

TARTU ÜLIKOOL
SOTSIAALTEADUSTE VALDKOND
ÕIGUSTEADUSKOND
ERAÕIGUSE OSAKOND

Maarja Lehemets

**TÖÖVÕTU- JA KÄSUNDUSLEPINGU SÄTETE
KOHALDAMINE TARKVARAARENDUSE LEPINGUTELE**

Magistritöö

Juhendaja: Mag iur Karmen Turk

Kaasjuhendaja: Prof. Irene Kull

Tartu 2018

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
I TARKVARAARENDUSE SPETSIIFIKA JA TARKVARAARENDUSE LEPINGUTE KVALIFITSEERIMINE	8
1.1 Tarkvaraarenduse ja agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise spetsiifika ..	8
1.1.1 Agiilne tarkvaraarendus	8
1.1.2 Agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise raskused	11
1.2 Tarkvaraarenduse kvalifitseerimine	22
1.2.1 Tarkvaraarenduse kvalifitseerimise probleemi püstitus	22
1.2.2 Tarkvaraarenduse tellimisel sõlmitava lepingu ese ja kohustuste sisu	23
1.2.3 Tarkvaraarenduse kui teenuse vastavus käsunduslepingule, töövõtulepingule või segatüüpi lepingule	29
II TÖÖVÖTU- JA KÄSUNDUSLEPINGU SÄTETE KOHALDAMINE TARKVARAARENDUSE LEPINGU RIKKUMISTELE	35
2.1 Lepingu rikkumine tarkvaraarenduse vaidlustes – rikkumise tuvastamine ja muud probleemkohad	35
2.2 Õiguskaitsevahendite kohaldamine tarkvaraarenduse vaidlustes	41
III TÖÖVÖTU- JA KÄSUNDUSLEPINGU SÄTETE KOHALDAMINE TARKVARAARENDUSE LEPINGUTE LÕPETAMISELE JA LÕPPEMISELE	48
3.1 Tarkvaraarenduse lepingu lõppemine täitmisega	48
3.2 Tarkvaraarenduse lepingu lõpetamine rikkumise tõttu lepingust taganemise või ülesütlemisega	55
KOKKUVÕTE	61
Applying Provisions of Contract of Service and Authorisation Agreement to Software Development Agreements	65
(Abstract)	65
Kasutatud allikad	69
Kasutatud kirjandus	69
Kasutatud õigusaktid	70
Kasutatud kohtupraktika	70
Riiklikud tüüplepingud ja juhendid	71
Muud materjalid	72

SISSEJUHATUS

Eesti on loonud endale kuvandi edukast e-riigist ning riigi pakutavate e-teenuste arv on suur. Portaalis eesti.ee on 118 erinevat taotluse ja muud e-teenuse vormi. Meil on e-maksu- ja tolliamet, e-tervis ja digiresept, digitaalne allkirjastamine ja autentimine –riigi poolt pakutavaid e-teenuseid on sadu. Ka erasektoris on infotehnoloogia (IT) valdkond kiirelt arenev – seda illustreerivad edulood nagu Skype, Transferwise, Cleveron. E-teenuste ja rakenduste kasutamine on levinud nii avalikus kui erasektoris. Statistika ameti 2017 aasta uuringu Noored IT-seadmete ja interneti maailmas¹ tulemus näitab, et 99% Eesti noortest kasutab internetti igapäevaselt. Natuke vanem, TNS Emori poolt tehtud uuring² e-teenuste kasutamise ja rahulolu kohta, näitab, et e-teenuseid kasutab 73% Eesti elanikkonnast. Seega, e-teenuste ja erinevate veebilahenduste ja rakenduste kasutamine on igapäevane ja laialt levinud.

Statistikaameti 2016 aasta Rahvamajanduse arvepidamise³ uuringus märgiti infotehnoloogia ja side valdkond, kui suurim ja kiiremini arenev valdkond. Kuigi e-teenuste kasutamine on igapäevane, siis nende teenuste loomisest, toimimisest ja tellimisest IT-sektori väliselt palju ei teata. Tarkvaraarenduse tellimine tähendab e-teenuse, veebilahenduse, rakenduse jms tellimist. Tarkvara tellimine kindla tegevuse võimaldamiseks läbi veebi on väljakutse IT-sektorist väljaspool olevale isikule – seda nii avalikus kui erasektoris. Praktika näitab, et tarkvara tellimise protsess on küll laialdaselt levinud ja igapäevane, kuid sellega on seotud tihti ka õiguslikud probleemid. Näiteks SKAIS (sotsiaalkindlustusameti infosüsteem) hanke eeldatav pikkus oli 48 kuud ja maksumus 2,7-5 mln eurot. Reaalsuses hetkel SKAIS veel valmis pole; 2017. aasta augustiks olid kulud üle 8 mln ja eeldatav lisainvesteering veel täiendavad 10 mln. SKAIS ei ole ainuke ebaõnnestunud IT-sektori hange, ebaõnnestumisi on nii Eestis kui välismaal ja nii erasektoris kui avalikus sektoris. Oxfordi Ülikooli ja Said Ülikooli 2012. aasta uuringus infotehnoloogia projektide õnnestumise kohta toodi välja järgmine statistika: „.../kogutud valimi kohta tehtud statistika näitab, et keskmiselt on IKT projektid suhteliselt

¹ Statistikaamet, Noored IT-seadmete ja interneti maailmas, 2017. – <https://blog.stat.ee/2017/10/26/noored-it-seadmete-ja-interneti-maailmas/> (27.03.2018).

² TNS Emor, Kodanike rahulolu riigi poolt pakutavate avalike e-teenustega 2014, 2014. – https://www.mkm.ee/sites/default/files/avalikud_e-teenused_2014_lopparuanne_tns_emor_korrigeeritud05022015.pdf (27.03.2018).

³ Statistikaamet, Rahvamajanduse arvepidamine, 2016. – <http://andmebaas.stat.ee/Index.aspx?lang=et&DataSetCode=RAA0042> (27.03.2018).

hästi läbi viidud - maksumuse on ületatud 27% valimi projektidest, ajakava on ületanud 55%. Peale eelarve kärpimise riski on väga suur oht, et projekt muutub "mustaks lambaks". Ühel kuuest projektist (17%) on kulude ülemmäär ligikaudu + 200% ja ajakava ületamine ligikaudu 70%.⁴ Selles uuringus vaadeldi ligikaudu 1500 suurt infotehnoloogia projekti ning selline tulemus illustreerib hästi tarkvaraarenduse tellimise probleemi.

Tarkvaraarenduse tellimise juures on mitu probleemset kohta. Selleks, et neid probleeme mõista ja lahendada, on esmalt vaja aru saada, milles seisneb tarkvaraarenduse ja selle tellimise omapära. Tarkvaraarenduse tellimine eeldab, et tellija teab, mida ta tahab— missugune peaks lõpplahendus välja nägema, milliseid funktsionaalsusi omama ning kuidas toimima. Tegelikult ei ole tellija tihti lahenduse lõppkasutaja ning tellija teadmised arendusvõimalustest ja võimalikest funktsionaalsustest on üldjuhul piiratud, sest tellija ise ei ole tavaliselt professionaalne tarkvara arendaja. Lisaks sellele areneb infotehnoloogia valdkond nii kiiresti, et pikemate ja suuremata arendusprojektide puhul võib projekti alguses parim ja uusim lahendusvariant projekti kulgedes hoopis vananenuks osutuda. Siit koorubki välja üks põhiline tarkvara tellimise probleem — tellitavat ehk lepingu esemeks olevat lõpptulemust ei ole lihtne kirjeldada ning selle projektieelne täpne kirjeldamine võib ka olla pigem ebamõistlik.

Kui tellija ei ole oma soovides kindel, ei oska tulemust täpselt kirjeldada või tegemist on pikema ja keerulisema lahendusega, siis tellitava lõpptulemuse ehk lepingu eseme täpne määratlemine üldiselt ei õnnestu ega too kaasa ka parimat võimaliku lahendust. Hea tarkvara lahendus sünnib koostöös IT-spetsialisti, tellija ja kasutajaga. Selleks, et sellist koostööd saavutada, on IT-sektoris tarkvaraarenduses kasutusele võetud agiilsed⁵ tarkvaraarenduse tehnikad. Agiilsed tarkvaraarenduse tehnikad võimaldavad luua lahenduse nii, et algne kirjeldus ei pea olema väga täpne. Küll aga koostatakse üldine kirjeldus soovitatavatest funktsioonidest ja eesmärkidest, mis tuleks täita. Tööprotsess toimub lühikeste tsüklitena, kus iga tsükli tulemiks on töötav osa lahendusest. Kogu protsessis, sealhulgas igas tsüklis, toimub testimine ja tagasisidestamine. Nii on võimalik tekkivad probleemid kiirelt tuvastada ja lahendada. Agiilne arendusprotsess on IT sektoris laialt levinud. Ühes suurimas projektide juhtimise uuringus kinnitas 71% vastanutest,

⁴ Vt A. Budzier, B. Flyvbjerg, Double Whammy – How ICT Projects are Fooled by Randomness and Screwed by Political Intent, Oxford University and SAID Business School, 2012, lk 24. – https://www.researchgate.net/publication/236203698_Double_Whammy_How_ICT_Projects_are_Fooled_by_Randomness_and_Screwed_by_Political_Intent (19.04.18).

⁵ Terminit agiilne on võimalik asendada nt sõnaga paindlik. Käesolevas töös kasutatakse terminit agiilne seetõttu, et IT-valdkonna spetsialistid on jäänud vastava sõna kasutuse juurde.

et kasutavad oma projektide läbiviimiseks just agiilseid arendusprotsesse.⁶ Teises suures agiilise tarkvaraarenduse uuringus (ligi 1500 vastajat üle maailma) kinnitas 97% vastanutest, et kasutavad tarkvaraarenduses agiilseid protsesse.⁷

Tarkvaraarenduse tellimine on keerukas ning tihti üle aja ja eelarve minev tegevus. Riigid ja erasektor on selle probleemi lahendamiseks astunud erinevad samme. Nii on paljud riigid loonud tüüplepingud tarkvaraarenduse tellimiseks ning erasektor—tarkvaraarendaja ise, ongi asunud arendamisel kasutama erinevaid agiilse tarkvaraarenduse tehnikaid. Tüüplepingute, mis toetavad agiilset arendusprotsessi ja koostööd, kasutamine võib lahendada suure osa tarkvara tellimisel tõusetuvaid probleeme. Õiguslikult võib agiilse tarkvara arendamiseks sõlmitud lepinguga seotud vaidlus kohtusse jõuda mitmel erineval põhjusel. Esiteks, kohtupraktika ei ole tarkvaraarenduse kvalifitseerimisel ühene – tarkvaraarenduse lepinguid on kvalifitseeritud nii töövõtulepinguks, kui valmistatud asja müügiks (võlaõigusseadus⁸ – edaspidi VÕS § 208 lg 2). Töövõtulepingu sätete kohaldamine tarkvaraarendusele ei anna pooltele soovitud tulemusi, sest töövõtulepingu sätted on kallutatud tellija poole ja praktika näitab, et tarkvaraarenduses hea tulemuse saavutamine eeldab mõlema poole (tellijaga ja pakkuja) koostööd, mitte ühe poole suuremat õiguslikku kaitset. Seega võib töövõtulepingu sätete kohaldamise korral lepingule kaasneda mõlema poole jaoks ebasoodne olukord. Teiseks, kuivõrd lepingu ese on kohustuse täitmise protsessi ajal pidevalt muutuv, lõpptulemus ei ole piisavalt täpselt kirjeldatud, siis võib tekkida küsimus, kas poolte vahel on üldse tekkinud lepinguline võlasuhe, kuna lepingu olulistest tingimustest ei ole kokku lepitud. Teatud juhtudel võib tekkida ka küsimus üld- ja erinormide vastuolust, mille lahendamisel tuleb eelkõige arvesse võtta kohustuste spetsiifikaat ning eesmärkide määratlematust.⁹ on põhjendatud tarkvara tehingute põhimõtete loomise vajalikkust õigusliku tühimiku ja eri- ning üldseaduste vastuoludega.

Praktikas kasutatavatel agiilsetel tarkvaraarenduse lepingutel on nii käsunduse kui töövõtu lepingu tunnuseid. Seda seisukohta kinnitab ka riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise

⁶ Vt Projektijuhtimise Instituudi läbiviidud 9. ülemaailmne projekti juhtimise meetodite uuring ligi 4000 vastajaga (vt lk 4). Originaalis inglise keeles: PMI's Pulse of the Profession 9th Global Project Management Survey. - <https://www.pmi.org/-/media/pmi/documents/public/pdf/learning/thought-leadership/pulse/pulse-of-the-profession-2017.pdf> (16.04.18).

⁷ Vt VersionOne 12th Annual State of Agile report, 2018. – <https://explore.versionone.com/state-of-agile/versionone-12th-annual-state-of-agile-report> (16.04.18).

⁸ Võlaõigusseadus. – RT I, 31.12.2017, 8.

⁹ Vt nt Westermeieri arutlust seoses USA Õiguse Instituudi pool koostatud tarkvaraarenduse lepingute põhimõtetega (*Principles of software development agreements*) J.T. Westermeier, The American Law Institute (ALI) Principles of the Law of Software Contracts, Computer and Telecommunications Law Review, 2010.

töögrupi poolt loodud tarkvaraarenduse tüüpleping¹⁰. Nimetatud tüüplepingus võib leida mõlema lepingutüübi tunnuseid, mistõttu saab öelda, et tüüpleping on segatüüpi leping. Segatüüpi lepingud on vastavalt VÕS § 1 lg-le 2 tunnustatud ka Eesti õiguses, ning seega taandub küsimus ainult sellele, kas ja kuidas seda sätet kohaldatakse kohtupraktikas. Vaatamata VÕS kommentaarides viidatud segatüübiliste lepingute kvalifitseerimise keerukusele, ei tohiks praktikas see põhimõtteliselt olla problemaatiline, kuivõrd arvestada tuleb teenuse osutamiseks kohustatud lepingupoole kohustuste olemust, mitte õigussuhte tähistamiseks kasutatud nimetust.¹¹ Agiilse lepingu sõlmimisel tuleb aga arvestada tehnoloogia arenguga ning erisustega, mis vähese kohtupraktika olukorras on siiski tekitanud nii praktikute kui kohtute jaoks raskusi.

Magistritöös on püsitatud hüpotees, mille kohaselt on tarkvaraarenduse tellimisel nii käsunduse kui töövõtu tunnuseid, mistõttu on tegemist segatüüpi lepinguga. Vaidluse korral kohaldatava lepinguliigi üle tuleb aluseks võtta kohustuste olemus ja eesmärk. Lisaks põhistatakse hüpoteesi, et juhtudel, kus pooled on kasutanud tüüplepingut või sellel baseeruvat lepingut, peaks kohus neist lähtuma kui valdkonna standardist ja heast tavast (vt täpsemalt ala-peatükki 1.1.2). Hüpoteesi kontrollimiseks uuritakse, kas tarkvaraarenduse lepingu puhul on lepingupool kohustatud saavutama teatud tulemuse või tegema tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku (vt VÕS § 24), st millises osas on kohaldatavad käsundus- ja millistel töövõtulepingu sätted. Seaduses reguleeritud lepinguliikide kohta käivate sätete kohaldamist kontrollitakse vastavalt lepingulise suhte etappidele, analüüsides nii praktikas kasutatavates lepingutes sisalduvaid tingimusi kui ka tüüplepingute tingimusi.

Töö on jaotatud kolme peatükki. Esimeses peatükis tuuakse välja tarkvaraarenduse kui teenuse spetsiifika ning analüüsitakse tarkvaraarenduse lepingute kvalifitseerimisega seotud küsimusi. Teises peatükis analüüsitakse töövõtulepingu ja käsunduslepingu sätete kohaldamise sobivust tarkvaraarenduse lepingutes rikkumist ja õiguskaitsevahendeid reguleerivatele kokkulepetele. Esmalt keskendutakse lepingu rikkumise tüüpilisematele olukordadele ja seejärel hinnatakse õiguskaitsevahendite kohaldamise eelduste sobivust tarkvaraarenduse lepingutele vastavalt käsundus- ja töövõtulepingu sätete järgi. Kuivõrd tarkvaraarenduse lepingutest tulenevate

¹⁰ Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp, Tarkvaraarenduse tüüpleping versioon 1.0, 2015. Kättesaadav koos Üldtingimuste, Eritingimuste ja Kodukorraga: - <https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (13.04.18).

¹¹Vt P.Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: juura 2009, lk 35.

kohustuste iseloomust sõltuvad lepingu lõppemise õiguslikud tagajärjed, on töös uuritud ka töövõtulepingu ja käsunduse sätete kohaldamise kohta tarkvaraarenduse lepingute lõppemisele.

Töö põhineb õiguskirjanduse, seaduste kommentaaride, kohtupraktika ja muude oluliste allikate analüüsil. Põhiosas on töös tuginetud Eesti õigusele, sh õiguskirjandusele. Kuivõrd tegemist on seaduses otse reguleerimata lepinguga, on töö koostamise käigus uuritud ka praktikas kasutatavaid lepinguvorme, Eesti tarkvaraarenduse tüüplepingut ning analüüsitud asjakohast kohtupraktikat. Teatud väidete illustreerimiseks ja põhistamiseks võrreldakse Eesti tüüplepingut ja praktikat teistes riikides kasutusel olevate tüüplepingutega. Tegemist on valdkonnaga, milles puudub mahukas õigusteoreetiline kirjandus, kuid kuivõrd tarkvaraarenduse puhul on tegemist tuntud ja seaduses reguleeritud lepinguliikide kombinatsiooniga, siis on see ka põhjendatud. Käesolevas töös ei analüüsita intellektuaalse omandi küsimusi, kuigi tõsisem diskussioon on üldjuhul tarkvaraarenduse lepingutega seotult jäänud intellektuaalse omandi küsimuste juurde.

EMS märksõnad: tarkvaraarendus, käsunduslepingud, töövõtulepingud.

I TARKVARAARENDUSE SPETSIIFIKA JA TARKVARAARENDUSE LEPINGUTE KVALIFITSEERIMINE

1.1 Tarkvaraarenduse ja agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise spetsiifika

1.1.1 Agiilne tarkvaraarendus

Selleks, et mõista tarkvara tellimisega kaasnevat praktilisi ja õiguslikke probleeme, on esmalt vajalik anda ülevaade tarkvaraarenduse protsessist. Tarkvaraarenduse protsess võib olla traditsiooniline või agiilne. Käesolevas töös käsitleb autor just agiilse ehk paindliku arendusprotsessiga seonduvat. 2001. aastal avaldas grupp tarkvaraarendajaid agiilse tarkvaraarenduse manifesti— *Agile Manifesto*¹², milles on leitud järgmist:

„Tarkvara luues ning teisi tarkvara loomise juures aidates oleme leidnud selleks tööks paremaid viise. Oleme hakanud hindama inimesi ja nendevahelist suhtlust rohkem, kui protsesse ja arendusvahendeid; töötavat tarkvara rohkem, kui kõikehõlmavat dokumentatsiooni; koostööd kliendiga rohkem, kui läbirääkimisi lepingute üle; reageerimist muutunud oludele rohkem, kui algse plaani järgimist. Ka parempoolsetel teguritel on väärtus, kuid me hindame vasakpoolseid tegureid kõrgemalt.¹³“

Agiilses tarkvaraarenduse protsessi eesmärgiks ei ole lepingust või dokumentatsioonist loobumine, vaid kõikehõlmava lepingulise reguleerimise asemel peetakse oluliseks koostööd ja toimiva lahenduse loomist. Hea koostöö põhineb usaldusel. Ka majandusteoorias on rõhutatud usalduse ja riskijaotuse tähtsust lepingulistes suhetes¹⁴, mis on olulised eelkõige

¹² Beck, K., Beedle, M., van Bennekum, Manifesto for Agile Software Development.2001. – <http://agilemanifesto.org/> (11.03.18).

¹³ Originaalis inglise keeles: „*We are uncovering better ways of developing software by doing it and helping others do it. Through this work we have come to value: Individuals and interactions over processes and tools; Working software over comprehensive documentation; Customer collaboration over contract negotiation; Responding to change over following a plan; That is, while there is value in the items on the right, we value the items on the left more.*“

¹⁴ F. L. Jeffries, R. Reed, Trust and Adaption in Relational Contracting, Academy of Management Review, Vol. 25 Issue 4, pp 873-882, 2000. – <http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=2&sid=563bcb3d-15b7-4f71-b958-4f4d965ff7c3%40sessionmgr102&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#db=bth&AN=3707747&anchor=A N0003707747-5> (31.03.18).

kestvuslepingutes, kus on vaja pikaajalist koostööd. Chiles ja McMackin on rõhutanud, et usaldus või selle puudumine mängib suurt rolli ka tehingu kulude suuruse kujunemises.¹⁵ Agiilne tarkvaraarenduse protsess on ülesehitatud selliselt, et võimalik oleks tasakaalus riskijaotusega koostöö, mis omakorda on eelduslikult ka usalduse tekkimise aluseks.

Agiilset arendust iseloomustab koostöö, pidev koodi ja ülesannete ülevaatamine, väikesed tiimid, iteratsioonidega¹⁶ arendus ja igas etapis testimine ning tagasisidestamine. Seega on ülesannete nimistu, põhimõtteliselt lepingu ese – lepingu ulatus, pidevas muutuses ja ülevaatuses. Iga tsükliga saadakse valmis kindel töötav tarkvara osa ning vajadusel muudetakse tööde nimistus olevat järgmiseks tsükliks. Kent Beck, Mike Beedle, Arie van Bennekum jt¹⁷ rõhutavadki Agiilse tarkvaraarenduse manifestis, et põhiline ongi iga tsükli lõpus tellijale üle anda heal tasemel töötav ja testitud tarkvara. See eristab agiilset arendust traditsiooniliselt *waterfall* tüüpi arendusest, kus arendustöö tulemus antakse üle projekti lõpus. Samuti on testimine ja tagasisidestamine traditsioonilistes arendus projektides jäetud lõppu, seevastu tarkvara kirjeldus peab neis projektides olema tööd alustades kindlalt paigas. Traditsioonilises tarkvaraarendus projektis annab klient algul sisendi tarkvara spetsifikatsiooni näol ning rohkem suhtlust traditsiooniline arendus ei nõua. Traditsiooniline lähenemine on sobiv lühikesteks arendusprojektideks, kus tellija väga täpselt teab ja suudab kirjeldada, missugust tarkvara soovib. Kuid selline olukord on pigem erand kui reegel. Susan Atkinson on agiilse ja traditsioonilise arenduse reguleerimise võimalustest rääkivas artiklis öelnud järgmist: „Traditsioonilisel arendusel põhinev leping on põhimõtteliselt vigane. See ei sobi kasutamiseks agiilsete tööviisidega, kuna ametlikud spetsifikatsioonid, protsessid ja projekti jaoks määratud tähtajad on tihti vastuolus nende mitteametlike, keerukate ja pidevalt arenevate äri vajadustega, mida soovitakse rakendada. Veelgi olulisem on see, et traditsioonilise arendusega sobituvad lepingutingimused panevad paika piirangud, mis kahjustavad mistahes tarkvara arendusprojekti edukust.“¹⁸ Tavaliselt ei ole tellijal oskust või vajalikku teadmist ega infot, et tarkvara täpselt

¹⁵ T. H. Chiles, J.F. McMackin, Integrating variable risk preferences, trust, and transaction cost economics, *Academy of Management Review*, Vol. 21 Issue 1, pp 73-99, 1996. – <http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=3&sid=36ca6c70-45ca-4e79-b607-a64d516bb00a%40sessionmgr102&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#db=bth&AN=9602161566&anchor=AN9602161566-12> (31.03.18).

¹⁶ Iteratsioonid on arenduse tavaliselt 2 kuni 4 nädalat kestvad tsükliid, mille käigus arendatakse konkreetse tsükli tööde nimekirja järgsed funktsioonid.

¹⁷ K. Beck, M. Beedle, A. van Bennekum jt, *Agile Manifesto*, 2001.

¹⁸ Vt S. Atkinson, *Why the Traditional Contract for Software Development is Flawed*, 2010. – <http://www.gallenalliance.com/images/Why-the-traditional-contract-for-software-development-is-flawed-June-2010.pdf> (11.03.18). Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*The waterfall contract is fundamentally flawed. It is inappropriate for use with Agile ways of working as the formalised specifications, processes and deadlines mandated for a project often conflict with the informal, complex and constantly evolving business requirements*

kirjeldada. Ka ei pruugi see olla mõistlik pikaajaliste arendusprojektide juures, kus tarkvara võimalused võivad ajajooksul muutuda. Neil juhtudel tuleb esile agiilse tarkvaraarenduse tugevus, kus koostöös tellija ja arendaja vahel pidevas prioriseerimises, testimises ja tagasisidestamises liigutakse väikeste tsüklite kaupa soovitud töötava lahenduse poole.

Agiilses tarkvaraarenduses on võimekus kiirelt reageerida muutustele ja seda just tänu lühikestes iteratsioonides arendusele, kus iga iteratsiooni eel vaadatakse üle arendamisele tulev mis asi? ning vajadusel muudetakse tööde nimekirja. Katariina Laakonen on tabavalt oma magistritöös *Contracts in Agile Software Development*¹⁹ kirjutanud järgmist: „Plaan on alati ainult täpselt nii hea, kui see on seda selle loomise hetkel, aga kuna tarkvaraarenduse projektides asjad alati muutuvad, siis ka plaan vajab pidevat uuendamist. Tihti on muutused nii kiired, et plaani ei jõuta vastavalt muuta, seega plaani dogmaatiline järgimine ei ole mõistlik. See ei tähenda, et agiilses arenduses on tulemus kuhi väikseid eraldatud tarkvara juppe, vaid plaan peab olema võimalikult lihtne ja kergesti muudetav.”²⁰

Agiilne arendusprotsess põhineb koostööl, sest pidev prioriseerimine tööde nimekirjas ja tagasisidestamine eeldab tellija ja arendaja suhtlust. Beck jt²¹ rõhutavad nn Agiilse tarkvaraarenduse manifestis, et tellijaga koostöö on määrava tähtsusega. Koostöös valminud ja testitud tarkvara vastab suurema tõenäosusega soovitud ja vajaminevale, sest vead ja võimalikud mööda rääkimised avastatakse iteratsioonidega tagasisidestatud arenduses kiirelt ja neid saab seetõttu lihtsamini ja paremini parandada. Samuti aitab koostöö vigu ja mööda rääkimisi vältida. Niisiis aitab agiilne tarkvaraarendus muutuva sisendiga projektil jõuda eduka lõpuni, kus tulemuseks on töötav, tagasisidestatud ja testitud tarkvara. Agiilse tarkvaraarenduse tugevuseks ongi võimekus muutunud vajadustele kiirelt reageerida ning arusaama sellest, mida tegelikult vajatakse on koostöös kergem saavutada. USA kaitseministeeriumi (s.o *Department of Defense*) ja Carnegie Mellon Ülikooli koostöös valminud juhendis *Contracting for Agile Software Development in the Department of Defense: An Introduction*, on agiilse tarkvaraarenduse eelised võetud kokku järgnevalt: „Agiilsed

they seek to implement. But more importantly, the waterfall contract imposes contractual constraints that are damaging to the success of any software development project.“, lk 5.

¹⁹ K. Laakonen, *Contracts in Agile Software Development*, Master's Thesis, Aalto University, School of Science, Degree Programme of Computer Science and Engineering, 2014.

