

Dr Saša NIKŠIĆ*

ODGOVORNOST ZA NEDOSTATKE KOD UGOVORA O KUPOPRODAJI STVARI S DIGITALNIM ELEMENTIMA

U radu je prikazan institut odgovornosti za materijalne nedostatke u vezi sa stvari s digitalnim elementima. Hrvatsko pravo nedavno je reformirano na tom području zbog implementacije Direktive 2019/771 Europske unije, pa su u radu analizirana pravila prava EU te odredbe ZOO-a. Ukratko je objašnjeno kako je provedena implementacija Direktive 2019/771 te s njom komplementarne Direktive 2019/770 ne samo u hrvatskom pravu, već i u još nekim nacionalnim pravnim porecima država članica EU. Težište rada je na specifičnostima odgovornosti za materijalne nedostatke stvari s digitalnim elementima, pa su stoga analizirani pojam stvari s digitalnim elementima, pravila o nedostacima takvih stvari, ažuriranje stvari s digitalnim elementima te nedostaci kod ugovora kojima se ugovara kontinuirana isporuka digitalnih sadržaja odnosno digitalnih usluga.

Ključne riječi: *Digitalizacija ugovornih odnosa. – Odgovornost za materijalne nedostatke. – Stvar s digitalnim elementima. – Digitalne usluge.*

* Redoviti profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Hrvatska, sasa.niksic@pravo.hr.

1. UVOD

Već nekoliko desetljeća izražen je trend digitalizacije ugovornih odnosa, u smislu otvaranja mogućnosti sklapanja ugovora i/ili ispunjenja ugovornih odnosa elektroničkim putem. Hrvatski *Zakon o obveznim odnosima*¹ (u daljnjem tekstu: ZOO), koji je stupio na snagu 1. 1. 2006. godine, izričito spominje sklapanje ugovora elektroničkim putem.² No, i nekadašnji savezni *Zakon o obveznim odnosima* (u daljnjem tekstu: ZOO 1978) prihvaćao je u to vrijeme suvremene tehnologije kao sredstvo komunikacije, što, prevedeno na jezik obveznog prava, znači sredstvo za sklapanje ugovora. Usvajanje novih tehnologija u svakodnevnom i poslovnom životu i ranije je utjecalo na ugovorno pravo, koje je postupno prihvaćalo nove tehnologije (telegraf, radio-uređaj, teleprinter, telefaks, elektroničku poštu, web stranice i različite elektroničke aplikacije).³ U tom smislu ZOO 1978 nije bio originalan jer je za tu, kao i mnoge druge odredbe, zaslužan profesor Konstantinović, koji je u svojim *Obligacijama i ugovorima: Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima* (u daljnjem tekstu: *Skica*) u okviru pravila o oglašavanju predvidio radio⁴ i televiziju⁵ kao medije za oglašavanje⁶ i teleprintere u kontekstu pisanog oblika ugovora.⁷

Digitalizacija⁸ ugovornih odnosa ne odnosi se isključivo na načine i oblike (forme)⁹ sklapanja pravnih poslova. Već su dugo vremena različiti digitalni sadržaji objekt ugovora, bilo kao samostalni objekt bilo kao dio drugih objekata.¹⁰ Iako ni Skicom niti kasnijim ZOO nije posebno uređivana materija ugovornog prava u vezi s elektroničkim sadržajima u smislu objekta ugovora, ti izvori nisu postavljali zapreke za sklapanje ugovora koji imaju

¹ *Zakon o obveznim odnosima*, *Narodne novine* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22.

² Vid., na primjer, čl. 265. (slanje kataloga i oglasa), čl. 293. (sklapanje ugovora elektroničkim putem), čl. 1135 i 1136 (vrijednosni papiri – opće odredbe i bitni sastojci) ZOO.

³ Neke od tih tehnologija se više ne primjenjuju, pa se više ne spominju u propisima (na primjer, teleprintera više nema u novom hrvatskom ZOO-u, čl. 292. st. 4. ZOO, koji odgovara nekadašnjem čl. 72. st. 4. ZOO 1978).

⁴ Ovdje nije riječ o radio-uređajima koji omogućuju dvostranu komunikaciju već o radio-prijemniku, jer je to odredba kojom se uređuje sklapanje ugovora oglašavanjem. Izjavljivanje ponude putem radio-uređaja koji omogućuje dvostranu komunikaciju (tzv. radio-primopredajnik) ima karakter ponude, a ne karakter poziva da se stavi ponuda, osim ako drukčije ne bi odredila osoba koja je dala određenu izjavu. Sklapanje ugovora pomoću radio-primopredajnika nije uobičajeno u građanskom pravu, ali nije rijetkost na pojedinim područjima trgovačkog prava, na primjer, u pomorskom i zrakoplovnom pravu, zbog jednostavne činjenice da se veliki dio komunikacije u djelatnosti pomorstva i zrakoplovnog prometa odvija putem radio-uređaja.

takve sadržaje za svoj objekt. Iako se elektroničke sadržaje kao objekte ugovora najčešće povezuje s internetom, odnosno s potpunim ili djelomičnim ispunjenjem ugovornih obveza putem interneta, digitalni sadržaji pojavili su se u vezi s kupoprodajnim ugovorima davno prije interneta. Najbolji primjer za to su prvi džepni kalkulatori ili prvi digitalni satovi.¹¹ Naime, svi ti uređaji pravilno funkcioniraju isključivo ako pravilno funkcionira njihova

⁵ Čl. 10. st. 1. Skice.

⁶ I druge komunikacijske tehnologije pojavljuju se još u Skici, u kojoj se, na primjer, spominju telegrami (čl. 43. st. 3. Skice). Da bi se telegram smatralo pisanim oblikom, bilo je potrebno da telegram nosi potpis, pri čemu nije bilo izričito određeno mora li taj potpis biti vlastoručan. Iz prirode komunikacije putem telegrama u svakom slučaju proizlazi da se vlastoručni potpis nije mogao nalaziti na telegramu dostavljenom adresatu, nego je jedino mogao biti na predanom tekstu (najčešće na obrascu).

⁷ Čl. 43. st. 3. Skice. ZOO 1978 nije u odredbi kojom se uređuje isto pitanje spomeno telegram, ali se pored teleprintera koristi vrlo općenita formulacija (zahtjev pisanog oblika ispunjen je kada se ugovorne strane koriste bilo kojim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davatelj izjave), koja je još 1978. godine širom otvorila vrata korištenju tehnologije za sklapanje ugovora u pisanom obliku (usp. čl. 72. st. 4. ZOO 1978). Ta generalna klauzula na kraju čl. 72. st. 4. ZOO, koja nije postojala u Skici, omogućavala je korištenje različitih tehnologija koje su ispunjavale funkcionalne pretpostavke oblika.

⁸ Pojmovi digitalno i elektroničko se u pravnoj literaturi, a i šire od toga, često koriste kao sinonimi iako oni to nisu. Računala i drugi uređaji istovremeno mogu biti elektronički i analogni (koriste se elektroničke komponente, ali i analogni, kontinuirani signal za komunikaciju), elektronički i digitalni (koriste se elektroničke komponente i digitalno načelo rada, koji se temelji na stanju 0 i 1 /*bit*/, ovisno o tome prolazi li električna struja kroz elektronički sklop struja), mehanički i analogni (danas se više ne koriste, ali u počecima razvoja računala ona su funkcionirala kao mehanički uređaji, bez elektroničkih komponenti). Moguće su i kombinacije, a danas se već koriste i nova načela za rad računala (kvantna računala temelje se na *qubit*-u, a ne *bit*-u).

⁹ Riječ o je dva različita, ali povezana pojma jer je, na primjer, ugovor sklopljen pomoću telefona (tehnologija ili način sklapanja) sklopljen u usmenom obliku, naravno ako je riječ o sklapanju ugovora tijekom telefonskog razgovora. Ako je ugovor sklopljen pomoću SMS-a ili, na primjer, pisanom komunikacijom u aplikaciji *WhatsApp*, *Viber* ili na sličan način, odnosno putem elektroničke pošte (dakle i ovdje je riječ o različitim načinima sklapanja ugovora), tada, ovisno o tome koje su pretpostavke ispunjene, ugovor može biti sklopljen u pisanom obliku (opširnije Nikšić 2022, 19–22).

¹⁰ Osim elektroničkog sklapanja ugovora te digitalnih sadržaja, danas je aktualna i treća komponenta digitalizacije pravnih odnosa, a to je subjekt. Iako različitim sustavima umjetne inteligencije koji danas postoje još uvijek nije priznat pravni subjektivitet u značajnijoj mjeri i to je tema o kojoj se sve više raspravlja.

¹¹ Riječ je o tehnologijama koje su pojavile još sedamdesetih godina XX stoljeća (Akanegbu, Ribeiro 2012; Renwick 2020).

digitalna komponenta. Nedostaci digitalne komponente u potpunosti ili djelomično onemogućuju očekivano funkcioniranje stvari (objekta ugovora) u koju je takva komponenta „ugrađena“. Digitalna komponenta može biti uređaj ili dio uređaja, ali i softver odnosno drugi digitalni podaci ugrađeni u te komponente. No, u pravu EU digitalni element zapravo znači podaci u digitalnom obliku koji su ugrađeni u proizvod, o čemu će više riječi biti u nastavku.

