

Др Милан Палевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
ORCID: 0000-0001-7214-9099

Прегледни научни рад
УДК: 347.45:004.738.5
DOI: 10.46793/XXMAJSKO1.031P

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ДИРЕКТИВЕ О ДИГИТАЛНОМ САДРЖАЈУ И ДИГИТАЛНИМ УСЛУГАМА У НЕМАЧКОЈ* - Први део -

Резиме

Предмет пажње аутора у овом раду је имплементација Директиве (ЕУ) 2019/770 европског парламента и већа од 20.5.2019. године, о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга у немачко право, конкретније у Немачки грађански законик (НГЗ). Аутор даје детаљан приказ нових одредби НГЗ конкретно чл. 327-327и, и појашњава их где је неопходно.

Кључне речи: дигитални садржај, дигиталне услуге, уговор, потрошачи, трговци.

1. Увод

Првог дана 2022. године у Немачкој је ступио на снагу Закон о имплементацији директиве о одређеним правним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга.¹ Овим законом, у немачки правни систем имплементирана је Директива (ЕУ) 2019/770 европског парламента и већа од 20.5.2019. о одређеним аспектима уговора о испоруци

* Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

¹ Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021., доступно на: https://www.google.rs/url?esrc=s&q=&rct=j&sa=U&url=https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/BGBl/Bgbl_Digitale_Inhalte.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3&ved=2ahUKEwil-qC3q7OBAxXUywlIHHcgnDO8QFnoECAgQAg&usg=AOvVaw0_KhWT3qeU26u5CsBm6K-C.

дигиталног садржаја и дигиталних услуга² (у даљем тексту: Директива). Конкретно, одредбе Директиве имплементирани су у Немачки грађански законик³ (у даљем тексту НГЗ), који постаје богатији за нови наслов „Уговори о дигиталним производима“, који обухвата чл. 327-327u НГЗ. У оквиру овог наслова постоје 2 поднаслова, „Потрошачки уговори о дигиталним производима“ који обухвата чл. 327-327s НГЗ и „Посебне одредбе за уговоре о дигиталним производима између трговаца“ који обухвата чл. 327t и 327u НГЗ. Одредбе чл. 327-327u НГЗ примењују се на потрошачке уговоре који за предмет имају испоруку дигиталних производа, а закључени су после 1.1.2022., као и на потрошачке уговоре који за предмет имају испоруку дигиталних производа који су закључени пре 1.1.2022., али предвиђају испоруку дигиталних производа након 1.1.2022.⁴

Немачки законодавац се определио да одредбе Директиве имплементира у општи део облигационог права НГЗ. Наиме, уговори о испоруци дигиталних производа могу имати различиту правну природу у зависности од тога да ли се дигитални производ продаје, изнајмљује, или поклања, а замисливи су исто тако и мешовити уговори.⁵ Сходно томе, имплементација одредби Директиве у посебни део облигационог права НГЗ, односно допуна правила уговора које већ уређује НГЗ за релевантне одредбе Директиве учинила би НГЗ непрегледним.⁶

² Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20.5.2019. on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services., доступно на: <https://www.legislation.gov.uk/eudr/2019/770/contents>.

³ Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002. (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 05.07.2021. (BGBl. I S. 338) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, (у даљем тексту НГЗ).

⁴ Видети, Das Einführungsgesetz zum Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994. (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16.07.2021. (BGBl. I S. 2947) geändert worden ist, Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, (Уводни закон за Немачки грађански законик, Прелазне одредбе за Закон о имплементацији директиве о одређеним правним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга, чл. 229 & 57, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html>.

⁵ Klink-Straub, J., *Schuldrechtsreform, Die neuen Regeln für Verträge über digitale Produkte*, Jura Studium & Examen, Ausgabe, no. 1/2022., p. 2.

⁶ Видети, Drucksache 19/27653, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Begründung (Образложење нацрта закона за имплементацију директиве о одређеним правним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга), (у даљем тексту Образложење закона), доступно на: https://www.google.rs/search?hl=en-RS&source=hp&biw=&bih=&q=Drucksache+19%2F27653&iflsig=AO6bgOgAAAAAZQfhG19fkS_nxmfGjSVA1LalXGoRbsnr&gbv=2&oq=Drucksache+19%2F27653

Предмет пажње аутора у овом раду управо су чл. 327-327и НГЗ. Аутор има за циљ приказ и представљање ових одредби домаћој, превасходно правничкој, јавности, као и њихову правну анализу из угла немачких правника.