²⁰Vt K. Laakonen, *Contracts in Agile Software Development*, Master's Thesis, Aalto University, School of Science, Degree Programme of Computer Science and Engineering, 2014, p 8. Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*The plan is always only as good as it was when initially written, and since in software projects things always change, the plan needs constant updating. Often the changes are so fast that the plan simply cannot be updated fast enough, thus dogmatically following it does not make sense. This does not mean that in agile the code is just a pile of hacks but instead the plan needs to be as lightweight and easily modifiable as possible.*“

²¹ K. Beck, M. Beedle, A. van Bennekum jt, *Agile Manifesto*, 2001.

meetodid võimaldavad organisatsioonidel kohaneda muutuvate nõuetega ja kiires tarkvara sektoris, võrreldes teiste arendusmeetoditega, nagu traditsiooniline *waterfall* arendus. Vastupidiselt *waterfall* põhiste projektidele püütakse agiilses arenduses tarnida tarkvara väikeste, kuid toimivate tarkvara osadena, mis lõpuks kogu soovitud võimekuse saavutavad. Nii saavad kasutajad (või nende esindajad) varem tarkvarasüsteemi kasutada. Kasutajad saavad väikest osa kasutada juba varem, mitte ei pea ootama kogu arendusetsükli lõppuni, et saada töötav tarkvara. See võib vähendada elutsükli kulusid, kõrvaldades ebavajalike ja soovimatute funktsioonide arendamise.²²

1.1.2 Agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise raskused

Eelnevalt on välja toodud, et tarkvara tellimine eeldab hea tulemuse saavutamiseks koostööd või väga teadlikku tellijat ning agiilne tarkvaraarendus aitab just koostööga tulemuseni jõuda. Koostöö olulisust on rõhutanud ka raamatu *Agile Contracts: Creating and Managing Successful Projects with Scrum* autorid, öeldes järgmist: „Agiilne arendusmudel nõuab, et klient oleks aktiivselt kaasatud. See peab lepingus selgelt sätestatud olema. Seetõttu peaksime pöörama suurt tähelepanu kliendi kohustusele osaleda, kuna klient on projekti edukuse eest otseselt vastutav.“²³ Ometi on agiilsel arendusel oma raskuspunktid, mis eristavad agiilse arenduse reguleerimist traditsioonilise arenduse reguleerimisest. Nimelt peab leping, mis agiilset tarkvaraarendust reguleerib, suutma agiilse protsessi tugevuse lepingusätetes alles hoidma. Tuntud advokaadibüroo Bird and Bird on agiilse tarkvaraarenduse reguleerimise ülevaates²⁴

²² Vt E. Wrubel, J. Gross, Contracting for Agile Software Development in the Department of Defense: An Introduction, Carnegie Mellon University, 2015, lk 11. – <https://resources.sei.cmu.edu/library/asset-view.cfm?assetid=442499> (19.04.18).

²³ Vt Opelt, Andreas, et al. Agile Contracts : Creating and Managing Successful Projects with Scrum, John Wiley & Sons, Incorporated, 2013, lk 140. Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*The agile model nevertheless requires that the client be actively involved. This should be established clearly in the contract. We should therefore pay a great deal of attention to the client’s obligations to participate, since the client is directly responsible for the project’s success.*“ – <https://ebookcentral.proquest.com/lib/tartu-ebooks/reader.action?docID=1191572&query=> (19.04.18).

²⁴ Vt Bird and Bird, Contracting for agile software development projects. – <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/brochures/contracting-for-agile-software-development-projects.pdf?la=en> (11.03.18). Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*Another important feature of many waterfall-based contracts is their approach to problems and failures during the development project. In many cases, the contract reflects a key assumption of the waterfall model that each phase of the project can (and should) be completed perfectly before starting the next phase. This basic principle often leads to a presumption in the contract that: provided the supplier complies with the sequential approach of the waterfall model (and the associated procedures of the contract), then development failures ought to be capable of being avoided altogether; and consequently, if a failure does occur, it must be due to the supplier failing to follow the relevant contractual*

agiilisel ja traditsioonilisel lähenemisel põhinevate lepingute erinevusest kirjutanud järgmist: „Paljude *waterfall* lähenemist reguleerivate lepingute oluline omadus on nende lähenemine probleemidele ja ebaõnnestumistele arendusprojekti ajal. Paljudel juhtudel peegeldab leping peamist eeldust *waterfall* mudelile, et iga projekti faasi saab (ja peabki) täiuslikult lõpule viima enne järgmise etapi alustamist. See aluspõhimõte viib sageli lepingulistele eeldustele, et: tingimusel, et tarnija järgib *waterfall* mudeli järjestikust lähenemist (ja sellega seotud lepingulisi tegevusi), siis saab arendusvead ära hoida; ja seetõttu, kui viga siiski esineb, peab see olema tingitud sellest, et tarnija ei suutnud korralikult järgida asjakohaseid lepingujärgseid protseduure (seega peaks tellijal olema õigus käsitleda viga kui lepingu rikkumist, koos kõigi sellega kaasnevad õiguskaitsevahenditega). Agiilse lähenemise pooldajad väidavad, et selline lähenemisviis arenduse vigadele on ebareaalne (ja lõpuks mõlemale poolele ebaotstarbekas). Tarkvaraarendus on oma olemuselt etteennustamatu protsess ja mõnel määral ebaõnnestumisi on igas projektis vältimatu; ja järelikult peab leping nägema ette paindlikuma režiimi, mille kohaselt saab ebaõnnestumisi paremini ja kulutõhusalt lahendada.“

Agiilse tarkvaraarenduse lepinguliseks reguleerimiseks on maailmas loodud erinevaid tüüplepinguid, sealhulgas avaliku sektori²⁵ poolt IT-sektori hea tava kujundamiseks. Eesti riik koostöös Eesti Infotehnoloogia ja Kommunikatsiooni Liiduga (edaspidi ITL) on välja töötanud tarkvaraarenduse tellimiseks tüüplepingu²⁶. Tüüplepingu kodulehel on töögrupp tüüplepingu sisse juhatanud järgmiselt: „Käesoleva töögrupi soov on edendada riigi ja erasektori info- ja kommunikatsioonitehnoloogia (edaspidi IKT) alast koostööd, et tasakaalustatult arvestada partnerite ja kogukonna huve. Ühiste seisukohtade kujundamiseks on ellu kutsutud erinevad ekspertide töörühmad, kus koostöös on välja töötatud ning ühiselt aktsepteeritud seisukohad. Tulemite avalikustamine tagab kogu IKT kogukonnas parimate praktikate kasutamist ning võimaldab kõigil teistel isikutel huvi ja soovi korral osaleda hea koostöö põhimõtete väljatöötamises. Osapooled teevad mõistlikke pingutusi töörühmade tulemuste rakendamiseks, kuid need ei ole pooltele juriidiliselt siduvad ning ei saa olla kuidagi vastuolus muude regulaatorite poolt seatud nõuetega.“²⁷ Seega on ka Eesti tüüpleping mõeldud sektori hea tava

procedures properly (and, as such, the customer should be entitled to treat the failure as a breach of the contract, with all of the remedies that this entails). Agile proponents would argue that this approach to development failures is unrealistic (and ultimately unproductive for both parties). Instead, they argue that: software development is an inherently unpredictable process and that some degree of failure is inevitable in any project; and consequently, the contract needs to provide a more flexible regime under which failures can be accommodated and resolved efficiently and cost-effectively.“ lk 6.

²⁵ Nii on riiklikud tüüplepingud väljatöötatud nt: Soomes, Rootsis, Norras, Taanis, Saksamaal aga ka Suur-Britannias ja Ameerika Ühendriikides.

²⁶ Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp, Tarkvaraarenduse tüüpleping versioon 1.0, 2015. – <https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (02.04.18).

²⁷ *Ibid.*

kujundamiseks. Tüüplepingu sätete näitel saab välja tuua agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise põhilised raskuskohad, mida käesolevas töös ka tehakse.

Isegi koostöö, milles seisneb agiilse protsessi tugevus, on teatud olukordades raskuskohaks nt, kui tellijal pole võimalik pühendada aega või inimressurssi valmivasse projekti. Kui tegemist on lühikese ja selge (tellitavat tarkvara spetsifikatsioon on paigas) projektiga võib asja lahendada kasutades traditsioonilist tarkvaraarendust, kuid keeruka ja pikemajalise projekti puhul oleneb tellija võimekusest ka ise projekti panustada suuresti projekti edukus. Koostöö – aja ja inimressurssi panustamine, on praktiline probleem arendus protsessis. Tüüplepingus proovitakse koostööd reguleerida ning see näitab, et sektoris on arusaadud, et traditsioonilised tarkvaraarenduse meetodid ja lepingud tihti ei toimi pooli rahuldavalt. Nii on tüüplepingu osaks kodukord²⁸ st protsessi reguleerimine, et hõlbustada selget koostööd. Koostöö ja usalduse loomise vajadus on rõhutatult välja toodud ka Taani riigi avalikule sektori koostatud IT-hangete juhendis²⁹, kus agiilse projekti õnnestumise eeldus võeti kokku järgnevalt: „Selleks, et agiilne arendusprojekt õnnestuks, on oluline luua kliendi ja tarnija vaheline usaldus. Mõlemad pooled peavad tundma ja kogema, et nende eesmärgid on kooskõlas.“ Protsessi reguleerimise tähenduslikkusel peatutakse käesoleva töö järgmises alapeatükis. Hetkel antakse ülevaade agiilse tarkvaraarenduse lepingulise reguleerimise põhilistest raskuskohtadest. Põhilisteks raskuskohtadeks on: iteratsiooni tsüklite tööde nimekirjad, tööde vastuvõtmine, vastutuse, riisiko, garantii ja eelarve küsimused.

Tööde nimekiri³⁰ vaadatakse üle enne igat iteratsiooni ehk arendus tsüklit ning vajadusel muudetakse ja täiendatakse seda. Selline protsess tagab kiire reageerimise standardite, vajaduste ja turu muutustele. Õiguslikus mõttes on tegemist olukorraga, kus lepingu ese (tellitu kirjeldus) kajastubki selles pidevas muutuses olevas tööde nimekirjas. Muutuv lepingu ese tekitab mitmeid õiguslike küsimusi: i) kas leping on üldse sõlmitud, kui VÕS § 27 mõttes olulistes tingimustes pole kokkulepet või on tegemist muutuva lepingu eseme puhul lahtiste tingimustega VÕS § 26 mõttes, ii) kui lepingu ese pole täpselt määratletud, mis tüüpi lepinguga on tegemist – töövõtuleping eeldab ju tulemuse saavutamisele suunatust ja seega ka lepingu

²⁸ Tarkvaraarenduse tüüpleping, Kodukord versioon 1.0, 2015.

²⁹Vt Denmark National IT and Telecom Agency, Agile Methods in IT-Based Business Projects Guide to Agile Development in the Public Sector, 2010. – <https://digitaliser.dk/resource/1643009/artefact/Agile%20Ceng.ver.pdf?artefact=true&PID=1643011> (18.04.18). Inglise keeles järgnevalt: „*In order for an agile development project to succeed, it is vital to build trust between the client and the supplier. Both parties have to feel and experience that their goals are in accordance.*“ lk 49.

³⁰ Agiilises arendus protsessis kasutusel terminina *product backlog*.

eseme st tulemuse kirjeldust või iii) kuidas hinnata, kas leping on täidetud või kas seda on rikutud, kui lepingu ese on muutuv/ piisavalt määratlemata.

Tüüplepingus Üldtingimuste³¹ punkti 2.2 kohaselt on täitja tehtavad tööd määratletud riigihanke alusdokumentides, pakkumuses ja muudes lepingu lisades. Tööde täpsem sisu lepitakse kokku etapiviisiliselt ning dokumenteeritakse spetsifikatsioonidena projekti detailanalüüsi käigus vastavalt kodukorras toodud tööprotsessile. Niisiis täidavad spetsifikatsioonid iga etapi juures tööde nimekirja ülesannet. Kodukord³² lubab lepingupoolel, kes ülesannet teostab ise meetodid valida ja kohustab täitjat kokkulepitud keskkonda spetsifikatsioone ülespanema tellijale heakskiitmiseks (vt Tüüplepingu Kodukord, versioon 1.0, punkt 2.4.2³³). Eesti tüüplepingu sätted on tööde nimekirja st spetsifikatsioonide reguleerimises tasakaalu otsivad – protsessi vabaduse loomise ja tulemuse saavutamise vahel. Ühelt poolt antakse täitjale (so arendaja) vabadus valida meetodid ja spetsifikatsioone koostada, kuid teiselt poolt sätestab Üldtingimuste³⁴ punkt 2.3 täitjale kui professionaalile väga laia kohustuse tagada tellitavale kõikide lepingu olemusest tulenevate vajalike tööde tegemine. Täiendava kokkuleppeta ei kuulu täitmisele uued funktsionaalsed või mittefunktsionaalsed nõuded, mida ei olnud nimetatud riigihanke alusdokumentides või pakkumuses.³⁵ Kokkuvõtvalt saab öelda, et tüüpleping võimaldab arendajal valida arendusmeetod tööde nimekirjas olevate tööde sooritamiseks, kuid lepingu olemuse alla kuuluvate vajalike tööde klausel võimaldab hõlmata mitmeid erinevaid kohustusi.

Tööde vastuvõtmine on agiilses arendusprotsessis seotud tööde iteratsioonidega ehk tsüklitena arendamisega. Iteratsiooni vastuvõtmisel võib olla tegemist olukorraga, kus vastuvõtmine on tingimustega ja seotud lõpus kogu lahenduse vastuvõtmisega või loetakse arendatud osa lõplikult vastuvõetuks. Vastuvõtmisest oleneb puudustest teatamise tähtaeg ja garantii algus. Töö valmimisega on seotud tasu sissenõutavaks muutumine, mis võib lepinguliselt olla seotud kogu lahenduse valmimise või ka osaliste maksetena vaheetappide vastuvõtmisel. Kui vastuvõtmine on sõltuv kogu lahenduse vastuvõtmisest on tavapäraselt tegemist traditsioonilise tarkvaraarendusega, kus arendajal puudub kindlus, et tehtud töö tegelikult ka aktsepteeritakse. Kuna arendustööd on tavaliselt üksteisest sõltuvuses, mõjutab traditsioonilise meetodi puhul üks alguses tehtud viga, mis leitakse alles tööde lõpus, kogu projekti õnnestumist. Seevastu

³¹ Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015.

³² Tarkvaraarenduse tüüpleping, Kodukord versioon 1.0, 2015.

³³ Tüüpleping, Kodukord versioon 1.0, 2015. – <https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (03.04.18).

³⁴ Tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015. *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

agiilses projektis testitakse igas iteratsioonis tarkvara ja tagasi sidestatakse see tellijale. Nii saab vead kiiremini ja väiksemate kuludega leitud ja parandatud ning ka iteratsiooni tulemuse lõplik vastuvõtmine on sellises olukorras mõistlik. Eesti tüüpleping reguleerib vastuvõtmist nii etapiliselt iga iteratsiooni aktiga, kui lõpus kogu töö koondaktiga. Lisaks sätestab Tüüplepingu Kodukord³⁶ ülevaatamiseks aja ja vastuvõtmisest keeldumise alused ning vastuvõetaks lugemise eeldused. Vastuvõtmise osas vastab tüüpleping VÕS-e töövõtu sätetele. Probleemid võivad tõusetuda hindamisel, kas töö vastab spetsifikatsioonile (tööde nimekirjas toodule). Ometi pakub tüüpleping siin töövõtu sätteid järgides vähemalt etappide osas määratletud funktsioonide kirjelduse ning seega on võimalik tulemust ja nõudeid võrrelda. Etapilise tööde üleandmise eesmärgiks pole ehitada tükke projektist etappide kaupa, vaid luua kliendile väärtuslik funktsioon, mida saab aktsepteerida ja kasutada (näiteks) iga kahe nädala tagant. See on kriitiline erinevus, millega mitteametustamisel võib agiilset protsessi tõlgendada valesti kui järk-järgult tarnitavaid mittetöötavaid komponente, mitte aga kui toimivaid funktsionaalsusi, mis on kasutatavad pärast iga lühikest iteratsiooni, lisades järk-järgult rohkem funktsionaalsust.³⁷ Nii pakub agiilne protsess lühikeste tsüklitena arendades ja igale tsüklile tööde nimekirja prioriseerides ühelt poolt vajaliku paindlikkuse (protsessi osas) ja teiselt poolt vajaliku kindluse lepingu eseme ehk saavutatava osas.

Nagu igas lepingus on ka agiilse arenduse reguleerimisel oluline vastutuse ja riisiko ülemineku küsimused. Vastutuse jaotamine ei ole otseselt seotud arendusprotsessi meetodi valikuga, milleks võib olla kas traditsiooniline või agiilne meetod. Agiilse protsessi olulise osa soostöö soosimiseks on vajalik, et leping jaotaks vastutuse poolte vahel, tekitamata suurt ebavõrdsust. Tüüplepingu Üldtingimused³⁸ seavad vastutusele ning ka leppetrahvide kogusuurusele ülempiiri.³⁹ Lisaks välistavad üldtingimused vastutuse vääramat jõu korral, reguleerides nii vääramat jõu olukorda töövõtu sätetest erinevalt. Töövõtu korral vastutab töövõtja tulemuse saavutamise eest ka vääramat jõu esinemise olukorral. VÕS § 642 kohaselt ei hinnata töövõtja vastutust lepingutingimustele mittevastava asja üleandmise korral VÕS §-s 103 sisalduva üldise

³⁶ Vt punktid 6.4.1 – 6.4.8. Tüüpleping, Kodukord versioon 1.0, 2015.

³⁷ Vt T. Arbogast, C. Larman, B. Vodde, Agile contracts primer version 5, 2012. – www.agilecontracts.org (11.03.18). Seal originaalis inglise keeles järgnevalt: „It aims to build not partial components of a project iteratively, but rather to build a deployable working model of value to the customer that can be accepted and used at each two-week iteration. This is a critical point that legal professionals new to agile concepts do not always grasp; they may misinterpret agile development as incrementally delivering undeployable components rather than the agile model of delivering a useful deployable system after each short iteration, with gradually more functionality.“ lk 11.

³⁸ Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015.

³⁹ Ülempiir vastutusele on seatud ka paljudes teiste riikide avaliku sektori jaoks loodud tüüplepingutes nt: Soome, Saksamaa ja Norra tarkvaraarenduse tellimise lepingutes on rahaline vastutus konkreetse summaga piiratud (nende riikide tarkvaraarenduse lepingutes on lähemalt juttu alla pool).

vastutusstandardi alusel.⁴⁰ VÕS § 642 lg 1 kohaselt vastutab töövõtja põhimõtteliselt igasuguse lepingutingimustele mittevastavuse eest, mis esines tööl selle tellijale üleandmise hetkel või mis tekkis töö objektiks olevale esemele pärast selle tellijale üleandmist töövõtja poolse rikkumise tagajärjel.⁴¹ Tegemist on siiski dispositiivse sättega, mis lubab lepingus erinevalt kokku leppida.

Riisiko üleminek juhusliku hävimise või kahjustumise korraks on Tüüplepingu Eritingimustes⁴² jäetud valikuna vabaks. Esiteks võib riisiko ülemineku ajaks olla kogu töö ülevõtmine. Teiseks võib riisiko üleminek toimuda lahenduse osade kaupa iga etapi vastuvõtmisega: Kolmandaks võib riisiko üle minna tööde vastavas keskkonnas kasutusele võtmisel. VÕS § 640 lg 2 sätestab riisiko ülemineku, kui töö on valmis. Etapiline üleminek ei ole seaduses otseselt välja toodud, mistõttu võiks kohalduda VÕS § 640 lg 2 teine lause, mille kohaselt, kui kokku on lepitud töö vastuvõtmine või kui see on tavaline, kannab töövõtja juhusliku hävimise ja kahjustumise riisikot kuni töö vastuvõtmiseni või vastuvõetaks lugemiseni. VÕS § 640 kommentaarides leitakse aga, et juhul kui töövõtjale määratud tasu ei kuulu maksmisele mitte kogu töö valmimisel, vaid töövõtulepingu täitmisel osadena vastavalt töö valmimisele ning seetõttu on lepitud kokku töö etapiviisiline vastuvõtmine, ei too üksiku etapi vastuvõtmine lepingupoolte otsese teistsuguse kokkuleppe puudumisel kaasa vastava osa juhusliku hävimise või kahjustumise riisiko üleminekut tellijale.⁴³ Seega on riisiko etapiliseks üleminekuks on vajalik see selgelt lepingus välja tuua. Tarkvaraarenduse puhul on praktikas võimalikust juhusliku hävimise riisikost olulisem programmi vigade liigitus ja vastutus eeltööde ja kolmandate isikute tehtud tööde eest, aga ka tellija juhustest, eeltööst või materjalidest tuleneva vastutuse juhtumid.

Programmi vigade liigitus on oluline seoses tööde vastuvõtmise, aga ka lahenduse lepingule vastavuse hindamisel. Programmi vead (inglise keeles ja praktikas kasutusel *bugs*) saavad olla erineva raskuse ehk mõjuga lahenduse toimimisele. Olenevalt vigade arvust ja või raskusest määratakse lepingus vastuvõtmisest keeldumise alus, aga ka vigadele reageerimise kiirus. Tüüplepingu Üldtingimustes punktis 1.1.22⁴⁴ on programmi vead defineeritud järgmiselt: „(a) Esimese astme Viga (P1) – Tarkvaral põhinev teenus/süsteem ei toimi ega ole kasutatav, näiteks on andmed on rikutud; esineb kasutajasessioonide ebanormaalne katkemine; probleem mõjutab süsteemi käideldavust ja andmete integreeritust; mõjutatud on enamuse tarkvara kasutajatest;

⁴⁰ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, Võlaõigusseadus III kommentaarid väljanne, Kirjastus Juura, Tallinn, 2009.

⁴¹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommentaarid väljanne, 2009, lk 62.

⁴² Vt lepingutingimuste punkti 9.1. Tüüpleping, Eritingimused versioon 1.0. – <https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (03.04.18).

⁴³ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommentaarid väljanne, 2009, lk 58.

⁴⁴ Tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 20115. *Ibid.*

vastukaal probleemi vältimiseks praktiliselt puudub; tõsine finantsmõju; (b) Teise astme Viga (P2) – Tarkvaraga seotud probleem ei sega teatavate reservatsioonide järgimisel normaalset töötamist; mõjutatud on üksikud Tarkvara kasutajad; väiksema tähtsusega funktsionaalsused pole käideldavad, kasutatavad või süsteemi jõudlus on madalamal maksimaalsest nõudest; eksisteerib ajutine aktsepteeritav vastukaal probleemi vältimiseks; (c) Kolmanda astme Viga (P3) – väiksed puudused minimaalse mõjuga Tarkvara kasutajatele või klientidele; kosmeetilised probleemid (ekraanikomponendid on nihkes, kuid see ei takista komponendi eesmärgipärast kasutamist); pikaajaline vastukaalu kasutamine kasutajatele vastuvõetav.“ Definiitsioonid ei ole väga kitsad, kuid vähemalt on antud suunised ja arendajale on teada tagajärjed ning tähtjad.

Vigade parandamine st teenuse lepingule vastavuse tagamine võiks olla omane nii käsundusele kui töövõtule. Erinevus on selles, et kui käsunduse puhul peab käsunditäitja olema andnud endast parima tulemuse saavutamiseks, kuid üldjuhul ei vastuta, kui tulemust ei saavutata, siis töövõtu puhul on vead üheks lepingutingimustele mittevastavuse aluseks, mille eest töövõtja vastutab peaaegu alati. Käsunduse puhul hinnatakse käsunditäitja hoolsust vastavalt tema majandus- ja kutsetegevusele (kui ta käsundit selles vallas täidab). Seega on töövõtu sätete rakendamisel arendaja vastutus rangem.

Töövõtu regulatsioon sätestab töövõtja lepingutingimustele mittevastavuse eest vastutusest vabanemiseks piiratud võimalused.⁴⁵ Töövõtja vabaneb vastutusest, kui töö lepingutingimustele mittevastavuse põhjustas tellija juhised, eeltöö või materjal (VÕS § 641 lg 3), kui töövõtja on juhiseid, eeltöid ja materjale eelnevalt piisavalt kontrollinud, kui on hilinenud teade puuduste avastamise kohta (VÕS § 642 lg 2 esimene lause) või kui töövõtja vastutus on lepingus kokkuleppeliselt piiratud. Piiramine vastutust ainult raske hooletusega ei aita töövõtjat oluliselt, sest töövõtja (arendaja) kui oma ala professionaali hoolsuse määr on kõrge.

Garantiid saab anda tulemusele või kaubale. Protsessile ei saa anda garantiid – küll, aga saab protsessile seada tingimused. Protsessi puhul on vajalik hoolsus, mille saab vastavalt täitja professionaalsusele erinevalt sisustada. Garantii juures on agiilse protsessi tugevuse tagamiseks taas oluline lepingus tasakaalu hoidmine. Selleks, et garantii ei oleks arendajale liiga koormav on oluline garantii kestus; garantii puhul vigade parandamisele reageerimise aeg ja garantii alla kuuluvad ja mitte kuuluvate juhtude eristamine. Tüüplepingu Üldtingimustes⁴⁶ on väljatoodud

⁴⁵ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, 2009, lk 62-63.

⁴⁶ Vt punktid 5.1-5.8. Tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015.

punktid reguleeritud – garantii kestuseks on aasta, mis võib tarkvara kiire arenemise juures olla veidi pikk ja koormav.⁴⁷ Garantii alla kuuluvate vigade parandamine toimub tasuta ja arendaja tööst tulenevad vead kuuluvad kõik garantii alla ning vigade parandamise aeg seotud vea raskusastmega. Ometi võib tüüplepingu tingimusi pidada tasakaalus olevaks, sest garantiiperioodil reageerimisajad ilmselt ei eelda arendajalt eraldi inimese palgal hoidmist kogu garantiiperioodi jooksul.

Lisaks eelnevale on agiilse tarkvaraarenduse juures oluline klassikalise projekti juhtimise nn raudne kolmnurk, mis mängib rolli ka lepingute juures. Raudne kolmnurk ehk projekti kolmnurk (ingl. k *the iron triangle*) illustreerib projekti edu ja raskuseid läbi kolmnurga, mille küljed moodustavad projekti eelarve, aeg ja maht (vt joonis nr 1). Samad elemendid mõjutavad ka agiilseid tarkvaraarendus projekte ning on reguleeritud lepingus. Kevin J. Aguanno on oma raamatus *Managing Agile Projects*⁴⁸ kirjeldanud raudse kolmnurga ja projekti edu suhestumist järgmiselt: „Tunnista, et raudset kolmnurka tuleb austada. Raudne kolmnurk viitab kolme kriitilise faktori mõistele - ulatus, maksumus ja aeg - vähemalt üks peab muutuma, vastasel juhul kannatab töö kvaliteet. Keegi ei taha halva kvaliteediga süsteemi, vastasel korral, miks seda ehitada? Seetõttu võib järeldada, et vähemalt ühel kolmest tipust peab olema lubatud varieeruda. Probleemiks on see, et kui proovite määrata täpset kvaliteeditaset, täpset hinda, täpse ajakava ja täpse rakendusala, võite praktiliselt tagada rikked, sest projekti meeskonnal ei ole ruumi manööverdamiseks. Lahendus on see, et kõik peavad põhiprintsiibina teadvustama varieeruvust ja töötama vastavalt. Selle asemel, et mõelda sellele kui "raudsele kolmnurgale", on teil palju parem mõelda sellele kui "elastsele kolmnurgale" ja vajadusel muuta kulusid, ajakava ja / või ulatust.“

⁴⁷ Nt garantii aeg nt Norra tarkvaraarenduse standardlepingus on 3 kuud; Soome ja Saksamaa lepingutes 6 kuud.

⁴⁸ Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*Recognize that the iron triangle must be respected. The iron triangle refers to the concept that of the three critical factors – scope, cost, and time – at least one must vary otherwise the quality of the work suffers. Nobody wants a poor quality system, otherwise why build it? Therefore the implication is that at least one of the three vertexes must be allowed to vary. The problem is that when you try to define the exact level of quality, the exact cost, the exact schedule, and the exact scope to be delivered you virtually guarantee failure because there is no room for a project team to maneuver. The solution is for everyone to be aware of this fundamental concept and work accordingly. Instead of thinking of it as an “iron triangle” you are much better to think of it as an “elastic triangle” and vary the cost, schedule, and/or scope as required.*“ K. J. Aguanno, *Managing Agile projects*, Lakefield: Multi-media Publications Inc 2005, lk 18.