Tehnološki razvoj doveo je do ubrzanog pojavljivanja velikog broja uređaja koji su imali digitalne komponente (na primjer, još sedamdesetih godina XX stoljeća pojavili su se radio-kazetofoni s digitalnim satom i alarmom, nešto kasnije Hi-Fi uređaji s digitalnim komponentama, a danas se takve komponente nalaze u većini kućanskih uređaja, svim suvremenim motornim vozilima itd.). Sve do nedavno se u vezi takvih uređaja nisu otvarala posebna pitanja s područja ugovornog prava jer je načelno za primjenu pravila ugovornog prava bilo sasvim svejedno je li, na primjer, neki sat digitalan ili analogan. Promijenilo se to da su se pojavili digitalni „proizvodi“ koji nisu uopće inkorporirani u neku stvar (na primjer, usluge korištenja elektroničkom poštom, pristupa bazama podataka, pretraživanja interneta, pohrane i obrade podataka), odnosno kada su inkorporirani u stvar, način korištenja takve stvari iziskuje višekratne intervencije u digitalnu komponentu (na primjer, ažuriranje karte na navigacijskom uređaju, instalacija sigurnosnih „zakrpa“ na velikom broju aplikacija), odnosno digitalna komponenta može se relativno lako i jednostavno „odvojiti“ i „spojiti“ sa stvari koja je objekt ugovora (na primjer, instalacija i deinstalacija aplikacija na računalima ili pametnim telefonima), što za posljedicu ima mogućnost da se digitalna komponenta isporučuje odvojeno od stvari, odnosno da se isporučuje naknadno te da se isporučuje kontinuirano.¹² Dakle, u tom smislu digitalna komponenta može, ali i ne mora biti odvojiva od hardvera. Stoga je i pravno

¹² Klasičan primjer za digitalne podatke koji se ne mogu odvojiti od hardvera su neke varijante ROM (*Read Only Memory*) čipova. Tzv. *Masked ROM* čipovi tvornički su podešeni te se upisani podaci uopće ne mogu izbrisati, s iznimkom uništenja samog čipa. Postoje i različite varijante ROM čipova koji se mogu reprogramirati, drugim riječima upisani podaci se mogu brisati i/ili prepravljati (na primjer, PROM i EEPROM čipovi), a da se pri tome ne uništi sam čip. No, prosječni korisnici ne interveniraju u podatke zapisane na ROM čipovima. Ta mogućnost pojavila se s RAM (*Random Access Memory*) čipovima, na kojima i prosječni korisnici mogli su dodavati, mijenjati i brisati podatke u računalima.

uređenje postalo mnogo složenije nego što je bilo ranije. To se odrazilo i na stil pisanja pravnih normi te strukturu propisa, kojima nažalost nedostaje ranija jasnoća i preglednost.¹³

Kada je riječ o odgovornosti za materijalne nedostatke, pojavljivanjem digitalnih sadržaja otvorio se čitav niz pitanja koja se ranije nisu postavljala, barem ne u tolikoj mjeri kao što je to danas. Neka od njih odnose se na nedostatke ispunjenja ugovora (na primjer, postoji li nedostatak ako softver nije ažuriran), a druga su povezana s temeljnim institutima ugovornog prava (kao što su naplatnost ugovora, sadržaj i pravna narav ugovora). Pravno uređenje ugovornog prava i nedostataka elektroničkih sadržaja posebno je složeno jer nije riječ o proizvodu ili usluzi jedne vrste, već o skupnom nazivu za čitav niz različitih proizvoda i/ili usluga.

2. PRAVO EUROPSKE UNIJE

2.1. Opće napomene

Ugovorno pravo na razini EU nije sveobuhvatno uređeno (Josipović, Kanceljak, 2022, 10), što je posljedica nepostojanja nadležnosti EU za uređivanje materije privatnog prava kao cjeline, odnosno pojedinih većih dijelova privatnog prava, kao što su, na primjer, građansko pravo, ugovorno pravo itd. (Twigg-Flesner 2010, 1–2). Iako su u bližoj povijesti postajale sasvim konkretne inicijative za pravnim uređenjem ne samo ugovornog

¹³ Velika zasluga profesora Konstantinovića bila je što je odredbe Skice napisao jasno i pregledno, imajući kao uzor švicarski OR, koji je u usporedbi s njemačkim BGB-om bio u tom smislu mnogo zahvalniji. Svakako treba istaknuti da je iz današnje perspektive tekst BGB-a koji je bio na snazi kada je profesor Konstantinović pisao svoju Skicu bio uzor nomotehničke jednostavnosti u usporedbi s današnjim tekstom BGB-a, koji je postao nepregledan i težak za snalaženje zbog velike količine teksta te mnogih upućivanja jedne zakonske odredbe na drugu (upućivanja su postojala i u ranijoj verziji, ali ih je sada još više). Kompleksnost izvornog teksta njemačkog BGB-a proizlazila je iz teorijski dobro utemeljenih, ali ipak vrlo apstraktnih instituta, a danas je posljedica preuzimanja direktiva EU u BGB. Zanimljivo je da osamdesetih godina direktive s područja građanskog prava nisu preuzimane u BGB. Direktiva 85/374/EEZ Vijeća od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode preuzeta je zajedno s kasnijim izmjenama u poseban zakon (Wagner 2020; ProdHaftG, rubni broj 9–13). Kada se u ovom radu citira *Münchener Kommentar zum BGB*, zbog toga što elektroničko izdanje nema numerirane stranice, citira se broj zakonskog paragrafa (§) ako je riječ o BGB-u, odnosno naziv propisa kada je u pitanju poseban propis te broj odlomka teksta u komentaru (rubni broj).

prava već i građanskog prava kao cjeline, ti projekti za sada nisu uspješno okončani. Umjesto toga, većina pravnog uređenja na razini EU svodi se na direktive, kojima se uređuju pojedini privatnopravni instituti. Takva je situacija i s odgovornošću prodavatelja za nedostatke prodane stvari, ali isključivo u potrošačkim ugovorima,¹⁴ odnosno s odgovornošću trgovaca za nedostatke digitalnih sadržaja u odnosu na potrošača. Riječ je o dvije direktive: Direktiva (EU) 2019/770 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2019. o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (u daljnjem tekstu: Direktiva 2019/770),¹⁵ te 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/EZ¹⁶ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2019/771). Riječ je o komplementarnim zakonodavnim aktima EU,¹⁷ ali težište ovog rada je na pravilima koja proizlaze iz Direktive 2019/771 jer se ona bavi ugovorom o kupoprodaji. Objе direktive su direktive maksimalne harmonizacije, što znači da države članice EU prilikom ne smiju odstupati od pojedinih odredaba, osim ako je drukčije predviđeno samim direktivama.¹⁸ Ranije pravno uređenje, Direktiva 1999/44¹⁹, bila je direktiva minimalne harmonizacije, što znači da su države članice EU smjele odstupati od rješenja te Direktive te pružiti više zaštite potrošačima.²⁰

Iz naziva Direktive 2019/771 proizlazi da se nju primjenjuje na potrošačke kupoprodajne ugovore,²¹ ali područje njezine primjene *ration materiae* je šire jer se, osim na kupoprodaju, primjenjuje i na ugovore između potrošača i prodavatelja za isporuku robe koju je potrebno izraditi ili proizvesti, koji se također smatraju ugovorima o kupoprodaji za potrebe Direktive 2019/771.²²

¹⁴ S kupoprodajom su izjednačeni ugovori za isporuku robe koju je potrebno izraditi ili proizvesti (čl. 3. st. 2. Direktive 2019/771).

¹⁵ *Službeni list EU* L 136, 22. 5. 2019, 1–27.

¹⁶ *Službeni list EU* L 136, 22. 5. 2019, 28–50.

¹⁷ Toč. 13. preambule Direktive 2019/771.

¹⁸ Čl. 4. Direktive 2019/770 i čl. 4. Direktive 2019/771; također vid. i Josipović, Kanceljak (2022, 88).

¹⁹ 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, *Službeni list EU* L 171, 17. 7. 1999, 12–16. Posebno izdanje na hrvatskom jeziku: poglavlje 15, vol. 022, 17–21. Direktiva 1999/44/EZ bila je implementirana u ZOO koji je donesen 2005, a stupio na snagu 1. siječnja 2006.

²⁰ Čl. 8. Direktive 1999/44/EZ.

²¹ Čl. 3. st. 1. Direktive 2019/771.

²² Čl. 3. st. 2. Direktive 2019/771.

Drugim riječima, ista pravila koja su predviđena za kupoprodaju primjenjuju se i na ugovor o djelu, ugovor o građenju ili drugi ugovor koji ima za objekt činidbe izradu ili proizvodnju. To bi mogao biti i neimenovani ugovor, koji ispunjava te kriterije.

Direktiva 2019/771 primjenjuje se na potrošačku kupoprodaju (i druge potrošačke ugovore izjednačene s kupoprodajom²³) ako je riječ o pokretnim stvarima, pri čemu se umjesto izraza pokretne stvari koristi naziv roba, te je pojam robe definiran kao materijalni pokretni predmeti (eng. *tangible movable items*, njem. *bewegliche körperliche Gegenstände*, fr. *objet mobilier corporel*),²⁴ a voda, plin i električna energija imaju značenje robe u smislu te Direktive kad se nude za prodaju u ograničenom obujmu ili određenoj količini.²⁵ Zanimljivo je spomenuti da se na različitim službenim jezicima EU koristi različitim izrazima za objekt obveze prodavatelja. Na francuskom, španjolskom, talijanskom, portugalskom i engleskom jeziku koristi se izraz dobra,²⁶ a na njemačkom naziv roba. Inače civilni pravni poreci koji su utemeljeni u rimskopravnoj tradiciji za objekt činidbe prodavatelja koriste naziv stvar jer ugovor o kupoprodaji ima za predmet pokretne i nepokretne stvari.²⁷ Izraz dobra/roba blizak je *common law* tradiciji, iako i ona poznaje

²³ *Ibid.*

²⁴ U hrvatskom pravu pojam stvari, koji obuhvaća pokretnine i nekretnine, definira se u smislu tjelesnih (materijalnih) dijelova prirode, različitih od ljudi, koji služe ljudima za uporabu, a uz to se uzima da je stvar i sve drugo što je zakonom izjednačeno sa stvarima (čl. 2. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima *Narodne novine* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.). Izraz „sve drugo što je zakonom izjednačeno sa stvarima“ odnosi se na različite entitete kojima nedostaje obilježje tjelesnosti (materijalnosti), a kojima zakonodavac želi dati karakter stvari. U pravnoj teoriji kao primjer za entitet izjednačen sa stvari navodi se i elektronički zapis, doduše u vezi nematerijaliziranih vrijednosnih papira (Slakoper, 2022, 130). Stoga je pojam stvari u hrvatskom pravu širi, jer u biti priznaje i nematerijalne stvari, doduše kroz fikciju. Postoje i drukčija mišljenja (Gavella *et al.* 2007, 64–67), prema kojima pojam netjelesne stvari u hrvatskom pravu ne postoji, ali se kroz institut entiteta izjednačenih sa stvarima priznaje mogućnost da na određenim nematerijalnim entitetima postoje stvarna prava. Praktična razlika između ta dva pristupa ne postoji jer se oba svode na to da stvarna prava mogu postojati i na nematerijalnim entitetima. Sporno može biti pitanje koji sve nematerijalni entiteti mogu biti objekti stvarnih prava.

²⁵ Čl. 2. toč. 5.a Direktive 2019/771.

²⁶ Naziv dobra u romanskim pravnim porecima izveden je iz latinskog naziva *bona*, koji je u rimskom pravu bio uobičajen za imovinu (uz različite druge nazive, kao što je, na primjer, *patrimonium*), a za robu se u rimskom pravu koristio naziv *merx*.

