

Izvirni znanstveni članek
UDK 366.5:339.186:004.9

Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru dobave digitalnih vsebin in storitev

JERNEJ RENKO
mag. prava, LL.M.,
asistent na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Kot naslednici umaknjenega predloga Uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu sta bili v istem zakonodajnem paketu maja 2019 sprejeti Direktiva (EU) 2019/770 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev¹ (DCSD) in Direktiva (EU) 2019/771 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES² (DSG). Obe direktivi sta del izvedbe strategije EU za enotni digitalni trg³ in za svojo implementacijo določata načelo popolne harmonizacije ter s tem nacionalnim zakonodajalcem ne dajeta veliko možnosti.

Kljub temu, da sta si ureditvi po obeh direktivah komplementarni, se prispevek osredotoča le na ureditev pogodb o dobavi digitalnih vsebin in storitev po DCSD. Njegov namen je predstaviti poglobljene značilnosti nove ureditve s poudarkom na pravicah potrošnika, ki mu bodo na voljo po implementaciji DCSD v slovenski pravni red.

Rok za implementacijo DSG in DCSD je potekel 1. 7. 2021, rok za uporabo na novo implementiranih nacionalnih predpisov pa 1. 1. 2022. Republika Slovenija je tako s svojim Predlogom spremembe Zakona o varstvu potrošnikov (Predlog ZVPot), v katerega namerava

¹ UL L 136, 22. 5. 2019.

² UL L 136, 22. 5. 2019.

³ Strategija za enotni digitalni trg za Evropo, Bruselj, 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=SL>> (8. 3. 2022).

implementirati obe direktivi, krepko v zaostanku. Ker je predlog navedenega zakona, ki ga je pripravilo Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo Republike Slovenije,⁴ ob pisanju tega prispevka še vedno v fazi medresorskega usklajevanja na Službi vlade za zakonodajo, se prispevek osredotoča na DCSD.

2. Področje uporabe

2.1. Pojem digitalne vsebine in digitalne storitve

Digitalna vsebina po DCSD pomeni podatke, ki so proizvedeni in dobavljeni v digitalni obliki. Digitalna storitev pa skladno z DCSD vključuje: (1) storitev, ki potrošniku omogoča ustvarjanje, obdelavo ali hrambo podatkov v digitalni obliki ali dostop do njih, oziroma (2) storitev, ki omogoča izmenjavo podatkov v digitalni obliki ali katerokoli drugo obliko interakcije s temi podatki, ki jih naložijo ali ustvarijo potrošnik ali drugi uporabniki te storitve. To sta precej široko zastavljena pojma,⁵ ki pri določanju kriterijev ne delata razlik glede na uporabljeno tehnologijo in medij prenosa oziroma zagotavljanja digitalnih vsebin in storitev ter tako upoštevata hiter tehnološki razvoj in ohranjanje trajnosti pojmov digitalna vsebina in storitev (19. uvodna izjava DCSD).

DCSD tako na svoje področje uporabe vključuje računalniške programe, aplikacije, video-datoteke, zvočne in glasbene datoteke, digitalne igre, elektronske knjige in druge publikacije ter tudi digitalne storitve, ki omogočajo ustvarjanje, obdelavo ali hrambo podatkov v digitalni obliki ali dostop do takih podatkov, vključno s programsko opremo kot storitvijo (t. i. *software as a service*), kot so izmenjava video- in avdiovsebin ter drugo podatkovno gostovanje, urejanje besedil ali igre, ki se zagotavljajo v oblaku in na družbenih medijih (19. uvodna izjava DCSD).

DCSD se uporablja tudi, kadar je digitalna vsebina ali digitalna storitev razvita v skladu z navodili potrošnika, na primer ko bi potrošnik pri trgovcu naročil izdelavo mobilne aplikacije po meri. Pri pogodbah, sklenjenih s potrošniki, utegne biti ta določba sicer precej manj pomembna kot pri pogodbah med dvema podjetnikoma (B2B), ko je razvoj individualnih rešitev programske opreme precej pomembnejši.⁶

Pravila DCSD veljajo tudi za paketne pogodbe, v okviru katerih je znotraj ene pogodbe združena dobava digitalnih vsebin ali storitev z dobavo blaga ali drugih storitev (na primer

⁴ Predlog Zakona o varstvu potrošnikov z dne 19. 5. 2021, <<https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=8592>> (8. 3. 2022).

⁵ Staudenmayer, str. 2720.

⁶ Metzger (2019), str. 578.

zagotavljanje digitalne televizije in nakup elektronske opreme), in sicer za elemente, ki vključujejo dobavo digitalnih vsebin in storitev. Na podlagi tretjega pododstavka šestega odstavka 3. člena DCSD so nacionalni zakonodajalci svobodni pri določanju posledic prekinitve enega elementa paketne pogodbe za druge elemente paketne pogodbe. To je vidno tudi v Predlogu ZVPot v 106. členu, v katerem je določeno, da potrošnik v primeru odstopa od določenega elementa paketne pogodbe (digitalna vsebina ali storitev) lahko odstopi tudi od drugih elementov te paketne pogodbe, če od potrošnika ni mogoče razumno pričakovati, da bo obdržal druge elemente te paketne pogodbe.

2.2. Blago z digitalnimi elementi

DCSD pa iz svojega kroga uporabe izključuje blago z digitalnimi elementi, saj to spada na področje uporabe DSG. To so premične materialne stvari, ki vključujejo digitalno vsebino ali digitalno storitev oziroma so z njo medsebojno povezane na način, da brez te digitalne vsebine ali digitalne storitve ne bi mogle opravljati svoje funkcije (tretji odstavek 2. člena DCSD). Blago z digitalnimi elementi so torej vsi proizvodi, ki jih v tehnološkem žargonu poznamo kot »pametne proizvode« in v sebi že vsebujejo digitalno vsebino (na primer aplikacije, operacijski sistem), brez katere ne morejo opravljati funkcije, za katero so bili oglaševani (na primer pametni televizor, pametna ura, pametni telefon). Razmejitev med samostojno digitalno vsebino, za katero se uporablja DCSD, in digitalno vsebino, ki je medsebojno povezana z določenim materialnim produktom in sestavni del blaga z digitalnimi elementi, za katero pa se uporablja DSG, včasih lahko povzroča preglavice. Zaradi tega se je evropski zakonodajalec odločil, da se v primeru dvoma digitalna vsebina šteje kot sestavni del blaga z digitalnimi elementi.

Posledica ureditve blaga z digitalnimi elementi v DSG je, da se za digitalne vsebine, ki so medsebojno povezane z materialnim produktom, ne uporabljajo določene določbe, ki bi se uporabljale za samostojno digitalno vsebino, saj jih DSG ne ureja. Tako v DSG na primer niso urejene posebne pravice potrošnika v zvezi s prenosljivostjo vsebin, ki niso osebni podatki (t. i. *user-generated content*) po 16. členu DCSD (glej točko 7). DSG za blago z digitalnimi elementi prav tako ne pozna posebne ureditve glede spremembe digitalne vsebine ali storitve po 19. členu DCSD ter svojega področja uporabe ne razširja na pogodbe, v katerih potrošnik v zameno za dobavo blaga z digitalnimi elementi trgovcu posreduje osebne podatke (drugi pododstavki prvega odstavka 3. člena DCSD).

Na področje uporabe DCSD pa na drugi strani spadajo materialni nosilci podatkov (DVD-ji, CD-ji, ključki USB), če materialni nosilec podatkov deluje izključno kot nosilec digitalne vsebine. Ureditev po DCSD pa se ne uporablja za te materialne nosilce glede vidikov obveznosti trgovca za dobavo in zahtevkov v primeru nedobave (20. uvodna izjava DCSD).

