Valentin Pepeljugoski
Ph.D., Attorney at law

Ana Pepeljugoska
Ph.D., Attorney at law

CLOUD CONTRACTS IN THE MACEDONIAN AND COMPARATIVE LAW

Abstract
In the sense of the law on obligations the contract is considered as a consent of will to create, amend or terminate certain relation. The contracts are the basic instrument for transferring of the ownership right, the usage of certain thing and performance of different kind of services. It is important to note that in the EU member states there is no specific rule addressing the cloud computing contracts. However, there are certain legal provisions (sector rules) that can be considered as an attempt of regulating the relationships in this field. In the situation of non-existence of specific rule, the aim of this Article is to sublime and study the cloud contracts in accordance with the general contract rules, applied to any type of contract regardless of their subject. In this manner subject of the analysis will be concluding the contract online, with its specificities which are not always common for the physical surroundings. Finally, the authors will provide overviews of the comparative regulations and their observations towards the classification of the cloud contracts under the certain existing contracts, although they are rapidly changing and it is very difficult to retain their original classification.

Key words: *cloud contract, Internet, cloud user, cloud provider, terms and conditions*

Вовед

Согласно дефиницијата на Американскиот Институт за Наука и Технологија, клауд системот е модел кој работи на принципот на превземање на технологија, услуги и апликации кои постојат на Интернет и истите ги претвара во алатка за „самопослужување“.

Со цел една услуга да се смета за „клауд“, дефиницијата на Американскиот Институт вели дека истата треба да ги има следните карактеристики: самопослужување кое се остварува само по барање, широка

мрежна достапност, поврзување на ресурсите, рапидна еластичност и оптимализирана услуга.[1]

Имајќи ги во предвид карактеристиките, моделите и целокупниот систем на клауд базите, со право може да се заклучи дека станува збор за иднината на информатичкото општество. Во рамките на истражувањата спроведени на ниво на Европската Унија во 2013 година клауд системот е избран за ИТ тренд на годината. Причината за ова се гледа во тоа што со „*помош на клауд системот се понуди модел кој ќе ги надмине досегашните разлики кои постојат помеѓу софтвер, хардвер и активностите на Интернет*“.[2]

Студијата на Германскиот завод за информатичка технологија и нови медиуми[3] покажува дека во 2009 година во Германија биле потрошени 285 милиони евра за услуги „во облаците“ на јавни бази со тенденција за зголемување. Во 2011 година овој број се зголемил на 1.9 милијарди евра од страна на претпријатијата, односно 1.7 милијарди евра од страна на приватни корисници. Прогнозата на Германскиот завод за 2017 година е дека овој број ќе изнесува 10,7 милијарди за B2B и 6,4 милјарди за Б2С.

Карактеристиките на Интернет просторот, а со самото тоа и на клауд системот, неминово го наметнуваат заклучокот дека процесот на склучувањето на договор на Интернет и она во физичката средина не се разликуваат во својата суштина. Сепак, склучувањето на договор на Интернет има свои специфики кои не се карактеристични за физичката средина.

Согласно напреднаведеното целата на овој труд ќе биде да се даде преглед на нормативните решенија на клауд договорите како и да се изведе заклучок по однос на тоа кое од тие решенија може наједноставно да се аплицира во законодавството на Република Македонија.

1. Дефинирање на клауд системот

Функционирањето на клауд системот се остварува на три нивоа: инфраструктурно, платформно и корисничко. Изразено со јазикот на техниката станува збор за три услужни модели, односно Инфраструктурата како услуга (Infrastructure as a service – IaaS)[4], Платформата како услуга (Platform as a service

[1] Kepes B., *Understanding the Cloud Computing Stack: SaaS, PaaS, IaaS* (Diversity Limited, 2011)., p. 2.

[2] Изјава на Стив Балмер (Steve Ballmer), Главен Извршен Директор на Мајкрософт за Фајненшал Тајмс Германија на ден 25.02.2008 година.

[3] Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom).

[4] Инфраструктурата како услуга (Infrastructure as a service – IaaS), е столбот на целиот клауд систем. Најпросто кажано ова ниво ја поддржува целокупната мрежа на сервери, чување, мрежни поврзшувања и системи, односно хардверот на клауд системот. Сепак самото по себе, ова ниво е бескорисно, бидејќи истото е непродуктивно доколку се

- PaaS)[5] и Софтверот како услуга (Software as a sevice – SaaS)[6].[7] Ваквата пирамидална поставеност на системот не значи дека трите нивоа се изолирани во функционирањето, напротив често пати секое ниво содржи елементи од претходното ниво.[8]

Додека пак во самиот клауд систем се разликуваат повеќе модели на клауд бази и тоа:

- Јавна база е најчесто распростаранет модел на клауд база. Карактеристично за оваа база е тоа што истата е во сопственост на субјект кој нуди клауд услуги и ја „изнајмува" на поголема група на корисници од еден сектор. Ниту еден од корисниците на оваа база нема ексклузивен пристап до базата, односно истата е достапна на различни субјекти истовремено. [9]
- Приватна база е онаа која е „во сопственост" на одреден субјект за негова приватна употреба. Оваа база е најсигурна во смисла на тоа дека корисникот точно знае каде се чуваат неговите податоци.[10]
- Заедничка база е онаа која се воспоставува од одредена организација со цел олеснување на заедничкото работење и овозможување на пристап на сите членови до одредени прашања