²⁷ Objekt činidbe prodavatelja mogu biti i subjektivna prava (čl. 376. st. 2. ZOO).

izraz stvari (*thing*) u smislu objekta kupoprodaje (Bridge 2017, 66).²⁸ Izraz robe koristio se i u Skici, ZOO 1978 i u novom ZOO-u, ali samo u općim odredbama, a kod ugovora o kupoprodaji prihvaćen je naziv stvari, odnosno subjektivna prava.

Pojam robe obuhvaća i materijalnu pokretninu koja ima ugrađen digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu ili je povezana s njima tako da bi izostanak tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge onemogućio funkcioniranje te robe, za koju se koristi naziv roba s digitalnim elementima.²⁹ To bi mogli biti pametni TV uređaj ili pametni ručni sat na kojima se trebala nalaziti određena aplikacija bez koji ti uređaju nemaju određenu funkcionalnost³⁰ pa, na primjer, TV uređaj ne može pristupiti određenom *streaming* servisu, a pametni ručni sat ne može mjeriti puls osobe koja ga nosi. Naravno, da bi nepostojanje tih funkcija imalo karakter materijalnog nedostatka, one moraju biti ugovorene ili proizlaze iz reklama.

Kada je riječ o propisima kojima se uređuje kupoprodaju dobara/robe/stvari s digitalnim elementima, ali i mnogo šire od toga – u većini slučajeva kada se propisima uređuje različite aspekte informacijskih tehnologija, pojavljuju se i određeni terminološki problemi zbog prirode informacijskih tehnologija. Konstantan i često vrlo dinamičan razvoj tehnologije te konkretni pravni problemi i pitanja koja se postavljaju, s jedne strane, te inertnost pravnog poretka i težnja da se zadrži nomotehnički pristup u kojem relativno mali broj apstraktnih pravila uređuje veliki broj tehnološki različitih situacija dovodi do toga da propisi često kasne za praksom i kada ih se donese zbog svoje apstraktne naravi, često puta nisu jednostavni za primjenu. To vrijedi za pravna pravila općenito, a naravno i za pravila obveznog prava kojima se uređuje ugovorne odnose na više-manje jednak način neovisno o tome što je objekt ugovora.³¹ Kada je riječ o stvarima s digitalnim elementima takav

²⁸ Izraz roba koristi se i u Haškim konvencijama o jednoobraznim zakonima o međunarodnoj prodaji robe odnosno sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. koji su imali utjecaj na pravila ZOO-a o kupoprodaji (Konstantinović 1969, 8).

²⁹ Toč. 14. preambule i čl. 2. toč. 5.b Direktive 2019/771.

³⁰ Toč. 15. preambule Direktive 2019/771.

³¹ Naravno, postoje iznimke, prema kojima vrsta stvari koja je objekt činidbe utječe, na primjer, na oblik sklapanja ugovora ako je riječ o nekretninama (čl. 377. ZOO – kupoprodaja, čl. 482. ZOO – darovanje, čl. 552. ZOO – najam). Ali i u tom slučaju su pravila formulirana apstraktno za nekretnine, neovisno o tome je li riječ o izgrađenim ili neizgrađenim nekretninama, nekretninama na kojima se obavlja poslovna djelatnost ili služe za stanovanje, itd. Propisi kojima se uređuje primjena informacijskih tehnologija pokušavaju slično, ali ne s jednakim uspjehom jer pojedinosti svake tehnologije dovode do značajnih razlika u praktičnoj primjeni, pa ni pravila ne mogu biti jednaka za sve te tehnologije.

pristup stvara probleme jer se stvari s digitalnim elementima međusobno prilično razlikuju, a zbog dinamičnog tehnološkog razvoja zakonodavstvo teško može pratiti stvarne probleme koje bi trebalo riješiti.

K tome treba dodati da su terminološki problemi jednim dijelom povezani s činjenicom da je primarni jezik informacijskih tehnologija engleski, pa se u prijevodima na druge jezike ponekada gubi jasnoća.³²

2.2. Preuzimanje direktiva 2019/770 i 2019/771 u pravne poretke država članica EU

U raznim državama članicama direktive 2019/770 i 2019/771 preuzete su u nacionalne poretke država članica EU na različite načine. U njemačkom pravu odredbe obje direktive preuzete su u opći propis građanskog prava – Građanski zakonik (u daljnjem tekstu: BGB).³³ Pri tome su neka rješenja predviđena za digitalne sadržaje proširena i na ugovore koji nisu potrošački.³⁴ Zapravo i sama Direktiva 2019/771 sadrži pravilo o pravnim odnosima koji ne proizlaze iz potrošačkih ugovora. Riječ je o odredbi o regresu prema osobi od koje je prodavatelj nabavio objekt ugovora na kojemu postoji materijalni nedostatak jer taj pravni posao proizlazi iz trgovačkog ugovora.³⁵

U velikom broju nacionalnih zakonodavstava država članica EU odredbe direktiva 2019/770 i 2019/771 nisu preuzete u opći propis ugovornog prava, već u posebne propise. U austrijskom pravu obje direktive su transponirane u poseban propis – Zakon o zaštiti potrošača (čl. 4), baš kao i u francuskom (Sénéchal 2021, 266) i u talijanskom pravu (Capilli 2022). U slovenskom pravu

³² U početku razvoja informatike to nije bilo tako, pa i riječ informatika potječe iz njemačkog jezika, a pripisuje se informatičaru Karlu Steinbuchu i inženjeru Helmutu Gröttrupu (Biener, Suschke 1997, 53–54). Steinbuch je taj izraz iskoristio u radu *INFORMATIK: Automatische Informationsverarbeitung* iz 1957. godine. U francuskom jeziku izraz informatika pojavio se 1962. godine, za što je zaslužan Philippe Dreyfus (*informatique = information + automatique*), a u engleskom jeziku više se koristi izraz *computer science* i *data-processing* (Kennassiri 2014).

³³ Direktiva 2019/771 preuzeta je u sljedeće odredbe BGB-a: §§ 434, 475b, 475c-d, § 476–477, § 479 BGB-a. Zakon o preuzimanju Direktive 2019/771 obavljen je u Bgbl. I, Nr. 37, 30. 6. 2021., 2133–2136. Direktiva 2019/770 preuzeta je u sljedeće odredbe BGB-a: §§ 312 Ab. 1–1a, 327–327u, § 445c, § 475a, § 516a, § 548a, § 578a, § 650 BGB-a. Zakon o preuzimanju Direktive 2019/771 objavljen je u Bgbl. I, Nr. 37, 30. 6. 2021., 2123–2132.

³⁴ §§ 327t i 327u BGB-a.

³⁵ Čl. 18. Direktive 2019/771.

u vrijeme pisanja ovog teksta direktive 2019/770 i 2019/771 još nisu bile implementirane, ali iz nacрта zakona proizlazi da će odredbe obiju direktiva biti preuzete u Zakon o zaštiti potrošača (Uradni list RS: e-bilten 2022).

U hrvatskom pravu zakonodavac se odlučio na neobično rješenje, a to je da Direktivu 2019/771 preuzme u opći propis obveznog prava – ZOO,³⁶ a Direktivu 2019/770 u poseban propis, i to ne u Zakon o zaštiti potrošača, već u još „posebniji“ propis (*lex specialissima*) koji je donesen isključivo u svrhu implementacije Direktive 2019/770 – Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.³⁷ Doduše, najveći dio novih odredaba ZOO-a odnosi se na potrošačke ugovore. Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga doslovnije se oslanja na pravnu terminologiju i institute Direktive 2019/770, dok su u ZOO odredbe Direktive 2019/771 preuzete uz više prilagođavanja institutima i terminologiji ZOO-a. To nije u suprotnosti s pravom EU jer direktive barem načelno ne zahtijevaju doslovno preuzimanje u pravni poredak država članica EU. No, s druge strane, kada se dvije komplementarne direktive, kao što su to direktive 2019/770 i 2019/771, preuzmu u nacionalni pravni poredak na tako različite načine kao što je to učinjeno u hrvatskom pravu, vrlo vjerojatno će nastati veći broj praktičnih problema u primjeni pravila nego li što bi to bio slučaj da su obje direktive preuzete ili u opći propis (uz nužna odstupanja u pojedinim pravilima za pojedine kategorije subjekata) ili u poseban propis.

Složenost pravnog uređenja odgovornosti za materijalne nedostatke kada je riječ o robi odnosno stvarima s digitalnim elementima na razini prava EU može se ilustrirati na primjeru medija za prenošenje podataka (SSD i HDD diskovi, USB memorije, CD i DVD mediji, iako se danas koriste sve manje). Naime, ako je riječ o mediju na kojem se nalaze podaci, ugovor koji ima za objekt takav medij potpada pod Direktivu 2019/770 i odgovarajuće nacionalne propise.³⁸ S druge strane, ako je riječ o praznom mediju, tada se primjenjuju pravila koja proizlaze iz Direktive 2019/771, što u slučaju hrvatskog prava znači da se primjenjuje ZOO³⁹ (Baretić 2022, 191). Situacija je još složenija kada je riječ o medijima koje kupci kupuju s namjerom nabavljanja praznog medija, a na kojima se u nemalom broju primjera ipak nalazi softver koji kupac kasnije može, ali i ne mora koristiti da bi se koristio

³⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine* 126/21.

³⁷ Zakon o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga, *Narodne novine* 110/21.

³⁸ Čl. 3. st. 3. Direktive 2019/770.

³⁹ Čl. 400. st. 12. ZOO.

tim medijem (na primjer, softver za sinkronizaciju podataka, različiti promotivni antivirusni i slični alati). S tim u vezi postavlja se pitanje pripada li takav ugovor u režim punih ili praznih medija. Osnovni kriterij za rješenje te dvojbe trebala bi biti konkretna namjera ugovornih strana, ali taj element jednom kada nastane spor teško je ustanoviti.

Prilikom preuzimanja direktiva EU u nacionalne pravne poretke država članica EU postoji još jedan ozbiljan nomotehnički izazov. Tekst direktive sastoji se od dva dijela – prvi dio sadrži preambulu, a drugi dio pojedine odredbe. Propisi država članica EU nisu strukturirani tako da sadrže preambulu, pa se prilikom preuzimanja u nacionalni pravni poredak u izvjesnom smislu izgubi dio direktive. To je dodatni razlog da se prilikom tumačenja uzmu obzir i preambule direktiva (Baretić 2022, 191–192), što je inače u skladu s načelom usklađenog tumačenja nacionalnog prava (Josipović 2020, 290–306). Naravno, pri tome treba voditi računa da tumačenje ne preraste u stvaranje pravnih pravila kojih zapravo nema, što je i inače rizik prilikom tumačenja, neovisno o tome je li riječ o tumačenju propisa ili tumačenju ugovora i drugih pravnih poslova.

