

Михајло ЦВЕТКОВИЋ
асистент на Правном факултету Универзитета у Нишу

Др Ђорђе НИКОЛИЋ
ванредни професор Правног факултета у Нишу

САОБРАЗНОСТ ДИГИТАЛНОГ САДРЖАЈА*

Резиме

Овај рад, као наставак на чланак „Дефиниција и правна природа дигиталног садржаја“ (Право и привреда, 7–9/2014), ослањајући се на европске формалне изворе (CESL, Директива о правима потрошача, Упутство за примену Директиве) и страну литературу, освештава нове појмове у домаћем Праву потрошача. Саобразност дигиталног садржаја је проблематична, јер је и његова правна природа спорна. Објашњава се аналозијом са традиционалним производима, уз прихватње нових идеја као што је „исеудобесилајносћ“. Саобразност зависи од предуговорне информисаности потрошача и његових основаних очекивања, али ови елементарни концепти уговорног права у дигиталном окружењу имају специфично значење. Несаобразност се описује као некомпатибилност, немогућност умножавања и присиујања, перманентна променљивост. Неквалитетан дигитални производ угрожава безбедост, па и основна људска права потрошача. Трговци злоупотребавају правну несигурност, умањујући своју одговорност за несаобразност.¹

Кључне речи: заштитна потрошача, Интернет, материјални недостаци, уговорно право, бесилајносћ.

* Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке.

I Увод

Дигиталним садржајем сматрају се подаци произведени и испоручени у дигиталном облику.¹ Појам обухвата компјутерске програме (софтвер), апликације (на пример, за мобилне телефоне), видео игре, музику, видео записе и текст, без обзира како им се приступа. Уговори који омогућавају промет дигиталног садржаја деле се на две групе. Уколико је дигитални садржај испоручен потрошачу на трајном медијуму (на пример, CD, DVD, меморијска картица) сматраће се робом, а уговор је класична продаја. Такви уговори су најраније обухваћени „потрошачким“ прописима.² У случају када се дигитални садржај не испоручује на опипљивом медијуму, уговор између трговца и потрошача нити је уговор о продаји робе нити уговор о пружању услуге, већ спада у посебну категорију.³ Коришћење таквог садржаја омогућава Интернет: потрошач га преузима на свој уређај или приступа удаљеном серверу (на пример, е-пошта, сервиси доступни преко Кобсона-а).

Шта су разумна очекивања потрошача када се ради о електронској књизи, *online* игри, преузетој песми или апликацији? Саобразност зависи од основаних очекивања потрошача, али још увек нема увреженог мишљења о томе шта је „нормална“ или „редовна“ употреба једне електронске књиге. Она се не користи као традиционална. Е-књига захтева одговарајући хардвер и софтвер (платформу). Редовно је заштићена од копирања, није предмет послуге, нити се може продати половна. Редовно је доступна само одређено време или ограничен број пута. „Јавиће“ продавцу шта читалац воли, па ће уследити бомбардовање рекламним порукама.

Проблеми несаобразности дигиталног садржаја решавани су применом традиционалних правила о продаји. Међутим, нови пословни модели отежавају утврђивање несаобразности. На пример, стриминг подразумева да потрошач види дигитални садржај једном, без могућности да га похрани на свом уређају (скоро као биоскоп).⁴ Како то изједначити са продајом када нема ни цене ни преноса својине, већ се ради о једнократном овлашћењу? Развој „рачунарства у облаку“, где

1 Закон о заштити потрошача (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2014; у даљем тексту: ЗЗП), чл. 5 тач. 10.

2 Ђорђе Николић, Михајло Цветковић, „Дефиниција и правна природа дигиталног садржаја“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2014, стр. 54–56.

3 Слично уговорима о испоруци воде, гаса и електричне енергије. Директива о правима потрошача (*Directive 2011/83/EC on Consumer Rights*; у даљем тексту: Директива), тач. 19.

4 Peter Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 4/2008, стр. 450.

се дигитални садржај налази на удаљеном серверу трговца, додатно отежава квалификацију да ли је у питању несаобразност производа или услуге.

У праву потрошача говори се о саобразности, у уговорном праву о материјалним недостацима. Како код их назвали, у случају њиховог постојања продавац одговара потрошачу. Међутим, пре употребе лекова неопходно је постављање дијагнозе.

