

ПОТРОШАЧ У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ И ПРАВО НА COOLING OFF PERIOD¹

Исидора Митић², мастер правник

Докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу

Апстракт

Тема рада је положај потрошача који се налази у дигиталном окружењу, односно његова права као слабије уговорне стране којима се може служити током заснивања, испуњења али и након испуњења својих обавеза које су настале на основу уговора закљученог применом средстава дигиталне комуникације. Овај посебан облик дистанционог пословања константно се мења, због брзог развоја дигиталних технологија и захтева редовне измене и допуне закона и међународних аката у циљу њиховог прилагођавања измењеном функционисању пословања, које подразумева ваљану заштиту права и интереса обеју уговорних страна. Када се овој проблему приступи из различитих углова, може се уочити низ нових ситуација у којима се може наћи потрошач након ступања у правни однос путем дигиталних медија. Такође, понашање страна у уговору може проузроковати велики број препрека, због природе пословања у дигиталном окружењу која тежи ка томе да буде максимално ефикасно, са једне стране, али и због природе самог облигационог односа, са друге стране, због чега се морају појавити нова или проширити и побољшати постојећа средства заштите, нарочито у случају неподобног испуњења или повраћаја купљене робе од стране потрошача.

Кључне речи: дигитализација, Закон о заштити потрошача, *cooling off* период, повраћај, дигитално тржиште

1. Увод

Положај потрошача разликује се зависно од тога у каквим је околностима закључио потрошачки уговор, односно уколико је у

¹ Овај чланак резултат је истраживачког рада вршеног на EUROPA INSTITUT-у на Сарланд Универзитету у Сарбрукену (Немачка), током летњег семестра 2019. године, у оквиру истраживачког боравка у периоду од 01.04.2019. до 30.09.2019. године.

² miticisidora@gmail.com

конкретном случају закључио уговор са трговцем³ применом средства за комуникацију на даљину⁴. Наведена дистанциона продаја може се вршити применом, односно посредством дигиталних медија⁵, тачније платформи⁶, које омогућавају бржу и ефикаснију продају робе путем интернета. Брзим напредовањем и развојем дигиталних технологија последњих деценија појавили су се различити начини за обављање купопродаје путем дигиталних (*online*) сервера или других дигиталних платформи које може користити потрошач. Услед честих, готово непрестаних софтверских допуна, измена, доградњи, надградњи, унапређења и иновација у дигиталном пословању друге деценије 21. века, усклађивање закона и прописа са тим процесом јесте најважнији задатак сваког друштва које препознаје и схвата значај постојања и прилагођавања тржишта информатичком добу. Дигитализација се може посматрати као процес технолошког напретка који има за циљ побољшање положаја и заштите потрошача, због чега се функционално и ефикасно законодавство сматра неопходном пратећом радњом (Wash, 2004: page 2). Ако пођемо од чињенице да су дигиталне платформе на интернету зоне у којима активно учествују трговци из различитих држава, онда је сасвим очекивано постојање ризика у делу пословних односа са потрошачима који су такође из различитих држава. Имајући у виду да се ради о међународном пословном окружењу, односно о прекограничној дистанционој продаји, уочава се потреба да секонстантно врши усаглашавање пратећег законодавства. Данас, најчешћи начин ступања у уговорни однос путем интернета је

3 Трговац је правно или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе, укључујући и друга лица која послују у његово име или за његов рачун.

4 Средство комуникације на даљину је средство које омогућава закључење уговора између трговца и потрошача који се не налазе на истом месту у исто време.

5 Дигитални медији су облик масовне комуникације која пружа физичким лицима као својим корисницима али и великим корпорацијама могућност да размењују информације (један од примера дигиталног медија је интернет који представља сервис информисања, едукације и размене података).

6 Дигиталне платформе су јавни информациони сервиси који су доступни корисницима путем интернета, на ој начин потрошачи имају могућност да приступе подацима и информацијама о одређеној роби или услугама. Велике и снажне фирме попут *Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon* основале су дигиталне платформе са циљем да се њиховом применом приступи дигиталним држиштима у намери да се применом њихових платформи обезбеди доступност одређеним садржајима, услугама и дигиталним окружењима али и тржиштима. (социјалне патформе: *Facebook*, *Instagram*; трговинске платформе: *Amazon*, *Ecommerce*; платформе за музику: *Spotify*, *Deezer*; платформе за инфраструктуру: *AWS*, *Azure*).

применом “*Click-wrap agreements*”⁷. Наведени облик уговора доступан је на интернет страници продавца, након одабира производа и/или услуга од стране потрошача, притиском на опцију „купити“ аутоматски се излаже уговор на увид потрошачу, заједно са условима коришћења⁸, што је у складу са Регулацивом Европске уније о заштити података о личности (енг. *The General Data Protection Regulation*⁹ - GDPR) (Melnik, 2008: 317). Наведеном уговору може се једноставно приступити преко свих оперативних система за претраживања попут Мајкрософт-а, Линокс-а или Андроид-а. Добављач је, у конкретном случају, био у обавези да претходно на интернет страници или у апликацији изврши припреме и одреди услове о начину доставе, плаћања. Тек након што потрошач приступи интернет страници, одабере робу/услуге које би купио и кликне на опцију „прихватам” (на који начин даје активну сагласност¹⁰) између настаје облигационог однос, адхезионе природе.

