁵ управља надградњом, брине о компатибилности софтвера и његовом ажурирању. Подацима се приступа са било ког on-line уређаја, елиминише се „тиранија удаљености“. Чување података је загарантовано, јер су смештени у центрима на више географских локација.

Стручњацима и истраживачима из различитих области није било лако да сроче дефиницију која свеобухватно покрива различите аспекте „облака“

4 „На даљину“ значи да је корисник географски удаљен од рачунарског ресурса који користи.

5 Рачунар који опслужује друге рачунаре у мрежи редовно је повезан на интернет.

са техничке или употребне стране. Дефиниције се често прилагођавају потреби аутора који „облак“ помиње.⁶ Тако нпр. Европска унија у свом стратешком документу „Ослобађање потенцијала ‘облак’ рачунарства у Европи“ наводи да: „Облак рачунарство у поједностављеном смислу треба схватити као чување, обраду и коришћење података похрањених на удаљеним рачунарима којима се приступа преко интернета.“

„Облак“ рачунарство се према начину коришћења јавља у више модела. Приватни „облак“ је употребни модел где искључиво један субјект користи рачунарску инфраструктуру. Приватни „облак“ је својина једне компаније која контролише како се његови ресурси користе од стране различитих линија пословања или њених конститутивних група. Такав модел није предмет овог рада, јер нема два правна субјекта, односно правног односа. Заједнички „облак“ употребљава заједница корисника или потрошача, али ни ту нема дужничко/поверилачког односа. Предмет овог рада су уговори везани за „облак“ отворен за јавност, односно унапред неодређене кориснике. Јавни „облак“ је својина компаније која другим правним или физичким лицима нуди брз и повољан приступ рачунарским ресурсима. Корисници не треба да купују хардвер, софтвер и пратећу инфраструктуру, којом управља пружалац услуге, тј. провајдер. Јавни „облак“ махом је усмерен ка потрошачким услугама као што су претраживање на интернету (Google, Bing), лични е-mail сервиси (Yahoo mail, Gmail, Outlook), друштвено повезивање (Facebook, Twitter, LinkedIn) и друге примене данашњег интернета (Youtube, Dropbox, Gdrive). Хибридни „облак“ је мешавина претходних, повезана у јединствен ентитет одређеном власничком структуром или технологијом на коју одређени субјекат полаже искључиво право.

Услуге које провајдер нуди кориснику такође су разноврсне. „Инфраструктура као услуга“ је полазни ниво услуге где корисник употребљава рачунарску опрему провајдера. Он бира број и снагу рачунара према својим потребама. Уместо да купује хардвер и брине о његовом смештају, корисник преко виртуелних сервиса има утисак да се опрема налази на његовој локацији. Овај основни сервис заправо представља брз и лак начин да корисник без почетних инвестиција и уз ниске трошкове повећа своје операције кроз закуп. Нема амортизације, одржавања скупе опреме која заузима простор и троши енергију. Те трошкове сноси провајдер.

6 Душко Мартић, *Рачунарство у облацима (cloud computing): шта је и што нас треба да буде брига?*, Retrived 25, Sep 2015, from <http://pravoikt.org/>.

„Софтвер⁷ као услуга“ подразумева да корисник употребљава апликације које се налазе у инфраструктури облака (нпр. Microsoft Office 365, Google Apps).⁸ Апликације су доступне путем интернета с различитих корисничких уређаја. Провајдер је власник позадинске инфраструктуре, мреже, оперативног система, као и конкретне апликације која се експлоатише. С корисничке стране то значи да нема додатног улагања, као ни трошкова око ажурирања система. Корисници на захтев добијају одређене лиценце за апликације које су им потребне, онолико колико су им потребне (што је битно због одређивања правне природе у наставку). Овакав приступ омогућава оптимално коришћење ресурса и смањење трошкова који би настали прибављањем класичних лиценци, инсталирањем и одржавањем хардверских ресурса неопходних за функционисање софтвера. Дакле, то је решење где корисник софтвер „не купује“, већ га користи као услугу путем интернета.

„Платформа као услуга“ је сложенији сервис, намењен напредном кориснику. Он развија, тестира и дистрибуира властите апликације на инфраструктури провајдера. Преко сервиса корисник обавља своју основну делатност, пружајући услуге трећим лицима. Провајдер обезбеђује платформу која најчешће укључује сервере, мрежну инфраструктуру, центар за складиштење података, оперативне системе и програмске језике. Уместо да свој сајт, апликацију или цео информациони систем гради од нуле, корисник јефтиније и поузданије изнајмљује већ направљен сервис провајдера. Многи „облаци“ се заснивају на садржају који стварају корисници (Facebook, друштвене мреже, Youtube, Google play).