3. POJAM STVARI S DIGITALNIM ELEMENTIMA

U hrvatsko pravo Direktiva 2019/771 preuzeta je na način da se izmijenjene odredbe primjenjuju ne samo na kupoprodaju pokretnih stvari (robe) već i na nekretnine. To je primjer tzv. proširene primjene direktive. U pojedinim pravnim porecima, osim naziva robe, dobara i stvari, koriste se i drugi nazivi, na primjer, naziv digitalni proizvodi, pri čemu se naglašava da u tom slučaju nije riječ o proizvodu u kontekstu izvanugovorne odgovornosti za neispravan proizvod.⁴⁰ Naziv digitalnog proizvoda u kontekstu materijalnih nedostataka služi kao krovni pojam koji obuhvaća digitalne sadržaje i digitalne usluge, a služi jednostavnijem izražavanju (Metzger 2022, § 327, rubni broj 6).⁴¹ Njemački zakonodavac također je uveo pojam nedostatka

⁴⁰ U njemačkom pravu taj institut uređen je posebnim propisom (*Produkthaftungsgesetz*; *ProdHaftG*), a u hrvatskom općim propisom – ZOO-om. U ZOO-u se pojam proizvođača odnosno proizvoda pojavljuje u kontekstu odgovornosti za materijalne nedostatke (čl. 399.a toč. 3 ZOO), te u vezi s odgovornosti proizvođača za neispravan proizvod (čl. 1073–1080. ZOO).

⁴¹ *Münchener Kommentar zum BGB*, elektroničko izdanje nema numerirane stranice već se umjesto toga citira broj zakonskog § i odlomka teksta u komentaru (rubni broj).

proizvoda (*Produktmangel*), koji se koristi kod digitalnih proizvoda u smislu materijalnih nedostataka (§ 327e BGB). Naziv digitalni proizvod koristi se i u Direktivi 2019/771.⁴²

U ZOO se tradicionalno uređuje odgovornost za materijalne i pravne nedostatke na stvarima, a ne na dobrima, odnosno robi kao što je slučaj s Direktivom 2019/771. Takav pristup u ZOO-u usvojen je još u Skici i zadržao se do danas, nakon preuzimanja Direktive 2019/771 u ZOO.⁴³ Stvari s digitalnim elementima najvećim dijelom su pokretne. No, danas već postoje i različiti primjeri za nekretnine s digitalnim elementima, u smislu nekretnina na kojima su građevine s digitalnim elementima, poznate pod komercijalnim nazivom pametni dom (*smart home*),⁴⁴ a obuhvaćaju različite sustave kao što su alarmi, elektronički upravljane brave, nadzor, sustave za pročišćavanje vode i zraka, klima-sustave i grijanje, sustave za proizvodnju i upravljanje električnom energijom, sustave za čišćenje itd. Naravno, u svakom pojedinom slučaju treba procijeniti je li riječ o sustavima koji su dio nekretnine (kriterij za to u hrvatskom pravu je razmjerno trajna povezanost s nekretninom⁴⁵) ili je riječ o pokretnim stvarima koje se nalaze na nekretnini. Također treba voditi računa o tome da barem u hrvatskom pravu i drugim pravnim porecima koji prihvaćaju načelo pravnog jedinstva nekretnine građevine s digitalnim elementima nisu nekretnine same za sebe već su dio zemljišta. Nekretnine s digitalnim elementima ne moraju biti nužno izgrađena zemljišta već i zemljišta na kojim se nalaze druge instalacije (na primjer, za transport struje, plina i nafte, ali i poljoprivredna zemljišta sa sustavima navodnjavanja ili elektroničkim sustavima za nadzor stoke).

Direktive 2019/770 i 2019/771 pod sintagmom *digitalni element* podrazumijevaju podatke u digitalnom obliku, bez obzira na to je li riječ o softveru ili podacima koji postoje kao digitalni zapis.⁴⁶

Pojam stvar s digitalni elementima definira se kao stvar u koju je ugrađen digitalni sadržaj ili digitalne usluge ili su povezani sa stvari tako da bi izostanak tog digitalnog sadržaja ili te digitalne usluge onemogućio funkcioniranje te stvari i koji se isporučuju na temelju ugovora o kupoprodaji, neovisno o tome isporučuje li takav digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu prodavatelj ili treća

⁴² Vid., na primjer, toč. 5, 7, 14, 32, 45. i 55. preambule Direktive 2019/771.

⁴³ Čl. 89. i 383. Skice.

⁴⁴ Moscaritolo (2022).

⁴⁵ Čl. 2. st. 2. ZV: Nekretnine su čestice zemljine površine, zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno.

⁴⁶ Čl. 2. toč. 2. Direktive 2019/770. i čl. 2. toč. 6. i 7. Direktive 2019/771.

strana.⁴⁷ Pojam digitalni sadržaj znači podaci koji se proizvode i isporučuju u digitalnom obliku,⁴⁸ a pojam digitalna usluga obuhvaća uslugu kojom se potrošaču omogućuju stvaranje, obrada i pohrana podataka u digitalnom obliku ili pristup njima ili 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.⁴⁹

S obzirom na to da se digitalni elementi pojavljuju u dvije direktive, pojavio se problem razgraničenja ta dva propisa. S tim u vezi postoji i presumpcija prema kojoj se smatra da su kod potrošačkih ugovora digitalni sadržaj ili digitalna usluga obuhvaćeni ugovorom o kupoprodaji.⁵⁰ U pravnoj teoriji tu presumpciju problematiziralo se iz više razloga, između ostalog, jer je predviđena isključivo za potrošačke ugovore (Baretić 2022, 192). Jedan od razloga za to jest što kod ostalih vrsta ugovora to nije bilo potrebno jer u odnosu na ostale nema razgraničenja između ZOO-a i posebnog propisa o materijalnim nedostacima kod ugovora o digitalnim uslugama i digitalnim sadržajima – Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga. Naime, taj propis primjenjuje se isključivo na potrošačke ugovore.⁵¹ Kritiku suženja područja primjene presumpcije o tome u određenoj mjeri ipak treba prihvatiti, zbog činjenice da bi ta presumpcija, bez obzira na razgraničenje s posebnim propisima, mogla biti korisna i kod trgovačkih te građanskopravnih ugovora jer bi pojednostavnila odgovor na pitanje koja pravila se primjenjuju kada je sporno obavlja li se isporuka digitalnog sadržaja odnosno digitalne usluge u okviru ugovora o kupoprodaji ili to nije slučaj.

4. PRETPOSTAVKE ODGOVORNOSTI ZA NEDOSTATKE KUPLJENE STVARI

4.1. Naplatnost ugovora

Odgovornost za materijalne nedostatke postoji, kao i do sada, kod svih naplatnih ugovora. Težište zakonskog uređenja u ZOO-u nalazi se kod ugovora o kupoprodaji, jer pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke

⁴⁷ Čl. 400. st. 5. ZOO.

⁴⁸ Čl. 399.a toč. 4. ZOO.

⁴⁹ Čl. 399.a toč. 5. ZOO.

⁵⁰ Čl. 4. st. 3. reč. 2. Direktive 2019/770 te čl. 3. st. 3. reč. 3. Direktive 2019/771. Vid. i čl. 400. st. 1. ZOO.

⁵¹ Čl. 5. st. 1. Zakona o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga.

kod ugovora o kupoprodaji imaju karakter općih pravila, koja se primjenjuju kada drukčije nije ugovoreno ili propisano. Kod brojnih ugovora postoje posebna pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, koja više ili manje mijenjaju osnovnu fizionomiju instituta odgovornosti. Manje varijacije (ali ne i manje važne s praktične strane) postoje, na primjer, kod ugovora o djelu, a veće kod ugovora o građenju.⁵² Kod pojedinih ugovora postoje i posebna pravila koja u biti ne mijenjaju opće pravno uređenje već su najvećim dijelom instruktivne naravi.⁵³

Ako određeni pravni posao nije naplatan, tada ne postoji odgovornost za materijalne nedostatke. Da bi se neki ugovor smatrao ugovorom o kupoprodaji, takav ugovor mora sadržavati bitne sastojke (*essentialia negotii*) ugovora o kupoprodaji. To su predmet i cijena, koja doduše ne mora biti ugovorena kod trgovačke kupoprodaje, ali mora postojati i kod nje (Klarić, Vediš, 2014, 113). Ako se ugovori sklapaju u vezi digitalnih sadržaja, cijena se u određenom broju primjera ne plaća u novcu već u osobnim podacima „kupca“. U takvim slučajevima postavlja se pitanje je li uopće riječ o ugovoru o kupoprodaji ili nekom drugom ugovoru. Prema standardnom shvaćanju prihvaćenom u hrvatskoj literaturi, kod ugovora u kupoprodaji barem pola cijene mora biti ugovoreno u novcu da bi se ugovor smatrao ugovorom o kupoprodaji (Klarić, Vedriš, 2014, 496), što je u biti pravilo koje ne postoji u ZOO-u.⁵⁴

Pitanje smatra li se plaćanje osobnim podacima uopće plaćanjem posebno se razmatralo nakon što je stupila na snagu Opća uredba o zaštiti podataka⁵⁵ (šire poznata pod engleskim akronimom GDPR – *General Data Protection Regulation*) prema kojoj ispitanik u svakom slučaju može povući privolu za korištenje osobnih podataka. Na prvi pogled to je nespojivo s obveznom

⁵² U hrvatskom pravu nekadašnja odgovornost izvođača i ostalih osoba za tzv. solidnost preformulirana je u odgovornost za tzv. bitne zahtjeve za građevinu (čl. 633 ZOO). Taj pojam definiran je građevinskim propisima.

⁵³ Tako, na primjer, kod ugovora o darovanju, odredba čl. 483. st. 1. ZOO isključuje odgovornost za materijalne i pravne nedostatke, iako ta odgovornost zbog besplatne naravi ugovora o darovanju ne bi postojala niti po općim pravilima. No, ona ipak ima praktičnu vrijednost kada je riječ o odgovornosti za štetu, jer propisuje da će darovatelj koji je namjerno prešutio postojanje nedostatka odgovarati za štetu obdareniku, čime se odstupa od općeg pravila prema kojem se u načelu odgovara za svaki stupanj i vrstu krivnje (čl. 1045. st. 1. ZOO).

⁵⁴ Takvo pravilo postoji u § 1055. austrijskog ABGB-a, koji još uvijek ima određeni utjecaj na hrvatsko pravo.