Мере заштите које прописују различите државе чланице Европске уније међусобно се разликују на националном нивоу, али се и поред тога успоставља образац значајности одређених правила која штите права потрошача и разликују се од корпуса права гарантованих код нас. Наш Закон о облигационим односима прописује опште начело *pacta sunt servanda*¹¹ које као основно начело облигационог односно уговорног права, по коме је уговор након закључења стуче снагу закона за уговорне стране, док се у праву потрошача појединих држава чланица ЕУ прописује један

7 Пре GDPR-а (*The General Data Protection Regulation*) у великој мери користили су се и “*Browse Wrap Agreements*” који су укинати у намери боље заштите потрошача, увођењем обавезе „активне потврде” којом је сам потрошач морао да кликне како би дао сагласност, чиме је претходно чекирање избачено из примене односно пасивна потврда која се огледала у томе да су *Browse Wrap* споразуми садржали клаузулу која је гласила „ступањем у овај однос прихватам све услове пословања”.

8 Према чл. 4 ст.1 тач. 21. Закона о заштити података о личности (који је 2019. године измењен и допуњен како би се усагласио са одредбама GDPR-а) „обавезујућа пословна правила” су интерна правила о заштити података о личности која су усвојена и која се примењују од стране руковођа, односно обрађивача, са пребивалиштем или боравиштем, односно седиштем на територији Републике Србије, у сврху регулисања преношења података о личности руковођа или обрађивачу у једној или више држава унутар мултинационалне компаније или групе привредних субјеката”

9 Регулацива Европске уније о заштити података о личности ступила је на снагу 25. маја 2018. године.

10 Према чл.4 ст.1 тач.12 „пристанак лица на које се подаци односе је свако добровољно, одређено, информисано и недвосмислено изражавање воље тог лица, којим то лице, изјавом или јасном потврдом радњом, даје пристанак за обраду података о личности који се на њега односе”.

11 *Contractus contrahentibus lex esto* – Уговор нека буде странкама закон.

изузетак, правило чији је циљ да суспендује дејство претходно закљученог уговора без навођења конкретне разлога за такво понашање. Наведено правило јесте право на једностранни раскид, чија је сврха потрошачево право на избор, пре него што сам уговор постане обавезујућ за њега. Поред чињенице да се ово право везује за одређени број потрошачких уговора, сама јединственост његовог дејства као и услови под којима се може примењивати јесу у супротности са начелом правне сигурности (Zattila, 2015: 75). С тим у вези постоји став који деле неки теоретичари, а огледа се у томе да се у Европи полако почиње да промовише начело *pacta non sunt servanda*.

1. Потрошачки уговор у дигиталном тржишту и право на информисање

Према Закону о заштити потрошача, потрошачки уговор је, *„Уговор закључен, као и уговор за који је потрошач дао понуду изван пословних просторија је сваки уговор између трговца и потрошача закључен изван пословних просторија трговца уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача; уговор закључен у пословним просторијама трговца или путем средстава комуникације на даљину, а о чијем закључењу су вођени преговори изван пословних просторија трговца уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача; уговор закључен током путовања које је организовао трговац и које је за циљ или последицу имало промовисање и продају робе или услуга потрошачу;¹²“*. Из наведене дефиниције може се закључити да је правна природа потрошачког уговора таква да је он теретан, именован и двострани уговор на даљину.¹³ У наведеном уговорном односу продавац преноси или се обавезује да пренесе својину на робу потрошачу, а потрошач плаћа или се обавезује да ће платити уговорену цену, укључујући и уговор који за предмет има и продају робе и пружање услуге¹⁴. Када се говори о начину закључења, он се данас најчешће врши применом средстава за комуникацију на даљину, односно дигиталним платформама, зато што се уговорне стране не налазе у истом месту приликом закључења уговора (Bezakova, 2013: 177).

12 Чл.5 ст.1 тачка 11 Закон о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП).

13 Уговор на даљину је уговор закључен између трговца и потрошача у оквиру организоване продаје или пружања услуга на даљину без истовременог физичког присуства трговца и потрошача, искључивом употребом једног или више средстава комуникације на даљину до тренутка закључења уговора, укључујући и сам тренутак закључења.

14 Чл.5 ст.1 тач. 6 ЗЗП.

Потрошачким уговором штите се права потрошача као слабије уговорне стране, на начин што се одређује начин заштите економских интереса потрошача прописивањем услова за добијање потрошачевих информација пре и након закључења овог дистанционог уговора, чиме се смањују ризици усмерени ка потрошачу (Eccles, 2015: page 9). Један од начина заштите јесте могућност коришћења правних средстава у случају неиспуњења или неуредног испуњења обавезе од стране добављача/ трговца/продавца (Taylor, 2011: page 373).

Постоји минимум услова који обезбеђују успешно испуњење обавезе од стране продавца. Потрошачево право да буде информисан о условима и начину дигиталног пословања, пре самог закључења уговора али и након закључења, затим о начину извршења односно испуњења уговорене обавезе, представља једно од његових основних права (Chaudhry, 2012: page 34). Сматра се да право на информисање представља први облик средства правне заштите којим би се користио у случају неиспуњења или непотпуног испуњења друге уговорне стране. Такође, у циљу заштите потрошача са једне стране, али у намери избегавања спорова са друге стране, пре закључења уговора продавац има обавезу да благовремено информисе потрошача: 1) о свом идентитету, као и да му достави све неопходне и потребне информације о контакту, мејл, број телефона; 2) битним карактеристикама робе или услуге која је предмет уговора, 3) цени робе или услуге; 4) начину плаћања, испоруке, 5) право одустанка, 6) цени коришћења опреме за дистанциону комуникацију, 7) року у коме важи наведена цена у уговору, 8) року за плаћање. Потрошачу се наведене информације морају доставити у писаној форми, благовремено и потпуно, заједно са условима и процедуром повлачења прихвата понуде, као и пратећом клаузулом која гласи: „Потрошач има право да у писаној форми обавести продавца о повлачењу куповине и без навођења разлога у одређеном року¹⁵ од дана пријема робе” (Corrales, 2019: page 229).