Joonis nr 1⁴⁹

Mida selline varieeruvuse – agiilsuse võimaldamine lepinguliselt tähendab ja kuidas seda saavutatakse? Eri tüüpi lepingud sisaldavad erineval määral paindlikkust. Traditsioonilist arendust reguleerivad lepingud sõlmitakse üldiselt fikseeritud hinna, aja ja mahuga. Agiilse tarkvaraarenduse jaoks need lepingud üldjuhul ei sobi. K. J. Aguanno leiab, et õnnestumiseks peab vähemalt üks kolmest nurgast lahtiseks jääma. Seega võivad sobida lepingud, mis seovad tasu tegelike kulude või näiteks on määratletud tasu maksimaalne suurus.

Praktikas on raudsest kolmnurgast lepingu rikkumise tuvastamisel kõik kolm elementi aktuaalsed. Kuid eelarve on seaduses neist kolmest kõige täpsemini reguleeritud töövõtu sätetes. Juhul kui tarkvaraarendus töövõtu alla kvalifitseerida, omab tähtsust VÕS § 639, mis sätestab töövõtulepingu eelarve tüübid – siduv või mittesiduv. Võlaõigusseaduse III kommenteeritud väljaandes on eelarvete õiguslike tagajärgede kohta kirjutatud järgmist: „Siduva eelarve puhul seab eelarves sisalduv kalkulatsioon piirid töövõtja tasunõudele: juhul kui tegelik tööde maht või kulukus osutuvad eelarves kalkuleeritust suuremaks, kannab vastavad kahjulikud tagajärjed töövõtja, kes ei saa nõuda eelarvet ületava tasu maksmist. Praktikas esineb sageli siiski olukord, kus juhul kui tööde eelarve lisatakse sõlmitud töövõtulepingule, defineeritakse ka töövõtulepingu alusel teostamisele kuuluvaid töid eelarves loetletud tööde kaudu. Sellisel juhul on eelarve üksnes näiliselt siduv: kuna töövõtulepingu alusel saab nõuda üksnes eelarves

⁴⁹ S. W. Ambler, The Broken Triangle, Ambysoft 2006. – <http://www.ambysoft.com/essays/brokenTriangle.html> (23.04.18).

nimetatud tööde teostamist eelarves ettenähtud mahu, toob eelarves sisalduv ekslik kalkulatsioon või teatud töö väljajäämine eelarves loetletud tööde hulgast kaasa lepingu objektiks mitteoleva lisa- või muudatustöö tegemise vajaduse, mida tellija saab töövõtjalt nõuda üksnes lisatasu maksmise eest. .../Mittesiduv eelarve kujutab endast töövõtjale makstava tasu suuruse eeldatavat kalkulatsiooni eelarve koostamise hetkel, selgub töövõtjale makstava tasu lõplik suurus alles tegelike tööde mahu ja töövõtja tegelike kulude alusel.“⁵⁰ Agiilse tarkvaraarenduse puhul on võimalik kasutada mõlemat eelarve varianti. Siduva eelarve puhul on suurem risk arendaja kanda. Siduva eelarve kasutamine agiilse tarkvaraarenduse puhul eeldab hinnapakkumist esialgsete dokumentide pinnalt. Kuna lepingu ese agiilse arenduse protsessis alles täpselt kujuneb võib siduva eelarve kasutamine tuua kaasa suuri erinevusi reaalse kulu ja hinna vahel. Seega on ilmselt mõistlikum kasutada mittesiduvat eelarvet. Mittesiduv eelarve võib aga olla probleemiks tellijale, kes ei tea nii arendusele kuluvat summat. Praktikaks kasutatakse selleks nn fikseeritud maksimaalse tasuga lepinguid st lepinguid, kus maksimaalne tasu on välja toodud.

Tüüplepingu Üldtingimustest⁵¹ ja Eritingimustest⁵² lähtuvalt saab järeldada, et tüüpleping määrab arenduse kogumaksumuse ja sätestab lisatööde jaoks tunnihinna, seega on tegemist siduva eelarvega. Kuna tüüpleping on koostatud eelkõige avaliku ja erasektori koostöö ja hangete vajadusest lähtuvalt on siduva eelarve kasutamine mõistlik. Riigi projektides peavad eelarvelised vahendid olema määratletud ja projektide kulud teada. Samas võib ka siin tekkida olukord, kus lisatöö vajaduse tõttu tegelik maksumus esialgsest erineb.

Samad probleemkohad on tuvastatud ka teistes riikides. Paljud riigid on välja töötanud kas soovitusliku tüüplepingu, kohustusliku standardlepingu või vähemalt juhendi tarkvaraarenduse tellimiseks. Võrreldes Eesti tarkvaraarenduse tüüplepingut mõnede teiste tarkvaraarenduse tellimiseks väljatöötatud lepingute ja juhenditega, saab väita, et Eesti tüüpleping on oma riskijaotuse ja tingimustega küllaltki standardne st käesoleva töö jaoks läbi töötatud Saksamaa, Taani, Norra, Soome ja USA lepingud/juhendid⁵³ on võrdlemisi sarnased. Kõige enam

⁵⁰ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 54.

⁵¹ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, punktid 8.1-8.5.

⁵² Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, eritingimused versioon 1.0, 2015, punktid 3.1-3.3.

⁵³ Täpsemalt: Saksamaal on soovituslik tüüpleping tarkvaraarenduse tellimiseks(IT-creation): Ergänzende Vertragsbedingungen für die Erstellung bzw. Anpassung von Software – EVB-IT Erstellungs-AGB. – https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html#doc4623280bodyText1 (18.04.18); Taanis on väljaantud juhend IT-sektori riigihangete läbiviimiseks: Denmark National IT and Telecom Agency, Agile Methods in IT-Based Business Projects Guide to Agile Development in the Public Sector, 2010. – <https://digitaliser.dk/resource/1643009/artefact/Agile%20Ceng.ver.pdf?artefact=true&PID=1643011> (18.04.18);

erinevad Üldiste Teenuste Administratsioon (inglise keeles *General Service Administration* , tegeleb riigihangete ja riigi kinnisvaraga; edaspidi GSA) soovituslikud tüüplepingud ja juhendid tarkvaraarenduse tellimise ja projektide jaoks. Need on kõik agiilsel protsessil baseeruvad ja tüüpleping⁵⁴ keskendubki suuresti ainult protsessi reguleerimisele. Huvitav on see, et GSA üldjuhendis⁵⁵ tarkvara teenuste tellimiseks on tarkvara tellimist kirjeldatud nii, et Eesti õigussüsteemi mõttes oleks see kvalifitseeritav kui töövõtu ja käsundi segu, sest kahest kontseptsioonist tulemusele suunatud ja protsessile suunatud tegevustest on neil kombineerituna tulemusliku protsessi reguleerimine.⁵⁶ Ka Norra standardleping ja Saksamaa tüüpleping sisaldavad olulisi erisusi. Norra standardlepingus on tellijal õigus 30 päevase etteteatamisega leping üles öelda, kui ta tasub eelneva töö ja arendaja töötajate uuele projektile kandmise kulud.⁵⁷ Lisaks on garantii perioodiks vaid 3 kuud.⁵⁸ Norra standardleping eeldab agiilset arendust juba tundvaid tellijaid ja arendajaid, kes suudavad muutustele väga kiirelt reageerida. Saksamaa tarkvaraarenduse tüüpleping paistab enim välja kui traditsioonilise arendusega sobituv, leping on tugevalt tellija kaitseks; vastuvõtt toimub korraga lõpus isegi, kui töö arendus toimub iteratsioonidena.⁵⁹ Soome tüüplepingu tingimused on Eesti tüüplepingu

Norras on kohustuslik standardleping: The Agency for Public Management and eGovernment of Norway, Agile Software Development Agreement Agreement governing Agile software development The Norwegian Government's Standard Terms and Conditions for IT Procurement SSA-S, 2015, p 3.1, lk 18. – https://www.ssb.no/forside/_attachment/271840?_ts=155975666f0 (18.04.18); USA-s on osariikides erinevaid tüüplepinguid, kuid riik on väljaandnud ka soovituslikud üldised tüüplepingud: US General Service Administration, GSA Tech Guides, Agile Contracts- PWS Template. – https://tech.gsa.gov/guides/Agile_Contracts_PWS_Template/ (18.04.18); Soome on välja töötanud soovituslikud tüüplepingud (sarnaselt meile üld- ja eritingimused eraldi): JUHTA – Advisory Committee on Information Management in Public Administration, JHS 166 Terms and Conditions of Public IT Procurement, Annex 1. General Terms and Conditions (JIT 2015 – General Terms and Conditions), versioon 2.2, 2017; JUHTA – Advisory Committee on Information Management in Public Administration, JHS 166 Terms and Conditions of Public IT Procurement Annex 4. Special Terms and Conditions for Projects Implemented Using Agile Methods (JIT 2015 – Agile Methods), versioon 2.1. – <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/166> (18.04.18).

⁵⁴ Vt US General Service Administration, GSA Tech Guides, Agile Contracts- PWS Template. – https://tech.gsa.gov/guides/Agile_Contracts_PWS_Template/ (18.04.18).

⁵⁵ Vt GSA, SOW_Service Access and Delivery and Service Interface & Integration_Software Development. – https://www.gsa.gov/cdnstatic/SOW_Service.Access.and.Delivery.and.Service.Interface.and.Integration.Softwar.e.Development.pdf (18.04.18).

⁵⁶ Inglise keeles terminitega SOA- *statement of work* ehk tööde kirjeldus/nimekiri; SOO- *statement of objectives* ehk eesmärkide kirjeldus ja siis PWS- *performance work statment* ehk teostamise/protsessi töö kirjeldus; millest viimane ongi kombinatsioon kahest eelnevast.

⁵⁷ Vt The Agency for Public Management and eGovernment of Norway, Agile Software Development Agreement Agreement governing Agile software development The Norwegian Government's Standard Terms and Conditions for IT Procurement SSA-S, 2015, p 2.7.1. – https://www.ssb.no/forside/_attachment/271840?_ts=155975666f0 (18.04.18).

⁵⁸ *Ibid*, p 4.1.

⁵⁹ Vt BMI, Ergänzende Vertragsbedingungen für die Erstellung bzw. Anpassung von Software – EVB-IT Erstellungs-AGB, p 8.3; 15.1-15.4. – https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html#doc4623280bodyText1 (18.04.18).

tingimustele kõige sarnasemad; selle erinevusega, et võimalikud õiguskaitsevahendid on lepingus eraldi reguleeritud.⁶⁰

Tarkvaraarenduse reguleerimiseks on võimalik kasutada erinevaid tüüpe lepinguid – neid, mis on väljatöötatud traditsioonilise arenduse ja neid, mis proovivad lepingusse agiilsust – paindlikkust mahutada. Agiilsuse poolt soovitud muutused ja koostöö võivad küll hea tava kujundamisel eeskujuks võetud olla, kuid selleks, et sektoris ka reaalselt tüüplepingut või teisi agiilset lähenemist pooldavaid lepinguid kasutama hakataks on vajalik kindlus, et vaidluse korral kohtud vastavaid lepinguid aktsepteeriks ning et kehtiv seadus vastavaid kokkuleppeid võimaldaks. Järgnevalt analüüsitakse tarkvaraarenduse kvalifitseerimise ja seeläbi tarkvaraarendusele kohalduva regulatsiooni küsimusi.

1.2 Tarkvaraarenduse kvalifitseerimine

1.2.1 Tarkvaraarenduse kvalifitseerimise probleemi püstitus

Tarkvaraarenduse protsess võib olla traditsiooniline või agiilne ning lepingud, mis arendus protsessi reguleerivad võivad toetada ühte või teist lähenemist või olla üldse segu mitmest lepingutüübist. Kohtupraktikas ja teoorias on tarkvaraarendus üldiselt liigitatud töövõtulepingu alla kuuluvaks. Nii näiteks oli 28 maa- ja ringkonna kohtu lahendist, mis vastasid otsing sõnadele „tarkvaraarendus“ + „lepingu rikkumine“ ainult üks liigitatud muu kui töövõtulepingu alla. Küsimus on, kas tarkvaraarendust saaks kvalifitseeruda millegi muu alla kui töövõtt; kui jah, siis mis juhtudel ja miks. Käesolevas töös on püstitatud hüpotees, et tarkvaraarendus on oma olemuselt segu nii töövõttust kui käsundusest.

Nagu sissejuhatuses ja eelnevas peatükis välja toodud ei ole tarkvaraarendus nii üheselt ainult tulemusele suunatud. Tarkvaraarendusel on ka käsundile omaseid tunnuseid. Samuti on tüüplepingus oluline osa just protsessi reguleerimisel ja seda nii Eestis kui ka paljude teiste

⁶⁰ Vt JUHTA – Advisory Committee on Information Management in Public Administration, JHS 166 Terms and Conditions of Public IT Procurement, Annex 1. General Terms and Conditions (JIT 2015 – General Terms and Conditions), versioon 2.2, 2017, p 11-13. – <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/166> (18.04.18).

riikide tarkvaraarenduse tüüplepingutes. USA's on American Law Association (edaspidi ALI) välja töötanud tarkvaralepingute printsiibid, millele saab kohtus tugineda. Robert A. Hillman'i⁶¹ tõstatab ka küsimuse, et kas traditsioonilised lepinguõiguse instituudid on igas olukorras üldse sobivad tarkvara tehinguid reguleerima või oleks vajalik mõelda võimaluse üle töötada tarkvaraarenduse jaoks välja eriregulatsioon. Järgnevalt otsitakse vastust küsimustele: i) miks on kvalifikatsioon oluline; ii) mis teenuse/lepingu omadused mõjutavad kvalifitseerimist kõige enam ja iii) kuidas kvalifitseerimine praktikat mõjutab.

1.2.2 Tarkvaraarenduse tellimisel sõlmitava lepingu ese ja kohustuste sisu

VÕS § 24 lg 1 sätestab väga laialt lepingupoolte kohustuste võimaliku sisu: „Lepingupool võib olla lepinguga kohustatud saavutama teatud tulemuse või tegema tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku.“ Kohustuste olemusest lähtudes eristatakse töövõtu tüüpi ja käsunduslepingu tüüpi lepinguid⁶². Kui pool on kohustatud saavutama teatud tulemuse, siis peab ta tegema kõik vajaliku, et tulemus saabuks ja kohustust ei loeta enne täidetuks, kui kokkulepitud tulemus on saabunud. Kokkulepitud tulemuse mittesaavutamine on kohustuse rikkumine, mis annab lepingu teisele poolele õiguse kohaldada kohustust rikkunud poole suhtes õiguskaitsevahendeid.⁶³ Kohustus teha tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimalik tähendab sisuliselt kohustust tulemuse saavutamise protsessi osas st lepingu täitmiseks on vajalik teha kõik, mida poolega samal majandus- või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel teeks. VÕS § 24 lg 3 sätestab loetelu kriteeriumitest, mis aitavad lepingupoolte kohustuste liik välja selgitada, need on järgmised: i) lepingu olemus ja eesmärk; ii) lepingus kohustuse väljendamise viis; iii) lepingutingimused; iv) loodetud tulemuse saavutamise tõenäosus ja v) kohustuse täitmise sõltuvus teise lepingupoole käitumisest. VÕS § 24 lg-s 3 toodud kriteeriumite analüüsiga tegeleb käesoleva töö järgmine ala-peatükk (vt ala-peatükk 1.2.3). Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaandes⁶⁴ leitakse, et tegemist ei ole ammendava

⁶¹ R. A. Hillman, *Contract Law in Context: the Case of Software Contracts*, (2010). Cornell Law Faculty Publications. Paper 193. – <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/193> (03.04.18).

⁶² P.Varul, I.Kull, V. Kõve jt, *Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne*, Tallinn: Juura 2016, lk 135.

⁶³ *Ibid*, lk 136.

⁶⁴ *Ibid*, lk 137.

loeteluga ja kohus võib kohustuste liigi määramisel aluseks võtta ka seaduses nimetatata asjaolusid. Tarkvaraarendus võib olla kaup või teenus.

Pärnu Maakohus on oma 10.detsember 2012 lahendis nr 2-12-5348/16⁶⁵ kvalifitseerunud spetsiaal tarkvara ja programmeerimise töö tellimise Ida Tallinna Keskhaiгла ventilatsiooni ja kütte automaatikale müügilepinguks. Kohtuasjas vaieldi, kas arendaja (kostja) peab kaasa andma programmi lähtekoodi. Arendaja väitis, et tellimuses ja arvel pole lähtekoodi üleandmist välja toodud, ega selle eest raha küsitud. Hageja väitis, et tegemist on VÕS § 208 lg 2 alusel müügilepinguga ning lähtekood on VÕS § 211 lg 1 mõttes vajalik üleantav dokument. Kohus nõustus hagejaga, kuid tõi siiski välja, et kostja ei ole vaielnud lepingu kvalifikatsiooni üle nt öeldes, et tegemist on mõne teenuse osutamise lepinguga. Ometi lahendi punktis nr 7 toob kohus välja, et kostja on väitnud, et tellitud töö sisaldas programmeerimistööd, mitte programmi. Kirjeldatud kohtulahend illustreerib ilmekalt, et lepingu kvalifitseerimine mõjutab lepingulisi kohustusi. Praktikas võibki olla keeruline eristada valmistatava asja müügilepingut ja töövõtu lepingut. Müügilepingu ja käsunduslepingu eristamine ei ole üldiselt Teatud juhtudel võib aga tekkida probleeme töövõtu eristamine müügilepingust. See küsimus tekib eelkõige juhul, kui konkreetse lepingulise suhte raames hõlmavad võlgniku kohustused teatud eseme valmistamist ning valmistatud produkti võõrandamist teisele poolele. Esimene komponent viitab sellisel juhul töövõtule, teine müügilepingule. Selles osas sisaldab konkreetse lepingulise suhte kvalifikatsiooni võimaldavat tõlgendusreeglit § 208 lg 2.⁶⁶ VÕS § 208 lõike 2 teise lause kohaldamise eelduseks on, et lepinguga kohustatakse võõrandama (reeglina) alles (tulevikus) valmistatav asi, kusjuures lepingu juures on esmase tähtsusega töö tegemise või teenuse osutamise ja mitte võõrandamise komponent. Lõike 2 teine lause nõuab esmalt kohustatud isiku poolse soorituse mõlema komponendi (võõrandamiskohustus, teenuse osutamine või töö tegemine) väärtuste omavahelist võrdlemist. .../väärtuste võrdlemisest olulisem on küsimus lepinguliste kohustuste olemusest ja sellest, kas need on eelkõige suunatud eseme võõrandamisele või teenuse osutamisele. Selles osas saab olulisi järeldusi teha juba lepingu enda objekti omadustest lähtuvalt. Lõike 2 teises lauses sätestatud juhuga on nimelt reeglina tegemist siis, kui lepingu objektiks on individuaaltunnustega asi.⁶⁷ Tarkvaraarenduse tellimise tulemuseks on reeglina individuaal tunnustega tarkvara lahendus. Seega ei ole tarkvaraarendus üldiselt müügilepingu alla liigituv. Töövõtulepingu ja müügilepingu eristamine ei oma siiski

⁶⁵ PMK 10.12.2012, 2-12-5348.

⁶⁶ Vt P.Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 37.

⁶⁷ Vt P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, Võlaõigusseadus II kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2007, lk 7-8.

olulist praktilist tähtsust, seda eelkõige põhjusel, et mõlema lepingu näol on tegemist tulemuse saavutamisele suunatud lepingutega (nii müüja kui töövõtja võlgnevad lepinguparterile lepingutingimustele vastava lepinguobjekti õigeaegse üleandmise), mistõttu on müügi- ja töövõtulepingu alusel tekkiva müüja ja töövõtja vastutuse regulatsioon suures osas identne.⁶⁸

Niisiis võib keerukaks osutada VÕS § 208 lg 2 valmistatava asja müügi ja VÕS § 635 töövõtulepingu eristamine. Kui tegemist on lihtsalt masstoodangu programmiga nn karbitootega, kus lepinguobjektiks on juba valmis toode, mitte spetsiaal tarkvara arendamine, on tegemist müügiga VÕS § 208 lg 1 mõttes.

Tarkvaraarenduse kui arendustöö, kas siis protsessina või tulemusele suunatuna, sobib pigem siiski teenuse osutamise lepingute alla. Teenuse osutamise lepingud ongi VÕS § 24 lg 1 kohaselt, kas lepingud, kus lepingupool on lepinguga kohustatud saavutama teatud tulemuse või tegema tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku. Võlaõigusseaduses on kahte tüüpi teenuse osutamise lepinguid – käsunduslepingud ja töövõtulepingud. Esimene neist on suunatud teatud tegevusele – teenuse osutamise protsessile ja teine on suunatud teenuse lõpptulemusele.

Harju Maakohtu 10. novembri 2009. aasta otsuses nr 2-08-53160/10⁶⁹ kvalifitseeriti tarkvaraarendus kohtu poolt töövõtulepinguks. Leping ise oli nimetatud infoserveri tellimislepinguks, kuid üks pool tõlgendas lepingut kui käsunduslepingut ja teine kui töövõtulepingut. Lepingu esemeks oli lepingus sätestatud tingimuste põhjal infoserveri loomise (sh graafiline disain, spetsifikatsiooni koostamine, programmeerimine, koolitus, testimine jne) ja tellijale üle/kasutusse andmine ja infoserveri koolituse läbiviimine. Sisuliselt on lepingus nii käsunduse kui töövõtu tunnused – infoserveri arendamine, kus vajalik on kindla tulemuse saavutamine so lepingutingimustele vastav infoserver (see on töövõtu tunnustele vastav teenus) ja infoserveri kasutamise koolitus, kus arendaja saab anda endast parima tellija töötajate teadmiste parandamiseks/loomiseks, kuid ei saa garanteerida tulemust (see on käsunduslepingule tunnustele vastava teenus). Antud asjas kvalifitseeriti leping küll töövõtuks, kuid olenevalt, mis teenuse osas on rikkumine peaks kohus kaaluma võimalust erinevale lepingu osale ka erinevaid sätteid kohaldada. Sest näiteks juba rikkumise hindamine on käsunduse ja töövõtu puhul erinev. Käsunduse puhul tuleb lepingu eesmärgi mittesaavutamisel hinnata, kas käsunditajaja on oma kohustusi nõuetekohaselt täitunud ja kui on, siis

⁶⁸Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 37.

⁶⁹ HMK 10. 11.2009, 2-08-53160/10.

lepingurikkumist pole. Juhul kui töövõtulepinguga määratud tulemus jääb saavutamata, on see aga automaatselt lepingu rikkumine⁷⁰. Seega on käsunduslepingu ja töövõtulepingu eristamine oluline.

Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaandes tuuakse käsundus ja töövõtulepingu eristamise olulisuse all välja järgmist: „Käsunduslepingu ja töövõtulepingu eristamine on praktiliselt oluline eelkõige seoses lepingu rikkumise ning seeläbi tekkivate õiguskaitsevajendite kohaldamisega lepingu esemeks olnud teenuse osutaja vastu. Töövõtulepingu puhul peab tellija töövõtja vastutuse tekkimiseks tõendama üksnes asjaolu, et lepinguga kokkulepitud tulemust ei ole saavutatud või et tulemus ei vasta lepingu tingimustele. Käsunduslepingu puhul peab käsundiandja käsundisaaja vastu õiguskaitsevahendite kasutamiseks lisaks teenuse ebarahuldavale tulemusele tõendama, et see oli tingitud käsundisaaja poolt käibes vajaliku hoolsuse eiramisest käsundi täitmisel. Käsunduslepingu ja töövõtulepingu eristamine omab tähtsust ka lepingu ennetähtaegse lõpetamise korral – kuna käsunduslepingu puhul on reeglina tegemist kestvuslepinguga, toimub selle lõpetamine ülesütlemise vormis, kusjuures ülesütlemise korral tekib käsundisaajal õigus proportsionaalsele osale tasust ülesütlemise hetkeks juba osutatud teenuse eest. Töövõtulepingu ennetähtaegne lõpetamine toimub seevastu reeglina lepingust taganemise vormis, lepingust taganemise korral ei võlgne tellija töövõtjale üldjuhul üldse tasu.“⁷¹ Kas oma sõnadega ei saa seda öelda, praegu on liiga pikad tsitaadid Niisiis on tarkvaraarendus, kui tegemist pole karbitootega, teenus, aga oluline on ka kindlaks teha, mis tüüpi teenuse osutamise lepinguga on tegemist.

Tarkvaraarendus kui teenus võib liigituda kas käsunduslepingu või töövõtulepingu alla, olles seega vastavalt, kas teenuse osutamise protsessile või tulemuse saavutamisele suunatud. Agiilse tarkvaraarenduse puhul on aga raske üheselt öelda, kas tegemist on protsessile või tulemusele suunatud teenusega. Ühelt poolt on tarkvaraarenduse eesmärgiks tellijale üle anda töötav lahendus, kuid hea lahenduse saavutamiseks on lepinguliselt olulisem protsessi kvaliteet, millele ka agiilset arendust toetavad lepingud palju rõhku panevad. Tüüpleping, toetades agiilset arendust, aga olles ka lõpp tulemusele suunatuna omab mõlema lepingutüübi tunnuseid.

Lisaks protsessi reguleerimise olulisusele, tekitab tarkvaraarenduse puhtalt töövõtu alla liigitamisel raskusi ka see, et agiilse arenduse puhul on lepingu ese täpselt määratlemata. Spetsifikatsioonid ehk tööde nimekirjad vaadatakse üle enne igat arenduse tsüklit, seega on lepingu ese muutuv. Täpselt kindlaks määramata muutuv lepingu ese ei ole üldiselt töövõtule

⁷⁰Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 1.

⁷¹ Vt *ibid*, lk 36.

omane, sest juba töövõtu rikkumise hindamisel on vajalik hinnata lepingu eseme lepingule vastavust, kui puudub täpselt määratletud lepingu ese, on raske hinnata lepingu eseme lepingutingimustele vastavust. Kas ja kuidas sellest probleemist üle saada vaatame järgmises ala-peatükis. Täpselt määratlemata ja muutuva lepingu eseme puhul saab vähemalt teoorias tekkida veel probleem lahtiste tingimuste ja lepingu sõlmituks lugemisega. Saab küsida, kui lepingu esemes pole kindlat ühest kokkulepet, kas siis on leping üldse sõlmitud või on tegemist lahtiste tingimustega VÕS § 26 või § 27 mõttes. Riigikohus on oma 8. oktoobri 2009. aasta otsuses nr 3-2-1-78-09⁷² punktis 12 öelnud järgmist: „Võimalik, et 24. novembri 2004. a leping on lahtise tingimusega müügileping. Selleks, et pidada lepingut lahtise tingimusega müügilepinguks VÕS § 26 tähenduses, peab poolte kokkulepe olema piisav, et lugeda müügileping sõlmituks. Pooled on kokku leppinud nii müügilepingu esemes (Vaivara vallas Perjatsi külas müüjale kuuluvate hoonete juurde moodustatava kinnistu jagamisel tekkiv kinnistu ligikaudse suurusega 47 ha) kui ka hinnas (100 000 krooni, millele lisandub riigilt maa väljaostuhind). Kokku on lepitud ka hinna tasumise tähtaegades. .../Kui leping on lahtise tingimusega müügileping VÕS § 26 järgi, siis tuleb lepingu tõlgendamise teel jõuda selgusele, kes pidi lahtise tingimuse määrama. Kolleegium ei jaga ringkonnakohtu arusaama, et kohtul ei ole pädevust lahtiseks jäänud lepingutingimust määrata. Tulenevalt VÕS § 26 lg-st 9 on kohtul see pädevus.“

Ehk isegi, kui lepingu ese pole täpselt määratletud, kuid teistest tingimustest saab järeldada, et kokkulepe on piisav, siis saab lugeda lepingu lahtiste tingimustega sõlmituks. VÕS § 26 on kohalduv olukorrale, kus tingimused on lahtiseks jäetud meelega ja see on pigem omane kestvuslepingutele, kus aja ja asjaolude selgumisega saab tingimused paika panna jooksvalt. Siinkohal võib tarkvaraarenduse tüüplepingu puhul muutuv lepingu ese VÕS § 26 lg 1 alla sobituda; mis viitaks tarkvaraarenduse kuulumist kestvuslepingu alla, mida töövõtuleping üldiselt pole.