⁵⁵ 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 izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), *Službeni list EU* L 119, 4. 5. 2016, 1–88.

naravi ugovora, koje se, ako drukčije nije ugovoreno ili propisano, ne može jednostrano raskidati. No, to zapravo nije tako, jer povlačenje privole na korištenje osobnih podataka ne isključuje mogućnost „plaćanja“ osobnim podacima u ugovornim odnosima. To pitanje može biti različito uređeno, ugovorom ili propisom. Naime, povlačenje privole može zaista dovesti i do raskida ugovora, pri čemu može ali i ne mora prestati ovlaštenje „prodavatelja“ na korištenje osobnih podataka „kupca“. Jedna od mogućnosti je i da se ugovori ili propiše da „kupac“ koji povuče privolu na korištenje osobnih podataka duguje drugu naknadu. Danas u EU više nije sporno da je „plaćanje“ osobnim podacima dopušteno, ali u pojedinim državama članicama EU takvo „plaćanje“ neće imati karakter plaćanja u smislu općih pravila ugovornog prava, ako se pod plaćanjem podrazumijeva isključivo plaćanje u novcu.

Prema tome, „plaćanje“ osobnim podacima dovodi do toga da se ugovor neće kvalificirati kao ugovor o kupoprodaji. No, zbog činjenice da se pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke primjenjuju na sve naplatne ugovore, a ne samo na ugovor o kupoprodaji, važnije je utvrditi može li se davanje osobnih podataka u zamjenu za drugu činidbu (na primjer, korištenje elektroničke aplikacije) kvalificirati kao naplatan pravni posao.

Direktiva 2019/771 ne sadrži pravila o „plaćanju“ osobnim podacima jer takav poslovni model kod kupoprodaje stvari, pa makar one imale u sebi i digitalni element, nije široko prihvaćen, ali Direktiva 2019/770 ima takva pravila.⁵⁶ To je opet posljedica poslovnog modela koji postoji u praksi jer

⁵⁶ Toč. 24. preambule Direktive 2019/770: „Digitalni sadržaj ili digitalne usluge često se isporučuju i tako da potrošač trgovcu ne plaća novčani iznos, nego mu dostavlja osobne podatke. Takvi se poslovni modeli u različitim oblicima upotrebljavaju na znatnom dijelu tržišta. Ovom Direktivom trebalo bi se osigurati da potrošači u kontekstu takvih poslovnih modela imaju pravo na ugovorna pravna sredstva, pri čemu se potpuno priznaje da je zaštita osobnih podataka temeljno pravo i da se stoga osobni podaci ne mogu smatrati robom. Ova bi se Direktiva stoga trebala primjenjivati na ugovore na temelju kojih trgovac isporučuje ili se obvezuje isporučiti digitalni sadržaj ili digitalnu uslugu potrošaču, a potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke. Osobni podaci mogli bi se dostaviti trgovcu u vrijeme sklapanja ugovora ili kasnije, na primjer kada potrošač da svoju suglasnost trgovcu da se koristi svim osobnim podacima koje potrošač učita ili stvori koristeći se digitalnim sadržajem ili digitalnom uslugom. Pravo Unije o zaštiti osobnih podataka predviđa iscrpni popis pravnih osnova za zakonitu obradu osobnih podataka. Ova Direktiva trebala bi se primjenjivati na svaki ugovor na temelju kojeg potrošač dostavlja ili se obvezuje dostaviti osobne podatke trgovcu. Na primjer, ova bi se Direktiva trebala primjenjivati kada potrošač otvori korisnički račun na društvenim medijima te navede naziv i adresu e-pošte koji se koriste u svrhe različite od obične isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, ili u svrhe različite od ispunjavanja pravnih zahtjeva. Trebala bi se jednako primjenjivati u slučaju kada potrošač trgovcu daje privolu da u promidžbene svrhe obrađuje bilo koju vrstu materijala koji se smatra osobnim podacima, kao što su fotografije ili

se digitalne usluge često „plaća“ osobnim podacima. Iako se takav pristup problematizirao s aspekta zaštite osobnih podataka, on u biti pruža više zaštite potrošačima jer kada bi se zauzelo shvaćanje prema kojem „plaćanje“ osobnim podacima ne dolazi u obzir, to bi moglo značiti da nema odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke, budući da bi u ugovornom odnosu nedostajala protučinidba potrošača te bi takav ugovor, koliko god to bilo apsurdno, trebalo klasificirati u besplatne pravne poslove.⁵⁷

Bez obzira na to što se u Direktivi 2019/771 ne spominje „plaćanje“ osobnim podacima, o toj mogućnosti treba voditi računa jer u kontekstu stvari s digitalnim elementima praksa u nekom trenutku može prihvatiti takav model poslovanja.

4.2. Prijelaz rizika i znanje ugovornih strana

Prodavatelj odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ta stvar imala u trenutku prijelaza rizika na kupca, bez obzira na to je li mu postojanje nedostatka bilo poznato.⁵⁸ Naravno, ako je kupac (odnosno drugi stjecatelj ako je riječ o drugoj vrsti naplatnog posla) znao za nedostatke ili mu oni nisu mogli ostati nepoznati, nema odgovornosti.⁵⁹ Prodavatelj odgovara i za one nedostatke koji se pojave nakon prijelaza rizika na kupca, ako su posljedica uzroka koji je postojao prije toga.⁶⁰ U ZOO-u je preuzeta odredba iz Direktive 2019/771 kojom je predviđeno da prodavatelj odgovara za materijalne nedostatke neovisno o tome je li ugovorom prenio ili se obvezao prenijeti kupcu stvar u vlasništvo, a kupac platio ili se obvezao platiti njezinu cijenu.⁶¹ Navedenu odredbu ne bi trebalo tumačiti na način da je u hrvatski ZOO uveden koncept prijenosa vlasništva samim sklapanjem ugovora već je u biti riječ o pravilu koje znači da se pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke primjenjuju ne samo na konsenzulani ugovor o kupoprodaji već i na realnu kupoprodaju.

objave koje potrošač učitava. Međutim, države članice trebale bi i dalje moći slobodno odrediti jesu li ispunjeni zahtjevi u pogledu sklapanja, postojanja i valjanosti ugovora u sklopu nacionalnog prava.“

⁵⁷ Prihvaćen je i u Zakonu o određenim aspektima ugovora o isporuci digitalnog sadržaja i digitalnih usluga (čl. 5. st. 2.).

⁵⁸ Čl. 400. st. 1. ZOO.

⁵⁹ Čl. 402. st. 1. ZOO.

⁶⁰ Čl. 400. st. 2. ZOO.

⁶¹ Čl. 400. st. 3. ZOO. Usp. čl. 2. toč. 1. Direktive 2019/771.

4.3. Trenutak prijelaza rizika kod kupoprodaje stvari s digitalnim elementima

Posebno pravilo uređuje trenutak prijelaza rizika kada su objekt činidbe stvari s digitalnim elementima. Rizik prelazi na kupca u trenutku kada je obavljena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, odnosno kada je započela kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.⁶² No, u slučaju kontinuirane isporuke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge prijelaz rizika kod instituta odgovornosti za materijalne nedostatke nema uobičajenu ulogu, barem kada je riječ o potrošačkim ugovorima.

Naime, nova pravila proširuju primjenu instituta materijalnih nedostataka stvari s digitalnim elementima s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja odnosno usluge kod potrošačkih ugovora. Ako je potrošačkim ugovorom predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine, prodavatelj je odgovoran za nedostatke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se pojave u razdoblju u kojem se digitalni sadržaj ili digitalna usluga trebaju isporučivati na temelju ugovora o kupoprodaji.⁶³ Ako je potrošačkim ugovorom o kupoprodaji predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja koje je kraće od tog razdoblja, prodavatelj je odgovoran za nedostatke digitalnog sadržaja ili digitalne usluge koji se pojave u roku od dvije godine od trenutka prijelaza rizika.⁶⁴

4.4. Pojam nedostatka

U novom ZOO zadržan je koncept prema kojem se u Zakonu opisuju kada postoje nedostaci, iako Direktiva 2019/771 ima nešto drukčiji pristup. Naime, Direktiva 2019/771 opisuje pojam usklađenosti s ugovorom, a ne kada postoji nedostatak.⁶⁵ ZOO-ovski koncept sadržajno jest usklađen s Direktivom, ali u smislu da su tzv. zahtjevi usklađenosti iz Direktive u ZOO-u preformulirani u odredbi u kojoj se navode pojedini slučajevi kada postoje materijalni nedostaci.

Tako je određeno da materijalni nedostatak postoji:⁶⁶

⁶² Čl. 400. st. 6. ZOO.

⁶³ Čl. 404.a st. 1. ZOO.

⁶⁴ Čl. 404.a st. 2. ZOO.

⁶⁵ Čl. 6. i 7. Direktive 2019/771.

⁶⁶ Čl. 401. st. 1. ZOO.

„1) ako stvar ne odgovara opisu, vrsti, količini i kvaliteti odnosno nema funkcionalnost, kompatibilnost, interoperabilnost i druge značajke kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji,

2) ako stvar nije prikladna za bilo koju posebnu namjenu za koju je potrebna kupcu i s kojom je kupac upoznao prodavatelja najkasnije u trenutku sklapanja ugovora te u odnosu na koju je prodavatelj dao pristanak,

3) ako stvar nije isporučena sa svom dodatnom opremom i uputama, uključujući upute za instalaciju, kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji ili

4) ako stvar nije isporučena s ažuriranjima kako je utvrđeno ugovorom o kupoprodaji.“

Kao što je vidljivo iz zakonskog teksta, i ovdje neki od materijalnih nedostataka sadržajno više ili manje odgovaraju starim zakonskim formulacijama, a neke su barem na prvi pogled sasvim nove. Naime, i to koje su nove moglo se izderivirati iz općenitijih formulacija starog teksta, ali su nove formulacije preciznije. Na primjer, nekadašnje pravilo prema kojem je materijalni nedostatak postojao ako stvar nije imala svojstva potrebna za redovitu uporabu⁶⁷ moglo se tumačiti tako da obuhvaća i zahtjeve funkcionalnosti, kompatibilnosti te interoperabilnosti. Isto se moglo postići i na temelju pravila kojim je bilo propisano da nedostatak postoji ako stvar nema izrijeком ili prešutno ugovorena svojstva.⁶⁸ Naime, to pravilo u sadržajnom smislu odgovara aktualnom zakonskom tekstu koji zahtijeva da stvar odgovara opisu, vrsti, količini, kvaliteti te drugoj značajci kako je utvrđeno ugovorom. To se odnosi i na ažuriranja jer obveza ažuriranja postoji samo ako proizlazi iz ugovora, iako taj kriterij za posuđivanje materijalnog nedostatka nominalno nije postojao prije novele 2021. godine. Isto se odnosi i na nedostatke u vezi dodatne opreme i uputa jer se i u tom slučaju zahtijeva da je isporuka dodatne opreme i uputa bila ugovorena.