Као закључак спроведених истраживања, приликом доношења Директиве о потрошачким правима 2011/83/EU (која је ступила на снагу јуна 2014 године) одређено је да поред општих постоје и додатна правила која се примењују у уговорима закљученим на даљину, односно изван пословних просторија послодавца. Наведеном директивом, потрошачи, поред тога што имају исти корпус права која би имали и да су ступили у пословни однос као присутна лица, добијају и додатна права која се односе на информисање. Трговац је у обавези да потрошача пре закључења уговора на јасан, недвосмислен и разумљив начин обавести о детаљима изабране

¹⁵ Национална законодавства одређују овај рок на различит начин, али се може уочити да он никада није краћи од 7 дана нити дужи од 14 дана.

робе/услуге, о условима, роковима као и о поступку извршења права на једнострани раскид уговора, о претпоставкама под којима потрошач губи то право и о образцу за једнострани раскид уговора.

2. Дигитални садржај

Препознавши потребу хитног решавања проблема дистанционе продаје, Европска комисија је 1997. године донела Директиву којом се гарантује свим лицима наручиоцима материјалних ствари путем интернета, једнак третман са потрошачима који купују робу у стварном свету¹⁶. Наведена „Директива о заштити потрошача у дистанционој продаји робе“ (енг. Directive 97/7/EC¹⁷) ступила је на снагу 1997. године, након чега су све Европске државе које су је ратификовале, биле у обавези, да у складу са чл. 6 ст. 1 Директиве¹⁸, уведу *cooling-off* период, односно уведу период од 7 дана као рок за повраћај ствари у оквиру права на одустанак потрошача, док потрошачи нису морали да оправдавају разлоге за свој одустанак. Од 1997. године државе чланице ЕУ су усагласиле своје национална права са овом директивом тако што су усвојиле рок од 7 дана као право потрошача на повраћај робе. Државе попут Аустрије, Холандије, Ирске и Шпаније сасвим су испуниле минимум стандарда увођењем рока од 7 дана, док је Италија понудила рок од 10 дана, а Шведска, Данска и Финска су одредиле рок од 14 дана. Осим наведених разлика, које се огледају у броју дана у року, не постоје друге разлике између националних права, односно начина на који су национална права регулисала ову област.

Законописци су заузели став да мањак хармонизације може за резултат имати неизвесност код купаца при куповини робе. Уколико потрошач купи одређени производ користећи се дигиталним технологијама, било би пожељно да одмах зна какав ће исход имати односно да зна да су последице исте односно права и обавезе независно од тога у којој је држави чланица ЕУ роба купљена¹⁹. Сматрали су да би било од користи да су сва права хармонизована како би се на тај начин обезбедио највиши ниво сигурности

16 Видети: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the Implementation of Directive 1997/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, at 5, COM (2006) 514 final (Sept. 21, 2006)

17 Видети: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0007&from=en>

18 За сваки уговор на даљину потрошач има рок од најмање седам радних дана да се повуче из уговора без казне и без навођења разлога.

19 Коришћењем средстава за комуникацију на даљину у пракси су створена два проблема, први који је подразумевао рационалну потребу периодичних измена самих

код потрошача. Због тога је Европска комисија узела у разматрање неке предлоге, као што је принцип минималне хармонизације, на основу кога су државе чланице ЕУ могле да слободно успоставе било које рокове дуже од минималног рока који је износио 7 дана, али без могућности накнадног додатног продужења рока у циљу даље заштите интереса потрошача. За разлику од Директиве из 1997. године, донета је хоризонтална Директива 2011/83/EУ²⁰ о правима потрошача²¹ (енг. *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights*) која се темељи на клаузули циљане максималне хармонизације (Петровић, 2015: page 112).

Током преговора о овој Директиви, Европска комисија је разматрала све предлоге, ставове и мишљења које су јој доставили потрошачи али и привредни субјекти, државечланице Европског парламента као и Европског економско-социјалног комитета. Ставови су били различити²², већина стручњака из праксе је заузела став онеопходности проширења правила у вези дистанционе продаје, укључујући и оне која се односе на cooling-off период. Са друге стране, мањина је сматрала да је сасвим довољно важеће правно регулисање овог проблема и да је предвиђени рок од 7 дана довољан. Међутим, како је превладало мишљење о продужењу рока, измена је извршена чланом 9²³ Директиве, тако да је *cooling-off* период повећан на 14 дана.

Поред наведене измене Директивом из 2011. године извршено је и дефинисање термина „дигитални садржај“, чиме је извршено његово прво дефинисање чланом 2²⁴ тач. 11 од стране Европске уније²⁵. Дефиниција

дигиталних садржаја и други који се огледао у чињеници да се *on line* трговина обавља много чешће на међународном, него на националном нивоу.

20 Видети: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>

21 Њоме је измењена Директива Већа 93/13/ЕЕЗ и Директива 1999/44/ЕЗ Европског Парламента и Већа, а њима су стављене ван снаге Директива 85/577/ЕЕЗ и Директива 97/7/ЕЗ.

22 Видети: Commission Staff Working Paper: Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, Health & Consumer Protection Directorate General, at 3, доступно на: http://ec.europa.eu/consumers/cons-int/safe_shop/acquis/acquis_workingdoc.pdf

23 Save where the exceptions provided for in Article 16 apply, the consumer shall have a period of 14 days to withdraw from a distance or off-premises contract, without giving any reason, and without incurring any costs other than those provided for in Article 13(2) and Article 14.

24 “Digital content” means data which are produced and supplied in digital form.

25 Идентична дефиниција „дигиталног садржаја“ налази се у ЗЗП у члану 5 ст.1 тач. 10 „дигитални садржај означава податке који су произведени и испоручени у дигиталном облику.”