3. Уговорне стране

„Облак“ највише одговара пословним корисницима јер добијају стручну подршку, као и безбедну, економичну инфраструктуру без иницијалних инвестиција. Постоје залагања да се мала и средња предузећа у „облак“ окружењу по положају изједначе са потрошачима. Пословни корисници провајдеру плаћају новчану накнаду, уговори су дугорочни. Краткорочни уговор са провајдером закључују организатори догађаја и манифестација

7 Израз „Софтвер“ је енглеског порекла и означава рачунарски програм. Једна од могућих подела рачунарских програма је на оперативни систем и апликације. Оперативни систем омогућава усклађен рад различитих уређаја и апликација.

8 Апликација је врста рачунарског програма која омогућава реализацију одређеног задатка у корист корисника, те се зове и кориснички софтвер. Ту спадају: канцеларијске, образовне, пословне апликације, апликације за обраду звука, слике или видео материјала, као и апликације за забаву. Конкретни примери су: Word, Excel, Firefox, Media Player, StarCraft.

ограниченог трајања када је потребно обезбедити велике рачунарске ресурсе на кратак период (Eugosong, Универзијада, спортске приредбе).

„Облак“ користе и потрошачи, тј. физичка лица. Они закупају виртуелне десктоп рачунаре или инфраструктуру провајдера за складиштење података (Gdrive, Dropbox). „Облак“ испуњава њихове комуникационе (e-mail сервиси, друштвене мреже) и културне потребе. Потрошачи ретко плаћају новчану накнаду, већина њих пристаје на неку другу врсту противчинидбе.

Независни испоручиоци апликација су између потрошача и пословних корисника. Ови предузетници преко сервиса „платформа као услуга“ развијају производе, нуде их тржишту, изводе обуку или пружају разноврсне услуге. Са провајдером деле остварени приход (асиметрични ортаклук).

Јавна предузећа и државне установе у иностранству преко „облака“ ефикасно пружају услуге грађанима. Уговори са провајдерима се закључују јавним надметањем и имају јавно-правне елементе па је ова категорија корисника у знатно бољем положају од осталих. Школе и универзитети у свету увелико користе „облак“, уместо да граде скупу сопствену инфраструктуру која брзо застарева.

Насупрот корисницима, табор провајдера је много униформнији. То су углавном мултинационалне, високо-технолошке компаније које послују глобално и стичу огроман профит користећи нове пословне моделе, тешко уклопиве у флегматични уговорни правни оквир 20. века. За многе моделе још увек нема ни адекватног превода, па се користе изворни енглески термини, нпр. freemium (Hunt, 2015: 453).

4. Споразуми између корисника и провајдера

Однос између провајдера и корисника уређен је уговором. У њему се наводи да „облак“ сервиси омогућавају кориснику да употребљава сервер, мрежну опрему и апликације у рачунарској инфраструктури провајдера. Телекомуникациона мрежа и ресурси остају искључиво у својини провајдера. Главна обавеза корисника је да плати накнаду и поштује провајдерова правила. Главна обавеза провајдера је да кориснику омогући коришћење и непрекидну везу са ресурсима које корисник затражи у оквиру сервиса. Провајдер је дужан да своју телекомуникациону мрежу и ресурсе, неопходну за коришћење услуге, одржава у исправном стању. Односи између уговарача су јако сложени због бројних споредних обавеза. Уговор између њих није јединствен акт у формалном смислу, него се састоји

из више аката (општи услови пословања, споразуми о: нивоу услуге, понашању корисника, приватности) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 14). У неким конкретним случајевима ти акти заједно имају и преко 19 000 речи (Hunt, 2015: 461), што је четири пута више од овог рада.

Општи услови пословања садрже генералне одредбе које регулишу однос провајдера и корисника. Провајдер их нуди као сталну и општу понуду, а скројени су пристрасно по његовој мери. Уговор се закључује тако што корисник прихвати опште услове провајдера, што редовно чини online. Најважнији састојци су одређена накнада и други комерцијални елементи, клаузуле о искључењу провајдерове одговорности, избор меродавног права и начина решавања спорова, као и трајање уговора (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Егзонерационе клаузуле у корист провајдера су јако проблематичне јер сав ризик проузроковања штете пребацују на корисника. Њих провајдери уносе у опште услове пословања позивајући се на заштиту коју им је законодавац дао из сасвим других разлога. Питање одговорности пружаоца интернет услуга регулисано је Законом о електронској трговини израђеном по узору на Директиву о електронској трговини.⁹ Прописи искључују одговорност провајдера за пренос, привремено и трајно складиштење противправног садржаја ако су испуњени одређени услови. Провајдер садржаја експлоатише кориснички садржај, али за њега не одговара. Зашто максима *cuius commoda eius et incommoda* не би важила и у дигиталном друштву? (Цветковић, 2011: 265).