2.3. Izključitve s področja uporabe

V petem odstavku 3. člena DCSD so določena še področja oziroma pogodbeni razmerja, ki so izvzeta z njenega področja uporabe. Med pomembnejšimi so pogodbe o elektronskih komunikacijskih storitvah (z izjemo t. i. številčno neodvisnih medosebnih komunikacijskih storitev, kot na primer Facebook Messenger, katerega uporaba ni vezana na mobilno številko potrošnika (28. uvodna izjava DCSD)), o zdravstvenem varstvu, o storitvah iger na srečo, o finančnih storitvah ter o storitvah dostopa do interneta. Prav tako na področje uporabe DCSD ne spadajo pogodbe o programski opremi, ki jo ponuja trgovec v okviru proste in odprtokodne licence, kadar potrošnik ne plača kupnine, trgovec pa osebne podatke, ki jih zagotovi potrošnik, obdeluje izključno za namene izboljšanja varnosti, združljivosti ali interoperabilnosti te programske opreme.

DCSD ne vpliva na možnost držav članic, da po svoje uredijo ali ohranijo veljavne vidike splošnega pogodbenega prava, kot so pravila o sklenitvi, veljavnosti, ničnosti ali učinkih pogodb, vključno s posledicami odstopa od pogodbe, kolikor ti vidiki niso urejeni s to direktivo, ali pravico do odškodnine (deseti odstavek 3. člena DCSD).

2.4. Posredovanje osebnih podatkov potrošnika kot oblika protistoritve

Najbrž najpomembnejša novost, ki jo na področje potrošniškega pogodbenega prava prinaša DCSD, je razširitev njenega področja uporabe na primere, ko potrošnik namesto kupnine v denarju v zameno za dobavo digitalne vsebine ali storitve trgovcu posreduje svoje osebne podatke. Če pa trgovec potrošnikove osebne podatke obdeluje izključno za namen dobave digitalne vsebine ali storitve oziroma za to, da lahko trgovec izpolni pravne zahteve, ki veljajo zanj, se ti posredovani podatki ne obravnavajo kot pogodbeni izpolnitev po DCSD (drugi pododstavek prvega odstavka 3. člena DCSD). Navedena primera se pokrivata s konstelacijami, v katerih se osebni podatki posameznika obdelujejo na podlagi točk b in c prvega odstavka 6. člena Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES⁷ (GDPR) in za njihovo obdelavo ni treba pridobiti potrošnikove privolitve.⁸

Opredelitev posredovanja potrošnikovih osebnih podatkov kot načina njegove pogodbene izpolnitve pomeni konec dobe »brezplačnih« storitev, posredovanih potrošnikom, ki so podali privolitev v obdelavo svojih osebnih podatkov. To je ureditev že dolgo obstoječe prakse, ki na

⁷ UL L 119, 4. 5. 2016.

⁸ Mischau, str. 342.

ravni DCSD načelno izenačuje pravice potrošnikov, ki »plačajo« s svojimi osebnimi podatki, s tistimi potrošniki, ki v zameno za dobavo digitalne vsebine ali storitve plačajo kupnino v denarju.

Kljub pomembnemu koraku v smer povečanega varstva potrošnikov se na drugi strani postavlja precej vprašanj, ki so posledica napetosti med pravom varstva osebnih podatkov in pogodbenim pravom.⁹ Eno od mnogih je vprašanje posledice potrošnikovega preklica privolitve v obdelavo osebnih podatkov po tretjem odstavku 7. člena GDPR. Glede na to, da gre v primeru pravice do preklica privolitve za pravico, ki se ji potrošnik ne more veljavno odpovedati,¹⁰ se z vidika pogodbenega prava zdi nekoliko nenavadno sprejeti pogodbo, pri kateri bi ta zaradi možnosti preklica privolitve potrošnika že od samega začetka vključevala možnost, da ne bo izpolnjena. Ker DCSD skladno z desetim odstavkom 3. člena ureditev vidikov splošnega pogodbenega prava (glej točko 2.3) prepušča nacionalnim zakonodajalcem, prav tako ne ponuja rešitve tovrstnega problema, kar lahko pomeni tveganje nasprotujočih si posameznih nacionalnih pravil glede tega precej pomembnega vprašanja. Čeprav mu razmerja med potrošnikovim posredovanjem osebnih podatkov in dobavo digitalne vsebine ali storitve s strani trgovca ni uspelo povsem razjasniti,¹¹ je nemški zakonodajalec za rešitev problema potrošnikovega preklica privolitve pri svoji implementaciji DCSD s pridom izkoristil načelo abstraktnosti,¹² ki je domače nemškemu civilnemu pravu.¹³ Tako je v par. 327q II BGB določeno, da v primeru potrošnikovega preklica privolitve v obdelavo osebnih podatkov pogodba ostaja veljavna, trgovec pa ima na voljo izredno pravico do odstopa od pogodbe, pod pogojem da ob tehtanju interesov obeh strank od trgovca ni mogoče pričakovati nadaljevanja pogodbenega razmerja. Kljub temu, da je načelo abstraktnosti v splošnem specifična nemškega civilnega prava, se zdi smotno zaradi specifične tovrstnega pogodbenega razmerja to konkretno rešitev implementirati tudi v slovensko pravo. Predlog ZVPot navedene situacije ne obravnava in s tem ne rešuje pomembnega vprašanja, ki bi lahko v pogodbah, v katerih potrošnik namesto kupnine v denarju trgovcu posreduje svoje osebne podatke, močno omejilo pravno varnost trgovca. Pravno nevzdržno bi namreč bilo od trgovca zahtevati vztrajanje pri pogodbi, v po-

⁹ Za poglobljeno razpravo o temi plačila z osebnimi podatki po DCSD glej tudi Renko, str. 64–80.

¹⁰ Langhanke, Schmidt-Kessel, str. 220.

¹¹ Klink-Straub, str. 3219.

¹² Načelo abstraktnosti ustvarja jasno ločnico med zavezovalnim in razpolagalnim poslom. Drugače kot pri načelu kavzalnosti, ki ga poznamo v slovenskem civilnem pravu in po katerem neveljavnost zavezovalnega posla povzroči tudi neveljavnost razpolagalnega posla, je skladno z načelom abstraktnosti prvi lahko veljaven, medtem ko je drugi obenem lahko neveljaven. Po tej logiki torej tudi v primeru, da bi bila potrošnikova privolitev zaradi četrtega odstavka 7. člena GDPR (razpolagalni posel) neveljavna, pogodba po DCSD (zavezovalni posel) ne bi bila samodejno neveljavna. Ravno tako potrošnikov preklic privolitve v obdelavo osebnih podatkov ne bi vplival na veljavnost same pogodbe po DCSD.

¹³ Glej tudi Metzger (2020), str. 34–35.

vezavi s katero je potrošnik s preklicem privolitve v obdelavo osebnih podatkov učinkovito zahteval nazaj svojo izpolnitev.

3. Dobava digitalnih vsebin ali storitev

V petem členu DCSD je urejena dobava digitalnih vsebin in storitev ter določeno, da mora, če se stranki ne dogovorita drugače, trgovec slednjo izvesti po sklenitvi pogodbe brez nepotrebnega odlašanja.

Glede dobave digitalnih vsebin in storitev je bolj specifična ureditev v drugem odstavku 5. člena DCSD, ki opredeljuje trenutek, ko se šteje, da je trgovec izpolnil svojo obveznost dobave digitalne vsebine ali storitve. Šteje se, da je dobava opravljena, ko je trgovec potrošniku omogočil dostop do digitalne vsebine ali storitve na fizični ali virtualni platformi, ki jo je za ta namen izbral potrošnik. Če je platforma, ki jo je izbral potrošnik, neustrezna za dobavo digitalne vsebine ali storitve, trgovec potrošniku ne odgovarja zaradi nedobave, če je razlog zanjo neustreznost platforme. Vendar se ne šteje, da je potrošnik izbral platformo, če to nadzoruje trgovec oziroma je bila izbira te platforme edina možnost, ki jo je potrošniku ponudil trgovec (41. uvodna izjava DCSD).