VÕS § 27 reguleerib kokkuleppe puudumist olulistes tingimustes olukorras, kus kokkuleppe puudumine ei olnud tahtlik st ekslikult arvati, et kokkulepe on või ei teatud selle vajadust. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaandes on VÕS § 27 kohaldamise kohta öeldud järgmist: „Pooled on vabad kokku leppima niisuguses mahus lepingutingimustes, mida nad peavad vajalikuks ja piisvaks, et lugeda leping sõlmituks ja sellekohast tahet tuleb arvestada ka juhul, kui kõikides olulistes tingimustes ei ole kokkulepitud. Kui pooled ei ole lepingu täitmiseks oluliste tingimustes kokku leppinud, siis ei ole leping kehtetu, kui lüngad on võimalik

⁷² Vt RKTko 8. 10. 2009, 3-2-1-78-09 p 12.

täita. .../Rakendatakse lepingutele, milles pooled on lahtiseks jätnud tingimuse, mis on lepingu olemust arvestades oluline, kuid mille püüdmine üksi ei ole piisav alus, et lugeda leping kehtetuks. Kohaldatakse mitte ainult lepingu sõlmimisele, vaid ka lepingu muutmisele ja lõpetamisele suunatud kokkulepetele. Kohaldatakse siis, kui lünka ei saa täita ka muude seaduses sätestatud normide abil.⁷³ Kuigi tarkvaraarenduse lepingu puhul on lepingu ese muutuv st ei ole algselt täpselt kokkulepitud, vaid on lahtine, siis olenemata sellest, kas mingi tunnus jäi spetsifikatsiooni lisamata teadlikult või ekslikult, siis agiilse tarkvaraarenduse lepingu puhul saab eeldada, et see käib kaasa lepingu olemuse ja agiilse arenduse protsessiga ja poolte soov oli siiski leping sõlmida. Traditsioonilise tarkvaraarenduse puhul võib algselt spetsifikatsioonist ehk lepingu esemest ekslikult tunnuse puudumine, aga tähendada, et lepingut ei olegi sõlmitud, sest vastavalt Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaandele varjatud lahtise tingimuse puhul: „/.../ Selleks, et kindlaks teha kas võib eeldada lepingupoolte tahet olla lepinguliselt seotud ka olukorras, kus oluline lepingutingimus määratakse kohtu poolt, tuleb kõiki lepingu sõlmimise asjaolusid hinnata objektiivselt, arvestades kokkulepitud tingimuste sisu, lepingu eesmärki jms.⁷⁴ Seega võib traditsioonilise arendusprotsessi puhul, kus tunnuseid ei saa hiljem juurde lisada, alguses olulise tunnuse puudumine viia olukorda, kus saab öelda, et lepingut ei sõlmitudki. Kui aga lepingud juba täitma hakati, siis võib tulla küll tulemus, et leping on sõlmitud, kuid sellest taganetakse. See tähendab lepingu pooltele raisatud aja ja ressursi kulu, eriti arendajale, kui kohtud peaks tarkvaraarenduse puhtalt töövõtu alla kvalifitseerima ja lepingust taganemisel arendaja tehtud töö eest tasu ei saa. Agiilne protsess vähendaks sellises olukorras, kus leping lõpetatakse aja ja ressursi kulu, sest iteratsioonidena tööd on eraldiseisvalt kasutatavad ning lepingu lõpetamine peaks toimuma ülesütlemise vormis, kus arendaja saab tasu vastavalt tehtud töö proportsioonile ja tellija saab vähemalt osa juba toimvast lahendusest. Lepingu lõpetamise küsimusi analüüsitakse täpsemalt käesoleva töö III peatükis.

⁷³ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 149.

⁷⁴ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 150.

1.2.3 Tarkvaraarenduse kui teenuse vastavus käsunduslepingule, töövõtulepingule või segatüüpi lepingule

Eelmises ala-peatükis (vt ala-peatükk 1.2.2) väljatoodud VÕS § 24 lg 3 järgsed kriteeriumid lepingupoolte kohustuste liigi määratlemiseks koos käsunduse ja töövõtu sätete hindamise ja vajadusel tüüplepinguga ja kohtupraktikaga kõrvutades, annavad vastuse, millise lepingutüübi alla võiks sobitada tarkvaraarendus kui teenus. Nagu juba eelnevalt öeldud saab VÕS § 24 lg 1 järgi kohustuse sisuks olla kas protsessi või lõpptulemuse saavutamine ning eelnevalt jõudsimine ka järeltulemusele, et tarkvaraarendus kuulub oma olemuselt teenuse osutamise alla. Lahendamata on veel küsimus kumma teenuse osutamise lepingutüübi alla tarkvaraarendus paremini sobib. Selleks analüüsitakse järgnevalt VÕS § 24 lg 3 sätestatud loetelu abil tarkvaraarenduse kui teenuse kuuluvust.

Esiteks, analüüsitakse tarkvaraarendust lepingu olemuse ja eesmärgi järgi. Ehk siis üheks eristamise kriteeriumiks saab olla, mida soovitakse lepinguga saavutada – mis on lepingu objektiks. Kui lepingu sisuks on teatava asja valmistamine või muutmine, on vastava teenuse osutamisele suunatud lepingu näol § 635 lg 1 kohaselt reeglina tegemist töövõtulepinguga⁷⁵. Kui lepingu sisuks on „muu teenuse osutamine“ kui asja valmistamine või muutmine, on vahetegu töövõtu ja käsundi vahel keeruline⁷⁶. Esmalt tuleb küsida selle järgi, kas lepingu alusel osutataval teenusel on kindlapiiriline, objektiivselt mõõdetav tulemus, mille saavutamisele leping on suunatud.⁷⁷ Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaandes on tulemusele suunatud ehk töövõtu alla liigitavaks näidiseks nimetatud ka arvutiprogrammi loomine – tulemuseks on töötav programm⁷⁸. Kahjuks ei aita see kommentaarides välja toodud kriteerium meid hindamisel väga palju, sest ka konkreetselt käsunduslepingu alla kuuluvatel teenustel võib olla selge mõõdetav tulemus. Näiteks advokaadi töö tulemusena, kas kohtuasja võit või kaotus või arsti töö tulemusena, edukas operatsioon. Seega on lisaks kindlapiirilisele ja mõõdetavale tulemusele vajalik ka teiste kriteeriumite hindamine. Nii võib lisaks tulemusele hinnata ka teisi lepingulisi kohustusi ja nende väljendamise viise (VÕS § 24 lg 3 p 2).

Töövõtu puhul peab töövõtja, kui see on lepingu eseme olemust arvestades võimalik töö üle andma VÕS § 636 kohaselt. Käsundusleping kohustab samamoodi, kui lepingul on üleantav tulemus VÕS § 626 alusel selle välja andma. Selle kohustuse alusel eristamine ei toimi.

⁷⁵ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 35.

⁷⁶ *Ibid*, lk 36.

⁷⁷ *Ibid*.

⁷⁸ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 36.

Töövõtuleping kohustab tellijat tasuma töövõtjale töövalmimisel kokku lepitud tasu või kokkuleppe puudumisel sellise teenuse eest makstava tavalise tasu (vt VÕS § 637). Kuid erinevalt käsunduslepingu regulatsioonist, milles samuti on kohustus maksta käsundisaajale tasu (vt VÕS § 627 ja § 628), on töövõtulepingu regulatsioonis tasu nõude sissenõutavus sõltuvuses töö valmimisest ja tihti ka selle vastuvõtmisest, kui see on kokkulepitud või vastaval ala tavaline. Tarkvaraarenduse puhul on tööde vastuvõtmine tavaline. Näiteks Tüüplepingu Üldtingimuste punktis 4.5 on vastuvõtmise vormistamine reguleeritud järgnevalt: „Tööde vastuvõtmine fikseeritakse Aktiga. Viimase Tööde etapi lõpus esitab Täitja allkirjastamiseks Koondakti, millega peab olema hõlmatud kogu Tarkvara (sh iga Tööde etapi lõpus üle antud Tööd).“⁷⁹ Seega saab öelda, et vastuvõtmise ja üleandmise kohutuse osas on tarkvaraarendus pigem töövõtu omadustele vastav. Agiilse tarkvaraarenduse puhul võib tekkida raskuskoht etapilises tööde vastuvõtmises ja kuidas see mõjutab tasu sissenõutavust, juhusliku hävimise riisiko üleminekut, vigadest teatamise tähtaega ja garantii algust. Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaandes on öeldud järgmist: „Vaheetapi vastuvõtmise õiguslik tähendus sõltub pooltevahelisest lepingust. Vaheetapi vastuvõtmisel ei tohiks vaheetapi raames vastu võetud tööde osas omistada vältimatult sama õiguslikku tähendust, mille VÕS omistab tööde lõplikule vastu võtmisele lõppakti alusel.“⁸⁰ Seega on töövõtu regulatsioon vastuvõtmise ja tasu sissenõutavuse kohalt dispositiivne ja annab vabaduse lepingupooltel ise kokku leppida.

Ehk saab vaadates teisi olulisi töövõtu regulatsiooni sätteid: VÕS § 640 juhusliku hävimise ja kahjustumise riisiko üleminek; § 641 töö vastavus lepingutingimustele; § 642 töövõtja vastutus töö lepingutingimustele mittevastavuse puhul; § 643 töö ülevaatamise kohustus; § 644 töö lepingutingimustele mittevastavusest teatamine; § 650 töövõtugarantii ja teenindusest teatamise kohustus; täpsemalt öelda, kas tarkvaraarendus sobitub vastava regulatsiooni alla. Töö juhusliku hävimise ja kahjustumise riisiko üleminek (vt VÕS § 640) on töövõtu regulatsioonis sätestatud nii, et riisikot kannab töö valmimiseni töövõtja. Säte on dispositiivne ja seega võimaldab teisiti kokku leppida. Tarkvaraarenduse puhul ei ole see säte ehk kõige relevantsem, sest programmi puhul on juhuslik hävimine ja kahjustumine tööprotsessis ebatõenäoline ning isegi kui see juhtub võib eeldada, et arendajal on oma töö varundatud (*backed up*). Tarkvaraarenduses nagu ka eelnevalt mainitud on töö osas olulisem programmi vigade arv ja raskus aste, kuid nende hindamine on seotud töö lepingule vastavuse hindamisega ja seega oluline vastuvõtmise ja õiguskaitsevahendite kontekstis.

⁷⁹ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, p 4.5.

⁸⁰ Vt P.Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura, 2009, lk 49.

Töö vastavus lepingutingimustele (vt VÕS § 641) ja vastutus lepingutingimustele mittevastavuse puhul (vt VÕS § 642) eristab kindlasti töövõttu ja käsundit (vt VÕS 620) ja seda just vastutuse osas. Nimelt käsunduslepingu puhul ei tähenda töö tulemuse mitte saavutamine või selle ebarahuldav saavutamine ilmingimata, et käsundisaaja oleks lepingut rikkunud. Selleks, et hinnata, kas käsundisaajapoolne rikkumine on toimunud tuleb hinnata käsundisaaja käibes vajaliku hoolsuse määra järgimist käsundi täitmisel. Professionaalsete käsundisaajate puhul on nende hoolsuse määra aluseks objektiivne standard – nad peavad tegutsema ja olema hoolsad üldiselt tunnustatud kutseoskuste tasemel⁸¹. Töövõtu puhul on lepingus nõutu mitte saavutamine või lepingutingimustele mitte vastav saavutamine üldiselt automaatselt lepingurikkumine. VÕS § 642 lg 1 sätestab töövõtjale vastutusestandardi. Paragrahvi lg-s 1 toodud üldpõhimõtte kohaselt vastutab töövõtja põhimõtteliselt igasuguse lepingutingimustele mittevastavuse eest, mis esineb töövõtulepingu objektiks oleval töö selle tellijale üleandmisel⁸². Töövõtja saab siiski erand olukordades vastutusest vabaneda. Need olukorrad on järgnevad: i) kui töö lepingutingimustele mittevastavuse põhjustas tellija juhised, eeltöö või materjal (§ 641 lg 3), seda juhul kui töövõtja on juhiseid, eeltöid ja materjale eelnevalt piisavalt kontrollinud ; ii) kui teade puuduste avastamise kohta on esitatud hilinenult (§ 644 lg 3); iii) kui on täis vastutuse ajaline piirang tarbijatöövõtu puhul (§ 642 lg 2 esimene lause); või iv) kui töövõtja vastutust kokkuleppeliselt piiratakse lepingus – siin tuleb arvestada, et arendaja on oma ala professionaal ning tema vastutuse piiramine on siiski seotud tema hoolsuse määraga, mis on kõrge. Ka käsunduse regulatsioonis on vastutuse juures käsundisaaja hoolsus ja käsundiandja juhised (vt VÕS § 621) olulised. Kuid käsunduse puhul on juhiste järgimine pigem eelduslik, siis töövõtu puhul ei ole juhiste järgimine otseselt reguleeritud. Samas võib VÕS § 641 lg-st 3 järeldada, et ka töövõtulepingu puhul on tellijal õigus anda töövõtjale juhiseid töö teostamise kohta, mida töövõtja on kohustatud järgima (kui töövõtjal ei oleks kohustust tellija juhiseid järgida, ei oleks vajalik ka regulatsioon töövõtja vastutusest vabanemise kohta tellija juhise järgimise korral)⁸³. Siin kohal on nii käsundisaajal kui töövõtjal kohustus tellijat informeerida, kui juhised ohustavad teenuse/tulemuse kvaliteeti või lepingule vastavust ning alles pärast informeerimist tellijalt kinnituse saamist võib sellise juhise teostada (vt VÕS § 621 lg 3). tellija poolt muretses materjalid ei ole tarkvaraarenduse puhul ilmselt väga relevantne vastutusest vabanemise alus, kuna programmi kirjutamisel ei ole ilmselt vajalik tellija poolsete materjalide kasutamine. Küll aga on relevantne vastutusest vabanemine, kui lepingutingimustele mittevastavus tuleneb kolmandate isikute eeltöödest. Siiski saab töövõtja

⁸¹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 9.

⁸² Vt *Ibid*, lk 74.

⁸³ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 72.

vastutusest ka siin vabaneda ainult juhul, kui ta on eeltööd piisava hoolsusega üle kontrollinud. Hinnates, kas töö lepingutingimustele vastavuse ja mittevastavuse eest vastutuse osas, on tarkvaraarendus töövõtu või käsunduse alla liigituv, siis saab öelda, et vastavad töövõtu regulatsiooni sätted on dispositiivsed ja võimaldavad lepingus seadusest erinevalt kokku leppida.

Kui vaadata tüüplepingu⁸⁴ vastutuse sätteid, siis ongi VÕS § 642 lg 1 rangest vastutuse standardist erinevalt kokku lepitud. Vabastades pooled vääramatu jõu tulemusena tekkinud rikkumistest, kui lepingu vastaspoole või kolmandatest pooltest tulenvatest rikkumistest. Ometi on tüüplepingus lepingu rikkumise olukorrale sätestatud leppetrahv, mis on omane pigem töövõtule. Nii on Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaandes toodud näited tingimuste sisust, mis viitavad tulemuse saavutamise kohustusele ja seega töövõtule: „Tulemuse saavutamise kohustusele viitavad ka leppetrahv lepingus, kui tulemust ei saavutata, eritasu juhuks, kui lepingu eesmärk saavutatakse, lepingutingimuste muutmise tingimus juhuks, kui lepingu täitmine muutub poole jaoks ebamõistlikult koormavaks jne.⁸⁵“ Siinkohal võiks kohus kaaluda vaidluse olukorras kohaldada lepingutingimustele mittevastavuse hindamisel pigem käsunduse regulatsioonile lähedasi kriteeriume nagu, kas arendaja oli piisavalt hoolas, kas vastavas olukorras oli üldse võimalik täpselt soovitud tulemus saavutada, arvestades, et vähemalt agiilse arenduse korral on „see täpne soovitu“ muutuv, millest tulenes töö lepingutingimustele mittevastavus, kui tellija poolsetest tegevustest, mis agiilse arenduse puhul on eriti relevantne, sest kogu projekti õnnestumine on suuresti sõltuv koostööst, siis ei peaks arendaja vastutama, kui ta on oma informeerimise kohustuse täitnud. Ehk agiilse tarkvaraarenduse puhul ei ole VÕS § 642 lg-st 1 range vastutus standardi kasutamine mõistlik.

Töövõtu regulatsioon paneb ka tellijale kohustusi nt: VÕS § 643 töö ülevaatamise kohustus, seda juhul kui tellija on töövõtulepingu sõlminud oma majandus- või kutsetegevuses. Tarkvaraarenduses on tööde ülevaatamine tavaline. Tüüplepingus⁸⁶ on samuti tellijal tööde ülevaatamise kohustus sätestatud. Lisaks peab vastavalt VÕS § 644 töö lepingutingimustele mittevastavusest töövõtjale mõistliku aja jooksul teatama. Tarbija puhul on see aeg 2 kuud, aga mittetarbijast tellijal on teatamise aeg lühem; mõistlikkuse hindamine jääb see juures vaidluse korral kohtule. Teatamiskohustuse rikkumine toob kaasa töövõtja vastusest vabanemise selle

⁸⁴ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, punktid 9–10.

⁸⁵ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk-d 137-138.

⁸⁶ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, p 4.4.

puuduse osas, milles teatamiskohustust rikuti⁸⁷. Tellija kohustuste osas on tarkvaraarendus ilmselt töövõtu regulatsiooni alla sobituv.

Töövõtu regulatsioon sätestab ka garantii (vt VÕS § 650). Töövõtugarantii ja teenindusest teatamise kohustus on imperatiivne tarbijast tellija puhul, kui tellija pole tarbija on garantii andmine vabatahtlik. Tarkvaraarenduses on garantii andmine pigem tavaline. Ka tüüplepingus on garantii sätestatud. Oluline on seejuures, et garantii arendajale liiga koormavaks ei osutuks, sätestades ebamõistliku kestvus või reageerimise aja.

Kahtluse korral, kuidas konkreetne lepinguline suhe kvalifitseerida, tuleb lisaks arvestada, et oluliseks tunnuseks, mille alusel jaatada teenuse osutamisele kui protsessile suunatud käsunduslepingut, on asjaolu, et teenuse osutamiseks kohustatud isiku sooritusega silmas peetav tulemus ei sõltu üksnes kohustatud isiku püüdlustest, vaid ka välistest faktoritest ning teise lepingupoolega seotud asjaoludest.⁸⁸ Sõltuvus lepingu teisest poolest ja teise poole pingutustest on agiilse tarkvaraarenduse puhul suur. Valmib hea tulemus IT-sektoris just poolte koostööl ja mõlema pingutusel ning sisendil. Ka asjaolu, et tüüplepingu üheks osaks on eraldi kodukord koostöö kui protsessi reguleerimiseks, viitab käsundusele. Nii võiks öelda, et agiilne tarkvaraarenduse leping on vähemalt osaliselt oma olemuselt käsunduse laadne. Samale järeldusele jõuame, kui vaatame tarkvaraarenduse puhul loodetud tulemuse saavutamise tõenäosust. Nimelt, tuleb töövõtu ja käsunduslepingu piiritlemisel arvestada ka asjaoluga, kuivõrd tõenäoline on lepingu sõlmimise hetkel lepinguga silmas peetava tulemuse saavutamine.⁸⁹ Näiteks võib teenuse osutamise lepingu puhul, mille esemeks teatava uue tehnilise lahenduse väljatöötamine, olla tegemist käsunduslepinguga, kui lepingu sõlmimise hetkel on ebaselge, kas soovitatav lahendus on üleüldse realiseeritav.⁹⁰ Tarkvaraarenduses reeglina mingi lahenduse võimalikkust osatakse hinnata. Kuid rääkides agiilsest tarkvaraarendusest, siis lepingu sõlmimise hetkel ei ole tihti kummalgi poolel väga täpset kujutust sellest missugune lahendus täpselt olema saab – selles seisneb ka agiilse arenduse tugevus. Kuid kui pole pilti lõpptulemusest, siis ei osata hinnata ka selle tõenäosust. Kui vaadata traditsioonilise tarkvaraarenduse algselt kokkulepitu saavutamise tõenäosust, siis nagu sissejuhatuseski kirjeldatud on reeglits pigem see, et tellija ei saa soovitud, projekt läheb üle aja ja eelarve ning kui see on pigem reegel, siis saaks justkui väita, et tarkvaraarenduse puhul ei ole algselt kokkulepitu saavutamine tõenäoline. Kuid ilmselt ei ole VÕS § 24 lg 3 p 4 all sellist tõlgendust siiski silmas peetud. Sellele vaatamata võib kokkuvõtvalt öelda, et tarkvaraarendus

⁸⁷ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus III kommentaarid*, väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 81.

⁸⁸ *Ibid.*, lk 36.

⁸⁹ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus III kommentaarid*, väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 36.

⁹⁰ *Ibid.*

ei ole üheselt kindla teenuse osutamise lepingutüübi alla sobituv. Tarkvaraarendusel on mõlema teenuse osutamise lepingutüübi tunnuseid ning ilmselt annab nende kombineeritud kasutamine ka kõige parema ja tasakaalustatuma tulemuse. Seega on käesoleva töö autori hinnangul tarkvaraarendusele õige kohaldada vastavalt vajadusele nii töövõtu kui käsunduse sätteid ja tarkvaraarenduse leping on VÕS § 1 lg 2 mõttes segatüüpi leping.

Autori arvates on tarkvaraarenduse puhul õige kombinatsiooniteooria kasutamine. Kombinatsiooniteooria võimaldab ühele lepingutüübile sobitada juurde teiste lepingutüüpide kohta sätestatud, kui mitme regulatsiooni sätete kohaldamine üheaegselt on võimalik ja ei lähe vastuollu lepingu olemuse ja eesmärgiga.⁹¹ Kommentaarides rõhutatakse, et igal juhul tuleb arvestada poolte huvide ja kaitsevajadustega valides, mis regulatsiooni sätteid kohaldada. Ka tuuakse kommentaarides välja, et kui lepingul on põhi- ja kõrvalkohustused, siis olemuslikult on tegemist rohkem ühe kui teise regulatsiooniga ja nii võib põhilepingu regulatsioon hõlmata kogu lepingu.⁹² Siinkohal tahab käesoleva töö autor rõhutada, et tarkvaraarenduse puhul ei ole tegemist tarbija ja müüja regulatsiooniga analoogselt sarnase olukorraga, kus tellija huve peab kõrgendatult kaitsma. Praktika näitab, et traditsioonilised tarkvaraarenduse lepingud, mis on tugevalt tellija huvide kaitse poole kaldu ja olemuselt töövõtu alla kvalifitseeruvad, ei ole lõpp kokkuvõttes kummalegi poolele kasulikud. Seetõttu on aeg paradigma muutuseks, kus ühe lepingu poole tugeva kaitsmise asemel proovitakse lepingus soosida tasakaalu, jagada vastutus tulemuse eest ja soosida seega koostööd kui hea tulemuse toojat. Tarkvaraarenduse puhul võib selleks VÕS § 1 lg 2 kohaselt kasutada segatüüpi lepingut ja kohaldada vastavalt vajadusele nii käsunduse kui töövõtu sätteid.

Järgnevatel peatükkides vaatame lähemalt töövõtu ja käsunduse sätete kohaldamist praktikas kõige problemaatilisematel juhtudel, need on: lepingu rikkumisega ja lepingu lõppemisega seotud küsimused.

⁹¹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 5.

⁹² *Ibid*, lk 6.

II TÖÖVÕTU- JA KÄSUNDUSLEPINGU SÄTETE KOHALDAMINE TARKVARAARENDUSE LEPINGU RIKKUMISTELE

2.1 Lepingu rikkumine tarkvaraarenduse vaidlustes – rikkumise tuvastamine ja muud probleemkohad

Lepinguliste võlasuhtes vaidluste keskmes on tavaliselt lepingu rikkumine – kas lepingut on rikutud, kes lepingut on rikkunud, kas lepingu rikkumine on vabandav jne. Need samad küsimused tõusetuvad ka tarkvaraarenduse vaidlustes. Praktikas on tarkvaraarenduse vaidlustes suur osa ka intellektuaalomandi vaidluseid, kuid need küsimused ei tule käesolevas töös arutelu alla. Käesolevas peatükis analüüsitakse tarkvaraarenduse vaidluseid, kus küsimuse all on lepingu rikkumise olukorrad (v.a intellektuaalseomandi küsimused) ning hinnatakse kohtupraktika näitel, mis sätteid peaks kohus tarkvaraarenduse lepingute rikkumisel kohaldama.

VÕS § 100 avab kohutuse rikkumise mõiste, sätestades järgmist: „Kohustuse rikkumine on võlasuhtest tuleneva kohustuse täitmata jätmine või mittekohane täitmine, sealhulgas täitmisega viivitamine.“ Kuigi säte ei ole iseseisev nõude alus, on sellel oluline tähendus nii üld- kui eriosa sätete rakendamisel kohustuste rikkumise olemasolu tuvastamisel⁹³. Olenevalt sellest, kuidas tarkvaraarendust kvalifitseerida – kas töövõtu või käsunduse alla kuuluvaks, erineb võlgneta kohustuse sisu ja seega ka rikkumine. Kui öelda, et tarkvaraarenduse puhul on tegemist teenusega, millel on mõlema st nii töövõtu, kui käsunduse tunnused, siis on oluline iga kohutuse rikkumise juures hinnata, mis sorti kohustusega on tegemist – kas tulemusele suunatud või protsessile suunatud ning alles siis saab otsustada, mille järgi hinnata kohustuse täitmist või rikkumist. On ju töövõtu puhul tulemuse mitte saavutamine automaatselt rikkumine, aga käsunduse puhul on vajalik lisaks puuduse/ mittekohase täitmise olemasolule tõendada, et käsundisaaja ei jälginud käibes vajaliku hoolt käsundi täitmisel. Edasi vaatame lähemalt rikkumise liike ja nende esinemist tarkvaraarenduse vaidlustest. Järgnevasse ala-peatükki jäävad tõendamiskoormise ja õiguskaitsevahendite kohaldamise eeldused ja tagajärjed.

Võlaõigusseaduse I kommenteeritud väljaandes kirjutatakse rikkumise liikide kohta järgmist: „Kohustuse rikkumine on sätestatud üldmõistena kõikidel juhtudel, kui võlgnik ei täida kohustust ei tee seda sellisel, nagu ettenähtud. Vastavalt § 76 lg-le 3 loetakse kohustus täidetuks, kui see on täidetud õigele isikule, õigel ajal, õiges kohas ja õigel viisil. Rikkumise

⁹³ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 467.

üldmõistest eristab seadus mitmel juhul alaliike: kohustuse täitmata jätmist, täitmisega hilinemist ja muud mittekohast täitmist. Kui sätetest ei tulene teisiti, tuleb seejuures eeldada, et rikkumise kohta sätestatud saab kohaldada nende kõigi suhtes.⁹⁴ Niisiis võib rikkumine seisneda kohustuse täielikus täitmata jätmises, kohustuse ebakvaliteetses või osalises täitmisel või ka täitmisega viivitamises. Töövõtt sätestab eritingimusi tähtaegade ja õiguskaitsevahendite kohaldamisele. Käsunduse puhul lähtume üldosas toodust, aga käsunditajaja hoolsus on vajalik igakordselt hinnata, et tuvastada, kas on tegemist hoolsuskohustuse rikkumisega. Agiilse tarkvaraarenduses puhul võib esimene probleem tekkida juba rikkumise tuvastamise juures. Nimelt, kuidas hinnata tulemusel mitte vastavust lepingu tingimustele, kui lepingu ese s.o soovitud tulemus, on olnud pidevas muutuses läbi iteratsioonide, st pole olnud ühte kindlat kirjeldatud soovitud tulemust. Üks võimalus on lugeda iga iteratsiooni spetsifikatsiooniga ja võrrelda iteratsiooni tulemust spetsifikatsiooniga, kuid seejuures tuleb tähele panna, et iteratsioon ei ole kogutulemus, vaid ideaalis üks töötav osa või etapp lõpptulemuseni. Kas lõpptulemusel hindamisel tuleks siis hinnata kõikide iteratsioonide spetsifikatsioonid ja tulemust? Probleem selles, et agiilse arenduse protsessi juures on lubatud läbi etappide funktsioone ümber prioriseerida, lisada ja kustutada, nii ei pruugi ka iteratsiooni spetsifikatsioonid anda täieliku pildi sellest, mida oodati ja mis otsustati. Ilmselt on vajalik lõpptulemusel lepingule vastavuse hindamisel vaadata iteratsioonide spetsifikatsioonid koos esialgse kogu projekti kirjelduse või hankega. Kuid isegi kui mittevastavus leiab kinnitust peaks agiilse tarkvaraarenduse juures kaaluma, kes ja kui suures osas mittevastavuse eest vastutab, on ju agiilne arendus ülesehitatud koostööle ning kui tellija ja arendaja koos panustavad ei ole lõpptulemi mitteõnnestumisel vastutuse 100% arendaja kanda jätmise õiglane.