У општим условима се наводе сви остали посебни споразуми, пресудни за међусобни положај уговарача. Они важе ако је корисник са њима упознат и ако је на њих пристао. Страни судови бележе случајеве где се неадекватно приказивање ових споразума (само као hyperlink) сматра непоштеном трговачком праксом (Comparative Study, 2015: 33).

Споразум о нивоу услуге има технички карактер, типичан је за теретне сервисе и ближе одређује квалитет провајдерове услуге. Њен ниво зависи од висине накнаде коју корисник плаћа. Споразумом се детаљније одређује како сервис реагује под оптерећењем, колико времена је потребно да се систем опорави након прекида, каква је корисничка подршка и сл. С обзиром на то да се услуга пружа на даљину и зависи од спољних фактора и сложене инфраструктуре, извесно је да ће се дешавати нежељене ситуације у којима ће сервис бити недоступан. Споразумом о нивоу услуге предвиђени су одређени видови обештећења у том случају. Типично је да провајдер ускраћује кориснику право на било какве лекове сем тзв.

⁹ Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, 41/09 и 95/13; Directive on electronic commerce (2000/31/EC).

„сервисних кредита“ и то само услед околности које је провајдер могао да контролише (Hon, Millard, Walden, 2012: 96). Сервисни кредит је унапред уговорена компензација за временски период када је чиница провајдера испод уговореног нивоа. У пракси се јављају различите верзије, сличне уговорној казни или пеналима. Ретко је то одређена новчана сума, односно право на умањење цене. Редовно се кредит састоји у томе да корисник добија право да без накнаде користи сервис у одређеном будућем периоду (нпр. пад система од 6 минута, доноси кредит од 600 бесплатних минута) (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 37). Ипак, у одређеним случајевима, сервисни кредит је погодност за корисника, јер не мора да доказује своју штету.

Као референтна тачка за процену саобразности, споразум о нивоу услуге је врло важан. Са једне стране полази се од уговорних одредби и њиховог тумачења, са друге узимају се у обзир и разумна очекивања корисника, зато што је он приступио уговору који је саставио провајдер. Поред тога, уколико уговорене одредбе знатно одступају од основних принципа уговорног и потрошачког права, односно дају провајдеру неоправдано велику предност, оне су ништаве, па важе диспозитивна правила именованих уговора по аналогiji.

Споразум о понашању корисника постоји код свих „облака“ (без обзира дали су теретни или бесплатни), а садржи негативне обавезе, односно забране. Њему се налаже да не угрожава рад и безбедност сервиса и не наноси штету провајдеру, не узнемирава друге кориснике, не користи сервис за неовлашћени приступ ауторским правима или правима индустријске својине трећих лица, као и другим туђим информацијама или ресурсима, не чини нелегалне радње итд. Занимљиво, Facebook забрањује лицима осуђеним због сексуалних деликта приступ његовом сервису. Провајдери се тако ограђују од противправног понашања својих корисника (ту нпр. спада: недозвољено слање порука, постављање увредљивог садржаја, говора мржње, заговарање дискриминације и слично). Непоштовање правила понашања је разлог да провајдер једнострано раскине уговор (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 19–20). Овде постоји аналогija са уговором о закупу. Ако купац и после опомене куподавца употребљава ствар противно уговору или њеној намени или запушта њено одржавање, те постоји опасност знатне штете за куподавца, овај може отказати уговор без давања отказног рока (чл. 582 300).¹⁰

Споразум о приватности уређује како провајдер користи податке прикупљене од корисника и предвиђа мере које је дужан да предузме како

10 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78 – *Сл. лист СЦГ*, 1/03.

би их заштитио од трећих. Он би требало да следи искључиво инструкције корисника, поштујући одређене безбедносне мере. Провајдер се обавезује на дискрецију. Не сме да приступа подацима корисника, осим када је то нужно због одржавања сервиса. Податке открива трећем само на основу судске одлуке, али поједини провајдери корисничке податке достављају и на захтев државних власти (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 26). У вези са заштитом личних података је и питање њихове географске локације. „Извоз“ података предмет је Директиве о заштити података,¹¹ што је нарочито важно када се ради о провајдеру изван ЕУ. Нажалост, пословна пракса провајдера јако одступа од горе наведених препорука, па у пракси није јасно ни које све корисничке податке сакупљају, ни како их користе (Svantesson, Clarke, 2010: 394).