С обзиром на обим материје коју треба обрадити, аутор се одлучио да овај чланак изађе у 2 дела. 1. део посвећен је подручју примене нових правила, испоруци дигиталних производа, правима потрошача у случају да испорука изостане, усклађености дигиталних производа са уговором, материјалним и правним недостацима, одступајућим договорима и обавези ажурирања. 2. део посвећен је правима потрошача у случају недостатака на дигиталном производу, застаревању права, обрнутом терету доказивања, изјављивању и правним последицама окончања уговора, даљем коришћењу након окончања уговора, правним последицама вршења права која потрошачу припадају на основу прописа о заштити података, изменама на дигиталном производу и одступајућим договорима и посебним одредбама за уговоре о дигиталним производима између трговаца.

2. Подручје примене (чл. 327 НГЗ и чл. 327а НГЗ)

Члан 327 НГЗ одређује подручје примене правила садржаних у чл. 327b-327s НГЗ и дефинише дигитални садржај и дигиталне услуге. Ова правила се примењују на потрошачке уговоре који имају за предмет испоруку дигиталног садржаја, или дигиталних услуга (дигитални производи) од трговца, за плаћање једне цене, при чему цена такође може бити и дигитални приказ једне вредности.⁷ Персонално, мора се радити о потрошачком уговору, дакле уговору закљученом између трговца и потрошача. Уговорна обавеза трговца је испорука дигиталних производа. Термин дигитални производ немачки законодавац користи као генерички термин за дигитални садржај и дигиталне услуге, с обзиром на то да се ова правила примењују без обзира на то да ли се испоручује дигитални садржај, или дигитална услуга, као и да често неће бити лако направити јасну разлику између дигиталног садржаја и дигиталне услуге.⁸ Обавеза потрошача је плаћање цене. Ова се једноставно може састојати у плаћању новчаног износа, али исто тако може се састојати и у трансферу вредности у облику криптовалуте.

Даље, ова правила се такође примењују на потрошачке уговоре о испоруци дигиталних производа, код којих потрошач трговцу ставља на располагање

&gs_l=heirloom-hp.3...2439126.2439126.0.2439942.1.1.0.0.0.230.230.2-1.1.0...0...1ac.1.34.
heirloom-hp..1.0.0.BWbT3RF0Qg8, p. 26.

⁷ Чл. 327, ст. 1, НГЗ.

⁸ Artz, M., *Viel Neues im BGB-Vertrage über digitale Produkte und neues Kaufrecht. Teil 1: Verbraucherverträge über digitale Produkte-Anwendungsbereich und Bereitstellung digitaler Produkte*, *Zeitschrift für das juristische Studium*, no. 3/2022., p. 278.

личне податке, или се обавезује да их стави на располагање.⁹ Овде се заправо ради о томе, да потрошач тобоже „бесплатно“ добија дигитални производ, с тим да мора трговцу да стави на располагање своје личне податке.¹⁰ Трговац њих затим може проследити трећим лицима, рецимо ради креирања и приказивања персонализоване рекламе.¹¹ Ипак, ако трговац личне податке потрошача искључиво обрађује да би испунио своју уговорну обавезу, или законске захтеве, на такав уговор се не примењују правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ.¹²

Такође, ова правила се примењују на потрошачке уговоре који имају за предмет испоруку дигиталних производа израђених по спецификацији потрошача.¹³ И на крају, правила се примењују и на потрошачке уговоре који за предмет имају испоруку телесних носача података, уколико ови служе искључиво као носачи дигиталног садржаја.¹⁴ Наиме, дигитални производи се често стављају на располагање дигиталним путем, рецимо тако што потрошач податке преузме (даунлодује) или добије приступ месту за чување података. Могуће је пак, да испорука дигиталног производа уследи путем слања, или предаје једног носача података, рецимо *USB*-а на коме се налази дигитални производ. Тада треба разјаснити да ли се ради о испоруци дигиталних производа, или можда пак о продаји, или изнајмљивању наснимљеног носача података. Ако носач података само служи томе да транспортује дигитални производ, тада се на уговор примењују правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ, а ако то није тако, онда долази у обзир рецимо примена правила уговора о продаји, или уговора о закупу.¹⁵

Изузети од примене ових правила су уговори о услугама које нису дигиталне услуге, без обзира на то да ли трговац употребљава дигиталну форму, или дигитална средства, да би генерисао резултат услуге, или њу пружио потрошачу, уговори о телекомуникационим услугама, уговори о лечењу, уговори о услугама игара на срећу које захтевају новчани улог и које се пружају на индивидуални захтев помоћу електронских или других комуникационих технологија, уговори о финансијским услугама, уговори о испоруци софтвера за које потрошач никакву цену не плаћа и које трговац нуди у оквиру једне слободне лиценце, или лиценце отвореног кода, уколико

⁹ Чл. 327, ст. 3, НГЗ.