гласи: „Дигитални садржај су подаци произведени и испоручени у дигиталној форми”. Међутим, након примене одређене дефиниције наведеног термина у пракси, уочена је потреба за конкретнијим дефинисањем начина и правила понашања приликом испоруке дигиталног садржаја, због чега је децембра 2015. године донет је Предлог Директиве о одређеним аспектима у вези са уговорима за снабдевање дигиталним садржајем²⁶ (енг. *Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*)²⁷. Наведена Директива ступила је на снагу тек маја 2019. године. Њоме је учињен следећи корак ка конкретном одређивању садржаја, и то таксативним набрајањем врста дигиталног садржаја: видео игре, компјутерског програма, апликације, музике, видео снимка, независно од тога да ли им се може приступити снимањем садржаја (енгл. download) или преносом уживо (енгл. *Live stream*) без снимања садржаја на уређају. Ова директива је недвосмислено дефинисала институт „дигиталног садржаја”, за разлику од крајње широке и несутинске претходне директиве²⁸. Такође, према Директиви, дигитални садржај представља (а) садржај који је произведен у дигиталном облику, нпр. видео, аудио, апликације, видео игре; (б) сервис који омогућава сакупљање и складиштење података у дигиталној форми где су доступни потрошачима; (в) сервис који одобрава ширење информација или било ког другог податка у дигиталној форми, која је произведена у дигиталној форми. Уочава се да је дефиниција из навода (а) најближа дефиницији из претходне директиве, док су наводи (б) и (в) новина, у односу на дефиницију из претходних Директива²⁹. Поред тога што су уведене тачке (б) и (в) којима се проширило значење дефиниције, њима се поред тога на јасан, разумљив и

26 Видети: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>

27 Такође, исте године Европска Комисија саставила је нацрт који је ступио на снагу маја 2015. године, под називом Јединствена стратегија за дигитални маркет (енг. Digital single market strategy) у којој је такође било речи о важности дефинисања термина и института за даљи развој правних односа. Видети на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

28 Article 1 of the EGO 130/2000, „Distance contract is a contract for the supply of goods or services between a trader and a consumer under a system organized by the trader who uses exclusively, before and conclusion of this contract, one or more distance communication techniques”.

29 Полазећи од тога да се чланом 1 ЕГО 130/20000 дистанциони уговор дефинише као „Дистанциони уговор је уговор којим се роба, добра и услуге између трговца и потрошача уређују системом организованим од стране трговца који има ексклузивно право да користи пре закључења и након испуњења овог уговора, једу или више дистанционих посредничких техника”. Дистанционе технике представљају начине оглашавања и рекламирања попут: летака, писама, позива телефоном, таксом, радиом, видео позива (позива са пратећим видеом).

недвосмислен начин окарактерисала садржина овог института у складу са новинама у дигиталном окружењу. Поред навођења онога што представља дигитални садржај, истом директивом одређено је шта се неће сматрати дигиталним садржајем: (а) услуге које настају људским радом од стране добављача, а где се дигитални формат има статус носиоца; (б) електронске комуникационе услуге, како је дефинисано Директивом 2002/21/ЕЗ; (в) здравствена заштита како је дефинисано у тачки (а) члана 3 Директиве 2011/24/ЕУ; (д) коцкарске услуге, које укључују и склапање улога са новчаном вредношћу у играма на срећу, укључујући оне са елементом вештине, попут: лутрије, казино игре и клађење електронским средствима и на индивидуални захтев примаоца/корисника услуге; (е) финансијске услуге.

Када се говори о националном законодавству, права и обавезе потрошача регулишу се у првом плану одредбама Закона о заштити потрошача, док се дигитални садржај регулише Законом о електронској трговини. Примећује се да су измене Закона о електронској трговини („Сл. гласник РС”, бр. 41/2009, 95/2013. и 52/2019) које су ступиле на снагу јуна 2019. године, извршене са намером усклађивања права Републике Србије са правом Европске уније, тачније са одредбама Регулative Европске уније о заштити података о личности. С тим у вези, једна од новина огледа се у горепоменутом одређивању минималних информација које морају бити доступне потрошачу пре куповине, и то о: 1) поступку који се примењује код закључивања уговора; 2) уговорним одредбама; 3) општим условима пословања, ако су саставни део уговора; 4) језицима на којима уговор може бити закључен; 5) кодексима понашања у складу са којима поступају пружаоци услуга и како се ти кодекси могу прегледати електронским путем³⁰.

3. Право на повлачење– COOLING OFF PERIOD

Након дефинисања основних права из уговора који је настао применом средстава дигиталне комуникације и дистанционих уговора, као и самог дигиталног тржишта, од великог је значаја изузетак од начела *pacta sunt servanda*. Овај институт је уведен ради заштите потрошача и пружања додатне могућности за одустајање од управо закљученог уговора. Институт права на одустанак који у различитим националним законодавствима има различите називе попут „право на опозив“, „право на одустанак“, „право на једностранни раскид“, „право на промену мишљења“, док се у Директиви

³⁰ Чл. 12 Измене и допуне Закона о електронској трговини.

2002/65/EЗ³¹ користи термин “*right to withdrawal*”, представља „право на повлачење“. Међутим, у пракси се врло често врши злоупотреба овог права од стране потрошача, иако му је оно у првом реду додељено ради његове заштите као слабије уговорне стране (Mattioli, 2010: page 238). Злоупотреба се најчешће огледа у несавесном коришћењу производа за време тзв. *cooling-off* периода и лошој намери накнадноповраћаја производа под изговором лошег квалитета, трговцу пре истека одређеног рока³². Поменуто право потрошача од стране законописаца брани се аргументом да у тренутку закључења уговора није постојала стварна воља потрошача, због чега уговор није ни настао.

