

Određeni pravni aspekti ažuriranja digitalnog sadržaja i digitalnih usluga

Klasan, Ivan

Master's thesis / Diplomski rad

2022

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:976338>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-07-14**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Sveučilište u Zagrebu
Pravni fakultet
Katedra za građansko pravo

Ivan Klasan

ODREĐENI PRAVNI ASPEKTI AŽURIRANJA DIGITALNOG SADRŽAJA I
DIGITALNIH USLUGA

Diplomski rad

Mentorica: doc.dr.sc. Ivana Kanceljak

Zagreb, rujan 2022.

Izjava o izvornosti

Ja, Ivan Klasan pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristio drugim izvorima do onih navedenih u radu.

A photograph of a handwritten signature in blue ink on a light-colored surface. The signature is written in a cursive style and reads "Klasan Ivan".

Ivan Klasan

Sadržaj

1.	UVOD	1
2.	AŽURIRANJE	2
3.	UREĐENJE AŽURIRANJA U PRAVU EUROPSKE UNIJE	4
3.1.	Područje primjene	4
3.1.1.	Digitalni sadržaj i digitalna usluga	8
3.1.2.	Roba s digitalnim elementima	9
3.2.	Uređenje ažuriranja kao zahtjeva usklađenosti	11
3.2.1.	Ažuriranje kao zahtjev subjektivne usklađenosti	14
3.2.2.	Ažuriranje kao zahtjev objektivne usklađenosti	16
3.3.	Odgovornost trgovca za ažuriranja digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga i teret dokazivanja	18
3.3.1.	Odgovornost trgovca	18
3.3.2.	Jednokratna isporuka	20
3.3.3.	Kontinuirana isporuka	23
3.3.4.	Teret dokazivanja	26
3.4.	Potrošačka prava zbog povrede obveze ažuriranja	30
3.4.1.	Neusklađenost	31
3.4.2.	Neisporuka	33
3.5.	Pravo trgovca na pravnu zaštitu	34
4.	OBVEZA AŽURIRANJA U PRAVU REPUBLIKE HRVATSKE	35
5.	ZAKLJUČAK	40
6.	LITERATURA	42

1. UVOD

U digitalno doba, mijenjaju se prava i obveze ugovornih strana te se javljaju nove obveze trgovaca i raznih pružatelja usluga. Jedna od tih, dosad neuređenih obveza, jest i ažuriranje. Važnost toga prepoznaju Direktiva Europskog Parlamenta i Vijeća 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga¹ (dalje u tekstu: Direktiva (EU) 2019/770) i Direktiva Europskog Parlamenta i Vijeća 2019/771 o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe, izmjeni Uredbe (EU) 2017/2394 i Direktive 2009/22/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 1999/44/EZ, (dalje u tekstu: Direktiva (EU) 2019/771) obje od 20. svibnja 2019. godine.²

Republika Hrvatska je direktive implementirala u hrvatsko zakonodavstvo na dva potpuno različita načina. Direktiva (EU) 2019/770 je direktiva ciljana, maksimalne harmonizacije te je svoje mjesto u hrvatskom zakonodavstvu pronašla u obliku novog Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.³

S druge strane, Direktiva (EU) 2019/771, cilj koje je također maksimalno i ciljano harmonizirati različita zakonodavna rješenja država članica Europske Unije, implementirana je u već postojeći Zakon o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO.)⁴

Cilj ovoga rada jest objasniti što jest ažuriranje, zašto je važnost ažuriranja prepoznao i europski zakonodavac i koja je svrha obveze ažuriranja te koja prava i obveze ugovornih stranaka proizlaze iz novog uređenja ažuriranja. Također iscrpno će biti objašnjena problematika područja primjena Direktiva (EU) 2019/770 i 2019/771, odnosno ažuriranja kao subjektivnih i objektivnih zahtjeva usklađenosti i ostali aspekti ažuriranja digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.

¹Direktiva (EU) 2019/770, Službeni list Europske Unije L 136/1 od 20.5.2019.

² Direktiva (EU) 2019/771, Službeni list Europske Unije L 136/28 od 20.5.2019.

³ Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, Narodne novine, br. 110/21)

⁴ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/115, 29/18., 126/21.

2. AŽURIRANJE

Problematika ažuriranja (engl. *update*) počinje od same definicije toga pojma. Hrvatski jezični portal⁵ definira pojam ažuriranja kao nadopunu, ispravak, odnosno novo izdanje već postojećeg programa ili programskog paketa koje sadrži manje korekcije i nadopune. Korak bliže shvaćanju i uspješnom definiranju istog pojma pruža Cambridge Dictionary⁶, na primjeru ažurirane verzije softvera; ažuriranjem se može nešto učiniti modernijim ili prikladnijim za sadašnju upotrebu dodavanjem novih informacija ili promjenom dizajna.

Međutim, osobno smatram, da se prava definicija pojma ažuriranja najpravilnije može determinirati kroz svrhu radi koje ažuriranja služe i radi čega su uređena europskim i nacionalnim pravom. Naime svrha ažuriranja je osigurati da se digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogu nastaviti sigurno koristiti tijekom vremena.⁷ Ovaj rad iscrpno nastoji objasniti različite aspekte pojma ažuriranja, ali ono što u svakom trenutku čitatelj mora imati na umu jest razlog postojanja ažuriranja.

Razlog postojanja ažuriranja odnosno svrha obveze ažuriranja je osigurati da digitalni sadržaj ili digitalna usluga koja je na neki način i u nekom obliku isporučena potrošaču i koju potrošač koristi, ostane primjenjiva tijekom određenog razdoblja, unatoč promjenama u digitalnom svijetu oko njega.⁸ U radu se neće spominjati termin “primjenjiva“ već će se u tom pogledu zahtijevati da digitalni sadržaj ili digitalna usluga ispunjavaju određene zahtjeve usklađenosti (engl. *conformity requirements*). Uvođenje odredaba o ažuriranjima, brojni autori smatraju velikim napretkom i sveukupnim poboljšanjem, jer se na europskoj razini prepoznala prolazna priroda digitalnih proizvoda koji bez postojanja i pravne regulacije ažuriranja, mogu brzo zastarjeti i brzo izgubiti vrijednost za potrošače.⁹

Ažuriranja su novo i važno pitanje u obje Direktive koje su predmet ovoga rada, a tiču se s jedne strane, digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, ali i s druge strane, robe s digitalnim elementima.¹⁰

⁵ Hrvatski jezični portal, dostupno na: <https://hjp.znanje.hr/index.php?show=search>

⁶ Cambridge Dictionary, dostupno na: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/update>

⁷ Schulze, R., Zoll, F., *European Contract Law, Third edition*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co., Baden-Baden, 2021., str. 225

⁸ Schulze, R., Staudenmayer, D., *EU Digital law, Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020., str. 154

⁹ Seritti, L., *Online Shopping and Quality Problems: What Safeguards for Platform Users Under the EU Consumer Protection Regime*, EuCML 5, Vol. 10, 2021. str. 181

¹⁰ Morais Carvalho, J., *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview*

Iz svega navedenog, mogli bismo zaključiti da je svrha ažuriranja poboljšanje funkcioniranja, unaprjeđenje ili pak pružanje nekih značajnih promjena u radu, primjerice neke mobilne aplikacije. Međutim, takav zaključak je pogrešan. Takav slučaj naziva se nadogradnja (engl. *upgrade*).

Ranije spomenuti, Hrvatski jezični portal, predviđa za takav slučaj nadogradnje, primjerice mobilne aplikacije, drugačiju definiciju navodeći da je to nova verzija već postojećeg programa ili programskog paketa koja sadrži značajne korekcije, nadopune i/ili novitete.¹¹

Odličan primjer distinkcije između ažuriranja i nadogradnje jest slučaj operativnog sustava Windows. Ukoliko bi potrošač kupio npr. najnoviju inačicu operativnog sustava Windows 8, i nakon određenog vremena korištenja, radi daljnjeg uspješnog funkcioniranja operativnog sustava Windows 8, postane nužno obaviti određena ažuriranja, utoliko bi, pod određenim uvjetima, trgovac trebao biti obvezan pružiti takva ažuriranja potrošaču. Međutim, u slučaju da kupac kupi najnoviju inačicu Windowsa 8, i nakon određenog vremenskog perioda Microsoft, kao u potpunosti novi operativni sustav, proizvede inačicu Windows 10, u tom slučaju trgovac se ne može smatrati odgovornim za neažuriranje operativnog sustava na najnovije izdanje koje bi se pokazalo kao novi proizvod s novim značajkama, kao što je promjena s Windows 8 na Windows 10.¹²

Jedan od ključnih kriterija razdiobe trebalo bi biti upućivanje na temeljne promjene funkcionalnosti proizvoda – a ne samo dodavanje neznatno nove značajke; ako su funkcije znatno proširene, tada se potrošači suočavaju s novim proizvodom i ne mogu tražiti pravnu zaštitu zbog nepoštivanja obveze ažuriranja, jer se radi o nadogradnji.¹³

of Directives 2019/770 and 2019/771, EuCML, 2019., str. 199

¹¹ Hrvatski jezični portal, *op.cit.* u bilj. 5

¹² Sein, K., Spindler, G., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, ERCL 2019; 15(4), str. 370

¹³ *Ibidem.*

3. UREĐENJE AŽURIRANJA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

3.1. Područje primjene

Radi uspješnog razumijevanja problematike ažuriranja, neophodno je ponajprije razgraničiti Direktivu (EU) 2019/770 i Direktivu (EU) 2019/771 s obzirom na područje njihove primjene. Odnos dviju Direktiva može se opisati na način da su ove dvije Direktive komplementarne i ne preklapaju se u svom objektivnom području primjene.¹⁴ Recital 20 preambule Direktive (EU) 2019/770 ukazuje da je svrha europskog zakonodavca bila da se ova i Direktiva (EU) 2019/771 trebaju međusobno nadopunjavati.¹⁵ Mišljenja sam da je jedina pravilna analiza područja primjene dviju Direktiva, odnosno da se utjecaj Direktiva na privatnopravne odnose i njihov doseg može promatrati sa dvije pozicije.¹⁶

Direktiva (EU) 2019/770 primjenjuje se (sa pozicije *rationae materiae*) na samo određene aspekte¹⁷ ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. Konkretno, Direktiva (EU) 2019/770 primjenjuje se na svaki ugovor na temelju kojeg trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač plaća ili se obvezuje platiti određenu cijenu.¹⁸ Međutim, protučinidba za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ne mora biti isključivo novčana, već Direktiva (EU) 2019/770 izričito predviđa da se ova Direktiva također primjenjuje ako trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač kao protučinidbu dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke trgovcu.¹⁹ Valja napomenuti da Direktiva 2019/770 izričito navodi određene kategorije ugovora na koje se unatoč postojanju elemenata digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga odredbe iste ne primjenjuju.²⁰

¹⁴ Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, 194.

¹⁵ Recital 20 preambule Direktive (EU) 2019/770

¹⁶ Tako i Kanceljak, I., *Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga – mogućnosti implementacije u hrvatski pravni poredak*, u: Odabrane teme obligacionog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Beogradu, 2020. str. 177

¹⁷ S obzirom da Direktive uređuju samo određene aspekte relevantnih ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, odnosno o kupoprodaji robe, iz same jezične konstrukcije možemo zaključiti da određeni aspekti potonjih ugovora, koji nisu izričito uređeni Direktivama, prepušteni su na uređenje državama članicama.

¹⁸ Članak 3. stavak 1. Direktive (EU) 2019/770

¹⁹ Članak 3. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770 izričito navodi da u slučaju davanja osobnih podataka potrošača kao protučinidbe, ova se Direktiva neće primjenjivati na takav ugovor o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ako osobne podatke koje dostavi potrošač trgovac obrađuje isključivo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu s ovom Direktivom ili kako bi se trgovcu omogućilo usklađivanje s pravnim zahtjevima kojima trgovac podliježe, a trgovac te podatke ne obrađuje ni u koje druge svrhe.

²⁰ Primjerice, ugovori o uslugama kockanja, zdravstvenoj zaštiti, financijskim uslugama, i sl.