4. Skladnost digitalnih vsebin in storitev s pogodbo

DCSD in DSG na področje potrošniškega pogodbenega prava prinašata nov opis koncepta skladnosti predmeta s pogodbo. Tega odlikujeta preglednost in jasnost, ki izhajata predvsem iz izrecne ločitve subjektivnih in objektivnih zahtev za skladnost.¹⁴ Pri sami vsebini zahtev za skladnost ni bistvenih sprememb, čeprav tako DCSD za digitalne vsebine in storitve kot tudi DSG za blago z digitalnimi elementi vpeljujeta nove zahteve glede funkcionalnosti, združljivosti in interoperabilnosti digitalnih vsebin in storitev ter blaga z digitalnimi elementi.¹⁵

Za skladnost digitalne vsebine ali storitve s pogodbo mora trgovec potrošniku zagotoviti digitalno vsebino ali storitev, ki poleg subjektivnim zahtevam (7. člen DCSD) ustreza tudi objektivnim zahtevam za skladnost (8. člen DCSD). Nato se šteje, da digitalna vsebina ali storitev ni skladna s pogodbo, če neskladnost izhaja iz nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve v digitalno okolje potrošnika in gre odgovornost za nepravilno integracijo pripisati trgovcu (9. člen DCSD). Slednje velja v primeru, (1) da je bila digitalna vsebina ali storitev integrirana s strani trgovca ali v okviru odgovornosti trgovca oziroma (2) je bilo predvideno,

¹⁴ Morais Carvalho, str. 198.

¹⁵ Prav tam.

da digitalno vsebino ali digitalno storitev integrira potrošnik, do nepravilne integracije pa je prišlo zaradi pomanjkljivih navodil za integracijo, ki jih je zagotovil trgovec.

4.1. Subjektivne zahteve za skladnost

Pojem subjektivne skladnosti digitalne vsebine ali storitve se nanaša na obveznost trgovca, da zagotovi digitalno vsebino ali storitev, ki izpolnjuje v pogodbi dogovorjene lastnosti. Digitalna vsebina ali storitev mora biti skladna zlasti z opisom, količino, kakovostjo, jezikom in različico, ki so bili dogovorjeni v pogodbi (42. uvodna izjava DCSD). Ustrezati bi morala tudi varnosti, funkcionalnosti, združljivosti in interoperabilnosti, ki so bile dogovorjene v pogodbi. Pojem funkcionalnosti se nanaša na načine, na katere se digitalna vsebina ali storitev lahko uporablja, zlasti odsotnost ali prisotnost kakršnihkoli tehničnih omejitev, kot je zaščita prek upravljanja digitalnih pravic ali regijsko kodiranje (43. uvodna izjava DCSD). Pojem interoperabilnosti pa se nanaša na to, ali in koliko lahko digitalna vsebina ali storitev deluje s strojno ali programsko opremo, ki se razlikuje od tiste, s katero se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporablja.

Za izpolnjevanje kriterijev mora biti digitalna vsebina ali storitev skladna tudi z drugimi lastnostmi, o katerih sta se potrošnik in trgovec dogovorila, v povezavi s tem pa bi zahteve pogodbe morale vključevati tudi tiste zahteve, ki izhajajo iz predpogodbenih informacij, ki v skladu z Direktivo 2011/83/EU o pravicah potrošnikov pomenijo sestavni del pogodbe (5. in 6. člen Direktive 2011/83/EU).¹⁶ Skladno s petim odstavkom 6. člena Direktive 2011/83/EU namreč predpogodbene informacije postanejo sestavni del pogodbe, sklenjene na daljavo ali zunaj poslovnih prostorov.

Digitalna vsebina ali storitev mora biti primerna za poseben namen, za katerega jo potrošnik potrebuje in s katerim je potrošnik seznanil trgovca najpozneje ob sklenitvi pogodbe, trgovec pa je s tem soglašal (točka b prvega odstavka 7. člena DCSD). Iz tega sledi, da se trgovec v tem primeru ne more razbremeniti odgovornosti za neskladnost digitalne vsebine ali storitve s tem posebnim namenom, tudi če je ta sicer uporabna, vendar ne ustreza potrošnikovemu posebnemu namenu.

Da bi digitalna vsebina ali storitev izpolnjevala subjektivne kriterije za skladnost, mora biti dobavljena z vsemi dodatki, navodili, vključno za namestitve, in pomočjo strankam, kot je to zahtevano v pogodbi (točka c prvega odstavka 7. člena DCSD). Prav tako je trgovec potroš-

¹⁶ V povezavi z informiranjem potrošnika, predvsem glede lastnosti sledenja potrošnikovega vedenja in s tem povezane obdelave njegovih osebnih podatkov, glej tudi Helberger in dr., str. 1438–1439.

niku zavezan skladno s pogodbenim dogovorom zagotoviti posodobitve digitalne vsebine ali storitve (točka d prvega odstavka 7. člena DCSD).¹⁷

Kot neizpolnjevanje subjektivnih zahtev za skladnost bi lahko interpretirali tudi trgovčevo neupoštevanje zahtev prava EU varstva podatkov, konkretnije GDPR. To bi bilo mogoče, če bi trgovec v pogodbi izrecno ali konkludentno sprejel obveznost upoštevanja zahtev prava varstva podatkov, ali pa bi bilo mogoče pogodbeno določila razlagati tudi v povezavi z obveznostmi trgovca, ki jih ima v vlogi upravljavca po sedmem odstavku 4. člena GDPR. V tem primeru lahko taka pogodbeni zaveza postane del subjektivnih zahtev za skladnost (48. uvodna izjava DCSD). Ta položaj lahko ponazorimo s primerom ponudnika digitalne storitve družbenega omrežja, ki v politiki zasebnosti kot namen zbiranja in obdelave osebnih podatkov potrošnika navaja le ciljano oglaševanje lastnih storitev, osebne podatke potrošnikov pa bi v resnici posredoval tudi drugim ponudnikom, ki bi lahko na podlagi obdelave le-teh določali ceno svoje storitve za tega posameznega potrošnika. Tedaj bi bila tovrstna obdelava v nasprotju z načelom omejitve namena (točka b prvega odstavka 5. člena GDPR), saj potrošnik skladno s točko a prvega odstavka 6. člena GDPR ni privolil v tovrstni namen obdelave osebnih podatkov. Tako bi se tovrstna kršitev zaveze iz politike zasebnosti razlagala kot kršitev GDPR in potrošnik bi lahko uveljavljal jamčevalne zahtevke kot v primeru neskladnosti s subjektivnimi zahtevami po točki a in b prvega odstavka 7. člena DCSD.

4.2. Objektivne (zakonske) zahteve za skladnost

Stranki v pogodbo pogosto ne zapišeta vseh lastnosti, ki naj jih ima digitalna vsebina ali storitev. Zato DCSD ureja dispozitivna pravila in standarde, ki se uporabijo, kolikor se stranki o lastnostih, ki naj jih ima digitalna vsebina ali storitev, nista izrecno ali konkludentno dogovorili.

Glede razmerja med subjektivnimi in objektivnimi zahtevami za skladnost je treba poudariti, da je izvorni predlog DCSD dajal prednost zahtevam, dogovorjenim v pogodbi, pred objektivnimi kriteriji,¹⁸ kar pomeni, da so se slednji uporabili le v primerih, ko je pogodba pomanjkljivo ali na nerazumljiv način urejala merila skladnosti.¹⁹ DCSD pa je subjektivne in objektivne kriterije za skladnost izenačil in s tem povečal raven varstva potrošnikov, saj je

¹⁷ Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 5, <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf> (8. 3. 2022).

¹⁸ Maňko, str. 13.

¹⁹ Prvi odstavek 6. člena Predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2015\)634&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)634&lang=en)> (8. 3. 2022).

zamejil odstopanje od objektivnih kriterijev prek pogodbenih določb na primere iz petega odstavka 8. člena DCSD. Iz tega izhaja, da mora digitalna vsebina ali storitev, ki jo trgovec dobavi potrošniku, kumulativno izpolnjevati tako subjektivna kot tudi objektivna merila skladnosti. Tako se trgovec z obsežnimi izjavami o omejitvi odgovornosti (angl. *disclaimer*) ne bo mogel razbremeniti odgovornosti za dobavo digitalne vsebine ali storitve, ki ne bo skladna z objektivnimi zahtevami za skladnost.²⁰ Glede na dejstvo, da potrošniki redko preberejo ali razumejo splošne pogodbene pogoje²¹ ter da imajo v razmerju do trgovca dokaj šibak pogajalski položaj²² (*de facto* položaj »vzemi ali pusti«), gre to potezo evropskega zakonodajalca označiti za dobrodošlo. Predlog DCSD je prav tako določal blažje objektivne kriterije skladnosti za trgovce, ki so digitalno vsebino ali storitev dobavili v zameno za osebne podatke potrošnika.²³ Razlikovanje med temi potrošniki in tistimi, ki so za digitalno vsebino ali storitev plačali kupnino, je bilo v sprejetem besedilu DCSD odpravljeno.