издвои од пирамидата.[4] Во ова ниво, клауд провајдерот прави виртуелен хардвер на кој се развиваат апликациите и софтверот. При тоа виртуелните сервери се поврзани со вистински сервери кои се активираат кога корисникот ќе зададе одредена задача. Од архитектонско гледиште, ова ниво всушност функционира на начин што му доделува приватна мрежа на корисникот, во рамките на Интернет. – Kepes B., *ibid.*

[5] Платформата како услуга (Platform as a service- PaaS) обезбедува виртуелни машини, оперативни системи, апликации, услуги, развојни модели и контролни структури. Во ова ниво клауд провајдерот ја менаџира клауд инфраструктурата, оперативните системи и го обезбедува софтверот. На ваков начин се обезбедуваат алатки за кодирање и распоредување на апликациите за чие инсталирање е одговорен корисникот. Ова ниво е целосно интегрирано, односно ги содржи сите алатки и услуги кои му се потребни на корисникот. – *Ibid.*

[6] Софтверот како услуга (Software as a sevice – SaaS) комплетна оперативна средина со апликации, менаџмент и кориснички инерфејс.[6] Тука станува збор за модел на клауд систем кој вклучува хардвер, софтвер, инфраструктура и апликации и нивна достапност преку Интернет пребарувач било каде во светот. Исто така речиси секој компјутерски систем е запознаен со варијации на ова ниво како што е на пример апликацијата за календар која ја има на сите компјутери. - *Ibid*

[7] *Ibid.*, p. 3.

8 Barnitzke Benno, Rechtliche Rahmenbedingungen des Cloud Computing, Nomos, 2014, p. 47.

[9] *Ibid.*, p. 28.

[10] http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/cloud-computing/.

значајни за сигурноста во работењето, стандардот за извршување на услуги и сл.[11]

- Хибридната база е онаа која интегрира елементи од јавната и заедничката база во приватврз база, со цел зголемување на нејзиниот капацитет во ситуација на зголемена побарувачка.[12]

2. Поим и белези на договорите

Согласно општото учење за договорите, договорот е посебен вид облигационен однос според правните факти кои ги раѓаат облигациите.[13] Во најшироката правна терминологија зборот *договор* се употребува во најмалку три значења и тоа како: 1) правен факт; 2) правен однос и 3) правен документ. Договорот е *согласност на волјите* на страните за определен предмет (дејствие). Од тој аспект, договорот се појавува како *правен факт*, што се огледа во согласноста на волји за битните елементи на договорот. Како *правен факт* тој е израз на моќта на човекот со својот збор да се обврзе спрема друго лице и да ја одреди нормата на своето однесување. Тој правен факт го раѓа договорот како посебен вид *облигационен однос (правен однос)*. Договорот се појавува и во значењето на *правен документ* или подлогата на која е фиксирана согласноста на волјите.[14]

Законот за облигационите односи на Република Македонија (ЗОО)[15] не содржи директна дефиниција за договорот, туку во членот 18 предвидува дека „договорот е склучен кога договорните страни се согласиле за суштествените состојки на договорот".

Во основата на секој договорен однос е начелото на слобода на договарање. Ова начело е уредено во член 3 од ЗОО и тоа во неговиот интегрален текст гласи: *„Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи"*. Вака уредената содржина на начелото укажува на две работи. Во првиот дел од него, *„учесниците слободно ги уредуваат облигационите односи"*, е искажана определбата за тоа дека учесниците во прометот можат слободно да ја определуваат

[11] http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/cloud-computing/.

[12] Ваков тип врз база користи производителот на автомобили BMW кој има сопствен центар за чување и обработка на податоци, но оние податоци кои не се класифицирани како строго доверливи ги чува во т.н. јаврз база.

[13] Галев Г., Анастасовска Д. Ј., *Облигационо Право*, Правен Факултет Јустинијан Први Скопје, Скопје 2008, p. 303.

[14] Радишић Ј., *Облигационо право – општи део*, Београд, 2004, p. 70.

[15] *Службен весник на РМ, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 123/2013.*

содржината и формата на облигационите односи во кои влегуваат. Во вториот дел од начелото е определена правната рамка во која се остварува ова начело.[16]

Во современиот промет на стоки и услуги *значењето на договорите е огромно* и оттаму пресудно за сигурен и непречен промет, како во домашни така и во меѓународни рамки. Договорите се основниот инструмент за пренесување на правото на сопственост и користење на ствари како и вршењето разни услуги. Кога станува збор за клауд системот и начинот на користење на клауд услугите, првото прашање кое се поставува е прашањето за договорите, односно начинот на регулирање на односите на користење на клауд базите.