Многа национална законодавства предвиђају наведени институт под називом *cooling off period*. Овај институт представља временски период, односно одређени рок у коме потрошач може вратити претходно купљену робу (Rekaiti, 2000: 371). Увидом у упоредно право примећује се да је у Америци овај институт ограничен на куповину која је између присутних лица. Са друге стране, у Европском праву правило *cooling-off* периода важи и за уговоре који су дистанционог типа настали приликом купопродаје путем интернета³³, односно који су дистанционе природе. Може се закључити да је традиционално овај институт примењиван на уговоре између присутних лица, а не само на оне који су дистанционог типа.

Европска комисија је 2007. године поставила питање које се односило на то да ли би дигитални уговори или лиценцирани споразуми³⁴ требали такође бити предмет *cooling-off* периода. Ово питање је као резултат произвело је друго питање – да ли је заиста могуће вратити електронске садржаје скинуте са интернета попут електронских књига, музике, слике. Технички посматрано, одговор је не, јер за разлику од књига или cd-а које се продају у реалном/стварном окружењу, књиге које су у pdf-формату и музика која је samр3 екстензијом, остају сачувани нанекој од интерних или екстерних меморија (HDD, SD, SSD, SSDs) уређаја на комесу снимљени садржаји (Navu, 2017: page 148). Једини начин да се „изврши

31 Директива о трговини на даљину финансијским услугама које су намењене потрошачима и о измени Директиве 90/619/EEZ и директива 97/7/EZ и 98/27/EZ

32 У зависности од држава овај рок може трајати од 7 дана, 10 или чак 14 дана. Државе попут Аустрије, Холандије, Ирске и Шпаније испуниле су минимум стандарда који се односе на рок од 7 дана, док је Италија понудила рок од 10 дана, а Шведска, Данска и Финска одредиле су рок од чак 14 дана.

33 European Commission Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, at 24, COM (2006) 744 final (Aug. 2, 2007)

34 Попут оних које Амазон користи како би омогућио потрошачима да гледају филмове или слушају музику након плаћања цене за ту услугу.

повраћај“ дигиталног садржаја, односно документа, јесте коришћењем одређеног софтвера направљеног специјално за ту сврху (Mattioli, 2010: 238). Потрошачи одобравањем DRM софтвера³⁵ омогућавају да исти, приступивши њиховом рачунару или смартфону, изврши аутоматску деактивацију купљене ствари у случају *cooling-off* периода. Међутим, са друге стране, ти исти системи омогућавају купцу да препрода већ једном снимљену робу са свог уређаја.

Користан пример из праксе јеслучај из 2009. године када је највећи светски посредник дигиталних платформи, односно база података дигиталне трговине Amazon.com, донео одлуку да обрише одређени број електронских књига и то класика складиштених у бази података под називом „Киндл“ (енг. *Kindle*), које су купци односно потрошачи претходно платили и преузели снимљени садржај. Наведено брисање продатих електронских књига било је могуће уз помоћ *Digital Rights Management* (DRM) софтвера који је омогућио да Амазон обрише велики број књига које су се налазиле у дигиталном окружењу. Касније су изјавили да је исто учињено због одређених правних спорова насталих са издавачем. Након повлачења књига многи су се потрошачи жалили и поднели тужбе против Амазона, којима су захтевали да им се врати новац (Mattioli, 2010: 228).

Наведени догађај покренуо је велику дебату у Америци у циљу појачања контроле над дигиталним медијима којима би се онемогућило, односно спречило овакво даље понашање. Последице, које су се огледале у губитку претходно плаћених добара, узроковале су постављање захтева који се односе на онемогућавање дистрибутера да примењују рестриктивне DRM (енг. *Digital Rights Management*) системе. Међутим, уочава се да је направљен пропуст од стране потрошача који се односио на наведене DRM системе, јер су на основу тих истих рестриктивних система потрошачи имали право да врше повраћај претходно купљених продуката као и препродају истих³⁶.

35 Алати за управљање дигиталним правима (DRM) или мере технолошке заштите (TRM) су скуп технологија за контролу приступа за ограничавање употребе власничког хардвера и дела заштићених ауторским правима. DRM технологије покушавају да контролишу употребу, модификацију и дистрибуцију дела заштићених ауторским правима (као што су софтвер и мултимедијални садржај), као и системе унутар уређаја који спроводе ове смернице.

36 Може се уочити да је о сличним околностима претходно било речи 2007 године, када се разматрало о директиви. Тада је Европска комисија дала предлог да би било од користи да се може захтевати право за повраћај претходни снимљених садржаја. Ово је први пут било споменуто у „зеленим папирима о извештају о потрошачкој активацији“ (енг. *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*).

4. Узрок великог процента повраћаја: економско-социјално гледиште

Постоје две гране економских наука и то Економија понашања (енг. *Behavioral Economics*) и Класична економија (енг. *Classical Economic*). Прва се бави питањима као што су: Да ли одређене рекламе намећу потрошачима да купе одређени производ? Када и у којим случајевима и под којим условима је *cooling-off* период заиста прави начин за решавање проблема? Насупрот овоме, класична економија посматра људе као индивидуе, односно потрошаче којима самостално доносе одлуке о куповини одређене робе или услуге које су им потребне.

Други важан угао посматрања наведеног проблема је психолошки. Многа психолошка истраживања имају различите резултате и закључке о томе који су разлози одређеног понашања потрошача када је у питању ирационална куповина³⁷. Од тренутних јаких емотивних раздражљивости, тачније компулсивне куповине (енг. *Compulsive Buying*³⁸) до мањка информација. Мањак информација представља повреду једног од основних права потрошача које се односи на његово право да буде информисан не само о одређеним битним елементима уговора већ и о начину испуњења своје обавезе као и о својим пратећим правима (право на повлачење, енгл.