Za objektivno skladnost digitalne vsebine ali storitve mora ta predvsem ustrezati namenom, za katere se istovrstna digitalna vsebina ali storitev običajno uporablja (točka a prvega odstavka 8. člena DCSD). Za izpolnjevanje objektivnih meril za skladnost bi morala digitalna vsebina ali storitev imeti tudi značilnosti in zmogljivostne lastnosti, ki so običajne za digitalno vsebino ali storitev iste vrste in ki jih lahko potrošnik razumno pričakuje glede na naravo digitalne vsebine ali storitve (točka a prvega odstavka 8. člena DCSD). Standard razumnosti v smislu, kaj lahko oseba razumno pričakuje, mora biti vsakokrat objektivno določen, in sicer ob upoštevanju narave in namena digitalne vsebine ali storitve, okoliščin primera ter vrst uporabe in prakse vpletenih strank (46. uvodna izjava DCSD). Navedeni standard razumnega pričakovanja potrošnika DCSD dopolnjuje tudi z obveznostjo upoštevanja kakršnihkoli javnih izjav trgovca o posebnih značilnostih digitalne vsebine ali storitve, ki jo je podal trgovec ali druga oseba v imenu trgovca v predhodnih členih pogodbene verige, vključno s proizvajalcem, zlasti pri oglaševanju ali označevanju (točka b prvega odstavka 8. člena DCSD).²⁴ Enak način glede upoštevanja javnih izjav prodajalca, proizvajalca ali njegovega zastopnika je znan že iz točke d drugega odstavka 2. člena Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z

²⁰ Metzger (2019), str. 581.

²¹ Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 18–19, <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_elj/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf> (8. 3. 2022), glede branja splošnih pogojev glej tudi raziskavo Luzak in dr.

²² Smits, str. 9.

²³ Točka a drugega odstavka 6. člena Predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2015\)634&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)634&lang=en)> (8. 3. 2022), glej tudi Metzger in dr. (2018), str. 106.

²⁴ Za pogoje razbremenitve trgovca oziroma druge osebe za javno izjavo glej točke i do iii točke b prvega odstavka 8. člena DCSD.

dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij²⁵ (Direktiva 1999/44/ES).

Nato mora biti digitalna vsebina ali storitev za izpolnjevanje objektivnih zahtev za skladnost dobavljena skupaj z vsemi dodatki in navodili, za katere potrošnik lahko razumno pričakuje, da jih bo prejel (točka c prvega odstavka 8. člena DCSD), ter biti skladna z morebitno poskusno različico ali predogledom digitalne vsebine ali storitve, ki ga da trgovec na razpolago pred sklenitvijo pogodbe (točka d prvega odstavka 8. člena DCSD). Določena je tudi obveznost trgovca, da mora, če ni drugačnega dogovora, potrošniku zagotoviti digitalno vsebino ali storitev v najnovejši različici (šesti odstavek 8. člena DCSD). Zaradi specifičnosti digitalnih vsebin ali storitev kot predmeta pogodbe je bila med objektivne zahteve za skladnost vključena tudi dolžnost trgovca, da potrošniku zagotovi posodobitve in ga o njih tudi obvešča (drugi odstavek 8. člena DCSD). Potrošnik sicer ni dolžan namestiti posodobitev, vsekakor pa nosi negativne posledice, če tega te stori, saj je v tem primeru trgovec skladno s pogoji iz točke a in b tretjega odstavka 8. člena DCSD razbremenjen odgovornosti za neskladnost digitalne vsebine ali storitve s pogodbo.²⁶

Če je trgovec potrošnika ob sklenitvi pogodbe izrecno obvestil, da posamezna lastnost digitalne vsebine odstopa od objektivnih zahtev za skladnost (tj. odstopanje subjektivnih od objektivnih meril skladnosti), potrošnik pa je ob sklenitvi pogodbe izrecno in ločeno sprejel to odstopanje, trgovec ne odgovarja za navedeno neskladnost (peti odstavek 8. člena DCSD). Trgovčevo obvestilo o odstopanju od objektivnih zahtev za skladnost mora torej potrošnik sprejeti ločeno od drugih izjav ali dogovorov ter z dejavnim in jasnim ravnanjem. V 49. uvodni izjavi DCSD je kot primer takega sprejema obvestila, ki izpolnjuje pogoj jasnosti in dejavnosti, navedena označitev okenca, pritisk na gumb ali aktiviranje podobne funkcije. Če bi potrošnik lahko razumno pričakoval, da bo na primer računalniški program za vektorsko oblikovanje deloval na operacijskem sistemu Windows, vendar je skladno s petim odstavkom 8. člena DCSD sprejel trgovčevo obvestilo, da navedeni program deluje le na operacijskem sistemu Macintosh, potem trgovec ne bo odgovarjal za neskladnost te digitalne vsebine.

Trgovčevo neupoštevanje zahtev prava varstva podatkov lahko pomeni tudi kršitev objektivnih zahtev za skladnost. To bi lahko prišlo v poštev, ko zaveze varstva podatkov ne bi bile izrecno ali konkludentno vključene v pogodbo. Konkretno bi bilo to mogoče, ko bi kršitev pravil GDPR hkrati povzročila, da digitalna vsebina ali storitev ne bi ustrezala svojemu namenu skladno s točko a prvega odstavka 8. člena DCSD, za katerega bi se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporabljala. V 48. uvodni izjavi DCSD je kot primer za tovrstno neskladnost naveden položaj, ko trgovec programske opreme za šifriranje podatkov ne izvaja s

²⁵ UL L 171, 7. 7. 1999.

²⁶ Morais Carvalho, str. 199.

strani GDPR zahtevanih ukrepov za zagotavljanje, da se osebni podatki potrošnika po zasnovi ne razkrijejo nepooblaščenim prejemnikom. Zaradi tega ta programska oprema ne ustreza namenu, za katerega bi se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporabljala, kar v tem primeru pomeni varen prenos podatkov potrošnika predvidenemu prejemniku.

4.3. Neskladnost kot posledica nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve

Neskladnost digitalne vsebine ali storitve lahko po DCSD izhaja tudi iz nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve v digitalno okolje potrošnika. Nepravilna integracija se šteje za neskladnost, če je bila digitalna vsebina ali storitev integrirana s strani trgovca oziroma v okviru odgovornosti trgovca ali pa v primerih, ko je integracijo izvajal potrošnik, do nepravilne integracije pa je prišlo zaradi pomanjkljivih navodil trgovca (9. člen DCSD). To je v digitalno dobro prenesena že znana t. i. »Ikea klavzula«²⁷ iz petega odstavka 2. člena Direktive 1999/44/ES, ki pa je v novo DSG vnesena v 8. člen.

5. Pravice tretjih

DCSD v koncept neskladnosti jasno vključuje tudi pravne napake.²⁸ Omejitev, ki je posledica kršitve pravic tretje osebe, zlasti pravic intelektualne lastnine, in preprečuje ali omejuje uporabo digitalne vsebine ali storitve, lahko pomeni, da digitalna vsebina ali storitev krši objektivne zahteve za skladnost, če gre za lastnosti, ki so običajne za digitalno vsebino ali storitve iste vrste in jih potrošnik lahko razumno pričakuje (53. uvodna izjava DCSD). Potrošnik ima zato v primeru obstoja tovrstne omejitve na voljo jamčevalne zahtevke za primer neskladnosti (10. člen DCSD), razen če drugi predpis določa ničnost ali razveljavitev pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitve zaradi kršenja pravic tretjih oseb.

