

*Prof.dr.sc. Emilia Mišćenić**

*Lidija Ileković, mag.iur.***

NOVO UREĐENJE ISPORUKE DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA U HRVATSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

Direktiva (EU) 2019/770 o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga je u hrvatski pravni poredak preuzeta i primjenjena od 1. siječnja 2022. stupanjem na snagu Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. Predmet posebnog i novog Zakona su usklađenost digitalnog sadržaja i digitalnih usluga s ugovorom, te prava i obveze ugovornih strana u slučajevima neusklađenosti ili neisporuke, kao i preinake digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Uvedeno pravno uređenje ovih izuzetno važnih pitanja za današnju digitalnu svakodnevicu još uvijek predstavlja značajnu novost i izazov u praksi većine država članica Europske unije. Iako potrošači svakodnevno koriste spektar različitih digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, pravno uređenje ove materije je na razini Europske unije dugo zaostajalo za aktualnim zbivanjima na digitalnom tržištu. U radu se stoga sveobuhvatno proučavaju novine koje u hrvatski pravni okvir i praksu uvodi usklađivanje sa Direktivom (EU) 2019/770. Proučavanjem i tumačenjem novouvedenih europskih autonomnih pojmova, kao što su interoperabilnost, funkcionalnost, kompatibilnost i dr., ali i na temelju praktičnih primjera (ne) usklađenosti digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, ukazuje se na prava

* Autorica je redovita profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci (Hrvatska), ORCID: 0000-0002-2695-9186, emilia.miscenic@uniri.hr (Republika Hrvatska).

Ovaj rad je financiralo Sveučilište u Rijeci projektom Transparentnost i pravičnost u digitalnom okruženju (uniri-iskusni-drustv-23-101).

** Autorica je pod mentorstvom prof.dr.sc. Emilie Mišćenić izradila i obranila završni diplomski rad na zadanu temu na integriranom diplomskom sveučilišnom studiju prava Pravnog fakulteta u Rijeci, lilekovic@pravri.hr (Republika Hrvatska).

i obveze potrošača kao korisnika i trgovaca kao pružatelja digitalnih sadržaja i digitalnih usluga.

Ključne riječi: *Digitalizacija ugovorih odnosa. – Digitalni sadržaj. – Digitalna usluga. – (Ne)usklađenost digitalnog sadržaja i digitalne usluge.*

1. UVOD

Ubrzanim razvojem digitalnih tehnologija i digitalizacijom tržišta dolazi do transformacije poslovanja i načina na koji se u današnje vrijeme potrošačima pružaju robe i usluge. Na relativno brz i jednostavan način u svega nekoliko klikova potrošačima su robe i usluge dostupne online i u svako doba, kako na domaćem tržištu tako i prekogranično. Porast uporabe digitalnih tehnologija u svim sferama svakodnevnog života utječe i na pojačano korištenje digitalnih sadržaja i digitalnih usluga njihovim preuzimanjem sa različitih internetskih stranica i putem aplikacija na mobilnim i drugim uređajima. Potrošači svakodnevno koriste mnoga sredstva i načine za interakciju sa digitalnim sadržajima i digitalnim uslugama, kao što su npr. Netflix, Spotify, Instagram, TikTok, Dropbox i sl. No, iako je to dio svakodnevice, u pravnom kontekstu je uređenje uporabe digitalnih usluga i digitalnih sadržaja na razini Europske unije (EU) dugo zaostajalo za aktualnim zbivanjima na tržištu.¹

2015. godine usvojena je Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu,² u kojoj je jedinstveno digitalno tržište definirano kao tržište na kojem je „osigurano slobodno kretanje robe, osoba, usluga

1 Alberto De Franceschi, Reiner Schulze, „Digital Revolution – New Challenges for Law: Introduction“, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, (eds. Alberto De Franceschi, Reiner Schulze), Nomos 2019, 1; Paula Giliker, „Adopting a smart approach to EU legislation: why it has proven so difficult to introduce a Directive on Contracts for the supply of digital content?“, *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, (eds. Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou), Springer 2020, 301–302; Borko Mihajlović, *Promena potrošačkog prava u digitalno doba*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2023.

2 Europska komisija, Strategija jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu, Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu, Vijeću, Europskom Gospodarskom i Socijalnom odboru i Odboru Regija, (dalje u tekstu: Strategija), Bruxelles, 6.5.2015, COM(2015) 192 fin, 1.

i kapitala te gdje pojedinci i poduzeća mogu neometano pristupati aktivnostima na internetu i obavljati ih uz uvjete poštenog tržišnog natjecanja te visoku razinu zaštite potrošača i osobnih podataka, bez obzira na njihovo državljanstvo ili mjesto boravišta.³ Strategija ima za cilj jačanje jedinstvenog digitalnog tržišta Unije, između ostalog, uklanjanjem prepreka prekograničnoj e-trgovini, kao i ostvarenjem učinkovitijeg pristupa digitalnim sadržajima i digitalnim uslugama. Strategijom su utvrđena tri temeljna stupa jedinstvenog digitalnog tržišta, od kojih se prvi bavi potrebom jačanja pristupa „potrošača i poduzeća robi i uslugama na internetu u cijeloj Europi“, drugi stvaranjem „odgovarajućih uvjeta za rast i razvoj digitalnih mreža i usluga“, a treći stvaranjem europskog digitalnog gospodarstva i društva.⁴ U ključne zaključke se ubraja isticanje neodgovarajućeg tadašnjeg pravnog uređenja, koje na europskoj i nacionalnim razinama država članica kaska za razvojem digitalnog tržišta, kao i snažne potrebe za brzim otklanjanjem razlika između tzv. online i offline svjetova.

Isto rezultira brojnim inicijativama i paketima mjera usmjerenima na pravno uređenje jedinstvenog digitalnog tržišta EU-a, a koje između ostalog obuhvaćaju i niz izmjena i dopuna postojećih pravnih izvora zaštite potrošača, kao i usvajanje novih. Kao dio Strategije jedinstvenog digitalnog tržišta za Europu, pokreću se brojne inicijative usmjerene na prilagodbu europskih izvora o zaštiti potrošača online svijetu i digitalizaciji, a koje traju i danas. REFIT, Fitness Check, Nove pogodnosti za potrošače (New Deal for Consumers), Nova strategija za potrošače (New Consumer Agenda), Digitalna pravičnost (Digital Fairness), samo su neke od inicijativa kojima se nastoji prilagoditi pravne propise aktualnom razvoju digitalizacije i doprinijeti pravičnosti i izjednačavanju prava i obveza *online* i *offline*.⁵

Kao rezultat djelovanja europskog zakonodavca 2019. godine dolazi do izmjena i dopuna čak četiriju potrošačkih direktiva usvajanjem Direktive (EU) 2019/2161 u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača.⁶ Tzv. Omnibus direktiva

3 Strategija, 3.

4 Strategija, 3–4.

5 Emilia Mišćenić, „The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70(3)/2022, 679.

6 Direktiva (EU) 2019/2161 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. studenoga 2019. o izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 98/6/EZ, 2005/29/EZ

prilagođava postojeći pravni okvir i mijenja i dopunjuje odredbe temeljnih potrošačkih direktiva sa ciljem jačanja transparentnosti u potrošačkim odnosima, prilagodbe njihovih odredbi digitalnom tržištu i sve većoj uporabi digitalnih usluga i digitalnih sadržaja, kao i sa ciljem jačanja učinkovitosti provedbe.⁷ Riječ je o sljedećim direktivama: Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima,⁸ Direktiva 98/6/EZ o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima,⁹ Direktiva 2005/29/EZ o nepoštenoj poslovnoj praksi¹⁰ i Direktiva 2011/83/EZ o pravima potrošača.¹¹ Kako se radi o kontinuiranom procesu, nedavno su dvije posljednje navedene direktive izmijenjene i dopunjene Direktivom (EU) 2024/825 u pogledu jačanja položaja potrošača u zelenoj tranziciji boljom zaštitom od nepoštenih praksi i boljim informiranjem.¹²

U okviru navedenih djelovanja, posebna pozornost usmjerena je na uređenje ugovornih odnosa između trgovaca i potrošača (engl. business-to-consumer, B2C) kod isporuke i pružanja robe sa digitalnim elementima, digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, a koje dotada nije bilo na odgovarajući način ili u pogledu brojnih pravnih aspekata uopće uređeno postojećim propisima. Stoga se kao dio paketa

te 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća u pogledu boljeg izvršavanja i modernizacije pravila Unije o zaštiti potrošača, SL L 328.

7 Mateja Đurović, „Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernization and better enforcement of consumer law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2020, 71.

8 Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima, SL L 95.

9 Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima, SL L 80.

10 Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, Direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 149.

11 Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304/64.

12 Direktiva (EU) 2024/825 Europskog parlamenta i Vijeća od 28. veljače 2024. o izmjeni direktiva 2005/29/EZ i 2011/83/EU u pogledu jačanja položaja potrošača u zelenoj tranziciji boljom zaštitom od nepoštenih praksi i boljim informiranjem, SL L 2024/825.

novih mjera usklađivanja potrošačkog prava 2019. usvajaju Direktiva (EU) 2019/770 o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga,¹³ i Direktiva (EU) 2019/771 o određenim aspektima ugovora o kupoprodaji robe.¹⁴ Ove u literaturi poznate i kao Twin direktive, usvojene su upravo sa ciljem prilagođavanja pravnog okvira diljem Unije i njezinih država članica kupoprodaji digitalnih proizvoda, odnosno robi sa inkorporiranim digitalnim elementima i kupoprodaji digitalnih sadržaja i digitalnih usluga.¹⁵

Budući da se radi o novom pravnom uređenju predmeta ugovora čiju pravnu prirodu nije jednostavno odrediti,¹⁶ implementacija ovih direktiva se je pokazala posebnim izazovom za sve države članice, pa tako i Republiku Hrvatsku (RH).¹⁷ U radu se stoga temeljito proučavaju novouvedeni europski autonomni pojmovi, kao i prava i obveze trgovaca kao pružatelja i potrošača kao korisnika digitalnih sadržaja i digitalnih usluga u slučajevima (ne)usklađenosti ili (ne)isporuke digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga. Proučavanjem odredbi Direktive (EU) 2019/770 i usporedbom sa odgovarajućim odredbama Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga,¹⁸ te primjenom relevantnih zaključaka iz prakse Suda EU-a, rad pridonosi boljem razumijevanju ove izuzetno složene pravne materije i ukazuje na prednosti i nedostatke novouvedenog pravnog uređenja.

-
- 13 Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *SL L* 136.
 - 14 Direktiva (EU) 2019/771 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. 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, *SL L* 136.
 - 15 Alberto De Franceschi, Reiner Schulze, *Harmonizing Digital Contract Law – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
 - 16 Michael Lehmann, „A European Market for digital goods“, *European contract law and the Digital Single Market*, (ed. Alberto De Franceschi), Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland 2016, 112–113.
 - 17 E. Mišćenić, „Croatia“, *Harmonizing Digital Contract Law – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, De Franceschi and Schulze, CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
 - 18 Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *Narodne novine*, br. 110/21.