¹⁰ Artz, M., *нав. чланак*, стр. 279.

¹¹ Да се овде ради о теретном, а не доброчином уговору, произилази и из одредбе садржане у чл. 516а НГЗ, који се налази у блоку правила којима се уређује уговор о поклону, и који предвиђа да на уговор којим трговац потрошачу поклања дигитални производ, а потрошач треба да стави трговцу на располагање личне податке, не примењују се правила уговора о поклону, већ правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ.

¹² Чл. 312, ст. 1а, реч. 2, НГЗ.

¹³ Чл. 327, ст. 4, НГЗ.

¹⁴ Чл. 327, ст. 5, НГЗ.

¹⁵ Artz, M., *нав. чланак*, стр. 279.

трговац личне податке које му је ставио потрошач на располагање искључиво обрађује за побољшање сигурности, компатибилности или интероперабилности софтвера и уговори о испоруци дигиталне садржине, ако се дигитална садржина чини доступна јавности другим путем, а не кроз пренос сигнала.¹⁶

Члан 327 НГЗ такође садржи и дефиницију дигиталног садржаја и дигиталних услуга. Дигитални садржај су подаци који се производе и испоручују у дигиталној форми.¹⁷ Дакле, оба корака, и производња и испорука морају бити у дигиталној форми. Примера ради, аутор напише књигу на свом компјутеру. Тако производи он дигиталне податке. Ако се књига затим дигитално испоручује потрошачима као електронска књига, ради се о дигиталном садржају. Уколико се пак књига као укоричени примерак продаје, тада се не ради о дигиталном садржају. Међутим, сам процес производње не мора од самог почетка да буде дигиталан. Довољно је да један производ који најпре постоји у аналогној форми први пут се дигитализује, а затим у дигиталној форми испоручује потрошачима. Рецимо, неко дигитализује старе фотографије, а онда их постави у облак (*cloud*) за преузимање. Као примери дигиталног садржаја могу се још навести компјутерски програми, видео, аудио и музичке датотеке, дигиталне игрице, апликације за мобилне телефоне...¹⁸

Дигиталне услуге су услуге које потрошачу омогућују производњу, обраду, или чување података у дигиталној форми, или му омогућују приступ таквим подацима. Дигиталне услуге су и такве услуге које омогућују заједничко коришћење података које су потрошач, или други корисници одговарајућих услуга произвели, или аплоудовали у дигиталној форми, као и услуге које омогућавају други вид интеракције са овим подацима.¹⁹ Као примери дигиталних услуга могу се навести рецимо стављање на располагање места за чување података у облаку (*cloud*), затим заједничко коришћење видео и аудио садржаја, или игрица које се нуде у компјутерском окружењу, регистрација на друштвеним мрежама, коришћење *online* платформи за продају, резервацију, поређење, посредовање или оцењивање...

Члан 327а НГЗ даље конкретизује подручје примене правила садржаних у чл. 327б-327с НГЗ. Наиме, примена ових правила није ограничена само на уговоре који за предмет имају испоруку искључиво дигиталних производа. Примењују се ова правила и ако се дигитални производ испоручује заједно са другим производима као део једног пакет уговора, или као део једне ствари. Тиме је подручје примене проширено на тзв. пакет уговоре и уговоре о стварима са дигиталним елементима.

¹⁶ Чл. 327, ст. 6, НГЗ.

¹⁷ Чл. 327, ст. 2, НГЗ.

¹⁸ Примери преузети од, Artz, М., *нав. чланак*, стр. 278.

¹⁹ Чл. 327, ст. 2, НГЗ.