Večkrat je bil poudarjen tudi problem, ki ga DCSD z navedeno ureditvijo ne obravnava, in sicer da je sklenitev licenčne pogodbe (angl. *end-user license agreement* – *EULA*) z imetnikom pravic intelektualne lastnine (ko ta ni tudi trgovec z digitalno vsebino) pogosto pogoj za namestitvev digitalne vsebine.²⁹ Tako gre za pravno napako na digitalni vsebini, če o sklenitvi licenčne pogodbe kot predpogoju za uporabo te digitalne vsebine potrošnik ni bil opozorjen

²⁷ Metzger (2019), str. 581.

²⁸ Morais Carvalho, str. 198.

²⁹ Metzger (2019), str. 581.

s strani trgovca ob sami pridobitvi digitalne vsebine, potrošnik pa je to odstopanje sprejel skladno s petim odstavkom 8. člena DCSD.³⁰

6. Pravice potrošnika v primeru nedobave oziroma neskladnosti in njihovo uveljavljanje

DCSD glede jamčevalnih zahtevkov potrošnika razlikuje med posledicami trgovčeve neizpolnitve (trgovčeve pasivnosti) in posledicami izpolnitve z napako, ko dobavljena digitalna vsebina ali storitev ne ustreza subjektivnim oziroma objektivnim zahtevam za skladnost. Omeniti velja, da DCSD ureja le jamčevalne zahtevke potrošnika, ne pa tudi trgovčevih.

6.1. Odgovornost trgovca za nedobavo in neskladnost ter jamčevalni roki

DCSD jasno določa, da je trgovec odgovoren za vsako nedobavo digitalne vsebine ali storitve (prvi odstavek 11. člena DCSD). V razmerju do pravice do odstopa od pogodbe (razdor) DCSD ne dela razlik glede na dejstvo, ali je bila vzrok za neizpolnitev nemožnost izpolnitve.³¹ Direktiva v 51. uvodni izjavi nakazuje, da se kratkoročne prekinitve dobave (kadar so te več kot zanemarljive ali se ponavljajo) digitalne vsebine ali storitve ne bi smele obravnavati kot primeri nedobave, temveč kot primeri neskladnosti digitalne vsebine ali storitve (51. uvodna izjava DCSD).

Pri vprašanju odgovornosti trgovca za neskladnost digitalne vsebine ali storitve DCSD razlikuje med načini oziroma modalitetami, ki so v pogodbi določene za dobavo digitalne vsebine ali storitve. Pri enkratni dobavi digitalne vsebine³² ali storitve oziroma niza posameznih dobav³³ je trgovec odgovoren za vsako neskladnost po 7. do 9. členu DCSD, ki obstaja v času dobave pri enkratni dobavi ali v primeru niza posameznih dobav v času vsake posamezne dobave (drugi odstavek 11. člena DCSD). Pri takšnem načinu dobave jamčevanje trgovca ustreza ureditvi prodajne pogodbe, kar se ujema s trenutkom prehoda nevarnosti oziroma trenutka izročitve digitalne vsebine (primerjaj prvi odstavek 458. člena OZ v povezavi s prvim odstavkom 436. člena OZ). Kadar pa pogodba določa nepretrgano dobavo³⁴ v določenem obdobju, je trgovec odgovoren za vsako neskladnost po 7. do 9. členu DCSD, ki nastane ali se

³⁰ Glej tudi Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 25, <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf> (8. 3. 2022), ter Beale, str. 43.

³¹ Metzger (2019), str. 582.

³² Na primer potrošnik enkratno prenese in shrani elektronsko knjigo.

³³ Na primer potrošnik tedensko prejme povezavo za prenos nove elektronske knjige.

³⁴ Na primer pogodba za storitev shranjevanja datotek v »oblaku« za določen ali nedoločen čas.

pokaže v celotnem obdobju, v katerem je treba v skladu s pogodbo dobaviti digitalno vsebino ali storitev (tretji odstavek 11. člena DCSD). Ko gre za nepretrgano dobavo digitalne vsebine ali storitve, je smiselna analogija s pravili zakupne (najemne) pogodbe,³⁵ v skladu s katerimi mora zakupodajalec med celotnim obdobjem zakupa stvar vzdrževati in jo zato po potrebi popravljati (primerjaj prvi odstavek 589. člena OZ).

DCSD je za pogodbe z določeno enkratno dobavo ali nizom posameznih dobav uredila jamčevalni rok, ki ne sme biti krajši od dveh let, državam članicam pa je prepustila ureditev nacionalnih zastaralnih rokov, ki pa potrošnikom ne bi smeli preprečevati, da svoje pravice uveljavljajo v celotnem obdobju, ko je trgovec odgovoren za neskladnost (drugi odstavek 11. člena DCSD in 58. uvodna izjava DCSD). Za pogodbe, v katerih je določena nepretrgana dobava, pa je razumljivo, da DCSD omejuje jamčevalno obdobje trgovca na obdobje, v katerem je treba v skladu s pogodbo dobaviti digitalno vsebino ali storitev (tretji odstavek 11. člena DCSD).

6.2. Dokazno breme

Korak v smer širjenja pravic potrošnika v povezavi z uveljavljanjem jamčevalnih zahtevkov je DCSD naredila v 12. členu, v katerem breme dokazovanja glede tega, ali je bila digitalna vsebina ali storitev v času dobave skladna po 7. do 9. členu DCSD, prelaga na trgovca, in sicer za obdobje enega leta od trenutka dobave – kadar gre za enkratno dobavo ali niz posameznih dobav (drugi odstavek 12. člena DCSD). V Direktivi 1999/44/ES je bilo to dokazno breme na trgovcu predpisano le za obdobje šestih mesecev, poleg tega pa je ta še določala izjemo, če domneva ni združljiva z vrsto blaga ali naravo neskladnosti (tretji odstavek 5. člena Direktive 1999/44/ES). Odstranitev te omejitve je še dodatno izboljšala položaj potrošnika,³⁶ še posebej glede na tehnološko kompleksnost digitalne vsebine ali storitve kot predmeta pogodbe ter na primer v zvezi z dokazovanjem obstoja neskladnosti, ki je posledica neupoštevanja zahtev prava varstva osebnih podatkov. V primeru pogodb, v katerih je določena nepretrgana dobava digitalne vsebine ali storitve, DCSD dokazno breme prenaša na trgovca za celotno obdobje, ko se digitalna vsebina ali storitev dobavlja potrošniku (tretji odstavek 12. člena DCSD).

V primeru trgovčeve nedobave (pasivnosti) nosi trgovec dokazno breme, ali je bila digitalna vsebina ali storitev dobavljena (prvi odstavek 12. člena DCSD).

³⁵ Metzger (2019), str. 580.

³⁶ Loos (2017), str. 24.

6.3. Zahtevek za naknadno vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine ali storitve

Če digitalna vsebina ali storitev ne izpolnjuje zahtev za skladnost po 7. do 9. členu DCSD, ima potrošnik na voljo zahtevek za naknadno vzpostavitev skladnosti, zahtevek za sorazmerno znižanje kupnine ter pravico do odstopa od pogodbe (razdor) (prvi odstavek 14. člena DCSD).

DCSD je uveljavljanje naknadnega izpolnitvenega zahtevka določila kot predpogoj za uveljavljanje zahtevkov bodisi sorazmernega znižanja kupnine bodisi odstopa (razdora), razen če bi bil naknadni izpolnitveni zahtevek nemogoč ali nesorazmeren (drugi in četrti odstavek 14. člena DCSD).³⁷

Trгоvec mora na zahtevo potrošnika neskladnost odpraviti v razumnem roku od trenutka, ko ga je potrošnik obvestil o neskladnosti (tretji odstavek 14. člena). Vzpostavitev skladnosti mora biti izvedena brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika ter ob upoštevanju vrste digitalne vsebine in storitve ter namena, za katerega je potrošnik slednjo potreboval (tretji odstavek 14. člena DCSD).