2. DIREKTIVA (EU) 2019/770 O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA I USKLAĐIVANJE HRVATSKOG PRAVA

Tzv. Twin direktive predstavljaju značajan iskorak u pravnom uređenju i prilagodbi ugovornog prava izazovima digitalizacije. Uz nove vrste roba, kao što je roba s ugrađenim digitalnim elementima, pojavljuju se i novi predmeti ugovora, odnosno digitalni sadržaj i digitalne usluge.¹⁹ U tom smislu direktive znatno doprinose digitalizaciji ugovornih odnosa diljem Unije i uvode definicije novih i temeljnih pojmova kao što su digitalni sadržaj, digitalne usluge, roba sa digitalnim elementima, ali i interoperabilnost, funkcionalnost, kompatibilnost i dr. Obje su direktive usvojene kao mjere usklađivanja u kontekstu ostvarivanja cilja unutarnjeg tržišta na temelju čl. 114 UFEU-a,²⁰ i zajednički objavljene u Službenom listu EU-a 22. svibnja 2019.²¹ Do usvajanja Twin direktiva, usklađenost robe s ugovorom bila je uređena Direktivom 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu.²² Međutim, ova je direktiva bila primjenjiva samo na digitalni sadržaj isporučen na materijalnom nosaču podataka (npr. DVD, CD), čime su ostali potrošači koji su sklopili ugovor o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga bili zaknuti.²³ Iako su usvojene direktive komplementarne i 'trebale bi se međusobno nadopunjavati',²⁴ one se ne preklapaju u području primjene, već uređuju ista pitanja, kao što su neusklađenost (digitalnih sadržaja, digitalnih usluga i robe) s ugovorom, prava i obveze u slučaju neusklađenosti ili neisporuke, te načine ostvarenja njima utvrđenih prava potrošača.²⁵

- 19 Saša Nikšić, „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70 (poseban broj) /2022, 506.
- 20 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, *SL C* 202/1 od 7. lipnja 2016. (pročišćena verzija).
- 21 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 2.
- 22 Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu, *SL L* 171/12, 7. 7. 1999.
- 23 Marko Baretić, „Prava kupca u slučaju materijalnih i pravnih nedostataka na prodanoj stvari“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak 22/2015, Organizator, Zagreb, 25–56.
- 24 Direktiva 2019/770, recital 20, Direktiva 2019/771, recital 13.
- 25 Silvija Petrić, „Ugovorna odgovornost prodavatelja“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2021, 22; Jorge Morais-

U literaturi se ističe kako Direktiva (EU) 2019/770 ne regulira jedinstveni tip ugovora, već kreira ujednačen pravni režim kod isporuke digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, a koji ne bi trebao biti nadmašen brzim tehnološkim razvojem ili razvojem novih poslovnih modela na jedinstvenom digitalnom tržištu.²⁶ U skladu sa recitalom 19 preambule, direktiva nastoji ukloniti „probleme povezane s različitim kategorijama digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, te njihovom isporukom.“²⁷ Primjenjuje se isključivo na B2C odnose, odnosno na tuzemno i prekogranično sklopljene ugovore o isporuci digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga između potrošača i trgovca. Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje „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“, ili ako potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke trgovcu, odnosno plaća osobnim podacima. Prema čl. 3. Direktiva (EU) 2019/770 se primjenjuje i na sve materijalne nosače podataka koji služe isključivo kao nosači digitalnog sadržaja (npr. USB, memorijske kartice i dr.), te u slučaju kada su digitalni sadržaj ili digitalna usluga razvijeni u skladu sa posebnim specifikacijama potrošača. Iz preambule proizlazi kako to uključuje i posebno prilagođene računalne programe, te „isporuku elektroničkih zapisa potrebnih za ispis 3D robe, u mjeri u kojoj su takvi zapisi obuhvaćeni definicijom digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga u smislu ove Direktive.“²⁸

Direktivom se propisuje i niz isključenja ugovora koji nisu obuhvaćeni njezinim područjem primjene, kao što su usluge koje nisu digitalne, elektroničke komunikacijske usluge, ugovore o zdravstvenoj zaštiti, usluge kockanja i igre na sreću, financijske usluge, softveri na temelju besplatne i otvorene licence, kao i isključenje ugovora o isporuci digitalnog sadržaja kada je isti stavljen na raspolaganje javnosti,

Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/7712“, *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 5(194) /2019, 1.

26 Jorge Morais Carvalho, Farinha Martim, „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771“, *Revista de Direito e Tecnologia*, 2/2020, 259–260; Karin Sein, Gerald Spindler, „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“, *European Review of Private Law*, 3/2019, 260.

27 Direktiva (EU) 2019/770, recital 19.

28 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 26.

kao što su primjerice digitalne kinematografske projekcije, te digitalni sadržaj koji pružaju tijela javnog sektora država članica.²⁹ Sa ovim je odredbama istovjetno usklađen i hrvatski Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (ZDSDU).³⁰ Unatoč isključenju ugovora koji se odnose na zdravstvenu zaštitu, u smislu digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koje su medicinski proizvod propisan od strane liječnika odnosno zdravstvenog djelatnika, Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU se primjenjuju na zdravstvene odnosno medicinske aplikacije koje nisu propisali liječnici, kao što su npr. aplikacije za prepoznavanje sumnjivih madeža ili za praćenje unosa dnevnih kalorija i slično.³¹ Iako je Direktiva (EU) 2019/770 utemeljena na stupnju potpune ciljane harmonizacije, države članice mogu uređenjem obuhvatiti i ugovore koji su isključeni iz njezina područja primjene ili na drugi način uređivati takve ugovore.³²

Države članice su slobodne u uređenju određenih pravnih aspekata i instituta općeg ugovornog prava, kao što su pravila o sklapanju, valjanosti, ništetnosti ili učincima ugovora, uključujući posljedice raskida ugovora i pravo na naknadu štete.³³ Državama članicama je prepušteno određivanje pravne prirode ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, kao i propisivanje pravila koja nisu specifična za potrošačke ugovore, a kojima se uređuje odgovornost trgovca za skrivene materijalne nedostatke,³⁴ uređivanje zahtjeva potrošača u vezi s odgovornošću za štetu protiv treće strane koja nije trgovac, ali isporučuje ili se obvezala isporučiti digitalni sadržaj ili uslugu,³⁵ uređivanje posljedica neusklađenosti ili neisporuke ako je do njih došlo zbog neočekivane prepreke (npr. viša sila),³⁶ uređivanje pitanja koja se odnose na prava ugovornih strana da uskrate ispunjenje svojih obveza ili njihova dijela dok druga ugovorna strana ne ispuni svoje obveze.³⁷ Države članice uređuju zastarne rokove, dok Direktiva (EU) 2019/770

29 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 5.

30 ZDSDU, čl. 5.

31 Direktiva 2019/770, recital 29 i čl. 3 st. 5 toč. c.

32 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 16 i čl. 4.

33 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 10, recital 12, 73.

34 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12.

35 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 13.

36 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 14.

37 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 15.

osigurava da ti rokovi omogućavaju potrošačima ostvarenje prava u slučaju svake neusklađenosti koja se pojavi u razdoblju od dvije godine od trenutka isporuke.³⁸

Direktiva (EU) 2019/770 preuzeta je u hrvatsko pravoputem ZDSDU-a, koji je na snazi od 1. siječnja 2022.³⁹ U skladu sa odredbama direktive, predmet i svrha Zakona su uređenje usklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s ugovorom, prava potrošača u slučaju neusklađenosti ili neisporuke te načini ostvarivanja tih prava, i preinaka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge (čl. 1). Prilikom preuzimanja Direktive (EU) 2019/770, usklađivanje hrvatskog ugovornog prava ograničilo se je isključivo na one aspekte ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga koji su izričito uređeni predmetnom direktivom. Josipović i Kanceljak ukazuju kako hrvatski zakonodavac nije iskoristio mogućnost proširenja područja primjene i na ugovore o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga sklopljene između trgovaca međusobno (engl. bussines-to-bussines, B2B), te nije posebno uredio druga pitanja vezana za ugovorni odnos trgovca i potrošača koji nastaje sklapanjem ugovora o isporuci digitalnih sadržaja ili digitalnih usluga, a izvan pravnog uređenja direktive.⁴⁰ Na sve druge aspekte ugovora o isporuci digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koji nisu izričito uređeni u ZDSDU, primjenjuju se odredbe Zakona o zaštiti potrošača (ZZP)⁴¹, te odredbe Zakona o obveznim odnosima (ZOO),⁴² kao i odredbe Opće uredbe o zaštiti osobnih podataka,⁴³ te provedbeni propisi Uredbe.

Iako donekle nejasno iz čl. 27 ZDSDU-ao prijelaznim odredbama i čl. 24 Direktive (EU) 2019/770, preambula pojašnjava da se nacionalne propisi kojima se ista preuzima trebaju primjenjivati i na

38 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 11, st. 2 i 3, rec. 56, 58.

39 ZDSDU, čl. 27.

40 Tajana Josipović, Ivana Kanceljak, „Ugovorni odnosi“, *Privatno pravo Europske unije: Posebni dio* (ur. Tatjana Josipović), Narodne novine, Zagreb 2022, 148–153.

41 Zakon o zaštiti potrošača, *Narodne novine*, br. 19/22. i 59/23.

42 Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 145/23 i 155/23.

43 Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju van izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *SL L* 119/1.

ugovore na određeno i neodređeno vrijeme sklopljene prije početka primjene propisa, ali samo u odnosu na digitalni sadržaj ili digitalne usluge koji su isporučeni nakon stupanja na snagu nacionalnih propisa, izuzev odredbi o preinaci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, koje se primjenjuju na ugovore sklopljene nakon stupanja propisa na snagu.⁴⁴ Stoga se odredbe ZDSDU-a primjenjuju se na isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koja se provodi od 1. siječnja 2022. godine, dok se odredbe čl. 20 o preinaci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, te odredbe čl. 21 o pravima trgovca na pravnu zaštitu u odnosu na osobe odgovorne za neusklađenost ili neisporuku u prethodnim fazama lanca transakcije primjenjuju samo na ugovore sklopljene nakon tog datuma.⁴⁵

3. UGOVOR O ISPORUCI DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNIH USLUGA

Po uzoru na čl. 3, st. 1 Direktive (EU) 2019/770, čl. 5, st. 1 i 2 ZDSDU-a propisuju da se ugovorom o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga uređuje odnos između trgovca, koji isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, i potrošača, koji za taj digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu plaća ili se obvezuje platiti određenu cijenu, odnosno dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke.

3.1. Ugovorne strane

Iz definicije ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga proizlazi da je riječ o ugovoru koji se sklapa između trgovca i potrošača, pri čemu Direktiva (EU) 2019/770 dopušta proširenje oba ova pojma prilikom preuzimanja direktive u nacionalno pravo. Omogućeno je proširenje definicije potrošača na fizičke ili pravne osobe koje se prema odredbama Direktive (EU) 2019/770 ne smatraju potrošačima a korisnici su digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (npr. nevladine organizacije, start-up poduzeća, MSP-ovi),⁴⁶ ali i proširenje primjene odredbi i na pružatelje platforme koji ne ispunjavaju zahtjeve

44 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 83.

45 ZDSDU, čl. 27.

46 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 16.

na temelju kojih bi ih se u skladu s odredbama Direktive (EU) 2019/770 smatralo trgovcima.⁴⁷ Hrvatski zakonodavac nije iskoristio predviđene opcije, te je doslovce preuzeo direktivom propisane definicije. Tako je u čl. 3 sl. e Zakona trgovac definiran kao „svaka fizička ili pravna osoba 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 ovim Zakonom“, dok je potrošač u čl. 3 sl. f definiran kao „svaka fizička osoba koja u vezi s ugovorima obuhvaćenima ovim Zakonom djeluje u svrhe koje ne ulaze u okvir njezine trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“.

Preambula Direktive (EU) 2019/770 adresira i ugovore sa dvojnog svrhom, no koristi drukčiju formulaciju nego li prethodne direktive, npr. Direktiva 2011/83/EU ili Direktiva 2014/17/EU, u kojima se državama članicama sugerira da u slučaju ugovora koji su sklopljeni u svrhu koja je djelomično u okviru i djelomično izvan okvira trgovačke djelatnosti koju osoba obavlja, primjene kriterij prevladavajuće svrhe.⁴⁸ Direktiva (EU) 2019/770 propisuje da bi države članice trebale i dalje moći slobodno „odrediti bi li tu osobu, i pod kojim uvjetima, također trebalo smatrati potrošačem“,⁴⁹ te i dalje primjenjuje kriterij prevladavajuće svrhe ističući da je u takvim ugovorima „svrha trgovačke djelatnosti ograničena (je) i ne prevladava u cjelokupnom kontekstu ugovora“.⁵⁰ Time potvrđuje stav izražen u praksi Suda EU-a, prema kojem je tzv. kriterij neznatnosti ili zanemarivosti iz predmeta *Gruber*,⁵¹ prevaziđen, kako to ističe AG *Cruz Villalónu* predmetu *Costea*⁵² uravnoteženijim rješenjem „koje se temelji na kriteriju prevladavajuće svrhe u cjelokupnom kontekstu ugovora“.⁵³ Isti stav zauzet je i u predmetu *YYY. (Notion de consommateur)* u kojem na upit poljskog suda, koji

47 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

48 Direktiva 2011/83/EU, rec. 17 i Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010, *SL L* 60, rec. 12.

49 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 17.

50 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 17.

