

Ђорђе НИКОЛИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Михајло ЦВЕТКОВИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ДЕФИНИЦИЈА И ПРАВНА ПРИРОДА ДИГИТАЛНОГ САДРЖАЈА

Резиме

Дигитални садржај, релативно нов појам, виртуелно добро реалне вредности, има значајну улогу у живој ипохирошачој и савременој ири-вреди. Његова обележја (нелинелност, електронски формати, везаност за телесни медијум) мењају традиционални правни промети између ириов-ца и ипохирошача. На пример, дигитални садржај се ирибавља без ириеноса својине, често се илаћа личним подацима. Шире европске и националне законске дефиниције дигиталних ириовода доиуњене су сукобљеним концепцијама доктрине. Теоријски значај чланка оилада се у описивању ириерека да се овај динамични правни стандард одреди и ириознавању његових основних елемената. У делу о иравној ирироди дигиталној садржаја анализира се ириактично иићање иравној режима релевантној за уовор о дигиталном садржају. Да ли је реч о роби, услузи, лиценци или добру sui generis? Приказани су критеријуми за квалификацију уовора (ирирајност/ороченост; бесилајност/исеудобесилајност/ириериност; локални/удаљени ирисииу), као и комбинација ирионућених решења. Зашита ипохирошача дигиталној садржаја је у иовоју, али иићања из ове области су све актуелнија.

Кључне речи: *дигитални садржај, ипохирошач, CESL, услуга, роба, ин-тернет.*

I Увод

Конзумирање дигиталног садржаја је интегрални део свакодневних активности европских потрошача без обзира на узраст, професију и искуство. Он испуњава информативне, образовне и културне потребе, служи за комуникацију и социјализацију. Примери су многобројни: бесплатаном софтверу се приступа *online*;¹ филмови се преузимају или стримују; мелодије и апликације за мобилне телефоне плаћају и малолетници; готово свако има *e-mail* налог у „рачунарском облаку“; друштвене мреже се користе у политичкој кампањи; академци претражују и користе међународне базе података. Донедавно се дигиталном садржају приступало искључиво помоћу рачунара, сада избор уређаја свакодневно расте: мобилни телефони, таблети, уређаји за навигацију, читачи електронских књига, сатови.

Најочигледнија карактеристика савременог развијеног тржишта је прелаз са телесних производа, робе у класичном смислу, на неопипљиве производе. Уместо да се штампана књига продаје у књижари, иста се издаје и нуди у електронском облику. Музика се испоручује *online* више него на телесном медијуму,² видео игре се превасходно играју преко удаљених сервера. Дигитална економија је важан елемент европске привреде. Проблеми са дигиталним садржајем одвраћају ЕУ потрошаче што наноси губитак процењен на 63 милијарде евра.³

Експлоатација дигиталног садржаја расте. Приход од *online* дигиталног садржаја увећан је са 1.8 милијарди евра у 2005. на 8.3 милијарде 2010. године. Током 2010. године 28% Европљана је са Интернета преузимало игре, слике, филмове и музику. Интернет за слушање радија и гледање телевизије те године користило је 26% популације. Пенетрација електронских књига се процењује на 3% укупног тржишта. Међутим, услед експанзије извесно је да ће надмашити тржиште штампаних књига.⁴ Индустрија видео игара по инвестицијама и профиту превазилази филмску индустрију.

1 *Online* подразумева Интернет и мобилне везе.

2 Медијум је трајни носач записа, свако средство које обезбеђује да потрошач сачува податке, да им несметано приступи у временском периоду који одговара намени тих података и непромењено их репродукује.

3 Ursula Pachl, „The Common European Sales Law – Have the Right Choices Been Made? A Consumer Policy Perspective“, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 2012/6, стр. 10, доступно на адреси: <http://www.ssrn.com>, 5.4.2014.

4 Uta Stenzel *et al.*, *Study on Digital Content Products in the EU*, стр. 16, 17 и 24, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf, 5.4.2014.

Техничку сложеност дигиталних производа у стопу прати правна комплексност. За уговоре о дигиталном садржају примарно важе правила уговорног, потрошачког и права интелектуалне својине, али релевантна су и правила међународног приватног права, прописи о заштити приватности, одштетно право. Нејасна слика о садржини појма „дигитални садржај“, изазива правну несигурност и мањи степен заштите дигиталних потрошача. Директива о правима потрошача и Заједнички европски закон о продаји експлицитно помињу дигитални садржај,⁵ исто важи и за предлоге нових закона о заштити потрошача у региону. Стратегија заштите потрошача за период 2013–2018. РС предвиђа изразу студије о дигиталним потрошачима као и законске иницијативе о побољшању положаја потрошача на дигиталном тржишту.⁶