6.4. Sorazmerno znižanje kupnine in razdor pogodbe

DCSD vzpostavlja tako na področju nedobave digitalne vsebine ali storitve kot tudi na področju dobave s pogodbo neskladne digitalne vsebine ali storitve strogo hierarhijo jamčevalnih zahtevkov, kot je poznana že iz ureditve po Direktivi 1999/44/ES. V primeru nedobave digitalne vsebine ali storitve lahko potrošnik odstopi od pogodbe (razdre pogodbo) šele po tem, ko je pozval trgovca k ponovni dobavi, ta pa te ni izvršil brez nepotrebnega odlašanja oziroma v dodatnem obdobju, za katero sta se izrecno dogovorila (prvi odstavek 13. člena DCSD).³⁸ Potrošnik lahko brez predhodnega ponovnega poziva trgovca k dobavi odstopi od pogodbe (razdre pogodbo) le v primeru, (1) če trgovec izjavi ali je iz okoliščin očitno, da ne bo dobavil digitalne vsebine ali storitve,³⁹ oziroma (2) če je bil določen čas dobave bistven za potrošnika, trgovec pa digitalne vsebine ali digitalne storitve ne dobavi do tega trenutka ali v tem trenutku⁴⁰ (drugi odstavek 13. člena DCSD).

³⁷ Pri presojanju, ali je bila vzpostavitev skladnosti nemogoča oziroma bi ta povzročila nesorazmerne stroške, je treba upoštevati vse okoliščine primera, vključno z: (a) vrednostjo, ki bi jo digitalna vsebina ali digitalna storitev imela, če ne bi bila neskladna, in (b) pomenom neskladnosti.

³⁸ Primerjaj tretji odstavek 105. člena OZ v povezavi s prvim odstavkom 104. člena OZ.

³⁹ Primerjaj 106. člen OZ.

⁴⁰ Primerjaj prvi odstavek 104. člena OZ (t. i. fiksni posel).

Pri neskladnosti digitalne vsebine ali storitve je potrošnik upravičen bodisi do sorazmernega znižanja kupnine bodisi do odstopa (razdora) od pogodbe le v naslednjih primerih: (1) če vzpostavitev skladnosti ni mogoča ali je nesorazmerna; (2) če trgovec ni vzpostavil skladnosti v razumnem roku, brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika; (3) če neskladnost ostaja kljub poskusu trgovca vzpostaviti skladnost; (4) če je narava neskladnosti tako resna, da upravičuje takojšnje znižanje kupnine ali odstop od pogodbe; (5) če je trgovec izjavil ali je iz okoliščin očitno, da ne bo vzpostavil skladnosti digitalne vsebine ali storitve v razumnem roku ali brez znatnih nevšečnosti za potrošnika⁴¹ (četrti odstavek 14. člena DCSD). Vse navedene primere družji domneva, da v teh primerih potrošnik nima več interesa po poznejši izpolnitvi.⁴²

Drugače kot pri naknadni izpolnitvi, ki je namenjena ponovni vzpostavitvi pogodbene ekvivalence z izpolnitvijo v naravi, je zahtevek za znižanje kupnine namenjen temu, da se pogodbeno ravnovesje, ki je bilo porušeno zaradi stvarne napake, vzpostavi tako, da je pogodba še naprej veljavna, višina kupnine pa se prilagodi manjši vrednosti stvari.⁴³ Že iz pojma jamčevalnega zahtevka sorazmernega znižanja kupnine izhaja, da je predpogoj za njegovo uveljavitev dejansko plačilo kupnine s strani potrošnika, zato DCSD ne predvideva možnosti znižanja kupnine v primerih, ko potrošnik trgovcu v zameno za digitalno vsebino ali storitev posreduje le svoje osebne podatke ter privolitev v njihovo obdelavo (četrti odstavek 14. člena DCSD).

Potrošnikova pravica odstopa od pogodbe zaradi kršitve (razdor) je najtežja sankcija za neskladnost, saj povzroči prenehanje pogodbe.⁴⁴ V slovenskem pravu je razdor praviloma mogoč le pod pogojem, da je kupec prodajalcu podal naknadni rok za izpolnitev, prodajalec pa v tem roku ni odpravil napake. V tem primeru je pogodba nato razvezana po samem zakonu (*ipso facto* razdor), vendar jo kupec lahko obdrži v veljavi, če nemudoma izjavi prodajalcu, da pogodba ostaja v veljavi (471. člen Obligacijskega zakonika – OZ⁴⁵). V DCSD pa je uveljavljena ureditev, po kateri mora potrošnik, če želi odstopiti od pogodbe po tem, ko trgovec ni vzpostavil skladnosti digitalne vsebine ali storitve, to storiti z aktivno izjavo, s katero trgovca obvesti o odstopu (razdoru) (15. člen DCSD). Odstop (razdor) od pogodbe pa ni mogoč, če je razlog zanj neznatna neskladnost digitalne vsebine ali storitve, dokazno breme, da je neskladnost neznatna, pa nosi trgovec (šesti odstavek 14. člena DCSD), vendar ima potrošnik, ki namesto kupnine zagotovi osebne podatke, možnost odstopiti tudi v primeru, da je neskladnost neznatna.

⁴¹ Primerjaj drugi odstavek 470. člena OZ (anticipirana kršitev pogodbe).

⁴² Možina (2011), str. 62.

⁴³ Možina (2006), str. 236.

⁴⁴ Možina (2012), str. 99.

⁴⁵ Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

6.5. Odškodninski zahtevek

DCSD je vprašanja v zvezi z odškodninsko odgovornostjo kot jamčevalnim zahtevkom v celoti prepustila nacionalnim zakonodajalcem (deseti odstavek 3. člena DCSD).⁴⁶ V 73. uvodni izjavi DCSD ta le določa, da bi moral imeti potrošnik pravico zahtevati nadomestilo za škodo, povzročeno zaradi neskladnosti ali nedobave digitalne vsebine ali digitalne storitve, to nadomestilo pa bi moralo potrošniku čim bolj zagotoviti tak položaj, v katerem bi bil, če bi bila digitalna vsebina ali storitev ustrezno dobavljena in skladna z zahtevami po 7. do 9. členu DCSD. Na podlagi DCSD lahko nacionalni pravni redi prav tako svobodno urejajo odškodninske zahtevke potrošnika proti tretji osebi, ki ni trgovec in ki dobavlja digitalno vsebino ali digitalno storitev ali se k temu zaveže, kot je na primer razvijalec, ki ni hkrati trgovec na podlagi te direktive (13. uvodna izjava DCSD).

7. Posledice odstopa od pogodbe (razdora)

Odstop od pogodbe pomeni njeno prenehanje, zato sta stranki druga drugi dolžni vrniti stvari, ki sta jih pridobili na podlagi pogodbe. DCSD ureja obveznosti trgovca (16. člen DCSD) in potrošnika (17. člen DCSD) v primeru potrošnikovega razdora pogodbe.

V primeru razdora pogodbe je trgovec potrošniku zavezan vrniti vse zneske, ki so bili plačani na podlagi pogodbe (prvi odstavek 16. člena DCSD). Če je bila v pogodbi urejena dobava digitalne vsebine ali storitve za določeno obdobje in je bila pred odstopom potrošnika od pogodbe nekaj časa zagotovljena skladnost, trgovec potrošniku povrne le sorazmerni del plačane kupnine (prvi odstavek 16. člena DCSD). Vsa povračila zaradi odstopa mora trgovec opraviti brez odlašanja, najpozneje pa 14 dni od prejema potrošnikovega obvestila, in sicer z uporabo istega plačilnega sredstva, ki ga je uporabil potrošnik, in brez zaračunavanja pristojbin (18. člen DCSD).

Na drugi strani se je po odstopu od pogodbe potrošnik zavezan vzdržati uporabe digitalne vsebine ali storitve ter dajanja le-te na voljo tretjim osebam (prvi odstavek 17. člena DCSD). Prav tako mora na zahtevo trgovca vrniti materialni nosilec, če je bila na njem dobavljena digitalna vsebina (drugi odstavek 17. člena DCSD).⁴⁷ Potrošnik za uporabo digitalne vsebine ali storitve v obdobju pred odstopom od pogodbe, v katerem ni bila zagotovljena skladnost le-te, ni zavezan plačati nadomestila, saj bi bil v tem primeru prikrajšan za dejansko varstvo (tretji

⁴⁶ Kritično Gsell, str. 79, ki izključitev odškodninskih zahtevkov s področja urejanja DCSD označuje za slabo odločitev in zato zaupanje potrošnikov in trgovcev v učinkovitost ureditve DCSD, ki ima popoln harmonizacijski učinek, v smislu enotnega digitalnega trga EU ocenjuje za vprašljivo.