U današnje, moderno vrijeme, sve je veća učestalost sklapanja ugovora na daljinu, koji ponekad predviđaju drugačija zakonodavna rješenja u odnosu na klasični ugovor sklopljen uz prisutnost stranaka. Problematiku primjene Direktive (EU) 2019/770 s obzirom na prirodu samog ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga europski zakonodavac je riješio na način da se Direktiva primjenjuje na ugovore o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, neovisno o tome jesu li ponuđeni uživo ili u online obliku.²¹

Predmet i svrha Direktive (EU) 2019/770 jest osigurati visok stupanj zaštite potrošača utvrđivanjem zajedničkih pravila o određenim zahtjevima u pogledu ugovora između trgovaca i potrošača o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.²² Iz sadržaja Direktive proizlazi da je područje primjene (s pozicije *rationae personae*) iste ograničeno samo na međusobne ugovorne odnose između potrošača i trgovca. Trgovac jest svaka fizička ili pravna osoba, neovisno o tome je li u privatnom ili javnom vlasništvu, koja djeluje, među ostalim preko drugih osoba koje djeluju u ime ili za račun te fizičke ili pravne osobe, u svrhe povezane sa svojom trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnošću u vezi s ugovorima obuhvaćenima ovom Direktivom.²³ S druge strane, važno je definirati i drugu ugovornu stranu, a Direktiva (EU) 2019/770 navodi da pojam potrošač znači svaka fizička osoba koja u vezi s ugovorima obuhvaćenima ovom Direktivom djeluje u svrhe koje ne ulaze u okvir njezine trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti.²⁴

Mišljenja sam da je vrlo važno razgraničiti i ne miješati pojam proizvođača i pojam trgovca. Razlog naglašavanja ove distinkcije jest razlikovanje odgovorne osobe u slučaju isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Direktiva (EU) 2019/771 naglašava tu distinkciju posebno definirajući pojam proizvođača, dok Direktiva (EU) 2019/770 to propušta. Odličan primjer daju pojedini autori²⁵ u kojem navode lokalnu trgovinu koja potrošaču prodaje MS Windows operacijski sustav na CD nosaču, a razvidno je da lokalna trgovina nije proizvođač potonjeg operacijskog sustava, nego Microsoft. Navedena trgovina, iako potrošaču prodaje proizvod nekog trećeg prodavača, treba se smatrati trgovcem. Jedna od posljedica statusa trgovca jest postojanje odgovornosti prema potrošaču za slučaj postojanja određenih

²¹ Sein, K., Spindler, G., *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1.*, ERCL 2019; 15(3), str. 260

²² Članak 1. Direktive (EU) 2019/770

²³ Članak 2. Direktive (EU) 2019/770

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Sein, K., Spindler, G., *op.cit.* u bilj. 21., str. 261

nedostataka, odnosno neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, neovisno o tome tko je stvarni proizvođač potonjeg sadržaja ili usluge.²⁶

Druga relevantna Direktiva (EU) 2019/771, s pozicije *rationae personae* se ni u kojem smislu ne razlikuje od personalnog područja primjene Direktive (EU) 2019/770. Međutim, uvelike važna razlika uočljiva je ako promatramo područje primjene Direktive (EU) 2019/771 kroz poziciju *rationae materiae*.

Direktiva (EU) 2019/771 primjenjuje se na ugovore o kupoprodaji između potrošača i prodavatelja.²⁷ Radi izbjegavanja različitih zakonodavnih rješenja država članica, Direktiva izričito definira pojam „ugovor o kupoprodaji“ kao ugovor kojim prodavatelj prenosi ili se obvezuje prenijeti vlasništvo nad robom potrošaču, a potrošač plaća ili se obvezuje platiti njezinu cijenu.²⁸ Europski zakonodavac se radi zaštite što je mogućeg većeg broja potrošača odlučio za prošireno shvaćanje ugovora o kupoprodaji, a koje se očituje u izjednačavanju s oblikom tradicionalnog ugovora o djelu. To se može zaključiti iz odredbe koja propisuje da se ugovori između potrošača i prodavatelja za isporuku robe koju je potrebno izraditi ili proizvesti također smatraju ugovorima o kupoprodaji za potrebe ove Direktive.²⁹

Na jednak način kao i Direktiva (EU) 2019/770, izričito se navode slučajevi u kojima je primjena Direktive (EU) 2019/771 isključena, ali je posebnost zakonodavno rješenje da se državama članicama ostavlja mogućnost da određene situacije mogu isključiti iz primjene ili i njih obuhvatiti.³⁰

Sukladno izloženome, može se sa sigurnošću zaključiti da obje direktive imaju različit opseg primjene, ali postoji jedno područje u kojem postoji međudjelovanje između njih.³¹ To je područje koje istovremeno obuhvaća bitne elemente obje Direktive a to su: element robe, s jedne strane i digitalni elementi, s druge strane.

Objektive Direktive izričito uređuju svoj odnos prema robi s digitalnim elementima. Taj odnos je vrlo jednostavan, ali potencijalni problem, prema mojem shvaćanju, može stvarati samo

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Članak 1. Direktive (EU) 2019/771

²⁸ Članak 2. Direktive (EU) 2019/771

²⁹ Članak 3. stavak 2. Direktive (EU) 2019/771

³⁰ Članak 3. stavak 5. Direktive (EU) 2019/771 navodi kao primjere ugovore o kupoprodaji živih životinja i rabljene robe na javnoj dražbi.

³¹ Kalamees, P., *Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 12., 2021. str. 132

određivanje³² radi li se u konkretnom slučaju o robi s digitalnim elementima ili ne. Ukoliko se sa sigurnošću utvrdi da je predmet nekog ugovora roba s digitalnim elementima, utoliko se na takav ugovor u svim aspektima, pa i ažuriranja digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga koji su povezani s robom, primjenjuju odredbe Direktive (EU) 2019/771.

Konačno, treba zaključiti da u slučaju robe s digitalnim elementima, neće doći do primjene Direktive (EU) 2019/770 na digitalni sadržaj, već će u tom slučaju svi uređeni aspekti digitalnih elemenata potpasti pod primjenu Direktive (EU) 2019/771.

³² Članak 3. stavak 4. Direktive (EU) 2019/770 i članak 3. stavak 3. Direktive (EU) 2019/771 propisuju da u slučaju dvojbe o tome čini li isporuka ugrađenog ili povezanog digitalnog sadržaja ili ugrađene ili povezane digitalne usluge dio ugovora o kupoprodaji, predmnijeva se da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji.

3.1.1. Digitalni sadržaj i digitalna usluga

Nakon razgraničenja samog područja primjene i međusobnog odnosa dviju direktiva, valja konkretizirati i povezati sa stvarnošću ove, prema mom shvaćanju, prilično apstraktne pojmove. Razlog za tako širok naziv „digitalni sadržaj i digitalne usluge“ europski zakonodavac opravdava potrebom ispunjavanja brzorastućih zahtjeva izazvanih stalnim tehnološkim razvojem te kako bi se osigurala otpornost pojma digitalni sadržaj ili digitalna usluga na buduće promjene te iz razloga što takva širina pojma obuhvaća različite oblike sadržaja ili usluga.³³

Tako iz odredaba Direktive (EU) 2019/770 proizlazi da „digitalni sadržaj“ označava podatke koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku.³⁴ S druge strane pojam „digitalna usluga“ označava uslugu kojom se potrošaču omogućuju ili stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku, odnosno pristup njima ili bilo koja interakcija s podacima u digitalnom obliku koje učitava ili stvara potrošač ili drugi korisnici te usluge.³⁵

Potonje definicije, iz svrhovitih razloga apstraktno opisane, u stvarnosti obuhvaćaju pojmove s kojima smo itekako upoznati. Radi razjašnjenja, europski zakonodavac navodi određene primjere onoga što bi trebalo biti obuhvaćeno i zaštićeno ovom Direktivom. Aplikacije, računalni programi, audio, video datoteke, digitalne igre, e – knjige smatra digitalnim sadržajem, dok s druge strane kao primjere digitalnih usluga navodi dijeljenje audio i videozapisa, obradu teksta ili igre koje se nude u okruženju računalstva u oblaku i razne društvene medije.³⁶

³³ Recital 19 preambule Direktive (EU) 2019/770

³⁴ Članak 2. točka 1. Direktive (EU) 2019/770

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Recital 19 preambule Direktive (EU) 2019/770

3.1.2. *Roba s digitalnim elementima*

Prethodno je rečeno da se Direktiva (EU) 2019/771 primjenjuje se na ugovore o kupoprodaji robe (primjerice, ugovor o kupoprodaji bicikla), a Direktiva (EU) 2019/770 ugovore na temelju kojeg trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu (usluga gledanja filmova putem aplikacije Netflix) potrošaču, a potrošač plaća ili se obvezuje platiti određenu cijenu.

Međutim, europski zakonodavac je ispravno prepoznao problem robe koja je na neki način neodvojivo povezana s određenim digitalnim elementima. Takvu povezanost iščitavamo iz samog pojma robe s digitalnim elementima. To je bilo koja materijalna pokretnina koja ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je povezana s njima na način da bi odsutnost tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge onemogućila funkcioniranje te robe.³⁷

Objektive u članku 2. definiraju pojmove kao što su: kompatibilnost³⁸, funkcionalnost³⁹ i interoperabilnost.⁴⁰ Međutim, pojam funkcioniranje ne objašnjavaju niti jedna od Direktiva. Odlučujući kriterij za robu s digitalnim elementom je utjecaj ili uloga koju digitalni sadržaj ili digitalne usluge imaju u osiguravanju da roba u koje su ugrađene ili s kojima su međusobno povezane mogu obavljati svoje funkcije.⁴¹ Neki autori takav odnos robe i digitalnih elemenata provode kroz primjenu „negativnog testa“ koji glasi: ukoliko bi nepostojanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge spriječilo robu da uspješno obavlja svoje funkcije, roba o kojoj je riječ sigurno potpada pod definiciju robe sa digitalnim elementima.⁴² Svoje viđenje odlučujućeg aspekta termina funkcioniranje robe s digitalnim elementima neki autori spominju vrstu uporabe i namjene robe kako bi se inače koristila ili kako je navedeno u ugovoru.⁴³

Nakon razjašnjenja uvjeta povezanosti robe i digitalnih elemenata, valja spomenuti još jedan nužni uvjet koji mora biti ispunjen da bi roba s digitalnim elementom potpadala pod okrilje Direktive (EU) 2019/771. Taj uvjet možemo slikovito prikazati kroz primjer automobila i GPS uređaja.

³⁷ Članak 2. Direktive (EU) 2019/771

³⁸ Sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom s kojima se obično koristi stvar iste vrste, a da tu stvar, hardver ili softver nije potrebno konvertirati.

³⁹ Sposobnost stvari da izvršava funkcije s obzirom na svoju svrhu.

⁴⁰ Sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom drukčijim od onih s pomoću kojih se obično koristi stvar iste vrste.

⁴¹ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8 str. 48

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

Ovaj odličan primjer četiriju situacija, slikovito će prikazati sve dosad rečeno, u pogledu problematike područja primjene ovih Direktiva.⁴⁴ Prva situacija očigledna je kada kaže da se Direktiva (EU) 2019/771 primjenjuje na ugovor o kupoprodaji u kojem potrošač kupuje majicu ili bicikl, kao primjer robe. Nadalje spominje da se ista direktiva primjenjuje i na osobu koja kupi automobil bez instaliranog GPS uređaja ili aplikacije. Treća situacija je slučaj u kojem potrošač odluči sklopiti ugovor o kupoprodaji automobila bez ugrađenog GPS uređaja, a nakon toga posebnim ugovorom „kupi“ posljednju verziju GPS aplikacije putem interneta – u ovom slučaju će se na ugovor o kupoprodaji automobila primjenjivati Direktiva (EU) 2019/771, a na ugovor o isporuci GPS aplikacije Direktiva (EU) 2019/770.

Konačno, posljednja situacija opisuje slučaj u kojem potrošač jednim ugovorom kupuje automobil u kojem je već ugrađena posljednja verzija GPS aplikacije. U ovom slučaju govorimo o robi s digitalnim elementom. Ispunjen je uvjet povezanosti robe i digitalnog elementa i drugi uvjet, a to je da roba i digitalni element budu obuhvaćeni jednim ugovorom o kupoprodaji.⁴⁵ U tom slučaju, možemo zaključiti da će se na sve aspekte GPS aplikacije, iako samostalno predstavlja digitalni sadržaj, odnosno digitalnu uslugu, primjenjivati odredbe o usklađenosti, ažuriranjima, odgovornosti i teretu dokazivanja, pravnim sredstvima i ostale odredbe Direktive (EU) 2019/771.

⁴⁴ Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, str. 197

⁴⁵ Uvjeti su također objašnjeni u Recitalu 15 preambule Direktive (EU) 2019/771

3.2. Uređenje ažuriranja kao zahtjeva usklađenosti

Obje Direktive u svojim uvodnim Recitalima jasno daju do znanja da radi postizanja usklađenosti roba, odnosno digitalni sadržaj ili digitalne usluge, trebaju bi biti u skladu sa određenim zahtjevima u pogledu usklađenosti.⁴⁶ Odlično zaključuju i neki autori kada tvrde da odredbe obje Direktiva propisuju da su zahtjevi, odnosno kriteriji za utvrđivanje postoji li usklađenost onoga što je stvarno isporučeno i onoga što je trebalo biti isporučeno ili ne postoji, zapravo kombinacija objektivnih i subjektivnih zahtjeva.⁴⁷

Neki autori smatraju da je ovakvo taksativno razdvajanje kriterija, odnosno zahtjeva usklađenosti na subjektivne i objektivne jedno od najznačajnijih inovacija u pogledu kriterija za ocjenu usklađenosti u ovim Direktivama.⁴⁸ Pogrešno bi bilo smatrati da su takvi zahtjevi dosad bili nepoznanica europskom pravu, nego se ukazuje na novu terminologiju. Primjetno je da obje Direktive koriste, po prvi put u europskom ugovornom pravu, termine subjektivnih i objektivnih zahtjeva sukladnosti.⁴⁹

Crtica iz povijesti, Direktiva (EU) 1999/44 EZ Europskog Parlamenta i Vijeća, o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i jamstvima, od 25. svibnja 1999. godine⁵⁰ (dalje u tekstu: Direktiva (EU) 1999/44), nije poznavala gore objašnjenu terminologiju, već je jednostavno propisivala da trgovac mora potrošaču isporučiti robu koja je u skladu s prodajnim ugovorom.⁵¹ Takvo rješenje može dovesti do pogrešnog zaključka da je obveza trgovca bila zadovoljiti isključivo subjektivne zahtjeve usklađenosti. Primjera radi, članak 2. Direktive (EU) 1999/44 propisuje da se za robu široke potrošnje podrazumijeva da je u skladu s ugovorom ako je, s jedne strane prikladna za svaku namjenu za koju je potrošač treba i s kojom je upoznao trgovca u trenutku sklapanja ugovora i na koju je trgovac pristao⁵², a s druge strane ujedno prikladna za upotrebu u svrhe za koje se proizvodi iste vrste obično koriste.⁵³ Navedeni primjeri nisu taksativno navedeni, nego su samo neki od zahtjeva usklađenosti predviđenih Direktivom (EU) 1999/44.