Потрошачи дигиталног садржаја су у рањивом положају. Пре свега, немају сви Европљани једнак приступ дигиталном тржишту. Потрошач је ограничен условима које намеће трговац. Штитећи интелектуална права, али и свој економски интерес, он ограничава коришћење производа, нпр. техничким мерама против копирања спречава и легитимне резервне копије. Неке апликације прате и бележе активности потрошача, нпр. интересовања, кретање, навике. Тако трговац задира у основна људска права као што су право на изражавање мишљења, право на информисање, право на приватност.⁷ Правила потрошачког права преваходно су скројена за телесни свет класичних традиционалних производа. Попут својевремено уведеног термина „е-трговина“ предлаже се и термин „е-потрошач“, посебна поткатегија потрошача са специфичним правима и дужностима.⁸

Хибридни карактер дигиталног садржаја значи да није лако одредити која правила треба применити на конкретни случај. На пример, испорука софтвера укључује: 1) продају телесног медијума; 2) *online* услугу аутоматског ажурирања; 3) кориснички сервис („контакт центар за подршку“). Поготову је проблематична ситуација када се садржај налази на удаљеном серверу, а потрошач има само право приступа. Да ли је реч о продаји, услузи или лиценци?

5 Directive 2011/83/EC of 25 October 2011 on Consumer Rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, *OJ L 304*, 22.11.2011, стр. 64–88; *Common European Sales Law (2011)*; даље: *CESL*.

6 Влада Републике Србије, стр. 13, доступно на адреси: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 5.4.2014.

7 Chantal Mak, „Fundamental Rights and Digital Content Contracts“, *Journal of Consumer Policy*, No. 4/2008, стр. 6.

8 Natali Helberger, „Standardizing consumers’ expectations indigital content“, *Info*, N0. 6/2011, стр. 70.

II Правно релевантна обележја дигиталног садржаја

На почетку, нужно је описати одређене карактеристике дигиталног садржаја без којих успешна правна анализа није могућа. Дигитални садржај је неопипљив, нема преноса државине и својине са трговца на потрошача у класичном смислу. Заправо, потрошач добија копију података истог квалитета као оригинал. По неким немачким ауторима дигитални садржај је телесна ствар јер мора да се чува на опипљивом хардверу. Ипак, то је мањинско мишљење.⁹ Осим тога, постоје потпуно виртуелна добра као што је аватарева одећа у *Second Life*, или карактери у видео играма за више играча чије вредност достиже више хиљада евра. Однос дигиталног садржаја и телесног медијума на којем је похрањен је такође споран. У неким системима они се посматрају као јединствена целина (немачко, америчко, британско право), у другим су то одвојена добра (Пољска, Француска). У трећим, прибављање дигиталног садржаја је уговор о лиценци чиме се спречава примена права продаје, односно ограничава заштита потрошача.¹⁰

Нетелесност има занимљиве консеквенце. Уобичајена последица престанка уговора је реституција. Свака страна враћа оно што је на основу уговору примила. Међутим, овде трговцу ништа не значи да му потрошач врати садржај испоручен *online*. Потрошачево прибављање не значи да трговац остаје без „поседа“. Зато је класична реституција сувишна. Реституција се остварује брисањем података, деинсталирањем софтвера, ускраћивањем будућег приступа. Потенцијални проблем настаје када несавесни потрошач, по окончању уговора, не обрише преузете податке, мада постоје техничке мере да се таква злоупотреба спречи.

Потрошач приступа дигиталном садржају на различите начине. Приступ „на захтев“ значи да потрошач бира када ће и који садржај користити (нпр. одређени филм у жељено време); „скоро на захтев“, дигитални садржај се нуди непрестано у одређеним временским интервалима (нпр. емитовање почиње сваког пуног сата); преузимање на хардвер потрошача са сервера трговца (*downloading*); стриминг – дигитални садржај се налази на серверу трговца и испоручује се индивидуално по захтеву, али на хардверу потрошача не остаје трајна копија, по окончању стриминга и *offline* садржај је недоступан; *webcasting* – дигитални садржај се емитује преко отворене мреже, Интернета, приступ

9 Martin Schmidt-Kessel, *The application of the Consumer Rights Directive to digital content*, Брисел, 2011, стр. 6.

10 Marco Loos, Natali Helberger et al., *Digital content contracts for consumers*, 2011, стр. 39, доступно на адреси: <http://bookshop.europa.eu>, 5.4.2014.

омогућује уобичајен софтвер; IP телевизија – садржају се приступа преко затворене мреже посебним хардвером и софтвером који обезбеђује трговац; претплата на електронске књиге, часописе, периодику; „рачунарство у облацима“, (*cloud computing*) – дигитални садржај се налази на серверу трговца уместо на хардверу потрошача, приступ се остварује искључиво *online*.