5. Правна природа уговора

5.1. Битне особине

Пре расправе о правној природи „облак“ уговора, треба указати на неке његове особине одлучујуће за правилну квалификацију. У питању је консенсуалан уговор, који се закључује самом сагласношћу воља. У пракси, најчешће тако што корисник пристане на опште услове провајдера објављене на његовом сајту.

Треба имати у виду да се, према распореду обавеза, ради о обострано-обавезујућем уговору. И корисник и провајдер су истовремено у улози повериоца и дужника. То понекад није уочљиво на први поглед, зато што насупрот главне обавезе провајдера (да пружи услугу) у неким случајевима нема главне противчинидбе корисника (да плати новцем). Међутим, увек постоје бројне негативне обавезе корисника. Он је дужан да поштује правила понашања која одређује провајдер. Те обавезе нису директна противчинидба главној обавези провајдера, али нису ни споредне јер у случају њихове повреде долази до раскида уговора. Зато се ради о правом, синалагматичном уговору који ствара узајамне обавезе уговорача.

Према томе да ли се за корист која се на основу уговора стиче исплаћује накнада другој уговорној страни, уговори се деле на теретне и бесплатне (доброчине).¹² Овде је реч о послу лукративном за провајдера. Најчешће

11 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

12 У домаћој литератури се за бесплатан уговор користи и термин добротин уговор. Ова два појма ипак треба разликовати, јер добротинство садржи квалитет више (нпр.

се услуга даје бесплатно на пробу, па се за продужење или проширење њеног обима захтева накнада. Обавеза корисника је некад сасвим видљива, нпр. када услугу плаћа новцем. Међутим, постоје и уговори где је накнада корисника, нарочито када је он физичко лице, мање уочљива. Често провајдери своје услуге рекламирају као бесплатне како би намамили корисника – физичко лице. Међутим, он „плаћа“ својим личним подацима или на неки други начин (нпр. пристајањем на рекламу). Као све вредније средство плаћања јављају се лични подаци. Услуга се пружа ако корисник пристане да провајдер прикупља податке о њему (нпр. о навикама, афинитетима, ставовима, кретању, интересовању). Подаци се продају трећем (као што чини Facebook) или се користе за тзв. циљани маркетинг (Google). Лични подаци се лако претварају у новчану вредност, доносећи огроман профит. Јављају се и другачије неновчане противчинидбе, нпр. да би се погледао снимак или слушала музика, потрошач мора да се региструје, одгледа рекламу, попуни упитник. Овакви уговори разликују се од класичних теретних уговора јер корисник има утисак да је провајдерова услуга бесплатна. Разликују се и од уобичајених бесплатних уговора јер провајдер из њих извучи велику корист, мада изгледа као да послује у интересу корисника. Свакако се провајдер не може изједначити са једним поклонодавцем. Зато се ово обележје може означити као псеудобесплатност.¹³ Важно је напоменути да су „облак“ уговори у привреди увек теретни.

Правилна квалификација особина једног правног посла је пресудна из више разлога. На теоријском плану постоје велике разлике између различитих правних система. Наиме, у англосаксонском праву, да би један споразум био принудно извршив уговор, захтева се „consideration“. У најширем смислу, нужно је да насупрот чинидбе постоји противчинидба. Конкретније, без накнаде нема уговора и бесплатни послови нису предмет уговорног права. Међутим, уважено је да неимовинске противчинидбе корисника такође треба узети у обзир (Bradshaw, Millard, Walden, 2011: 15). Немачки суд истиче да је пристајање на опште услове провајдера довољно за „consideration“, па провајдер не ужива бенефицију блаже уговорне одговорности као бесплатни преносилац (Hunt, 2015: 466). На практичном плану континенталног права, разликовање теретног од бесплатног посла је важно због уговорне одговорности (само код теретних постоји одговорност за правне и материјалне недостатке). Код бесплатних уговора нема еквиваленције, па се прибавилац нарочито не штити. Прибавилац који није платио не треба да очекује исти квалитет

бесплатно давање наркотика сигурно није добротинство) (Цветковић, 2013: 420).

13 Ово обележје ближе је описано у раду (Цветковић, Николић, 2015: 53).

као онај који је закључио теретни уговор. Овде међутим треба уважити да исплата новчане суме није ни једини ни најважнији облик накнаде.