Конкретно, НГЗ предвиђа да правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ треба да се примене на потрошачке уговоре који у једном уговору између истих странака поред испоруке дигиталних производа, за предмет имају још испоруку других ствари, или испоруку других услуга, тзв. пакет уговор. Међутим, ова правила се примењују само на онај део пакет уговора који се тиче дигиталних производа.²⁰ Дакле, комбиновање различитих елемената је довољно за постојање пакет уговора. Одлучујуће је повезивање у једном једином уговору. Сходно томе, терминологија пакет уговор не захтева никакву садржинску повезаност, или економску зависност уговорних обавеза. Захтева се само идентичност уговорних страна и да обавезивање следи у оквиру једног јединог уговора.²¹ Примера ради, продаја спортске опреме која је повезана са испоруком апликације за мобилни телефон за планирање тренинга и исхране.²² У таквим случајевима долази до поделе уговора, тако да се на онај део уговора који се односи на дигитални производ примењују правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ, а на други део уговора, у зависности од уговорне обавезе трговца, могла би доћи у обзир примена правила уговора о продаји, или уговора о закупу, рецимо.

Даље, НГЗ предвиђа да правила садржана у чл. 327b-327s НГЗ треба да се примене такође и на потрошачке уговоре о стварима које садрже дигиталне елементе, или су са њима повезане. Примера ради, куповина, или изнајмљивање аутомобила са дигиталним системом за навигацију.²³ Исто као и у случају пакет уговора, ова правила се примењују само на онај део уговора о стварима са дигиталним елементима који се тиче дигиталних производа.²⁴ Међутим, ова се правила не примењују на уговоре о продаји робе, која на такав начин дигиталне производе садржи, или је са њима повезана, да роба њену функцију не може да испуни без дигиталног производа, тзв. роба са дигиталним елементима.²⁵ Термин роба у овом члану НГЗ означава само и искључиво покретне ствари.

За разлику од пакет уговора, код уговора о стварима са дигиталним елементима небитно је да ли се закључује један јединствен уговор, или два уговора, и није нужно да постоји идентичност уговорних страна.²⁶ Циљ је да се осигура да потрошач у свим замисливим констелацијама продаје дигиталних производа ужива права која му припадају на основу чл. 327b-327s НГЗ.²⁷ Међутим, ако је дигитални производ у случају куповине једне робе (покретне

²⁰ Чл. 327а, ст. 1, НГЗ.

²¹ Образложење закона, стр. 45.

²² Пример преузет од, Artz, M., *нав. чланак*, стр. 279.

²³ *Исто*, стр. 280.

²⁴ Чл. 327а, ст. 2, НГЗ.

²⁵ Чл. 327а, ст. 3, НГЗ.

²⁶ Образложење закона, стр. 46. Staudinger, A., Artz, M., *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Inhalte, Einführung in das neue Recht*, Verlag: C. H. Beck, 2022, стр. 140.

²⁷ Образложење закона, стр. 46.

ствари) са овом робом тако повезан да роба њену функцију без дигиталног производа не може да испуни, тада се ради о тзв. роби са дигиталним елементима, у ком случају НГЗ налаже искључиву примену правила уговора о продаји. Да би дошло до примене правила уговора о продаји, морају дакле бити испуњена два критеријума, функционални, тј. да у недостатку дигиталног производа повезаног са робом, роба не би могла да испуни њену функцију, и уговорни, тј. да се дигитални производи испоручују у оквиру уговора о продаји робе са дигиталним елементом.²⁸

3. Испорука дигиталних производа (чл. 327b НГЗ)

Потрошач и трговац уговором могу сами одредити време испоруке дигиталног производа. Уколико они то не учине, прописује НГЗ да потрошач може захтевати испоруку дигиталног производа *unverzuglich* након закључења уговора, а трговац треба да испоручи дигитални производ *sofort*.²⁹ *Unverzuglich* и *sofort* у свакодневном говору у немачком језику су синоними и значе одмах. Међутим, немачки правни језик се разликује од немачког језика у свакодневном говору. *Unverzuglich* у немачком правном језику значи без скривљеног одуговлачења (*ohne schuldhaftes Zögern*).³⁰ Ипак, с обзиром на то да се дигитални производи и дигиталне услуге углавном испоручују у дигиталној форми, те да сходно томе трговцу није потребно никакво додатно време за испоруку, сматрају немачки аутори да законодавац термин *unverzuglich* није употребио у значењу које он има у немачком правном језику, већ у значењу које он има у немачком свакодневном језику, дакле треба га третирати као синоним са *sofort*, дакле са значењем одмах.³¹ На основу тога, очигледно важи правило, да уколико потрошач и трговац уговором нису сами одредили време испоруке дигиталног производа, потрошач може захтевати испоруку дигиталног производа одмах након закључења уговора, а трговац исто тако треба да испоручи дигитални производ одмах након закључења уговора.