Za sve ovdje navedene nedostatke karakteristično je da predstavljaju povredu ugovora jer isporučeni objekt ugovora ne odgovara onome što je ugovoreno između kupca i prodavatelja. Zahtjev da roba (u terminologiji prava EU, a u terminologiji ZOO-a stvar) bude usklađena s ugovorom u pravu EU naziva se subjektivni zahtjev u pogledu usklađenosti.⁶⁹

⁶⁷ Čl. 401. st. 1. toč. 1. ZOO prije novele proveden Zakonom i izmjenama i dopunama ZOO-a, *Narodne novine* 126/21.

⁶⁸ Čl. 401. st. 1. toč. 3. ZOO prije novele proveden Zakonom i izmjenama i dopunama ZOO-a, *Narodne novine* 126/21.

⁶⁹ Čl. 6. Direktive 2019/771.

Iako se pojmovi kompatibilnosti, funkcionalnosti i interoperabilnosti mogu pojaviti i u kontekstu objekata kupoprodaje koji nisu povezani s informacijskim tehnologijama, oni ipak imaju posebnu ulogu prilikom određivanja postoji li nedostatak na stvarima s digitalnim elementima.⁷⁰ Naime, bilo koji komad hardvera, iako ima ispravno instaliran softver, može biti potpuno neupotrebljiv ako ne radi pravilno u kombinaciji s drugim uređajima kupca (interoperabilnost) ili s drugim komponentama kupca u okviru istog uređaja (kompatibilnost) i ako, bez obzira na to što je sam po sebi ispravan, nema određenu funkcionalnost (na primjer, ručni GPS uređaj za europsko tržište, ako udaljenost ili nadmorsku visinu može prikazivati jedino u stopama ili, a ne u metrima i kilometrima). Pored subjektivnih zahtjeva u pogledu usklađenosti s ugovorom, pravo EU poznaje i tzv. objektivne zahtjeve usklađenosti s ugovorom.⁷¹ I ti su zahtjevi preuzeti u ZOO-a doduše, kao i kod subjektivnih zahtjeva, bez preuzimanja terminologije prava EU. Stoga se u ZOO ne koriste nazivi subjektivna i objektivna neusklađenost niti se definira zahtjeve usklađenosti, već umjesto toga nabraja kada postoje materijalni nedostaci. U ZOO-u su objektivni zahtjevi usklađenosti s ugovorom preformulirani u sljedeće slučajeve kada postoji nedostatak:⁷²

„1) ako stvar nije prikladna za upotrebu u svrhe za koje bi se stvar iste vrste uobičajeno koristila, uzimajući u obzir sve propise Europske unije i propise Republike Hrvatske, tehničke standarde ili, ako takvih tehničkih standarda nema, primjenjive kodekse ponašanja u određenom području ako oni postoje,

2) ako stvar ne odgovara kvaliteti i opisu uzorka ili modela koji je prodavatelj stavio na raspolaganje kupcu prije sklapanja ugovora,

3) ako stvar nije isporučena s dodatnom opremom, uključujući ambalažu, upute za instalaciju ili druge upute, čiji primitak kupac može razumno očekivati,

4) ako stvar ne odgovara količini ili nema ona svojstva i druge značajke, uključujući one koje se odnose na trajnost, funkcionalnost, kompatibilnost i sigurnost, koji su uobičajeni za stvar iste vrste i koje kupac može razumno očekivati s obzirom na prirodu stvari te uzimajući u obzir sve javne izjave koje

⁷⁰ Čl. 399.a toč 6–8. glase: Kompatibilnost je sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom s kojima se obično koristi stvar iste vrste, a da tu stvar, hardver ili softver pritom nije potrebno konvertirati. Funkcionalnost je sposobnost stvari da izvršava funkcije s obzirom na svoju svrhu. Interoperabilnost je sposobnost stvari da funkcionira s hardverom ili softverom drukčijim od onih s pomoću kojih se obično koristi stvar iste vrste.

⁷¹ Čl. 7. Direktive 2019/771.

⁷² Čl. 401. st. 2. toč. 1–4. ZOO.

su dali prodavatelj ili druge osobe u prethodnim fazama lanca transakcija, uključujući proizvođača, ili koje su dane u njihovo ime, osobito u oglašavanju ili označivanju,”

Postoje još dva slučaja kada postoje materijalni nedostaci. U pravu EU ti slučajevi uređeni su odvojeno od subjektivnih i objektivnih zahtjeva, a u ZOO-u su nabrojani u nastavku ranije citirane odredbe:⁷³

„5) ako je stvar nepravilno instalirana odnosno montirana, a usluga instalacije odnosno montaže čini dio ugovora o kupoprodaji i obavio ju je prodavatelj ili osoba za koju on odgovara ili

6) ako je stvar za koju je bilo predviđeno da je instalira odnosno montira kupac nepravilno instalirana odnosno montirana od strane kupca, a nepravilna instalacija odnosno montaža posljedica je nedostatka u uputama koje je dostavio prodavatelj ili, u slučaju stvari s digitalnim elementima, koje je dostavio prodavatelj ili dobavljač digitalnog sadržaja ili digitalne usluge.“

Kao što je vidljivo iz zakonskog teksta, i ovdje neke odredbe noveliranog ZOO-a odgovaraju sadržaju starih zakonskih formulacija,⁷⁴ a neke su nove. U vezi s materijalnim nedostacima na stvarima s digitalnim elementima objektivni zahtjevi igrat će značajnu ulogu u većini ovdje navedenih pravila. Tehnički standardi, uzorci i modeli, dodatna oprema, ambalaža i različite upute te svojstva trajnosti, funkcionalnosti, kompatibilnosti i sigurnosti javljaju se u velikom broju ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima. Isto se odnosi i na barem neke ugovore u kojima je potrebno instalirati digitalne elemente, pri čemu će se u većini potrošačkih ugovora raditi o instalaciji koju obavlja sam potrošač, ali i u tom slučaju mogu nastati materijalni nedostaci, najčešće u vezi uputa za instalaciju softvera.

4.5. Zahtjevi u vezi s ažuriranjem stvari s digitalnim elementima kod potrošačkih ugovora

U okviru objektivnih zahtjeva usklađenosti s ugovorom, u Direktivi 2019/771 uređeni su zahtjevi u vezi s ažuriranjem robe s digitalnim elementima. U ZOO-u je to rješenje prošireno i na druge vrste stvari, ali izričita

⁷³ Čl. 401. st. 2. toč. 5–6. ZOO.

⁷⁴ Misli se na izvorni tekst novog hrvatskog ZOO-a iz 2005/2006. godine u koji su bile preuzeta rješenja Direktive 1999/44/EZ. Naime, još su tada u odredbe o materijalnim nedostacima unesene odredbe o tome kada će pogreška u instalaciji imati karakter materijalnog nedostatka, a također je bilo propisano da materijalni nedostatak postoji u slučaju da stvar nema svojstva koja kupac može opravdano očekivati prema naravi stvari, a posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika (reklame, označavanje stvari i dr.).

pravila u vezi s ažuriranjem postoje isključivo u vezi potrošačkih ugovora. Prije svega, treba naglasiti da ne postoji opća obveza ažuriranja stvari, pa čak niti onih s digitalnim elementom. Ta obveza proizlazi iz ugovora, pri čemu ona ne mora biti izričito ugovorena već i prešutno. Obveza ažuriranja može proizaći iz, rječnikom prava EU, objektivnih zahtjeva usklađenosti. Naime, u tom slučaju moglo bi se zaključiti da stvar „... *nema ona svojstva i druge značajke, uključujući one koje se odnose na trajnost, funkcionalnost, kompatibilnost i sigurnost, koji su uobičajeni za stvar iste vrste i koje kupac može razumno očekivati...*“. Najbolji primjer za to nije iz domene Direktive 2019/771, ali može poslužiti kao primjer. Riječ je o antivirusnom softveru,⁷⁵ za koji postojeća tehnologija zahtijeva redovito ažuriranje da bi taj softver bio funkcionalan. Stoga bi obveza ažuriranja u tom primjeru mogla proizaći kako iz subjektivnih zahtjeva za usklađenost (izričito ili prešutno ugovorena usluga ažuriranja) tako i iz objektivnih zahtjeva (značajka koja se odnosi na trajnost i funkcionalnost te sigurnost). No, obveza ažuriranja ne postoji za različite stvari s digitalnim elementima ako uopće ne postoji tehnička mogućnost ažuriranja takvih stvari. Naime, stvari s digitalnim elementima nisu isključivo *desktop* i prijenosna računala, pametni telefoni, satovi i TV uređaji te navigacijski uređaji, za koje su tipična ažuriranja softvera. Stvari s digitalnim elementima su većina kućanskih uređaja (perilice, štednjaci, hladnjaci, klima-uređaji, printeri, TV uređaji bez mogućnosti povezivanja na internet, glazbeni uređaji), kao i različiti električni alati, strojevi i prijevozna sredstva. Iako su u sve te uređaje danas ugrađeni mikroprocesori u kojima su zapisani digitalni podaci, u vezi njih ne postoji obveza ažuriranja tih podataka.

Prodavatelj neće odgovarati za nedostatke u vezi s ažuriranjem ako je, u trenutku sklapanja ugovora, potrošač bio posebno obaviješten da određeno obilježje stvari odstupa od kriterija koji se koriste za određivanje navedenih nedostataka i ako je potrošač to izričito i zasebno prihvatio prilikom sklapanja ugovora.⁷⁶

Ako na strani prodavatelja postoji obveza ažuriranja u potrošačkim ugovorima o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima kojima je predviđena jednokratna isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge, tada je prodavatelj dužan obavijestiti potrošača o ažuriranjima, uključujući

⁷⁵ Antivirusni softver ne potpada pod područje primjene Direktive 2019/771 jer je riječ o digitalnoj usluzi koja u ugovornom odnosu nije povezana s isporukom stvari. Čak i kada bi se antivirusni softver nabavio na nekom mediju, kao što su to CD ili DVD, u tom slučaju medij, koji jest stvar, služi samo kao medij za isporuku digitalne usluge, pa se na takav ugovor Direktiva 2019/771 ne primjenjuje.