⁴⁶ Recital 29 preambule Direktive (EU) 2019/771 i Recital 44 preambule Direktive (EU) 2019/770

⁴⁷ Vanphere, J., *White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content*, *European Review of Private Law* 2, 2020. str. 259

⁴⁸ Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, str. 198

⁴⁹ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8, str. 112

⁵⁰ Direktiva 1999/44/EZ, Službeni list Europske Unije L 171/12 od 7.7.1999.

⁵¹ Članak 2. stavak 1. Direktive (EU) 1999/44

⁵² Što razvidno predstavlja subjektivni zahtjev usklađenosti.

⁵³ Što pak predstavlja uobičajeni primjer objektivnog zahtjeva usklađenosti.

Direktive (EU) 2019/770 i 2019/771, obje obuhvaćaju gore navedena dva primjera subjektivnih i objektivnih zahtjeva usklađenosti, naravno uz postojanje ostalih zahtjeva.

Zašto su odredbe o usklađenosti uopće potrebne i koja je njihova svrha, odlično se može opisati na način da bi bez ikakvih zakonskih zahtjeva za usklađenost, bilo potrebno da se potrošač i trgovac svaki put prilikom sklapanja novog ugovora u potpunosti sporazumiju apsolutno svim aspektima ugovora, primjerice: o kvaliteti, vrsti, opisu i svim brojnim drugim aspektima robe, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.⁵⁴ Upravo odredbe o usklađenosti pružaju, u nekoj mjeri, minimalne zahtjeve o kakvoći i ispravnosti koje roba, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga mora ispunjavati, bez eventualne potrebe za pojedinačnim individualnim pregovorima.⁵⁵ Umjesto karakteriziranja što je ili nije u skladu s ugovorom, svrha ovih pravila je specificirati što je uključeno u ugovor i zatim, u trenutku izvršenja ugovornih obveza, procijeniti odgovaraju li isporučena roba, digitalni sadržaj ili digitalne usluge s obzirom na ugovorenu, odnosno objektivno očekivanu robu, digitalni sadržaj ili digitalne usluge.⁵⁶

Iz svega navedenog vidljivo je da trgovac u određenim slučajevima odgovara za usklađenost robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga sa određenim zahtjevima. Međutim, obveza usklađenosti osim subjektivnih i objektivnih zahtjeva, obuhvaća i još neke obveze trgovca koje se u slučaju nepoštivanja, prema odredbama obiju Direktiva, trebaju smatrati kršenjem obveze usklađenosti. Primjer za to jest slučaj instalacije⁵⁷ ažuriranja nepravilne integracije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u digitalno okruženje potrošača, odnosno nepravilna instalacija robe s digitalnim elementima.⁵⁸ Međutim, u takvim slučajevima odgovornost trgovca uvjetovana je alternativnim ispunjenjem barem jednog od dvaju propisanih uvjeta.

S jedne strane trgovac će biti odgovoran za nepravilnu instalaciju robe, odnosno integraciju digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ako instalacija, odnosno integracija čini dio ugovora i obavio ju je trgovac ili je to učinjeno pod njegovom odgovornošću ili ako je predviđeno da

⁵⁴ Tweig – Flesner, C., *Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services*, El Derecho privado en el nuevo paradigma digital, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2020. str. 3

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, str. 198

⁵⁷ Članak 8. stavak 3. Direktive (EU) 2019/770 propisuje da bi u pravilu potrošač trebao biti taj koji će ažuriranja instalirati, ali pod određenim uvjetima i trgovac može biti odgovoran za nedostatak koji proizlazi iz propuštanja instalacije. Naime, ako potrošač propusti instalirati ažuriranja koja su mu isporučena, trgovac neće biti odgovoran za neusklađenost ako je obavijestio potrošača o raspoloživosti ažuriranja i posljedicama propuštanja instalacije te da propuštanje ili pak nepravilna instalacija potrošača nisu posljedica nedostataka u uputama za instalaciju koje su dostavljene potrošaču.

⁵⁸ Članak 9. Direktive (EU) 2019/770 i članak 8. Direktive (EU) 2019/771

instalaciju, odnosno integraciju obavi potrošač, a nepravilna instalacija ili integracija posljedica je nedostataka u uputama za instalaciju koje je dostavio trgovac ili, u slučaju robe s digitalnim elementima, koje je dostavio trgovac ili dobavljač digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.⁵⁹

Prije analize obveze ažuriranja kao zahtjeva usklađenosti, držim do toga da je važno ponoviti da su obje Direktive, po svojoj prirodi Direktive maksimalne harmonizacije, posljedica čega je razvidna u tome da onemogućuje državama članicama smanjivanje ili dodavanje ili dodatnih zahtjeva usklađenosti.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ A tako navodi i Tweig – Flesner, C., *op.cit.* u bilj. 54, str. 5

3.2.1. *Ažuriranje kao zahtjev subjektivne usklađenosti*

Jedno od temeljnih načela prava, a koje prepoznaje i naš Zakon o obveznim odnosima jest načelo slobodnog uređivanja obveznih odnosa (čl. 2. ZOO – a.) Ugovorne stranke samostalno i slobodno određuju svoja prava i obveze iz ugovornog odnosa, naravno uz dužnost poštivanja odredaba Ustava Republike Hrvatske, prisilnih propisa i da iste nisu protivne moralu društva.⁶¹

Jednako tako u ugovoru o kupoprodaji robe, odnosno ugovoru o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, s obzirom na činjenicu da se digitalni sadržaj i digitalne usluge koji su ugrađeni u robu ili su s njom povezani neprestano razvijaju, prodavatelji se mogu dogovoriti s potrošačima da im pružaju određena ažuriranja za takvu robu, odnosno digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu.⁶²

Ugovorne strane slobodne su ugovoriti široku paletu ažuriranja, koja mogu primjerice poboljšati i unaprijediti digitalni sadržaj i digitalne usluge ili elemente digitalnog sadržaja ili digitalne usluge povezane s robom, proširiti njihove funkcionalnosti, prilagoditi ih tehničkom razvoju, zaštititi ih od raznih oblika sigurnosnih prijetnji ili služiti u druge svrhe.⁶³

Međutim, ovakvo rješenje u kojem je autonomija volje ugovornih stranaka odlučujući faktor o pitanju koja će ažuriranja preuzeti trgovac, prema mom osobnom viđenju, bilo bi iznimno nepogodno za potrošače kao slabiju ugovornu stranu.

Upravo iz razloga zaštite potrošača obje Direktive⁶⁴ propisuju su da je trgovac obavezan potrošaču isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, odvojeno ili u obliku robe s digitalnim elementom uz poštivanje subjektivnih⁶⁵ i objektivnih⁶⁶ zahtjeva usklađenosti.

⁶¹ Članak 2. ZOO – a.

⁶² Recital 28 preambule Direktive (EU) 2019/771

⁶³ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 133

⁶⁴ Članak 6. stavak 1. točka d. Direktive (EU) 2019/771 sadržajno je istovjetan članku 7. stavku 1. točki d. Direktive (EU) 2019/770.

⁶⁵ Recital 26 preambule Direktive (EU) 2019/771 navodi da bi takvi zahtjevi, između ostalog, mogli obuhvaćati količinu, kvalitetu, vrstu i opis robe, njezinu primjerenost za određene namjene kao i isporuku s dogovorenim dodatnom opremom i svim uputama, kao i one zahtjeve koji proizlaze iz predugovornih informacija. S druge strane Recital 42 preambule Direktive (EU) 2019/770 navodi zahtjeve poput: usklađenost s opisom, količinom, primjerice broj glazbenih datoteka kojima se može pristupiti, kvalitetom, primjerice rezolucija slike, jezikom i verzijom koji su dogovoreni u ugovoru. Trebali bi također ispunjavati zahtjeve u pogledu sigurnosti, funkcionalnosti, kompatibilnosti, interoperabilnosti i drugih značajki, kako je utvrđeno ugovorom.

⁶⁶ Recital 29 preambule Direktive (EU) 2019/771 također ukratko nabroja i zahtjeve objektivne usklađenosti. Navodi da bi se objektivna usklađenost među ostalim trebala ocjenjivati s obzirom na namjenu za koju bi se roba iste vrste obično koristila, bilo da je isporučena s dodatnom opremom i uputama za koje potrošač može razumno očekivati da će ih dobiti bilo da odgovara uzorku ili modelu koji je prodavatelj potrošaču stavio na raspolaganje, roba bi također trebala posjedovati svojstva i značajke koji su uobičajeni za robu iste vrste i koje potrošač može

Konkretno, europski zakonodavac je izričito propisao da roba, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga kako bi bili u skladu s ugovorom, moraju se ažurirati kako je utvrđeno ugovorom.⁶⁷

Preciznije se objašnjava i konkretizira, da se ažuriranja moraju i izvršiti kao što je predviđeno ugovorom, odnosno takva ugovorna odredba treba propisivati i u kojim slučajevima je uopće potrebno ažuriranja izvršiti i načine na koje se ta ažuriranja trebaju izvršiti.⁶⁸

Posljedično, ukoliko ugovorom o kupoprodaji robe s digitalnim elementom ili ugovorom o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, trgovac preuzme obvezu provođenja određenih ažuriranja na koja nije nužno obvezan, a prodavatelj ne isporuči ugovorena ažuriranja, odnosno isporuči ugovorena ažuriranja, ali ispostavi se da su neispravna ili nepotpuna, u tom slučaju potrošač će se moći pozvati na neusklađenost onoga što je isporučeno i onoga što je ugovoreno da će biti isporučeno i utoliko trgovac krši svoje ugovorne obveze.⁶⁹

razumno očekivati s obzirom na prirodu robe te uzimajući u obzir sve javne izjave koje su dali prodavatelj ili druge osobe u prethodnim fazama lanca transakcija ili koje su dane u njihovo ime. Recital 45 preambule Direktive (EU) 2019/771 navodi jednake objektivne zahtjeve.

⁶⁷ Članci 6. i 7. Direktiva (EU) 2019/771 i 2019/770

⁶⁸ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8 str. 130.

⁶⁹ *Ibidem.*, str. 131

3.2.2. *Ažuriranje kao zahtjev objektivne usklađenosti*

U slučaju robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, trgovac osigurava da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima koja su potrebna kako bi roba, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga ostala usklađena te osigurava da mu se ta ažuriranja isporučuju tijekom određenog razdoblja.⁷⁰ Temeljna sintagma koja će biti glavna okosnica ovog poglavlja jest „potrebna ažuriranja“.

Ukoliko se prisjetimo obveze ažuriranja kao subjektivnog zahtjeva usklađenosti, u tom slučaju možemo zaključiti da se cjelokupna problematika vrti oko malo drugačije sintagme, a to su „ugovorena ažuriranja.“

Sama jezična konstrukcija upućuje na zaključak da se obveza ažuriranja razlikuje jer u slučaju „ugovorenih ažuriranja“ govorimo o obvezi ažuriranja kao zahtjevu subjektivne usklađenosti, dok nasuprot tome, u slučaju „potrebnih ažuriranja“ riječ je o obvezi ažuriranja kao zahtjevu objektivne usklađenosti.

Svrha obveze ažuriranja je osigurati da digitalni sadržaj ili digitalna usluga koja je u skladu u trenutku ili tijekom razdoblja u kojem se ocjenjuje usklađenost (a to je trenutak isporuke), ostane usklađena tijekom određenog razdoblja, unatoč promjenama u digitalnom svijetu oko njega.⁷¹ Sintagmu „potrebna ažuriranja“ neki autori vide kao upravo ona nužna ažuriranja bez kojih digitalni sadržaj ili digitalna usluga, odnosno roba s digitalnim elementima više ne bi zadovoljavala uvjete objektivne usklađenosti.⁷²

Često spominjana kategorija „potrebnih ažuriranja“ jesu primjerice, sigurnosna ažuriranja. Ona su potrebna radi osiguranja kontinuirane i sigurne upotrebe digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, odnosno robe s digitalnim elementima u slučaju raznih oblika neželjenih kibernetičkih prijetnji nakon kupnje ili isporuke.⁷³ Međutim, ne treba „potrebna ažuriranja“ povezivati isključivo sa sigurnosnim ažuriranjima, već i druge značajke poput funkcionalnosti ili kompatibilnosti također mogu biti relevantne.⁷⁴

Držim do toga da je vrlo važno ukazati na potencijalni problem koji može nastati prilikom određivanja ažuriranja koja su stvarno neophodna, odnosno nužna kako bi roba s digitalnim

⁷⁰ Članak 7. stavak 3 Direktive (EU) 2019/771 i članak 8. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770

⁷¹ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8, str. 154

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*, str. 155

⁷⁴ *Ibidem.*

elementom, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga zadovoljavali uvjete usklađenosti. Ponekad nije jednostavno razgraničiti potonja ažuriranja od onih koja na određeni način unaprjeđuju predmet ugovora. Važno je imati na umu distinkciju pojmova ažuriranja (engl. *update*) i nadogradnje (engl. *upgrade*) spomenutu u poglavlju 2. ovog rada.