³⁷ Глобално посматрано, синдром ирационалног трошења/куповине или нерационална потрошња ради против основног циља модерне економске политике познате као „алокативна ефикасност“. Стање алокативне ефикасности постоји када се роба унутар тржишта креће у своје праве сврсисходности. Када потрошачи купују ствари које им нису потребне, ефикасност алокације се смањује и долази до тржишног неуспеха. Економисти препоручују периоде за хлађење како би се очувао интегритет тржишта у таквим случајевима. Периоди хлађења који могу потрајати и само неколико дана, као што је онај који је обезбедио FTC (енг. Federal Trade Commission / Protecting America's Consumers) за продају од врата до врата, дају купцима шансу „хладне главе“ и пажљиво процене своју куповину. Политике обавезног враћања такође могу охрабрити продавце да осигурају да су купци потпуно информисани, и могу смањити подстицаје за рад купаца у правно небезбедним државама. Ове користи не треба посматрати као заштиту потрошача. Чини се да је интернет тржиште за дигиталне медије идеално окружење за спровођење периода хлађења. Многи продавци на мрежи представљају робу потрошачима рор-уп рекламама које су дизајниране да изазову „испровоцирано“ стање свести. Попут продаје од врата до врата, за која већ постоје правила о хлађењу, продавци на интернету стижу до потрошача у својим домовима, где се перцепције ризика лако смањују. Такође, дигитални медији имају јединствене карактеристике које их чине још погоднијим за хлађење од физичке робе. На пример, економисти признају да право на повратак није изводљиво када роба амортизује вредност током периода за хлађење.

³⁸ Иако до данас није на официјалној листи менталних поремећаја, компулзивна куповина, односно синдром компулзивне куповине, по мишљењу великог броја америчких психијатара, представља један од видова импулсивног поремећаја.

cooling-off) (Calo, 2014: page 1025). Мањак информација се код потрошача најчешће јавља иу ситуацијама када не могу да пробају/тестирају робу пре куповине (*online*), што као резултат има информациону симетрију. Наведено се догађа у ситуацијама када потрошачи купују гардеробу или обућу без претходне пробе величине, наруџбином из каталога, са интернета, што може да има за резултат повраћај исте као робе са недостатком.

Дакле, поред великог броја значајних олакшица које пружа коришћење дигиталног окружење при куповини (попут ефикасности, сигурности и уштеди времена при куповини) ипак постоје одређени проблеми који се јављају у свакодневној пракси. Неки од проблема огледају се у томе да се роба не може пробати што може узроковати одређене потешкоће при куповини индивидуалних предмета попут одеће и обуће, козметичких производа. Ове немогућности односно ограничења узрокују фрустрацију на страни потрошача и продаваца. Са једне стране, потрошачи су незадовољни због чињенице да не могу да пробају/тестирају робу прекуповине и наручују је са тим незнањем, а са друге стране, продавци су такође незадовољни јер се роба враћа у великим количинама због незадовољства од стране потрошача. На пример, многи извори говоре о томе да 20% до 40% Немаца који купују *online*, врше повраћај купљених ствари због проблема у величини робе. Међутим, уочава се тренд који су покренули неки продавци који користе веб странице за продају својих услуга/робе попут Zappos.com, који су омогућили потрошачима бесплатан повраћај робе, чиме су себи створили завидну предност на тржишту (Trautman, 2018: page 46).

5. Границе надлежности и извршења од стране дигиталних сервера и програма

Након уочавања бенефита које омогућава *cooling-off* на дигиталном маркету из угла потрошача, од велике је важности покренути питање - да ли би требало да се уопште омогући или до које границе, дигиталним медијима дамогу да врше повлачење производа? Да ли је уопште могуће повлачење добара која су не само плаћена већ је и садржај снимљен на уређају (ако се не ради о добру које само стримингом може да се искористи)? Ово из разлога штосе након снимањасадржаја они налазе на хард диску у самом систему у компјутеру, па се поставља питање какој начин се и у којој мери, односно до којих граница треба или мора омогућити самом продавцу односно систему приступ тим подацима. Анализа случаја у коме се нашао Амазон доводи нас до питања да ли би смела постојати могућност брисања претходно снимљеног (енг. *download*) фајла, зато што за разлику од материјалних ствари, добра која су на серверу се не смеју обрисати из

разлога што су аплодовани подаци још увек на меморијама компјутера и могу се шеровати у неограниченом броју, дакле није их могуће вратити као добру књигу, већ је немогуће попут лошег савета или неумесне шале. Пошто продавци, односно Амазон, у конкретном случају, није могао о да присили своје купце односно потрошаче да производ врате, DRM је додао ниво „опипљивости“ етеричној природи дигиталних садржаја. Иако је Амазон није вратио књиге Кинделу, понашање компаније које се огледало у брисању књига са сервера, показало је начин на који се не може опходити према дигиталним садржајима који су смештени на дигиталним медијима, односно како се ефективним путем могу вратити. Амазон је понудио исплату новца у пуном износу цене производа својим потрошачима који су били оштећени овим чином, чиме је успешно накнадио штету коју је проузроковао својим потрошачима.

Потребно је скренути пажњу на још једну ситуацију која је од велике важности из угла потрошача. Наиме, неке дистрибутерске куће (попут и самог Амазона), као једну од услуга коју нуде својим потрошачима јесте услуга куповина лиценци за коришћење сервера за гледање филмова и серија (Sein, 2017: 96). Примера ради, Амазон је 2007. почео да пружа услуге оваквог типа, конкретно се услуга врши на начин штопотрошач прво изабере одређени филм или серију, а потом плати како би могао да приступи истом путем интернет сервера. Оног тренутка када је филм изабран и када је плаћен, директно се преноси потрошачу путем његове IP адресе (енг. *IP address*³⁹) на компјутер који је умрежен у Амазонову базу, како би могао да га гледа. Тај филм, који је плаћен, заштићен је путем DRM па се његова садржина брише са корисничког налога у року од 24 сата од тренутка када је активиран филм⁴⁰.