Код облигација средстава извршењем престације не мора се постићи и крајњи резултат за повериоца. Код ових облигација дужник се обавезује да изврши одређену радњу, без обзира да ли се њеним остварењем реализује одређени циљ. Ту чинидбу мора да предузме са дужном пажњом, односно према правилима одговарајуће струке. Кад дужник тако не поступи, сматра се да облигација није извршена. Под облигацијама циља (резултата) се подразумевају облигације код којих се дужник не обавезује само да уради неки посао, тј. изврши одређену чинидбу, већ се обавезује да ће предузимањем тих радњи постићи одређени резултат. Поставља се питање да ли је обавеза провајдера облигација циља или облигација средства. Одговор зависи од конкретног уговора. Уколико нема прецизнијих уговорних одредби, за услугу провајдера се у начелу претпоставља да се ради о облигацији средства. Међутим, ако постоје претежни елементи уговора о делу (односно што је чинидба шира), онда се ипак тражи уговором одређен резултат. Такође, када се провајдер обавезе на одређени ниво услуге, одмах се препознају облигације резултата. Међутим, ако се обавезао да ће „учинити све што је у оквиру његових (техничких) могућности“, онда је пак реч о облигацији средства (Comparative Study, 2015: 32). Дакле, коначна оцена доноси се на основу тумачења конкретних уговорних одредби. Кориснику више одговара да се провајдерова чинидба окарактерише као обавеза резултата.

5.2. Аналогија са именованим уговорима

У доктрини нема јединственог становишта о правној природи уговора између провајдера и корисника. Овај уговор свакако није класичан облигациони уговор па нема сагласности која правила треба применити.

Мада се у неким уговорима из домаће пословне праксе помиње куповина,¹⁴ доктрина наглашава да „облак“ уговор треба разликовати од уговора о продаји (Hunt, 2015: 456). По класичној дефиницији, уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар (чл. 454, ст. 1 ЗОО). Главна разлика је у томе што се између провајдера и корисника не преноси својина, а стицање својине је основ продаје (causa acquirendi). Нешто шире схватање продаје дозвољава, поред својине, и пренос неког другог преносивог права. Продавац неког другог

¹⁴ Општи услови коришћења cloud сервиса Телекома Србија, Retrived 25, Sep 2015, from: <https://oblaci.rs/>

права обавезује се да купцу прибави продато право, а кад вршење тог права захтева државину ствари, да му и преда ствар (чл. 454, ст. 2 ЗОО). Међутим, провајдер не преноси на корисника никакво субјективно грађанско право, већ се уговором о „облаку“ омогућава употреба провајдерових ресурса. Овлашћење употребе је само једна компонента (атрибут) својине, а није самостално грађанско субјективно право чак и када, у традиционалним правним пословима, онај ко употребљава туђу ствар има непосредну државину. Корисник „облака“ нема никакву државину. Друга важна разлика између „облак“ уговора и продаје је у њеном другом битном елементу. Нема продаје без цене изражене претежно у новцу, а обавеза корисника је често новчана.

Немачки теоретичари правну природу „облак“ уговора одређују према томе да ли је посао бесплатан или теретан. Ако је реч о теретном послу, онда је он најсличнији уговору о закупу (Comparative Study, 2015: 28). Класичан уговор о закупу се дефинише као уговор којим се обавезује закуподавац да преда одређену ствар закупцу на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину (чл. 567 ЗОО). Сличности између „облак“ уговора и закупа заиста постоје. И корисник и купац употребљавају туђу ствар, за шта плаћају накнаду. Оба уговора су дуготрајна, у смислу да обим чинидби зависи од протеклог времена. Провајдер, као и закуподавац, одржава предмет чинидбе (рачунарске ресурсе/односно закупљену ствар) у исправном стању. Корисник „облака“ је дужан да поштује правила понашања која одређује провајдер, слично као што купац употребљава ствар према уговору или њеној намени, попут доброг привредника и доброг домаћина. Подзакуп се може препознати у сервису „платформа као услуга“, када корисник нуди услуге трећем. Провајдер је ту у положају закуподавца, корисник је купац, а трећи подкупац. Са друге стране, постоје и крупне разлике између „облак“ уговора и закупа. Главна обавеза закуподавца је предаја индивидуално одређене ствари, коју након престанка уговора купац враћа. Код „облак“ уговора нема никакве физичке предаје, самим тим ни враћања. Провајдеров хардвер остаје искључиво у његовој државини. Додуше, по престанку уговора, ресурси се аутоматски „враћају“ провајдеру. Постоји још једна разлика. Уговор о закупу је увек теретан, закупнина се одређује у новцу или другој заменивој ствари, тј. важе правила о цени која мора бити одређена или одредива, сразмерна и стварна. Противчинидба корисника „облака“ је много шири, те је понекада није могуће квантитативно одредити, а још мање се могу испунити захтеви да буде стварна и сразмерна (нпр. када главна обавеза корисника није новчана). Ове разлике ремете горе цитирану концепцију немачких теоретичара.