To je važno razgraničiti iz razloga što trgovac nema obvezu pružanja potrošaču onih ažuriranja koja na određeni način poboljšavaju robu s digitalnim elementima, odnosno digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, a koji nisu potrebni za održavanje robe u skladu.⁷⁵

Konačno, kako pravila o poštivanju objektivnih zahtjeva usklađenosti ne bi predstavljala apsolutno prisilne odredbe, Recital 49 preambule Direktive (EU) 2019/770 propisuje da iz razloga osiguranja dostatne razine fleksibilnosti, ugovorne strane trebale bi moći odstupiti od objektivnih zahtjeva u pogledu usklađenosti. Takvo odstupanje trebalo bi biti moguće samo ako je potrošač o njemu posebno obaviješten i ako ga potrošač prihvaća zasebno od drugih izjava ili sporazuma i to aktivnim i nedvojbenim postupanjem. Oba ta uvjeta mogla bi se ispuniti primjerice označivanjem polja, pritiskom na gumb ili aktiviranjem slične funkcije.

⁷⁵ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 135

3.3. Odgovornost trgovca za ažuriranja digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga i teret dokazivanja

3.3.1. Odgovornost trgovca

Pojam ažuriranja i obveza ažuriranja kao zahtjev subjektivne, odnosno objektivne usklađenosti i opis različitih vrsta ažuriranja, predstavljali su uvertiru za temeljno pitanje – pitanje odgovornosti trgovca. Međutim, s obzirom da je već objašnjeno da trgovac odgovara za usklađenost robe s digitalnim elementom, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge sa subjektivnim i objektivnim zahtjevima usklađenosti, ovo poglavlje će fokus usmjeriti na trajanje takve odgovornosti i teret dokazivanja. Međutim, prije same analize odgovornosti trgovca za ažuriranja, držim do toga da je potrebno postaviti odgovarajuće temelje.

Naime, osnovno je pravilo da trgovac ima obvezu isporučiti robu s digitalnim sadržajem, odnosno digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, naravno uz poštovanje zahtjeva usklađenosti.⁷⁶ Iz samog sadržaja ove odredbe može se zaključiti da odgovornost trgovca postoji u slučaju neisporuke robe s digitalnim elementom, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.

Sljedeća situacija u kojoj se aktiviraju odredbe o odgovornosti trgovca jesu u slučaju uspješne isporuke, ali nepravilne instalacije robe, odnosno nepravilne integracije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Važno je napomenuti da obje Direktive nepravilnu instalaciju robe, odnosno nepravilnu integraciju digitalnog sadržaja ili digitalne usluge svrstavaju u kategoriju neusklađenosti.⁷⁷ Kao posljednju kategoriju odgovornosti za neusklađenost, navode se prava trećih osoba, osobito prava intelektualnog vlasništva, koja onemogućavaju ili ograničavaju korištenje robe ili digitalnog sadržaja, odnosno digitalnih usluga.⁷⁸

Važnost prethodno spomenutog razvidna je iz činjenice da obje direktive na u potpunosti jednak način u recitalima⁷⁹ navode da bi neisporuku ugovorenih ažuriranja trebalo smatrati neusklađenošću robe s digitalnim elementom, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Nadalje, neispravna ili nepotpuna ažuriranja trebalo bi također smatrati neusklađenošću jer bi to značilo da obveza ažuriranja nije ispunjena na ugovoren način. S druge strane, što se tiče „potrebnih ažuriranja“ koja je trgovac dužan osigurati kao zahtjeva objektivne usklađenosti, razvidno je da u slučaju takva ažuriranja uzrokuju neusklađenost robe s digitalnim elementom,

⁷⁶ Članak 5. Direktive (EU) 2019/771 i članak 6. Direktive (EU) 2019/770

⁷⁷ Članak 8. Direktive (EU) 2019/771 i članak 9. Direktive (EU) 2019/770

⁷⁸ Članak 9. Direktive (EU) 2019/770 i članak 10. Direktive (EU) 2019/770

⁷⁹ Recital 28 preambule Direktive (EU) 2019/771 i Recital 44 preambule Direktive (EU) 2019/770

odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, odgovornost za vraćanje usklađenosti jest na trgovcu.⁸⁰

Naposlijetku, iz samog teksta obiju Direktiva, nigdje nije eksplicitno navedeno da je trgovac taj koji je dužan napraviti i isporučiti „ugovorena“ ili „potrebna ažuriranja.“ Direktive izričito navode da je trgovac dužan osigurati, s jedne strane, da je potrošač obaviješten o ažuriranjima i s druge strane, da mu se ažuriranja isporučuju.⁸¹ Međutim, postoji značajan dodatni teret koji se stavlja na leđa trgovcu, a koji nikako nije zanemariv; to je odgovornost za nedovoljna ili nepravilna ažuriranja, ali je problem u tome što u samoj izradi ažuriranja trgovac obično nema nikakvog utjecaja.⁸²

To prepoznaju neki autori objašnjavajući da ažuriranja može, i u praksi će to uglavnom biti tako, izrađivati i isporučivati treća strana.⁸³ Također navode da iako je trgovac dužan osigurati da potrošač dobiva ažuriranja, on obično ne može sam izraditi ažuriranja, već se najčešće mora osloniti i pouzdati na rješenja razvojnog programera, odnosno developera digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a odgovornost za ažuriranja je upravo na trgovcu.⁸⁴

Konačno, možemo se složiti sa mišljenjem zastupljenog od većine autora da trgovac ispunjava obvezu ažuriranja isporukom ugovorenih i ažuriranja koja su potrebna kako bi roba s digitalnim elementom, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga ostali u skladu sa subjektivnom i objektivnom usklađenošću.⁸⁵ Jednako tako možemo se složiti da prema objema vrstama ugovora, obveza osiguranja usklađenosti nije ograničena samo na jednu određenu vremensku točku (primjerice, samo trenutak isporuke), već se proteže kroz određeno vremensko razdoblje.⁸⁶ Kako bi se odredila vremenska dimenzija odgovornosti trgovca, odnosno koliko dugo trgovac ima obvezu osigurati da potrošač dobiva navedena ažuriranja, važno je razlikovati jednokratne ugovore i ugovore o kontinuiranoj isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.

⁸⁰ Recital 55 preambule Direktive (EU) 2019/770

⁸¹ Članak 7. stavak 3. Direktive (EU) 2019/771 i članak 8. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770

⁸² Janssen, A., *Die Aktualisierungspflicht des Letztverkäufers für Smart Products: Ein neues haftungsrechtliches Damoklesschwert?*, European Review of Private Law 4, 2021. str. 558

⁸³ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8, str. 155

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ Schulze, R., Zoll, F., *op.cit.* u bilj. 7, str. 226

⁸⁶ *Ibidem.*

3.3.2. *Jednokratna isporuka*

Vremenski okvir za obveze informiranja i opskrbe ažuriranjima trgovca, ovisi o prirodi ugovora o kupoprodaji robe s digitalnim elementom, odnosno isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnog usluge.⁸⁷ Obje Direktive poznaju ugovore s ugovorenom jednokratnom isporukom, s jedne strane i kontinuiranom isporukom s druge strane. Odredbe o odgovornosti trgovca u slučaju jednokratne isporuke na odgovarajući način se podudaraju za robu s digitalnim elementom i digitalni sadržaj, odnosno digitalne usluge. Iako se ponavlja odredba istih, već spomenutih članaka Direktiva, ovaj puta fokus je u potpunosti usmjeren na razdoblje odgovornosti.

Propisano je da u slučaju robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnim sadržajem ili digitalnim uslugama trgovac osigurava da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima, uključujući sigurnosna ažuriranja, koja su potrebna kako bi ta roba ostala usklađena te da mu se ta ažuriranja isporučuju, tijekom razdoblja unutar kojeg potrošač to može razumno očekivati s obzirom na vrstu i svrhu robe i digitalnih elemenata te uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora.⁸⁸

Razdoblje tijekom kojega potrošač može očekivati ažuriranja, zbog svoje apstraktne prirode, zahtijeva konkretizaciju. Recital 47 preambule Direktive (EU) 2019/770 objašnjava da apstraktni pravni izraz „razdoblje unutar kojega potrošač može razumno očekivati“ može rezultirati s tri opcije.⁸⁹ Prvi slučaj, s jedne strane primjer robe s digitalnim elementom može biti digitalni okvir za fotografije koji se može koristiti samo uključivanjem USB-a ili pomoću SD kartice.⁹⁰ Svrha takvog digitalnog okvira očituje se u jednokratnom korištenju na način da svoju fotografiju u digitalnom obliku „uokvirimo“ okvirom koji nam pruža trgovac. Moglo bi se zaključiti da za takav okvir, kao robu s digitalnim elementom sa svrhom da zapravo ne bi trebala biti potrebna ažuriranja, a potrošač, ne bi trebao očekivati bilo kakva ažuriranja.⁹¹

Kao drugi slučaj navodi se primjer osobnog automobila, koji se s obzirom na pregršt moderne tehnologije u obliku digitalnog sadržaja koja je s njim povezana, poput primjerice putnog računala ili pak ugrađene aplikacije za navigaciju, treba smatrati robom s digitalnim elementima.⁹² U ovom slučaju očito je da je potrošačeva razumna očekivanja za eventualnim

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ Članak 7. stavak 3. točka a. Direktive (EU) 2019/771 i članak 8. stavak 2. točka a. Direktive (EU) 2019/770

⁸⁹ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8, str. 159

⁹⁰ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 136

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

ažuriranjima digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga inkorporiranih u osobnom automobilu mogu trajati i puno dulje, s obzirom da „životni vijek“ automobila uglavnom traje nekoliko godina.⁹³

Odgovor pruža europski zakonodavac predviđajući da bi se razdoblje tijekom kojeg potrošač može razumno očekivati da će primiti ažuriranja trebalo procijeniti na temelju vrste i namjene robe i digitalnih elemenata te uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora o kupoprodaji.⁹⁴ Propisuje da bi potrošač obično očekivao da će primiti ažuriranja barem u razdoblju tijekom kojeg je prodavatelj odgovoran za neusklađenost, dok bi u nekim slučajevima potrošač mogao razumno očekivati ažuriranja i nakon tog razdoblja, posebno kad je riječ o sigurnosnim ažuriranjima.

I upravo iz tog razloga Direktivom (EU) 2019/771 propisano je opće pravilo da trgovac odgovoran potrošaču za svaku neusklađenost, pa tako i ako je ista prouzročena neisporukom ili nepravilnom isporukom ažuriranja, a koja postoji u trenutku isporuke robe, odnosno koja postane očita u roku od dvije godine od tog trenutka.⁹⁵ Na taj način, osobno smatram da je uspješno postignut kompromis između očekivanja potrošača i mogućnosti trgovaca.

Direktiva (EU) 2019/770 na odgovarajući način, slijedeći istu logiku ukazuje na to da bi se standard razumnosti s obzirom na ono što potrošač može razumno očekivati trebao objektivno utvrditi, uzimajući u obzir prirodu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, okolnosti slučaja te načine upotrebe i prakse uključenih ugovornih strana⁹⁶

Na jednak način kao i druga Direktiva propisuje da bi trgovac trebao, u roku koji bi potrošač razumno očekivao, potrošaču pružati ažuriranja, uključujući sigurnosna ažuriranja, kako bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga ostali usklađeni i sigurni, odnosno bez nedostataka.⁹⁷

Postoji velika razlika između ovih Direktiva, s obzirom na eventualno trajanje odgovornosti trgovca, a koja očituje se u vezi s ugovorima kojima je predviđena jednokratna isporuka ili niz pojedinačnih isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.

Objektive Direktive propisuju da je trgovac odgovoran za svaku neusklađenost koja postane očita u roku od dvije godine od trenutka isporuke robe, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Međutim, spomenuta razlika može se iščitati iz članka 10. stavka 3. Direktive (EU) 2019/771 a

⁹³ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 136

⁹⁴ Recital 31 preambule Direktive (EU) 2019/771

⁹⁵ Članak 10. stavak 1. Direktive (EU) 2019/771

⁹⁶ Recital 46 preambule Direktive (EU) 2019/770

⁹⁷ Recital 47 preambule Direktive (EU) 2019/770

koji propisuje da države članice mogu zadržati ili uvesti dulje rokove od navedenih. Prema mojem osobnom shvaćanju, to znači da je europski zakonodavac, radi zaštite potrošača, propisao da u slučaju neusklađenosti robe s digitalnim elementima, trgovac za takve neusklađenosti odgovara minimalno dvije godine od trenutka isporuke, a na državama članicama je sloboda da još više zaštite potrošače – propisivanjem duljih rokova.

Tako kaže i sama Direktiva da bi države članice trebale osigurati da su trgovci odgovorni tijekom razdoblja od najmanje dvije godine od trenutka isporuke, ako je u okviru njihova nacionalnog prava trgovac odgovoran samo za svaku neusklađenost koja postane očita u određenom razdoblju nakon isporuke.⁹⁸

Možemo konačno zaključiti da je razlika u tome što Direktiva (EU) 2019/771 propisuje da rok odgovornosti trgovca za neusklađenost, pa tako i za ažuriranja, nipošto ne smije biti kraći od dvije godine od isporuke, što ostavlja državama članicama mogućnost da zadrže svoja zakonodavna rješenja u kojima je trgovac u takvim slučajevima neusklađenosti odgovoran dulje vremensko razdoblje od dvije godine dok Direktiva (EU) 2019/770 taksativno navodi da rok odgovornosti iznosi točno dvije godine od trenutka isporuke robe s digitalnim elementom, odnosno ne ostavlja državama članicama mogućnost uvođenja duljih rokova odgovornosti trgovca.

⁹⁸ Recital 56 preambule Direktive (EU) 2019/770

3.3.3. *Kontinuirana isporuka*

Razdoblje trajanja odgovornosti trgovca za slučaj ugovora kojim je ugovorena kontinuirana isporuka robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, prema mojem shvaćanju predstavlja najveće razilaženje u idejnom pristupu odgovornosti u ovim dvjema Direktivama.