Значајно е да се напомне дека во сите земји членки на Европската Унија и во Република Македонија, не постои специфично право кое ги регулира односите на користење на клауд базите. Сепак постојат одреден број на правни норми, во одредени области (т.н. секторски правила) кои можат да се сметаат како обид за регулирање на оваа област.[17] Најчесто тука станува збор за упатства, правила и слични административни акти кои се издадени од националните финансиски институции.[18]

Во ситуација на непостоење на специфично право кое ги регулира договорите за користење на клауд базите, истите ќе бидат подведени и анализирани согласно општото учење за договорите, кое се применува на сите договори без оглед на нивниот предмет.[19]

Кога станува збор за договорите за клауд, тие ги содржат истите елементи и поминуваат низ фазите како и секој друг вид на договор кој се склучува во физичката средина. Па така, едната страна дава понуда, другата ја прифаќа (или не) и страните во одредени случаи можат да преговараат околу суштинските елементи на договорот.[20]

[16] ЗОО нужно го прифаќа и начелото на диспозитивност, согласно одредбата од член 14: „*Учесниците можат својот облигационен однос да го уредат поинаку отколку што е определено со овој закон, ако од одделна одредба на овој закон или друг закон или од нејзината смисла не произлегува нешто друго.“.*

[17] DLA Piper UK LLP, *Comparative Study on cloud computing contracts Final Report,* European Commission, Justice and Consumers, 2015, pp. 8.

[18] Советот на Народната Банка на Република Македонија има донесено Одлука за поврзување со инфроматичкиот систем на Народната Банка на Република Македонија (*Службен Весник на РМ 116/2014*).

[19] Согласно член 84 од Законот за заштита на потрошувачите (*Службен Весник на РМ бр. 9/2005, 89/2007, 97/2007, 64/2011, 109/2011, 4/2013, 196/2014, 206/2015*) Договор на далечина е договор склучен меѓу трговецот и потрошувачот во рамките на организираната продажба на производи или организираното вршење на услуги од трговецот кој, во време на склучување на договорот, исклучиво користи едно или повеќе средства за далечинска комуникација.

[20] Rohrlich M., *Cloud Computing Rechtliche Grundlagen*, Entwickler Press, 2014, p. 23.

2.1 Општи услови на договорите

Новото дигитално општество, наметна во деловната практиката договорните односите да се засноваат на многу строг и детално пропишан начин на постапување. Во обезбедувањето на услуги се користат софистицирани методи и тактики на преговарање, кои најчесто се наметнати од сервис провајдерите, во најширока смисла на зборот. Во правната теорија и практика општите услови на договорите се дел од т.н. формуларно право, во кое покрај формуларните[21], се среќаваат и типските договори[22] и атхезионите договори.[23] Перцепцијата на непосредните учесници-корисниците, а и оние кои од страна ги набљудуваат договорните односи е дека другата договорна страна-провајдерите, понекогаш се користат со изразито манипулативен пристап, што повеќе се темели на силата и моќта на условно посилната страна.[24]

Иако овие договори се најкаркатеристични за трговијата која се одвива на Интернет и услугите кои се даваат на интернет, многу луѓе, особено во развиените индустриски земји, немале ни прилика да склучат друг вид

[21] Според Jelena Vilus, формуларен договор (formulary agreement) - (лат. formula - образец, правило, пропис) е збир од писмено формулирани клаузули од една од страните, кои (во таков или изменет вид) „ќе претставуваат содржина на договор, при склучувањето на еден конкретен договор во иднина“. Карактеристично за овие договори е тоа што тие во самиот формулар не ги содржат битните елементи од договорот кој се склучува, туку се внесуваат во однапред предвидени празни места или при постигнувањето на согласноста за нив страните изречно се повикуваат на општите услови кои однапред се отпечатени во формуларот на договорот - клаузулите. Договорните страни можат со заемно усогласена волја да ги изменат однапред подготвените клаузули на формуларниот договор - цитирано во Анастасовска Д. Ј., *Договор за лиценца: начин за водење бизнис*, Центар за европско применето право и економија (ЦЕППЕ) Скопје, 2009, p. 42-43.

[22] Кај типските договори постои минимална можност страните врз основа на преговори при склучување на договорот да изменат дел од клаузулите – *Ibid.*

[23] Според Проф. Д-р Јадранка Дабовиќ Анастасовска: кај атхезиониот договор во поглед на клаузулите од договорот не е дадена можност за спогодување. Ова, секако, се однесува на страната која не учествувала во составување, односно во утврдување, на содржината на клаузулите од договорот. Сè што таа може да стори се исцрпува во тоа да ја прифати или да ја одбие понудата во која се содржани битните елементи на договорот кој се нуди на склучување. Поинаку речено, оваа страна нема право на избор (опција) различен од изборот на клаузулите избрани од понудувачот (другата страна). Кај ваквите догоговори, гледани од аспект на слободата на договорањето, во правната теорија постои мислење дека тие неа ја исклучуваат, наспроти друго гледање, пак, дека таа и кај нив постои затоа што понудениот сам одлучува да го прифати или не ваквиот договор - *Ibid.*

[24] *Ibid.*

договори. Тие и не знаат за друг вид на договори освен за формуларни, типски или атхезиони договори.[25]

Ваквите договори по правило ги подготвува едната договорна страна, давателот на услугата и при заклучување на договорот ѝ ги презентира на другата страна - потрошувачот. Потрошувачот најчесто не е во позиција и состојба да менува било што во предложениот формулар, туку најчесто *en bloc* прифаќа.

Општите услови на договорите преставуваат унапредување на трговското договорно право, затоа што со нив општиот концепт и апстрактните формули на законските прописи се дополнуваат со специфични одредби што се прилагодуваат на специфичните потреби на одредена бранша. Со примена на општите услови на договорите се стандардизира содржината на договорите. Индивидуалното преговарање и склучување на секој договор е непрактично и скапо, особено за големите провајдери и особено за услугите на клауд кои за индивидуални корисници се најчесто и бесплатни.