НГЗ даље прописује да је дигитални садржај испоручен, чим је дигитални садржај, или погодно средство за приступ дигиталном садржају, или за преузимање дигиталног садржаја, потрошачу непосредно, или посредством једног уређаја који је он наменио за ту сврху, стављен на располагање, или учињен доступним.³² Дигитална услуга је испоручена, чим је дигитална услуга потрошачу непосредно, или посредством једног уређаја који је он наменио за

²⁸ Staudinger, A., Artz, M., *нав. дело*, стр. 139.

²⁹ Чл. 327b, ст. 1, НГЗ.

³⁰ Видети, чл. 121, ст. 1, реч. 1, НГЗ.

³¹ Staudinger, A., Artz, M., *нав. дело*, стр. 145., Klink-Straub, J., *нав. чланак*, стр. 4. С обзиром на то да сама Директива о чијој имплементацији се ради говори о испоруци *без непотребног одлагања*, чини нам се ово тумачење спорним.

³² Чл. 327b, ст. 3, НГЗ.

ту сврху, учињена доступном.³³ Пажљивим читањем ових одредби НГЗ да се уочити да се дигитални садржај испоручује или тако што се он потрошачу стави на располагање, или тако што се он потрошачу учини доступним, док се дигитална услуга испоручује тако што се она потрошачу учини доступном. У чему је пак разлика између стављања на располагање и чињења доступним? Стављање на располагање значи да потрошач добија самосталан приступ дигиталном садржају, а чињење доступним значи да потрошач добија могућност коришћења дигиталног садржаја, или дигиталне услуге под туђом контролом.³⁴

НГЗ одређује још, да ако се трговац уговором са потрошачем обавезао на низ појединачних испорука дигиталних производа, горња правила важе за сваку појединачну испоруку у оквиру низа.³⁵ Терет доказа испоруке дигиталног производа сноси трговац.³⁶

4. Права потрошача у случају да испорука изостане (чл. 327с НГЗ)

Члан 327с уређује права потрошача у случају неизвршења уговорне обавезе трговца. Уколико трговац његову доспелу уговорну обавезу на испоруку дигиталног производа на позив потрошача не испуни одмах, потрошач може уговор да оконча. Након позива потрошача, може се ново време испоруке само изричито уговорити.³⁷ Шта одмах упада у очи, је право потрошача на окончање уговора. Наиме, с обзиром на то да за уговоре о испоруци дигиталне садржине нису погодни нити право на раскид уговора, нити право на отказ уговора, јер се правила садржана у чл. 327б-327с НГЗ примењују како на једнократну испоруку дигиталних производа, тако и на трајну испоруку дигиталних производа, дакле како на краткотрајне, тако и на дуготрајне уговоре о испоруци дигиталних производа, одлучио се немачки законодавац за увођење новог права на окончање уговора.³⁸ Право потрошача да оконча уговор постоји само у случају да испорука дигиталног производа изостане у потпуности. У случају делимичне испоруке од стране трговца, ради се о материјалном недостатку, о чијим последицама ћемо нешто касније.³⁹ Да би уговор „спасили“, потрошач и трговац могу након позива потрошача изричито уговорити ново време испоруке. Поред права на окончање уговора у случају да трговац његову доспелу уговорну обавезу на

³³ Чл. 327б, ст. 4, НГЗ.

³⁴ Образложење закона, стр. 48.

³⁵ Чл. 327б, ст. 5, НГЗ.

³⁶ Чл. 327б, ст. 6, НГЗ.

³⁷ Чл. 327с, ст. 1, НГЗ.

³⁸ Artz, M., *нав. чланак*, стр. 280.

³⁹ Klink-Straub, J., *нав. чланак*, стр. 5.

испоруку дигиталног производа на позив потрошача не испуни одмах, има потрошач и право да захтева надокнаду штете, као и надокнаду узалудних трошкова.⁴⁰

Постоје и изузетни случајеви у којима позив потрошача није потребан. То ће бити случај ако трговац испоруку одбије, затим, ако према околностима јасно може да се препозна, да трговац неће испоручити дигитални производ и на крају, уколико трговац не изврши испоруку до једног одређеног термина, или у оквиру једног одређеног рока, иако је тако било уговорено и за трговца из јасно препознатљивих околности које су пратиле закључење уговора могло је произићи, да је за потрошача битна испорука до једног одређеног термина, или у оквиру једног одређеног рока,⁴¹ дакле ако се ради о фиксном уговору о испоруци дигиталног производа.