Najprije, sam pojam „kontinuirana isporuka“ znači da se određeni digitalni sadržaj ili digitalna usluga, neovisno o tome je li sastavni dio neke robe ili ne, pruža potrošaču tijekom određenog duljeg razdoblja.⁹⁹ Najbolji primjer za jedan takav ugovor s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge jest pretplatnički ugovor za neku društvenu mrežu, primjerice Instagram ili pružanje usluge gledanja filmova ili slušanja glazbe poput aplikacija Netflix ili Spotify.¹⁰⁰ S druge strane, smartwatch, digitalni ručni sat koji je u velikoj mjeri neodvojiv od softvera bez kojega takav uređaj ne bi mogao uspješno funkcionirati niti bi imao obilježja „pametnog sata“, treba uzeti kao primjer robe s digitalnim elementom.¹⁰¹ Recimo da takav pametni sat ima funkciju praćenja broja obavljenih koraka u danu, otkucaja srca, razine šećera u krvi, i slične funkcije uz naravno i pokazivanje vremena.

Iz navedenih primjera, možemo zaključiti da je namjera potrošača s jedne strane, ali i svrha takvih digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga da traju određeno vrijeme i da budu na raspolaganju onoliko vremena koliko potrošač to koristi. Upravo iz toga razloga važno je primijetiti da se „očekivanja potrošača“ da takva roba s digitalnim elementima, odnosno digitalni sadržaj ili digitalna usluga funkcionira određeno razdoblje i da tijekom toga razdoblja ispunjava sve zahtjeve usklađenosti.

Međutim, iako sadržajno Direktive imaju uglavnom jednaka ili barem u velikoj mjeri slična rješenja, u aspektu odgovornosti trgovca za ugovore kojima je predviđena kontinuirana isporuka robe s digitalnim elementima, odnosno kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, postoji značajna razlika.

Direktiva (EU) 2019/771 propisuje da u slučaju robe s digitalnim elementima, trgovac osigurava da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima, uključujući sigurnosna ažuriranja, koja su potrebna kako bi ta roba ostala usklađena te da mu se ta ažuriranja isporučuju, tijekom

⁹⁹ Recital 55 preambule Direktive 2019/770.

¹⁰⁰ Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, str. 198

¹⁰¹ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 137

razdoblja navedenog u članku 10. stavku 2. ili 5., ovisno o slučaju, ako je ugovorom o kupoprodaji predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja.¹⁰²

Fokus usmjeravamo na razdoblje odgovornosti. Spomenuti članak 10. predviđa da ukoliko je ugovorom o kupoprodaji robe s digitalnim elementima predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja, utoliko je trgovac odgovoran za svaku neusklađenost, uključujući i ažuriranja, digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koja se pojavi ili postane očita u roku od dvije godine od trenutka isporuke robe s digitalnim elementima. Iz same odredbe ne proizlazi, ali se logičkim zaključivanjem može utvrditi da će se ovakvo uređenje odgovornosti primjenjivati ako je razdoblje na koje je ugovorena kontinuirana isporuka kraće od dvije godine.¹⁰³ Međutim, opet treba napomenuti da kao i kod jednokratne isporuke, članak 10. stavak 3. Direktive (EU) 2019/771 propisuje da države članice mogu uvesti i rok dulji od dvije godine za odgovornost trgovca.

Tako se može zaključiti jer druga situacija predviđena Direktivom 2019/771 nalaže da ako je ugovorom predviđena kontinuirana isporuka na rok dulji od dvije godine, trgovac je odgovoran za svaku neusklađenost, pa tako i ažuriranja, digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koja se pojavi ili postane očita u razdoblju u kojem se digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebaju isporučivati na temelju ugovora o kupoprodaji.¹⁰⁴

Iz kojeg razloga se europski zakonodavac odlučio za ovakvo rješenje dobro objašnjavaju neki autori navodeći da u slučaju odabira pristupa s općim razdobljem odgovornosti koji počinje od određenog trenutka (najčešće trenutkom isporuke), to bi moglo dovesti do neželjenog rezultata u slučaju dugoročnih ugovora koji se protežu na nekoliko godina.¹⁰⁵ Razdoblje opće odgovornosti, koje počinje na primjer sklapanjem ugovora ili prvom isporukom, isteklo bi prije završetka razdoblja tijekom kojeg je digitalni sadržaj dospio ili tijekom njegovog daljnjeg trajanja. Iz tih razloga zakonodavac je za digitalni sadržaj koji se pruža kontinuirano tijekom određenog vremenskog razdoblja odabrao vremensko razdoblje cjelokupnog trajanja ugovora.¹⁰⁶

¹⁰² Članak 7. stavak 3. točka b. Direktive (EU) 2019/771

¹⁰³ Članak 10. stavak 2. Direktive (EU) 2019/771

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Schulze, R., Staudenmayer, D., *op.cit.* u bilj. 8, str. 158

¹⁰⁶ *Ibidem.*

Iz svega navedenog zaključujemo da u slučaju ugovora o kupoprodaji robe s digitalnim elementima s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, trgovac odgovara za svaku neusklađenost, pa tako i ažuriranja, koja se pojave u roku od dvije godine, odnosno dulje od dvije godine ako je tako propisano nacionalnim pravom, od trenutka isporuke, za slučaj da je ugovoreno razdoblje kontinuirane isporuke kraće od dvije godine. S druge strane, ukoliko je potonje razdoblje kontinuirane isporuke dulje od dvije godine, trgovac je odgovoran za svaku neusklađenost, uključujući i ažuriranja, koja se pojave u bilo kojem trenutku za vrijeme trajanja takvog ugovora. Možemo zaključiti da u takvom slučaju odgovornost trgovca može trajati i nekoliko godina.

Jačanje pravne sigurnosti za potrošače i prodavatelje zahtijeva jasnu naznaku trenutka u kojem bi trebalo ocijeniti usklađenost robe, a to je trenutak isporuke robe. To bi se također trebalo primjenjivati na robu koja ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je povezana s njima, a koji su isporučeni jednokratnom isporukom. Međutim, ako se digitalni sadržaj ili digitalna usluga ugrađeni u robu ili s njom povezani isporučuju kontinuirano u određenom dužem razdoblju, relevantni trenutak za potrebe utvrđivanja usklađenosti tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge ne bi trebao biti jedan određeni trenutak, već određeno razdoblje, koje počinje od trenutka isporuke, a zbog pravne sigurnosti to bi razdoblje trebalo biti jednako razdoblju tijekom kojeg je prodavatelj odgovoran za neusklađenost.¹⁰⁷

S druge strane, Direktiva (EU) 2019/770 ima jednostavnije rješenje. Propisuje da trgovac osigurava da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima, uključujući sigurnosna ažuriranja, koja su potrebna kako bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga ostali usklađeni te da mu se ta ažuriranja isporučuju, tijekom razdoblja unutar kojeg se digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju isporučivati u skladu s ugovorom, ako je ugovorom predviđena kontinuirana isporuka tijekom određenog razdoblja.¹⁰⁸

Konkretnije, s obzirom na aspekt ažuriranja kao zahtjeva usklađenosti, korisnik pretplate na primjerice, Netflix ili Spotify ima pravo na sigurnosna i druga ažuriranja potrebna za održavanje usluge u skladu sve dok traje pretplata.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Recital 37 preambule Direktive (EU) 2019/771

¹⁰⁸ Članak 8. stavak 3. točka a. Direktive (EU) 2019/770

¹⁰⁹ Tako i korisnik pretplate na digitalnu televiziju prema Sein, K., Spindler, G., *op.cit.* u bilj. 12, str. 370

3.3.4. Teret dokazivanja

Obje direktive propisuju da u slučaju neusklađenosti, potrošač ima pravo uložiti određene pravne lijekove. Međutim, prije analize koji su to pravni lijekovi, valja razjasniti pravila o tome na kome u ugovornom odnosu leži teret dokazivanja.

Direktiva (EU) 2019/771 propisuje za jednokratnu isporuku robe s digitalnim elementima sljedeće pravilo: predmnijeva se da je svaka neusklađenost koja postane očita u roku od godinu dana od dana isporuke robe postojala i u trenutku isporuke, osim ako se dokaže suprotno, s jedne strane ili pak s druge strane, ako ta predmnijeva nije spojiva s prirodom robe ili prirodom neusklađenosti.¹¹⁰

Tekst ovoga članka zahtijeva dublju analizu, naročito u pogledu razjašnjenja jezičnih konstrukcija „osim ako se dokaže suprotno“ i „nespojivosti“¹¹¹ predmnijeve s prirodom robe ili prirodom neusklađenosti.“ Prema mojem shvaćanju, rečenica „osim ako se ne dokaže suprotno“ sama po sebi ne daje odgovor na pitanje tko je u ugovornom odnosu taj koji mora dokazati i što točno mora dokazati.

Potrošač je taj koji bi trebao snositi teret dokaza usklađenosti u kupoprodajnom odnosu.¹¹² Europski zakonodavac pak tumači da bi potrošač tijekom roka od godinu dana, ili dvije godine ako država članica odluči primijeniti dvogodišnje razdoblje, samo trebao dokazati da je roba neusklađena, a da pritom ne mora dokazati i da je neusklađenost zaista postojala u relevantnom trenutku za utvrđivanje usklađenosti.¹¹³

Korak bliže pojašnjenju omogućuju nam tumačenja i zaključci pojedinih autora koji tvrde da u roku od godinu dana, odnosno dvije godine ako država članica uvede taj rok, nakon isporuke, potrošač je taj koji ima obvezu dokazati da postoji određena neusklađenost.¹¹⁴ Ako to može dokazati, trgovac je dalje dužan dokazati da je ta neusklađenost nastala nakon isporuke robe.¹¹⁵

¹¹⁰ Članak 11. stavak 1. Direktive (EU) 2019/771

¹¹¹ Recital 45 primjerima razjašnjava pojmove nespojivosti predmnijeve s prirodom robe ili s prirodom neusklađenosti. U prvom slučaju ukazuje na robu koja se po svojoj prirodi pogoršava, kao što su pokvarljivi proizvodi, primjerice cvijeće, ili roba namijenjena isključivo jednokratnoj uporabi. S druge strane, slučaj nespojivosti presumpcije s prirodom neusklađenosti bila bi ona neusklađenost koja može biti samo rezultat radnje potrošača ili očitog vanjskog uzroka do kojeg je došlo nakon isporuke robe potrošaču.

¹¹² Morais Carvalho, J., *op.cit.* u bilj. 10, str. 200

¹¹³ Recital 45 preambule Direktive (EU) 2019/771

¹¹⁴ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str 139

¹¹⁵ *Ibidem.*

Možemo onda zaključiti da ukoliko u predviđenom roku od godinu dana ili dvije godine, ovisno o slučaju, postane očita neka neusklađenost i potrošač dokaže postojanje te neusklađenosti, utoliko se aktivira oboriva predmnijeva da je takva neusklađenost postojala i u trenutku same isporuke robe. Oboriva je iz razloga što trgovac može dokazivati suprotno.

Međutim, neki autori ukazuju na problem da ovakva konstrukcija pravila o teretu dokazivanja može dovesti do zbunjujućih situacija, naročito u pogledu ažuriranja, a što će dobro prikazati primjer koji slijedi.

Ovaj problem možemo zamijetiti na primjeru „uređaja za praćenje sportskih aktivnosti“ (engl. *fitness tracker*.)¹¹⁶ Postavlja se pitanje: tko bi trebao dokazati neusklađenost ako je potrošač kupio uređaj i razumno očekuje da će primati ažuriranja najmanje dvije godine, a slučaj je da su pola godine nakon primitka uređaja isporučena neispravna ažuriranja i time je nastala neusklađenost?

Pravila navode da je kupac taj koji mora dokazati da postoji neusklađenost robe. Nakon što uspješno dokaže da zbog isporučenih ažuriranja nakon pola godine od isporuke uređaja postoji neusklađenost. Nakon toga teret dokazivanja prelazi na trgovca koji, da bi se oslobodio odgovornosti, mora dokazati da ta neusklađenost nije postojala u trenutku isporuke robe.

Dakle, ako neusklađenost postane očita unutar jedne godine od isporuke robe, primjenjuje se presumpcija njezinog postojanja u trenutku isporuke. Međutim, ukoliko neusklađenost postane očita nakon proteka godine dana od isporuke robe, ali unutar godine dana od isporučenog ažuriranja, utoliko se postavlja pitanje treba li se i u ovom slučaju primijeniti presumpcija postojanja usklađenosti u trenutku isporuke? U oba slučaja, trgovac bi bez problema mogao dokazati da nedostatak usklađenosti nije postojao u trenutku isporuke robe, budući da je ažuriranje isporučeno i instalirano puno kasnije.