VÕS § 101 lg 3 sätestab järgmist: „Võlausaldaja ei või tugineda kohustuse rikkumisele võlgniku poolt ega kasutada sellest tulenevalt õiguskaitsevahendeid niivõrd, kuivõrd selle rikkumise põhjustas tema enda tegu või temast tulenev asjaolu või sündmus, mille toimumise riisikot ta kannab.“ Nii tekibki olukord, kus on vaja hinnata koostöös arendatud töö puhul, millises osas vastutab tellija ja millises osas arendaja töö lepingutingimustele mittevastavuse eest. Käsunduses on juhiste järgimise kohta erisäte. Töövõtu puhul otsene erisäte puudub, kuid VÕS § 641 lg 3 viitab siiski töövõtja kohustusele juhiseid jälgida peale nende kontrollimist. Juhiste, materjalide ja eeltööde kontrollimine on asja juures aga ainult üks aspekt, sest ära ei tohi unustada ka seda, et arendaja on oma ala professionaal, kelle hoolsuse määr on kõrge. Ometi, kui kohaldada lihtsalt töövõtu sätteid ja öelda, et vastutab töövõtja, siis kaob ära kogu agiilse arenduse tugevus. Lisaks on Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaandes § 101 lg 3

⁹⁴ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 468.

kohta kirjutatud järgmist: „Asjaolu või sündmuse riisiko kandmises võivad pooled lepingus ka kokku leppida. .../Kui rikkumise on põhjustanud osaliselt võlgnik ja osaliselt võlausaldaja, piirab see vastavalt õiguskaitsevahendite toimet, nt saab hinda vähem alandada või keelduda kohustuse täitmisest osaliselt. Seega tuleb igal konkreetsel juhul hinnata, millises osas on rikkumise põhjustanud võlgnik ja millises võlausaldaja ning selle võrra piirata õiguskaitsevahendite kohaldamise ulatust⁹⁵ “ Ehk siis tarkvaraarenduse puhul, kui mittevastavus/rikkumine on suudetud tuvastada, on vajalik hinnata, kes ja millises osas vastutab rikkumise eest. Agiilses koostöö projektis valminud arendusele puhtalt töövõtu vastutuse sätete kohaldamine tooks kaasa ebaõiglase tagajärje. Järgnevalt mõned näited kohtupraktikast.

Illustreerimaks lepingurikkumise tuvastamise ja vastutuse määramise raskust sobib Tallinna ringkonnakohtu 16. juuni 2017. aasta otsus nr 2-08-62786/19⁹⁶, kus hagejaks tarkvaraarendus firma ja kostjaks tellija. Tellija tellis kostjalt Poolas asuva muuseumi jaoks kogu tehnilise lahenduse. Kohtuotsuse punktis 1⁹⁷ on kirjutatud järgnevalt: „ .../ lepingu järgi oli hageja ülesandeks ehitada valmis Poolas asuval muuseumile *The Innovation Mill of Knowledge* (edaspidi „põhitellija“) interaktiivsed eksponaadid (digitaalse sisu kuvamiseks mõeldud seadmed) ja programmeerida nende kasutamiseks mõeldud tarkvara;.../ kostja ülesandeks oli varustada hagejat kogu teabe, andmete ja dokumentidega, mida hageja lepingu täitmiseks vajab. Kostja pidi esitama hagejale sisu (tekstid, graafika, pildid, videod, heli jne), mida hageja saab programmeerimistööde teostamiseks kasutada ja mida hageja ehitatavad eksponaadid pidid esitama; - tööde teostamine pidi algama 2. märtsil 2015 ja valmis lahendus tuli kostjale üle anda 22. juuniks 2015. Tööde teostamine oli jaotatud kuude jakku (faasi), sh programmeerimistööd tuli lõpetada 11. maiks 2015. Kostja pidi esitama hagejale kõik tööde tegemiseks vajalikud juhised ja materjalid täielikul kujul kaks kuud enne, st 11. märtsiks 2015.“ Kostja aga viibis vajalike sisendite üleslaadimisega ja materjalid said üleslaetud 2. sept 2015, seega lepingujärgselt pidi arendaja hoopis sellest hetkest kahe kuuga valmis programmeerima lahenduse. Projekti viibimine tekitas olukorra, kus tellija rikkus oma kohustust põhitellija ees. Tellija ei maksnud arendajale kogu kokkulepitut summat ning vaidles, et tegelikkuses oleks pidanud arendaja programmeerimistööd ilma tema poolse sisufailide üleslaadimiseta tegema õigeaegselt st 22. juuniks 2015. Arendaja väitis aga, et programmeerimine pidi toimuma lähtudes sisufailidest. Maakohus leidis asjas⁹⁸, et vastavalt võlaõigusseaduse VÕS § 637 lg-le

⁹⁵ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommentaarid*, väljaanne, Tallinn; Juura 2016, lk 476.

⁹⁶ TlnRnK 16. 06. 2017, 2-08-62786/19.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Vt HMK 10. 03. 2016, 2-16-13290/12.

4 ja §-le 638, et kostjal ei ole alust teostatud tööde eest tasumisest keelduda. Hageja on oma lepingulised kohustused täitnud, tasunõue on kooskõlas lepinguga ja see on muutunud sissenõutavaks ning et hilinemine on tingitud kostjast. Ringkonnakohtus vaidlesid pooled, kumb pooltest vastutab töö valmimise hilinemise eest; millal on töö hagejalt kostjale üle antud või saab lugeda üleantuks; kas kostjal on eeltoodud alustel hageja vastu leppetrahvi ja kahju hüvitamise nõudeid, mida saaks tasaarvestada hageja tasunõudega. Hilinemisega valmimine ei olnud vaidluse alla, küll, aga see, kes vastutas hilinemise eest ja kaasneva rikkumise eest. Nii maakohus kui ringkonnakohtus leidsid, et arendajal ei olnud kohustust programmeerimistöodega enne alustada, kui tellija oli sisufailid täielikult üleslaadinud. Arendaja täitis omapoolsed kohustused õigeaegselt ja tema tasunõue oli muutunud sissenõutavaks. Tellija ei saa nõuda leppetrahvi ega kahju, sest hilinemine oli tingitud tema enda tegevusest. Kokkuvõtvalt saab siiski öelda, et lepingu rikkumine oli, kuid arendaja ei vastutanud selle eest. Kohus kohaldas tarkvaraarendusele töövõtu sätteid ja vastavas olukorras arvab käesoleva töö autor, et töövõtu sätete kohaldamine oli sobiv ja ei toonud kaasa ebamõistlikku tulemust. Juhtudeks, kus rikkumise tõi kaasa tellija enda tegevus või tegevusetus oleks ka käsunduse puhul tulemus ilmselt sama st arendaja ei vastutaks rikkumise eest. Tuleb muidugi mõõnda, et tellija tegevus juhise või materjali näol, eeldab käsunditajalt teavitamist, kui juhised mingil põhjusel lepingu õnnestumisele või käsundiandja huvidele kahjulik on ning sarnaselt ka töövõtja peab juhised, materjalid ning eeltööd kontrollima; kuid kirjeldatud kaasuses ei seisnud tellija tegevus juhiste ega materjalide vigades, vaid viivitamises.

Harju maakohtu 10. novembri 2009. aasta otsuses nr 2-08-53160/10⁹⁹ olid vaidluse all samuti juhiste järgimine, rikkumise eest vastutamine ja mittevastavusele tuginemise tähtaeg. Nimelt tellis hageja (tellija) kostjalt (arendaja) infoserveri, mille eest hageja pidi tasuma, lisaks pidi arendaja viima läbi koolituse vastava tarkvara kasutamiseks. Tellija tasus nii arendustööde st infoserveri loomise eest, kui ka koolituse eest. Toimivat serverit hageja ei saanud ning koolitust ei toimunud. Hageja taganes lepingust, olles enne korduvalt parandamist palunud. Kostja kaitses end väites, et hageja ei olnud osanud esialgu oma soovitatavat lahendust kirjeldada ja seega oli tegelik soovitu sobimatu arendaja poolt esmalt pakutud lahendusega. Lisaks olevat hageja kaotanud õiguse mittevastavusele tugineda (vt VÕS § 644 lg 3), sest töö olevat üleantud neli kuud enne hageja kaebuste esitamist. Kostja oli seisukohal, et hagejale väidetava kahju tekkimises puudus kostjal süü. Kostja olevat teostanud töid vastavalt hageja poolt antud juhiste, sh. juhiste muudatuste ja täienduste sisseviimiseks lahendusse. Pooled vaidlesid selle üle, kas kostja on oma lepingulise kohustuse nõuetekohaselt täitnud ning andnud hagejale

⁹⁹ Vt HMK 10. 11. 2009, 2-08-53160/10.

üle hageja poolt tellitud infoserveri. Hageja arvates oli tegemist käsunduslepinguga. Kohus hagejaga ei nõustunud, kvalifitseerides lepingu töövõtuks. Küll aga nõustus kohus hagejaga, et kostja on lepingut rikkunud ja et kostja väide selle kohta, et mittevastavusele teatamisega ollakse hilinenud ei olnud kohane. Sama asi jõudis ka ringkonna kohtusse, kus Tallinna ringkonnakohtu 19. mai 2011. aasta otsuses nr 2-08-53160¹⁰⁰ nõustus maakohtuga, öeldes, et kostja on lepingut rikkunud. Ringkonnakohtus leidis, et hageja on kehtivalt lepingust taganenud ning et hagejal on õigus enda poolt makstu tagastamisele ja kahjuhüvitisele. Käesolevas lahendis kohaldas kohus tarkvaraarendus teenusele töövõtu sätteid ning töövõtu sätete kohaldamine tõi kaasa olukorra, kus arendaja, kes on küll tööd teinud, peab lepingust taganemise tõttu tagastama lepinguga talle tasutu ning hüvitama rikkumisega kaasnenud kahju. Sellest olukorrast võib väikeste ja suuremate variatsioonidega olla juhtumeid, kus lepingu rikkumise taga on vähemalt osaliselt tellija ise ning taganemine tooks kaasa ebaõiglase olukorra arendaja suhtes. Kirjeldatud olukorda võiks aidata vältida agiilse tarkvaraarenduse kasutamine, kus töötavat tarkvara antakse tellijale üle etapiviisiliselt, kuid agiilse tarkvaraarenduse puhul peaks vajadusel lepingu lõpetamine toimuma ülesütlemisega. Sellest lähemalt järgmises peatükis (vt ala-peatükki 3.2).

Tulemuse hilinenud üleandmist loetakse samuti kohustuse rikkumiseks. Harju maakohtu 28. oktoobri 2011. aasta otsuses nr 2-09-36966/29¹⁰¹ tõusetus samuti lepingu rikkumise küsimus – kes vastutab rikkumise eest, kui juba lepingu eset nähakse erinevalt ning kes vastab viivituse eest olukorras, kus pooled nägemus kohustuse täitmiseks vajalikust on erinev. Nimetatud kohtuasjas saatis hageja kostjale 16.01.2009 e-kirja, milles märkis, et soovib osta.ee sarnast oksjoniportaali ning küsis kostjalt, milline oleks taolise portaali orienteeruv hind. Kostja vastas, et portaali hind tuleks umbes 40 000 krooni. Hageja tasus pool summast ettemaksuna ja hiljem ka kaks osasummadega arvet, kuid 4 kuud pärast asja töösse andmist ei olnud hageja näinud portaalist ühtegi valmis osa. Hageja tegi kostjale lepingust taganemise avalduse. Kostja väitis, et hagejaga kohtumise tulemusel pidi ta 20 000 eest valmistama ainult disaini ja hilisem arendus pidi toimuma eraldi tasustatud kostja koostatud spetsifikatsioonide alusel, mille alusel saaks hageja tellida arenduse ka mujalt. Portaali enda arendamine pidavat toimuma etapiviisiliselt funktsioonide alusel ning täitmisega viivitamist ei olnudki, vaid toimuski etapiviisiline arendus ja kuna hageja ei olnud viimase esitatud arve eest tasunud ei pidanudki kostja midagi üle andma. Kohtuotsuses võeti vaidluse tuum kokku järgnevalt: „Poolte vahel puudub vaidlus, et hageja ja kostja vahel oli sõlmitud töövõtuleping oksjoniportaali veebilehekülje loomiseks ning kostja

¹⁰⁰ Vt TlnRnK 19. 05. 2011, 2-08-53160.

¹⁰¹ Vt HMK 28. 10. 2011, 2-09-36966/29.

asus vastavaid töid ka osutama. Poolte vahel on vaidlus selles: 1) kas hageja tellis kostjalt koheselt oksjoniportaali terviklahenduse või pikema perioodi vältel erinevaid tehnilisi etappe, 2) kas hageja poolt tasutud arvete näol oli tegemist ettemaksu või juba tehtud töö eest tasumisega, 3) kas kostjapoolne oksjoniportaali hagejale üle andmata jätmine oli seaduslik ja põhjendatud, kuna hageja ei tasunud kostjale 02.03.2009 arvet.“ Kohus tuvastas, et tõendatud on kokkulepe portaali terviklahenduse loomiseks 40 000 krooni eest ning kostja väited etapiviisilisest tellimisest ei ole tõendatud. Seega ei olnud kostjapoolne portaali mitte üleandmine põhjendatud ning kostja rikkus lepingut. Kohus luges hageja töövõtulepingust kehtivalt taganenuks. Ka sellest lahendist on näha, et tihti algab probleem juba lepingu eseme määratlemises. Lahendist nähtus, et kostja kasutab ilmselt mingit tüüpi agiilset tarkvaraarendust, kuid kummalisel kombel ei olewat etapi tulemustega teistel arendajatel võimalik edasi tegeleda ja see ei ole tavaliselt agiilsele arendusele omane. Agiilse arenduse puhul on iga etapi tulemus edasi kasutatav ja seega väärtust omav ning agiilse tarkvaraarenduse lepingu lõpetamine peaks see tõttu, isegi kui kvalifitseerida leping töövõtu lepinguks, üles ütleva.

Tarkvaraarenduse vaidlustes võibki lepingu rikkumise tuvastamise raskeks teha lepingu eseme esialgne määratlematus ja seega tulemuse lepingule mittevastavuse kindlaks tegemine; juhiste, materjalid ja eeltöödega või muust tellija poolsest tegevusest tuleneva rikkumise kindlaks tegemine, nt viivitusest ja selle tähtsuse määramine tulemuse lepingule mittevastavuses. Samuti nähtub lahenditest, et tellijaid ei oska kirjeldada vaja minevaid funktsionaalsusi. Lisaks on rikkumise juures küsimuseks ka see, kuidas sisustada professionaali kohustust, kas tellija juhiste hindamisel või kogu teenuse täitmisel (olenevalt, kas kvalifitseerida leping töövõtuks või käsundiks). Kuid kasutades agiilset tarkvaraarendust muutub professionaali hooldsuse määra hindamise tähtsus; kuigi arendajal kui professionaali jääb kohustus täita lepingut tellija parimates huvides ja jälgides sektori parimaid tavasid, siis agiilse arenduse ja lepingu juures on rõhk koostööl ja vastutus seetõttu jagatud võrdsemalt mõlema poole vahel. Probleemid lepingu eseme, etapi (või kogu tulemuse) kasutus võimalustega eraldi seisvalt ja ka teiste arendajate poolt ning tulemuse väärtuslikkusega, kui tellijal pole piisavalt oskuslikkust tellitava kirjelduseks – on lahendatavad koostöös agiilises tarkvaraarenduse protsessis. Kuid agiilse tarkvaraarenduse puhul on vajalik vastutuse jagamine töövõtu sätetest erinevalt st arendaja ei vastuta lepingu rikkumise eest VÕS § 642 range standardi järgi, vaid vastutus on jagatud poolte vahel nii, et rikkumise tekitaja või rikkumise tekkimist enam mõjutada saav pool kannab suuremat vastutust. Koostöö puhul tuleb vastutus jagada VÕS § 642 loogikast erinevalt st arendaja ei pea kandma kogu ebaõnnestumise kaalu.

2.2 Õiguskaitsevahendite kohaldamine tarkvaraarenduse vaidlustes

Eelnevas ala-peatükis vaatasime rikkumise ja selle tuvastamisega seotud probleemi. Käesolevas peatükis vaatame rikkumise tagajärgi – täpsemalt õiguskaitsevahendite kohaldamist tarkvaraarenduse vaidlustes. Õiguskaitsevahendite näidis loetelu on toodud VÕS §-is 101. Vaatamata § 101 lg 1 sõnastusest esmapilgul jäävale muljele ei ole loetelu tegelikult ammendav.¹⁰² Õiguskaitsevahendid on sunnivahendid, mille kasutamine tagab õiguskorra jalule seadmise isiku jaoks, kelle võlasuhtest tulenevat kohustust on rikutud.¹⁰³ Selles ala-peatükis proovitakse ka vastata küsimusele, kas ja kuidas mõjutab töövõtu või käsunduse regulatsiooni kohaldamine tarkvaraarenduse lepingutele õiguskaitsevahendite kohaldamist.

Õiguskaitsevahendite eesmärgiks on likvideerida rikkumise negatiivsed tagajärjed või vältida nende saabumist. Iga õiguskaitsevahendi efektiivse kasutamise tingimus on, et täidetud oleks materiaalsed eeldused õiguskaitsevahendi rakendamiseks ning järgitud oleks õiguskaitsevahendi rakendmaise formaalseid tingimusi.¹⁰⁴ Üldised materiaalsed eeldused on järgmised: i) on toimunud kohustuse rikkumine; ii) võlgnik vastutab kohustuse rikkumise eest ja iii) vastavat õiguskaitsevahendi kasutamine ei ole välistatud selles olukorras. Kohustus, mida rikuti peab olema tekkinud kehtivast võlasuhtest ja muutnud sissenõutavaks. VÕS § 103 lg 1 sätestab eelduse, et võlgnik vastutab rikkumise eest eelduslikult alati, v.a kui ta tõendab vääramatu jõu esinemise, mis tõi kaasa rikkumise. Töövõtu regulatsioon VÕS § 642 sätestab VÕS § 103 lg-le 4 vastava juhuse, kus seadus näeb ühele lepingupoolele ette kõrgendatud vastutuse – töövõtu puhul vastutab töövõtja rikkumise eest üldjuhul alati ka vääramatu jõu esinemisel (erandite kohta vt Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne § 642 kommentaare¹⁰⁵). Kuna rikkumise eest vastutamine on üks õiguskaitsevahendite kasutamise eelduseid, siis saab järeldada, et erinev vastutuse süsteem võib tuua kaasa ka erinevad tagajärjed õiguskaitsevahendite kohaldamisel. Nagu eelnevalt juba kirjeldatud on töövõtu ja käsunduse puhul arendaja st vastavalt siis töövõtja või käsundisaaja, vastutus erinev. Töövõtu puhul vastutab töövõtja tulemuse mitte saavutamise eest üldjuhul alati, seevastu käsundisaaja vastutab tulemuse mitte saavutamise eest vaid juhul, kui ei täitnud käsundit piisava hoolsusega. Hoolsuse määr professionaalile on mõlemal juhul kõrge. Agiilse tarkvaraarenduse puhul on koostöö soosimiseks vastutuse lepingus reguleerimine pigem käsunduse regulatsiooni, kui

¹⁰² Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 471.

¹⁰³ Vt I. Kull, M. Käerdi, V. Kõve, Võlaõigus I üldosa, Tallinn: Juura 2004, lk 213.

¹⁰⁴ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 472.

¹⁰⁵ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 75-76.

töövõtu sarnane. Käsunduse regulatsiooni juures õiguskaitsevahendite kohaldamisele midagi spetsiifilist üldosast erinevat ei lisandu. Käsunduslepingu rikkumise puhul on lubatav kõigi VÕS § 101 toodud õiguskaitsevahendite kohaldamine.¹⁰⁶ Kuigi tarkvaraarendus üldjuhul kohtuvaidlustes töövõtu alla liigitatakse¹⁰⁷ ja vastavalt on seda töövõtuks peetud ka teoorias¹⁰⁸, siis koos agiilse tarkvaraarenduse kasutamisega peaks toimuma paradigma muutus, kus vastutus jaotatakse töövõtu regulatsioonis toodust erinevalt. Formaalsed tingimused õiguskaitsevahendite kasutamiseks on tavaliselt õiguskaitsevahendi kasutamise viis nt vastava avalduse tegemine ja tähtaeg.

Rikkumise tuvastamisel ja õiguskaitsevahendite kasutamiseks on oluline ka see, kes pooltest peab mida tõendama. Üldise hagimenetluse põhimõtte kohaselt peab pool tõendama seda, millel tema nõue ja väited põhinevad. Töövõtu puhul on mittevastavuse olemasolul, kui see esines enne juhusliku hävimise riisiko üleminekut tellijale, töövõtja vastutus rikkumise eest eelduslik (vt VÕS § 642). Käsunduse puhul võib tulemuse mittevastavuse lepingutingimustele küll olemas olla, aga käsundisaaja vastutab mittevastavuse eest vaid juhul, kui tellija suudab tõendada, et käsundisaaja ei järginud käsundi täitmisel käibes vajaliku hoolt. Niisiis oleneb tarkvaraarendusele kohaldavate sätete valikust ka see, mida pool peab rikkumise tuvastamiseks tõendama. Töövõtu puhul on õiguskaitsevahendite kohaldamisega seoses oluline koht ka töö ülevaatamise kohustusel (VÕS § 643) ja töö vastuvõtmisel (VÕS § 638). Nimelt sätestab VÕS § 643, et kui tellija on töövõtulepingu sõlminud oma majandus- või kutsetegevuses, peab ta tehtud töö viivitamata üle vaatama või üle vaadata laskma. Töö ülevaatamise kohustuse rikkumise tagajärjed tulenevad VÕS §-st 644. Eelkõige toob töö ülevaatamise kohustus kaasa selle, et alates hetkest, mil töö ülevaatamine pidanuks toimuma, loetakse töö ülevaatamiseks kohustatud tellija vähemalt teadma pidanuks sellisetest töö esinevatest puudustest, mille ta pidanuks nõuetekohaselt avastama. Sisuliselt hakkab selliste puuduste osas alates ajahetkest, millal tööde ülevaatamine pidanuks toimuma, kulgema VÕS § 644 sätestatud puudustest teatamise tähtaeg.¹⁰⁹ Teatamiskohustuse rikkumine toob kaasa töövõtja vastusest vabanemise selle puuduse osas, milles teatamiskohustust rikuti ehk tellija jääb ilma võimalusest kasutada konkreetse rikkumise suhtes õiguskaitsevahendeid. VÕS § 638 kohaselt on tellija kohustatud valmis töö vastu võtma, kui töö üleandmine oli kokku lepitud või kui see on töö omadustest tulenevalt tavaline. Töö loetakse vastuvõetuks ka juhul, kui tellija alusetult ei võta valmis tööd

¹⁰⁶ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 7.

¹⁰⁷ Selgituseks: spetsiifiliselt „tarkvara“ + „tellimine“ otsingutulemuste 33 lahendist oli ainult ühel juhul tarkvaraarendus müügilepinguks kvalifitseeritud.

¹⁰⁸ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 37-38.

¹⁰⁹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk-d 79-80.

vastu talle selleks töövõtja poolt antud mõistliku tähtaja jooksul. Koos töö vastuvõtmisega, st üleandmisega läheb üle juhusliku hävimise riisiko ning vastavalt VÕS § 642 lg-le 1 vastutab töövõtja sellise lepingutingimustele mittevastavuse eest, mis esines tööl enne juhusliku hävimise riisiko üleandmist. Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaandes on tõendamiskoormise kohta öeldud järgmist: „Tellija peab töö väidetava lepingutingimustele mittevastavuse korral suutma tõendada nii lepingutingimustele mittevastavusele viitava puudus olemasolu tööl kui ka selle, et vastav puudus või selle põhjus eksisteeris juba töö üleandmise hetkel.“¹¹⁰ Riigikohus on oma 28. oktoobri 2008. aasta otsuses nr 3-2-1-80-08 punktis 21 töövõtulepingu ja vastuvõtmise akteerimisega tõendamiskoormise kohta öelnud järgmist: „.../Töö vastuvõtmine ei võta tellijalt iseenesest õigust tugineda tehtud töös ilmnevatele puudustele. Küll omab see olulist tähendust pooltevahelise tõendamiskoormise jaotusele. Nimelt kui võlausaldaja on talle kohustuse täitmisena pakutu vastu võtnud, eeldatakse VÕS § 76 lg 4 kohaselt, et täitmine oli täielik, täitmisena pakutu oli võlgnetav ja kohustus täideti kohaselt. Seega eeldatakse töö vastuvõtmise korral, et vastuvõetud töö oli ka lepingukohane ja täielik ning vastupidist peab tõendama tellija.“¹¹¹ Tellija võib vastu võtta ka puudustega töö. Puuduste väljatoomine töö vastuvõtmise aktis väljendab tellija tahet nõuda töövõtjalt puuduste kõrvaldamist ning kasutada sellest keeldumise korral muid õiguskaitsevahendeid, samuti võib tellija puuduste väljatoomisega soovida täita oma §-s 644 sätestatud kohustusi.¹¹² Puudustega töö vastuvõtmine ei välista tellija poolt §-s 111 sätestatud õiguskaitsevahendi kasutamist.¹¹³

Õiguskaitsevahendite kasutamise valikul on pool eelduste täitmisel üldiselt vaba v.a kui kasutamine on vastuolus hea usu põhimõttega või on õiguskaitsevahendi kasutamine olemuslikult vastavas olukorras piiratud. Samuti võib olla piiratud mitme õiguskaitse vahendi samaaegne kasutamine nt: ei saa olemuslikult koos nõuda täitmist ja samal ajal lepingust taganeda või see üles öelda (küll, aga on võimalik nõuda esialgu täitmist ja selle ebaõnnestumisel siiski lepingust taganeda). Ka ei saa õiguskaitsevahendit kasutada pool, kes ise vastava rikkumise põhjustas. Nii ei saa tellija tööde mittevastavusel lepingutingimustele kasutada töövõtja vastu õiguskaitsevahendeid, kui rikkumine tekkis tellija muretsetud materjali puuduste tõttu või kolmanda isiku eeltöödest, kui töövõtja tellija muretsetud materjali kontrollis (VÕS § 641 lg 3).¹¹⁴

¹¹⁰ *Ibid*, lk 76.

¹¹¹ Vt Riigikohus 28. oktoobri 2008. aasta otsus nr 3-2-1-80-08 p 21.

¹¹² Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 48.

¹¹³ *Ibid*.

¹¹⁴ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016, lk 476.