II Законске дефиниције несаобразности и поређење са робом

У делу о несаобразности CESL посебно помиње дигитални садржај. Постоји несаобразност ако он не може да се користи у складу са разумним очекивањима потрошача заснованим на оним што је уговорено (чл. 100, тач. b, f, g).⁵ Мада ЗЗП помиње само саобразност робе и услуге, то не значи да је дигитални потрошач незаштићен. У крајњу руку, ЗОО за све уговоре са накнадом предвиђа сходну примену одредби о одговорности продавца за материјалне и правне недостатке (чл. 121). Продавац је дужан да испоручи дигитални садржај саобразан уговору (ЗЗП, чл. 50). Саобразност се претпоставља ако испоручено: 1) одговара опису који је дао продавац; 2) има својства потребна за нарочиту употребу, а која је била позната продавцу;⁶ 3) својства за редовну употребу; 4) по квалитету и функционисању одговара ономе што је уобичајено и што потрошач основано очекује с обзиром на природу дигиталног садржаја и јавна обећања продавца, произвођача или њихових представника. Према изложеном, ЗЗП саобразност везује преваходно за опис који је дао трговац. Овај приступ, преузет из Директиве, доктрина критикује, јер све информације о квалитету дигиталног садржаја поседује произвођач. Сматра се да је субјективно/објективна концепција из CESL наклоњенија потрошачу.⁷

CESL садржи и правило о правним недостацима (чл. 102). Дигитални садржај треба да је слободан од права трећих лица заснованих на интелектуалној својини. Пошто редовно дигитални садржај представља ауторско дело или индустријску својину, понуђену формулацију доктрина је аргументовано критиковала. Предлагач CESL је заправо хтео да

5 Нацрт Заједничког европског закона о продаји (*Common European Sales Law*, 2011; у даљем тексту: CESL).

6 На пример, потрошач напомене трговцу да жели да погледа филм на рачунару, телевизору и телефону.

7 Natali Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 1/2013, стр. 46–47.

каже да је дигитални садржај који угрожава интелектуална права трећег лица несаобразан уговору. У том смислу треба тумачити и ст. 2 чл. 121 ЗОО да је преносилац дужан да штити прибавиоца од права и захтева трећих лица којима би његово право било искључено или сужено.

Саобразност се утврђује према тренутку преласка ризика. Више момената долази у обзир: испорука (*traditio vera* или *online*), инсталирање, прво покретање, регистрација. Када постоји телесни носач (CD, DVD, USB) то је тренутак његове предаје. На пример, ако се диск оштети док је у државини потрошача, па дигиталном садржају не може да се приступи, онда нема несаобразности.⁸ Када дигитални садржај није на телесном медијуму, ризик прелази од тренутка је потрошач стекао контролу на њим. У случају преузимања то значи тек након потпуног преузимања (порука 100%). Прекид у преносу података пада на терет продавцу. Када је потребно да се дигитални садржај инсталира на основу упутства произвођача, ризик прелази тек након истека разумног времена за инсталирање.⁹

Несаобразност се уочава након што је дигитални садржај испоручен потрошачу. Терет доказивања носи потрошач, при чему му помаже правило да дигитални садржај треба да буде подобан за уобичајену сврху. Потрошач доказује да је мана „урођена“, односно да је није сам изазвао. Терет доказивања је велики и техничке природе. Најчешће се грешка манифестује убрзо након куповине. Доказ да је проблем у набављеном дигиталном садржају, а не у уређају потрошача јесте то што други садржај уредно ради.¹⁰ Осим тога, доказ су и слике екрана са поруком о грешки као и одговарајући дневници. Наведено, превасходно, важи за дигитални садржај конзумиран преко рачунара. Међутим, ситуација је компликованија када се несаобразност испољи „замрзавањем“ уређаја за навигацију или телефона. Олакшавајућа је околност ако сличан проблем имају и други потрошачи, па се о томе поведе дискусија на интернет форуму.

Раније се правила разлика између дигиталног садржаја испорученог на телесном носачу и *online* садржаја, јер је први третиран као роба па је био у домањају директиве 1999/44/ЕС.¹¹ Важе правила о продаји,

8 Marco Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, у: Kai Purnhagen, Peter Rott (editors), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, London, 2014, стр. 611–634 (15).

9 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (15).

10 Adam Gray, „Enhancing Consumer Confidence by Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, 2012, доступно на адреси: <http://www.which.co.uk>, 15.3.2015, стр. 40.

11 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. 57.

иако нема преноса својине, а често изостаје и цена. Тако су теоријски најспорнија решења била у пракси најприхватљивија. Постоје многа одступања, на пример, у Немачкој, када је предмет испоруке стандардни софтвер онда је реч о потрошачком уговору о продаји, када се софтвер израђује по спецификацијама за познатог купца, онда је то уговор о делу.

Не треба заборавити правно релевантне разлике у односу на традиционалне производе. Потрошач постаје власник купљене робе, али дигитални садржај изузетно ретко може да се прода трећем.¹² Квалитет дигиталног садржаја потрошач може да процени тек када започне коришћење.¹³ Након раскида уговора у аналогном свету долази до реституције, потрошач враћа производ. Овде нема враћања, али се од потрошача очекује да дигитални садржај обрише, што је тешко проверљиво. Зато приликом нормирања треба узети у обзир и легитимне интересе трговца, односно произвођача.