Облици наплате су такође разноврсни: плаћање по преузимању; по пакету; по коришћењу; по извору; дневно, месечно, годишње; плаћање за неограничен приступ; претплата унапред за одређену количину података; пристајање на рекламе уместо цене. Као све вредније средство плаћања јављају се лични подаци. Дигитални садржај се нуди наизглед бесплатно, ако потрошач пристане да трговац прикупља његове личне податке (нпр. о навикама, афинитетима, ставовима). Подаци се продају трећем или се користе за тзв. циљани маркетинг. Обележје ових уговора је псеудобесплатност.

Дигитални садржај се најчешће трајно преноси потрошачу ради перманентне употребе (уговор о трајном преносу). Овај пренос се не може изједначити са преносом својине на телесној ствари. Предмет чинидбе су електронски подаци који чине дигитални садржај. За разлику од класичног купца, е-потрошач је ограничен у даљем располагању. Будући да дигитални садржај махом чине ауторска дела, важе правила ауторског права. Редовно однос између трговца и потрошача садржи елементе лиценце. Копирање је ограничено или онемогућено како би се спречила злоупотреба. За разлику од уговора о трајном преносу, неке врсте дигиталног садржаја доступне су потрошачу ограничено време, нпр. е-књига је доступна недељу дана након чега је неопходно поново платити накнаду.

У свакодневном животу и судској пракси најважнији дигитални садржај је софтвер. Софтвер као предмет обавезе трговца различито се класификује. Уобичајена подела је на стандардизовани софтвер и софтвер намењен једном, одређеном кориснику, тј. софтвер за познатог купца. Потрошачи прибављају стандардизовани софтвер. Софтвер је регулисан Директивом бр. 24/2009/24 о заштити компјутерских програма.¹¹ Друга по значају класа дигиталног садржаја су музичка дела, филмска дела и фотографије. Ова класа традиционално је уређена Директивом бр. 29/2001 о интелектуалним правима у информационом друштву.¹² Базе података представљају одвојену класу дигиталног садржаја уређену

11 Directive 2009/24/EC of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, *OJ L 111*, 5.5.2009, стр. 16–22.

12 Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L 167*, 22.6.2001, стр. 10–19.

посебном директивом,¹³ наредна класа су електронски текстови. Ова отворена листа илуструје техничку и правну комплексност анализе.

III Дефиниција

1. Дефиниције законодаваца

У Директиви о правима потрошача, дигиталним садржајем сматрају се „подаци који се производе и испоручују у дигиталном облику“.¹⁴ Овај појам обухвата компјутерске програме, апликације (нпр. за мобилне телефоне), видео игре, аудио/видео записе и текст, без обзира да ли им се приступа након што су преузети са мреже, путем стриминга, или се налазе на трајном медијуму.

Уговори који омогућују експлоатацију дигиталног садржаја деле се на две групе. Уколико је садржај испоручен потрошачу на трајном медијуму (*CD*, *DVD*, меморијска картица и сл.) сматраће се робом, па важе правила класичне продаје. Уговори из прве групе су и раније били обухваћени потрошачким директивама. У случају када дигитални садржај није испоручен на опипљивом медијуму, уговор између трговца и потрошача нити је уговор о продаји робе нити уговор о пружању услуге већ спада у посебну категорију (сличну оној која обухвата уговоре о испоруци воде, гаса и електричне енергије). Регулисање ове групе уговора вероватно представља најзначајнију новину Директиве.¹⁵

У српском Нацрту Закона о заштити потрошача, дигитални садржај означава податке који су произведени и испоручени у дигиталном облику.¹⁶ Иста дефиниција користи се и у Хрватској.¹⁷

CESL садржи одредбе о дигиталном садржају због растућег значаја дигиталне економије. Пренос дигиталног садржаја, његово чување, обрада, приступ и искоришћавање убрзано расту доносећи велики привредни потенцијал. Међутим, ове послове карактерише диверсификација и правна несигурност па је регулација нужна. По *CESL*, „дигитални садржај“, означава податке произведене и испоручене у дигитал-

13 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, *OJ L 77*, 27.3.1996, стр. 20–28.

14 Директива бр. 83/2011, чл. 2, тач. 11.

15 Милена Јовановић Zattila, Михајло Цветковић, „Шта нам доноси нова директива о правима потрошача“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 446.

16 Чл. 5, тач. 42 Нацрта Закона о заштити потрошача, доступно на адреси: <http://mtt.gov.rs/vesti/javna-rasprava-o-nacrtu-zakona-o-zastiti-potrosaca/>, 5.4.2014.

17 Чл. 5 Нацрта приједлога Закона о заштити потрошача, доступно на адреси: <http://www.mingo.hr/default.aspx?id=4954>, 5.4.2014.