51 Presuda od 20. siječnja 2005, C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32.

52 Presuda od 3. rujna 2015, C-110/14, *Costea* EU:C:2015:538, para. 31.

53 Mišljenje nezavisnog odvjetnika *Cruz Villalóna* u predmetu C-110/14, *Costea*, EU:C:2015:271, para. 40.

se poziva na zaključke iz predmeta *Gruber*, Sud EU-a odgovara da je potrebno primijeniti kriterij prevladavajuće svrhe.⁵⁴

Ipak, pojedini autori ukazuju na moguću nedosljednost koja može proizaći iz ovakvog uređenja kao i tumačenja u pojedinim predmetima Suda EU-a, kao što su to *Milivojević* i *Schrems*.⁵⁵ No, treba imati u vidu da se tumačenja Suda EU-a u ovim predmetima ne podudaraju i da u istima Sud EU-a više ne zastupa kriterij neznatnosti profesionalne svrhe u cjelokupnom kontekstu ugovora, već ističe da veza između sklopljenog ugovora potrošača i profesionalne djelatnosti treba biti tako slaba i imati zanemarivu ulogu u kontekstu sklopljenog ugovora.⁵⁶ U predmetu *Schrems*, Sud EU-a bavi se određenjem pojma potrošača na digitalnom tržištu, te pojašnjava kako korisnik digitalne društvene mreže namijenjene uporabi tijekom dužeg razdoblja, zadržava status potrošača „samo ako u bitnome neprofesionalno korištenje tih usluga, za koje je prvotno sklopio ugovor, nije naknadno steklo u bitnome profesionalni karakter“.⁵⁷ Štoviše u predmetu *Schrems*, Sud EU-a zaključuje kako protekom vremena osoba ne može izgubiti status potrošača, bez obzira što se naknadno počinje baviti profesionalnom djelatnosti, navodeći kako „ni stručnost koju ta osoba može steći u području kojem pripadaju navedene usluge, ni njezino zauzimanje u svrhu zastupanja prava i interesa korisnika tih usluga ne lišavaju je njezina svojstva „potrošača“ u smislu članka 15 Uredbe br. 44/2001(...), te kako „korisnik privatnog Facebook računa ne gubi svojstvo „potrošača“ u smislu tog članka kad objavljuje knjige, drži predavanja, vodi internet-ske stranice, prikuplja donacije te mu se ustupaju zahtjevi brojnih potrošača radi njihova ostvarivanja sudskim putem.“⁵⁸ Kako to s pravom i kritički ističe *Basedow*, kratka verzija ove presude bila bi: „jednom potrošač, uvijek potrošač.“⁵⁹

54 Presuda od 8. lipnja 2023, C-570/21, *YYY*. (*Notion de consommateur*), EU: C:2023:456, para. 64.

55 J. Morais Carvalho, M. Farinha, *op. cit.*, 261–262; Petra Weingerl, „Varstvo potrošnikov digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?“, *Digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik / X. posvet Pravo in ekonomija* 2018, 1.

56 Presuda od 14. veljače 2019, C-630/17, *Milivojević* EU:C:2019:123, para. 91; presuda od 24. siječnja 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, para. 32.

57 *Schrems*, para. 38.

58 *Schrems*, para. 39 i 41.

59 Jurgen Basedow, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2021, 515.

Dotle je u pogledu definicije pojma trgovca vrlo važno ne izgubiti iz vida obuhvaćanje drugih osoba koje djeluju u ime i za račun trgovaca kao fizičkih i pravih osoba, odnosno posrednika, uključujući i mogućnost obuhvaćanja pružatelja platforme koji ne ispunjavaju zahtjeve na temelju kojih bi ih se u skladu s odredbama Direktive (EU) 2019/770 smatralo trgovcima.⁶⁰ Tako se je u pogledu uloge posrednika kao trgovaca i prodavatelja, Sud EU-a u više navrata očitovao na način da ih je obuhvatio definicijom trgovca i time pružio zaštitu potrošaču. U predmetu *Wathelet*, Sud EU-a zaključuje da pojam trgovac u smislu definicije prodavatelja iz Direktive 99/44/EZ „obuhvaća i poslovnog subjekta koji nastupajući kao posrednik za račun pojedinca nije uredno obavijestio potrošača-kupca o tome da je pojedinac vlasnik stvari koja se prodaje“, a neovisno o naknadi za posredovanje.⁶¹ Do odgovarajućih zaključaka dolazi i u predmetima koji se tiču poslovanja putem internetskih platformi. Odgovarajući na pitanje da li se posrednik koji distribuira i prodaje ulaznice putem internetske stranice a za događaje koje organizira treća osoba smatra trgovcem, Sud EU-a u predmetu *Tiketa* zaključuje da je trgovac iz Direktive 2011/83/EU „...i fizička ili pravna osoba koja djeluje kao posrednik, u ime ili za račun tog trgovca, pri čemu se taj posrednik i glavni trgovac oboje mogu kvalificirati kao „trgovci“ u smislu te odredbe a da nije potrebno da se time utvrdi postojanje dvostrukog pružanja usluga.“⁶² U predmetu *Eventim* o prodaji ulaznica za koncert posredstvom internetske platforme, utvrđuje da se izuzeće od prava odustajanja može primijeniti na potrošača koji je sklopio ugovor na daljinu i online s posrednikom koji djeluje u svoje ime, ali za račun organizatora aktivnosti u slobodnom vremenu.⁶³

Prikazani zaključci iz prakse Suda EU-a odgovaraju tumačenjima iz preambule Direktive (EU) 2019/770, prema kojima se internetske platforme mogu smatrati trgovcima ako „djeluju u svrhe koje se odnose na njihovo vlastito poslovanje i kao izravan ugovorni partner potrošača za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.“⁶⁴ Čak i kada nisu izravni ugovorni partner potrošača, države članice internetske platforme mogu obuhvatiti definicijom trgovca.⁶⁵ Uz internetske

60 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

61 Presuda od 9. studenog 2016, C-149/15, *Wathelet*, EU:C:2016:840, para. 46.

62 Presuda od 24. veljače 2022, C-536/20, *Tiketa*, EU:C:2022:112, para. 54.

63 Presuda od 31. ožujka 2022, C-96/21, *Eventim*, EU:C:2022:238, para. 56.

64 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

65 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 18.

platforme, posrednicima se smatraju i servisi koji omogućavaju interakciju između pružatelja digitalne usluge ili digitalnog sadržaja i kupca, putem kojih programeri potrošačima prodaju svoje aplikacije i digitalne usluge (npr. *Apple Store* i *Google Play*). U daljnje primjere ubrajaju se platforme za streaming sadržaja, koje posreduju između tvorca sadržaja i potrošača kao digitalnih pretplatnika (npr. *Netflix*). Tu su i brojne platforme za distribuciju video igara i digitalnih sadržaja za računalne igre (npr. *Stream*, *PlayStation Network*), kao i platforme za kupovinu i preuzimanje glazbe, e-knjiga i drugih digitalnih sadržaja (npr. *Spotify*).

3.2. Bitni sastojci ugovora

Usklađeno sa čl. 3 st. 1 Direktive (EU) 2019/770, predmet ugovora iz čl. 5 st. 1 ZDSDU-a se odnosi na isporuku digitalnog sadržaja i/ili digitalne usluge potrošaču. Riječ je o novim predmetima ugovora čije su definicije doslovce preuzete iz čl. 2 st. 1 i 2 Direktive (EU) 2019/770. Tako čl. 3 sl. a ZDSDU-a digitalni sadržaj definira kao podatke koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku. Ova definicija u potpunosti odgovara definiciji iz čl. 4 t. 3 ZZP-a, a kako je ovdje ista prvobitno usklađena sa onom iz čl. 2 t. 11 Direktive 2011/83/EU. Dotle je digitalna usluga u čl. 3 sl. b ZDSDU-a definirana kao „1. usluga kojom se potrošaču omogućuju stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku ili pristup njima ili 2. usluga kojom se omogućuje dijeljenje ili bilo koja druga interakcija s podacima u digitalnom obliku koje učitava ili stvara potrošač ili drugi korisnici te usluge.“

Prema preambuli Direktive (EU) 2019/770 široko postavljene definicije trebaju biti otporne na brzi tehnološki razvoj i obuhvatitise buduće proizvode ove naravi, koji se mogu razviti i pojaviti na digitalnom tržištu. No, doktrina ističe kako obuhvaćanje širokog spektra mogućnosti može rezultirati preklapanjem pojmova i poteškoćama u razlučivanju digitalnog sadržaja od digitalne usluge.⁶⁶ U preambuli se stoga daju primjeri prema kojima definicijama mogu biti obuhvaćeni računalni programi, aplikacije, video datoteke, audio datoteke, glazbene datoteke, digitalne igre, e-knjige i druge e-publikacije, „te digitalne usluge koje omogućuju stvaranje, obradu ili pohranu podataka u digitalnom obliku te pristup tim podacima, uključujući poslovni model

66 J. Morais Carvalho, M. Farinha, *op. cit.*, 260.

„softver kao usluga“, kao što je dijeljenje video i audiozapisa te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje (file hosting), obradu teksta ili igre koje se nude u okružju računalstva u oblaku i društvene medije.“⁶⁷ Na odgovarajući način u čl. 4 toč. 2 ZZP-a, digitalna usluga je definirana istovjetno odredbama Direktive (EU) 2019/770 i ZDSDU-a, uz dodatak primjera preuzetih iz preambule: „...kao što su usluge za dijeljenje videozapisa i audiozapisa te druge usluge pohranjivanja datoteka na poslužitelje (*filehosting*), pohrana podataka u oblaku, elektronička pošta, društveni mediji i aplikacije u oblaku.“ Pritom, treba uočiti kako ovi primjeri preuzeti iz preambule Direktive (EU) 2019/770 u definiciju digitalne usluge iz ZZP-a, nisu preuzeti u ZDSDU.

U istom recitalu 19 preambule Direktive (EU) 2019/770 se ujedno tumače uvedeni europski autonomni pojmovi na način da se zahtijeva da se Direktiva i posljedično nacionalne odredbe primjenjuju neovisno o medijima upotrijebljenima za prijenos ili za davanje pristupa digitalnom sadržaju ili digitalnim uslugama, ali se ne primjenjuje na usluge pristupa internetu, koje podliježu drugim propisima EU-a.⁶⁸ Naime, digitalni sadržaj i digitalne usluge se mogu isporučivati na različite načine putem materijalnog nosača podataka, preuzimanjem na uređaje, putem streaminga na internetu, pristupom kapacitetima za pohranu digitalnog sadržaja ili pristupom korištenja društvenim mrežama. Iz istog razloga, lako može doći do poteškoća u određenju predmeta ugovora i posljedično primjene relevantnog propisa, budući da treba razlikovati ugovoreni predmet ugovora od sredstva upotrijebljenog za pristup istima ili za njihovo preuzimanje.⁶⁹ Tako su primjerice Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU, primjenjivi na digitalni sadržaj koji je isporučen na materijalnom nosaču podataka, kao što su DVD, CD ili USB memorije i memorijske kartice, te i na njih same pod uvjetom da materijalni nosači podataka služe isključivo kao nosači digitalnog sadržaja.⁷⁰

67 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

68 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

69 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

70 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 20, čl. 3 st. 3. No, u pogledu obveze isporuke, prava u slučaju neisporuke, kao i prava na jednostrani raskid ugovora trebale bi se primjenjivati odredbe Direktive 2011/83/EU odnosno usklađene odredbe ZZP-a, na takve materijalne nosače podataka i na digitalni sadržaj koji se na njima isporučuje. Treba uočiti kako ovaj zahtjev iz preambule Direktive (EU) 2019/770 nije usklađen sa izmjenama Direktive 2011/83/EU uvedenima

Usklađeno sa čl. 3 st. 4 Direktive (EU) 2019/770, ZDSDU se ne primjenjuje na digitalni sadržaj ili digitalne usluge koji su ugrađeni u robu ili su povezani s robom i koji se isporučuju zajedno s robom na temelju ugovora o kupoprodaji te robe, a u slučaju dvojbe čini li isporuka ugrađenog ili povezanog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge dio ugovora o kupoprodaji, predmnijeva se da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji.⁷¹ Na robu koja u sebi ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je s njima povezana tako da bi bez njihove prisutnosti funkcioniranje robe bilo onemogućeno, a ako je isporuka istih obuhvaćena ugovorom o kupoprodaji robe, primjenjiva je Direktiva (EU) 2019/771, odnosno relevantne odredbe ZOO-a, budući da se radi o robi sa digitalnim elementima definiranoj u čl. 3 sl. c ZDSDU-a.⁷²

U preambuli Direktive (EU) 2019/770 se kao primjeri navode pametni televizori sa integriranim video aplikacijama i pametni satovi sa integriranim aplikacijama. Primjerice u slučaju kupnje pametnog telefona sa standardnim aplikacijama koje su unaprijed instalirane, pametnog TV uređaja koji uključuje aplikacije Netflix i YouTube, električnog automobila sa ugrađenom aplikacijom za pregled statusa punjenja baterije, automobila sa ugrađenim digitalnim sustavom navigacije, prijenosnog računala sa unaprijed instaliranim programom Microsoft Office predmnijeva se da su digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji robe sa digitalnim elementima,⁷³ a na kojeg se primjenjuju odredbe ZOO-a usklađene sa Direktivom (EU) 2019/771. Ukoliko kupoprodajom nije obuhvaćen program, kojeg potrošač kupi i instalira naknadno i odvojeno od kupnje računala, iste odredbe se

Omnibus Direktivom (EU) 2019/2161 preuzetima u nacionalna prava država članica. Tako i čl. 43 ZZP-a područje primjene odredbi preuzetih iz Direktive 2011/83/EU ograničava na ugovore temeljem kojih trgovac potrošaču isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj koji se ne isporučuje na materijalnom nosaču podataka ili digitalnu uslugu, čime isključuje primjenu navedenih prava potrošača.

71 Čl. 5, st. 5 i 6 ZDSDU-a.

72 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 21. Vid.: Ivana Kanceljak, „Određeni aspekti ugovora o prodaji robe na digitalnom tržištu i preuzimanje u hrvatsko pravo“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 65–93.