Посебна правила важе за пакет уговоре и уговоре о стварима са дигиталним елементима. Наиме, уколико су испуњене претпоставке за право потрошача на окончање уговора о испоруци дигиталног производа (дакле, да трговац његову доспелу уговорну обавезу на испоруку дигиталног производа на позив потрошача није испунио одмах), и уколико се ради о пакет уговору, може се потрошач „ослободити“ целог пакет уговора, ако он на другом делу пакет уговора без неиспорученог дигиталног производа никакав интерес нема.⁴² Исто важи и за уговоре о стварима са дигиталним елементима, уз услов да због неиспоруке дигиталног производа ствар није погодна за уобичајену употребу.⁴³

5. Усклађеност дигиталног производа са уговором⁴⁴, материјални и правни недостаци одступајући договори (чл. 327d НГЗ, чл. 327е НГЗ, чл. 327g НГЗ и чл. 327h НГЗ)

НГЗ обавезује трговца, уколико је трговац једним потрошачким уговором обавезан на испоруку дигиталног производа, дигитални производ да испоручи без материјалних и правних недостатака.⁴⁵ Дигитални производ је без материјалних недостатака, ако он у меродавно време одговара кумулативно субјективним и објективним захтевима, као и захтевима у погледу интеграције. Меродавно време је временски тренутак испоруке, код уговора о испоруци дигиталног производа који предвиђају једнократну испоруку дигиталног

⁴⁰ Чл. 327с, ст. 2, НГЗ.

⁴¹ Чл. 327с, ст. 3, НГЗ.

⁴² Чл. 327с, ст. 6, НГЗ.

⁴³ Чл. 327с, ст. 7, НГЗ.

⁴⁴ Немачки законодавац користи терминологију *усклађеност дигиталног производа са уговором* (*vertragsmässigkeit digitaler Produkte*). Адекватније српском језику, ради се о саобразности дигиталног производа.

⁴⁵ Чл. 327d НГЗ.

производа. Уколико је пак трговац уговором о испоруци дигиталног производа обавезан на континуирану испоруку дигиталног производа у току одређеног временског периода (трајна испорука), меродавно време је целокупни уговорени временски период испоруке.⁴⁶

Субјективним захтевима одговара дигитални производ, ако он уговорена својства има, укључујући и захтеве у погледу количине, функционалности, компатибилности и интероперабилности, даље ако је он погодан за уговором предвиђену употребу и на крају, ако се он испоручи као што је уговором договорено са додатном опремом, упутством и корисничком подршком и уговором предвиђена ажурирања се ставе на располагање током временског периода који је уговором предвиђен. Притом, функционалност је способност једног дигиталног производа, да испуни његове функције у складу са његовом сврхом. Компатибилност је способност дигиталног производа, да функционише са хардвером и софтвером са којима дигитални производ те врсте по правилу се користи, без да ови морају да се измене. Интероперабилност је способност дигиталног производа, да функционише са другим хардвером и другим софтвером мимо оних са којима дигитални производ те врсте по правилу се користи.⁴⁷

Објективним пак захтевима одговара дигитални производ ако је он погодан за уобичајену употребу, ако има својства (укључујући количину, функционалност, компатибилност, доступност, континуитет и сигурност⁴⁸) која код дигиталног производа те врсте су уобичајена и која потрошач узевши у обзир врсту дигиталног производа може очекивати, затим, ако одговара својствима тест верзије коју је трговац ставио на располагање потрошачу пре закључења уговора, затим, ако се дигитални производ испоручи са додатном опремом и упутствима чије добијање потрошач може очекивати, затим, ако се потрошачу ставе на располагање ажурирања и потрошач о овим ажурирањима се информише, и на крају, уколико трговац и потрошач нису нешто друго уговорили, ако се испоручи најновија расположива верзија у тренутку закључења уговора. Иначе, у уобичајена својства спадају још и захтеви које потрошач може очекивати на основу јавних изјава које су дали трговац, или друго лице у претходним карикама продајног ланца, или које су дате у њихово име, поготово у реклами, или на етикети. Ово не важи уколико трговац за изјаву није знао, нити је могао знати, ако је изјава у тренутку закључења уговора била коригована на исти, или еквивалентан начин и ако изјава није могла да утиче на одлуку потрошача да купи дигитални производ.⁴⁹

⁴⁶ Чл. 327е, ст. 1, НГЗ.

⁴⁷ Чл. 327е, ст. 2, НГЗ.