III Специфичности несобразности дигиталног садржаја

1. Дужност обавештавања пре закључења уговора

Постоји несаобразност када дигитални производ одступа од описа. Трговац је дужан да пре закључења уговора, потрошача на јасан и разумљив начин да обавести о његовим основним обележјима (ЗЗП, чл. 13 ст. 1 тач. 1). Обим обавезе зависи од околности и врсте дигиталног садржаја. На пример, тип фајла казује потрошачу да ли се књига уклапа у његову постојећу дигиталну библиотеку; податак о компресији података казује му да ли хардвер има капацитет за његово преузимање, са друге стране ова информација није релевантна за стримовани садржај. Јефтине апликације за мобилни телефон не морају да садрже информације о ажурирању, за разлику од антивирусних или „канцеларијских“ пакета.¹⁴

Важно је обавештење о плаћању, начину и року испоруке, извршењу других уговорних обавеза (ЗЗП, чл. 13 ст. 1 тач. 4). Дигитални садржај често прати могућност куповине додатака иако је основна верзија бесплатна, то је тзв. „куповина током примене“. Нема неса-

12 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 45.

13 Marco Loos, Chantal Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, 2012, доступно на адреси: <http://papers.ssrn.com>, 12.2.2015, стр. 11.

14 Упутство у вези Директиве 2011/83/ЕС (*DG Justice Guidance Document Concerning Directive 2011/83/EU*, у даљем тексту: Упутство), стр. 69.

образности када је потрошач обавештен да се додатне функције посебно плаћају.¹⁵

Изузетно је важно обавештење о функционалности дигиталног садржаја (ЗЗП, чл. 13 ст. 2 тач. 3). То су информације о начину коришћења дигиталног садржаја као и о рестриктивним техничким мерама као што су DRM или регионално кодирање.¹⁶ Конкретно, трговац пружа следеће информације: језик дигиталног садржаја и језик упутства; начин коришћења: стриминг, *online*, једнократно преузимање, приступ у одређеном време; за видео и музички садржај – дужина емитовања; за садржај који се преузима – величина и врста фајла; да ли постоји обавеза трговца, односно право потрошача да ажурира дигитални садржај; могућност „праћења“ потрошача прикупљањем података о њему; могућност персонализације. Трговац мора да обавести о било каквим ограничењима: временским или „количинским“; да ли је дозвољено копирање и у које сврхе; да ли постоје ограничења у погледу локације корисника.¹⁷

Захтева се обавештење о релевантној интероперабилности дигиталног садржаја са уређајем потрошача (ЗЗП, чл. 13 ст. 2 тач. 4). Ове информације подразумевају упознавање потрошача са техничким условима неопходним за експлоатацију (на пример, верзија оперативног система, минималне перформансе, постојање *online* везе).¹⁸ Мисли се на усклађеност са хардвером и софтвером који су трговцу познати или су у широкој употреби.¹⁹ Због огромне диверсификације хардвера, софтвера и самог садржаја, није могуће формирати комплетну листу параметара о компатибилности, па је понуђена листа отвореног карактера.²⁰

Дигитални садржај се редовно прибавља закључењем уговора електронским путем. Постоји елемент иностраности, ради се о уговорима закљученим преко Интернета. Трговац је дужан да пре закључења уговора на даљину, на јасан и разумљив начин потрошача обавести о својој адреси пословања и контакту за реклаamacију (ЗЗЗП, чл. 27). Када трговац својом *online* платформом омогућава произвођачима да продају своје дигиталне производе, власник платформе обавезан је да информације о произвођачу потпуно прикаже.²¹ То је важно због идентификовања одговорног субјекта.

15 На пример, додатни нивои у видео играма, аудио-визуелни материјал „на захтев“; додатна плаћања за чланство. Упутство, стр. 65.

16 Директива, тач. 19.

17 Упутство, стр. 68.

18 Директива, тач. 19.

19 Директива, чл. 5 ст. 1 тач. X.

20 Упутство, стр. 67.

21 Упутство, стр. 24.