3. Клауд договор

Страните кои го склучуваат договорот за клауд се идентификуваат како давател на услуга (клауд провајдер) и клиент (корисник) кој ќе ја употребува оваа услуга. Клиентот е тој што е заинтересиран за склучување на овој договор со цел да оствари профит од користењето на клауд услугите, за што има и обврска да плати соодветен надомест.[26]

Во поглед на формата во која овој договор треба да биде склучен, законот не бара писмена форма, но со оглед на тоа дека станува збор за посложен договор, каде се предвидени права и обврски на договорните страни, препорачливо е истиот да биде склучен во писмена форма, односно клауд провајдерот да направи достапен пдф. документ кој корисникот ќе го испечати, потпише и испрати на клауд провајдерот.[27]

Кога станува збор за договорите за клауд најчесто се користи терминот „Општи услови на договорот“[28], кои се јавуваат во повеќе облици почнувајќи од наједноставните, па до најсложените: Услови на користење (Terms of Service / ToS), Договор за услуга (Service Level Agreement / SLA), Начин на користење на услугите (Acceptable Use Policy/ AUP) и Политика на доверливост (Privacy Policy)[29]

---

[25] *Ibid.*

[26] Rohrmann A. C., Cunha R.S.F. J., *Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts*, Journal of International Commercial Law and Technology, vol. 10, no. 1, 2015, pp. 41.

[27] Hilber M., *Handbuch Cloud Computing*, OVS Verlag, 2014, p. 138.

[28] Terms and Conditions.

[29] Rohrmann A. C., Cunha R.S.F. J.– *op.cit.* note 26, pp. 15.

3.1 Класификација на договорот за клауд во системот на постоечките видови на договори

Од правна гледна точка, согласно предметот на овој договор, постојат повеќе типови на класично граѓанско правни договори под кои клауд договорот може да потпадне, како и некои типови на модерни договори.[30] Ваквата категоризација само го потврдува фактот дека не постои исцрпна листа на услуги кои можат да се сместат под чадорот на клауд, па оттука и самиот договор не може да се класифицира како еден од постоечките договор, туку претставува комбинација од повеќе именувани и неименувани договори.

3.1.1 Договор за продажба

Согласно ЗОО со договорот за продажба продавачот се обврзува предметот што го продава да му го предаде на купувачот така што купувачот ќе стекне право на сопственост, а купувачот се обврзува да му ја плати на продавачот цената.[31]

Договорот за продажба е консензуален договор – склучен е во моментот на постигнување согласност на страните за стварта што се продава и за цената што се плаќа, како и за евентуални други елементи, кои ги наложува законот или на нив инсистираат самите договорни страни. Тој, по правило, е неформален договор, зашто може да биде склучен во која било форма, освен во случаите кога формата е пропишана со закон или кога е договорена, па во тие случаи се јавува како формален. Договорот за продажба е двострано-обврзувачки договор – од него произлегуваат права и обврски за продавачот и за купувачот како негови страни. Со оглед на тоа дека секоја страна за она што го дава од другата добива соодветна противвредност, тогаш договорот за продажба е товарен договор. Тоа е комутативен договор – правата и обврските на продавачот и на купувачот се познати од моментот на неговото склучување, еквивалентен договор – правата и обврските што од него произлегуваат за неговите страни се еднакви или барем приближно еднакви (еквивалентни). Тој е и каузален договор – каузата за продавачот е прибавување право на сопственост на цената, а за купувачот прибавување право на сопственост на стварта.[32]

---

[30] Rohrlich M. – *ibid.,* p.24.

[31] Повеќе за договорот за меѓународна продажба на стоки види кај Schwenzer I., *Schlechtriem & Schwenzer Comentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* Oxford University Press 2016.

[32] Галев Г. , Анастасовска Д. Ј.–*ibid.*, p. 478; Schwenzer I., Hachem P., Kee C., *Global Sales and Contract Law,* Oxford University Press,2012, p. 51-68.

Договорот за продажба има два елементи кои по својата природа се суштествени за него – предавањето на стварта и плаќањето на цената за стварта.[33]

По правило, продавачот гарантира дека стварта што ја продава ги има потребните материјални и правни својства за одреден вид ствар и дека таа исправно функционира. Доколку стварта ги нема потребните материјални својства, велиме дека има материјални недостатоци, па во тој случај доаѓа до одговорност за тие недостатоци.[34]

При тоа значајно е да се напомне дека договорот за клауд може да потпадне под оваа категорија од истите причини како и договорот за набавка на софтвер, со оглед на фактот дека станува збор за отстапување врз базата или создавање на конкретна база за конкретен корисник која само тој може да ја користи.[35]

3.1.2 Договор за дело

Со договорот за дело вршителот на работата се обврзува да изврши определена работа, како што е изработка или поправка на некој предмет или извршување на некоја физичка или интелектуална работа и слично, а нарачателот се обврзува за тоа да му плати надомест.[36]

Договорот за дело е консензуален договор, кој се склучува во моментот во кој страните постигнале согласност на волјите за работата што треба да биде извршена и за надоместокот што треба да биде платен. Договорот за дело е двострано обврзувачки затоа што од него за двете страни произлегуваат права и обврски, кои се приближно еднакви, па поради тоа овој договор е и еквивалентен. Овој договор е товарен зашто за извршената работа се плаќа надомест. Договорот за дело е комутативен договор, зашто правата и обврските на неговите страни се однапред определени и познати. Исто така, договорот за дело е и каузален, зашто порачувачот го склучува врз основ на него да му биде извршена определена работа, а вршителот на работата го склучува овој договор за да добие надомест за извршената работа врз негова основа.[37]

Суштествени елементи на договорот за дело, со оглед на неговата природа се: извршување на работата и плаќање на надоместок.