⁴⁸ Тако ће материјални недостатак постојати уколико дигитални производ не испуни захтеве у погледу сигурности података у складу са прописима о заштити података.

⁴⁹ Чл. 327е, ст. 3, НГЗ.

Даље, НГЗ предвиђа да ако треба да се изврши интеграција дигиталног производа, тада дигитални производ одговара захтевима у погледу интеграције, ако је интеграција правилно извршена, или пак, ако интеграција није правилно извршена, али неправилна интеграција није базирана нити на неправилној интеграцији од трговца, нити на недостатку у упутству које је доставио трговац. Интеграција представља повезивање дигиталног производа са компонентама дигиталног окружења потрошача и укључење дигиталног производа у компоненте дигиталног окружења потрошача, како би дигитални производ могао да се користи у складу са горе наведеним захтевима. Дигитално окружење су хардвер, софтвер или мрежна веза сваке врсте које потрошач користи за приступ дигиталном производу, или за коришћење дигиталног производа.⁵⁰ Материјални недостатак постоји према НГЗ и ако трговац испоручи други дигитални производ уместо оног који је дуговао по уговору.⁵¹

Чини нам се да су ове одредбе НГЗ и више него јасне, тако да додатна објашњења нису потребна. Ипак, требало би нагласити нов концепт једнакости субјективних и објективних захтева, чиме је немачки законодавац хтео да спречи да се путем индивидуалних договора између трговца и потрошача снизи објективни стандард дигиталних производа.⁵²

Без правних недостатака је дигитални производ према НГЗ ако потрошач њега може да користи уз испуњеност субјективних и објективних захтева, а да се не крше права трећих лица.⁵³ Правни недостатак ће углавном представљати постојање ауторских права и права интелектуалне својине трећих која ограничавају могућности коришћења дигиталног производа од потрошача. То ће бити случај, рецимо, да трговац не може потрошачу да пренесе права која су овом неопходна за коришћење дигиталног производа у складу са уговором, било зато што он та права није стекао од имаоца права, или их је пак стекао, али без овлашћења да та права пренесе на потрошача. Замисливи су и случајеви у којима потрошач мора директно са имаоцем права да закључи уговор како би могао да користи дигитални производ. Уколико на основу тог уговора мора потрошач да прихвати извесна ограничења коришћења дигиталног производа, и то се може сматрати правним недостатком.⁵⁴

Договори трговца и потрошача којима се одступа од објективних захтева су могући, додуше под врло строгим условима. Конкретно, неопходно је да се потрошач пре давања његове уговорне изјаве посебно информише о томе да једно одређено обележје дигиталног производа одступа од објективних захтева

⁵⁰ Чл. 327е, ст. 4, НГЗ.

⁵¹ Чл. 327е, ст. 5, НГЗ.

⁵² Buchmann, F., Panfili, C., *Das neue Schuldrecht 2022-Teil 2, Aktualisierungen bei digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen*, Kommunikation und Recht, no. 3/2022, p. 162.

⁵³ Чл. 327g, НГЗ.

⁵⁴ Образложење закона, стр. 61.

и ово одступање у уговору је било изричито и одвојено договорено.⁵⁵ Сходно реченом, одступајући договори у општим условима пословања трговаца нису допуштени.⁵⁶

6. Обавеза ажурирања (чл. 327f НГЗ)

НГЗ обавезује трговца да обезбеди, да се током меродавног временског периода потрошачу ставе на располагање ажурирања коју су неопходна за одржавање усклађености са уговором дигиталног производа, као и да се потрошач о овим ажурирањима информише. У неопходна ажурирања спадају такође и безбедносна ажурирања.⁵⁷ С обзиром да се дугују само ажурирања коју су неопходна за одржавање усклађености са уговором дигиталног производа, произилази да се ради само о тзв. *Update* ажурирањима, конкретно онима којима се гарантује компатибилност и сигурност дигиталног производа. Тзв. *Upgrade* ажурирања, дакле она којима се побољшава дигитални производ, трговац не дугује. Последица обавезе ажурирања је да потрошач не мора да закључује уговор о одржавању софтвера.⁵⁸

Меродавни временски период за који ажурирања морају да се ставе на располагање одређује НГЗ тако да је он, у случају уговора о трајној испоруци дигиталног производа, заправо временски период испоруке, а у случају једнократне испоруке дигиталног производа је то временски период који потрошач може да очекује узевши у обзир врсту и сврху дигиталног производа, као и околности и врсту уговора,⁵⁹ те је сходно оваквој формулацији, законодавац у случају једнократне испоруке дигиталног производа, заправо препустио судовима да у сваком појединачном случају одлуче колико траје обавеза ажурирања.⁶⁰