ном облику, по купчевим спецификацијама или без њих, укључујући: 1) видео, аудио, слику или текст; 2) дигиталне игре; 3) софтвер и 4) дигитални садржај за персонализацију постојећег хардвера и софтвера. Термин „дигитални садржај“ се не односи на: 1) финансијске услуге, укључујући *online* банкарство; 2) правно или финансијско саветовање у електронском облику; 3) електронске здравствене услуге; 4) електронске комуникације, мреже и пратеће услуге; 5) коцкање; 6) креирање новог и измену постојећег дигиталног садржаја од стране потрошача или било коју интеракцију са делима других корисника.¹⁸

CESL се примењује на уговор о испоруци дигиталног садржаја без обзира да ли се он испоручује на телесном медијуму. Ирелевантно је како се дигитални садржај чува, обрађује, како му се приступа и да ли се користи једнократно или континуирано.¹⁹ Решења су неутрална по питању да ли је дигитални садржај испоручен на диску (*CD*, *DVD*) или *online*.

Дигитални садржај се често не испоручује за новчану накнаду (цену) већ за неновчану противвредност. Потрошач заузврат даје личне податке или пристаје на маркетинг. Трговац тако добија прилику да понуди друге или софистицираније, а самим тим и скупље производе. Имајући у виду ову специфичност дигиталног тржишта и чињеницу да недостаци дигиталног садржаја угрожавају економски интерес потрошача без обзира на услове под којима је посао закључен, *CESL* се примењује и када је за дигитални садржај уместо цене плаћена нека другачија накнада.²⁰

2. Дефиниција дигиталних услуга

Поједини аутори не дефинишу дигитални садржај, него дигиталну услугу. Дигитална услуга се односи на податке којима потрошач приступа *online* или другим каналима (*CD* или *DVD*) као и на остале услуге пружене *online*. Постојање телесног медијума није релевантно за правни положај потрошача. Такође, без значаја је начин испоруке. Набрајање приступних канала је намерно избегнуто, јер су они подложни рапидном технолошком развоју. Дефиниција која садржи техничке елементе брзо застарева.²¹

18 *CESL*, чл. 2, тач. j.

19 *CESL*, чл. 5.

20 *CESL*, тач. 18.

21 Europe Economics Chancery House, *Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers*, Лондон, 2011, стр. 9.

Дигиталне услуге се групишу: 1) мултимедија – видео и аудио материјал се преузима или стримује без интеракције; 2) игре – услуге превасходно за забаву; 3) садржај креиран од стране корисника – услуге подразумевају активно учешће потрошача кроз стварање сопственог или измену постојећег садржаја; 4) персонализовани додаци – не само за мобилне платформе него и Интернет претрага, лични налози (нпр. e-mail) и профили на друштвеним мрежама; 5) комуникационе услуге за интеракцију између корисника; 6) системски софтвер – покреће хардвер и платформа је за апликације; 7) софтвер као услуга, доступан потрошачу преко Интернета; 8) електронско учење – држање наставе, обуке или спровођење образовног програма путем електронских средстава.

Online банкарство, *online* продаја и развојни софтвер су искључени јер су уређени другим прописима или нису релевантни за потрошаче.²²

3. Уговор о дигиталном садржају

Неки аутори одбацују поделу на дигиталне производе и дигиталне услуге. Уместо експлицитне дефиниције, треба навести уговоре где је предмет обавезе трговца дигитални садржај. Такође, побројани су и уговори који овде не спадају.

Уговор о дигиталном садржају је уговор којим се трговац обавезује да испоручи дигитални садржај потрошачу за одређену цену (у новцу) или накнаду друге врсте. То је уговор којим се: 1) видео, аудио или текст испоручује у дигиталном облику; 2) уговор о игри, где потрошач интерактивно поступа са садржајем, задовољство доминира над осталим потребама, укључујући како једноставне игре картама тако и игре преко веб портала за више играча, „виртуелне светове“; 3) уговор за персонализацију постојећег хардвера и софтвера (нпр. мелодије за мобилни телефон, садржаји за екран); 4) уговор о софтверу, у три облика. Системски софтвер омогућава рад хардвера и апликација, укључујући и антивирусни софтвер. Развојни софтвер служи професионалним програмерима за писање апликација и није предмет права потрошача. Апликације су најзначајнија врста дигиталног садржаја, нпр. за обраду текста, израду табела и презентација, *e-mail*, приступ Интернету. Најчешће се испоручују у пакету. У апликације се сврстава и софтвер као услуга (*software-as-a-service*), који потрошач користи преко мреже. Ограничена количина података је на уређају потрошача, а већи део на серверу трговца, нпр. сателитска навигација за аутомобиле, преводилачке услуге; Дефиниција обухвата и: 5) уговор о коришћењу дигиталног садржаја на серверу трговца којем се приступа преко мреже; 6) друшт-

22 *Ibid.*

вено умрежавање (нпр. *Facebook*, *LinkedIn*); 7) уговори који омогућују да потрошач ствара нов дигитални садржај, уређује и оцењује постојећи садржај или на други начин интерактивно поступа са делима других потрошача (нпр. на сајтовима *YouTube*, *Wikipedia*).²³ Последње три тачке нису прихваћене у *CESL*.