Во согласност со член 626 од ЗОО, вршителот на работата е должен да го изврши делото како што е договорено и според правилата на работата. Тој е

[33] *Ibid.*
[34] *Ibid.*
[35] Hilber M.– *ibid.*, p. 219.
[36] Член 619 од ЗОО.
[37] Галев Г., Анастасовска Д. Ј.–*ibid.*, p. 500.

должен да го изврши за определеното време, а ако времето не е определено, тогаш за времето што разумно е потребно за извршување на таквите работи.

Предавањето на стварта е обврска на вршителот на која ѝ одговара правото на нарачателот да бара таа ствар да му биде предадена. Оваа обврска и ова право постојат и тогаш кога предмет на договорот е изработка или поправка на ствар.

Вршителот му гарантира на нарачателот дека работата ја извршил како што е договорено и според правилата на работата. Ако тоа не е случај, тогаш работата има недостатоци за кои вршителот на работата му одговара на нарачателот во согласност со ЗОО. Вршителот на работата исто така, одговара и за лицата кои по негов налог работеле врз работата што ја презел да ја изврши како да ја извршил самиот (овде се мисли на подизведувачите во рамките на различни платформи на клауд системот).

Од договорот за дело за вршителот произлегува правото да бара да му биде платен надомест за извршената работа. Надоместот се плаќа, ако тоа поинаку не е договорено по прегледот и приемот на стварта.

Кога станува збор за пружање на клауд услуга, договорот за дело е содоветен во оние ситуации каде на корисникот му е потребно да му се направи систем за обработка на податоците во рамките на клауд база која ќе ја користи само за него. Ова значи дека корисникот не изнајмува услуги на софтвер туку софтверот е искористен за корисникот да ги одбие бараните резултати.[38] Доколку при користењето на клауд системот се појават одредени недостатоци, корисникот прво треба да му остави дополнителне период на провајдерот за истите да ги отстрани, а доколку не успее има право да побарува надомест на штета. Но, постои можност клауд провајдерот да биде екскулприан од одговорноста од причина што истиот може да се повика на тоа дека корисникот знаел дека во изработката се вклучени и трети лица.[39]

3.1.3 Договор за закуп

Со договорот за закуп се обврзува закуподавецот да му предаде определен предмет на закупецот на употреба, а овој се обврзува за тоа да му плаќа определена закупнина. [40] Кога станува збор за клауд базите, согласно концептот на системот кој е опишан погоре, користењето на базите се базира токму на принципот на користење на одреден простор за соодветен надомест. Значајно е да се напомне дека Германскиот Врховен Суд договорот за клауд го класифицира како договор за закуп од причини што станува збор за „употреба на одреден он лајн простор за определено времетраење за кое се плаќа соодветен

[38] Hilber M.– *ibid*., p. 176.
[39] *Ibid*., p. 198.
[40] Член 570 од ЗОО.

надомест“. [41]

Договорот за закуп е консензуален договор - склучен во моментот на постигнување на согласноста помеѓу закуподавачот и закупецот за елементите на договорот. Од него произлегуваат права и обврски за двете страни, па затоа тој е двострано обврзувачки. Плаќањето закупнина за употребата на стварта дадена во закуп го прави товарен договор. При тоа закупнината треба да биде приближно еквивалента на користа што закупецот ја има од употребата на закупената ствар. Договорот за закуп, по правило, се јавува како неформален, но во случаите определени со закон или со договор, тој може да биде и формален. Договор за закуп уште е и казуален, зашто во него јасно е видлива целта (основот) поради кој тој се склучува (за закуподавачот таа се состои во добивањето на закупнината, а за закупецот во користењето на закупената ствар.[42]

Елементи на договорот за закуп се предавањето на стварта и плаќањето на закупнината. Стварта што се предава мора да биде непотрошена, зашто по нејзината употреба таа треба да му се врати на закуподавачот. Таа треба да биде и индивидуално определена. Во конкретниот случај се поставува прашањето дали клауд базата ги содржи сите елементи за да се смета за ствар во смисла на правото на сопственост. Имено просторот кој се закупува во конкретниот случај и самиот систем на функционирање не е присутен во физичкиот свет, туку само во виртуелен. Во конкретниот случај станува збор за издавање на кориснички софтвер со чија помош се пристапува до податоците кои се на самата база или издавање на место за складирање на податоци, односно хардверски или серверски компоненти во зависност од тоа за кое ниво на клауд систем станува збор.[43] Закупнината е надоместувањето што закупецот му го дава на закуподавачот за употребата на стварта, односно месечниот надомест кој се плаќа за користење на клауд базата.