Уколико трговац повреди наведене обавезе обавештавања потрошача, не само да уговор није правоваљан (у нашем праву постоји могућност поништаја), него је такав пропуст од значаја при утврђивању несаобразности (производ треба да одговара опису).²²

2. Псеудобесплатност

У уговорном праву, код бесплатних уговора преносилац не гарантује за правне и материјалне недостатке. Нема еквиваленције, па се прибавилац нарочито не штити. Следећи такво резонување, CESL прописује да се при утврђивању разумних очекивања потрошача узима у обзир да ли је за дигитални садржај плаћена цена (чл. 100 тач. г). Потрошач који није платио не треба да очекује исти квалитет као потрошач који је закључио теретни уговор. Иначе, бесплатне верзије су мање функционалне или се основна верзија нуди бесплатно да би се потрошачи „упецали“ и куповали додатке. Поред тога, CESL ограничава лекове када за дигитални садржај није плаћена цена у новцу (чл. 107). Потрошач онда има једино право на накнаду штете проузроковане његовој имовини, укључујући хардвер, софтвер и податке. Тако је он лишен уобичајених лекова: уредног испуњења (поправка, замена), ускраћивања своје обавезе, раскида уговора, смањења цене. Следи да потрошач бесплатног садржаја ужива мањи степен заштите.

Међутим, иако потрошач често дигитални садржај не плаћа новцем, редовно постоји другачија противчинидба. 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, кретању, интересовању). Подаци се продају трећем (као што чини *Facebook*) или се користе за тзв. циљани маркетинг (*Google*). Лични подаци се лако претварају у новчану вредност, доносећи огроман профит. Јављају се и другачије неновчане противчинидбе, нпр. да би се погледао снимак или слушала музика, потрошач мора да се региструје, одгледа рекламу, попуни упитник. Осим тога, користе се и виртуелне валуте стварне вредности као и крипто-валуте (*Bitcoin*). Обележје ових уговора је псеудобесплатност.

У случају псеудобесплатности, логично је да потрошач нема право на смањење цене, али укидање других лекова је проблематично. Зашто одузимати право на замену или поправку ако је то у обостраном интересу? Треба признати и право на раскид уговора. Нарочито када је

22 Marco Loos, Natali Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, *European Review of Private Law*, бр. 6/2011, стр. 734.

плаћено личним подацима, потрошач има легитимни интерес да трговац обрише његове податке како не би могао даље да их експлоатише. Треба прописати обавезу трговца да избрише прикупљене податке, потрошач има право да „буде заборављен“.²³ Ово стоји и када је потрошач платио цену. Нелогично да се уважавају микро-плаћања (нпр. 99 центи по песми), али не и значај личних података.²⁴ Зато треба изједначити режим за псеудобесплатне и теретне уговоре.²⁵ То треба да подсети потрошаче на вредност коју често несвесно дају, иако није било новчане трансакције.²⁶

Директива важи и за псеудобесплатне уговоре, зато што обухвата „све уговоре између трговца и потрошача“ (чл. 1); на пример, из продавнице апликација преузета је бесплатна игра. Међутим, Директива се не односи на ситуације када се садржај бесплатно емитује путем Интернета без закључења уговора. Само приступање сајту, па и преузимање са њега не значе закључење.²⁷ У супротном би ризик за трговца био неподношљив.

3. Очекивања потрошача

Приликом утврђивања несаобразности узимају се у обзир основана очекивања потрошача. Постоји материјални недостатак када производ нема својства потребна за редовну или нарочиту употребу. За традиционалне производе садржај ових правних стандарда је добро познат. Очекивања е-потрошача граде се аналогично са телесним производима, на пример, диск може да се користи на сваком плејеру; бензин са једне пумпе у било ком аутомобилу. Међутим, апликација са телефона не ради на рачунару. Тржиште дигиталног садржаја је иновативно и променљиво. Карактеристике производа варирају у зависности од произвођача и непрестано еволуирају, па нису упоредиве. Немају сви потрошачи једнака очекивања. Старији не виде ситна слова, док млађи захтевају већу резолуцију – тада се приказује више ситнијег садржаја. Обимна обавештења о условима лиценцирања и коришћења ретко ко прочита пре него што на њих пристане. Због неопипљивости и разноврсности дигиталних производа тешко је одредити „основана очекивања“ дигиталног потрошача.

23 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (20).

24 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (5).

25 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 757.

26 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 41.

27 Упутство, стр. 8.

Пошто нема објективног мерила, очекивања потрошача по својој вољи обликују трговци и произвођачи. Када трговац пре закључења уговора обавести потрошача о неком ограничењу, он остаје без аргумента да је основано очекивао нешто друго, па касније не може да се позива на несаобразност.²⁸ Сама индустрија диктира шта „редовна употреба“ подразумева.²⁹ Са једне стране, јача страна је у позицији да појасни и информисе потрошача о карактеристикама производа. Са друге стране, тако јој је омогућено да манипулише очекивањима потрошача, самопостављајући стандарде.