Термин „уговор о дигиталном садржају“ не односи се на 1) финансијске услуге и *online* бакарство; 2) електронску управу и социјалне службе; 3) правно и финансијско саветовање; 4) електронске здравствене услуге; 5) електронске комуникационе услуге и мреже; 5) коцкање. Изузетак под 2) није наведен у *CESL*.

4. Елементи дефиниције

Најбржи начин да се уреди дигитални садржај је да се из постојећих традиционалних дефиниција робе и производа уклони елемент телесности. Међутим, то би порушило већ утемељене концепције.

Евентуална дефиниција дигиталног садржаја треба да садржи бар два елемента: 1) неопипљивост и 2) чињеницу да се састоји од дигиталних података, информација у електронском облику. Напомена о саставу је битна како би се он разликовао од других нетелесних добара, нпр. електричне енергије, радио сигнала и сл. Будући да дигитални садржај мора да буде негде похрањен, медијум за чување представља засебан, евентуални елемент дефиниције. Ипак, правни промет дигиталног садржаја не ослања се на пренос медијума. Предлог могуће дефиниције је следећа формулација: дигитални садржај је неопипљиво добро, у облику дигиталних података похрањених на медијуму за чување, без обзира да ли се преноси заједно или без медијума.²⁴

IV Правна природа

1. Спорна класификација и њен правни значај

У државама чланицама ЕУ не постоји униформни поглед на уговоре о дигиталном садржају. Прибављање дигиталног садржаја негде се сматра продајом, на другом месту се третира као уговор о услузи или уговор о лиценци. Опредељење је правно релевантно због правног режима заштите, конкретније због обавезе информисања потрошача, одговорности за недостатке, проблема саобразности, избора лекова доступних потрошачу, права на одустанак итд.

23 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 174.

24 М. Schmidt-Kessel, *нав. дело*, стр. 15.

По једном гледишту, начин испоруке дигиталног садржаја је пресудан за класификацију, нпр. филм на *DVD* је телесни производ, роба; исти филм преузет *online* је неопипљив па правила о продаји не важе. Проблем класификације је наглашен код дигиталних производа који имају и елементе робе и елементе услуге. Илустрација: како класификовати преузету игру која се игра преко Интернета уз месечну претплату? Посао се састоји од три елемента. Софтвер је инсталиран локално на рачунару потрошача, потрошач има лични налог на серверу трговца, плаћа месечну претплату за сервере трећих лица како би користио дигитални садржај. Инсталирани софтвер може се сматрати робом, остали елементи више личе на услугу.²⁵

Поред тога, у доктрини и судској пракси среће се и мишљење да проблем класификације треба решити применом правила о закупу, нарочито у ситуацији када потрошач плаћа накнаду за садржај на серверу трговца („рачунарска облак“). Издваја се и мишљење да врста уговора зависи од разумног очекивања потрошача заснованог на нормативном оквиру. Важно ја како потрошач разуме понуду трговца, а не како је трговац назвао уговор.²⁶

Примена конзервативног правничког резонувања даје недоследне резултате, нпр. једна иста песма слушана преко стриминга је услуга, а ако се купи *CD* онда важи аналогија о роби.²⁷ Ако је *CD* или *DVD* покварен потрошач ужива неспорну заштиту, али шта када је сам диск исправан, али садржај на њему не функционише?

2. Дигитални садржај као роба

Директива бр. 44/1999 о продаји робе и претећим гаранцијама штити потрошача приликом испуњења уговора, у случају недостатка производа и регулише гаранцију.²⁸ Разликовање робе од услуга је главно обележје Директиве бр. 44/1999, што указује да заштита потрошача дигиталног садржаја варира у зависности од класификације. Роба је дефинисана као телесна покретна ствар (чл. 1, ст. 2, тач. б), па неопипљива добра нису покривена Директивом бр. 44/1999. У доктрини се води по-

25 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. гело*, стр. 30.

26 Peter Rott, „Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, *Journal of Consumer Policy*, No. 4/2008, стр. 455.

27 Hervé Jacquemin, „Digital Content and Consumer Protection within European Law“, *8th International Workshop for Technical, Economic and Legal Aspects of Business Models for Virtual Goods*, Namur, 2010, стр. 47.

28 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L 172*, 7.7.1999, стр. 12–16.

лемика под којим условима се дигитални садржај може третирати исто као телесна ствар, али једногласног решења нема.