⁴⁷ Člen 17 DCSD je pravzaprav edino mesto, na katerem DCSD ureja obveznosti potrošnika.

odstavek 17. člena DCSD, 72. uvodna izjava DCSD). To pomeni, da potrošnikov odstop (razdor) učinkuje le od trenutka, ko digitalna vsebina ali storitev ne izpolnjuje (več) zahtev za skladnost po 7. do 9. členu DCSD. Nasprotno bi lahko trdili v primerih, ko je digitalna vsebina trajno prenesena v potrošnikovo digitalno okolje in trgovec po prenehanju pogodbe nima sredstev za preprečitev nadaljnje uporabe digitalne vsebine⁴⁸ – takrat bi teoretično lahko obstajala možnost trgovca, da od potrošnika zahteva nadomestilo za uporabo po odstopu, saj ta zanjo nima pravne podlage.⁴⁹ Nato ima v primeru odstopa potrošnika od pogodbe trgovec pravico potrošniku preprečiti vsakršno nadaljnjo uporabo digitalne vsebine ali storitve, zlasti tako, da potrošniku onemogoči dostop do digitalne vsebine ali storitve oziroma onemogoči potrošnikov uporabniški račun (peti odstavek 16. člena DCSD).

Posledice odstopa od pogodbe so razmeroma razjasnjene glede vračil izpolnitev v denarju, ureditev nadaljnjih implikacij odstopa pa postane kompleksnejša v primeru pogodbe, pri kateri je potrošnik v zameno za digitalno vsebino ali storitev posredoval osebne podatke. Po odstopu potrošnika od pogodbe, bodisi z izjavo bodisi le s preklicem privolitve v obdelavo osebnih podatkov (tretji odstavek 7. člena GDPR), mora trgovec upoštevati določbo drugega odstavka 16. člena DCSD, ki za navedeno situacijo konkretno določa, da mora trgovec glede osebnih podatkov potrošnika izpolnjevati veljavne obveznosti iz GDPR, ki mu jih ta nalaga kot upravljavcu osebnih podatkov potrošnika po sedmem odstavku 4. člena GDPR. Obveznosti po GDPR, ki bi prišle v poštev v primeru odstopa potrošnika od pogodbe, sta pravica do izbrisa osebnih podatkov (17. člen GDPR) ter pravica do prenosljivosti osebnih podatkov (20. člen GDPR).

Svojevrstno pravico do prenehanja uporabe ter prenosljivosti podatkov ureja tudi DCSD, in sicer za vsebine, ki jih je potrošnik ustvaril med uporabo digitalne vsebine ali storitve in ki ne nosijo kvalitete osebnih podatkov (t. i. *user-generated content*) (drugi do četrty odstavek 16. člena DCSD). Uvodoma velja pokritizirati slovenski prevod izraza za tovrstne vsebine oziroma podatke. Angleška različica govori o »*content other than personal data*«, nemška pa o »*Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind*«. Slovenska različica pa je namesto v »*vsebine, ki niso osebni podatki*« zelo neposrečno prevedena v »*vsebine, razen osebnih podatkov*«, kar v branje tretjega odstavka 16. člena DCSD vnaša nemalo zmede, saj se nato stavek glasi »*Trgovec ne sme uporabljati nobene vsebine, razen osebnih podatkov, [...]*«. Predvsem je obžalovanja vredno, da ta redakcijska nejasnost ni bila odpravljena v 124. členu Predloga ZVPot, v katerega je bilo besedilo tretjega odstavka 16. člena DCSD preprosto kopirano.

⁴⁸ Mak, str. 26.

⁴⁹ Loos in dr. (2011), str. 230–231; v slovenskem pravu prodajalec od kupca lahko zahteva povračilo koristi na podlagi drugega odstavka 477. člena OZ.

Skladno s tretjim odstavkom 16. člena DCSD se mora trgovec po potrošnikovem odstopu od pogodbe vzdržati uporabe vseh vsebin, ki niso osebni podatki, ki jih je potrošnik zagotovil ali ustvaril pri uporabi digitalne vsebine ali storitve. Trgovec pa lahko te vsebine še naprej uporablja v izjemnih primerih, in sicer: (1) ta vsebina zunaj okvira digitalne vsebine ali digitalne storitve, ki jo dobavlja trgovec, ni uporabna; (2) ta vsebina zadeva le dejavnost potrošnika pri uporabi digitalne vsebine ali digitalne storitve, ki jo dobavlja trgovec; (3) je trgovec to vsebino združil z drugimi podatki in je ni več mogoče ločiti oziroma bi bil zato potreben nesorazmeren napor oziroma (4) so to vsebino skupaj ustvarili potrošnik in drugi ter lahko drugi potrošniki to vsebino še naprej uporabljajo (točke a do d tretjega odstavka 16. člena DCSD). Nato pa ima potrošnik skladno s četrtem odstavkom 16. člena DCSD v vseh primerih razen v izjemah iz točk a do c tretjega odstavka 16. člena DCSD pravico od trgovca zahtevati, da mu te vsebine brezplačno in v razumnem roku ter v obliki, ki je v splošni rabi in strojno berljiva, da na voljo. Pri njihovem pridobivanju trgovec potrošnika ne sme ovirati (drugi pododstavek četrtega odstavka 16. člena DCSD).

Čeprav gre pri naštetih primerih iz točk a do d tretjega odstavka 16. člena DCSD za izjeme, so te precej široko zastavljene. Dokler ne bo Sodišče EU določilo podrobnejših pravil njihove interpretacije, bodo nacionalna sodišča tista, ki bodo morala v konkretnih primerih izjeme ozko razlagati, kar bo potrebno, da bo dosežen namen norme. Zlahka si je namreč mogoče predstavljati sklicevanje trgovca, da seznami predvajanja skladb zunaj storitve pretočnega predvajanja glasbe, ki jo sam ponuja, niso uporabni.⁵⁰

Ureditev v tretjem in četrtem odstavku 16. člena DCSD torej varuje potrošnikovo pravico odstopa od pogodbe.⁵¹ Problem ureditve pa je v tem, da se nanaša le na primere, ko trgovec ni ravnal v skladu s pogodbo, potrošnik pa je nato odstopil od nje.⁵² Uporaba te določbe je vprašljiva v primerih, ko na primer potrošnik ni izpolnil pogodbe, odstop pa je podal trgovec, ali pa v primerih, ko je bila pogodba izpolnjena in je le potekel čas njene veljavnosti.⁵³ Potrošniki bi morali biti upravičeni do pridobitve svojih vsebin ne glede na način prenehanja pogodbe, zato za razlikovanje različnih skupin potrošnikov v direktivi ni podlage. Skladno s pristojnostjo nacionalnih zakonodajalcev za urejanje vidikov splošnega pogodbenega prava (glej točko 2.3.) je naloga slovenskega zakonodajalca, da ureditev razširi tudi na omenjene primere, saj interpretacija ureditve po tretjem in četrtem odstavku 16. člena DCSD ne dopušča širitve prek primera potrošnikovega odstopa od pogodbe.

⁵⁰ Metzger (2019), str. 583.

⁵¹ Janal, str. 69.

⁵² Weber, str. 195.

⁵³ Prav tam.