Стандардизација је најранији облик заштите потрошача.³⁰ Стандарди дају законодавцу и судији мерило према којем се утврђује просечан квалитет. Одступање представља несаобразност. Мада право потрошача полази од тога да тржиште нуди стандардизоване производе, то са дигиталним садржајем није случај. У односу на традиционалне производе постоји велика диверзификација. Због утицаја технологије, права интелектуалне својине и различитих пословних модела тешко је проценити шта су главне карактеристике и уобичајене функције, односно шта су легитимна очекивања потрошача.³¹ Неки аутори предлажу да се одреде минимални стандарди у погледу приступачности, функционалности и безбедности дигиталних производа.³² Повећана правна сигурност погодује свима. Потрошачи би били сигурни да је садржај макар просечан. Трговци би били ослобођени ризика да нису довољно информисали потрошача, јер би обавеза обавештавања важила само за одступања од стандарда. Међутим, постоје и аргументи против стандардизације. Она би „замрзла“ постојеће стање које није технички, правно ни морално оптимално, већ је резултат компромиса и политике. Такав приступ би обесхрабрио инвестирање у нове технологије и иновације.³³

IV Несаобразности у пракси

Класификовање појавних облика несаобразности нема правни значај у погледу правних лекова, али је значајно због њиховог иден-

28 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 51.

29 Marco Loos, Natali Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, 2011, доступно на адреси: <http://dare.uva.nl>, 15.2.2015, стр. 104.

30 Стандардизација је дала одличне резултате код безбедности играчака, услуга од општег економског интереса, у фармацији.

31 Natali Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, *Info*, бр. 6/2001, стр. 76.

32 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 72.

33 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 72.

тификовања и разграничења. Редовно се ради о скривеним недостацима, што значи да ће их потрошач открити тек након коришћења (преузимања, односно инсталирања) дигиталног садржаја.³⁴ Трговац је дужан да о познатим недостацима обавести потрошача пре закључења уговора, што је јако проблематично, јер дигитални садржај који прави проблеме једном потрошачу, истовремено ће сасвим одговарати другом потрошачу због разлике у платформи, односно конкретном техничком окружењу. Постоји несаобразност када трговац зна за недостатак „универзалне“ природе и о њему не обавести потрошача.

1. Приступ и компатибилност

Основно обележје дигиталног садржаја је да се користи искључиво помоћу хардвера и софтвера. На пример, за е-књигу је потребан рачунар, одговарајући програм за „откључавање“ и још један за приказивање. Проблеми са приступом су чести, на пример, мобилни телефон, рачунар или систем за навигацију неуспешно приступа преоптерећеном серверу произвођача.³⁵ Питање несаобразности се отвара и када потрошач нема приступ дигиталном садржају похрањеном локално или нема приступ својим другим уређајем. Приступачност зависи од компатибилности стандарда и формата (на пример, старији плејер не чита заштићен диск) и зато се повезује са обавештењем о интероперабилности. Рекламна изјава (јавно обећање огласом) да је игра за конзолу А или Б; апликација за Андроид, *Windows*, или *IOS* базиран телефон; е-књига за читач Ц или Д, значи да потрошач не може основано да очекује приступ неким другим уређајем. У сектору видео игара „подељеност феуда“ је постала правило, уместо да је изузетак.³⁶ Слично, трговац обавештава потрошача о минималним системским захтевима за коришћење дигиталног садржаја. Када су поменуте информације адекватно саопштене потрошачу, дигитални садржај је саобразан опису, осим ако ограничење интероперабилности не представља непоштену трговачку праксу.³⁷

Дискови са дигиталним садржајем већином су заштићени тзв. регионалним кодирањем. На пример, диск за америчко тржиште не може

34 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 108.

35 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 109.

36 N. Helberger, „Standardizing consumers' expectations in digital content“, стр. 71.

37 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 116.

се користити на уређају продатом у ЕУ. Нема несаобразности уколико је потрошач информисан о сличним ограничењима. Са друге стране, ако необавештени потрошач легитимно очекује да свуда користи дигитални садржај, постоји несаобразност због немогућности приступа. Када дигитални садржај захтева одговарајући софтвер који се посебно набавља, несаобразност постоји једино ако потрошач није о томе јасно обавештен, па је легитимно очекивао да је закључење првог уговора довољно.³⁸

Изјава трговца пре закључења уговора да дигитални садржај није тестиран са одређеним хардвером, не ослобађа га одговорности за несаобразност. Уважавање такве изјаве би довело трговца у повлашћен положај, он не би одговарао чак и када дигитални садржај не функционише на платформи за коју је направљен. То би стимулисало трговца да не тестира.³⁹ Несаобразност постоји када се дигитални садржај не може уобичајено користити на платформи за коју је трговац дао афирмативну изјаву. Од трговца се не очекује да прати све информације везане за компатибилност. Битно је место њиховог објављивања, на пример, информације на неком интернет форуму нису релевантне, али је другачије ако се ради о проблему којим су се бавили медији, односно постоји објава на сајту произвођача.⁴⁰ Трговац носи ризик незнања о својој понуди. Његова обавеза је већа ако са дигиталним садржајем продаје истовремено и платформу.