По једном мишљењу, прави се разлика између „неопипљивог“ дигиталног садржаја који се користи и извршава са даљине, преко Интернета, и „опипљивог“ садржаја похрањеног локално на телесном медијуму (хард диск, *CD*).²⁹ Ова подела није најјаснија јер се и „удаљени“ садржај налази на неком опипљивом носачу. По другом мишљењу, прави се разлика између самог дигиталног садржаја и начина испоруке потрошачу. Заштита по Директиви бр. 44/1999 (гаранција, саобразност) односи се само на телесни медијум (нпр. нечитљив *CD*).

У француском праву закон ову ситуацију не уређује, а судска пракса и доктрина су неуједначени. По једном мишљењу ради се о продаји, по другом о варијанти закупа. Многе одредбе Закона о заштити потрошача важе без разлике да ли је реч о телесним или неопипљивим производима. Међутим, правила о саобразности и гаранцији важе само за покретне телесне ствари, односно не важе за недостатке дигиталног садржаја. Када је софтвер снимљен на *CD* или *DVD*, суд раздваја продају самог медијума од продаје софтвера. Ако суд процени да је грешка у софтверу неопипљив недостатак, класична средства заштите су искључена.³⁰

Полемика да ли је испорука софтвера за накнаду уговор о продаји, у немачкој доктрини започела је поводом софтвера испорученог на телесном медијуму. Ако се дигитални садржај призна као роба, онда се правила продаје примењују директно. Федерални врховни суд је најпре одлучио да треба заштитити потрошаче од несаобразности. Касније је проблем решен реформом облигационог права, чл. 453 *BGB* прописује да правила о продаји ствари важе и за продају права и других објеката, чиме је имплицитно обухваћен и софтвер. Потом је покренуто питање да ли исти режим важи и за софтвер испоручен *online*. Чисто правно гледно, проблем је потпуно другачији, јер без телесног медијума потрошач не стиче својину, што је главна садржина (кауза) продаје. Без обзира на то, судови примењују правила о продаји робе.³¹

Европска организација потрошача (*BEUC*) сматра да преузети дигитални садржај који може трајно да се сачува и користи слично као телесне ствари, треба сматрати робом. Облик, односно формат производа је без утицаја на обим заштите потрошача. Као одлучујући критеријум истиче се трајност, перманентност, као и могућност да се садржај сачува на хардверу. То не мора бити лични хардвер, потрошач може закупити

29 Н. Jacquemin, *нав. чланак*, стр. 47.

30 Natali Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, No. 1/2013, стр. 43.

31 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 34.

ти удаљени сервер где ће чувати „свој“ дигитални садржај. Овлашћење чувања је важна карактеристика јер омогућава архивирање, интероперабилност (приступ са више уређаја) и приступ *offline*. Другим речима, дигитални садржај функционише релативно независно од Интернета и трговца, ако потрошач тако жели.³²

Упркос теоријским проблемима око класификације дигиталног садржаја, изгледа да у пракси они нису толико изражени. У ситуацији када је дигитални садржај испоручен на телесном медијуму, у највећем броју држава примењују се правила о продаји робе, директно или по аналогiji. Софтвер испоручен *online* је проблематичнији, нарочито у државама где је роба дефинисана као телесна ствар (Француска, Норвешка, Пољска). У неки државама разликовање робе од услуга није одлучно. Тако нпр. у италијанском праву стандардни софтвер се увек сматра покретним објектом, али не и софтвер креиран за познатог купца. Зато потрошач стандардног софтвера може да користи лекове који су на располагању купцу.³³

3. Дигитални садржај као услуга

У неким државама, нпр. Финској, закон изричито прописује да се софтвер испоручен на телесном медијуму сматра услугом, а исто важи и за софтвер испоручен *online*. Када се дигитални садржај преузима, стримује или извршава *online*, нема опипљиве ствари па се ради о услузи.³⁴ За француске судије сам дигитални садржај је неоипљив чак и када је на телесном медијуму.³⁵ Бројне апликације захтевају непрекидан интернет-приступ и стални ангажман произвођача/трговца да би остале функционалне, што је јасан индикатор услуге, нпр. антивирусни софтвер без ажурирања губи функцију.³⁶ Чак је предложено је да се дигитални садржај укључи у концепт „услуга од општег економског интереса“, чиме би се потрошачима пружио већи степен заштите.³⁷

Ако се испорука дигиталног садржаја посматра као уговор о услузи, онда је релевантна Директива бр. 123/2006 о услугама на јединственом тржишту.³⁸ Међутим, овај акт нема материјалне норме примерене диги-

32 *Ibid.*, стр. 155.

33 Ђорђе Николић, Михајло Цветковић, „Садржина гаранције за исправно функционисање продате ствари“, *Правни живои*, бр. 10/2013, стр. 666.

34 Н. Jacquemin, *нав. чланак*, стр. 47.