НГЗ у овим одредбама говори само о обавези ажурирања. Сходно томе, трговац нема обавезу да иста и инсталира, но је то препуштено на вољу потрошачу да инсталира, или не инсталира ажурирања. Међутим, ако потрошач пропусти да инсталира ажурирање у оквиру једног примереног рока, то има за последицу ослобођење трговца од одговорности за материјални недостатак који је базиран на недостајућем ажурирању, уколико је трговац потрошача информисао о доступности (расположивости) ажурирања и последицама пропуштене инсталације истих, и уколико чињеница да потрошач

⁵⁵ Чл. 327h, НГЗ.

⁵⁶ Lunk, T., Meurer, F., *Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmen durch neue BGB – Vorschriften*, Betriebs Berater, no. 8/2022, p. 393.

⁵⁷ Чл. 327f, ст. 1, НГЗ.

⁵⁸ Klink-Straub, J., *нав. чланак*, стр. 6.

⁵⁹ Чл. 327f, ст. 1, НГЗ.

⁶⁰ Klink-Straub, J., *нав. чланак*, стр. 6.

није, или није правилно инсталирао ажурирања, нема свој узрок у погрешном упутству за инсталацију које је трговац доставио потрошачу.⁶¹

7. Закључак

Аутор је на почетку рада поставио скроман циљ, да домаћој, превасходно правничкој јавности, представи правила НГЗ којима су уређени уговори о испоруци дигиталних производа (дигиталног садржаја и дигиталних услуга), а тиме посредно и начин на који је немачки законодавац имплементирао Директиву. Ипак, узме ли се у обзир чињеница, да су уговори о испоруци дигиталних производа наша реалност, дакле садашњост, а чини нам се исто тако и наша будућност, као и чињеница да је Република Србија потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу да усклади своје законодавство са правом Европске уније, као и да је Министарство унутрашње и спољне трговине обавестило јавност да почиње рад на изради измена Закона о заштити потрошача у циљу имплементације између осталих и ове Директиве у српско право и позвало заинтересоване да доставе сугестије и предлоге, постаје очигледно, да допринос овог рада није само у његовом информативном карактеру.

*Milan Palević, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

IMPLEMENTATION OF THE DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES DIRECTIVE IN GERMANY - Part one -

Summary

The subject of the author's attention in this paper is the implementation of Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and the Council of 20.5.2019. on certain aspects of contracts for the delivery of digital content and digital services in German law, more specifically in the German Civil Code (NGZ). The author provides a detailed description of the new provisions of the NGZ, specifically articles 327-327u, and clarifies them where necessary.

Key words: *digital content, digital services, contract, consumers, merchants.*

⁶¹ Чл. 327f, ст. 2, НГЗ.

Литература

- Artz, M., *Viel Neues im BGB-Vertrage über digitale Produkte und neues Kaufrecht. Teil 1: Verbraucherverträge über digitale Produkte-Anwendungsbereich und Bereitstellung digitaler Produkte*, Zeitschrift für das juristische Studium, no. 3/2022.
- Buchmann, F., Panfili, C., *Das neue Schuldrecht 2022-Teil 2, Aktualisierungen bei digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen*, Kommunikation und Recht, no. 3/2022.
- Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021.
- Das Einführungsgesetz zum Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994. (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16.07.2021. (BGBl. I S. 2947) geändert worden ist.
- Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20.5.2019. on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.
- Drucksache 19/27653, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.
- Klink-Straub, J., *Schuldrechtsreform, Die neuen Regeln für Verträge über digitale Produkte*, Jura Studium & Examen, Ausgabe no. 1/2022.
- Lunk, T., Meurer, F., *Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmen durch neue BGB – Vorschriften*, Betriebs Berater, no. 8/2022.
- Staudinger, A., Artz, M., *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Inhalte*, Einführung in das neue Recht, Verlag: C. H. Beck, 2022.
- Spindler, G., *Ausgewählte Rechtsfragen der Umsetzung der digitalen Inhalte-Richtlinie in das BGB, Schwerpunkt: Rechtsbehelfe, Beweislastregelung und Regress zwischen Unternehmen*, Zeitschrift für IT-Recht, und Recht der Digitalisierung, no. 7/2021.