2. Умножавање (функционалност)

Дигитални садржај по функционисању треба да одговара ономе што је уобичајено. Спорно је да ли могућност умножавања представља уобичајену функцију. Право интелектуалне својине и право потрошача имају супротна полазишта. Заштитне техничке мера сузбијају пиратерију, али истовремено онемогућавају легитимно умножавање, коришћење истог производа на више уређаја једног потрошача и онемогућавају даљу продају. Таква ограничења нарушавају редовну употребу па се отвара питање несаобразности. У француском праву, техничке мере против умножавања не смеју да угрозе компатибилност дигиталног садржаја са потрошачевим уређајима, иначе постоји несаобразност.⁴¹

38 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 745.

39 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 748.

40 M. Loos, „The regulation of digital content B2C contracts in CESL“, стр. 611–634 (17).

41 N. Helberger, „Standardizing consumers’ expectations in digital content“, стр. 71.

Умножавање је најчешће забрањено „уговором са крајњим корисником“, којем потрошач приступа. Забрана је пуноважна уколико није неправична. Клаузуле доступне потрошачу тек када отпакује запечаћени носач дигиталног садржаја или након преузимања су ништаве, јер трговац о њима треба да обавести потрошача пре закључења уговора.⁴² У Немачкој, производи који не могу да се умножавају обележени су посебном ознаком, а као такви се и рекламирају. Недостатак ознаке значи да је умножавање дозвољено.⁴³ Трговац експлицитно треба да помене забрану умножавања, па тек након потрошачевог пристанка на ограничење нема несаобразности.⁴⁴

У аналогном свету класичних производа постојали су слични проблеми, али у мањој мери. Једноставно, потрошач није могао сам да умножи грамофонску плочу. Држава је прописивала посебне таксе за празне траке, погодне за пиратерију.⁴⁵ Данас, сваки уређај који похрањује дигитални садржај способан је и за умножавање. Са друге стране, раније је било немогуће да произвођач контролише да ли се потрошач придржава уговорених услова лиценцирања. Међутим, модерна технологија прикупља податке ко, како и када користи дигитални садржај. У случају злоупотребе произвођач лако онемогући приступ, што је вид притиска незамислив код традиционалних производа. Угрожено је право на приватност под изговорим да се потрошачу пружи „персонализовано“ и „специјално за њега скројено искуство“. Пословни модел где се могућност умножавања дигиталног садржаја додатно плаћа је легитиман.⁴⁶

Нису све копије једнаке. Говори се о резервним копијама, умножавању за личне потребе, дељењу пријатељима и трећим лицима. Директива о компјутерским програмима,⁴⁷ дозвољава купцу резервну копију софтвера када је то потребно и у складу са његовом наменом. Међутим, трговац ово право лако искључује уговорном клаузулом са

42 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

43 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 448.

44 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

45 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 444.

46 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 115.

47 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 114.

изговором да штити интелектуалну својину. Поред тога, поменута директива се односи само на софтвер. Треба дозволити резервне копије свих врста дигиталног садржаја.⁴⁸

Истраживање јавног мњења показује да потрошачи у великој мери очекују „приватно умножавање“ музике са диска.⁴⁹ Такав интерес је разумљив, све док није пиратерија. Пошто је очекивање основано, онда постоји несаобразност када дигитални садржај то онемогућава. Приватна копија не угрожава пласман производа, па трговац нема легитимни интерес да је забрани.⁵⁰ Потпуна забрана умножавања је неправична и ништава.⁵¹ Међутим, то је озбиљно задирање у Право интелектуалне својине.

У вези са функционалношћу, спорно је отуђење дигиталног садржаја трећем лицу, односно давање на послугу. По аналогији са робом, потрошачи ову могућност очекују. Тим поводом, Немачки федерални Врховни суд разматрао је занимљив случај: Игра продата на диску се игра *online*, након активације јединственим бројем – шифром. Посебна клаузула упозорава да је игра непреносива на треће лице. Суд је закључио да ограничење није непоштена трговачка пракса, јер је јасно одштампано на самом диску. Диск је могуће продати трећем, мада је он сам за себе бескористан. За телесне ствари (па и за програме) важи један, али за *online* приступ режим.⁵²

3. Квалитет и трајност дигиталног садржаја

Дигитални садржај по квалитету треба да одговара ономе што је уобичајено. Недостатак квалитета је некад мерљив квантитативно (на пример, резолуција видео или музичког фајла), или се манифестује као непоузданост у раду (на пример, навигација погрешни пут). Када потрошач одабере гори квалитет због мање цене, нема несаобразности.⁵³

48 M. Loos, C. Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, стр. 14.

49 M. Loos, C. Mak, „Remedies for buyers in case of contracts for the supply of digital content“, стр. 13.

50 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 447.