⁷⁶ Čl. 401.a st. 4. ZOO.

sigurnosna ažuriranja koja su potrebna da stvar ostane bez nedostatka te mu osigurati ažuriranja tijekom razdoblja unutar kojeg to potrošač može razumno očekivati s obzirom na vrstu i svrhu stvari i digitalnih elemenata te uzimajući u obzir okolnosti i prirodu ugovora o kupoprodaji.⁷⁷ Takva obveza osiguranja ažuriranja kod ugovora o kupoprodaji kojim je predviđena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine traje do isteka razdoblja za koji je ugovorena isporuka, a kod ugovora kod kojih je kontinuirana isporuka ugovorena na dvije godine ili kraće razdoblje obveza osiguranja ažuriranja traje dvije godine od trenutka prijelaza rizika.⁷⁸

Potrošač koji u razumnom roku ne instalira ažuriranja koja su mu isporučena u skladu sa stavkom ne može se pozivati na pravila o materijalnim nedostacima, jer prodavatelj nije odgovoran za nedostatak koji proizlazi isključivo iz propuštanja instalacije ažuriranja, i to sve pod pretpostavkom da je obavijestio potrošača o raspoloživosti ažuriranja i posljedicama propuštanja da ga instalira te ako propuštanje instalacije ili nepravilna instalacija ažuriranja od strane potrošača nisu posljedica nedostataka u uputama za instalaciju koje su dostavljene potrošaču.⁷⁹

Takvo uređenje odgovornosti za materijalne nedostatke mijenja samu paradigmu tog instituta jer se zahtjev usklađenosti (terminologija prava EU) odnosno nepostojanje materijalnog nedostatka (terminologija ZOO) protežu kroz određeni period nakon predaje stvari kupcu, što je u pravilu povezano s prijelazom rizika, te se u tom segmentu gubi razlika prema institutu komercijalnog jamstva.⁸⁰

Činjenice da se pravila o ažuriranjima primjenjuju isključivo na potrošačke ugovore ne znači da se kod drugih vrsta ugovora ne može postići isti rezultat, jedino što je potrebno da ugovorne strane ugovore pojedina pitanja u vezi s ažuriranjem.

⁷⁷ Čl. 401.a st. 1. ZOO.

⁷⁸ Čl. 401.a st. 2. ZOO.

⁷⁹ Čl. 401.a st. 3. ZOO.

⁸⁰ Riječ je o nekadašnjem institutu garancije za ispravno funkcioniranje prodane stvari (čl. 501. ZOO 1978), koje je u hrvatskom obveznom pravu znatno reformiran 2005/2006, a nakon novele iz 2021. promijenio je manjim dijelom sadržaj a također i naziv, pa se sada zove komercijalno jamstvo (čl. 423. ZOO). Reformom iz 2005/2006. prošireno je područje primjene instituta jamstva, jer od tada ono više nije vezano isključivo za tehničku robu, a također je napuštena forma garantnog lista. Jamčiti može i prodavatelj i proizvođač, alternativno ili kumulativno.

5. ROKOVI U VEZI S ODGOVORNOSTI ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE

Kao i do sada, kod instituta odgovornosti za materijalne nedostatke javlja se veći broj rokova o kojima treba voditi računa. Dva roka postoje u vezi s presumpcijom da je nedostatak postojao u trenutku prijelaza rizika. Presumira se da je svaki nedostatak stvari, kao i stvari s digitalnim elementima, koji se pokazao u roku od jedne godine od trenutka prijelaza rizika postojao i u trenutku prijelaza rizika, osim ako prodavatelj dokaže suprotno ili suprotno proizlazi iz naravi stvari ili naravi nedostatka, a kod trgovačkih ugovora taj rok iznosi šest mjeseci od prijelaza rizika.⁸¹ Kod potrošačkih ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima ako je ugovorena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge tijekom određenog razdoblja teret dokaza da ne postoji nedostatak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge je na prodavatelju za vrijeme od dvije godine od prijelaza rizika, a ako je ugovorena kontinuirana isporuka digitalnog sadržaja ili digitalne usluge na rok dulji od dvije godine, teret dokaza da ne postoji nedostatak digitalnog sadržaja ili digitalne usluge je na prodavatelju za cijelo razdoblje na koje je isporuka ugovorena.⁸²

Kod svih ugovora kod kojih postoji obveza pregleda stvari, a to su svi ugovori osim potrošačkih, rok za obavijest o vidljivim nedostacima je osam dana, a kod trgovačkih ugovora bez odgađanja.⁸³ Ako je pregled obavljen u prisutnosti obiju ugovornih strana, prigovori u vezi s vidljivim nedostacima moraju se izjaviti odmah, pod prijetnjom gubitka prava.⁸⁴ U slučaju potrošačkih ugovora potrošač kao kupac nije dužan pregledati stvari, a obvezan je o otkrivenim vidljivim nedostacima obavijestiti prodavatelja u roku od dva mjeseca od kada je otkrio nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od prijelaza rizika na potrošača.⁸⁵

Ako postoje skriveni nedostaci, kupac je, pod prijetnjom gubitka prava, dužan obavijestiti prodavatelja o nedostatku u roku od dva mjeseca od dana od kada je otkrio nedostatak, a kod trgovačkih ugovora bez odgađanja.⁸⁶ Prava kupca ograničena su objektivnim rokom od dvije godine od prijelaza

⁸¹ Čl. 400. st. 9. i 10. ZOO.

⁸² Čl. 400. st. 11. ZOO.

⁸³ Čl. 403. st. 1. ZOO.

⁸⁴ Čl. 403. st. 2. ZOO.

⁸⁵ Čl. 403. st. 4. ZOO.

⁸⁶ Čl. 404. st. 1. ZOO.

rizika, a kod trgovačkih ugovora taj rok iznosi šest mjeseci, pri čemu se kod kupoprodaje rabljenih pravi smije ugovoriti rok od jedne godine, odnosno kraći rok kod trgovačkih ugovora.⁸⁷ Ti se rokovi smiju ugovorom i produljiti.⁸⁸

Rokovi u vezi s vidljivim i skrivenim nedostacima u slučaju popravka ili zamjene stvari zbog nedostatka počinju teći od predaje popravljene stvari, obavljene zamjene stvari ili dijelova i slično.⁸⁹ U svakom slučaju prava kupca koji je u roku obavijestio prodavatelja gase se nakon isteka roka od dvije godine, računajući od dana slanja obavijesti prodavatelju, osim ako je prodavateljevom prijevarom kupac bio spriječen ostvarivati ih.⁹⁰

O rokovima u vezi s ažuriranjem je već bilo riječi u prethodnom poglavlju, a o rokovima u vezi s ugovorom o kupoprodaji s kontinuiranom isporukom digitalnog sadržaja ili digitalne usluge ranije u radu.⁹¹

Rok za ostvarivanje prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke u lancu isporuke⁹² iznosi dvije godine od prijelaza rizika između prethodnog prodavatelja i prodavatelja, a izričito je propisano da se smiju ugovoriti drukčiji rokovi.⁹³

6. DRUGE PROMJENE USLIJED IMPLEMENTACIJE DIREKTIVE 2019/771 U HRVATSKO PRAVO

Iako je jedan od glavnih razloga za donošenje Direktive 2019/771 bio izmjena pravila o nedostacima koja je uvjetovana digitalizacijom ugovornih odnosa, također su provedene i druge izmjene koje nisu povezane s digitalnim tehnologijama. S obzirom na to da nisu povezane s temom rada, u nastavku su samo ukratko prikazane.

U odnosu na ranije uređenje, prava kupca su sada više hijerarhizirana jer je nekada jedino pravo na raskid ugovora bilo povezano s posebnim pretpostavkama, a kupac je bio ovlašten ostvarivati druga prava iz odgo-

⁸⁷ Čl. 404. st. 2. i 3. ZOO. Kod trgovačkih ugovora osnovni rok je 6 mjeseci, pa sintagmu *kraći rok* treba tumačiti kraći od šest mjeseci.

⁸⁸ Čl. 404. st. 4. ZOO.

⁸⁹ Čl. 405. ZOO.

⁹⁰ Čl. 422. st. 1. ZOO.

⁹¹ Vid. *supra* 4.3. Trenutak prijelaza rizika kod kupoprodaje stvari s digitalnim elementima.

⁹² Čl. 422.a ZOO. O tom institutu vid. *infra* 6. Druge promjene uslijed implementacije Direktive 2019/771 u hrvatsko pravo.

⁹³ Čl. 422.a st. 4. i 5. ZOO.

vornosti za materijalne nedostatke (zamjena stvari, popravak stvari, sniženje cijene) po svojem izboru. Novelom ZOO-a uspostavljena je hijerarhija prava, pa kupac ne može birati između prava koja mu pripadaju, kao što je to mogao ranije.⁹⁴

Zbog usklađivanja s Direktivom 2019/771 izmijenjeno je i pravilo o raskidu ugovora, ali samo za potrošačke ugovore. Naime, ako prodavatelj u naknadom razumnom roku ne ispuni potrošački ugovor, potrošač je ovlašten izjaviti da raskida ugovor.⁹⁵ Drugim riječima, u tom slučaju ne primjenjuje se opće pravilo, prema kojem protekom naknadnog roka za ispunjenje raskida nastupa *ex lege*.⁹⁶ Na ostale vrste ugovora (trgovačke ugovore i čiste građanskopravne ugovore) i dalje se primjenjuje pravilo o raskidu ugovora *ex lege*.

U vezi s posljedicama raskida izričito je propisano da kupac vraća stvar na trošak prodavatelja.⁹⁷ Također je propisano da je prodavatelj kupcu obvezan nadoknaditi cijenu plaćenu za stvar nakon što primi tu stvar ili od kupca primi dokaz da je stvar poslao natrag.⁹⁸ Ova pravila primjenjuju se na sve vrste ugovora, a ne samo na potrošačke ugovore.