35 М. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. дело*, стр. 33.

36 *Ibid.*, стр. 30.

37 С. Мак, *нав. чланак*, стр. 13.

38 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L 376*, 27.12.2006, стр. 36–68.

талном садржају, штавише не односи се ни на најважније услуге. Генерално, заштита потрошача услуга је релативно неразвијена, а правила су на рудиментарном нивоу.

4. Лиценцирани дигитални садржај

По редовном току ствари својина прелази са трговца на потрошача. Прегшт правила потрошачког права произилази из телесности робе. Након предаје ствари потрошач стиче својину, најширу правну власт (*usus, fructus, abusus*). Међутим, дигитални садржај прати и лепеза интелектуалних права (ауторско право, право индустријске својине). Иако је дигитални садржај „купио“, потрошач није његов власник и његова овлашћења су сужена. Трговац не преноси на потрошача својину јер је често и сам нема, већ интелектуална права, потрошач добија лиценцу. У Шпанији и Мађарској уговор о дигиталном садржају представља уговор о лиценци, што значи да се примарно примењују правила права интелектуалне својине.³⁹ Компликује анализу чињеница да многи трговци у уговору са потрошачем (*EULA*, споразум са крајњим корисником) стипулишу да потрошач не купује никаква права или услуге, већ само закључује посао ради искоришћавања туђе интелектуалне својине.⁴⁰

Дигитални садржај истовремено је предмет и права интелектуалне својине и права потрошача, премда ови супротстављени системи имају различито полазиште. Право интелектуалне својине штити аутора, односно титулара интелектуалног права (најчешће мултинационалну компанију), а право потрошача штити физичко лице. Сукоб је присутан и код традиционалних производа, али је у случају дигиталног садржаја он израженији због неопипљивости, новости и великог степена диференцијације дигиталних производа. Ако се предност да праву интелектуалне својине, онда услове лиценце диктира трговац. Потрошач не постаје власник него лиценцирани корисник у мери која одговара трговцу. Положај потрошача зависи од клаузула лиценце и конкретног националног права.

5. Дигитални садржај као добро *sui generis*

Упоредноправна анализа показује да постоји правна несигурност по питању да ли је уговор о дигиталном садржају уговор о продаји робе или пружање услуге. У пракси је изузетно тешко проценити степен када је конкретан дигитални садржај довољно опипљив да би се сврстао у робу, што утиче на право једностраног раскида, одговорност за скри-

39 N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 43–44.

40 P. Rott, *нав. чланак*, стр. 454.

вене недостатке и несаобразност. Класификација зависи од околности конкретного случаја. Није сваки дигитални садржај роба, нити је увек и у потпуности услуга.⁴¹

Зато спор треба превазићи приступом да се ради о уговору *sui generis*. Њега треба уредити посебним правилима једино уколико постоји потреба да се општи уговорни режим модификује. Нова правила погодују дигиталној привреди. Она су или специфична за одређену технологију, или садрже опште принципе, или су комбинација оба приступа. Овакво решење оставља место за будући технолошки развој, са друге стране уводи нове непознате концепције и тако повећава правну несигурност више него *status quo*.⁴²

Дигитални садржај као добро *sui generis* први су видели француски аутори. У Великој Британији се такође залажу да уговор о дигиталном садржају представља уговор *sui generis*, за који ипак важе правила о продаји.⁴³ Директива о правима потрошача не класификује дигитални садржај. Уместо тога, прописана су јединствена правила о информисању потрошача и праву на одустанак. Тако је избегнута проблематична класификација и истовремено постигнуто да директива важи без обзира како је садржај испоручен.⁴⁴

6. Начин употребе као критеријум класификације

Као критеријум класификације дигиталног садржаја може се узети и његово трајање, односно временски период током којег је он доступан потрошачу. Разликују се две ситуације. У првом случају, потрошач прибавља дигитални садржај ради трајног коришћења. У другом случају, садржај је потрошачу доступан само орочено време или ограничен број пута (нпр. да погледа филм једном). Трајно прибављање дигиталног садржаја слично је продаји, док једнократна или орочена употреба више подсећа на услугу (нпр. стриминг).

Централна тема је правна природа уговора о трајном дигиталном садржају, док онај који омогућује орочено коришћење представља уговор о лиценци или уговор о услузи. Код трајног уговора разликују се три елемента: пренос самих података, евентуални пренос медијума на којем су подаци похрањени и пренос концесије о коришћењу података. Када су присутна прва два елемента (пренос података и медијума) такав уговор је најближи продаји. То значи да се примењују правила која важе

41 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *Digital content contracts for consumers*, стр. 32.

42 M. Loos, N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 174.

43 N. Helberger *et al.*, *нав. чланак*, стр. 43–44.

44 M. Јовановић Zattila, M. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 446.

за робу, тачније за ствари са недостатком. Касније је њихов домашај проширен и на садржај преузет *online*.