51 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 448.

52 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 97.

53 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 746.

Проблематично је застаревање дигиталног садржаја због технолошког напретка. Класични производи такође застаревају, нарочито високо-технолошка роба, знатно пре истека животног века (телефони, рачунари). Дигитални садржај није несаобразан само зато што је његова унапређена верзија постала доступна након закључења уговора (CESL, чл. 103). Производ нема недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ (ЗЗП, чл. 59). Оцена дотрајалости се утврђује с обзиром на тренутак закључења уговора. Не захтева се да дигитални садржај буде „најсавременији“ одређени период након закључења уговора.⁵⁴

Поставља се питање колико дуго дигитални садржај треба да буде подобан за редовну употребу. У пракси, потрошач стално путем Интернета ажурира дигитални садржај како би он остао функционалан, што је услуга коју пружа произвођач (на пример, доставља нове мапе за навигациони уређај). Немогућност ажурирања представља несаобразност, било да је она уговорена уз накнаду или псеудобесплатно. Са друге стране, ажурирање је временски ограничено. Није разумно очекивати да произвођач нуди ажурирање у недоглед, поготову кад дигитални садржај застари толико да је ажурирање скопчано са прекомерним трошковима. На пример, антивирусни софтвер из 2013. године ажурира се током 2014. али у 2015. години ажурирање није довољно, већ је потребна нова верзија. Не треба очекивати да нове апликације раде на платформи старој десет година. Када функционисање дигиталног производа захтева ажурирање или одржавање, он мора да буде саобразан уговору током читавог периода трајања уговора (CESL, чл. 105 ст. 4).

Трајност дигиталног садржаја је у вези за компатибилношћу. На пример, *Microsoft* је одустао од система „*Plays for sure*“, а систем наследник није компатибилан, па је дигитални садржај раније набављен неупотребљив. То је супротно основаном очекивању потрошача да производ користи до краја животног века. Мада ништа није вечно, трајност дигиталног садржаја не бити у дискрецији произвођача. У аналогном свету слична је обавеза снабдевања резервним деловима током примереног периода у складу са начелом савесности и поштења. Произвођач треба да омогући коришћење дигиталног садржаја чак и када напусти платформу за њега.⁵⁵

Понекад је тешко установити ко је одговоран за губитак одређене функције због дотрајалости. На пример, „паметни“ ТВ се рекламира са функцијом да приказује *Youtube*. Међутим, то не значи да ће ова

54 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 35–36.

55 P. Rott, „Download of Copyright – Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law“, стр. 446.

функција бити доступна током читавог животног века уређаја или да неће престати под условима које диктира *Youtube*, мада је он у односу на потрошачки уговор треће лице. Са друге стране, потрошач основано очекује не само да ТВ ради, него и да на њему и гледа *Youtube*, јер је баш зато купио скупљи модел. У таквим ситуацијама тешко је раздвојити саобразност дигиталног садржаја од саобразности услуге, односно самог уређаја.⁵⁶ У сваком случају, прерана дотрајалост дигиталног садржаја представља несаобразност.

4. Грешке и безбедност

Због грешака у самом дигиталном садржају он постаје неупотребљив, на пример, база података приказује нетачне информације. Грешке се манифестују и као квар платформе па је тешко разлучити шта је прави узрок проблема, на пример, преузети софтвер изазива ресетовање уређаја. Постоји несаобразност када услед грешака потрошач не може у пуној мери да користи дигитални садржај или свој уређај. Ако дигитални садржај проузрокује штету на имовини потрошача, онда важе одредбе о одговорности за ствари са недостатком.

Индустрија тврди да је нормално да дигитални садржај, а нарочито софтвер, има одређене грешке када се први пут појави на тржишту. Међутим, немачки Врховни суд је још 1987. године оспорио тај став.⁵⁷ Поставља се питање када су грешке довољно озбиљне да представљају несаобразност. Треба узети у обзир колико времена је производ на тржишту, као и да ли је у питању његова пробна верзија (бета). Када су основана очекивања потрошача изневерена постоји несаобразност без обзира да ли је недостатак већи или мањи. У вези са проценом је и обавеза потрошача да редовно ажурира дигитални производ, чиме омогућава произвођачу да отклони грешке. Потрошачев пропуст у том смислу представља поверилачку доцњу, односно његов допринос штети. Посебно је питање како решити овај проблем када се за ажурирање захтева додатна накнада.⁵⁸

Грешке у дигиталном садржају отклањају се у његовим наредним верзијама. Што је дигитални производ дуже на тржишту, очекивање да су грешке отклоњене је заснованије. За нови софтвер је толеранција већа, него за унапређене верзије старог. Међутим, ако је трговац продао старију верзију са недостатком, знајући да у исто време постоји на

56 A. Gray, „Enhancing Consumer Confidence By Clarifying Consumer Law: Consultation on the supply of goods, services and digital content“, стр. 36.