S druge strane, Direktiva (EU) 2019/770 propisuje da je teret dokazivanja u odnosu na to jesu li digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučeni u skladu s zahtjevima usklađenosti je na trgovcu.¹¹⁷ Za pojedinačnu isporuku ili niz pojedinačnih isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, čl. 11. stavak 2 Direktive (EU) 2019/770 povezuje odgovornost trgovca s trenutkom svake takve isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, koji također služi kao početna točka za određivanje trajanja odgovornosti.¹¹⁸

¹¹⁶ Cjelokupni primjer navodi Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str. 139

¹¹⁷ Članak 11. stavak 1. Direktive (EU) 2019/770

¹¹⁸ Schulze, R., Zoll, F., *op.cit.* u bilj. 7, str. 248

U vezi sa odredbom članka 12. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770, neki autori tvrde da bi trebalo bi pretpostaviti da bi nedostatak usklađenosti mogao biti rezultat najmanje jednog ažuriranja.¹¹⁹ S obzirom da ažuriranja predstavljaju digitalni sadržaj, isti zaključuju da je teret dokazivanja na trgovcu za nedostatak usklađenosti koji je postao očit unutar godinu dana od trenutka kada je digitalni sadržaj isporučen.¹²⁰

U slučaju robe s digitalnim elementima, ne može se donijeti analogan zaključak s Direktivom (EU) 2019/770 u vezi s teretom dokazivanja u slučaju kasnije nastalih ažuriranja, iz razloga što je u kupoprodajnom odnosu teret dokazivanja usklađenosti vezan uz isporuku robe i traje jednu godinu od tog trenutka, a ne uz isporuku digitalnog sadržaja koji je dio te robe.¹²¹ U konačnici, to znači da ukoliko je prošla godina dana od isporuke robe s digitalnim elementima, utoliko je teret dokazivanja neusklađenosti na potrošaču.

Međutim, u slučaju robe s digitalnim elementima pri čemu je ugovorena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog vremenskog razdoblja, primjenjuje se odredba članka 11. stavka 3. Direktive (EU) 2019/771 koja propisuje da teret dokazivanja u odnosu na to jesu li digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni tijekom razdoblja iz članka 10. stavka 2. je na trgovcu za onu neusklađenost koja postane očita za vrijeme trajanja tog razdoblja.

Ponavljajući radi, rečeno je da se obveza trgovca razlikuje s obzirom na to je li ugovorena kontinuirana isporuka na razdoblje kraće od dvije godine – u kojem slučaju je teret dokazivanja na trgovcu da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni tijekom razdoblja od dvije godine od trenutka isporuke robe s digitalnim elementima ili pak duže od dvije godine – u kojem slučaju je onda teret dokazivanja trgovca da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni tijekom razdoblja cjelokupnog trajanja takvog ugovora.

Za razliku od prethodno navedenog, Direktiva (EU) 2019/770 na puno jasniji i jednostavniji način propisuje problematiku tereta dokazivanja. Naime, propisuje da je u slučaju jednokratne isporuke teret dokazivanja u odnosu na to jesu li isporučeni digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni u trenutku isporuke je na trgovcu i to za onu neusklađenost koja postane očita u roku od godinu dana od trenutka isporuke.¹²²

¹¹⁹ Kalamees, P., *op.cit.* u bilj. 31, str.139

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² Članak 12. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770

Prvo i osnovno, potrošač je taj koji mora dokazati postojanje neusklađenosti.¹²³ Članak 12. Direktive (EU) 2019/770 pomaže potrošaču navodeći da je teret dokazivanja usklađenosti s ugovorom u trenutku isporuke na trgovcu.¹²⁴ Tako propisuje i Recital 59 da u slučaju spora, iako potrošač treba dokazati da digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu usklađeni, on ne bi morao dokazivati da je neusklađenost postojala u trenutku isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili, ako je riječ o kontinuiranoj isporuci, za vrijeme trajanja ugovora, već se to prebacuje na trgovca. Recital 59 dalje objašnjava da bi taj teret dokazivanja trebao biti na trgovcu u vezi s neusklađenošću koja postane očita u roku od godinu dana od trenutka isporuke ako je ugovorom predviđena jednokratna isporuka ili niz pojedinačnih isporuka te za vrijeme trajanja ugovora ako je ugovorom predviđena kontinuirana isporuka tijekom određenog razdoblja.

Dobro ukazuju određeni autori da u usporedbi s odgovarajućim pravilom o robi s digitalnim elementima, trenutak isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge (engl. *supply*) kao početna točka odgovara trenutku isporuke robe (engl. *delivery*), ali za razliku od rješenja Direktive (EU) 2019/771, vrlo je važno napomenuti da države članice u slučaju jednokratne isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ne mogu produljiti vremensko razdoblje predmnijeve na dvije godine.¹²⁵

Međutim, što je prema drugim autorima najvažnije, jest upravo činjenica da se prijenos tereta dokazivanja s potrošača na trgovca ne primjenjuje ako trgovac može dokazati da digitalno okruženje¹²⁶ potrošača nije bilo kompatibilno s digitalnim sadržajem i da je transparentno obavijestio potrošača o granicama kompatibilnosti i drugim tehničkim zahtjevima.¹²⁷ Potrošač ima obvezu suradnje s trgovcem kako bi se utvrdilo je li uzrok neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge digitalno okruženje potrošača.¹²⁸ Ukoliko potrošač ne surađuje, unatoč tome što ga je trgovac o tom zahtjevu obavijestio na jasan i razumljiv način prije samog sklapanja ugovora, utoliko teret dokazivanja u odnosu na to je li neusklađenost postojala u relevantnom trenutku prelazi na potrošača.¹²⁹

¹²³ Sein, K., Spindler, G., *op.cit.* u bilj. 12, str. 387

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ Schulze, R., Zoll, F., *op.cit.* u bilj. 7, str. 250

¹²⁶ Digitalno okruženje Direktiva (EU) 2019/770 definira kao hardver, softver i svaki mrežni priključak kojima se potrošač koristi kako bi pristupio digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi ili se njima služio

¹²⁷ Sein, K., Spindler, G., *op.cit.* u bilj. 12, str. 387

¹²⁸ Članak 12. stavak 5. Direktive (EU) 2019/770

¹²⁹ *Ibidem.*

3.4. Potrošačka prava zbog povrede obveze ažuriranja

U slučaju da jedna ugovorna strana ne izvrši svoju ugovornu obvezu, određeni pravni lijekovi trebaju biti dostupni oštećenoj ugovornoj strani.¹³⁰ Kako bi se povećala pravna sigurnost i uklonila jedna od glavnih prepreka kojom se ometa nesmetano funkcioniranje unutarnjeg tržišta, europski zakonodavac napominje da bi trebalo u potpunosti uskladiti pravna sredstva dostupna potrošačima za neusklađenost robe te uvjete pod kojima se takva pravna sredstva mogu iskoristiti.¹³¹

Prema odredbama obiju Direktiva, možemo zaključiti da postoji sustav pravnih lijekova koji su s jedne strane, predviđeni za slučaj neusklađenosti (koji uređuju obje Direktive), a s druge strane samo Direktiva (EU) 2019/770 propisuje i posebnu situaciju za slučaj neisporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.

Prije svega, važno je napomenuti da ukoliko se utvrdi da postoji neusklađenost robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, utoliko potrošač ima na raspolaganju ostvarivati pravo na usklađivanje predmeta ugovora, odnosno sniženje cijene ili pak raskid ugovora.¹³² S druge strane, u slučaju neisporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge pravo raskinuti ugovor, pri čemu je pravilo da prije korištenja tog pravnog lijeka mora pozvati trgovca na ispunjenje obveze isporuke.

Međutim, od iznimne je važnosti objasniti međusobni odnos ovih pravnih lijekova. Naime, pravni lijekovi za slučaj neusklađenosti imaju međusobni odnos hijerarhije. Stoga, kao opće pravilo, u prvoj fazi potrošač može samo tražiti od trgovca da ispuni svoju obvezu, odnosno da ispuni zahtjeve usklađenosti. Pristup sekundarnim pravnim lijekovima (sekundarnima se smatraju: smanjenje cijene ili raskid ugovora) moguć je samo pod određenim uvjetima.¹³³

Svoje viđenje razloga za takvo uređenje sustava pravnih lijekova u slučaju neusklađenosti neki autori opravdavaju navodeći da je ograničeni pristup sekundarnim pravnim lijekovima ključan ne samo za očuvanje ugovora između ugovornih strana, već i za poticanje održive potrošnje i duže trajnosti proizvoda u svrhu ostvarenja kružnog i održivijeg gospodarstva.¹³⁴

¹³⁰ Schulze, R., Zoll, F., *op.cit.* u bilj. 7, str. 256

¹³¹ Recital 47 preambule Direktive (EU) 2019/771

¹³² Članak 14. Direktive (EU) 2019/771 i članci 13. i 14. Direktive (EU) 2019/770

¹³³ De Franceschi, A., *Consumer's Remedies For Defective Goods With Digital Elements*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 12., 2021., str. 144

¹³⁴ *Ibidem.*

3.4.1. Neusklađenost

Opće pravilo koje propisuju obje Direktive jest da potrošač ima pravo na usklađivanje robe s digitalnim elementima, odnosno digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, osim ako bi to bilo nemoguće ili bi time trgovcu nastali nerazmjerni troškovi, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinog slučaja.¹³⁵ Direktiva (EU) 2019/771 konkretizira pravo potrošača na usklađivanje na način da se isto može obaviti popravkom robe ili pak zamjenom.¹³⁶

Recital 48 preambule Direktive (EU) 2019/771 navodi da bi potrošači trebali imati, pogledu usklađivanja robe, pravo na izbor između popravka ili zamjene. Također navodi da bi potrošačev odabir između popravka i zamjene trebao biti ograničen samo ako bi odabrana opcija bila pravno ili činjenično nemoguća ili ako bi njome prodavatelju nastali nerazmjerni troškovi, u kojem slučaju trgovac može odbiti provesti usklađivanje.

Za razliku od toga, Recital 63 preambule Direktive (EU) 2019/770 predviđa da bi trgovac trebao biti taj na kojem je izbor načina usklađivanja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, na primjer objavljivanjem ažuriranih verzija ili tako da potrošaču na raspolaganje stavi novi primjerak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.

Obje direktive spominju da potrošač o neusklađenosti mora obavijestiti trgovca, kako bi mogao eventualno ostvarivati svoja prava na pravne lijekove. Velika je razlika to što Direktiva (EU) 2019/771 propisuje da države članice mogu zadržati ili uvesti odredbe kojima se propisuje da potrošač, kako bi iskoristio svoja prava, mora obavijestiti prodavatelja o neusklađenosti u roku od najmanje 2 mjeseca od dana kada je potrošač otkrio takvu neusklađenost¹³⁷, dok Direktiva (EU) 2019/770 o tom roku ništa ne specificira.

Ako popravkom ili zamjenom robe s digitalnim elementima potrošaču nije odgovarajuće otklonjena neusklađenost, odnosno ako usklađivanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge pravno ili činjenično nije moguće ili ako trgovac odbija uskladiti robu, odnosno digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu jer bi mu time nastali nerazmjerni troškovi, ili ako trgovac nije ispunio svoju obvezu usklađenja u razumnom roku, besplatno i bez znatnih neugodnosti za potrošača,

¹³⁵ Članak 13. stavak 2. Direktive (EU) 2019/771 i članak 14. stavak 2. Direktive (EU) 2019/770

¹³⁶ Članak 13. stavak 2. Direktive (EU) 2019/771

¹³⁷ Članak 12. Direktive (EU) 2019/771

potrošač bi trebao imati pravo na pravna sredstva u pogledu sniženja cijene ili raskida ugovora.¹³⁸

Međutim, jednako tako obje Direktive predviđaju situacije u kojima bi trebalo biti opravdano da potrošač odmah ima pravo na sniženje cijene ili raskid ugovora, bez poštivanja prvog koraka, odnosno prvotnog zahtijevanja usklađenosti.¹³⁹ Jedino ograničenje koje daje prednost sniženju cijene naspram raskida ugovora jest slučaj ako je neusklađenost neznatna¹⁴⁰. U tom slučaju potrošač ne može raskinuti ugovor, već mu preostaje zahtijevati sniženje cijene. Što se tiče sniženja cijene kao pravnog lijeka, razmjerno je smanjenju vrijednosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji su isporučeni potrošaču u usporedbi s vrijednošću koju bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga imali da su usklađeni.¹⁴¹ Međutim, neki autori napominju da je opće pravilo, koje bi se trebalo primjenjivati na sve ugovore, da se smanjenje cijene, kao pravni lijek, može koristiti kumulativno sa zahtjevom za naknadu štete.¹⁴²

¹³⁸ Recital 51 preambule Direktive (EU) 2019/771 i Recital 65 preambule Direktive (EU) 2019/770

¹³⁹ Recital 52 preambule Direktive (EU) 2019/771 navodi jednako kao i Recital 63 preambule Direktive (EU) 2019/770 da ako trgovac prethodno nije uspio uskladiti robu, odnosno digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili ako se od potrošača ne može očekivati da zadrži povjerenje u sposobnost trgovca za usklađivanje zbog ozbiljnog karaktera neusklađenosti,

¹⁴⁰ Članak 13. stavak 5. Direktive (EU) 2019/771 i članak 14. stavak 6. Direktive (EU) 2019/770

¹⁴¹ Članak 14. stavak 5. Direktive (EU) 2019/770 i članak 15. Direktive (EU) 2019/771

¹⁴² Kalamees, P., Sein, K., *Price Reduction in the System of Contractual Remedies*, European Review of Private Law 2, 2015. str. 280.

3.4.2. Neisporuka

Članak 13. Direktive (EU) 2019/770 propisuje da ako trgovac nije isporučio¹⁴³ digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu na način¹⁴⁴ kako propisuje sama Direktiva, potrošač treba pozvati trgovca da mu isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu. Ako trgovac nakon toga ne isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu bez nepotrebne odgode ili unutar dodatnog roka koji su ugovorne strane izričito dogovorile, potrošač ima pravo raskinuti ugovor.