U ZOO-u je izričito uređena odgovornost u lancu isporuke, pa je propisano da je prodavatelj u odnosu na kojeg je kupac ostvario prava iz odgovornosti za materijalne nedostatke ovlašten ostvarivati svoja prava iz istog instituta u odnosu prema svojem prodavatelju (tzv. prethodni prodavatelj) te su za to propisane pretpostavke irokovni.⁹⁹

⁹⁴ Prilikom ostvarivanja prava na uklanjanje nedostatka kupac ima pravo izbora između popravka i zamjene stvari, osim ako bi odabrani način uklanjanja nedostatka bio nemoguć ili ako bi njime u odnosu na drugi način uklanjanja nedostatka prodavatelju nastali nerazmjerni troškovi uzimajući u obzir sve okolnosti, a osobito vrijednost stvari bez nedostatka, značaj nedostatka i pitanje može li se popravak odnosno zamjena obaviti bez znatnih neugodnosti za kupca (čl. 410. st. 3. ZOO). Prodavatelj je ovlašten odbiti uklanjanje nedostatka ako su popravak i zamjena nemogući ili bi mu time bili prouzročeni nerazmjerni troškovi uzimajući u obzir sve okolnosti, a osobito vrijednost stvari bez nedostatka, značaj nedostatka i pitanje može li se popravak odnosno zamjena obaviti bez znatnih neugodnosti za kupca (čl. 410. st. 4. ZOO). Kupac ima pravo na sniženje cijene ili na raskid ugovora tek ako prodavatelj nije uklonio nedostatak, ili je to odbio učiniti ili nije uklonio nedostatak o svojem trošku, ako nedostatak postoji unatoč pokušaju prodavatelja da ga ukloni odnosno ako je prodavatelj izjavio da neće ukloniti nedostatak ili iz okolnosti očito proizlazi da neće ukloniti nedostatak u razumnom roku ili bez znatnih neugodnosti za kupca te ako je nedostatak tako ozbiljan da opravdava trenutačno sniženje cijene ili raskid ugovora (čl. 410. st. 5. ZOO).

⁹⁵ Čl. 413.a ZOO.

⁹⁶ Čl. 413. ZOO.

⁹⁷ Čl. 419. st. 3. ZOO.

⁹⁸ Čl. 419. st. 4. ZOO.

⁹⁹ Čl. 422.a ZOO.

7. ZAKLJUČAK

Stvari s digitalnim elementima pojavljuju se kod ugovora više desetaka godina, no danas je broja transakcija u kojima se pojavljuju toliko velik da je bilo prirodno očekivati promjene propisa na tom području. Direktiva 2019/771 donijela na tom području određene novosti, ali digitalizacija ugovornih odnosa nije jedina novost na području odgovornosti za materijalne nedostatke. Direktiva 2019/771 je, u usporedbi s ranijom Direktivom 1999/44 kojom se uređuje isti institut, promijenila pristup, jer je Direktiva 2019/771 direktiva maksimalne harmonizacije, za razliku od Direktive 1999/44 koja je bila direktiva minimalne harmonizacije. S tim u vezi implementacija Direktive 2019/771 u nacionalne pravne poretke država članica EU zahtijeva veće intervencije. Stoga je, na primjer u ZOO-u bilo potrebno uspostaviti hijerarhiju prava kupca, kada su ispunjene pretpostavke odgovornosti za materijalne nedostatke. Na taj način svi kupci (pa i potrošači) uživaju niži stupanj zaštite u usporedbi s ranijim zakonodavstvom jer je prema Direktivi 1999/44 bilo dopušteno odstupati od rješenja te Direktive kada je to dovodilo do jačeg stupnja zaštite za potrošače.

Iako je i stari tekst ZOO-a mogao uspješno riješiti većinu problema u vezi s materijalnim nedostacima i kod stvari s digitalnim elementima, za praktične potrebe novo uređenje ipak ima prednost u tome što su nova pravila konkretnija. Kada se ta pravila primjenjuje u kontekstu potrošačkih ugovora, primjenjuju ih pravni laici (i to često na obje strane, jer su s jedne strane potrošači, a s druge zaposlenici u maloprodaji), pa će konkretnije odredbe kojima se uređuje odgovornost za materijalne nedostatke olakšati njihovu primjenu. S druge strane, negativna strana takvog nomotehničkog pristupa je povećanje volumena zakonskog teksta, u kojem se opširno opisuju pojedini nedostaci, umjesto da se koriste kraći izrazi koji obuhvaćaju velik broj konkretnih situacija (na primjer, nedostatak postoji jer stvar nema izriekom ili prešutno ugovorena svojstva), što zakon čini nepreglednijim. Nova pravila također je potrebno primjenjivati vodeći računa o različitim tehničkim aspektima objekata kupoprodajnog ugovora. Tako, na primjer, obveza ažuriranja za neke stvari s digitalnim elementima uopće neće postojati, jer digitalne elemente nekih stvari uopće nije moguće ažurirati.

Pravno uređenje materijalnih nedostataka bilo je složeno i ranije, a danas je još i više. Ostaje otvoreno pitanje je li došlo vrijeme za ozbiljniju reformu ugovornog prava, u kojem bi se barem razmotrilo pitanje mogu li se, između ostalog, pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke premjestiti iz dijela ZOO-a kojim se uređuje ugovor o kupoprodaji u opći dio ugovornog prava. Iz akademske perspektive odgovor na to pitanje vjerojatno je potvrđan. Naime, ovdje nije riječ isključivo o promjeni rasporeda zakonskog uređenja već i o sveobuhvatnijem zahvatu u okviru kojeg bi trebalo razmotriti posebna

pravila o materijalnim nedostacima koja postoje kod pojedinih ugovora. No, s praktične točke gledišta, takav pristup za sada nije realan. Pravo vrijeme za reformu upravo je prošlo, zajedno s posljednjim zakonskim izmjenama. Bilo bi zaista teško objasniti još jednu zakonsku promjenu instituta koji je tek izmijenjen. Neovisno o tome, dugoročno ima smisla razmotriti ta pitanja jer barem trenutni trendovi upućuju na jačanje važnosti ugovora o uslugama te na pad značenja ugovora o kupoprodaji. To posebno dolazi do izražaja kod stvari s digitalnim elementima, kada se uzme u obzir da materijalizirani predmet (stvar) barem kod nekih digitalnih proizvoda pada u drugi plan u odnosu na digitalne podatke, pa su za pravna raspolaganja takvim proizvodima relevantne druge vrste ugovora, a ne uvijek ugovor o kupoprodaji. No, to ne mora dovesti do značajnih promjena u vezi materijalnih nedostataka, jer su pravila o materijalnim nedostacima prirodni sastojak svih naplatnih ugovora, a ne isključivo ugovora o kupoprodaji.

LITERATURA

- [1] Akanegbu, Anuli, Ricky Ribeiro. 2012. The History of Calculators: Evolution of the Calculator (Timeline). *EdTech: Focus on K-12*. 20 November. <https://edtechmagazine.com/k12/article/2012/11/calculating-firsts-visual-history-calculators>, posljednji pristup 9. srpnja 2022.
- [2] Baretić, Marko. 2022. Novine u Zakonu o obveznim odnosima – odgovornost za materijalne nedostatke. *Zbornik Susreta pravnika Opatija '22*: 87–206.
- [3] Bridge, Michael (gen. ed.). 2017. *Benjamin's Sale of Goods*. London: Thomson Reuters.
- [4] Biener, Klaus, Edmund Suschke. 1997. Karl Steinbuch – Informatiker der ersten Stunde, Hommage zu seinem 80. Geburtstag, Geschichte der Rechentechnik. *RZ-Mitteilungen* Nr. 15, Dezember: 53–54.
- [5] Capilli, Giovanna. 2022. The Implementation of the Directives 2019/771 and 2019/770 in the Italian Consumer Code. *NOVA Consumer Lab*. March 18, <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/the-implementation-of-the-directives-2019-771-and-2019-770-in-the-italian-consumer-code/> (posljednji pristup 30. rujna 2022).
- [6] Gavella, Nikola (ur.). 2007. *Stvarno pravo*. Svezak 1. Zagreb: Narodne novine.
- [7] Josipović, Tatjana. 2020. *Privatno pravo Europske unije – Opći dio*. Zagreb: Narodne novine.

- [8] Josipović, Tatjana, Ivana Kanceljak. 2022. Ugovorni odnosi – Opći dio. 10–101. *Privatno pravo Europske unije – Posebni dio*, ur. Tatjana Josipović. Zagreb: Narodne novine.
- [9] Kennassiri, Par. 2014. Une histoire de l'informatique. *Hypotheses*. 28 janvier. <https://archinfo01.hypotheses.org/770>, pristup 4. srpnja 2022.
- [10] Klarić, Petar, Martin Vedriš. 2014. *Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- [11] Konstantinović, Mihailo. 1969. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- [12] Metzger, Axel. 2022. BGB § 327 Anwendungsbereich. *Münchener Kommentar zum BGB*. Band 3. München: Beck.
- [13] Moscaritolo Angela. 2022. The Best Smart Home Devices for 2023. *PC Mag.com*. 22 November. <https://www.pcmag.com/picks/the-best-smart-home-devices>, posljednji pristup 25. ožujka 2022.
- [14] Nikšić, Saša. 2022. Očitovanja volje i suvremene informacije tehnologije. 3–59. *Zbornik Treće regionalne konferencije o obveznom pravu*, ur. Marko Baretić, Saša Nikšić. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- [15] Renwick, Finlay. 2020. The Digital Watch Turns 50: A Definitive History. *Esquire*. 18 November. <https://www.esquire.com/uk/watches/a34711480/digital-watch-history/>, posljednji pristup 9. srpnja 2022.
- [16] Sénéchal, Juliette. 6/2021. The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in France. *Journal of European Consumer and Market Law* 10: 266–266.
- [17] Slakoper, Zvonimir, Gabrijela Mihelčić, Loris Belanić, Ivan Tot. 2022. *Obvezno pravo, Opći dio s uvodom u privatno pravo*. Zagreb: Novi Informator.
- [18] Twigg-Flesner, Christian (ed.). 2010. *European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [19] *Uradni list RS: e-bilten*. Kaj prinaša novela Zakona o varstvu potrošnikov?. 24. avgusta. <https://www.uradni-list.si/e-bilten/novica/kaj-prinasa-novela-zakona-o-varstvu-potrosnikov>, posljednji pristup 6. listopada 2022.
- [20] Wagner, Gerhard. 2020. ProdHaftG. *Münchener Kommentar zum BGB*. Band 7. München: Beck.

Saša NIKŠIĆ, PhD

Professor, University of Zagreb Faculty of Law, Croatia

LIABILITY FOR DEFECTS IN SALE OF THINGS WITH DIGITAL ELEMENTS

Summary

This paper presents the issue of liability for material defects in relation to things with digital elements. Croatian law was recently amended in this field as a consequence of implementation of the Directive (EU) 2019/771, and this paper compares the provisions of EU law with the Croatian law and the legal systems of some other EU member states. The focus of the paper is liability for material defects of things with digital elements, and consequently, the notion of things with digital elements is analyzed along with provisions on defects of such things, updates of things with digital elements, and defects in contracts for the continuous supply of digital content and digital services.

Key words: *Digitalization of contract law. – Liability for material defects. – Things with digital elements. – Digital services.*

Article history:

Received: 14. 10. 2022.

Accepted: 12. 12. 2022.