Бесплатно пружање „облак“ услуге немачки аутори карактеришу као бескаматни зајам. По класичној дефиницији, уговором о зајму обавезује се зајмодавац да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или којих других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исту количину новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета (чл. 557 300). Аналогија заиста постоји: оба уговора су дуготрајна; провајдер не може да користи ресурсе уступљене кориснику док однос траје, исто као што се зајмодавац привремено лишава заменљиве ствари у корист зајмопримца. Са друге стране, замерке истакнуте поводом поистовећивања „облак“ уговора са продајом важе и за зајам: нема преноса својине и предмет чинидбе није ствар. Осим тога, иако је због обавезе зајмопримца да позајмљено врати обострано-обавезујући, бескаматни зајам је типичан пример бесплатног правног посла. Уговор о „облаку“, када није очигледно теретан, у најбољем случају је по корисника псеудобесплатан. Поред тога, бескаматни зајам се даје с обзиром на лична својства зајмопримца. Напротив, провајдер нуди своје услуге непознатим, унапред неодређеним корисницима, а ради стицања добити, па свакако није посао *intuitu personae*.

Будући да нема преноса својине са провајдера на корисника, и имајући у виду да он уговором стиче само овлашћење да употребљава провајдерове ресурсе, остаје аналогија са уговором о послузи. У класичном значењу, тим уговором послоодавац предаје непотрошну ствар послодопримцу да је бесплатно употребљава, а послодопримац је дужан да по истеку времена исту ствар врати. Међутим, овој аналогији се може замерити да је послуга бесплатан уговор, а уговор о „облаку“ није.

5.3. Заштита потрошача

Када је корисник физичко лице, и на тржишту прибавља услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности, а провајдер се уклапа у дефиницију трговца (правни субјекат који наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе), „облак“ уговор је потрошачки уговор. За корисника је таква квалификација повољна јер онда ужива појачану заштиту, добијајући статус потрошача. Уосталом, по угледу на Директиву о правима потрошача, српски законодавац у Закону о заштити потрошача помиње и „дигитални садржај“.¹⁵ Прописи о заштити потрошача су *lex specialis* у односу на општи уговорни режим. Тако нпр. пошто се скоро увек ради о уговору закљученом на даљину, постоји предуговорна обавеза провајдера

15 Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, 62/14.

да потрошача информише пре закључења уговора као и право корисника на једно страни раскид.

Прописи о заштити потрошача примењују се на уговор о испоруци робе и уговор о пружању услуге. Сматра се да су правила о продаји робе неприменљива (Comparative Study, 2015: 8), зато што се роба дефинише као телесна покретна ствар, а предмет провајдерове чинидбе је сасвим другачије природе. Треба имати у виду да је предмет чинидбе код зајма замењива ствар, односно код закупа и послуге индивидуализована ствар, те се аргумент нетелесности и код ових аналогја успешно може истаћи.

Пошто је правила о продаји робе доктрина одбацила, остаје само једно решење. Уговор о пружању услуга је сваки уговор, који није уговор о продаји, у складу са којим продавац пружа или се обавезује да пружи услугу потрошачу, као што је израда или оправка одређене ствари или извршење одређеног физичког или интелектуалног рада, а потрошач плаћа или се обавезује да плати цену за услугу (чл. 5, тч. 23 ЗЗП). У ову законску дефиницију уклапа се „облак“ уговор уколико се она мало шире протумачи. У том смислу, израз „цена“, у класичном облигационом праву везан за новац, треба заменити изразом „накнада“. Провајдер својим радом обезбеђује кориснику употребу ресурса, што овај плаћа у новцу или на неки други начин. Упада у очи сличност са уговором о делу, с тим што је његов битан састојак физички или фактички посао посленика, а постоји и обавеза наручиоца да посао прими.