Kuna käsunduse regulatsioon ei näe ette erinevusi üldosa õiguskaitsevahendite kohaldamisele, siis vaatame järgnevalt töövõtu regulatsioonist tulenevaid erisusi ja seda, kuidas nende kohaldamine sobitub tarkvaraarenduse vaidlustele. Tellijapoolse lepingu rikkumise puhul kohaldatakse töövõtja võimalike õiguskaitsevahenditele samuti üldosa regulatsiooni. Erisus on ainult VÕS § -s 652 tellija viivituse olukorraks, kus töövõtjal on õigus, kas kahjuhüvitamisele või olulise rikkumise kaasnemisel, lepingust taganeda – see on ammendav loetelu töövõtja õiguskaitsevahenditest tellijapoolse viivituse puhuks. Reeglina saab töövõtja vastavaid riske efektiivselt maandada üksnes leppetrahvi kokkuleppimise kaudu.¹¹⁵ Tüüplepingu Üldtingimustes¹¹⁶ on oluliseks rikkumiseks, mille puhul töövõtjal on õigus tellijalt leppetrahvi nõuda loetud näiteks rohkem kui 30 päevast viivitust tasu maksetähtajast; aga ka kui pool ei täida ükskõik, mis teist lepingust tulenevat kohustust ka pärast täiendava tähtaja andmist¹¹⁷. Õiguskaitsevahendi kohaldamise eeldused on töövõtu puhul samad: i) vajalik on kohustuse rikkumine; ii) vastutus selle eest ja iii) õiguskaitsevahendi sobivus. Erinevus töövõtus seisneb töövõtja VÕS § 103 erinevas vastutuses standardist kohustuse rikkumise eest (vt VÕS § 642) ja tellija piiratud vabaduses valida õiguskaitsevahendit. Erandid üldosale on seotud lepingutingimustele mitte vastava töö valmistamisega. Juhul kui töövõtulepingu töövõtjapoolne rikkumine väljendub lepingu täitmata jätmises või täitmisega viivitamises, allub vastav rikkumise regulatsioon erinormide puudumise tõttu töövõtulepingu peatükis seega VÕS §-dele 100-126.¹¹⁸ Kui kohustuse rikkumine seisneb aga lepingutingimustele mittevastava töö tegemises on tellija õiguskaitsevahendite kohaldamine sõltuv töövõtu all olevast eriregulatsioonist. Töövõtja vastutus lepingutingimustele mittevastava töö tegemise korral väljendub eelkõige olukorras, kus töövõtja poolt tellijale üleantud töö ei ole kokkulepitud omadusi või kus töövõtja tehtud töö ei vasta lepingutingimustele oma kvaliteedi poolest.¹¹⁹ Vastav standard on VÕS § 641 lg-des 1 ja 2, mille kõrvale tuleb vaadata VÕS § 77 lg-tes 1 ja 2 sätestatud. Töövõtja vastutus lepingu tingimustele mittevastava töö tegemisel realiseerub tellija poolt töövõtja vastu õiguskaitsevahendite kohaldamise võimaluse kaudu.¹²⁰ Töövõtja vastutust lepingutingimustele mittevastavuse puhul reguleeribki VÕS § 642 lg 1, mitte VÕS § 103. Paragrahvi § 642 lg 1 näeb seega lepingutingimustele mittevastava töö tegemise puhuks ette töövõtja vastutuse oma kohustuste rikkumise eest sõltumata rikkumise võimalikust vabandatavusest, § 642 lg 1 näol on seega tegemist § 103 lg-s neli nimetatud erandliku

¹¹⁵ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 96.

¹¹⁶ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, p 9.5.6.

¹¹⁷ Vt *Ibid*, p 9.5.1.

¹¹⁸ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 60.

¹¹⁹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 61.

¹²⁰ *Ibid*.

juhtumiga, kus seadus näeb ette lepingupoole kõrgendatud vastutuse, mis tekib vabandatava rikkumise korral ja sellest sõltumatult.¹²¹ Seadus sätestab siiski erandeid §-s 642 toodud üldreeglile (vt lähemalt Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaande lk 62). Seega töövõtja vastu nõuet esitada sooviv tellija peab lisaks asja lepingutingimustele mittevastavuse aluseks olevale puudusele tõendama üksnes asjaolu, et vastav puudus esines tööl juba selle tellijale üleandmise hetkel.¹²² Järgnevalt vaatame teisi töövõtu lepingu regulatsioonis sätestatud erisusi üldosas toodud õiguskaitsevahendite kohaldamisele.

Kui VÕS § 101 lg 2 sätestab üldpõhimõtte, et võlausaldaja võib ise valida, missugust õiguskaitsevahendit ta võlgniku suhtes kasutab, siis töövõtu puhul on tellija valiku õigus piiratud. Töövõtja esmane õiguskaitsevahend on täitmise nõudmine VÕS § 646 alusel. Töövõtja ei saa VÕS § 642 lg-st 1 tuleneva vastutuse regulatsiooni tõttu täitmisnõude vastu vabandatavuse vastuväidet kasutada. Üldjuhul saabki tellija töö lepingutingimustele mittevastavuse korral esitada töövõtja vastu esmalt üksnes lepingut täitmise nõude, mille suhtes muud õiguskaitse vahendid on sekundaarsed.¹²³ Tellija õigus kohustustuste täitmisest keelduda vastavalt VÕS § -dele 111 ja 110 suhtes töövõtu all erinorme pole. Kahju nõudmine toimub samuti üldosa järgi ning VÕS § 649 üksnes täpsustab kahju hüvitamise reegleid. Taganemine toimub samuti VÕS § 116 alusel, kuid VÕS § 647 annab lisa olulised lepingurikkumise alused. Tasu võib tellija vähendada vastavalt VÕS §-le 112, kui ei esine VÕS §-s 648 loetletud tasu vähendamist keelavaid aluseid: töövõtja viis töö vastavusse lepingutingimustega või tegi uue töö või tellija keeldus õigustamatult vastu võtmast töövõtja ettepanekut töö lepingutingimustega vastavusse viimiseks või uue töö tegemiseks. Heastamine (VÕS § 107) toimub töövõtu kontekstis üleantud töö parandamisena või asendamisega uue tööga st sisuliselt on tegemist VÕS § 646 lg-s 1 kirjeldatud toimingute tegemisega.¹²⁴ Nagu eelnevalt väljatoodud on käesoleva töö autori arvates agiilse tarkvaraarenduse puhul taganemine kui õiguskaitsevahend üht poolt s.o arendaja, liigselt kahjustav. Agiilne arendusprotsess kiirendab vigade leidmist, sest igas iteratsioonis toimub ka testimine – üle antakse töötav ja testitud tarkvara. Vigade leidmine tarkvaras ja nende parandamine on reguleeritud ka tarkvaraarenduse tüüplepingus. Tüüplepingu Üldtingimustes on garantii all täpsustatud vigade raksusastmed ja neile reageerimise kiirus¹²⁵. Muude oluliste kohutuste rikkumise juhuks näeb tüüpleping ette leppetrahvi. Agiilne tarkvaraarendus aitab läbi oma töövõtete vähendada lepingurikkumise

¹²¹ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 62.

¹²² *Ibid*, lk 63.

¹²³ *Ibid*, lk 65.

¹²⁴ Vt P. Varul jt, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009, lk 65.

¹²⁵ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, punktid 5.4-5.5.

olukordi – võimekus kiirelt reageerida vajalikele muutustele, nende muutuste ja vajaduste väljaselgitamine, iteratsioonide tööde nimekirja ümber prioriseerimise võimalus, pidev testimine ja tagasisidestamine. Tüüpleping reguleerib nende töövõtete toimimist nii üldtingimustes, kui eraldi selle jaoks kirjutatud lepingu osas – Kodukorras¹²⁶. Agiilse tarkvaraarenduse puhul on käesoleva töö autori arvates õiguskaitsevahenditena kasutada just lepingus sätestatud õiguskaitsevahendeid, kaaludes seal juures, kas vastavad lepingus toodud õiguskaitsevahendid on rikkumisega proportsioonis eriti leppetrahvide osas. Hinnates, kas lepingus toodud õiguskaitsevahenditele lisaks või nende puudumisel, kohaldada tarkvaraarendusele töövõtu regulatsioonis toodud õiguskaitsevahendite kohaldamise erisusi, tuleb tähele panna, et agiilse arenduse puhul ei ole õige kohaldada töövõtu § 642 lg-s olevat ranget vastutust. Samuti on taganemise asemel pigem kohane ülesütlemine- nii peab kohus õiguskaitsevahendite sobilikkust, tarkvaraarenduse lepingu rikkumisel, ilmselt igakordselt hindama. Seejuures hinnates, kas töövõtu erisuste kohaldamine on vajalik.

Tüüplepingu, aga ka teiste tüüptingimustega lepingute puhul, võib garantii ja leppetrahvide (võibolla ka mõne muu kohustuse) juures tekkida olukord, kus on võimalik väita, et vastavad sätted on VÕS §-le 42 tühised. VÕS § 35 lg 1 kohaselt loetakse tüüptingimusteks lepingutingimust, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingukasutamiseks või mida lepingupooled muul põhjusel ei ole eraldi läbi rääkinud, mistõttu lepingupool, kelle suhtes tingimust kasutatakse ei ole võimeline mõjutama selle sisu.¹²⁷ Tarkvaraarenduse jaoks seaduses eriregulatsioon puudub ja nagu käesolevas töös mitmes paigas välja toodud ei pruugi ainult töövõtu sätete kohaldamine kaasa tuua poolte soovitud tulemusi. Nii on tarkvaraarenduse jaoks mõistlik kasutada lepinguid, mis tarkvaraarenduse spetsiifikaga paremini sobivad (ilmselt siis segatüübiline leping). Tänapäeva tingimustes ei ole üksikute lepingutingimustes eraldi läbirääkimine lepingu ettevalmistamise etapis tihti võimalik või soovitatav.¹²⁸ See on tingitud nii tehingukulude minimeerimise vajadusest kui ka üleüldisest tendentsist pakutavate kaupade ja teenuste üha suurenevale standardiseerumisele, mis toob endaga vältimatult kaasa ka lepingute standardiseerumise ja ühe lepingupoole eelnevalt välja töötatud ja tema poolt teatud tüüpi lepingute juures kasutatavate tingimuste kasutamise.¹²⁹ See võib tuua kaasa olukorra, kus üks pool võib vajaliku eriregulatsiooni loomise asemel oma isiklike huve läbi tüüptingimuste teise poole arvelt läbi suruda. Eriti kui pooled on läbirääkimistel ja lepingu sõlmimisel ebavõrdses olukorras nt: alluvussuhtes. Eesti tarkvaraarenduse tüüpleping ei sisalda, vähemalt tava

¹²⁶ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, kodukord versioon1.0, 2015.

¹²⁷ Vt I. Kull jt, *Võlaõigus I üldosa*, Tallinn: Juura 2004, lk 116-117.

¹²⁸ Vt I. Kull jt, *Võlaõigus I üldosa*, Tallinn: Juura 2004, lk 115.

¹²⁹ *Ibid.*

olukordade mõistes, tüüptingimusi, mis oleks ühele poolele ebamõistlikult kahjustavad. Tüüpleping on väljatöötatud riigi, ITL-i ja erasektori (sh professionaalsed IT-ettevõtted nagu Nortal, CGI, Helmes, Cybernetica, Datel) koostöös st proovitud on leida tasakaalu poolte kohustustes ja vastutuses. Kohus võib kahtluse korral küll tingimuste kehtivust hinnata, aga vähemalt üldjuhul ei tohiks tüüplepingul ja selle ideed ning eesmärki järgivatel ning põhinevatel tarkvaraarenduse lepingutel ebamõistlikult kahjustavaid tüüptingimusi olla.

III TÖÖVÕTU- JA KÄSUNDUSLEPINGU SÄTETE KOHALDAMINE TARKVARAARENDUSE LEPINGUTE LÕPETAMISELE JA LÕPPEMISELE

3.1 Tarkvaraarenduse lepingu lõppemine täitmisega

VÕS § 186 annab järgneva loetelu võlasuhte lõppemise alustest – võlasuhe lõpeb: kohase täitmisega; tasaarvestusega; kokkulangemisega; võlasuhte lõpetamise kokkuleppega; lepingust taganemisega; lepingu ülesütlemisega; füüsilisest isikust võlgniku surmaga, kui kohustust ei saa täita tema isikliku osavõtuta; füüsilisest isikust võlausaldaja surmaga, kui kohustus tuli täita isiklikult võlausaldajale; või muul seaduses või lepinguga ettenähtud juhul. Ilmselt kõige soovituim lõppemise alus on sätestatud VÕS §-i 186 punktis 1 – kohane täitmine. See, mida loetakse kohaseks täitmiseks oleneb lepingutüübist ja kokkulepitust. Kui lepingupool oli kohustatud saavutama tulemuse, siis ei loeta kohustust enne täidetuks, kui on saavutatud kokkulepitud tulemus.¹³⁰ Kui lepingupool on kohustus teha tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimalik (VÕS § 24 lg 1), peab ta lepingu täitmiseks tegema niisuguseid pingutusi, nagu teeks temaga samal tegevus- või kutsealal tegutsev mõistlik isik samadel asjaoludel (VÕS § 24 lg 2).¹³¹

VÕS § 186 p 1 järgi on kohane täitmine põhiline võlasuhte lõppemise viis. On selge, et kui ostuhind on tasutud, ei saa enam selle tasumist nõuda. Kohustus loetakse § 76 lg 3 järgi kohaselt täidetuks, kui see on täidetud täitmise vastuvõtmiseks õigustatud isikule õigel ajal, õiges kohas ja õigel viisil. Lepinguliste kohustuste täitmisel võib leping lõppeda täies mahus, st lõpevad kõik lepingulised õigused ja kohustused. Kui lepingulises võlasuhtes tuleb täita enam kui üks kohustus, siis vaid ühe täitmisel nendest kogu lepinguline võlasuhe ei lõpe, vaid lõpeb ainult võlgniku poolt kohaselt täidetud kohustus. Seaduses sätestatud võlasuhte lõppemise alus võib olla eelduseks ka ainult ühe või mõne kohustuse lõppemisele. Täitmise küsimusi on detailselt reguleeritud § 76-99 ja § 186 punktil 1 ei ole täiendavat regulatiivset tähendust. Seda lõiku tuleb korrastada, et ei oleks tsiteering¹³² Seega on kohase täitmise hindamine seotud lepingutingimuste hindamise ja tõlgendamisega (vt VÕS § 29) ning VÕS §-ga 76- 99.

¹³⁰ Vt I. Kull jt, *Võlaõigus I üldosa*, Tallinn: juura 2004, lk 289.

¹³¹ *Ibid*, lk 290.

¹³² Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne*, Tallinn: Juura 2016, lk 913.

Ehk kui lepingu järgsed kohustused on täidetud, on tegemist VÕS § 186 p-i 1 järgse lepingu lõppemisega. Seda juhul kui täitmine on olnud kohane. Järgnevalt vaatame VÕS §-e 76 ja 77, mis kirjeldavad kohustuse täitmist ja kohustuse täitmise kvaliteeti. Kohustuse täitmise ja kvaliteedi osas on töövõtu lepingu puhul vajalik vaadata töövõtu regulatsiooni erisusi. Käsunduse puhul on kohase täitmise hindamise juures oluline käsunditajta käibes vajaliku hoolsuse järgimise hindamine. Käsunduse ja töövõtu sätete regulatsiooni kohaldamise olulisi erisusi analüüsiti käesoleva töö ala-peatükis 1.2.3.

VÕS § 76 on üldnorm, mis annab ülevaate sellest, mille alusel saab otsustada, kas täitmine on nõuetekohane või mitte.¹³³ Konkreetse kohustuse sisu väljaselgitamisel on oluline silmas pidada selle liiki, §-s 76 sätestatud kohustuse täitmise üldpõhimõtted on kohaldatavad aga kõigi kohustuste suhtes, sõltumata sellest, millisesse liiki kohustus kuulub.¹³⁴ Sisu järgi on kohustused liigitatud (vt VÕS § 24) kohustuseks saavutada tulemus või kohustuseks teha kõik mõistlikult võimalik tulemuse saavutamiseks, vastavalt siis nt töövõtja kohustus VÕS § 635 lg 1 alusel ja käsundisaaja kohustus VÕS § 619 lg 1 alusel. Kohane täitmine on vastastikususes seoses mittekohase täitmisega. Ei ole võimalik otsustada rikkumise olemasolu ilma välja selgitamata, kas kohustus on täidetud või mitte ning kas täitmine on kohane või mitte.¹³⁵ VÕS § 76 sätestab täitmise kohta järgmist: i) kohustus tuleb täita vastavalt lepingule või seadusele.; ii) kohustuse täitmisel tuleb lähtuda hea usu ja mõistlikkuse põhimõttest, võttes arvesse tavasid ja praktikat; iii) kohustus loetakse kohaselt täidetuks, kui see on täidetud täitmise vastuvõtmiseks õigustatud isikule õigel ajal, õiges kohas ja õigel viisil ja iv) kui võlausaldaja on talle kohustuse täitmisena pakutu vastu võtnud, siis eeldatakse, et täitmine oli täielik, täitmisena pakutu oli võlgnetav ja kohustus täideti kohaselt. Lepingulise kohustuse täitmisel tuleb lähtuda kõigepealt lepingust, dispositiivsuse põhimõttest tulenevalt võib olla lepinguga ka teistmoodi kokku lepitud, kui seadusest tuleneb.¹³⁶ Agiilse tarkvaraarenduse puhul tähendab see võimalust sõlmida leping, mis kombineerib parima koostöö ja tulemuse nimel käsundusele omaseid tingimusi kui ka töövõtule omaseid tingimusi.

Hea usu ja mõistlikkuse põhimõtte ning tavade ja praktika järgimine on olulised kohustuse täitmise hindamisel. Hea usu põhimõtte annab õiguse kõrvale kalduda kohustuse täpsest täitmisest, kui see tooks kaasa ebamõistliku või ebaõiglase tagajärje.¹³⁷ Mõistlikkuse

¹³³ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne*, Tallinn: Juura 2016, lk 361.

¹³⁴ *Ibid*, lk 363.

¹³⁵ *Ibid*, lk 361.

¹³⁶ *Ibid*, lk 363.

¹³⁷ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne*, Tallinn: Juura 2016, lk 363.

hindamisel (täitmise juures) tuleb lähtuda objektiivsetest kriteeriumidest – mõistlik on see, mis samas olukorras heas usus tegutsevad isikud loeksid tavaliselt mõistlikuks.¹³⁸ Oluline on silmas pidada hea usu ja mõistlikkuse põhimõtte põhimõttelist erinevust – kui lepingu või seaduse vastuolu korral hea usu põhimõttega tuleb lähtuda hea usu põhimõttest, jättes kõrvale lepingust või seadusest tuleneva, siis lepingu või seaduse vastuolu korral mõistlikkuse põhimõttega ei prevaleeri nimetatud põhimõtte lepingu või seaduse suhtes.¹³⁹ Agiilse tarkvaraarenduse juures tõusetub tarkvaraarenduse tüüplepingu kasutamisel või sellel baseeruvate lepingute kasutamisel küsimus – millises mahus kohtud poolte kokkulepitud aktsepteerivad ja kui suur on oht, et lepingust puuduv tõlgendatakse ja reguleeritakse pooltele ebasobivalt ainult ühte või teist teenuseosutamise lepingu regulatsiooni järgides; või kas tüüplepingu sätted võivad olla tüüptingimustena tühised jne. Agiilse tarkvaraarenduse lepingu täitmisega lõppemise juures on raskus kohase täitmise ja vastupidiselt mittekohase täitmise kindlaks tegemise juures ning selles, kuidas eristada lisatöid lepinguga kaetud töödest.

Kohustuse täitmise sisu konkretiseerimiseks on VÕS §-is 76 lg-s määratletud täiendavad kriteeriumid. Otsustades selle üle, kas kohustuse täitmine on nõuetekohane, tuleb kontrollida, kas kohustus on täidetud täitmise vastuvõtmiseks õigustatud isikule, õigel ajal, õiges kohas ja õigel viisil.¹⁴⁰ Selles osas ei erine tarkvaraarenduse leping teistest lepingutest. Kuid kvalifitseerimine töövõtuks või käsunduseks mõjutab täitmise viisi hindamist, sest võlasuhte olemus on kahel teenuseosutamise tüübil erinev – tulemusele või protsessile suunatud võlgnetav kohustus.

VÕS § 77 aitab hinnata kohustuse täitmise kvaliteeti. Täitmise kvaliteet on oluline, et otsustada, kas täitmine on toimunud nõuetekohasel viisil.¹⁴¹ Täitmise kvaliteedi määramiseks kasutatakse eelkõige standardeid, tehnilisi norme, mudeleid, kirjeldusi jms; juhul kui kvaliteedinõuded ei ole lepingus määratud ja need ei tulene ka seadusest tuleb lähtuda § 77 lg 1 teisest lausest, mille kohaselt sellisel juhul peab võlgnik kohustuse täitma asjaolusid arvestades vähemalt keskmise kvaliteediga.¹⁴² Keskmisest kvaliteedist võib täitmisel siiski lähtuda vaid siis, kui seaduse või lepinguga ei ole vastavat kvaliteeti kindlaks määratud.¹⁴³ Riigikohus on oma 21. mai 2002. aasta otsuses nr 3-2-1-56-02¹⁴⁴ rõhutanud, et juhul kui lepingu tekstis ei ole kvaliteedinõuded piisavalt täpselt määratletud, tuleb kvaliteedi hindamisel muu hulgas lisaks olemas olevatele

¹³⁸ *Ibid*, lk 364.

¹³⁹ *Ibid*.

¹⁴⁰ Vt RKTko 3-2-1-139-10 p 15.

¹⁴¹ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommentaarid*, Tallinn: Juura 2016, lk 366.

¹⁴² *Ibid*, lk 367.

¹⁴³ Vt RKTko 3-2-1-59-14 p 15.

¹⁴⁴ Vt RKTko 3-2-1-56-02 p 17.

standarditele arvestada ka hea usu põhimõtet kohustuse täitmisel ning vastavas valdkonnas kehtivaid tavasid. Tarkvaraarenduse tüüpleping väljendab IT-sektori soovitud liikumise suunda ja standardeid. Seda just protsessi kvaliteedi reguleerimisena, mis iseloomustab tarkvaraarendust kui käsunduse laadset teenust. Ometi on tarkvaraarenduse teenusel soovitud tulemus, lihtsalt selle lepingus esialgne kirjeldamine – spetsifikatsioonide näol, on agiilises tarkvaraarenduses traditsioonilisest lähenemisest (kindel lepingu ese, aeg, hind) erinev. Tulemuse ja kokkulepitu võrdlemisel saabki hinnata täitmise kohasust – töövõtu lepingu puhul. Käsunduse puhul on vajalik hinnata käsunditäitja hoolsust käsundi täitmisel. Agiilse tarkvaraarenduse puhul on ilmselt vajalik hinnata mõlemat.

Järgmises ala-peatükis vaatame rikkumisega seotud olukordi ja seega lepingutingimustele mittevastavust, siis käesolevas ala-peatükis vaatame kohast täitmist ja seda, kuidas hinnata, kas kohustused on lõppenud ning kas lepingu ese on valmis. Agiilse tarkvaraarenduse juures tõusetub see küsimus muutuva lepingu eseme kirjelduse tõttu eriti tugevalt õhku – nimelt, mis tööd on lepinguga kaetud ja mis on lepingust välja jäävad nn lisatööd. Lisatööd on tavaliselt eraldi tasustatud. Agiilse arenduse puhul võib tekkida olukord, kus võimalus iga iteratsiooni juures spetsifikatsioone muuta võib saada tellija võimaluseks lepingu eset algsest kokkulepitust nii palju muuta, et muud seotud kokkulepped nagu ajakulu ja tasu peaksid ka muutuma. Üldiselt on sellise olukorra vältimiseks algselt koostatud üldine eesmärkide ja tulemust kirjeldav dokument. Riigihangetes võivad selleks olla hankedokumendid. Üldine dokument eesmärkide ja tulemuse kirjeldusega aitab eristada tellitut ja lisatöid. Määratletud eesmärgid on olulised lepingu täitmise hindamisel. Täimiseks loetakse ainult niisugust teo tegemist või sellest hoidumist, mille tulemusel saavutatakse võlasuhte eesmärk.¹⁴⁵ Kuidas siis teha kindlaks, kas leping on lõppenud kohase täitmisega? Kuidas hinnata, kas teostatud on kõik lepingu alla kuuluvad tööd ja tegemata vaid lisatööd?

Tüüplepingus on lisatööd nimetatud täiendvajadusena. Tüüplepingu üldtingimustes on täiendvajadus defineeritud järgnevalt: „Täiendusvajadus – vajadus lahendada ilmnenud probleemid või täiendada funktsionaalsust, mis ei kvalifitseeru Veaks ning mille teostamise ja tasustamise osas on vaja täiendavalt kokku leppida.“¹⁴⁶ Arvestades agiilset arendusprotsessi jääb see definitsioon väga laiaks. Iga iteratsiooni juures toimub funktsionaalsuste ümber prioriseerimine ning vajadusel lisamine ja kustutamine. Tüüplepingu Üldtingimuste punkt 2.3 selgitab siiski täiendvajaduse määramist järgmiselt: „Täiendava kokkuleppeta ei kuulu täitmisele uued funktsionaalsed või mittefunktsionaalsed nõuded, mida ei olnud nimetatud

¹⁴⁵ Vt I. Kull jt, Võlaõigusseadus I üldosa, Tallinn: Juura 2004, lk 141.

¹⁴⁶ Vt Tarkvaraarendus tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015, p 1.1.17.

Riigihanke alusdokumentides või Pakkumuses.“ Seega on täiendvajaduseks (lisatööks) need funktsionaalsused ja tööd, mille tegemist ei saa nõuda arvestades algdokumente. Praktikas võib siiski olla keeruline hinnata, kas mingi tegevus on lepinguga kaetud või mitte. Oleneb hinnang ka paljuski algdokumendi täpsusastmest. Riigihangete puhul võib täpsusaste piisav olla, aga erasektoris ei pruugita algdokumenti väga spetsiifilisi nõudeid panna. On ju agiilse arenduse kasutusele võtmise taga tellija puudulik oskus hinnata ja kirjeldada oma vajadusi kohe arenduse alguses. Ühelt poolt, on täpsed nõuded lihtsalt järgitavad ja nende puhul on võimalik tulemus saavutada ka traditsioonilise arenduse käigus. Teiselt poolt, nagu käesolevas töös läbivalt kirjeldatud, ei ole sellise olukorra lõpptulemus tavaliselt tellija soovidele siiski vastav. Nii on lisatööde ja lepingu eseme eristamine agiilse tarkvaraarenduse puhul siiski keeruline ning õige vastuse leidmiseks on vajalik algdokumentide, eesmärkide, üldise kirjelduse ja iteratsioonide spetsifikatsioonide, ajakava ning hinna arvestamine.

Kaitsmaks arendajat olukorra eest, kus leping jääb venima, sest lepingu ese on nii laialt määratletud või siis piisavalt määratlemata, on vajalik lepingu eesmärkida ja algse spetsifikatsiooni olemasolu ning lisatööde lepingus reguleerimine. Tüüpolepingu Kodukorras on tellija kohustuste juures toodud välja järgnev: „.../Kui komponentide analüüs on teostatud ning Spetsifikatsioon kinnitatud, siis hilisemaid muudatusi käsitletakse Täiendusvajadusena.“¹⁴⁷ See aitab piiritleda töid iteratsioonide kaupa, kuid kogu lepingu täitmise hindamisel võib siiski tekkida küsimus, kas kõik on tehtud. Arendajal peabki enda kaitseks kontrollima, kas algdokumendid on piisava täpsus astmega ja kuidas on lisatööd/täiendvajadused määratletud lepingus.

Täiendvajaduse kohta on Tüüpolepingu Eritingimustes ka tellija reservi osa¹⁴⁸. Reserv on tööde maht, mille võrra võib tellija arendajalt lisatöid nõuda. Lisatööd on küll eraldi tasustatud ja põhjendatud vajadusel muudetakse ka arendaja kohustuste tähtaega, kuid ometi on selle reservi protsendiga arvestamine arendaja tööprotsessis oluline. Vastasel juhul ei pruugi arendajal olla jõudlust (st töötajaid ja aega), et oma kohustustega hakkama saada. Tellija õigus muuta lepinguliste tööde mahtu või nõuda lisatöid on tunnustatud nt ka Norra riigi tarkvaraarenduse tellimise standardlepingus (kohustuslik kasutamiseks avalikus sektoris)¹⁴⁹, kus tellija reservi maksimaalseks suuruseks on 15 % esialgsest töömahust. Selline tööde mahu muutmise

¹⁴⁷ Vt Tarkvaraarendus tüüpoleping, Kodukord versioon 1.0, 2015, p 5.3.6.