Истовремено се развило и другачије мишљење да је трајно прибављање дигиталног садржаја трајна лиценца. Овај приступ заснива се на трећем елементу који повлачи примену правила о заштити интелектуалне својине. Нису одлучујући евентуални недостаци, него чињеница да је потрошач ограничен у коришћењу, копирању и располагању дигиталним садржајем. Зато су најважнија правила која сужавају апсолутна права, произашла из класичне продаје.

Уговор о трајном преносу дигиталног садржаја је уговор о пружању услуге једино ако је услужни елемент доминантан и есенцијалан у конкретном односу. Тај елемент се огледа у дуготрајнијој чинидби трговца, захтева се *facere*, нпр. континуирана производња новог оригиналног дигиталног садржаја, инсталирање или редовно узастопно одржавање софтвера.⁴⁵

V Закључак

Аутори оклевају да дефинишу уговор о дигиталном садржају или сам дигитални садржај, сматрајући да је целисходније утемељити одговарајући правни оквир, општа начела и примерена правила. Дефиниције су незахвалне и због принципа неутралности који налаже да правну норму треба тако формулисати да њена примена не зависи од нивоа техничког прогреса. Трајање сваке дефиниције је ограничено због развоја технологије.

Ипак, одсуство општеусвојене законске дефиниције не значи да теоријска није потребна. Дигитални садржај је веома широк појам, он обухвата дигиталне услуге и дигиталне производе, виртуелна добра реалне, неретко врло високе вредности. Реч је о динамичном правном стандарду у непрекидној еволуцији. Главна обележја овог појма су: 1) дигитални садржај састоји се од података/информација у електронском облику; 2) сам дигитални садржај је неопипљив, иако се увек налази на неком телесном медијуму, локалном или удаљеном. То је основна креативна инфраструктура економије базиране на знању, центар привредне, научне, образовне и културне делатности.

Класификација дигиталног садржаја је контроверзна. Ради исправне квалификације уговора о дигиталном садржају, треба узети у обзир следеће околности: 1) да ли је прибављање трајно или орочено; 2) да ли је уговор бесплатан, псеудобесплатан или теретан; 3) да ли су подаци,

⁴⁵ М. Schmidt-Kessel, *нав. дело*, стр. 8–9.

приказани на личном хардверу потрошача, похрањени локално или на персонализованом делу удаљеног сервера. Јављају се три приступа:

1) Дигитални садржај се посматра као роба. Предност ове концепције је што онда важи познати правни режим, у начелу отпоран на технолошке иновације. Разлика између дигиталног садржаја и телесне ствари, класичног производа, се огледа у томе што његова употреба зависи од техничког окружења, одговарајућег хардвера и софтвера. Иако нема преноса својине, а некад изостаје и цена, модификована правила о продаји робе су у великој мери адекватна.

2) Ако се уговор о дигиталном садржају посматра као уговор о пружању услуге, може се очекивати мањи ниво заштите потрошача јер је право услуга неразвијено. Положај потрошача још је гори ако се прихвати концепција о лиценцираном дигиталном садржају, јер онда услове, испод кишобрана права интелектуалне својине, диктира трговац.

3) Важан је и став да полемика око класификације дигиталног садржаја не решава постојеће, већ само заклања праве проблеме. Разликовање дигиталних производа и дигиталних услуга није практично значајно и треба га игнорисати приликом доношења прописа. Један приступ подразумева развијање потпуно новог, самосталног правног режима. Алтернативни приступ значи примену постојећих правила са нужним модификацијама. У сваком случају, потрошач не треба да трпи због правних недоумица да ли се ради о роби, услузи, лиценци или добру *sui generis*.

Đorđe NIKOLIĆ

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

Mihajlo CVETKOVIĆ

Assistant at the Faculty of Law University of Niš

DIGITAL CONTENT: DEFINITION AND LEGAL NATURE

Summary

Digital content has become an important element of the European and national economies. Digital products fulfill our needs for information, personal development, entertainment, communication and social interaction. It is a very broad phenomenon, which refers to high value digital data. The application of consumer law to digital content contracts encounters a number of obstacles. Probably one of the most evident characteristics of digital content markets is the move from the supply of predominantly tangible goods towards intangible products. The comparative analysis shows that there is uncertainty concerning classification of digital content contracts as contracts for the provision of goods or services. In most cases, a licence element is included in the relationship between trader and consumer, at his own expense. Some authors try to overcome the distinction by developing a sui generis regime, by drafting tailor-made rules where there is a specific need for them. It seems, however, that sales regime with minor modifications is applicable for digital content contracts, since service law is still rudimentary and license option is not recommended because of its unfairness against consumer.

Key words: *digital content, consumer, CESL, services, goods, internet.*