Што се положаја корисника тиче, њему иде у прилог да се „облак“ уговор третира као услужни потрошачки, мада законодавац није превише ригорозан према пружаоцу услуге. Провајдер је дужан да потрошачу пружи услугу саобразну уговореној (чл. 80 ЗЗП). Она то није ако: не одговара опису који је дао провајдер, нема посебна или редовна својства, не одговара очекивањима која су основана с обзиром на природу услуге и јавна обећања продавца (чл. 81 ЗЗП). Правни стандарди као што су „разумна очекивања“ или „редовна својства“ су познати када се односе на традиционалне услуге. Због новости, ти правни стандарди нису изграђени ни у судској пракси ни у доктрини када се ради о online окружењу, али постоје одређени помаци. Провајдер дугује пажњу „доброг привредника“, односно треба да поступа стручно. У једној парници енглески суд је утврдио да провајдер није тако поступио јер софтвер, стављен на располагање кориснику, није био адекватан његовим конкретним потребама. Услуга треба да је погодна за нарочиту употребу због које је корисник тражи (Comparative Study, 2015: 30). У француском праву, општа правила о саобразности услуге важе и за „облак“. У немачком праву, таква правила важе ако се не могу

применити правила која важе за именоване уговоре. Провајдер мора да покаже „разуман степен пажње“ (Comparative Study, 2015: 30). У случају несаобразности, корисник има право на снижење цене и раскид уговора, а овај последњи лек је уједно и једини ако је уговор псеудобесплатан.

6. Престанак уговора

У случају престанка „облак“ уговора, отварају се интересантна специфична питања. У литератури се помињу пост-уговорне обавезе провајдера. Њихов предмет су кориснички подаци похрањени у „облаку“. Провајдер је дужан да их након престанка уговора врати кориснику. И овде постоји аналогија са именованим уговорима. Закупац може однети додатке које је учинио на ствари ако се могу одвојити без њеног оштећења (чл. 585 ЗОО). Када се норма примени на online окружење следи да корисник има право да уклони податке са хардвера провајдера.

Како би се спречило да корисник дође у незавидан положај зависности од провајдера, важно је створити услове за мобилност корисничких података. Провајдер има интерес да задржи корисника што дуже, па техничким мерама ствара ситуацију у којој је корисник „закључан“ за његов сервис (Commission Staff, 2012: 27). Зато је слобода корисника, односно могућност „селидбе“ на други сервис, важан елемент „облак“ уговора. Судови су потврдили да је провајдер дужан да дозволи трансфер, па и да сарађује са новим провајдером којег је корисник изабрао (Comparative Study, 2015: 54). Зато би провајдер требало да сачува податке корисника одређено време након престанка уговора. У неким случајевим потребно је сачувати податке и након смрти корисника, нпр. када провајдер има податке о електронској валути преминулог.

Са друге стране, корисник је заинтересован да након трансфера његови подаци буду дефинитивно обрисани, јер он има право да буде заборављен. Провајдер има супротан интерес, па је нужно ово питање уредити уговором. Проблем је технички јако сложен. Наиме, подаци се физички не уништавају, већ се само мења њихов статус у смислу да се „преко њих“ могу уписати нови (Hon, Millard,Walden, 2012: 117). Све до тог тренутка, подаци се налазе на хардверу провајдера чак 30 па и 60 дана и могу се повратити, иако су обрисани (Svantesson, Clarke, 2010: 394). Зато адвокати информисаних корисника уговарају специфично право на једнострани раскид уговора у случају да провајдера преузме корисников конкурент (Hon, Millard,Walden, 2012: 122).

7. Закључак

Законске норме о именованим уговорима (продаја, закуп, зајам, послуга), базиране на римским контрактима, а кодификоване почетком 19. века, конципиране су за телесна, покретна добра, фактички и физички посао. Правни промет данашњице односи се на другачије чинидбе, са размера правне историје донедавно потпуно незамисливе. Зато модерном правнику није лако да традиционални арсенал употреби у online изазовима. Стварност врши велики притисак да се, не само Посебни део уговорног права као најдинамичнија област Облигационог права, већ и општа Цивилистика, обогате новим појмовима. Помаци у том смислу (нпр. „дигитални садржај“ као законом дефинисан предмет чинидбе) су само почетак. Ипак, анахронизам између прописа и online правног живота понекада је толико велики да литература често предлаже да се „облак“ уговор схвати као правни посао *sui generis*, што само потврђује да су позитивни прописи, у рачунарском жаргону, „неажурирани“.