¹⁴⁸ Vt Tarkvaraarenduse tüüpoleping, Eritingimused versioon 1.0, 2015, punktid 10.1-10.4.

¹⁴⁹ Vt The Agency for Public Management and eGovernment of Norway, Agile Software Development Agreement Agreement governing Agile software development The Norwegian Government's Standard Terms and Conditions for IT Procurement SSA-S, 2015, p 3.1, lk 18. – https://www.ssb.no/forside/_attachment/271840?_ts=155975666f0 (18.04.18).

võimaldamine sobib agiilse arenduse olemusega, kuid raskendab lepingu kohase täitmise hindamist.

Lisatöö ja lepingu eseme eristamisel on oluline just leping. Lepingu täitmise viis määrataksegi reeglina ära lepingus, seaduses sätestatud kohaldatakse siis, kui lepingus vastav regulatsioon puudub või on lünklik.¹⁵⁰ Lisatööde osas teenuseosutamise lepingud eriregulatsiooni ei sisalda. Nii toimubki lisatöö ja lepingu eseme eristamine hinnates lepingu eset ja eesmärki, lepingut tõlgendades (VÕS § 29). Sarnasel seisukohal on lisatööde hindamise osas ka Riigikohus. Riigikohus on oma 20. septembri 2017. aasta otsuses nr 2-13-40856¹⁵¹ öelnud lisatööde hindamiskohta järgmist: „Kollegium märgib, et kuivõrd pooled on vaielnud mh lisatööde (s.o algse töövõtulepinguga hõlmamata tööde) tegemise üle, ei ole välistatud, et ekspert on arvestanud tööde kogumaksumuse leidmisel ka töövõtja tehtud lisatöödega ulatuses, milles ekspert on pidanud lisatöid põhjendatuks. Kollegium rõhutab, et eksperdi hinnang võimaldab kohtul üksnes järeldada, kas mingi väidetav lisatöö pidi ehitustehniliselt sisalduma juba algses hinnapakumises, kas see töö oli ehituslikult vajalik vms. See, kas tegemist on lisatööga ja kui palju väidetav lisatöö lepingu alusel hagejale üleantu väärtust või töövõtulepingu hinda mõjutas või on vähemalt osaliselt tegemist töödega, mille kohta pooltel kokkulepe puudus, on eelkõige poolte kokkulepete tõlgendamine ja VÕS § 639 kohaldamine. Selliste küsimuste üle ei saanud seega siduvalt otsustada ehitustehniline ekspert, vaid kohus.“

Riigikohus on oma 19. detsembri 2017. aasta otsuses nr 21515662¹⁵² hinnanud lisatööde kindlakstegemist ja nende eest tasumise korda. Kostja ja hageja vahel oli sõlmitud töövõtuleping ehitise renoveerimiseks riigihanke korras. Hankedokumentide kohaselt oli vajalik parandada vaid katkised osad. Hoone ülevaatamise käigus avastati, et vajalik oleks ka katusepleki vahetus. Katuse parandustööde osas ei jõutud hinnas kokkuleppele. Kostja (riik) oli seisukohal, et katuse parandamine on hankega juba hõlmatud. Otsuse punktis nr 2 on välja toodud järgnev kostja seisukoht: „Riigihanke tehnilise kirjelduse p 8 järgi pidi hageja pakkumuses arvestama ka nende tööde tegemisega, mis ei ole hankedokumentides otseselt kirjeldatud, kuid on vajalikud teha tulenevalt ehitusobjekti tegelikust olukorrast ja seisundist. Kostja eeldas, et hageja on objekti olemasoleva olukorraga tutvunud ning oma pakkumuses arvestanud kõikide vajalike töödega. Pakutu suhe tegelikkusesse on hageja risk.“ Maa ja ringkonna kohus ei rahuldanud hageja (ehitaja) nõuet tasule. Riigikohus saatis käesolevas asja tagasi samale ringkonnakohtule uueks läbivaatamiseks. Kollegium andis järgmised juhised

¹⁵⁰ Vt I. Kull jt, Võlaõigusseadus I üldosa, Tallinn: Juura 2004, lk 141.

¹⁵¹ Vt RKTko 20. 09. 2017, 2-13-40856 p 14.

¹⁵² RKTko 19. 12. 2017, 2-15-15662.

mille alusel hinnata tööde kuuluvust ja tasunõude olemasolu: i) mis sorti eelarvega oli tegemist – siduva või mitte siduvaga, vastavalt VÕS §-le 639; ii) mis tööd olid eelarvega hõlmatud; iii) kas kostja antud andmed olid õiged ja piisavalt täpsed, et panna tööde mahu ja maksumuse riisiko täielikult hageja kanda; iv) poolte kohustuste hindamisel tuleb vaadata ka üldiseid sektori standardeid (VÕS § 29 lg 5 punktid 5 ja 6); v) mis põhjustas vaidlusaluste tööde vajaduse – kas tellija esitatud ebaõiged andmed või töövõtja lepingurikkumine; vi) kas hankedokumentides ja sõlmitud töövõtu lepingus olevad punktid, mis sätestavad kõikide kahtluste ja ebaselguste korral tõlgendada lepingut hankija kasuks on kehtivad (tüüptingimuste regulatsioon) ja vii) kas (lisa)tööde kokkulepe eeldas uut lepingut ning kas see on sõlmitud. Riigikohus ütles otsuse punktis 21 järgmist: „.../Kui kostja esitatud andmed olid ekslikud ja see põhjustas ka vaidlusaluste tööde tegemise, siis ei ole põhjendatud eeldada, et lisatööde tegemine oli eelarvega hõlmatud.“ Seega lisatööde eristamine lepingulistest töödest eeldab lepingu ja asjaolude sügavat analüüsi ja tõlgendamist.

Kirjeldatud lahendist nähtub, et kuigi otsesest lisatööde regulatsiooni teenuseosutamise lepingute juures pole, siis lähtuvalt lepingutüübist võib siiski oleneda hinnangu tulemus – on töövõtu puhul tulemuse saavutamise risk töövõtja kanda k.a ajakulu ja eelarve hinnang. Käesoleva töö autori arvates on õige lähtuda igal korral siiski pooltevahelisest lepingust ja lepingu tõlgendamise ja hindamise tulemusena otsus lisatööde ja lepingu eseme suhtes formuleerida. Autori arvates, ei saa puhtalt lepingu liigitamise järgi – kas töövõtt või käsundus, anda hinnangut lisatöö ja lepingueseme kohta. Küll aga on lisatööd seotud eelarve küsimustega. Kirjeldatud lahendi põhjal on näha, et töövõtu regulatsiooni juures on oluliseks küsimuseks, kas tegemist on olnud siduva või mittesiduva eelarvega VÕS § 639 järgi (vt eelarve kohta alapätki 1.1.2) Lisaks on oluline hinnata, kumb pooltest kannab konkreetse kohustusega seotud riski. Tuntud agiilse protsessi ja selle reguleerimise eestkõneleja M. Poppendieck on kirjutanud järgmist: „ Risk peaks kandma pool, kes suudab seda kõige paremini hallata. Kui probleem on tehniliselt keeruline, siis on tarnija (arendaja) tõenäoliselt võimeline seda juhtima. Kui probleem on ebakindluse või muutustega seotud, on ilmselt klient (tellija) selle haldamiseks parimal võimalikul positsioonil. Probleemide ülekandmine tarnijatele ei ole mitte ainult ebaõiglane, vaid ka mõistlik. Sellist asja nagu ühele poolele võit teisele kaotus lepingut pole. Kui tarnija on sunnitud lõksu lepingu valesse ossa, moodustub ka kahepoolne monopol, nii on ka klient lõksus. Mõlemad pooled kaotavad lõpuks.“¹⁵³ Niisiis on lisatööde ja lepingu alla

¹⁵³ M. Poppendieck, *Lean Essays: Righteous Contracts*, 2002, lk 2. Originaalis inglise keeles järgnevalt: „*Risk should be born by the party best able to manage it. If a problem is technically complex, then the supplier is most likely to be in a position to manage it. If a problem is uncertain or changing, then the customer is in the best*

kuuluvate tööde eristamine protsess, kus hinnang tuleb anda igakordselt lepingut ja asjaolusid analüüsid ning tõlgendades, lisaks seotud seaduse sätteid hinnates.

3.2 Tarkvaraarenduse lepingu lõpetamine rikkumise tõttu lepingust taganemise või ülesütlemisega

Eelmises peatükis analüüsisime tarkvaraarenduse vaidlustes kohustuste rikkumist ja õiguskaitsevahendite kohaldamist. Selles peatükis vaatame täpsemalt võlasuhte lõppemist täitmisega ja rikkumise tõttu taganemise või ülesütlemisega. Käesolevas ala-peatükis analüüsitakse võlasuhte lõppemist rikkumise tõttu, lepingu ülesütlemise või lepingust taganemisega. Võlasuhte lõppemine on täitmise õiguslikuks tagajärjeks üksnes siis, kui täitmine on kohane ja võlgneta sooritus vastab kohustuse sisule ning olemusele.¹⁵⁴ Kui aga täitmine ei ole kohane, kas lepingu ese ei vasta lepingutingimustele, täitmisega on hilinetud, pole üldse täidetud või on rikutud muud lepingulist kohustust, siis ei ole võlasuhte lõppemise aluseks kohane täitmine. Küll aga võib võlausaldaja, kui lepingu rikkumine ja võlgniku vastutuse selle eest on tõendatud, kasutada õiguskaitsevahendeid. Üldiselt on võlausaldaja õiguskaitsevahendite valikul vaba, kuid sellest reeglist on erandeid nt: töövõtu lepingu puhul on esmaseks õiguskaitsevahendiks täitmine. Kuid oletades, et tegemist on sellise lepingu rikkumisega, et õigustatud on lepinguliste kohustuste lõpetamine, siis tulevad kõne alla taganemine või ülesütlemine. Esmalt vaatame nende kahe lepingu lõpetamise viisi olemust ja erinevusi, siis antakse hinnang kumb, kas taganemine või ülesütlemine, sobib tarkvaraarenduse lepingute lõpetamiseks ja miks.

Nii taganemine kui ülesütlemine on ühepoolsed lepingu lõpetamise viisid. Need mõlemad vabastavad lepingupooled edasisest lepingu täitmise kohustusest, kuid seni tekkinud õigused ja kohustused jäävad kehtima ehk tegemist ei ole tagasiulatava lepingu lõpetamisega. Kuigi VÕS §-st 5 tuleneva dispositiivsuse põhimõtte järgi võib leppida kokku ka tagasiulatava lepingu lõpetamise. Põhimõtteliseks ja oluliseks erinevuseks taganemise ja ülesütlemise kui lepingu

position to manage it. Transferring the risk for such problems to the supplier is not only unfair, it is also unwise. There is no such thing as a win-loose contract. If a supplier is trapped on the wrong side of a win-loose contract, the bilateral monopoly which has been formed will trap the customer as well. Both sides loose in the end." – <http://www.leanessays.com/search?q=contracts> (19.04.18).

¹⁵⁴ Vt I. Kull jt, Võlaõigus I üldosa, Tallinn: Juura 2004, lk 289.

ühepoolse lõpetamise viiside vahel ongi küsimus võimalikust tagasitaitmisest ehk restitutsioonist, st kas pooled peavad lepingujärgi saadu tagastama või mitte.¹⁵⁵ VÕS § 188 lg 1 kohaselt taganeb pool lepingust, esitades taganemisavalduse teisele lepingupoolele. Taganemisel on kaks formaalse olulisemat eeldust, need on: taganemisavalduse esitamine teisele poolele ja selle tegemine mõistliku aja jooksul (vt VÕS § 118). Materiaalseteks eeldusteks on kas lepingust või seadusest tulenev taganemisõigus – tavaliselt seotud lepingu rikkumisega. Taganemise tagajärgede kohta kirjutatakse Võlaõigusseaduse I kommenteeritud väljaandes järgmist: „Lepingust taganemise keskseks tagajärjeks on lepingu kui võlasuhte muutumine lepingu tagasitaitmisele suunatud nn lepingu tagasitaitmise võlasuhteks (likvideerimisvõlasuhteks), mille sisuks on põhiliselt vastastikuse tagasitaitmise kohustused. Lepinguline võlasuhe kui selline ei lõpe, vaid taganemisega muutub selle sisu, esmajoones lõpevad vaid täitmisele suunatud kohustused. Taganemine ei too kaasa lepingu kehtetust.“¹⁵⁶

Lepingust taganemise kõrval võib lepingu ühepoolne lõpetamine toimuda ka ülesütlemise vormis (VÕS § 186 p 6).¹⁵⁷ Vastupidiselt lepingust taganemisele ei too aga lepingu ülesütlemine üldjuhul kaasa lepingu tagasitaitmist ning juba üleantu tagastamist- või väljaandmiskohustuse tekkimist.¹⁵⁸ Lepingu ülesütlemine kui lepingu lõpetamise viis on üldjuhul kohaldatav kestvuslepingutele (vt VÕS § 195 lg ja § 196). Sellest peaks omakorda järelduma, et kestvuslepingust taganeda ei saa, kui just seadusest või lepingust endast ei tulene teisiti.¹⁵⁹

V. Kõve on oma 2004. aasta *Juridica* artiklis taganemise ja ülesütlemise kohaldamise kohta kirjutanud järgmist: „Kuna just esmajoones tagastamiskohustuse kaudu tuleb ülesütlemist ha tagastamist eristada, peab iga konkreetse lepingu puhul hindama, millist lepingu lõpetamise viisis saab rakendada. Seejuures ei ole määrav, kuidas on pooled ennetähtaegse lõpetamise õigust lepingus tähistanud – kas lõpetamise, loobumise või tühistamise õigusena või muul viisil. Kui pooled on ka lepingus kasutanud seaduse väljendeid „taganemine“ ja „ülesütlemine“, ei ole kohus vaidluse korral teatavasti selle tähistusega seotud ning võib restitutsiooni kohustuse olemasolu hinnata sõltuvalt lepingu enese olemusest.“¹⁶⁰

¹⁵⁵ Vt V. Kõve, Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused võlaõigusseaduses, *Juridica* 4, 2003, lk 230.

¹⁵⁶ Vt P. Varul jt, *Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne*, Tallinn: juura 2016, lk 930.

¹⁵⁷ Vt I. Kull jt, *Võlaõigusseadus I üldosa*, Tallinn: Juura 2004, lk 315.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Vt V. Kõve, Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused võlaõigusseaduses, *Juridica* 4, 2003, lk 230.

¹⁶⁰ Vt V. Kõve, Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused võlaõigusseaduses, *Juridica* 4, 2003, lk 230.

Ühelt poolt on hea, et kohus ei ole ilmtingimata seotud poolte poolt öelduga, kuid teiselt poolt kehtib üldine lepinguvabaduse põhimõte, mille kohaselt on pooled vabad lepingu sõlmimisel ja tingimuste kokkuleppes (kui need jäävad seadusega reguleeritud lepinguvabaduse piiridesse¹⁶¹). Tarkvaraarenduse lepingute puhul tähendab see seda, et kuna tarkvaraarenduse jaoks eriregulatsioon puudub, siis pooled on vabad lepingus oma kohustusi ja õigusi lepinguvabaduse piiresse jäädes ise sisustama, kuid vaidluse korral võib kohus teatud kohustuste ja õiguste osas lähtuda nn lepingu olemusest, mitte lepingust sätestatud. Tarkvaraarenduse olemus nagu töös läbivalt kirjeldatud ei ole ühene, seega võib tekkida olukord, kus kohaldamisele tulevad sätted, mis poolte soovituga kokku ei lange. Järgnevalt vaatame mõnda näidet kohtupraktikast taganemise ja ülesütleamise kohaldamise kohta tarkvaraarenduse vaidlustes.

Harju maakohtu 30. juuni 2010. aasta otsuses nr 2-07-22119/58¹⁶² vaieldi lepingu rikkumise olemasolu ja ülesütleamise kehtivuse üle. Hageja (arendaja) nõudis kostjalt (tellija) kahjuhüvitamist, sest viimase lepingu ülesütlemine ei olevat kehtiv. Hagiavalduse ning selle hilisemate täienduste kohaselt sõlmisid pooled 16.11.2004.a lepingu (edaspidi MÜAB leping), mille sisuks on andmebaasi loomine, et korraldada telefoninumbrite liikuvust nn numbri teisaldamise funktsionaalsus. Uute numbrite kasutusele võtu korraldamiseks nn numbri broneerimise funktsionaalsus, sõlmisid pooled 25.01.2005.a eraldi lepingu (edaspidi NBA leping). Pooltel tekkisid vaidlused seoses mõlema lepinguga, kuid NBA lepinguga seotud vaidlus lõpetati kompromissiga. Hageja väitis, et kostjal polnudki õigus nõuda broneerimisinfo sisestamise õigust. Kohus tõlgendas VÕS §-st 29 lähtuvalt lepingut ja koos poolte kirjavahetuse hindamisega jõudis järeldusele, et pooled said siiski mõlemad lepingust üheselt aru ja broneerimisinfo sisestamise võimalus pidi lepingu alusel loodama ning hageja seda funktsionaalsust kostjale edastanud pole. Kostja ütles see tõttu lepingu üles (kostja arvamuse kohaselt on tegemist käsunduslepinguga). Kohus analüüsis lepingu rikkumist ja ülesütleamise kehtivust lähtudes töövõtu regulatsioonist. Ülesütleamise kehtivuse kohta on kohtuotsuses järgnev: „Lepingu p 9.2 järgi võis lepingu üles öelda, kui lepingupool ei täida oma lepingujärgseid kohustusi ning ei ole lepingu rikkumist lõpetanud 30 päeva jooksul arvates talle lepingu rikkumisest kirjalikult teatamisest. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium on oma 27.11.2006. a kirjas nimetatud ettepaneku hagejale ka teinud. Oma 19.12.2006. a kirjas vastas hageja, et ühendus on veebiliidese kaudu tagatav. Informatsioon on eksitav, sest hageja enda andmetel oli veebiliidese funktsionaalsus M2M liideselega analoogiline, mis faktiliselt tähendas, et broneerimisinfo MÜAB-i sisestamine ei ole võimalik. Lepingu ülesütlemine

¹⁶¹ Vt I. Kull jt, Võlaõigusseadus I üldosa, Tallinn: Juura 2004, lk 300.

¹⁶² HMK 30. 06. 2010, 2-07-22119/58.

toimus kostja 09.01.2007. a kirjaga. Tsiviilkolleegium on selgitanud, et kui täitmine on võimatu lepingut rikkunud poole tõttu, ei pruugi VÕS § 118 lg-s sätestatud mõistlik aeg olla lühem kui kohustuse täitmise nõude aegumistähtaeg, mille järgimisest sõltub VÕS § 118 lg 2 kohaselt lepingust taganemise kehtivus (tsiviilasi nr 3-2-1-165-09). Eeltoodust juhindudes, võtab kohus seisukoha, et mõistlikku aega lepingu ülesütlelemisel ei ületatud.“ Seega kohus kvalifitseeris tarkvaraarenduse tellimise lepingu töövõtu lepinguks, kuid kohaldas lepingu rikkumisest tulenevale lepingu lõpetamisele ülesütlelemise sätteid. Käesoleva töö autori arvates, käitus kohus ülesütlelemise sätteid kohaldades õigesti, sest taganemine olukorras, kus arendaja on lepingust siiski osa toimavana üle andnud (kui seda osa saab kasutada), oleks arendaja suhtes ebamõistlikult koormav. Hageja kaebas otsuse edasi. Tallinna Ringkonnakohus jättis oma 17. detsembri 2010. aasta otsuses nr 2-07-22119/76¹⁶³ apellatsiooni rahuldamata, nõustudes kirjeldatud maakohtu otsusega.

Tallinna ringkonnakohtu 4. novembri 2014. aasta otsuses nr 2-13-55643/28¹⁶⁴ selgitati samuti lepingu rikkumisel lepingu lõpetamise tagamaid. Hagiavalduse kohaselt sõlmisid hageja ja kostja 30.11.2011 infosüsteemi lepingu nr 301111EKA (leping nr 1), mille kohaselt kohustus kostja töövõtjana looma hagejale kui tellijale infosüsteemi iluteenuste pakkumiste haldamiseks ning osutama hagejale sellega seonduvalt täiendavaid teenuseid. Kostja hilines töödega ja andis portaali üle alles 12.04.2013. tehti ka üleandmise-vastuvõtmise akt, kuid faktiliselt portaal ei toiminud, sest ta polnud nn *live*¹⁶⁵ keskkonda tõstetud. Hageja teatas veast ja andis parandamiseks tähtaja. Kuna kostja portaali *live* i ei tõstnud, siis saatis hageja kostjale lepingust (leping nr 1) taganemise avalduse, nõudes lepingu alusel tasutud summa tagastamist, intressi summalt, leppetrahvi rikkumise eest ja kahju. Hageja oli kostjaga sõlminud ka 19.04.2013 infosüsteemi lepingu nr 190413KKA (leping nr 2), mille kohaselt kohustus kostja töövõtjana looma hagejale kui tellijale infosüsteemi katuste, katusematerjalide, katuste paigaldamise, katuste materjalide maaletoojate ja muu eelnevaga seonduva info vahendamiseks ning osutama hagejale sellega seonduvalt täiendavaid teenuseid. Ka seda tööd kostja õigeaegselt hagejale üle ei andnud. Hageja esitas kostjale lepingust (leping nr 2) taganemise avalduse. Kostja väitis, et hagejal ei olnud taganemise õigust, sest kostja pole lepingut rikkunud ja on kohutused täitnud õigeaegselt. Portaalide hilisem valmimine oli seotud hageja enda poolt soovitud lisatöödega ja hageja võlaga (leping nr 2) kostja ees. Lisaks näitavat see, et hageja on korduvalt kostjat kui teenuse pakkujat kasutanud, et hageja on tegelikult kostjat usaldanud ja pole võimalike hilinemisi olulisteks pidanud. 29.04.2014 otsusega jättis Harju Maakohus hagi rahuldamata,

¹⁶³ TlnRnK 17. 12. 2010, 2-07-22119/76.

¹⁶⁴ TlnRnK 4. 11. 2014, 2-13-55643/28.

¹⁶⁵ Selgituseks *live* keskkond st veebis ligipääsetavalt üleval.

öeldes, et taganemisõiguse kasutamiseks pole olnud olulist lepingu rikkumist. Kirjeldatavas ringkonnakohtu lahendis maakohtu otsus tühistati ja saadeti tagasi samasse maakohtusse. Kuid kummalisel kombel räägib ringkonnakohus, et asja uuel läbivaatamisel on oluline tuvastada lepingus tegelikult kokkulepitu ja rikkumisega koos, kas lepingut võis üles öelda. Maakohus tugines pool taganemisel ja ka maakohus lahendas asja taganemise järgi, kuid ringkonnakohus viitas hoopis ülesütlemise kontrollimisele. Harju maakohus kinnitas 2. detsembril 2015. aastal määruses nr 2-13-55643/93¹⁶⁶ poolte vahel kompromisslepingu. Määrusest tulenevalt oli kohus hagi osaliselt rahuldanud enne kompromisslepingu kinnitamist. Maakohus oli asja uuel läbivaatamisel lähtunud siiski taganemise regulatsioonis, mis on töövõtu puhul reegliks. Käesoleva töö autori arvates peaks tarkvaraarenduse puhul üldiselt lepingu lõpetamine toimuma ülesütlemisega. Seda loomulikult, siis kui tegemist on olnud agiilse arendusega, kus tellija on isegi lepingu rikkumise juhul vähemalt osa töötavast tarkvarast saanud. Olukorras, kus tellija ei ole lepingu tulemusel üldse töötavat lahendust saanud võib õigustatud olla ka taganemise kasutamine.

Tallinna ringkonnakohtu 17. veebruari 2010. aasta otsuses nr 2-08-62786/23¹⁶⁷ vaieldi taas tarkvaraarenduse ja tarkvarahoolduse teenuste lepingu lõpetamise üle rikkumise tõttu. Pooled sõlmisid 02.08.2007 kirjaliku lepingu nr 02080716650w, millega kostja kohustus valmistama hagejale kodulehe ja tagama tähtajatult e-posti, serveri- ja sisuhaldusteenused. Pooled ei vaidle ka selles, et hageja tasus kodulehe valmistamise eest 9369 krooni 20 senti ja oli tasunud hooldus teenuste eest ettemaksuna 12 kuu eest 1285 krooni 2 senti. Lisaks tellis hageja uudismooduli (mitmes keeles veeb ja inditseeerivad nupud). Hageja väidab, et uudismooduli tellimine ei ole lepinguga seotud, sest selleks tuli sõlmida uus eraldi leping, mida polevat tehtud. Kostja väitis, et moodul on lepinguga kaetud ja kuna selle eest on maksmata oli kostjal õigus hageja veebi leht maha võtta. Kohus nõustus hagejaga, et mooduli tellimine pidi toimuma uue lepinguga, kuid ütles ka, et tõendatud on uue lepingu sõlmimine. Samas ütles kohus, et kostja ei käitunud õiguslikult hageja veebilehe funktsioneerimist lõpetades, sest hagejapoolne kohustuse rikkumine- maksmata arve, oli seotud uudismooduli lepinguga, mitte arendus ja hoolduslepinguga. Kohus mõistis kostjalt hageja kasuks välja tarkvaraarenduse eest makstu. Kirjeldatud otsuses kvalifitseeris kohus esialgse arendus ja hooldus lepingu teenuste kaupa – tarkvaraarendus kui ühekordne teenus liigitati töövõtulepinguks ja hooldusteenus käsunduse alla. Taganemine toimus ainult töövõtu ehk tarkvaraarenduse osas. Põhjenduseks see, et hagejal ei olevat enam huvi veebi tagasi saamiseks, sest vahepealse aja jooksul on hageja tellinud

¹⁶⁶ HMK 02.12.15, 2-13-55643/93.

¹⁶⁷ TlnRnK 17.02.2010, 2-08-62786.

endale uue veebi ning kuna kostjapoolne veebi maha võtmine ei olnud seaduslik, siis on taganemine õigustatud. Ilmselt kui hageja oleks soovinud veebilehe kasutust tagasi oleks kostjalt välja mõistetud ainult kahju. Kirjeldatud leping näitab ka seda, et kohus on tarkvaraarenduses segatüüpi lepinguid aktsepteerinud – seda küll tellimist ja hooldust eristades, kuid arvestades eelnevat ja seda, et kohtud on tarkvaraarenduse vaidlustes taganemise asemel ka ülesütlemist kohaldanud, siis on näha, et kohtud on valmis tarkvaraarendus vaidlustes ühe konkreetse regulatsiooni kohaldamisest kaugemale vaatama. See on hea märk neile, kes kasutavad agiilset tarkvaraarendust ja tüüplepingut, selle baseeruvaid lepinguid või sarnaseid lepinguid, sest tüüpleping on oma olemuselt segatüüpi.

Tüüplepingu Üldtingimustes¹⁶⁸ on lepingu lõpetamine ennetähtaegselt arendaja poolt lubatud kindlatel loetletud juhtudel ning seda ülesütlemise vormis. Tellijal on etteteatamisega (90 päeva) õigus leping ennetähtaegselt üles öelda alati olenemata põhjustest ning etteteatamise nõuet jälgimata kindlatel loetletud juhtudel. Tüüplepingu Üldtingimuste punkt 11.5 sätestab järgmist: „Sõltumata Lepingu lõpetamise alusest kohustub Tellija Lepingu lõppemisel tasuma Täitjale Lepingu lõppemise hetkeks faktiliselt teostatud ja Spetsifikatsioonile vastava Töö eest. Pooled teostavad kõik nõuete tasuarvestused kahe (2) kuu jooksul Lepingu lõppemise kuupäevast arvates.“ Niisiis kasutab tüüpleping lepingu lõpetamisel rikkumisel või muul alusel ülesütlemise regulatsiooni. Käesoleva töö autori arvates on see mõistlik, arvestades agiilse tarkvaraarenduse spetsiifikat, kus iga iteratsioon täidab kindlad spetsifikatsioonid ja tellijale antakse üle toimiv ning testitud tarkvara. Arendajal peabki olema õigus vastava töö eest saada raha. Agiilse tarkvaraarenduse manifestis¹⁶⁹ on ühe põhimõttena kirjas ka see, et üleantav tarkvara oleks dokumenteeritud ja programmeeritud nii, et seda saab vajadusel edasi arendada teine valdkonna professionaal. Seega isegi kui tulemus ei vasta 100%-selt lepingus kirjeldatule, saab tellija tema endaga koostöös arendatud tagasisidestatud, töötava ja testitud tarkvara, mida tellija kasutada ja lasta vajadusel edasi arendada mõnel teisel arendajal. Sellises olukorras ei ole õigustatud taganemise kasutamine.