8. Sprememba digitalne vsebine

Digitalne vsebine in storitve so v svojem bistvu podvržene hitremu razvoju in s tem posledično tudi precej pogostim spremembam. DCSD zato v 19. členu ureja vprašanje, pod katerimi pogoji lahko trgovec digitalno vsebino ali storitev spremeni ter v povezavi s tem določa pravice potrošnika. Sprememba digitalne vsebine ali storitve je tako dopustna samo, če je pogodbeno dogovorjena, tj. če se potrošnik strinja. Poleg tega pa mora trgovec izpolnjevati še veliko drugih pogojev, in sicer (1) mora za spremembo obstajati utemeljen razlog; (2) sprememba mora biti izvedena brez dodatnih stroškov za potrošnika; (3) o spremembi je potrošnik obveščen na jasn in razumljiv način; če pa gre v navedenem primeru za spremembo, ki ima na potrošnikov dostop ali uporabo digitalne vsebine ali storitve negativen učinek (razen če gre za neznamenit učinek), potem mora biti potrošnik na trajnem nosilcu podatkov obveščen o spremembi in o pravici, da v tem primeru lahko v 30 dneh brezplačno odstopi od pogodbe. Pravice do odstopa pa nima, če brez dodatnih stroškov lahko še naprej uporablja nespremenjeno digitalno vsebino storitev.

9. Regresna pravica

DCSD v 20. členu ureja še pravico trgovca, da proti odgovornim osebam v predhodnih členih pogodbene verige uveljavlja zahtevek, ki izhaja iz jamčevanja trgovca potrošniku zaradi neskladnosti digitalne vsebine ali storitve, ki je posledica dejanja ali opustitve dejanja s strani te osebe v predhodnih členih pogodbene verige. Možnosti uveljavljanja zahtevkov pa trgovec ne bi imel v primerih, ko bi šlo za odgovornost trgovca zaradi neskladnosti, ki izhaja iz neodplačne dobave programske opreme na podlagi proste in odprtokodne licence (78. uvodna izjava DCSD). Ureditev je podobna določbi iz 4. člena Direktive 1999/44/ES, ki pa ni bila prevzeta v veljavni ZVPot.⁵⁴ Predlog ZVPot je skladno z načelom popolne harmonizacije (4. člen DCSD) implementacijo regresne pravice predvidel v svojem 127. členu.

10. Sklepne misli ob implementaciji DCSD v slovensko pravo

Na podlagi DCSD so kljub načelu popolne harmonizacije pri nekaterih vidikih nacionalni zakonodajalci dokaj svobodni (glej točko 2.3), v določenih pogledih morda celo preveč. Pogrešana je predvsem ureditev pravic trgovcev, saj je ta bistvena za zagotovitev njihove pravne varnosti. Ko so tako pomembna vprašanja prepuščena v pristojnost urejanja držav članic, vedno obstaja tveganje razlikujočih se nacionalnih ureditev, zato je morda razumljiva zadržanost

⁵⁴ Uradni list RS, št. 98/04 in nasl.

nost nacionalnih zakonodajalcev (na primer nemškega) pri sprejemanju ločenih ureditev. Tudi Predloga ZVPot v tem pogledu ne gre označiti za zelo inovativnega, saj je ureditev po DCSD bolj kot ne prepisal v svoje besedilo, urejanja pravic trgovca pa se ni lotil. Predlog ZVPot izkazuje predvsem sistematske pomanjkljivosti. Razlog za umestitev ureditve po DCSD v ZVPot je razumljiv, vendar bi bilo zaradi raznolikega modusa dobave digitalnih vsebin in storitev bolje kot ureditev posebnega ločenega pogodbenega tipa v sprejeto besedilo zakona vključiti sklic na smiselno uporabo določb prodajne pogodbe v primeru enkratne dobave oziroma niza posameznih dobav digitalne vsebine ali storitve, v primeru nepretrgane dobave sklic na smiselno uporabo določb najemne pogodbe ter v primeru dobave digitalnih storitev (na primer družbena omrežja) sklic na smiselno uporabo določb podjemne oziroma mandatne pogodbe. S tem bi se nova ureditev pogodb o dobavi digitalnih vsebin in storitev vpela v že obstoječe koncepte omenjenih pogodbenih tipov in predvsem olajšala njena uporaba, predvsem glede umanjkanja ureditve trgovčevih pravic. Nemški zakonodajalec je za to razjasnitev na primer poskrbel tako, da je določbe o pogodbah o dobavi digitalnih vsebin in storitev premišljeno vključil v splošni del pogodbenega prava (par. 327 do 327u BGB) in s tem zagotovil, da se ne glede na posamezen pogodbeni tip zadevne določbe uporabijo vsakič, ko imajo za predmet digitalno vsebino ali storitev. Prav tako bi se bilo koristno zgledovati po nemški implementacijski rešitvi iz par. 327q II BGB v povezavi s pogodbami, pri katerih potrošnik trgovcu posreduje osebne podatke (glej točko 2.4).

Literatura

- BEALE, Hugh. Conclusion and Performance of Contracts: An Overview. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*. Baden-Baden: Nomos, 2017, str. 33–57.
- GSELL, Beate. Der europäische Richtlinienentwurf zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte. *ZUM*, 2018, str. 75–82.
- HELBERGER, Natali, ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik, REYNA, Agustin. The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law. *Common Market Law Review*, 2017, Vol. 54, Issue 5, str. 1427–1466.
- JANAL, Ruth. Data Portability - A Tale of Two Concepts. *JIPITEC*, 2017, 8, str. 59–69.
- KLINK-STRAUB, Judith. Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht. *NJW*, 2021, str. 3217–3222.
- LANGHANKE, Carmen, SCHMIDT-KESSEL, Martin. Consumer data as consideration. *Eu-CML*, 2015, 4/6, str. 218–223.
- LOOS, Marco B. M., HELBERGER, Natali, GUIBAULT, Lucie, MAK, Chantal, PESSERS, Lodewijk, CSERES, Katalin J., VAN DER SLOOT, Bart, TIGNER, Ronan. *Final*

Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts. Amsterdam: University of Amsterdam, 2011, dostopno na: <https://dare.uva.nl/search?identifier=7d3d806d-8315-4aa6-8fb6-1fc565d2b557> (8. 3. 2022).

- LOOS, Marco B. M. Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content. V: Claeys, I., Terryn, E. (ur.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*. Intersentia, 2017, str. 3–54.
- LUZAK, Joasia, LOOS, Marco, ELSEN, Millie. *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs): final report*. European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency, 2020, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2818/950733> (8. 3. 2022).
- MAK, Vanessa. *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content : in-depth analysis*. European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, 2016, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/818979> (8. 3. 2022).
- MAŃKO, Rafał. *Towards new rules on sales and digital content : analysis of the key issues : in-depth analysis*. European Parliament, Directorate-General for Parliamentary Research Services, 2017, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/507875> (8. 3. 2022).
- METZGER, Axel. A Market Model for Personal Data: State of the Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.) (2017), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V. Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 25–45.
- METZGER, Axel. Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?. *JuristenZeitung*, 2019, 74(12), str. 577–586.
- METZGER, Axel, EFRONI, Zohar, MISCHAU, Lena, METZGER, Jakob. Data-Related Aspects of the Digital Content Directive. *JIPITEC*, 2018, 9 (1), str. 90–109.
- MISCHAU, Lena. Daten als »Gegenleistung« im neuen Verbrauchervertragsrecht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2020, 2020/2, str. 335–365.
- MORAIS CARVALHO, Jorge. Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771. *EuCML*, 2019, 194, str. 194–201.
- MOŽINA, Damjan. *Kršitev pogodbe*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- MOŽINA, Damjan. Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. *Pravni letopis*, 2012, str. 85–104.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2011, str. 57–73.
- RENKO, Jernej. Plačilo storitev z osebnimi podatki? Nekaj misli ob Direktivi o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev. *Podjetje in delo*, 2021, št. 1, str. 64–80.
- SMITS, Jan M. *The New EU Proposal for Harmonised Rules for the Online Sales of Tangible Goods (COM (2015) 635): Conformity, Lack of Conformity and Remedies (February 12, 2016)*.

European Parliament Committee on Legal and Parliamentary Affairs, briefing note PE 536.492, 2016.

STAUDENMAYER, Dirk. Verträge über digitalen Inhalt. *NJW*, 2016, str. 2719–2725.

WEBER, Rolf H. Data Protection in the Termination of Contract. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*. Baden-Baden: Nomos, 2017, str. 189–207.