Врло сличан наведеном начину могао би да функционише и механизам повраћаја средстава, међутим, морала би да се изврши измена у веома битном погледу, у случају да су лица раскинула уговор а пре тога купила односно платила одређене филмове, музику или друге садржаје које нису искористили до раскидања уговора односно лиценце. Наведени облик понашања могао би се сматрати *cooling-off* периодом код потрошача који се налази у оквиру његовог права на одустанак. Европска компанија Tiscali Music Group је 2006. године омогућила је повраћај оваквог типа⁴¹. Музика

39 Индивидуални серијски број јесте број индивидуалног уређаја (мобилног телефона, компјутера, таблета) који је јединствен је из разлога што се њиме идентификује тај конкретан уређај.

40 *Apple* је 2008 године почео да пружа својим потрошачима сличан вид услуге.

41 The Berkman Center at Harvard Law School, iTunes Case Study: Overview and Summary of Conclusions, (2006); The Tiscali Music Club, доступно на: <http://www.tiscali.co.uk/music/>

која је купљена на њиховом серверу заштићена је од стране DRM софтвера, чиме су остварили своју одбрану од повраћаја у року од 7 дана од дана куповине.

Значајно је истаћи чињеницу да би системи ефикасног повраћаја новца за претходно купљену робу и пружене услуге преко дигиталних медија морале бити надзиране како би се утврдило да ли су исте претходно коришћене, тј. прочитане књиге или одгледани филмови пре подношења захтева за повраћај ствари или услуга. Ово отвара ново питање које се односи на границе и начин вршења надзора над радњама потрошача. Одобравање потрошачима да изврше повраћај претходно одгледаних филмова значило би да се одобрава понашање које је против *cooling-off* правила. Наравно, додатни проблем проистиче из чињенице да се овде ради о роби која је у дигиталном окружењу, гдесе за разлику од робе која се налази у стварном свету, не може јасно и лако утврдити да је претходно била коришћена, односно да је паковање отворено попут пластичног целофана који се налази преко поврћа или воћа у маркету, већ се ради о много сложенијем начину утврђивања чињенице да ли је роба или услуга претходно коришћена или није. Међутим, софтвери, попут оних које користе велике куће попут Амазона, имају ту могућност утврђивања чињеница о томе да ли је претходно коришћена нека роба (слушана музика, прочитана књига) или нијекоришћена. Међутим, за разлику од робе у реалном свету, можда би ипак требало правити разлику између робе којаније коришћена у дигиталном окружењу. Примера ради, филмови који су претходно одгледани не би требало да се враћају, док игрице можда би и требало да се враћају.

6. Закључак

Дигитално окружење је крајем друге деценије 21. века несумњиво преузело у многим сферама живота примат над оним што нас реално окружује. То је огромна промена у људском друштву којом се положај купцане сме разликовати зависно од тога да ли је уговор закључио директно са продавцем или применом средстава за комуникацију на даљину, односно путем интернета. Новонастала предност, која се ограда у брзини и ефикасности приликом дистанционепродаја, врши сеуз помоћ дигиталног медија (путем интернета), коришћењем одређених платформи предвиђених за он-лајн продају робе (интернет страница продавца). Софтверске измене, доградње, надградње, унапређења и иновације у дигиталном пословању подразумевале су усклађивање закона и прописа са тим процесом, што је постао најважнији задатак сваког друштва које

препознаје значај постојања и развоја тржишта у дигиталном окружењу. Ако се дигитализација уопште сматра процесом технолошког напретка који има за циљ, између осталог, и побољшање положаја и заштите потрошача, онда се функционално и ефикасно законодавство, које га подржава, сматра неопходном пратећом радњом. С обзиром да су дигиталне платформе/ медији глобалне области у којима активно учествују трговци робом и услугама из целог света, онда је сасвим очекивано постојање ризика у делу пословних односа. Са друге стране и потрошач злоупотребљава своје право као слабија страна, најчешће коришћењем производа за време тзв. *cooling-off* периода и накнадним повраћајем производа као производа лошег квалитета трговцу пре истека одређеног рока. Поменуто право потрошача се брани тако што у тренутку закључења уговора није постојала стварна воља потрошача, услед чега уговор није ни настао, јер воља потрошача није била потпуно слободна.

Листа референци

- Bezakova, Dominika (2013). Consumer Rights Directive and Its Implications for Consumer Protection regarding Intangible Digital Content, 7 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 177 (2013)
- Calo, Ryan (2014). Digital market manipulation”, in *L.Rev.* 995, 2014
- Chaudhry, Peggy E. (2012). Curbing Consumer Complicity for Counterfeits in a Digital Environment, 7 *J. Bus. & Tech. L.* 23, 34 (2012)
- Corrales, Marcelo; Fenwick, Mark; Haapio, Helena (2019) *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Springer, 2019
- Eccles, Richard (2015). Online Sales and Competition Law Controls, 13 *Int'l J. Franchising L.* 3 (2015)
- Hale, Robert V. II (2015). Recent Developments in Online Consumer Contracts, 71 *Bus. Law.* 353 (2015)
- Havu, Katri (2017). The EU Digital Single Market from a Consumer Standpoint: How Do Promises Meet Means, *Contemp. Readings L. & Soc. Just.* 146 (2017)
- Јовановић Zattila, Милена (2015). Право потрошача на повлачење из уговора, *Зборник радова правног Факултета у Нушу*, Правни Факултет Ниш, 2015
- Mattioli, Michael R. (2010). Cooling-Off and Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain, 15 *Va. J.L. & Tech.* 227 (2010)