¹⁶⁸ Vt Tarkvaraarenduse tüüpleping, üldtingimused versioon 1.0, 2015, punktid 11.1-11.5.

¹⁶⁹ K. Beck jt, Manifesto for Agile Software Development. 2001.

KOKKUVÕTE

Käesolev töö analüüsis tarkvaraarenduse tellimise spetsiifikat ja sellest tõusetuvaid probleeme. Tarkvaraarenduseks kasutatakse järjest enam agiilseid arendusprotsesse, kuid agiilne arendus muudab tarkvaraarenduse tellimise sisu, nihutades traditsioonilisele arendusele omase kindlale tulemusele suunatud teenuse tellimise, oluliselt protsessist sõltuva teenuse tellimise poole. Tulemuseks on olukord, kus agiilne tarkvaraarendus ei sobitu seni kasutatud lepingute ja praktika alla. Agiilse tarkvaraarenduse reguleerimiseks on riigid ja erasektor välja töötanud erinevaid tüüplepinguid ja juhendeid. Need tüüplepingud on oma olemuselt segatüüpi lepingud, kus leiab nii käsundusele kui töövõtule vastavaid tunnuseid. Õigusliku kindluse ja selguse mõttes on vajalik, et ka kohtud aktsepteeriks tarkvaraarenduse kahetist loomust. Vastasel juhul võib tekkida olukord, kus tarkvaraarenduse vaidlustes kohtu poolt, lepingu lünkade täitmiseks või lepingu sätete asemel, ainult töövõtu regulatsiooni kasutamine võib pooltele kaasa tuua ebasoodsad tagajärjed. Nimelt tarkvaraarenduse tellimine on reeglina kohtupraktikas ja kirjanduses kvalifitseeritud kui töövõtuleping. Selles töös, aga esitati põhiline hüpotees, et tarkvaraarenduse puhul on tegemist teenusega, mis vastab nii töövõtu kui käsunduse tunnustele ja seega ei pruugi olla kohane kohaldada ainult töövõtu sätteid. Seega on vaidluse korral vajalik igakordselt hinnata, kas rikutud on tulemusele suunatud kohustust või protsessis vajaliku hoolsust ja vastavalt sellele kohaldada kas töövõtu või käsunduse sätteid.

Töö alguses toodi välja agiilse tarkvaraarenduse spetsiifika ning analüüsi tarkvaraarenduse tellimisega seotud probleeme ja seda, kuidas agiilne arendus aitab jõuda parema tulemuseni kui traditsiooniline *waterfall* tüüpi tarkvaraarendus. Nimelt aitab agiilne arendusprotsess hajutada tarkvara tellimisega seotud riske. Muudatustele kiire reageerimine ja protsessi jooksul pidev testimine ja tagasisidestamine võimaldab vigu vältida ja kiiremini üles leida. Samuti saab tellija tarkvara osaliselt varem kasutama hakata, sest iga iteratsiooniga antakse üle töötav osa funktsionaalsusi, nii näeb tellija kiiremini, kas arendatav tarkvara liigub soovitud ja vajatud suunas. Seega kinnitas töö esimene ala-peatükk praktikas olevat suunda, et tarkvaraarenduse tellimisel on parema tulemuse saavutamiseks mõistlik kasutada agiilseid arendusprotsesse. Agiilsete arendusprotsessidega seoses toodi töös välja ka agiilse protsessi reguleerimise raskused. Põhilisteks raskuskohtadeks on: iteratsiooni tsüklite tööde nimekirjad, tööde vastuvõtmine, vastutuse, riisiko, garantii ja eelarve küsimused. Töös tuvastati, et koht, kus probleem on seotud kindlalt just agiilse arendusprotsessi eripäraga, on lepingu eseme

määratlemine, mis omab tähtsust nii rikkumise tuvastamisel, õiguskaitsevahendite kohaldamisel kui lepingu lõpetamisel ja lõppemisel. Ometi jõuti töös järeldusele, et paindlikkuse võimaldamiseks ja seega suurema tõenäosusega eduka tulemuseni jõudmiseks ongi vajalik tulemuse saavutamise protsessis jätta midagi avatuks – kas aeg, eelarve või lepingu ese. Öeldes avatuks, ei pea see tähendama lepingupooltele täieliku teadmatust. Nii kasutatakse lepingu eseme puhul algset eesmärkide ja funktsioonide kirjeldust; ajakavale antakse hinnang ja samuti eelarvele. Erinevad riikide tüüplepingud võimaldavad agiilse arendusega tarkvaraarenduse tellimist. Esimeses peatükis jõuti järeldusele, et Eesti avaliku ja erasektori poolt välja töötatud tarkvaraarenduse tüüpleping on segatüüpi leping, kus on nii käsunduse kui töövõtu tunnuseid. Tüüplepingus on tellija ja arendaja huve ja riskijaotust reguleeritud nii, et see võimaldaks tasakaalus koostööd. Ainult käsunduslepingu või ainult töövõtulepingu regulatsiooni kohaldamine seda ei võimalda ja ei ole seega mõistlik. Töös leidis ka kinnitust seisukoht, et kohtud peaks aktsepteerima tüüplepingut ja sellel baseeruvaid tarkvaraarenduse lepinguid kui segatüüpi lepinguid, mis kajastavad sektori head tava ning lepingu lünga puhul kohaldama vastavalt rikutud kohustuse olemusele, kas töövõtu või käsunduse sätteid.

Peale agiilse arenduse spetsiifika ja reguleerimise raskuste käsitleti tarkvaraarenduse kvalifitseerimise küsimust. Selleks analüüsiti müügi, käsunduse ja töövõtu regulatsiooni sobivust tarkvaraarendusele ning tarkvaraarenduse vaidlustest tehtud kohtulahendeid. Sätete ja lahendite kõrvutamisel agiilse tarkvaraarenduse omapäradega jõutigi järeldusele, et agiilne tarkvaraarendus on oma omadustelt nii käsundusele kui töövõtule vastav ning vastavalt sellele, mis kohustust rikuti, kas protsessiga või tulemusega seotut, on vajalik vastavalt kas käsunduse või töövõtu regulatsiooni kohaldamine. Ka tüüplepingus on mõlemale regulatsioonile vastavaid sätteid. Nii näiteks on tarkvaraarenduse puhul õige kasutada VÕS §-st 103 tulenevat üldist vastutust, mitte VÕS § 642 lg-st 1 tulenevat rangemat töövõtja vastutust.

Lisaks kvalifitseerimise küsimusele analüüsiti tarkvaraarenduse vaidluste juures olulisemaid valukohti s.o kuidas tuvastada rikkumine; mis õiguskaitsevahendid ja millal on kasutatavad; kuidas eristada lepingu eseme alla kuuluvaid töid lisatöödest ning millal on leping kohaselt täidetud ja lõppenud. Töös ei puudutatud tarkvaraga seotud intellektuaalse omandi õiguse küsimusi ega tarkvara tellimise küsimusi seoses tarbijast tellijaga. Esimesest küsimusest on õiguskirjanduses rohkelt kirjutatud ja teine ei ole käesoleva töö probleemi püstituse valguses oluline. Lepingu rikkumise tuvastamise juures jõuti samale järeldusele, mis eelnevas peatükiski, et esmalt on vajalik hinnata, kas küsimuse all olev kohustus on tulemusele või protsessile suunatud ja alles, siis saab hinnata rikkumist ning olenevalt vastusest tuleb kohaldada, kas töövõtu või käsunduse sätteid. Õiguskaitsevahendite kohaldamise juures on erisus, kas

kohustus on käsunduse või töövõtu alla kuuluv, sest töövõtulepingute puhul on VÕS üldosas toodud tingimustele lisaks töövõtust tulenevaid erisusi. Seejuures jõuti siiski järeldusele, et vastutuse osas ei peaks järgima VÕS § 642 lg-st tulenevat töövõtja vastutust.

Lepingu lõppemise hindamise juures on oluline nii võlgnetava kohustuse liik, kui agiilse arenduse puhul ka kokkulepitud lepingu eseme määratlemine. Nimelt on lepingu ese mõningases muutuses läbi iteratsiooni tsüklite ja kui ei suudeta määratleda kokkulepitud võlgnetavat kohustust – lepingu eset, siis ei saa ka hinnata, kas kohustus on täidetud. Töös jõuti järeldusele, et koos algse üldkirjelduse ja iteratsioonide tööde nimekirjadega on võimalik võlgnetav kohustus tuvastada ja edasine täitmise kohasuse või rikkumise tuvastamine on taas sõltuv kohustuse olemusest. Tööd, mis ei kuulu esialgse üldkirjelduse või kinnitatud spetsifikatsiooni alla, on lisatööd ja nende eest tuleb eraldi tasuda. Töös jõuti järeldusele, et tellija peab enda kaitseks kontrollima üldkirjelduse piisavat täpsusastet st et see oleks piisavalt abstraktne mahutamaks paindlikkust, kuid samas piisavalt täpne, et piiritleda kohustus ja seega võlgnetav. Lisaks jõuti töös järeldusele, et olukorras, kus leping lõpetatakse rikkumise tulemusena, on agiilse arenduse puhul, eeldusel, et iteratsioonide käigus on üle antud töötav osa lõpplahendusest, õige kasutada ülesütlemist ja mitte taganemist. Arendajal on õigus saada tasu tehtud ja toimiva töö eest ja kui on jälgitud agiilse arenduse printsiipe, saab tellija puuduva osa tellida mujalt.

Käesolevas töös vastati küsimusele, kuidas kvalifitseerida tarkvaraarendust ja mis teenuse osutamise lepingu sätteid ning mis olukorras peaks kohus kohaldama tarkvaraarenduse vaidlustes. Töös jõuti järeldusele, et tarkvaraarendus on oma olemuselt segatüüpi teenus, millel on nii töövõtu kui käsunduse tunnuseid. Seega on sobilik tarkvaraarenduse tellimiseks kasutada ka segatüüpi lepingut nt avaliku ja erasektori koostöös loodud tarkvaraarenduse tüüplepingut. Agiilisel tarkvaraarendusel põhinevate vaidluste kohtusse jõudmisele olukorras, kus suhe on reguleeritud, kas tüüplepinguga või sarnase segatüüpi lepinguga, peaks kohus aktsepteerima segatüüpi lepingut. Lepingu lünkade puhul peaks kohus lähtuvalt kohustuse sisust, olenevalt, kas tegemist on tulemusele või protsessile suunatud kohustusega, kohaldama, kas käsunduse või töövõtu regulatsiooni. Agiilne tarkvaraarendus soodustab poolte koostööd ja aitab jõuda parema tulemuseni. Agiilse arenduse tugevuste kasutamiseks on oluline näha tarkvaraarendus teenuse kahetist olemust. Leping ja kohaldatav regulatsioon peavad võimaldama vastutuse ja kohustuste sellist jaotust, et tulus koostöö oleks võimalik. Käesolevast tööst nähtub, et suur osa tarkvaraarenduse tellimisega seotud probleeme on lahendatavad agiilse arenduse abil. Erinevate riikide tüüplepingud k.a Eesti tarkvaraarenduse tüüpleping soodustavad koostööd. Vajalik on paradigma muutus, kus ka kohtupraktikas aktsepteeritakse tarkvaraarenduse kahetist olemust

ja vajadusel analüüsitakse iga kohustuse olemust ja kohaldatakse vastavalt sellele, kas käsunduse või töövõtu sätteid. Töös jõuti järeldusele, et käsunduse ja töövõtu regulatsioonide kombineeritud kasutamine võimaldab tarkvaraarenduse vaidlustes õiglase tulemuseni jõudmise. Arvestades kõike eeltoodut, said kinnitust töös toodud hüpoteesid: esiteks, tarkvaraarendus on segatüüpi teenus, millel on nii käsunduse kui töövõtu tunnuseid ja teiseks, tarkvaraarenduse tellimise reguleerimiseks sobib segatüüpi leping nt tüüpleping ja kohtud peaks õiglase tulemuse saavutamiseks aktsepteerima tarkvaraarenduse kahetist olemust.

Applying Provisions of Contract of Service and Authorisation Agreement to Software Development Agreements

(Abstract)

This work analysed the specifics of software development and the problems arising from it. Agile development processes are increasingly used for software development, but agile development modifies the content of ordering software development by shifting the service from traditional development that is strictly result-oriented to more process-driven service. The result is a situation where the contracts and practices used so far are not suited for agile development process. To regulate agile software development, public and the private sector have developed various standard contracts and guidelines. These standard contracts are inherently mixed type contracts, where features that are relevant to both the authorisation agreement and the contract of service can be found. For the sake of legal certainty and clarity, it is necessary for courts to accept the dual nature of software development. Otherwise, a situation may arise where in the dispute of software development the use of the provisions of a contract of service in cases of loopholes may result in adverse consequences for the parties. Namely, the ordering of software development is, as a rule, qualified in the case law and literature as a contract of service. In this work, the main hypothesis was that software development is a service that meets the characteristics of both contract of service and authorisation agreement, and therefore it may not be appropriate to apply only provisions of contract of service. Consequently, in the event of a dispute, it is necessary to assess each time whether the possible infringement has been inflicted on result-oriented obligation or process-oriented obligation and, accordingly, to apply the terms of either contract of service or authorisation agreement. The aim of the work is to answer the question of what regulation, whether the contract of service or the authorisation agreement, is the most appropriate to use in case of software development disputes.

The work is divided into three chapters. The first chapter outlines the specifics of software development as a service and analyses issues related to qualification of software development contracts. The first chapter has two sub-chapters, first describing agile software development - outlining the strengths and weaknesses comparing to the traditional development process and demonstrating how it all affects the ordering process. In the second sub-chapter, software development qualification issues are analysed. The first chapter shows the specifics of software

development and software development contracts, and their regulation and qualification workplaces. The first chapter concludes that software development is a service that, by its very nature, has traits of both the contract of service and the authorisation agreement. In addition, it was concluded that the standard contract for ordering software development drafted by the Estonian public and private sector is a mixed type of contract with traits fitting under both – the contract of service and the authorisation agreement. In the standard contract, the interests of the client and the developer and the risk allocation are regulated so, as to allow for balanced co-operation. It was also acknowledged that courts should accept standard contract and software development contracts based on it as mixed type contracts that reflect the good practices of the sector. In the event of a contract loophole courts should consider the nature of the obligation breached and then decide, whether the provisions of the contract of service or the authorisation agreement should be used.

The second chapter provides an overview of the problems connected to the violations of software development contracts. In the second chapter, the suitability of the contract of service or the authorisation agreement regulation is analysed, for use on agreements about infringement of contract and legal remedies in software development contract. In the second chapter, there is two sub-chapters, first provides an overview of infringement of contract and the second sub-chapter gives overview of prerequisites for the application of legal remedies and the specifics in case of software development. The result in the context of the infringement of the contract reached the same conclusion as in the preceding chapter, that it was first necessary to assess whether the obligation under the question is directed at a result or process and only then, the infringement can be assessed and, depending on the answer, the terms of contract of service or authorisation agreement should be applied. There is a difference in the application of legal remedies dependent on whether the infringed obligation belonged under the contract of service or the authorisation agreement, because in the case of the contract of service, there are specifications arising from the contract of service regulation part of the Law of Obligation Act. However, it was concluded that in regard to liability the contractor's liability under the Law of Obligation Act § 642 should not be followed.

The third chapter includes an analysis of the application of the contract of service and the authorisation agreement provisions for the termination of software development contracts. The chapter has two sub-chapters, the first one analyses the situations where the problem is the distinction between works covered by the contract and additional work, that is a question of contractual compliance. At the evaluation of extinction of contract, the type of the obligation is important, as well as in the case of agile development, the definition of the object of the contract.

Namely, the object of the contract is subject to a certain change in the iteration cycles, and if it is not possible to define the agreed owed obligation - the object of the contract, then it can not be assessed whether the obligation has been fulfilled. However, it was concluded that, together with the list of original general descriptions and specifications of iterations, it is possible to identify the owed obligation and the further assessment of compliance of the performance or result or non-compliance is dependent on the nature of the obligation (either result-oriented or process-oriented). Functions that are not covered by the original general specification or approved iteration specification, are ancillary and must be paid separately. In this work it was concluded that the contractor (developer) must check the general descriptions degree of precision so that it is sufficiently abstract to accommodate flexibility, but at the same time sufficiently precise to delineate the obligation and what is owed. In addition, it was concluded that in a situation where the contract is terminated as a result of an infringement, in case of agile development, provided that the working part of the final solution has been transferred, it is right to use cancellation of contract and not withdrawal.

It was concluded that in order to provide flexibility and, therefore, more likely to achieve a successful outcome, it is necessary to leave something open, in the process of reaching results - whether time, budget or object of the contract. In this paper, the question of how to qualify software development was answered. Furthermore, it was analysed what provisions of the contracts for provision of service and in what circumstances should be applied by the court in case of software development disputes. The paper concludes that software development is, by its nature, a mixed type of service that has both features from the contract of service and the authorisation agreement. Therefore, it is appropriate to use a mixed type of contract for ordering software development, for example, a standard contract for software development created in collaboration with the public and private sector. In case of agile software development-based disputes before a court, in a situation where the relationship is regulated, whether with a standard contract or similar mixed-type contract, the court should accept a mixed type contract. In the case of gaps in the contract, the court should apply, depending on the content of the obligation, whether the obligation is result-oriented or process-oriented, either the regulation of the contract of service or the authorisation agreement.

Agile software development facilitates collaboration between the parties and helps to achieve better results. To use the strengths of Agile development, it's important to see the dual nature of the software development service. The contract and the applicable regulation must allow for such a division of responsibilities and liabilities, so that lucrative co-operation is possible. This work shows that a lot of software development ordering problems can be solved by agile

development. Standard contracts of different countries, including the standard software development contract drafted by Estonian public and private sector entities, encourage cooperation. A paradigm shift is needed, where the dual nature of software development is accepted in the case law and, if necessary, each obligation should be analysed to find out the nature of the obligation and according to the answer, terms of the contract of service or the authorisation agreement should be used. The paper concludes that the combined use of the provisions of the contract of service and the authorisation agreement allows for fair results in software development disputes. Considering all of the above, the hypotheses stated in the beginning of the work were confirmed: firstly, software development is a mixed type of service with both features of the contract of service and the authorisation agreement and secondly, to regulate the ordering of software development, a mixed type contract such as a standard contract is appropriate. Courts should accept the dual nature of software development in order to achieve a fair result.

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. Aguanno, K, J, Managing Agile projects, Lakefield: Multi-media Publications Inc 2005. – <http://www.ambysoft.com/essays/brokenTriangle.html> (04.04.18).
2. Ambler, S, W, The Broken Triangle, Ambysoft 2006. – <http://www.ambysoft.com/essays/brokenTriangle.html> (23.04.18).
3. Arbogast T, Larman C, Vodde B, Agile contracts primer version 5, 2012. – www.agilecontracts.org (11.03.18).
4. Atkinson S, Why the Traditional Contract for Software Development is Flawed, 2010. – <http://www.gallenalliance.com/images/Why-the-traditional-contract-for-software-development-is-flawed-June-2010.pdf> (11.03.18).
5. Beck, K., Beedle, M., van Bennekum, A., Cockburn, A., Cunningham, W., Fowler, M., Grenning, J., Highsmith, J., Hunt, A., Jeffries, R., Kern, J., Marick, B., Martin, R. C., Mellor, S., Schwaber, K., Sutherland, J., Thomas, D. Manifesto for Agile Software Development, 2001. – <http://agilemanifesto.org/> (11.03.18).
6. Bird and Bird, Contracting for agile software development projects.— <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/brochures/contracting-for-agile-software-development-projects.pdf?la=en> (11.03.18).
7. Budzier, A, Flyvbjerg, B, Double Whammy – How ICT Projects are Fooled by Randomness and Screwed by Political Intent, Oxford University and SAID Business School, 2012. – https://www.researchgate.net/publication/236203698_Double_Whammy_-_How_ICT_Projects_are_Fooled_by_Randomness_and_Screwed_by_Political_Intent (19.04.18).
8. Chiles, T. H, McMackin, J. F, Integrating variable risk preferences, trust, and transaction cost economics, Academy of Management Review, Vol. 21 Issue 1, p 73-99, 1996. – <http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=3&sid=36ca6c70-45ca-4e79-b607-a64d516bb00a%40sessionmgr102&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#db=bth&AN=9602161566&anchor=AN9602161566-12> (31.03.18).
9. Hillman, R. A, Contract Law in Context: the Case of Software Contracts, (2010). Cornell Law Faculty Publications. Paper 193. – <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/193> (03.04.18).
10. Jeffries, F. L, Reed, R, Trust and Adaption in Relational Contracting, Academy of Management Review, Vol. 25 Issue 4, p873-882, 2000. – <http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=2&sid=563bcb3d-15b7-4f71-b958-4f4d965ff7c3%40sessionmgr102&bdata=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#db=bth&AN=3707747&anchor=AN0003707747-5> (31.03.18).
11. Kull, I, Käerdi, M, Kõve, V, Võlaõigus I üldosa, Tallinn: Juura 2004

12. Kõve, V, Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused võlaõigusseaduses, Juridica 4, 2003.
13. Laakkonen, K, Contracts in Agile Software Development, Master's Thesis, Aalto University, School of Science, Degree Programme of Computer Science and Engineering, 2014.
14. Opelt, A, Gloger, B, Wolfgang, R, Mittermayr, R, Agile Contracts : Creating and Managing Successful Projects with Scrum, John Wiley & Sons, Incorporated, 2013. – <https://ebookcentral.proquest.com/lib/tartu-ebooks/reader.action?docID=1191572&query=> (19.04.18).
15. Poppendieck, M, Lean Essays: Righteous Contracts, 2002. <http://www.leanessays.com/search?q=contracts> (19.04.18).
16. Varul, P, Kull, I, Kõve, V, Käerdi, M, Sein, K, Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2016.
17. Varul, P, Kull, I, Kõve, V, Käerdi, M, Võlaõigusseadus II kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2007.
18. Varul, P, Kull, I, Kõve V, Käerdi, M, Võlaõigusseadus III kommenteeritud väljaanne, Tallinn: Juura 2009.
19. Westermeier, J. T, The American Law Institute (ALI) Principles of the Law of Software Contracts, Computer and Telecommunications Law Review, 2010.
20. Wrubel, E, Gross, J, Contracting for Agile Software Development in the Department of Defense: An Introduction, Carnegie Mellon University, 2015. – <https://resources.sei.cmu.edu/library/asset-view.cfm?assetid=442499> (19.04.18).

Kasutatud õigusaktid

21. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487... RT I, 31.12.2017, 8.

Kasutatud kohtupraktika

22. HMK 10. 11.2009, 2-08-53160/10.
23. HMK 30. 06. 2010, 2-07-22119/58.
24. HMK 28. 10. 2011, 2-09-36966/29.

25. PMK 10.12.2012, 2-12-5348.
26. HMK 02.12.15, 2-13-55643/93.
27. HMK 10. 03. 2016, 2-16-13290/12.
28. TlnRnK 17.02.2010, 2-08-62786.
29. TlnRnK 17. 12. 2010, 2-07-22119/76.
30. TlnRnK 19. 05. 2011, 2-08-53160.
31. TlnRnK 4. 11. 2014, 2-13-55643/28.
32. TlnRnK 16. 06. 2017, 2-08-62786/19.
33. RKTko 3-2-1-56-02.
34. RKTko 3-2-1-80-08.
35. RKTko 3-2-1-78-09.
36. RKTko 3-2-1-139-10.
37. RKTko 3-2-1-59-14.
38. RKTko -13-40856.
39. RKTko 2-15-15662.

Riiklikud tüüplepingud ja juhendid

40. Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp, Tarkvaraarenduse tüüpleping, Üldtingimused versioon 1.0, 2015. –
<https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (13.04.18).
41. Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp, Tarkvaraarenduse tüüpleping, Eritingimused versioon 1.0, 2015. –
<https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (13.04.18).
42. Riigi ja erasektori koostöö atraktiivsuse tõstmise töögrupp, Tarkvaraarenduse tüüpleping, Kodukord versioon 1.0, 2015. –
<https://itpraktikud.eesti.ee/dokuwiki/itari:toogrupid:erasektor:start> (13.04.18).
43. Denmark National IT and Telecom Agency, Agile Methods in IT-Based Business Projects Guide to Agile Development in the Public Sector, 2010. –
<https://digitaliser.dk/resource/1643009/artefact/Agile%2Ceng.ver.pdf?artefact=true&PID=1643011> (18.04.18).

44. The Agency for Public Management and eGovernment of Norway, Agile Software Development Agreement Agreement governing Agile software development The Norwegian Government's Standard Terms and Conditions for IT Procurement SSA-S, 2015. – https://www.ssb.no/forside/_attachment/271840?_ts=155975666f0 (18.04.18).
45. BMI, Ergänzende Vertragsbedingungen für die Erstellung bzw. Anpassung von Software – EVB-IT Erstellungs-AGB. – https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html#doc4623280bodyText1 (18.04.18).
46. US General Service Administration, GSA Tech Guides, Agile Contracts- PWS Template. – https://tech.gsa.gov/guides/Agile_Contracts_PWS_Template/ (18.04.18);
47. JUHTA – Advisory Committee on Information Management in Public Administration, JHS 166 Terms and Conditions of Public IT Procurement, Annex 1. General Terms and Conditions (JIT 2015 – General Terms and Conditions), version 2.2, 2017. – <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/166> (18.04.18).
48. JUHTA – Advisory Committee on Information Management in Public Administration, JHS 166 Terms and Conditions of Public IT Procurement Annex 4. Special Terms and Conditions for Projects Implemented Using Agile Methods (JIT 2015 – Agile Methods), version 2.1. – <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/166> (18.04.18).
49. GSA, SOW_Service Access and Delivery and Service Interface & Integration_Software Development. – https://www.gsa.gov/cdnstatic/SOW_Service.Access.and.Delivery.and.Service.Interface.and.Integration.Software.Development.pdf (18.04.18).

Muud materjalid

50. Statistikaameti, Noored IT-seadmete ja interneti maailmas“, 2017. – <https://blog.stat.ee/2017/10/26/noored-it-seadmete-ja-interneti-maailmas/> (27.03.2018).
51. TNS Emor, Kodanike rahulolu riigi poolt pakutavate avalike e-teenustega 2014, 2014. – https://www.mkm.ee/sites/default/files/avalikud_e-teenused_2014_lopparuanne_tns_emor_korrigeeritud05022015.pdf (27.03.2018).

52. Statistikaamet, Rahvamajanduse arvepidamine, 2016. – <http://andmebaas.stat.ee/Index.aspx?lang=et&DataSetCode=RAA0042> (27.03.2018).
53. Projekti juhtimise Instituudi läbiviidud 9. ülemaailmne projekti juhtimise meetodite uuring ligi 4000 vastajaga. Originaalis inglise keeles: PMI's Pulse of the Profession 9th Global Project Management Survey. – <https://www.pmi.org/-/media/pmi/documents/public/pdf/learning/thought-leadership/pulse/pulse-of-the-profession-2017.pdf> (16.04.18).
54. VersionOne 12th Annual State of Agile report, 2018. – <https://explore.versionone.com/state-of-agile/versionone-12th-annual-state-of-agile-report> (16.04.18).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Maarja Lehemets,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose Töövõtu- ja käsunduslepingu sätete kohaldamine tarkvaraarenduse lepingutele,

mille juhendaja on MA Karmen Turk ja kaasjuhendaja Prof Irene Kull,
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace´i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, **23.04.2018**