На „облак“ уговор могу се по аналогiji применити поједина правила именованих уговора једино ако се она широко схвате. Тако нпр. правила намењена уговору о закупу су најближа сервису „инфраструктура као услуга“, где је провајдер закуподавац складишта за податке, а корисник је купац. Међутим, што је чинидба провајдера шира, то је мање сличности за закупом. Класична правила се користе у одсуству уговорених, или када су уговорне клаузуле неважеће јер неправично према кориснику фаворизују провајдера.

Корисник „облака“ као потрошач ужива већи степен заштите него други корисници, нарочито када су то мала и средња предузећа. Њима остаје једино заштита која произилази из општих начела уговорног права, нпр. тумачење формуларних уговора *contra stipulatorem*. Додуше, третирање „облак“ уговора као уговора о услузи није нека посебна привилегија јер је и само „право потрошача услуга“ неразвијено. Корен провајдерове доминације је неједнакост знања, разлика у економском смислу је секундарна.

Псеудобесплатност је веома занимљива карактеристика појединих „облак“ уговора, мада се јавља и у другим односима који настају поводом интернета. Из псеудобесплатног „облака“ обе стране извлаче корист, али размена вредности између две имовине уговарача није видљива, као нпр. код продаје где продавац остаје без ствари, али добија новац. Напротив, овде постоји конверзија нематеријалне вредности (личних података и сл.) у материјалну, а моћ да је спроведе има искључиво провајдер. Сама конверзија није никаква новина, она постоји рецимо у случају када

тотор наплати ученику за одржани час. Међутим, ученик зна да час није бесплатан. Иако су корисници, за сада, у огромној већини задовољни што од провајдера добијају услугу коју не плаћају новцем, псеудобесплатност никако не треба изједначити са правом бесплатношћу која постоји нпр. код поклона. Ово је важно због великих практичних разлика у вези уговорне одговорности између обострано-обавезујућих теретних и једнострано-обавезујућих бесплатних уговора.

Литература

Bradshaw, S., Millard, C., Walden, I. (2011). Contracts for clouds: Comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services. *International Journal of Law and Information Technology*. 19/3. 187–223

Commission decision of 18 June 2013 on setting up the Commission expert group on cloud computing contracts. (2013/C 174/04)

Commission Staff Working Document. Accompanying the document: *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*. Brisel. 2012

DLA Piper UK LLP, *Comparative Study on cloud computing contracts*. (2015). Luxembourg. ISBN 978-92-79-46480-5. doi:10.2838/16333

Hon, W. K., Millard, C., Walden, I. (2012). Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now. *Stanford Technology Law Review*. 16/1. 79–129

Hunt, M. K. (2015). CloudConsumer: contracts, codes & the law. *Computer Law & Security Review*. 31/4. 450–477

Svantesson, D., Clarke, R. (2010). Privacy and consumer risks in cloud computing, *Computer Law and Security Review*. 26/4. 391–397

Закон о заштити потрошача. *Сл. гласник РС*. Бр. 62(2014)

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29(1978)/ *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1(2003) – Уставна повеља

Цветковић, М. (2011). Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 58. 249–266

Цветковић, М. (2013). Објективни елемент уговора о поклону. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 65. 419–436

Цветковић, М. Николић, Ђ. (2015). Саобразност дигиталног садржаја. *Право и привреда*. 7–9. 47–65

Mihajlo Cvetković, LL.D

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

CONTRACT ON USING COMPUTER RESOURCES OF ANOTHER

Summary

Contractual relations involving the use of another's property are quite common. Yet, the use of computer resources of others over the Internet and legal transactions arising thereof certainly diverge from the traditional framework embodied in the special part of contract law dealing with this issue. Modern performance concepts (such as: infrastructure, software or platform as high-tech services) are highly unlikely to be described by the terminology derived from Roman law. The overwhelming novelty of high-tech services obscures the disadvantageous position of contracting parties. In most cases, service providers are global multinational companies which tend to secure their own unjustified privileges and gain by providing lengthy and intricate contracts, often comprising a number of legal documents. General terms and conditions in these service provision contracts are further complicated by the "service level agreement", rules of conduct and (non)confidentiality guarantees. Without giving the issue a second thought, users easily accept the pre-fabricated offer without reservations, unaware that such a pseudo-gratuitous contract actually conceals a highly lucrative and mutually binding agreement. The author examines the extent to which the legal provisions governing sale of goods and services, lease, loan and commodatum may apply to "cloud computing" contracts, and analyses the scope and advantages of contractual consumer protection, as a relatively new area in contract law. The termination of a service contract between the provider and the user features specific post-contractual obligations which are inherent to an online environment.

Key words: contract, Internet, performance (*praestatio*), services, analogy, consumers, pseudo-gratuitous contracts, cloud computing.