73 Karin Sein, „The Applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements“, *Juridica International*, 30/2021, 24–5.

primjenjuju samo na ugovor o kupoprodaji prijenosnog računala, dok se odredbe Direktive (EU) 2019/770 odnosno ZDSDU-a primjenjuju na isporuku programa, ako su ispunjeni uvjeti za primjenu. U slučaju dvojbe je li isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge dio ugovora o kupoprodaji, s ciljem otklanjanja nesigurnosti za potrošače i trgovce, sugerira se primjena odredbi usklađenih sa Direktivom (EU) 2019/771.⁷⁴ Kod ugovora koji kombiniraju isporuku robe, drugih usluga sa isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u paketu, kao što su to pružanje usluga digitalne televizije i kupnja elektroničke opreme, usklađeno sa direktivom, odredbe ZDSDU-ase primjenjuju samo na elemente ugovora koji se tiču digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.⁷⁵

Drugi bitni sastojak ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga su cijena i/ili dostava odnosno obveza dostave osobnih podataka kojima se plaća isporučeni digitalni sadržaj ili digitalne usluge. Usklađeno sa Direktivom (EU) 2019/770, čl. 3 sl. g ZDSDU-a cijenu definira kao novčani iznos ili digitalno iskazanu vrijednost koje je potrebno platiti u zamjenu za isporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge. Iz preambule Direktive (EU) 2019/770 proizlazi kako potrošači koriste digitalno iskazanu vrijednost za plaćanje različitih roba i usluga na jedinstvenom digitalnom tržištu, te je stoga treba smatrati načinom plaćanja. Njome su obuhvaćeni elektronski vaučeri ili e-kuponi, ali bi trebalo obuhvatiti i virtualne valute, u mjeri u kojoj su priznate nacionalnim pravom.⁷⁶ Pritom se digitalno iskazana vrijednost čija je jedina svrha plaćanjene smije sama po sebi smatrati digitalnim sadržajem ili digitalnom uslugom.⁷⁷

Kao protučinidbu za isporučeni digitalni sadržaj ili digitalne usluge potrošač nerijetko dostavlja ili se obvezuje dostaviti svoje osobne podatke. Time je ovim propisom, kao i u čl. 43 st. 2 ZZP-a, koji je u tom smislu usklađen sa izmjenama iz Omnibus direktive, napokon kodificirana dugogodišnja praksa plaćanja raznih usluga i sadržaja trgovaca osobnim podacima, osim kad se isti dostavljaju trgovcu upravo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili zbog drugih propisanih pravnih zahtjeva, kao npr. situacije u kojima je registracija

74 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 21.

75 Čl. 5. st. 8. ZDSDU-a; Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3 st. 6 i rec. 33.

76 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 23.

77 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 23.

potrošača potrebna radi identifikacije.⁷⁸ *Ratio* je ovih odredaba pružiti pravnu zaštitu i onim potrošačima kojima se digitalni sadržaj ili digitalne usluge naizgled isporučuju „besplatno“ te im omogućiti jednaka prava kojima raspolažu potrošači koji za takve usluge plaćaju novčani iznos.⁷⁹ Izuzetak je ako trgovac osobne podatke „obrađuje isključivo u svrhu isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge“ ili kako bi se uskladio s pravnim zahtjevima kojima podliježe, a te podatke ne obrađuje u druge svrhe (npr. registracija radi identifikacije i sigurnosne svrhe).⁸⁰ Direktiva (EU) 2019/770 pojašnjava kako se pravila ne bi trebala primjenjivati „kada trgovac prikuplja samo metapodatke, kao što su informacije o uređaju potrošača ili povijesti pretraživanja“, a do primjene može doći samo ako se prema nacionalnom pravu takva situacija smatra ugovorom.⁸¹

Svoje pravo na zaštitu osobnih podataka i pravo na povlačenje privole za obradu istih, potrošač može ostvariti u svakom trenutku u skladu sa odredbama Opće uredbe o zaštiti podataka.⁸² Kako bi se spriječila zloupotreba osobnih podataka, na sve osobne podatke koji se obrađuju u ugovorima o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, primjenjuju se odredbe prava Unije o zaštiti podataka. Sukladno tome u čl. 5 st. 11 ZDSDU-a utvrđuje se primjena prava Unije o zaštiti osobnih podataka primjenjuje se na sve osobne podatke koji se obrađuju u vezi s ugovorima iz čl. 5 st. 1, te u slučaju proturječnosti između odredbi Zakona i prava Unije o zaštiti osobnih podataka, pravo Unije ima prednost.

4. ISPUNJENJE UGOVORA

Kada je riječ o ispunjenju ugovora, trgovac je dužan potrošaču ispuniti ugovor u skladu s odredbama ugovora, ZDSDU-a, ZZP-a kao propisa koji uređuje zaštitu potrošača i ZOO-a kao propisa koji

78 Direktiva 2019/770, rec. 25 i čl. 3, st. 1.

79 European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content 2017, 7.

80 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 3, st. 1.

81 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 25.

82 Danijela Vrbljanac, „Zaštita osobnih podataka“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2019, 288–344.

uređuje obveznopravne odnose. Obveza potrošača kao kupca digitalnog sadržaja i/ili digitalne usluge je ispunjena kada plati cijenu, odnosno umjesto plaćanja cijene trgovcu dostavi ili se obveže dostaviti osobne podatke. Općenito govoreći, ugovorna obveza se smatra se ispunjenom kada i ako je ispunjena u skladu s ugovorom, odnosno na vrijeme, u cijelosti i na pravilan način.⁸³ Kod ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga trgovac je stoga dužan potrošaču isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu bez nepotrebne odgode nakon sklapanja ugovora, te u skladu sa propisanim subjektivnim i objektivnim zahtjevima usklađenosti ugovorenog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge sa ugovorom.⁸⁴ Pored toga, uredno ispunjenje ugovornih obveza trgovca zahtijeva i ispravnu integraciju digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga u digitalnom okružju, a kako bi isti pravilno funkcionirali. Konačno, uredno ispunjenje ugovornih obveza zahtijeva i nepostojanje prava trećih strana na digitalnom sadržaju ili digitalnim uslugama, o čemu više riječi u tekstu koji slijedi.

4.1. Isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge

Prema čl. 6 st. 1 ZDSDU-a, ako drukčije nije ugovoreno, trgovac je dužan isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu bez nepotrebne odgode nakon sklapanja ugovora. U pogledu isporuke, smatra se da je trgovac ispunio svoju obvezu u trenutku „kada su digitalni sadržaj ili bilo koje drugo sredstvo prikladno za pristup digitalnom sadržaju ili njegovo preuzimanje stavljeni na raspolaganje ili učinjeni dostupnim potrošaču ili fizičkom ili virtualnom uređaju koji je potrošač odabrao u tu svrhu“.⁸⁵ Stoga, što se tiče ispunjenja obveze isporuke digitalnog sadržaja, Twigg-Flesner kritički ističe kako posljednji i najvažniji korak preuzimanja digitalnog sadržaja zapravo pada na potrošača.⁸⁶ U pogledu isporuke digitalne usluge, trgovac je ispunio svoju obvezu isporuke u trenutku „kada je digitalna usluga učinjena dostupnom potrošaču ili fizičkom ili virtualnom uređaju koji je potrošač odabrao u tu svrhu.“⁸⁷

83 T. Josipović, I. Kanceljak, *op. cit.*, 77.

84 ZDSDU, čl. 6 i 7.

85 ZDSDU, čl. 6, st. 2 sl. a.

86 Christian Twigg-Flesner, „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *The impact of digitalization on private law*, (eds. E. Arroyo Amayuelas, S. Cámara Lapuente), 2020, 9.

87 ZDSDU, čl. 6 st. 2 sl. b.

Kao što je iznad spomenuto, postoje različiti načini isporuke digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, npr. preuzimanjem na uređaj, prenošenjem tehnologijom streaminga, omogućavanjem pristupa kapacitetu za pohranjivanje, omogućavanjem pristupa korištenja društvenih mreža, putem materijalnog nosača podataka.⁸⁸ Trgovac je odgovoran je za svaku neisporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge potrošaču, budući da je isporuka istih njegova glavna ugovorna obveza,⁸⁹ te je u slučaju povrede pravila o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalne usluge teret dokazivanja na trgovcu.⁹⁰

U preambuli Direktive ističe se da je potrebno utvrditi jednostavna i jasna pravila o načinima i vremenu za ispunjenje obveze isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, te da treba smatrati da su „stavljani 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“.⁹¹ Također, trebalo bi biti dovoljno da trgovac isporuči digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu trećoj strani koju je potrošač odabrao za primanje ili pohranu istih, budući da trgovac načelno ne odgovara za postupanja ili propuste treće strane koja upravlja fizičkim ili virtualnim uređajem, npr. e-platformom ili uređajem za pohranu podataka u oblaku.⁹² No, jednako tako se napominje kako u slučajevima kada je potrošač primoran i nema drugog izbora nego li odabrati fizički ili virtualni uređaj koji mu ponudi trgovac za primanje ili pristup digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi, ili ako je uređaj pod kontrolom ili ugovorno povezan sa trgovcem, tada se ne može smatrati da je potrošač odabrao uređaj. U tom slučaju se obveza isporuke ne bi trebala smatrati ispunjenom ako su digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučeni na fizički ili virtualni uređaj, ali ih potrošač ne može primiti ili im pristupiti u skladu sa pravilima direktive odnosno Zakona, te kupac raspolaže pravima u slučaju neisporuke.⁹³

88 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 19.

89 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 11, st. 1.

90 Direktiva (EU) 2019/770, čl. 12, st. 1.

91 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

92 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

93 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 41.

4.2. Usklađenost digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga s ugovorom

Pored uredne isporuke, usklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s ugovorom jest temeljna pretpostavka za uredno ispunjenje ugovorne obveze trgovca. Ispunjenje tzv. zahtjeva usklađenosti (engl. conformity requirement) predstavlja okosnicu uređenja direktiva EU-a o kupoprodaji, kako prijašnje Direktive 99/44/EZ, tako i tzv. Twin direktiva. No, različito od svoje prethodnice Direktive 99/44/EZ koja je polazila od općeg zahtjeva usklađenosti robe sa ugovorom (engl. conformity with the contract) i propisivala situacije u kojima se oborivo predmnijeva da je roba u skladu sa ugovorom, Direktiva (EU) 2019/770 i Direktiva (EU) 2019/771 u bitnome mijenjaju koncept uređenja. Obje direktive na međusobno usklađen način propisuju zahtjeve subjektivne i objektivne zahtjeve u pogledu usklađenosti koji moraju biti kumulativno ispunjeni, kao i zahtjeve ispravne instalacije robe odnosno integracije digitalnog sadržaja i digitalne usluge, a kako bi roba ili roba sa digitalnim elementima odnosno digitalni sadržaj i digitalne usluge bili usklađeni s ugovorom.⁹⁴ Pored toga, različito od prijašnje Direktive 99/44/EZ, Twin direktive uređuju i odgovornost za pravne nedostatke u slučaju postojanja prava trećih strana, propisujući isti sustav sankcija kao i za materijalne nedostatke, osim ako je nacionalnim pravom predviđena ništetnost ugovora ili raskid ugovora.

Prema *Morais Carvalho* usklađenost se procjenjuje usporedbom ugovorene obveze i izvršenog ugovora prema kriterijima koji su kategorizirani kao: subjektivni zahtjevi koje potrošač očekuje s obzirom na sklopljeni ugovor, objektivni zahtjevi koje potrošač uobičajeno očekuje od digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pravilnost integracije i prava trećih.⁹⁵ U pogledu isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga koji prethodno nisu bili obuhvaćeni pravnih uređenjem, uvođenje i uređenje ovih zahtjeva predstavlja značajan iskorak. Kako to ističe *Twigg-Flesner*, u slučaju nepostojanja zakonskog uređenja o usklađenosti digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, dogovor o funkcionalnosti, kvaliteti, kompatibilnosti i drugim aspektima digitalnog sadržaja i digitalne usluge morao bi se postizati pri svakom pojedinom sklapanjutakvih ugovora.⁹⁶ Stoga, kao rezultat usklađivanja sa Direktivom (EU) 2019/770

94 S. Petrić, *op. cit.*, 55.

95 J. Morais Carvalho, *op. cit.*, 12.

96 Ch. Twigg-Flesner, *op. cit.*, 3.

u čl. 7. ZDSU propisuje kako je trgovac potrošaču dužan isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu koji ispunjavaju zahtjeve navedene u čl. 8, 9 i 10 Zakona, ne dovodeći u pitanje čl. 11 koji se odnosi na prava trećih strana.