Од договорот за закуп за страните произлегуваат права и обврски во врска со предавањето на стварта, одржувањето на стварта, гарантирањето на својствата на стварта, користењето на стварта, плаќањето закупнина и враќањето на стварта.

[41]https://www.reedsmith.com/files/Publication/cf6df614-498c-4c92-979c-454346c15369/Presentation/PublicationAttachment/131ec3c6-65ff-45e4-bca1-f5628e478465/Cloud%20Computing%20-%20Germany%20Chapter%20ONLY%20-%2008.12.10.pdf.

[42] Галев Г., Анастасовска Д. Ј. –*ibid*., p. 491.

[43] Niemann F., Paul J.-A., *Rechtsfragen des Cloud Computing Herausforderungen für die unternehmerische Praxis,* De Gruyter Praxishandbuch, 2014, p. 34-35.

Закупецот е должен да ја употребува ствартa како добар стопанственик, односно како добар домаќин, само онака како што е определено со договорот или со намената на стварта.[44]

Доколку го сместиме договорот за клауд во системот на договор за закуп, тогаш корисникот нема сопственост на софтверот кој е искористен за обработка на податоците, туку нему само му е пренесено правото на користење на оваа „ствар". Оттука, клауд провајдерот не му долгува на корисникот дополнителни услуги како пренос на податоците. Карактеристично за договорот за клауд е тоа што за времетраење на периодот на закуп корисникот има 100% достапност до клауд услугите, а може да одлучи самиот како и во кој обем ќе го искористува предметот на закупот. Исто така постои уште една специфика во поглед на одговорноста за исправност на предметот на закупот кога станува збор за софтвер кој за клауд провајдерот го има направено трето лице. Сепак во голем број на клауд договори оваа одредба е изоставена, согласно начелото на слободно договарање на страните.[45]

3.1.4 Договор за услуга

Македонскиот Закон за облигационите односи не го познава договорот за услуга како именуван договор. Од друга страна во праксата често пати се сретнуваме со ваков тип на договори кои всушност се еден вид комбинација на договори за дело, продажба, налог и слично.

На ниво на Европската Унија[46], за договор за услуга се смета оној договор кога давателот на услуга ќе изврши конкретно дејствие кое е побарано од корисникот на услугата, а корисникот на услугата за тоа е должен да му плати соодветен надомест. Договорни страни на овој договор се давателот на услугата и корисникот. Кога станува збор за плаќањето на надомест, истиот не се поврзува со успехот при извршување на услугата, туку едноставно надоместоткот е на товар на корисникот на услугата доколку давателот на услугата постапи согласно договореното. Примери за ваков тип на договори се договорот за давање на правни услуги, договорот за давање на консултантски услуги, како и договорот за користење на клауд базите.[47] Исто така ваквиот тип на договори се карактеристични и за продажба „на далечина".

Во правната теорија договорот за услуга најчесто е поврзан со договорот

[44] *Ibid.*, p, 494.
[45] Hilber M.– *ibid.*, p. 197.
[46] Дефиницијата за договор за услуга ја содржи Регулативата Рим I (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I)) која се однесува на сите договори кои имаат врска со извршувањето на некаква активност.
[47] Rohrlich M. –*ibid.*, p. 24.

за клауд бидејќи провајдерот нуди поддршка на корисникот и на таков начин ја прави достапна својата услуга. Од друга страна клауд системот не може да се земе изолиран од искористувањето на софтверот врз чиј принцип истиот работи, па од овие причини и истиот не е класичен договор за дело, туку договор за услуга.[48]

Потребните предуслови за класифицирање на еден договор, па и договорот за клауд како договор за услуга, се прво услугата да биде обезбедена во целост[49]. Но, клауд договорите често пати се дизјанирани за да обезбедуваат услуги во континуитет, па така во правната теорија се вели дека услугата е целосно испорачана кога договорниот однос помеѓу корисникот и провајдерот ќе престане.[50]

Во поглед на одговорноста на клауд провајдерот и гарантирањето за недостатоците кај овој договор, за клауд провајдерот по аналогија ќе се применат истите одредби како и од договорот за дело и закуп.

Давателот на услугата му гарантира на нарачателот дека работата ја извршил како што е договорено. Ако тоа не е случај, тогаш работата има недостатоци за кои давателот му одговара на нарачателот во согласност со општите принципи. Давателот на услугата исто така, одговара и за лицата кои по негов налог работеле врз работата што ја презел да ја изврши како да ја извршил самиот.

Одредбата која оди во прилог на клауд провајдерите е дека во евентуална постапка за надомест на штета по основ на непочитување на одредбите од овој договор, корисникот има право да побарува намалување на надоместокот за клауд услугата.[51] Па така при склучување на овој договор корисниците треба да обрнат посебно внимание на одредбите за квалитативно и квантитативно извршување на услугата, правата во случај на повреда на договорните обврски, одредбите за надомест на штета или договорна казна во случај на повреда на договорот (најчесто предвидени како паушал), како и одредбите за награда за успешно дадена услуга.[52]

[48] Hilber M.– *ibid.*, p. 177.
[49] ЛГ Хамбург во својата пресуда од 31.1.2012 – 312 O 93/11 во врска со автоматската обработка на податоци на СааС клауд најде дека карактеристично за исполнување на клауд обврската не е набавката на софтвер туку обезбедување на резултат од користењето на софтверот.
[50] Niemann F., Paul J-A. – *ibid.*, p. 176.
[51] Предвидувањето на ограничувања на одговорноста на начин што клауд провајдерот би бил ослободен од извршување на услугите, односно нема да одговара за погрешно извршена услуга, за оние услуги кои се дел од договорот се смета за недозволено ограничување во смисла на оштетното право – Пресуда на Германскиот Врховен Суд (BGH, Urt. v. 12.12.2000 – XI ZR 138/00 – K&R 2001, 217).
[52] Hilber M.– *ibid.*, p. 198-199.