57 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 747.

58 N. Helberger *et al.*, „Digital Content Contracts for Consumers“, стр. 53.

тржишту новија верзија где је тај недостатак отклоњен, и о томе није обавестио потрошача, постоји несаобразност.

Потрошач основано очекује да дигитални садржај неће угрозити безбедност његове платформе отварањем „сигурносних рупа“ које затим могу да злоупотребе трећа лица. Дигитални садржај треба да буде без вируса, без обзира да ли је конкретни вирус познат у време испоруке. Са друге стране, када *malware* нападне и поквари дигитални садржај, правних лекова нема, јер је дигитални садржај био саобразан у тренутку испоруке.⁵⁹

Небезбедни дигитални садржај угрожава право потрошача на мир и приватност. Наиме, творац дигиталног садржаја омогући трећем лицу, за противнакнаду, приступ уређају потрошача. Такав производ прати његово понашање и кретање, бележи навике и интересовања. Сличне проблеме изазива *spam* преко е-поште или *sms* порука. Описано поступање је неправична пословна пракса, а сам дигитални садржај је несаобразан. Са друге стране, нема несаобразности ако је потрошач сам доставио своју електронску адресу и пристао је на „понуде и промоције“. Слање упркос накнадном противљењу је недопуштено.⁶⁰

V Закључак

Парадоксално, трговац своју обавезу да обавести потрошача користи у сопственом интересу по принципу: ако потрошача информисем – нема одговорности. Пристрасни „Уговори са крајњим корисником“ такође сужавају легитимна очекивања потрошача. Тако трговац вештим обавештавањем и уговарањем знатно побољшава свој положај, умањујући шансе да одговара за несаобразност. Границе таквом поступању су правила о непоштеној трговачкој пракси, али и опште начело савесности и поштења. Нуђење „бесплатног“ дигиталног садржаја представља само један нов пословни модел, а не трговачку дарезљивост.

„Основана очекивања“, „нормално функционисање“, „редовна употреба“, „главне карактеристике“ су још увек неформирани правни стандарди када је у питању дигитални садржај. Најизвеснију заштиту потрошач ужива када је дигитални садржај испоручен на телесном медијуму. Она је за степен мања уколико је производ преузет за Ин-

59 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „The regulation of digital content contracts in the optional instrument of contract law“, стр. 748.

60 M. Loos, N. Helberger *et al.*, „Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts“, стр. 121.

тернета. Због дилеме између аналогije са робом или услугом, највећа несигурност постоји за *online* дигитални садржај. Важно је обезбедити исти степен заштите, без обзира на начин испоруке. Уосталом, зато је и напуштена ранија дихотомија телесни/нетелесни медијум.

Тест саобразности узима у обзир основана очекивања потрошача, а не интерес носиоца лиценце. Потпуна немогућност умножавања представља несаобразност. Правна природа ажурирања је двојака. То је право е-потрошача, али истовремено и његова обавеза.

Доктрина треба да задржи непристрасност, јер правни писци нису адвокати потрошача. Пракса домаћег законодавца да парцијално преузима решења из европских директива, уводи у домаће право појмове који су без додатног објашњења бескорисни (на пример, релевантна интероперабилност).

Када би сада прихваћени стандарди за процену квалитета и функционалности дигиталног производа важили у аналогном свету традиционалних производа, стање би било апсурдно. Аутомобил би се без разлога рестартовао; сваки нов модел би захтевао посебну, специјалну обуку; могла би да га користи искључиво једна особа; сваки произвођач захтевао би сопствену врсту горива; продаја половног аутомобила би била немогућа; браве и прозори би се наплаћивали посебно.

Mihajlo CVETKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Niš

Đorđe NIKOLIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Niš

CONFORMITY OF DIGITAL CONTENT

Summary

This paper, as continuation of the article “The definition and the legal nature of digital content” (Law and Economy, 7–9/2014), while relying on the European formal sources (CESL, Directive on consumer rights, Guidelines for Directive Implementation) and foreign literature, sheds light on new concepts in Serbian consumer protection law. Conformity of digital content is problematic because its legal nature is controversial. It can be explained by analogy with traditional products, with support of new ideas such as “pseudo-gratuity”. Conformity depends on pre-contractual information and legitimate consumer

expectations, but these basic concepts of contract law have a specific meaning in the digital environment. Lack of conformity is described as incompatibility, prohibition of duplication, inaccessibility, premature obsolescence. Substandard digital product is endangers security, sometimes even basic human rights of e-consumers. Traders are abusing legal uncertainty, hampering their responsibility for unconformity.

Key words: *consumer protection, Internet, material defects, contract law, gratuitousness.*