Međutim, držim do toga da je važno ponoviti da je stajalište europskog zakonodavca da neisporuku ugovorenih ažuriranja trebalo bi smatrati neusklađenošću digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pa stoga za ažuriranja vrijede gore spomenuti pravni lijekovi.¹⁴⁵

I u slučaju neisporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge možemo zaključiti da postoji na neki način hijerarhija pravnih lijekova. Prije ostvarivanja prava na raskid ugovora, ipak potrošač mora pokušati ponovno pozvati trgovca na ispunjenje. Međutim, stavak 2. članka 13. Direktive (EU) 2019/770 taksativno nabraja slučajeve u kojima potrošač nije dužan poštivati hijerarhiju i izravno može zahtijevati raskid ugovora. To su s jedne strane, slučajevi u kojima je trgovac izjavio da neće isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je to iz okolnosti slučaja očito ili pak s druge strane, ako su se potrošač i trgovac dogovorili ili je iz okolnosti sklapanja ugovora očito da je određeno vrijeme isporuke ključno za potrošača, a trgovac ne isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu do tog trenutka ili u tom trenutku.

¹⁴³ Isporuka digitalnog sadržaja smatra se uspješno obavljenom u trenutku kada su digitalni sadržaj ili digitalna usluga ili pak sredstvo prikladno za pristup digitalnom sadržaju ili njegovo preuzimanje stavljeni na raspolaganje ili na drugi način učinjeni dostupnim potrošaču.

¹⁴⁴ Recital 41 preambule Direktive (EU) 2019/770 propisuje da bi se trebalo smatrati da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga stavljeni na raspolaganje ili učinjeni dostupnim potrošaču kada digitalni sadržaj ili digitalna usluga, ili bilo koje sredstvo prikladno za pristup njima ili njihovo preuzimanje, dođu do potrošača te trgovac ne treba poduzeti nikakve dodatne korake kako bi potrošaču omogućio upotrebu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu s ugovorom.

¹⁴⁵ Recital 44 preambule Direktive (EU) 2019/770

3.5. Pravo trgovca na pravnu zaštitu

U ovom radu već je ukratko bilo riječi o tome kako je obveza trgovca osigurati da potrošač bude obaviješten o ažuriranjima te da mu se ta ažuriranja isporučuju. Tamo smo zaključili da ne mora sam trgovac smišljati, dizajnirati i isporučivati ažuriranja potrošaču, već to u praksi najčešće rade softverski developeri.

Objema direktivama propisano je da u slučaju da trgovac odgovara potrošaču zato što digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu isporučeni ili zbog neusklađenosti do kojih je došlo zbog činjenja ili propusta određene osobe u prethodnim fazama lanca transakcija, trgovac ima pravo na pravna sredstva protiv odgovorne osobe ili odgovornih osoba u nizu komercijalnih transakcija.¹⁴⁶

Prema mojem osobnom shvaćanju, prilikom uređivanja ovog aspekta, europski se zakonodavac našao u situaciji iz koje je mogao izvući dva oprečna rješenja. S jedne strane mogao je propisati da potrošač stječe pravo na izravnu tužbu protiv developera ili s druge strane prebaciti odgovornost za obveze developera na trgovca. Iz teksta Direktiva možemo zaključiti da je na ovaj način više sigurnosti pruženo potrošaču jer neovisno o tome tko je stvarno odgovoran za nastalu neisporuku ili neusklađenost, potrošač ima pravo na pravni lijek protiv trgovca.

Iako obje direktive po svojoj prirodi jesu direktive maksimalne harmonizacije, jedan od slučajeva u kojima je europski zakonodavac prepustio slobodu uređenja državama članicama jesu upravo pravna sredstva, odgovarajući postupci i uvjeti ostvarenja zaštite trgovaca od odgovornih osoba.

Recital 78 preambule Direktive (EU) 2019/770 propisuje da bi takva prava trgovca trebala biti ograničena na komercijalne transakcije te ne bi trebala obuhvaćati situacije u kojima trgovac odgovara potrošaču za neusklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji su sastavljeni ili izgrađeni na softveru koji je bez novčanog plaćanja na temelju besplatne i otvorene licence isporučila osoba u jednoj od prethodnih faza lanca transakcija. S druge strane, Recital 63 preambule Direktive (EU) 2019/771 još nadodaje da bi takva pravna sredstva trebala uključivati pravna sredstva u pogledu neusklađenosti koja je rezultat izostanka ažuriranja, uključujući sigurnosno ažuriranje, koje bi bilo potrebno za održavanje usklađenosti robe s digitalnim elementima.

¹⁴⁶ Članak 18. Direktive (EU) 2019/771 i članak 20. Direktive (EU) 2019/770

4. OBVEZA AŽURIRANJA U PRAVU REPUBLIKE HRVATSKE

Pravna priroda direktive, kao sekundarnog pravnog izvora prava Europske unije koji obvezuju države članice da u svojim nacionalnim pravnim porecima ostvare ciljeve, odnosno rezultate predviđene direktivom, jest takva da zahtijeva implementaciju u zakonodavstva država članica.¹⁴⁷ Državama članicama ostavljena je sloboda pri izboru načina prenošenja direktive u nacionalno zakonodavstvo, ali pri odabiru načina prenošenja direktive moraju izabrati onaj oblik i metodu kojima će se u potpunosti i bezuvjetno ostvariti očekivani rezultati iz direktive.¹⁴⁸

S druge strane, općepoznato je da je jedna od temeljnih zadaća i svrha Europske unije uspostava i zaštita uspješnog funkcioniranja zajedničkog unutarnjeg tržišta. Kao jednu od metoda zaštite potonjeg, spominje se i harmonizacija europskog prava. U teoriji postoje brojne podjele¹⁴⁹ harmonizacije, ali prema mojem shvaćanju temeljna podjela je između pozitivne i negativne harmonizacije. S jedne strane, pozitivna harmonizacija usmjerena je na pozitivnu aktivnost približavanja različitih rješenja u pravnim porecima država članica Europske unije u cilju smanjivanja ili uklanjanja prepreka unutarnjem tržištu.¹⁵⁰ Za razliku od toga, negativna harmonizacija utemeljena je na zabranama postupanjima koja se protive cilju ostvarenja unutarnjeg tržišta.¹⁵¹

Obje Direktive izričito propisuju da države članice u svojem nacionalnom pravu ne zadržavaju ni u njega uvode odredbe koje odstupaju od onih utvrđenih ovim Direktivama, uključujući i blaže ili strože odredbe kojima se osigurava različita razina zaštite potrošača, osim ako je ovim Direktivama drukčije predviđeno.¹⁵² Takva odredba objiju Direktiva upućuje na zaključak da se radi o direktivama maksimalne harmonizacije. Određivanjem Direktivi kao maksimalno harmoniziranim, intencija europskog zakonodavca je ne dopustiti odstupanje od odredaba propisanim Direktivama pri usklađivanju domaćih propisa.¹⁵³

Međutim, dio rečenice „osim ako je ovim Direktivama drukčije predviđeno“ upućuje na zaključak da postoje određeni aspekti ugovora o kupoprodaji robe, odnosno ugovora o isporuci

¹⁴⁷ Josipović, T., *Privatno pravo Europske unije – opći dio*, Zagreb, 2020. str. 51

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Neki od primjera podjele harmonizacije europskog prava jesu: maksimalna, minimalna, alternativna, opsijska, potpuna, parcijalna, vertikalna, horizontalna i sl.

¹⁵⁰ Miščenić, E., *Europsko privatno pravo – opći dio*, Zagreb, 2019. str. 43

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Članak 4. Direktive (EU) 2019/771 i članak 4. Direktive (EU) 2019/770

¹⁵³ Miščenić, E., *op.cit.* u bilj. 150, str. 44

digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga koji su prepušteni na slobodno uređenje državama članicama.

Možda najvažniji primjer kojim sama Direktiva dopušta da nacionalni zakonodavci prema svojem odabiru promijene pravilo Direktive (EU) 2019/771 odnosi se na vremensko ograničenje odgovornosti trgovca za neusklađenost robe, o čemu je već bilo riječi u ovom radu.¹⁵⁴ Jednako tako spominje se i to da Direktive neće utjecati na slobodu država članica da reguliraju aspekte općeg ugovornog prava, kao što su pravila o sklapanju, valjanosti, ništetnosti ili učincima ugovora, uključujući posljedice raskida ugovora ili pak pravo na naknadu štete.¹⁵⁵ Još jedan od primjera je i pravna zaštita trgovca u lancu isporuke, koja je predviđena objema Direktivama, ali čije je uređenje u potpunosti prepuštena državama članicama.¹⁵⁶

Ovakav kratki prikaz osnova europskog prava bio je nužan radi objašnjenja implementacijskih rješenja hrvatskog zakonodavca. Naime, slažem se s mišljenjem određenih autora da osnova promišljanja načina implementacije direktiva ovisi o već postojećem pravnom sustavu.¹⁵⁷ Hrvatski zakonodavac implementirao je Direktive (EU) 2019/770 i 2019/771 na potpuno oprečne načine.

Direktiva (EU) 2019/770 implementirana je donošenjem novog Zakona o određenim aspektima ugovora u isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga koji je u potpunosti zadržao duh i tekst same direktive. S druge strane, Direktiva (EU) 2019/771 implementirana je u već postojeći Zakon o obveznim odnosima i to u Odjeljak 2. pod nazivom Ugovori, konkretno u poglavlje o materijalnim nedostacima ugovora o kupoprodaji.¹⁵⁸

Članak 399. a izmijenjenog i dopunjenog ZOO – a, u potpunosti preuzima pojmove i njihove prikladne definicije taksativno navedene u Direktivi (EU) 2019/771. Konkretno, na identičan način opisani su pojmovi digitalni sadržaj, digitalna usluga, roba s digitalnim elementima i ostali pojmovi dosad spomenuti u ovom radu.

Temeljno je pravilo da prodavatelj robe u slučaju ugovora o kupoprodaji odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ona imala u trenutku prijelaza rizika na kupca.¹⁵⁹ Prema

¹⁵⁴ Lilleholt, K., *A Half-Built House: The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law*, *Juridica International* 28, 2019., str. 4

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Članak 18. Direktive (EU) 2019/771 i članak 20. Direktive (EU) 2019/770

¹⁵⁷ Kanceljak, I., *op.cit.* u bilj. 16, str. 187

¹⁵⁸ Članci 399.a – 422. ZOO – a.

¹⁵⁹ Članak 400. stavak 1. ZOO – a.

općem pravilu, rizik u pravilu prelazi na kupca u trenutku predaje stvari.¹⁶⁰ Zakonska novina je sada preciziranje trenutka prelaska rizika na kupca u slučaju stvari s digitalnim elementima. U tom slučaju rizik prelazi na kupca u trenutku kada je obavljena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, odnosno u trenutku kada je započela kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.¹⁶¹

Već je rečeno da je samom Direktivom (EU) 2019/771 prepušteno državama članicama da odaberu dulje rokove za odgovornost prodavatelja za neusklađenost robe u ugovorima kojima je predviđena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, kao i rokovima u kojima se predmnijeva da je neusklađenost postojala u trenutku prijelaza rizika. Hrvatski se zakonodavac odlučio za poštovati rokove predviđene samom Direktivom, odnosno nije uvodio dulje rokove od propisanih.

Konkretnije, izmijenjeni ZOO propisuje da ako je potrošačkim ugovorom predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine, prodavatelj je odgovoran za nedostatke digitalno sadržaja ili digitalne usluge koji se pojave tijekom cijelog razdoblja trajanja takvog ugovora, a u slučaju da je taj rok kraći od razdoblja od dvije godine, prodavatelj odgovara za one nedostatke koji se pojave u roku od dvije godine od trenutka prijelaza rizika.¹⁶²

Što se tiče jednokratne isporuke, naš ZOO ne izdvaja potonju u poseban članak, nego prema mojem mišljenju, vrijedi opće pravilo za odgovornost prodavatelja za skrivene nedostatke. Razlikovanje vidljivih i skrivenih nedostataka očituje se u tome da se o radi skrivenom nedostatku ako se nedostatak nije mogao otkriti uobičajenim pregledom prilikom preuzimanja stvari, dok su oprečno tome, vidljivi oni nedostaci koji su se jednakim takvim pregledom mogli uočiti.¹⁶³ S obzirom da potrošač (kupac) kod potrošačkih ugovora nema dužnost obaviti pregled stvari niti ju dati na pregled, ali je i u slučaju skrivenih i vidljivih nedostataka dužan, pod prijetnjom gubitka prava, obavijestiti prodavatelja u roku od 2 mjeseca od saznanja za nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od nastanka.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Česić, Z., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Posebni dio, Knjiga Druga*, Libertin naklada, Rijeka, 2021., str. 395

¹⁶¹ Članak 400. stavak 5. ZOO – a.

¹⁶² Članak 404.a ZOO – a.

¹⁶³ Gorenc, V.; Belanić V.; Momčinović, H.; Perkušić, A.; Pešutić, A.; Slakoper, Z.; Vukelić, M.; Vukmir, B.; *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 694

¹⁶⁴ Klarić, P.; Vedriš, M., *Gradansko pravo – opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 420

Posljednjim izmjenama i dopunama ZOO-a od 1. siječnja 2022. godine propisuje se, između ostalog, i ažuriranje stvari s digitalnim elementima u potrošačkim ugovorima. ZOO izričito propisuje da nedostatak stvari postoji ako stvar nije isporučena s ažuriranjima kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji.¹⁶⁵ U ovom slučaju prepoznajemo obvezu ažuriranja kao zahtjev subjektivne usklađenosti.