3.1.5 Договор за лиценца

Договорот за користење на клауд има елементи и на договорот за лиценца. Ова посебно имајќи го предвид фактот дека со договорот за клауд се отстапува правото на користење врз базата за определен временски период.

Најкратко, договорот за лиценца, може да се дефинира како инструмент за вршење на промет на правата од интелектуална сопственост – патентните права (патентот, *know-how*, корисни модели), знаците за разликување (трговската марка, индустрискиот дизајн) и некои авторски и сродни права. Со договорот за лиценца, титуларот на правото на интелектуална сопственост, му отстапува на титуларот на лиценцата (стекнувачот на лиценцата) право на користење на правата на интелектуална сопственост за определено време, на определено подрачје и на определен начин.[53]

Страни на договорот за лиценца се давателот на лиценцата и стекнувачот на лиценцата кои можат да бидат домашни и странски физички и правни лица. Како давател на лиценца се јавува лице кое е титулар на определено исклучително субјективно право на интелектуална сопственост.

Покрај договорните страни за склучување на договорот е потребно да постои и негов предмет. Предметот на договорот за лиценца, во согласност и со општото учење за предметот на облигационите односи, односно за предметот на облигационите договори, треба уште да биде возможен, дозволен и определен, односно определив.[54]

Давателот на лиценца има определени права и обврски и тоа: предавање на предметот на лиценца[55], која е основна обврска како и да му ги достави

[53] Анастасовска Д. Ј., Коевски Г., Пепељугоски В., Гавриловиќ Н., *Договори на автономната трговска пракса*, Правен факултет Јустинијан Први – Скопје, Скопје 2012, p. 23.
[54] *Ibid*, p. 27.
[55] Во договорите за лиценца, кои имаат за предмет пренос на право на искористување на комплицирани технички знаења (пронајдоци или know-how), потребно е да се има во предвид дека материјалните носители на информациите за предметот на лиценца и начинот на неговото искористување (на пример калапи, алати, документи, дискови со програми) имаат двоен правен статус. Од една страна тоа се ствари во граѓанскоправна смисла на зборот и подлежат на нормите на стварното право. Од друга страна тоа се средства за соопштување на информацијата и подлежат на режимот на правото на интелектуална сопственост. Во договорот за лиценца не смее да дојде до мешање на овие два статуса. Сопственоста на предметите на стварите е едно, а правото на искористување на информацијата која е забележана на тие ствари е друго прашање. Оттука давателот на лиценцата може на стекнувачот на лиценцата да му подари, продаде, даде во закуп или на послуга (на пример, заради умножување) ствари, на кои е забележана информацијата за предметот на лиценцата. Таа работа, барем теоретски и

потребните известувања и упатства на стекнувачот на лиценца за успешно искористување на предметот на лиценцата[56] и да гарантира за својствата на предметот на лиценцата.

Стекнувачот на лиценцата има обврска за плаќање на лиценцниот надоместок[57] како и да го користи предметот на лиценцата[58], што воедно е и право и обврска на стекнувачот на лиценца.

Но, и покрај позитивните карактеристики и економските бенефити од договорот за лиценца, клауд провајдерите се противат на категоризирање на договорот за клауд како договор за лиценца. Како потврда на своето тврдење клауд провајдерите истакнуваат дека не станува збор за отстапување само на правото на користење, како што е тоа случај кај класичниот договор за лиценца, туку станува збор и за пружање на одреден вид на придружни услуги и развивање на апликации токму за потребите на корисникот, елементи кои никако не би можеле да се сметаат како дел од договорот за лиценца.

Заклучок

Одлуката за користење на клауд базите е најчесто базирана врз економскиот принцип, односно потребата да се заштедат трошоци. Значајна улога игра и флексибилноста, во смисла на тоа дека корисникот не треба да се грижи за обезбедување на потребните лиценци, начинот на функционирање на компјутерските системи, начинот на обработка и зачувување на податоците, туку едноставно може да пристапи кон општите услови на договорот и да започне со користење на клауд услугите.

Но, анализата на општите услови на клауд договорите покажа дека

мисловно, треба да се оддели од конститутивниот пренос на правото на искористување на предметот на лиценцата- Анастасовска Д. Ј., Коевски Г., Пепељугоски В., Гавриловиќ Н. –*ibid*., p. 33.

[56] Член 747 ст. 2 од ЗОО.