Melnik, Tatiana (2008). Can We Dicker Online or is Traditional Contract Formation Really Dying - Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web, 15 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 315 (2008)

Nemtoi, Gabriela (2015). Consumer Contracts Distance Concluded- Required Information/Advice, 2 *Eur. J. L. & Pub. Admin.* 33 (2015)

Petrović, Anita (2015). Транспонирање Директиве 2011/83/ЕУ о правима потрошача изазов за националне законодавце, *Друштвени огледи-часопис за правну теорију и праксу*, 2015

Prins, J. E. J. (2003). Consumers, Liability, and the Online World, 12 *Info. & Comm. Tech. L.* 143 (2003)

Rekaiti, Pamaria & Van den Bergh, Roger (2000). Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States, *J. Consumer Pol'y* 371, 399 (2000)

Sein, Karin (2017). What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods: Goods with Embedded Digital Content in the Borderland between the Digital Content Directive and Normal Contract Law, 8 *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.* 96 (2017)

Sorkin, David E. (2001). Payment methods for consumer to consumer online transactions, 35 *Akron L. Rev.* 1 (2001)

Stazi, Andrea (2012). Digital Copyright and Consumer/User Protection: Moving toward a New Framework, 2 *Queen Mary J. Intell. Prop.* 158, 174 (2012)

Taylor, Robert Brendan (2011). *Consumer-Driven Changes to Online Form Contracts*, 67 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 371 (2011)

Trautman, Lawrence J. (2018). *How Google Perceives Customer Privacy, Cyber, E-Commerce, Political and Regulatory Compliance Risks*, 10 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 1

Underwood, Cristina L. (2004). *Balancing Consumer Interests in a Digital Age: A New Approach to Regulating the Unauthorized Practice of Law*, 79 *Wash. L. Rev.* 437 (2004)

van der Veer, Lomme (2015). *Product Liability for Online Food Suppliers*, 10 *Eur. Food & Feed L. Rev.* 286 (2015)

Wash Rick, Marshall Van Alstyne, Thede Loder, *An Economic Answer to Unsolicited Communication*, EC'04, May 17-20, 2004, New York, New York, USA (2004)

Commission Staff Working Paper: Report on the Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, Health

& Consumer Protection Directorate General, at 3, available at http://ec.europa.eu/consumers/cons-int/safe_shop/acquis/acquis_workingdoc.pdf

Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the Implementation of Directive 1997/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts, at 5, COM (2006) 514 final (Sept. 21, 2006)

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts;

Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services

Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights

Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services

European Commission: Public Consultation on Content Online in the Single Market, European Commission, Information Society and Media Directorate General (July 28, 2006)

Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 – др. Закон и 4/2018)

Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009, 95/2013 и 52/2019)

Резиме

Истраживање положаја потрошача је од велике важности како би се на што бољи начин заштитила слабија уговорна страна у овом правном односу. Њихов положај као и права и обавезе које стичу приликом ступања у правни однос посредством дигиталних платформи, последњих неколико година постала међународно препозната тема од велике важности. Последњих године, велики број аутора определио се за истраживање ове теме, али се у конкретном раду његов аутор потрудио да потребне рупе у истраживачким радовима попуни и повеже одређене важне делове у једну целину. У овом раду аутор упореује правно регулисање права потрошача националним законима са Директивама ЕУ. У раду је присутан и критички осврт на тренутни начин закључивања и испуњења уговорних обавеза

као и правних средстава која су на располагању у сличају неиспуњења или несаобразног испуњења уговорне обавезе од стране продавца/пружаоца услуге. Једно од доступних правних средстава је и право на оолинг-оф период, којим се пружа могућност потрошачу да потрошач у пддређеном року врати купљени предмет/плаћену услугу у случају непотпуног испуњења. У овом раду аутор је применио упоредни метод анализе начина на који су државе али и Европско законодавство дефинисали појединачне термине (дигитална платформа, дигитални садржај, cooling off период..) али и на начин на који то раде у време писања овог рада.

THE STATUS OF CONSUMER IN THE DIGITAL MARKET AND THE RIGHT TO THE COOLING OFF PERIOD

Isidora Mitić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The topic of this article is the position of the consumer and the protection of consumer rights in the digital environment. The consumers' position, as well as the rights and obligations they acquire when entering into legal relationships through digital platforms, have become an internationally recognized topic of high importance over the last few years. In recent years, a large number of academic authors have opted for research on this topic but those articles do not cover some important topics. The author of this article has endeavoured to fill the gap in the existing research on this issue in order to contribute to a better protection of consumers as a weaker party in the contractual relationship. When entering into legal transactions through digital media, consumers encounter ample problems, which are caused by the parties' behavior in performing the contract, the nature of the obligation relationship or the very nature of business transactions in the digital environment.

In this paper, the author compares the national legislation on consumer rights with the EU Directives. The author provides a critical overview of the current manner of concluding and performing contractual obligations in online contracts, as well as the legal remedies available in case of failure to completely perform the contract or in case of improper performance of a contractual obligation by the seller or service provider. One of the available legal remedies is the right to a cooling-off period, which enables the consumer to return the purchased item or paid service in case of incomplete performance within the time limit. The author has applied a comparative method of analyzing how states and European legislation have defined individual terms (digital platform, digital content, cooling-off period, etc.). In order to adapt to the rapidly changing digital environment, it is necessary to regularly amend and update both national and international legal acts, which should provide more extensive protection measures to protect the rights and interests of both contracting parties, particularly in case of improper performance or return of purchased goods by the consumer.

Keywords: digitization, Consumer Law, cooling off period, return, consumer position, digital market.