4.2.1. Subjektivni i objektivni zahtjevi usklađenosti

Polazište Direktive (EU) 2019/770 je da, kako radi postizanja usklađenosti i jamstva prava potrošača, posebice kada su ugovoreni niski standardi zaštite, digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebaju biti u skladu „ne samo sa subjektivnim zahtjevima u pogledu usklađenosti, nego i s objektivnim zahtjevima u pogledu usklađenosti“.⁹⁷ Usklađeno sa čl. 7 Direktive (EU) 2019/770, ZDSU u čl. 8 utvrđuje subjektivne zahtjeve usklađenosti koji proizlaze neposredno iz odnosa trgovca i potrošača, a prema kojima digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju: „a) odgovarati opisu, količini i kvaliteti te posjedovati funkcionalnost, kompatibilnost, interoperabilnost i druge značajke kako je utvrđeno ugovorom; b) biti prikladni za bilo koju posebnu namjenu za koju su potrebni potrošaču i s kojom je potrošač upoznao trgovca najkasnije u trenutku sklapanja ugovora te u odnosu na koju je trgovac dao pristanak; c) biti isporučeni sa svom dodatnom opremom, uputama, uključujući upute za instalaciju, i korisničkom podrškom, kako je utvrđeno ugovorom i d) ažurirati se kako je utvrđeno ugovorom.“ Iznova se zahtijeva usklađenost sa pravilima preuzetima iz Direktive 2011/83/EU, pa su ovi zahtjevi posljedično i sastavni dio predugovornih informacija u čl. 60 st. 1 ZZP-a (toč. 14, 15, 20, 21), a o kojima trgovac mora transparentno obavijestiti potrošača prije obvezivanja ponudom ili sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija trgovca ili ugovora na daljinu.

Budući da se subjektivni zahtjevi usklađenosti pored standardnih zahtjeva ispunjavanja ugovorenog opisa, količine i kvalitete odnose na novouvedene i zahtjevne pojmove, kao što su funkcionalnost, kompatibilnost i interoperabilnost, pored samih definicija ovih pojmova, preambula nudi primjere sa objašnjenjima subjektivnih zahtjeva usklađenosti. Tako se primjerice navodi da bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebali ispunjavati ugovorene uvjete primjerice u pogledu broja glazbenih datoteka kojima se može pristupiti, ali i kvalitete, odnosno u pogledu rezolucije slike, jezika i verzije koji su ugovoreni.⁹⁸ Kao primjer

97 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 45.

98 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 42.

se može navesti ugovaranje Spotify Premium, koji omogućava preuzimanje do 10.000 pjesama na pet različitih uređaja i njihovo preslušavanje offline. Digitalni sadržaj i digitalna usluga također trebaju ispunjavati zahtjeve u pogledu sigurnosti, funkcionalnosti, kompatibilnosti, interoperabilnosti i drugih značajki, kako je utvrđeno ugovorom. Riječ je o pojmovima koji nisu tipično pravni i koji se odnose na tehničko funkcioniranje digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, pa tako funkcionalnost u biti zahtijeva da isti budu u stanju izvršavati funkcije za koje su namijenjeni, kompatibilnost da mogu funkcionirati sa hardverom ili softverom sa kojima se obično koriste a bez njihova konvertiranja, dok se interoperabilnost odnosi na mogućnost funkcioniranja ili razmjene informacija sa hardverom ili softverom drukčijima od onih sa kojima se obično koriste.⁹⁹ Preambula Direktive (EU) 2019/770 pojašnjava da se funkcionalnost odnosi na način na koji se digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogu upotrijebiti, pri čemu bi „izostanak ili prisutnost tehničkih ograničenja poput zaštite putem upravljanja digitalnim pravima ili regionalnog kodiranja“ mogli utjecati na mogućnost izvršavanja svih funkcija s obzirom na njihovu svrhu.¹⁰⁰

Važan aspekt digitalnog sadržaja i digitalnih usluga se odnosi na njihovo uredno ažuriranje, a bez kojeg iste nerijetko nisu u mogućnosti uredno funkcionirati. Pritom, ne treba izgubiti iz vida afere uzrokovane uporabom nepoštene poslovne prakse u okviru kojih su ažuriranja bila korištena upravo sa ciljem onemogućavanja djelovanja digitalnih sadržaja i usluga, kao i uređaja sa ugrađenim digitalnim sadržajima u predmetima kao što su Apple i Samsung.¹⁰¹ Iz istog je razloga izuzetno važno što su ažuriranja postala predmetom pravnog uređenja Direktive (EU) 2019/770 i posljedično nacionalnih pravnih poredaka. Tako, prema sugestijama iz preambule, trgovci mogu sa potrošačima ugovoriti i ažuriranja, pri čemu se usklađenost ocjenjuje s obzirom na ažuriranje. U tom slučaju neažuriranje će se smatrati neusklađenošću s ugovorom, jednako kao i neadekvatno odnosno nepotpuno ili neispravno ažuriranje.¹⁰²

99 ZDSDU, čl. 3 sl. k-l.

100 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 43.

101 Alberto De Franceschi, „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases“, *Journal of European Consumer and Market Law* 7(6)/2018, 217–221.

102 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 44.

Na subjektivne zahtjeve usklađenosti se nadovezuju objektivni zahtjevi usklađenosti, koji su utemeljeni na razumnim očekivanjima potrošača. Po uzoru na čl. 8. Direktive (EU) 2019/770, čl. 9 ZDSDU-a propisuje objektivne zahtjeve usklađenosti koji moraju biti ispunjeni pored subjektivnih. Objektivni zahtjevi usklađenosti se trebaju ocjenjivati između ostalog s obzirom na svrhu za koju se digitalni sadržaj ili digitalna usluga iste vrste obično upotrebljavaju,¹⁰³ te trebaju posjedovati svojstva i značajke, uključujući one koji se odnose na funkcionalnost, kompatibilnost, dostupnost, kontinuitet i sigurnost, uobičajene za digitalni sadržaj ili digitalne usluge iste vrste, i koje potrošači mogu razumno očekivati s obzirom na njihovu prirodu te uzimajući u obzir sve javne izjave o specifičnim svojstvima digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koje su dali trgovac ili druge osobe u prethodnim fazama lanca transakcija, ili koje su dane u njihovo ime.¹⁰⁴ Po uzoru na prijašnju Direktivu 99/44/EZ, iznimku predstavljaju tzv. javne izjave, odnosno situacije u kojima trgovac dokaže da nije znao ili razumno mogao znati za predmetnu javnu izjavu, ako je do trenutka sklapanja ugovora ista ispravljena ili nije mogla utjecati na odluku o kupnji.¹⁰⁵ U skladu sa razumnim očekivanjima potrošača, digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju biti isporučeni zajedno sa svom dodatnom opremom i uputama.¹⁰⁶ Isto tako, moraju biti usklađeni sa pokusnom verzijom ili pretpregledom koji je prije sklapanja ugovora trgovac stavio potrošaču na raspolaganje.¹⁰⁷

Pritom, standard razumnog očekivanja odnosno razumnosti treba objektivno utvrditi „uzimajući u obzir prirodu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, okolnosti slučaja te načine upotrebe i prakse uključenih ugovornih strana“, kao što objektivno treba utvrditi i što se smatra „razumnim rokom za usklađivanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge“, uzimajući u obzir prirodu neusklađenosti.¹⁰⁸ Primjerice, od plaćene pretplate YouTube Premium se očekuje da nakon sklapanja ugovora posjeduje sve oglašavane značaje i prednosti u odnosu na klasični YouTube, kao što su streaming bez glasa, mogućnost reprodukcije

103 ZDSDU, 9 st. 1, sl. a.

104 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. b.

105 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. b.

106 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. c.

107 ZDSDU, čl. 9, st. 1, sl. d.

108 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 46.

u pozadini, preuzimanje sadržaja za gledanje offline, te pristup ekskluzivnom sadržaju u okviru YouTube Originals. Dogle, digitalni sadržaji i usluge nuđeni korisnicima prije sklapanja ugovora, primjerice tijekom probnog razdoblja korištenja usluga, moraju odgovarati i biti usklađeni nakon sklapanja ugovora (npr. probna razdoblja za korištenje Hulua ili Netflixa).

U ključne objektivne zahtjeve usklađenosti, a za koje potrošači razumno oćekuju da budu ispunjeni, ubrajaju se ažuriranja digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, a koja se nadovezuju na *supra* prikazane subjektivne zahtjeve. Tako je u skladu sa Direktivom (EU) 2019/770, prema ćl. 9 st. 2 ZDSDU-a trgovac dužan potrošaća obavještavati o svim ažuriranjima, i sigurnosnim, a koja su potrebna kako bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga ujedno funkcionirali i bili usklađeni, te je dužan zajamćiti da se ažuriranja isporučuju, tijekom razdoblja u kojem se moraju isporučivati u skladu s ugovorom, ako je predviđena kontinuirana isporuka tijekom određenog razdoblja (sl. a) ili tijekom razdoblja unutar kojeg potrošać to razumno oćekuje s obzirom na vrstu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge i uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora, ako je ugovorom predviđena jednokratna isporuka ili niz pojedinaćnih isporuka (sl. b). Prema preambuli Direktive (EU) 2019/770 ažuriranja trebaju biti isporučena u roku koji potrošać razumno oćekuje, pa je kod vremenski ogranićenog roka pružanja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, obveza ažuriranja ogranićena na taj rok, dok bi u ostalim slućajevimataj rok mogao odgovarati roku odgovornosti trgovca za neusklađenost ili duže, ovisno što je ugovoreno.¹⁰⁹

Na potrošaću je da odlući hoće li instalirati ažuriranja, ali u tom slućaju mora biti svjestan mogućih posljedica tog propusta, a koje obuhvaćaju i neusklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge za koje trgovac više ne odgovara, ukoliko je uredno ispunio prethodne obveze. Stoga, prema ćl. 9 st. 3 ZDSDU-a u situacijama kada potrošać u razumnom roku ne instalira ažuriranja koja mu je trgovac isporučio u skladu sa st. 2, trgovac ne odgovora za neusklađenost koja proizlazi isključivo iz propusta instaliranja ažuriranja ako je obavijestio potrošaća o raspoloživosti ažuriranja i posljedicama propuštanja instaliranja (sl. a) i za propuštanje instaliranja ili nepravilno instaliranje ažuriranja od strane potrošaća, a koje nije posljedica nedostataka u uputama koje je trgovac dostavio (sl. b). Povezano s time, ako drukćije nije ugovoreno

109 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 47.

digitalni sadržaj ili digitalna usluga se isporučuju u najnovijoj dostupnoj verziji u trenutku sklapanja ugovora.¹¹⁰

Budući da se brojne vrste digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga isporučuju kontinuirano tijekom određenog razdoblja, kao što je pristup uslugama u oblaku, isti moraju biti usklađeni tijekom cijelog trajanja ugovora (čl. 9 st. 4).¹¹¹ No, ako postoje prekidi u isporuci koji nisu zanemarivi ili se ponavljaju, takve kratke prekide isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge treba smatrati neusklađenošću.¹¹² Primjerice, ukoliko potrošač ima ugovor sa operatorom u okviru kojeg mu se kontinuirano isporučuje usluga interneta, telefona i određenog paketa TV programa, konstantni kratki prekidi internetske veze koji se opetovano ponavljaju predstavljaju neusklađenost sa ugovorom. No, neusklađenost u smislu objektivnih zahtjeva iz čl. 9 st. 1 i 2 ZDSDU-a ne postoji, ako je u trenutku sklapanja ugovora potrošač bio posebno obaviješten da određena značajka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge odstupa od objektivnih zahtjeva iz st. 1 i 2, te ako je potrošač izričito i zasebno prihvatio to odstupanje pri sklapanju ugovora.¹¹³ Budući da se u preambuli Direktive (EU) 2019/770 navodi da ta dva uvjeta mogu biti ispunjena običnim označivanjem polja, pritiskom na gumb ili aktiviranjem slične funkcije, ova odredba potencijalno otvara brojne probleme u praksi.¹¹⁴ Imajući u vidu sveobuhvatne zahtjeve transparentnosti razvijene u ustaljenoj praksi Suda EU-a koja se odnosi na poštenost sadržaja ugovora i tumačenje primjenjive Direktive 93/13/EEZ, ali i odgovarajućih odredbi o formi iz Direktive 2011/83/EU, opravdano se može postaviti pitanje je li klik na prethodno označenu kućicu odražava poseban stupanj transparentnosti koji se zahtijeva, kao i potrebnu formu, a da bi se moglo govoriti o izričitom i zasebnom prihvatu iste ugovorne odredbe.¹¹⁵

110 ZDSDU, 9 st. 6.

111 ZDSDU, čl. 9, st. 4.

112 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 51.

113 ZDSDU, čl. 9, st. 5.

114 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 49.