[57] Вреднувањето на предметот на договорот за лиценца е едно од најчувствителните прашања, затоа што, најчесто, се нема можност за правна споредба. Правата од индустриска сопственост и знаењето не се продаваат на отворен пазар и не можат секогаш да се споредуваат, особено со оглед на сложеноста на прашањето на кое треба да се одговори со споредувањето. Според тоа, почетната тешкотија кај лиценцните договори е всушност определувањето на цената на технологијата и вредностите коишто ќе ги донесе лиценцата – превземено од Анастасовска Д. Ј., Коевски Г., Пепељугоски В., Гавриловиќ Н. –*ibid,* p. 38.

[58] Според Законот за облигационите односи, стекнувачот на лиценцата е должен да го искористува договорениот предмет на договорениот начин, во договорениот обем и во договорените граници (член 752), а во членот 753 од ЗОО се нормира дека доколку со закон или договор не е поинаку одредено, стекнувачот на лиценцата не е овластен да ги искористува дополнителните усовршувања на предметот на лиценцата.

склучувањето на договор за клауд воопшто не е едноставна работа.

Имајќи ја во предвид напред наведената типизација на клауд договорите значајно е да се напомне дека не станува збор за исцрпна листа, туку постојат и други типови на договори или барем делови од договори под кои може да се подведе договорот за користење на клауд базите. Според нас договорот за услуга, кој во Република Македонија доколку во некоја новела на ЗОО се предвиди како именуван договор и кој би имал карактеристики од договорот за дело и договорот за закуп, е најсоодветниот тип на договор кој може да се примени за регулирање на клауд односите.

При тоа од анализираните одредби може да се заклучи дека поголемиот број на клауд провајдери ќе се обидат колку што е можно повеќе да ја ограничат или исклучат својата одговорност во поглед на договорот за користење на клауд. Во насока на ова значајно е да се напомне дека речиси сите клауд провајдери си оставаат право да ги менуваат договорите унилатерално без притоа да имаат било каква обврска кон корисниците.

Како ќе се развиваат клауд договорите во иднина зависи директно од самите корисници. Во поглед на ограничувањето на одговорноста корисниците можат директно да влијаат за промена на договорите барајќи еднаквост на страните во одреден однос, посебно со оглед на тоа дека станува збор за типски договори. Во оние делови кои се сензитивни за корисниците, како што се прашањата за заштитата на личните податоци и прашањата на приватност нужно ќе мора да претрпат одредени промени посебно со оглед на легислативата во оваа област и движењата кои се залагаат за поригорозни закони.

Исто така во иднина сметаме дека провајдерите ќе започнат и процес на локализација на нивните договори и на таков начин ќе ги прилагодат на националите законодавства на различни држави, сепак задржувајќи ја меѓународната трговска арбитража како доминантен метод на решавање на споровите.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Анастасовска Д. Ј., *Договор за лиценца: начин за водење бизнис*, Центар за европско применето право и економија (ЦЕППЕ) Скопје, 2009

Анастасовска Д. Ј., Коевски Г., Пепељугоски В., Гавриловиќ Н., *Договори на автономната трговска пракса*, Правен факултет Јустинијан Први – Скопје, Скопје 2012

Barnitzke Benno, Rechtliche Rahmenbedingungen des Cloud Computing, Nomos, 2014

Галев Г., Анастасовска Д. Ј., *Облигационо Право*, Правен Факултет Јустинијан Први Скопје, Скопје 2008

DLA Piper UK LLP, *Comparative Study on cloud computing contracts Final Report*, European Commission, Justice and Consumers, 2015

Законот за заштита на потрошувачите (*Службен Весник на РМ бр. 9/2005, 89/2007, 97/2007, 64/2011, 109/2011, 4/2013, 196/2014, 206/2015*)

Закон за облигационите односи (*Службен весник на РМ, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 123/2013)*

Kepes B., *Understanding the Cloud Computing Stack: SaaS, PaaS, IaaS* (Diversity Limited, 2011).

Niemann F., Paul J.-A., *Rechtsfragen des Cloud Computing Herausforderungen für die unternehmerische Praxis*, De Gruyter Praxishandbuch, 2014

Одлука за поврзување со инфроматичкиот систем на Народната Банка на Република Македонија (*Службен Весник на РМ 116/2014*)

Пресуда на Германскиот Врховен Суд (BGH, Urt. v. 12.12.2000 – XI ZR 138/00 – K&R 2001, 217)

Пресуда на ЛГ Хамбург во својата одлука од 31.1.2012 – 312 O 93/11

Радишић Ј., *Облигационо право – општи део*, Београд, 2004

Rohrlich M., *Cloud Computing Rechtliche Grundlagen*, Entwickler Press, 2014

Rohrmann A. C., Cunha R.S.F. J., *Some Legal Aspects of Cloud Computing Contracts*, Journal of International Commercial Law and Technology, vol. 10, no. 1, 2015

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

Schwenzer I., *Schlechtriem & Schwenzer Comentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press 2016.

Schwenzer I., Hachem P., Kee C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press,2012

Hilber M., *Handbuch Cloud Computing*, OVS Verlag, 2014

http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/cloud-computing/.

http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/practice-notes/cloud-computing/.

https://www.reedsmith.com/files/Publication/cf6df614-498c-4c92-979c-454346c15369/Presentation/PublicationAttachment/131ec3c6-65ff-45e4-bca1-f5628e478465/Cloud%20Computing%20-%20Germany%20Chapter%20ONLY%20-%2008.12.10.pdf.