S druge strane, potpuno novim člankom predviđena je obveza ažuriranja kao zahtjeva objektivne usklađenosti. Korektnije, u potrošačkim ugovorima o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima u kojima je predviđena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, prodavatelj mu je dužan pružiti obavijesti o ažuriranjima koja su potrebna da stvar ostane bez nedostataka te potrošaču osigurati ažuriranja tijekom razdoblja unutar kojega to potrošač može razumno očekivati.¹⁶⁶ Ako je pak ugovorom predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s jedne strane, na rok dulji od dvije godine, obveza osiguranja ažuriranja traje do isteka razdoblja za koji je ugovorena isporuka, odnosno na rok kraći od dvije godine, s druge strane, obveza osiguranja ažuriranja traje dvije godine od trenutka prijelaza rizika na kupca.¹⁶⁷

Prava kupca koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o nedostatku usklađena su s pravima koja predviđa Direktiva (EU) 2019/771 kao i njihov međusobni odnos – odnos hijerarhije pravnih izvora. Kupac ima pravo zahtijevati od prodavatelja uklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka.¹⁶⁸ Načelno, kad je prodavatelju otežano ispuniti određeni zahtjev ili bi mu to prouzročilo nerazmjerno visoke troškove, pravo izbora između popravka ili zamjene trebalo bi pripasti prodavatelju, ali samo pod uvjetom da se izabranim načinom postiže potpuno uredno ispunjenje.¹⁶⁹ Sekundarna prava kupca kako ih nazivaju određeni autori jesu razmjerno sniženje cijene i raskid ugovora.¹⁷⁰

Prava prodavatelja robe s digitalnim sadržajem u lancu isporuke, vrijede jednako i na odgovarajući način i za trgovca digitalnog sadržaja ili digitalne usluge iz Direktive (EU) 2019/770.¹⁷¹ Naime, prodavatelj koji odgovara kupcu zbog postojanja materijalnih nedostataka, ovlašten je ostvarivati prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke prema svojem

¹⁶⁵ Članak 401. stavak. 1. točka 4. ZOO – a.

¹⁶⁶ Članak 401. a

¹⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁶⁸ Članak 410. ZOO – a.

¹⁶⁹ Česić, Z., *op.cit.* u bilj. 160, str. 418

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ Članak 20. Direktive (EU) 2019/770 propisuje da se pravna sredstva za zaštitu trgovca i odgovarajući postupci i uvjeti ostvarenja određuju se nacionalnim pravom.

prodavatelju (prethodni prodavatelj) jedino ako su ispunjene pretpostavke odgovornosti prethodnog prodavatelja.¹⁷² Pretpostavke odgovornosti predstavljaju zahtjeve koji se moraju kumulativno ispuniti, a to su: postojanje naplatnog pravnog posla, postojanje materijalnih nedostataka u trenutku prijelaza rizika ili se kasnije pojave zbog razloga koji je postojao u trenutku prijelaza rizika i posljednje, da stjecatelj nije znao niti je morao znati za nedostatke.¹⁷³

Nadalje ZOO propisuje da je prodavatelj dužan bez odgađanja obavijestiti prethodnog prodavatelja o tome je li popravio ili zamijenio stvar kupcu, snizio mu cijenu ili je ugovor o kupoprodaji raskinut te mu dostaviti sve podatke važne za prosuđivanje odgovornosti za materijalne nedostatke.¹⁷⁴

Konačno, ukoliko je proteklo više od dvije godine od prijelaza rizika između prodavatelja i prethodnog prodavatelja, utoliko prethodni prodavatelj ne odgovara za materijalne nedostatke za koje je prodavatelj odgovarao kupcu.¹⁷⁵

¹⁷² Članak 422. a. stavci 1. i 2. ZOO – a

¹⁷³ Klarić, P., Vedriš, M., *op.cit.* u bilj. 164, str. 417

¹⁷⁴ Članak 422. a. stavak 3. ZOO – a.

¹⁷⁵ Članak 422. a. stavak 4. ZOO – a.

5. ZAKLJUČAK

Prepoznavanje važnosti i pravna regulacija svih mogućih aspekata ažuriranja predstavlja veliki korak u izazovima moderne tehnologije koja rapidno i eksponencijalno raste svaki dan. Europska unija čini sve što je u njezinim ovlastima da zaštiti temeljni cilj svog postojanja: zaštita pravilnog i uspješnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Novim Direktivama (EU) 2019/770 i 2019/771 uređeni su određeni aspekti ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, odnosno određeni aspekti ugovora o kupoprodaji robe. Iako obje Direktive svoja područja primjene uglavnom jasno i odvojeno reguliraju, roba s digitalnim elementima kao nova dimenzija robe koja je neodvojivo povezana sa digitalnim sadržajem ili digitalnim uslugama, zapravo predstavlja kombinaciju elemenata obiju Direktiva. Ali prema mojem shvaćanju, ispravno je postupio europski poslodavac kada se zbog razloga pravne sigurnosti i zaštite potrošača, ali i trgovaca kao ugovornih strana nije odlučio za istovremenu, odnosno paralelnu primjenu obiju Direktiva, nego je u slučaju robe s digitalnim elementima izričito namijenio primjenu Direktive (EU) 2019/771.

Ažuriranje, logično gledano, ne može biti povezano uz element robe, nego uz digitalne elemente robe. Upravo zato, obje Direktive imaju iste temelje na kojima se oslanja obveza ažuriranja. Taj temelj je ideja europskog zakonodavca da se ažuriranje smatra zahtjevom usklađenosti. Odnosno, robu s digitalnim elementima ili digitalni sadržaj i digitalne usluge, zbog njihovog neprestanog razvoja ponekad je potrebno ažurirati da bi potrošač mogao nastaviti uživati njihovu primjenu i nakon određenog vremena korištenja. Potrebno je provesti ažuriranja kako bi bila zadovoljena obveza trgovca da robu ili digitalni sadržaj, odnosno digitalnu uslugu isporuči bez nedostataka koji bi doveli do nemogućnosti korištenja. S druge strane, jedno od temeljnih načela prava jest u ugovorna autonomija stranaka koja rezultira time da ugovorne strane mogu bez postojanja ograničenja ugovoriti i obvezu trgovca da pruža određena ažuriranja, koja mogu biti potrebna da bi robe ili digitalni sadržaj, odnosno digitalna usluga uspješno funkcionirala, ili pak bilo koja druga ažuriranja. Ali, u slučaju preuzimanja obveze pružanja ugovorenih ažuriranja, trgovac odgovara za neisporuku ili pak nevaljanost takvih ažuriranja kao da se radi o ažuriranjima potrebnim za pravilno funkcioniranje.

Iako u mnogočemu slične, ako ne i istovjetne, Direktive ipak sadrže različite ideje za određene aspekte ažuriranja. Ovdje valja naglasiti, prvenstveno trajanje odgovornosti trgovca za ugovore o kupoprodaji robe ili isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge kojim je predviđena jednokratna ili kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja. Obje Direktive propisuju trajanje

odgovornosti trgovca u razdoblju od dvije godine od trenutka jednokratne isporuke, s tim što u slučaju kupoprodaje robe države članice mogu uvesti dulji rok odgovornosti. S druge strane, odgovornost za slučaj kontinuirane isporuke, uglavnom je ograničena na cjelokupno trajanje ugovora, uz iznimku ugovora o kupoprodaji robe kojim je predviđena kontinuirana isporuka na razdoblje kraće od dvije godine.

S aspekta hrvatskog prava, obveza ažuriranja predstavlja značajnu novinu. U hrvatski pravni sustav Direktive su implementirane na dva različita načina. Direktiva (EU) 2019/771 o kupoprodaji robe implementirana je u dobro nam poznati Zakon o obveznim odnosima i to u poglavlje o materijalnim nedostacima ugovora o kupoprodaji, dok je Direktiva (EU) 2019/771 svoje mjesto u našem pravnom sustavu pronašla u obliku novog Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. S obzirom da se radi o Direktivama maksimalne harmonizacije, logična je implementacija hrvatskog zakonodavca uz potpuno preuzimanje teksta obiju Direktiva, uz reguliranje aspekata koji su prepušteni državama članicama. Unatoč pravovremenoj i ispravnoj implementaciji obiju Direktiva, nikako ne smijemo zanemariti činjenicu da postoji potencijalno veliki problem. Taj problem očituje se u tome da Zakon o obveznim odnosima s jedne strane uređuje ažuriranja i u potrošačkim, ali i trgovačkim ugovorima, dok s druge strane Zakon o određenim aspektima isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga predviđa uređenje ažuriranja samo za potrošačke ugovore. Je li hrvatski zakonodavac izabrao pravo rješenje te je li trebao obvezu i uređenje ažuriranja proširiti na sve kategorije (potrošački, građanski i trgovački) ugovornih odnosa, pokazat će praksa i tumačenja sudova u bliskoj budućnosti.

6. LITERATURA

A) POPIS STRUČNE I PRAVNE KNJIŽEVNOSTI

Cambridge Dictionary, dostupno na: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/update>

Česić, Z., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, Posebni dio, Knjiga Druga*, Libertin naklada, Rijeka, 2021.

De Franceschi, A., *Consumer's Remedies For Defective Goods With Digital Elements*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 12., 2021

Gorenc, V.; Belanić V.; Momčinović, H.; Perkušić, A.; Pešutić, A.; Slakoper, Z.; Vukelić, M.; Vukmir, B.; *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014.

Hrvatski jezični portal, dostupno na: <https://hjp.znanje.hr/index.php?show=search>

Janssen, A., *Die Aktualisierungspflicht des Letztverkäufers für Smart Products: Ein neues haftungsrechtliches Damoklesschwert?*, European Review of Private Law 4, 2021.

Josipović, T., *Privatno pravo Europske unije – opći dio*, Narodne novine, Zagreb, 2020.

Kalamees, P., *Goods With Digital Elements And The Seller's Updating Obligation*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, vol. 12., 2021

Kalamees, P., Sein, K., *Price Reduction in the System of Contractual Remedies*, European Review of Private Law 2, 2015.

Kanceljak, I., *Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga – mogućnosti implementacije u hrvatski pravni poredak*, Odabrane teme obligacionog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Beogradu, 2020.

Klarić, P.; Vedriš, M., *Gradansko pravo – opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014.

Lilleholt, K., *A Half-Built House: The New Consumer Sales Directive Assessed as Contract Law*, Juridica International 28, 2019.

Mišćenić, E., *Europsko privatno pravo – opći dio*, Školska knjiga, Zagreb, 2019.

Morais Carvalho, J., *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, Journal of European Consumer and Market Law 5, 2019.

Schulze, R., Staudenmayer, D., *EU Digital law, Article – by – Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020.

Schulze, R., Zoll, F., *European Contract Law, Third Edition*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co., Baden-Baden, 2020.

Sein, K., Spindler, G., *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1.*, ERCL 2019; 15(3)

Sein, K., Spindler, G., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, ERCL 2019. 15(4)

Seritti, L., *Online Shopping and Quality Problems: What Safeguards for Platform Users Under the EU Consumer Protection Regime*, Journal of European Consumer and Market Law 5, Vol. 10, 2021.

Twig – Flesner, C., *Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services*, El Derecho privado en el nuevo paradigma digital, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2020.

Vanphere, J., *White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content*, European Review of Private Law 2, 2020.

B) PRAVNI PROPISI

Direktiva (EU) 1999/44/EZ, Službeni list Europske Unije L 171/12 od 7.7.1999

Direktiva (EU) 2019/770, Službeni list Europske Unije L 136/1 od 20.5.2019.

Direktiva (EU) 2019/771, Službeni list Europske Unije L 136/28 od 20.5.2019

Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/115, 29/18., 126/21.

Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, Narodne novine, br. 110/21)

SAŽETAK

Neprestani razvoj nove tehnologije i novih tehnoloških otkrića veliki je izazov za pravnu struku. Sukladno razvoju tehnologije, trebaju se razvijati i novi pravni instituti sa odgovarajućim regulatornim rješenjima. Jedan od značajnih iskoraka prema zaštiti ugovornih strana u poslovanju s digitalnim značajkama jest i obveza ažuriranja. Važnost uređenja obveze ažuriranja digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga prepoznala je Europska unija koja je potonje regulirala dvjema direktivama maksimalne harmonizacije. S jedne strane, ažuriranja su uređena Direktivom (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, ali i u okviru Direktive (EU) 2019/771 o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe. Cilj ovoga rada je objasniti određene aspekte ažuriranja digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, ponajprije kao zahtjeva usklađenosti. Dio rada posvećen je i uređenju ažuriranja u pravu Republike Hrvatske, načinima implementacije i primjene u hrvatskom pravnom sustavu.

Ključne riječi: ažuriranje, digitalni sadržaj, digitalna usluga, zahtjevi usklađenosti, Direktiva (EU) 2019/770, Direktiva (EU) 2019/771, Zakon o obveznim odnosima.

SUMMARY

The constant development of technology and new technological discoveries represent a great challenge for the legal profession. In accordance with the development of technology, new legal institutes with appropriate regulatory solutions should also be developed. One of the significant steps towards the protection of contractual parties in business with digital features is the update obligation. The importance of regulating the obligation to update digital content or digital services was recognized by the European Union, which regulated the latter with two maximum harmonization directives. On the one hand, the updates are regulated by Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, but also within the framework of Directive (EU) 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods. The aim of this paper is to explain certain aspects of updating digital content and digital services, primarily as conformity requirements. Part of the work is also dedicated to the arrangement of updates in the law of the Republic of Croatia, the ways of implementation and application in the Croatian legal system.

Key words: update, digital content, digital services, conformity requirements, Directive (EU) 2019/770, Directive (EU) 2019/771, Law on Obligatory Relations.