115 Emilia Miščenić, „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 39–63.

4.2.2. Integracija digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga

Zbog specifičnog objekta ugovora potrošači često trebaju poduzeti korake kako bi osigurali dostupnost i uredno funkcioniranje digitalnih usluga i digitalnih sadržaja na svojim uređajima.¹¹⁶ Iako se za te korake obično koriste nazivi instalacija (engl. installation) i preuzimanje (engl. download), Direktiva (EU) 2019/770 i posljedično ZDSDU koristi izraz „integracija“ koji je u čl. 3, sl. d definiran kao „povezivanje i ugradnja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge s komponentama digitalnog okruženja potrošača kako bi se digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogli upotrebljavati u skladu sa zahtjevima u pogledu usklađenosti predviđenima ovim Zakonom.“

U skladu sa čl. 9 Direktive (EU) 2019/770, ZDSDU u čl. 10 uređuje neusklađenost koja može nastupiti kao posljedica nepravilne integracije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u digitalno okruženje potrošača, pri čemu se potonje odnosi na „hardver, softver i svaki mrežni priključak kojima se potrošač koristi kako bi pristupio digitalnom sadržaju ili digitalnoj usluzi ili se njima služio“.¹¹⁷ Naime, da bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga mogli uredno funkcionirati, isti moraju biti ispravno integrirani u računalnu opremu ili programe koje potrošač koristi. Stoga se smatra da svaka neusklađenost koja je posljedica nepravilne integracije jest neusklađenost digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ako je integraciju istih izvršio trgovac ili je to izvršeno pod njegovom odgovornošću ili je to izvršio potrošač prateći upute trgovca, a nepravilna integracija je posljedica nedostatka u uputama za integraciju koje je dostavio trgovac.¹¹⁸ Pritom preambula Direktive (EU) 2019/770 govori o obveznim uputama za integraciju te ukazuje na „nepotpunost ili nedovoljnu jasnoću uputa za integraciju koje prosječan potrošač zbog toga teško može koristiti“.¹¹⁹ Time iznova upućuje na problem netransparentnosti odredbi naspram objektivnog kriterija „prosječnog potrošača“, kojeg ustaljena praksa Suda EU-a definira kao potrošača koji je „uobičajeno obaviješten i postupa s dužnom pažnjom i razboritošću“.

116 Ch. Twigg-Flesner, *op. cit.*, 27.

117 ZDSDU, čl. 3, sl. i.

118 ZDSDU, čl. 10, sl. a i b.

119 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 52.

4.3. Prava trećih strana

Posebnu novinu u odnosu na prethodno uređenje usklađenosti s ugovorom, predstavlja uvođenje odgovornosti za pravne nedostatke, odnosno kada urednom ispunjenju ugovora na putu stoje prava trećih strana. Tako po uzoru na čl. 10 Direktive (EU) 2019/770, čl. 11 ZDSDU-a propisuje da potrošač raspolaže jednakim pravima kao i u slučaju odgovornosti za materijalne nedostatke, ako ograničenje koje je posljedica povrede prava treće strane, osobito pravâ intelektualnog vlasništva, onemogućava ili ograničava korištenje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu sa čl. 8 i 9 Zakona.

Takve povrede mogu proizaći iz ograničenja nametnutih od nositelja prava intelektualnog vlasništva, a koja su posljedica ugovora o licenci za krajnjeg korisnika u skladu sa kojim se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuju potrošaču.¹²⁰ Prikupnji digitalnog sadržaja potrošač tako stječe licencu da koristi pravo intelektualnog vlasništva koje pripada trećoj osobi (npr. programeru, proizvođaču i sl.), tek ako bi koristio digitalni sadržaj sklapa ugovor o licenci krajnjeg korisnika odnosno EULA (End User Licence Agreement) ugovor, kojim proizvođač ograničava mogućnost korištenja digitalnog sadržaja od strane krajnjeg korisnika. Riječ je o slučajevima kao što je dodjela licence za računalne programe u predmetu *The Software Incubator*,¹²¹ gdje Sud EU-a zaključuje da tumačenje pojma „prodaja robe“ iz Direktive 86/653 o samozaposlenih trgovačkim zastupnicima „može obuhvatiti isporuku računalnog programa klijentu elektroničkim putem, uz plaćanje cijene, ako je uz tu isporuku dodijeljena trajna licencija za korištenje tog programa.“¹²²

U preambuli direktive se kao primjer navodi zabrana uporabe određenih značajki povezanih sa funkcionalnošću digitalnog sadržaja ili digitalne usluge predviđena ugovorom o licenci, a koje ograničenje može povrijediti iznad navedene objektivne zahtjeve usklađenosti.¹²³ Potrošač bi zbog tih ograničenja mogao biti spriječen ili ograničen u korištenju kupljenog digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a zbog

120 Matanovac Vučković, R., Kanceljak, I., „Does the Right to Use Digital Content Affect Our Digital Inheritance?“ *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, 2019/3, 724–746.

121 Presuda od 16. rujna 2021, C-410/19, *The Software Incubator*, EU:C:2021:742.

122 *The Software Incubator*, para. 52.

123 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 53.

toga što trgovac krši prava treće strane. U slučaju neusklađenosti uzrokovane pravnim nedostacima ove vrste, potrošač raspolaže pravima naspram trgovca, osim u slučajevima kada ga je trgovac obavijestio o ograničenju, a na što je potrošač izričito pristao, ili osim kada nacionalno pravo predviđa ništetnost ili raskid ugovora zbog povrede obveza koje proizlaze iz zakonske odgovornosti za pravne nedostatke.¹²⁴

5. PREINAKA DIGITALNOG SADRŽAJA I DIGITALNE USLUGE

Po uzoru na čl. 19 Direktive (EU) 2019/770, čl. 20 ZDSDU uređuje preinaku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se isporučuju potrošaču tijekom određenog razdoblja, a izvan okvira onog što je potrebno, kako bi isti i dalje ispunjavali subjektivne i objektivne zahtjeve usklađenosti iz čl. 8 i 9 ZDSDU-a. Isto će biti moguće, samo ako su ispunjeni propisani uvjeti da je ugovorom takva preinaka dopuštena i da se u njemu navodi valjan razlog za nju (sl. a), da je izvršena bez dodatnih troškova za potrošače (sl. b), da je potrošač o njoj obaviješten na jasan i razumljiv način (sl. c), i u slučaju da je potrošač je u razumnom roku prije preinake na trajnom nosaču podataka obaviješten o značajkama i trenutku preinake, te o pravu na raskid ugovora prema st. 2 i 3 ili o mogućnosti zadržavanja digitalnog sadržaja ili digitalne usluge bez preinake prema st. 5 (sl. d).¹²⁵

Ako bi preinaka negativno utjecala na pristup ili korištenje potrošača digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, potrošač ima pravo na besplatan raskid ugovora u 30 dana od primitka obavijesti ili preinake, ovisno što je nastupilo kasnije, no samo ako negativan utjecaj nije neznan.¹²⁶ U pogledu potonjeg treba objektivno utvrditi u kojoj mjeri preinake negativno utječu na potrošačevu upotrebu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ili pristup istima, te treba uzeti u obzir „prirodu i svrhu digitalnog sadržaja ili digitalne usluge te kvalitetu, funkcionalnost, kompatibilnost i druge glavne značajke koje su uobičajene za digitalni sadržaj ili digitalne usluge iste vrste“.¹²⁷ No, to se neće primijeniti ako trgovac omogući potrošaču da bez dodatnih troškova zadrži digitalni sadržaj

124 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 54.

125 ZDSDU, čl. 20 st. 1.

126 ZDSDU, čl. 20 st. 2 i 3.

127 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 75.

ili digitalnu uslugu bez preinake, te ako su isti i dalje usklađeni.¹²⁸ No, ukoliko digitalni sadržaj ili digitalna usluga koje potrošač može zadržati više nisu u skladu sa subjektivnim i objektivnih zahtjevima usklađenosti, potrošač ne gubi svoja prava u slučaju neusklađenosti. Isto vrijedi i ako sama preinaka rezultira neusklađenošću.¹²⁹

Iz navedenog proizlazi kako će preinake biti dopuštene zbog ugovorom predviđenih valjanih razloga, kao što su poboljšanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ažuriranjem ili nadogradnjom, usklađivanje sa novim zakonskim uređenjem, prilagodba tehničkom okruženju ili zbog drugih važnih operativnih razloga i sl. No, za preinake koje bi odstupale od objektivnih zahtjeva usklađenosti, a koje su predvidive u vrijeme sklapanja ugovora, pri sklapanju ugovora treba zahtijevati izričitu suglasnost potrošača.¹³⁰ Ova pravila se ne trebaju primijeniti na novosklopljene ugovore koji su posljedica distribucije nove verzije digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.¹³¹ U skladu sa zahtjevima iz direktive, ove se odredbe primjenjuju samo na ugovore sklopljene nakon stupanja na snagu nacionalnih propisa kojima se Direktiva (EU) 2019/770 preuzima, pa tako i nakon stupanja na snagu ZDSDU-a.¹³²

6. ODGOVORNOST TRGOVCA I TERET DOKAZIVANJA

Kao što je u Direktivi (EU) 2019/770 naglašeno, njome se ne utječe na nacionalna pravila država članica o odgovornosti trgovaca za ona pitanja koja njome nisu uređena, kao što su primjerice pravila koja nisu specifična za potrošačke ugovore i koja predviđaju prava „za određene vrste nedostataka koji nisu bili očiti u trenutku sklapanja ugovora, to jest nacionalne odredbe kojima se mogu utvrditi specifična pravila za odgovornost trgovca za skrivene nedostatke.“¹³³ Direktivom se ne utječe ni na izvanugovornu odgovornost drugih trgovaca u lancu isporuke u slučaju neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a države članice su slobodne uređivati prava potrošača vezano za štetu

128 ZDSDU, čl. 20, st. 5.

129 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 77.

130 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 74.

131 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 75.

132 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 83.

133 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12.

protiv treće strane koja nije trgovac u svijetlu ove Direktive, kao što je npr. subjekt koji razvija digitalnu uslugu ili digitalni sadržaj.¹³⁴ U tom smislu, čl. 2 ZSDU-a uređuje mogućnost pravne zaštite trgovca u lancu isporuke protiv odgovorne osobe ili odgovornih osoba u nizu komercijalnih transakcija sukladno općem propisu obveznog prava, odnosno ZOO-u, kada do neusklađenosti dođe činjenjem ili propustom određene osobe u prethodnim fazama lanca transakcija. Države članice su slobodne i u uređenju posljedica neisporuke i neusklađenosti zbog prepreka izvan kontrole trgovca koje isti nije mogao nadvladati ili izbjeći, kao što je viša sila.¹³⁵ No, jednako tako preambula ističe kako je načelo odgovornosti trgovca za štetu bitan element ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, te ukazuje na mogućnost potrošača zahtijevati naknadu štete nastale zbog neusklađenosti ili neisporuke primjenom općeg propisa obveznog prava.¹³⁶

Po uzoru na čl. 11. Direktive (EU) 2019/770, čl. 12, st. 1 ZSDU-a propisuje odgovornost trgovca za svaku neisporuku digitalnog sadržaja ili digitalne usluge u skladu sa *supra* opisanim člankom 6 ZSDU-a. Potom u st. 2–5 uređuje odgovornost trgovca za svaku neusklađenost u skladu sa *supra* proučenim čl. 8–10 ZSDU-a o subjektivnim i objektivnim zahtjevima usklađenosti i integraciji digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pri čemu radi razliku između jednokratnih ili niza pojedinačnih isporuka i kontinuirane isporuke tijekom određenog razdoblja.¹³⁷ U prvom slučaju trgovac odgovara za neusklađenost u razdoblju od dvije godine od trenutka isporuke, dok u drugom odgovara za neusklađenost koja se pojavi ili postane očita tijekom razdoblja u kojem se digitalni sadržaj ili digitalne usluge moraju isporučivati.¹³⁸ Kao primjeri se navode jednokratne isporuke u vidu preuzimanja e-knjige ili niza takvih pojedinačnih isporuka, pri čemu razdoblje u kojem se može koristiti ovakav digitalni sadržaj ili digitalna usluga nije ograničeno, pa i trgovac odgovara samo za neusklađenost koja postoji u trenutku isporuke.¹³⁹ Dotle se kontinuirane isporuke mogu odnositi na stavljanje digitalnih usluga na raspolaganje na određeno ili neodređeno

134 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 12 i 13.

135 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 14.

136 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 73.

137 ZSDU, čl. 12, st. 2 i 5.

138 ZSDU, čl. 12, st. 3 i 5.

139 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 56.

vrijeme, npr. dvogodišnji ugovori o pohrani podataka u oblaku ili stalno članstvo na platformi društvenih medija. U tim slučajevima se smatra opravdanim da trgovac odgovara samo za neusklađenost koja se pojavi tijekom tog razdoblja.¹⁴⁰ Kontinuirane isporuke obuhvaćaju i periodična stavljanja na raspolaganje, npr. ugovor o antivirusnom softveru na godinu dana pri čemu se isti ažurira svakog prvog dana u mjesecu ili prilikom potrebe ažuriranja zbog novih značajki.

Iako su zastarni rokovi u rukama država članica, iste moraju paziti da ne naruše *effet utile* direktive i učinkovitost pravne zaštite potrošača na način da se istima potrošače spriječi u ostvarivanju njihovih prava u pogledu neusklađenosti koja se je pojavila tijekom razdoblja u kojem je trgovac odgovoran za neusklađenost.¹⁴¹ U tom smislu, treba voditi računa i o pravilima o teretu dokazivanja, koja u pogledu isporuke i neusklađenosti teret dokazivanja stavljaju na trgovca. Smatra se da trgovac zbog svojih posebnih znanja i vještina u pogledu tehničkih informacija i visokotehnološke pomoći, može bolje od potrošača znati zašto digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu isporučeni ili usklađeni.¹⁴² *Supra* prikazana razlika između jednokratnih i pojedinačnih i kontinuiranih isporuka se primjenjuje, pa je u odnosu na prve teret dokazivanja jesu li digitalni sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni u trenutku isporuke, na trgovcu za onu neusklađenost koja postane očita u roku od godine dana od trenutka isporuke.¹⁴³ U pogledu kontinuiranih isporuka, teret dokazivanja o tome jesu li bili usklađeni tijekom razdoblja u kojem se digitalni sadržaj ili digitalna usluga moraju isporučivati je na trgovcu za onu neusklađenost koja postane očita tijekom tog razdoblja.¹⁴⁴

Ove se odredbe ne primjenjuju ako trgovac dokaže da digitalno okruženje nije kompatibilno sa tehničkim zahtjevima za digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu o kojima je prije sklapanja ugovora potrošača obavijestio na jasan i razumljiv način,¹⁴⁵ primjerice preslaba internetska veza za odgovarajuće instalacije i praćenje TV paketa i programa. Po tom pitanju je potrošač dužan surađivati sa trgovcem u mjeri u kojoj

140 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 57.

141 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 58.

142 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 59.

143 ZDSDU, čl. 13, st. 2.

144 ZDSDU, čl. 13, st. 3.

145 ZDSDU, čl. 13, st. 4.

je to razumno moguće i potrebno u pogledu utvrđenja je li uzrok neusklađenosti u digitalnom okruženju potrošača, pri čemu je suradnja ograničena na tehnički dostupna sredstva koja su najmanje opterećujuća za potrošača.¹⁴⁶ Trgovac može samo u iznimnim slučajevima zahtijevati virtualni pristup digitalnom okruženju potrošača, ako provjera istog nije moguća na nijedan drugi način.¹⁴⁷ Ukoliko pak potrošač ne surađuje, a trgovac je prije sklapanja ugovora obavijestio potrošača o tehničkim zahtjevima za digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu, teret dokazivanja u odnosu na to je li postojala neusklađenost u trenutku propisanom *supra* prikazanim odredbama je na potrošaču.¹⁴⁸

7. PRAVA POTROŠAČA U SLUČAJU NEISPORUKE I NEUSKLAĐENOSTI

Usklađeno sa Direktivom (EU) 2019/770, ZDSDU uređuje prava potrošača u slučajevima neisporuke ili neusklađenosti digitalnog sadržaja i digitalne usluge, te pretpostavke pod kojima ih potrošač ostvaruje. U slučaju neisporuke sukladno *supra* prikazanom čl. 6 ZDSDU-a o isporuci digitalnog sadržaja i digitalne usluge, potrošač ima pravo zatražiti isporuku, a ako trgovac nakon upućenog zahtjeva ne isporuči „bez nepotrebne odgode ili unutar dodatnog roka koji su ugovorne strane izričito dogovorile, potrošač ima pravo raskinuti ugovor“.¹⁴⁹ U preambuli Direktive se ova obveza trgovca tumači na način da je digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrebno isporučiti „odmah“, stoga što u većini slučajeva za njihovu isporuku nije potrebno dodatno vrijeme za stavljanje istih na raspolaganje potrošaču.¹⁵⁰ No, u određenim okolnostima i iznimno od ovih odredbi, potrošač ima pravo odmah raskinuti ugovor: ako je trgovac izjavio ili ako je iz okolnosti slučaja očito da neće isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu; ili ako su se sporazumjeli ili je iz okolnosti slučaja 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.¹⁵¹ U takvim

146 ZDSDU, čl. 13, st. 5. i 6.

147 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 60.

148 ZDSDU, čl. 13, st. 7.

149 ZDSDU, čl. 14, st. 1 i 2.

150 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 61.

151 ZDSDU, čl. 14, st. 3.

situacijama, potrošač ima pravo odmah raskinuti ugovor, a bez prethodnog upućivanja zahtjeva za isporukom, te se na odgovarajući način primjenjuju niže prikazana pravila o raskidu ugovora o isporuci digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.

U slučaju *supra* prikazane neusklađenosti digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga, po uzoru na Direktivu (EU) 2019/770, ZDSDU propisuje prava kojima potrošač raspolaže na način da utvrđuje hijerarhijski odnos između prava potrošača sa ciljem održavanja ugovora na snazi odnosno omogućavanja ugovornim stranama uredno ispunjenje ugovora. Tako u prvom redu, potrošač ima pravo na usklađivanje digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, osim ako je to nemoguće ili ako trgovcu time nastaju nerazmjerni troškovi. Pritom treba uzeti u obzir sve okolnosti pojedinog slučaja uključujući i vrijednost koju bi digitalni sadržaj ili digitalna usluga imali da ne postoji neusklađenost, te značaj neusklađenosti.¹⁵² Očito je da odredbe odražavaju uređenje iz bivše Direktive 99/44/EZ, ali i inkorporiraju tumačenja iz ustaljene prakse Suda EU-a iz predmeta o neusklađenosti robe sa materijalnim nedostacima, kao što su spojeni predmeti *Weber i Putz* u pogledu usporedbe vrijednosti,¹⁵³ te *Duarte Hueros* u pogledu značaja nedostatka.¹⁵⁴ Isto vrijedi i za propisane pretpostavke pod kojima se usklađivanje mora odviti.

Tako je trgovac dužan uskladiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu u razumnom roku od trenutka obavijesti o neusklađenosti, besplatno i bez znatnih neugodnosti za potrošača, te uzimajući u obzir prirodu i svrhu za koju su digitalni sadržaj ili digitalna usluga potrebni potrošaču.¹⁵⁵ Pritom, trgovac odabire način usklađivanja, već ovisno o tehničkim svojstvima digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, npr. tako da objavi ažurirane verzije ili stavi na raspolaganje novi primjerak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.¹⁵⁶ U pogledu određenja pojma razumnog roka, preambula Direktive utvrđuje kako s obzirom na raznolikost digitalnog sadržaja i digitalnih usluga nije primjerenom utvrđivati određeni fiksni rok za ostvarenje prava ili ispunjavanje

152 ZDSDU, čl. 15, st. 1.

153 Presuda od 16. lipnja 2011, spojeni predmeti C-65/09 i C-87/09, *Gebr. Weber and Putz*, EU:C:2011:396.

154 Presuda od 3. listopada 2013, C-32/12, *Duarte Hueros*, EU:C:2013:637.

155 ZDSDU, čl. 15, st. 2.

156 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 63.

obveza, a koji bio mogao biti predug ili prekratak, te naglašava da isto ne sprječava strane da se dogovore o određenom roku koji je potreban za usklađivanje.¹⁵⁷ Jednako, kao i potrošačke direktive o kupoprodaji robe, Direktiva (EU) 2019/770 sadrži pretpostavku besplatnosti, koju je potrebno tumačiti u svjetlu cilja direktive, te tumačenja ovog pojma u ustaljenoj praksi Suda EU-a. Potrošač ne treba snositi nikakve troškove povezane sa usklađivanjem digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, pri čemu se analogijom primjenjuju tumačenja iz predmeta kao što su *Quelle* ili *Weber i Putz*.¹⁵⁸ Sud EU-a u predmetu *Quelle* ističe namjeru europskog zakonodavca učiniti besplatnost pri postizanju sukladnosti sa ugovorom bitnim aspektom zaštite potrošača, a sa ciljem osiguranja visokog stupnja zaštite potrošača. Također pojašnjava da se pojam treba tumačiti na način da prodavatelj ne može postavljati nikakve financijske zahtjeve u svezi sa postizanjem sukladnosti, jer bi time odvratio potrošače od korištenja njihovih prava.¹⁵⁹

Tek u slučaju da usklađivanje pravno ili činjenično nije moguće, ili trgovac odbija uskladiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu zbog nerazmjernih troškova, ili nije uskladio iste u razumnom roku, besplatno i bez znatnih neugodnosti za potrošača, potrošač ima pravo zahtijevati razmjerno sniženje cijene ili raskid ugovora. Prema čl. 15 st. 3 ZSDU-aako se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuje u zamjenu za plaćanje određene cijene, potrošač raspolaže istim pravima u navedenim situacijama, kao i u situacijama kada neusklađenost postoji unatoč pokušaju usklađivanja ili je pak neusklađenost toliko ozbiljna da je opravdano da potrošač zahtijevati trenutačno sniženje cijene ili raskid ugovora. U preambuli se kao primjer navodi pravo izravnog zahtijevanja sniženja cijene ili raskida ugovora u slučaju isporuke antivirusnog softvera koji je i sam zaražen virusom.¹⁶⁰

Sniženje cijene treba biti razmjerno smanjenju vrijednosti digitalnog sadržaja ili digitalne usluge isporučene potrošaču u usporedbi s vrijednošću koju bi isti imali da su usklađeni, aako je ugovoreno da se digitalni sadržaj ili digitalna usluga isporučuju tijekom određenog razdoblja, sniženje cijene se primjenjuje na razdoblje tijekom kojeg digitalni sadržaj ili digitalna usluga nisu bili usklađeni, odnosno pri izračunu

157 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 64.

158 Presuda od 17. travnja 2008, C-404/06, *Quelle*, EU:C:2008:231.

159 *Quelle*, para. 31, 34.

160 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 65.

sniženja cijene treba uzeti u obzir smanjenje vrijednosti zbog neusklađenosti i zbog vremena tijekom kojeg potrošač nije u mogućnosti koristiti ugovoreni usklađeni digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu.¹⁶¹ Kao primjer se može navesti situacije sa pružateljima usluga elektroničkih komunikacija, koji nerijetko zanemaruju zahtjeve korisnika za sniženjem cijene tijekom nepružanja ili neusklađenih ugovorenih usluga interneta, TV-a i sl. Iz prikazanih odredbi, *Josipović i Kanceljak* zaključuju da sniženje cijene nije moguće u slučajevima plaćanja osobnim podacima, stoga što nemaju ekonomsku vrijednost, pa nije moguće primijeniti pravila načela jednake vrijednosti činidaba.¹⁶² Isto potvrđuje i direktiva ističući da je „...zaštita osobnih podataka temeljno pravo i da se stoga osobni podaci ne mogu smatrati robom.“¹⁶³

8. PRAVA I OBAVEZE UGOVORNIH STRANA U SLUČAJU RASKIDA UGOVORA

U slučaju raspolaganja pravom na raskid ugovora, prema čl. 16 st. 1 ZDSDU-a, potrošač ostvaruje svoje pravo izjavom kojom izražava svoju odluku o raskidu. Potrošač pod zakonom propisanim pretpostavkama ima pravo raskinuti ugovor i ako plaća cijenom i osobnim podacima. No, razlika je u tome što ukoliko plaća cijenom, potrošač ima pravo raskinuti ugovor samo ako neusklađenost nije neznatna, a ako plaća osobnim podacima ima pravo raskinuti ugovor i ako je neusklađenost neznatna stoga što mu nije dostupno pravo na sniženje cijene.¹⁶⁴ Pritom je teret dokaza o neznatnosti neusklađenosti na trgovcu, pri čemu se analogijom mogu primijeniti tumačenja Suda EU-a o neznatnosti iz predmeta *Duarte Hueros*.¹⁶⁵ Dotle u slučajevima plaćanja određenom cijenom i pružanja osobnih podataka, potrošač raspolaže svim pravima u slučaju neusklađenosti.

Ako potrošač raskine ugovor, trgovac je dužan nadoknaditi sve iznose koje je potrošač platio na temelju ugovora, osim ako su digitalni

161 ZDSDU, čl. 15 st. 4 i 5; Direktiva (EU) 2019/770, rec. 66.

162 T. Josipović, I. Kanceljak, *op. cit.*, 159.

163 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 24.

164 ZDSDU, čl. 16, st. 2 i 3. Direktiva (EU) 2019/770, rec. 67. U pogledu uporabe osobnih podataka, trgovac se mora pridržavati obveza iz Opće uredbe o zaštiti podataka.

165 ZDSDU, čl. 16, st. 3; *Duarte Hueros*, para. 44.

sadržaj ili digitalna usluga bili usklađeni tijekom određenog razdoblja prije raskida ugovora, u kojem slučaju duguje samo razmjerni dio plaćene cijene za razdoblje u kojem su isti bili neusklađeni, kao i svaki dio cijene plaćene unaprijed za razdoblje koje bi bilo preostalo da ugovor nije bio raskinut.¹⁶⁶ Tako je u predmetu *PE Digital* o isporuci digitalnih sadržaja i digitalnih usluga, tumačeći pravne posljedice prava na jednostrani raskid ugovora sklopljenih na daljinu iz Direktive 2011/83/EU, Sud EU-a zaključio da se za određivanje razmjernog iznosa koji potrošač treba platiti trgovcu u obzir uzima ugovorenu cijenu za sve usluge te dugovani iznos obračunava razmjerno vremenu, dok u slučaju prevelike cijene, u obzir treba uzeti cijenu usluge koju trgovac nudi drugim potrošačima pod istim uvjetima, kao i cijenu istovjetne usluge koju drugi trgovci pružaju na tržištu u vrijeme sklapanja ugovora.¹⁶⁷

Dotle potrošač nije dužan platiti uporabu digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga za razdoblje kada su isti bili neusklađeni, ali je dužan na zahtjev i trošak trgovca bez nepotrebne odgode vratiti materijalni nosač podataka, povrat kojeg trgovac može zahtijevati u roku od 14 dana od kada je obaviješten o odluci potrošača o raskidu ugovora.¹⁶⁸ Nakon raskida, potrošač ne smije koristiti digitalni sadržaj ili digitalne usluge te ih stavljati na raspolaganje trećim osobama.¹⁶⁹ Svaki dugovani iznos zbog raskida ugovora ili sniženja cijene, trgovac je dužan vratiti potrošaču bez odgađanja ili najkasnije u 14 dana od kada je obaviješten o zahtjevu potrošača, te izvršiti povrat istim sredstvom plaćanja koji je koristio potrošač osim ako potrošač izričito ne pristane na drugo sredstvo plaćanja, a koje potrošača ne obvezuje na dodatne troškove vezano uz povrat. Nikakva naknada za povrat plaćenog iznosa se ne smije zaračunati od strane trgovca,¹⁷⁰ a što je česti vid nepoštene prakse trgovaca.

Poseban set pravila posvećen je uporabi sadržaja koji je pružio ili stvorio potrošač pri korištenju digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, a koji ne podrazumijeva osobne podatke, kao što su digitalne slike, video i audio zapisi i sadržaj stvoren s pomoću mobilnih uređaja.¹⁷¹ Takav

166 ZDSUD, čl. 17, st. 1 i 2.

167 Presuda od 8. listopada 2020, C-641/19, *PE Digital*, EU:C:2020:808, para. 47.

168 ZDSUD, čl. 18, st. 2–4.

169 ZDSUD, čl. 18, st. 1.

170 ZDSUD, čl. 19, st. 1–3.

171 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 69.

sadržaj trgovac ne smije koristiti, osim ako je sadržaj neupotrebljiv odnosno beskoristan izvan konteksta digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, ako se sadržaj isključivo odnosi na aktivnost potrošača, ako ga je trgovac objedinio s drugim podacima i ne može ga razdvojiti ili bi to zahtijevalo nerazmjerne napore ili ako su ga zajednički proizveli potrošač i druge osobe te ga drugi potrošači mogu nastaviti upotrebljavati.¹⁷² No, iznimno od prva tri navedena uvjeta, trgovac je na zahtjev potrošača dužan staviti na raspolaganje svaki sadržaj koji ne predstavlja osobne podatke, a koji je potrošač pružio ili stvorio, te ga potrošač ima pravo preuzeti besplatno (osim troškova uzrokovanih digitalnim okruženjem potrošača, koji nisu izravno povezani s povlačenjem sadržaja npr. troškovi priključka na mrežu),¹⁷³ bez ograničenja od strane trgovca, u razumnom roku i strojno čitljivom formatu koji se uobičajeno koristi.¹⁷⁴ Konačno, trgovac može spriječiti potrošača da nastavi sa upotrebom digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga onemogućavanjem pristupa istima primjerice gašenjem korisničkog računa potrošača, pri čemu ta ovlast trgovca ne ograničava pravo potrošača na preuzimanje sadržaja koje je potrošač stvorio ili pružio korištenjem digitalnog sadržaja ili digitalnih usluga.¹⁷⁵

9. UMJESTO ZAKLJUČKA

Pravno uređenje isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga na razini EU-a i nacionalnih poredaka država članica Unije je bilo prijeko potrebno i neupitno je da je isto uređenje dobroano kasnilo za trendovima razvoja na jedinstvenom digitalnom tržištu EU-a. Neovisno o tome, novine koje Direktiva (EU) 2019/770 uvodi u hrvatski pravni okvir zaštite potrošača, kao i druge pravne poretke, predstavljaju poseban izazov za tumačenje i primjenu u praksi. Razlozi su mnogobrojni, no u ključne se ubrajaju posebnosti materije uređenja isporuke digitalnog sadržaja i digitalnih usluga odnosno kompleksnost pojmova povezanih sa digitalizacijom, računalnim programima, definiranjem i funkcioniranjem digitalnih sadržaja i digitalnih usluga i sl. Prosječni potrošač je nerijetko zakinut ne samo za potrebna pravna znanja u

172 ZDSU, čl. 17, st. 4 sl. a-d.

173 Direktiva (EU) 2019/770, rec. 71.

174 ZDSU, čl. 17, st. 5 i 6.

175 ZDSU, čl. 17, st. 7 i 8.

pogledu isporuke digitalnih sadržaja i digitalnih usluga koji čine dio njegove svakodnevice, već i za tehnička znanja o downloadu, uploadu, ažuriranjima i sl. Isto vrijedi i za pravne stručnjake, koji će ubuduće morati na ispravan način tumačiti i primjenjivati nacionalne odredbe o kompatibilnosti, interoperabilnosti, funkcionalnosti i druge europske autonomne pojmove na način koji je u skladu sa ciljevima Direktive (EU) 2019/770 i tumačenjima u praksi Suda EU-a.

Stoga se može zaključiti kako će učinkovita provedba propisa o zaštiti potrošača i u ovom slučaju ostati *la bête noir* europskog prava zaštite potrošača. U pogledu hrvatske implementacije Direktive (EU) 2019/770 opravdano se može postaviti pitanje, je li se ona mogla provesti drukčije i eventualno učinkovitije?¹⁷⁶ Inicijalni plan zajedničkog preuzimanja tzv. Twin direktiva je odbačen i direktive blizanke su pri preuzimanju u hrvatski pravni poredak razdvojene. Ovaj pristup rezultira daljnjom fragmentarnosti pravnih propisa o zaštiti potrošača u hrvatskom pravnom okviru, čime se dodatno otežava učinkovitost zaštite prava potrošača.¹⁷⁷ Unatoč polukogentnoj naravi prikazanih odredbi propisa, a prema kojoj za potrošače nisu obvezujuće ugovorne odredbe kojima se odstupa od ili mijenja zakonske odredbe na štetu potrošača, predviđenom inspekcijском nadzoru i prekršajnim odredbama,¹⁷⁸ postoji opravdana bojazan da će provedba u praksi biti otežana. Zaključno, iako Direktiva (EU) 2019/770 u hrvatski pravni poredak uvodi ključna prava potrošača u slučaju neisporuke ili neusklađenosti digitalnog sadržaja i digitalnih usluga sa ugovorom, te detaljno uređuje njihov položaj u odnosu na trgovce kao i posrednike, primjerice internetske platforme i druge pružateljedigitalnih sadržaja i digitalnih usluga, pitanje je, hoće li u praksi ZDSDU biti dovoljno prepoznat i u konačnici ispravno i učinkovito primjenjivan.

176 Ivana Kanceljak, „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*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 175–197.

177 E. Mišćenić, „Croatia: Something from Nothing“, *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe* (eds. H-W. Micklitz, C. Twigg-Flessner), Bloomsbury, London 2023, 223–243.

178 ZDSDU, čl. 22–26.

Prof. dr. sc. Emilia Mišćenić, Dr. iur.

Professor at the University of Rijeka Faculty of Law (Croatia)

Lidija Ileković, mag.iur.

NEW REGULATION OF THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES IN CROATIAN CONSUMER LAW

Summary

Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services was transposed into the Croatian legal order through the entry into force of the Act on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services on January 1, 2022. The subject of this special and new Act is the conformity of digital content or a digital service with the contract and the rights and obligations of contractual parties in cases of non-conformity or failure to supply, as well as in cases of modification of the digital content or digital service. The introduction of legal regulation of these extremely important aspects of today's digital everyday life is still quite a novelty and a challenge in practice in most Member States of the European Union. Despite the daily use of a wide variety of digital content and digital services by consumers, the legal regulation of this matter was lagging behind the actual development of the digital market. The article therefore provides an in-depth analysis of the novelties introduced into the Croatian legal framework and practice through harmonization with Directive (EU) 2019/770. By examining and interpreting the newly introduced autonomous European legal concepts such as interoperability, functionality, compatibility, etc., but also through practical examples of (non-) conformity of digital content and digital services, it points at the rights and obligations of consumers as users and traders as suppliers of digital content and digital services.

Key words: *Digitalization of contractual relationships. – Digital content. – Digital service. – (Non-) conformity of digital content and digital service.*

LITERATURA

- Baretić M., „Prava kupca u slučaju materijalnih i pravnih nedostataka na prodanoj stvari“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak, Organizator, Zagreb 22/2015.
- Basedow J., *EU PrivateLaw. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2021.
- De Franceschi A., „Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases“, *Journal of European Consumer and Market Law* 7(6)/2018, 217–221.
- De Franceschi A., *Harmonizing Digital ContractLaw – The Impact of the EU Directives 2019/770 and 2019/771*, (ed. R. Schulze), CH Beck, Hart, Nomos, Munich 2023.
- De Franceschi A., Schulze R., „Digital Revolution – New Challenges for Law: Introduction“, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, (eds. A. De Franceschi, R. Schulze), Nomos 2019, 1–15.
- Đurović M., „Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernization and better enforcement of consumer law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2020, 62–79.
- Giliker P., „Adopting a smart approach to EU legislation: why it has proven so difficult to introduce a Directive on Contracts for the supply of digital content?“, *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, (eds. T.-E. Synodinou, P. Jougleux, C. Markou, T. Prastitou), Springer 2020, 299–320.
- Josipović T., Kanceljak I., „Ugovorni odnosi“, *Privatno pravo Europske unije: Posebni dio*, (ed. Josipović T.), Narodne novine, Zagreb 2022.
- Kanceljak I., „Određeni aspekti ugovora o prodaji robe na digitalnom tržištu i preuzimanje u hrvatsko pravo“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ur. Barbić J.), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 65–93.
- 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*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 175–197.
- Lehmann M., „A European Market for Digital Goods“, *European contract law and the Digital Single Market*, (ed. A. De Franceschi), Intersentia 2016.
- Matanovac Vučković R., Kanceljak, I., „Does the right to use digital content affect our digital inheritance?“, *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 3/2019*, 724–746.
- Mihajlović B., *Promena potrošačkog prava u digitalno doba*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2023.
- Mišćenić E., „Croatia: Something from Nothing“, *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, (eds. H.-W. Micklitz, Ch. Twigg-Flessner), Bloomsbury, London 2023.
- Mišćenić E., „The Constant Change of EU Consumer Law: The Real Deal or Just an Illusion?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 70(3)/2022, 699–730.
- Mišćenić E., „Učinkovitost i transparentnost online informiranja potrošača“, *Pravna zaštita pojedinaca na jedinstvenom digitalnom tržištu Europske unije*, (ed. J. Barbić J.) Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2021, 39–63.
- Morais Carvalho J., Farinha M., „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771“, *Revista de direito e tecnologia 2/2020*, 257–270.
- 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 2019*, 194–201.
- Nikišić S., „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70/2022, 505–533.
- Petrić S., „Ugovorna odgovornost prodavatelja“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. Mišćenić E.), Školska knjiga, Zagreb 2021.
- Sein K., „The Applicability of the Digital Content Directive and Sales of Goods Directive to Goods with Digital Elements“, *Juridica International 30/2021*, 23–31.

- 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“, *European Review of Private Law* 3./2019, 257–279.
- Twiggs-Flesner Ch., „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services“, *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, (eds. E. Arroyo Amayuelas, S. Cámara Lapuente), Barcelona-Madrid, Marcial Pon 2020.
- Vrbljanac D., „Zaštita osobnih podataka“, *Europsko privatno pravo: posebni dio*, (ur. E. Mišćenić), Školska knjiga, Zagreb 2019.
- Weingerl P., „Varstvom potrošnikov digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?“, *Digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik / X. posvet Pravo in ekonomija* 2018.

Article history:

Received: 24. 9. 2024.

Accepted: 20. 11. 2024.